

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## فهرست مطالب

تعارض ادله در اثبات جرایم مستوجب قصاص، دیه و تعزیر؛ مصادیق و راهکارها	
عباس زراعت و امید متقی اردکانی .....	۳
سقوط قصاص بدون تضمین دیون مقتول مدیون؛ تأملی فقهی در ماده ۴۳۲ قانون مجازات اسلامی	
حسین ناصری مقدم و مرتضی کشاورزی ولدانی .....	۳۵
رویکرد وجدان‌محور در زمینه مسئولیت کیفری / عادل ساریخانی و قاسم اسلامی‌نیا .....	۵۵
سیاست جنایی تقنینی ایران در حمایت از شاهد / ابوالحسن شاکری و رضا رضایی .....	۸۱
رویکرد دیوان کیفری بین‌المللی به عفو جرایم بین‌المللی از منظر قاعده منع محاکمه مجدد	
امین زحمتکش و مجتبی جانی‌پور و مهین سبحانی .....	۱۰۵
پیشگیری از جرم پول‌شویی در نظام پولی و بانکی / سیدحسین حسینی و افشین آذری متین .....	۱۳۵
دفاع مشروع ظاهری / فیروز محمودی جانکی و آزاده صادقی .....	۱۵۵
عدول از صلاحیت محلی در آیین دادرسی کیفری ایران و فرانسه / روح‌الله سپهری .....	۱۹۵

## ترجمه حکایات

ترجمه عربی (موجز المقالات) / محمد سلامی .....	۲۲۱
ترجمه انگلیسی (Abstracts) / علی برهان‌زهی .....	۲۳۸

## راهنمای تدوین مقالات

- مقالات باید علمی، پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشند.
  - مقالات ارسالی نباید اینترنتی باشد یا قبلاً در نشریه دیگری چاپ شده یا برای نشریه دیگری ارسال شده باشد.
  - مقالات برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشند.
  - مقاله ارسالی 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، ۱-۲، ۱-۳، ... و ۲-۲، ... 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 پراکنده به صورت (نام خانوادگی مؤلف، 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 پراکنده (صفحه / جلد: سال انتشار، نام خانوادگی) و در ارجاع بعدی اگر بلافاصله باشد (Ibid.) نوشته شود.
  - نقل قولهای مستقیم به صورت جدا از متن با تورفتگی (یک و نیم سانتی متر) از راست درج شود.
  - شکل لاتینی نامهای خاص، واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی در پاورقی درج شود.
  - یادداشتهای توضیحی (توضیحاتی که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد) در پاورقی درج شود.
  - ارجاع در یادداشتهای به همان ترتیب متن و مشخصات تفصیلی مأخذ در فهرست پایان مقاله بیاید.
  - منابع مورد استفاده در متن، در پایان مقاله و بر اساس ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام مشهور نویسنده (نویسندگان) به شرح زیر آورده شود:
- 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 ش. ق. یا م. (به ترتیب برای سالهای شمسی، قمری یا میلادی).
- مقاله: نام خانوادگی، نام (نویسنده / نویسندگان)، «عنوان مقاله داخل گیومه»، نام نشریه، دوره / سال، شماره جلد، تاریخ انتشار.
- پایگاههای اینترنتی: نام خانوادگی، نام نویسنده، «عنوان موضوع داخل گیومه»، نام و آدرس پایگاه اینترنتی.
- 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.
  - رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.
  - ارسال و دریافت مقالات صرفاً از طریق سامانه مدیریت نشریات به نشانی [www.razavi.ac.ir](http://www.razavi.ac.ir) انجام می‌گیرد.
  - ارتباط با مدیریت مجله از طریق نشانی دفتر مجله (مشهد مقدس، صندوق پستی: ۴۶۱-۹۱۷۳۵) یا رایانامه‌های [razaviunmag@gmail.com](mailto:razaviunmag@gmail.com) و [razaviunmag@yahoo.com](mailto:razaviunmag@yahoo.com) امکان‌پذیر است.

## تعارض ادله

### در اثبات جرایم مستوجب قصاص، دیه و تعزیر؛

#### مصادیق و راهکارها\*

- عباس زراعت<sup>۱</sup>
- امید متقی اردکانی<sup>۲</sup>

#### چکیده

«تعارض ادله اثبات دعوی» واقعه‌ای است که در اعمّ اثبات کیفری و حقوقی مجال بروز می‌یابد؛ با این حال، تحقق آن در اثبات کیفری در بردارنده پیامدهای مخرب است که حساسیت بیشتری برای رفع آن می‌طلبد. با رجوع به قانون مجازات اسلامی و قواعد رفع تعارض در دانش اصول فقه، اگرچه می‌توان راهکارهایی کلی از جمله «تخیر»، «تساقط»، «تقدم قانونی» و... برای رفع واقعه مزبور ارائه داد، تطبیق هر راهکار با مصادیق مختلف تعارض ادله اثبات دعوی بر عهده قاضی نهاده شده است. در پژوهش حاضر که به فراخور موضوع با روش توصیفی - تحلیلی صورت پذیرفته است، به سبب تفاوت در نظام اثباتی جرایم حدی در مقایسه با سایر جرایم، تمرکز بر مصادیق تعارض ادله اثبات جرایم مستوجب «قصاص»، «دیه» و «تعزیر» قرار گرفته و راهکار مناسب برای هر مصداق مشخص گردیده است. اهمیت پژوهش

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۵/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۲/۲۷.

۱. استاد دانشگاه کاشان (نویسنده مسئول) (zeraat@kashanu.ac.ir).

۲. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی (omid\_motaghi@yahoo.com).

در این نکته نهفته است که کارآمدی راهکارهای ارائه شده در قانون مجازات اسلامی، منوط به آن است که هر راهکار متناسب با مصداق تعارض رخ داده، انتخاب و اجرا گردد؛ از این رو با بررسی این مهم، در گذر از واقعه تعارض به مدد قاضی کیفری شتافته و به وی در اجرای هرچه بهتر عدالت یاری خواهیم رساند. به عنوان یافته پژوهش، باید اظهار داشت که «نوع جرم»، «نوع دلیل» و «مصداق تعارض» سه مؤلفه مهم در انتخاب راهکار مناسب برای رفع تعارض هستند که جهت تضمین عدالت، لازم است مورد توجه قاضی قرار گیرند.

**واژگان کلیدی:** تعارض، ادله کیفری، مصادیق تعارض، راهکار رفع تعارض.

#### مقدمه

«تعارض»، مصدر باب تفاعل و در لغت به معانی «متعارض یکدیگر شدن» و «معارضه کردن با یکدیگر» آمده است (معلوف، ۱۳۸۲: ۱۱۰۵/۲). اگرچه در عرف جامعه، واژه «تعارض» به هر واقعه متنافی اطلاق می گردد، آنچه مورد خطاب قانون گذار و مجرای راهکارهای قانونی و شرعی در خصوص «ادله اثبات دعوی» قرار گرفته، مفهومی فراتر از معنای مذکور دارد.

از آنجا که در دانش اصول فقه به تفصیل پیرامون «تعارض» و راهکارهای رفع آن بحث شده است، رجوع به آن برای یافتن مفهوم اصطلاحی «تعارض» مفید می باشد. اصولیان در تعریف تعارض آورده اند:

تنافی دو یا چند دلیل بر حسب دلالت و در مرحله اثبات؛ به گونه ای که میان آنها تناقض یا تضاد به وجود آید (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۴۳۷).

هرچند تعریف مذکور بیانگر مفهوم تعارضی است که بر ادله استنباط احکام شرعی عارض می شود، به سبب آنکه قواعد کلی تعارض ادله، اختصاص به موضوع خاصی ندارند و شامل تمام ادله ای می شوند که در پی اثبات امری هستند، در خصوص تعارض ادله اثبات دعوی نیز صادق اند (زراعت، ۱۳۹۱: ۳۲۰). از این رو، می توان «تعارض ادله اثبات دعوی» را وضعیتی دانست که مفاد ادله استنادی طرفین دعوی با یکدیگر منافات داشته و به گونه ای به نقض یکدیگر بینجامند که به رغم بدیهی بودن کذب یکی در عالم ثبوت، در ظاهر بر صدق هیچ یک خدشه نباشد؛ به طوری که اگر دلیل متعارض نمی بود، بی گمان اقناع وجدان قاضی حاصل می گشت. برای مثال، فرضی را در نظر

بگیرید که دو نفر بر قتل عمدی مقتول، به نحو مباشرت اقرار می‌کنند؛ در نتیجه، تحقیقات قضایی آغاز شده و دلیل و اماره‌ای مبنی بر کذب هیچ یک از دو دلیل متعارض یافت نمی‌شود. در این فرض، میان مفاد دو دلیل تنافی وجود دارد، به گونه‌ای که مفاد اقرار اول (کشته شدن مقتول توسط متهم اول)، مفاد اقرار دوم (کشته شدن مقتول توسط متهم دوم) را نقض می‌کند و برعکس؛ با این حال، قاضی نمی‌تواند با مفاد یکی از ادله اقناع یابد؛ چرا که هر دو دلیل در دلالت خود فاقد خدشه هستند و ارزش اثباتی هر یک در پیشگاه وجدان وی به یک اندازه است.

از مجموع قوانین اثباتی ادله و قواعد رفع تعارض در دانش اصول فقه، می‌توان چهار راهکار اقناع وجدان قاضی (علم تفصیلی قاضی بر دلیل صادق)، تقدم قانونی (ترتیب ارائه شده در ماده ۲۱۳ ق.م.ا.ا.)، تخییر (مخیر نمودن شاکی جهت رجوع به مشتکی عنه) و تساقط (حکم به بی‌اعتباری ادله متعارض) را جهت رفع تعارض ادله اثبات دعوی ارائه داد. با این حال، گذر از واقعه تعارض زمانی قرین با «عدالت» خواهد بود که هر راهکار، متناسب با «نوع جرم»، «نوع دلیل» و «مصادیق تعارض» اجرا گردد. البته توجه به این نکته ضروری است که «اقناع وجدان قاضی» دلیلی مستقل در عرض سایر ادله نبوده و در طول تمام دلایل قرار دارد. از این رو با تحقق آن، رجوع به سایر راهکارهای رفع تعارض منتفی خواهد بود (ماده ۲۱۲ ق.م.ا.ا.). در پایان لازم به ذکر است که انحصار پژوهش به مصادیق تعارض ادله اثبات جرایم مستوجب «قصاص»، «دیه» و «تعزیر» و تفکیک آن از مصادیق تعارض ادله اثبات حدود، به دو سبب قابل توجیه است؛ نخست آنکه تمایز نظام اثباتی حدود با سایر جرایم از جمله ساری بودن اصل مسامحه در آن، تفاوت در مصادیق تعارض ادله اثبات هر یک را در پی دارد. دوم آنکه قاعده «درأ» و فلسفه تشریح حدود، مقتضی حساسیت بیشتری جهت انتفای مجازات‌های حدی نسبت به سایر مجازات‌هاست و این امر موجب تفاوت در راهکارهای قابل ارائه برای رفع تعارض ادله اثبات حدود با سایر جرایم گشته است. بنابراین در این جستار با تفکیک انواع «دلیل»، مصادیق تعارض ادله در اثبات جرایم مستوجب «قصاص»، «دیه» و «تعزیر» مورد بررسی قرار خواهند گرفت و بررسی مصادیق تعارض ادله اثبات حدود و ارائه راهکار برای رفع هر یک را به مقالی دیگر وا می‌نهمیم.

## ۱. اقرار

«اقرار»،<sup>۱</sup> در لغت به معانی «قرار دادن»، «ثابت کردن» و «اعتراف کردن به حق دیگران» آمده (معلوف، ۱۳۸۲: ۱۴۱۵/۲) و قانون‌گذار در ماده ۱۶۴ ق.م.ا. چنین به تشریح مفهوم قانونی آن پرداخته است: «اقرار عبارت از اخبار شخص به ارتکاب جرم از جانب خود است». در ادامه، دو مصداق از تعارض «اقرار» تحت عنوان «تعارض دو یا چند اقرار» و «تعارض اقرار با شهادت» مورد بررسی قرار گرفته و راهکار قابل ارائه برای رفع هر یک تشریح می‌گردد.

### ۱-۱. تعارض دو یا چند اقرار

تعارض دو یا چند «اقرار» را می‌توان چالش‌برانگیزترین مصداق تعارض ادله اثبات دعوی دانست که اختلاف نظرات بسیاری را میان حقوق‌دانان و فقها سبب گشته است. اختلاف نظر مذکور بیش از هر چیز، به تقابل ارزش اثباتی «اقرار» با مصداق تعارض آن باز می‌گردد. توضیح آنکه «اقرار» دلیلی است که در مقایسه با سایر ادله از بیشترین ارزش اثباتی برخوردار است؛ به گونه‌ای که فقها در تأیید آن قاعده‌ای به شرح «اقرار العقلاء علی أنفسهم جائز» ارائه داده (طباطبایی قمی، ۱۳۸۱: ۷) و حقوق‌دانان آن را «پادشاه ادله» نامیده‌اند. با این حال، به نظر می‌رسد اکثر مصداق تعارض دو اقرار کیفری، به وضعیتی تعلق می‌گیرد که شائبه تبانی و توطئه وجود دارد؛ زیرا به جز برخی موارد، مجرم اصولاً به افشای جرم خویش اقدام نمی‌کند و حتی در بیشتر مواردی که شاهد اقرار واقعی متهم هستیم، این مهم به واسطه نبود راه گریز برای وی تحقق می‌یابد. این در حالی است که به هنگام وقوع تعارض مذکور، با دو یا چند متهم روبه‌رو هستیم که هر یک بر ارتکاب جرم از جانب خویش تأکید دارند! این تأکید، بیش از آنکه بر پشیمانی و توبه متهم دلالت کند، شائبه تبانی یا وجود محرک‌های اقرار دروغین در اقرارکننده را تقویت می‌کند.

محرک‌های اقرار دروغین، به انگیزه‌هایی اطلاق می‌گردند که فرد را به اقرار دروغ علیه خویش تحریک می‌کنند. این محرک‌ها را می‌توان به دو دسته داخلی و خارجی

1. Confession.

تقسیم نمود. محرک‌های داخلی، عواملی درونی هستند که انگیزه اقرار کذب را در ضمیر فرد ایجاد می‌کنند؛ از جمله این عوامل، می‌توان به «تمایل مرضی به بدنامی»، «شهرت‌طلبی مرضی»، «کمک به خویشان» و «رهایی از مجازات بیشتر» اشاره کرد (Conti, 1999: 21). در مقابل، محرک‌های خارجی به عوامل خارجی اطلاق می‌گردند که فرد را به تنگنا آورده و او را مجبور به اقرار کذب می‌کنند؛ «شکنجه‌های جسمی و روانی»، «سبک‌ها و فنون بازجویی توسط پلیس» و «خدعه و فریب در بازجویی» در زمره این عوامل هستند (Christian, 2010: 43-45). برخی روان‌شناسان جنایی «نیاز ناخودآگاه فرد به جبران جرم ارتكابی» را نیز به محرک‌های مذکور افزوده، معتقدند که در برخی موارد، پشیمانی از ارتكاب جرم، مجرم را مجبور به پذیرش جرمی سنگین‌تر می‌نماید تا بدین وسیله، خود را تنبیه کند و به آرامش واجدان دست یابد (Kassin, 1985: 77).

از میان عوامل مذکور، قانون‌گذار ما تنها به محرک‌های خارجی - آن هم نه به طور کامل - نظر داشته و در ماده ۱۶۹ ق.م.ا. نسبت به آن متذکر گشته است. مطابق با ماده مذکور:

اقراری که تحت اکراه، اجبار، شکنجه و یا اذیت و آزار روحی یا جسمی اخذ شود، فاقد ارزش و اعتبار است و دادگاه مکلف است از متهم تحقیق مجدد نماید.

از این رو، بررسی اوضاع و احوال مربوط به جرم جهت اطمینان از فقدان محرک‌های مذکور، از جانب قاضی ضروری است.

به رغم آنچه ذکر شد، بدون تبانی و توطئه نیز امکان تعارض دو «اقرار» متصور است. در این صورت، ابتدا لازم است که احتمال مشارکت دو متهم در جنایت ارتكابی مورد بررسی قرار گیرد و در صورت اطمینان بر عدم شرکت، به راهکارهای رفع تعارض رجوع گردد. تعارض دو «اقرار» را می‌توان در دو فرض قابل تحقق دانست؛ نخست، فرضی که شاکی همان بزه‌دیده جرم است و دوم، فرضی که شاکی به سبب فوت، مفقودالاثراثر بودن و یا مرضی که شرکت بزه‌دیده را در فرایند رسیدگی متفی می‌سازد، فردی به جز بزه‌دیده است. به نظر می‌رسد در صورت تحقق فرض نخست، رفع تعارض با مشکل چندانی روبه‌رو نباشد؛ چرا که معرفی مجرم از جانب بزه‌دیده، خود عاملی جهت اقناع وجدان قاضی و دستیابی به اقرار صادق است. بنابراین رفع تعارض در

وضعیتی دشوار است که شاکی بتواند در تشخیص مجرم به کمک قاضی آید. اگرچه بنای اصولیان در موارد تعارض، «تساقط» است اما در خصوص تعارض دو «اقرار» وضع به گونه‌ای دیگر است. برخی بر این باورند که بنای عقلا در مورد تعارض دو اقرار «تخیر» است (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۶/۱۱۱)؛ یعنی عقل سلیم حکم می‌کند که چنانچه دو متهم اقرار به ارتکاب جرم یا ورود خسارت نمایند، رجوع صاحب حق به یکی از اقرارکنندگان صحیح باشد. با این حال، برخی نسبت به این امر اظهار تردید کرده و اثبات ادعای مذکور را نیازمند تصریح شارع دانسته‌اند (خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۴۳/۷).

جستجو در منابع فقهی، حاکی از آن است که برخی فقها تعارض مذکور را مقتضی قاعده «عدل و انصاف» دانسته و قائل به مسئولیت هر دو اقرارکننده شده‌اند (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۸۹/۲۲۲-۲۲۴). در مقابل، غالب فقها راهکار «تخیر» را به منظور رفع تعارض مذکور برگزیده‌اند. ایشان استدلال کرده‌اند که هر یک از دو اقرار متعارض، سبب مستقلی است که مقتضای خود، یعنی پایبندی به آنچه اقرار شده را واجب می‌گرداند و امکان جمع آن‌ها نیز وجود ندارد؛ از این رو، راهی به جز «تخیر» باقی نمی‌ماند. اعتبار دیدگاه مذکور به اندازه‌ای است که برخی فقها ادعای اجماع نیز بر آن کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۲/۲۰۶).

در تحلیل دو دیدگاهی که گذشت، باید اظهار داشت که دیدگاه نخست در هیچ یک از اثبات حقوقی و کیفری منطقی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا قاضی به واسطه نیل به علم اجمالی، بر این امر واقف است که تنها یکی از متهمان مجرم است. در نتیجه، مسئول دانستن هر دو متهم مخالفت قطعی با علم اجمالی می‌باشد که نادیده گرفتن آن مقتضی فسق قاضی است.

در مورد دیدگاه دوم، اگرچه استدلال این گروه از فقها در خصوص اثبات حقوقی که ماهیت آن جبران خسارت است، موجه به نظر می‌رسد، اما در مورد اثبات کیفری به خصوص زمانی که مجازات جرم ارتكابی از نوع سالب حیات، تنبیه بدنی یا سالب آزادی است، با تردید جدی روبه‌روست؛ زیرا قاضی همواره علم دارد که مرتکب جرم، تنها یکی از دو مُقرّر بوده و اتخاذ راهکار «تخیر» احتمال مجازات فرد بی‌گناه و رهایی



مجرم را فراهم می‌کند. بدیهی است که پیامد مذکور بر خلاف قاعده «احتیاط در دماء» بوده و مردود است.

به رغم آنچه گذشت، می‌توان راهکار «تخیر» را با تغییر در متعلق آن، در خصوص اثبات کیفری نیز جاری دانست؛ بدین گونه که مجازات را بر مبنای قاعده «احتیاط در دماء» ساقط دانست و بر اساس قاعده «ارزش خون انسان» حکم به ثبوت دیه داد. در این صورت، مخیر نمودن بزه‌دیده در رجوع به هر یک از متهمان قابل توجیه بوده و با انصاف نیز سازگارتر است. بعید نیست که قانون‌گذار ۱۳۹۲ نیز بر همین مبنا به وضع تبصره ماده ۴۷۷ ق.ا.م.ا. پرداخته باشد. مطابق با این ماده:

در موارد علم اجمالی به ارتکاب جنایت توسط یک نفر از دو یا چند نفر معین، در صورت وجود لوث بر برخی از اطراف علم اجمالی، طبق مواد قسامه در این باب عمل می‌شود و در صورت عدم وجود لوث، صاحب حق می‌تواند از متهمان مطالبه سوگند کند که اگر همگی سوگند یاد کنند در خصوص قتل دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود و در غیر قتل، دیه به نسبت مساوی از متهمان دریافت می‌شود. تبصره- هر گاه منشأ علم اجمالی، اقرار متهمان باشد، حسب مورد، اولیای دم یا مجنی علیه مخیرند برای دریافت دیه به هر یک از متهمان مراجعه کنند و در این امر تفاوتی بین جنایت عمدی و غیر عمدی و قتل و غیر قتل نیست.

چنان که از منطوق ماده فوق برمی‌آید، قانون‌گذار در صدد تشریح وضعیتی است که وقوع جرم، متیقن بوده اما در تعیین مرتکب از میان دو یا چند متهم تردید وجود دارد. در متن ماده، حکم مواردی که منشأ علم اجمالی غیر از اقرار باشد، بیان شده و تبصره ماده که خلاصه‌ای از ماده ۲۳۵ ق.ا.م.ا. ۱۳۷۰ است، حکم وضعیت تعارض دو اقرار را روشن می‌کند. از این رو، چنانچه در اثبات جنایات میان اقرار دو یا چند متهم تعارض رخ دهد، مجازات قصاص به دیه تبدیل شده و ولی دم مخیر است برای اخذ دیه، به هر کدام از متهمان رجوع کند.

به رغم آنکه حکم ماده ۴۷۷ ق.ا.م.ا. نسبت به «جنایات» تصریح دارد اما به نظر می‌رسد در تمام مواردی که علم قاضی بر صحت اقرار یکی از طرفین دعوی و کذب دیگری - به سبب ارزش یکسان اقراریر- حاصل نمی‌گردد، باید «مجازات» را منتفی

دانست و به جبران خسارت بزه‌دیده اکتفا کرد؛ زیرا چه بر مبنای اصل «فرض بی‌گناهی» و چه بر مبنای قواعد فقهی حاکم بر اثبات کیفری، استقرار «مجازات» منوط به فقدان شک و شبهه در ارتکاب جرم از سوی متهم است. این در حالی است که در وضعیت تعارض، اعتبار ظاهری ادله مانع از علم تفصیلی قاضی بر دلیل صادق و تحصیل قناعت وجدان است.

در پایان این گفتار و به عنوان نتیجه‌گیری باید اذعان داشت که هرچند اجرای راهکار «تخیر با متعلق دیه»، احتمال مجازات - مشروط بر آنکه دیه را مجازات ندانیم - و به خصوص قصاص متهم بی‌گناه را منتفی می‌سازد، اما با توجه به اینکه تعارض دو «اقرار»، وضعیت نادری است که در اکثر موارد به سبب وجود محرک‌های اقرار دروغین تحقق می‌یابد، بهتر آن بود که قانون‌گذار با استمداد از علم روان‌شناسی و پیش‌بینی نهادهایی از قبیل «پلیس روان‌شناس»<sup>۱</sup> و ارجاع اقرارکنندگان به این نهاد، تلاش می‌کرد تا قاضی را بر مبنای نظر کارشناسی مشاور یا روان‌شناس به اقناع وجدان نزدیک نماید.<sup>۲</sup>

### ۲-۱. تعارض اقرار با شهادت

مصدق دیگر تعارض ادله اثبات دعوی، وقوع تعارض «اقرار با شهادت» است. تعارض مذکور در صورتی تحقق می‌یابد که شهود بر ارتکاب جرم توسط متهم شهادت دهند، اما فردی دیگر به ارتکاب همان جرم به نحو مباشرت اقرار نماید.

مشهور فقها چنین فرضی را در خصوص جرم «قتل» مطرح کرده و به مانند تعارض دو «اقرار»، راهکار «تخیر» را پیشنهاد داده‌اند. مطابق با نظر ایشان، ولی دم مخیر است به هر یک از مشهود علیّه و مقرّر رجوع کرده، حسب مورد تقاضای قصاص یا دیه کند؛ با این تفاوت که اگر مشهود علیّه را قصاص کند، ورثه مشهود علیّه می‌توانند به مقرّر رجوع نموده و نصف دیه کامل را از وی مطالبه نمایند، اما اگر مقرّر را قصاص کند،

1. Police psychologist.

۲. «پلیس روان‌شناس»، نهادی است که امروزه در سازمان پلیس برخی کشورها پیش‌بینی شده است. اگرچه نهاد مذکور، نهاد قضایی محسوب نمی‌شود، در برطرف ساختن بسیاری از معضلات ناشی از مسائل روانی، کارآمدی بسیار دارد (برای مطالعه در این زمینه، ر.ک: Kitaef, 2011).

تکلیفی بر عهده مشهودّعلیه نخواهد بود. همچنین ولیّ دم مخیر است هر دو را قصاص کند که در این صورت لازم است نصف دیه کامل را به مشهودّعلیه پردازد (همان: ۲۲۳). این گروه از فقها، استنتاج فوق را مستند به روایت دانسته و عدول از آن را به مثابه اجتهاد در برابر نص می‌دانند. با این حال، برخی با نظر مشهور موافق نبوده و معتقدند: حکم به تخیر ولیّ دم در قصاص هر دو متهم -در عوض پرداخت مازاد دیه به ورثه مشهودّعلیه- مقرون به صحت نمی‌باشد؛ چرا که مقتضای چنین حکمی مشارکت متهمان در ارتکاب قتل است و این در حالی است که علم اجمالی مبنی بر عدم وقوع قتل به نحو شرکت وجود دارد. حکم به تخیر ولیّ دم در قصاص یکی از دو متهم نیز مردود است؛ زیرا اصدار چنین حکمی بر اساس دو دلیل «اقرار» و «شهادت» صورت گرفته است در حالی که دلایل مذکور به واسطه تعارض، ساقط گشته و عدم آن‌ها فرض می‌گردد؛ در نتیجه، مبنایی برای تخیر ولیّ دم باقی نمی‌ماند (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۱۱۹/۲).

ایشان در پایان چنین نتیجه گرفته‌اند که مطابق با بنای عقلا، باید «اقرار» را بر «شهادت» ترجیح داد و بر اساس مفاد آن قضاوت کرد. امام خمینی نیز از جمله فقهای است که پس از بیان نظر مشهور، نسبت به آن تردید کرده است:

«والمسألة مشكلة جداً يجب الاحتياط فيها وعدم التهجم علی قتلها» (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۲۶/۲)؛ [فتوا دادن در مورد] این مسئله بسیار سخت است؛ [از این رو،] واجب است جانب احتیاط رعایت گردد و حکم به کشتن هر دو متهم نگردد.

به رغم اختلاف نظراتی که تفصیل آن گذشت، قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ راهکار مصرّحی برای رفع تعارض «اقرار با شهادت» ارائه نمی‌داد. از این رو، قاضی ناگزیر از رجوع به منابع فقهی بود که این امر به سبب اختلاف نظرات مذکور، زمینه را برای صدور آرای متناقض فراهم می‌آورد. اما قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ با وضع ماده ۲۱۳ ق.م.ا. به اختلاف نظرات پایان داد:

در تعارض سایر ادله با یکدیگر، اقرار بر شهادت شرعی، قسامه و سوگند مقدم است....

در نتیجه رفع تعارض «اقرار با شهادت» نه با توسل به راهکار «تخیر» بلکه از طریق

راهکار «تقدم قانونی» به عنوان رویه‌ای واحد معرفی گردید. البته حکم عام ماده مذکور از طریق ماده ۴۸۲ ق.ا.م.ا. در خصوص «جنایات» با این بیان تخصیص خورده است:

در موارد علم اجمالی به انتساب جنایت به یکی از دو یا چند نفر و عدم امکان تعیین مرتکب، چنانچه جنایت، عمدی باشد قصاص ساقط و حکم به پرداخت دیه می‌شود.

از این رو، چنانچه تعارض «اقرار با شهادت» در اثبات جنایات تحقق یابد، مجازات «قصاص» ساقط شده و راهکار «تقدم قانونی» برای تعیین مسئول دیه اجرا می‌شود. چنین تدبیری که برگرفته از دیدگاه امام خمینی است به سبب همان استدلالی که در مورد راهکار «تخیر با متعلق دیه» گذشت، منطقی به نظر می‌رسد. علاوه بر این، تقدم ارزش اثباتی «اقرار» بر «شهادت» را می‌توان به چهار سبب ذیل منطقی ارزیابی نمود:

نخست آنکه متناسب با اصل برائت است. با این توضیح که از یک سو، مشهود علیّه منکر ارتکاب جرم بوده و قاضی نیز بر ارتکاب جرم توسط وی اطمینان نیافته است و از سوی دیگر، اقراری که واجد تمام شرایط قانونی است فراهم آمده و تردید در صدق گفتار شهود را سبب گشته است؛ در نتیجه بر اساس «اصل برائت»، «شهادت» فاقد ارزش اثباتی می‌گردد و «اقرار» به عنوان تنها دلیل متقن باقی می‌ماند.

دوم آنکه با قاعده «إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز» همسو می‌باشد. سوم آنکه هرچند در شرایط عادی تمام ادله اثبات کیفری به نوعی غیرمستقیم محسوب می‌شوند، در فرض مورد بحث که ایقان وجدان قاضی حاصل نگشته، می‌توان دلالت مستقیم «اقرار» را عاملی جهت تقدم آن بر «شهادت» که واجد دلالت غیرمستقیم است، دانست.

چهارم آنکه حکم عقل نیز تقدم ارزش اثباتی «اقرار» بر «شهادت» است؛ زیرا «اقرار» فاقد نقصان‌هایی است که دلالت «شهادت» بر واقع را مردد می‌سازد. به عبارت دیگر، حتی در صورت حصول شرایط قانونی تحمل و ادای شهادت، همواره این احتمال وجود دارد که شاهد نتواند تمام واقعه را آن‌چنان که رخ داده، بدون کم و کاست در خاطر ثبت و بازگو کند؛ بلکه در بیشتر مواقع، شهود برداشت خود را متناسب با خصوصیات روانی خویش بیان می‌کنند و همواره محتمل است که تنها جزئی از آنچه

مشاهده کرده‌اند و حتی خلاف آن را بازگو کنند و تصور نمایند که واقعیت را بیان کرده‌اند. از این رو، در وضعیت تعارض «اقرار با شهادت» باید این سخن «وودورث» را به خاطر آورد که «هر ادراک، تجزیه جزئی از وضعیتی است که اثری را به زیان آثار دیگر، تند و برجسته می‌کند» و اصلی از «دوسانکتیس» بر آن افزود:

در به یاد آوردن یک واقعه، احساس واقعیت درک‌شده در گذشته را تکرار نمی‌کنند؛ بلکه واکنش ادراکی خاص خود را در برابر این واقعیت تکرار می‌کنند (التاویلا، ۱۳۸۶: ۲۷۵/۱).

## ۲. شهادت

«شهادت»<sup>۱</sup> در لغت به معانی «حضور»، «معاینه»، «اطلاع» و «گواه گرفتن» آمده است (معلوف، ۱۳۸۲: ۸۸۷/۱) و در اصطلاح قانون، به معنای «اخبار شخصی غیر از طرفین دعوی به وقوع یا عدم وقوع جرم توسط متهم یا هر امر دیگری نزد مقام قضایی» می‌باشد (ماده ۱۷۴ ق.ا.م.). «شهادت» را می‌توان بر مبنای تحمل و ادای آن به سه نوع «شهادت شرعی»، «شهادت غیر مستقیم» و «شهادت به انضمام سوگند» تقسیم کرد که در این گفتار، مصادیق تعارض هر یک مورد تحلیل قرار خواهند گرفت.

### ۱-۲. تعارض شهادت شرعی با شهادت شرعی

بر اساس ماده ۱۷۵ ق.ا.م.:

شهادت شرعی آن است که شارع آن را معتبر و دارای حجیت دانسته است اعم از آنکه مفید علم باشد یا نباشد.

به نظر می‌رسد منظور از «شهادت معتبر نزد شارع»، شهادتی است که علاوه بر دارا بودن شرایط قانونی تحمل، اداکننده آن نیز واجد شرایط مذکور در ماده ۱۷۷ ق.ا.م. باشد.<sup>۲</sup> حجیت چنین شهادتی، به سبب آن است که احتمال دلالت آن بر خلاف واقع بسیار ضعیف است.

1. Testimony.

۲. این شرایط عبارت‌اند از: بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، طهارت مولد، ذی‌نفع نبودن در موضوع، نداشتن خصومت با طرفین یا یکی از آنها، عدم اشتغال به تکدی، ولگرد نبودن.

تعارض «شهادت شرعی با شهادت شرعی» به دو صورت قابل تحقق است:

نخست آنکه در جرمی که اثبات آن منوط به تعدد شهادت است، مفاد شهادت‌ها در تعارض با یکدیگر قرار گیرند. در این صورت، «شهادت» فاقد ارزش اثباتی «دلیل» گشته و به ارزش اماره قضایی تنزل می‌یابد. از این رو، لازم است جهت یافتن دلیل جدید و یا تکمیل اماره حاصله از شهادت، تحقیقات از سر گرفته شود؛ برای نمونه، چنانچه در اثبات جرم ارتشا، یکی از شهود شهادت دهد که راشی مبلغی وجه نقد را به عنوان رشوه به مرتشی داده است و شاهد دیگر معتقد باشد که مال اخذشده، کالای معینی (مانند ماشین) بوده است، دو «شهادت» به واسطه تعارض رخ داده ارزش اثباتی خود را - به عنوان دلیل - از دست خواهند داد؛ حال یا باید دلیل جدیدی یافت شود که منجر به ایقان وجدان قاضی مبنی بر ارتکاب جرم مذکور گردد یا امارات قضایی دیگر - از قبیل فیلم‌های گرفته‌شده از زمان اخذ رشوه و... - به همراه یکی از دو شهادت متعارض، سبب یقین قاضی گردند. ماده ۱۸۲ ق.م.ا. در این مورد اشعار می‌دارد:

در شهادت شرعی در صورت تعدد شهود، وحدت موضوع شهادت ضروری است و باید مفاد شهادت‌ها در خصوصیات مؤثر در اثبات جرم یکسان باشد. هر گاه اختلاف مفاد شهادت‌ها موجب تعارض شود و یا وحدت موضوع را مخدوش کند، شهادت شرعی محسوب نمی‌شود.

دوم آنکه در اثبات یک جرم، دو دسته شهادت شرعی به نفی مفاد یکدیگر پردازند؛ مانند اینکه دو شاهد بر ارتکاب سرقت توسط «الف» شهادت دهند و دو شاهد دیگر، بر ارتکاب سرقت توسط «ب» ادای شهادت نمایند. قانون‌گذار جهت رفع این مصداق از تعارض، راهکار «تساقط» را برگزیده و در ماده ۱۸۵ ق.م.ا. اشعار داشته است: «در صورت وجود تعارض بین دو شهادت شرعی، هیچ یک معتبر نیست»؛ در نتیجه لازم است که تحقیقات قضایی به منظور یافتن دلیلی متقن از سر گرفته شود. با این حال، به نظر می‌رسد بتوان حکم مندرج در ماده ۱۸۲ ق.م.ا. را به وسیله ماده ۴۸۲ ق.م.ا. تخصیص زد و در اثبات «جنایات» قائل به حکمی دیگر شد. بر اساس ماده فوق‌الذکر:

در موارد علم اجمالی به انتساب جنایت به یکی از دو یا چند نفر و عدم امکان تعیین مرتکب، چنانچه جنایت، عمدی باشد قصاص ساقط و حکم به پرداخت دیه می‌شود.

از این رو، در مواردی که دو دسته «شهادت شرعی» در اثبات «جنایات» تعارض یابند، اجرای راهکار «تساقط» به منزله از سرگیری تحقیقات نخواهد بود بلکه «دیه» به واسطه علم اجمالی بر ارتکاب جنایت، ثابت خواهد شد. سؤالی که در این مورد باقی خواهد ماند، این است که مسئول پرداخت دیه کیست؟

برخی حقوق دانان با اخذ وحدت ملاک از تبصره ماده ۴۷۷ ق.م.ا. بر این باورند که در این فرض نیز به مانند تعارض دو «اقرار»، اولیای دم یا مجنی علیه مخیرند که جهت اخذ دیه، به هر یک از دو مشهود علیه رجوع نمایند (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲: ۴۵۳). با این حال، قیاس «تعارض دو اقرار» با «تعارض دو شهادت» صحیح به نظر نمی رسد. در وضعیت نخست، هر یک از طرفین بر ارتکاب جرم توسط خود تأکید دارند. بنابراین می توان چنین توجیه نمود که هر اقرار به واسطه دارا بودن شرایط لازم، سبب مستقلى است که مقتضای خود را ثابت می کند؛ در نتیجه، حکم به ضمان هر یک از متهمان منطقی خواهد بود. این در حالی است که در فرض «تعارض دو شهادت»، هر دو متهم منکر ارتکاب جرم بوده و هیچ عاملی مبنی بر رجحان یک دلیل بر دلیل دیگر وجود ندارد؛ از این رو، سببی که مقتضای آن ضمان یک یا هر دو متهم باشد نیز وجود نخواهد داشت. بر این اساس، به نظر می رسد قسمت دوم ماده ۴۷۷ ق.م.ا. ملاک بهتری برای تعیین مسئول پرداخت دیه در فرض اخیر باشد. مطابق با ماده مذکور:

... در موارد علم اجمالی به ارتکاب جنایات، توسط یک نفر از دو یا چند نفر معین... در صورت عدم وجود لوث، صاحب حق می تواند از متهمان مطالبه سوگند کند که اگر همگی سوگند یاد کنند، در خصوص قتل، دیه از بیت المال پرداخت می شود و در غیر قتل، دیه به نسبت مساوی از متهمان دریافت می شود.

همچنین ماده ۴۷۸ ق.م.ا. در تکمیل حکم ماده ۴۷۷ ق.م.ا. اشعار می دارد:

هر گاه همه یا برخی از اطراف علم اجمالی، از اتیان سوگند یا اقامه قسامه امتناع کنند دیه به طور مساوی بر عهده امتناع کنندگان ثابت می شود و در صورتی که امتناع کننده یکی باشد به تنهایی عهده دار پرداخت دیه خواهد بود. در حکم فوق تفاوتی بین قتل و غیر قتل نیست.

## ۲-۲. تعارض شهادت شرعی با شهادت غیر مستقیم

«شهادت غیر مستقیم»، شهادتی است که اداکننده‌اش مورد شهادت را مستقیماً ندیده، نشنیده و به گونه‌ای دیگر نیز مستقیماً حس نکرده است بلکه دیده‌ها، شنیده‌ها یا دیگر محسوسات کسی را بازگو می‌کند که او خود، بر مورد شهادت گواه بوده است؛ از این رو، در شهادت غیر مستقیم، تحمل شهادت با واسطه تحقق می‌یابد (شمس، ۱۳۹۲: ۱۳۷). وقوع تعارض میان «شهادت شرعی» و «شهادت غیر مستقیم» منوط به تحقق دو شرط اساسی است که به تفکیک مورد بررسی قرار خواهند گرفت:

۱- وقوع تنافی میان مدلول دلایل، در اثبات جرمی رخ دهد که شهادت غیر مستقیم از قدرت اثباتی در آن برخوردار است؛ با این توضیح که فقها، شهادت غیر مستقیم را تنها در اثبات حقوق آدمی (حق الناس) مقبول دانسته و در اثبات حدود فاقد اعتبار می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۲۳/۴۱؛ موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۱۷۳/۱)؛ همچنین برخی، تعزیرات را نیز به جرایم حدی ملحق نموده‌اند (موسوی خمینی، بی‌تا: ۴۴۹/۲). قانون‌گذار نیز به تبعیت از فتوای فقها، تنها قصاص، دیه و ضمان مالی را با شهادت غیر مستقیم قابل اثبات دانسته است. ماده ۱۸۹ ق.م.ا. در این مورد اشعار می‌دارد:

جرایم موجب حد و تعزیر با شهادت بر شهادت اثبات نمی‌شود، لکن قصاص، دیه و ضمان مالی با آن قابل اثبات است.

از این رو، امکان وقوع تعارض میان «شهادت شرعی» و «شهادت غیر مستقیم» در اثبات جرایم حدی و تعزیری وجود نداشته و صرفاً در اثبات قصاص، دیه و ضمان مالی قابل تحقق است.

۲- شهادت غیر مستقیم از شرایط اعتبار برخوردار باشد. برخی از این شرایط توسط قانون‌گذار مورد تصریح قرار گرفته‌اند و برخی دیگر با امعان نظر در منابع شرعی قابل استنتاج می‌باشند که در ادامه، توضیح هر یک خواهد آمد.

نخستین شرط اعتبار شهادت غیر مستقیم آن است که امکان حضور شاهد اصل به سبب مشقت ممکن نباشد. ماده ۱۸۸ ق.م.ا. در این مورد مقرر می‌دارد:

شهادت بر شهادت شرعی در صورتی معتبر است که شاهد اصلی فوت نموده و یا به علت غیبت، بیماری و امثال آن، حضور وی متعذر باشد.



کلمه «متعذر» دلالت بر آن دارد که مشقت باید به اندازه‌ای باشد که عرف، عدم حضور شاهد را عذری موجه بدانند. بنابراین نمی‌توان به سبب یک بیماری ساده و یا در مواردی که مطابق با ماده ۱۸۴ ق.م.ا. امکان اخذ گواهی شاهد اصل به صورت مکتوب یا ضبط صوتی - تصویری وجود دارد، به شهادت غیر مستقیم توسل نمود. به نظر می‌رسد فقها نیز بر همین مبنا، اعتبار شهادت شاهد فرع را مشروط به ذکر نام و مشخصات کامل شاهد اصل دانسته‌اند تا بدین واسطه بتوان عدم امکان حضور شاهد اصل را احراز نمود.

دومین شرط آنکه شاهد فرع شرایط مقرر برای شاهد شرعی در ماده ۱۷۷ ق.م.ا. را دارا باشد. تبصره ماده ۱۸۸ ق.م.ا. در این مورد بیان می‌دارد: «شاهد بر شهادت شاهد اصلی باید واجد شرایط مقرر برای شاهد اصلی باشد».

سومین شرط آن است که شاهد فرع، مقصود شاهد اصل از مشهوده را به یقین درک کرده باشد. برای مثال، اگر شاهد اصل خطاب به شاهد فرع در مورد مشهوده‌ای لفظی را به کار برد که از نظر لغوی و اصطلاحی دارای دو مفهوم متفاوت است، گواهی شاهد فرع در صورتی معتبر خواهد بود که یقین داشته باشد مقصود شاهد اصل کدام یک از معانی بوده است. این شرط را با اخذ وحدت ملاک از ماده ۱۸۳ ق.م.ا. که بیان‌کننده شرط مذکور درباره شهادت مستقیم است می‌توان تحصیل نمود. برخی از فقها جهت اطمینان از حصول شرط مذکور، شهادت غیر مستقیم را تنها به سه صورت «استرعا»، «شهادت نزد حاکم» و «شهادت با ذکر اسباب» معتبر دانسته‌اند. منظور از «استرعا» آن است که شاهد اصل از شاهد فرع تقاضا کند تا بر شهادت وی نزد حاکم شهادت دهد. منظور از «شهادت نزد حاکم»، آن است که شاهد فرع گواهی شاهد اصل را نزد حاکم شنیده و در دعوایی دیگر بدان شهادت، گواهی دهد. مراد از «شهادت با ذکر اسباب» نیز آن است که شاهد فرع بر گواهی شاهد اصل شهادت دهد و سبب آن را نیز ذکر کند؛ بنابراین اگر سبب را نداند و یا شاهد اصل، سبب را بیان نکرده باشد، شهادت غیر مستقیم معتبر نخواهد بود. برای نمونه، اگر شاهد فرع، گواهی شاهد اصل را در مورد مدیون بودن مشهوده‌ای به سبب خرید خانه از مشهوده‌ای شنیده باشد، لازم است که در هنگام ادای شهادت غیر مستقیم، سبب دین را نیز متذکر

شود (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۳۱/۸؛ حلی، ۱۴۱۳: ۵۰۴/۳). با این حال برخی دیگر، تحمل شهادت را مشروط به حصول یقین بر مقصود شاهد اصل، منحصر در صورت فوق ندانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۷/۴۳-۱۹۸؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۷۸/۱۲). از این رو، به نظر می‌رسد قانون‌گذار موضع گروه اخیر را برگزیده است.

آخرین شرط آنکه در فرضی که یک دسته «شهادت شرعی» با یک دسته «شهادت غیر مستقیم» تعارض می‌یابند، نصاب شهادت غیر مستقیم، به اندازه نصاب مقرر برای شهادت اصلی باشد.

در صورت حصول شرایطی که تفصیل آن گذشت، وقوع تعارض میان «شهادت شرعی» و «شهادت غیر مستقیم» محتمل است؛ برای نمونه، می‌توان فرضی را تصور نمود که شاکی برای اثبات آنکه متهم به وی توهین کرده است، به شهادت غیر مستقیم دو شاهد فرع که هر یک بر شهادت دو شاهد اصل گواه بوده‌اند، استناد می‌نماید؛ از طرف دیگر، متهم برای اثبات بی‌گناهی خود، دو شاهد شرعی را به محضر دادگاه فراخوانده تا شهادت دهند که وی لفظی به جز آنچه شاکی مدعی آن است، به کار برده است. از این رو، مفاد دو دسته شهادت به نفی یکدیگر انجامیده و به سبب وجود سایر شرایط، تعارض می‌یابند.

ترجیح یک دلیل بر دلیل دیگر در تعارض مذکور، به آسانی امکان‌پذیر نیست؛ زیرا فرض بر آن است که هم «شهادت شرعی» و هم «شهادت غیر مستقیم» از شرایط اعتبار برخوردارند. شهود به واسطه دارا بودن شرایط مقرر در ماده ۱۷۷ ق.م.ا. مورد اعتمادند و ارزش اثباتی هر یک در اقناع وجدان قاضی نیز به یک میزان است. از این رو، ترجیح یک دلیل بر دلیل دیگر، مصداقی از «ترجیح بلامرجح» خواهد بود که مردود بودن آن مورد اتفاق است. با این حال، به نظر می‌رسد بتوان «باواسطه بودن شهادت غیر مستقیم» را دلیلی برای تقدم «شهادت شرعی» دانست. توضیح آنکه اعتبار «شهادت» مبتنی بر اماره صداقت است؛ یعنی ارزش اثباتی «شهادت» بدین سبب است که با تحقق شرایط قانونی تحمل و ادای آن، اصل بر صداقت گواهی شاهد و مطابقت آن با واقع قرار می‌گیرد و مادامی که با دلیل مناسب خلاف آن ثابت نگردد، ارزش اثباتی خود را حفظ می‌کند. این اماره چه در «شهادت مستقیم» و چه در «شهادت

غیر مستقیم» علت اعتبار است؛ اما تفاوت در این است که اعتبار «شهادت مستقیم» مبتنی بر راستگویی و درستی دریافت شاهد است در حالی که اعتبار «شهادت غیر مستقیم» علاوه بر این، مستلزم راستگویی و درستکاری شاهد فرع نیز می‌باشد. به عبارت دیگر، اعتبار «شهادت غیر مستقیم» با جمع دو اصل تأمین می‌شود و اعتبار «شهادت مستقیم» با یک اصل قابل تحصیل است (کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ۱۳۹۰: ۲۰/۲). از این رو، عقل حکم می‌کند که احتمال خطا یا عدم مطابقت گواهی با واقع، در «شهادت غیر مستقیم» بیش از شهادت مستقیم باشد.

دلیل دیگری که می‌توان در توجیه تقدم «شهادت شرعی» بر «شهادت غیر مستقیم» بیان داشت آنکه در خصوص «شهادت غیر مستقیم» امکان فراهم کردن وضعیت ترافع میان شاهد اصل و متهم وجود ندارد، در حالی که این مهم در خصوص «شهادت مستقیم» امکان‌پذیر است. به عبارت دیگر، «هرچند ترافعی بودن دادرسی نسبت به تمامی ادله، یک اصل مطلق است، شهادت غیر مستقیم یک استثناست (Jennings, 1965: 764). بنابراین اطمینان به دست آمده از «شهادت شرعی» به مراتب قابل اعتمادتر از اطمینان به دست آمده از «شهادت غیر مستقیم» است.

به نظر می‌رسد قانون‌گذار نیز بر اساس آنچه ذکر شد - البته با تبعیت از نظر مشهور فقهاء - «شهادت غیر مستقیم» را در اثبات سایر جرایم مستوجب حد و تعزیر، به طور کلی فاقد قدرت اثباتی دانسته و در اثبات سایر جرایم نیز تنها در صورت متعذر بودن حضور شاهد اصل، قدرت اثباتی آن را پذیرفته است. بنابراین در صورت وقوع تعارض میان «شهادت شرعی» و «شهادت غیر مستقیم»، مشروط بر ارزش اثباتی یکسان در ایقان وجدان قاضی، «شهادت مستقیم» مقدم بر «شهادت غیر مستقیم» خواهد بود و بر اساس آن، قضاوت به عمل خواهد آمد. البته یادآوری این نکته ضروری است که چنانچه تعارض مذکور در خصوص «جنایات» تحقق پذیرد، تقدم «شهادت شرعی» صرفاً جهت تعیین مسئول «دیه» یا «ارش» و در سایر جرایم برای جبران خسارت بزه دیده صورت می‌پذیرد؛ در نتیجه به سبب عدم حصول علم قاضی بر دلیل صادق، استقرار «مجازات» از طریق تقدم «شهادت شرعی» منتفی است.

در پایان این گفتار، لازم به ذکر است که با توجه به مبنای مذکور در مورد تقدم

«شهادت شرعی» بر «شهادت غیر مستقیم»، در صورت وقوع تعارض میان «شهادت شرعی» و «شهادت به انضمام سوگند» یا «شهادت مستند به شیعاع» نیز «شهادت شرعی» مقدم خواهد بود.

### ۳. قسامه

«قسامه»، در لغت به معانی «حُسن»، «جمال»، «سوگندها» و «یادکنندگان سوگند» آمده است (معلوف، ۱۳۸۲: ۱۴۴۵/۲) و در اصطلاح قانون، به شیوه اثباتی در خصوص جنایات اشاره دارد که ارزش آن در گرو سوگندهایی است که حسب مورد، توسط شاکی یا متهم ادا می‌شود. بر اساس ماده ۲۱۳ ق.م.ا.:

قسامه عبارت از سوگندهایی است که در صورت فقدان ادله دیگر غیر از سوگند منکر و وجود لوث، شاکی برای اثبات جنایت عمدی یا غیر عمدی یا خصوصیات آن و متهم برای دفع اتهام از خود اقامه می‌کند.

از این رو، در صورت وجود سایر ادله اعم از دلیل خاص و اماره قضایی منجر به علم قاضی، نوبت به اقامه قسامه نمی‌رسد و به تبع آن، وقوع تعارض میان قسامه و سایر ادله اثبات دعوی نیز منتفی است. با این حال، پس از اقامه قسامه، امکان یافت شدن دلیل بر خلاف مفاد آن محتمل است. در این صورت، «دلیل» می‌تواند واجد دو مدلول متفاوت باشد؛ ممکن است بر نفی جنایتی دلالت کند که شاکی با اقامه قسامه به متهم نسبت داده است یا اثبات‌کننده جنایتی باشد که متهم با اقامه قسامه مردود، منکر آن گشته است. قانون‌گذار برای رفع تعارض قسامه با دلیل متأخر، بر اساس هریک از دو فرض مذکور راهکاری متفاوت برگزیده است که در قالب دو گفتار مجزا مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

#### ۳-۱. تعارض قسامه با اقرار یا شهادت در نفی جنایت از متهم

همواره احتمال آن وجود دارد که پس از اقامه قسامه توسط شاکی، دلیل جدیدی مبنی بر بی‌گناهی متهم یافت شود و با «قسامه» در تعارض قرار گیرد. در این صورت، سه حالت متصور است:

نخست آنکه دلیل جدید به اقناع وجدان قاضی مبنی بر کذب مفاد قسامه و صدق مدلول خود بینجامد. در این صورت، تعارض از طریق راهکار «اقناع وجدان قاضی» رفع شده و بر اساس مفاد دلیل جدید، تصمیم مقتضی گرفته خواهد شد؛ در نتیجه اگر شاکی به واسطه اقامه قسامه، از متهم دیه گرفته باشد، باید آن را بازگرداند و در صورت اجرای قصاص علیه وی، یک دیه کامل به ولی دم پردازد. بدیهی است که این حکم مربوط به زمانی است که ولی دم با سوءنیت به اقامه قسامه دروغ پرداخته باشد؛ در غیر این صورت، می‌توان وی و سایر اداکنندگان عمدی سوگند دروغ را به اتهام قتل عمدی محاکمه کرد.

دوم آنکه دلیل جدید، وجدان قاضی را نسبت به مفاد خود قانع نساخته و قاضی همچنان بر مفاد قسامه اطمینان داشته باشد. در این صورت نیز تعارض از طریق راهکار «اقناع وجدان قاضی» اما با برتری قسامه بر دلیل جدید رفع می‌شود.

سوم آنکه دلیل جدید، واجد ارزش اثباتی یکسان با قسامه باشد؛ بدین معنا که قاضی نه بر خلاف دلیل جدید علم یابد و نه بر کذب مفاد قسامه یقین حاصل کند. در این صورت، مطابق با ماده ۲۱۳ ق.ا.م.ا. دلیل جدید بر قسامه مقدم خواهد شد و بر اساس مفاد آن عمل می‌شود. مفاد دلیل جدید می‌تواند دارای دو مدلول متفاوت باشد یا صرفاً بر بی‌گناهی متهم دلالت کند یا علاوه بر آن، بر ارتکاب جرم توسط شخص دیگری نیز دلالت نماید.<sup>۱</sup> هرچند در هر دو فرض مذکور، راهکار «تقدم قانونی» جهت رفع تعارض اجرا می‌شود، در صورتی که دلیل جدید حاوی مدلول دوم باشد، تحقیقات برای اثبات ارتکاب جرم توسط متهم جدید ادامه می‌یابد و به سبب وجود «دلیل»، اجرای قسامه علیه متهم جدید منتفی می‌گردد.

به نظر می‌رسد علت تقدم «اقرار» و «شهادت» بر «قسامه» را با توجه به ماهیت قسامه و خلاف قاعده بودن آن بتوان توجیه نمود. توضیح آنکه ماهیت قسامه «اماره» است؛ بدین معنا که در غالب موارد، اعتقاد به خداوند و ترس از عقاب اخروی در

۱. مثال مدلول نخست فرضی است که پس از اقامه قسامه، دو شاهد واجد شرایط شهادت دهند که متهم در زمان وقوع جنایت در مکانی به جز مکان وقوع جرم حضور داشته است و مثال مدلول دوم فرضی است که دو شاهد واجد شرایط شهادت دهند که شخصی معین به جز متهم مرتکب جنایت گشته است.

وجدان انسان مسلمان و اعتقاد به مقدس‌ترین نیروی ماوراءالطبیعه و ترس از خشم وی در وجدان انسان غیر مسلمان، یک عامل درونی است که مانع از ایراد سخن کذب می‌گردد. این اماره در اثبات جنایات، زمانی تقویت می‌شود که اقامهٔ سوگند به تعدد صورت می‌پذیرد و احتمال خلاف را تا حد زیادی کاهش می‌دهد.

ممکن است ایراد شود که قانون‌گذار قسامه را در زمرهٔ دلایل اثبات دعوی آورده و اماره دانستن آن خلاف نص قانون است. در پاسخ باید اظهار داشت که قسامه در مواردی «دلیل» محسوب می‌شود که هیچ دلیل دیگری برای اثبات دعوی موجود نباشد؛ در حالی که اگر در نظر قانون‌گذار به مانند سایر ادلهٔ اثبات دعوی واجد ارزش اثباتی «دلیل» می‌بود، استناد به آن حتی در صورت وجود سایر ادله، مسموع اعلام می‌شد. بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که قانون‌گذار به سبب وضعیت مفروض -وضعیتی که هیچ دلیلی برای اثبات وجود ندارد- قسامه را در «حکم دلیل» قرار داده است.

سبب دیگری که می‌توان در توجیه تقدم «اقرار» و «شهادت» بر «قسامه» بیان نمود، خلاف اصل بودن شیوهٔ اثباتی قسامه است. توضیح آنکه در اجرای قسامه، برخلاف اصل براءت و قاعدهٔ «البینه علی المدعی والیمین علی من أنکر»، قسم از ابتدا متوجه مدعی می‌گردد و ارائهٔ دلیل مبنی بر بی‌گناهی، بر عهدهٔ متهم گذارده می‌شود. این امر به سبب اهمیت خون مسلمان نزد شارع بوده و بر این استدلال استوار است که در صورت مقید نمودن اثبات قتل به «اقرار» و «شهادت»، خون‌های بسیاری ریخته خواهد شد که به سبب مخفی ماندن از دید شاهد و عدم اقرار قاتل، قابل قصاص نخواهد بود که این امر، عاملی برای تجزّی مجرمان است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰: ۲/۳۴۵).

به نظر می‌رسد حتی اگر توجیهاات مذکور را نیز قابل خدشه بدانیم، اعمال راهکار «تقدم قانونی» در فرض اخیر مقرون به صواب باشد؛ چرا که نتیجهٔ آن براءت متهم از اتهامی است که برخلاف اصل براءت و قاعدهٔ «البینه علی المدعی والیمین علی من أنکر» بر وی منتسب گشته است. در پایان شایان ذکر است که قانون‌گذار از نظر فرایند دادرسی میان حالتی که دستیابی به دلیل جدید قبل از صدور حکم و بعد از آن تحقق یافته باشد، تفاوت گذاشته و در مادهٔ ۳۴۶ ق.م.ا. مقرر نموده است:

اگر پس از اقامه قسامه و پیش از صدور حکم، دلیل معتبری بر خلاف قسامه یافت شود و یا فقدان شرایط قسامه اثبات گردد، قسامه باطل می‌شود و چنانچه بعد از صدور حکم باشد موضوع از موارد اعاده دادرسی است.

با این وجود، رسیدگی به تعارض چه در مرحله بدوی و تجدیدنظر و چه پس از قطعیت حکم و درخواست اعاده دادرسی صورت پذیرد، تفاوتی در تفصیلی که گذشت نخواهد بود.

### ۲-۳. تعارض قسامه با اقرار یا شهادت در اثبات جنایت از سوی متهم

همان گونه که امکان تعارض قسامه با ادله نفی جنایت از متهم وجود دارد، امکان تعارض آن با ادله‌ای که بر ارتکاب جنایت توسط متهم دلالت دارند نیز محتمل است. این مصداق از تعارض زمانی تحقق می‌یابد که متهم به واسطه درخواست شاکی، به اقامه قسامه مبنی بر بی‌گناهی خویش پردازد؛ برای نمونه، فرض کنید که ولی دم به سبب عدم حصول نصاب معین برای اقامه قسامه، موفق به اثبات ادعای خویش نمی‌شود و اقامه قسامه را به امید آنکه ترس از عقوبت اخروی، وجدان غافل متهم را بیدار کرده و اتهام خویش را بپذیرد، از وی مطالبه می‌کند، اما متهم به اقامه قسامه می‌پردازد و بدین وسیله تبرئه می‌گردد. پس از گذشت مدت زمانی، دلیل جدیدی مبنی بر اثبات جنایت از سوی متهم سابق کشف شده و با قسامه تعارض می‌یابد.

اگرچه ارزش اثباتی بیشتر «دلیل» جدید - مشروط بر آنکه واجد شرایط مقرر قانونی باشد - مقتضی سقوط قسامه و امکان محاکمه مجدد متهم است، ماده ۳۴۵ ق.ا.م.ا در این مورد اشعار می‌دارد:

پس از اقامه قسامه توسط متهم، شاکی نمی‌تواند با بینه یا قسامه، دعوی را علیه متهم تجدید کند.

از این رو، قانون‌گذار حکم عام ماده ۳۴۴ ق.ا.م.ا را با وضع این ماده تخصیص زده و اقامه قسامه از سوی متهم را به مانند سوگند منکر در دعاوی حقوقی، وسیله‌ای برای فصل خصومت دانسته است. بنابراین در مثالی که گذشت با وجود آنکه ولی دم به سبب کشف دلیل جدید توان اثبات ادعای خویش را می‌یابد، نمی‌تواند دعوی خود را

به محضر دادگاه آورد؛ در نتیجه، ناچار است به دیه اخذشده از بیت‌المال بسنده نماید. از آنجا که مطابق با ماده ۳۴۵ ق.م.ا.، «... شاکمی نمی‌تواند با بینه یا قسامه، دعوی را علیه متهم تجدید کند»، این سؤال قابل طرح است که آیا می‌توان با استناد به «علم قاضی»، دعوی را علیه متهم تجدید نمود؟ به عبارت دیگر، اگر «قسامه» با «علم قاضی» در تعارض قرار گیرد، کدام را باید مقدم دانست؟ آنچه بدیهی است آنکه قاضی نمی‌تواند بر خلاف علم خویش قضاوت کند؛ چرا که قضاوت بر خلاف علم، مستلزم فسق قاضی بوده و حکم قاضی فاسق، محکوم به بطلان است (نجفی، ۱۴۰۴: ۸۸/۴۰). از این رو، می‌توان چنین نتیجه گرفت که گرچه برای انتساب برخی جرایم به متهم، علم انحصاری قاضی کفایت نمی‌کند، شرط اثبات تمامی جرایم آن است که علم قاضی بر خلاف مفاد ادله اثبات آن شکل نگیرد. بر این اساس، در فرض مورد بحث نیز «علم قاضی» مقدم بر «قسامه» خواهد بود. ماده ۳۴۶ ق.م.ا. در این مورد اشعار می‌دارد:

اگر پس از صدور حکم، بطلان همه یا برخی از سوگندها ثابت شود مانند آنکه برخی از اداکنندگان سوگند، از سوگندشان عدول کنند یا دروغ بودن سوگند یا از روی علم نبودن سوگند، برای دادگاه صادرکننده حکم ثابت شود، مورد از جهات اعاده دادرسی است».

بنابراین چنانچه قاضی بر کذب بودن مفاد قسامه اکتفا یابد، از طریق اعاده دادرسی می‌توان دعوی را علیه متهم تجدید نمود؛ زیرا باطل بودن قسامه به منزله آن است که متهم قسامه‌ای برای تبرئه خود اقامه نکرده است؛ در نتیجه همچنان حق شاکمی برای اثبات ادعای خویش پابرجاست. آنچه در این جایگاه باید مورد توجه قرار گیرد آن است که مطابق با ماده ۳۴۵ ق.م.ا. نمی‌توان با استناد به «شهادت» یا اقامه مجدد «قسامه»، موجبات ايقان وجدان قاضی مبنی بر کذب قسامه را فراهم آورد، بلکه زمینه ايقان وجدان قاضی باید به گونه‌ای فراهم شود که مستلزم اقامه مجدد دعوی علیه متهم نباشد. بر این اساس می‌توان موارد زیر را موجبی برای ايقان وجدان قاضی در فرض مذکور دانست:

۱- در صورتی که متهم یا برخی از اقامه‌کنندگان قسامه نزد مقام قضایی اقرار کنند



که بر خلاف واقع یا بر مبنای گمان، به اتیان سوگند پرداخته‌اند.

۲- در صورتی که همه یا برخی از اقامه‌کنندگان قسامه اذعان نمایند که در تشخیص مقتول دچار اشتباه شده‌اند.

۳- در صورتی که قاضی به وسیله اماراتی که قبل از صدور حکم به آن‌ها دسترسی نداشته، بر کذب مفاد قسامه علم یابد.

۴- در صورتی که شاکی، کذب مفاد قسامه را بر اساس ماده ۶۴۹ ق.ت.ا. در دادگاه صالح به اثبات برساند.

ممکن است بر تحلیل فوق ایراد شود که مطابق با ماده ۴۷۵ ق.آ.د.ک.، شاکی حق درخواست اعاده دادرسی نداشته و این بدان معناست که هر گاه نتیجه اعاده دادرسی بر ضرر متهم باشد، پذیرش آن منتفی است. این ابهام را با دقت در دو نکته می‌توان برطرف نمود:

نخست آنکه «قسامه» یک دلیل شرعی استثنایی است که بسیاری از قواعد آن با قواعد اثبات ادله متفاوت است. مصادیق بارز این تفاوت، دگرگونی قاعده «البینه علی المدعی والیمین علی من أنکر»، لزوم تعدد سوگند جهت برقراری ارزش اثباتی آن و نافذ بودن اثر سوگند نسبت به غیر آن است (زراعت، ۱۳۹۳: ۲۶۵/۱). از این رو، یا نباید در نظام اثباتی ادله برای «قسامه» جایگاهی قائل گردید و یا در صورت پذیرش آن، باید احکام شرعی ملحق به آن را نیز پذیرفت؛ در غیر این صورت، نه تنها مقصود شارع محقق نمی‌گردد، بلکه احکام حقوقی اسلام آماج انتقاداتی قرار خواهند گرفت که منشأ آن بیش از هر چیز دیگر، تفسیر و به کارگیری نادرست احکام مذکور توسط قانون‌گذار است. از جمله احکام ملحق به «سوگند» و «قسامه» که از سوی فقها مورد تصریح قرار گرفته‌اند، بطلان «سوگند» و «قسامه» در فرضی است که قاضی «علم وجدانی» بر کذب آن یابد. مراد از «علم وجدانی»، ایقان وجدان قاضی مبنی بر کذب سوگند و قسامه است. به نظر ایشان، در این صورت بر قاضی واجب است که حکم به بطلان رأی خود دهد (موسوی خمینی، بی‌تا: ۴۱۸/۲). از این رو، وضع ماده ۳۴۶ ق.م.ا. را می‌توان تدبیری از سوی قانون‌گذار دانست که جهت تحقق حکم مذکور اتخاذ گردیده است.

دوم آنکه در وضعیت مذکور درخواست اعاده دادرسی، نه به سبب تضییع حق شاکی و گرفتن جانب وی، بلکه به سبب صدور حکم اشتباه از جانب قاضی صورت می‌پذیرد. بنابراین نباید آن را با فلسفه اعاده دادرسی که حمایت از متهم است، در تعارض دانست. همچنین ذکر این نکته که هنگام تمسک به قسامه «بار دلیل از جهت جنبه عمومی بر عهده مقام قضایی است» (گلدوزیان، ۱۳۹۳: ۳۰۷)، بر اعتبار استدلال اخیر می‌افزاید. از این رو می‌توان با استناد به بند «ب» و «پ» ماده ۴۷۵ ق.آ.د.ک. که حق درخواست اعاده دادرسی را برای دادستان پیش‌بینی کرده است، از طریق دادستان مجری حکم یا دادستان کل کشور به اعاده دادرسی در فرض مورد نظر پرداخت یا با استناد به ماده ۴۷۷ ق.آ.د.ک. خلاف شرع بودن حکم صادره را به اطلاع رئیس قوه قضاییه رساند تا درخواست اعاده دادرسی از این طریق صورت پذیرد.

#### ۴. سوگند

«سوگند» در لغت به معنای «ذکر مقدسات مذهبی در مقدمه سخن به منظور توصیف آن به صدق و راستی» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۳۶۹) و در اصطلاح قانون، به معنای «گواه قراردادن خداوند بر درستی گفتار اداکننده سخن» آمده است (ماده ۲۰۱ ق.م.ا.). حقوق دانان «سوگند» را به مصادیق مختلفی دسته‌بندی کرده‌اند. با این حال، آنچه در این گفتار مورد بررسی قرار خواهد گرفت «سوگند بتی»<sup>۱</sup> بوده که منقسم از «سوگند قضایی»<sup>۲</sup> است. «سوگند بتی» که به آن «سوگند قاطع دعوی» و «سوگند جزمی» نیز گفته می‌شود، سوگندی است که یکی از طرفین دعوی برای اثبات صحت ادعای خود یا عدم صحت ادعای طرف مقابل، بدان استناد می‌کند (زرزاعت، ۱۳۸۸: ۴۲۸).

#### ۴-۱. تعارض سوگند بتی با شهادت

ماده ۲۰۸ ق.م.ا. در مقام بیان قدرت اثباتی سوگند بتی مقرر می‌دارد: حدود و تعزیرات با سوگند نفی یا اثبات نمی‌شود لکن قصاص، دیه، ارش و ضرر و زیان ناشی از جرایم، مطابق مقررات این قانون با سوگند اثبات می‌گردد.

1. Serment decisoire.
2. Serment judiciaire.

اثبات قصاص با سوگند، از طریق اجرای قسامه امکان‌پذیر است که شرایط و تشریفات آن در مواد ۳۱۲ تا ۳۴۶ ق.م.ا. ذکر شده است، اما قانون مجازات اسلامی در خصوص تشریفات اثباتی «سوگند بئی» ساکت است. با این حال، می‌توان با استناد به قاعده «البینه علی المدعی واليمين علی المنکر» و انتهای ماده ۱۵ ق.آ.د.ک. که مقرر می‌دارد: «... مطالبه ضرر و زیان و رسیدگی به آن، مستلزم رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی است»، تشریفات اثباتی «سوگند بئی» را مطابق با آیین دادرسی مدنی دانست؛ چرا که دیه، ارش و ضرر و زیان ناشی از جرایم نیز جنبه مالی داشته و فاقد وصف کیفری هستند.

ماده ۲۷۱ ق.آ.د.م. دربردارنده شرط مهمی جهت قدرت اثباتی سوگند بئی است. مطابق با این ماده:

در کلیه دعاوی مالی و سایر حقوق الناس... که فاقد دلایل و مدارک معتبر دیگر باشد سوگند شرعی به شرح مواد آتی می‌تواند ملاک و مستند صدور حکم دادگاه قرار گیرد.

از عبارت قانون‌گذار فهمیده می‌شود که سوگند بئی در فرایند اثبات، زمانی قدرت اثبات می‌یابد که دلیل دیگری برای فصل خصومت وجود نداشته باشد. در غیر این صورت، وقوع تعارضی که یک طرف آن «سوگند» باشد منتفی خواهد بود؛ چرا که «دلیل» وارد بر «سوگند» بوده و «ورود» از مصادیق تعارض غیر مستقر است. با این حال، پس از اتیان سوگند، وقوع تعارض میان سوگند و سایر ادله محتمل بوده که تعارض «سوگند با شهادت» یکی از مصادیق آن است. تعارض مذکور در غالب موارد، زمانی تحقق می‌یابد که طرفین دعوی، شاهدی برای معرفی به دادگاه ندارند؛ در نتیجه، خواهان با درخواست سوگند و خوانده با اتیان یا رد آن، در صدد اثبات و انکار ادعا بر می‌آیند، اما پس از اتیان سوگند، طرف متضرر شاهدی بر حقانیت گفتار خویش یافته و بدین وسیله تعارض ادله را سبب می‌گردد.

با وجود آنکه قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در خصوص تعارض مذکور ساکت است، ماده ۱۳۳۱ ق.م. تکلیف این مصداق از تعارض را روشن ساخته است. بر اساس ماده مذکور:

قسم قاطع دعوی است و هیچ گونه اظهاری که منافی با قسم باشد از طرف پذیرفته نخواهد شد.

بر این اساس، قانون‌گذار اتیان سوگند را عاملی برای سقوط دعوی دانسته و برای آن، اعتبار امر مختوم قائل شده است.

ممکن است گفته شود ماده مذکور بیانگر وضعیتی است که حکم دعوی بر اساس سوگند صادر شده باشد و قبل از آن را شامل نمی‌شود، اما چنین تفسیری مردود است؛ چرا که اگر خصومت فیصله یافته و حکم صادر شده باشد، لازم است طرف متضرر از «طرح دعوی مجدد» منع گردد، نه آنکه «اظهار منافی با قسم» از وی پذیرفته نباشد. از این رو در فرض مورد بحث، مطابق با مفاد «سوگند» قضاوت صورت خواهد پذیرفت.

در خصوص حکم ماده ۱۳۳۱ ق.م. ذکر دو نکته ضروری به نظر می‌رسد: نخست آنکه پابرجا ماندن حکم مستند به «سوگند»، نشان از ارزش اثباتی کمتر «شهادت» ندارد؛ بلکه آنچه تقدم سوگند را سبب گشته، عدم وقوع تعارض مستقر میان «سوگند» و «شهادت» است. به عبارت دیگر، ارزش اثباتی «شهادت» در هر صورت بیش از ارزش اثباتی «سوگند» است، اما از آنجا که «شهادت» قدرت اثباتی خود را به واسطه سقوط دعوی از دست داده، فاقد شرط لازم برای تحقق تعارض (دارا بودن شرط اعتبار) بوده و در واقع، تعارضی تحقق نیافته است.

دوم آنکه حکم ماده ۱۳۳۱ ق.م. معطوف به وضعیتی است که پس از اتیان سوگند، «دلیل متعارضی» ارائه گردد. در این صورت، قاضی حق پذیرش دلیل و رسیدگی به آن را نخواهد داشت. با این حال، اگر پس از اتیان سوگند، اماره‌ای یافت شود که قاضی را بر خلاف مفاد «سوگند» اقناع کند، امارات منجر به علم قاضی بر سوگند مقدم شده و بر اساس آن قضاوت به عمل می‌آید؛ زیرا همان گونه که ذکر آن گذشت، قاضی نمی‌تواند بر اساس دلیلی که علم بر خلاف آن دارد، به قضاوت پردازد.

#### ۲-۴. تعارض سوگند بتی با اقرار

تعارض «سوگند بتی» با «اقرار» مصداق دیگری از تعارض ادله اثبات دعواست که

امکان وقوع آن پس از اتیان سوگند وجود دارد. این مصداق تعارض به دو صورت قابل تحقق است:

نخست آنکه خواهان از خوانده تقاضای اتیان سوگند کند، اما خوانده اتیان سوگند را به خواهان رد کند و خواهان به اتیان سوگند پردازد؛ با این حال قبل از صدور حکم، فردی اقرار نماید که وی مرتکب جرم یا عمل زیانبار گشته و خواننده دعوی بی‌گناه است.

دوم آنکه خواهان از خوانده مطالبه سوگند کند و خوانده به اتیان سوگند مبادرت ورزد، اما قبل از صدور حکم، خود اقرار کند که سوگندش کذب بوده است.

تفاوت دو مصداق فوق در آن است که تفوق «اقرار» بر «سوگند» در مصداق نخست، علاوه بر اثبات جنبه مالی ادعا، جنبه کیفری آن را نیز اثبات می‌کند؛ زیرا «اقرار»، دلیل مستقلی است که برای اثبات جنبه کیفری ادعا نیز از قدرت اثبات برخوردار است. این در حالی است که در مصداق دوم، تفوق «اقرار» تنها سبب اثبات جنبه مالی ادعا می‌شود؛ زیرا چنانچه تفصیل آن گذشت، «سوگند بتی» تنها از قدرت اثبات «دیه»، «ارش» و «ضرر و زیان ناشی از جرایم» برخوردار است.

ممکن است گفته شود که حکم ماده ۱۳۳۱ ق.م. که تفصیل آن گذشت، عام بوده و «اقرار» را نیز در بر می‌گیرد. حقوق دانان در این مورد اتفاق نظر ندارند. برخی به رغم آنکه تقدم «اقرار» را عادلانه می‌دانند، معتقدند که اطلاق و عموم ماده ۱۳۳۱ ق.م. امکان عدول از «سوگند» و پذیرش «اقرار» را منتفی می‌سازد (کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ۱۳۹۰: ۲۰۶/۲). در مقابل، برخی دیگر معتقدند که قوانین جاری، مخالفتی با تفوق «اقرار» بر «سوگند» ندارد و برای اثبات ادعای خویش دلایلی ارائه می‌کنند که صحیح بودن نظر ایشان را تقویت می‌کند. این دلایل را می‌توان در قالب سه مورد احصا نمود:

نخست آنکه همسانی «اقرار» و «سوگند» اقتضا می‌کند که رجوع از «سوگند» جایز باشد (زراعت، ۱۳۸۸: ۴۱۹). در توجیه شباهت «سوگند» و «اقرار» آورده‌اند:

کسی که سوگند یاد می‌کند، ایمان و وجدان خویش را داور قرار می‌دهد و اوست که نسبت به صحت و کذب آنچه که خبر می‌دهد، آگاهی دارد. سوگند از این جهت شبیه اقرار است و در نتیجه، تابع قواعد حاکم بر اقرار می‌باشد (همان: ۴۱۶).

در تأیید این ادعا می‌توان به ماده ۱۳۲۹ ق.م. نیز اشاره کرد که شباهت دو دلیل را چنین گوشزد کرده است: «قسم به کسی متوجه می‌گردد که اگر اقرار کند، اقرارش نافذ باشد».

دوم آنکه «سوگند» در جایی قدرت اثبات می‌یابد که دلیل دیگری برای اثبات ادعا وجود نداشته باشد؛ در حالی که اقرار اتیان‌کننده قبل از صدور حکم، دلیلی است که امکان استناد به «سوگند» را منتفی می‌سازد (همان: ۴۱۹).

