

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست مطالب

پرفهشها

- جرم ارتداد در روایات / سیدمصطفی محقق داماد و سیدمحسن موسوی فر ۳
- عدالت اجتماعی و عدالت کیفری؛ جدایی یا پیوند / هانیه هژیرالساداتی و محمدجعفر حبیبزاده ۲۵
- تروریسم و حقوق کیفری / نسرین مهرا و نوروز کارگری ۵۵
- ارزیابی سیاست «جرم‌زدایی» قانون برنامه پنجم توسعه در قانون مجازات اسلامی
- محمدعلی بابایی و میثم غلامی و فاطمة‌السادات هاشمی دمنه ۸۷
- ارزش اثباتی اقرار در جنایات؛ از الزامات نظری تا تحولات قانونی / حسین آقابابایی ۱۱۹
- ضوابط حقوقی - جرم‌شناختی پیشگیری وضعی از جرم / علی صفاری و راضیه صابری ۱۴۵
- بسترهای توسعه اعمال قوانین جزایی در مکان
- سیدمحمود میرخلیلی و علیرضا رحمانی نعیم‌آبادی و ابوذر سالاری فر ۱۸۱
- تحلیل جرم جعل مفادی / سید علیرضا میرکمالی و احسان عباس‌زاده امیرآبادی ۲۰۷

ترجمه‌چکیده‌ها

- ترجمه عربی (موجز المقالات) / محمد سلامی ۲۳۵
- ترجمه انگلیسی (Abstracts) / علی برهان‌زهی ۲۵۰

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 انجام می‌گیرد.
 - ارتباط با مدیریت مجله از طریق نشانی دفتر مجله (مشهد مقدس، صندوق پستی: ۴۶۱-۹۱۷۳۵) یا رایانامه‌های razaviunmag@gmail.com و razaviunmag@yahoo.com امکان‌پذیر است.



جرم ارتداد در روایات*

- سیدمصطفی محقق داماد^۱
- سیدمحسن موسوی فر^۲

چکیده

مسئله ارتداد و مجازات سنگین آن، جولانگاه افکار و عقاید گوناگون درون‌دینی، برون‌دینی و حقوق بشری گردیده و اسباب دغدغه‌مندی دولت‌مردان، فقیهان و حقوق‌دانان را فراهم آورده است. قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران نیز در هیچ ماده یا تبصره‌ای به صورت مستقیم برای جرم ارتداد، کیفر و مجازاتی را معین نکرده و در این زمینه سکوت اختیار نموده است. این سکوت معنادار، از عدم تمایل وی به جرم‌انگاری ارتداد حکایت می‌کند.

بر اساس روایات و سنت معصومان علیهم‌السلام، ارتداد یک گناه و جرم بزرگ محسوب می‌شود؛ اما در این مقاله اثبات خواهیم کرد که سیره عملی اهل بیت علیهم‌السلام و فقهای امامیه، به جهت وجود برخی مصالح، بر مدارا کردن با مرتدان و عفو

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۱۲/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۲/۱۸.

۱. استاد دانشگاه شهید بهشتی (mdamad@ias.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (moosavifar@gmail.com).

آن‌ها بوده است که خود حاکی از متروک بودن مجازات مرتد می‌باشد. افزون بر این، بیان خواهیم کرد اطلاق روایاتی که موضوع ارتداد را صرف تغییر دین می‌دانند، به همراهی با جحد و انکار، تقیید زده می‌شود. همچنین نشان می‌دهیم که قبول توبه، اختصاص به مرتد ملی ندارد، بلکه توبه مرتد فطری نیز پذیرفته شده و آثار توبه بر آن مترتب می‌گردد.

واژگان کلیدی: کفر، ارتداد، حدود، تعزیرات، مرتد فطری، توبه، استتابه.

مقدمه

بحث ارتداد و مجازات مرتد از دیرباز در ادیان مختلف مطرح بوده است. در مکتب اسلام، آیات بسیاری در زمینه ارتداد نازل شده و نیز روایات کثیری در این باره از اهل بیت علیهم‌السلام صادر گردیده است. البته در هیچ آیه‌ای از آیات الهی، دستوری مبنی بر مجازات دنیوی مرتد وجود ندارد، اگرچه در روایات موثق و صحیح، برای مرتد فطری مرد، عدم قبول توبه و حکم اعدام پیش‌بینی شده است. این روایات دست‌مایه مشهور فقیهان امامیه قرار گرفته تا احکام شدیدی برای مرتد در نظر بگیرند.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، قوانین عرفی جای خود را به قانون شرع مقدس داد و بسیاری از اعمال و رفتارها در چارچوب حدود و تعزیرات جرم‌انگاری شد، اما ارتداد هیچ‌گاه به صورت مستقیم در زمره جرایم قرار نگرفت. البته در قانون اساسی و برخی مواد قوانین عادی مقرر گردید چنانچه دست قاضی از مواد قانونی کوتاه شد، حق ندارد از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع کند؛ بلکه باید با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید،^۱ حال آنکه مقصود از فتاوی معتبر به درستی مشخص نیست. اقوال مشهور فقیهان امامیه، نظر مقام رهبری، رأی فقیه اعلم وقت و سرانجام نظرات فقهای شورای نگهبان می‌تواند فتاوی معتبر باشد؛ اما کدام یک مورد نظر قانون‌گذار بوده و به هنگام تعارض بین آن‌ها، ترجیح با کدام است؟ قانون اساسی در این باره ساکت است. همچنان که در مسائل مستحدثه که دارای هیچ سابقه‌ای در فقه امامیه نیست و قول مشهوری در آن‌ها وجود ندارد، تکلیف قضیه روشن

۱. اصل ۱۶۷ قانون اساسی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزد».