سوم آنکه ذکر واژه «طرف» در ماده مذکور، نشان از آن است که اظهار منافی با سوگند از «طرف مقابل اتیان‌کننده سوگند» پذیرفته نمی‌شود؛ در حالی که «اقرار»، اظهار طرف مقابل نبوده و اتیان‌کننده، خود به ابراز آن مبادرت ورزیده است (شمس، ۱۳۹۲: ۲۷۱).

چهارم آنکه ماده ۴۶۸ ق.آ.د.م. پیش از اصلاح سال ۱۳۷۹ با این بیان، به صراحت «اقرار» را مقدم بر «سوگند» اعلام داشته بود:

اگر کسی که سوگند یاد نموده، قبل از صدور حکم اقرار کند که سوگند او دروغ بوده و حق با طرف است، دادرس دادگاه ترتیب اثر به سوگند نداده و بر حسب اقرار حکم خواهد داد.

استناد به این ماده از آن جهت اهمیت می‌یابد که قانون‌گذار ۱۳۹۲ در ماده ۲۱۰ ق.ا.م.ا. بار دیگر بر این امر صحه گذاشته است:

هر گاه ثابت شود سوگند دروغ و یا اداکننده سوگند فاقد شرایط قانونی بوده است، به سوگند مزبور ترتیب اثر داده نمی‌شود.

با توجه به تفصیلی که گذشت، «اقرار» در هر دو مصداق فوق بر «سوگند» مقدم خواهد شد. با این حال، توجه به این نکته ضروری است که تقدم «اقرار» مشروط بر آن است که قاضی بر مدلول آن اقتناع یابد یا ارزش اثباتی آن در قناعت وجدان قاضی، برابر با «سوگند» باشد. از این رو، تعارض در حالت نخست از طریق راهکار «اقتناع وجدان قاضی» و در حالت دوم از طریق راهکار «تقدم قانونی» رفع می‌گردد. ناگفته مبرهن است که اگر خلاف واقع بودن «اقرار» برای قاضی محرز باشد، الزامی به پذیرش آن نخواهد داشت.

## نتیجه‌گیری

«تعارض ادله اثبات دعوی» از جهت نتیجه، به دو فرض قابل تقسیم است: نخست آنکه قاضی با توسل به اماره‌های قضایی از وادی تعارض عبور کرده و به دلیل صادق، علم تفصیلی می‌یابد. دوم آنکه وقوع تعارض مانع اقناع وجدان قاضی شده و وی را از علم تفصیلی بر دلیل صادق بازمی‌دارد. در فرض نخست به سبب احراز وقوع جرم و مرتکب آن، با صدور حکم به مجازات، ضمان حقوقی و یا هر اقدام مقتضی، دعوی فیصله خواهد یافت؛ اما در فرض دوم، «مجازات» از زمره واکنش‌های قابل اجرا علیه پدیده مجرمانه خارج شده و حکم به آن جایز نمی‌باشد؛ زیرا چه بر مبنای اصل «فرض بی‌گناهی» و چه بر مبنای آرای فقها، استقرار «مجازات» مشروط به علم تفصیلی قاضی بر دلیل صادق و اقناع وجدان اوست که در این فرض منتفی می‌باشد. از این رو قانون‌گذار با ارائه راهکارهایی از قبیل «تقدم قانونی»، «تخیر» و «تساقط» به مدد قاضی کیفری آمده تا وقوع تعارض، موجبی برای نقض اصل ۱۶۷ قانون اساسی، یعنی امتناع از صدور حکم نگردد. البته تحقق عدالت در این فرض، منوط به آن است که راهکارهای ارائه‌شده، متناسب با «نوع جرم»، «نوع دلیل» و «مصادق تعارض» انتخاب و اجرا گردد.

## کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، آل البيت علیهم‌السلام، ۱۴۰۹ ق.
  ۲. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
  ۳. التاویلا، انریکو، *روان‌شناسی قضایی*، ترجمه مهدی کی‌نیا، چاپ سوم، تهران، مجلد، ۱۳۸۶ ش.
  ۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰ ش.
  ۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، آل البيت علیهم‌السلام، ۱۴۰۹ ق.
  ۶. حسینی شیرازی، سیدمحمد، *موسوعة الفقه*، چاپ دوم، بیروت، دار العلوم، ۱۴۰۹ ق.
  ۷. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
  ۸. خوانساری، سیداحمد، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، تصحیح علی‌اکبر غفاری، چاپ دوم، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۰۵ ق.
  ۹. زراعت، عباس، *ادله اثبات دعوی*، تهران، قانون‌مدار، ۱۳۸۸ ش.
  ۱۰. همو، *شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی - قصاص*، تهران، جنگل، ۱۳۹۳ ش.
  ۱۱. همو، *مبانی استنباط حقوق*، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش.
  ۱۲. شمس، عبدالله، *ادله اثبات دعوی*، چاپ هفدهم، تهران، دراک، ۱۳۹۲ ش.
  ۱۳. طباطبایی قمی، سیدتقی، *الانوار البهیة فی القواعد الفقهیة*، قم، محلاتی، ۱۳۸۱ ش.
  ۱۴. طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تصحیح سیدمحمدتقی کشفی، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ق.
  ۱۵. کاتوزیان، ناصر، *اثبات و دلیل اثبات*، چاپ ششم، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
  ۱۶. همو، *دوره مقدماتی حقوق مدنی - درس‌هایی از عقود معین*، چاپ شانزدهم، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۰ ش.
  ۱۷. گلدوزیان، ایرج، *محشای قانون مجازات اسلامی*، چاپ سوم، تهران، مجلد، ۱۳۹۳ ش.
  ۱۸. معلوف، لویس، *المنجد فی اللغة و الاعلام*، ترجمه محمد بندرریگی، چاپ چهارم، تهران، ایران، ۱۳۸۲ ش.
  ۱۹. مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیة*، چاپ سوم، قم، مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب علیهم‌السلام، ۱۳۷۰ ش.
  ۲۰. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی‌تا.
  ۲۱. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
  ۲۲. میرمحمدصادقی، حسین، *جرائم علیه اشخاص*، چاپ یازدهم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
  ۲۳. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، لبنان، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
24. Christian, Meissner et al., "The Need for a Positive Psychological Approach and Collaborative Effort for Improving Practice in the Interrogation Room", *The Journal of Law and Human Behavior*, Vol. 34(1), 2010.
25. Conti, Richard P., "The Psychology of False Confessions", *The Journal of Credibility Assessment and Witness Psychology*, Vol. 2, 1999.



26. Jennings, James W., "Preserving the Right to Confrontation: A New Approach to Hearsay Evidence in Criminal Trials", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 113(5), 1965.
27. Kassin, Saul M., & Lawrence S. Wrightsman, *The Psychology of Evidence and Trial Procedure*, Sage Publications, Beverly Hills, Vol. 4, 1985.
28. Kitaeff, Jack, *Handbook of Police Psychology*, New York, Routledge, 2011.



# سقوط قصاص بدون تضمین دیون مقتول مدیون

## تأملی فقهی در ماده ۴۳۲ قانون مجازات اسلامی\*

- حسین ناصری مقدم<sup>۱</sup>
- مرتضی کشاورزی ولدانی<sup>۲</sup>

### چکیده

هرچند در قتل عمد، مجازات قصاص به عنوان اصل ابتدایی در سیاست جزایی اسلام پیش‌بینی شده است، این مجازات در برخی موارد ساقط می‌شود. یکی از آن موارد فرضی است که مقتول مدیون باشد و اولیای دم نیز قصاص قاتل را بخواهند. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا غرما می‌توانند مانع استیفای قصاص شوند یا اساساً می‌توان بدون تضمین حقوق طلبکاران، قاتل را قصاص کرد یا اینکه قصاص قاتل تنها در فرضی است که دیون طلبکاران تأدیه یا تضمین شده باشد.

در این خصوص، قانون مجازات اسلامی از نظر برخی فقهای امامیه پیروی کرده است و بر اساس آن، اولیای دم بدون تضمین یا تأدیه دیون مقتول می‌توانند قاتل را

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۲/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۲/۲۷.

۱. دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد (naseri1962@ferdowsi.um.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول) (keshavarzvm@gmail.com).

قصاص کنند. از طرف دیگر، برخی فقها مانند امام خمینی در تحریر الوسيله معتقدند نزدیک‌تر به احتیاط در اینجا این است که بگوییم قصاص ساقط است مگر اینکه اولیای دم تعهد به تأدیه و تضمین دیون غرما کنند.

این نوشتار بر محوریت دیدگاه‌های فقهی امام خمینی سامان یافته است و پس از بررسی اقوال موافقان و مخالفان، نظریه سقوط قصاص را به دلیل حفظ حقوق طلبکاران و ظاهر روایات باب موجه‌تر می‌داند.

**واژگان کلیدی:** قصاص، سقوط قصاص، مقتول مدیون، دیون، طلبکاران.

### مقدمه

اسلام هرچند اصل قصاص در جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص را با شرایطی پذیرفته است، همواره به عفو و گذشت نیز توصیه کرده است و با پاداش و وعده اخروی برای عفوکنندگان، عفو را برتر از قصاص شمرده است. به عبارت دیگر، نظام حقوقی اسلام در واکنش به این جرایم، به دو اصل مهم «عدالت» و «رحمت» توجه کرده است. بنابراین می‌توان گفت به همان اندازه که بررسی مجازات قصاص و شرایط تحقق آن لازم است، موضوع سقوط قصاص، در مواردی که به رغم ثبوت قصاص موجب زایل شدن مجازات قصاص است، نیازمند بررسی و تبیین بیشتر می‌باشد؛ زیرا موارد سقوط قصاص نیز مانند اجرای قصاص مایه حیات است (میرحسینی، ۱۳۸۷: ۱۲). یکی از مواردی که در برخی از متون فقهی به عنوان سببی از جهات سقوط مجازات قصاص مطرح شده است، موردی است که مقتول مدیون است و ترکۀ او برای ادای دیونش کافی نیست. حال این پرسش مطرح می‌شود که آیا در این فرض، صاحب حق قصاص بدون ادا یا تضمین آن دیون حق استیفای قصاص را دارد یا خیر؟ قانون مجازات اسلامی با پیروی از نظر برخی فقهای امامیه، استیفای قصاص بدون ادا یا تضمین دیون را پذیرفته است و در ماده ۴۳۲ بیان می‌دارد:

هر گاه مجنی علیه پیش از استیفای حق قصاص فوت کند و ترکۀ او برای ادای دیون او کافی نباشد صاحب حق قصاص بدون ادا یا تضمین آن دیون حق استیفای قصاص را دارد لکن حق گذشت مجانی بدون ادا یا تضمین دیون را ندارد و اگر به هر علت، قصاص به دیه تبدیل شود باید در ادای دیون مذکور صرف شود. این حکم در مورد ترکۀ مقتول نیز جاری است.

این ماده که در قانون مجازات اسلامی سابقه نداشت به رغم وحدت ملاک در تضييع حق طلبکاران در هبه و قصاص، بر تفکیک حالت عفو قاتل و قصاص او تأکید می‌کند به گونه‌ای که استیفای قصاص را بدون تضمین دیون یا ادای آن می‌پذیرد اما در فرض عفو قاتل، بر تضمین دیون تأکید می‌کند. امام خمینی در کتاب *تحریر الوسیله* در باب قصاص می‌نویسد:

اگر بدهکاری کشته شود با اینکه ورثه می‌توانند پول خون را بگیرند و با آن بدهی‌های مقتول را بپردازند و می‌توانند آن مبلغ را به عهده بگیرند که به طلبکاران او بدهند و آنگاه قاتل را به قتل برسانند، حال آیا بدون ضمانت آن مبلغ برای طلبکاران می‌توانند قاتل را قصاص کنند یا نه؟ دو قول است و نزدیک‌تر به احتیاط آن است که قصاص نکنند مگر بعد از ضامن شدن دیه برای طلبکاران، بلکه نزدیک‌تر به احتیاط آن است در صورتی هم که خون کشته خود را مجاناً به قاتل بخشیدند مبلغ دیه را برای طلبکاران به گردن بگیرند (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۳۸/۲، مسئله‌های ۱۹ و ۲۰).

مستند فراز اول این دیدگاه که بر اساس آن، دیه مقتول باید صرف در دیون وی شود مقتضای قاعده‌ای است که چون مقتول کشته شده، دیه را مال وی می‌داند؛ چون آن مال به قیمت جانش تمام شده است و به همین دلیل خود میّت مالک دیه می‌شود. درست است که میّت اهلیت تملک ندارد اما امور اعتباری، قائم به خود امر نیست و دائر مدار اثر است؛ به این معنا که اگر اثری بر آن مترتب شد انسان می‌تواند میّت را مالک کند و شاید از همین روست که برخی از فقها گفته‌اند: «الدیه ملک للمیّت» (موسوی خویی، ۱۴۲۴: ۲۲۷؛ همو، ۱۴۲۲: ۱۶۶/۴۲، مسئله ۱۴۵). بنابراین میّت مالک دیه است و باید آن را در دیونش صرف کرد (سبحانی، ۱۳۹۰/۱۰/۲۰).

پشتوانه این نظریه روایاتی از اهل بیت علیهم‌السلام هستند که بر اساس آن‌ها، دیه میّت در دیون وی صرف می‌شود؛ برای نمونه، از امام علی علیه‌السلام درباره مقتولی سؤال شد که مدیون است و مالی نیز ندارد و اولیای او دیه را از قاتل می‌گیرند، آیا وظیفه دارند دیون میّت را بپردازند؟ امام فرمود: آری، وقتی دیه را می‌گیرند بر آن‌ها واجب است که دیون میّت را بپردازند (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۳/باب ۲۴، ح ۵) یا در روایتی دیگر دیه به عنوان میراث میّت شمرده شده است (همان: ۱۷/باب ۱۴ من ابواب موانع الارث، ح ۱).

در این صورت حتی در فرض وصیت، ورثه طبق قاعده «مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ» (نساء/۱۲) باید قبل از اخراج وصایا و سهام ارث، دیون غرما را بپردازند. پرداختن به بحث ماهیت از حوصله این جستار خارج است و مجالی مستقل و مبسوط می‌طلبد. آنچه در اینجا محل بحث می‌باشد فراز دوم دیدگاه امام خمینی است که مقتول، مدیون نیز هست و ترکه وی برای تأدیه دیونش کافی نیست، حال در چنین وضعیتی ورثه می‌خواهند قاتل را قصاص کنند؛ در اینجا اگر ضمانت را سبب قصاص بدانیم، در صورتی که اولیای دم دیون مقتول را ضمانت کنند قطعاً می‌توانند قاتل را به حسب اصل اولیه قصاص کنند و اگر ضمانت را سبب قصاص ندانیم اولیای دم بدون تضمین دیون می‌توانند قاتل را قصاص کنند. این مسئله که تنها در آثار فقیهان بیان شده است و در هیچ یک از نوشته‌های حقوق دانان دیده نمی‌شود، خاستگاهی صرفاً فقهی دارد و مستند به قواعد فقهی، اصولی و روایات اهل بیت علیهم‌السلام می‌باشد.

نوشته حاضر، پس از بیان مباحث کلی سقوط قصاص، به بررسی کلی ادله موافقان و مخالفان این نظریه و جمع روایات به ظاهر متعارض می‌پردازد و با توجه به مذاق شریعت در رویارویی با قصاص و روایات این باب و نحوه جمع آن‌ها با توجه به تقریرات نگاشته شده بر کتاب *تحریر الوسیله*، نظریه سقوط قصاص در فرض عدم تعهد به تأدیه یا تضمین دیون را به دلیل حفظ حقوق طلبکاران و جبران آن منطقی‌تر و نزدیک به صواب می‌داند.

## ۱. سقوط قصاص، مفهوم، موارد و اسباب آن

سقوط در لغت به معنای افتادن، افتاده، نزول خطا در قول و حساب و لغزش و بیماری صرع در نزد پزشکان استعمال شده است (دهخدا، ۱۳۶۴: ۵۵۰/۲۹؛ ابن منظور، ۱۹۸۸: ۲۹۳-۲۹۴).

در اصطلاح فقها و حقوق دانان این معنا تقریباً یکسان است؛ جعفری لنگرودی سقوط را تنزل و از بین رفتن حق می‌داند (بی‌تا: ۳۵۹). فقیهان نیز سقوط را در معانی مختلفی مانند رفع حکم و زوال استحقاق (ابن همام، ۱۹۸۰: ۱۸۶/۴ و ۲۰۰/۶)، رفع تکلیف و نهی از مطالبه حق (زید بن علی، بی‌تا: ۳۳۷/۲ و ۳۱۰/۶) و عدم وجوب و اهدار (نسائی، بی‌تا:

۱/۲۵۰ و ۱۱۷/۷) معنا کرده‌اند. بنابراین هرچند کلمه سقوط در معانی مختلفی به کار رفته است، با توجه به معنای لغوی، حقوقی و عرفی آن می‌توان گفت که سقوط در ترکیب با مجازات، به معنای زایل شدن و از بین رفتن آن است (محقق داماد، ۱۳۷۴: ۲۵۴). به عبارت دیگر، در موارد سقوط مجازات به رغم ثبوت آن، برخی عوامل اجرای آن را به طور کلی منتفی می‌سازد (میرحسینی، ۱۳۸۷: ۳۴). بنابراین با قید ثبوت مجازات، مواردی که مانع ثبوت مجازات می‌گردد از این تعریف خارج است؛ برای نمونه، قانون‌گذار ضمن نادیده گرفتن تفاوت و تفکیک بین این دو تأسیس، موانع مجازات قصاص و سقوط قصاص، با به کار بردن عباراتی از قبیل «قصاص از او ساقط است»، به مصداق یا مصادیقی از موانع مجازات اشاره کرده است؛ برای نمونه، در قسمت اخیر تبصره ۲ ماده ۲۹۵ قانون مجازات مصوب ۱۳۷۲ آمده است:

اگر ادعای خود را در مورد مهدورالدم بودن مقتول به اثبات برساند قصاص و دیه از او ساقط است.

این قسمت از ماده در صدد بیان حکم موردی است که مقتول مهدورالدم می‌باشد و جانی ادعای خود را مبنی بر مهدورالدم بودن مقتول به اثبات می‌رساند. بدیهی است که این مورد از مصادیق بارز موانع مجازات قصاص یا همان عوامل رافع مسئولیت کیفری است نه سقوط قصاص؛ زیرا در قتل عمد در صورت مهدورالدم بودن مقتول اصولاً مجازات قصاص تحقق نمی‌یابد تا اسقاط گردد (همان: ۳۷). البته به نظر می‌رسد برخی حقوق‌دانان کیفری، سقوط قصاص را نه به معنای خاص که به معنای عام آن یعنی موانع اجرای قصاص به کار برده‌اند و به همین دلیل، مجازات مواردی مانند قتل در مقام دفاع مشروع، قتل همسر و اجنبی در حال زنا را از اسباب سقوط مجازات قصاص دانسته‌اند (گلدوزیان، ۱۳۸۳: ۱۰۳).

به هر حال، موضوع بحث حاضر، سقوط قصاص است؛ زیرا یک قتل اتفاق افتاده و مجازات قصاص مستقر شده است. در این شرایط به دلیل مدیون بودن مقتول و به خاطر حفظ حقوق طلبکاران و جلوگیری از اضرار به آنان، اجرای مجازات قصاص نه به عنوان عامل رفع مجازات بلکه به عنوان عامل سقوط قصاص مطرح می‌شود. در یک نگاه کلی، اسباب سقوط قصاص در حقوق اسلام، تحت عنوان مشخصی احصا و

بررسی نشده است و فقها در مباحث مختلف حدود، قصاص، دیات و تعزیرات، ضمن بیان موجبات مجازات، سبب یا اسباب سقوط آن را نیز بررسی و تبیین کرده‌اند. از این رو می‌توان مهم‌ترین اسباب سقوط قصاص را به شرح زیر معرفی نمود: ۱. عفو؛ ۲. صلح؛ ۳. فوت جانی؛ ۴. ارث قصاص؛ ۵. اثبات قتل بر دو متهم با اقرار هر یک در صورتی که اولی از اقرارش رجوع نماید؛ ۶. از بین رفتن محل قصاص؛ ۷. عدم رعایت مماثلت در قصاص عضو.

از میان این اسباب، مرگ، عفو، ارث قصاص و صلح، بین قصاص نفس و قصاص عضو مشترک هستند؛ به این معنا که بروز هر یک از این عوامل، سقوط و از بین رفتن مجازات قصاص اعم از قصاص نفس و عضو را به دنبال دارد (میرحسینی، ۱۳۸۷: ۶۰).

### ۱-۱. رویکرد قانون مجازات اسلامی راجع به سقوط قصاص

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، فوت مرتکب قتل (ماده ۲۵۹)، قصاص زن حامله که ترس از هلاکت طفل می‌رود (ماده ۲۶۲) یا مواردی که با رضایت ولی دم و قاتل صلح شود (مواد ۲۵۷-۲۵۸) و همچنین جایی که مجنی علیه قبل از مرگ جانی را عفو نماید (ماده ۲۶۸)، به عنوان موارد سقوط قصاص پیش‌بینی شده بود. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز در فصل یازدهم از بخش دوم، مواردی را با عنوان عفو، نسخ قانون، گذشت شاکی، مرور زمان، توبه مجرم و اعمال قاعده در (مواد ۹۶-۱۲۱) مطرح کرده است که شامل حدود و تعزیرات می‌گردد. نیز ماده ۴۲۶ این قانون به طور پراکنده سقوط قصاص را بیان کرده است؛ برای نمونه، در مواردی که حق قصاص ثابت است و دیه جنایت وارده بر مجنی علیه کمتر از دیه آن در مرتکب باشد، صاحب حق قصاص در صورتی می‌تواند قصاص را اجرا کند که نخست فاضل دیه را به او بپردازد وگرنه قصاص در این فرض نیز ساقط است. با بررسی مواد این قانون به نظر می‌رسد تنها فرضی که قانون‌گذار به صراحت عبارت سقوط قصاص را آورده است، مواردی است که علم اجمالی به انتساب جنایت به یکی از دو یا چند نفر و عدم امکان تعیین مرتکب باشد (ماده ۴۸۲).



## ۲. موافقان جواز استیفای قصاص بدون تضمین دیون (مخالفان سقوط)

شهید ثانی در *مسالك الافهام* معتقد است که در صورت مدیون بودن مقتول، ورثه او بدون تضمین دیون وی در حق غرما می‌توانند او را قصاص کنند. وی پس از بیان دلایل استیفای قصاص برای محجور علیه، به این سؤال که آیا برای اولیای دم حق استیفای قصاص بدون تضمین دیون وجود دارد یا نه، پاسخ مثبت می‌دهد و این قول را ارجح می‌شمارد (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۵/۲۴۵).

از میان فقهای دیگری که قائل به جواز استیفای قصاص شده‌اند می‌توان از علامه حلی (۱۴۱۰: ۱۹۹/۲: ۱۴۱۳: ۳۴۷/۳: ۱۴۲۰: ۴۹۶/۵)، جمال‌الدین حلی (۱۴۱۰: ۳۶۰: ۱۴۰۷: ۲۵۱/۵)، فاضل آبی (۱۴۱۷: ۴۲۷/۲)، فاضل هندی (۱۴۱۶: ۱۱/۱۶۴)، جواد تبریزی (۱۴۲۶: ۲۶۰) و مرعشی نجفی (۱۴۱۵: ۴۲۷/۲) نام برد. صاحب *جواهرهم* پس از پذیرش این دیدگاه، مقداری تنزل می‌کند و می‌گوید که احتمال دارد از روایات دریابیم که قصاص جایز نیست بلکه فقط هنگامی که اولیای دم ضامن دیه شدند می‌توانند قصاص کنند اما در نهایت با یک استدراک، از این سخن خود عدول می‌کند و لازمه این نظریه را مخالفت با عموماً و شهرت متأخره می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۲/۳۱۵). از میان فقهای نامدار معاصر که به نظر می‌رسد تدوین قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۴۳۲ این قانون بر آرا و اندیشه‌های فقهی وی استوار است آیه‌الله موسوی خویی است که پس از ارائه فرض مقتول مدیون، معتقد است که اگر اولیای دم وی، دیه را دریافت کردند باید آن را در دیون مقتول صرف کنند، ولی جواز اقتصاص اولیای دم را بدون ضمان دیون پذیرفته است و این قول را به دلیل اطلاقات کتاب و سنت اظهر دانسته است (۱۴۲۲: ۴۲/۱۶۵، مسئله ۱۴۴).

## ۱-۲. دلایل کلی قول به جواز استیفای قصاص

مهم‌ترین دلیل طرفداران نظریه جواز استیفای قصاص، اطلاق یا عموم برخی آیات قرآن کریم مانند ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾ (اسراء/ ۳۳) و ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ﴾ (مائده/ ۴۵) می‌باشد؛ با این استدلال که در این آیات، قتل تعمیم دارد و هر کس به ظلم کشته شد برای

ولی‌اش سلطانی وجود دارد که آن سلطان یا ولی، حق استیفای قصاص را دارد یا اگر نفسی کشته شد در مقابلش نفس را استیفا کند. بدیهی است که اطلاق یا عموم این آیات، مقتولی را که مدیون است و مالی نیز ندارد که دین را بپردازد شامل می‌شود. از دیگر دلایل پیروان جواز استیفای قصاص بدون تضمین یا ادای آن، روایات متعدد در باب قصاص است و مبتنی بر این فرض است که اگر کسی کشته شد، حق اولیه قصاص است و اولیای دم مخیرند که قصاص نمایند و اگر نخواستند می‌توانند بدون دریافت مال عفو نمایند یا تبدیل به مال نمایند یا به کمتر یا بیشتر یا به اندازه دیه مصالحه نمایند (جز عاملی، ۱۴۰۹: ۵۲/۲۹، باب ۱۹). بدیهی است که این روایات نیز اختیار را به اولیای دم می‌دهند و قیدی ندارد که اگر چنانچه مقتول مدیون است قصاص منتفی باشد. تمسک به اصل نیز یکی دیگر از دلایل پیروان این نظریه است. از جمله این اصول، برائت است؛ با این توضیح که اصل بر برائت ذمه اولیای دم مقتول مدیون از ادای دیون مقتول و نیز عدم ضمان آنهاست (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۳۶۵/۹).

اصل عدم تقیید نیز یکی دیگر از اصول مورد استناد این فقیهان است و در جایی مطرح می‌شود که کسی اطلاق یا عموم آیات اشاره شده را نپذیرد، اما با تمسک به این اصل لفظی، حق قصاص مطلقاً ثابت می‌شود و در فرض شک در اینکه این حق مقید به فرض مدیون بودن مقتول است یا خیر، اصل عدم تقیید است. اینان همچنین برای اثبات دیدگاه خویش به اجماع نیز استناد کرده‌اند (حلبی، ۱۴۱۷: ۲۴۱).

## ۲-۲. بررسی و نقد دلایل کلی طرفداران جواز قصاص

همه دلایل موافقان جواز قصاص خدشه‌پذیر است؛ آیات مورد استناد، در مقام بیان اصل مشروعیت قصاص است که قصاص در شرع وجود دارد و حق قصاص برای اولیای دم ثابت می‌باشد اما واضح است که آیات در مقام بیان اینکه مقتول مدیون باشد یا نباشد، نیست و بدیهی است که نمی‌توان به اطلاق این آیات تمسک کرد. این استدلال درباره روایات نیز صادق است؛ با این بیان که این روایات در مقام بیان اصل مشروعیت قصاص است و راجع به قیود و موارد آن ساکت است.

در نقد اصول استنادی می‌توان گفت که تمسک به برخی اصول عملیه مانند برائت

ذمه اولیای دم و اصل عدم ضمان آنها از ادای دیون مقتول و نیز اصالة العدم به حسب اصول و قواعد اصولی مانند «الأصل دلیل حیث لا دلیل»، هنگامی جایز است که دلیلی در اختیار نداشته باشیم، ولی در ادامه این نوشتار خواهد آمد که مهم‌ترین دلیل عدم یا جواز استیفای قصاص، روایات سه‌گانه‌ای است که در این باب صادر شده و بدیهی است تا وقتی که این ادله وجود دارد نوبت به تمسک به اصل عملی نمی‌رسد (محمدی، ۱۳۹۰: ۲۷۶). همچنین تمسک به اصل لفظی اصل عدم تقیید نیز محل مناقشه است؛ زیرا محل بحث مشروعیت مطلق قصاص نیست تا بگوییم که اصل عدم قید است، بلکه بحث درباره مشروعیت قصاص در فرض مدیون بودن مقتول است، بنابراین دیگر برای اجرای اصل عدم تقیید جایی نمی‌ماند؛ زیرا خود مشروعیت قصاص محل تردید است نه مقید به قید شدن. به بیان دیگر، فرض این نیست که قصاص ثابت است و شک می‌کنیم که قید دارد یا خیر. لذا اگر هم اصل در کار باشد باید بگوییم که اصل عدم مشروعیت قصاص است (مقتدایی، ۱۳۸۹/۱۱/۲۴). تمسک به اجماع نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا با وجود ادله دیگر، اجماع به عنوان یک دلیل مستقل، قابل استناد نیست؛ چون این اجماع مدرکی است و نزد امامیه جایگاهی ندارد.

### ۳. مخالفان جواز استیفای قصاص بدون تضمین دیون (موافقان سقوط)

برخی فقیهان امامی در فرض مدیون بودن مقتول به سقوط قصاص بدون تضمین یا ادای دیون رأی داده‌اند که می‌توان به ابن زهره حلبی (۱۴۱۷: ۲۴۱)، ابن براج طرابلسی (۱۴۰۶: ۱۶۳/۲)، شیخ طوسی (۱۳۸۷: ۵۶/۷؛ ۱۴۰۰: ۳۰۹)، فیض کاشانی (۱۴۰۶: ۸۶۵/۱۶) و سبزواری (۱۴۱۳: ۲۹۵/۲۸) اشاره کرد. حتی برخی از این فقیهان، دلیل پذیرش این دیدگاه را مطابقت با مشهور (عاملی، ۱۴۱۷: ۳/۳۱۳) یا نزدیک‌تر به احتیاط بودن (سبزواری: ۱۴۱۳: ۲۹۵/۲۸) و مراعات حقوق همه (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۹۶/۲۸) دانسته‌اند. محقق حلی نیز هرچند مخالف این دیدگاه است، نظریه سقوط قصاص را با تعبیر «و هو مروی» به کار برده است (۱۴۰۸: ۴/۱۰۰۴). از شاگردان امام خمینی نیز آیه‌الله فاضل لنکرانی (۱۴۲۹: ۳۲۸) و آیه‌الله صانعی با اندکی تفصیل (۱۴۲۴: ۵۳۳-۵۳۸) بر همین عقیده‌اند.

#### ۴. روایات کلی مورد استناد موافقان و مخالفان

همان طور که بیان شد، مخالفان نظریه سقوط قصاص از قاتل در فرض مدیون بودن مقتول، به دلیل عدم تضمین و تأدیة مقتول برای طلبکاران، به ادله‌ای نظیر عموم و اطلاق آیات یا روایات قصاص - که تفاوتی میان فرض مدیون بودن و نبودن مقتول نگذاشته‌اند، تمسک کرده‌اند. همچنین آنان به اصولی نظیر اصل برائت ورثه از تضمین دیون مقتول و عدم ضمان آن استناد کرده و از این راه به اثبات اولیة نظریة عدم سقوط پرداخته‌اند. با بررسی آرای این فقها باید گفت که آنان افزون بر روایات مطلقه که در باب قصاص وارد شده است، به طور مخصوص به سه روایت کلی استناد کرده‌اند. از سوی دیگر، موافقان نظریة سقوط قصاص نیز به طور مشخص به دو روایت از روایات سه گانه تمسک کرده‌اند و علاوه بر رفع تعارض ظاهری دو روایت اول، درباره روایت سوم و ارتباط آن با دو روایت اول به چند وجه جمع متوسل شده‌اند که در ادامه به شرح و تفصیل آن می‌پردازیم

##### ۱-۴. روایت اول

ابوبصیر از امام صادق علیه السلام درباره مرد بدهکاری که کشته شده بود و مالی هم نداشت، سؤال کرد که آیا اولیای دم می‌توانند در حالی که مقتول بدهکار است خون او را به قاتلش ببخشند؟ امام علیه السلام فرمود: مدعیان قاتل طلبکاران مقتول هستند، بنابراین اگر اولیای دم مقتول، دیه او را به قاتل ببخشند جایز است و اگر بخواهند او را قصاص کنند این حق را ندارند مگر آنکه دین غرما را تضمین کنند و اگر ضمانت نکردند نمی‌توانند قاتل را قصاص کنند (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۱۲/۶).

بدیهی است که این روایت، هبه دیه به قاتل را جایز دانسته است ولی قصاص را تنها در صورت ضمانت دیون مقتول، توسط اولیای دم پذیرفته است.

##### ۲-۴. روایت دوم

روایتی است متفاوت با روایت قبل، اما با سند یکسان که شیخ صدوق (۱۴۱۳: ۱۵۹/۴، ح ۵۳۶۲) علاوه بر شیخ طوسی، از ابوبصیر نقل کرده که می‌گوید: از امام صادق علیه السلام

دربارهٔ مردی که کشته شده و بدهکار است و مالی هم ندارد پرسیدم که آیا اولیای دم حق دارند در حالی که مقتول بدهکار است خون او را به قاتلش هبه کنند؟ امام علیه السلام فرمود: طلبکاران مقتول در حقیقت همان مدعیان قاتل هستند بنابراین اگر اولیای دم مقتول خون او را به قاتل ببخشند، خود ایشان ضامن دینهٔ طلبکاران می‌باشند و اگر دیه را تضمین نکنند نمی‌توانند قاتل را عفو کنند (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۲۳/۲۹). این روایت نیز هبهٔ خون به قاتل را در صورتی جایز می‌داند که ضمانت دیه برای طلبکاران صورت پذیرد.

#### ۳-۴. روایت سوم

روایتی است که شیخ صدوق از علی بن ابی حمزه نقل کرده است. وی می‌گوید: به امام موسی بن جعفر علیه السلام گفتم: فدایت شوم شخصی که از روی عمد یا به خطا کشته می‌شود و مقتول به مردم مدیون است و مالی از آنان بر عهدهٔ اوست و اولیای او می‌خواهند خون او را به قاتل ببخشند حکم این صورت چیست؟ امام علیه السلام فرمود: اگر خون او را به قاتل ببخشند ضامن دیه یا دین هستند. گفتم: اگر بخواهند او را بکشند حکمش چیست؟ فرمود: اگر عمداً کشته شده باشد قاتلش کشته می‌شود و امام مسلمانان، دین مقتول را از سهم غارمین ادا می‌نماید (همان: ۱۲۲/۲۹). با دقت در این روایات سه گانه می‌توان فهمید که یک تعارض ظاهری ابتدایی بین آن‌ها وجود دارد؛ زیرا بر اساس روایت اول، ورثه می‌توانند بدون تضمین دیون مقتول هبه کنند، اما اگر بخواهند قصاص کنند باید دیون مقتول را ضمانت کنند. به عبارت دیگر، بین هبه و قصاص به رغم وحدت ملاک هر دو در تفویت حق غرماً تفاوت می‌گذارد. روایت دوم نیز فقط صورت هبه را بیان می‌کند و قصاص را مطرح نمی‌کند و فقط هبه را موجب ضمانت دیون می‌داند. روایت سوم نیز بیان می‌دارد که در صورت هبه باید دیون مقتول را ضمانت کنند، اما اگر قصاص کردند قصاص ضمانت نمی‌خواهد، بلکه امام بدهی آن را از بیت‌المال می‌پردازد.

#### ۴-۴. بررسی روایات از دیدگاه موافقان جواز استیفای قصاص

ممکن است در استدلال به روایت اول اشکال شود که متن آن اختلال و اضطراب دارد

(موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۱۶۵/۴۲) و نمی‌توان گفت که این روایت از امام نقل شده است؛ زیرا به طور کلی، روایت دو فرع را بیان می‌کند: نخست اینکه اولیای دم می‌خواهند قاتل را عفو و دم را هبه نمایند و بگویند که قصاص یا پول نمی‌خواهیم، اما در فرع دوم اولیای دم قصاص را تنها در صورتی می‌توانند اجرا کنند که دیون را ضمانت کرده باشند. بدیهی است که این روایت بین فرع اول و دوم تفاوت می‌گذارد؛ چون در فرع اول، اولیای دم می‌توانند عفو کنند و در فرع دوم نمی‌توانند قصاص کنند مگر اینکه ضامن بدهی شوند، در حالی که ملاک تفویت حقوق طلبکاران در هر دو یکسان است و اگر بناست که حال غرما رعایت شود در این صورت منطقی است که عفو نیز جایز نباشد اما صدر روایت، عفو را جایز می‌داند. از این رو، حدیث مزبور از نظر مضمون اشکال دارد (سبحانی، ۱۳۹۰/۱۰/۲۰) و قابل استناد نمی‌باشد. از طرف دیگر، این روایت با روایت دوم که از خود ابوبصیر نقل شده است، معارض می‌باشد؛ چون روایت دوم با آوردن فراز «و إن وهب اولیاءه دمه لقاتله ضمنوا الدین للغرماء وإلا فلا» تنها متعرض بحث و سؤال از هبه شده، نه قصاص، و همچنین بر خلاف روایت اول که هبه خون به قاتل را به طور مطلق پذیرفته است، این روایت، فرض هبه را تنها در صورت ضمانت دین برای غرما پذیرفته است. بنابراین می‌توان گفت که در روایت اول، یک نوع تصرف انجام شده است و گرنه بعید است که دو نفر در نقل اشتباه کنند (همان). از طرفی علاوه بر شیخ طوسی، شیخ صدوق نیز روایت دوم را نقل کرده است، پس به روایت اول نمی‌توان استناد کرد (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۱۶۵/۴۲). ظاهر روایت سوم نیز واضح است که قصاص را می‌پذیرد، اما تأدیة دیون را از بیت المال می‌داند.

#### ۴-۱-۴. محل مناقشه (استدلال آیه‌الله خویی)

پیشتر بیان شد که مخالفان نظریة سقوط قصاص در فرض عدم تضمین یا ادای دیون، استناد به روایت اول را در سقوط قصاص به رغم فراز صریح «وإن أرادوا القود فلیس لهم ذلك حتی یضمنوا الدین للغرماء وإلا فلا» به دلیل اعتقاد به تعارض این فراز با صدر روایت (جواز هبه خون به قاتل به رغم وحدت ملاک در تفویت حقوق طلبکاران) نمی‌پذیرند. روایت دوم نیز بنا بر استدلال آیه‌الله خویی، تنها مورد «هبه» را شامل

می‌شود و ارتباطی به قصاص ندارد؛ چون ایشان در فراز «فإن وهب اولیاءه دمه لقاتله ضمنوا الدین للغرماء وإلا فلا» در روایت دوم آن را تنها متعروض هبه می‌داند؛ به این معنا که اگر اولیای دم هبه را برگزینند ضامن دیون هستند و اگر هبه نکنند ضامن نیستند (همان). بنابراین بر اساس این استدلال، این روایت نیز تنها شامل هبه است و مورد قصاص را شامل نمی‌شود و از این رو می‌توان از این دو روایت نتیجه گرفت که اگر اولیای دم بخواهند خون مقتول را به قاتل ببخشند باید دیون را برای طلبکاران تضمین کنند.

روایت سوم نیز مبنایی بر وحدت ملاک در هبه و قصاص نمی‌باشد و همان طور که از ظاهر روایت برمی‌آید قصاص را پذیرفته است، هرچند که تضمین دیون از بیت‌المال را پیش‌بینی کرده است. بنابراین برای جمع این روایات باید قائل به تفصیل شد؛ با این توضیح که هبه کردن بدون ضمانت دیون مقتول جایز نمی‌باشد اما اگر بخواهند قصاص کنند ضمانت دیون مقتول لازم نیست؛ چون روایت اول از حجیت ساقط است و فقط روایت دوم حجت است که می‌گوید هبه بدون ضمانت جایز نیست. پشتوانه آن هم روایت سوم است که روایت علی بن حمزه می‌باشد (سبحانی، ۱۳۹۰/۱۰/۲۰).

#### ۴-۴-۲. نقد ادله موافقان جواز استیفای قصاص

درباره اضطراب متن روایت اول باید گفت که هرچند این روایت با دو نقل متفاوت بیان شده است و احتمال اشتباه در نسخه یا نقل وجود دارد، اما باید بدانیم که اگر جمله‌ای در روایت، نقل یا در نسخه اشتباه باشد به بقیه روایت لطمه نمی‌خورد و خللی به ساختار اصلی آن وارد نمی‌کند (مقتدایی، ۱۳۸۹/۱۱/۲۴). در جواب کسانی که این روایت را موافق قول عامه می‌دانند نیز باید گفت که هر موافقت با عامه موجب رفع ید از آن روایت نیست (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۹۶/۲۸). افزون بر این، فراز نخست روایت اول که هبه کردن را به طور مطلق پذیرفته است، با قسمت دوم روایت که درباره قصاص است، تعارضی ندارد؛ چون با روایت دوم که هبه کردن خون به قاتل را مقید به ضمان کرده است می‌توان فراز مطلق روایت اول در مورد هبه را تقیید زد. علاوه بر این، به نظر می‌رسد بر استدلال آیه‌الله خوبی در معنای فراز «وإلا فلا» در روایت دوم خدشه وارد

است؛ چون لازمه این استدلال در این روایت دو مصداق است. بر اساس مصداق نخست، اگر عفو نکردند اولیای دم، یا دیه می‌گیرند یا قصاص می‌کنند و در مصداق دوم، اگر هبه کردند باید ضامن شوند وگرنه نمی‌توانند هبه کنند. اما باید دانست که معنای فراز «وإلا فلا» در روایت این نیست که اگر هبه تحقق نیابد ضمان وجود ندارد تا در نتیجه، تعارض بین نقل‌ها به وجود بیاید؛ چون در اینجا شرط، هبه نمی‌باشد که جزای آن هم ضمان باشد. همان طور که از ظاهرش پیداست مراد از ضمان در اینجا حکم وضعی ثابت در مورد اتلاف مال غیر نیست (ضمان قهری) تا بگوییم که اتلاف، موجب ضمان است بلکه مراد، ضمان دین از مدیون (ضمان عقدی) می‌باشد. پس معلوم است که این ضمان بر استیفای قصاص تقدم دارد همان طور که بر اساس مرجع شرط اول، تحقق ضمان باعث جواز هبه است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۹: ۳۲۸). پس معنای سخن امام در عبارت «وإلا فلا» این است که اگر ضمان تحقق نیافت هبه جایز نیست. بنابراین درست است که ظاهر روایت، بیانگر حکم قصاص نیست لکن حکم به عدم جواز هبه که فرع بر قاعده «إِنَّ أَصْحَابَ الدِّينِ هُمُ الْخِصْمَاءُ لِلْقَاتِلِ» می‌باشد، در فرض نبودن ضمانت دین در مورد قصاص نیز وجود دارد، به طوری که در این حالت نیز قصاص قابل استیفا نیست؛ زیرا به دلیل داشتن ملاک کلی تفویت حق غرما، فرقی بین هبه و قصاص از این جهت نیست. پس مقتضی روایات مزبور، عدم قصاص است ولی این دلالت در روایت نخست به دلیل فراز «وإن أرادوا القود فليس لهم حتى يضمنن» صریح است و در روایت دوم نیز با الغای خصوصیت و ثبوت مناط اثبات می‌گردد (همان). از این جهت می‌توان نتیجه گرفت که استدلال آیه‌الله خویی خلاف ظاهر است (مقتدایی، ۱۳۸۹/۱۱/۲۴). درباره روایت سوم نیز باید گفت که اگر از خدشه‌ای که در سند روایت به دلیل ذکر علی بن ابی حمزه بطائنی که از سران واقفیه می‌باشد بگذریم، اساساً این روایت نظری به بحث ما ندارد، چون فرض تأمین دیون مقتول از بیت‌المال توسط امام علیه السلام پیش‌بینی شده است، حال آنکه فرض ما مطلق می‌باشد.

#### ۳-۴-۴. وجه دیگر جمع دلالی روایات

یکی دیگر از شیوه‌های جمع این روایات سه‌گانه، تفصیلی است که آیه‌الله صانعی از



فقهای معاصر و از شاگردان امام خمینی ارائه داده است. وی در کتاب *فقه الثقلین* که در واقع شرح و تعلیقه‌ای بر کتاب *تحریر الوسیله* می‌باشد، دیدگاهی بینابین در میان موافقان و مخالفان سقوط قصاص در فرض مدیون بودن مقتول ارائه کرده، معتقد است که پذیرش عدم جواز استیفای قصاص، محذوراتی از قبیل ضعف سندی روایات و مخالفت با عموم یا اطلاق کتاب و سنت دارد. از سوی دیگر، بر اساس مقتضای جمع بین حقوق طلبکاران و ورثه که خواهان قصاص هستند، در این مسئله باید قائل به تفصیل شد و بین فرضی که مقتول در پرداخت دیون خود مرتکب تقصیر شده است و جایی که مقصر نیست، تفاوت گذاشت؛ به این صورت که در فرض اول (تقصیر مقتول)، قصاص قاتل را از طرف اولیای دم مقتول در جایی جایز دانست که اولیای وی دیون او را ادا یا تضمین کنند و در فرض دوم (عدم تقصیر مقتول)، قصاص را بدون تضمین دیون مقتول قائل شد. این استدلال بر این امر مبتنی است که مدیون در ادای دیونش مرتکب تقصیر شده است و وقتی کشته می‌شود شریعت راضی نیست که روح مقتول به جهت اینکه اولیای او قاتل را بدون تضمین دیون وی قصاص کرده‌اند در عذاب باشد؛ زیرا مقتول معذب است گویی به این دلیل که او به قصور خود واقف است و رضایت به ترضیع حق غرما و نیز قصاص شدن قاتل ندارد؛ زیرا ادله نفی حرج همان گونه که شامل حرج و ضرر دنیوی می‌گردد حرج و ضرر اخروی را نیز دربرمی‌گیرد و قصاص موجب یک حرج اخروی برای مقتول مدیون مقصر می‌گردد، ولی در فرضی که مقتول در ادای دین خود مقصر نیست اولیای دم وی بدون تضمین دیون وی می‌توانند قاتل را قصاص کنند (صانعی، ۱۴۲۴: ۵۳۸)؛ زیرا در اینجا مقتول مرتکب تقصیر نشده است که بخواهد معذب باشد و ادله نفی حرج شامل او گردد. آیه‌الله صانعی مؤید این نظر را آیه شریفه قرآن می‌داند که اگر تنگدستی از پرداخت وام خود ناتوان باشد باید تا زمان تمکّن به او مهلتی داد و بخشیدن وام به او و صدقه به حساب آوردن آن بهتر و سودمندتر است.<sup>۱</sup>

این وجه دلالتی نیز مصون از نقد نیست؛ زیرا علاوه بر ذوقی بودن استدلال،

۱. «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ يَصَدَّقَ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ» (بقره / ۲۸۰).

در جواب به اشکال مخدوش بودن سند حدیث باید گفت که هرچند در بین سلسله روایات در روایات اول و دوم، محمد بن اسلم جبلی بیان شده است این غلو بر اساس مبنای متأخران خللی به اعتبار حدیث وارد نمی‌کند و تنها روایت سوم که مؤید جواز قصاص است به دلیل وجود علی بن ابی‌حمزه بطائنی در سند آن مخدوش است. دربارهٔ اطلاعات کتاب و سنت نیز می‌توان گفت که این آیات و روایات در مقام فرض مدیون بودن یا عدم آن نیست، بلکه در مقام بیان اصل مشروعیت قصاص است و اینکه حق قصاص برای اولیای دم ثابت می‌شود و نمی‌توان گفت که این روایات، اطلاعات کتاب و سنت را تقیید می‌زند.

### نتیجه‌گیری

بررسی ادلهٔ قصاص یا عدم قصاصِ قاتلی که مدیونی را کشته است، می‌توان گفت که قول موافق با احتیاط، عدم قصاص قاتل برای حفظ حقوق طلبکاران در جایی که دیونشان تضمین یا ادا نشده است، می‌باشد و تنها در صورت ضمانت پرداخت و تضمین دیون طلبکاران به منظور جلوگیری از اضرار آنان می‌توان قاتل را قصاص کرد. مخالفان نظریهٔ سقوط قصاص به دلایلی نظیر اطلاق یا عموم آیات و روایاتی که قصاص را به طور کلی ثابت می‌داند، استناد می‌کنند. اما باید دانست که این آیات و روایات در مقام بیان اصل مشروعیت قصاص و ثبوت قصاص در شرع هستند، نه بیان اینکه مقتول، مدیون باشد یا نباشد و از این رو، نمی‌توان به آنها استناد کرد. شاید مهم‌ترین دلیل در تأیید نظریهٔ سقوط قصاص قاتل در فرض مدیون بودن مقتول بدون تضمین دیون وی، دو روایت از میان روایات سه‌گانه‌ای است که مورد استناد همهٔ موافقان و مخالفان این نظریه می‌باشد. روایت اول، هبهٔ خون به قاتل را به طور مطلق جایز می‌داند اما به رغم وحدت ملاکِ هبه با قصاص قاتل در تفویت حق غرما، در فراز دوم روایت، قصاص قاتل مشروط به تضمین دیون طلبکاران است. روایت دوم نیز هبه را هنگامی جایز می‌داند که ضمانت دیون انجام شود. در نهایت، روایت سوم قصاص را به‌عنوان اصل اولی می‌پذیرد و تأدیة دیون مقتول از بیت‌المال را پیش‌بینی می‌کند. مخالفان نظریهٔ سقوط قصاص معتقدند که بین نقل روایت اول و دوم که هر دو نیز از

ابوبصیر است نوعی تعارض وجود دارد؛ چون روایت اول از هبه خون به قاتل به طور مطلق سخن می‌گوید ولی قصاص قاتل را در صورتی می‌پذیرد که دیون برای طلبکاران ضمانت شود؛ در حالی که روایت دوم، هبه را مشروط به تضمین دیون غرماً می‌سازد. ظاهراً همین تعارض ظاهری موجب شده است که مخالفان این نظریه، استناد به روایت اول را مخدوش و منتفی بدانند؛ اما باید دانست که اولاً فراز «إِنَّ أَصْحَابَ الدِّينِ هُمُ الْخِصْمَاءُ لِلْقَاتِلِ» که در هر دو روایت بیان شده است به عنوان یک ملاک، هم درباره هبه و هم درباره قصاص وجود دارد و بدیهی است که بدون تضمین دیون، ورثه حق قصاص یا هبه را ندارند. ثانیاً عبارت «وَأِلَّا فَلَإِ» در روایت دوم به این معنا نیست که اگر هبه نکردند ضامن نیستند بلکه به این معناست که اگر دیون را ضمانت نکردند، حق هبه کردن ندارند. در حقیقت، این روایت بیانگر یک ضمان عقودی است نه ضمان قهری. بنابراین این عبارت روایت دوم، سبب تقیید فراز اول روایت می‌شود و تعارض ظاهری دو روایت برطرف می‌شود. درباره روایت سوم نیز اگر از خدشه‌ای که در سند آن هست، بگذریم، اما استدلال به این روایت برای نفی سقوط قصاص از قاتل ناتمام است؛ چون اساساً فرض ما مطلق است و بحث حضور امام و تأدیة آن از بیت‌المال مطرح نیست. افزون بر اینکه این روایت نیز به گونه‌ای تضمین و تأدیة دیون طلبکاران و جمع بین حقوق آنان و اولیای دم را پذیرفته است. به هر تقدیر می‌توان گفت که دیدگاه امام خمینی در *تحریر الوسیله* در عدم استیفای قصاص در این شرایط به دلیل جبران خسارات طلبکاران و حفظ حقوق آنان، منطقی‌تر به نظر می‌رسد و باعث می‌شود که اولیای دم در صورتی قاتل را قصاص کنند که دیون طلبکاران را ضمانت کرده باشند. در پایان پیشنهاد می‌شود که این نظریه به دلیل سازگاری با مذاق شریعت رحمانی اسلام و نیز رعایت عدالت در حفظ حقوق طلبکاران و اولیای دم، مورد توجه قانون‌گذار در اصلاح ماده ۴۳۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ قرار گیرد.

## کتاب شناسی

۱. ابن بزاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز، المهدب، تحقیق جمعی از محققان و مصححان با اشراف جعفر سبحانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۸ م.
۳. ابن همام، شرح فتح القدير، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۰ م.
۴. تبریزی، جواد بن علی، تنقیح مبانی الاحکام کتاب القصاص، قم، دار الصدیقة الشهيدة علیها السلام، ۱۴۲۶ ق.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایرة المعارف علوم اسلامی قضایی، تهران، گنج دانش، بی تا.
۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
۷. حلبی، حمزة بن علی بن زهره حسینی، غنیه النزوع الی علمی الاصول والفروع، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۸. حلّی، جمال‌الدین احمد بن محمد، المقتصر من شرح المختصر، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۹. همو، المهدب البارع فی شرح المختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۱۰. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، ارشاد الازهان الی احکام الایمان، تصحیح فارس حسون، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۱۱. همو، تحریر الاحکام الشرعیه، تصحیح ابراهیم بهادری، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۱۲. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۳. حلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۱۴. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۴ ش.
۱۵. زید بن علی، المجموع الفقهي، قاهره، المعارف العلمیه، بی تا.
۱۶. سبحانی، جعفر، درس خارج فقه، ۱۳۹۰/۱۰/۲۰، وبگاه مدرسه فقاهاه به نشانی <www.eshia.ir>.
۱۷. سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. صانعی، یوسف، فقه الثقلین فی شرح تحریر الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۴ ق.
۱۹. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۰. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمد، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق.
۲۱. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۲۲. همو، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۲۳. عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۴. عاملی جعی، زین‌الدین بن علی، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۵. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب یوسفی، كشف الرموز فی شرح المختصر النافع، تصحیح علی پناه اشتهاردی و حسین یزدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۶. فاضل لنگرانی، محمد، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۹ ق.

۲۷. فاضل هندی، محمد بن حسن، *كشف اللثام والابهام عن قواعد الاحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۲۸. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، *الوافی*، اصفهان، کتابخانه امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۶ ق.
۲۹. گلدوزیان، ایرج، *حقوق جزای اختصاصی*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ ش.
۳۰. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه بحش مدنی ۲*، تهران، سمت، ۱۳۷۴ ش.
۳۱. محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۰ ش.
۳۲. مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین، *القصاص علی ضوء القرآن والسنة*، تقریر سید عادل علوی، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ ق.
۳۳. مقتدایی، مرتضی، *درس خارج فقه*، ۱۳۸۹/۱۱/۲۴، وبگاه مدرسه فقهت به نشانی [www.eshia.ir](http://www.eshia.ir).
۳۴. موسوی خمینی، سید روح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۳۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۳۶. همو، *محاضرات فی الموارث*، تحقیق محمد علی خراسان، قم، مؤسسه السبطين العالمیه، ۱۴۲۴ ق.
۳۷. میرحسینی، سید حسن، *سقوط قصاص در نظام حقوقی اسلام و ایران*، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۳۸. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۳۹. نسائی، ابو عبد الرحمن احمد بن شعیب، *سنن النسائی*، بیروت، دار الکتب العربی، بی تا.



## رویکرد وجدان‌محور در زمینه مسئولیت کیفری\*

- عادل ساریخانی<sup>۱</sup>
- قاسم اسلامی‌نیا<sup>۲</sup>

### چکیده

طلیعه حقوق جزای نوین به عنوان یک حقوق انسان‌مدار با ورود و جذب اصطلاح مسئولیت کیفری، اولین گام برای توجه به شخصیت مجرم بوده است. با وجود اهمیت بنیادین موضوع مسئولیت کیفری در قلمرو سیاست کیفری، رهاورد انسان‌شناسی دینی، جذب و تلفیق مسئولیت وجدانی در همه فرایندهای حقوق کیفری اعم از جرم‌انگاری، مسئولیت کیفری و اجرای مجازات‌هاست. به نظر می‌رسد استفاده حداکثری از ظرفیت سیاست کیفری، با مبانی انسان‌شناسی دینی که مقتضی کرامت انسانی و لزوم شکوفایی استعداد مهم و حیاتی نظارت بر خویشتن (توسط نیرویی به نام وجدان) بدون عوامل بیرونی است، تعارض جدی دارد. این نوشتار با تعریف و توصیف وجدان و بیان اهمیت، کارکردها و لوازم شکوفایی مسئولیت وجدانی، لزوم تلفیق مسئولیت کیفری با مسئولیت وجدانی را

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۶/۲۶.

۱. دانشیار دانشگاه قم (نویسنده مسئول) (adelsari@yahoo.com).

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم (geslaminia@gmail.com).

با تأکید بر عناصری از نظام عقیدتی و اخلاقی اسلام اثبات نموده است.  
**واژگان کلیدی:** وجدان، مسئولیت وجدانی، انسان، انسان‌شناسی، مسئولیت  
 کیفری.

### مقدمه

استفاده از ظرفیت وجدان به عنوان یکی از ابعاد و ویژگی‌های مهم انسانی برای حل مشکلات و چالش‌های متعدد جوامع مختلف، در طول تاریخ همواره مورد توجه دانشمندان انسان‌شناس و حتی عامه مردم بوده است. موضوع وجدان که با توجه به کارکرد و حیطة فعالیت خود، قابلیت طرح و بحث در رشته‌های مختلف علوم انسانی را دارد، در زمینه هدف نهایی سیاست کیفری که پی‌ریزی جامعه‌ای امن و با حداقل گرایش‌های مجرمانه و مقابله با جرایم ارتكابی از طریق کاهش رقم سیاه بزهکاری و ایجاد حس مسئولیت‌پذیری در بین مرتکبان جرم می‌باشد نیز می‌تواند نقشی بی‌بدیل ایفا نماید. اما به نظر می‌رسد تلفیق کامل و موفقیت‌آمیز مسئولیت وجدانی با مسئولیت کیفری یا اثبات یک نوع درک وجدانی از مسئولیت کیفری از آثار رویکرد دینی و اخلاقی به ماهیت انسان در مقوله سیاست کیفری است. هرچند در نظام‌های کیفری غیر دینی و غربی اشخاصی مانند رافائل گاروفالو (۱۸۲۵-۱۹۳۴) با طرح دیدگاه «انحطاط اخلاقی مجرم» (قیاسی و همکاران، ۱۳۸۹: ۹۷) و مارک آنسل در ضمن تشریح جنبش دفاع اجتماعی با تبیین احساس درونی مسئولیت در مجرم (همان: ۱۰۹) برای حل بحران‌های فراروی حقوق کیفری به طور ضمنی و نه صریح به دنبال یک توصیف وجدانی از مقوله مسئولیت کیفری بوده‌اند. در این میان، هرچند ادعا شده است که بر اساس یکی از اصول لیبرالیسم، سرچشمه الزام‌ها و تکلیف‌ها نه در بیرون فرد، بلکه برعکس در وجدان شخصی وی جای دارد (بوردو، ۱۳۷۸: ۲۶۴)، به علت ماهیت وجدان که امری معنوی است و نه مادی، حقوق کیفری برآمده از جنبش‌ها و جریانات غیر دینی و مادی‌محوری مانند لیبرالیسم در زمینه ایجاد ارتباط بین مسئولیت کیفری و مسئولیت وجدانی به عنوان یک مسئولیت فراگیر و فارغ از انگیزه‌های مادی صرف به علت نفی وجدان به عنوان یکی از امور معنوی و بنیادین متعلق به انسان، با یک فقر و خلأ دائمی مواجه هستند. اما رهاورد انسان‌شناختی دینی در سیاست کیفری دینی که ناشی از اصل نظام‌مند بودن دین و ارتباط جدایی‌ناپذیر بین اجزای



سه گانه آن یعنی عقاید، اخلاق و احکام می‌باشد، این است که روح حاکم بر سیاست کیفری پیوند عمیقی با شئون و ابعاد و اقتضائات وجودی انسان‌ها داشته باشد و هیچ بُعدی از ابعاد وجودی انسان از جمله وجدان را در تنظیم و تعریف سیاست کیفری حذف نکند (طباطبایی، ۱۳۸۷: ۵۳/۹). مسئولیت کیفری محض و فارغ از جنبه وجدانی به معنای انکار حقیقت مهمی از انسان، موضوع مسئولیت کیفری است که بیش از پیش مسئولیت کیفری را بی‌روح و ماشینی می‌گرداند. این امر افزون بر سخت کردن شرایط متهم و مجرم (به دلیل نادیده انگاشتن مهم‌ترین بعد وجودی او در مسئولیت‌پذیری و فرایند بازسازیگری) موجب طولانی و پرهزینه شدن فرایند استیفای حقوق بزه‌دیده و جامعه از قبل ارتکاب جرم می‌شود. نکته مهم و شایان توجه این است که غنی بودن نظام دینی در ایجاد نگرش وجدانی به مسئولیت کیفری و نقص نظام‌های دین‌جدا به این معنا نیست که ناگزیر و الزاماً یک کشور (ظاهراً) دین‌مدار در مقایسه با یک کشور سکولار امنیت اجتماعی بیشتری داشته باشد؛ زیرا یکی از لوازم مهم تأثیر مبانی نظری در حیطه رفتارهای اجتماعی جامعه، تقید و التزام باطنی و عملی و دائمی تابعان نظام دینی است<sup>۱</sup> و «حق بدون حق طلب مانند استعداد محض است در نهاد انسان‌ها و یا کلمات در صفحات کتاب‌ها که بدون اقدام انسان‌ها برای به فعلیت رساندن آن منشأ اثر نمی‌باشد» (جعفری تیریزی، ۱۳۵۸: ۱۴۱). از طرفی حتی اگر کشوری از نظر مبانی نظری در فقر به سر برد، می‌تواند با التزام به اصولی مانند تقید به نظم و سخت‌کوشی با هدف ایجاد یک رفاه دنیوی از امنیت اجتماعی بالاتری برخوردار باشد. البته باید توجه داشت که حدّ نهایی یک انسان و جامعه، تنها ایجاد یک نظم مکانیکی ناشی از عادت صرف و انحصاراً به انگیزه بهره‌مندی از بعضی لذت‌ها نیست؛ زیرا ایجاد امنیت اجتماعی در نتیجه ایجاد عادت و غریزه حیوانی صرف (مانند نظمی که در کندوی زنبور عسل حاکم است) و به هدف کسب لذت، نه از یک مبنای متعالی شایسته انسان نشئت می‌گیرد تا در تکامل روحی و اخلاقی و به ثمر رسیدن شخصیت انسانی او برای حضور موفقیت‌آمیز در عوالم بعدی وجود مفید افتد و نه هدفی در خور شأن انسان را که فطرتاً خواستار

۱. به همین علت قرآن متذکر گردیده است که صرف در اختیار داشتن کتاب آسمانی باعث هدایت نمی‌گردد مگر اینکه مورد باور و اعتقاد راستین کسانی باشد که آن کتاب را در اختیار دارند (مؤمنون / ۴۹).

زندگی در زمان‌های بی‌نهایت است، پیگیری می‌کند. دین به ما می‌گوید که ممکن است گروهی مادی‌گرا اهل راستگویی و نظم در مناسبات اجتماعی باشند و با استفاده از ظرفیت محدودی از سطوح اولیه وجدان و عقل و اندیشه و به سبب تأثیر وضعی صداقت و نظم، بهره محدود و موقت خود را از آن ببرند، اما قانع شدن به این حد از زندگی هرچند ضروری و حیاتی است، متاع قلیلی است که به زودی از بین می‌رود (بقره/ ۲۰۰)، بلکه مهم آن است که امنیت دنیوی مقدمه و پلی باشد تا انسان را به امنیت ابدی و فناپذیر وصل نماید؛ امری که مستلزم تعهد و مسئولیت وجدانی در همه ابعاد زندگی از جمله در زمینه جرایم و مجازات‌هاست که این مهم نیز فقط در یک نظام دین‌محور اتفاق می‌افتد. هدف این نوشته، معرفی و بازشناسی یکی از ظرفیت‌های بالقوه یک جامعه دینی است که در عین ارزشمند دانستن استفاده از تجارب بشری در زمینه علوم جنایی، معتقد است که نظام سیاست کیفری ما، مبانی و منابع سرشار و غنی دارد که کاملاً منطبق با روحیات اجتماعی ماست و درک و فهم و پذیرش آن بعضاً ساده‌تر از فهم و اجرای بعضی از دیدگاه‌های نوین در علوم جنایی و حقوق کیفری است که شاید بیشتر ناظر به وضعیت فرهنگی و اجتماعی مکانی است که آن نظریه در آنجا و برای آن محیط تکوین و رشد پیدا کرده است. رویکرد وجدان‌محور در زمینه مسئولیت کیفری موجب طرح دو سؤال مهم می‌گردد: نخست، جایگاه و اهمیت وجدان به عنوان محل بروز احساسات و عواطف اصیل و مشترک جامعه بشری در نظام سیاست کیفری و مخصوصاً مسئولیت کیفری چیست؟ دوم، لوازم و پیش‌زمینه‌های استفاده از این ظرفیت و استعداد شگرف انسانی برای حل مشکلات فراروی نظام‌های کیفری چگونه است؟

برای اثبات نظریه تالیفیکی مسئولیت و پاسخ به سؤالات فوق و برای تبیین جایگاه وجدان، به بررسی اهمیت و کارکردهای مسئولیت وجدانی در زمینه سیاست کیفری می‌پردازیم و در ادامه، درباره مهم‌ترین لوازم و بایسته‌های تحقق ایجاد یک نگرش فراگیر وجدانی در حیطه سیاست کیفری از جمله مسئولیت کیفری بحث می‌کنیم. در خلال این مباحث، دلایل ناکارآمدی مقوله وجدان در زمینه سیاست کیفری در جوامعی که از حضور یک دین زنده و عقلانی محروم یا در عین دینداری از عمل به آن ناتوان است واکاوی می‌شود. همچنین اهمیت پرورش وجدان به عنوان «ناظر و طیب و قاضی درون»

(جبران، ۱۳۹۴: ۷۶) در یک جامعه دینی برای مراجع سیاست جنایی کشور تبیین می‌گردد.

## ۱. اهمیت و کارکردهای مسئولیت وجدانی

وجدان در لغت به زمین مسطح و هموار گفته می‌شود. ویژگی زمین مسطح و هموار این است که هر چیز در آنجا قرار بگیرد ماهیت واقعی خود را نشان می‌دهد و بر خلاف زمین ناهموار و سنگلاخ چیزی مخفی نمی‌ماند (بستانی، ۱۳۷۵: ۳۳-۳۴). بنابراین زمانی به وجدان شخص، وجدان در معنای حقیقی گفته می‌شود که بتواند آثار افکار و اعمالی را که در او منعکس می‌گردد، از طریق احساس و درک درونی ارزیابی نماید. اما چنانچه در صورت فقدان فعالیت عقلانی یا تیرگی وجدان در نتیجه عادت به رذایل، شخص هیچ‌گونه تأثیری از کار خوب یا بد در خود احساس نکرد از نعمت وجود وجدان سالم در خود محروم است. همچنین وجدان از ریشه «وجد» (پیدا کردن) است؛ یعنی آنچه را که انسان (از نظر حسن و قبح امور) به عیان و بدون ابهام در باطن خویش احساس می‌کند (ابن طاووس، ۱۳۷۵: ۴۳). با توجه به معنای لغوی وجدان، در تعریف اصطلاحی آن می‌توان گفت: وجدان عبارت است از عامل و قوه‌ای معنوی در وجود انسان که در صورت پرورش و تربیت توسط آموزه‌های عقلی و دینی، وظیفه نظارت، قضاوت و جهت‌دهی بر کلیه اندیشه‌ها، اعمال و سلوک و منش آدمی را در کلیه روابط چهارگانه (رابطه با خویشان، اجتماع، طبیعت و خداوند) بر عهده دارد. موجزترین و ماندگارترین سخنان اندیشمندان شهیر درباره اهمیت وجدان است که احصای تمامی آن‌ها در خور نوشتاری مستقل است به گونه‌ای که با مطالعه و دقت در فرهنگ‌های مختلف نیز به دست می‌آید که مسئله وجدان از عمومی‌ترین موضوعات مورد اتفاق بشری است (حسین‌زاده، ۱۳۸۶: ۱۵) و اهمیت و کارکردهای حیاتی آن مورد تأکید همه فرهنگ‌هاست. بنابراین در این قسمت از نوشتار به اهمیت نقش وجدان در نظام سیاست کیفری ایران که تا حدودی جنبه دینی دارد می‌پردازیم و اثبات می‌کنیم که این اهمیت ناشی از برداشت انسان‌شناختی دینی از انسان است و نظام‌های غیر دینی مانند لیبرال به علت برداشت خاص انسان‌شناسانه خود اصولاً قادر نیستند که نقش چندان جدی برای وجدان در فرایند سیاست کیفری و مدیریت ابعاد فردی و اجتماعی زندگی انسان در نظر بگیرند.

## ۱-۱. رابطه و جایگاه عقل و وجدان در شخصیت انسانی

در منابع اسلامی، وجدان با عناوینی نظیر نفس، قلب، و ضمیر و باطن و دل آمده است (جعفری تبریزی، ۱۳۸۱: ۱۳۰). قرآن کریم حداقل به چهار جنبه از ابعاد نفس اشاره می‌کند: نفس اماره، نفس ملهمه، نفس مطمئنه و نفس لّوامه. به نظر بسیاری از اندیشمندان اسلامی، بیش از همه اصطلاحات فوق، «نفس لّوامه» معادل با مفهوم «وجدان» در فارسی است (مطهری، ۱۳۸۷: ۱۹/۶۴۹). با تأمل در معانی فوق و به ویژه جنبه‌های مختلف نفس در قرآن می‌توان گفت که در درون انسان، احساسات و نیروهای مختلفی در جریان است که در مجموع، هر یک ابعادی از شخصیت وجودی او را تشکیل می‌دهند؛ یک جنبه از شخصیت او مانند قطب‌نمایی حساس، با شناخت قوانین و وظایف خود را تشخیص می‌دهد، جنبه دیگر بر تبعیت از شناخته‌شده‌ها (معروف‌ها) تأکید می‌کند، جنبه سوم مخالفت می‌ورزد و در برابر بُعد دیگر شخصیت در محکمه درون حاضر شده و محکوم می‌گردد، بُعد پنجم شخصیت اجرای کیفری می‌کند که نامش سرزنش درونی (نفس لّوامه) است و گاهی به قدری خشن و بی‌گذشت و تند و تیز است که کیفرهای خارجی در برابر آن بسی ناچیز است (جعفری تبریزی، ۱۳۵۳: ۱۱/۶۱۱). بعضی از ابعاد مزبور مربوط به تعقل و اندیشه در آدمی است و بعضی دیگر مربوط به وجدان او، اما به علت وحدت شخصیت آدمی دقیقاً نمی‌توان بین آن‌ها مرزبندی نمود و برخی را جزء اندیشه و بعضی دیگر را جزء وجدان تلقی کرد. از منظری دیگر و طبق یک اصل کلی، از نظر دینی در برابر هر عضو ظاهری یک عضو باطنی و برزخی با وظایف و کارکرد مخصوص و منحصر به فرد وجود دارد. در برابر چشم ظاهری چشم باطنی، و در برابر گوش ظاهری گوش باطنی قرار دارد و پذیرش دین و عقیده و ایمان، مربوط به کارکرد صحیح اعضای باطنی است و نه ظاهری، هر چند اعضای ظاهری می‌توانند به عنوان ابزاری مهم در جهت تجهیز اعضای باطنی نقش خود را ایفا نمایند. همچنین در برابر قلب ظاهری و صنوبری که نقش محوری و اساسی در کارکرد صحیح سایر اعضا و جوارح دارد و شخصی که از قلب سالم محروم است در واقع از قسمت اعظم سلامتی محروم است، یک قلب معنوی و باطنی به نام وجدان (دل یا ضمیر باطنی و...) وجود دارد که همانند قلب ظاهری در

دگرگونی و تحول دائمی و شدید به سر می‌برد. علت اصلی تحول و عکس‌العمل وجدان، نوع اعمالی است که فرد انجام می‌دهد. اعمال خوب، برآیند خوبی در وجدان می‌گذارد و اعمال ناپسند، تأثیر منفی و ناراحت‌کننده بر آن دارد. این تأثیر منفی در واقع اعتراض وجدان به مالک خویش راجع به اعمالی است که نباید انجام می‌داد. همچنان که رفتار مثبت موجب شادابی و نشاط وجدان و فرد می‌گردد و این اولین و مهم‌ترین پاداش فرد در قبال انجام اعمال خوب است. اصولاً یکی از مصادیق اینکه هر کس کار خوبی انجام دهد برای اوست و هر کس جرمی مرتکب گردد به خود ظلم نموده است، همین است (مصطفوی، ۱۴۳۰: ۳۳۶/۹). راجع به رابطه عقل و وجدان نیز باید گفت که وجدان برای قضاوت و ارزیابی خود نیازمند معرفت و دانش است (چیتیک، ۱۳۹۱: ۱۹۵) و عقل پدیدآورنده دانش است (ارشادی‌نیا، ۱۳۸۲: ۱۶۲). به عبارت دیگر، کسب معرفت و علم و فعالیت عقلانی، باعث روشنایی وجدان و وسیع‌تر شدن آن می‌گردد، به همان نسبت جهل باعث تیرگی وجدان و عدم عکس‌العمل متناسب در برخورد با قضایا می‌شود. در واقع انسان سه منبع شناخت و درک دارد: حواس، عقل و اندیشه و وجدان (مطهری، ۱۳۷۳: ۳۷۵/۱۳). هریک از این سه منبع به عنوان میهمانان گران‌قدر وجود انسان که هر یک مأموریت ویژه‌ای دارند (جبران، ۱۳۹۴: ۷۳)، در مجموع به درک و قضاوت انسان نسبت به دنیای پیرامون خود کمک می‌کنند. انسان ابتدا با عقل و خرد خویش صلاح و فساد چیزی را تشخیص می‌دهد، سپس این تشخیص صحیح را به درون و وجدان عرضه می‌کند و با استدلال و نجوای درونی در وجدان، عزم و جزم به وجود می‌آورد تا بر اساس مقتضای شناخت عقلی خویش رفتار نماید. وجدان این تشخیص عقلی را درک می‌نماید و آن را در خود بایگانی می‌کند و در هنگام رویارویی شخص با مصداقی از مصادیق آن تشخیص عقلی، رفتاری متناسب با آن را اعم از انجام یا ترک انجام می‌دهد (مصطفوی، ۱۴۳۰: ۲۳۷/۸).

## ۱-۲. شریف‌ترین و خالص‌ترین متعلق انسان وجدان اوست

وجدان جایگاهی است که اگر زنده و سالم باشد، صاحب آن دارای حیات شایسته است و اگر فاقد فعالیت سازنده باشد شخص از فقدان یک عامل حیاتی و سازنده

محروم می‌ماند (همان: ۳۳۶/۹). در واقع هر قدر اطاعت از ندای وجدان بیشتر و قوی‌تر باشد، قدرت خلاقیت و نیروی روانی شخص افزایش می‌یابد و سرزنده‌تر به زندگی ادامه می‌دهد و هر اندازه انسان کمتر به ندای وجدان توجه کند به همان اندازه وحشی‌تر و لجام‌گسیخته‌تر می‌گردد (جعفری تبریزی، ۱۳۸۱: ۷۶). انسان سالم از نظر دین کسی است که بتواند تصور درستی از موقعیت خود در جهان هستی داشته باشد و رفتار و گفتار و هر موقعیتی را که در آن واقع شده است، از نظر اینکه به صلاح یا فساد حال و آینده و دنیا و آخرت اوست، تشخیص دهد (کلاود، ۱۳۹۳: ۵۳). وجدان سالم از این حیث به سان قطب‌نمای انسان است که او را به سمت فلاح و رستگاری هدایت می‌نماید. به همین دلیل، انسان شایسته‌ی مورد نظر اسلام کسی است که عامل قانونمندی او نهادینه‌شده در باور و اعتقادش باشد، نه ناشی از اقتدار عوامل بیرونی؛ زیرا عامل بیرونی که همراه با اجبار مادی (همانند مواجهه با یک گاو صندوق پیشرفته‌ی نفوذناپذیر) یا اجبار معنوی (احتمال زیاد کشف جرم و تحمل مجازات) است در حوزه قصد و نیت باطنی انسان که عامل اصلی تکامل و رشد او در این جهان و سبب بقای سعادت‌مندان در جهان‌های بعد است، قرار نمی‌گیرد (صدرالدین شیرازی، ۱۳۹۰: ۱۳۴۳/۲) و شخص به انگیزه‌های دیگری ملتزم به آن می‌گردد. در نتیجه، اگر التزام ظاهری به قانون بتواند قابلیت رشد و تکامل روحی و معنوی شخص را تأمین نماید، ضروری است تعهد وجدانی و اعتقادی، انگیزه اصلی آن التزام محسوب گردد. با این نگرش، شخصی که قابلیت مسئولیت کیفری دارد همزمان آماده است تکلیفی از تکالیف الهی را ایفا کند تا در خلال آن نفس تربیت شود؛ زیرا اگر وجدان که محل بروز تعهد باطنی و درونی است با عمل پذیرش مسئولیت کیفری همراه نباشد به موجب قاعده «إنما الأعمال بالنیات»، فاقد تأثیر سازنده در عالم معنا و باطن خواهد شد (طباطبایی، ۱۳۶۳: ۲۴۶/۲۷). از این رو، کاهش جرم در نتیجه پیشگیری وضعی که از طریق کاهش فرصت‌های جرم با ایجاد موانع و توسل به وسایل فیزیکی و فنی نوین (همانند دوربین مخفی یا نصب موانع فیزیکی) محقق می‌گردد به تنهایی نشان‌دهنده هم‌نوایی واقعی جامعه با قانون کیفری نیست (جعفری تبریزی، ۱۳۶۳: ۲۱/۶)؛ زیرا در پیشگیری وضعی، اختیار و آزادی عمل فرد در قبال فرصت‌های مجرمانه بسته می‌شود و سلطه‌اش محدود

می‌گردد و عدم ارتکاب جرم در این شرایط ناشی از اراده و انتخاب و انگیزه قلبی افراد جامعه نیست. در حالی که تکامل انسان در متن دین از مسیری به نام انتخاب و اختیار عبور می‌کند که اگر غیر از این بود خداوند جبار و قهار بهتر از هر کسی می‌توانست انسان را به راه راست هدایت نماید (ر.ک: یونس/۹۹). همچنین مسئولیت کیفری محض، صرفاً مسئولیت فرد را در برابر نظام قضایی جامعه ایجاب می‌نماید؛ زیرا قانون کیفری همچنان که بر اعمال و رفتارهای ظاهری حاکم است، راهی به درون و نیت افراد ندارد و ضمانت اجرا و طریقه اجرای آن نیز راهی به درون و باطن افراد ندارد و تنها می‌تواند جسم آن‌ها را از طریق مجازات‌هایی مانند سالب آزادی تحت تأثیر قرار دهد، حال آنکه میل به ارتکاب جرم از درون و باطن انسان‌ها نشئت می‌گیرد و تأثیر واقعی پذیرش مسئولیت کیفری و سپس مجازات به این است که بر درون و باطن انسان‌ها تأثیر بگذارد. در واقع، اگر همواره عاملی به نام هوی و هوس و تمایل به ارتکاب جرم و گناه در درون انسان وجود دارد، از باب قاعده کلی و فراگیر وجود زوجیت در تمامی پدیده‌های عالم، باید عامل بازدارنده‌ای نیز در وجود او باشد که نه تنها با آن کنش دائمی مقابله کند و تأثیر آن را خنثی نماید که انسان را نیز به کار خیر رهنمون باشد که نام آن وجدان است.

### ۳-۱. رابطه متقابل مسئولیت وجدانی و قانونی

انسان در وضعیت عدم تعهد درونی پست‌تر از جماد است؛ زیرا جسم بی‌جان بدون صف‌آرایی و آسیب عمدی به دیگران در مقابل قوانین هستی به وجود خود ادامه می‌دهد، حال آنکه انسان بی‌تعهد می‌تواند قیافه ضد وجدانی و عقلانی به خود بگیرد و بی‌آنکه به اصول خاصی پایبند باشد، به صراحت اعلام نماید که ای کاش همه انسان‌ها یک‌گرد داشتند و من این اقتدار را داشتم که با یک ضربت شمشیر آن‌ها را نابود می‌کردم. حتی دانشمندی مانند هیوم با توجه به مبانی فکری خود مبنی بر اعتقاد به عدم مسئولیت و نظارت وجدانی که آفریدگار راهنمای آن باشد، به صراحت می‌نویسد: عقل برده احساسات است و باید هم باشد و هرگز نمی‌تواند مدعی هیچ منصب دیگری جز خدمت کردن به احساسات و اطاعت از آن‌ها شود و این خلاف عقل نیست که ویرانی کل جهان را به خراش برداشتن انگشتان ترجیح دهیم (کلوسکو،

در واقع، وقتی پدیده مقدس تعهد وجدانی از انسان سلب می‌شود، طبیعت پیچیده بشری چهره منفور خود را می‌نمایاند و مضمون جمله وایتهد نمود بیشتری می‌یابد: تنظیم مجازات‌ها برای ایجاد خصیصه بازدارندگی برای طبقه مدیریت اجتماعی و هر کسی که به هر دلیلی خود را از تیررس نظارت کیفری دور و جدا می‌پندارد حتی ارزش یک کاغذ باطل شده را هم ندارد و این امر حکایت از عوارض خلأ وجدانی دارد (جعفری تبریزی، ۱۳۵۳: ۲۷/۱)

حال آنکه در رویکرد دینی احساس مسئولیت وجدانی مبنا و انگیزه اصلی و فطری جهت رعایت قانون است و فرد، حرکت در مسیر قانون را فرصتی برای پرورش و شکوفایی بیشتر وجدان و اندیشه خود می‌داند.

#### ۴-۱. تعیین ارزش و اهمیت واقعی ارزش‌های مورد حمایت قانون کیفری

##### توسط وجدان

امری که حتی از نظر مادی گرایانی همانند هیوم نیز دور نمانده است. وی قبح ناشی از جرایم را متأثر از درون و احساسات انسان‌ها می‌داند، بی‌آنکه نام وجدان بر آن نهاده باشد: [میران] شری و بدی همانند قتل عمد را زمانی می‌توانید تشخیص دهید که فکرتان را معطوف قلبتان نمایید و در آنجا احساس مخالفتی را بیابید که نسبت به این عمل در شما برانگیخته می‌شود، امر واقعی همین است اما موضوع این امر واقعی احساسات است نه عقل. پس هر گاه شما اعلام می‌کنید که عملی شرورانه یا شخصی شرور است منظورتان چیزی نیست جز اینکه بنا بر ساختار و سرشت شما احساس سرزنشی هنگام اندیشیدن به آن عمل یا شخص سر بر می‌آورد (کلوسکو، ۱۳۸۹: ۳/۳۴۹).

بر این اساس، «ماده واحده کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی» قادر نیست عظمت کمک به شخصی را که در نتیجه ریزش آوار یا واژگونی اتومبیل واپسین نفس‌های عمر خود را می‌گذرانند، به وضوح نشان دهد؛ زیرا ظاهراً این ماده (بر اساس نظریه اصالت سود بتنام) می‌گوید که ارزش فداکاری عبارت است از رهایی از ۶ ماه حبسی که ممکن است به چند صد هزار ریال جزای نقدی تبدیل گردد و در نهایت مقداری از لذت‌های شخص را منتفی نماید (مور، ۱۳۸۸: ۱۷۳). افزون بر این، تنظیم شدت مجازات‌های کیفری با تأکید صرف بر اصل محاسبه‌گری مجرم، «قادر است



تنها به ضعیفان توصیه نماید که از زور زورمندان بترسند و به حقوق آن‌ها تجاوز نکنند، اما قادر نیست زورمندانی را که علیه ناتوانان اقدام می‌کنند و اطمینان دارند که می‌توانند اعتراض قانونی آن‌ها را با ابزارهای متعدد ناشی از قدرت، ثروت و اعمال نفوذ در مراجع قانون‌گذاری و تصمیم‌گیری پاسخ دهند به ترک تجاوز توصیه کند؛ چون طبق این فلسفه، عمل آن‌ها ضد اخلاقی نیست و این نوع فلسفه اخلاقی بهترین توجیه‌کننده حق زورگویی و دیکتاتوری است» (مطهری، ۱۳۸۷: ۱۹/۶۴۷). ولی شخص بهره‌مند از وجدان انسانی، تقلیل ارزش فداکاری را در حد احترام به قانون کیفری، مصداق بارز بی‌ارزش دانستن آن فداکاری می‌داند و این تفسیر کاملاً در تعارض با دیدگاهی است که نجات جان یک گرفتار را مساوی با نجات جان همه بشریت می‌داند.<sup>۱</sup>

### ۵-۱. امکان مشارکت همه‌جانبه اشخاص

درک وجدانی و عمیق آثار منفی واقعی رفتار و وضعیتی که جرم نامیده می‌شود، بر کلیه بزه‌دیدگان اعم از مستقیم یا غیر مستقیم توسط اکثریت شهروندان موجب انصراف بسیاری از بزه‌کاران بالقوه از ارتکاب جرم و موجب همدردی اکثریت جامعه با بزه‌دیدگان و تلاش برای رفع آثار ناشی از جرم می‌گردد که نمونه ضعیف آن را می‌توان در جنبش «عدالت ترمیمی» مشاهده نمود؛ زیرا تنها در حالت احساس درونی نسبت به آلام جرم است که شخص می‌تواند با تصور درونی، خود را در جایگاه بزه‌دیده قرار دهد و با ترسیمی از وضعیت دردناک بزه‌دیده در دنیای ذهن و روان خویش و به جهت احساسات و عواطف انسانی و هم‌ذات‌پنداری از ارتکاب جرم خودداری نماید یا در صورت ارتکاب آن، حداکثر تلاش و تکاپوی خود را به منظور کاهش آلام و دردهای بزه‌دیده به کار بندد. بر همین اساس، امیل دورکیم وجدان جمعی را به عنوان مجموعه باورها و احساسات مشترک در بین اکثریت جامعه تعریف می‌کند که در سطح وسیعی موجب همبستگی جامعه می‌شود و گستره زندگی اشخاص را تحت تأثیر قرار می‌دهد. به نظر دورکیم، رشد فردگرایی لیبرالی، وجدان جمعی را نابود کرد (گوردون، ۱۳۸۸: ۱۶۳).

۱. «وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا» (مانده / ۲۲).

## ۶-۱. اعتراف مجرم بر کارآمدی و تأثیرگذاری مجازات

هیچ نوع مجازاتی قابلیت اصلاح فرد را ندارد مگر آنکه فرد از نظر فکری و روانی مسئولیت خود را بپذیرد و معترف باشد که مجازات برای درمان ضعف‌های او که باعث ارتکاب جرم شده است، مفید است، مفید است (جبران، ۱۳۹۴: ۸۲)؛ زیرا تا فرد خود را مسئول عواقب ناشی از فعل خود نداند، هرچند به ارتکاب جرم معترف باشد، مجازات را ناعادلانه و جامعه را مجری بی‌عدالتی می‌داند و خود را بی‌گناه یا گنه‌کار فاقد استحقاق مجازات در برابر جرم مزبور می‌داند. در واقع، رمز شکست مکتب حقوق کیفری کلاسیک و نئوکلاسیک در بی‌توجهی به مسئولیت وجدانی مجرم بوده است. این مکتب صرفاً مجازات شدید را بازدارنده می‌داند، بی‌آنکه به زمینه‌های پذیرش وجدانی مجازات توجه کند. به همین علت و به دلیل فقدان یک طرح و ایده مطمئن که توانایی نفوذ و رسوخ مجازات در ذهن و اعتقاد و نظام درونی مجرمان را داشته باشد نتوانسته است در برابر جریان رو به رشد جرایم ایستادگی نماید. در واقع، برنامه‌ریزی مجازات‌های شدید برای ایجاد خصیصه بازدارندگی بی‌آنکه وجداناً پذیرفته شود، به معنای استفاده ابزاری مجرم برای بازدارندگی عمومی بوده است (قیاسی و همکاران، ۱۳۸۹: ۳۵۲/۱) که با اصول حقوق بشر مانند اصل کرامت انسانی در تنافی است؛ زیرا مجازات ناشی از مسئولیت کیفری محض بدون ملاحظه حضور وجدان و شعور فرد در هنگام مجازات، یک تنبیه مکانیکی است که در بیشتر موارد بیش از پیش بر آشفستگی و عصیان روح می‌افزاید، بلکه مجازاتی مؤثر است و می‌تواند جنایتکار را غرق در هراس کند و در عین حال طوفان قلبش را تسکین دهد که در وجدان جنایتکار قرار دارد (جعفری تبریزی، ۱۳۵۳: ۸۳/۷). به همین جهت باید گفت که تا حقوق جزا راهی به درون و باطن افراد نداشته باشد و نتواند مشروعیت خود را برای وجدان انسان‌ها توجیه‌پذیر نماید، برای تابعان حقوق کیفری ناکارآمد و نامأنوس و بیگانه باقی خواهد ماند و در مقابل، هر قدر بتواند حقانیت و ضرورت حیاتی خود را به وجدان و اندیشه انسان‌ها بنمایاند، در جاری کردن اهداف خود موفق‌تر خواهد بود.

## ۷-۱. وجدان عمومی، راهنمای قانون‌گذار در امر جرم‌انگاری

وجدان عمومی اکثریت جامعه نسبت به امور مختلف باید راهنما و قطب‌نمای

قانون‌گذار در جرم‌انگاری محسوب گردد؛ زیرا اگر قانون کیفری با وجدان و باطن پرورش یابد و با آموزه‌های دینی افراد نیز همخوانی داشته باشد، اکثریت مردم در برابر آن احساس مسئولیت درونی و باطنی می‌کنند، لذا در جهت منافع جامعه قابل اجراست؛ اما اگر با وجدان عمومی همخوانی نداشته باشد، به علت فقدان پشتوانه عمومی و عدم احساس تعلق شهروندان به آن غیر قابل اجرا می‌شود. هر قانونی همانند پیوند زدن یک عضو نامرئی به وجدان جامعه است. اگر با آن منطبق باشد جزئی از وجدان می‌گردد و در صورت عدم انطباق، این عضو دفع و به موجودی بی‌جان تبدیل می‌گردد که در اصطلاح به آن «قانون متروک» می‌گویند. شایان ذکر است که اگر این وجدان بر خلاف موازین دینی باشد همچنان که در تعریف وجدان گفته شد، وجدان به معنای حقیقی و دینی محسوب نمی‌گردد، بلکه یک نوع حاکمیت هوی و هوس و جهل است که نتیجه مستقیم بی‌اعتنایی به آورده‌های دینی است<sup>۱</sup> (میرزایی، ۱۳۹۰: ۶۹/۷۴).

#### ۸-۱. همخوانی مسئولیت وجدانی به جای تهدید، با فطرت انسان متعارف

قانونمندی و مسئولیت‌پذیری از طریق تهدید به کیفر برای انسانی که از حداقل شعور و احساس بهره‌مند است با کرامت و شعور یک انسان متعارف که اصالتاً خواستار سازگاری و همنوایی به شیوه‌های اقناعی و نرم و توجیه عقلی و وجدانی با طبیعت و پیرامون خود است، سازگار نیست. هرچند در حکومت‌های استبدادی که اساس آن مبنی بر ترس و وحشت است سختی کیفرها مناسب است ولی برای حکومت‌های مردم‌سالار که بر پایه شرافت و تقوا برقرار شده است، شدت مجازات مناسب نیست (مونسکیو، ۱۳۶۲: ۱۹۷)؛ زیرا رعایت قوانین بر اساس غریزه طبیعی اطاعت و تنبیه، یک طبع کاملاً حیوانی و دور از شأن انسان است (همان: ۱۲۱). به همین دلیل قانون‌گذار

۱. پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله راجع به این حقیقت می‌فرماید: «هنگامی که بنده گناه کند نقطه سیاهی بر قلب او پیدا می‌شود. پس اگر توبه کرد و از گناه باز ایستاد و از خدا طلب آمرزش نمود، قلب او از آن نقطه سیاه صفا پیدا می‌کند و اگر توبه نکرد و استغفار ننمود، گناه بر گناه واقع می‌گردد و سیاهی بر سیاهی می‌نشیند تا اینکه قلب او را می‌پوشاند. پس قلب او در اثر زیادی گناه می‌میرد و پرده گناه آن را فرومی‌گیرد و این است معنای گفته خداوند متعال: «نه چنین است بلکه انجام گناهان قلب‌های آنان را پوشانیده و چرکین و زنگ‌آلود کرده است» (ر.ک: دیلمی، ۱۳۷۶: ۵۷).

عادل سعی می‌کند به وسیله تعدیل کیفر و امید به پاداش و در اثر پندهای فلسفه و اخلاق و اصول مذهب، پرهیز از ارتکاب جرم را در اندیشه انسان‌ها نهادینه سازد (بکاریا، ۱۳۷۷: ۶۷)؛ زیرا به خوبی می‌داند که اگر وجدان نباشد مجرمی که مرتکب جرمی مانند قتل عمد شده است با وجود اجرای مجازات ممکن است در زندان احساس شادی و نشاط نماید (داستایوسکی، ۱۳۶۲: ۲۲)، همچنان که گاه یک انسان برخوردار از وجدان آگاه و مقید به ضوابط اخلاقی، با ارتکاب یک جرم کوچک، درباره جنایت خود چنان قضاوت قاطعانه و بی‌شفقتی می‌نماید که سخت‌ترین و شدیدترین قوانین نیز آن‌طور نمی‌توانند قضاوت کنند (جعفری تبریزی، ۱۳۸۱: ۱۷۱).

از مجموعه مباحث این بخش، لزوم زمینه‌سازی فکری برای رسوخ تفکر تقدم رتبی مسئولیت وجدانی بر مسئولیت کیفری و در واقع آمیختگی مسئولیت کیفری با مسئولیت وجدانی در جامعه به وضوح اثبات می‌شود. سؤالی که ممکن است مطرح شود اینکه آیا این نوع مسئولیت با مسئولیت دینی سازگار است؟

در جواب باید گفت که معنای آمیختگی مسئولیت وجدانی با مسئولیت کیفری این نیست که مقوله مسئولیت وجدانی به عنوان یکی از معیارهای متفاوت، با مسئولیت کیفری ادغام گردد و در هنگام احراز این مسئولیت، عناصر جدیدی نیز احراز گردد، بلکه مفهوم وجدانی مسئولیت کیفری، ناشی از یک اصل کلی است که در همه شئون و جنبه‌های فردی و اجتماعی یک مسلمان باید جاری باشد و آن وجود باطن و روح و حقیقت اصیل برای هر عمل و رفتار ظاهری است تا آن عمل افزون بر اینکه دارای آثار تام فردی و اجتماعی ناشی از اقتضای عمل است دارای حیات برزخی و روحانی برای کسب سعادت ابدی نیز باشد. با توجه به این امر، همه اعمال و گفتار انسانی باید با یاد خداوند و خالصانه و فارغ از فشارهای اجتماعی و بیرونی و به منزله یک ذکر واحد محسوب شود که این مهم، یک وظیفه دینی به منظور تحقق عملی آیه شریفه «وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ» است. البته بیدار نمودن وجدان‌های به خواب‌رفته یا غافل، لوازم و بایسته‌هایی دارد که در ادامه به اختصار به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود.

## ۲. لوازم ایجاد تعهد وجدانی

ماهیت وجدان که گویای اهمیت حیاتی آن برای یک سیاست‌گیری انسان‌گراست، مستلزم تجهیز به یک نظام ارزشی و اعتقادی خاصی است که به دلایل زیر تحقق کامل آن در یک نظام منسجم دینی که از جنبه تقدس و احترامی مافوق‌انگیزه‌های سوداگرانه برخوردار باشد، متصور است. در ادامه به بعضی از مهم‌ترین مشخصات و لوازم تحقق مسئولیت وجدانی در بطن سیاست‌گیری اشاره می‌شود.

### ۱-۲. اعتقاد به موجود برتر و مطلق

تعهد بدون مستند به موجودی معنوی و عاری از عوامل محدودکننده زمانی و مکانی، حتماً معلول عوامل مادی و زمینی است و طبیعت و ماهیت عوامل زمینی، محدود بودن و بسته بودن آن است (الهی، ۱۳۷۷: ۴۷)، حال آنکه تعهدی در همه حالات ماندگار و باقی است که با موجودی ابدی گره بخورد و مافوق لذت و الم‌های طبیعی و محدود باشد؛ زیرا تعهدی که در مقابل جلب لذت یا دفع الم صورت بگیرد با منتفی شدن لذت و الم، اصل آن تعهد نیز منتفی می‌شود و حتی همان طور که تولستوی معتقد است هر کس تصور نماید که زندگی بشر را می‌توان (بدون وجدان) با اصول عقل و منطق اداره کرد، امکان زندگی را نفی می‌کند، اما تعهدی که به خداوند مستند است از افقی بالاتر از عوامل و انگیزه‌های مادی توجیه می‌شود و به علت ثبات در اصل ارزش‌های معنوی، مقید به زمان و مکان و شرایط خاصی نیست که امکان منتفی شدن آن وجود داشته باشد (جعفری تبریزی، ۱۳۵۳: ۴۲۳/۱۱). ارتباط و پیوستگی وجدان انسانی به خداوند، مانند جویباری است که برکه‌ای کوچک را به دریا وصل می‌کند و با قطع این ارتباط، برکه وجدان در معرض تبخیر و خشک شدن به واسطه شراره‌ها و آتشفشان‌های هوی و هوس حیوان‌گونه‌ای است که به هیچ اصل و قانونی جز ارضای بی‌حد و مرز و بی‌قید و شرط خود قائل نیستند (همو، ۱۳۸۵: ۱۸)؛ زیرا آزادی بدون نظارت عالی‌هستی باعث می‌شود «انسان که موجودی حساس و دارای نیازها و علایق متعدد و متنوع است، دچار هزار هوس گردد» (مونتنسکیو، ۱۳۶۲: ۸۷). از همین رو همه کسانی که از وجدان و فطرت سخن می‌گویند، به گونه‌ای آن را ناشی از پیام‌های خداوند در درون انسان می‌دانند و

طرح وجدان جدای از خداوند را فاقد مفهوم تشخیص می‌دهند؛ زیرا وجدان همانند محکمه دادگاه باید معیار و ملاکی برای قضاوت‌های خود داشته باشد؛ همان گونه که معیار دادگاه متن قانون نوشته است، معیار وجدان نیز احساس حضور خداوند است و وقتی خدا حذف می‌گردد جهان همان می‌شود که لوثر توصیف می‌کند:

چیست این جهان جز دوزخی تمام‌عیار که در آن هیچ نیست مگر دروغ و دغا، شکم‌بارگی و میگساری، فسق و فجور و جنگ و خون‌ریزی و در یک کلام خود اهریمن؛ نه از شفقت و شرافت اثری هست و نه کس را به دیگران اعتمادی. به دوستان همان قدر باید بدگمان بود که به دشمنان و گاهی حتی بیشتر. آری این است قلمرو جهانی که اهریمن بر آن حکومت می‌کند و فرمان می‌راند (آربلاستر، ۱۳۶۷: ۱۶۴).

بنابراین تعهد وجدانی باید ناشی از یک عامل فراتر از شخص متعهد باشد؛ زیرا اگر مبنای تعهد در فرد متعهد خلاصه شود هر آن در معرض وسوسه‌ها و جاذبه‌هایی است که گذشتن از موضوع تعهد را برای رسیدن به آن جاذبه‌ها برای فرد آرایش می‌دهد. این عامل فراتر از متعهد، انسان دیگری نمی‌تواند باشد؛ زیرا هیچ انسان دیگری نمی‌تواند بر وجدان شخصی که امر کاملاً درونی و ناپیدا و مجرد از عوارض زمانی و مکانی است تسلط یابد و هر گونه ادعایی مبنی بر نظارت بر وجدان افراد، منجر به تشکیل دادگاه‌های تفتیش عقاید می‌گردد که جزء سیاه‌ترین دوره‌های تاریخی حقوق کیفری محسوب می‌شود. همچنین مسئولیت وجدانی در نقض قوانین کیفری مرتب بر اعتماد و اطمینان مردم به مقام قانون‌گذار است و این امر به طور کامل تحقق نمی‌یابد مگر اینکه قانون‌گذار در نظر تابعان ویژگی‌های خاصی داشته باشد؛ علم مطلق قانون‌گذار به مصالح و منافع تابعان که مستلزم شناخت کامل آن‌ها و اهداف واقعی‌شان در زندگی، بی‌طرف و بی‌نفع بودن مقنن، عدالت وی به طوری که هیچ گونه شائبه طرفداری از یک گروه یا افراد خاصی در بین نباشد و حتی حکمرانان زمینی نیز خود را موظف به پیروی از قانون بدانند (مونتسکیو، ۱۳۶۲: ۱۲۳). خداوند عالم‌ترین و قدارترین و حکیم‌ترین موجود روی زمین است که نافذترین حکم را دارد و در احکام خود کوچک‌ترین نفعی را دنبال نمی‌کند. واگذاری امر قانون‌گذاری به عالم‌ترین، قدارترین و بی‌نیازترین موجودی که علم او نافذ و راسخ در زوایا و ابعاد آشکار و مخفی هر

موجود آسمانی و زمینی است، امری بدیهی و فطری می‌باشد که مورد قبول هر انسانی با هر مذهب و نژاد است. از این رو این سؤال مهم مطرح می‌شود که آیا لیبرالیسم و مکاتبی که خداوند را از زمره عوامل محاسباتی خویش حذف نموده‌اند توانایی متعهد ساختن مردم و پیروان خویش را به رعایت حقوق بشر در همه شرایط دارند؟ وجدان به عنوان موضوعی که می‌تواند ثبات و وحدت عالی انسان‌ها را در اصول و مبادی کلی اثبات نماید با وجود این از آسیب‌های محیطی در امان نیست و چه بسا در برابر سوءاستفاده از اختیار انسان با توجیه آزادی بی‌قید و شرط از فعالیت باز ماند یا دارای حضور ضعیفی در فرایند تعاملات اجتماعی شود. در واقع، «غوطه‌ور شدن در خودپرستی و خودکامگی‌ها، عقل و وجدان آدمی را به استخدام خود درآورده و آن دو را از فعالیت‌های طبیعی باز می‌دارد» (جعفری تبریزی، ۱۳۵۸: ۸۳/۳). در این صورت اتکای مسئولیت‌گیری بر وجدان از دست می‌رود. بنابراین لازم است که شایستگی مسائل انسانی مورد حمایت حقوق کیفری به عواملی مستند شود که از وجدان برتر است. این عامل برتر از وجدان انسانی، اعتقاد به موجود برتر و استناد همه مسائل انسانی به اوست که در هیچ شرایطی، قدرت تمیز و تشخیص و معیار بودن خود را از دست نخواهد داد (همو، ۱۳۵۳: ۱۰۳/۲). افزون بر این، اثبات وجدان مترتب بر اثبات بُعد معنوی انسان است و بُعد معنوی فقط در ارتباط با عالم اعلی قابل طرح است. غیر از این ویژگی، هر گونه برداشتی از بُعد معنوی، آن را زیرمجموعه یا در کنار بُعد مادی قرار می‌دهد (مزلو، ۱۳۸۱: ۹۰). دلیل عدم اهمیت نظارت و مسئولیت وجدانی در مکتب لیبرالیسم، به علت تفسیری است که این مکتب از آزادی به عنوان مهم‌ترین مشخصه خود (آربلاستر، ۱۳۶۷: ۸۳) ارائه می‌دهد. بر اساس تفسیر لیبرالیسم، انسان آزاد کسی است که از همه نظارت‌های وجدانی اخلاقی و الهی آزاد است و تنها قانونِ مصرح، توانایی محدود کردن آزادی او را دارد (همان: ۸۴-۸۷) و حتی به صراحت اعلام می‌شود که آزادی وجدانی که با گفتار خداوند راهنمایی شده، سخت‌گیرانه و زاهدانه است، بلکه آزادی والا فراتر از این نوع آزادی وجدانی است (بوردر، ۱۳۷۸: ۳۲) یا آزادی مقید به ملاحظات اخلاقی و دینی، یک نوع آزادی ناپایدار و گرفتار است. لذا آزادی واقعی انسانی را باید در زندگی زمینی که از دین و اخلاق رهاست جستجو نماییم (بلوم، ۱۳۷۳: ۸/۱).

## ۲-۲. مسئولیت وجدانی مترتب بر ثابت بودن ارزش‌هاست

به تعبیر دیگر، نظارت وجدانی یعنی اینکه جامعه‌ای با ارزش‌ها و ساختارهای معین و مصرح وجود دارد نه اینکه صرفاً یک نوع تعریف کلی از خوبی و مسائل انسانی وجود داشته باشد ولی در عمل هوس‌های جامعه تعیین‌کننده وزن واقعی مسائل باشد (بوردو، ۱۳۷۸: ۱۵۲)؛ زیرا مسئولیت وجدانی، مترتب بر نهادینه شدن پاره‌ای از باورهای ذهنی مشترک و فراگیر در افراد است به گونه‌ای که آن باورها در نهایت جزء طبیعت ثانوی و ثابت شخصیت فرد درآید و جزء منش او محسوب گردد، به طوری که بتوان بر اساس آن صفت ثابت، شخصیت وی را موصوف و تعریف کرد. اما در جامعه‌ای که معتقد است «فضیلت و اخلاق یعنی میزان وزن یک میل نسبت به آن و ضد اخلاقی نیز بیزاری نسبت به آن» (آربلاستر، ۱۳۶۷: ۲۵) یا «درباره فریضه‌های وجدانی، فرد شخصاً به تعیین میزان آن‌ها می‌پردازد و دیگران را در این باره حقی نیست» (ژورژبوردو، ۱۳۷۸: ۱۱۶)، «خردمندانه‌ترین و واقع‌گرایانه‌ترین شیوه درک این مطلب است که هر کس هر آنچه را دوست دارد، خوب بنامد» (آربلاستر، ۱۳۶۷: ۲۵). بر همین مبنا، راسل در کتاب **جهانی** که من می‌شناسم به صراحت امیال و خواسته‌های فرد را مقدس می‌داند و نه اخلاق را (مطهری، ۱۳۸۷: ۱۹/۶۴۷). مسلم است که در این فضای فکری، اصولاً امر ثابت عام و فراگیری وجود ندارد تا در اذهان نهادینه گردد و جزء لایه‌های درونی شخصیت شهروندان درآید تا بر اساس آن بتوانند در موقعیت‌های متنوع و به ویژه در مواردی که در خودداری از ارتکاب جرم هیچ نفعی برایشان متصور نیست، قضاوت و ارزیابی مشخصی داشته باشند که مورد قبول اکثریت افراد آن جامعه باشد، مگر آنکه تعریف خود از آزادی، فضیلت و اخلاق را بر خلاف مبانی فکری خود تا حدودی تعدیل نمایند. از همین رو صحیح است که گفته شود هر گاه در دوره ما وسیله‌ای برای حمایت جامعه وجود داشته باشد که بتواند بدون توسل به انگیزه نفع‌طلبی عاجل و فوری، مردم را هم‌نوا با قوانین نماید، تنها مذهبی با ابتدای بر ارزش‌های ثابت است تا وجدان آدمی را ارشاد کند (جعفری تبریزی، ۱۳۵۳: ۱۱/۷۴)؛ زیرا تنها مذهب است که به دلیل تراوش از یک منبع فوق انسانی و بی‌نیاز، از اوضاع پیرامون خود تأثیر نمی‌پذیرد و لذا در دید معتقدان به آن مذهب تقدس و احترامی مافوق احترام به ارزش‌های با منبع



بشری دارد. بنابراین هر گاه ایمان بشر به جاودانی روح در پرتو ارزش‌های ثابت (با منبعی ثابت و دور از دگرگونی) توجیه نشود، نه تنها چشمهٔ عشق به انسانیت در او خشک می‌شود بلکه همچنین نیروی لازم برای ادامهٔ زندگی از بین می‌رود و در این صورت هیچ چیز اصالتاً و ذاتاً قبیح نخواهد بود و همه چیز حتی آدم‌خواری در قضاوت شخصی افراد جامعه مجاز خواهد بود مگر آنکه الزاماً فرد سیطرهٔ مطلق یک قانون بشری را بر رفتار خویش احساس کند (همان: ۸۰/۱۱).

لذا وجدان در فرهنگی پرورش می‌یابد که در فرهنگ واژگان خود با مفاهیمی مانند حق و باطل آشنا باشد و ارزش‌های او بر اساس مقتضیات بازار شکل نگرفته باشد (مک‌فرسون، ۱۳۸۰: ۱۷)؛ زیرا وجدان که یک امر معنوی و مجرد است و برای پرورش و ارتقا و شاداب بودن خود نیازمند اموری معنوی و مجرد است و با فرهنگی که لذت‌طلبی بی‌نهایت و بدون قید اخلاقی را اصل و ارزش مطلق می‌داند (حبیبی، ۱۳۹۰: ۱۶)، مجالی برای رشد و پرورش پیدا نمی‌کند. به همین دلیل، یکی از ریشه‌های بحران حقوق کیفری در غرب، فروپاشی ارزش‌های اخلاقی است. «به گونه‌ای که اکثر این جوامع با فقدان نظام ارزشی فراگیر و ظهور هنجارها و ارزش‌های متنوع و حتی متضاد مواجه‌اند» و «این از هم پاشیدگی ارزشی و اخلاقی، حقوق کیفری را در جوامع غربی با بحرانی اساسی و زیربنایی مواجه ساخته است که اندیشمندان واقع‌بین، راه حل روشنی برای آن ندارند» (قیاسی و همکاران، ۱۳۸۹: ۱۱۵).

## ۲-۳. ارتباط مسئولیت وجدانی با سلامت وجدان

مسئولیت وجدانی مترتب بر پاکی وجدان است و پاکی و سلامت وجدان نیز مستلزم توجه دائمی به اقتضانات و رفع موانعی است که موجب سلامت وجدان می‌شود (ابن طاووس، ۱۳۸۱: ۸۸). از آنجا که وجدان یک امر غیر مادی و مجرد و دور از دسترس علم بشر برای شناسایی آن است، لذا رسالت دین، پاکسازی وجدان و باطن از آلودگی‌ها از خلال برنامه‌های مذهبی است که همهٔ ابعاد و جنبه‌ها و زوایای مختلف زندگی را دربرمی‌گیرد و هیچ بُعدی از ابعاد فردی و اجتماعی نیست مگر آنکه مشمول یکی از احکام خمسۀ شرعی قرار می‌گیرد و احکام خمسۀ مهم‌تر از آن قواعد اخلاقی هستند

به عقیده راسخ، بستری برای شکوفایی وجدان است. به عبارت دیگر، هر یک از استعدادهایی که در وجود انسان قرار دارد، اگر در زمینه مناسب و مختص خود به کار گرفته نشود، به مرور رو به ضعف و انحطاط می‌گذارد و در نهایت از بین می‌رود. اگر انسان صاحب اندیشه از قدرت اندیشه خود استفاده نکند به مرور اندیشه‌اش ضعیف می‌شود. همچنین فرد صاحب وجدان اگر اختیاراً یا بر اثر تأثیرات محیطی ناشی از جهل یا عوامل سوداگرانه و سودجویانه از فعالیت وجدانی باز بماند، به مرور این نیرو در او رو به تحلیل و ضعف می‌رود. به عقیده ابن سینا، عبادات مختلف موجب حفظ و بقای قانون و شریعت می‌گردد (شکوری، ۱۳۸۴: ۳۱۷). به نظر می‌رسد مبنای این دیدگاه تأثیری است که عبادات بر پرورش و شکوفایی وجدان دارد؛ زیرا وجدان شکوفاشده افراد، بزرگ‌ترین پشتیبان حفظ و بقای قانون و شریعت است. به همین منظور، لازم است که اندیشه و ذهن فرد، مجهز به یک سری بایدها و نبایدهای رفتاری شود و بعضی از ارزش‌ها به عنوان اصول کلی در ذهن فرد تثبیت و ضرورت آن برای حیات معقول فرد مسجل شده باشد؛ برای مثال، فرد باید به این درجه از معرفت و آگاهی برسد که خوردن اموال دیگران را بدون محمل قانونی و شرعی قبیح بداند. این اصل کلی اگر با دلایل شرعی و عقلی در ذهن و روان فرد تثبیت شود، به عنوان یک معیار در وجدان انسان می‌ماند و وی در مواجهه با مصادیق مختلف و متنوع که مشمول این اصل کلی باشد با نظارت و نهیب وجدانی روبه‌رو می‌گردد و هر اندازه اهمیت این اصل برای او از نظر عقلی و شرعی بیشتر مسجل شده باشد و وجدان فرد نیز صفا و پاکی بیشتری داشته باشد، در هنگام ارتکاب رفتاری که منجر به نقض این اصل می‌شود با ممانعت مؤثرتر وجدان روبه‌رو می‌گردد. در واقع، میزان نظارت وجدان از حاصل جمع دو امر مفروض (میزان پاکی وجدان و میزان اهمیت اصل ممنوعیت اکل مال به باطل) تعیین می‌شود. اما در نظام لیبرالی، ارزش‌ها مانند مومی در دست انسان‌ها هستند. اگر کسی در زندگی خود دروغ را انتخاب کند در غیر از مواردی که یک ارزش کیفری را نقض می‌کند، ارزش همان است (آربلاستر، ۱۳۶۷: ۲۵). این امر در واقع موجب ابهام در زندگی می‌شود و هیچ ارزشی قابل دفاع نمی‌گردد و مثلاً نمی‌توان از فرزند انتظار داشت که به والدین خود احترام بگذارد؛ زیرا او می‌تواند به اصول لیبرالیسم

استناد نماید که شما نباید خوبی و بدی ناشی از دریافت شخصی خود را بر من تحمیل کنید؛ زیرا خوبی و بدی خارج از ذهن من وجود ندارد.

## ۲-۴. تقدم ارزش‌های معنوی فراگیر بر ارزش‌های مادی انحصارگرا

برایند وجدان، محصولاتی مانند راستی، جوانمردی، مروت، گسترش رحمت و رأفت و احسان و نیز تقدم مصالح جامعه بر منافع شخصی است (دیلتای، ۱۳۸۸: ۲۶) که همگی اموری معنوی هستند و هیچ‌گاه در تعارض با یکدیگر واقع نمی‌گردند، بلکه انتخاب آن‌ها به عنوان ارزش و اقدام به کسب عالی‌ترین درجه آن توسط اکثریت جامعه، موجب تقویت متقابل آن ارزش‌ها در وجود اشخاص و اتحاد و هماهنگی شدیدتر آن‌ها می‌شود. اما این ارزش‌ها گاهی در تعارض با منافع مادی است و اصولاً این ارزش‌ها در جوامعی که هدفی جز بهره‌مندی از مزایای زندگی مادی ندارند، یا فاقد ارزش است یا تا جایی ارزشمند است که برای جامعه استفاده مادی داشته باشد و از ابقای آن متضرر نشود. اما در جایی که منافی با منافع مردم باشد دیگر کاربرد ندارد و حتی با آن‌ها مخالفت می‌شود (طباطبایی، ۱۳۸۷: ۲۴۵/۹)، لذا کشوری که برای حفظ نازل‌ترین حقوق حیوانات، قوانین سختگیرانه‌ای وضع می‌کند، غالباً در برابر کشتار و آوارگی میلیونی کشورهای خاورمیانه یا آفریقا سکوت می‌کند و گاه سیاست خارجی همان کشورهای با نظم عالی داخلی، عامل آن کشتارها و خشونت‌هاست. حال آنکه در اسلام، بهره‌مندی صرف از زندگی مادی، زندگی حقیقی به شمار نمی‌رود بلکه زندگی واقعی مشتمل بر سعادت مادی، معنوی و دنیایی و آخرتی است. بنابراین مسئولیت وجدانی با توجه به حیطة فعالیت و کارکرد آن مستلزم درکی نسبتاً واحد و یکسان نسبت به آثار و افعال انسانی است. بر خلاف وجدان که در امور معنوی به جریان می‌افتد و پیوندزنده افراد جامعه است، هوی و هوس و خودخواهی و خودپرستی که در امور مادی صرف و جهت‌دار در مسیر اعتلای معنوی جامعه و مردم به جریان می‌افتد، اصولاً طردکننده افراد نسبت به یکدیگر است؛ زیرا خواسته و عطش انسان در زمینه تسلط بر امور مادی نامحدود است، اما ساختار دنیا برای جواب‌گویی به عطش و میل مزبور محدود می‌باشد. ساختمانی که در آن واحد مال یک نفر است، در همان زمان، نمی‌تواند

متعلق به شخصی دیگر باشد. اما نظارت وجدانی مستلزم دیگرطلبی است و دیگرطلبی مستلزم اشتراک و اتحاد در امور مهم و حیاتی و باز شدن سطوح و استعدادهای مهم انسانی همانند صداقت، تواضع و ایثار است که هیچ‌گاه موجب تعارض نخواهد گردید و نه امور کم‌اهمیت و گذرا (مانند طرفداری از یک تیم فوتبال خاص). از این جهت، اشتراک و اتحاد واقعی در امور معنوی امکان‌پذیر است و نه امور مادی که به علت محدودیت خود سرچشمه تعارض است. زمانی که آرمان و ایده‌آل، کسب ثروت قدرت و شهرت بود درمی‌یابیم که «انسان‌ها جدا از یکدیگرند؛ زیرا افراد از تمنیات و خواهش‌هایی جان می‌گیرند که در اساس خودخواهانه‌اند» (آربلاستر، ۱۳۶۷: ۲۸).

## ۲-۵. رویکرد آخرت‌محور به موضوع مسئولیت

از نظر دینی با ورود مفهوم وجدان در حوزه مسئولیت کیفری، این مسئولیت روح و حیات برزخی و اخروی مطلوب می‌یابد و زندگی برزخی و اخروی رونوشت و تصویر واقعی زندگی دنیوی است. با این تفاوت که یکی ظاهراً بسته و محدود است و دیگری نامحدود و باز. مشکل مبنایی نظام‌های دین‌ستیز در بحران‌های اجتماعی و از جمله حقوق کیفری، حذف معادلات و واقعیات ماوراءالطبیعه‌ای انسان است (الهی، ۱۳۷۷: ۱۱۳) و اگر این امکان باشد که با صرف هزینه فکری و اقتصادی بسیار، امنیت را در درون سرزمینی حاکم نماید، این امنیت مقطعی و بر پایه‌های متزلزل جلب لذت و دفع ضرر یا مواردی مانند وطن‌گرایی استوار خواهد بود. از طرف دیگر، احساس امنیت در جامعه‌ای که جهان را بر روی خود بسته می‌بیند (طاهرزاده، ۱۳۹۰: ۴۳۷) و مرگ را فنای عمر می‌داند، آغاز پوچی و اضطراب‌های لایتناهی است؛ زیرا خلاصه کردن انسان در همزیستی مسالمت‌آمیز و به دست آوردن معیشت خود از طبیعت و داشتن زندگی مسالمت‌آمیز مانند نظمی که در لانه زنبور عسل حاکم است (جعفری تبریزی، ۱۳۵۳: ۵۶۳/۱۱)، به معنای محدود کردن استعدادهای انسانی است که امیال و جنبه‌های بی‌نهایتی را در خود احساس می‌کند و خود را فراتر از انگیزه‌های معمولی جلب لذت و دفع ضرر یا ملی‌گرایی احساس می‌نماید، به گونه‌ای که جهان طبیعی و مادی با میلیاردها کلهکشان برای او همانند یک قفس بسته می‌ماند؛ زیرا انسان به هر هدف

مهمی (حتی امنیت اجتماعی در بالاترین مرتبه خود) در زندگی برسد، بلافاصله این سؤال برای او مطرح می‌شود که قرار است در پناه این امنیت به چه هدفی برسد؟ حال آنکه در رویکرد هدفمند بودن جهان و انسان بر اساس اصول عقیدتی دین، انسان در حال سیر به هدفی فراتر از زمان و مکان دنیوی و مادی است و زمانی به زندگی برزخی فارغ از شدايد و سختی که قابل مقایسه با زندگی دنیوی نیست، می‌رسد که استعدادش برای درک آن کامل شود و تنها طریق به فعلیت رسیدن استعدادهای بالقوه، از بستر مسئولیت وجدانی عبور می‌کند (طباطبایی، ۱۳۸۷: ۵۶/۹). در این رویکرد، رعایت قوانین نه به خاطر ترس از کیفر، بلکه در حقیقت به انگیزه پاسخ‌گویی به نیاز درونی انسان برای اوج و ترقی در فضای بی‌نهایت هستی است؛ نیازی که آن را به وضوح با وجدان و شعور خود احساس می‌کند. بنابراین روح و جان انواع متنوع مسئولیت‌های فردی و اجتماعی از جمله مسئولیت کیفری باید آمیخته و ممزوج با مسئولیت وجدانی گردد. تنها در این صورت است که یکی از مهم‌ترین رهاوردهای انسان‌شناختی دینی به عنوان یکی از مهم‌ترین مبانی سیاست کیفری دینی تحصیل می‌گردد. به نظر ما اخلاق عقلانی - الهی که با وجدان آزاد انسانی همراه می‌شود، روشن‌ترین و بهترین انواع اخلاق از نظر روانی است؛ زیرا انسان وقتی احساس می‌کند که وجدان آزادش او را به سوی اعمال خیر تحریک می‌کند و این عمل وجدان را به خدا مستند می‌سازد، در حقیقت هر دو احتیاج شخصیت در راه تکامل را برآورده می‌کند: احتیاج به آزادی وجدان و اتکای وجدان به خداوند (جعفری تبریزی، ۱۳۶۳: ۲۱/۷).

مطالبی که به عنوان لوازم مسئولیت وجدانی مطرح شد، تنها بخشی کوچک ولی بسیار مهم از مجموعه بایسته‌ها و لوازم وجدانی بود، در حالی که شاید به علت پیچیدگی ماهیت، عملکرد و شرایط رشد وجدان که ناشی از پیچیدگی خود انسان است، احصای همه بایسته‌های ورود مسئولیت وجدانی در متن سیاست کیفری امکان‌پذیر نباشد. ولی این امر مانع لزوم و تحقیق مستمر اندیشمندان با تخصص‌های مختلف در حوزه علوم انسانی جهت بهره‌برداری از ظرفیت و استعدادهاى خدادادی این گوهر ارزنده در جهت سامان‌بخشی به مشکلات متعدد فراروی جوامع بشری نیست.

## نتیجه‌گیری

در نگاه دینی، انسان بُعد باطنی مهمی به نام وجدان دارد که در کنار عقل و اندیشه و حواس، از ابزارهای مهم شناخت است و در صورت اشراف و آگاهی انسان به این نیرو و تکاپو برای بیداری و شکوفایی و پرورش آن از خلال برنامه‌های شرعی و عقلی، مؤثرتر از هر نیروی خارجی می‌تواند به عنوان یک مانع بازدارنده شخصی (مرحله پیش از ارتکاب جرم) و تحریک انسان به مسئولیت‌پذیری کیفری (در صورت ارتکاب جرم) و عاملی قوی و منحصر به فرد برای اصلاح و بازسازی اجتماعی (در خاتمه نقش‌آفرینی دستگاه عدالت کیفری) ایفای نقش نماید. بنابراین لازمه رویکرد دینی به انسان به عنوان یکی از مبانی متقن سیاست کیفری کشور ما، تمهید، ورود و گسترش مسئولیت وجدانی در اجزای مختلف سیاست کیفری و به ویژه مسئولیت کیفری است. از طریق ترکیب مسئولیت وجدانی با مسئولیت کیفری که موجب ورود فعالانه متهم در عرصه عدالت کیفری می‌شود، دستگاه عدالت کیفری از یک پشتوانه قوی و بی‌بدیل در مسیر ایفای وظایف خویش بهره‌مند می‌شود. اما این مهم تحقق نمی‌یابد مگر آنکه پیش از آن، جامعه به درک روشنی از وجدان و اهمیت آن در متن زندگی برسد و به لوازم و بایسته‌های پرورش و شکوفایی آن پایبند باشد. در واقع، رویکرد وجدان‌محور در مراحل مختلف سیاست کیفری که به ابعاد مهمی از آن در این نوشته اشاره شد، حاصل پیوند اضلاع سه‌گانه دین یعنی عقاید، اخلاق و احکام شرعی می‌باشد. بدیهی است که بی‌توجهی به مسئولیت وجدانی در متن سیاست کیفری به معنای ناتوانی سیاست کلی جامعه در هماهنگی و بهره‌برداری از اضلاع سه‌گانه دین (عقاید، اخلاق و احکام و قوانین کیفری) است. حل این مشکل با ایجاد یک جنبش فراگیر برای ایجاد و گسترش یک وجدان عام و فراگیر در سطوح مختلف جامعه امکان‌پذیر است تا شعبه‌ای از آن نیز به حقوق کیفری پیوند یابد؛ امر مهمی که نیازمند حضور فعال کسانی است که با مطالعه و شناخت انسان با رویکرد شرعی و علمی به طور همزمان به وجود استعدادی شگرف به نام وجدان در نهاد او اعتقاد راسخ دارند و شیوه‌های به فعلیت رساندن آن را نه فقط با قول و سخن که پیش از آن با رفتار و منش و شیوه عملی خود در زندگی می‌دانند.

## کتاب‌شناسی

۱. آریلاستر، آتونی، ظهور و سقوط لیبرالیسم غرب، ترجمه حسن مخبر، تهران، نشر مرکز، ۱۳۶۷ ش.
۲. ابن طاووس، علی بن موسی، کشف المحجبة لثمرة المهجه، تحقیق و تصحیح محمد حسون، قم، بوستان کتاب، ۱۳۷۵ ش.
۳. همو، محاسبه نفس یا روش پیشگیری از وقوع جرم (ترجمه محاسبه النفس)، ترجمه عباسعلی محمودی، تهران، فیض کاشانی، ۱۳۸۱ ش.
۴. ارشادی‌نیا، محمدرضا، نقد و بررسی نظریه تفکیک، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۲ ش.
۵. الهی، بهرام، مبانی معنویت فطری، ترجمه ملیکا مایرن و فرزاد یمینی، تهران، جیحون، ۱۳۷۷ ش.
۶. بستانی، فؤاد افرام، فرهنگ ابجدی، چاپ دوم، تهران، اسلامی، ۱۳۷۵ ش.
۷. بکاریا، سزار، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، تهران، میزان، ۱۳۷۷ ش.
۸. بلوم، ویلیام تی، نظریه‌های سیاسی: کلاسیک‌های اندیشه سیاسی و تحلیل سیاسی نوین، ترجمه احمد تدین، تهران، آران، ۱۳۷۳ ش.
۹. بوردو، ژرژ، لیبرالیسم، ترجمه عبدالوهاب احمدی، تهران، نی، ۱۳۷۸ ش.
۱۰. جبران، جبران خلیل، پیامبر، ترجمه رحیم صفوی، تهران، آناپنا، ۱۳۹۴ ش.
۱۱. جعفری تریزی، محمدتقی، ترجمه و تفسیر نهج البلاغه، تهران، چاپخانه حیدری، ۱۳۵۸ ش.
۱۲. همو، تفسیر و نقد و تحلیل مثنوی جلال‌الدین محمد بلخی، تهران، چاپخانه حیدری، ۱۳۵۳ ش.
۱۳. همو، تفسیر و نقد و تحلیل مثنوی معنوی، چاپ دهم، تهران، اسلامی، ۱۳۶۳ ش.
۱۴. همو، حقوق جهانی بشر، مؤسسه تدوین و نشر آثار علامه جعفری، ۱۳۸۵ ش.
۱۵. همو، وجدان، تهذیب، مؤسسه تدوین و نشر آثار علامه جعفری، ۱۳۸۱ ش.
۱۶. چیتیک، ویلیام، قلب فلسفه اسلامی: در جستجوی خودشناسی در تعالیم افضل‌الدین کاشانی، ترجمه شهاب‌الدین عباسی، تهران، مروارید، ۱۳۹۱ ش.
۱۷. حبیبی، رضا، مبانی معرفت‌شناختی و روش‌شناختی مدرنیته، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۹۰ ش.
۱۸. حسین‌زاده، محمد، منابع معرفت‌کاوش در ژرفای معرفت‌شناسی، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۸۶ ش.
۱۹. داستایوسکی، فتودور، خاطرات خانه اموات، ترجمه مهرداد مهرین، تهران، گنجینه ناصر خسرو، ۱۳۶۲ ش.
۲۰. دیلتای، ویلهلم، مقدمه‌ای بر علوم انسانی، ترجمه منوچهر صانعی درّه‌بیدی، تهران، ققنوس، ۱۳۸۸ ش.
۲۱. دیلمی، حسن بن علی، ارشاد القلوب، ترجمه سیدمهدی طباطبایی، چاپ پنجم، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۷۶ ش.
۲۲. شکوری، ابوالفضل، فلسفه سیاسی ابن سینا، تهران، عقل سرخ، ۱۳۸۴ ش.
۲۳. صدرالدین شیرازی، محمد بن ابراهیم، الشواهد الربوبیه فی المناهج السلوکیه، ترجمه یحیی کبیر، قم، بوستان کتاب، ۱۳۹۰ ش.
۲۴. طاهرزاده، اصغر، تمدن‌زایی شیعه، اصفهان، لب‌المیزان، ۱۳۹۰ ش.
۲۵. طباطبایی، سیدمحمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، ترجمه سیدمحمدباقر موسوی همدانی، ج ۲۷، تهران، محمودی، ۱۳۶۳ ش. و ج ۹ و ۱۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۷ ش.

۲۶. قیاسی، جلال‌الدین و همکاران، *مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۹ ش.
۲۷. کلاود، هنری، *رازهای خدا*، ترجمه فرناز فرود، تهران، صابرین، ۱۳۹۳ ش.
۲۸. کلوکسو، جورج، *تاریخ فلسفه سیاسی: از ماکیاولی تا منتسکیو*، ترجمه خشایار دیهیمی، تهران، نی، ۱۳۸۹ ش.
۲۹. گوردون، مارشال، *فرهنگ جامعه‌شناسی آکسفورد*، ترجمه حمیرا مشیرزاده، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۳۰. مزلو، آبراهام، «انسان سالم و خودشکوفایی»، *شعوری دیگر (چشم باطن)*، ترجمه سیدمهدی ثریا، تهران، دانژه، ۱۳۸۱ ش.
۳۱. مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، بیروت - قاهره - لندن، دار الکتب العلمیه - مرکز نشر آثار علامه مصطفوی، ۱۴۳۰ ش.
۳۲. مطهری، مرتضی، *مجموعه آثار*، ج ۱۳، تهران، صدرا، ۱۳۷۳ ش. و ج ۱۹، ۱۳۸۷ ش.
۳۳. مک‌فرسون، سی. بی.، در مقدمه‌ای بر: هابز، توماس، *لویاتان یا جوهر، صورت و قدرت دولت کلبسانی و مدنی*، ترجمه حسین بشیریه، تهران، نی، ۱۳۸۰ ش.
۳۴. مور، جورج ادوارد، *مبانی اخلاق*، ترجمه غلامحسین توکلی، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و علوم انسانی، ۱۳۸۸ ش.
۳۵. منتسکیو، *روح القوانین*، ترجمه علی‌اکبر مهتدی، چاپ هشتم، تهران، سپهر، ۱۳۶۲ ش.
۳۶. میرزایی، اقبالعلی، «قانون متروک، مبانی، مفاهیم و مصادیق»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره هفتاد و پنجم، شماره ۷۴، تابستان ۱۳۹۰ ش.



## سیاست جنایی تقنینی ایران در حمایت از شاهد\*

- ابوالحسن شاکری<sup>۱</sup>
- رضا رضایی<sup>۲</sup>

### چکیده

حضور شاهد در سیستم عدالت کیفری، یکی از جلوه‌های سیاست جنایی مشارکتی است که در جوامع مردم‌سالار نمود بیشتری دارد. از این جهت باید شهود به عنوان یکی از کنشگران چرخه عدالت کیفری تحت تدابیر حمایتی قرار گیرند. تدابیر حمایتی تدابیری استثنایی هستند لذا تشخیص احراز شرایط اعمال آن مبتنی بر هر یک از دو ضابطه نوعی یا شخصی با مقام قضایی است. در اعمال تدابیر حمایتی، همواره حقوق متهم اولویت دارد؛ چون وی در معرض محکومیت است. این تدابیر باید از یک طرف مبتنی بر آزادی‌های فردی و از طرف دیگر مبتنی بر مصالح حکومت باشد که سیاست جنایی ایران در حوزه تقنین متأثر از آن است. راهبرد اساسی از حیث افتراقی‌سازی سیاست جنایی در بُعد تقنین تنظیم قواعد و سازماندهی اقداماتی است که ضمن تشویق شهود به

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۸/۱۴ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۲/۲۷.

۱. دانشیار دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول) (Shakeri\_criminallaw@yahoo.com).  
۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه مازندران (rezaee.reza23@gmail.com).

حضور در سیستم عدالت کیفری از تحمیل آسیب به آن‌ها پیشگیری کند. لذا باید سیاست کیفری افتراقی و دادرسی ویژه‌ای اعمال شود؛ برای نمونه، ارباب شاهد به عنوان مجموعه اعمال ارتكابی علیه شاهد، نیازمند جرم‌انگاری است. با جلب متهم بدون احضار، ارسال مستقیم پرونده به دادگاه و رسیدگی خارج از نوبت اهمیت دارد. در همین راستا، برای جلوگیری از افشای هویت شاهد، تغییر چهره وی در جریان رسیدگی و استفاده از نقاب می‌تواند مفید باشد.

**واژگان کلیدی:** شاهد، تدابیر حمایتی، سیستم عدالت کیفری، افتراقی‌سازی سیاست جنایی، دادرسی کیفری ویژه.

### مقدمه

قوام جامعه انسانی به استقرار نظم است که نماد بدون چالش آن همان امر و نهی قانون‌گذار می‌باشد، به طوری که بی‌توجهی به آن چنانچه در قانون ضمانت اجرای مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی پیش‌بینی شده باشد، جرم است. سیاست کشورها برای مقابله و کنترل جرم با لحاظ شرایط و عوامل متفاوت است که با عنوان «سیاست جنایی» مطرح می‌شود. بدین ترتیب بین سیاست جنایی با جرم و همه عواملی که مؤثر در کشف و کنترل جرم هستند، ارتباط تنگاتنگی وجود دارد. بعد از وقوع جرم و کشف آن، نوبت به انتساب آن به شخص خاص می‌رسد که این مهم از طریق ادله‌ای که منجر به احراز آن می‌گردند، صورت می‌پذیرد. یکی از این ادله، شهادت شهود است. شهادت در لغت به معنای «گواهی دادن یا بیان کردن آنچه با چشم دیده شده، در نزد حاکم و قاضی» می‌باشد (عمید، ۱۳۶۹: ۱۲۳۲/۲). بر اساس ماده ۱۷۴ ق.م.ا.، مقصود از شهادت اخبار شخصی غیر از طرفین دعوی به وقوع یا عدم وقوع جرم توسط متهم یا هر امر دیگری نزد مقام قضایی است. شهود با بیان دیده‌ها و شنیده‌های خود در کشف جرم و اجرای عدالت کیفری مشارکت می‌کنند. مشارکت شهود در فرایند دادرسی کیفری عنداللزوم مستلزم حمایت است. حمایت از شهود، مجموعه اقدامات مالی، امنیتی، آموزشی و روان‌شناختی است که دستگاه عدالت کیفری برای مشارکت بیشتر شهود به کار می‌بندد (رتوفیان و حسن‌زاده محمدی، ۱۳۸۹: ش ۹۳/۷۱). شهروندانی که با عنوان شاهد در فرایند دادرسی کیفری مشارکت می‌کنند، چون «افرادی هستند که اطلاعات مهمی در فرایند رسیدگی کیفری دارند» (United Nations Office on Drugs and Crime, 2008: 18).

باید از حمایت‌هایی برخوردار باشند که «تدابیر حمایتی» نامیده می‌شود. این امر، مستلزم افتراقی‌سازی سیاست جنایی است. فرایند افتراقی‌سازی سیاست جنایی، ضمن دگرگون کردن اصول و راهبردهای آن، به متکثر کردن گفتمان سیاست کیفری قانون‌گذار در قلمرو حقوق کیفری ماهوی و شکلی می‌انجامد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۵: ۵۵). به همین دلیل، ضرورت توجه ویژه به منافع و مصالح شهود و نیاز سیستم عدالت کیفری به آن‌ها، کشورها را به افتراقی کردن سیاست جنایی وا می‌دارد.

در کشورهای پیشتاز مانند آمریکا، برنامه حمایت از شهود بخش ویژه‌ای از سیاست جنایی را به خود اختصاص می‌دهد، به طوری که حمایت از شاهد به صورت مدون برای نخستین بار در ماده ۶۰۰۱ قانون «کنترل جرایم سازمان‌یافته ایالات متحده آمریکا» مصوب ۱۹۷۰ پیش‌بینی شده است (Mack, 1992: 1). در این باره قانون‌گذار ایران برای اولین بار در ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ تدابیری را با عبارات زیر اندیشید: هر گاه بیم خطر جانی یا حیثیتی و یا ضرر مالی برای شاهد یا مطلع یا خانواده آنان وجود داشته باشد، اما استماع اظهارات آنان ضروری باشد، باز پرس به منظور حمایت از شاهد یا مطلع و با ذکر علت در پرونده، تدابیر زیر را اتخاذ می‌کند: الف. عدم مواجهه حضوری بین شاهد یا مطلع با شاکی یا متهم؛ ب. عدم افشای اطلاعات مربوط به هویت، مشخصات خانوادگی و محل سکونت یا فعالیت شاهد یا مطلع؛ پ. استماع اظهارات شاهد یا مطلع در خارج از دادسرا با وسایل ارتباط از راه دور. تبصره ۱- در صورت شناسایی شاهد یا مطلع حسب مورد توسط متهم یا متهمان یا شاکی و یا وجود شواهد یا قرائن مبنی بر احتمال شناسایی و وجود بیم خطر برای آنان، باز پرس به درخواست شاهد یا مطلع، تدابیر لازم را از قبیل آموزش برای حفاظت از سلامت جسمی و روحی یا تغییر مکان آنان اتخاذ می‌کند. ترتیبات این امر به موجب آیین‌نامه‌ای است که ظرف شش ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون توسط وزارت دادگستری تهیه می‌شود و به تصویب رئیس قوه قضاییه می‌رسد. ۱- تبصره ۲- ترتیبات فوق باید به نحوی صورت پذیرد که منافی حقوق دفاعی متهم نباشد. ۳- ترتیبات مقرر

۱. در اجرای تبصره ۱ ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، بنا به پیشنهاد وزیر دادگستری، «آیین‌نامه اجرایی حمایت از شهود و مطلعان» مشتمل بر ۱۸ ماده و ۷ تبصره در تاریخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۶ به تصویب رئیس قوه قضاییه رسید. شایان ذکر است که در این نوشتار، منظور از آیین‌نامه، آیین‌نامه موصوف می‌باشد.

در این ماده و تبصره ۱ آن در مرحله رسیدگی در دادگاه نیز اجرا می‌شود.

با اتخاذ این تدابیر حمایتی می‌توان تا اندازه‌ای در جهت پیشگیری از جرم گام برداشت که نمودی از سیاست جنایی مشارکتی است؛ چون انگیزه شهود را که از آن‌ها به عنوان «چشم و گوش عدالت کیفری» یاد می‌شود (آشوری، ۱۳۸۵: ۱۱۳/۲)، برای ادای شهادت افزایش می‌دهد و نیز زمینه انجام تکلیف اخلاقی و اجتماعی شهود را به ادای شهادت فراهم می‌آورد.<sup>۱</sup> با این همه، در این خصوص ابهامات و سؤالاتی مطرح می‌شود: آیا شاهد قبل از حضور در فرایند کیفری از تدابیر حمایتی بهره‌مند می‌گردد؟ مقام قضایی بر اساس کدام یک از معیارهای عینی، ذهنی یا مختلط تصمیم به اعمال تدابیر حمایتی می‌گیرد؟ اگر تدابیر حمایتی در راستای افتراقی‌سازی سیاست جنایی با حقوق متهم در تعارض باشد، چگونه می‌توان این تدابیر را اجرا کرد؟ نوشته حاضر با ملاحظه آموزه‌های فقهی و حقوقی ایران و با توجه به حقوق کشورهای پیشتاز به لحاظ سابقه تقنینی آن‌ها در زمینه حمایت از شاهد و به صورت موردی رویه قضایی دادگاه‌های بین‌المللی، به بررسی و تحلیل مباحث حقوقی مرتبط با موضوع این تحقیق ابتدا به «ماهیت تدابیر حمایت از شاهد» از جهت شناسایی یکایک این تدابیر حمایتی و سپس به «شرایط اعمال تدابیر حمایت از شاهد» از جهت موضوعات متأثر از این تدابیر و در نهایت، «توازن تدابیر حمایت از شاهد با حقوق دفاعی متهم» به جهت تعارضی که به وجود می‌آورد، می‌پردازد.

## ۱. ماهیت تدابیر حمایت از شاهد

طیف گسترده حمایت از شاهد، اقدامات غیر کیفری است که در واقع نوعی پیشگیری وضعیت مدار است؛ چون در نهایت بزهکاران بالقوه را از ارتکاب جرم علیه شاهد باز می‌دارند. این جنبه از تدابیر، شامل معاضدت حقوقی، عدم مواجهه حضوری، عدم

۱. در این زمینه، هدف قانون‌گذار آمریکا از تصویب «قانون کنترل جرایم سازمان‌یافته» مصوب ۱۹۷۰ قابل توجه است: ۱. ایجاد انگیزه برای افراد درگیر در جرایم سازمان‌یافته تا اینکه تبدیل به شاهد برای اعمال ارتكابی گردند. ۲. احساس تعهد اخلاقی در این افراد نسبت به دیگر شهروندان (see: Organized Crime Control Act Seco n 502).

افشای اطلاعات، استماع اظهارات شاهد از راه دور، حمایت مالی، حضور مقام قضایی در محل اقامت شاهد و حفاظت از شاهد به شرح زیر است.

### ۱-۱. معاضدت حقوقی از شاهد

شاهدی که بدون تفهیم حق برخورداری از معاضدت حقوقی، مورد تحقیق قرار می‌گیرد، ممکن است این گونه استنباط کند که شهادتش به ضررش شود یا بر اساس شهادتش علیه او اقدام گردد و بدین ترتیب آمادگی روانی‌اش از بین برود و نزد مقام قضایی حاضر نشود یا همه حقیقت را نگوید. استفاده از معاضدت حقوقی موجب می‌شود که شاهد آمادگی روانی برای حضور در سیستم عدالت کیفری پیدا کند و بدین ترتیب با نحوه برخورد قضات و کارمندان آشنا می‌شود، به گونه‌ای که ترس و اضطرابی که معمولاً برای کسانی که برای اولین بار در چنین جاهایی حاضر می‌شوند کاهش می‌یابد. در نظر گرفتن نهادهایی که به شاهد قبل از ورود در فرایند کیفری، معاضدت حقوقی ارائه دهند می‌تواند موجب رضایت و حفظ مصالح شاهد باشد. در انگلستان پلیس مکلف است قبل از شروع به تحقیق و بازجویی از شهود، حق برخورداری از معاضدت حقوقی را به شاهد تفهیم کند و اگر چنین نکند، قاضی می‌تواند در جلسه دادگاه، وفق ماده ۸۷ قانون پلیس و ادله کیفری، صورت جلسه تنظیمی پلیس را چون در فرایندی نادرست و فریبکارانه اخذ شده است، ابطال کند (اسپنسر، ۱۳۸۴: ۱۰۳). هم‌اکنون در ایران چنین معاضدتی برای شاهد وجود ندارد، اما اگر شاهدی بخواهد از آن بهره‌مند گردد باید خود به وکیل یا مشاوران مربوط مراجعه کند.

### ۲-۱. عدم مواجهه حضوری شاهد با متهم

مواجهه، تقابل و ترافع طرفین دعوی یا شکایت با خودشان یا با شاهد نزد مقام قضایی است که اظهارات آن‌ها معارض با هم است.<sup>۱</sup> در این باره، دکترینی با عنوان «چشم‌پوشی کردن» از قرن هفدهم وجود دارد که مقرر می‌دارد اگر متهم سوء رفتار

۱. بر اساس تبصره ماده ۳ آیین‌نامه، مواجهه حضوری به صورت حضور فیزیکی یا با وسایل ارتباط از راه دور انجام می‌شود. لذا ممکن است در حالی که شاهد خارج از سیستم عدالت کیفری قرار دارد، مواجهه محقق شود.

داشته باشد از حق مواجهه محروم می‌گردد و اظهارات شاهد پذیرفته می‌شود. این دکترین در قانون ادله ۱۹۹۷ وضع و در دادگاه‌های فدرال آمریکا اجرا می‌شود. در حقوق ایران نیز بر اساس ماده ۶ آیین‌نامه، عدم مواجهه حضوری شاهد یک حق شخصی است و شاهد می‌تواند از رویارویی با دیگر طرفین دعوی امتناع ورزد، بی‌آنکه در حق سایر اصحاب دعوی خدشه‌ای وارد کند. ممکن است دلیل این عدم مواجهه، حمایت روحی - روانی از شاهد باشد؛ زیرا در ادای شهادت دچار ترس و اضطراب می‌شود، یا ممکن است سبب آن از سوی طرفین پرونده باشد هرچند معمولاً در صورت جلسات ادای گواهی، مشخصات شاهد نوشته می‌شود که در این صورت، امکان دسترسی طرفین دعوی به پرونده و شناسایی شاهد وجود دارد.

در حقوق ایران، مقررات حاکم بر مواجهه در دادسرا با دادگاه متفاوت است، به گونه‌ای که بر اساس ماده ۲۰۷ قانون آ.د.ک. ۱۳۹۲، اصل بر این است که در دادسرا مواجهه صورت نمی‌گیرد مگر ضرورت اقتضا نماید، ولی در دادگاه طبق مواد ۳۲۶ و ۳۲۷ آن عمل می‌شود که با وضع ماده ۳ آیین‌نامه مبنی بر اینکه «مواجهه حضوری بین شاهد یا مطلع با طرفین دعوی، طبق قانون مجاز است، لیکن در صورت بیم خطر، مقام قضایی می‌تواند از قبول درخواست شاکی یا متهم مبنی بر مواجهه حضوری شاهد یا مطلع با طرفین دعوی خودداری نماید»، اصل بر مواجهه حضوری است مگر در مواردی که مقام قضایی عدم آن را تشخیص دهد.

### ۳-۱. عدم افشای اطلاعات شاهد

برخی معتقدند که بهترین راه حمایت از شاهد عدم افشای هویت وی است (والین، ۱۳۸۵: ش ۴۲/۳۴)؛ زیرا عدم افشای هویت شاهد، موجب حفظ امنیت وی است. به همین دلیل، ویژگی اصلی برنامه امنیت شاهد در دولت فدرال آمریکا که نخستین برنامه حمایت از شهود است، محرمانه بودن اطلاعات شاهد می‌باشد که اغلب با تغییر هویت وی انجام می‌شود (Earley and Shur, 2002: 359). در حقوق ایران نیز بر اساس ماده ۹ آیین‌نامه، تمامی مواردی که موجب شناسایی شاهد یا مطلع یا خانواده وی می‌گردد محرمانه مانده، فاش نخواهد شد؛ چون راه‌های شناسایی شاهد آنجا که باید محرمانه

نگهداری شوند متنوع است و دست‌اندرکاران همه روش‌های خاص را پیش‌بینی نکرده‌اند. عدم افشای اطلاعات شاهد مانع از درج اطلاعات وی در پرونده و صورت‌جلسات نیست؛ زیرا امکان دسترسی به این اطلاعات همواره وجود دارد. شایان ذکر است که ماده ۱۲ آیین‌نامه، تدبیر ویژه‌ای را برای عدم افشای اطلاعات اندیشیده است که براساس آن از «برگه‌های با کد مخصوص» استفاده می‌شود تا اطلاعات شهود فاش نگردد. افزون بر این، قانون‌گذار می‌توانست ادای شهادت با نام مستعار را پیش‌بینی نماید.

#### ۴-۱. استماع اظهارات شاهد از راه دور

شاهد ممکن است بنا به دلایلی همچون اضطراب از حضور در دادگاه، از دست دادن شغل، سختی و طولانی بودن مسیر راه و کهولت سن، از حضور در مراجع قضایی یا مواجهه حضور استتکاف ورزد. در این صورت، شهادت شاهد در بیرون از دادگاه ادا می‌گردد. ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه می‌گوید:

... بازپرس می‌تواند از هر تجهیزات فنی که اجازه برقراری ارتباط با شاهد را می‌دهد، استفاده کند... (تدین، ۱۳۹۱: ۱۱۶).

این تجهیزات فنی ممکن است هر وسیله‌ای باشد که با آن بتوان بدون حضور فیزیکی شاهد در مراجع قضایی، اظهارات وی را در اختیار محکمه قرار داد. در ایران نیز در مواردی ممکن است با توجه به اطلاق ماده ۲۱۴ قانون آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲ اظهارات شاهد از راه دور استماع گردد و به طور مطلق صدای شاهد را قابل استماع می‌داند. اما در این خصوص ماده ۱۸۶ قانون م.ا. قابل توجه است:

چنانچه حضور شاهد متعذر باشد، گواهی به صورت مکتوب، صوتی - تصویری زنده و یا ضبط‌شده با احراز شرایط و صحت انتساب، معتبر است.

با وصف صوتی - تصویری می‌توان گفت که ماده ۱۸۶ قانون م.ا. اطلاق بند «پ» ماده ۲۱۴ قانون آ.د.ک. مبنی بر استماع اظهارات با وسایل ارتباط از راه دور را تخصیص می‌زند که برای شناسایی شاهد و جلوگیری از تقلید صداست بر این اساس، آن قسمت از ماده ۱۳ آیین‌نامه که بر امکان دیدن و شنیدن صوت و تصویر اشاره دارد موافق با ماده ۱۸۶ قانون م.ا. است، ولی قسمتی که به صرف شنیدن صوت شاهد یا

مطلع نظر دارد، در صورتی قابل توجه است که مقام قضایی امکان انتساب صدا به صاحب آن را داشته باشد. به همین دلیل شایسته است که گفته شود استماع اظهارات شاهد از راه دور بعد از احراز هویت وی با صدا، در دادسرا ممکن است، ولی در دادگاه چون این مرجع، مصدر صدور حکم است ادای گواهی به صورت صوتی - تصویری زنده انجام گردد تا شبهه‌ای برای قاضی صادرکننده حکم به انتساب صدا به شاهد معرفی شده وجود نداشته باشد.

### ۵-۱. حمایت مالی از شاهد

منظور از حمایت مالی، پرداخت دستمزد در ازای ادای شهادت نیست؛ چون شهادت وظیفه‌ای اخلاقی - اجتماعی است و قابل برآورد مالی نیست، هرچند برای حمایت شاهد می‌توان خسارت وارده به وی را جبران نمود (Rassat, 2007: 402). شاهد جهت حضور در دادگاه ممکن است متحمل هزینه‌هایی برای رفت و آمد و ترک کار گردد و همین امر چه بسا موجب شود که برای جلوگیری از این هزینه‌ها از ادای شهادت امتناع ورزد. به همین منظور، چنانچه وی متحمل خسارتی شود و تقاضای جبران خسارت نیز بنماید، باید خسارت جبران شود که از جمله شیوه‌های حمایتی است. بر اساس ماده ۲۱۵ قانون آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲:

در صورتی که شاهد یا مطلع برای حضور خود درخواست هزینه ایاب و ذهاب کند یا مدعی ضرر و زیان از حیث ترک شغل خود شود، بازپرس هزینه ایاب و ذهاب را طبق تعرفه‌ای که قوه قضاییه اعلام می‌کند و ضرر و زیان ناشی از ترک شغل را در صورت لزوم با استفاده از نظر کارشناس تعیین و شاکی را مکلف به توزیع آن در صندوق دادگستری می‌نماید. هر گاه شاکی به تشخیص بازپرس توانایی پرداخت هزینه را نداشته یا احضار از طرف بازپرس باشد، هزینه‌های مذکور از محل اعتبارات مصوب قوه قضاییه پرداخت می‌شود. هر گاه در جرایم قابل گذشت، شاکی با وجود ملائت از پرداخت هزینه‌های مذکور در این ماده خودداری کند، استماع شهادت یا گواهی مطلعین معرفی شده از جانب وی به عمل نمی‌آید. اما در جرایم غیر قابل گذشت، هزینه‌های مذکور به دستور بازپرس از محل اعتبارات مصوب قوه قضاییه پرداخت می‌شود. هر گاه متهم متقاضی احضار شاهد یا مطلع باشد، هزینه‌های مذکور از محل اعتبارات مصوب قوه قضاییه پرداخت می‌شود.



برای مطالبه نیز خسارت نیازی به تقدیم دادخواست نیست و صرف درخواست مطابق صدر ماده کافی است. در این ماده، ضرر و زیان ناشی از ترک شغل به صورت مطلق آمده است و این گونه برداشت می شود که مواردی را نیز که شخص برای حضور در مراجع قضایی از کسب و کار محروم شده یا به واسطه حضور در دادگاه، شغل خود را از دست داده است، شامل می گردد، اما با توجه به اینکه از دست دادن شغل قابل برآورد نمی باشد شایسته است در این مورد تدبیری خاص اندیشیده شود که شاهد از شغل محروم نشود لذا ادای شهادت از راه دور انجام شود یا زمانی شهادت استماع گردد که با زمان اشتغال شاهد در تعارض نباشد یا مقام قضایی خود نزد او حاضر شود.

### ۶-۱. حضور مقام قضایی در محل اقامت شاهد

بر اساس مواد ۲۱۶ و ۳۲۱ قانون آ.د.ک. ۱۳۹۲ مقام قضایی برای تحقیق در محل اقامت شاهد حاضر می گردد. بیماری و کهولت سن بیمار از موارد تمثیلی در این مواد می باشند لذا تحقیق از افراد نابالغ، با ملاحظه آثار منفی حضور آنها در سیستم عدالت کیفری و همچنین مواردی که شهادت فردی منجر به از دست دادن کار می شود، می تواند بدین نحو انجام شود.

### ۷-۱. حفاظت از شاهد و خانواده وی

به منظور پیشگیری از بروز خطر جانی، حیثیتی و مالی علیه شاهد و خانواده وی که امکان شناسایی آنها و بیم خطر وجود دارد، تبصره ۱ ماده ۲۱۴ قانون آ.د.ک. به دو نمونه از تدابیر حفاظتی اشاره کرده است که با تصویب ماده ۱۷ آیین نامه مربوطه، دایره تدابیر حفاظتی به پنج مورد افزایش یافت:

۱. گشت های منظم پلیس به صورت نمایان یا به نحو پنهانی از محل کار یا سکونت و مسیر تردد شهود یا مطلعان یا خانواده آنها؛
۲. نظارت بر محتوای در حال انتقال ارتباطات غیر عمومی در سامانه های رایانه ای یا مخابراتی و نصب تجهیزات الکترونیکی حفاظتی مانند دوربین مدار بسته در محل کار یا سکونت ایشان یا نصب درب های ایمنی با رضایت کتبی آنان؛
۳. در اختیار قرار دادن تجهیزات تماس سریع با مراجع مربوط؛

۴. آموزش تدابیر دفاع شخصی و حفاظت از سلامتی جسمی و روحی و روانی به شهود و مطلعان و خانواده ایشان؛

۵. تغییر مکان. تدابیر مقرر در آیین‌نامه نیز مانند تبصره ماده ۲۱۴ قانون آ.د.ک. تمثیلی است، لذا حفاظت از شهود و خانواده وی محدود به این موارد نمی‌شود.

حفاظت از نزدیک با گشت‌های منظم پلیس محقق می‌شود که ممکن است به صورت محسوس یا نامحسوس باشد. حُسن حفاظت محسوس این است که مجرمان بالقوه را از اقدامات احتمالی باز می‌دارد و عیب آن نیز این است که به گونه‌ای موجب حساس شدن دیگران و کنجکاوی آن‌ها نسبت به شاهد می‌گردد. گشت‌های نامحسوس ممکن است از طریق مأموران با لباس‌های مبدل انجام گیرد که بسته به مورد انجام می‌شود. چون یکی از ساده‌ترین روش‌های تهدید شاهد استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی است، لذا با کنترل و نظارت می‌توان آن را خنثی نمود. از آنجا که این تدابیر حفاظتی با حقوق و آزادی‌های افراد در تعارض می‌باشد، رضایت کتبی افراد شرط است. علاوه بر مواردی که قانون‌گذار در بندهای ۳ و ۴ آیین‌نامه به آن‌ها اشاره نموده، می‌توان مواردی همچون تغییر اسناد هویتی شاهد و خانواده وی، تغییر چهره شاهد از طریق گریم یا جراحی پلاستیک را در صورت لزوم پیشنهاد نمود.

تغییر مکان یکی دیگر از تدابیر حفاظتی است که قانون‌گذار به طور مطلق به آن اشاره کرده است. تغییر مکان اعم از اینکه دائم یا موقت باشد پرهزینه است، لذا امکان اجرای آن کم می‌باشد.<sup>۱</sup>

## ۲. شرایط اعمال تدابیر حمایتی از شاهد

بر اساس صدر ماده ۲۱۴ قانون آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲، اعمال تدابیر حمایتی منوط به شرایطی است، از این رو به اعتبار شاهد، جرم و خطر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا حمایت از شاهد منوط به زمان مشخصی است؟ بی‌تردید وقتی از حمایت صحبت می‌شود، نباید محدود به قیدی گردد؛ چون در پرتو حمایت به دنبال هدفی می‌باشیم که بهره‌مندی از اطلاعات شاهد است. اگر رسیدگی کیفری را به عنوان یک چهارچوب در نظر بگیریم، می‌توان حمایت از شاهد را در سه فرجه زمانی ملاحظه نمود: تدابیر حمایتی قبل از رسیدگی کیفری، ضمن رسیدگی کیفری و بعد از رسیدگی کیفری.

## ۱-۲. به اعتبار خود شاهد

در مواردی که زنان در پرونده‌ای به عنوان شاهد حاضر می‌شوند، لزوم حمایت از آنها بیشتر احساس می‌شود؛ چون ویژگی‌های جسمانی زنان، نوعاً آنها را در وضعیت آسیب‌پذیرتری قرار می‌دهد؛ برای مثال، در مواردی همچون کودک‌آزاری که از نوع خشونت خانگی به شمار می‌آید، غالباً زن شاهد اعمال ارتكابی است اما به دلیل وابستگی عاطفی، مالی، وضعیت جسمانی و شیوه زندگی از ادای شهادت خودداری می‌کند (میرزایی، ۱۳۸۴: ۵۲). بنابراین جنس شاهد می‌تواند از موارد تأثیرگذار در شمول تدابیر حمایتی به شمار آید.

تبصره ۲ ماده ۱ آیین‌نامه به شرایط مزاجی شاهد در تعیین تدابیر حمایتی اشاره کرده است. مزاج در لغت به معنای «مجموعه کیفیت‌های جسمی و روحی» است (عمید، ۱۳۶۹: ۱۷۹۳/۲). در واقع مزاج صرفاً اختصاص به جنس شاهد ندارد بلکه هر کیفیتی از جمله شجاعت، بزدلی و شکنندگی جسمی یا روحی را شامل می‌گردد.

سن شاهد نیز از دیگر مواردی است که می‌تواند در تصمیم‌گیری مقام قضایی مؤثر باشد. آنچه اینجا مدنظر می‌باشد سالمند بودن شاهد است. از آنجا که هر اندازه به سن انسان افزوده می‌شود به همان میزان احتیاط در امور نیز بیشتر خواهد شد و احساس ترس نیز افزایش می‌یابد (پیکا، ۱۳۹۳: ۹۳)، همین امر موجب عدم حضور در مراجع قضایی می‌گردد، لذا باید تدابیر حمایتی برای این افراد لحاظ شود.

اعمال تدابیر حمایتی از شاهد می‌تواند با دادرسی کیفری ویژه همراه باشد. منظور از دادرسی کیفری ویژه شاهد، مجموعه قواعد منسجمی است که در طول دادرسی کیفری به منظور ادای شهادت شاهد و تأمین امنیت وی به کار می‌رود. مهم‌ترین ویژگی این نوع دادرسی سرعت است؛ چون هر چه دادرسی به وقوع جرم نزدیک‌تر باشد اطلاعاتی که شاهد ارائه می‌دهد موثق‌تر است و از طرف دیگر احتمال صرف‌نظر کردن شاهد از ادای شهادت کمتر خواهد بود چون متهم فرصت تطمیع یا ارباب‌وی را ندارد. به همین منظور توصیه می‌شود قرار تأمین کیفری بازداشت متهم برای مدت محدودی الزامی باشد تا مانع از تبانی به منظور جلوگیری از کشف حقیقت گردد. برای تسریع در رسیدگی به پرونده‌هایی که شاهد نقش مهمی در آن ایفا می‌کند پیشنهاد

می‌شود به جای اینکه متهم بدواً احضار و سپس جلب گردد، مستقیماً به دادرسی جلب شود یا اینکه پرونده مستقیماً به دادگاه ارسال شود؛ چون ممکن است شاهد هر آن، تحت تأثیر جو نامتناسب حاکم در دادسرا قرار گیرد و از ادای شهادت امتناع نماید. همین طور در دادگاه نیز به پرونده‌هایی از این نوع که شاهد نقش مهمی در آن‌ها بازی می‌کند خارج از نوبت رسیدگی گردد.

در حقوق ایران بر اساس مواد ۲ و ۱۲ آیین‌نامه، تأسیس «واحد امنیت شهود و مطلعان» زیر نظر رئیس حوزه قضایی و همچنین به کارگیری ضابطانی که صرفاً اختصاص به امور پیرامون شهود دارند گامی به سمت ویژه‌سازی دادرسی است، ولی محدود کردن دایره فعالیت این واحد و ضابطان محل تأمل است، لذا شایسته است در هر موردی که لازم است شهود تحت تدابیر حمایتی قرار گیرند احضار آن‌ها با نظر این واحد انجام شود.

## ۲-۲. به اعتبار جرم ارتكابی

به منظور ورود افراد در برنامه حمایت از شاهد، معمولاً قانون‌گذاران اولویتی را در نظر می‌گیرند و آن را به جرم معطوف می‌کنند. ماده ۱۴۰۲۳ قانون جزای کالیفرنیا برای پذیرش افراد در برنامه‌های حمایت از شاهد، حق تقدم به ترتیب برای جرایم سازمان‌یافته، گروه‌های مجرمانه خیابانی، قاچاق مواد مخدر و دیگر دعاوی با درجه بالا را در نظر گرفته است.<sup>۱</sup> این قانون با ارائه مفاهیم عینی به تصمیم‌گیری مقام قضایی کمک می‌کند. تدابیر حمایت از شاهد ترکیه نیز به موجب ماده ۵۸ قانون آ.د.ک. مصوب ۲۰۰۵ صرفاً جرایم ارتكابی در محدوده گروه‌های سازمان‌یافته را در بر می‌گیرد.<sup>۲</sup>

1. California Penal Code Section 14023: The Attorney General shall give priority to matters involving organized crime, gang activities, drug trafficking, human trafficking, and cases involving a high degree of risk to the witness. Special regard shall also be given to the elderly, the young, battered, victims of domestic violence, the infirm, the handicapped, and victims of hate incidents.
2. Article 58: (5) The provisions of subparagraphs 2, 3 and 4 are only applicable for crimes committed within the activities of an organized crime gan.

به عبارت دیگر، ضرورت اعمال تدابیر حمایتی نسبت به جرایم سازمان یافته که دامنه آن نیز گسترده می باشد، در سیستم عدالت کیفری ترکیه اولویت دارد. قانون گذار ایران به طور مطلق مواردی را که موجب تدابیر حمایتی می گردد بر شمرده است که تشخیص این موارد نیز با مقام قضایی می باشد. شایسته است که قانون گذار برای جلوگیری از تصمیمات سلیقه ای و رعایت اولویت در اعمال تدابیر حمایتی به جرایم سازمان یافته یا خاصی مثل جرایم موجب سلب حیات اشاره می کرد.

یکی از مواردی که مانع حضور شاهد در فرایند کیفری می شود ارباب او و خانواده اش به انحای مختلف است. ارباب شاهد موجب تضعیف سیستم عدالت کیفری در حمایت از شهروندان است و در نتیجه اعتماد مردم نسبت به حکومت کم می شود (Finn & Healey, 1996: 71). ارباب شاهد بر اساس ماده ۳۶ قانون جزای استرالیا مصوب ۱۹۱۴ به صورت مختلف است:

۱. تهدید کردن یا ترساندن شاهد؛

۲. اعمال خشونت نسبت به شاهد؛

۳. سبب اعمال خشونت یا خسارت نسبت به شاهد.<sup>۱</sup>

به این ترتیب ارباب شاهد طیف گسترده ای از رفتارهای مجرمانه را شامل می شود که در این مورد نگاه خاصی در قوانین ایران دیده نمی شود. البته ماده ۶۶۹ قانون م.ا. مصوب ۱۳۷۵ به نحو مطلق مقرر می دارد:

هر گاه کسی دیگری را به هر نحو تهدید به قتل یا ضررهای نفسی یا شرفی یا مالی و یا به افشای سرّی 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.

1. Crimes Act (Cth) 36 A Intimidation of witnesses etc:

(1) A person (the first person) commits an offence if:

(a) the first person:

(i) threatens, intimidates or restrains another person; or

(ii) uses violence to, or inflicts an injury on, another person; or

(iii) causes or procures violence, damage, loss or disadvantage to another person.

اطلاق این ماده ناظر بر هر شخصی از جمله شاهد است، لذا اگر کسی شاهد را تهدید کند، مشمول اطلاق این ماده می‌شود و فرقی با دیگران ندارد، اما بهتر است برای اینکه اعتمادسازی به نحو مناسب‌تری انجام گیرد به جای جرم‌انگاری عناوین مجرمانه جدید که تالی فاسد آن تورم جزایی است، قانون‌گذار در ادامه این ماده قانونی، نگاه ویژه‌ای به جرم تهدید علیه شهود داشته باشد؛ زیرا باید بین کسی که قرار است به سیستم عدالت کیفری در پیشبرد اهداف آن کمک کند با مردم عادی تفاوت باشد. لذا یک نگاه افتراقی در خصوص حمایت از شهود و در نتیجه جرایم علیه عدالت قضایی ضروری است؛ از جمله اینکه جرمی که علیه شاهد ارتکاب می‌یابد غیر قابل گذشت، غیر قابل تعویق و غیر قابل تخفیف از مجازات مقرر قانونی تلقی گردد یا اگر بزه‌دیده شاهد باشد مجازات مرتکب تشدید یابد؛ برای مثال هم‌اکنون توهین‌کننده به شاهد طبق ماده ۶۰۸ قانون م.ا. در قالب توهین ساده تعقیب می‌شود، بدیهی است که این مقرره برای حمایت از کسانی که به سیستم عدالت کیفری کمک می‌کنند، کافی به نظر نمی‌رسد.

شایان ذکر است که قانون‌گذار در مواردی به صورت غیر مستقیم از شاهد حمایت کیفری کرده است؛ برای نمونه، بر اساس ماده ۶۵۲ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات)، سرقت مقرون به آزار با لحاظ اینکه اگر سارق در حین سرقت به اذیت و آزار شاهد (اعم از اینکه بزه‌دیده باشد یا خیر) پردازد مبنی بر اینکه وی را از ادای شهادت یا ارائه گزارش باز دارد با مجازاتی شدید مواجه می‌گردد که می‌توان گفت قانون‌گذار در صدد حمایت از شاهد است. همچنین بند ۵ ماده ۶۵۱ قانون م.ا. مبنی بر اینکه «سارق در حین سرقت کسی را آزار یا تهدید کرده باشد»، با تشدید کیفر مرتکبان از شاهد حمایت کیفری نموده است؛ چون آزار یا تهدید بر خلاف نظر برخی نویسندگان که معتقدند (باید برای تسهیل سرقت باشد) (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳: ۳۶۱)، ظاهراً ضرورتی در جلوگیری از تسهیل وقوع جرم ندارد بلکه ملاحظه حمایت از شاهد مدّ نظر قانون‌گذار بوده است. از سوی دیگر، وقتی شاهد در فرایند رسیدگی کیفری حاضر شد و اطلاعات خود را به منظور کشف حقیقت ارائه نمود، عدم افشای اطلاعات وی به تشخیص مقام قضایی انتظاری معقول است. بر این اساس در آمریکا افشای غیر مجاز

اطلاعات مربوط به هویت و محل زندگی شاهد موجب جزای نقدی ۵۰۰۰ دلاری یا پنج سال حبس یا هر دو می‌شود<sup>۱</sup> که شایسته است در صورت جرم‌انگاری در ایران، این مجازات نسبت به جرایم متفاوت، متفاوت باشد.

### ۲-۳. به اعتبار خطر متوجه شاهد

بر اساس صدر ماده ۲۱۴ قانون آ.د.ک. شرایط لازم برای اعمال تدابیر حمایتی به اعتبار اهمیت موضوع مورد حمایت و خطرهای جانی، حیثیتی و ضررهای مالی است. لذا هر گاه به عقیده مقام قضایی در هر یک از این موارد، صرفاً یک احتمال نسبت به شاهد یا مطلع یا خانواده‌شان<sup>۲</sup> وجود داشته باشد و از طرفی استماع اظهارات شاهد ضروری باشد، مقام قضایی مکلف است که تدابیر تصریح شده را اتخاذ کند. اطلاق خطرهای جانی، حیثیتی و مالی در آیین‌نامه می‌طلبد که منظور از هر کدام بیان شود. خطر جانی به «هر گونه خطر وارد شدن صدمه به تمامیت جسمانی» اشاره دارد؛ یعنی از شدیدترین آن که قتل است و هر آنچه به بدن شخص وارد می‌شود.<sup>۳</sup> منظور از خطر حیثیتی، «هر گونه خطر وارد شدن صدمه به تمامیت معنوی، اعم از آبرو و اعتبار» است. ضرر مالی، «هر گونه صدمه به اموال و حقوق مالی» است. برای اینکه شاهد طبق برنامه «حمایت از شاهد ایالت کالیفرنیا» مصوب ۱۹۹۷ تحت شمول برنامه حمایتی قرار گیرد لازم است که وی در معرض یک خطر اساسی یا اقدام تلافی‌جویانه خشن باشد<sup>۴</sup> که شبیه

1. Title 18 - Crimes And Criminal Procedure.

Part II - Criminal Procedure (1994) § 3521. Witness relocation and protection A (3)

Any person who, without the authorization of the Attorney General, knowingly discloses any information received from the Attorney General under paragraph (1)(G) shall be fined \$5,000 or imprisoned five years or both.

۲. بر اساس بند «ث» ماده ۱ آیین‌نامه، خانواده شامل اقربای نسبی و سببی تا درجه دوم از طبقه دوم می‌شود.

۳. ماده ۳۸۷: «جنایت بر عضو عبارت از هر آسیب کمتر از قتل مانند قطع عضو، جرح و صدمه‌های وارد بر منافع است».

4. California Penal Code Section 14026 (a): To protect witnesses where credible evidence exists that they may be in substantial danger of intimidation or reflationary violence because of their testimony.

موضع قانون‌گذار ایران است. در این خصوص، قانون «ندامت مجرمان ترکیه» مصوب ۱۹۸۸ قابل توجه است. به موجب این قانون که درباره انحلال گروهک تروریستی pkk بوده است افرادی که در این گروهک سازمان‌یافته فعالیت می‌کردند تطمیع شدند به اینکه اگر افراد اطلاعات مربوط به گروه مجرمانه را ارائه دهند در ازای آن، خود و خانواده نزدیکشان تحت تدابیر حمایتی قرار گیرند (Cetin, 2010: 72). به گونه‌ای می‌توان آن را نوعی معامله متقابل دانست بدین نحو که فرد خود را در معرض خطر قرار می‌دهد تا خود و خانواده‌اش از امتیازات دولتی از جمله تدابیر حمایتی استفاده کنند.

اکنون این سؤال مطرح می‌شود که با لحاظ شرایط فوق، معیار تشخیص چیست؟ از یک طرف می‌توان گفت که با عنایت به اینکه تدابیر حمایتی، جنبه استثنایی دارد لذا باید یک معیار متعارفی وجود داشته باشد و مقام قضایی بر این اساس به تدابیر مراجعه کند، یعنی ملاک نوعی، مدنظر قرار گیرد. رویه دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا در پرونده موزما نیز به همین منوال بوده است. در این خصوص دادگاه معتقد بود:

تدابیر حمایتی وقتی قابل اعمال است که ترس واقعی برای سلامتی و امنیت شاهد یا خانواده‌اش وجود داشته باشد و این ترس ناشی از واقعیت‌های عینی باشد.<sup>۱</sup>

از طرف دیگر می‌توان گفت که چون خطر جانی و حیثیتی و ضرر مالی ممکن است بسته به افراد مختلف، متفاوت باشد لذا باید به معیار شخصی توجه کرد. در مجموع، به نظر می‌رسد که باید ترکیبی از این دو معیار مدنظر مقام قضایی قرار گیرد؛ یعنی هم معیار نوعی و هم شخصی. به عبارتی می‌توان گفت که باید معیار مختلط مبنای کار قرار گیرد.<sup>۲</sup>

1. The Prosecutor v. Alfred Musema, Case No. ICTR-96-13-T, 20 November 1998.

۲. مطلبی که در پایان شرایط اعمال تدابیر حمایتی قابل توجه است، امکان تغییر یا عدم تغییر تدابیر حمایتی است. در این باره دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی در پرونده کارمرا چنین تصمیم‌گیری نموده است: «دادگاه بدوی دارای اختیار ذاتی برای بازنگری در تدابیر حمایتی است» (The Prosecutor v. Edouard Karmera & Others, Case No. ICTR-98-44-T, 30 October 2006). لذا محاکم ایران نیز می‌توانند چنانچه موجب تدابیر حمایتی تغییر کند در تصمیم خود بازنگری کنند.



### ۳. توازن تدابیر حمایتی از شاهد با حقوق دفاعی متهم

در نظر گرفتن تدابیر حمایتی برای شاهد، موجب پیش‌داوری دستگاه قضایی در رسیدگی به جرم می‌شود و به صورت ناخواسته اصل برائت را تحت تأثیر قرار می‌دهد؛ چون در این موارد، تصور اینکه متهم خطرناک است در ذهن مقام قضایی شکل می‌گیرد و این تا اندازه‌ی زیادی در تصمیم‌گیری آن‌ها مؤثر خواهد بود، لذا در نظر داشتن حقوق متهم به منظور تضمین دادرسی منصفانه بیش از پیش ضرورت می‌یابد. در یک دادرسی منصفانه، متهم از امتیازاتی برخوردار است تا بتواند در مقابل ادعاهایی که برخلاف فرض برائت علیه او مطرح می‌شود، در شرایط آزاد و انسانی از خود دفاع کند (امیدی، ۱۳۸۳: ۲۲۵). به همین دلیل، بر اساس تبصره ۲ ماده ۲۱۴ قانون آ.د.ک. ترتیبات باید به نحوی صورت پذیرد که منافی حقوق دفاعی متهم نباشد؛ زیرا حقوق دفاعی در زمره حقوق بنیادین و اساسی است و باید در نزد پلیس و دادرسی رعایت شود (Renault-Brahinsky, 2007: 108). از جمله این حقوق بنیادین، اصل برائت است که ریشه در عقلانیت انسان دارد.

اجرای تدابیر حمایتی در برخی موارد با حقوق دفاعی متهم در تعارض است؛ برای نمونه، از حقوق متهم می‌توان به حق پرسش کردن از شهود<sup>۱</sup> و حق جرح و تعدیل آن‌ها اشاره نمود. چالش بین تدابیر حمایت از شاهد و حقوق دفاعی متهم، چالش بین امنیت و آزادی است (باقری‌نژاد، ۱۳۹۱: ۷۲)، اولویت با کدام است؛ امنیت یا آزادی؟ از تبصره ۲ ماده ۲۱۴ قانون آ.د.ک. استنباط می‌شود که در صورت تعارض بین حقوق شاهد و متهم، باید حقوق متهم را مقدم دانست؛ یعنی اصل و اولویت با آزادی و حقوق متهم است. به عبارت دیگر، در این موارد صرفاً به شهادت شاهد بدون رعایت حقوق متهم به عنوان دلیل نباید استناد کرد، در این صورت به استناد ماده ۴ آیین‌نامه، باید متهم از اظهارات اعلام‌شده توسط شاهد آگاه شود تا امکان دفاع به متهم در برابر اظهارات

۱. به حق متهم مبنی بر پرسش از گواهان، در بند «ه» ۳ ماده ۱۴ میثاق، بند «ی» ۲ ماده ۸ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر، بند «د» ۳ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، بند «ه» ۴ ماده ۲۱ اساسنامه دادگاه یوگسلاوی، بند «ه» ۴ ماده ۲۰ اساسنامه دادگاه رواندا و بند «ه» ماده ۶۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی تصریح شده است (رحمدل، ۱۳۸۸: ۳۱۶).

شاهد داده شود؛ زیرا متهم در معرض محکومیت است، ولی شاهد در چنین جایگاهی نیست لذا حق حمایت از شاهد با حق محاکمه عادلانه متهم باید در توازن باشد (طه و اشرفی، ۱۳۹۰: ۲۰۰). در واقع مقصود قانون‌گذار این است که در اجرای تدابیری که به آن تصریح شده باید به گونه‌ای عمل کرد که حقوق دفاعی متهم نیز لحاظ گردد.

شاهدی که از وی حمایت می‌شود ممکن است شاهد متهم باشد یا شاهد شاکی؛ چون شاهد می‌خواهد وقایعی را بگوید که اتفاق افتاده است که ممکن است به ضرر متهم باشد یا به نفع او. این را می‌توان از بند «الف» ماده ۲۱۴ قانون آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲ استنباط نمود که در آنجا از عدم مواجهه شاهد با شاکی یا متهم صحبت کرده است. در واقع از این بند استنباط می‌شود که قانون‌گذار هم به شاهد متهم نظر داشته و هم به شاهد شاکی. لذا در مواردی که شاهد به نفع متهم شهادت می‌دهد، بحثی در این باره که نباید منافی با حقوق دفاعی متهم باشد وجود ندارد. اما در مواردی که علیه او شهادت می‌دهد باید به گونه‌ای تدابیر را اجرا کرد که منافی با حقوق وی نباشد؛ از جمله در مواردی که عدم مواجهه حضوری صورت می‌گیرد باید به گونه‌ای عمل کرد که مستفاد از مواد ۴ و ۵ آیین‌نامه بعد از ادای شهادت، متهم یا وکیل او در جلسه حاضر شود و اظهارات شاهد در اختیار وی قرار گیرد و از این طریق پرسش‌های خود را مطرح کند و بعد دوباره شاهد فراخوانده شود.<sup>۱</sup> چرا ایجاد امکان پرسش متهم از شهود می‌تواند از انحراف آنان در بیان حقیقت جلوگیری کند؛ زیرا هر قدر فرصت پرسش متهم از شهود بیشتر فراهم گردد، به عدالت نزدیک‌تر است.

چنانچه از جمله تدابیر حمایتی، عدم افشای هویت شاهد باشد که ماده ۱۰ آیین‌نامه به آن تصریح کرده است در این صورت حق متهم به جرح و تعدیل شاهد را مخدوش می‌کند که در قانون آیین دادرسی کیفری و آیین‌نامه به آن توجه نشده است. بدیهی است که صرف اظهارات شاهد مبنی بر اینکه هیچ گونه رابطه خویشاوندی با طرفین

۱. ماده ۴: «عدم مواجهه حضوری مذکور در بند «الف» ماده ۲۱۴ قانون، مانع از آگاهی از اظهارات اعلام‌شده توسط شاهد یا مطلع نیست».

ماده ۵: «عدم مواجهه حضوری خدشه‌ای به حق سؤال از مطلع یا شاهد وارد نمی‌آورد. طرفین دعوی یا وکلای آنها می‌توانند سؤالات خود را از شاهد یا مطلع به اطلاع مقام قضایی رسانده و او پاسخ این پرسش‌ها را از شاهد یا مطلع مطالبه و منعکس نماید».

ندارد، کافی نیست. به همین منظور راهکار قانون گذار ترکیه قابل توجه است. مطابق ماده ۵۸ قانون آ.د.ک. ترکیه مصوب ۲۰۰۵، شهادی که اطلاعات هویتی او فاش نشده است، باید توضیح دهد که چگونه وقایعی را که نسبت به آن شهادت می دهد، فراگرفته است.<sup>۱</sup> لذا پیشنهاد می شود که در این موارد، همه اظهارات کذبی که در پاسخ به سؤال مقام قضایی در راستای جرح و تعدیل مطرح می گردد، جرم انگاری شود.

در ژاپن به موجب ماده ۱۵۸ قانون آیین دادرسی کیفری، استماع اظهارات شاهد در خارج از دادگاه به جای شهادت در دادگاه تنها به شرط رضایت متهم انجام می شود. اگر رضایت اعلام نشود شاهد باید در دادگاه شهادت بدهد. با این حال در شرایطی دادگاه می تواند بدون رضایت متهم از اظهارات شاهد بیرون از دادگاه بهره مند شود؛ برای مثال، مقام قضایی تشخیص دهد که شاهد در وضعیت خاصی ناشی از ترس یا اضطراب قرار دارد که در نتیجه آن ممکن است شهادت وی با اظهارات قبل از محاکمه که در محضر دادستان ارائه کرده، متفاوت باشد (دفتر مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد، ۱۳۸۸: ۵۲). اما در ایران بر اساس ماده ۱۶ آیین نامه استماع اظهارات شاهد علی الاطلاق بدون هیچ قیدی با وسایل ارتباط از راه دور ممکن است. این امر می تواند در عین حال که یکی از تدابیر حمایتی است با حقوق متهم نیز منافات نداشته باشد؛ زیرا متهم یا وکیل او در چنین مواردی می تواند سؤالات خود را مطرح کند،<sup>۲</sup> ولی اینکه هیچ محدودیتی مثل رضایت متهم یا معاذیر شاهد در استماع اظهارات وی با وسایل ارتباط از راه دور وجود ندارد، محل تأمل است که به نظر می رسد صرفاً به تشخیص مقام قضایی واگذار نشود مگر اینکه وی توجیهی برای انجام داشته باشد یا صریحاً در قانون به آن اشاره گردد.

1. Article 58: (2) If there is a fear of gravely endangering the witness or his relatives if the witness's identity is revealed, necessary precautions shall be taken in order to keep the identity a secret. The witness, whose identity shall not be revealed, is obliged to explain the grounds and occasion for obtaining knowledge of the facts about which he is going to testify. The personal data about the witness shall be kept with the public prosecutor, judge or the court, in order to keep his identity as a secret.

۲. ماده ۱۶: «در صورتی که استماع شهادت از طریق وسایل از راه دور باشد، طرفین دعوی یا وکلای آنها می توانند هر سؤالی را که لازم بدانند، با اجازه مرجع رسیدگی کننده از شاهد یا مطلع پرسند».

## نتیجه‌گیری

در چرخه عدالت کیفری، حمایت از شاهد اهمیت ویژه‌ای دارد تا بتواند وی را به ارائه دقیق وقایع رخ داده ترغیب کند و در مرتبه بعد نیز با ارائه شهادت، اجرای قانون تضمین شود وگرنه اگر به هر دلیلی از ادای شهادت خودداری کند، سیستم عدالت کیفری از حیث ادله اثبات جرم دچار بحران می‌شود؛ چون شهادت شاهد یکی از سنتی‌ترین و موثق‌ترین ادله به شمار می‌آید. سیاست جنایی تقنینی ایران با توسل به قوانین کیفری ماهوی و مقررات شکلی می‌تواند از شهود مراقبت نماید. وجه ممیزه تدابیر حمایتی در ویژگی کیفری یا غیر کیفری است. از حیث حمایت کیفری، سیاست جنایی تقنینی ایران ناقص است؛ زیرا هرچند حمایت از شاهد اقتضا می‌کند که سیاست کیفری متفاوتی به عنوان بزه‌دیده برای آن‌ها اندیشیده شود، قانون‌گذار از این امر غافل بوده است. لذا در این خصوص پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار ضمن تعریف دقیق ارباب شاهد و ضرورت جرم‌انگاری افشای غیر مجاز اطلاعات وی، جرایم ارتكابی علیه شاهد را در فصل مشخصی از قانون مجازات اسلامی ساماندهی کند و سیاستی مبتنی بر عدم تساهل نسبت به مرتکبان آن در نظر گیرد. روی دیگر این جنبه از حمایت، مربوط به نحوه رسیدگی است. با توجه به اینکه خصیصه اصلی چنین دادرسی به منظور جلوگیری از صرف نظر کردن شهود از شهادت و تبانی متهمان با نامبرده، عنصر سرعت است، لذا دادرسی ویژه شهود باید به نحوی تقنین یابد که با سرعت بیشتری نسبت به سایر پرونده‌ها انجام گیرد. به همین دلیل پیشنهاد می‌شود که در این موارد، پرونده مستقیماً به دادگاه ارسال گردد، متهم بدون احضار جلب گردد، رسیدگی در دادگاه خارج از نوبت صورت گیرد و در نهایت، از ضابطان ویژه نسبت به شهود بهره‌گیری شود که تدوین‌کنندگان آیین‌نامه اجرایی حمایت از شهود و مطلعان بر آن تأکید نموده‌اند. قانون‌گذار بر خلاف جنبه کیفری تدابیر حمایتی، در تدوین سیاستی مدون نسبت به جنبه غیر کیفری تا اندازه زیادی موفق بوده است، به گونه‌ای که با وضع ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و سپس آیین‌نامه اجرایی حمایت از شهود و مطلعان مصوب ۱۳۹۴ گام‌های روشنی را برای حمایت از شهود

برداشته که غالب تدابیر قانون‌گذار مبتنی بر پیشگیری وضعی است. عدم افشای اطلاعات شاهد، مهم‌ترین تدبیر غیر کیفری است که قانون‌گذار بدین منظور استفاده از برگه‌های کددار را توصیه نموده تا اطلاعات شاهد فاش نگردد.

تدابیر حمایتی می‌تواند با حقوق دفاعی متهم در تعارض باشد، بدین منظور تدابیر حمایتی باید به گونه‌ای اجرا شود که به حقوق دفاعی متهم خدشه‌ای وارد نکند و برابری سلاح‌ها تضمین گردد. لذا در عمل باید به گونه‌ای عمل کرد که حقوق متهم (پرسش از شاهد، جرح و تعدیل که با شناسایی شاهد ممکن است) تأمین گردد. به همین دلیل، قانون‌گذار به درستی در آیین‌نامه اجرایی مربوطه در مقام تعدیل این مهم بوده است. بدین ترتیب در مواردی که رویارویی حضوری بین شاهد و متهم صورت نمی‌گیرد، حق آگاهی از اظهارات مطرح‌شده و متعاقباً سؤال کردن از شاهد برای متهم محفوظ می‌باشد. لذا باید به گونه‌ای اقدام شود که متهم یا وکیل وی بتواند از طریق مقام قضایی از حق خود بهره‌مند گردد. به منظور تضمین حق جرح و تعدیل، مقام قضایی باید تحقیقات کاملی در خصوص شاهد انجام دهد مبنی بر اینکه شرایط قانونی لازم را برای ادای شهادت احراز نماید. لذا پیشنهاد می‌شود ارائه اظهارات کذب از سوی شاهد در این مرحله جرم‌انگاری شود. در پایان پیشنهاد می‌گردد با توجه به ضرورت حقوق متهم، تدابیر حمایتی شرایط زیر را داشته باشد: تدابیر حمایتی زمانی اتخاذ شود که ضروری باشد و متهم یا وکیل او بتوانند صحت اظهارات شهود را بررسی و ارزیابی کنند و شهادت شاهد باید مقرون به قرائن و امارات باشد و آنجایی که موجب تضییع حقوق متهم است حتی الامکان با رضایت یا حداقل با اطلاع متهم، تدابیر حمایتی اعمال گردد وگرنه باید توجیه آن ضمن صورت‌جلسه نوشته شود.

## کتاب‌شناسی

۱. آشوری، محمد، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ هفتم، تهران، سمت، ۱۳۸۵ ش.
۲. اسپنسر، جی. آر.، *آیین دادرسی کیفری در انگلستان*، ترجمه محمدرضا گودرزی بروجردی و لیلا مقدادی، تهران، جنگل، ۱۳۸۴ ش.
۳. امیدی، جلیل، «دکتر محمد آشوری و حق دفاع متهم»، *علوم جنایی* (مجموعه مقالات در تجلیل از دکتر محمد آشوری)، تهران، سمت، ۱۳۸۳ ش.
۴. باقری‌نژاد، زینب، *حمایت از شهود (در حقوق ایران، فرانسه و اسناد بین‌المللی)*، تهران، خرسندی، ۱۳۹۱ ش.
۵. پیکا، زرژ، *جرم‌شناسی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۶. تدین، عباس، *قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه*، تهران، خرسندی، ۱۳۹۱ ش.
۷. دفتر مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد، *بهترین راهکارها برای حمایت از شهود در پرونده‌های کیفری مربوط به جرائم سازمان‌یافته*، ترجمه معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، تهران، انتشارات روزنامه رسمی، ۱۳۸۸ ش.
۸. رحمدل، منصور، «ادارسی عادلانه و مقررات دادرسی کیفری»، *تازه‌های علوم جنایی* (مجموعه مقالات)، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۹. رئوفیان، حمید و ابوالفضل حسن‌زاده محمدی، «حمایت از شهود در چالش با حقوق دفاعی متهم»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۷۱، پاییز ۱۳۸۹ ش.
۱۰. طه، فریده و لیلا اشرفی، *ادارسی عادلانه*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۱۱. عمید، حسن، *فرهنگ فارسی عمید*، چاپ هفتم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۹ ش.
۱۲. میرزایی، اسدالله، *حمایت از بزه‌دیدگان و شهود در برابر تهدید در فرایند دادرسی کیفری*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه مازندران، ۱۳۸۴ ش.
۱۳. میرمحمدصادقی، حسین، *جرائم علیه اموال و مالکیت*، چاپ چهل و دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۱۴. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «درباره سیاست جنایی افتراقی» (دیباچه و ویراست چهارم)، *درآمدی بر سیاست جنایی*، نوشته کریستین لازرژ، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ پنجم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۱۵. والین، لوک، «قربانیان و شهود در حقوق بین‌الملل از حق حمایت تا حق بیان»، ترجمه توکل حبیب‌زاده و مجتبی جعفری، *مجله حقوقی*، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌الملل ریاست جمهوری، شماره ۳۴، ۱۳۸۵ ش.
16. Cetin, Hakan Cem, *The Effectiveness of the Witness Security Program in the Fight against Organized Crime and Terrorism: A Case Study of the United State and Turkey*, Thesis of Ph.D., University of New Jersey, 2010.
17. Earley, Pete & Gerald Shur, *WITSEC: Inside the Federal Witness Protection Program*, Bantam Books, 2002.
18. Finn, Peter & Kerry Murphy Healey, *Prevention Gang- and Drug-Related Witness Intimidation*, U.S. Department of Justice, 1996.
19. Mack, Raneta J. Lawson, "Lying, Cheating and Stealing at Government Expense: Striking a Balance Between the Public Interest and the Interests of the Public in the Witness Protection Program", *Arizona State Law Journal*, Vol. 24, 1992.



20. Rassat, Michèle-Laure, *Procédure Pénale*, 15<sup>ème</sup> édition, Paris, P.U.F., 2007.
21. Renault-Brahinsky, Corinne, *Procédure Pénal*, Paris, 8<sup>ème</sup> édition, 2007.
22. United Nations Office on Drugs and Crime, *Good Practice for the Protection of Witnesses in Criminal Proceedings Involving Organized Crime*, United Nation, New York, 2008.





# رویکرد دیوان کیفری بین‌المللی

## به عفو جرایم بین‌المللی

### از منظر قاعده منع محاکمه مجدد\*

- امین زحمتکش<sup>۱</sup>
- مجتبی جانی‌پور<sup>۲</sup>
- مهین سبحانی<sup>۳</sup>

#### چکیده

بی‌تردید، عفو مجرمان بین‌المللی یکی از عوامل بی‌کیفری است و دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) به عنوان نهادی که پرچمدار مقابله با فرهنگ بی‌کیفری و تأمین منافع عدالت می‌باشد، وظیفه خطیری در جلوگیری از فرار مرتکبان نقض‌های شدید حقوق بشری از مسئولیت کیفری بین‌المللی با توسل به انواع حربه‌های مصونیت از مجازات همچون عفو بر عهده دارد. به همین منظور، نوشته پیش رو رویکرد دیوان کیفری بین‌المللی را -در وضعیتی که مرتکبان جرایم بین‌المللی بعد از محاکمه در یک دادگاه ملی یا بعد از رسیدگی و انجام تحقیقات توسط کمیسیون حقیقت‌یاب، مورد عفو قرار گیرند و پس از آن به

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۸/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۲/۲۷.

۱. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه گیلان (eman.zahmatkesh@yahoo.com).

۲. استادیار دانشگاه گیلان (نویسنده مسئول) (janipour@guilan.ac.ir).

۳. استادیار دانشگاه گیلان (mahin\_sobhani@yahoo.com).

منظور ممانعت از اعمال صلاحیت تکمیلی دیوان و به عنوان یک دفاع به بند «ج» ماده ۲۰ اساسنامه رم در خصوص «قاعده منع محاکمه مجدد» استناد نمایند. نقد و بررسی می‌کند. بر اساس براینده این پژوهش، به نظر می‌رسد استناد ناقضان حقوق بشر برخوردار از عفو یا بخشودگی به «قاعده منع محاکمه مجدد»، مانع از تعقیب و محاکمه آنان از سوی دیوان نمی‌گردد، هرچند در نهایت اتخاذ تصمیم در این باره در چهارچوب صلاحدید دیوان می‌باشد.

**واژگان کلیدی:** دیوان کیفری بین‌المللی، عفو، جرایم بین‌المللی، قاعده منع محاکمه مجدد، کمیسیون حقیقت‌یاب.

### مقدمه

بعد از فجایع خونبار و هولناک جنگ‌های جهانی اول و دوم و کشتار میلیون‌ها انسان، جامعه جهانی که خسته از بی‌عدالتی و نبود صلح و امنیت بین‌المللی بود، برای چاره این درد و مقابله با برهم‌زنندگان نظم و امنیت بین‌المللی که همان جنایتکاران جنگی و مجرمان بین‌المللی بودند، با تشکیل اولین دادگاه‌های کیفری بین‌المللی یعنی دادگاه‌های نورنبرگ، توکیو، یوگسلاوی و رواندا، به اجماعی قاطع برای مجازات ناقضان فاحش حقوق بشر به منظور جلوگیری از فرار آنان از کیفر با توسل به انواع حربه‌های مصونیت و بی‌کیفری مانند برخورداری از نهاد عفو<sup>۱</sup> دست پیدا کرد. تشکیل دیوان کیفری بین‌المللی<sup>۲</sup> با تصویب اساسنامه رم در ۱۷ ژوئیه ۱۹۹۸ نیز نقطه اوج این عزم جهانی برای مبارزه با «فرهنگ بی‌کیفری»<sup>۳</sup> و مظاهر آن بود (Novak, 2015: Preface vii). همسو با این مبارزه، جامعه جهانی نیز معاهدات بین‌المللی متعددی را به منظور جرم‌انگاری نقض‌های شدید حقوق بشری و الزام دولت‌ها به تعقیب و مجازات ناقضان شدید حقوق بشر تصویب کرد. اما به رغم این تصمیم جهانی برای مقابله با فرهنگ بی‌کیفری، در چهار دهه اخیر شاهد موارد متعددی از اعطای عفو از سوی دولت‌ها به جنایتکاران بین‌المللی در کشورهایمانند آرژانتین، اروگوئه، السالوادور، آفریقای جنوبی، پرو، سیرالئون و... بوده‌ایم، حال آنکه اعطای عفو به جنایتکاران بین‌المللی

1. Amnesty.

۲. در این نوشتار، منظور از واژه‌های «دیوان» و «اساسنامه» به ترتیب دیوان کیفری بین‌المللی و اساسنامه رم می‌باشد.

3. Culture of Impunity.

توسط دولت‌ها، بر خلاف تعهدات آنان در معاهدات بین‌المللی مبنی بر لزوم تعقیب و مجازات ناقضان حقوق بشر می‌باشد؛ تعهد به تعقیب و مجازاتی که به روشنی در اسناد بین‌المللی همچون کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض نژادی، کنوانسیون بین‌المللی منع و مجازات کشتار دسته‌جمعی، کنوانسیون منع شکنجه، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و... آمده است (Sadat, 2006: 979؛ قربان‌نیا، ۱۳۸۷: ۴۴۰).

بنابراین بی‌تردید عفو یکی از عوامل بی‌کیفری است و مانعی برای رسیدن به عدالت کیفری به شمار می‌رود.<sup>۱</sup> آنچه امروزه موجب نگرانی بین‌المللی است استفاده فزاینده دولت‌ها از نهاد عفو به همراه کمیسیون‌های حقیقت‌یاب به عنوان ابزاری در برخورد با جرایم بین‌المللی ارتكابی در حین مخاصمات داخلی یا توسط رژیم‌های سرکوبگر می‌باشد و آنچه بر این نگرانی می‌افزاید، امکان استناد مرتکبان نقض‌های شدید حقوق بشری مشمول عفو به قاعده منع محاکمه مجدد جهت فرار از مسئولیت کیفری است. به عبارت دیگر، در خلال بحران‌های خونین ملی و غالباً در جریان انتقال قدرت سیاسی یا پس از آن ممکن است پس از رسیدگی به جرایم ارتكابی ناقضان حقوق بشر در یک دادگاه ملی یا کمیسیون حقیقت‌یاب، بنا به دلایل یا اقتضائاتی به آنان عفو اعطا گردد که این فرایند «رسیدگی و اعطای عفو» می‌تواند موجبات استناد جنایتکاران بین‌المللی را به قاعده منع تعقیب و محاکمه مجدد به عنوان یک دفاع در رویارویی با صلاحیت تکمیلی دیوان کیفری بین‌المللی مذکور در ماده ۱۷ اساسنامه رم فراهم نماید. در همین رابطه و فارغ از میزان مشروعیت این گونه عفو‌ها از منظر حقوق بین‌الملل که بررسی آن مجال دیگری می‌طلبد، رویکرد دیوان کیفری بین‌المللی در قبال عفو جرایم بین‌المللی از منظر قاعده منع محاکمه مجدد مذکور در ماده ۲۰ اساسنامه رم، مسئله مورد بحث در جستار حاضر است تا از این رهگذر بتوان واکنش و تصمیمات دیوان را در قبال استناد مجرمان بین‌المللی برخوردار از عفو یا بخشودگی به قاعده منع محاکمه مجدد، بررسی نمود.

برای رسیدن به پاسخ این سؤال، مقاله حاضر در سه گفتار سامان یافته است. گفتار

۱. با وجود این، برخی درباره ضرورت اعطای عفو معتقدند که عفو ناقضان حقوق بشر در یک جامعه انتقالی، دچار تنش و در حال گذار سیاسی، بهایی است که در ازای صلح و آشتی ملی پرداخت می‌گردد (Thakur & Malcontent, 2004: 199).

اول، نمونه‌هایی از اعطای این گونه عفو‌ها در جوامع مختلف و نیز تعریف برخی مفاهیم و نهادهای مورد نیاز همچون کمیسیون‌های حقیقت‌یاب و «عدالت انتقالی» را بررسی می‌کند تا عینی و مبتلا به بودن چنین مسئله‌ای در سطح بین‌المللی محسوس‌تر گردد. گفتار دوم به عنوان موضوع محوری پژوهش حاضر به تحلیل بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در امکان استناد به قاعده منع محاکمه مجدد در فرضی که به مجرمان بین‌المللی بعد از رسیدگی در سطح ملی عفو اعطا گردد، می‌پردازد تا از این طریق به رویکردهای احتمالی اتخاذی در آینده توسط دیوان دست یابد. در پایان و ذیل گفتار سوم نیز اولین رویه بین‌المللی شکل گرفته در مسئله چالش برانگیز عفو و قاعده منع محاکمه مجدد از سوی شعب فوق‌العاده دادگاه‌های کامبوج که توجه به آن می‌تواند راهگشای دستیابی به رویکرد و تصمیمی مقتضی توسط دیوان با توجه به شرایط و اوضاع و احوال خاص هر پرونده باشد، بیان می‌گردد.

### ۱. نمونه‌هایی از اعطای عفو به مجرمین بین‌المللی

در طول سه دهه ۷۰، ۸۰ و ۹۰ میلادی بعد از جنگ جهانی دوم و با وجود عزم جهانی برای مقابله با فرهنگ بی‌کیفری، موارد چشمگیری از اعطای عفو به مرتکبان جنایات بین‌المللی<sup>۱</sup> در کشورهای آفریقای جنوبی، سیرالئون، پرو، شیلی، آرژانتین، اروگوئه، السالوادور، هائیتی، کامبوج و... دیده می‌شود. با بررسی و مطالعه موارد اعطای این گونه عفو‌ها می‌توان گفت که برخورداری مجرمان بین‌المللی از نهاد عفو عموماً به دو شکل است:<sup>۲</sup> ۱. ابتدا و عمدتاً از طریق تصویب قوانین عفو، ۲. در مواردی از طریق اختیارات و تصمیمات کمیسیون‌های حقیقت‌یاب.

۱. به باور نگارندگان، عفو جرایم بین‌المللی عبارت است از معاف و مصون‌سازی اشخاص سیاسی و نظامی به ویژه سران سابق دولت‌ها و هم‌دستانشان از تعقیب، محاکمه و مجازات به دلیل ارتکاب شدیدترین جرایم حقوق بشری یعنی «جرایم علیه بشریت»، «جرایم جنگی» و «نسل‌کشی» در دوران قدرت یا در خلال مخاصمات داخلی از طریق اعطای عفو یا بخشودگی که غالباً نیز این جرایم و متعاقباً عفو‌ها، در جریان گذرها و انتقالات سیاسی حکومت‌ها اتفاق می‌افتند.

۲. شایان ذکر است که در یک مورد در کشور گواتمالا به موجب «قانون آشتی ملی» مصوب دسامبر ۱۹۹۶ میلادی، دادگاه‌ها مجازند در خصوص جرایم سیاسی معین ارتكابی در خلال جنگ مسلحانه داخلی این کشور، مجرمان را عفو کنند (Roht-Arriaza, 1997: 94).

در ادامه برای تبیین نگرانی و چالش بین‌المللی موجود درباره موضوع این نوشتار و ضرورت ارائه تحلیلی جهت مواجهه با آن، به اختصار به نمونه‌هایی عینی از اعطای عفو به ناقضان شدید حقوق بشر که به دو شکل پیش‌گفته انجام شده است، اشاره می‌گردد.

### ۱-۱. عفوهای صادره به موجب قوانین ملی

اولین نمونه، قانون عفو ۱۸ آوریل ۱۹۷۸ شیلی است. مجلس شورای شیلی تحت رهبری ژنرال آگوستو پینوشه یک «قانون عفو خویش‌فرما»<sup>۱</sup> تصویب کرد که تمامی اعمال ارتکاب‌یافته از زمان براندازی حکومت دموکراتیک السالوادور آینده در سپتامبر ۱۹۷۳ را در بر می‌گرفت (Jeffery, 2014: 52).

از ماه مارس ۱۹۷۶، آرژانتین یک دوره هفت ساله دیکتاتوری نظامی را پس از انجام یک کودتا و برکناری رئیس‌جمهور وقت یعنی ایزابل پرون،<sup>۲</sup> تا سال ۱۹۸۶ تجربه کرد (O'shea, 2002: 56). در این کشور دو قانون عفو جداگانه توسط کنگره ملی در حمایت از نظامیان و نیروهای امنیتی که در دوران قدرت و طی «جنگ کثیف»<sup>۳</sup> بین سال‌های ۱۹۷۶ تا ۱۹۸۳ مرتکب نقض‌های شدید حقوق بشری از جمله قتل، شکنجه و آدم‌ربایی علیه مردم معترض آرژانتین شده بودند، تصویب شد؛ نخست، قانون توقف کامل<sup>۴</sup> در ۲۴ دسامبر ۱۹۸۶ و سپس قانون اطاعت کامل<sup>۵</sup> در ۴ ژوئن ۱۹۸۷ (Bruke-White, 2001: 491).

در هندوراس، کنگره قانون عفو را در ۲۴ ژوئیه ۱۹۹۱ تصویب کرد و همه افرادی را که مرتکب جرایم سیاسی و عمومی مرتبط در دهه ۸۰ میلادی شده بودند، عفو کرد. تا سال ۱۹۸۴، در هندوراس ۸۸ نفر ترور و ۱۰۵ نفر ناپدید شدند و ۴۷ نفر زندانی سیاسی باقی ماندند (Roht-Arriaza & Gibson, 1998: 854).

السالوادور در ۲۲ مارس ۱۹۹۳ قانون عفو<sup>۶</sup> تصویب کرد. این قانون، مسئولیت

1. Self-Serving Amnesty Law.
2. Isabel Peron.
3. Dirty war.
4. Full Stop Law.
5. Law of Due Obedience.
6. Law of General Amnesty for Consolidation of the Peace.

کیفری و مدنی جرایم سیاسی صورت گرفته به وسیله حکومت و جبهه آزادی ملی فاراباندو مارتی<sup>۱</sup> را از میان برداشت. تا سال ۱۹۹۱ کشتارهای جوخه مرگ، شکنجه، ناپیدی، بمب گذاری محله‌های غیر نظامی و ترورهای هدفمند ارتش جبهه آزادی ملی فاراباندو مارتی، منجر به مرگ قریب به ۷۰۰۰۰ نفر شد (Ibid.: 849-850).

در پرو، آلبرتو فوجیموری رئیس‌جمهور این کشور، در سال ۱۹۹۵ با حمایت کنگره، قوانین عفو را در حمایت از نظامیان، ارتش و نیروهای پلیس که در ارتکاب نقض‌های شدید حقوق بشر بین سال‌های ۱۹۸۰ تا ۱۹۹۵ شرکت کرده بودند، به تصویب رساند. مطابق گزارش نهایی کمیسیون حقیقت‌یاب پرو که در سال ۲۰۰۱ تشکیل شد، جنگ داخلی پرو بین سال‌های ۱۹۸۰ تا ۲۰۰۰، تلفاتی معادل ۶۹۲۸۰ نفر بر جای گذاشت (Lutz & Reiger, 2009: 95).

## ۲-۱. عفوهای صادره به موجب اختیارات کمیسیون‌های حقیقت‌یاب

«کمیسیون‌های حقیقت‌یاب»<sup>۲</sup> هیئت‌هایی مرکب از متخصصان امور پلیسی، حقوقی، قضایی، مشاوره و مددکاری اجتماعی هستند که از سوی مراجع ملی یا بین‌المللی و به منظور جمع‌آوری اطلاعات و کشف حقایق مربوط به خشونت‌ها و جنایت‌های بین‌المللی تشکیل می‌شوند و گزارش خود را به آن مراجع ارائه می‌دهند. این کمیسیون‌ها به عنوان یکی از سازوکارهای «عدالت انتقالی»<sup>۳</sup> که هدف آن رسانیدن

1. Farabundo Marti National Liberation Front (FMLN).

2. Truth Commission.

۳. عدالت انتقالی (Transitional Justice) به سبب از رهیافت‌های حقوقی و غیر حقوقی گفته می‌شود که دولت‌ها از آن‌ها برای گذر از خشونت و فشار به صلح و ثبات بهره می‌گیرند. به طور کلی باید گفت که عدالت انتقالی به مجموعه‌ای از سازوکارهای قضایی و غیر قضایی کوتاه‌مدت و اغلب موقتی و همچنین فرایندهایی که برای بررسی نقض حقوق بشر و خشونت در جوامع در حال گذر از دیکتاتوری به دموکراسی رخ می‌دهد، اطلاق می‌گردد. عدالت انتقالی در یک جامعه پس از بحران و تنش، اهدافی بلندمدت از جمله ارتقای همزیستی، صلح پایدار، حفاظت و تقویت صلح و آشتی ملی دارد. همچنین عدالت انتقالی برای نیل به اهداف خود، دارای سازوکارهای متعدد و تعریف شده‌ای در جهت اعاده صلح و عدالت می‌باشد که یکی از این سازوکارهای غیر قضایی که هدف آن اعاده صلح و ثبات ملی و بین‌المللی می‌باشد، عبارت است از عفو ملی؛ به این معنا که باید این حقیقت را پذیرفت که گاه اعاده صلح و نظم در یک جامعه درگیر در جنگ قدرت و مخاصمات مسلحانه داخلی، تنها از رهگذر بخشش و عفو میسر می‌گردد (Freeman, 2009: 18).

جوامع انتقالی<sup>۱</sup> و پساکشمکش<sup>۲</sup> به صلح و ثبات و آرامش می‌باشد، در پاره‌ای موارد حتی از اختیار اعطای عفو به مرتکبان نقض‌های شدید حقوق بشری به منظور تسهیل آشتی ملی و انتقال مسالمت‌آمیز قدرت برخوردارند (Tutu, 1999: 24).

این دیدگاه وجود دارد که محاکمه‌ها بیش از آنکه به عدالت منجر شوند، به بی‌ثباتی می‌انجامند. بنابراین ایجاد کمیسیون‌های حقیقت‌یاب بهترین سازوکار برای آشتی ملی هستند. این کمیسیون‌ها بیشتر یک کمیسیون غیر قضایی هستند که گزارش یافته‌های خود را اعلام می‌نمایند و پیشنهادهایی برای اصلاح سیستم ارائه می‌دهند. برخی کمیسیون‌های حقیقت‌یاب، فعالیت‌های اضافه‌ای شامل معرفی مجرمان، کمک به عفو عمومی یا کمک به جبران خسارت هم انجام می‌دهند (Mobekk, 2005: 2).

حال پس از توضیح فوق، به دو مورد از کمیسیون‌های حقیقت‌یابی که صلاحیت صدور عفو داشته‌اند اشاره می‌گردد.

الف) اولین کمیسیون حقیقت‌یابی که صلاحیت اعطای عفو به متهمان جرایم ارتكابی در قبال اقرار و افشای کل حقیقت جرایم ارتكابی را داشت، کمیسیون حقیقت‌یاب آفریقای جنوبی بود. حاکمیت رژیم آپارتاید به مدت بیش از ۴۰ سال بین سال‌های ۱۹۴۸ تا ۱۹۹۴ در آفریقای جنوبی، بارزترین نمونه جنایت علیه بشریت از نوع تبعیض نژادی به موجب ماده ۷ اساسنامه رم و مطابق کنوانسیون‌های بین‌المللی منع و مجازات جنایت آپارتاید (۱۹۷۳) و کنوانسیون بین‌المللی رفع هر نوع تبعیض نژادی (۱۹۴۵) می‌باشد. حاصل حاکمیت این رژیم بر آفریقای جنوبی، بیش از ده هزار تن کشته و ناپدید شدن افراد بود (Mallinder, 2008: 131). اما با وجود این، سیاست برخورد کیفری با سفیدپوستان اقلیت حاکم بر این سرزمین که مرتکبان این جنایت ضد بشری در طول نیم قرن بودند، مبتنی بر این عبارت شناخته‌شده نلسون ماندلا رهبر جنبش ضد آپارتاید در این کشور قرار گرفت که «می‌بخشیم اما فراموش نمی‌کنیم» (زحمتکش، ۱۳۹۴: ۵۲). در این راستا و به منظور گذار به سمت دموکراسی و رسانیدن جامعه ستم‌دیده و آشوب‌زده آفریقای جنوبی به صلح و ثبات و آرامش و فراموش کردن نقطه

1. Transitional Societies.

2. Post-conflict Societies.

تاریکی در تاریخ این کشور، پارلمان آفریقای جنوبی در سال ۱۹۹۵ سیاست اعطای عفو مشروط به ناقضان حقوق بشر در این کشور را با تصویب قانون ترویج اتحاد و آشتی ملی<sup>۱</sup> به رسمیت شناخت. به موجب این قانون یک کمیسیون حقیقت و آشتی تشکیل شد که طبق ماده ۳ آن، یکی از اهداف اصلی کمیسیون، «ارائه تصویری تا حد ممکن کامل از دلایل، ماهیت و ابعاد نقض حقوق بشر» در آفریقای جنوبی از ۱ مارس ۱۹۶۰ تا ۶ دسامبر ۱۹۹۳ بود (Roht-Arriaza, 1995: 278).

یکی از کمیته‌های مهم تشکیل شده زیر نظر کمیسیون حقیقت و آشتی آفریقای جنوبی، کمیته عفو و بخشودگی بود. وظیفه اصلی این کمیته، بررسی تقاضانامه‌های عفو و در صورت وجود شرایطی، اعطای عفو به ناقضان حقوق بشر در دوران حاکمیت رژیم آپارتاید بود. شرط پذیرش و اعطای عفو توسط این کمیته دو امر بود: نخست، اعتراف کامل به جنایات و بازگویی تمام حقایق<sup>۲</sup> و دوم، انجام شدن جنایات ارتكابی با اهداف سیاسی<sup>۳</sup> (Bois-Pedain, 2007: 21).

ب) کمیسیون حقیقت‌یاب تیمور شرقی نمونه‌ای دیگر از کمیسیون‌های حقیقت‌یابی است که صلاحیت اعطای عفو به عاملان جرایم ارتكابی را داشت (Ambos & Large & Wierda, 2009: 45). بعد از اینکه اکثریت قاطع مردم تیمور شرقی در یک همه‌پرسی تحت حمایت سازمان ملل در سال ۱۹۹۹ رأی به استقلال از اندونزی دادند، شبه نظامیان تحت حمایت اندونزی اقدام به خرابکاری و کشتن غیر نظامیان نمودند. دولت انتقالی (به ابتکار سازمان ملل) در تیمور شرقی<sup>۴</sup> اقدام به تشکیل کمیسیون حقیقت و سازش<sup>۵</sup> برای استماع جرایم ارتكابی طی شورش‌های بعد از استقلال نمود.<sup>۶</sup> بر خلاف کمیسیون حقیقت و سازش آفریقای جنوبی، این کمیسیون

1. Promotion of National Unity and Reconciliation Act of 1995.

2. Full disclosure.

3. Political offence.

4. U.N. Transitional Administration in East Timor (UNTAET).

5. Commission for Reception, Truth and Reconciliation (CAVR).

۶. برای اطلاع از نحوه تشکیل کمیسیون حقیقت و سازش تیمور شرقی و ساختار و عملکرد آن، ر.ک:

<<http://www.cavr-timorleste.org/en/index.htm>>



تنها صلاحیت اعطای عفو به جرایم کوچک مانند سرقت، ایراد ضرب و جرح، ایجاد حریق عمدی و... را داشت. عفو اعطایی از سوی کمیسیون تنها به دنبال اظهار تأسف عمومی مجرم صادر می‌شد (Waldorf, 2006: 24).

## ۲. عفو مجرمان بین‌المللی و قاعده منع محاکمه مجدد

قاعده منع محاکمه و مجازات مجدد<sup>۱</sup> از قواعد مهم حقوق کیفری داخلی و بین‌المللی است. که بر اساس آن، هیچ کس را نباید دو بار برای یک رفتار یا جرم محاکمه و مجازات کرد. این قاعده در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای و معاهدات حقوق بشری نیز انعکاس یافته است.<sup>۲</sup> این قاعده، بیانی از اثر سلبی احکام قطعیت یافته مراجع کیفری با عنوان «اصل اعتبار امر مختوم»<sup>۳</sup> می‌باشد که در زمینه همکاری‌های بین‌المللی در موضوعات کیفری اعمال می‌گردد (Cryer & Friman & Robinson & Wilmschurst, 2010: 80).

تحولات حقوق کیفری بین‌المللی نشان می‌دهد که احساسات عمومی جهانی، تمایلی به تکرار محاکمه و اجرای مجازات نسبت به رفتار مجرمانه واحد ندارد. صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی دائمی، تکمیلی است و بر این اساس، اگر دادگاه‌های ملی به طور کامل و با رعایت اصول دادرسی عادلانه، رسیدگی کنند، دلیلی برای پذیرش صلاحیت دیوان وجود ندارد و در این صورت محاکمه و مجازات مجدد منتفی است. اما اگر دادگاه‌های داخلی، اصول دادرسی عادلانه را رعایت نکنند یا رسیدگی آنان بی طرفانه، مستقل و با قصد اجرای عدالت نباشد، دیوان خود را صالح به رسیدگی می‌داند. اما این اقدام دیوان کیفری بین‌المللی، موجب نقض قاعده منع محاکمه و مجازات مجدد نیست؛ زیرا رسیدگی دادگاه ملی، بدون رعایت اصول دادرسی شناخته شده بین‌المللی، محاکمه عادلانه و منصفانه تلقی نمی‌شود (حبیبزاده، اردبیلی و جانی‌پور، ۱۳۸۴: ش ۴۱/۴۷). ماده ۲۰ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز درباره این قاعده مهم حقوق کیفری می‌باشد. حال با توجه به این ماده، سؤال اساسی که به

1. Ne bis in idem or double jeopardy.

2. E.g art 14(7) of the ICCPR. and art. 4 of protocol 7 to the ECHR.

3. Res judicata authority.

ذهن متبادر می‌گردد این است که چنانچه یک مجرم بین‌المللی در سطح ملی مورد عفو یا بخشودگی قرار گیرد، آیا در مواجهه با اعمال صلاحیت تکمیلی دیوان، امکان استناد وی به قاعده منع محاکمه مجدد مذکور در ماده ۲۰ اساسنامه رم جهت گریز از تعقیب و محاکمه از سوی دیوان وجود دارد یا خیر؟

درباره این سؤال که موضوع اصلی این جستار است، سه فرض وجود دارد:

۱. مرتکب جرایم بین‌المللی<sup>۱</sup> پیش از آنکه از سوی محاکم ملی مورد تعقیب و محاکمه قرار گیرد، مشمول عفو عمومی گردد؛

۲. در چهارچوب جایگزین‌های مسئولیت کیفری، به مرتکب نقض‌های شدید حقوق بشری از سوی یک کمیسیون حقیقت‌یاب و پس از انجام تحقیقات و رسیدگی، عفو اعطا گردد؛

۳. مجرم بین‌المللی پس از تعقیب و محاکمه در یک دادگاه ملی، مورد بخشودگی<sup>۲</sup> قرار گیرد.

در ادامه این گفتار، ذیل سه مبحث به ترتیب فرض‌های سه‌گانه فوق بررسی می‌گردد.

## ۱-۲. عفو مجرمان بین‌المللی قبل از محاکمه در دادگاه

سؤال مهمی که در این مبحث مطرح می‌شود این است که آیا بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه رم<sup>۳</sup> در جایی که فردی قبل از تشکیل دادگاه برای رسیدگی به جرایم ارتكابی، مورد عفو عمومی قرار می‌گیرد، دیوان کیفری بین‌المللی را از تعقیب فرد مورد عفو ممنوع می‌کند؟

بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه درباره قاعده منع تعقیب و محاکمه مجدد این گونه

۱. جرایم بین‌المللی در تعریفی کوتاه و عام عبارت‌اند از فاحش‌ترین و شدیدترین نقض‌های حقوق بشر که موجب اضطراب و جریحه‌دار شدن احساسات جامعه بین‌المللی می‌گردند و صلح، امنیت و آسایش جهانی را تهدید می‌کنند (پوریافرانی، ۱۳۸۷: ۲/۱۷۴). اما در معنای خاص، جرایم بین‌المللی صرفاً به چهار عنوان جنایات جنگی، جنایات علیه بشریت، نسل‌کشی و تجاوز که مطابق ماده ۵ اساسنامه رم در صلاحیت دیوان می‌باشند، منحصر می‌گردند.

2. Pardon.

3. Article 20(3).

مقرر می‌دارد:

کسی که برای ارتکاب عملی که به موجب مواد ۶، ۷ و ۸ و ۸ مکرر اساسنامه، جرم شناخته شده، توسط دادگاه دیگری محاکمه شده است، توسط دیوان کیفری بین‌المللی برای همان رفتار محاکمه نخواهد شد، مگر آنکه جریان دادرسی در دادگاه دیگر: الف- به منظور صیانت شخص مورد نظر از مسئولیت کیفری جنایات مشمول صلاحیت دیوان بوده است، یا ب- دادرسی مستقلانه و بی‌طرفانه مطابق استانداردهای شناخته‌شده حقوق بین‌الملل صورت نگرفته و به شیوه‌ای انجام شده که در اوضاع و احوال مربوطه مغایر با قصد اجرای عدالت نسبت به شخص مورد نظر بوده است.

به نظر می‌رسد که پاسخ منفی باشد؛ چرا که بر اساس بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه، شخص مورد نظر قبل از اینکه مشمول قاعده منع محاکمه مجدد گردد، باید «توسط دادگاه دیگری محاکمه شود»، حال آنکه هدف بسیاری از عفوهای اعطایی این است که از رویارویی مجرم بین‌المللی با دادگاه و محاکمه جلوگیری کند که این موضوع ضرورتاً به این معناست که این افراد نمی‌توانند به ضابطه بند ۳ ماده ۲۰ به عنوان یک دفاع در دادگاه جهت مصونیت از محاکمه و مجازات استناد کنند. افزون بر این استدلال، در مشروح مذاکرات تدوین اساسنامه رم،<sup>۱</sup> اعطای عفو به طور عامدانه و آگاهانه از تشکیل دفاع قاعده منع محاکمه مجدد استثنای شده است (Finaly, 2009: 238). دیوان کیفری بین‌المللی نیز در یکی از آرای اخیرش به صراحت شرط اعمال قاعده منع محاکمه مجدد را محاکمه و صدور رأی قطعی دانسته است (The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, 2014: Para. 7-8).

بنابراین با توجه به بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه و نیز قصد آشکاری که در متن مشروح مذاکرات تدوین اساسنامه بیان شده است، این امر دیگر ضروری نیست که با توجه به بند ۳ ماده ۲۰ به این سؤال اساسی پردازیم که آیا بر اساس اصول حقوق بین‌الملل، عفو اعطایی قبل از محاکمه در هر پرونده و مورد خاصی معتبر هست یا خیر؟

## ۲-۲. عفو مجرمان بین‌المللی توسط کمیسیون حقیقت‌یاب

هرچند نمونه کمیسیون‌های حقیقت‌یابی که صلاحیت اعطای عفو داشته‌اند نادر است

1. Travaux Préparatoires.

و مطابق آنچه پیشتر بیان شد تنها به دو مورد آفریقایی جنوبی و تیمور شرقی محدود می‌گردد،<sup>۱</sup> باید گفت که نحوه برخورد کمیسیون‌های حقیقت‌یاب با عاملان جرایم ارتكابی در جوامع انتقالی، به وضعیت خاص همان جامعه بستگی دارد، به طوری که گاه شرایط حاکم بر یک جامعه انتقالی و در حال گذر سیاسی که سال‌ها شاهد نقض‌های شدید حقوق بشری از سوی حکومت بوده است، اقتضا دارد که کمیسیون حقیقت‌یاب تشکیل شده در آن جامعه، صلاحیت اعطای عفو به مرتکبان جرایم بین‌المللی را داشته باشد. بنابراین نمی‌توان انتظار داشت که در آینده در صورت تشکیل مجدد کمیسیون‌های حقیقت‌یاب در جوامع انتقالی، این کمیسیون‌ها فاقد هر گونه صلاحیت برای اعطای عفو مشروط باشند.

حال با توجه به این نکته که تشکیل کمیسیون‌های حقیقت‌یاب با اختیار صدور عفو در آینده چندان هم دور از انتظار نیست، چه پاسخی می‌توان به این سؤال داد که چنانچه در ارتباط با یک مجرم بین‌المللی روش‌های جایگزین مسئولیت کیفری<sup>۲</sup> از جمله کمیسیون‌های حقیقت‌یاب و اعطای عفو از رهگذر آن اعمال گردد، آیا قاعده منع محاکمه مجدد از سوی وی در این موضوع به عنوان یک دفاع برای رد صلاحیت تکمیلی دیوان کیفری بین‌المللی قابل استناد است؟ پاسخ به این سؤال نیز بستگی به این دارد که با توجه به عبارات بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه بتوان رسیدگی به جرایم یک فرد را در کمیسیون حقیقت‌یاب به عنوان «محاکمه در دادگاه دیگر»<sup>۳</sup> تلقی کرد یا خیر؛ به عبارت دیگر منوط به این است که واژه «رسیدگی‌ها»<sup>۴</sup> مذکور در بند سوم را شامل رسیدگی‌های غیر کیفری نیز بدانیم یا خیر. در بیشتر موارد، اینکه رسیدگی به جرایم را در یک کمیسیون حقیقت‌یاب به عنوان رسیدگی کیفری و محاکمه در دادگاه دیگر

۱. با وجود این، برخی کمیسیون‌های حقیقت‌یاب اگرچه صلاحیت قانونی اعطای عفو نداشته‌اند، در عمل منجر به تصویب قوانین عفو شده‌اند؛ مانند قانون عفو که پس از تشکیل کمیسیون حقیقت‌یاب در السالوادور به تصویب رسید (گاورون، ۱۳۸۵: ش ۳۱۵/۴۴).

2. Alternative Methods of Accountability.

برای آگاهی درباره روش‌های جایگزین پاسخ‌دهی به نقض‌های شدید حقوق بشری و ارتباط آن با کمیسیون‌های حقیقت‌یاب، ر. ک: Landsman, 1997: Vol. 59, No. 4.

3. Tried by another Court.

4. Proceedings.

بدانیم مشکل است؛ چرا که اولاً کمیسیون‌های حقیقت‌یاب به عنوان سازوکاری جایگزین برای تعقیب کیفری که هدف آن عمل در خارج چارچوب‌های نظام عدالت کیفری است تأسیس شده‌اند و به عبارت بهتر، نهادهایی شبه قضایی هستند، حال آنکه هدف عبارت بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه از «محاكمه در دادگاه دیگر» به روشنی محاکمه در یک دادگاه و نهاد قضایی در چارچوب نظام عدالت کیفری است. ثانیاً چنین عفوئی ممکن است مشمول ضابطهٔ استثنای دوم قاعدهٔ منع محاکمهٔ مجدد مذکور در قسمت دوم بند ۳ مبنی بر «مغایرت با قصد اجرای عدالت»<sup>۱</sup> قرار گیرد (Dugard, 2002: 702).

جهت تقویت استدلال نخست دیدگاه فوق می‌توان گفت که حتی اگر با تفسیر موسع عبارات بند سوم، جایگزین‌های تعقیب و رسیدگی‌های غیر کیفری نظیر آنچه دربارهٔ کمیسیون‌های حقیقت‌یاب مد نظر است، به عنوان محاکمه در دادگاه تلقی شود، اما استثنای دوگانهٔ بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه می‌تواند مانع از اعمال قاعدهٔ منع محاکمهٔ مجدد در فرض رسیدگی و اعطای عفو از سوی کمیسیون حقیقت‌یاب گردند؛ چرا که استثنای اول بند سوم به «مسئولیت کیفری»<sup>۲</sup> اشاره دارد و این نشان می‌دهد که سایر اشکال مسئولیت و جایگزین‌های آن، مانع تعقیب از سوی دیوان نمی‌گردند. همچنین بر اساس استثنای دوم بند سوم، ممکن است که صرف واژه «عدالت» به کاررفته در عبارات این قسمت، به تنهایی شامل «سازوکارهای عدالت ترمیمی»<sup>۳</sup> در قالب رسیدگی‌های کمیسیون‌های حقیقت‌یاب نیز گردد، اما آنچه مانع از این تفسیر می‌شود عبارت «اجرای عدالت»<sup>۴</sup> مذکور در استثنای دوم که به معنای مجازات کردن است، می‌باشد؛ زیرا به نظر می‌رسد این عبارت بر مسئولیت کیفری دلالت دارد و نه جایگزین‌های مسئولیت و تعقیب کیفری (Keller, 2008: 28). با همهٔ این تفاسیر، برخی این گونه استدلال می‌کنند که صرف اقرار به جنایات نزد یک کمیسیون حقیقت‌یاب، برابر است با محاکمه در یک دادگاه (Bisset, 2012: 182).

- 
1. ... inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.
  2. Criminal Responsibility.
  3. Restorative Justice Mechanism.
  4. ... to bring the person concerned to justice.

هنگام تهیه پیش‌نویس اساسنامه رم، بحث مهمی درباره عفو و شیوه‌های جایگزین مسئولیت‌پذیری و مسئولیت کیفری از یک سو و ارتباط آن با قاعده منع محاکمه مجدد از سوی دیگر وجود داشت. یکی از دلایلی که باعث شد نهایتاً گسترش و ترویج قاعده منع محاکمه مجدد تحت این شرایط<sup>۱</sup> پذیرفته نشود عبارت بود از دشواری و سختی تهیه پیش‌نویس مقررهای که شیوه‌های جایگزین عدالت کیفری را از نظر جامعه بین‌الملل مشروع و قانونی سازد و به طور همزمان به دیوان اجازه دهد که افرادی را که مورد عفوهای «غیر قابل پذیرش»<sup>۲</sup> قرار گرفته‌اند تحت تعقیب قرار دهد. در واقع دشواری وضع مقررهای در قالب مواد ۱۷ و ۲۰ اساسنامه دیوان که به موضوع عفو و کمیسیون‌های حقیقت‌یاب اشاره کند و در عین حال قابلیت تفکیک عفوهای قابل پذیرش و غیر قابل پذیرش را دارا باشد باعث شد که تدوین‌کنندگان اساسنامه اشاره به این موضوع را در دایره صلاحدید و رویکرد آینده دیوان در مواجهه با این مسئله مسکوت گذارند (Robinson, 2003: 483).

ویلیام شبت<sup>۳</sup> در این زمینه می‌گوید:

هنگام تهیه پیش‌نویس اساسنامه رم، بحث بسیار مهمی درباره این نظر که دیوان کیفری بین‌المللی می‌باید به شیوه‌های جایگزین مسئولیت‌پذیری و مسئولیت کیفری توجه کند وجود داشت. کشور آفریقای جنوبی بیشترین اصرار و پافشاری را روی این نکته و مسئله داشت؛ چرا که این کشور نگران بود که دیدگاه‌ها و رویکردهایی نظیر آنچه کمیسیون حقیقت‌یاب آفریقای جنوبی درباره اعطای عفو در قبال اقرار و اعتراف صادقانه به جرایم ارتكابی اتخاذ کرده بود، به عنوان دلیل و مدرکی دال بر عدم تمایل دولتی به تعقیب، مردود اعلام شود. در حالی که همدردی و توافق گسترده‌ای بین تمام کشورهای حاضر در اجلاس رم نسبت به مدل آفریقای جنوبی در برخورد با جنایات ارتكابی در خلال رژیم آپارتاید در چارچوب کمیسیون

۱. منظور شرایطی است که فردی از طرف یک کمیسیون حقیقت‌یاب و پس از انجام تحقیقات مورد عفو قرار گیرد.

## 2. Unacceptable Amnesties.

عفوهای غیر قابل پذیرش مؤلفه‌هایی دارند؛ از جمله: مطلق بودن، غیر دموکراتیک بودن، عدم جبران خسارت، عدم تأمین منافع امنیت، فقدان حق بر بازگویی حقیقت (برای اطلاعات بیشتر ر.ک: زحمتکش، ۱۳۹۴).

## 3. William Schabas.

حقیقت‌یاب وجود داشت، بسیاری از نمایندگان کشورهای حاضر، عفوهای شرم‌آوری را که دیکتاتورهای کشورهای آمریکای جنوبی به خود اعطا کردند به یاد آوردند، به‌ویژه اندوه‌بارترین و تکان‌دهنده‌ترین آن را یعنی عفو رئیس‌جمهور سابق کشور شیلی؛ آگوستو پینوشه.<sup>۱</sup> اما حقیقت این بود که بر همه نمایندگان حاضر ثابت شد که وضع مقرره‌ای که تجربه موفق آفریقای جنوبی را قانونی و مشروع سازد و در عین حال تجربه تلخ کشور شیلی را محکوم سازد، بسیار دشوار است (Finaly, 2009: 239).

با این حال برخی معتقدند که تمرکز مذاکرات اساسنامه رم به طور انحصاری بر روی دادگاه‌های ملی بود. تمام واژگان و عبارات اساسنامه، دربرگیرنده دادگاه‌های حقوقی و نظامی هستند؛ اعم از دائمی و موقت. به نظر می‌رسد که عدم اشاره به موضوع عفو در ماده ۲۰ اساسنامه عامدانه بوده است و بعید به نظر می‌رسد متهمی که تحت تعقیب دیوان است اما مشمول عفو حتی از سوی کمیسیون مشابه کمیسیون حقیقت‌یاب آفریقای جنوبی قرار گرفته است، با استناد به قاعده منع محاکمه مجدد، از اعمال صلاحیت تکمیلی دیوان جلوگیری کند (Majzub, 2002: 270).

اما بیان مطالب فوق به این معنا نیست که نمی‌توان عفوها و جایگزین‌های مسئولیت کیفری را فراتر از محدودیت‌های بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه بررسی کرد. هرچند اساسنامه رم به روشنی و صراحت به موضوع عفو اشاره نکرده است در اساسنامه دیوان حوزه‌هایی وجود دارد که مسئله عفو می‌تواند هنگام تصمیم‌گیری برای شروع به تحقیق در یک موضوع و همچنین هنگام تعیین قابلیت پذیرش دعوی در دیوان مورد توجه قرار گیرد؛ برای مثال در تعیین و تصمیم‌گیری در این باره که بر اساس ماده ۵۳ اساسنامه رم، آیا شروع به تحقیق انجام شود یا خیر، دادستان ممکن است که به این موضوعات (عفو و جایگزین‌های مسئولیت کیفری همچون کمیسیون‌های حقیقت‌یاب) هنگام «مدنظر قرار دادن شدت جرم و منافع مجنی‌علیهم و وجود دلایل مقتضی دال بر اینکه تعقیب فرد مورد نظر در چارچوب منافع عدالت نمی‌باشد»<sup>۲</sup> توجه کند؛ به این معنا که

1. Augusto Pinochet.  
2. Rome Statute Art. 53(1)(c).

جهت اعتباربخشی یا سلب اعتبار از عفو یا بخشودگی‌هایی که بعد از محاکمه در یک دادگاه ملّی به فرد اعطا شده است یا عفو‌هایی که توسط کمیسیون‌های حقیقت‌یاب اعطا گردیده‌اند و با اتکا به این عفو‌ها، فرد مورد نظر در مواجه شدن با محاکمه در دیوان کیفری بین‌المللی به قاعده منع محاکمه مجدد جهت مصونیت از مجازات استناد می‌کند، دیوان فرای محدودیت‌های موجود در بند ۳ ماده ۲۰ برای اعمال قاعده منع محاکمه مجدد، با عنایت به ماده ۵۳ اساسنامه رم می‌تواند تصمیم بگیرد که حسب مورد، به عفو مورد استناد مشروعیت بخشد یا از آن مشروعیت‌زدایی کند و در نتیجه، صلاحیت تکمیلی خود را برای تعقیب و محاکمه و مجازات اعمال کند (Bisset, 2012: 109-110)؛ چرا که بند ۱ و قسمت «ج» از ماده ۵۳ اساسنامه دیوان بیان می‌دارد:

۱. دادستان موظف است پس از بررسی و ارزیابی اطلاعات که در دسترس او قرار می‌گیرد شروع به تحقیق نماید مگر اینکه تشخیص دهد مطابق این اساسنامه دلایل قانع‌کننده‌ای برای اقدام وجود ندارد. به منظور اتخاذ تصمیم درباره شروع به تحقیق، دادستان باید مراتب ذیل را مدنظر قرار دهد:

ج) به رغم اهمیت جرم و منافع مجنی‌علیه، دلایل مقتضی وجود دارد که شروع به تحقیق در راستای منافع عدالت نیست.

بنابراین چه‌بسا تعقیب و محاکمه فردی که کمیسیون حقیقت‌یاب وی را مورد عفو قرار داده است، از سوی دیوان، در راستای منافع عدالت نباشد.

مزیت و امتیاز این رویکرد این است که انعطاف‌پذیری قابل توجهی را برای دادسرای دیوان فراهم می‌کند و اجازه می‌دهد که درباره هر پرونده و موضوعی بر اساس ملاحظات و وقایع خاص خودش و همچنین بر اساس محیط و شرایط سیاسی، قانونی و فرهنگی که پرونده را احاطه کرده‌اند، تصمیم‌گیری شود. همچنین این دیدگاه به طور اجتناب‌ناپذیری قدرت و اختیار قابل توجهی را درباره موضوعاتی که از حساسیت و اهمیت زیادی برخوردارند، به دیوان می‌دهد و این قدرت را برای دیوان فراهم می‌کند که تصمیماتی را که در چارچوب عدالت انتقالی (از جمله عفو‌هایی که به عنوان یکی از سازوکارهای عدالت انتقالی، کمیسیون‌های حقیقت‌یاب تحت شرایطی



به جنایتکاران بین‌المللی اعطا می‌کنند) توسط دولتی که بیشترین ارتباط را با جرایم ارتكابی دارد اتخاذ شده است با استناد به بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه بی‌اعتبار بدانند یا با استناد به بند ۱ ماده ۵۳ تأیید کند.

بنابراین در مجموع در پاسخ به این سؤال که چنانچه یک مجرم بین‌المللی از سوی یک کمیسیون حقیقت‌یاب مورد عفو قرار بگیرد، آیا دیوان با در نظر گرفتن قاعده منع محاکمه مجدد می‌تواند صلاحیت تکمیلی خود را اعمال و فرد مورد نظر را تعقیب، محاکمه و مجازات کند یا خیر، می‌توان گفت که در این زمینه دو رویکرد وجود دارد:

۱. دیدگاهی که صرفاً بر تأمین منافع عدالت کیفری تأکید دارد؛
  ۲. دیدگاهی که در کنار منافع عدالت کیفری، به منافع صلح، آشتی و امنیت ملی و بین‌المللی نیز توجه می‌کند.
- در همراهی با رویکرد دوم، یکی از قضات کنونی دیوان کیفری بین‌المللی<sup>۱</sup> می‌نویسد:

هرچند کمیسیون‌های حقیقت‌یاب، خارج از نظام عدالت کیفری عمل می‌کنند و نهادهایی شبه قضایی هستند و از این رو تصمیمات و رسیدگی‌هایشان مصداق حکم<sup>۲</sup> و محاکمه<sup>۳</sup> مد نظر بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه رم نمی‌باشد، اما عموماً عفوهای صادره توسط این کمیسیون‌ها هدف مصون‌سازی مجرمان بین‌المللی را از تعقیب کیفری دنبال نمی‌کنند، بلکه به عنوان جزئی از یک سیاست گسترده‌تر به دنبال احیا و برقراری صلح اجتماعی و آشتی ملی بعد از دوران گذار و انتقال‌های سیاسی هستند. علاوه بر آن، چنین عفوهای نتیجه تحقیقات و رسیدگی‌های یک کمیسیون مستقل می‌باشند (Wyngaert & Ongena, 2002: 727).

جان دوگارد<sup>۴</sup> نیز هرچند امکان استناد مجرمان بین‌المللی مورد تحقیق و عفو از سوی کمیسیون‌های حقیقت‌یاب را به بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه دیوان، با توجه به

---

1. Christine Van den Wyngaert.  
2. Judgment.  
3. Trial.  
4. John Dugard.

شبه قضایی بودن رسیدگی‌های این کمیسیون‌ها و در نتیجه تحقق نیافتن ضابطه «محاكمة توسط دادگاه دیگر» مشکل می‌داند، معتقد است در شرایطی که جامعه‌ای تصمیم به بررسی موشکافانه گذشته خود توسط یک کمیسیون حقیقت‌یاب گرفته است، مشروط بر اینکه ناقضان فاحش حقوق بشر آن جامعه، به طور کامل حقایق و جنایات خود را بازگو کنند و ارتکاب آن با انگیزه‌های سیاسی را نیز به اثبات رسانند، در این صورت دادستان دیوان می‌تواند با ملاحظه منافع قربانیان و شدت جرایم ارتكابی و با اعمال صلاحیت خود بر اساس ماده ۵۳ اساسنامه، از تعقیب آنان خودداری کند (Dugard, 2002: 703).

در نتیجه می‌توان گفت که دیوان کیفری بین‌المللی در تعقیب و محاکمه مرتکبان نقض‌های فاحش حقوق بشر که تحت لوای قوانین عفو یا بخشودگی به قاعده منع محاکمه مجدد استناد می‌نمایند، ميسوط‌اليد است، حتی اگر چنین عفوهای نتیجه تحقیقات و رسیدگی‌های کمیسیون‌های حقیقت‌یاب باشند. پاسخ به این مسئله پیچیده در ماده ۲۰ اساسنامه رم نهفته نیست، بلکه پاسخ آن را باید در قسمت سوم از بند اول ماده ۵۳ اساسنامه یافت؛ آنجا که دادستان می‌تواند در راستای منافع صلح، امنیت و اهداف عدالت انتقالی در مواجهه با عفوهای مشروط مورد تأیید جامعه جهانی و سازمان‌های بین‌المللی،<sup>۱</sup> از تعقیب و محاکمه مجرمان مشمول عفو کمیسیون‌های حقیقت‌یاب چشم‌پوشی کند.

اما با این حال با توجه به نبود رویه قابل استنادی از سوی دیوان در این موضوع پیچیده، باید به انتظار نشست که دیوان در رویارویی با چنین مسئله پیچیده‌ای کدام رویکرد را اتخاذ خواهد کرد.

۱. در برخی موارد، تشکیل کمیسیون‌های حقیقت‌یاب و اعطای عفو با مشارکت و تشویق نهادها و سازمان‌های بین‌المللی بوده است؛ برای مثال می‌توان به تشکیل کمیسیون حقیقت‌یاب آفریقای جنوبی با حمایت سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۵ اشاره کرد. تشکیل کمیسیون حقیقت‌یاب السالوادور در سال ۱۹۹۲ نیز با حمایت بین‌المللی شکل گرفت. همچنین می‌توان به نقش شورای امنیت در تأیید عفو صادره به موجب پیمان صلح هائیتی و مشارکت سازمان ملل متحد، سازمان کشورهای آمریکایی در اعطای عفو به موجب قانون عفو ۱۹۹۹ در پی توافق صلح سیرالئون اشاره کرد (برای آگاهی بیشتر ر.ک: گاورون، ۱۳۸۵: ۴۴).

## ۲-۳. بخشودگی مجرمان بین‌المللی بعد از محاکمه در دادگاه

پیشتر بیان شد<sup>۱</sup> که اگر عفو به موجب قانون، قبل از رسیدگی یا در جریان رسیدگی در یک دادگاه ملی (قبل از صدور حکم قطعی) اعطا شود، به هیچ وجه مانع اعمال صلاحیت تکمیلی و تعقیب و رسیدگی مجدد از سوی دیوان کیفری بین‌المللی نیست. اما دربارهٔ شخصی که قبلاً توسط دادگاهی ملی محکوم و حکم صادره ابلاغ شده است و پس از آن، مشمول بخشودگی واقع شده است، مسئله پیچیده می‌باشد.

واضح است که کوتاهی در اجرای مجازات مجرمان بین‌المللی که در سطح دادگاه‌های ملی تعیین شده است، موضوعی است که باید در اعمال قاعدهٔ منع محاکمهٔ مجدد ملاحظه شود. استفادهٔ محدود و مضیق از قاعدهٔ منع محاکمهٔ مجدد اجازه نمی‌دهد که دولت‌ها برای جلوگیری از اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی از طریق اجرا نکردن مجازاتی که در حکم دادگاه ملی آمده است، به قاعدهٔ منع محاکمهٔ مجدد استناد کنند. این موضوع یعنی کوتاهی در اجرای یک مجازات چه از طریق اعطای بخشودگی<sup>۲</sup> یا تخفیف مجازات<sup>۳</sup>

۱. شایان ذکر است که آنچه دربارهٔ قاعدهٔ منع محاکمهٔ مجدد بررسی شد، عفو عمومی بود. در ادامه، عمدتاً رابطهٔ این قاعده با بخشودگی بیان می‌گردد. توضیح آنکه عفو عمومی یا ملی ترجمه‌ای از واژهٔ amnesty می‌باشد اما بخشودگی یا عفو خصوصی ترجمه‌ای از واژهٔ pardon است. در بیان تفاوت‌های عفو و بخشودگی در دانشنامهٔ «جرم و عدالت» موارد زیر بیان شده است (Dressler, 2002: 56):  
- عفو در واقع تمایل به فراموشی یک جرم است، ولی بخشودگی به عنوان نوعی ترحم و دلسوزی خوانده می‌شود؛

- در حالی که بخشودگی تنها به یک شخص خاص و مدّ نظر اعطا می‌شود اما عفو به گروهی از افراد اعطا می‌گردد؛

- عفو ممکن است علاوه بر محکومان، به متهمان نیز اعطا شود اما بخشودگی تنها به محکومان تعلق می‌گیرد.

- عفو عمدتاً به عنوان ابزاری سیاسی در مسائل مهم ملی به کار می‌رود؛

- ردّ پای تاریخی عفو در سیستم حقوقی رومی - ژرمنی یافت می‌شود، آنجا که می‌توان گفت اولین عفو اعطاشده، عفو سیاسی در خلال جنگ‌های داخلی آتن در سال ۴۰۳ قبل از میلاد مسیح می‌باشد؛ اما بخشودگی از سیستم کامن‌لا نشئت می‌گیرد؛

- در بخشودگی، سابقهٔ کیفری از سجل کیفری فرد مورد بخشش پاک نمی‌شود، حال آنکه در عفو این گونه نیست.

2. Pardon.

3. Commutating a Sentence.

یا اعطای آزادی مشروط،<sup>۱</sup> به طور گسترده‌ای با مفهوم عدالت در تعارض می‌باشد. در مارس ۱۹۹۸ میلادی در کمیته مقدماتی تهیه پیش‌نویس اساسنامه رم، نمایندگان کشور پرتغال در تلاشی برای مورد توجه قرار دادن مسئله فوق، پیشنهاد دادند که دو استثنای دیگر به بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه اضافه شود. این دو پیشنهاد عبارت بودند از:

۱. مجازات تعیین شده به طور آشکاری متناسب با شدت جرم نمی‌باشد.
۲. به طور آشکاری حکم دادگاه بی‌اساس و مبتنی بر تعلیق اجرای حکم<sup>۲</sup> مجازات است یا مبتنی بر یک بخشودگی یا آزادی مشروط یا تخفیف مجازات می‌باشد.

این دو مقرر و استثنا به عنوان نوعی دخالت در حاکمیت و استقلال دولت‌ها تلقی شدند و بسیار پرمناقشه و بحث‌برانگیز بودند و همچنین مشکلات عملی را با توجه به وجود پیچیدگی‌هایی که از رویه‌های متفاوت کشورهای عضو در صدور حکم مجازات نشئت می‌گیرد به وجود آوردند. این دو استثنا در نهایت در پیش‌نویس نهایی آورده نشدند (Finaly, 2009: 240).

به عبارت دیگر، هنگام تهیه پیش‌نویس اساسنامه رم پیشنهاد شد که موضوع عفو همراه با بخشودگی و آزادی مشروط در اساسنامه قید شود و به دیوان اجازه داده شود فردی را که مورد عفو یا بخشودگی قرار گرفته و در واقع جریان دادرسی او به گونه‌ای طراحی شده است که از متهم در برابر تعقیب کیفری بین‌المللی محافظت کند، فرد مورد نظر را محاکمه کند. این پیشنهاد، بحث‌برانگیزترین بخش از مذاکرات درباره قاعده منع محاکمه مجدد بود که با مخالفت شدیدی در کنفرانس رم مواجه شد. هلمز در این باره چنین اظهار می‌دارد:<sup>۳</sup>

برخی از نمایندگان این گونه استدلال کردند که اساسنامه نباید به دیوان کیفری بین‌المللی اجازه دهد که در تصمیم حکومتی یا سیاسی یک دولت مبنی بر اعطای عفو یا بخشودگی در جریان دادرسی دخالت کند.

به بیان دیگر، کشورهای شرکت‌کننده در کنفرانس رم تأیید کردند که قاعده منع

1. Granting Parole.
2. Suspension of the Enforcement of a Decision.
3. Holmes.

محاكمه مجدد در موضوع عفوها اعمال گردد و فردی که مورد عفو قرار گرفته است مشمول این عبارت بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه رم که «توسط دادگاه دیگری محاکمه شده است» گردد (Majzub, 2002: 269).

درباره برداشت فوق مبنی بر اعمال قاعده منع محاکمه مجدد در فرض اعطای عفو پس از رسیدگی و محاکمه، یکی از حقوق دانان برجسته<sup>۱</sup> می‌گوید:

در پرونده‌ای که فردی به درستی و با رعایت ملاک‌های بین‌المللی پذیرفته شده برای دادرسی عادلانه و بی‌طرفانه، محاکمه و محکوم شده است اما بعداً بخشیده می‌شود، به نظر می‌رسد که دیوان کیفری بین‌المللی به طور همیشگی از مداخله و اعمال صلاحیت در آن موضوع ممنوع می‌گردد. این فرض دور از واقع نمی‌باشد؛ چرا که در اوایل دهه ۱۹۷۰ میلادی فردی به نام «ویلیام چالی»<sup>۲</sup> به دلیل یک قتل عام بی‌رحمانه در روستایی در ویتنام به نام «مای لای»<sup>۳</sup> به اتهام جرایم جنگی محکوم شد. عدالت کیفری در این مورد به وظیفه خود عمل کرد و وی طبق قانون به حبس ابد محکوم شد. اما بعد از آن، رئیس‌جمهور وقت آمریکا یعنی ریچارد نیکسون، دخالت کرد و او را پس از سپری شدن فقط مدت کوتاهی از حبسش بخشید<sup>۴</sup> (Schabas, 2011: 204).

با وجود این، نمی‌توان گفت که شکست نمایندگان در ذکر موضوع عفوها در بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه به عنوان استثنایی دیگر بر اعمال قاعده منع محاکمه مجدد، بدین معناست که دیوان به طور اجتناب‌ناپذیری از ورود به پرونده‌ای که فردی در آن محکوم به مجازات شده است اما سپس فوراً عفو شده است، ممنوع می‌باشد. اگر دولتی به طور کامل در اجرای مجازاتی که توسط دادگاه ملّی صادر شده است، کوتاهی کند، این مسئله ممکن است دلیلی باشد بر اینکه رسیدگی‌های انجام شده در واقع غیر واقعی<sup>۵</sup> و

1. William A. Schabas.

2. William Challey.

3. My Lai Village.

۴. برای نمونه‌ای در سطح قوانین ملّی کشورها همسو با نظر شبت می‌توان به بخش ۲۶(۲) از منشور حقوق کشور نیوزیلند اشاره کرد که مقرر داشته است: «هیچ فردی را که به موجب حکم قطعی تبرئه شده یا عفو گردیده است نمی‌توان برای همان جرم محاکمه یا مجازات کرد».

5. Sham trial.

صوری و نمایشی بوده‌اند. به عبارت دیگر نشان‌دهنده این است که رسیدگی‌های انجام‌شده طراحی شده‌اند تا فرد مورد نظر را از مسئولیت کیفری مصون دارند. بنابراین در این موضوع دیوان می‌تواند وی را بر اساس استثنای مذکور در قسمت «الف» و «ب» از بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه<sup>۱</sup> تعقیب کند. در چنین موضوعاتی، رسیدگی‌های کیفری که کاملاً و تماماً به شیوه‌ای مناسب آغاز شده‌اند، ممکن است که در اجرای مجازات عملاً به دادگاهی مبتنی بر فریب و حيله تبدیل شوند (Finaly, 2009: 241). در واقع، اجازه دادن به دولت‌ها که مجرمی بین‌المللی را با حربه اعطای عفو پس از محاکمه و تعیین مجازات و سپس استناد به قاعده منع محاکمه مجدد از تعقیب شدن توسط دیوان مصون نگاه دارند، نشان‌دهنده استهزا و بیهوده بودن عدالت کیفری بین‌المللی است و میزان اثرگذاری و کارایی دیوان کیفری بین‌المللی را تضعیف می‌کند. چنین مثالی نشان‌دهنده و ثابت‌کننده نیاز به برقراری نوعی توازن میان حق متهم مبنی بر مصون ماندن از محاکمه مجدد و منافع جامعه بین‌المللی در اجرای مؤثر عدالت کیفری می‌باشد.

یکی از قضات دیوان<sup>۲</sup> در تحلیلی متفاوت بر این باور است که بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه رم صرفاً درباره شیوه‌های نادرست «هنگام رسیدگی دادگاه و یا در انتهای آن» می‌باشد<sup>۳</sup> اما درباره اقدامات غیر قابل پذیرش اتخاذی «بعد از رسیدگی دادگاه» و محاکمه مانند اعطای عفو یا عدم اجرای مجازات ساکت است. متأسفانه پاسخ به این مسئله به رغم پیشنهاد سازمان عفو بین‌الملل<sup>۴</sup> برای روشن‌سازی این موضوع در متن اساسنامه متروک مانده است. برای پاسخ به این موضوع دو شیوه وجود دارد. نخست اینکه تفسیری گسترده، موسع و البته نامتعارف از عبارت «رسیدگی‌ها»<sup>۵</sup> یا «جریان دادرسی» مذکور در بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه پذیرفته شود، به گونه‌ای که همه اقدامات غیر قابل پذیرش و مغایر با عدالت کیفری حتی پس از رسیدگی و محاکمه از جمله

---

1. Article 20(3)(a) of the Rome Statute.  
 2. Christine Van den Wyngaert.  
 3. '... unless the proceedings in the other court...'.  
 4. International Amnesty.  
 5. Proceedings.

اعطای عفو یا بخشودگی را نیز در بر گیرد. تنها در صورت پذیرش این تفسیر موسع می‌توان گفت که اعطای عفو یا بخشودگی در جرایم تحت صلاحیت دیوان پس از محاکمه و رسیدگی، محقق‌کننده ضابطه قسمت «الف» و «ب» از بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه دیوان خواهد بود و موجب اعمال صلاحیت تکمیلی دیوان می‌گردد؛ چرا که به وضوح چنین عفوی با هدف مصون‌سازی فرد محکوم از مسئولیت کیفری و مغایر با قصد اجرای عدالت و به معنای برگزاری یک محاکمه صوری و نمایشی می‌باشد. شیوه دوم اینکه این گونه استدلال کنیم که به طور کلی یک قاعده و عرف بین‌المللی وجود دارد که عفو جرایم بین‌المللی تحت صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی را ممنوع، بی‌ارزش و بی‌اعتبار می‌سازد و در نتیجه دیوان ملزم به تبعیت از این گونه عفوها از طریق اعمال قاعده منع محاکمه مجدد نمی‌باشد (Wyngaret & Ongena, 2002: 727).

اما در جمع‌بندی نظرات فوق و به عنوان راه حلی بینابین که هم تأمین‌کننده منافع عدالت باشد و هم منافع صلح و امنیت بین‌المللی، می‌توان گفت که با توجه به سکوت عامدانه ماده ۲۰ اساسنامه رم در موضوع عفو و بخشودگی که منجر به تشتت آرا و ارائه تفاسیر حقوقی متفاوتی شده است، تصمیم در این موضوع با التفات به قسمت «ج» از بند ۱ ماده ۵۳ اساسنامه، در دایره صلاحیت دیوان قرار می‌گیرد تا با بررسی و ارزیابی موردی شرایط و اوضاع و احوال خاص حاکم بر هر پرونده که به دیوان ارجاع می‌شود یا دادستان شخصاً تصمیم به تحقیق می‌گیرد و با در نظر گرفتن توأمان منافع صلح و عدالت،<sup>۱</sup> رویکردی مناسب و مقتضی در قبال اعمال یا عدم اعمال قاعده منع محاکمه مجدد در فرض اعطای عفو یا بخشودگی بعد از رسیدگی و محاکمه مرتکبان جرایم بین‌المللی در دادگاه‌های ملی اتخاذ کند. مزیت این رویکرد آن است که موجب می‌شود دیوان هنگام تصمیم‌گیری و اعمال صلاحیت تکمیلی خود، واقعیات و اقتضانات سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و امنیتی حاکم بر هر پرونده و در واقع هر کشور را مدنظر قرار دهد و انعطاف‌پذیری بیشتری داشته باشد.

1. Interests of Peace and Justice.

### ۳. چالش عفو و قاعده منع محاکمه مجدد در پرتو اولین رویه بین‌المللی

در ادامه، دور از فایده نیست که به یکی از آرای شعب فوق‌العاده دادگاه‌های کامبوج<sup>۱</sup> (صادره در ۳ نوامبر ۲۰۱۱) که در جریان آن متهم به ارتکاب جرایم بین‌المللی، به قاعده منع محاکمه مجدد به دلیل سبق محاکمه و برخورداری متعاقب وی از عفو استناد کرده بود، اشاره شود. این رأی از آن جهت مهم است که بازتاب‌دهنده اولین رویه بین‌المللی در موضوع عفو جرایم بین‌المللی و استناد به قاعده منع محاکمه مجدد می‌باشد و می‌تواند مورد توجه دیوان کیفری بین‌المللی در موارد مشابه قرار گیرد.

در این پرونده، یکی از متهمان فردی به نام «ساری»<sup>۲</sup> بود. وی در سال ۱۹۷۹ توسط یک دادگاه انقلابی مردمی<sup>۳</sup> در کشور آسیایی کامبوج به اتهام نسل‌کشی و برخی جرایم دیگر محاکمه و به مجازات اعدام و مصادره اموال محکوم شد. اما طبق گفته اکثریت ناظران، دادگاه وی صرفاً یک دادگاه نمایشی<sup>۴</sup> بود (Fichtelberg, 2015: 33). او بعدها در سال ۱۹۹۶ از سوی پادشاه کامبوج به نام «سیهانوک»<sup>۵</sup> مورد یک عفو سلطنتی<sup>۶</sup> به جهت مجازاتی که در دادگاه انقلابی سال ۱۹۷۹ به آن محکوم شده بود، قرار گرفت (Ibid.: 34). پس از تشکیل شعب فوق‌العاده دادگاه‌های کامبوج که

#### 1. Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia or ECCC.

شعب فوق‌العاده دادگاه‌های کامبوج، دادگاهی است «بین‌المللی شده و تلفیقی» یا به عبارت دیگر دادگاهی است ملی با خصیصه‌های بین‌المللی که در کشور کامبوج و با همکاری سازمان ملل متحد به منظور رسیدگی به جرایم بین‌المللی ارتكابی توسط حزب خمرهای سرخ بین سال‌های ۱۹۷۵ تا ۱۹۷۹ که قدرت سیاسی را در این کشور به دست گرفته بودند، در سال ۲۰۰۳ تشکیل شده است. (Bellelli, 2010: 143).

#### 2. IENG Sary.

«ساری» یکی از رهبران و اعضای بلندپایه حزب خمرهای سرخ و وزیر امور خارجه کامبوج از سال ۱۹۷۶ تا ۱۹۷۹ بود که در مارچ ۲۰۱۳ قبل از اینکه رسیدگی به اتهامات جنایت علیه بشریت و نسل‌کشی او در شعب فوق‌العاده دادگاه کامبوج به صدور رأی قطعی مبنی بر محکومیت منجر گردد، درگذشت (برای مطالعه بیشتر در این باره ر.ک: <<http://www.eccc.gov.kh/en/indicted-person/ieng-sary>>).

#### 3. People's Revolutionary Tribunal.

#### 4. Show Trial.

#### 5. King Sihanuk.

#### 6. Royal Decree of 14 September 1996.



دادگاهی زیر نظر قواعد حقوق بین‌الملل است، وی مجدداً در سال ۲۰۰۷ تحت تعقیب و محاکمه به دلیل ارتکاب نقض‌های شدید حقوق بشر سابق قرار گرفت، اما همان‌گونه که بیان شد، متهم با اشاره به سبق محاکمه در سال ۱۹۷۹ و با استناد به قاعده منع محاکمه مجدد و عفو اعطایی به وی، دادگاه فوق‌العاده کامبوج را فاقد صلاحیت رسیدگی دانست. اما دادگاه سرانجام در رأی<sup>۱</sup> ۲۸ صفحه‌ای که در ۳ نوامبر ۲۰۱۱ میلادی صادر کرد، ضمن ردّ دفاعیات متهم، استدلال نمود که اولاً اعطای عفو در جرایم بین‌المللی بر خلاف تعهدات دولت‌ها به موجب معاهدات بین‌المللی متعدد مبنی بر لزوم تعقیب و محاکمه ناقضان فاحش حقوق بشر می‌باشد. ثانیاً با گرت‌برداری از ضابطه بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه رم، محاکمه «ساری» آشکارا با هدف مصون‌سازی او از مسئولیت کیفری و خلاف قصد اجرای عدالت کیفری می‌باشد؛ چرا که متهم در دادگاه انقلابی سال ۱۹۷۹ حضور نیافته و مجازات وی نیز هیچ‌گاه اجرا نشده است و ثالثاً دادگاه انقلابی - مردمی مذکور با توجه به بی‌طرف و مستقل نبودنش، یک «دادگاه» به آن معنا که در اعمال قاعده منع محاکمه مجدد مورد نظر می‌باشد، نیست و مطابق ملاک‌های بین‌المللی نبوده و در نتیجه با فقدان معیار «محاکمه توسط دادگاه دیگر»، استناد به قاعده منع محاکمه مجدد در این مورد موجه نیست (The Prosecutor v. IENG Sary, 2011: Para. 20-21) و در نتیجه رسیدگی به جرایم «ساری» در صلاحیت شعب فوق‌العاده دادگاه کامبوج می‌باشد.

برخی از استدلال‌های چندگانه و مفصل مذکور در رأی این دادگاه در ردّ عفو اعطایی و امکان استناد به قاعده منع محاکمه مجدد به شرح زیر است:

۱. بخشودگی و عفو جرایم بین‌المللی مانند نسل‌کشی، جرایم علیه بشریت و نقض شدید کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، بر اساس حقوق بین‌الملل بی‌اعتبار می‌باشند و شعب فوق‌العاده دادگاه‌های کامبوج را محدود نمی‌کنند. دادگاه فوق‌العاده کامبوج که یک «دادگاه بین‌المللی شده»<sup>۲</sup> با قدرت و اختیار اعمال مستقیم قواعد حقوق بین‌الملل

1. ECCC, The Prosecutor V. IENG Sary, Case No.002/19-09-2007/ECCC/TC, 3 November 2011.

2. Internationalized Court.

می‌باشد، بر اساس حقوق بین‌الملل متعهد است که از عفو جرایم بین‌المللی صرف‌نظر از اعتبار و تطابقش با حقوق اساسی حمایت نکند. همچنین یک هنجار بین‌المللی رو به گسترش، عفو جرایم نقض شدید حقوق بشر را ممنوع می‌سازد و دادگاه فوق‌العاده کامبوج متعهد است که از طریق مبارزه با مصون‌سازی ارتکاب این جرایم، از تعهدات ملل متحد پاسداری نماید (Ibid.: Para. 17).

۲. عفو جرایم بین‌المللی در تعارض با تعهدات بین‌المللی دولت‌ها در تعقیب و مجازات جنایات حقوق بشری می‌باشد (Ibid.: Para. 18).

۳. بخشودگی و عفو به متهم این پرونده اجازه می‌دهد که از مسئولیت کیفری بگریزد که این امر با حقوق به رسمیت شناخته‌شده بین‌المللی قربانیان نقض‌های حقوق بشری مبنی بر جبران مؤثر خسارت‌ها<sup>۱</sup> و حق دسترسی کامل قربانیان به حقیقت<sup>۲</sup> در تعارض است (Ibid.: Para. 18).

۴. یک قاعده معاهداتی<sup>۳</sup> و عرف بین‌المللی،<sup>۴</sup> تعقیب جرایم بین‌المللی را ضروری می‌داند و عفو این جنایات را ممنوع می‌کند (Ibid.: Para. 37).

۵. معاهدات بین‌المللی مانند کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو (۱۹۴۹)، کنوانسیون نسل‌کشی و کنوانسیون مبارزه با شکنجه، کشورهای عضو را به تعقیب جرایم بین‌المللی معین موظف می‌کند که کشور کامبوج عضو این معاهدات بین‌المللی است (Ibid.: Para. 38).

### نتیجه‌گیری

چنانچه مرتکبان جرایم بین‌المللی از طریق تصویب قوانین ملی یا از رهگذر اختیارات کمیسیون‌های حقیقت‌یاب، مقامات بلندپایه سیاسی یا دادگاه‌های ملی و به منظور گریز از عدالت و مسئولیت کیفری بین‌المللی، مورد عفو یا بخشودگی قرار گیرند و پس از

---

1. Right to Remedy.  
 2. Right to Full Truth.  
 3. Treaty Rule.  
 4. Customary Rule.

آن در رویارویی با صلاحیت تکمیلی دیوان کیفری بین‌المللی و شروع به تحقیق و تعقیب از سوی این نهاد حقوقی، به بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه دیوان درباره قاعده منع محاکمه و مجازات مجدد استناد نمایند، این قاعده در اغلب موارد به ویژه آنجا که این عفوها مطلق هستند، موجب مصونیت آنان از تعقیب و محاکمه از سوی دیوان کیفری بین‌المللی نمی‌گردد.

البته باید اذعان نمود که بحران‌ها و واقعیات مخاطره‌آمیز و پیرامونی ما در سطح جهانی و لزوم توجه بیشتر به منافع صلح و امنیت و مفاهیمی چون عدالت ترمیمی در کنار منافع عدالت کیفری و همچنین تبلور تجربه موفق‌ی چون الگوی آفریقای جنوبی، ما را به این واقعیت رهنمود می‌نماید که گاه می‌باید در راستای منافع صلح و امنیت ملی و بین‌المللی و تحقق اهداف عدالت انتقالی و البته تحت شرایطی و به طور استثنا، اعطای عفو به مجرمان بین‌المللی از رهگذر کمیسیون‌های حقیقت‌یاب را تأیید کرد و به رسمیت شناخت؛ چرا که گاهی عفو و بخشش مشروط، به عنوان سازوکاری برای فراموشی و عبور از گذشته، کاهش حس انتقام و کینه در افراد متأثر از ارتکاب جنایات بین‌المللی و نیز برقراری پلی به سوی آینده‌ای توأم با صلح، آرامش و آشتی ملی در جوامع انتقالی، بهتر می‌تواند منافع عدالت را به معنای موسع آن تأمین کند تا کیفر و سزادهی به عنوان محرک چرخه همیشگی و باطل خشونت و انتقام.

در راستای تحقق این هدف و ورای محدودیت‌های ماده ۲۰ اساسنامه رم، قسمت «ج» از بند ۱ ماده ۵۳ اساسنامه - آنجا که شروع به تعقیب در راستای منافع عدالت نیست، راهکار و پاسخی است که می‌تواند دایره تصمیمات دیوان کیفری بین‌المللی را در رویارویی با چنین عفوهای گسترده کند. افزون بر این، مسکوت گذاردن عامدانه اساسنامه دیوان در موضوع عفو و جایگزین‌های مسئولیت کیفری از جمله کمیسیون‌های حقیقت‌یاب از سوی نمایندگان حاضر در اجلاس رم، خود می‌تواند مهر تأییدی بر کارکرد دوگانه نهاد عفو و لزوم تفکیک آن در چهارچوب صلاحدید دادستان دیوان باشد؛ کارکرد دوگانه‌ای که گاه خلاف منافع عدالت و گاه حافظ منافع صلح و امنیت است.

## کتاب‌شناسی

۱. پوریافرانی، حسن، *حقوق جزای بین‌الملل*، تهران، جنگل، ۱۳۸۷ ش.
۲. حبیب‌زاده، محمدجعفر و محمدعلی اردبیلی و مجتبی جانی‌پور، «قاعده منع محاکمه و مجازات مجدد در حقوق کیفری بین‌المللی»، *فصلنامه مدرس علوم انسانی*، شماره ۴۱، ۱۳۸۴ ش.
۳. زحمتکش، امین، *مبانی و جایگاه عضو ملی در جرایم بین‌المللی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه گیلان، ۱۳۹۴ ش.
۴. قربان‌نیا، ناصر، *حقوق بشر و حقوق بشردوستانه*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷ ش.
۵. گاورون، جسیکا، «عفو در پرتو تحولات حقوق بین‌الملل و تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی»، ترجمه علیرضا ابراهیم گل، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۴۴، ۱۳۸۵ ش.
6. Ambos, Kai & Judith Large & Marieke Wierda, *Building a Future on Peace and Justice*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2009.
7. Bellelli, Roberto, *International Criminal Justice: Law and Practice from the Statute to Its Review*, Ashgate Publishing Company, 2010.
8. Bisset, Alison, *Truth Commissions and Criminal Courts*, Cambridge University Press, 2012.
9. Bois-Pedain, Antje du, *Transitional Amnesty in South Africa*, Cambridge University Press, 2007.
10. Bruke-White, William W., "Reframing Impunity: Applying Liberal Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation", *Harvard International Law Journal*, Vol. 42, No. 2, 2001.
11. Cryer, Robert & Hakan Friman & Darryl Robinson & Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2<sup>nd</sup> Edition, Cambridge University Press, 2010.
12. Dressler, Joshua, *Encyclopedia of Crime and Justice*, Vol. 1, New York, Macmillan Reference USA, 2002.
13. Dugard, John, "Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions", in: *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Ed. by: Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D. Jones, Vol. 2, Oxford University Press, 2002.
14. Fichtelberg, Aaron, *Hybrid Tribunals: A Comparative Examination*, Springer, 2015.
15. Finaly, Lorraine, "Does the International Criminal Court Protect against Double Jeopardy: An Analysis of the Article of 20 of the Rome Statute", *University of California Davis Law Review*, Vol. 15:2, 2009.
16. Freeman, Mark, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge University Press, 2009.
17. Jeffery, Renée, *Amnesties, Accountability and Human Rights*, University of Pennsylvania Press, 2014.

18. Keller, Linda M., "The False Dichotomy of Peace Versus Justice and the International Criminal Court", *Hague Justice Journal*, Vol. 3, No. 1, 2008.
19. Landsman, Stephan, "Alternative Responses to Serious Human Rights Abuses: Of Prosecution and Truth Commission", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, No. 4, 1997.
20. Lutz, Ellen L. & Caitlin Reiger, *Prosecuting Heads of State*, Cambridge University Press, 2009.
21. Majzub, Diba, "Peace or Justice? Amnesties and The International Criminal Court", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 3, 2002.
22. Mallinder, Louise, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, 2008.
23. Mobekk, Eirin, *Transitional Justice in Post-Conflict Societies: Approaches to Reconciliation*, Available at: <<http://www.bmlv.gn.pdf>>, 2005.
24. Novak, Andrew, *The International Criminal Court: An Introduction*, Springer International Publishing, 2015.
25. O'Shea, Andreas, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Kluwer Law International, 2002.
26. Robinson, Darryl, "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commission and the International Criminal Court", *European Journal of International Law (EJIL)*, Vol. 14, No. 3, 2003.
27. Roht-Arriaza, Naomi & Lauren Gibson, "The Developing Jurisprudence on Amnesty", *Human Rights Quarterly*, 20:4, The Johns Hopkins University Press, 1998.
28. Roht-Arriaza, Naomi, *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, 1995.
29. Sadat, Leila Nadya, "Exile, Amnesty and International Law", *81 Notre Dame L. Rev.* 955, 2006.
30. Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, 4<sup>th</sup> Ed., Cambridge University Press, 2011.
31. Thakur, Ramesh & Peter Malcontent, *From Sovereign Impunity to International Accountability: The Search for Justice in a World of States*, United Nations University Press, 2004.
32. The Prosecutor v. IENG Sary, Case No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 3 November 2011.
33. The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Case No. ICC-01/09-02/11, 10 February 2014.
34. Tutu, Desmond, *No Future without Forgiveness*, New York, Doubleday, 1999.

35. Waldorf, Lars, "Mass Justice for Mass Atrocity: Rethinking Local Justice as Transitional Justice", *Temple Law Review*, Vol. 79, No. 1, 2006.
36. Wyngaert, Christine Van den & Tom Ongena, "Ne Bis in Idem Principle, Including the Issue of Amnesty", in Cassese, Gaete, Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Vol. 2, Oxford University Press, 2002.

# پیشگیری از جرم پول شویی

## در نظام پولی و بانکی \*

- سیدحسین حسینی<sup>۱</sup>
- افشین آذری متین<sup>۲</sup>

### چکیده

بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، مرکز اصلی مبادلات پولی شناخته می‌شوند و اتخاذ تدابیر مناسب پیشگیرانه، از ورود پول‌های کثیف به نظام پولی و بانکی اهمیت به‌سزا دارد. برای دستیابی به این مهم، لازم است در مرحله اول بانک مرکزی نظارت مؤثری بر تأسیس بانک‌ها و مؤسسات مالی و اجرای مقررات ضد پول‌شویی داشته باشد. با توجه به جایگزینی بانکداری الکترونیکی به جای بانکداری سنتی و کاغذی، شایسته است سیستم بانکی برای شناسایی تراکنش‌های بانکی مشکوک به پول‌شویی، فناوری‌های پیشگیرانه‌ای به کار بندد و سامانه‌های پرداخت مجهز به روش‌های کنترلی دقیق را در سامانه خدمات بانکی تعبیه نماید. گام بعدی رعایت ضوابط و دستورالعمل‌های سیستم بانکی برای پیشگیری از جرم پول‌شویی است؛ مانند ضوابط احراز هویت، طبقه‌بندی اشخاص، تعیین

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۱/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۲/۲۷.

۱. استادیار دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول) (shosseini@um.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی (azarimatin@gmail.com).

سطح فعالیت مشتریان بانک، روابط کارگزاری با سایر بانک‌ها.  
**واژگان کلیدی:** جرم پول‌شویی، معاملات مشکوک، بانک مرکزی، بانکداری  
 الکترونیکی، پیشگیری.

### مقدمه

جرایم اقتصادی به شیوه‌های متفاوت نظام اقتصادی را هدف قرار می‌دهند. تنوع این جرایم نیز به طور عمده با این شیوه‌ها مرتبط است. جرم‌انگاری پول‌شویی یکی از پیامدهای متنوع جرایم اقتصادی به شمار می‌رود. یکی از ویژگی‌های اساسی در تمام جرایم اقتصادی (ر.ک: ابراهیمی، صادق‌نژاد نائینی، ۱۳۹۲: ش ۱۵۵/۵) ارتباط آن با نظام پولی و بانکی است، به طوری که بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری را مرکز شست‌وشوی پول‌های نامشروع قرار داده است. از این رو، فرایند پول‌شویی در نظام پولی و بانکی یکی از گزینه‌های اصلی مرتکبان جرم پول‌شویی است. این فرایند می‌تواند تأثیر بسیار منفی و گاه جبران‌ناپذیری را بر نظام پولی و ارزی بگذارد. بر این اساس، قانون‌گذار طبق بند «الف» ماده ۱ قانون مجازات اخلاص‌گران در نظام اقتصادی کشور، مصوب ۱۳۶۹ ش. یکی از دلایل اصلی اخلاص در نظام اقتصادی کشور را مشکلات نظام پولی و ارزی دانسته است. در اینجا پرسش مهم آن است که نظام پولی و ارزی که هسته اصلی شبکه حفاظت از سیستم مالی شمرده می‌شود، چگونه می‌تواند مانع تحقق جرم پول‌شویی گردد؟ در این مقاله سه راهکار اصلی را که در سیستم بانکی کشور برای پیشگیری از این معضل اتخاذ شده است، بررسی می‌کنیم. این سه راهکار عبارت‌اند از: کنترل بیرونی از طریق بانک مرکزی، استفاده از سامانه‌های نظارتی در بانکداری الکترونیکی، و تصویب آیین‌نامه‌های مورد نیاز و ابلاغ آن‌ها به سیستم بانکی. در ادامه مقاله، هر یک از این راهکارها را به تفصیل بررسی می‌کنیم.

## ۱. نظارت بانک مرکزی در پیشگیری وضعی از پول‌شویی

بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران موظف است بر فعالیت بانک‌ها و همسویی آن‌ها با رهنمودهای قانونی و استانداردهای اساسی نظارت کامل داشته باشد. از این رو، دو اداره «نظارت بر بانک‌ها و مؤسسات اعتباری» و «مقررات، مجوزهای بانکی و مبارزه



با پول‌شویی» زیر نظر معاون نظارت بانک مرکزی مشغول فعالیت‌اند.<sup>۱</sup> ضمانت اجرای تخلف از مقررات نظارتی بانک مرکزی نیز در ماده ۴۴ قانون پولی و بانکی کشور و تبصره ۲ ماده ۹۶ قانون برنامه پنجم مشخص شده است: سلب صلاحیت حرفه‌ای، لغو مجوز،<sup>۲</sup> و محکومیت متخلفان فعال در حوزه پولی به پرداخت جریمه.

اقدامات پیشگیرانه بانک مرکزی را در سه مرحله می‌توان خلاصه کرد: الف) اطلاع‌رسانی عمومی درباره تمام قوانین، آیین‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها و بخشنامه‌های مربوط به پول‌شویی. طبق قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات سال ۱۳۸۸ ش. مؤسسات عمومی موظف‌اند با هدف احترام به حقوق شهروندی اطلاعاتی را که نفع عمومی دارند، در اختیار مردم بگذارند. بانک مرکزی در این مرحله، فهرست مؤسسات و بانک‌هایی را که به آن‌ها مجوز داده است،<sup>۳</sup> منتشر می‌کند تا از وقوع جرایم پولی و بانکی جلوگیری نماید؛<sup>۴</sup> زیرا مؤسسات بی‌مجوز، محل مناسبی برای اختفای فعالیت‌های پول‌شویی‌اند.

ب) بررسی شرایط مؤسسات اعتباری در زمان تأسیس.<sup>۵</sup> بنابراین صاحبان این گونه مؤسسات نباید سابقه محکومیت کیفری مؤثر، بدهی بانکی، چک برگشتی و بدهی مالیاتی

۱. بند «ب» ماده ۱۱ قانون پولی و بانکی کشور ۱۳۵۱، بند «الف» ماده واحده قانون اجازه تأسیس بانک‌های غیر دولتی ۱۳۷۹ ش. و بندهای «ج» و «د» ماده ۹۷ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران ۱۳۸۹ ش.

۲. طبق بند «د» ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور، بانک‌هایی که برخلاف قانون و دستورات بانک مرکزی یا اساسنامه خود رفتار کنند بنا به پیشنهاد رئیس کل بانک مرکزی و تأیید شورای پول و اعتبار و تصویب هیئت مرکب از رئیس جمهور و وزیر اقتصادی و دارایی و رئیس قوه قضاییه، اداره امور آن به بانک مرکزی واگذار یا اجازه تأسیس آن لغو می‌گردد.

۳. مواد ۱۸ و ۲۰ ضوابط سیاستی نظارتی شبکه بانکی در سال ۱۳۸۸ ش. مندرج در روزنامه رسمی شماره ۱۸۶۷۳/۱/۲۶/۱۳۸۸ نیز به ضرورت اخذ مجوز از بانک مرکزی اشاره کرده است.

۴. ماده ۸ آیین‌نامه اجرایی قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی و بند «ب» ماده ۴۲ قانون پولی و بانکی کشور راجع به جرم‌انگاری و تعیین کیفر برای اشتغال بدون مجوز به بانکداری می‌باشد.

۵. طبق ماده ۹ آیین‌نامه نحوه تأسیس و اداره مؤسسات اعتباری غیر دولتی، اشخاصی که به منظور اخذ مجوز تأسیس مؤسسه اعتباری، اطلاعات کذب یا جعلی ارائه نماید، بانک مرکزی ضمن اینکه مجوز آن‌ها را لغو می‌کند و از مراجع قضایی تقاضای تعقیب کیفری می‌نماید، این اشخاص از تأسیس نهادهای تحت نظارت بانک مرکزی تا ۱۰ سال نیز محروم می‌شوند.

داشته باشند<sup>۱</sup> و نیز باید مستندات مربوط به منشأ تأمین سرمایه اولیه (چهار هزار میلیارد ریال) را داشته باشند. اعضای هیئت مدیره هم علاوه بر حسن شهرت باید تحصیلات کارشناسی و صلاحیت تخصصی لازم را داشته باشند. بانک مرکزی به این مؤسسات غیر دولتی اجازه نمی‌دهد که اداره آن‌ها به صورت خانوادگی انجام شود و ترکیب سهام‌داران یکدست باشد.<sup>۲</sup> بر این اساس، اشخاص حقیقی حداکثر ۱۰ درصد و حداقل ۵ درصد می‌توانند سهام داشته باشند و اگر خانواده‌ای سهام داشته باشد، مجموع سهام نباید به گونه‌ای باشد که بیش از یک عضو در هیئت مدیره داشته باشند.<sup>۳</sup>

ج) نظارت بر فعالیت‌های مؤسسات اعتباری بعد از اخذ مجوز و در حین فعالیت.<sup>۴</sup> بازرسان بانک مرکزی در نظارت کلی خود، اجرای تعهدات و استانداردهای ضد پول‌شویی را در مؤسسات اعتباری ارزیابی می‌کنند و از طریق حسابرسی داخلی اطمینان می‌یابند که بانک با تأسیس شرکت‌های بزرگ یا تشکیلات موازی بانکداری مثل صرافی یا خرید غیر منقول، در فعالیت‌های پول‌شویی مبادرتاً دخالتی ندارد. همچنین بانک مرکزی تراکنش‌های مالی مشکوک را به صورت موردی پایش مستمر می‌کند.<sup>۵</sup>

تحلیل جرم‌شناختی مدل پیشگیری از جرم پول‌شویی توسط بانک مرکزی، جرم‌شناسی مبتنی بر علیت را تأیید نمی‌کند؛ چون این روش بدون توجه به فرایند علمی

۱. ماده ۱۸۰ آیین‌نامه نحوه تأسیس و اداره مؤسسات اعتباری غیر دولتی.
۲. بر اساس ماده ۱۹ و ۹۰ آیین‌نامه نحوه تأسیس و اداره مؤسسات اعتباری غیر دولتی، سقف مجاز تملک سهام در مؤسسات اعتباری برای اشخاص حقیقی و حقوقی محدود شده است، به طوری که باعث نفوذ و کنترل مؤثر یک شخص یا گروه نسبت به یک بانک نگردد. چنین دیدگاهی رویکرد پیشگیرانه دارد و باعث نظارت مالکان نسبت به یکدیگر می‌شود.
۳. به منظور تفکیک وظایف نظارتی از وظایف اجرایی و نظارت هیئت مدیره نسبت به عملکرد مدیرعامل، طبق جلسه شماره ۱۱۲۹ مورخ ۱۳۹۰/۷/۱۲ ش. شورای پول و اعتبار، تصدی همزمان پست مدیرعامل و ریاست هیئت مدیره برای یک نفر، در بانک‌های خصوصی و بانک‌های دولتی خصوصی شده ممنوع است.
۴. طبق ماده ۹۲ آیین‌نامه نحوه تأسیس و اداره مؤسسات اعتباری غیر دولتی، تمام بانک‌ها و مؤسسات اعتباری مکلف‌اند اطلاعات و آمار درخواستی بانک مرکزی را در اختیار قرار دهند.
۵. علاوه بر تکالیف ذکر شده طبق قانون ۴۸ آیین‌نامه قانون مبارزه با پول‌شویی، بانک مرکزی مکلف است به منظور احراز صحت اسناد و اطلاعات افراد، نسبت به راه‌اندازی سامانه اطلاعات مشتریان شامل اطلاعات حساب‌ها و تسهیلات، چک برگشتی، اظهارنامه مالیاتی، محکومیت‌ها و سفته‌های واخواستی و اطلاعات سجلی اقدام نماید.

شکل‌گیری پدیده مجرمانه پول‌شویی، مبادرت به طراحی یک مدل پیچیده کنترل می‌کند و از واقعیت این پدیده مجرمانه به مثابه یک محصول تعامل علل شخصی (فردی)، محیطی و وضعی غافل می‌ماند. به نظر می‌رسد گزینه بانک مرکزی در پیشگیری از جرم پول‌شویی با شاخص‌های مدل کنترل اجتماعی که متعاقب جرم‌شناسی بالینی شکل می‌گیرد، هماهنگی معناداری داشته باشد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۸: ۷۱۹). بنابراین و با توجه به یکی از انواع پیشگیری غیر کیفری که بحث پیشگیری وضعی را مطرح می‌نماید و نیز با توجه به این امر که در پیشگیری وضعی اندیشه کنترل و به حداقل رسانیدن فرصت‌های مجرمانه اهمیت دارد (حسینی و ملازمیان، ۱۳۹۴: ۶۷/۱) می‌توان نقش بانک مرکزی را به عنوان یک نهاد نظارتی در پیشگیری وضعی از جرایم پول‌شویی در حوزه بانکی تبیین نمود.

## ۲. پیشگیری فنی از پول‌شویی در بانکداری الکترونیکی

روش ارتکاب پول‌شویی در بانکداری الکترونیکی با بانکداری سنتی متفاوت است. در بانکداری الکترونیکی حجم زیادی از پول به سرعت جابه‌جا می‌شود و نیاز به حمل فیزیکی پول نیست. مشتری بانک نیز می‌تواند در محل شعبه بانک حاضر نشود. بنابراین فضای مجازی این امکان را فراهم نموده است که نقل و انتقال کنندگان پول گمنام باقی بمانند. در بانکداری جدید در زمان کوتاهی انتقالات پیاپی انجام می‌شوند. مبالغ درشت به واحدهای کوچک‌تر تقسیم می‌شوند، حساب‌های واسط متعددی درگیر می‌شوند و نهایتاً وجوه به حساب‌های مورد نظر پول‌شویان منتقل می‌شوند تا به عنوان درآمدهای مشروع معرفی شوند. از طرف دیگر، بانکداری الکترونیکی فرصتی را فراهم کرده است تا بزهکاران با سوءاستفاده از ماشینی شدن بانکداری، مرتکب جرایم منشأ جدید پول‌شویی شوند و از این طریق به صورت غیر قانونی اقدام به تحصیل وجوه نمایند. هرکرا از طریق نقض تدابیر امنیتی به حساب‌های مشتریان بانک دسترسی می‌یابند و اقدام به انتقال وجوه می‌نمایند. در اصطلاح مهندسی معکوس، افراد به بهانه برنده شدن جایزه به سمت دستگاه‌های خودپرداز هدایت می‌شوند و با راهنمایی فردی که کلاهبردار می‌نماید، از طریق منوی انگلیسی و به دست خودشان، وجوه حسابشان

را به حساب مورد نظر فرد کلاهبردار منتقل می‌نمایند و یا در روش فیشینگ<sup>۱</sup> درگاه اینترنتی بانک شبیه‌سازی می‌شود و افرادی که قصد انجام عملیات بانکی را دارند، اطلاعات رمز و حساب خود را در این درگاه وارد می‌کنند. بدین سان اطلاعات اینان در دسترس فرد کلاهبردار قرار می‌گیرد. با اینکه بانکداری الکترونیکی شیوه‌های جدیدی برای ارتکاب جرم پول‌شویی و جرایم منشأ آن فراهم کرده است، تجهیزات فنی که درون سیستم بانکداری الکترونیکی تعبیه می‌شوند، از نوع پیشگیری فناوریانه محسوب می‌شوند و رصد کردن فعالیت‌های پول‌شویان را تسهیل می‌کنند. البته صرف نظر از ابهام در میزان شناسایی جرم پول‌شویی، این سیستم می‌تواند در مواردی به حریم خصوصی زندگی مالی آنان تعرض کند. از این رو، اسرار مالی هیچ کس در نظام پولی و بانکی مصون از افشا نخواهد بود (بارانی و افراسیابی، ۱۳۹۲: ۷۰۴/۲).

**۱-۲. چالش‌های سیستم بانکداری الکترونیکی در پیشگیری از پول‌شویی**  
در حال حاضر، سامانه متمرکز بانکی در بانک‌های کشور پیاده‌سازی نشده است. سیستم‌های به کار گرفته شده در بانک‌های مختلف هماهنگ نیستند و به صورت برخط<sup>۲</sup> و جزیره‌ای‌اند، هرچند فرایندهای پرداخت مشتریان را برخط نشان می‌دهند. بنابراین باید سیستم جامع قانونی نظارتی طراحی شود. لذا در بند ۲ ماده ۴۵ بسته سیاسی نظارتی بانک مرکزی سال ۸۷ و بند «الف» ماده ۴۹ قانون برنامه پنجم توسعه، تمام بانک‌ها برای حفظ یکپارچگی و سازگار بودن سیستم بانکداری، ملزم به استقرار سامانه بانکداری متمرکز گربینکینگ<sup>۳</sup> برای خدمات بانکی، مطابق استانداردهای بانک

۱. رمزگیری یا فیشینگ (Phishing) کنایه از ماهیگیری است که در آن ماهیگیر قلاب یا تور خود را در محیط‌هایی که طعمه‌های فراوانی برای صید وجود دارد یا در فضای مجازی در جایی که استانداردهای ایمنی به درستی مراعات نشده یا مشتری برای یک لحظه بی‌احتیاطی می‌کند، پهن می‌نماید. در این روش با ادعای قانونی بودن شرکت یا مؤسسه، از طرق مختلف از جمله رایانامه، از فرد خواسته می‌شود که شماره کارت اعتباری و یا سایر اطلاعات شخصی خود را ارائه نماید. با توجه به جعلی بودن عنوان و پایگاه اینترنتی مورد استفاده، بزهکاران حرفه‌ای از رمزگیری به عنوان مقدمه‌ای برای تحصیل وجه متعلق به دیگری استفاده می‌کنند (السان، ۱۳۹۲: ۱۹۷-۱۹۸).

- 2. Online.
- 3. Core banking.

مرکزی می‌باشند. از آنجا که سامانه بانکداری متمرکز یا گُربنکینگ پیاده‌سازی نشده است، امکان رصد و اعمال سیستم نظارتی کامل در شبکه بانکداری الکترونیکی وجود ندارد.<sup>۱</sup>

## ۲-۲. تدابیر پیشگیرانه فنی از پولشویی

برای پیشگیری الکترونیکی از پولشویی، ایجاد اصلاحات فنی و تخصصی در سامانه‌های بانکی و سیستم‌های تسویه مبادلات بانکی بانک مرکزی اجتناب‌ناپذیر است. از مهم‌ترین این اصلاحات، ایجاد محدودیت در سقف تراکنش‌های روزانه است. به رغم اینکه چنین محدودیتی از لحاظ مبلغ روزانه خرید یا دریافت و انتقال وجه پیش‌بینی شده است، نمی‌توان ادعا نمود که چنین محدودیتی مانع گسترش پولشویی است. در سیستم بانکی حجم عظیمی از داده‌های مالی وجود دارد که نیروی انسانی نمی‌تواند با روش‌های سنتی، آن‌ها را مدیریت و کنترل نماید. داده‌ها به تنهایی قابل استفاده نیستند بلکه دانش نهفته در داده‌ها قابل استفاده است. بنابراین بدون ابزاری هوشمند و داده‌محور نمی‌توان پرده از پولشویی برداشت. داده‌کاوی راه حلی برای این مسئله است که به استفاده از دانش نهفته در داده‌ها کمک می‌کند و امکان پیش‌بینی و تخمین فعالیت‌های مشکوک به پولشویی را فراهم می‌آورد. بدین منظور، بانک‌ها از نرم‌افزارهای ضد پولشویی (AML)<sup>۲</sup> استفاده می‌کنند و با آن به تحلیل داده‌ها و شناسایی تراکنش‌های مشکوک می‌پردازند. این نرم‌افزار، داده‌های حساب مشتریان را براساس انحرافات که حساب آن‌ها نشان می‌دهد طبقه‌بندی می‌کند. این انحرافات شامل برداشت مبالغ بالا یا افزایش ناگهانی سپرده بانکی است.

موضوع دیگری که در بانکداری الکترونیکی قابل بررسی است، چگونگی احراز هویت و ثبت کد ملی در نظام بانکی است؛ زیرا چه‌بسا برخی با افتتاح چندین حساب اقدام به پولشویی کنند. محدود کردن تعداد حساب‌های اشخاص یکی از عوامل

۱. به همین دلیل بانک‌ها مکلف‌اند در ساعات مقرر بانک مرکزی با یکدیگر تبادل و به روزرسانی داشته باشند. از مصادیق پردازش‌های دسته‌ای، عملیات Batch شبانه است که بانک‌ها برای به روزرسانی دفاتر حسابداری انجام می‌دهند.

2. Anti money laundering.

پیشگیرانه است. همچنین از جمله حساب‌هایی که در فعالیت‌های پول‌شویی استفاده می‌گردند حساب‌هایی هستند که با وجود شماره شناسایی نامعتبرند. در این حساب‌ها شخصی که مشخصات وی در بانک ثبت شده است، استفاده‌کننده حساب نیست. احتمالاً این حساب‌ها یا با همکاری عامدانه کارکنان بانک‌ها افتتاح شده‌اند و یا افرادی با استفاده از کارت‌های شناسایی ملی مفقودی یا سرقت‌شده به طور ماهرانه‌ای اقدام به افتتاح حساب به نام دیگران کرده‌اند.

در حال حاضر، بانک‌ها امکان تطابق چهره شخص با کارت شناسایی ارائه‌شده و اطلاعات موجود در ثبت احوال را از طریق سامانه‌ها ساها دارند، ولی همچنان امکان احراز هویت واقعی فراهم نیست. از این رو، ضروری است که هر چه سریع‌تر فناوری امضای الکترونیکی در کارت‌های شناسایی هوشمند پیش‌بینی شود. چنانچه هویت شخص بر اساس اطلاعات بیومتریک - مثل اثر انگشت که در کارت شناسایی تعبیه شده است - سنجیده شود، تمام حساب‌های جعلی با کد شناسایی غیر معتبر شناسایی خواهند شد و با مسدود کردن این گونه حساب‌ها امکان پول‌شویی محدود می‌شود.

البته طبق ماده ۱۶۹ مکرر قانون اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم ۱۳۹۴ ش. باید در سازمان امور مالیاتی، پایگاه اطلاعات هویتی، معاملاتی، مالی، سرمایه‌ای، بانکی، پولی و اعتباری مؤدیان مالیاتی ایجاد شود. بر اساس تبصره‌های ۴ و ۵ این ماده، ترتیب دسترسی دستگاه‌های اجرایی به اطلاعات موجود در این پایگاه را آیین‌نامه تعیین خواهد کرد که هنوز تصویب نشده است. بنابراین چنانچه امکان دسترسی بانک‌ها به اطلاعات سازمان امور مالیاتی، از طریق بانک مرکزی فراهم شود، علاوه بر اینکه در شناسایی دقیق مشتریان بانک‌ها مفید است، باعث می‌شود که بانک‌ها بتوانند تخمین درستی از سطح فعالیت مشتری و میزان درآمد او داشته باشند و به این ترتیب، انحرافات مالی مشکوک به پول‌شویی را شناسایی نمایند. از طرف دیگر، طبق قانون مزبور، امکان دسترسی سازمان مالیاتی به اطلاعات حساب‌های اشخاص وجود دارد. لذا چه بسا افرادی برای عدم شناسایی دارایی‌ها و فرار مالیاتی، وجوه خود را از بانک‌های مجاز به مؤسسات اعتباری غیر مجاز منتقل نمایند.

### ۳. اجرای مصوبات شوراهای تخصصی و نظام بانکی

همکاری ناخواسته بانک‌ها در به کارگیری درآمدِ فعالیت‌های نامشروع مخاطراتی دارد. بنابراین تدوین معیارهای ضد پول‌شویی، نقش کلی در تشویق استفاده از اصول اخلاقی برای تدوین اخلاق حرفه‌ای در میان بانک‌ها و دیگر مؤسسات مالی خواهد داشت. در حقیقت، اخلاق حرفه‌ای فرایند تفکر عقلانی است که هدف آن محقق کردن ارزش‌ها و چگونگی حفظ و عمل به آن‌هاست (کازمی علوم، ۱۳۹۲: ش ۲۰/۲۰۳).

گروه کاری اقدام مالی برای مبارزه با پول‌شویی<sup>۱</sup> و کمیته نظارت بانکی بال<sup>۲</sup> معیارها و شاخص‌هایی را برای ارزیابی و مؤثر بودن برنامه ضد پول‌شویی کشورها و نظارت بانکی مؤثر بیان کرده‌اند که کشورهای مختلف برنامه‌های ضد پول‌شویی با شرایط خاص خود را با این معیارها تطبیق می‌دهند.

در این خصوص، به موجب ماده ۴ قانون مبارزه با پول‌شویی، شورای عالی مبارزه با پول‌شویی مرکب از وزرای بازرگانی، اطلاعات، کشور و رئیس بانک مرکزی موضوع تصویب‌نامه شماره ۲۱۷۸۶۹/ت ۴۱۷۳۳ به عنوان کمیته تخصصی، اقدام به تدوین دوازده دستورالعمل مطابق با استانداردهای بین‌المللی نموده است.

در خصوص شناسایی مشتریان، تمام بانک‌ها، مؤسسات اعتباری غیر بانکی، تعاونی‌های اعتبار، صندوق‌های قرض‌الحسنه، شرکت‌های لیزینگ و... مکلف‌اند همه مشتریان اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی، ایرانی و خارجی را پس از شناسایی اولیه و کامل، بر اساس ریسک موقعیت شغلی طبقه‌بندی کنند و در صورت نیاز از طریق سامانه ساها (سامانه احراز هویت اشخاص) احراز هویت نمایند.

۱. یکی از اقدامات جهانی در سطح کشورهای پیشرفته صنعتی برای مقابله با پول‌شویی، گروه کاری اقدام مالی برای مبارزه با پول‌شویی (Financial Action Task Force on Money Laundering) FATF است. هفت کشور صنعتی (G7) این نهاد را در سال ۱۹۸۹ در پاریس تشکیل دادند و هم‌اکنون ۲۹ کشور در آن عضویت دارند (امینی‌نیا، ۱۳۹۲: ۱۶۲).

۲. کمیته بال سویس از کمیته‌های تحقیقاتی بانک تسویه بین‌الملل با نام اختصای BIS (Bank for International Settlements) در آخر سال ۱۹۷۴ به همت رؤسای بانک‌های مرکزی ۵۱ کشور تشکیل گردید. این کمیته قدرت نظارتی فراملیتی ندارد و رهنمودهای آن هرگز قدرت قانونی نیافت (تذهبی، ۱۳۸۹: ۱۲۵).

خدمات‌رسانی بانکی به اشخاص حقیقی خارجی که سمت دیپلماتیک دارند یا شخص سیاسی حزبی‌اند یا عهده‌دار سمتی در سازمان‌های بین‌المللی‌اند، در صورتی ممکن است که پس از شناسایی، نامه رسمی از اداره کل تشریفات وزارت امور خارجه داشته باشند. همچنین مؤسسات اعتباری ملزم‌اند تا قبل از خدمات‌رسانی به افرادی که متقاضی دریافت هر گونه کارت پرداخت یا نصب ابزار پذیرش فیزیکی (خودپرداز یا پایانه‌های فروش) یا صدور دستور پرداخت الکترونیکی‌اند، هویت آنان را احراز کنند. صرافی‌ها هم موظف‌اند علاوه بر شناسایی مشتریان حقیقی ایرانی و خارجی، اطلاعات هویتی مشتری و تمام عملیات صرافی را در سامانه نظارت ارز (سنا) مستقر در بانک مرکزی ثبت کنند و گزارش‌های معاملات مشکوک سامانه را به واحد اطلاعات مالی ارسال نمایند.

اشخاص حقیقی و حقوقی متقاضی استفاده از خدمات پایه از مؤسسات اعتباری که شناخته شده نباشند، سطح فعالیت آن‌ها بر اساس خوداظهاری مواردی نظیر: صورت گردش حساب شخص در مؤسسه اعتباری، آخرین اظهارنامه مالیاتی، هزینه و درآمد و... سنجیده می‌شود.<sup>۱</sup> تحویل تمام اسناد و مدارک مشتری حقیقی و حقوقی مراجعه کننده به مؤسسه اعتباری مانند دسته چک، دفترچه حساب بانکی، کارت‌های بدهی و... بر اساس شماره کد پستی اشخاص به صورت نامه سفارشی به نشانی پستی آن‌ها اعلام می‌گردد و تحویل اسناد با ارائه اصل نامه و مراجعه حضوری مشتری امکان پذیر است.<sup>۲</sup>

تمام کارکنان مؤسسات اعتباری نیز موظف‌اند در صورت مشاهده واریز یا انتقال وجوه نقدی مشتری که بیش از سقف مقرر (یکصد و پنجاه میلیون ریال)<sup>۳</sup> است، از وی توضیح بخواهند و در صورتی که پاسخ قانع کننده‌ای نداشته باشد، مراتب را به مسئول مبارزه با پول شویی در مؤسسه مذکور اطلاع دهند، بدون آنکه مشتری متوجه شود. همین گونه است زمانی که ظن به معاملات و عملیات مشکوک به پول شویی

۱. دستورالعمل نحوه تعیین سطح فعالیت مورد انتظار مشتری در مؤسسات اعتباری ۱۳۸۹.

۲. دستورالعمل نحوه ارسال اسناد و مدارک مشتریان مؤسسات اعتباری، به نشانی پستی آن‌ها ۱۳۸۹.

۳. دستورالعمل اجرایی نحوه گزارش واریز نقدی وجوه بیش از سقف مقرر ۱۳۸۹.



به وجود آید. سپس باید از طریق سامانه جمع‌آوری گزارش معاملات مشکوک، حداکثر تا پایان همان روز در این باره به واحد اطلاعات مالی گزارش داده شود.<sup>۱</sup> مؤسسه اعتباری نیز موظف است عملیات و معاملات اشخاص مظنون به پول‌شویی را که بانک مرکزی اعلام می‌کند، به صورت محرمانه زیر نظر گیرد و گزارش اقدامات را هر سه ماه یک بار به بانک مرکزی اعلام کند.<sup>۲</sup>

مؤسسات اعتباری که دفتر نمایندگی یا شعبه در خارج از کشور (واحد برون‌مرزی) دارند، موظف‌اند ترتیبی اتخاذ نمایند که قوانین و مقررات پول‌شویی و دستورالعمل‌های احتیاطی بانک مرکزی به طور کامل در واحدهای مذکور اجرا شود. بدین ترتیب، اگر کشور مقصد مقررات پول‌شویی مطابق با استانداردهای بین‌المللی داشته باشد، باید مقررات مصوب اجرا شود و چنانچه کیفیت پایین‌تری داشته باشد یا دارای مقررات نباشد، واحد برون‌مرزی مکلف به رعایت مقررات جمهوری اسلامی ایران است.<sup>۳</sup>

طبق آخرین دستورالعمل، مؤسسه اعتباری موظف است در روابط کارگزاری با بانک خارجی، پس از جمع‌آوری اطلاعاتی نظیر: ساختار مالکیت و مدیریت بانک خارجی، کشور محل استقرار، رویه‌های مربوط به مبارزه با پول‌شویی، وضعیت نظارتی و... نسبت به روابط کارگزاری اقدام نماید تا از برقراری هر گونه ارتباط با بانک‌های اصطلاحاً پوسته‌ای که حضور فیزیکی در قلمرو کشوری که در آن به ثبت رسیده‌اند، ندارند و معمولاً فقط آدرسی برای انجام امور حقوقی دارند و نیز بانک‌هایی که در کشورهای پرخطر از نظر پول‌شویی قرار دارند، خودداری نماید. بانک مرکزی فهرست مناطق پرخطر و بانک‌های پوسته‌ای را به مؤسسات اعتباری اعلام می‌کند.<sup>۴</sup> در نهایت، سوابق و مدارک جمع‌آوری شده از مشتریان بانک، شامل مدارک افتتاح حساب،

۱. دستورالعمل شناسایی معاملات مشکوک و شیوه گزارش‌دهی ۱۳۸۹.

۲. دستورالعمل نحوه مراقبت از اشخاص مظنون در مؤسسات اعتباری ۱۳۸۹.

۳. دستورالعمل مجموعه اقدامات و تدابیر لازم برای حصول اطمینان از رعایت مقررات مبارزه با پول‌شویی در واحدهای برون‌مرزی مؤسسات اعتباری ۱۳۸۹.

۴. دستورالعمل لزوم رعایت مقررات مبارزه با پول‌شویی در روابط کارگزاری و شناسایی بانک‌های پوسته‌ای ۱۳۸۹.

مدارک احراز هویت، اسناد معاملات و اعمال هرگونه تغییرات تا ۵ سال به صورت میکروفیلم و بایگانی الکترونیکی نگهداری می‌شود.<sup>۱</sup>

رویکرد پیشگیرانه‌ای که در دستورالعمل‌های شورای عالی پول‌شویی وجود دارد، براساس الگوی معمول در پزشکی که به سطوح سه‌گانه پیشگیری معروف است، در قالب سه الگوی پیشگیری اولیه، ثانویه و ثالث قابل بررسی است:

### ۳-۱. پیشگیری اولیه

در این مرحله تدابیر و اقداماتی پیش‌بینی شده است که اجازه ورود اشخاص را به شبکه بانکی محدود می‌نماید. بنابراین قالب‌های کنترلی که تهیه شده است، باعث برهم زدن اوضاع و احوال جرم‌زا می‌گردد و عمدتاً تدابیری که وجود دارد، مانع ورود اشخاص با هویت جعلی می‌شود و اطلاعات کامل را راجع به شناسایی اشخاص در اختیار بانک قرار می‌دهد. اولین گام، احراز هویت مشتری -حقیقی یا حقوقی- و آموزش کارکنان بانک‌ها درباره چگونگی احراز هویت و کنترل مدارک است.

در خدمات بانکداری الکترونیکی نیز باید متقاضیان کارت‌های اعتباری اعم از بانام یا بی‌نام احراز هویت شوند و دستگاه‌های کارت‌خوان فروشگاه‌هایی که به حساب فروشنده متصل می‌شوند و همچنین فروشگاه‌های اینترنتی که از طریق درگاه‌های مجازی بانک اقدام به فروش می‌کنند، صاحبان آن‌ها باید احراز هویت شوند. در خصوص دستورهای پرداخت الکترونیکی، بانک موظف است با شناسایی صادرکننده دستور و وجود حساب مقصد، اقدام به انتقال وجه نماید. اصالت کدهای شناسایی و کد پستی اشخاص باید از سامانه‌های اطلاعاتی در دسترس بانک‌ها استعلام شود و تاریخ و زمان استعلام و کپی برابر اصل مدارک در سوابق ضبط شود.

در مورد اشخاص حقیقی یا حقوقی خارجی نیز باید مدارک شناسایی اسکن شوند و جهت اخذ شماره شناسایی اختصاصی از طریق سامانه ساها و صدور مجوز، به واحد

۱. الزامات قانونی نگهداری اسناد در بند «د» ماده ۳۳ قانون پولی و بانکی کشور و دستورالعمل نحوه تشخیص، حذف مطالبات غیر قابل وصول از دفاتر مؤسسه اعتباری و افشای آن در صورت‌های مالی مصوب شورای پول و اعتبار پیش‌بینی شده است.

مبارزه با پولشویی ارسال گردند.<sup>۱</sup> خدمات دهی به نمایندگی های خارجی مقیم ایران مستلزم نامه از اداره کل تشریفات وزارت امور خارجه است و برای سازمان های مردم نهاد خارجی، معرفی نامه وزارت کشور ضروری است. افتتاح حساب جاری برای اشخاص سیاسی خارجی نیز مستلزم شناسایی تمام حساب های جاری متقاضی در شبکه بانکی است و در صورتی که موطن وی از کشورهای باشد که جرایم سازمان یافته یا پولشویی در آن زیاد است، موکول به کسب مجوز از بانک مرکزی خواهد بود.

### ۲-۳. پیشگیری ثانویه

با توجه به مداخله در این نوع پیشگیری در حالت های خطرناک و حالت هایی که شخص در آستانه وقوع جرم قرار دارد، غایت این نوع پیشگیری تشخیص محل و وضعیتی است که در فراهم کردن زمینه جرم نقش فعال دارد و باعث مهار آن می گردد. تدابیری که در دستورالعمل ها پیش بینی شده است، نشان دهنده اهمیت این مدل پیشگیری است که عمدتاً حالت کنترلی و بازدارندگی نسبت به مواردی دارد که احتمال پولشویی در آنها هست.

مؤسسات اعتباری پس از احراز هویت مشتریان از آنها تعهد می گیرند که اطلاعات درخواستی مؤسسه را ارائه دهند و ضمن رعایت مقررات مبارزه با پولشویی اجازه استفاده اشخاص دیگر از خدمات بانکی را ندهند. در صورتی که تعهدنامه ندهند، خدمات بانکی هم ارائه نمی شود. کد پستی مشتریان بانک نیز هر شش ماه یک بار برای بررسی و آخرین تغییرات از طریق پایگاه های اطلاعاتی ذی ربط کنترل می شود. تحویل اسناد و مدارکی مثل دسته چک یا دفترچه حساب یا کارت بانکی که به متقاضی تعلق می گیرد، با پست سفارشی به نشانی پستی وی اعلام می شود تا با اصل نامه از بانک تحویل گرفته شود.

بانک مکلف است مشتریان را بر اساس خوداظهاری موقعیت اجتماعی، وضعیت مالی، نوع و ماهیت فعالیت حرفه ای، پیشینه مشتری و موطن اصلی و تطبیق با اسناد و

۱. واحد مبارزه با پولشویی در هر بانک در قالب یک اداره مستقل با حدود و اختیارات کافی زیر نظر مستقیم مدیر عامل هر بانک فعالیت می نماید و ضمن همکاری و ارتباط مستمر با دبیرخانه شورا و واحد اطلاعات مالی، اطلاعات مورد نیاز و گزارش معاملات مشکوک را ارسال می نماید.

مدارک ارائه شده طبقه‌بندی نماید. بر این اساس، مشاغل غیر مالی مثل تلافروشان، فروشندگان خودرو، مسکن، اشیای عتیقه یا دارندگان وکالت کلی برای انجام تمام امور اشخاص، اشخاصی که نام آن‌ها در فهرست جرایم تروریستی یا مرتبط با پول‌شویی قرار دارد، اصناف فاقد کد اصناف و اشخاص سیاسی خارجی که در معرض ریسک بیشتر پول‌شویی قرار دارند، متناسب با طبقه تخصیص داده شده، تحت نظارت و مراقبت ویژه قرار می‌گیرند. حتی به دلیل ریسک بالای برخی موارد - برای نمونه - افتتاح حساب جاری برای محجوران و آوارگان و پناهندگان ممنوع است. همچنین آوارگان و پناهندگان نمی‌توانند کارت بانکی داشته باشند یا از خدمات بانکداری الکترونیکی استفاده نمایند. برای مراقبت بیشتر و اینکه امکان ردیابی وجوه فراهم شود، نرم‌افزارهای بانک باید طوری طراحی شوند تا پرداخت بیش از مبلغ یکصد و پنجاه میلیون ریال به صورت نقدی توسط تحویلداران امکان‌پذیر نباشد و صرافی‌ها هم به جای اینکه معادل ریال را نقدی دریافت کنند، باید از دستگاه کارت‌خوان مرتبط با حساب خودشان استفاده کنند. حتی در مواردی که مشتری صرافی از خرید ارز منصرف می‌شود و مبلغ ریالی مورد نظر بیشتر از سقف مقرر است، نباید به صورت نقدی پرداخت شود و باید به حساب مشتری واریز گردد.

به طور معمول نیز برای اطمینان از فعال بودن حساب‌های بانکی و زنده بودن صاحب حساب و یا در مواردی که تغییر عمده در وضعیت مشتری ایجاد شده است یا احتمال شرکت در عملیات پول‌شویی یا تأمین مالی تروریسم وجود دارد، مؤسسات مالی باید نسبت به تطبیق و به روز کردن اطلاعات در دوره‌های زمانی ۳ و ۶ ماهه اقدام نمایند. مؤسسات اعتباری همچنین باید به طور موازی در روابط کارگزاری که با سایر بانک‌های خارجی دارند، از برقراری ارتباط با بانک‌های پوسته‌ای و بانک‌های خارجی که در نقض مقررات انگشت‌نما هستند و قوانین پول‌شویی را ندارند، خودداری کنند.

### ۳-۳. پیشگیری ثالث

در این مرحله، بر اساس قراینی مانند رفتار مشکوک مشتریان، به رغم دو پیشگیری قبلی، به احتمال زیاد پول‌شویی به وقوع پیوسته است. بنابراین سیستم بانکی باید

بلافاصله با اعلام گزارش به واحد اطلاعات مالی از تکرار و تداوم پولشویی پیشگیری کند. مرحله شناسایی مربوط به کسانی می‌شود که مدارک شناسایی درخواستی بانک را ارائه نکرده و یا در مهلت تعیین شده مغایرت در مدارک را اصلاح ننموده و یا اطلاعات غیر واقعی یا مدارک جعلی داده‌اند.

از این رو، مؤسسات مالی باید با نظارت بر عملیات و معاملات، از اشخاص مظنون به پولشویی که اسامی آن‌ها را واحد اطلاعات مالی یا بانک مرکزی اعلام کند، با پیش‌بینی اعلام هشدار که در نرم‌افزارهای بانک تعبیه می‌شود، هر ۳ ماه یک بار فعالیت‌های این اشخاص را به بانک مرکزی گزارش کنند. به علاوه، در مواردی که افراد وکالت کلی برای انجام امور اشخاص دارند یا مشخص می‌شود که پس از فوت صاحب حساب، تراکنش بالاتر از سقف مبلغ مقرر صورت گرفته است و یا در حالی که اشخاص سیاسی خارجی از دریافت خدمات بانکی انصراف دهند، مراتب به بانک مرکزی و واحد اطلاعات مالی گزارش می‌شود.

در رابطه با واریزهای بیش از سقف مقرر که در مؤسسات مالی و صرافی‌ها انجام می‌شود، اگر مشتری از تکمیل فرمی که برای این منظور پیش‌بینی شده است خودداری نماید و یا از ارائه اطلاعات استنکاف ورزد و یا در فرمی که تکمیل کرده است، توضیحات قانع‌کننده درباره منشأ پول نداده باشد و ظن به پولشویی وجود داشته باشد، مؤسسه مالی مکلف است مراتب را به واحد اطلاعات مالی گزارش کند. بانک‌ها مکلف‌اند بر اساس سطح فعالیت و میزان سقف گردش مالی مشتری، نرم‌افزاری را تهیه کنند تا شناسایی و گزارش تراکنش‌های نامتناسب با سطح فعالیت مالی مشتری را امکان‌پذیر سازد. بنابراین در مواردی که فعالیت بانکی مشتری با حرفه او منطبق نباشد - مثل انتقال متعدد مبالغ جزئی و انتقال سریع از حساب مشتری به حساب دیگر - یا تغییرات ناگهانی در تراکنش‌های حساب وجود داشته باشد - مثل برداشت ناگهانی یا واریز غیر متعارف به حساب - واحد مبارزه با پولشویی مؤسسه مالی مکلف است از طریق سامانه جمع‌آوری گزارش معاملات مشکوک، اقدام به اعلام گزارش به واحد اطلاعات مالی نماید.<sup>۱</sup>

۱. برخی معیارهای شناسایی معاملات مشکوک به طور مستمر در پایگاه اطلاع‌رسانی دبیرخانه شورای عالی مبارزه با پولشویی به نشانی [www.iranaml.ir](http://www.iranaml.ir) به روزرسانی می‌شود.

## پیشنهادها

بنا بر آنچه گذشت، با هدف بهره‌گیری بیشتر از ظرفیت‌های موجود برای پیشگیری از جرم پول‌شویی می‌توان راهکارهای زیر را پیشنهاد کرد:

طبق مواد ۴ و ۶ آیین‌نامه‌های اختصاص شناسه ملی و شماره ملی به تمام اشخاص حقیقی و اتباع ایرانی، همه بانک‌ها مکلف‌اند پایگاه‌های اطلاعاتی خود را به نحوی ساماندهی کنند که همه افراد اعم از حقوقی و حقیقی با شناسه ملی یا شماره ملی شناخته شوند. همچنین در ماده ۶ آیین‌نامه مستندسازی جریان وجوه در کشور تصریح شده است که نرم‌افزارهای سیستم‌های اطلاعاتی باید به گونه‌ای طراحی شوند تا امکان جستجو بر اساس شناسه ملی و شماره ملی فراهم گردد و شناسایی افراد در هر بانک به طور جداگانه امکان‌پذیر باشد. اما با توجه به جایگزین نشدن کارت‌های هوشمند<sup>۱</sup> به جای کارت‌های ملی فعلی، امکان ثبت اطلاعات غیر واقعی اشخاص در سیستم‌های اطلاعاتی بانک وجود دارد و به رغم اینکه امکان تصدیق هویت اشخاص از طریق تطبیق اطلاعات مندرج بر روی کارت و عکس ملحق به آن، با اطلاعات موجود در ثبت احوال به صورت برخط و از طریق سامانه‌ها و وجود دارد، امکان تشخیص تطابق دقیق استفاده‌کننده کارت وجود ندارد. با اتصال کارت ملی هوشمند به یک کارت خوان می‌توان به اطلاعات درون آن دسترسی پیدا کرد. هنگام استفاده از این کارت، حضور صاحب کارت ضروری است؛ زیرا تصدیق هویت علاوه بر عکس، از طریق اطلاعات بیومترکی (اثر انگشت) صاحب کارت نیز صورت می‌گیرد؛ بدین نحو که صاحب کارت بعد از قرار دادن کارت خود در کارت خوان انگشت خود را روی حسگر اثر انگشت قرار می‌دهد و در صورت تطابق اثر انگشت با آنچه در سیستم بانکی از صاحب حساب ثبت و ذخیره شده است، امکان ادامه عملیات وجود خواهد داشت. علاوه بر این، به دلیل امکان پردازش و پشتیبانی از کاربردهای مختلف و افزودن کاربرد جدید در کارت هوشمند ملی، در صورت راه‌اندازی سامانه متمرکز بانکی بنا بر الزام بند «الف» ماده ۴۹ قانون برنامه توسعه پنجم و یکپارچه شدن کل شبکه بانکی، امکان

۱. بند «د» ماده ۴۶ قانون برنامه توسعه پنجم و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۹۱ هیئت وزیران.

نظارت و کنترل بانک مرکزی نسبت به تراکنش‌های حساب‌های اشخاص بر اساس شماره ملی هر فرد امکان‌پذیر است.<sup>۱</sup> از طرف دیگر، آسیب عمده‌ای که باعث دشواری در ردیابی وجوه حاصل از فعالیت‌های غیر قانونی می‌گردد، این است که در حال حاضر مؤسساتی بانکی در کشور فعالیت می‌کنند که در وبگاه بانک مرکزی ثبت نشده‌اند، ولی به دلیل اینکه قبل از قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی بر اساس آیین‌نامه اصلاحی ثبت تشکیلات و مؤسسات غیر تجارتي ۱۳۳۷ تشکیل شده‌اند، هم‌اکنون در حال کار می‌باشند و تحت نظارت بانک مرکزی و ضوابط آن در مبارزه با پول‌شویی قرار نگرفته‌اند.

از بعد کیفی و در مقام مقایسه، میزان مجازات جرم پول‌شویی به عنوان جرم مانع اثر بازدارندگی مناسبی ندارد. این در حالی است که در جرایمی چون اخفای مال سرقتی بیشتر به این مهم توجه شده است. علاوه بر آن، همان طوری که در قانون جرایم رایانه‌ای برای برخی جرایم مشابه در فضای فیزیکی مثل نشر اکاذیب در ماده ۸ این قانون به دلیل گستردگی آثار زیانبار عمل، مجازات شدیدتر تعیین شده که قابل گذشت نیز نمی‌باشد، با توجه به اینکه از طریق بانکداری الکترونیکی امکان پول‌شویی با حجم و سرعت بیشتر وجود دارد، برای نوع الکترونیکی آن نیز ضروری است که مجازات

۱. ایجاد سیستم بانکی یکپارچه به منظور نظارت بانک مرکزی، در بند ۶ مصوبه مورخ ۹۳/۵/۱۹ هیئت وزیران در راستای سیاست‌های اقتصادی خروج از رکود (بسته خروج از رکود دولت) به شرح ذیل مورد تأکید قرار گرفته است:

بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران موظف است به منظور افزایش شفافیت، ارتقای کارایی در تخصیص منابع و ارتقای سلامت مالی و اعتباری در نظام بانکی، نسبت به توسعه زیرساخت‌های لازم و تعریف چارچوب‌ها و استانداردهای سامانه بانکداری یکپارچه ظرف شش ماه اقدام و زمینه استقرار کامل سیستم یکپارچه بانکی را به عمل آورد، به گونه‌ای که عملیات بانکی از جمله محصولات، خدمات، عملیات راهبری و مدیریت آن‌ها از طریق دسترسی به پایگاه داده‌های مشترک و متمرکز در قالب یک سیستم انعطاف‌پذیر و مشتری‌محور قابل ارائه بوده و دسترسی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به سامانه مذکور برای استخراج اطلاعات و نظارت بر عملکرد مؤسسات اعتباری امکان‌پذیر گردد. مؤسسات اعتباری موظف‌اند ظرف دو سال از تاریخ ابلاغ این تصویب‌نامه، سامانه بانکداری یکپارچه خود را به تأیید بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران برسانند. در صورت عدم انجام این تکلیف، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران نسبت به اعمال مجازات‌های انتظامی و سایر ضمانت‌های اجرایی قانونی در انجام فعالیت‌ها و ارائه خدمات مؤسسات اعتباری حسب مورد اقدام خواهد نمود (روزنامه خراسان، ۱۳۹۳/۶/۲۹؛ ش ۱۴۰/۲۸۷۸۹).

مستقل پیش‌بینی شود. توضیح اینکه طبق ماده ۲۷ قانون جرایم رایانه‌ای برای تکرارکنندگان این جرایم بر حسب نوع مجازات، محرومیت از بانکداری الکترونیکی نیز پیش‌بینی شده است. از طرف دیگر، به دلیل ریسک منابع انسانی و امکان نفوذ پول‌شویان در کارکنان بانک لازم است بر اساس ماده ۲۱ کنوانسیون مریدا که از منابع داخلی می‌باشد، جرم‌انگاری ارتشا نیز در بانک‌های خصوصی که حجم عمده‌ای از مبادلات مالی از طریق این بانک‌ها انجام می‌شود، صورت گیرد. همچنین پیش‌بینی برخی محرومیت‌ها برای مرتکبان پول‌شویی همانند برخی تخلفات بانکی ضروری است؛ برای مثال، بر اساس دستورالعمل حساب جاری، یکی از شرایط افتتاح حساب جاری در ماده ۳ آن نداشتن سابقه چک برگشتی است یا طبق ماده ۱۱ آیین‌نامه وصول مطالبات سررسید گذشته، معوق و مشکوک‌الوصول مؤسسات اعتباری (ریالی و ارزی) برای مشتریان بدحساب بانک، عدم اعطای تسهیلات و تحویل دسته‌چک و... پیش‌بینی شده است یا محرومیت‌های مندرج در ماده ۵ قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد، مثل شرکت در مناقصه، تأسیس شرکت، دریافت کارت بازرگانی برای افرادی که از تسهیلات بانکی در غیر محل مجاز استفاده می‌کنند.

### نتیجه‌گیری

نظام پولی و بانکی که مهم‌ترین نظام تأثیرگذار بر نظام اقتصادی است، مسئولیت انحصاری در پیشگیری از جرم پول‌شویی را بر عهده دارد و از آنجا که میزان موفقیت نظام بانکی در پیشگیری از جرم مزبور با درجه سلامت نظام اقتصادی ارتباط مستقیم دارد، در نظام بانکی اکثر کشورها توجه ویژه‌ای به این جرم شده است. در این مقاله، سه راهکار پیشگیرانه در نظام بانکی فعلی ایران بررسی و طبقه‌بندی شد. اولین راهکار، کنترل بیرونی از طریق بانک مرکزی است که رویکرد پیشگیرانه وضعیت‌محور دارد و به دنبال برهم زدن شرایط ماقبل بزهکاری و حذف و محدود کردن عوامل جرم‌زا می‌باشد تا فرصت‌های ارتکاب جرم را کم کند. دومین راهکار، استفاده از سامانه‌های نظارتی به منظور پیشگیری فناورانه درون‌بانکی است، به نحوی که امکان ردیابی تراکنش‌های مشکوک به پول‌شویی فراهم گردد. آخرین راهکار پیشگیرانه، اتخاذ تدابیر



مناسب از طریق تصویب دستورالعمل‌ها و آیین‌نامه‌ها و ابلاغ آن‌ها به سیستم بانکی است. گرچه این قوانین و مقررات مجوز اقدامات لازم را برای پیشگیری از جرم پول‌شویی فراهم نموده‌اند، نمی‌توان ادعا نمود که سیستم بانکی کشور از تمام توانمندی‌های موجود برای پیشگیری از جرم پول‌شویی بهره می‌برد.

## کتاب‌شناسی

۱. ابراهیمی، شهرام و مجید صادق نژاد نائینی، «تحلیل جرم‌شناختی جرایم اقتصادی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، دوره دوم، شماره ۵، زمستان ۱۳۹۲ ش.
۲. السان، مصطفی، حقوق بانکداری اینترنتی، چاپ دوم، تهران، پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۲ ش.
۳. امینی‌نیا، عاطفه، اقدامات اجباری شورای امنیت و چارچوب‌های حقوقی آن، تهران، فرهنگ‌شناسی، ۱۳۹۲ ش.
۴. بارانی، محمد و علی افراسیابی، «پیشگیری وضعی از جرم به عنوان رهیافتی معارض یا تعامل‌گر با آموزه‌های حقوق بشر»، دایرةالمعارف علوم جنایی، کتاب دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۵. تذهیبی، فریده، پول‌شویی و روش‌های مبارزه با آن، تهران، جنگل، ۱۳۸۹ ش.
۶. حسینی، سیدحسین و محمدمسعود ملازمیان، «بررسی تطبیقی پیشگیری وضعی از جرم ارتشا در حقوق ایران و کنوانسیون مریدا»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال ششم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴ ش.
۷. کاظمی علوم، مهدی، «مروری جامع بر مفاهیم اخلاق حرفه‌ای در حسابداری و کسب و کار اسلامی»، نشریه بانک ملی ایران، شماره ۲۰۳، آبان و آذر ۱۳۹۲ ش.
۸. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «کیفرشناسی - جرم‌شناسی نو- درآمدی بر سیاست جنایی مدیریتی خطرمدار»، تازه‌های علوم جنایی، مجموعه مقالات، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.

## دفاع مشروع ظاهری\*

- فیروز محمودی جانکی<sup>۱</sup>
- آزاده صادقی<sup>۲</sup>

### چکیده

در این نوشتار، دیدگاه‌های حقوقی پیرامون رفتار کسانی بررسی می‌شود که با اعتقادی صادقانه و در عین حال معقول، خطر تهاجم از سوی کسی را احساس می‌کنند که در واقعیت، این چنین نبوده است و در پی این احساس خطر، اقدام به دفاع از خویش می‌کنند. وضعیت حقوقی و حکم این نوع دفاع چیست؟ دو دیدگاه به عنوان مهم‌ترین دیدگاه‌ها درباره این موضوع وجود دارد. دیدگاه اول، عمل مرتکب را در حوزه علل رافع قرار داده و دیدگاه دوم، عمل وی را دفاع مشروع دانسته است. این موضوع از دیدگاه نظام حقوقی ایران و فقها نیز مورد بررسی قرار گرفته است؛ برخی به مدافع ظاهری امکان دفاع از خویش را می‌دهند و برخی خیر، ولی نظام حقوقی ایران رویکرد روشنی را در قبال موضوع

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۲/۲۷.

۱. استادیار دانشگاه تهران (firouzmahmoudi@ut.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس (نویسنده مسئول) (sadeghiazade@yahoo.com).

اتخاذ نکرده است. نتیجه تحقیق این است که دفاع مشروع ظاهری می‌تواند با وجود برخی شرایط از جمله تقصیر مهاجم ظاهری در به اشتباه انداختن مدافع ظاهری و اعتقاد معقول مدافع ظاهری به وجود خطر، جزء علل موجهه باشد و با وجود برخی شرایط دیگر از جمله عدم تقصیر مهاجم ظاهری در به اشتباه انداختن مدافع ظاهری و اعتقاد معقول مرتکب به وجود خطر، جزء علل رافع مسئولیت کیفری به شمار رود.

**واژگان کلیدی:** دفاع مشروع، دفاع مشروع ظاهری، علل موجهه، علل رافع، معقولیت، قریب‌الوقوع بودن خطر، اشتباه.

#### مقدمه

یکی از مسائل مهم و پیچیده در بحث دفاع مشروع عبارت است از اینکه دفاع از چه زمانی شروع می‌شود و آیا پیدایش دفاع مربوط به زمانی است که مرتکب باور دارد که مورد حمله قرار گرفته است یا زمانی که حمله‌ای به صورت عینی رخ داده باشد. حقوق دانان در این باره نظریه‌های گوناگون و گاه متعارضی ارائه کرده‌اند که واکاوی آن‌ها در اولین گام مستلزم شناخت این مفهوم است.

بر اساس آرای حقوق دانان، زمانی که شخص به طور معقول باور داشته باشد که مورد حمله قرار گرفته است، در حالی که در واقع امر چنین نبوده و از نیروی دفاعی علیه کسی استفاده کند که در حقیقت مهاجم نیست، در حالتی قرار دارد که دفاع مشروع ظاهری<sup>۱</sup> نامیده شده است (Fletcher, 1985: 972). در واقع، جایگاه وقوع خطر در دفاع مشروع واقعی و ظاهری متفاوت است به گونه‌ای که در اولی این جایگاه در عالم خارج و در دومی تنها در ذهن مرتکب قرار دارد.

بسیاری از حقوق دانان، پیدایش دفاع مشروع ظاهری را به معقول بودن باور مرتکب مشروط کرده‌اند. بنابراین اگر مرتکب باوری صادقانه ولی غیرمعقول به وجود خطر داشته باشد، از شمول آن خارج است. با وجود این، برخی دیدگاه‌ها از جمله قانون جزای نمونه ایالات متحده آمریکا و برخی آرای صادره در انگلستان، صرف وجود باوری صادقانه را برای تحقق این عنوان کافی می‌دانند. قانون مجازات نمونه در ماده ۳-۴ در این زمینه مقرر می‌دارد:

1. Putative self defense.

استفاده از نیروی دفاعی زمانی موجه است که مرتکب باور و اعتقاد داشته باشد که استفاده از آن برای حمایت از خود در برابر نیروی غیر قانونی که دیگری به کار می‌برد به صورت فوری ضروری است.

وانگهی، این قانون محدودیت دیگری را برای این باور در بند دوم ماده ۹-۳ بیان داشته که بر اساس آن، در صورتی که اعتقاد مرتکب به وجود خطر غیر قانونی، از روی بی‌مبالاتی یا غفلت شکل گرفته باشد (غیر معقول باشد) و عملی که پیرو این اعتقاد انجام داده از جمله جرایمی بوده که وقوع آن با بی‌مبالاتی یا غفلت قابل تحقق است، استناد به دفاع مشروع امکان‌پذیر نخواهد بود و شخص به جرم غیر عمدی مورد نظر محکوم خواهد شد.<sup>۲</sup> اما به غیر از چهار ایالت که نظر قانون مجازات نمونه را پذیرفته‌اند، سایر ایالات بر لزوم معقول بودن باور مرتکب تأکید کرده‌اند (Simons, 2008: 52).<sup>۳</sup> به نظر برداشت اول که تحقق دفاع مشروع ظاهری را منوط به معقول بودن باور مدافع نموده است، منطبق با منطق و هدف حقوق کیفری است؛ چرا که اعطای حق دفاع به انسان‌ها استثنا بوده و بایسته است که این استثنا مضیق تفسیر شود. به علاوه، صحیح شمردن رفتارهای غیر معقول توجیه عقلانی نیز ندارد.

بر پایه این توضیحات می‌توان دفاع مشروع ظاهری را این‌گونه تعریف نمود: دفاع مشروع ظاهری رفتار شخصی است که پیرو اعتقاد معقول مبنی بر وجود خطر به دفاع از خود می‌پردازد در حالی که خطری در حقیقت وجود نداشته است. اکنون برای فهم

۱. زمانی که مرتکب باور دارد که استفاده از نیرو علیه دیگری برای هر نوع هدفی که به خاطر آن این اعتقاد و باور موجه‌ای را بر طبق بند ۳۰۳ تا ۳۰۸ ایجاد می‌کند، ضروری است، اما این اعتقاد مرتکب از روی بی‌مبالاتی بوده یا با کوتاهی و غفلت تحقق یافته است و یا اینکه در به دست آوردن هر گونه دانش و باوری که برای موجه کردن استفاده از آن نیرو لازم است، بی‌مبالات بوده یا کوتاهی کرده است، در صورتی که رفتار مورد نظر تشکیل‌دهنده جرمی باشد که وقوع آن با بی‌مبالاتی و غفلت قابل تحقق است، استناد به علل موجهه مندرج در بخش مذکور امکان‌پذیر نیست.

۲. برای نمونه در صورتی که شخص با اعتقادی غیر معقول به جهت دفاع از خویش دیگری را بکشد، به جرم قتل غیر عمد محکوم خواهد شد.

۳. شایان ذکر است که استناد به این عنوان زمانی میسر است که سایر شرایط دفاع به درستی رعایت شده باشد؛ یعنی میزان نیروی به کار گرفته شده برای دفاع متناسب با حمله فرضی مهاجم بوده و بیشتر از مقدار لازم نیز از نیروی دفاعی استفاده نکرده باشد.

هر چه بیشتر این مفهوم، ذکر سه مثال مفید به نظر می‌رسد:

مثال اول: مغازه‌داری به دفعات مورد حمله سارق مسلحی قرار گرفته است. در حمله پیشین موفق می‌شود به پلیس خبر دهد و سارق هنگام فرار به وی می‌گوید که بار دیگر اگر بیایم تو را خواهم کشت. اکنون وی در مغازه خود مردی را دیده که کاملاً شبیه وی است و به سمتش می‌آید. بنابراین با ترسی معقول مبنی بر اینکه این بار کشته می‌شود و قبل از اینکه آن شخص کاری کند، وی را می‌کشد اما بعداً مشخص می‌شود که وی تنها به سارق مسلح شباهت زیادی داشته است.

مثال دوم: فرض کنید که برای انجام کاری وارد محله معروف به بزهکاری شده و در آن محله با فردی که به چاقوکشی معروف است، مواجه گردیده‌اید. نام و آوازه وی به چاقوکشی را از مدت‌ها پیش می‌دانستید. ناگهان او به شما برخورد کرده و تهدید می‌کند که: «هر چه داری به من بده وگرنه تو را می‌کشم». در ابتدا از این کار خودداری می‌کنید ولی می‌بینید که وی دست در جیب خود کرده است. به طور معقولی به این نتیجه می‌رسید که وی می‌خواهد شما را بکشد و بر همین اساس در دفاع از خود به او حمله می‌کنید که منجر به آسیب جسمی یا قتل وی می‌شود. بعد از بررسی مشخص می‌شود که هیچ‌گونه چاقویی در جیب و یا حتی در لباس وی نبوده است.

مثال سوم: در یک پرونده واقعی، برنارد گوئتز<sup>۱</sup> منتظر رسیدن قطار در مترو بود که چهار جوان سیاه‌پوست وارد شدند. همه مردم به طرفی دیگر رفته و وی نیز ایستاده بود. یکی از آن‌ها پنج دلار از وی خواست و وقتی که برنارد به او گفت که برای چه می‌خواهی از من پنج دلار بگیری، گفت: «پنج دلار را بده». در این میان، برنارد با توجه به سابقه دزدی قبلی با تصور معقولی مبنی بر اینکه آن‌ها قصد کشتنش را دارند، با گلوله به آن‌ها شلیک کرد که منجر به مجروح شدن یکی از آن‌ها شد. بعداً مشخص شد که هیچ کدام اسلحه نداشته‌اند و تنها یک نفر پیچ گوه‌تی در جیبش داشته است (Fletcher, 1990: 1-2).

با توجه به آنچه از مفهوم دفاع مشروع ظاهری ارائه گردید، دو نکته به نظر نگارنده

1. State v Goetz.

برجسته می‌شود: در یک طرف این وضعیت، انسانی وجود دارد که به طور معقول خطری را در عالم خارج موجودیت یافته می‌پندارد و در طرف دیگر فردی قرار دارد که خطر واقعی برای کسی ایجاد نکرده است. در صورتی که حقوق کیفری از مهاجم فرضی حمایت کرده و نظر انسان متعارف را محترم نشمارد، گویی تکلیف بیش از طاقت بر انسان‌ها بار کرده است. فرض عکس آن نیز ممکن است موجب بی‌ارزش تلقی کردن جان انسان‌ها گردد. به راستی، راه چاره در چنین دوراهی چیست و حقوق کیفری چگونه باید قواعد خویش را تدوین کند؟

این جستار در دو بخش به این پرسش‌ها پاسخ می‌دهد. در بخش اول سه دیدگاه کلی که در خصوص دفاع مشروع ظاهری وجود دارد - شامل دیدگاه‌های عینی، ذهنی و نافی ارکان جرم - معرفی شده و رویکرد حقوق ایران و فقه به موضوع بحث مورد بررسی قرار می‌گیرد. در بخش دوم نیز به تفصیل، استدلال‌هایی که طرفداران هر دیدگاه در برابر دیدگاه رقیب عنوان نموده‌اند به همراه چالش‌های هر یک از این دیدگاه‌ها، به این صورت مورد بررسی قرار می‌گیرند که ابتدا تقابل در عنصر توجیه‌کننده، سپس تقابل در خاصیت فراگیری و عمومیت و در نهایت نیز نقش حقوق کیفری در جلوگیری از خشونت و وجود احساس پشیمانی نقد و بررسی خواهند شد. در نتیجه‌گیری دیدگاهی که می‌تواند به عنوان راه حل موضوع در نظام حقوق کیفری ایران باشد، بیان خواهد شد.

## ۱. شناخت دیدگاه‌های موجود پیرامون دفاع مشروع ظاهری

حقوق کیفری همواره به فکر کیفر اشخاص نیست و در مواردی تحت عنوان دفاعیات، رفتارهایی را از دایره حقوق کیفری خارج می‌کند و یا اینکه مرتکب آن را غیر قابل سرزنش می‌داند. لکن این مباحث چندان مورد بحث جدی قرار نگرفته‌اند؛ برای نمونه، اینکه علت موجهه، عنصر قانونی را زایل می‌سازد و علل رافع، مسئولیت کیفری را منتفی می‌سازد، قاعده‌ای شناخته‌شده به حساب می‌آید، ولی تا کنون به این سؤال پاسخ روشنی داده نشده است که چرا یک رفتار، عنصر قانونی و رفتار دیگر، تنها مسئولیت کیفری را منتفی می‌سازد؟ به بیانی دیگر، شاخص اصلی علل موجهه و رافع در چیست؟ طرح این مسئله در خصوص دفاع مشروع ظاهری بدان دلیل ضرورت دارد که در صورت تشخیص

شاخص اصلی علت موجهه یا علت رافع می‌توان نحوه برخورد با چنین مرتکبی را مشخص نمود. اکثر حقوق‌دانان در طرح مسئله دفاع مشروع ظاهری، تمایز علل موجهه از علل رافع را مطرح نموده و با ارائه دیدگاه‌های عینی و ذهنی پیرامون این موضوع و به طور خاص دفاع مشروع ظاهری، تلاش کرده‌اند تا آن را به طور دقیق تبیین کنند.

### ۱-۱. دیدگاه‌های عینی‌گرا

در بحث از دفاع مشروع ظاهری، حقوق‌دانان عینی‌گرا به دو گروه عینی محض و عینی ترکیبی تقسیم شده‌اند. دیدگاه اول با نفی تأثیر هر گونه عنصر ذهنی در توجیه‌کنندگی رفتارها، عینی محض و دیدگاه دوم که عنصر ذهنی را در موجه نمودن رفتارها دارای تأثیر می‌داند، عینی ترکیبی نامیده می‌شود.

#### ۱-۱-۱. دیدگاه عینی محض<sup>۱</sup>

حقوق‌دانان عینی‌گرا رفتار موجهه را رفتاری می‌دانند که مانع به وجود آمدن آسیب بزرگ‌تر یا موجب به وجود آمدن منفعت بیشتر گردد. در علل موجهه گرچه ظاهراً آسیبی به وجود می‌آید، به دلیل اینکه این آسیب برای جلوگیری از آسیبی دیگر و به دست آوردن منفعت بیشتر است، ارتکاب رفتار موجه محسوب می‌شود (Sendor, 1990: 755-756). به همین دلیل به این نظریه، «نظریه صحت مادی»<sup>۲</sup> نیز گفته می‌شود؛ چرا که بنا بر آن رفتار از نظر مادی و عینی صحیح فرض خواهد شد (Baron, 2005: 397). در دفاع مشروع، مهاجم با ارتکاب رفتار غیر قانونی، ارزش خود را در برابر مدافع پایین آورده و از این رو حقوق کیفری، آسیب وارده به وی را بی‌اهمیت می‌داند. چنین تصویری در دفاع مشروع ظاهری قابل ترسیم نیست؛ نه جانی به خطر افتاده است و نه آسیبی برای جلوگیری وجود دارد. بلکه او به دیگری به صرف احساس وجود خطر آسیب وارد کرده است.

این دیدگاه بر مبانی فایده‌گرا استوار است که در آن به پیامدهای رفتار بیشتر توجه می‌شود تا به خود مرتکب و قصد و انگیزه وی. بنابراین اگر رفتار موجب جلوگیری از

1. Purely objective theory.  
2. Material rightness thesis.



آسیب اجتماعی شود، موجه خواهد بود هرچند قصد شریانه‌ای بر آن مترتب باشد (Robinson, 1975: 283). بنابراین معیار در مورد موجه بودن رفتار آن است که از خود پرسیم که آیا از دیگران نیز توقع داریم که در چنین شرایطی همان گونه عمل کنند. مسلّم است که پاسخ منفی است؛ چرا که این رفتار از طریق تعرض به حق دیگران، آسیب اجتماعی به وجود آورده است.

بر این اساس، اشتباه نمی‌تواند خطا بودن رفتار را تغییر دهد و آن را موجه سازد ولی ممکن است در تعیین سرزنش‌پذیری نقش داشته باشد به طوری که می‌تواند جزء علل رافع مسئولیت قرار گیرد (Byrd, 1987: 1321-1322). بر این پایه، رایبسون دفاع مشروع ظاهری را نوعی نقص در دانستن پنداشته و آن را در طبقه سوم علل رافع<sup>۱</sup> قرار می‌دهد (Robinson, 1982: 222). در همین راستا، هارد نیز معتقد است که وضعیت ذهنی شخص هنگام ارتکاب رفتار مربوط به سطح تقصیر است و نه مسئله خطا بودن یا نبودن رفتار و به همین دلیل، آن را جزء علل رافع می‌پندارد (Hurd, 1998-1999: 1564). در واقع، از نظر طرفداران این رویکرد با توجه به اینکه حقوق کیفری، جلوگیری از ورود آسیب‌های نامشروع را سرلوحه خود قرار داده است، استفاده از فاکتورهای شخصی این هدف را در نهایت از بین می‌برد. به زعم معتقدان این دیدگاه، صرف جلوگیری از آسیب اجتماعی برای تحقق رفتار دفاعی کافی خواهد بود و از این لحاظ باور به وجود خطر بدون وجود شرط پیشین، حداکثر می‌تواند شخص را از تحمل مسئولیت کیفری برهاند. حقوق کیفری علی‌القاعده بر اساس حسن و قبح فعلی بدون توجه به فاعل آن نباید مجازاتی را بر مرتکب روا دارد و یا از آن معاف سازد؛ زیرا اساس آن بر سرزنش‌پذیری مرتکب بار می‌شود چه با قرائت سزاگرایانه و چه با رویکرد فایده‌گرایانه. ممیزه حقوق کیفری از حقوق مدنی نیز از جمله همین عنصر «قابلیت مؤاخذة» یا «سرزنش‌پذیری» مرتکب است و الا ضرورتی نداشت که خطای زیانبار و با ویژگی عینی وارد حقوق کیفری شود. افزون بر این، می‌توان گفت که عینی‌گرایان با اینکه بر ضرر وارده بر قربانی متمرکزند ولی باز در تبیین دفاع مشروع واقعی نیز نمی‌توانند ادراک و ذهنیات و

۱. رایبسون علل رافع را بیانگر عدم توانایی مرتکب در انجام رفتار صحیح می‌داند که این امر خود می‌تواند به واسطه عوامل داخلی یا خارجی ایجاد شود (Robinson, 1982: 221-222).

یا فعل و انفعالات مرتکب در برابر حمله را که جزء جدایی‌ناپذیر رفتار مدافع است، نادیده بگیرند. به عبارت دیگر، تفکیک ذهنیت مرتکب از رفتار مادی او در حقوق کیفری و به ویژه در دفاع اعم از واقعی یا ظاهری ناممکن است.

### ۱-۱-۲. دیدگاه عینی ترکیبی<sup>۱</sup>

نظریه پردازان این دیدگاه هم‌معنا با عینی‌گرایان محض، رفتار را در صورتی موجه می‌دانند که حامل منافع اجتماعی عالی باشد؛ لکن دخالت عنصری ذهنی را نیز در موجه انگاشتن رفتار لازم می‌دانند. یعنی از یک سو، رفتار باید به نتیجه مورد حمایت قانون منتهی شده باشد و از سوی دیگر، قصدی موجهه نیز این رفتار را در رسیدن به نتیجه همراهی کند.<sup>۲</sup> به همین دلیل «نظریه صحت مادی مشروط»<sup>۳</sup> را مطرح کرده‌اند که بر اساس آن علل موجهه به دلیل اینکه در تعقیب منفعت اجتماعی و با اهداف عالیه روی می‌دهند، ماهیت رفتار به ظاهر غیر قانونی را دگرگون و تبدیل به رفتاری صحیح می‌کنند (Baron, 2005: 397).

فلچر نیز ضرورت وجود چنین شرطی را ماهیت استثنایی علل موجهه می‌داند: علل موجهه نشان‌دهنده نوعی استثنا نسبت به ممنوعیت نقض هنجارهای کیفری است و بنابراین تنها باید در دسترس کسانی باشد که شایستگی چنین رفتاری را دارند؛ یعنی کسانی که حداقل از اوضاع و احوال موجهه قبل از انجام رفتار آگاهی دارند (Fletcher, 2000: 565).

بر این پایه، دفاع مشروع به دلیل وجود خطر و قصد مرتکب در دفاع، مشمول علل موجهه می‌شود.

مدافع ظاهری به رغم دارا بودن قصد موجهه، به دلیل آنکه هیچ‌گونه خطری در عالم خارج به وجود نیامده تا به دنبال آن منفعتی در حفظ جان مدافع متصور گردد، از امتیاز برخوردار از علت موجهه و مشروع شمردن دفاع محروم خواهد شد. بنابراین

1. Hybrid objective theory.

۲. بنابراین آنچه از دیدگاه عینی‌گرایان محض در خصوص مدافع ناآگاه گفته شد، در دیدگاه عینی ترکیبی مشاهده نمی‌شود.

3. Qualified rightness thesis.

کشتن دیگری بر اثر اشتباه هیچ گاه منفعت همگانی را تأمین نمی کند. وانگهی، معقول بودن قصد دفاع و اینکه اجتناب از آن موقعیت برای وی یا هر انسان دیگری ممکن نبوده است، موجب می گردد تا مسئولیت کیفری را بر وی بار نکنیم (Fletcher, 1984: 17-18). بر این پایه، به رغم غیر قانونی بودن رفتار مرتکب، به دلیل آنکه باوری معقول به وجود خطر داشته است، نباید همانند بزهکاران واقعی با وی برخورد شود.

در راستای عدم تساوی دفاع مشروع واقعی و ظاهری، گاردنر تفسیر دیگری را در مورد علل موجهه و به تبع آن دفاع مشروع ظاهری برگزیده است. ادعای وی بر این است که دو دلیل در ارتکاب رفتارها می تواند وجود داشته باشد. اولی که «دلیل راهنما»<sup>۱</sup> نام دارد، واقعی است که موجب ارتکاب رفتار شده و زمینه آن را فراهم آورده است. اما «دلیل توضیحی»<sup>۲</sup> که دومین دلیل است چرایی ارتکاب رفتار را نشان می دهد (Gardner, 2007: 2). این دلایل بسته به وجود و عدمشان موجب به وجود آمدن وضعیت های متفاوتی می شوند:

صورت اول زمانی است که هر دو دلیل موجود باشند؛ یعنی هم واقعی برای ارتکاب رفتار باشد و هم این واقعیت هدایت گر مرتکب باشد که در این صورت رفتار موجه شمرده می شود. بنابراین در صورتی که دلیل راهنمای فرد بر انجام رفتار، همان دلیل توضیحی ارتکاب رفتار باشد، عمل شخص موجه خواهد شد؛ برای نمونه، دفاع از خود در صورت وجود تهدید از سوی مهاجم و اقدام مرتکب به دفاع از خود در راستای جلوگیری از وقوع تهدید، مشروع و موجه محسوب می شود (Ibid.: 4). صورت دوم، هنگامی است که دلیل راهنما وجود داشته باشد اما شخص بر اساس این دلیل رفتار نکرده باشد. در اینجا دلیل راهنمای شخص، دلیل توضیح رفتار وی نخواهد بود و به همین دلیل، ارتکاب رفتار موجه محسوب نمی شود. نمونه بارز این وضعیت، مدافعی است که بدون آگاهی از مورد حمله قرار گرفتن دیگری را می کشد (Ibid.: 2-5). صورت سوم، آن است که دلیل راهنما وجود ندارد اما مرتکب به طور معقولی فکر می کند که این دلیل وجود دارد و بر اساس آن رفتار می کند. در اینجا دلیل توضیح شخص،

1. Guiding reason.
2. Explaining reason.

دلیل راهنمای وی نخواهد بود و به همین دلیل، رفتار موجه نیست؛ لکن به جهت عمل به طور معقول، جزء علل رافع (دسته سوم از علل رافع که رایسنون بیان کرده) خواهد بود. نمونه بارز این وضعیت، دفاع مشروع ظاهری است که در آن هیچ گونه تهدید (یا دلیل راهنمایی) در عالم خارج وجود ندارد اما مدافع به طور معقولی به وجود تهدید باور داشته و بنا بر همین باور به وجود واقعیت (دلیل راهنما) به دفاع از خود اقدام می‌کند<sup>۱</sup> (Ibid.: 2-5).

با این توضیح، هر دو دیدگاه عینی محض و تلفیقی، دفاع ظاهری را از زمره علل موجهه نمی‌دانند ولی با پذیرش شمول عوامل رافع مسئولیت کیفری بر آن، نه تنها مخالفتی ندارند بلکه آن را درست می‌دانند. همان طور که در بالا اشاره شد این دو گروه از آن جهت که اصل رفتار را موجهی برای خروج آن از عنوان مجرمانه نمی‌دانند، آن را دفاع تلقی نمی‌کنند. عینی‌گرایی در اینجا تنها با ارجاع به چنان خصوصیتی فهم می‌شود؛ زیرا در دفاع مشروع واقعی، خود رفتار مدافع موجه است؛ چرا که نه تنها متضمن آسیب و زیان اجتماعی نیست بلکه موجب صیانت از آن است با دفع حمله نامشروعی که انجام شده بود. اما وقتی عینی‌گرایان، رافع مسئولیت بودن دفاع ظاهری را می‌پذیرند، دیگر عینی‌گرا نیستند بلکه به جهات فاعلی در بروز خطا توجه می‌کنند. پذیرش و توجیه چنان خطایی به معنای عبور از عینیت به ذهنیت و یا ترکیب آن دو است. نکته مهم در تبیین این دو دیدگاه آن است که هر گاه این دو دیدگاه، دفاع ظاهری را در قیاس با دفاع واقعی ارزیابی می‌کنند، بر رفتار مدافع و مهاجم صرف نظر از ذهنیت تمرکز می‌کنند و آسیب اجتماعی برآمده از آن را ملاک قرار می‌دهند اما در واقع موجه‌انگاری رفتار در دفاع واقعی و ناموجه‌پنداری آن در دفاع ظاهری را نمی‌توانند بدون ارجاع به ذهنیات مرتکب و به طور خاص، قصد و ادراک او از واقع رفتار نظریه‌پردازی کنند. دلیل این نقصان این است که رفتار «ارتکاب می‌یابد» نه اینکه در عالم خارج بدون فاعل شناسا «وجود» داشته باشد. وجود رفتار متکی و وابسته به فاعل آن است. از این رو، توجیه یا عدم توجیه آن بدون اعتنا به دو بعد فعلی و فاعلی میسر نیست.

۱. لازم به یادآوری است که از دیدگاه گاردنر، علل رافع دربردارنده مواردی هستند که توضیحی عقلانی برای ارتکاب رفتار به شمار می‌روند؛ مانند اکراه، و به همین دلیل، وی عواملی مانند جنون و صغر را در محدوده علل رافع قرار نمی‌دهد (Botterell, 2009: 183-184).

### ۳-۱-۱. دیدگاه‌های عینی در حقوق کیفری ایران

دفاع مشروع ظاهری یکی از مباحثی است که در نظام حقوقی ایران مباحث تفصیلی را به خود اختصاص نداده و تنها به صورت مختصر ضمن تشریح شروط دفاع مشروع به آن پرداخته شده است. در اینجا تلاش می‌شود با استنتاج از آرا و نظریات حقوقی، نظری را بتوان ارائه داد که متناسب با اجزا و عناصر این نظام فکری باشد.

دو گونه اظهارنظر در این خصوص در میان حقوق‌دانان دیده می‌شود: گروهی بر پایه تفسیر ارائه‌شده از شرط قریب‌الوقوع بودن خطر در دفاع مشروع و گروهی دیگر از حیث تقسیم میان اعمال دفاع مشروع و اعمال در حکم دفاع مشروع در این دسته قرار می‌گیرند. در گروه اول در خصوص مفهوم قابل برداشت از شرط قریب‌الوقوع بودن در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی و به تبع آن انتخاب معیاری برای موجه شناختن رفتار، حقوق‌دانان آرای متعددی مطرح نموده‌اند که بر پایه آن، اکثریت حقوق‌دانان به شرحی که به برخی از آرای آنان اشاره خواهد شد، در تشریح قریب‌الوقوع بودن پیش فرضی را در ذهن داشته‌اند که مبتنی بر وقوع خطر در عالم واقع است. آنان قریب‌الوقوع بودن خطر را زمانی محقق می‌دانند که خطری به صورت واقعی در عالم خارج در حال رخ دادن باشد. منتها به دلیل تکلیف حفظ نفس، نیازی به انتظار برای وقوع کامل و عینی حمله نیست و خوف وجود خطر برای شروع دفاع کافی است. شاهد این ادعا آن است که این دسته از حقوق‌دانان در کتب خویش، همه‌جا در کنار مادی و فعلی بودن خطر، وجود قرینه‌ای معقول بر قریب‌الوقوع بودن خطر را برای شروع به حمله مدافعانه کافی دانسته‌اند. به عبارت دیگر، همان شرایط و لوازمی که بر فعلیت خطر برای مشروع تلقی کردن دفاع لازم است بر قریب‌الوقوع بودن هم حاکم است. بنابراین مقصود آنان این است که حمله‌ای در حال تکوین است، حال در صورتی که کسی احتمال عقلایی دهد که آن حمله به زودی به وقوع می‌پیوندد نیازی نیست تا وقوع کامل آن صبرکنند.<sup>۱</sup> و به همین جهت هم هست که آن‌ها هیچ‌گاه در خصوص مواردی که در آن خطر در واقع وجود نداشته است، به مباحثه نپرداخته‌اند به طوری که در این کتب، مثال و

۱. البته با توجه به وجود شرط قصد دفاع از سوی مدافع برای مشروع شناختن دفاع در حقوق کیفری ایران، این دیدگاه در ردیف نظریه‌های عینی ترکیبی قرار می‌گیرد.

نمونه‌ای که به موهوم بودن خطر و اشتباه مدافع در تشخیص قریب‌الوقوع بودن اشاره شده باشد، دیده نمی‌شود؛ برای نمونه، یکی از نویسندگان این گونه بیان داشته است:

مراد از فعلیت و واقعیت داشتن تعرض، واقعیت داشتن قصد و خطر تعرض و تجلی آن در عالم خارج است و منظور این است که باید برای شخص مدافع یک احتمال قریب به یقین از وقوع تجاوز از طرف شخص متعرض وجود داشته باشد یا به قول مقنن بایستی خوف وقوع تعرض مستند به قرائن معقوله باشد (بیمانی، ۱۳۵۷: ۲۱۳).

یکی دیگر از حقوق‌دانان نیز بیان داشته است که مهاجم باید قصد تجاوز به جان و مال و عرض و... علیه دیگری را به مرحله فعلیت و واقعیت درآورده باشد به گونه‌ای که برای مدافع یقین حاصل شود که تعرض و تجاوز به وقوع می‌پیوندد و این یقین مستند به قرائن معقول باشد (اردبیلی، ۱۳۸۵: ۲۹۰). لزوم آشکارسازی قصد تجاوز از سوی مهاجم خود به این معناست که در صورت عدم وجود این شرط و در واقع عدم وجود خطر، رفتار مدافع موجه نخواهد بود. حقوق‌دان دیگری نیز چنین اظهار کرده است:

فعلیت تجاوز عمل مادی است که بلافاصله باید در مقابل آن دفاع صورت گیرد اما این مطلب نباید موجب این توهم شود که در مقابل خطر قریب‌الوقوع باید منتظر شد تا خطر کاملاً واقع گردد بلکه همین قدر که قریب‌الوقوع بودن خطر با دلایل کافی پیش‌بینی شد می‌توان در مقابل آن از دفاع مشروع استفاده کرد (نوربها، ۱۳۸۷: ۲۶۴).

نویسنده دیگری نیز بر اساس همین تفسیر اظهار نظر نموده است. وی معتقد است همان قدر که بتوان با دلایل و شواهد قطعی، فعلیت تجاوز یا قریب‌الوقوع بودن خطر را پیش‌بینی کرد دفاع مشروع خواهد بود (صانعی، ۱۳۸۸: ۲۵۵). نویسنده دیگری نیز بر این باور است که دفاع باید در مقابل حمله باشد؛ یعنی عامل جرم برای حفظ حقی که مورد حمله واقع شده است می‌تواند از خویش دفاع کند ولی لازمه این شرط آن نیست که مدافع فقط وقتی مبادرت به دفاع کند که حمله اولیه به او وارد آمده باشد بلکه همین قدر که خطر حمله مسلّم یا قریب‌الوقوع بوده و حمله‌کننده در شرف حمله کردن باشد دفاع جایز است (سمیعی، ۱۳۳۳: ۶۴). آنچه از مجموع گفته‌های این دسته از حقوق‌دانان برمی‌آید پذیرش دیدگاه عینی در دفاع مشروع می‌باشد.

در این میان، برخی حقوق‌دانان بر پایه تقسیم‌بندی میان اعمال دفاع مشروع و

اعمالی که در حکم دفاع مشروع شناخته می‌شوند و تمیز این دو از یکدیگر، برداشت‌هایی ارائه نموده‌اند. بر این اساس، زمانی که خطری به صورت واقعی در عالم خارج وجود دارد مورد دفاع مشروع محسوب می‌کنند و مشمول ماده ۶۱ قانون مجازات اسلامی سابق می‌دانند. اما در صورتی که قراین معقولی بر حمله موجود باشد مورد را از موارد اعمال در حکم دفاع مشروع تلقی و مشمول مواد ۶۲۵ تا ۶۲۹ ق.م. همان قانون می‌دانند. به عبارت دیگر، در دفاع مشروع یکی از شرایط لازم مقارن بودن دفاع با حمله است اما در عملیات در حکم دفاع مشروع چنین الزامی وجود ندارد به نحوی که حتی خوف برای تعرض نیز موجب صدق دفاع است. آنان در عین حال معتقدند که اعمال در حکم دفاع مشروع، کارکردی مشابه علل رافع مسئولیت کیفری دارند که بر مبنای آن، مرتکب ملزم به پرداخت دیه می‌شود. یعنی در این شرایط، رفتار مدافع ظاهری موجه شناخته نمی‌شود (منتی‌نژاد، ۱۳۹۰: ۱۷۷). وانگهی، به نظر می‌رسد که تمیز میان اعمالی که دفاع مشروع تلقی می‌شوند و اعمالی که در حکم دفاع مشروع تلقی می‌شوند بلاوجه باشد؛ چرا که مفهوم قریب‌الوقوع بودن خطر از نظر قانون‌گذار، همان مستند بودن به قرائن معقولی است که در ماده ۱۵۶ به عنوان یکی از شروط دفاع آمده است و از سوی دیگر با توجه به نسخ ماده ۶۲۵، چنین تفکیکی دیگر مصداق نخواهد داشت. بنابراین نمی‌توان از منظر اعمال در حکم دفاع مشروع به این موضوع نگریست؛ چرا که بر اساس ماده ۱۵۶، رفتار، یا دفاع هست و یا نیست و شق دیگری در این خصوص وجود ندارد.

یکی دیگر از محققان که به صورتی آشکارتر به بحث پرداخته است، با ارائه مثالی<sup>۱</sup> مرتبط با موضوع بحث معتقد است که اگر شرایط موجود، هر انسان متعارفی را به این نتیجه می‌رساند که خطری قریب‌الوقوع موجود است، وی می‌تواند بر اساس بند دوم ماده ۶۲۷ رفتار کند. اما با توجه به اینکه مهاجم فرضی مذکور بی‌جهت متضرر شده است، رفتار مدافع در نهایت مشروع نخواهد بود (رحیمی‌پور، ۱۳۸۷: ۱۶۴). بنابراین از نظر

۱. مثال ایشان کسی است که با تفنگ حیوانی را هدف قرار داده که در این حین، فردی که بر حسب اتفاق در خط سیر گلوله است به این اندیشه که در معرض حمله قرار گرفته است سنگی برداشته و محکم به سوی آن شخص پرتاب و وی را مجروح می‌سازد.

ایشان نیز اعتقاد معقول در وجود خطر به تنهایی نمی‌تواند رفتار دفاعی را موجه کند.<sup>۱</sup>

### ۱-۴. دیدگاه‌های عینی در فقه

در فقه اسلامی، دیدگاه‌های تفصیلی در این خصوص نیامده است ولی با توجه به آرای که فقها در خصوص دفاع مشروع داده‌اند، می‌توان این موضوع را بررسی نمود. در میان فقهای اسلامی، برخی از فقها اعتقاد انسان متعارف را برای موجه شمردن رفتار کافی ندانسته و وجود قصد تعدی از سوی مهاجم را شرط آغاز عملیات دفاعی پنداشته‌اند. بر اساس آن، شخص می‌تواند به دفاع از خویش بپردازد و به دلیل اینکه در وضعیت دفاع مشروع ظاهری، مهاجم قصد تعدی ندارد، دفاع مشروع مصداق نخواهد داشت. میرزا جواد تبریزی به این موضوع به صراحت اشاره کرده است:

دفاع از نفس یا عرض یا مال با عدم قصد مهاجم بر تعدی، عنوان دفاع ندارد (۱۴۱۷: ۴۶۱).

شیخ طوسی نیز چنین دیدگاهی دارد:

اگر شخصی قصد جان یا مال کسی را بکند، برای مدافع جایز است که از جان یا مال خویش دفاع کند (۱۴۰۷: ۳۴۵).

بر این اساس، از نظر شیخ طوسی نیز تنها در صورتی که مهاجم قصد جان یا مال کسی را کند و به بیان دیگر قصد تعدی داشته باشد، رفتار طرف مقابل در دفاع از خویش، دفاع مشروع محسوب می‌شود که بر پایه آن در دفاع مشروع ظاهری به دلیل اینکه وجود چنین قصدی از ناحیه مهاجم فرضی مفقود است، دفاع به حساب نمی‌آید. بنابراین مهاجم باید خطری واقعی را نسبت به مدافع ایجاد کند تا مدافع بتواند از امتیاز دفاع مشروع بهره‌مند گردد. در مجموع به نظر می‌رسد اندیشه عینی‌گرایی در میان برخی فقها و حقوق‌دانان امکان موجه شناختن رفتار مدافع ظاهری را نمی‌دهد.

۱. نویسنده دیگری به طور صریح‌تر به این موضوع پرداخته است که بنا بر آن با توجه به بند ب ماده ۱۵۶ و بر اساس بند ب ماده ۲۹۱ و ۳۰۳ ق.م.ا. حتی اعتقاد نامعقول شخص به وجود حمله نیز می‌تواند موجب رهایی مرتکب از صدور حکم قصاص گردد ولی در قبال تأثیر اعتقاد معقول سکوت نموده است. با وجود این، به نظر می‌رسد که ایشان در نهایت، عدم وجود خطر به صورت عینی را موجب زوال حق دفاع می‌دانند (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳: ۷۶ و ۳۵۸).



## ۲-۱. دیدگاه‌های ذهنی گرا

### ۱-۲-۱. نظریهٔ ذهنی گرای معقول<sup>۱</sup>

برخی حقوق دانان کيفری با تأسی به عنصر اخلاق در استدلال‌های حقوقی از جمله مفهوم علل موجهه، دیدگاهی را شکل می‌دهند که بر پایهٔ آن علل موجهه همانند اموری شناختی توصیف شده‌اند که در رابطه با مرتکب قابل درک‌اند و نه رفتارها. به اعتقاد آنان، رفتار تنها در صورتی موجه است که دلیل خوبی برای ارتکاب آن وجود داشته باشد (Greenawalt, 1986: 91). موجودیت یافتن دلیل خوب، خود مستلزم آن است که اعتقاد مرتکب مطابق با اعتقاد انسان متعارفی باشد که در جایگاه چنین فردی است. بر پایهٔ این نظریه، مرتکب بر اساس درک شناختی معقولی که از موقعیت داشته اقدام کرده است و بنابراین شایسته نیست که رفتارش را خطا و او را خطاکار بنامیم. اگر رفتار انسان متعارف را خطا بدانیم، چطور باید انتظار رعایت قوانین را داشته باشیم؟

بر این پایه، به نظر می‌رسد زمانی که به وجود حق انتخاب برای فرد رأی دادیم، دیگر این مسئله که آیا رفتار به نتیجهٔ مورد تأیید قانون منتهی شده است یا خیر، اهمیتی ندارد. در حقیقت باید میان رفتار موجهه و نتیجهٔ ناموجه رفتار تفاوت قائل شد و این گونه نظر داد که نشان موجه بودن، ارتکاب رفتار موجه است (Husak, 1989: 508). در این راستا، از واژهٔ صحت و موجه بودن می‌توان دو گونه برداشت کرد: اول، صحت در معنای مادی؛ یعنی رفتاری که به نتیجهٔ صحیحی ختم شود. دوم، صحت در معنای رسمی؛ یعنی رفتاری که با توجه به اوضاع و احوال موجود و اطلاعات در دسترس، بهترین انتخاب و رفتار ممکن بوده است. آنچه مورد نظر طرفداران این رویکرد است، همین معنا از صحت می‌باشد؛ یعنی قضاوت در مورد درستی عمل نه بر مبنای نتایج عمل، بلکه بر اساس درک شناختی معقول فرد خواهد بود. مع الوصف، ذهنی‌گرایان خود با اعتراف به اینکه این گونه رفتارها جزء رفتارهای صحیح در معنای خاص نیست، آن را «رفتار مجاز یا قابل تحمل»<sup>۲</sup> نامیده و در واقع آن را در جایی بین رفتار صحیح و

1. Reasonable subjective theory.

2. Permissible or tolerable conduct.

خطا قرار داده‌اند که با توجه به دیدگاه آن‌ها در نهایت موجه شناخته می‌شوند (Husak, 1999: 53).

وجود شرط اعتقاد معقول برای موجه شناختن رفتار در بحث دفاع به این معناست که نیازی به پیدایش عینی خطر وجود ندارد و رفتار مدافع ظاهری همسنگ با مدافع واقعی در دفاع مشروع موجه شناخته می‌شود. به نظر می‌رسد تنها تفاوتشان در این است که رفتار در دفاع مشروع ظاهری رفتاری مجاز و در دفاع مشروع واقعی رفتاری صحیح است. در مقابل، به زعم گریناوالد در صورتی که اعتقاد شخص، منطبق بر اعتقاد انسان متعارف نباشد، رفتار وی در دایرهٔ علل رافع قرار می‌گیرد (Greenawalt, 1984: 1909). دیدگاه حقوقی غالب در ایالات متحدهٔ آمریکا نیز از دیدگاه ذهنی پیروی کرده است. استدلال‌های آنان جریانی را ایجاد می‌کند که در مفروضات حقوق کیفری دربارهٔ دفاع مشروع با دیدهٔ تردید بنگریم. درست است شخصی که مورد حمله قرار گرفته است، مستحق آسیبی که به او وارد شده، نبوده است، ولی مرتکب نیز مستحق قصاوتی نخواهد بود که او را در کنار مجرمانی قرار دهد که با قصد به طرف مقابلشان آسیب وارد کرده‌اند. این دیدگاه متضمن رویکردی به موضوع است که می‌تواند به تلطیف نگاه متصلبانه به دفاع ظاهری بینجامد و توازنی منطقی میان دو سوی این رابطه برقرار نماید تا حقوق توقع بینشی خداگونه از انسان‌ها نداشته باشد؛ توقعی که بی‌تردید برای همه تکلیفی مالاپاق خواهد بود.

### ۱-۲-۲. نظریهٔ ذهنی‌گرای محض<sup>۱</sup>

آنچه را که این دیدگاه در باب دفاع مشروع ظاهری برگزیده، می‌توان در وجود اعتقادی صادقانه در ذهن مرتکب به وجود خطر خلاصه نمود. توجیه آن هم بدین شکل است که وقتی مرتکب با حسن نیت به وجود خطر پی برد، این مسئله که آیا اعتقاد معقول بوده و یا در عالم واقع خطری وجود داشته است، جایگاهی نخواهد داشت.<sup>۲</sup> پذیرش این نظریه، خطر شخصی شدن حقوق کیفری را تقویت می‌کند به طوری که می‌تواند

1. Purely subjective theory.

۲. همان طور که پیشتر اشاره شد، قانون جزای نمونه با تأسی به همین دیدگاه، صرف اعتقاد صادقانه به وجود خطر را برای تحقق عنوان دفاع مشروع کافی دانسته است، هرچند این اعتقاد اشتباه باشد.

همانند یک ابزار در دست کسانی باشد که به صرف وجود اعتقاد و با عدم حزم‌اندیشی و رعایت احتیاط، خود را در ارتکاب این رفتارها محق می‌دانند.

### ۳-۲-۱. دیدگاه‌های ذهنی در حقوق کیفری ایران

جهت سنجش وجود دیدگاه ذهنی، در ابتدا ضروری است که تعمقی در قوانین کیفری ناظر بر دفاع مشروع صورت گیرد. در خصوص این موضوع که چه زمانی مدافع از حق دفاع برخوردار است، قوانین کیفری ایران نشان‌دهنده مباحثی است که بدون تغییر باقی مانده است. توضیح آنکه در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴، قانون‌گذار در ماده ۴۳ تنها به تعریف دفاع مشروع پرداخته و بیان شروط آن را به مواد ۱۸۴ تا ۱۸۹ این قانون احاله داده است که بر پایه آن در صورتی که خوف از وقوع قتل یا جرح شدید مبتنی بر قرائن معقولی باشد، دفاع مجاز شمرده می‌شود. در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲، قانون‌گذار تعریف و شروط دفاع مشروع را به صورت یک‌جا در قالب ماده ۴۳ گردآوری کرده بود که بر اساس آن دفاع در صورتی مشروع می‌شد که در برابر تجاوز فعلی یا خطری قریب‌الوقوع قرار گرفته باشد و البته در مواد ۱۸۵ تا ۱۸۹ نیز همانند قانون سابق، در صورتی که خوف از وقوع خطر، مستند به قرائن معقولی باشد، حکم بر جواز دفاع داده بود. بر اساس این دو قانون، مستند بودن وقوع خطر به قرائن معقول، عاملی برای شروع رفتار تدافعی به حساب می‌آید.

قانون راجع به مجازات اسلامی، دو بند از بندهای ماده ۴۳ ق.م.ع مصوب ۱۳۵ را حذف کرده و ذیل ماده ۳۳ به تشریح دفاع مشروع پرداخته است. در قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲ نیز مواد ۹۴ تا ۹۷ به بحث دفاع اختصاص داده شده است به طوری که در یک اقدام جدید، شروط دفاع مشروع که یک بار در قانون راجع به مجازات اسلامی آمده بود، بار دیگر در قالب ماده ۹۴ بازنویسی شد. به نظر می‌رسد قانون‌نویسان، مستند بودن خوف به قرائن معقول را از ماده ۱۸۹ قوانین سابق برداشته و آن را همراه با تکرار سایر شروط دفاع مشروع در این ماده گنجانده‌اند. به همین دلیل در ماده ۹۶ این قانون دیگر اثری از این عبارت وجود ندارد. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، یکی از بندهای محذوف در قانون پیشین را بار دیگر احیا نمود و در قالب ماده ۶۱، به تشریح

قواعد دفاع مشروع پرداخت. بخش تعزیرات که در سال ۱۳۷۵ به قوانین کیفری افزوده شد، به رغم وجود ماده ۶۱ در بخش کلیات این قانون به عنوان قاعده عام دفاع مشروع، ماده ۶۲۷ را که همان ماده ۹۴ بود تکرار کرد. صرف نظر از ناپسند بودن این شیوه در قانون نویسی، این ماده قریب الوقوع بودن را همانند قوانین پیش از انقلاب زمانی قابل تحقق می داند که قرائن معقولی از وجود آن حکایت کنند.

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز مقنن با ترکیب مواد ۶۱ و ۶۲۷، ماده ۱۵۶ را به بیان شروط دفاع مشروع اختصاص داده است. همچنین در ماده ۷۲۸، نسخ مواد ۶۲۵ تا ۶۲۹ قانون سابق را اعلام نموده و بی نظمی ای را که در قانون سابق وجود داشت، برطرف کرده است. در بند ب این ماده نیز مستند بودن دفاع مشروع به قرائن معقول و یا خوف عقلایی، معیار قریب الوقوع بودن قرار گرفته است. آنچه در جمع بندی این قوانین می توان ملاحظه کرد، توافق و اجماع کلیه قوانین موجود بر این موضوع است که دفاع در صورتی مشروع تلقی می شود که قرائنی معقول، وجود خطر قریب الوقوع را نشان دهند. اطلاق کلیه قوانین موجود، بر کفایت وجود قرینه معقول بر وجود خطر جهت آغاز رفتار دفاعی حکایت می کند. لفظ قرینه همان گونه که از نامش پیداست تنها اماره ای از واقع است و بنابراین می تواند با واقعیت هم برخوردی نداشته باشد. به عبارت دیگر، احتمال تطابق با واقعیت در واژه «قرینه» همان قدر است که احتمال عدم تطابق آن با واقعیت؛ چرا که حقوق و قانون، توقع درک خداگونه از واقعیات و حوادث پیرامون را از انسان ندارد که ورای ظاهر رفتار دیگری را بسنجد و بر اساس آن عمل کند. بنابراین ذکر عبارت «دفاع مستند به قرائن معقول یا خوف عقلایی باشد» به عنوان شرط ابتدایی دفاع مشروع در قوانین کیفری و به طور خاص قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، حاکی از تأیید این موضوع است که هر گاه انسان متعارف بر اساس یک سلسله امارات، خطر را موجود بیندارد رفتار وی مشروع تلقی می شود و بنابراین دیدگاه ذهنی تحت شرایطی در موضوع بحث ما مورد پذیرش قانون گذار است. گرچه همچنان سؤالات متعدد بی پاسخ می مانند از جمله اینکه آیا چنین دفاعی همانند دفاع واقعی موجب توجیه رفتار ارتكابی می شود یا اینکه از نظر رتبه در مرحله پایین تری قرار دارد؟ در این صورت آیا می توان برای علل موجهه آثار متفاوتی قائل شد یا خیر؟ بررسی اقوال فقها به درک این مهم می تواند کمک کند.

## ۴-۲-۱. دیدگاه‌های ذهنی در فقه

بررسی این موضوع در فقه، اندیشه‌هایی را در میان فقها نمایان می‌سازد که با وجود عدم تفصیل در این خصوص، تأمل بسیار می‌طلبد. صاحب جواهر معتقد است:

هیچ اختلاف و اشکالی وجود ندارد در اینکه بر مدافع جایز نیست که علیه مهاجم پیش‌دستی کند مادام که قصد مهاجم در گرفتن جان، عرض و مال مدافع بر وی (مدافع) محرز و معلوم نگشته باشد ولو اینکه طریق احراز قصد مهاجم به صورت ظنی باشد که عرفاً قصد با آن محرز می‌شود، در این صورت اگر خطای وی در تشخیص قصد مهاجم آشکار گردد، ضامن است (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۵۶).

بر اساس این نصوص، ایشان ابتدا بر این نظر است که وجود قراین معقولی که به صورت عرفی بر وجود قصد تهاجم دلالت دارد، امکان دفاع را به مدافع می‌دهد. اما ممکن است این نتیجه‌گیری با توجه به عباراتی که بعد از آن ذکر می‌شود، قابل پذیرش نباشد؛ چرا که ایشان علی‌رغم اعطای حق دفاع به مدافع ظاهری، در صورتی که اعتقاد معقول وی بر وجود حمله مصادف با واقعیت نباشد، وی را ضامن دانسته است. البته می‌توان در خصوص این استدلال گفت که ایشان ارتکاب این کار را جایز می‌دانند و تنها بدین خاطر که خون انسان بی‌گناهی به هدر رفته، رأی بر ضمان مدافع داده است. در واقع، منظور از ضمان از نظر ایشان، ضمان به دیه است و نه چیز دیگر.

به اعتقاد سید عبدالاعلی سبزواری، ظنی که موجب اطمینان مدافع نسبت به وجود حمله از سوی مهاجم شود، این وصف را دارد که به وی حق دفاع از خویش را بدهد (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۶۳). دلیل این ادعا را می‌توان عبارت بعدی ایشان دانست که مدافعی را که تنها بر اساس صرف ظن به دفاع از خویش پرداخته، ضامن آسیبی می‌داند که بر سر مهاجم آورده است. همچنین ایشان معتقد است که ظواهر ادله و سیره جاری از زمان پیامبر ﷺ تا کنون، ارتکاب رفتار دفاعی را بر اساس قراین موجب اطمینان کافی می‌داند (همان)؛ چنان که ایشان در ضامن دانستن مدافعی که تنها بر اساس صرف ظن عمل می‌کند به اصل «ظن انسان را از وجود حق بی‌نیاز نمی‌کند» توسل جسته و بیان نموده که اذن شرعی در ارتکاب رفتار مبتنی بر صرف ظن وجود ندارد و به همین دلیل تمامی ادله ضمان نسبت به چنین شخصی جاری می‌شود (همان).

مؤلف کتاب *جامع الشتات* نیز در زمره کسانی است که حکم بر تحقق دفاع از خود بر اساس علم یا ظنی داده است که به طور غالب منطبق بر حقیقت است که به نظر می‌رسد مقصود ایشان، ظنی باشد که از مرحله ظن صرف گذشته و به علم نزدیک شده است (قمی، ۱۴۱۸: ۳۲). از دید امام خمینی نیز اگر قرآینی موجود باشد که موجب اطمینان مدافع در وجود قصد تهاجم شود، دفاع مشروع محقق شده و اهمیتی ندارد که در واقع قصد تهاجم وجود داشته باشد. البته ایشان برای ظنی اعتبار قائل است که خصوصیت اطمینان بخشی را دارا باشد (موسوی خمینی، ۱۴۲۵: ۳۳۳). با وجود این، امام خمینی در حکم مسئله قبلی که پیش از این ذکر کرده بود، تخصیص زده و همانند صاحب *جوهر*، با اینکه رفتار مبتنی بر قرائن معقول را صحیح پنداشته، با توجه به اینکه خون انسان بی گناهی به هدر رفته است حکم بر ضمان به دیه داده است (همان: ۳۳۵).

از سوی دیگر، با مقایسه پاسخ آیه الله مکارم شیرازی به دو سؤال در باب مسائل نوین فقهی،<sup>۱</sup> این نتیجه به ذهن می‌رسد که ایشان از یک سو قرآین معقول بر وجود خطر را مجوز شروع عملیات دفاعی می‌داند، هرچند که ممکن است در واقعیت امر، خطری موجود نباشد. از سوی دیگر، صرف ظن و گمان را برای شروع دفاع کافی نمی‌داند؛ چرا که در صورت مسئله اخیر تنها به ذکر واژه خیال اکتفا شده و هیچ قیدی به آن افزوده نشده است. با وجود این، به دلیل اینکه مرتکب در مقام دفاع از خویش و به

۱. برای نمونه، از ایشان چنین سؤال شد: «شخصی نیمه شب وارد خانه‌ای می‌شود. صاحب‌خانه به همراه همسرش بیرون از منزل بوده و چهار نفر از فرزندان در خانه بودند. پسر ۱۸ ساله صاحب‌خانه با شنیدن صدایی از خواب بیدار شده و به آشپزخانه رفته و چاقویی برمی‌دارد. در تاریکی شب صدای بسته شدن در حمام را می‌شنود. با حالت ترس و چاقو در دست، به طرف حمام حرکت می‌کند، وقتی به آنجا می‌رسد و می‌بیند کسی داخل حمام پنهان شده و در را از داخل فشار می‌دهد تا بسته شود. او نیز در را از بیرون فشار می‌دهد تا آن را باز کند. ناگهان در باز می‌شود و شخصی ۲۹ ساله از داخل حمام به قصد فرار خارج می‌شود. در همین حین، چاقوی پسر صاحب‌خانه درست به قلب وی اصابت و منجر به فوت او می‌شود. حکم این مسئله چیست؟ اگر خواهر قاتل با مقتول رابطه‌ای داشته و با دعوت وی وارد خانه شده و قاتل از این امر اطلاعی نداشته باشد، حکم مسئله چیست؟» ایشان چنین پاسخ داد: «در صورتی که قاتل به تصور اینکه فرد مزبور مهاجم است و برای دفاع از خویش و دیگر اعضای خانواده او را کشته، خون مقتول هدر است» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۳۱۴). در همین رابطه، سؤال دیگری نیز از ایشان پرسیده شد بدین صورت که: «فردی به خیال اینکه دیگری مهاجم است، به سوی وی تیراندازی کرده و او را می‌کشد. آیا قصاص می‌شود؟» ایشان در پاسخ بیان داشت: «در فرض سؤال، فقط دیه دارد» (همان: ۳۱۳).

اعتقاد مهدورالدم بودن این چنین کرده است، قتل را در حکم شبه عمد دانسته و حکم بر دیه داده است. بنابراین ایشان نیز با اتخاذ دیدگاه ذهنی، قرائن معقول را جزء موجباتی قلمداد می‌کند که رفتار را در حوزه دفاع مشروع قرار می‌دهند (۱۴۲۷: ۳۱۳).

بر خلاف آنچه تا کنون در خصوص آرای برخی فقها مبنی بر لزوم وجود قرائن معقول دیده شد، دسته‌ای دیگر از فقها خصوصیتی را درباره ذهن ذکر نکرده و به کلیت آن اکتفا نموده‌اند. شهید ثانی در کتاب *مسالك الافهام*، در طرق احراز قصد مهاجم مطلبی بیان نکرده (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۵۰)، اما در کتاب *الروضه البهیة* این موضوع را بدین شکل تشریح کرده است:

و مدافع نباید آغازگر درگیری باشد مگر با علم یا ظن به قصد مهاجم (همو، ۱۳۸۵: ۵۳۱).

بنابراین ایشان از جمله کسانی به شمار می‌آید که ظن بر وجود خطر را مجوزی برای آغاز دفاع مشروع می‌پندارند. با وجود این، آنچه در کلام ایشان پوشیده باقی مانده، بیان خصوصیتی است که در ظن مدافع باید موجود باشد. فاضل هندی نیز در بحث دفاع اظهار می‌دارد:

و جایز نیست که شروع به دفاع نماید مگر با علم به قصد مهاجم؛ یعنی مهاجم قصد مال یا عرضش را کرده باشد یا ظن به قصد مهاجم داشته باشد که اگر دفاع نکنند بر او به طور عرفی مسلط شود (۱۴۱۶: ۶۴۹).

ایشان در ادامه، وجود یکی از این دو را به منزله قصد معتبری می‌داند که از طریق آن مدافع می‌تواند به دفع حمله مهاجم اقدام کند. بنابراین ظن این امکان را دارد تا برای مدافع حق دفاع ایجاد کند. منتها ویژگی خاصی را در ظن ذکر نکرده است که این ابهام را به ذهن متبادر می‌کند که مقصود هر ظنی است یا فقط ظن مطابق با برداشت انسان متعارف. شهید اول نیز در *اللمعة الدمشقیة* از کفایت یا عدم کفایت ظن به عنوان مجوزی برای شروع دفاع، هیچ صحبتی نکرده و به ذکر علم به قصد مهاجم اکتفا کرده است (عاملی، ۱۴۱۰: ۲۶۵). اما در کتاب *الدروس*، ظن را هم به عنوان مجوز دیگری برای آغاز رفتار دفاعی اضافه کرده اما خصوصیتی برای آن بیان ننموده است (همو، ۱۴۱۷: ۵۹).

در مجموع به نظر می‌رسد دیدگاه فقها برای احراز قریب الوقوع بودن خطر در دو دسته عینی‌گرایی و ذهنی‌گرایی قرار گیرد. بنابراین کلام حقوق‌دان لبنانی مبنی بر اینکه در فقه اسلامی به طور کلی خطر بالفعل موجبی برای اباحه دفاع مشروع به حساب می‌آید به صورت مطلق صحیح نمی‌باشد (عطار، ۱۳۷۸: ۲۲۲). همانند ایشان برخی از محققان ایرانی نیز قائل به چنین نظری شده، معتقدند که معیار فقها وجود دلایل منطقی و عینی بر این امر است که فرد به زودی مورد حمله قرار می‌گیرد (شمس ناتری و عبدالله‌یار، ۱۳۸۹: ش ۱۱۰/۲)، حال آنکه با تعمق در سخنان فقها نتیجه‌ای غیر از آنچه آنان مدعی‌اند، گرفته می‌شود. بنابراین می‌توان گفت که دیدگاه ذهنی تحت شرایطی از جمله اقتران با اوضاع و احوالی معقول که باور به خطر را به صورت متعارف پذیرفتنی می‌نماید، می‌تواند به عنوان نظر مختار قانون‌گذار پذیرفته شود. با این حال، به دلیل تفاوتی که میان دو نوع دفاع واقعی و ظاهری وجود دارد، قول فقهای که مرتکب را ضامن دیه می‌دانند به عدالت و موازنه میان دو حق نزدیک‌تر است.

## ۲. تقابل دیدگاه‌های عینی و ذهنی پیرامون دفاع مشروع ظاهری

در این قسمت دیدگاه‌های عینی و ذهنی بر اساس عناصر و استدلال‌های اصلی مقوم هریک از آنها مورد بررسی مقایسه‌ای قرار می‌گیرند.

### ۱-۲. تقابل در عنصر توجیه‌کننده

عامل موجهه دانستن دفاع ظاهری مبتنی بر اشتباه معقول، با اقبال حقوق‌دانان عینی‌گرا مواجه نشده است. آنان در جای جای استدلال‌های خویش این پندار ذهنی‌گرایان را حکایتی نادرست از مفهوم علل موجهه می‌دانند. برخی منتقدان ضمن تفکیک امر اخلاقی از امر حقوقی معتقدند که وادی اخلاق می‌کوشد تا افرادی را که در انجام کارها حسن‌نیت دارند و یا اینکه حسن‌نیت ندارند ولی قصد شری هم ندارند، در خود جای دهد و به همین دلیل، عمل مدافع ظاهری از نظر اخلاقی موجه خواهد بود. لکن وادی حقوق، صرف برخورداری از حسن‌نیت را برای ورود به این وادی کافی نمی‌داند؛ بلکه زمانی اشخاص را در خود می‌پذیرد که رفتارشان مطابق با چیزی باشد که قانون



بیان کرده است<sup>۱</sup> (Baron, 2005: 400). قانون نیز مشروعیت خود را از امور عینی اخذ می‌کند. حقوق با وضع قواعد رفتاری که دارای چارچوبی عینی است، این پیام را به جامعه می‌فرستد که از آسیب‌رسانی به یکدیگر جز در موارد ضروری خودداری کنند و ضرورت را هم زمانی محقق می‌داند که یکی از شهروندان از حقوق خود فراتر رفته و نسبت به حقوق دیگران تعرض کرده باشد. به همین دلیل، پذیرش اخلاقیات را به عنوان منبع قواعد رفتاری توصیه نمی‌کند؛ حقوق به دنبال جلوگیری از آسیب غیر لازم به اشخاص است اما اخلاق این آسیب را با صحیح شمردن رفتار کسی که صرفاً بر اساس ذهن خود فردی را مهاجم پنداشته و وی را کشته، مجاز شمرده است (Fontaine, 2010: 72-76). این، دیدگاه اثبات‌گرایانی است که قائل به تفکیک مطلق اخلاق از حقوق‌اند و حقوق را امری موضوعه و مبتنی بر عینیات می‌دانند، حال آنکه صرف واقعیات و عینیات نیست که منشأ شکل‌گیری قانون است، بلکه قانون با احکام و الزامات اخلاقی نیز سروکار دارد. همچنان که حقوق درباره رفتار آدمیان قضاوتی دارد، اخلاق نیز به داوری درباره رفتارها می‌پردازد. درست است که حقوق ملزم به تبعیت از اخلاق نیست ولی متأثر از احکام و نتایج آن بر حسب نظریه پذیرفته‌شده اخلاقی هست.

به هر روی، عینی‌گرایان این برداشت اشتباه ذهنی‌گرایان را ناشی از خوانش نادرست از نظر کانت می‌دانند که داشتن حسن‌نیت در انجام رفتار را بالاترین خوبی می‌داند که می‌توان تصور کرد. ذهنی‌گرایان با در نظر داشتن چنین مفهومی و با توجه به اینکه مدافع ظاهری با حسن‌نیت عمل می‌کند، عمل وی را بالاترین خوب قابل تصور می‌پندارند و در نهایت استفاده وی از نیروی دفاعی را اخلاقی و بنابراین موجه می‌شمارند. به نظر می‌رسد با بررسی دوباره نظر کانت بتوان مشکل را تشخیص و آن را حل کرد. از دیدگاه وی، اراده در صورتی که در خدمت انجام وظیفه قرار گیرد، خوب محسوب می‌شود. انجام وظیفه نیز زمانی است که فرد بر اساس آنچه اخلاق فرمان داده، عمل کند. اکنون اگر قانون اخلاقی به ما بگوید که در برابر تجاوز غیر قانونی حق مقاومت وجود دارد، وظیفه‌ای را بر عهده ما گذاشته است که در صورت انجام

۱. لازم به ذکر است که قائل شدن به چنین تفکیکی میان اخلاق و حقوق و به تبع آن رفتار اخلاقی و حقوقی بر اساس نظر عینی‌گرایان است و حکم کلی موجود در این زمینه نمی‌باشد.

آن، ارادهٔ ما خوب محسوب می‌شود. خوانش نادرست در این قسمت است که ذهنی‌گرایان، اخلاقی بودن رفتار را مرادف با موجه شمردن آن می‌دانند. در حالی که از اخلاقی بودن نمی‌توان موجه بودن را تعبیر کرد و لاجرم عنصر عینی وجود منفعت همگانی باید وجود داشته باشد (Fletcher, 1985: 975). عینی‌گرایان معتقدند که جامعه چنین رفتاری را ستایش نمی‌کند و از مردم انتظار دارد که در شرایط مشابه، آن گونه عمل نکنند (Hassemer, 1986: 598). معقول بودن، رفتار مرتکب را فهم‌پذیر می‌سازد اما آن را موجه نمی‌کند و از این رو نمی‌تواند منشأ قاعدهٔ رفتاری باشد (Fontaine, 2010: 61). در مقابل، ذهنی‌گرایان با طرح این پرسش که «چرا عینیت جزء ارکان علل موجهه تلقی شده است؟»، موضع عینی‌گرایان را نقد کرده و آن را پیش‌فرضی می‌دانند که محل مناقشه است. آنان به دلیل اینکه آرمان حقوق کیفری را جلوگیری از ورود آسیب می‌دانند، علل موجهه را هم امور عینی تفسیر می‌کنند که در آن آسیب غیر قانونی به وقوع نمی‌پیوندد. حال اگر این پیش‌فرض به کناری گذارده شود، قضیه جلوه‌ای دیگر به خود خواهد گرفت. اگر آرمان حقوق کیفری، اخلاقی رفتار کردن افراد جامعه و نه جلوگیری از ورود آسیب تعریف شود، دیگر این استدلال که اعتقاد معقول نمی‌تواند مبنای توجیه رفتار قرار گیرد، درست نخواهد بود (Dressler, 1987: 1161-1163). بنابراین هر گاه شخص به شیوه‌ای معقول به این نتیجه برسد که در معرض خطری قرار دارد و رهایی از آن جز با کشتن دیگری محقق نمی‌شود، باید به وی اجازهٔ انجام این رفتار داده شود، هرچند آثاری نامطلوب را به همراه داشته باشد. بنا بر ادعای ذهنی‌گرایان، جامعه نیز از مردم می‌خواهد که در وضعیت‌های دیگری مشابه وضعیت مدافع ظاهری، همانند وی رفتار کنند (Duff, 2004: 840). درست است که جامعه رفتارش را نمی‌ستاید اما آن را قابل تحمل می‌داند. مشابه بودن رفتار اعضای جامعه در چنین موقعیت‌هایی لاجرم مقتضی پذیرش این موضوع است که جامعه به مثابهٔ مجموعه‌ای از افراد، چنین رفتارهایی را تأیید می‌کند. آنچه به این استدلال قوام می‌دهد، آن است که به باور برخی نویسندگان، دفاع مشروع اصولاً نوعی اقدام پیش‌دستانه<sup>۱</sup> و مبتنی بر خطرپذیری است؛

1. Preemptive action.

مدافع قبل از اینکه مهاجم آسیبی وارد کند او را از پای درمی آورد و در این موقعیت همیشه احتمال دارد که خطا روی دهد و واقعیات آن چیزی نباشد که برای مدافع نشان داده شد (Stewart, 2009: 17). از طرفی، مدافع از علم خدایی هم برخوردار نیست تا بتواند حقیقت نامکشوف را تشخیص دهد و بر اساس آن رفتار کند (Husak, 1989: 508). این امر می طلبد زمانی که نظر مدافع و هر انسان متعارفی بر وجود خطر استوار است، به آن‌ها حق دفاع فارغ از پیامدهایش داده شود (Ferzan, 2005: 724).

همچنین به اعتقاد ذهنی گرایان، عنصر موجه کننده از نظر پیامدگرایان - که پیامد رفتار و وجود منفعت در ارتکاب رفتار مورد نظر است - گاه در تشخیص رفتاری که حامل منافع اجتماعی است دچار سردرگمی می شود. در واقع، گاه پیامدگرایان نیز نمی توانند به آسانی رفتاری را که تأمین کننده منفعت عالی و در نتیجه موجه است تعیین کنند. درسler<sup>۱</sup> این حالت را در مثال زیر بیان کرده است:

راننده ای را تصور کنید که در یک جاده کوهستانی باریک رانندگی می کند و ناگهان با یک فرد مصدوم و درمانده به نام «الف» روبه رو می شود. در عین حال، شخص «ب» را هم می بیند که در وسط جاده دراز کشیده است. او سه انتخاب خواهد داشت: به «الف» بزند و او را بکشد. به «ب» بزند و او را بکشد. خودش به صخره بخورد و بمیرد (Dressler, 1984: 82).

بنابراین حتی پیامدگرایی نیز ممکن است در مواقعی انتخاب را به عهده شخص گذارده و رفتاری را موجه بداند که در واقعیت موجه نیست؛ یعنی به طور مادی صحیح نیست اما خطا هم نیست. این رفتارها همان رفتارهای مجازند که پیامدگرایان با کمال تعجب آن را به عنوان مبنایی برای صحیح شمردن رفتارها رد کرده اند (Ibid.). بنابراین توجه رفتار صرفاً ناشی از عینیت رفتار و واقعه بیرونی نیست. بلکه با ذهنیات مرتکب و چگونگی فعل و انفعالات ذهنی او در موقعیت خاص نسبت دارد. او اولین شخصی است که در آن موقعیت باید قضاوت کند و تصمیم بگیرد. نادیده انگاری این کنش‌ها و واکنش‌های ذهنی‌ای که برای مرتکب رفتار در آن موقعیت پیش می آید به معنای تک بعدی دانستن رفتار و تلقی آن به منزله عینیتی بدون فاعل شناساست.

1. Joshua Dressler.

بر پایه توضیحات ارائه شده، حقوق کیفری از انسان‌ها توقع رفتار آرمانی ندارد و به دنبال ساختن جامعه آرمانی نیست؛ در عوض از آن‌ها می‌خواهد که تلاش وظیفه‌شناسانه‌ای را برای دستیابی به حقیقت از خود نشان دهند. در این صورت، وجود نتایج ناخوشایند دلیلی بر ناصحیح بودن رفتار نیست. رفتارهای مجاز و قابل تحمل، نمونه بارز این تلاش است که مرتکب آن باید محترم شمرده شود نه مجرم.

## ۲-۲. تقابل در خاصیت فراگیری و عمومیت<sup>۱</sup> علل موجهه

همواره در علل موجهه این مفروض وجود داشته است که این علل نوعی ارتباطات حقوقی بین افراد جامعه به وجود می‌آورد که بر پایه آن اولاً، حق مقاومت در برابر کسی را که از علل موجهه برخوردار است، نفی می‌کند و ثانیاً، حق دخالت اشخاص ثالث را به نفع دارنده به وجود می‌آورد که در مجموع علل موجهه را فراگیر و عمومی می‌سازد، حال آنکه علل رافع فاقد این خاصیت بوده و تنها در ارتباط با همان شخص به کار می‌روند. ذهنی‌گرایان در خصوص این ویژگی کاوش کرده و در نهایت به نتیجه‌ای خلاف آنچه عینی‌گرایان ادعا کردند، رسیدند. این بحث در دفاع مشروع ظاهری نیز پیامدهایی دارد که به آن اشاره می‌شود.

## ۲-۲-۱. حق مقاومت در علل موجهه

همان‌طور که پیشتر اشاره شد، عینی‌گرایان بر این باورند که علل موجهه با برداشت مادی حق هم‌خوانی دارند. این حق می‌تواند مورد حمایت قرار گیرد اما هیچ‌گاه نمی‌تواند مورد مخالفت واقع شود و به عبارت بهتر مخالفت با آن هیچ‌گاه حق شمرده نخواهد شد. در واقع اشخاص می‌توانند در حمایت از آن نقش آفرینی کنند اما نه بر ضد آن (Fletcher, 2000: 763). عدم حق مقاومت در برابر علل موجهه در «تئوری ناسازگاری»<sup>۲</sup> فلیچر بدین شکل بیان شده است:

در هر تعارض فیزیکی، جایی که تنها یک نفر می‌تواند غالب شود، منطق ما را از بر رسمیت شناختن این مسئله که بیش از یک نفر می‌تواند در استفاده از نیروی قهریه

1. Universalization.
2. Incompatibility thesis.

موجه باشد. باز می‌دارد (Fletcher, 1985: 975).

بر اساس این تئوری، وقتی من حق دارم به دفاع از خود پردازم، هیچ کس دیگری حق نخواهد داشت که من را از اِعمال این حق باز دارد. وجود دو حق در آن واحد با توجه به ماهیت علل موجهه ناسازگار است. نمود اجرایی این تئوری در دفاع مشروع، سلب حق دفاع از مهاجم در برابر مدافعی است که به دفاع از خویش می‌پردازد. در وضعیت دفاع مشروع ظاهری، مدافع ظاهری به خودمختاری و تمامیت مخاطب بدون وجود هیچ گونه منفعتی تعرض کرده است؛ حال در صورتی که موقعیت حقوقی آن را با دفاع مشروع واقعی یکسان بدانیم، مهاجم را از این حق محروم کرده‌ایم (Morawetz, 1986: 288-289)؛ برای نمونه، مغازه‌داری را تصور کنید که به دفعات توسط گروهی سارق مسلح مورد حمله قرار گرفته است. اکنون نیز آن‌ها به مغازه وی حمله کرده و او نیز برای دفاع از خود تیراندازی می‌کند. در همین زمان، یک مأمور پلیس که لباس فرم ندارد در حال رد شدن از آن قسمت متوجه ماجرا شده و به قصد کمک به مغازه‌دار وارد درگیری می‌شود. مغازه‌دار به اشتباه اما به گونه‌ای معقول فکر می‌کند که وی نیز یکی از همان سارقان مسلح است و به سمت وی نیز تیراندازی می‌کند. در این حالت فرض می‌کنیم که عمل مغازه‌دار در دفاع از خود با کشتن مأمور پلیس موجه است. نتیجه این فرض آن خواهد شد که اگر پلیس بداند که مغازه‌دار وی را به اشتباه یکی از مهاجمان پنداشته است، امکان دفاع از خود را از دست می‌دهد (Fletcher, 2000: 763).

به اعتقاد عینی‌گرایان، ذهنی‌گرایان رفتار مدافع ظاهری را در این حالت موجه و صحیح می‌دانند در حالی که این امر خطاست. پلیس مورد نظر در نهایت باید تسلیم مرگ شود؛ چرا که وجود بیش از یک حق در آن واحد ممنوع است و این حق هم در این مثال به مغازه‌دار تفویض شده است. به نظر می‌رسد راه چاره در چنین موقعیت‌های تعارض آمیزی، پذیرش دیدگاه عینی باشد که بر پایه آن مهاجم ظاهری دارای حق دفاع است؛ چرا که نظریه ناسازگاری، وجود بیش از یک حق را در آن واحد بر نمی‌تابد.

حقوق‌دانان ذهنی‌گرا در مقام معارضه با عینی‌گرایان امکان وجود نظریه ناسازگاری را به چالش کشیده‌اند. به اعتقاد آنان، امکان وجود حق دفاع برای یک شخص به

معنای نفی وجود حق دفاع برای شخص دیگر نخواهد بود. آنان با اتکا بر مفهوم رفتار مجاز یا قابل تحمل تلاش کرده‌اند تا نشان دهند که امکان رویداد علل موجهه ناسازگار نیز وجود دارد که در مثال زیر تشریح شده است:

«الف» پلیس مخفی است که به صورت اشتباهی اما معقول فکر می‌کند که «ب» قاتل زنجیره‌ای بوده که از مدت‌ها پیش به دنبالش بوده است. به همین دلیل، به سمت وی رفته و اسلحه‌اش را برای دستگیر کردنش بیرون می‌آورد. در همین زمان، «ب» که اسلحه را می‌بیند به صورت اشتباه اما معقول فکر می‌کند که «الف» قصد کشتنش را دارد و از این رو قبل از اینکه «الف» این فرصت را داشته باشد که اعلام کند پلیس است، وی را می‌کشد (Schopp, 1998: 9).

با وجود این، آنان عدم وجود تئوری ناسازگاری را تنها در دایره رفتارهای مجاز یا قابل تحمل طرح می‌دانند و در مواردی که صحت در معنای مضیق وجود دارد (مواردی که خطری واقعی در عالم خارج وجود دارد)، رفتار بر ضد آن را حق نمی‌شناسند و به تئوری ناسازگاری معتقدند (Husak, 1999: 55). توضیح آنکه در مواردی که مسئله دفاع مشروع ظاهری در میان باشد، وجود دو علت موجهه در مقابل هم طبیعی جلوه می‌کند. در این موارد، هم مدافع ظاهری و هم مهاجم می‌توانند در مقابل یکدیگر رویارویی کنند و به دفاع از خود در برابر دیگری بپردازند. در اینجا ممکن است دو وضعیت رخ دهد: اول، زمانی که مهاجم فرضی از این موضوع آگاهی دارد که شخص مقابل به اشتباه وی را مهاجم پنداشته است. نمونه بارز این وضعیت، مورد پلیس و مغازه‌دار است که پلیس می‌داند مغازه‌دار وی را به اشتباه جزء سارقان دانسته است. دوم، زمانی که مهاجم فرضی از این موضوع آگاهی ندارد ولی معتقد است که به طور معقولی مورد حمله قرار گرفته است. وی در هر دو صورت حق دفاع از خود را خواهد داشت و تفاوتی بین علم یا عدم علم او به وضعیت مدافع وجود ندارد. ذهنی‌گرایان بر این عقیده‌اند که عینی‌گرایان در طرح‌ریزی نظریه ناسازگاری، بینش مادی بودن علل موجهه را دخالت داده و بر آن اساس، وجود دو حق را که هر دو از جنس حق در معنای مادی باشد، در مقابل هم امکان‌پذیر نمی‌دانند. در حالی که اگر محور علل موجهه، اعتقاد معقول مدافع قرار گیرد، مهاجم ظاهری نیز تا جایی که

به طور معقولی معتقد باشد که مورد حمله قرار گرفته است، حق مقاومت دارد<sup>۱</sup> (Christopher, 1994: 331). به نظر می‌رسد طرح چنین ایرادی از سوی عینی‌گرایان گرچه منطقی به نظر می‌رسد جای تأمل بسیار دارد؛ چرا که وجود چنین خصیصه‌ای تنها بر اساس صحت مادی رفتارهاست؛ لکن در صورتی که رفتار متعارف اعضای جامعه ملاک صحت شمرده شود (و به طور خاص مفهوم رفتار مجاز)، دیگر وجود دو حق در کنار یکدیگر همواره متعارض جلوه نمی‌کند. این حق‌ها منفک از هم قابل تحقیق‌اند.

## ۲-۲-۲. حق دخالت در علل موجهه

گفته شد که با توجه به دیدگاه عینی‌گرایان، علل موجهه به دلیل اینکه مبتنی بر مفهوم صحت مادی رفتار است، نوعی خاصیت فراگیری و عمومیت را در خود جای داده است که موجب می‌شود افرادی که در حمایت از دارنده این علل قدم برمی‌دارند، رفتارشان همگام با مرتکب موجه شود. در دفاع مشروع واقعی، هر شخص ثالثی می‌تواند به مدافع پیوسته و به او در دفاع از خویش کمک کند اما چنین طرحی در دفاع مشروع ظاهری قابل اجرا نخواهد بود (Moore, 1985: 1095). هنگامی که مرتکب در وجود واقعی حمله اشتباه کرده است، شخص ثالث نمی‌تواند به دفاع از وی پردازد و این دلیلی بر این ادعاست که رفتار مدافع ظاهری جزء علل رافع است و نه علل موجهه؛ زیرا در صورتی که رفتار وی موجه بود خاصیت فراگیری و عمومیت رفتار شخص ثالث را نیز موجه می‌ساخت. بنابراین در مثال پلیس و مغازه‌دار که پیشتر به آن اشاره شد کمک اشخاص ثالث به مغازه‌دار ناموجه ولی به پلیس موجه شمرده می‌شود.<sup>۲</sup> با این حال، در این مورد نیز ممکن است بگوییم همان طور که خطای معقول

۱. عملکرد قانون جزای نمونه در دادن حق دفاع به مهاجم ظاهری دقیقاً مبتنی بر همین مفهوم از علل موجهه است. این قانون به وجود علل موجهه ناسازگار در رفتارهای مجاز اعتقاد داشته و به همین دلیل چنین تفکیکی گذاشته است نه اینکه مفهوم‌سازی دچار سردرگمی شده باشد.

۲. البته بر اساس همین دیدگاه، شخص ثالثی که به صورتی اشتباه اما به گونه‌ای معقول باور داشته که دیگری مورد حمله قرار گرفته است و بر این مبنا به دفاع از وی می‌پردازد، می‌تواند همانند مرتکب اصلی از علل رافع برخوردار شود.

مرتکب به عنوان دفاع ظاهری پذیرفته می‌شود، خطای دیگران در حمایت از مدافع ظاهری نیز می‌تواند از همین حکم برخوردار باشد. دلیل روشنی برای تفکیک میان این دو طرف لازم است. چرا حامی مدافع ظاهری که همانند او مدافع را در خطر می‌دید، نتواند از عمومیت و فراگیری توجیه رفتار مدافع بهره‌مند شود؟ دلیلی برای این تفکیک ارائه نشده است. از همین رو، ذهنی‌گرایان بر این باورند که اگر بپذیریم علل موجهه امور را از نظر عینی صحیح می‌کنند، رفتار شخص ثالث در صحنه دفاع موجه محسوب خواهد شد و دیگر لزومی برای وجود شرط دانش و آگاهی برای ثالث احساس نخواهد شد. در واقع اینکه برخی از عینی‌گرایان می‌پندارند ثالث در صورتی موجه می‌شود که به قصد دفاع برای مدافع وارد درگیری شود، با صحیح تلقی شدن مادی حق در تعارض قرار می‌گیرد؛<sup>۱</sup> برای نمونه، تصور کنید که «الف» در حال دفاع از خویش در برابر «ب» است. در این میان ناگهان «ج» که سابقه اختلاف زیادی با «ب» داشته است فرصت را مغتنم شمرده و به درگیری این دو شخص پیوسته است، بی‌آنکه قصد دفاع از «الف» را داشته باشد. آنچه در نتیجه مشهود خواهد بود این است که به دلیل اینکه رفتار «الف» صحیح شمرده می‌شود و به عبارت بهتر به دلیل خاصیت فراگیری رفتار شخص ثالث در مشارکت در این کار حتی به صورت ناآگاه نیز موجه است که نتیجه‌ای است که عقلاً پذیرش آن دشوار است.

اینکه یک شخص در انجام کاری موجه است متضمن این معنا نیست که دیگری نیز در مشارکت در آن کار موجه خواهد بود. در عوض، این اعتقاد معقول است که باید به عنوان ملاک موجه‌سازی برای مشارکت قرار گیرد. به باور داف نیز زمانی که ثالث به طور معقولی معتقد باشد شخصی که به وی یاری می‌رساند مورد حمله دیگری واقع شده، حتی اگر اعتقادش اشتباه باشد، باز هم به طرز موجهی رفتار کرده است. همچنین اگر این اعتقاد را نداشته باشد مرتکب رفتاری خطا کارانه شده است حتی اگر شخصی که به وی یاری رسانده موجه باشد (Duff, 2004: 841). در مثال مذکور، اقدام

۱. این انتقاد در رابطه با عینی‌گرایان محض وارد به نظر نمی‌رسد؛ چرا که آنان وجود قصد موجه را جزء شروط تحقق دفاع مشروع نمی‌دانند. بنابراین هدف این قسمت از انتقادات، کسانی مانند فلچر و گاردنر می‌باشند که به لزوم چنین شرطی برای موجه شمردن رفتار معتقدند.



شخص ثالث در آسیب‌رسانی به «ج» موجه محسوب نخواهد شد. همچنین در صورتی که چنین برداشتی معیار موجه محسوب شدن رفتار شخص ثالث قرار گیرد، می‌توان موردی را تصور کرد که در آن شخص ثالث دارندهٔ علل موجهه محسوب می‌شود در حالی که شخصی که به وی یاری رسانده شده از این حق محروم است (Schopp, 1998: 8). فرض کنید که «الف» قصد کشتن «ب» را دارد غافل از اینکه «ب» نیز می‌خواهد وی را بکشد. اما «ج» از قصد «ب» در کشتن «الف» آگاهی دارد و بر همین اساس در لحظهٔ ارتکاب رفتار به کمک «الف» آمده و وی را از مرگ نجات می‌دهد. در این حالت رفتار «ج» موجه است نه به خاطر اینکه به «الف» کمک کرده و با گرفتن جان «ب» یک منفعت اجتماعی ایجاد کرده، بلکه به دلیل اینکه به طور معقولی معتقد بوده که «ب» توسط «الف» مورد حمله واقع شده است. می‌توان گفت که بر پایهٔ پیش‌فرض‌های عینی، فرض ناموجه محسوب شدن کمک ثالث در دفاع مشروع ظاهری منطقی است ولی اگر اعتقاد معقول، معیار توجیه رفتار قرار گیرد، دیگر استناد به آن اثر پیشین را نخواهد داشت، چنانکه نمونه‌های ارائه‌شده مبین آن است. در واقع، این سؤال در دیدگاه عینی قابل طرح است که هنگامی که رفتار از نظر مادی صحیح تلقی می‌شود، چگونه می‌توان عنصر آگاهی ثالث را برای موجه محسوب کردن رفتار وی لازم دانست؟

### ۳-۲. توسعهٔ خشونت

اگر بپذیریم که یکی از اهداف مهم حقوق کیفری صیانت از افراد در برابر نقض حقوق و اعمال خشونت علیه آنان است و خود جز در موارد خاص و استثنایی نباید به خشونت متوسل شود، حقوق‌دانان عینی‌گرا موجه شناختن رفتار مرتکب بر اساس صرف اعتقاد معقول و جواز دفاع ظاهری را نوعی توسعهٔ دامنهٔ خشونت تلقی می‌کنند که مغایر هدف اولیهٔ حقوق کیفری است. حال آنکه ذهنی‌گرایان با موجه جلوه دادن رفتار مدافع ظاهری، بر خلاف فلسفهٔ وجودی حقوق کیفری گام برداشته‌اند و اعمال خشونت را مجاز شناخته و حتی آن را توصیه می‌کنند (Fletcher, 2000: 763-769). در برابر انتقاد عینی‌گرایان، حقوق‌دانان ذهنی‌گرا استدلال می‌کنند که دیدگاهشان

به تحقق هدف حقوق کیفری برای صیانت از جان‌ها و عدم اعمال خشونت سازگار است. این دیدگاه با پذیرش علل موجهه ناسازگار و دادن حق دفاع به دو شخص بی‌گناه در آن واحد این امکان را فراهم می‌آورد که جان‌های بیشتری زنده نگه داشته شوند. بر این اساس، هر یک از طرفین کماکان از حق حیات برخوردار خواهد بود و می‌تواند برای حفظ آن تلاش کند. بنابراین این انتقاد که این نظریه خشونت را تقویت خواهد کرد، بی‌معنا به نظر خواهد رسید (Dressler, 1984: 87). حق با ذهنی‌گرایان است که این ایراد را بر خود وارد ندانند؛ زیرا آنان در مقام تعریف حقوق طرف‌های درگیر در دفاع ظاهری و ترجیح یکی از حق‌ها بر دیگری هستند. نکته مهمی که در این دیدگاه مغفول مانده، رعایت توازن میان دو حق است. اگر مدافع ظاهری حق دارد بر مبنای خطای معقولش رفتار کند، قربانی نیز حق داشته که مورد تعرض قرار نگیرد. اگر ترجیح با حق مدافع ظاهری است، جبران صدمه وارد بر بی‌گناه در این نظریه چه جایگاهی دارد؟ بدون پیش‌بینی جبرانی که نوعی توازن‌بخش میان حقوق است، نمی‌توان ادعای ذهنی‌گرایان را نظریه‌ای آرمانی تلقی کرد.

## ۲-۴. وجود احساس پشیمانی<sup>۱</sup>

حقوق دانان عینی‌گرا برای اثبات این حقیقت که دفاع مشروع واقعی متفاوت از دفاع مشروع ظاهری است، واکنش مدافع ظاهری را آن هنگام که متوجه شده است شخصی که به گمان خویش مهاجم پنداشته، فرد بی‌گناهی بوده است، مورد تجزیه و تحلیل قرار داده‌اند. آنان این پرسش را مطرح می‌کنند که مدافع ظاهری در این وضعیت چگونه پاسخ خواهد داد؟ وی چگونه با حقیقت برخورد خواهد کرد؟ مسلماً چنین فردی در عمل خویش احساس خشنودی نخواهد کرد؛ برعکس، از اینکه چنین رفتاری را مرتکب شده است اندوهگین شده و آرزو می‌کند که ای کاش این گونه رفتار نمی‌کرد. وی از اینکه آسیبی غیر ضروری را به دیگران بدون هیچ گونه علت واقعی وارد کرده است، پشیمان خواهد شد. اما چنین وضعیتی در دفاع مشروع واقعی مصداق ندارد. مدافع واقعی در پاسخ به چنین وضعیتی اعلام می‌کند که کشته شدن حق

1. Remorse sensation.

مهاجم بوده است؛ چرا که وی قصد جاننش را کرده بود. بنابراین سنجش احساسات مدافع ظاهری و مدافع واقعی ما را به این نتیجه می‌رساند که این دو از هم جدا هستند و این جدایی برخوردار حقوقی جداگانه‌ای را می‌طلبد (Sendor, 1990: 759).

ذهنی‌گرایان وجود چنین احساسی را در مدافع ظاهری انکار نمی‌کنند. وانگهی، در پاسخ به ادعای عینی‌گرایان معتقدند که در موارد دفاع مشروع واقعی نیز همین احساس وجود دارد. یعنی زمانی که هم شخص موجه و هم نتایج موجه است باز چنین احساسی وجود دارد. آنان این سؤال را می‌پرسند که آیا مردم، گرفتن جان یک انسان را می‌پسندند و ستایش می‌کنند یا اینکه فقط تحمل می‌کنند. بر این اساس، احساسات اشخاص نمی‌تواند و نباید به عنوان نقطه اتکا برای تعیین موجه بودن یا نبودن شخص محسوب شود و در نتیجه معیار خوبی برای ناموجه جلوه دادن مدافع ظاهری نیست؛ چرا که پیچیدگی‌های اخلاقی اشخاص را نادیده می‌گیرد (Greenawalt, 1986: 102).  
در سطر در تأیید این ادعا بیان می‌کند:

دنیا به گونه‌ای است که بیشتر مردم حتی آن‌هایی که اخلاقی‌اند بیشتر چیزها را خاکستری می‌بینند تا سیاه یا سفید (Dressler, 1984: 85).

علاوه بر این، آنان وجود این احساس را به عنوان امری فایده‌مند برای جامعه نیز توصیف کرده‌اند به این صورت که از طریق آن، مردم و ادار می‌شوند تا رفتارهایی را که احتمالاً به نتیجه می‌انجامد، به دقت مورد بررسی قرار دهند (Greenawalt, 1984: 1921).  
با اینکه احساس ناراحتی در مدافع ظاهری به دلیل خطای واقعی ارتكابی بیشتر از مدافع واقعی است، نمی‌توان در واقع دومی را شرمسار دانست حال آنکه مدافع ظاهری در برابر آنچه روی داده و خطایی که بر بزه دیده رفته است، احساس شرمساری می‌کند. این احساس، هر چه و به هر میزان باشد، نمی‌تواند دلیلی بر توجیه یا عدم توجیه رفتار مرتکب باشد به ویژه اینکه احساسی که عینی‌گرایان بدان استناد می‌کنند نه در زمان وقوع رفتار که پس از آن بر مرتکب عارض می‌شود. حال آنکه اگر قرار است جایگاهی برای احساس فرد مرتکب قائل باشیم، احساسش در زمان ارتكاب رفتار ملاک است و نه پس از وقوع آن.

## نتیجه گیری

دفاع از خویش معمولاً در شرایطی روی می‌دهد که هنوز خطر به طور کامل واقع نشده است و از این رو باید به مدافع اجازه داد که پیش‌بینی کند. در حقیقت، از انسان انتظار نمی‌رود که با صبوری تمام، شاهد تعرض به خود، مال یا عرض خویش باشد. وانگهی، در صورت اعتقاد به چنین بینشی، نگاهی یک‌سویه را اختیار کرده‌ایم که نقطه ثقل آن، حق پیش‌بینی مدافع در سنجش اوضاع و احوال است. اما نباید فراموش کرد که شخص دیگری نیز در این صحنه حضور دارد که رفتارهایش باید مورد توجه قرار گیرد. توجه بیش از اندازه به این سو، منجر به فراموشی طرف مقابل، یعنی مهاجم واقعی و فرضی می‌شود.

در وضعیتی که خطر به طور واقعی وجود دارد به دلیل اینکه مهاجم، عامل به وجود آورنده خطر است، برای مدافع حقی به وجود می‌آید که موجب مشروعیت بخشیدن به اقدامات پیش‌بینانه و واکنشی مدافع می‌شود. بر همین اساس، به مدافع اجازه داده می‌شود خطری را که مهاجم ایجاد کرده است به وی برگرداند. اعطای حق دفاع به اشخاص نوعی عدالت است که اساس پیدایش آن ایجاد خطر از سوی مهاجم علیه قلمرو فردی مدافع است؛ عدالتی که در آن وقتی مهاجم خطر را به وجود آورده، باید نتیجه چنین خطری را هم تحمل کند. از این رو، علاوه بر توجه به ماهیت پیش‌بینانه دفاع مشروع، باید به ماهیت توزیعی خطر نیز توجه کرد. یعنی زمانی که مهاجم خطر را ایجاد کرده است، مدافع نیز حق دارد برای او ایجاد خطر کند و این برخلاف خطر مهاجم، پذیرفتنی است.

در این میان، مواردی یافت می‌شود که شخص به طور معقولی پیش‌بینی می‌کند که خطری در عالم خارج وجود دارد و با پیش‌دستی از خویش دفاع می‌کند غافل از اینکه در واقعیت امر خطری وجود ندارد. در این موارد، چگونه می‌توان بین دو ماهیت متفاوت دفاع مشروع آشتی داد؟ کدام بُعد دفاع مشروع در چنین شرایطی بر بُعد دیگر غلبه می‌یابد؟ آیا ماهیت پیش‌بینانه دفاع مشروع را باید حاکم دانست یا ماهیت توزیع خطر آن را؟ به نظر می‌رسد بتوان راهکار دیگری داد که توانایی ایجاد تعادل بین این دو بعد را داشته باشد. با تفکر در دیدگاه‌ها و مثال‌هایی که در خصوص دفاع مشروع

ظاهری زده شد، می‌توان نوعی تفاوت میان وضعیت‌های مختلف ایجاد کرد که مستلزم تبیین و برخورد حقوقی جداگانه می‌باشد.

وضعیت اول، حالتی است که در آن مهاجم به رغم اینکه مدافع را با خطر واقعی مواجه نساخته است، عامدانه مدافع را به این نتیجه رسانده است که قصد کشتنش را دارد. یک نمونه این حالت مثال چاقوکشی است که در ابتدای مقاله ذکر شد. در این موارد، با وجود اینکه در عالم واقع خطری نبوده است، رفتار فرد را دفاع مشروع به حساب می‌آوریم؛ زیرا وی با ارتکاب رفتار عامدانه، این احساس را برای هر انسان متعارفی ایجاد کرده است. در این وضعیت نظریه ناسازگاری نیز قابل اعمال است؛ بدین شکل که مهاجم ظاهری نمی‌تواند به دفاع از خویش بپردازد، زیرا عامدانه بر علیه خود اقدام کرده و بنابراین باید نتایج اقدام خویش را متحمل شود.

وضعیت دوم، حالتی است که مهاجم نه خطری مادی و واقعی ایجاد کرده و نه عامدانه احساس خطر را برای مدافع ایجاد کرده است ولی رفتارهایی از خود نشان داده که مدافع را به این نتیجه رسانده که وی قصد حمله به او را دارد. یعنی اگرچه مهاجم قصد این نتیجه را نداشته است اما نتیجه رفتار وی را هر انسان متعارفی پیش‌بینی می‌کند. مثال مغازه‌دار در اینجا قابل اعمال است. در این موارد، رفتار مدافع ظاهری دفاع مشروع تلقی می‌شود از آن جهت که مهاجم به صورت غیر عمدی برای مدافع احساس خطر ایجاد کرده است. با وجود این، مهاجم نیز به دلیل آنکه در رفتار مقصرانه خویش عمدی نداشته است، از حق دفاع محروم نخواهد شد. در اینجا علل موجهه ناسازگار در این وضعیت کنار هم قرار می‌گیرند و هر دو شخص در آن واحد می‌توانند دارای حق دفاع باشند. بنابراین رفتار هر دو شخص دفاع محسوب می‌شود.

وضعیت سوم، حالتی است که در آن مهاجم در عالم خارج هیچ رفتاری دال بر تهاجم از خود بروز نداده است اما هر انسان معقولی با توجه به شرایط موجود به این نتیجه می‌رسد که خطری وی را تهدید می‌کند. نمونه این مورد، مثال مذکور در ابتدای مقاله است که در آن مغازه‌داری به دفعات مورد حمله سارق مسلحی قرار گرفته است. در حمله پیشین وی موفق می‌شود به پلیس خبر دهد و سارق هنگام فرار به وی می‌گوید که بار دیگر اگر بیایم تو را خواهیم کشت. اکنون وی در مغازه خود مردی را دیده که کاملاً شبیه وی است و

به سمتش می‌آید. بنابراین با ترسی معقول مبنی بر اینکه این بار کشته می‌شود و قبل از اینکه آن شخص کاری کند، وی را می‌کشد اما بعداً مشخص می‌شود که وی تنها شباهت زیادی به سارق مسلح داشته است. در این موارد، به رغم اینکه انسان متعارف به این تشخیص می‌رسد که حمله‌ای در راه است اما نمی‌توان حکم به تحقق دفاع در این رفتارها را داد؛ زیرا مرتکب هیچ‌گونه رفتار عمدی یا غیر عمدی دال بر احساس به وجود آمدن خطر انجام نداده است. اندیشه صرف هرچند به صورت معقول، این توانایی را ندارد که به تنهایی عملی را موجه کند. به ناچار باید رفتارهایی عینی یا مادی از سوی مهاجم رخ داده باشد. به همین دلیل، نظریه ناسازگاری کماکان اعتبار خواهد داشت و مهاجم فرضی می‌تواند به دفاع از خویش بپردازد. رفتار مدافع ظاهری به رغم اینکه دفاع مشروع نیست ولی به دلیل فقدان عنصر معنوی برای ارتکاب جرم و نیز تلاش معقول مرتکب برای تشخیص موقعیتی که در آن قرار گرفته و در نهایت اشتباه معقول، قابل مجازات نیست؛ زیرا هر انسان متعارفی نیز چنین برداشت می‌کرد. به همین دلیل می‌توان از سازوکار اشتباه معقول برای رفع مسئولیت کیفری استفاده کرد.

بدین ترتیب، با اتخاذ چنین رویکردی در قبال موقعیت‌هایی که در به وجود آمدن خطر اشتباه رخ می‌دهد می‌توان میان قابلیت پیش‌بینی‌پذیری رفتار و ماهیت توزیعی خطر در دفاع مشروع تعادل برقرار کرد. در حقیقت، نقش پیشگیرانه حقوق کیفری از خشونت نباید تا آنجا پیش رود که هدف حفاظت انسان‌ها از حیات خویش و تنظیم قواعد رفتاری را مختل کند. در مواردی که امکان پذیرش دفاع مشروع وجود دارد، رفتار مدافع ظاهری زمانی دفاع است که اولاً به طور معقولی خود را در معرض خطر دیده باشد؛ ثانیاً اقدامات لازم را برای شناخت موقعیتی که در آن قرار گرفته است، انجام داده باشد و پس از بررسی آن‌ها به طور معقولی به این نتیجه رسیده باشد که خطر قریب‌الوقوع است؛ ثالثاً سایر شروط دفاع از جمله تناسب را رعایت کرده باشد.

در شرایط موجود در حقوق ایران جهت برخورد حقوقی و قانونی مناسب با مدافعان ظاهری در وضعیت‌های مختلف می‌توان مواد قانون مجازات اسلامی را به گونه‌ای تفسیر کرد که همسو با استدلال‌های فوق قرار گیرد. بدین شکل که از طریق تفسیر ماده ۱۵۶، با مرتکبانی که در وضعیت اول و دوم قرار می‌گیرند، برخوردی همانند دفاع

مشروع واقعی داشت. قوانین کیفری ایران قریب‌الوقوع بودن را هنگامی محقق می‌داند که وجود آن با قرائن معقول کشف شود؛ قرائن معقول در صورتی وجود خواهد داشت که رفتار مدافع ظاهری در وضعیت‌های اول و دوم قرار گیرد که در صورت وجود می‌توان حکم به دفاع مشروع داد.

همچنین در خصوص مدافعان ظاهری در وضعیت سوم می‌توان از ماده ۱۵۹ ق.م.ا. بهره برد. توضیح اینکه قانون‌گذار در بیان قاعده کلی در باب اشتباه در دفاعیات مسامحه ورزیده و تنها یکی از مصادیق آن را که در رابطه با اشتباه در امر قانونی است، در قالب ماده ۱۵۹ ق.م.ا. به رسمیت شناخته است. بنابراین مدافعان ظاهری در وضعیت سوم به آسانی نمی‌توانند به دفاع اشتباه نیز استناد کنند. با وجود این، می‌توان با استناد به این ماده، راه‌حلی ارائه داد، به گونه‌ای که قابل اعمال بر وضعیت سوم نیز باشد؛ یعنی با توجه به اینکه در این ماده، علت رفع مسئولیت کیفری از مأمور، وجود اشتباهی معقول در به وجود آمدن شرایط قانونی برای انجام عمل است و وصف مأمور بودن خصوصیتی ندارد، از آن برای رفع مسئولیت کیفری از مرتکبانی که در وضعیت سوم قرار می‌گیرند، استفاده کرد. البته بدیهی است که بر اساس حکم ماده مذکور، مرتکبان در وضعیت سوم موظف به پرداخت دیه یا خسارات مادی خواهند بود. در رابطه با پرداخت دیه از سوی مدافعانی که در وضعیت‌های اول و دوم قرار دارند، می‌توان بیان داشت که در وضعیت اول به دلیل اینکه مرتکب عامدانه علیه خویش اقدام کرده است، مستحق هیچ گونه دیه‌ای نخواهد بود. اما در وضعیت دوم قضیه به صورت دیگری است؛ زمانی که به مهاجم مذکور در چنین موقعیتی حق دفاع از خویش را داده‌ایم، جان وی را نیز محترم شمرده‌ایم و بنابراین در صورتی که مدافع ظاهری، وی را بکشد مستحق دیه است. در خصوص مستند قانونی برای پرداخت دیه می‌توان بر اساس بند «ب» ماده ۲۹۱ ق.م.ا. رفتار کرد. در واقع، به رغم آنکه این بند، رفتار را شبه عمد به حساب آورده است به نظر می‌رسد این موضوع تنها جهت پرداخت دیه مورد نظر باشد نه ناصحیح بودن رفتار. در نهایت، به نظر می‌رسد تا اصلاح قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در این خصوص و اعلام حکم صریح قانون‌گذار، بتوان با تفسیر مواد موجود، مشکل را تا اندازه‌ای برطرف نمود.

## کتاب‌شناسی

۱. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، چاپ یازدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۲. پیمانی، ضیاءالدین، *تفسیر قواعد دفاع مشروع در حقوق جزای ایران*، تهران، دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۷ ش.
۳. تبریزی، جواد بن علی، *اسس الحدود والتعزیرات*، قم، دفتر مؤلف، ۱۴۱۷ ق.
۴. رحیمی پور، ایمان، *بررسی تطبیقی دفاع مشروع در نظام حقوقی ایران و ایالات متحده آمریکا*، پایان‌نامه دانشگاه تهران، ۱۳۸۷ ش.
۵. سبزواری، سید عبدالاعلی، *مهذب الاحکام*، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۶. سمیعی، حسین، *حقوق جزا*، چاپ چهارم، تهران، شرکت مطبوعات، ۱۳۳۳ ش.
۷. شمس ناتری، محمدابراهیم و سعید عبدالله‌یار، «دفاع مشروع و مبانی مشروعیت آن»، *مجله مطالعات حقوقی*، دوره دوم، شماره ۲، ۱۳۸۹ ش.
۸. صانعی، پرویز، *حقوق جزای عمومی*، چاپ دوم، تهران، طرح نو، ۱۳۸۸ ش.
۹. طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۱۰. عاملی، محمد بن مکی، *الدروس الشرعية فی فقه الامامیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۱. همو، *اللمعة الدمشقية فی فقه الامامیه*، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۱۲. عاملی جبعی، زین‌الدین بن علی، *مباحث حقوقی شرح لمعه*، به کوشش دکتر اسدالله لطفی، چاپ سوم، تهران، مجد، ۱۳۸۵ ش.
۱۳. همو، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۴. عطار، داوود، *دفاع مشروع و تجاوز از حدود آن*، ترجمه بهمن رازانی، تهران، باز، ۱۳۷۸ ش.
۱۵. فاضل هندی، بهاء‌الدین محمد بن حسن اصفهانی، *کشف النام والابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۱۶. قمی، میرزا ابوالقاسم، *جامع الشتات*، ترجمه اسماعیل خواجویی مازندرانی خاتون‌آبادی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۱۷. مکارم شیرازی، ناصر، *الفتاوی الجدیده*، چاپ دوم، قم، مدرسه امام علی علیه السلام، ۱۴۲۷ ق.
۱۸. منتی‌نژاد، صادق، *کاربرد معیارهای عینی و ذهنی در حقوق کیفری*، رساله دکتری دانشگاه تهران، ۱۳۹۰ ش.
۱۹. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، چاپ بیست و یکم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ ق.
۲۰. میر محمد صادقی، حسین، *حقوق کیفری اختصاصی ۱*، چاپ چهاردهم، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۲۱. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۲۲. نوربها، رضا، *زمینه حقوق جزای عمومی*، چاپ بیست و یکم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
23. Baron, Marcia, "Justifications and Excuses", *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 2, 2005.
24. Botterell, Andrew, *A Primer on Distinction between Justification and Excuse*, University of Western Ontario, Blackwell Publishing, 2009.
25. Byrd, B. Sharon, "Wrongdoing and Attribution: Implications beyond the Justification-Excuse Distinction", *The Wayne Law Review*, Vol. 33, No. 4, 1987.



26. Christopher, Russell L., "Mistake of Fact in the Objective Theory of Justification: Do Two Rights Make Two Wrongs Make Two Rights...?", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 85, No. 2, 1994.
27. Dressler, Joshua, "Justifications and Excuses: A Brief Review of the Concepts and the Literature", *Wayne Law Review*, Vol. 33, No. 4, 1987.
28. Dressler, Joshua, "New Thoughts about the Concept of Justification in the Criminal Law: A Critique of Fletcher's Thinking and Rethinking", *Ucla Law Review*, Vol. 32, 1984.
29. Duff, R. A., "Rethinking Justifications", *Tulsa Law Review*, Vol. 39, 2004.
30. Ferzan , Kimberly Kessler, *Justifying Self-Defense*, Law and Philosophy, Vol. 24, Rutgers University, School of Law, 2005.
31. Fletcher, George P., "Rights and Excuses", *Criminal Justice Ethics*, Vol. 3, No. 2, 1984.
32. Fletcher, George P., "The Right and the Reasonable", *Harvard Law Review*, Vol. 98, 1985.
33. Fletcher, George P., *A Crime of Self-Defense: Bernhard Goetz and the Law on Trial*, University of Chicago Press, 1990.
34. Fletcher, George P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000.
35. Fontaine, Reid Griffith, "A Symposium on Self-Defense: An Attack on Self-Defense", *American Criminal Law Review*, Vol. 47, 2010.
36. Gardner, John, *Offences and Defenses*, Oxford University Press, 2007.
37. Greenawalt, Kent, "The Perplexing Borders of Justification and Excuse", *Columbia Law Review*, Vol. 84, No. 8, 1984.
38. Greenawalt, Kent, *Distinguishing Justification from Excuse*, Duke University School of Law, 1986.
39. Hassemer, Winfried, "Justification and Excuse in Criminal Law: Theses and Comments", *Brigham Young University Law review*, 1986.
40. Hurd , Heidi M., "Wrongdoing and Culpability", *Notre Dame Law Review*, Vol. 74, 1998-1999.
41. Husak , Douglas, "Conflicts of Justifications", Law and Philosophy, Vol. 18, 1999.
42. Husak, Douglas N., "Justifications and the Criminal Liability of Accessories", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 80, 1989.
43. Moore, Michael S., "Causation and the Excuses", *California Law Review*, Vol. 73, 1985.
44. Morawetz, Thomas, "Reconstructing the Criminal Defenses: The Significance of Justification", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 77, No. 2, 1986.
45. Robinson, Paul H., "Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis", *Columbia Law Review*, Vol. 82, 1982.
46. Robinson, Poul H., "A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability", *Ucla Law Review*, Vol. 23, 1975.

47. Schopp, Robert F., *Justification Defenses and Just Convictions*, Cambridge University Press, 1998.
48. Sendor, Benjamin, "Mistakes of Fact: A Study in the Structure of Criminal Conduct", *Wake Forest Law Review*, Vol. 25, 1990.
49. Simons, Kenneth W., "Self Defense: Reasonable Beliefs or Reasonable Self-Control?", *New Criminal Law Review*, Vol. 11, No. 1, 2008.
50. Stewart, Hamish, *The Constitution and the Right of Self-Defense*, Faculty of Law, University of Toronto, 2009.

## عدول از صلاحیت محلی

### در آیین دادرسی کیفری ایران و فرانسه\*

□ روح‌الله سپهری<sup>۱</sup>

#### چکیده

یکی از اصول و قواعد مهم در فرایند دادرسی کیفری، موضوع صلاحیت مراجع قضایی است. این اصل از اصل مهم دیگر، یعنی اصل قانونی بودن دادگاه نشئت می‌گیرد و جزء قواعد آمره در دادرسی کیفری محسوب می‌شود، به گونه‌ای که طرفین دعوی به هیچ وجه نمی‌توانند مغایر آنچه قانون برای یک دادگاه تعیین صلاحیت نموده، توافق نمایند. این مطلب از موارد تمیز دادرسی کیفری از دادرسی مدنی نیز محسوب می‌شود. با این حال در آیین دادرسی کیفری و در بحث صلاحیت محلی، مقنن بنا به مقتضیات و موارد خاص، مجوز عدول از قاعده مذکور را به برخی مقامات و در شرایطی خاص و معین اعطا نموده است. این امر به عنوان نقض قاعده صلاحیت محلی، در واقع استثنایی بر قاعده مذکور است. این موضوع در دو نظام دادرسی کیفری ایران و فرانسه مورد توجه قرار گرفته است. با توجه به ماهیت استثنایی موضوع، توجیهات قوی و محکم جهت رفع صلاحیت از یک مرجع

قضایی که مطابق قانون از آن برخوردار است، نیاز است. یکی از مهم‌ترین این توجیحات، مقوله مراعات نظم و امنیت عمومی است که از سوی هر دو مقنن ایرانی و فرانسوی با تفاوت‌هایی مطرح گردیده است. در مواردی، سهولت رسیدگی و تسریع در فرایند تحقیقات می‌تواند توجیه‌کننده این نقض قاعده باشد. در این پژوهش سعی شده ضمن پرداختن به این توجیحات و مقایسه آن‌ها در دو نظام حقوقی مذکور، میزان و موارد گرایش هر دو مقنن در تجویز این موضوع استثنایی در فرایند دادرسی کیفری بررسی شود. شناخت و مقایسه این موضوع، نقش مهمی در جهت تضمین حقوق متهم، بزه‌دیده و جامعه به عنوان بازیگران اصلی فرایند دادرسی کیفری ایفا می‌کند.

**واژگان کلیدی:** دادرسی کیفری، صلاحیت محلی، صلاحیت دادگاه، استثناء، نقض، نظم و امنیت عمومی.

#### مقدمه

صلاحیت در لغت به معنای شایستگی، درخوری، سزاواری و اهلیت تعریف شده است (دهخدا، ۱۳۴۱: ۱۸/۸۹۱). در اصطلاح آیین دادرسی، عبارت از اختیاری است که قانون به دادگاهی می‌دهد تا به موجب آن به دعوایی رسیدگی کند. به عبارت دیگر، شایستگی قانونی دادگاه برای رسیدگی به دعوایی خاص در اصطلاح حقوقی صلاحیت نامیده می‌شود. در آیین دادرسی کیفری، یک تقسیم‌بندی اساسی و مهم در تعیین صلاحیت قانونی دادگاه مطرح است و آن صلاحیت ذاتی و محلی دادگاه می‌باشد. اولین موضوع در بحث صلاحیت دادگاه، تعیین صلاحیت ذاتی دادگاه است. تعریف مشخصی از این نوع صلاحیت در قانون آ.د.ک. ۱۳۹۲ همانند قوانین سابق ارائه نشده است. اما با توجه به مواد قانونی متعدد که به نوعی به صلاحیت ذاتی اشاره دارند، می‌توان گفت که مهم‌ترین مبنا در تفکیک و تشخیص صلاحیت ذاتی دادگاه، نوع جرم ارتكابی و میزان مجازات است. مقنن گاه دسته‌ای از جرایم را احصا نموده و دادگاهی اختصاصی برای رسیدگی به آن‌ها تشکیل می‌دهد. نمونه عینی آن در قانون آ.د.ک. ایران، دادگاه انقلاب است.<sup>۱</sup>

۱. ماده ۳۰۳ قانون آ.د.ک. «(ب) جرایم زیر در دادگاه انقلاب رسیدگی می‌شود: الف- جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی، محاربه و افساد فی الارض، بغی، تبانی و اجتماع علیه جمهوری اسلامی ایران یا اقدام مسلحانه یا احراق، تخریب و اتلاف اموال به منظور مقابله با نظام؛ ب- توهین به مقام بنیان‌گذار ا.ا. و مقام رهبری؛ پ- تمام جرایم مربوط به مواد مخدر، مواد روان‌گردان و پیش‌سازهای آن و قاچاق اسلحه، مهمات و اقلام و مواد تحت کنترل؛ ت- سایر مواردی که به موجب قوانین خاص در صلاحیت این دادگاه است.»

در مواردی میزان و شدت مجازات، مبنای تعیین صلاحیت دادگاه قرار می‌گیرد. تقسیم‌بندی دادگاه‌ها به دادگاه کیفری یک و دو در قانون آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲ از این حیث است.<sup>۱</sup> شایان ذکر است که در این مورد می‌توان گفت که تنها صلاحیت دادگاه بالاتر (کیفری یک) نسبت به دادگاه پایین‌تر (کیفری دو) ذاتی محسوب می‌شود و برعکس آن جاری نیست؛ زیرا به موجب تبصره ۲ ماده ۳۱۴ ق.آ.د.ک. «چنانچه جرمی به اعتبار یکی از بندهای ماده ۳۰۲ این قانون در دادگاه کیفری یک مورد رسیدگی قرار گیرد و دادگاه پس از رسیدگی و تحقیقات کافی و ختم رسیدگی تشخیص دهد عمل ارتكابی عنوان مجرمانه دیگری دارد که رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه کیفری دو است، دادگاه کیفری یک به این جرم رسیدگی و حکم مقتضی صادر می‌کند».

پس از تعیین صلاحیت ذاتی، نوبت به تعیین صلاحیت محلی می‌رسد. پس نوعی دیگر از صلاحیت که همراه با صلاحیت ذاتی مجموعاً تعیین‌کننده صلاحیت مرجع رسیدگی‌کننده است، صلاحیت محلی نام دارد که از آن به صلاحیت نسبی هم یاد می‌شود (خالقی، ۱۳۹۴: ۲۰/۲).

قواعد صلاحیت در دادرسی کیفری جزء قواعد آمره‌اند. برخی از نتایج این آمرانه بودن را می‌توان بدین شرح بیان نمود: ۱. مرجع صالح به رسیدگی را قانون تعیین می‌کند. افراد ذی‌نفع در دادرسی، مقامات و مسئولان قضایی حق تعیین مرجعی را غیر از مرجعی که قانون تعیین نموده است، ندارند؛ ۲. تشخیص صلاحیت هر مرجع کیفری برای رسیدگی، با خود همان مرجع است؛ ۳. ایراد عدم صلاحیت در تمام مراحل دادرسی کیفری مسموع است.

صلاحیت محلی یک دادگاه را قلمرو و فضای جغرافیایی‌ای دانسته‌اند که در آن دادگاه قادر به اعمال صلاحیت ذاتی خود است (آشوری، ۱۳۸۹: ۷۶/۲). این قلمرو جغرافیایی با توجه به مقررات تقسیمات کشوری خواهد بود. در قانون آ.د.ک.،

۱. ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک.:: «به جرایم زیر در دادگاه کیفری یک رسیدگی می‌شود: الف- جرایم موجب مجازات سلب حیات؛ ب- جرایم موجب حبس ابد؛ پ- جرایم موجب مجازات قطع عضو یا جنایات عمدی علیه تمامیت جسمانی با میزان نصف دینه کامل یا بیش از آن؛ ت- جرایم موجب مجازات تعزیری درجه سه و بالاتر؛ ث- جرایم سیاسی و مطبوعاتی».

قانون‌گذار در ماده ۱۱۶ ضمن تذکر این نکته که بازپرس در حوزه قضایی محل مأموریت خود ایفای وظیفه می‌کند، جهات قانونی برای شروع به تحقیق را در موارد ذیل بیان داشته است:

الف) جرم در حوزه قضایی محل مأموریت او واقع شده باشد.  
 ب) جرم در حوزه قضایی دیگری واقع گردد و در حوزه قضایی محل مأموریت او کشف یا متهم در آن حوزه دستگیر شود.  
 پ) جرم در حوزه قضایی دیگری واقع شود، اما متهم یا مظنون به ارتکاب جرم در حوزه قضایی محل مأموریت او مقیم باشد.  
 هرچند قانون‌گذار موارد فوق را به عنوان جهات قانونی شروع به تحقیق مدنظر قرار داده است،<sup>۱</sup> در ادامه در ماده ۱۱۷ مقرر داشته است:

در مواردی که جرم در خارج از حوزه قضایی محل مأموریت بازپرس واقع شده، اما در حوزه او کشف یا مرتکب در آن حوزه دستگیر شده باشد، بازپرس تحقیقات و اقدامات مقتضی را به عمل می‌آورد و در صورت لزوم، قرار تأمین نیز صادر می‌کند و چنانچه قرار صادره منتهی به بازداشت متهم شود، پس از رسیدگی به اعتراض وی در دادگاه کیفری که بازپرس در معیت آن انجام وظیفه می‌کند، با صدور قرار عدم صلاحیت، پرونده را به همراه متهم حداکثر ظرف ۴۸ ساعت به دادسرای محل وقوع جرم می‌فرستد.

بدین ترتیب در مواردی که جرمی خارج از حوزه قضایی بازپرس واقع شده باشد لیکن در حوزه او کشف یا مرتکب در آن حوزه دستگیر شده باشد، موظف است تحقیقات مقتضی را انجام دهد و پرونده را همراه با متهم نزد بازپرس محل وقوع جرم ارسال کند.<sup>۲</sup>

۱. لازم به ذکر است که بر خلاف مقنن فرانسوی که سه حالت مذکور را از موارد صلاحیت محلی رسیدگی دادسرا و دادگاه دانسته، مقنن ایرانی آن‌ها را صرفاً جزء جهات شروع به تحقیق قلمداد نموده است.

۲. به موجب رأی وحدت رویه شماره ۳۸۳۷، مورخ ۱۳۳۵/۱۰/۱۰ «رسیدگی به جرایم باید در دادگاهی باشد که جرم در حوزه آن واقع شده است. در صورت وقوع جرم در حوزه قضایی استان پنجم، رسیدگی به آن در دادگاه شهرستان بروجرد که جزو حوزه قضایی استان ششم است وجهه قانونی ندارد» و نیز به موجب رأی شماره ۳۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور «انتزاع محل وقوع بزه از حوزه قضایی دادگاهی که در حال رسیدگی است موجب نفی صلاحیت از آن دادگاه نمی‌باشد».

صالح شناختن محل دستگیری متهم جهت جلوگیری از خروج متهم از دست عدالت صورت گرفته است. اقدام قانون گذار در صالح شناختن محل وقوع جرم از این توجیه برخوردار است که اولاً جرم نظم عمومی محل را در مقایسه با سایر مناطق بیشتر به هم زده است، ثانیاً دلایل وقوع جرم نوعاً در محل وقوع قرار دارند و جمع آوری آنها آسان تر است (رحمدل، ۱۳۹۳: ۱۴۹/۲). مشابه همین رویه در بحث صلاحیت محلی دادگاه در ماده ۳۱۰ قانون آ.د.ک.<sup>۱</sup> مطرح گردیده و مقرر داشته است: «متهم در دادگاهی محاکمه می شود که جرم در حوزه آن واقع شود...».

بر خلاف مقنن ایرانی، در قانون آ.د.ک. فرانسه، ضابطه و معیار صلاحیت محلی دادسرا یا دادگاه، نه فقط محل وقوع جرم بلکه محل اقامت یکی از اشخاص مظنون به مشارکت در جرم، همچنین محل دستگیری یکی از این اشخاص (حتی اگر این دستگیری به دلیل دیگری باشد) و محل بازداشت یکی از این اشخاص (حتی هنگامی که بازداشت به علت دیگری صورت گرفته باشد) تعیین گردیده است<sup>۲</sup> که بر خلاف قانون آ.د.ک. ایران شرایط سهل تری برای صلاحیت محلی در نظر گرفته است.

با وجود وضع مقررات متعدد و تعیین قواعد در بحث صلاحیت محلی، در مواردی استثنایی شاهد عدول از این قواعد بنا به دلایلی هستیم. آنچه در مجموعه موارد عدول از صلاحیت محلی در قوانین ایران و فرانسه به چشم می خورد، سه حالت استثنایی است: الف) عدول از صلاحیت محلی به اعتبار سمت مرتکب، ب) عدول از صلاحیت محلی به اعتبار شرایطی عمومی، ج) عدول از صلاحیت محلی به اعتبار نوع جرم ارتكابی.

### الف) عدول از صلاحیت محلی به اعتبار سمت مرتکب

نقض قاعده صلاحیت محلی به اعتبار سمت مرتکب از مواردی است که در نظام دادرسی کیفری ایران مورد توجه قرار گرفته است. در قانون آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲ غیر

۱. ماده ۵۴ قانون منسوخ آ.د.ک. ۱۳۷۸: «متهم در دادگاهی محاکمه می شود که جرم در حوزه آن واقع شده است...».

۲. ماده ۴۳ قانون آ.د.ک. فرانسه (مقنن فرانسوی در این ماده از دو وضعیت دستگیری (arrestation) و بازداشت (detention) استفاده نموده و به نظر می رسد که در حالت دوم منظور زمانی است که فرد تحت بازداشت موقت قرار گرفته باشد.

از تکرار موارد قانون سابق با برخی اصلاحات<sup>۱</sup> بر موارد نقض قاعده صلاحیت محلی به اعتبار سمت مرتکب افزوده است. در این زمینه ماده ۳۰۷ قانون آ.د.ک. در مقام تعیین صلاحیت دادگاه‌های کیفری پایتخت مقرر داشته است:

رسیدگی به اتهامات رؤسای قوای سه گانه و معاونان و مشاوران آنان، رئیس و اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام، اعضای شورای نگهبان، نمایندگان مجلس شورای اسلامی و خبرگان رهبری، وزیران و معاونان وزیران، دارندگان پایه قضایی، رئیس و دادستان دیوان محاسبات، سفیران، استانداران، فرمانداران مراکز استان و جرایم عمومی افسران نظامی و انتظامی از درجه سرتیپ و بالاتر و یا دارای درجه سرتیپ دومی شاغل در محل‌های سرلشکری و یا فرماندهی تیپ مستقل و مدیران کل اطلاعات استان‌ها حسب مورد، در صلاحیت دادگاه‌های کیفری تهران است، مگر آنکه رسیدگی به این جرایم به موجب قوانین خاص در صلاحیت مراجع دیگری باشد.

در مورد جرایم افراد نظامی دارای درجه سرتیپی و بالاتر، کلیه جرایم آن‌ها چه نظامی و چه عمومی، حسب مورد در دادگاه‌های نظامی یا غیر نظامی پایتخت رسیدگی می‌شود. در این باره ماده ۳ قانون تعیین حدود صلاحیت دادسراها و دادگاه‌های نظامی کشور مصوب ۱۳۷۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام مقرر می‌دارد:

کلیه جرایم نظامیان دارای درجه سرتیپی و بالاتر در مراجع قضایی ذی‌ربط در تهران رسیدگی می‌شود (خالقی، ۱۳۹۴: ۴۲/۲).<sup>۲</sup>

در ادامه در ماده ۳۰۸ قانون آ.د.ک. مقرر گردیده است:

۱. این اصلاحات شامل اضافه شدن رؤسای سه قوه و اعضای مجلس خبرگان، کاهش تمام فرمانداران به فرمانداران مراکز استان‌ها، لزوم اشتغال دارندگان پایه قضایی و نظامیان در قوه قضاییه و نیروهای مسلح و برخی اصلاحات جزئی دیگر است. تبصره ماده ۴ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اصلاحی ۱۳۸۱ مقرر می‌داشت: «رسیدگی به کلیه اتهامات اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای نگهبان، نمایندگان مجلس شورای اسلامی، وزرا و معاونین آن‌ها، معاونان و مشاوران رؤسای سه قوه، سفرا، دادستان و رئیس دیوان محاسبات، دارندگان پایه قضایی، استانداران، فرمانداران و جرایم عمومی افسران نظامی و انتظامی از درجه سرتیپ و بالاتر و مدیران کل اطلاعات استان‌ها در صلاحیت دادگاه کیفری استان تهران می‌باشد به استثنای مواردی که در صلاحیت سایر مراجع قضایی است....
۲. برای مشاهده نمونه دیگر، ر.ک: تبصره ۲ ماده ۴۶ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۳ مبنی بر رسیدگی به کلیه اتهامات رؤسا و اعضای شعب سازمان تعزیرات حکومتی که در مقام رسیدگی به پرونده‌های قاچاق کالا و ارز مرتکب می‌شوند، در دادسرا و دادگاه‌های مرکز.



رسیدگی به اتهامات مشاوران وزیران، بالاترین مقام سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسه‌های دولتی و نهادها و مؤسسه‌های عمومی غیر دولتی، مدیران کل، فرمانداران، مدیران مؤسسه‌ها، سازمان‌ها، ادارات دولتی و نهادها و مؤسسه‌های عمومی غیر دولتی استان‌ها و شهرستان‌ها، رؤسای دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی، شهرداران مراکز شهرستان‌ها و بخشداران حسب مورد، در صلاحیت دادگاه‌های کیفری مرکز استان محل وقوع جرم است، مگر آنکه رسیدگی به این اتهامات به موجب قوانین خاص در صلاحیت مراجع دیگری باشد.

در این خصوص همان گونه که از متن ماده مشخص است دامنه و گستره اشخاصی که صلاحیت رسیدگی به اتهامات ایشان بر خلاف قاعده صلاحیت محل وقوع جرم، در صلاحیت دادگاه کیفری استان قرار گرفته است، بسیار زیاد است. برای نمونه، از کلیه دارندگان پایه قضایی گرفته تا کلیه فرمانداران و استانداران و حتی مشاوران سه قوه را در بر گرفته است. نگاهی کلی به فهرست اشخاص مذکور مؤید این مطلب است که سختی و توجیه مشخص و قابل قبولی برای اینکه صلاحیت رسیدگی به اتهامات بسیاری از اشخاص این فهرست را بر خلاف قاعده معمول به دادگاه کیفری استان تهران محول نماییم، وجود ندارد؛ به ویژه که این ماده کلیه اتهامات را بدون تفکیک مشخص در برمی‌گیرد. علاوه بر این، عدول از صلاحیت در این مورد اعم از اینکه جرم به سبب شغل دولتی ارتکاب یافته باشد یا نه، صورت گرفته است و در این مورد از اصول مربوط به صلاحیت به نحو موسعی عدول کرده است (رحمدل، ۱۳۹۳: ۱۵۶/۳).<sup>۱</sup>

توسعه موارد نقض صلاحیت محلی و تخصیص فراوان این قاعده باعث می‌شود که عملاً قاعده اصلی، شامل صلاحیت محل وقوع جرم و توجیهات قوی در ورای آن (سهولت جمع‌آوری ادله و حفظ آثار جرم، سهولت تعقیب متهم و شرکا و معاونان، سهولت حضور شهود و مطلعان و...) کنار گذاشته شود.<sup>۲</sup>

۱. سؤال مطرح در این باره آن است که اگر مبنای عدول از صلاحیت در مورد اتهامات مقامات مذکور در مواد ۳۰۷ و ۳۰۸، رعایت حیثیت آنان و نیز تأمین فلسفه بی‌طرفی بیشتر قاضی در رسیدگی به اتهامات آنان است در فرض ارتکاب جرایم مواد مخدر از ناحیه آنان نیز که در صلاحیت ذاتی دادگاه انقلاب است باید از صلاحیت محلی عدول، و رسیدگی به اتهاماتشان را به دادگاه‌های انقلاب تهران واگذار کرد (رحمدل، ۱۳۹۳: ۱۵۶/۳).

۲. ماده ۳۱۰ قانون آ.د.ک.: «متهم در دادگاهی محاکمه می‌شود که جرم در حوزه آن واقع شود...».

مشابه موارد فوق و موارد نقض صلاحیت محلی به اعتبار سمت مرتکب، به گستردگی قانون آ.د.ک. ایران در قانون آ.د.ک. فرانسه مشاهده نمی‌شود و برعکس مقنن فرانسوی به جای تمرکز بر سمت و جایگاه مرتکب به عنوان موارد نقض قاعده صلاحیت محلی، بیشتر بر نوع، شدت و پیچیدگی جرم ارتكابی تأکید دارد. با این حال مواردی استثنایی و محدود وجود دارد؛ برای مثال در قانون آیین دادرسی نیروهای مسلح فرانسه مواردی از عدول از صلاحیت محلی به اعتبار سمت مرتکب قابل مشاهده است. از این حیث، ماده ۳-۱۱۲ این قانون مقرر داشته است:

برای رسیدگی به جرایم افسران سواره نظام (مارشال) و دریاسالار، افسران ژنرال یا هم‌درجه آنها و اعضای مرکز فرماندهی و کنترل ارتش، در زمان جنگ، یک دادگاه عالی نیروهای مسلح که مقر آن توسط آیین نامه تعیین می‌گردد، تشکیل می‌شود. این دادگاه می‌تواند در تمام نقاط سرزمین جمهوری فرانسه تشکیل شود. در شرایط و اوضاع و احوال استثنایی، مقر این دادگاه می‌تواند بر اساس آیین نامه شورای وزرا، در محل دیگری تعیین گردد (تدین، ۱۳۹۴: ۳۴).

### ب) عدول از صلاحیت محلی به اعتبار شرایطی عمومی

در این بخش، به مواردی از نقض صلاحیت محلی پرداخته می‌شود که بر خلاف دو وضعیت دیگر، نه بر مبنای سمت مرتکب یا نوع جرم ارتكابی بلکه بر اساس وضعیت‌ها و شرایطی عمومی و به تشخیص مقامات صالح، امکان اخذ صلاحیت از مرجع صلاحیت‌دار قضایی و ارجاع آن به مرجع دیگر فراهم شده است. این وضعیت‌ها ناظر به مواردی است همچون: حفظ نظم و امنیت عمومی، رسیدگی بهتر به پرونده، وجود ظن مشروع و قانونی، سختی و پیچیدگی پرونده. این موارد در هر دو نظام قانونی ایران و فرانسه با تفاوت‌هایی که ذیلاً اشاره خواهد شد، مطرح گردیده و بر خلاف دو وضعیت دیگر که دقیقاً موارد نقض مشخص گردیده، اعمال این موارد به نظر مقامات تعیین شده بستگی دارد.<sup>۱</sup>

۱. شایان ذکر است که در واقع تفاوت اصلی در این خصوص به اخذ پرونده از مرجع صلاحیت به تشخیص مقامات صلاحیت‌دار و ارجاع آن به دادگاه دیگری که در واقع بدون صلاحیت محلی است برمی‌گردد؛ آنچه که اصطلاحاً در آیین دادرسی کیفری به عنوان احاله (Des renvois d'un tribunal à un autre) شناخته می‌شود و در مقابل، در موارد دیگر به استناد قانون، پرونده از ابتدا به مرجع صلاحیت‌دار دیگر ارسال می‌شود و نیازی به صلاح‌دید و تشخیص مقامات تعیین شده قضایی ندارد.

## ۱. عدول از صلاحیت محلی برای حفظ نظم و امنیت عمومی

نقض قاعده صلاحیت محلی به اعتبار نظم و امنیت عمومی، از موارد مشترک در دو نظام قانونی ایران و فرانسه است. بر اساس ماده ۴۲۰ قانون آ.د.ک.:  
علاوه بر موارد مذکور در ماده قبل، به منظور حفظ نظم و امنیت عمومی، بنا به پیشنهاد رئیس قوه قضاییه یا دادستان کل کشور و تجویز دیوان عالی کشور، رسیدگی به حوزه قضایی دیگر احاله می‌شود.<sup>۱</sup>

می‌توان این ماده قانونی را از زمره مواردی شمرد که تبعات امنیتی یا آثار رسیدگی کیفری بر منافع عمومی، معیار و توجیهی جهت نقض قاعده صلاحیت محلی باشد. در متن ماده به صراحت به جرم خاصی اشاره نشده و امکان وقوع مصلحت مذکور (حفظ نظم و امنیت عمومی) در حالات مختلفی قابل تصور است. برخی حفظ نظم شهر و عموم مردم را از مصادیق این عنوان مطرح نموده‌اند، مانند اینکه محاکمه مجرمی، امنیت شهری را مختل کند (گلدوست جویباری، ۱۳۸۶: ۱۳۳).

با وجود منافعی که در این موضوع قابل تصور است و در ادامه در قانون فرانسه نیز به مواردی از آن اشاره خواهد شد، با این حال، وجود عبارت مذکور کلی و مبهم بوده و در واقع اختیار وسیعی در نقض قاعده صلاحیت محلی به مقام مربوطه اعطا می‌نماید. شاید به همین دلیل باشد که برخی آن را خارج از چارچوب‌های موجود جهانی و اصول حقوق بشر و مغایر آشکار با اصل ۳۴ قانون اساسی مبنی بر حق افراد در دسترسی به دادگاه صالح قانونی دانسته‌اند (آخوندی، ۱۳۸۴: ۱۷۳/۴).

در قانون آ.د.ک. فرانسه نیز در ماده ۶۶۵ مقرر گردیده است:

احاله یک پرونده از مرجعی به مرجع دیگر<sup>۲</sup> می‌تواند به علت امنیت عمومی توسط شعبه جنایی و فقط به درخواست دادستان کل دیوان عالی کشور، دستور داده شود....

۱. ماده ۶۴ قانون منسوخ آ.د.ک. مصوب ۱۳۷۸ نیز (مشابه ماده ۴۲۰ فوق‌الذکر) در بحث احاله پرونده و انتقال آن از یک دادگاه به دادگاه دیگر بر خلاف قاعده معمول صلاحیت محلی، اختیار ویژه‌ای را به رئیس قوه قضاییه یا دادستان کل کشور داده بود. بر اساس این ماده «به منظور حفظ نظم و امنیت هرگاه رئیس قوه قضاییه یا دادستان کل کشور تشخیص دهد، پس از موافقت دیوان عالی کشور پرونده به مرجع قضایی دیگر احاله خواهد شد».

2. Des renvois d'un tribunal à un autre.

ملاحظه می‌شود که مقنن فرانسوی نیز در بحث امنیت عمومی، رویه‌ای مشابه دارد و تنها تفاوت در مقام صلاحیت‌دار قضایی درخواست‌کننده است که در ایران در کنار دادستان کل کشور، رئیس قوه قضاییه نیز از اختیار مشابه برخوردار بوده لیکن در نظام قانونی فرانسه این اختیار منحصر به دادستان کل دیوان عالی کشور است.

## ۲. عدول از صلاحیت محلی به اعتبار سختی یا پیچیدگی پرونده<sup>۱</sup>

سختی یا پیچیدگی جرم، به ویژه در پرونده‌هایی که با تعداد زیاد شاکی یا متهم مواجه است و یا گستره جرم ارتكابی از نظر آثار و تبعات جغرافیایی یا اجتماعی بالاست، اقتضا دارد که مانند پرونده‌های ساده و با مشکلات کمتر تنها توسط یک قاضی تحقیق رسیدگی نشده و سازوکارهای مناسب‌تر و منطبق با واقعیت در مورد آن‌ها وضع گردد. در واقع شیوه‌های رسیدگی سنتی، امروزه جوابگوی مقابله با جرایم جدید که بعضاً به صورت بانندی و سازمان‌یافته یا با ابزارهای مدرن و پیشرفته ارتکاب می‌یابند، نیست. ایجاد هیئت‌های همکاری قضایی در سطح دادسرا که بر اساس شدت و پیچیدگی جرم ارتكابی و به تشخیص رئیس دادگاه شهرستان می‌تواند پرونده تحقیقاتی در این هیئت‌های تحقیقاتی مورد رسیدگی قرار گیرد، از سازوکارهای پیش‌بینی شده توسط مقنن فرانسوی در جهت انجام تحقیقات هر چه بهتر و سریع‌تر محسوب می‌گردد. علاوه بر این، در قانون فرانسه بر خلاف رویه قانون‌گذار ایرانی، نوع دیگری از نقض قاعده صلاحیت محلی نیز مطرح است که صرفاً بر اساس نوع جرم ارتكابی است و در بحث بعد بدان پرداخته می‌شود.

در ارتباط با سختی و پیچیدگی پرونده، ماده ۱-۵۲ قانون آ.د.ک. فرانسه مقرر می‌دارد: در برخی دادگاه‌های شهرستان، قضات تحقیق در یک هیئت (قطب) تحقیقاتی جمع می‌شوند. این قضات در این هیئت تحقیقاتی فقط صالح به انجام تحقیقات در موضوعات جنایی هستند. این قضات همچنین برای رسیدگی به موضوعاتی که بر اساس مواد ۱-۸۳ و ۲-۸۳ قانون آ.د.ک. فرانسه ضرورت همکاری قضایی را اقتضا نمایند، صلاحیت دارند....

1. "la gravité ou la complexité de l'affaire" (art. 83-1 c.pr.pén).

این ماده قانونی که در فصل مربوط به قاضی تحقیق و صلاحیت محلی آن قرار گرفته است، به وجود هیئت تحقیقاتی اشاره دارد که در مورد جنایات و پرونده‌هایی که از سختی و پیچیدگی برخوردارند، صلاحیت محلی متفاوتی را از آنچه برای قاضی تحقیق انفرادی پیش‌بینی شده، تعیین نموده است. صلاحیت محلی این هیئت‌های تحقیقاتی و حوزه‌های جغرافیایی در قلمرو هر یک از آن‌ها، مطابق آیین‌نامه‌ای جداگانه تعیین شده است.<sup>۱</sup>

جدا از بحث جنایات که در ماده بدان اشاره شده و در صلاحیت هیئت قرار گرفته است، سختی و پیچیدگی پرونده، معیاری دیگر برای سلب صلاحیت از قاضی تحقیق صالح محلی یا توسعه حوزه صلاحیت او و ارجاع پرونده به هیئت تحقیقاتی است. بر اساس ماده ۱-۸۳ قانون آ.د.ک. فرانسه:<sup>۲</sup>

هنگامی که شدت یا پیچیدگی پرونده، این موضوع را توجیه کند، تحقیقات می‌تواند بنا بر شیوه‌های پیش‌بینی شده در ماده حاضر، موضوع همکاری قضایی قرار گیرد.... رئیس دادگاه شهرستانی که در آن، هیئت (قطب) تحقیقاتی وجود دارد یا در صورت وجود مانع جانشین او، به مجرد شروع تحقیقات رأساً یا به درخواست دادستان شهرستان در تقاضانامه ابتدایی، یک یا چند بازپرس را برای الحاق به بازپرس مسئول تحقیقات انتخاب می‌نماید... در مواردی که تحقیقات در مرجعی که در آن هیئت تحقیقاتی وجود ندارد، در جریان است رئیس دادگاه شهرستانی که در آن هیئت تحقیقاتی وجود دارد بعد از اعلام عدم صلاحیت بازپرس به نفع هیئت، بازپرس مسئول تحقیقات و یک یا چند بازپرس همکار در موضوعات کیفری را انتخاب می‌کند. این اعلام عدم صلاحیت از تاریخ انتصاب هیئت تحقیقاتی، واجد اثر می‌گردد... (تدین، ۱۳۹۱: ۱۰۲).

بر اساس موارد مذکور چند نکته قابل ذکر است:

۱. تشکیل هیئت همکاری قضایی صرفاً در مواردی که پیچیدگی یا شدت جرم ارتكابی آن را توجیه نماید امکان‌پذیر است.
۲. تشخیص موضوع بر عهده رئیس دادگاه شهرستان است.

1. Décr. no. 2008-54 du 16 janv 2008. V. art. D.15-4-4.

2. L. no. 2007-291 du 5 mars 2007.

۳. ایجاد هیئت‌های همکاری قضایی مذکور به نوعی بسط و توسعه قلمرو صلاحیت محلی یک بازپرس به حوزه صلاحیت بازپرس دیگر محسوب می‌شود. صلاحیت دادگاه نیز منطبق با هیئت تحقیقاتی است که تعیین شده است و از این لحاظ صلاحیت دادسرا تابع صلاحیت دادگاهی است که در حوزه آن هیئت تحقیقاتی تشکیل شده است. حوزه قضایی این هیئت‌ها یا قطب‌های تحقیقاتی شامل چند دادگاه شهرستان است و تشکیل آن‌ها بر اساس آیین‌نامه خواهد بود.<sup>۱</sup>

۴. ایجاد هیئت تحقیقاتی مذکور، جدا از مراجع رسیدگی است که مقنن به طور ویژه در جرایم خاص پیش‌بینی نموده است. اصولاً این هیئت‌های تحقیقاتی با هدف تسهیل در انجام تحقیقات و به منظور مبارزه مؤثرتر با جرایمی که از سختی و پیچیدگی خاصی برخوردارند، تشکیل می‌شوند.

متأسفانه مقنن ایرانی در قانون آ.د.ک. (مشابه قانون آ.د.ک. ۱۳۷۸) سازوکار مشابهی برای سهولت و تسریع در رسیدگی به پرونده‌هایی که از سختی و پیچیدگی خاصی برخوردارند، پیش‌بینی نکرده است و در همه موارد صحبت از یک قاضی تحقیق یا بازپرس است که وظیفه انجام تحقیقات مقدماتی را در همه جرایم فارغ از سختی و پیچیدگی آن‌ها بر عهده دارد.

### ۳. عدول از صلاحیت محلی به جهت رسیدگی مطلوب قضایی

علاوه بر علت امنیت عمومی در قانون آ.د.ک. فرانسه، رسیدگی مناسب و مطلوب به پرونده قضایی نیز از جمله توجیهاتی است که می‌تواند برای ارجاع پرونده از یک مرجع قضایی صلاحیت‌دار محلی به مرجعی دیگر مورد استناد قرار گیرد. این عامل در ماده ۶۶۵ قانون آ.د.ک. فرانسه بیان گردیده است.

عین این عامل در قانون آ.د.ک. ایران وجود ندارد و در عوض مقنن ایرانی توجه خود را در بحث احاله به مواردی مشابه همچون اقامت متهم یا بیشتر متهمان در حوزه دادگاه دیگر، یا نزدیکی بیشتر دادگاه دیگر به محل وقوع جرم به گونه‌ای که دادگاه دیگر (غیر صالح محلی) آسان‌تر بتواند به موضوع رسیدگی کند (بندهای الف و ب ماده

1. Art. D15-4-4 c. pr. pén.

۴۱۹ قانون آ.د.ک.)<sup>۱</sup> معطوف کرده است.<sup>۲</sup> با این حال، اداره مطلوب رسیدگی را می‌توان از جهاتی با دو بند فوق‌الذکر در قانون ایران نزدیک دانست.

به هر حال مقنن فرانسوی تشریفات و ضوابط بیشتری در مقایسه با قانون ایران برای احاله پرونده در این حالت، تعیین نموده است. درخواست احاله پرونده به استناد این جهت بر خلاف مورد حفظ امنیت عمومی (بند اول ماده ۶۶۵ قانون آ.د.ک. فرانسه) که فقط در انحصار دادستان کل دیوان عالی کشور است، می‌تواند علاوه بر آن از سوی طرفین دعوی و دادستان کل دادگاه تجدیدنظری که جرم در حوزه صلاحیت محلی آن است، نیز صورت گیرد. البته در هر حال مجوز احاله با شعبه جنایی دیوان عالی کشور است. ضمناً درخواستی که به استناد این جهت صورت گرفته است، باید به طرفین دعوی ابلاغ شود و ایشان ظرف مدت هشت روز مهلت دارند تا لایحه دفاعیه خود را تقدیم دفتر شعبه جنایی نمایند. بهتر بود مقنن ایرانی نیز برای احاله پرونده به استناد بندهای الف و ب ماده ۴۱۹<sup>۳</sup> چنین حقی را برای طرفین دعوی برای بیان اظهارات خود در رد یا تأیید تصمیم به احاله پرونده پیش‌بینی می‌نمود. در هر حال شعبه جنایی دیوان عالی کشور فرانسه در این مورد باید ظرف هشت روز تصمیم‌گیری نماید.

#### ۴. عدول از صلاحیت محلی به علت ظن مشروع و قانونی

مورد دیگری که بر اساس قانون آ.د.ک. فرانسه می‌تواند مجوز ارجاع پرونده از حوزه قضایی صلاحیت‌دار محلی به حوزه قضایی دیگر شود، وجود ظن مشروع و قانونی<sup>۳</sup> است. مقنن فرانسوی تعریفی از ظن مشروع ارائه نکرده است، لیکن بر اساس برخی

۱. مقنن در قانون سال ۱۳۹۲ ضمن تبصره ماده ۴۱۹ تصریح نموده که احاله پرونده نباید به گونه‌ای باشد که باعث عسر و حرج شاکی و یا مدعی خصوصی شود. البته ضمانت اجرایی برای عدم رعایت این تبصره و یا حق اعتراضی برای شاکی پیش‌بینی نشده است.

۲. برای مورد مشابه دیگر می‌توان به تبصره ۲ ماده ۴۳ قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۸۹/۹/۱۶ مجمع تشخیص مصلحت نظام در زمینه حمل و نقل تحت نظارت اشاره نمود: «رسیدگی به اتهامات متهمان موضوع این ماده در صلاحیت مرجع قضایی است که از طرف دادستان کل کشور تعیین می‌شود». این ماده که در راستای همکاری‌های بین‌المللی وضع گردیده، این امکان را ایجاد می‌کند که از صلاحیت محلی حوزه‌هایی که جرم ترانزیت مواد مخدر در آنجا ارتکاب یافته، عدول شود.

3. Suspicion légitime.

آزای قضایی، درخواست احاله به علت ظن مشروع و قانونی باید یک جریان و روند دادرسی قضایی را هدف قرار دهد نه یک قاضی با نام و هویت مشخص را.<sup>۱</sup> در موردی دیگر آمده است که درخواست‌های ظن مشروع علیه نیروهای نظامی ژاندارمری و دادسرا پذیرفتنی نیست.<sup>۲</sup>

درخواست احاله پرونده از یک شعبه صلاحیت‌دار محلی به شعبه هم‌عرض دیگر می‌تواند به درخواست دادستان کل دیوان عالی کشور یا دادسرای حوزه جغرافیایی مربوط یا طرفین دعوی مطرح شود.

درخواست ارائه‌شده به طرفین ابلاغ شده و هر طرف ظرف ده روز می‌تواند لایحه خود را به دفتر شعبه جنایی دیوان ارائه نماید (ماده ۶۶۲ قانون آ.د.ک. فرانسه، پاراگراف ۲-۳). مشابه این مورد در قانون آ.د.ک. ایران مطرح نگردیده است و به سختی نیز می‌توان آن‌ها را ذیل عناوینی همچون حفظ نظم عمومی قرار داد. به نظر می‌رسد خلأ مورد مذکور در پذیرش احاله یک پرونده از یک مرجع قضایی به مرجع قضایی دیگر وجود دارد. در مجموع همان گونه که مشاهده شد، در قانون آ.د.ک. فرانسه، مقنن موضوع نقض قاعده صلاحیت محلی را در دو وضعیت دادسرا و دادگاه با هم و در موارد متعدد پیش‌بینی نموده است. به طور کلی در قانون فرانسه، این موارد را می‌توان در سه مبحث مشاهده نمود:

۱. مواردی که در اثر پیچیدگی‌ها و سختی پرونده یا شدت جرم یا جرایم ارتكابی و به منظور تسهیل فرایند تحقیقات ضرورت سلب صلاحیت از یک مرجع قضایی و ارجاع آن به هیئت‌ها یا قطب‌های تحقیقاتی دیگر ایجاد می‌گردد.

۲. مواردی که با توجیهاتی همچون رسیدگی مطلوب قضایی، ظن مشروع و قانونی یا به دلیل امنیت عمومی و با تشریفات خاص، امکان سلب صلاحیت از یک مرجع محلی صالح پیش‌بینی شده است.

1. Crim 29 jan. 1948: Bull. Crim no. 40.

2. Crim 7 avr 1976: Bull Crim no. 107.

شاید بتوان ظن قانونی را در این خصوص به مواردی همچون وجود شائبه اعمال نفوذ در مرجع صالح یا موضع‌گیری اولیه قاضی تحقیق یا قاضی دادگاه در پرونده و... دانست. البته لازم به ذکر است که این موارد جدا از موارد رد صلاحیت دادرسی است که خود مقوله‌ای جداگانه است.



۳. مواردی که مقنن در جرایم خاص، دادرها و دادگاه‌هایی هم‌ردیف دادگاه‌های صالح از نظر محلی پیش‌بینی نموده است. این مورد از تحولات سال‌های اخیر در نظام دادرسی کیفری فرانسه است که در ادامه مورد بحث قرار می‌گیرد.

ذکر این نکته نیز لازم است که در نظام دادرسی کیفری ایران نقض قاعده صلاحیت محلی به اعتبار نوع جرم ارتكابی به جز در مواردی محدود که در ادامه مورد اشاره قرار می‌گیرند و مشابه آنچه در نظام دادرسی فرانسه مشاهده می‌شود، پیش‌بینی نشده است.

### ج) عدول از صلاحیت محلی به اعتبار نوع جرم ارتكابی

همان‌گونه که در بحث سابق اشاره شد، علاوه بر ایجاد هیأت‌های تحقیقاتی بر اساس شدت و پیچیدگی جرم ارتكابی، مقنن فرانسوی در چند مورد خاص مراجع رسیدگی هم‌ردیف دادگاه‌های صالح بر اساس قاعده عمومی ایجاد نموده است. ایجاد دادگاه‌های تخصصی برای جرایم خاص از سال ۱۹۷۵ آغاز شده است و با قانون ۲۰۴-۲۰۰۴ مصوب ۹ مارس ۲۰۰۴ تشدید گردیده و سامان یافته است (S. Guincherd et J. Buisson, 2008: 170).

بعد از تصویب قانون ۹ مارس ۲۰۰۴ در خصوص تطبیق دادگستری با تحولات بزهکاری،<sup>۱</sup> نقض قاعده صلاحیت محلی با توجه به نوع جرم افزایش یافته و بر تعداد این مراجع تخصصی افزوده است. برای مبارزه بهتر با جرایم پرخطر، سازمان یافته و پیچیده، «هیئت»<sup>۲</sup>‌هایی مرکب از بخش‌های تحقیقات پلیسی، تعقیب، تحقیق و دادرسی ایجاد شده است. در این حالت، صلاحیت یک دادگاه شهرستان می‌تواند به حوزه قضایی یک یا چند دادگاه تجدیدنظر تسری و توسعه یابد (تدین، ۱۳۹۱: ۲۱۰).

در واقع در جرایمی خاص که قانون تعریف می‌کند صلاحیت محلی یک دادگاه شهرستان و یک دادگاه جنایی، به حوزه صلاحیت یک یا چند دادگاه تجدیدنظر توسعه می‌یابد. در مجموعه جغرافیایی کشور فرانسه، هشت دادگاه بزرگ شهرستان در قالب

1. La loi no. 2004-204 DC du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

2. Les poles.

دادگاه‌های بین منطقه‌ای ویژه (JIRS)<sup>۱</sup> ایجاد شده‌اند. این مراجع رسیدگی به ترتیب حروف الفبا عبارت‌اند از: دادگاه‌های شهرستان بوردو، فورت دو-فرانس، لیل، لیون، مارسی، نانسی، پاریس ورن.<sup>۲</sup> این دادگاه‌ها دارای یک صلاحیت هم‌ردیف و مشابه<sup>۳</sup> و نه انحصاری، نسبت به صلاحیتی که در حالت اجرای قواعد عمومی صلاحیت محلی جاری است، می‌باشند.<sup>۴</sup> علاوه بر آن، این دادگاه‌ها از طریق تخصصی شدن قضات منصوب نیز به نوعی تغییر یافته‌اند. این تغییرات دربردارنده بخشی ویژه از دادسرا و ساختارهایی از تحقیق و دادرسی تخصصی برای کشف جرایم تعیین شده است.<sup>۵</sup>

در درون هر دادگاه شهرستان که در قالب دادگاهی بین منطقه‌ای شکل گرفته، دادستان استان و رئیس دادگاه تجدیدنظر، بعد از کسب نظر دادستان شهرستان و رئیس دادگاه شهرستان، یک یا چند قاضی دادسرا، بازپرس‌ها و قضات نشست مسؤل ویژه تحقیق، تعقیب و رسیدگی را تعیین می‌کنند.<sup>۶</sup> در اینجا دیگر دخالتی از طرف شورای عالی صاحب منصبان قضایی وجود ندارد. این مراجع تخصص‌های زیر را دارند:

جرایم اقتصادی و مالی، جرایم مربوط به بهداشت، تروریسم، قاچاق مواد مخدر، جرایم سازمان‌یافته، آلودگی آب‌ها توسط پساب کشتی‌ها.

غیر از دو مورد دادگاه‌های ویژه مربوط به جرایم تروریستی و قاچاق مواد مخدر که مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۹۲ می‌باشند،<sup>۷</sup> غالب مراجع رسیدگی با تصویب قانون ۹ مارس ۲۰۰۴ ایجاد و از الگوی مراجع رسیدگی جرایم تروریستی و مواد مخدر تبعیت نموده‌اند. به یک باور، دادگاه‌های جنایی ویژه در زمینه تروریسم در واقع دادگاه‌های فوق‌العاده‌ای هستند که در پی حوادث تروریستی استثنایی سال ۱۹۸۶ در فرانسه ایجاد شده‌اند و سپس تبدیل به دادگاه‌های دائمی ویژه شده‌اند و دادگاه‌های ویژه در حوزه

---

1. Juridictions interrégionales spécialisées.  
 2. Art. c. pr. pen. d 47-13.  
 3. La compétence concurrente.  
 4. Art. 706-76 al. 1. c. pr. pen.  
 5. Art. 706-75 al. 2. c. pr. pen.  
 6. Art. 706-75-1 c. pr. pén.  
 7. Loi no. 92-1336, 16 Dec 1996.

جرایم اقتصادی و مالی، قاچاق مواد مخدر و ... با الگوبرداری از دادگاه‌های ویژه جنایی در حوزه تروریسم ایجاد شده‌اند (Gozzi, 2003: 106).

ماده ۱-۵۲ قانون آ.د.ک. فرانسه در ادامه و بعد از ذکر هیئت‌های تحقیقاتی (مذکور در بحث سابق) به مراجع بین منطقه‌ای ویژه اشاره نموده است.

### ۱. مرجع رسیدگی به جرایم بانندی و سازمان‌یافته

ماده ۷۵-۷۰۶ قانون آ.د.ک. فرانسه در بحث صلاحیت مراجع ویژه مقرر می‌دارد: صلاحیت محلی دادگاه شهرستان و دادگاه جنایی برای تحقیق، تعقیب، رسیدگی و انشای رأی در جنایات و جنحه‌های موضوع قلمرو مواد ۷۳-۷۰۶ (به استثنای بند ۱۱ و ۱۸) و ۷۴-۷۰۶، در پرونده‌هایی که دارای پیچیدگی زیاد هستند یا این گونه به نظر می‌رسند، می‌تواند به حوزه یک یا چند دادگاه تجدیدنظر بسط و گسترش یابد....

بر اساس این ماده، مراجع تخصصی مسئول تعقیب، تحقیق، رسیدگی و صدور رأی برای جرایمی که در ماده ۷۳-۷۰۶ ذکر شده‌اند (جرایم بانندی و سازمان‌یافته) ایجاد می‌شوند. در این ماده، دو دسته جرایم تروریستی و مشارکت در توزیع سلاح‌های کشتار جمعی استثنا شده است (به دلیل پیش‌بینی دادگاه‌های ویژه جداگانه در مورد آن‌ها).

بر اساس ماده ۷۶-۷۰۶ قانون آ.د.ک. فرانسه، دادستان شهرستان، قاضی تحقیق و دادگاه‌های جنحه و جنایت که مطابق ماده ۷۵-۷۰۶ تشکیل شده‌اند، دارای صلاحیت هم‌ردیف دادرها و دادگاه‌هایی هستند که بر اساس قوانین عمومی صلاحیت محلی (مواد ۵۲، ۳۸۲، ۴۳ و ۴۲-۷۰۶)، صالح شناخته می‌شوند.

توجه به شاخص سازمان‌یافته بودن عمل ارتكابی از جمله مواردی است که در نظام حقوقی ایران در قانون جامع مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ نیز به آن توجه شده و می‌توان آن را به مثابه تلاش مقنن ایرانی در جهت اتخاذ یک سیستم افتراقی در این زمینه دانست (رضوانی و دریانورد، ۱۳۹۱: ش ۴۹/۳).

### ۲. مرجع رسیدگی به جرایم تروریستی

تروریسم به عنوان یک پدیده شوم با قدمت زیاد امروزه موضوع و بهانه بسیاری از نظام‌های حقوقی برای نادیده گرفتن قواعد عمومی دادرسی منصفانه قرار گرفته است. در فرهنگ

آکسفورد، تروریسم به «وحشت فزاینده یک شخص یا چیزی که وحشت فراوان تولید کند تعریف شده است» (Oxford advanced Learners Dictionary, 1997: 1233). ویژگی خاص تروریسم، ایجاد وحشت میان مردم برای تحت فشار گذاشتن حکومت است: تروریسم یک شیوه خاص از خشونت سیاسی است که با حمله کردن به تعداد کمی قربانی، در صدد تأثیرگذاری بر تعداد زیادی از مردم می‌باشد (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۱: ۱۷۵).

این مشخصه‌ها باعث گردیده که در برخی نظام‌های حقوقی، دادگاه‌های خاص رسیدگی به این جرایم ایجاد گردند. از جمله در نظام حقوقی کشور فرانسه شاهد این دادگاه‌ها هستیم. البته وجود این دادگاه‌ها به منزله دادگاه‌های اختصاصی، جدا از دادگاه‌های عمومی نبوده بلکه دارای صلاحیتی هم‌ردیف با دادگاه‌های عمومی هستند. از موارد دیگر مصرح در ماده ۵۲-۱ قانون آ.د.ک. فرانسه سابق که به هیئت‌های تحقیقاتی تخصصی اشاره نموده، ماده ۱۷-۷۰۶ در زمینه جرایم تروریستی است. همان گونه که در بخش سابق در جرایم بانندی و سازمان‌یافته نیز اشاره شد، بند ۱۱ ماده ۷۳-۷۰۶ (جرایم تروریستی) استثنا شده است. در این بخش ماده ۱۷-۷۰۶ قانون آ.د.ک. فرانسه مقرر داشته است:

برای تعقیب، تحقیق و دادرسی جرایم موضوع ماده ۱۶-۷۰۶ آ.د.ک. (منظور جنحه‌ها و جنایات تروریستی مصرح در ماده ۱-۴۲۱ تا ۶-۴۲۱ قانون جزا) دادستان شهرستان، قاضی تحقیق، دادگاه جنحه و دادگاه جنایی پاریس، صلاحیتی هم‌عرض با صلاحیتی که از اجرای قواعد عمومی صلاحیت محلی در اجرای مواد ۴۳، ۵۲، ۳۸۲ ناشی می‌شود، دارا می‌باشند.

اعمال تروریستی با وصف جنایی توسط یک دادگاه جنایی ویژه بدون وجود هیئت منصفه مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. این دادگاه متشکل از یک رئیس و شش مستشار از قضات حرفه‌ای است. این در حالی است که در وضعیت عادی، دادگاه جنایی متشکل از سه قاضی تخصصی است (یک رئیس و دو مستشار) و نه نفر اعضای هیئت منصفه را تشکیل می‌دهند (قانون آ.د.ک. فرانسه، ماده ۲۵-۷۰۶).

از ابتدای تشکیل دادگاه‌های ویژه تروریستی، انتقاداتی نسبت به آن‌ها وجود داشته

است. در واقع تشکیل این دادگاه‌ها بر این اساس است که مشخصه جرم تروریستی و فشارهایی که از ناحیه آن می‌تواند متوجه هیئت منصفه برآمده از مردم گردد، ضرورت یک دادرسی ویژه با قضات حرفه‌ای را توجیه می‌نماید. دیوان عالی در پرونده موسوم به اسکلیشر<sup>۱</sup> این استدلال را مطرح کرده است و ایجاد دادگاه ویژه در زمینه تروریسم را مغایر بند ۱-۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ندانسته است.<sup>۲</sup>

برخی مخالف استثنایی تلقی نمودن این دادگاه‌ها هستند و در واقع فلسفه وضع آن‌ها را مخالف قواعد عمومی ندانسته‌اند و از این نظر در جواب این سؤال که آیا می‌توان دادگاه‌های جنایی خاص با صلاحیت ویژه در حوزه تروریسم را یک دادرسی استثنایی شمرد جواب منفی داده‌اند (Gozzi, 2003: 104). استدلال این بوده است که مقنن در قانون ۹ سپتامبر ۱۹۸۶ قصد ایجاد یک سیستم دادرسی استثنایی نداشته است (برای مطالعه بیشتر، ر.ک: سپهری، ۱۳۸۵: ۱۰۰).

بر این اساس اگر دادگاه جنایی بدون حضور هیئت منصفه را بر اساس ماهیت، وصف خاص بدانیم مناسب‌تر است. از این نظر، قانون‌گذار با ایجاد این دادگاه‌ها با صلاحیت هم‌عرض دادگاه‌های عمومی، در واقع قصد ایجاد مجدد دادگاه‌های استثنایی همچون دادگاه امنیت ملی را نداشته است و در واقع این دادگاه‌ها دارای یک صلاحیت تکمیلی نسبت به دادرسی جرایم با ماهیت جنایی که در زمان صلح اتفاق می‌افتند، هستند. از این منظر که آیا وجود این دادگاه‌های خاص مغایرتی با اصل تساوی افراد در برابر قانون در ماده ۷ اعلامیه حقوق بشر ۱۷۸۹ دارد یا خیر؟ شورای قانون اساسی، وجود این دادگاه‌ها را همسان و سازگار با دادگاه‌های جنایی و در راستای کمک به تضمین یک دادرسی منصفانه دانسته است.<sup>۳</sup>

علاوه بر مورد فوق که در بردارنده یک صلاحیت هم‌عرض برای دادگاه پاریس در

1. Scleicher.

2. Crim. 7 mai 1987, bull, no. 186.

بند ۱-۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مقرر می‌دارد: «هر کسی حق دارد که دلیل و ادعایش در شرایط مساوی، علنی و در زمانی معقول، توسط یک دادگاه مستقل و بی‌طرف که بر اساس قانون تشکیل شده است، استماع گردد».

3. déc. no. 86-213 DC du 3 Septembre 1986.

مورد جرایم جنایی تروریستی است، استثنایی دیگر نیز در ماده بعدی یعنی ماده ۱۷-۱-۷۰۶ قانون آ.د.ک. فرانسه پیش‌بینی شده است.

بر اساس ماده مذکور «به صورت استثنایی و به علل امنیتی» و به تأیید رئیس شعبه اول دادگاه تجدیدنظر پاریس و با درخواست دادستان استان و بعد از نظر رؤسای دادگاه‌های شهرستان‌های ذی‌نفع، رئیس کانون وکلای پاریس و در صورت اقتضا رئیس دادگاه جنایی پاریس، این امکان وجود دارد که جلسه دادگاه جنبه شعبه تجدیدنظرهای جنبه‌ای پاریس یا دادگاه جنایی پاریس در مکان دیگری از حوزه تجدیدنظر، غیر از مکانی که این دادگاه‌ها عادتاً جلساتشان را آنجا برگزار می‌کنند، تشکیل شود. این تصمیم یک تصمیم اداری - قضایی است که قابل اعتراض نیست.<sup>۱</sup>

### ۳. مرجع رسیدگی به جرایم قاچاق مواد مخدر

مشابه اقدام قانون‌گذار در توسعه قلمرو صلاحیت محلی برخی دادگاه‌ها در رسیدگی به جرایم سازمان‌یافته و تروریستی، در زمینه جرایم قاچاق مواد مخدر و جنبه شرکت در اجتماع بزه‌کاران نیز مراجع رسیدگی ویژه تشکیل شده‌اند. در این زمینه، ماده ۲۷-۷۰۶ قانون آ.د.ک. فرانسه مقرر می‌دارد:

در حوزه هر دادگاه تجدیدنظر یک یا چند دادگاه جنایی که لیست آن‌ها توسط آیین‌نامه<sup>۲</sup> تعیین می‌شود، برای رسیدگی به جرایم مذکور در ماده ۲۶-۷۰۶ و جرایمی که با آن‌ها مرتبط هستند، صلاحیت دارند. ترکیب و عملکرد دادگاه جنایی مذکور در رسیدگی به اتهام بزرگسالان، توسط مقررات ماده ۶-۶۹۸ تعیین می‌شود.

تفاوت این مورد با دادگاه‌های با صلاحیت استثنایی پیش‌گفته، مثل دادگاه ویژه رسیدگی به جرایم تروریستی، بانندی و سازمان‌یافته، اقتصادی و... این است که در این ماده هیچ صحبتی از اینکه صلاحیت دادگاه هم‌ردیف صلاحیت محلی ناشی از اجرای قواعد عمومی باشد، نشده است و لذا می‌توان گفت که صلاحیت تعیین‌شده در این

۱. موردی از اجرای این ماده در رسیدگی به پرونده اعضای موسوم به «شبكة chalabi» (۱۳۸ متهم که ۲۷ نفر از آن‌ها در بازداشت موقت بوده‌اند) جلسه رسیدگی در سالن ورزشی یک مرکز اداره زندان در مجاورت مؤسسه زندان پاریس برگزار شده است.

ماده نسبت به جرایم مواد مخدر صلاحیتی انحصاری است (Fourment, 2011: 189). با توجه به ارجاع ماده ۲۷-۷۰۶ به اینکه ترکیب و عملکرد دادگاه جنایی مطابق ماده ۶-۶۹۸ قانون آ.د.ک. خواهد بود، می توان گفت که رسیدگی به جرایم مواد مخدر در دادگاه جنایی بدون حضور هیئت منصفه (بر خلاف قواعد عمومی راجع به دادگاه های جنایی) متشکل از یک رئیس و شش مستشار که از قضات حرفه ای و تخصصی هستند صورت می گیرد و در موردی که دادگاه جنایی در حالت تجدیدنظر قرار می گیرد، متشکل از هشت مستشار است.<sup>۱</sup> در حالت عمومی در جنایات بر اساس ماده ۲۴۰ قانون آ.د.ک. فرانسه، دادگاه جنایی مرکب از دادگاه در معنای خاص خود و هیئت منصفه است.<sup>۲</sup> وجود دادگاه های جنایی بدون حضور هیئت منصفه در جنایات و جنحه های مربوط به افراد نظامی و جنایات و جنحه ها علیه منافع اساسی ملت پیش بینی شده است (قانون آ.د.ک. فرانسه، ماده ۶۹۷). در این دادگاه ها، قضات آموزش های تخصصی قضایی را در موضوعات نظامی طی می کنند. با وجود این، قانون گذار در دو مورد جرایم قاچاق مواد مخدر و جرایم تروریستی، به طور استثنایی، ترکیب دادگاه های رسیدگی کننده به این جرایم را مشابه ترکیب دادگاه های نظامی در نظر گرفته است. البته این وضعیت در مورد سایر دادگاه های خاص در جرایم مالی و اقتصادی و بهداشت عمومی وجود ندارد و در مورد آنها تنها شاهد نقض قاعده صلاحیت محلی و گسترش و بسط صلاحیت دادگاه شهرستان هستیم.

مورد خاص دیگر در مورد این دادگاهها این است که تجدیدنظرخواهی از آرای آنها می تواند در همان دادگاه جنایی و البته با ترکیبی دیگر به انتخاب شعبه جنایی دیوان عالی کشور صورت گیرد (قانون آ.د.ک. فرانسه، ماده ۶-۶۹۸، بند ۳) و این در حالی است که در جنایات عام، تجدیدنظرخواهی از آرای صادره در دادگاه جنایی در شعبه ای دیگر از دادگاه جنایی و به انتخاب شعبه جنایی دیوان عالی کشور صورت می گیرد (قانون آ.د.ک. فرانسه، ماده ۱-۳۸۰، بند ۲).

۱. در وضعیت عمومی رایج، ساختار دادگاه جنایی متشکل از یک رئیس و دو مستشار و سه نفر هیئت منصفه است.

2. La cour d'assises comprend: La cour proprement dite et le jury.

مورد استثنایی دیگر در این دادگاه‌ها به شیوه تصمیم‌گیری در صدور رأی مربوط می‌شود. با توجه به حذف هیأت منصفه در این دادگاه‌ها، شیوه‌های تصمیم‌گیری پیش‌بینی شده در دادگاه‌های جنایی قابلیت اجرا ندارد.<sup>۱</sup>

نکته قابل ذکر درباره تشریفات این دادگاه‌ها آن است که به نظر می‌رسد با توجه به تخصص و آموزش قضات، بیشتر این دادگاه‌ها با فلسفه تخصصی شدن ایجاد گردیده‌اند تا بتوان آن‌ها را دادگاه‌هایی استثنایی و متناقض قواعد عمومی دادرسی دانست. البته با توجه به عدم پیش‌بینی این ساختار در دادگاه‌های ویژه رسیدگی‌کننده به جرایم بانندی و سازمان‌یافته، تا حدودی استدلال مذکور خدشه‌دار می‌گردد؛ زیرا ماهیتاً اختلاف چندانی بین این جرایم و جرایم تروریستی و قاچاق مواد مخدر وجود ندارد و از این نگاه می‌توان دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرایم تروریستی و مواد مخدر را استثنایی بر سایر دادگاه‌های تخصصی دانست.

#### ۴. مرجع رسیدگی به جرایم مالی و اقتصادی و بهداشت عمومی

مشابه دادگاه‌های مذکور در بالا که می‌توانند استثنایی بر قاعده صلاحیت محلی در حقوق عمومی به شمار روند، در خصوص جرایم مالی، اقتصادی و بهداشت عمومی نیز مقنن فرانسوی طی موادی جداگانه، مراجع رسیدگی تخصصی شامل قضات تحقیق و قضات نشسته متخصص جهت صدور رأی، پیش‌بینی نموده است.

در عرصه قضایی، این دادگاه‌ها را با عنوان «مجتمع ویژه اقتصادی و مالی»<sup>۲</sup> می‌نامند. فلسفه تشکیل این مراجع رسیدگی با توجه به تخصصی شدن قضات دادسرا و قضات رسیدگی، افزایش کارایی در مبارزه با جرایم است، به ویژه جرایمی که مرتبط با شبکه‌های بین‌المللی بوده و یا از یک پیچیدگی قضایی بزرگ برخوردارند (Guinchard et Buisson, 2008: 243).

ماده ۵۲-۱ قانون آ.د.ک. فرانسه در کنار دادگاه‌های ویژه مذکور در مباحث قبل، به دو ماده قانونی دیگر یعنی ماده ۷۰۴ (در جرایم مالی و اقتصادی) و ماده ۷۰۶-۲ (در

۱. تصمیمات در دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرایم تروریستی و مواد مخدر با اکثریت آرا اتخاذ می‌گردد (قانون آ.د.ک. فرانسه، ماده ۶۹۸-۶، بند ۱ و ۲).

2. Pôles économiques et financiers.



جرایم مرتبط با بهداشت عمومی) نیز اشاره نموده است. این دو ماده به تشکیل دادگاه‌های ویژه در زمینه جرایم مالی، اقتصادی و بهداشت عمومی اختصاص دارد. بر اساس ماده ۷۰۴ قانون آ.د.ک. فرانسه:

در حوزه هر دادگاه تجدیدنظر، یک یا چند دادگاه شهرستان، در شرایط پیش‌بینی شده توسط بخش حاضر برای تحقیق، تعقیب و انشای رأی (در موارد جنحه)، در جرایم ذیل و در پرونده‌هایی که بسیار پیچیده هستند یا پیچیده به نظر می‌رسند، صلاحیت دارند....

جرایمی که در ادامه ماده مذکور بدان اشاره شده، گسترده‌اند و به طور اجمال عبارت‌اند از: جرم اخفای منشأ درآمدهای ناشی از قاچاق مواد مخدر (ماده ۲۲۲-۳۸ قانون جزا)، کلاهبرداری (۳۱۳-۱ قانون جزا)، سوءاستفاده متقلبانه از حالت و وضعیت‌های اشخاص آسیب‌پذیر ناشی از مواردی مثل جهالت و بی‌سوادی، ضعف و ناتوانی متأثر از صغر سن یا بیماری یا معلولیت یا بارداری، ... (۲-۱۵-۲۲۳ قانون جزا)، جنحه‌های پیش‌بینی شده در قانون تجارت،<sup>۱</sup> قانون پولی و مالی،<sup>۲</sup> قانون مالکیت معنوی،<sup>۳</sup> قانون گمرکات، ....

در ادامه ماده مذکور، حوزه صلاحیت یک دادگاه شهرستان با همان شرایط سابق می‌تواند به حوزه یک یا چند دادگاه تجدیدنظر نیز توسعه یابد و آن در صورتی است که تعداد زیاد مباشران، معاونان و یا بزه‌دیدگان جرایم مذکور در سطحی جغرافیایی گسترش یافته و پرونده مورد بررسی از این لحاظ با پیچیدگی زیادی مواجه باشد. حوزه صلاحیت این دادگاه‌ها<sup>۴</sup> و شرایط مربوط به دادسرا، تکالیف و وظایف تحقیقاتی و رسیدگی به این جرایم بر اساس آیین‌نامه خواهد بود.

مشابه دادگاه‌های فوق‌الذکر در جرایم مالی و اقتصادی که نقض قاعده عمومی صلاحیت محلی محسوب می‌شوند، در جرایم مربوط به بهداشت عمومی (مراجع ویژه بهداشت عمومی)<sup>۵</sup> نیز پیش‌بینی شده است. بر اساس ماده ۷۰۶-۲ قانون آ.د.ک. فرانسه

1. Le code de commerce.
2. Le code monétaire et financier.
3. Le code de la propriété intellectuelle.
4. Art. D47-2 et 47-3 c. pr. pen.
5. Pôles «santé publique».

«صلاحیت محلی یک دادگاه شهرستان می‌تواند به حوزه یک یا چند دادگاه تجدیدنظر جهت تحقیق، تعقیب، رسیدگی و انشای رأی (در امور جنحه) در پرونده‌های مربوط به یک محصول بهداشتی، آن گونه که در ماده ۱-5311 l. قانون بهداشت عمومی تعریف می‌شود یا مربوط به یک محصول مختص به تغذیه انسان یا حیوان یا محصول یا ماده‌ای که انسان به طور دائم در معرض آن قرار دارد و به دلیل آثار یا خطرناکی آن‌ها در قانون تعیین شده است و دارای پیچیدگی هستند یا چنین به نظر می‌رسد که از پیچیدگی زیادی برخوردارند، بسط و گسترش یابد...».

جرایم صدمه و آسیب به انسان مصرح در بخش دوم کتاب دوم قانون جزا، جرایم پیش‌بینی شده در قانون سلامت عمومی، جرایم پیش‌بینی شده در قانون روستایی و ماهیگیری دریایی یا قانون مصرف و جرایم محیط زیست و قانون کار و جرایم مرتبط با آن‌ها مشمول ماده مذکور می‌گردد.

در همه این جرایم برای سهولت در رسیدگی و با توجه به پیچیدگی‌های جرم ارتكابی صلاحیت محلی دادگاه شهرستان حوزه دو دادگاه پاریس و مارسی مطابق آیین‌نامه مربوطه به حوزه صلاحیت چند دادگاه تجدیدنظر توسعه یافته است.<sup>۱</sup> صلاحیت این دادگاه‌ها هم‌ردیف دادگاه‌های شهرستان است که بر پایه قواعد عمومی دارای صلاحیت محلی در رسیدگی به جرایم هستند (قانون آ.د.ک. فرانسه، ماده ۲-۷۰۶).

### نتیجه‌گیری

از مجموع مباحث مطرح شده درباره موارد نقض قاعده صلاحیت محلی در دو نظام دادرسی کیفری ایران و فرانسه نکات ذیل به عنوان نتایج بحث قابل طرح می‌باشند:

۱. اصل این موضوع که قاعده صلاحیت محلی بدون هر گونه استثنایی نمی‌تواند رسیدگی مطلوب قضایی به دعاوی کیفری را به همراه داشته باشد، مورد اتفاق هر دو نظام کیفری است. در واقع ضرورت پیش‌بینی استثنائات و موارد نقض قاعده مذکور، جهت افزایش کارایی دستگاه قضایی امری اجتناب‌ناپذیر است. لیکن باید این نکته را

1. Art. D47-5 c. pr. pén.

مدنظر قرار داد که تعیین و تأکید بر قواعد صلاحیت به عنوان قواعد آمره در فرایند دادرسی کیفری، از جمله قاعده صلاحیت محلی به هدف استقرار نظم قضایی و به ویژه حفظ حقوق متهم، امری مسلم و پذیرفته شده است.

۲. نگاهی به موارد نقض قاعده صلاحیت محلی در دو نظام حقوقی ایران و فرانسه مؤید این نکته است که به رغم مقنن فرانسوی که در سال‌های اخیر تحولات وسیعی در این بحث داشته، مقنن ایرانی به ویژه در قانون آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲ تغییراتی که (موارد آن نیز محدود است و) بتوان آن را منشأ تحول دانست، صورت نداده است.

۳. مقنن ایرانی همان گونه که در تقسیم‌بندی موارد نقض صلاحیت محلی مشاهده شد، غیر از مورد نقض قاعده به اعتبار سمت مرتکب جرم، در موارد دیگر به شرایطی عمومی همچون حفظ نظم و امنیت عمومی بسنده کرده است. در مقابل، موارد متعددی از نقض قاعده به اعتبار نوع جرم ارتكابی در سیستم فرانسوی مشاهده می‌گردد.

۴. در واقع آنچه اساساً می‌تواند نقض قاعده صلاحیت محلی را توجیه کند، رسیدگی بهتر به پرونده و افزایش کارایی دستگاه قضایی است و آنچه این افزایش کارایی را بهتر تضمین می‌کند، پیش‌بینی دادرها و دادگاه‌های تخصصی هم‌ردیف دادرها و دادگاه‌هایی است که مطابق قاعده عمومی صلاحیت محلی صالح هستند. در واقع آنچه در نظام حقوقی فرانسه شاهد بودیم شامل هیئت‌های تحقیقاتی یا نهادهای تخصصی قضایی، به شرط اینکه تبدیل به دادگاه‌های اختصاصی متناقض با قاعده صلاحیت ذاتی نشوند و حقوقی کمتر از آنچه در سیستم قضایی عام برای طرفین دعوی به ویژه متهم پیش‌بینی شده است، تعیین نگردد، می‌توانند باعث افزایش کارایی دستگاه قضایی و مبارزه مؤثرتر و بهتر به خصوص با اشکال نوین بزهکاری گردند.

۵. پیشنهاد می‌شود مقنن ایرانی همچون مقنن فرانسوی حق ابلاغ تصمیمات قضایی را برای احاله پرونده به طرفین دعوی و ارائه لایحه دفاعیه پیش‌بینی نماید. به تحولات بزهکاری در سال‌های اخیر و به ویژه توسعه کمی و کیفی جرایم بانندی و سازمان‌یافته و جرایم تروریستی توجه ویژه نموده و راهکارهای سنتی برای رسیدگی به همه انواع جرایم را با تحولات امروزی بزهکاری منطبق نماید.

کتاب‌شناسی

۱. آخوندی، محمود، *آیین دادرسی کیفری*، تهران، مجد، ۱۳۸۴ ش.
۲. آشوری، محمد، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۹ ش.
۳. تدین، عباس، *قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه (ترجمه)*، تهران، خرسندی، ۱۳۹۱ ش.
۴. همو، *قانون آیین دادرسی نیروهای مسلح ایران و فرانسه*، تهران، خرسندی، ۱۳۹۴ ش.
۵. خالقی، علی، *آیین دادرسی کیفری*، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۴ ش.
۶. دهخدا، علی‌اکبر، *فرهنگ دهخدا*، تهران، سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کل کشور، ۱۳۴۱ ش.
۷. رحمدل، منصور، *آیین دادرسی کیفری*، تهران، دادگستر، ۱۳۹۳ ش.
۸. رضوانی، سودابه و سیده وحیده دریانورد، «لزوم اتخاذ سیاست جنایی افتراقی در مقابله با قاچاق سازمان‌یافته کالا و ارز»، *دوفصلنامه بررسی‌های حقوقی*، سال دوم، شماره ۳، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش.
۹. سپهری، روح‌الله، *جرم‌نگاری تروریسم*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۵ ش.
۱۰. گلدوست جویباری، رجب، *کلیات آیین دادرسی کیفری*، تهران، جنگل، ۱۳۸۶ ش.
۱۱. میرمحمدصادقی، حسین، «تروریسم رسانه‌ای»، *تروریسم و دفاع مشروع از منظر اسلام و حقوق بین‌الملل؛ مجموعه مقالات و سخنرانی‌های ارائه‌شده در همایش دی‌ماه ۱۳۸۰*، تهران، مرکز مطالعات توسعه قضایی و دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۳۸۱ ش.
12. Fourment, François, *Procédure pénale d' exception et droit de l'homme*, Édition l'Harmattan, 2011.
13. Gozzi, Marie-Hélène, *Le terrorisme*, Éditions Ellipses, 2003.
14. Guinchard, Serge et Jacques Buisson, *Procédure pénale*, 4ème edition, Paris, Lexis Nexis Litec, 2008.
15. *Oxford advanced Learners Dictionary*, 5<sup>th</sup> Ed., 1997.

## موجز المقالات

### تعارض الأدلة في إثبات الجرائم الموجبة للقصاص والدية والتعزير؛ النماذج والحلول

- عبّاس الزراعة (أستاذ بجامعة كاشان)
  - أميد المتقى الأردكاني (ماجستير بفرع قانون العقوبات وعلم الإجرام)
- «تعارض أدلة إثبات الدعوى» مسألة يظهر في مجال الإثبات الجزائيّ والحقوقيّ. مع ذلك تحقّق هذه القضية في الإثبات الجزائيّ يستلزم عواقب هائلة التي تحتاج إلى رعاية وإمعان نظر أكثر. مع الرجوع إلى قانون العقوبات الإسلاميّة ومعايير رفع التعارض الموجودة في علم أصول الفقه، مع أنه لنا أن نختار حلولاً عامّة كالتخيير والتساقط والتقدّم القانونيّ و... لكن تطبيق كلّ حلّ مع نماذج مختلفة لتعارض أدلة إثبات الدعوى قد وضع على عاتق القاضى. فى الدراسة الحاليّة عبر استغلال الأسلوب التوصيفيّ والتحليليّ بسبب وجود الاختلاف فى النظام الإثباتيّ للجرائم الحديّة مقارنة مع بقيّة الجرائم، قد ركّزنا على نماذج تعارض أدلة إثبات الجرائم الموجبة للقصاص والدية والتعزير وعرضنا حللاً لأنقاً ومناسباً لكلّ نموذج. أهميّة هذه الدراسة هي أنّ هل كفاءة

الحلول المذكورة في قانون العقوبات الإسلامية منوط إلى أن يختار كل حل مناسب لنموذج التعارض الواقع؛ لذلك مع دراسة هذا الموضوع في مسيرة التجاوز عن قضية التعارض ذهب إلى مساعدة القاضى الجزائى وسناعده في تنفيذ العدالة أكثر فأكثر. وفي نهاية المطاف لنا أن نذكر أن نوع الجرم ونوع الدليل ونموذج التعارض يعتبر ثلاثة شروط هامة في اختيار الحل المناسب لرفع التعارض والتي لا بد أن يلتفت إليها القاضى. المفردات الرئيسة: التعارض، الأدلة الجزائية، نماذج التعارض، حل رفع التعارض.

### سقوط القصاص دون تضمين ديون المقتول المديون (نظرة فقهية في المادة ٤٣٢ لقانون العقوبات الإسلامية)

□ حسين الناصريّ المقدّم (أستاذ مشارك بجامعة فردوسى بمشهد)  
□ مرتضى كشاورزى ولدانئى (طالب بمرحلة الدكتوراه بفرع الفقه ومبادئ القانون الإسلامى)

مع أنّ عقوبة القصاص في موارد قتل العمد وضعت من ناحية الإسلام كقانون ثابت إلاّ أنّه في بعض الموارد وفي ظروف خاصّة، قابلة للسقوط. أحد الموارد التي في سقوط القصاص أو عدمه محلّ نظر هي ما إذا كان المقتول مديوناً وأولياؤه يريدون القصاص. والسؤال الذي يطرح في هذا الصعيد هو أنّه هل في هذا الفرض للغرماء أن يمنعوا استيفاء القصاص. أو لنا أن نقتصّ القاتل دون تضمين حقوق الغرماء أو استيفاء القصاص فيما إذا كانت ديون القاتل استوفيت أو ضمّنت. قانون العقوبات الإسلامية المصادق عليه سنة ١٣٩٢ اتّبع في هذا الفرض رأى بعض فقهاء الإمامية وقال بجواز القصاص لأولياء المقتول دون تأدية ديونه أو تضمينها. من جانب آخر ذهب بعض الفقهاء كالإمام الخميني في كتاب تحرير الوسيلة إلى أنّ الأحوط عدم جواز القصاص إلاّ إذا التزم أولياء الدم بتأدية الديون أو تضمينها. الدراسة الحالية التي تمّت على أساس الآراء الفقهية للإمام الخميني بعد مناقشة ومعالجة أقوال الموافقين والمخالفين وصلت إلى أنّ على أساس ظاهر الروايات الواردة في هذا المجال وكذلك التحفّظ لحقوق الغرماء عدم القصاص أنسب وأوجه.

المفردات الرئيسة: القصاص، سقوط القصاص، المقتول المديون، الديون، الغرماء.

## الاتجاه المعول على الضمير حول المسؤولية الجزائية

□ عادل الساريخاني (أستاذ مشارك بجامعة قم)

□ قاسم إسلامي نيا (طالب بمرحلة الدكتوراه بفرع قانون العقوبات وعلم الإجرام بجامعة قم)

لا مجال للشك في أنّ بدايات القانون الجزائي الحديث والذي تعتبر كقانون معول على الإنسان كانت أول خطوة للالتفات إلى شخصية الإنسان وهذا مع ورود المسؤولية الجزائية إلى المباحث القانونية المتعلقة بشخصية مرتكب الجريمة. مع الاعتراف بالأهمية السامية لموضوع المسؤولية الجزائية في حقل السياسة الجزائية، كانت ثمرة معرفة الإنسان الدينية هي جذب وتلفيق المسؤولية الضميرية في جميع مراحل إجراء القواعد القانونية تجريمًا كانت أو المسؤولية الجزائية أو تنفيذ العقوبات. أهمية المفروض المذكور هي أنّ الاستغلال الكثير من ظرفية السياسة الجزائية كان متعارضًا مع مبادئ المعرفة الإنسان الدينية التي تقتضى كرامة الإنسان وضرورة ازدهار الاستعداد الهام والحيوي للسلطة على النفس (بواسطة قوة باسم الضمير) بعيدًا عن العوامل الخارجية. الدراسة الحالية مع تعريف وتوصيف الضمير والتعرض لأهميته وآثار ولوازم ازدهار المسؤولية الضميرية أبدت وأثبتت لزوم تلفيق المسؤولية الجزائية مع المسؤولية الضميرية مركزة على عناصر من النظام الاعتقادي والأخلاقي في الإسلام.

المفردات الرئيسة: الضمير، المسؤولية الضميرية، الإنسان، معرفة الإنسان، المسؤولية الجزائية.

## السياسة الجنائية التقنيّة لإيران في الحماية عن الشاهد

□ أبو الحسن الشاكري (أستاذ مشارك بجامعة مازندران)

□ رضا الرضائي (طالب بمرحلة الدكتوراه بفرع قانون العقوبات وعلم الإجرام بجامعة مازندران)

لا مجال للشك في أنّ حضور الشاهد في نظام العدالة الجزائية أحد مناظر السياسة الجزائية المشاركة. التي تظهر أكثر في المجتمعات التي يحكمون عليها الجمهور (المجتمعات الديمقراطية). لذلك يجب أن يجعل الشهود كأحد الناشطين في عملية العدالة الجزائية تحت تدابير وإجراءات في الحماية عنهم. من الواضح أنّ التدابير التي تستخدم للحماية عن الشاهد، تدابير استثنائية. لذلك تعيين إحراز شروط أعمالها المبنية

على كل من الضابط الشخصي أو النوعي يكون على المرجع القضائي وما زال في أعمال وتنفيذ هذه التدابير حفظ حقوق المتهم أولى لأنّ المتهم في معرض المحكومية. وتجدر الإشارة إلى أنه لا بدّ وأن تكون هذه التدابير، من جانب مركزه على الحرّيات الفردية ومن جانب آخر مركزه على مصالح الحكومة التي السياسة الجزائية لإيران في حق التقنين متأثرة منها. الاتجاه الأساس من حيث اتباع المنهج الاتقاضي للسياسة الجنائية في مجال تقنين وتنظيم القواعد ومديرية إجراءات التي ترغّب الشهود على الحضور في نظام العدالة الجزائية تمنع عن تحميل الضرر والخسارة على الشهود. لذلك، السياسة الجزائية الاتقائية لا بدّ وأن تعوّل على محاكمة خاصّة ومن جملتها أن إرعاب الشاهد يحتاج إلى أن يعدّ من أحد أقسام التجريم. ومن الأمور الهامة التي لا بدّ وأن تلاحظ في هذا المجال هي: جلب المتهم دون الإحضار، إرجاع الملفّ مباشرة إلى المحكمة والتحقيق خارجاً عن الترتيب الواقعي. ووصولاً إلى هذا الغرض، تغيير وجه ومنظر الشاهد واستخدام القناع يمكن أن يساعد على الوقاية من الأعمال الإرعابية ضدّ الشاهد.

المفردات الرئيسية: الشاهد، تدابير للحماية، نظام العدالة الجزائية، المنهج الاتقاضي للسياسة الجنائية، المحاكمة الجزائية الخاصة.

## اتّجاه المحكمة الجزائية الدولية إلى عفو الجرائم الدولية من منظور قاعدة منع المحاكمة المجددة

- أمين زحمتكش (ماجستير بفرع قانون العقوبات وعلم الإجرام بجامعة جيلان)
- مجتبي جاني بور (أستاذ مساعد بجامعة جيلان)
- مهين السبحاني (أستاذة مساعدة بجامعة جيلان)

لا مجال للشكّ في أنّ العفو عن مجرمي الدولية يعتبر أحد أسباب اللا جزائية. والمحكمة الجزائية الدولية كمؤسسة رائدة في الصراع مع ثقافة اللا جزائية وتضمنين منافع العدالة ولها تكليف خطير في الممانعة عن فرار مرتكبي الانتهاكات الشديدة لحقوق الإنسان والفرار عن المسؤولية الجزائية الدولية مع التوسّل إلى شتى الحيل للمصونيّة عن المجازاة كالعفو. وعلى أمل الوصول إلى هذا المهمّ، اتّجاه المحكمة



الجزائية الدولية في الحالة التي مرتكبو الجرائم الدولية بعد المحاكمة في محكمة وطنية أو بعد الملاحظة وعملية التحقيق من ناحية اللجنة المحققة عن الواقع أن يُعفو وبعد ذلك على غرض الممانعة عن تنفيذ أعمال الصلاحية التكميلية للمحكمة وأن يستندوا كدفاع إلى البند الـ«ج» للمادة العشرين لميثاق رم حول منع المحاكمة المجددة وهذه مسألة درسناها في هذه الدراسة. على أساس الحصيلة التي وصلنا إليها في هذه الدراسة يبدو أن استناد منتهكي حقوق الإنسان استنادًا إلى العفو أو الصفح على أساس قاعدة منع المحاكمة المجددة، لا يصير مانعًا عن محاكمتهم من ناحية المحكمة؛ مع أن في الأخير أخذ القرار في هذا المجال يقع في إطار صلاحية المحكمة.

**المفردات الرئيسية:** المحكمة الجزائية الدولية، العفو، الجرائم الدولية، قاعدة منع المحاكمة المجددة، اللجنة المحققة عن الواقع.

## الوقاية عن جريمة غسيل الأموال في النظام المالي والبنكي

□ السيد حسين الحسيني (أستاذ مساعد بجامعة فردوسي بمشهد)

□ أفشين آذري متين (طالب بمرحلة الدكتوراه بفرع قانون العقوبات وعلم الإجرام بجامعة الشهيد بهشتي)

لا شك في أن المصارف والمؤسسات المالية تعتبر كمراكز هامة للمبادلات المالية. لذلك استخدام تدابير خاصة ومؤثرة للحيلولة دون دخول الأموال اللا شرعية إلى النظام البنكي لها أهمية بالغة. وللوصول إلى هذه الغاية، من الضروري في المرحلة الأولى أن يُجرى تدابير حاسمة ورعاية خاصة من ناحية البنك المركزي عند تأسيس البنوك والمؤسسات المالية وتنفيذ العملية المضادة لغسيل الأموال. وبما أن النظام البنكي الحديث صار بديلاً للنظام البنكي التقليدي والقرطاسي، فعليه من اللائق للنظام البنكي الحديث على غرض التعرف على المعاملات البنكية المشكوكة بغسيل الأموال وكوقاية فنية، أن يمهد الآليات ومراكز دفع النقود المجهزة بالأساليب الدقيقة. الخطوة الثانية هي التحفظ على المعايير البنكية لمكافحة غسيل الأموال كضوابط حول إحراز الهوية وتقسيم وتصنيف الأشخاص وتعيين مستوى فعالية زبائن البنك وروابط البنك مع بقية البنوك.

**المفردات الرئيسية:** جريمة غسيل الأموال، المعاملات المشكوكة، البنك المركزي، النظام البنكي الإلكتروني، الوقاية.

## الدفاع المشروع الظاهريّ

□ فيروز المحموديّ جانكيّ (عضو الهيئة التدريسيّة بجامعة طهران)  
 □ آزاده الصادقيّ (طالبة بمرحلة الدكتوراه بفرع قانون العقوبات وعلم الإجرام بجامعة تربية المدّرس)

في الدراسة الراهنة نستهدف مناقشة الآراء والأقوال الحقوقيّة حول الذين يعتقدون صادقاً وساذجاً أنّهم في معرض هجوم الآخرين ورأوا أنّه يجب عليهم الدفاع عن أنفسهم ولكن الأمر في الواقع ليس هكذا، وعلى أساس هذا الشعور بالهجوم، يدافعون عن أنفسهم. ما الوضعيّة الحقوقيّة وما حكم هذا الدفاع؟ والجدير بالذكر أنّ ثمة ثلاث نظريّات حول هذه المسألة. النظريّة الأولى تجعل عمل المرتكب في حقل الرفع، والنظريّة الثانية ترى أنّ هذا العمل من قبيل الدفاع المشروع والنظريّة الثالثة ناقشت ودرست هذا العمل من حيث إيجاد العنصر المعنويّ للجريمة أو عدمه كأحد الأركان اللازمة لوقوع الجريمة. ومما يجب أن نشير إليه أنّ هذا الموضوع قد نوقش وعولج من منظور النظام القانونيّ لإيران والفقهاء؛ فإنّ هاهنا عدد من القانونيين يرى أنّ هذا العمل الظاهريّ مجاز وطائفة أخرى من القانونيين لا يسوّغون هذا العمل والحال أنّ النظام القانونيّ لإيران ساكت حول هذا العمل. حصيلة الدراسة أنّ الدفاع الظاهريّ في ظروف خاصّة منها تقصير المهاجم الظاهريّ في تغليب المدافع الظاهريّ واعتقاد المدافع الظاهريّ المعقول في وجود الخطر أن يكون من الأسباب المبرّرة للدفاع ومع تواجد ظروف خاصّة أخرى ومن جملتها عدم تقصير المهاجم الظاهريّ في التباس المدافع الظاهريّ واعتقاد المرتكب المعقول بوجود الخطر أن يكون من العلل الرافعة للمسؤوليّة الجزائيّة.

المفردات الرئيسيّة: الدفاع المشروع، الدفاع الظاهريّ المشروع، الأسباب المبرّرة، الأسباب الرافعة، المعقوليّة، كون الخطر قريب الوقوع، الالتباس.

## جريان الخيارات في الإقالة

□ روح الله السپهرىّ  
 □ أستاذ مشارك بالجامعة الحرّة بنراق

أحد المبادئ والقواعد الهامّة في عمليّة المحاكمة هي مسألة صلاحية السلطات والمراجع القضائيّة. هذا المبدأ ينشأ من مبدأ هامّ آخر وهو مبدأ كون المحكمة قانونيّة

ويُعدّ من القواعد الآمرة في المحاكمة الجزائية. وهذا على صيغة ليس لطرفي الدعوى أن يوافقا على غير ما وضع وأسس القانون للمحكمة. وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا المطلب من موارد تمييز المحاكمة الجزائية عن المحاكمة المدنيّة. مع ذلك في أصول المحاكمات الجزائيّة وفي قضية الصلاحيّة المحليّة، قد أعطى المقتنّ، مسوّغ العدول على أساس ظروف ومقتضيات خاصّة ومعينة إلى بعض السلطات وفي ظروف خاصّة. في الواقع هذا الأمر يحسب من قبيل نقض الصلاحيّة المحليّة واستثناء لهذه القاعدة. وهذا الأمر التفت إليه في نظامي أصول المحاكمات لإيران وفرنسا. اعتباراً لأهميّة الموضوع نحتاج إلى تبريرات متقنة وقوية لرفع الصلاحيّة عن المرجع القضائيّ الواجد لهذه السلطة. أحد هذه التبريرات هي مقولة التحفّظ للنظم والأمن العامّ والتي التفت إليها المقتنّ الإيرانيّ والفرنسيّ مع اختلافات قليلة. من الواضح أنّ في بعض الموارد سهولة المتابعة والتسريع في عمليّة التحقيقات يمكن أن يعتبر من أحد هذه التبريرات. في المادّة الراهنة حاولنا ضمن التعلّص لهذه التبريرات ومقارنتها في النظامين القانونيّين المذكورين أن ندرس ونناقش مستوى نزعة كلا المقتنّين في تجويز هذا الموضوع الاستثنائيّ في عمليّة المحاكمة الجزائية. التعلّف على هذا الموضوع ومقارنته له دور هامّ في تضمين حقوق المتّهم والمجرم والمجتمع كلاعبين في عمليّة المحاكمة الجزائية.

المفردات الرئيسيّة: المحاكمة الجزائية، الصلاحيّة العمليّة، صلاحيّة المحكمة، الاستثناء، النقض، النظم والأمن العامّ.



taken from the other important principle namely the legality of the court and it is considered the part of *jus cogens* in the criminal procedure. As both sides in dispute cannot enter to an agreement which is contrary to or in conflict with what the law has granted courts jurisdiction. This subject is also considered the cases which differentiates the civil procedure from the criminal procedure. However, in the criminal procedure and the domestic jurisdiction, the legislature has given permission to some authorities (officials) to deviate from the mentioned rule in some exigencies and exceptional cases. In reality, this matter as a breach of the domestic jurisdiction is an exception for the mentioned principle. This issue has been considered by the two criminal procedures of Iran and France. With attention to the exceptional nature of this issue, it is necessary the powerful and stable justifications to take away the jurisdiction which has been defined by the law. One of these justifications is the category of the consideration the public order and security which have been determined by both Iranian and French legislatures with differences. In cases, the facility of investigation and the acceleration in the investigation process can justify this breach of the principle. In this research paper, it has been tried to explore and analyzed the measures and cases of tendency of both legislatures meanwhile propounding these justifications and comparing them two mentioned legal systems. Recognition and comparison of this subject has a crucial rule to secure (guarantee) the rights of accused and victims and society as main actors in the criminal procedure.

**Keywords:** *The criminal procedure, The domestic jurisdiction, Court's jurisdiction, Exception, Breach or violation, The public order and security.*

(perpetrator) in the area of the exclusion of criminal responsibility. The second attitude believe it is self-defense. The third outlook has studied the conducts of such perpetrator as an essential element for committing a crime from the point of the establishment or non-establishment of the Mens Rea. This issue has also examined from the point of the legal system of Iran and the fuqahā' (Islamic Jurists) of Imāmī Shī'ism. Some of them believe the right of self-defense for the putative defendant and some others do not accept it but the legal system of Iran has not taken a clear approach to this subject. The result of the research indicates that putative self-defense can be counted of justifications (justifying reasons) in some conditions such as the fault of the apparent aggressor to make the apparent defendant mistake and the reasonable belief of the apparent defendant that he is in danger and it could be counted of the exclusion of criminal responsibility in some other conditions such as no fault of the apparent aggressor to make the apparent defendant mistake and the reasonable belief of perpetrator that he is in danger.

**Keywords:** *Self-defense, The putative of self-defense, Justifying reasons, The exclusion of criminal responsibility, Reasonability, Imminent danger, Mistake.*

## **The Deviation from the Domestic Jurisdiction in the Process of the Criminal Procedure of Iran and France**

□ *Ruhollah Sepehri*

□ *Assistant professor at Azad University, Naraq branch*

**O**ne of the important principles and rules in the process of the criminal procedure is the issue of jurisdiction. This principle is

the suspicious (doubtful) banking transactions indicating money laundering provides (considers) technical equipment and payment systems which are equipped by the exact controlling methods in the systems of banking services for the technological prevention. The next step is to consider standards governing the banking system to prevent money laundering. According to the law on fighting money laundering (Anti-Money Laundering Law) and its implementing regulations, the standards are the duty of the Supreme Council for fighting against money laundering has codified regulations relating to identification and authentication, categorization of persons, determining customer-level activities, the relationship between brokerage and other banks in the form of the instruction. These regulations have had the preventive approach and its exact implementation by financial institutions has a crucial rule to decrease the scope of the commitment of money laundering.

**Keywords:** *The crime of money laundering, Doubtful transaction, The Central Bank of Iran, The Electronic Banking (e-banking), Prevention.*

## Putative Self-Defense

- *Firouz Mahmoudi Janaki (Assistant professor at University of Tehran)*
- *Azadeh Sadeqi (A PhD student of Criminal Law & Criminology)*

This note studies the legal opinions over the conducts of those who feel the risk of danger from someone with truthful belief and yet reasonable but in reality, it has not been and for this feeling of danger, they defend themselves. What are the legal status and the court judgment about this kind of defense? Generally, there are three opinions about this issue. The first view has placed the behavior of the defendant

the proof of the grave human rights abusers who benefit amnesty or pardon for the double jeopardy rule cannot prevent the International Criminal Court to try their prosecution and trial. But at last deciding about it relates to the discretion of the International Criminal Court.

**Keywords:** *The International Criminal Court (ICC), Amnesty, International crimes, The double jeopardy rule, The truth commission.*

## **Preventing Money Laundering in Monetary and Banking System**

□ *Sayyed Hossein Hosseini (Assistant professor at Ferdowsi University)*

□ *Afshin Azari Matin (A PhD student of Criminal Law & Criminology)*

**B**anks and credit institutions are known as the principle center for currency transactions. Therefore, adopting the proper preventive strategies (programs) has a vital importance to prevent dirty money to enter the monetary and banking system. The first step to achieve this importance it is necessary the effective supervision of the Central Bank of Iran over the establishment of banks and credit institutions to prevent or hinder ineligible people (who launder money) to establish banking institutions and quasi-banks (quasi-banking institutions) for preparing a safe place for their illegal actions. Also, it is essential the continuous supervision over the all banking functions and actions by the Central Bank of Iran to ensure the implementation (enforcement) of the anti-money laundering regulations in the monetary and banking system. From the other side, the traditional banking has been replaced by the electronic and virtual banking and its main feature is the easy and online tracking and transferring. It is good (proper) that the banking system to recognize



constantly to protect the rights of the first accused because he is charged for a crime and may be punished and sentenced.

**Keywords:** *Witness, Protective programs, The criminal justice system, The differential criminal policy, The exceptional criminal procedure.*

## **The Approach of the International Criminal Court to the Amnesty of the International Crimes from the View of the Double Jeopardy Rule**

- *Amin Zahmatkesh (An M.A of Criminal Law & Criminology)*
- *Mujtaba Janipoor (Assistant professor at Guilan University)*
- *Mahin Sobhani (Assistant professor at Guilan University)*

Without doubt, the amnesty of the international offenders is one of the factors of impunity and the International Criminal Court (as a permanent organization to confront the culture of impunity and provide the interests of justice) has a crucial responsibility to prevent the Perpetrators for the serious (gross) human-right violations to escape from the international criminal responsibility by using the tools of immunity like amnesty from the punishment. For this important purpose, this note studies and criticizes the approach of the International Criminal Court in a situation that the perpetrators of the international crimes are amnestied after trial in a national court or after national proceedings or after investigation or prosecution by the truth commission and after it, in order to prevent exercising of the complementary jurisdiction of the International Criminal Court and as a defense, they adduce to the Article 20 of the Rome Statute to the double jeopardy rule. According to the research findings, it seems that

## The Legislative Criminal Policy of Iran in the Witness Protection

- *Abul Hasan Shakeri (Associate professor at Mazandaran University)*
- *Reza Rezaii (A PhD student of Criminal Law & Criminology)*

The presence of witness in the criminal justice system is one of the participatory criminal policy manifestations which it shines more in democratic societies. Therefore, witnesses as one of the actors in the criminal justice circle must be under protect programs. These programs should be based on the individual freedoms from one side and from other side; they should be based on the government interests. The criminal policy of Iran in the area of legislation is affected by them. Therefore, from the point of the differential criminal policy and exceptional legal procedure, they include circumstantiality which they put forward suggestions. The intimidation of witnesses as a collection of committed acts or acts of perpetration against witnesses is necessary for criminalization. The exceptional criminal procedure with orders like arrest of defendant without initial arraignment, sending directly the case (file) to the court and investigating out of turn are important. Thus, to prevent the identity of witnesses to be revealed, it is useful for witnesses to be wearied makeup and covered by mask during the investigation process. In the legislative criminal policy, the basic strategy is to regulate rules and organize legal proceedings that meanwhile encouraging (motivating) witnesses to appear before criminal justice system, they prevent damages to witnesses. The protective programs are exceptional and therefore to enforce the stipulations based on both subjective and objective depends on the judicial officials. The considerable point is

## The Approach of the Conscience-Centered about the Criminal Liability

- *Adel Sarikhani (Associate professor at University of Qom)*
- *Ghasem Islaminia (A PhD student of Criminal Law & Criminology)*

The dawn of the modern criminal law (as a man-centered law) with entering and taking drawing) the term “the criminal liability (responsibility)” has embraced the consideration of the perpetrator’s personality in its first step. Despite the fundamental importance of the criminal liability in the realm of the criminal policy, the obtaining of the religious anthropology is drawing (taking) and reconciliation of the conscience liability in all the process of the criminal law including criminalization, the criminal liability and the enforcement and execution of punishments. The maximum use of the capacity of the criminal liability confronts a serious conflict with the principle of the religious anthropology which requires the human dignity and the necessity of the flourishing of the important and vital capacity (potentiality) of observing self (by a force which is called conscience) without the outer factors (agents). This paper research with definition and description of conscience, stating its importance, the conscience functions and the flourishing obligations of the conscience liability has proved the requirement of reconciliation (combination) of the criminal liability with the conscience liability with emphasizing on the elements of the religious and moral system of Islam.

**Keywords:** *Conscience, The conscience liability, Man, Anthropology, The criminal liability.*

Although the Qisas (retaliation) punishment in the intentional murder (killing) has been considered and legislated by the criminal policy of Islam as a basic (primary) principle. This punishment lapses in some cases. One of this cases which it should be thought in the lapse of Qisas or the practice of it is the one when it is supposed the murdered person is debtor and victim's nearest relatives or awliyā' (أولياء) (legal guardians) demand (ask) for Qisas of the murderer. There is a problem here in this supposition: creditors can stop the right of Qisas or basically in this presumption if it is possible Qisas of murderer without the security (guarantee) for the right of creditors or it is possible when the creditors' debts are paid or guaranteed or secured. The Islamic penal code of Iran (codified 1392) has followed some of Imāmī jurists (Fuqahā) and has accepted that the victim's nearest relatives or awliyā' (أولياء) (legal guardians) can demand Qisas (retaliate) without the security (guarantee) or payment (discharging) for debts of the murdered person. From the other side, other Imāmī jurists (Fuqahā) like Imam Khomeini in Tahrir al-Wasilah says that it is nearer to precaution (ihtiyat to accept the lapse of Qisas) in this situation unless the victim's nearest relatives or awliyā' (أولياء) (legal guardians) accept -promise- to pay and guarantee the creditors' debts. This paper has been focused on the Islamic fiqh attitudes of Imam Khomeini and after the examination of opponents' and proponent' sayings, it has resulted that the theory (opinion) of the Lapse of Qisas to protect the rights of the creditors and the apparent (outward aspect) indication of ahadith is more justifiable (legitimate).

**Keywords:** *Qisas (retaliation), The lapse of Qisas, Indebted murdered person, Debts, Creditors.*

primacy or supremacy of law and etc.). But it is the duty of a judge to accord every of these solutions with the different cases of the conflicting evidences of proving disputes (litigations or lawsuits). The method of this research paper is the descriptive-analytic for its issue. Because of the difference (distinction) in the legal system of the Hadd offences in comparison with other offences, it has concentrated on the cases of the conflict of evidences proving crimes which deserve (require) Qisas, Diya and Ta'zir and a proper solution for every case has been determined by the paper. The importance of this research is that the effectiveness of the presented solutions (which has been determined by the Islamic Penal Code of Iran) depends on selecting and implementing every solution appropriate to the conflicting case which has happened. Therefore, it assists a criminal judge to stop this conflicting happening and help him to execute justice better. As the research finding, it should be stated that types of crime, types of proofs and cases of conflict are three important components for choosing an appropriate solution to end conflicts which they are necessary to be regarded by judges to secure (guarantee) justice.

**Keywords:** *Conflict, Criminal evidences, The cases of conflict, Solution to stop (remove) conflict.*

## **The Lapse of Qisas (Retaliation) without the Security for Debts of Indebted Murdered Person (an Islamic Jurisprudential Thought on Article 432 of the Islamic Penal Code of Iran)**

- Hossein Naseri Muqaddam (Associate professor at Ferdowsi University)
- Murteza Keshavarzi Veldani (A PhD student of Jurisprudence)

## Abstracts

### **The Conflict of Evidences Proving the Crimes Deserving (Causing) Qisas, Diya and Ta'zir; Cases and Strategies**

- *Abbas Zeraat (Full professor at University of Kashan)*
- *Omid Mutaqi Ardakani (An M.A of Criminal Law & Criminology)*

“**T**he conflict of evidences proving disputes (litigations or lawsuits)” is an occurrence which comes in to view in both proving criminal offences and civil offences; yet, its happening in proving criminal offences contains damaging (destructive) consequences which it requires more attention to take away. Although with considering the Islamic Penal Code of Iran and principles resolving conflict in Uṣūl al-fiqh science, it is possible to be presented general solutions to stop this mentioned occurrence (solutions such as option (takhiyr), lapse, the



## Table of contents

### Researches:

The Conflict of Evidences Proving the Crimes Deserving (Causing) Qisas, Diya and Ta'zir; Cases and Strategies/ Abbas Zeraat & Omid Mutaqi Ardakani .....	3
The Lapse of Qisas (Retaliation) without the Security for Debts of Indebted Murdered Person (an Islamic Jurisprudential Thought on Article 432 of the Islamic Penal Code of Iran)/ Hossein Naseri Muqaddam & Murteza Keshavarzi Veldani .....	35
The Approach of the Conscience-Centered about the Criminal Liability Adel Sarikhani & Ghasem Islaminia .....	55
The Legislative Criminal Policy of Iran in the Witness Protection Abul Hasan Shakeri & Reza Rezaii .....	81
The Approach of the International Criminal Court to the Amnesty of the International Crimes from the View of the Double Jeopardy Rule Amin Zahmatkesh & Mujtaba Janipoor & Mahin Sobhani .....	105
Preventing Money Laundering in Monetary and Banking System Sayyed Hossein Hosseini & Afshin Azari Matin .....	135
Putative Self-Defense/ Firouz Mahmoudi Janaki & Azadeh Sadeqi .....	155
The Deviation from the Domestic Jurisdiction in the Process of the Criminal Procedure of Iran and France/ Ruhollah Sepehri .....	195

### Translation of Abstracts:

Arabic Translation/ Muhammad Salami .....	221
English Translation/ Ali Borhanzahi .....	238