نشده است.

علاوه بر آن، آیا قضات که غالباً مجتهد نیستند، می‌توانند با مراجعه به کتاب‌های تخصصی فقهی، نظرات معتبر را تشخیص داده و در دعوی مطروحه اعمال نمایند؟ وانگهی، آیا قاضی محکمه می‌تواند با تکیه بر برخی از اصول کلی قانون اساسی دست به جرم‌انگاری زده و در حیطه شمار جرایم وارد شود و مجازات‌های جدیدی را بر متهمان تحمیل نماید؟ به نظر می‌رسد که پاسخ این پرسش‌ها روشن است، به ویژه که قانون عادی هم از احصای برخی جرایم شرعی طفره رفته و سخنی از حد مرتد، ساحر و جادوگر، بدعت‌گذار در دین و... به میان نیاورده و به اصل ۱۶۷ قانون اساسی ارجاع داده است.^۱ مراجعه به اصل مزبور برای جرم‌انگاری، با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها که در حقوق عرفی به عنوان یک قاعده زیربنایی مطرح است سازگاری ندارد.

بکاریا و منتسکیو از نخستین کسانی بودند که در قرن هجدهم بر لزوم قانونی بودن جرم و مجازات اصرار ورزیدند. بکاریا در کتاب *جرایم و مجازات‌ها* که در سال ۱۷۶۴ منتشر شد، می‌نویسد:

تنها بر پایه قوانین می‌توان کیفرهای متناسب بر جرایم را تعیین کرد و این اختیار خاص، تنها به قانون‌گذار که نماینده جامعه‌ای است که بر اساس یک قرارداد اجتماعی تشکیل یافته است، تعلق دارد (۱۳۷۷: ۳۴).

وی در همین کتاب صریحاً می‌نویسد:

هر شهروندی باید بداند چه موقع گناهکار و چه موقع بی‌گناه است (همان: ۱۱۲).

منتسکیو نیز در کتاب *روح القوانين* به این نکته اشاره می‌کند که:

اگر قوه قضایی از قوه قانون‌گذاری و اجرایی مجزا نباشد، باز هم آزادی وجود ندارد؛ چه آنکه اختیار نسبت به زندگی و آزادی افراد، خودسرانه خواهد بود. وقتی قاضی خود مقنن بود و خودش هم اجرا کرد، اقتدارات او جابجانه خواهد بود (۱۳۶۲: ۲۹۷).

۱. ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است، طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود».

بر این اساس، در ماده ۷ اعلامیه مجلس مؤسسان انقلاب فرانسه، مصوب ۲۷ اوت ۱۷۸۹ چنین اعلام شد:

هیچ کس را نمی‌توان بازداشت کرد، مگر در موارد و به صورتی که قانون تعیین و مقرر کرده است.

این ضابطه در حقوق اسلامی نیز وجود دارد. قرن‌ها پیش در حقوق اسلامی بر لزوم قانونمندی جرم و مجازات تأکید شده است؛ از جمله، شارع مقدس در قرآن کریم فرمود:

﴿مَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ (اسراء/ ۱۵)؛ ما هیچ کس را پیش از برانگیختن پیامبر به کیفر نمی‌رسانیم.

خداوند در این آیه، کیفر بندگان را به بیان تکلیف موکول کرده است. قاعده عقلی «قیح عقاب بلا بیان» برین امر تصریح می‌کند که بدون بیان صریح و شفاف نباید کسی را کیفر داد و تا هنگامی که قانون‌گذار، افراد را از کاری منع نکرده، انجام دادن آن کار مباح است و منعی ندارد. امروزه این قاعده عقلی و شرعی در دنیای حقوق به عنوان یک ضابطه متقن شناخته شده است و مخالفت با آن، پیامدهای ناگواری برای نظام حقوقی کشور، آزادی‌های اساسی مردم و کرامت انسانی آن‌ها خواهد داشت که به صلاح هیچ نظام و کشوری نیست.

محور بحث در این نوشتار جرم ارتداد در روایات اهل بیت علیهم‌السلام است. ابتدا سنت قولی معصومان علیهم‌السلام و سپس سنت عملی پیشوایان دین در برخورد با مرتد مطالعه می‌شود. پس از آن حد یا تعزیر بودن ارتداد بررسی شده و سرانجام به بازگشت مرتد فطری و توبه وی پرداخته خواهد شد و در نهایت به نتیجه‌گیری نهایی از مقاله می‌پردازیم.

۱. سنت قولی معصومان علیهم‌السلام

مقصود از سنت قولی، سخنان آن بزرگواران است که گاه در جواب پرسش و در مناظرات علمی و گاه بر کرسی‌های تدریس، خطاب به برخی از اصحاب و شاگردان خود بیان کرده‌اند. برای اطمینان از درستی روایات، دانش رجال الحدیث (خبرنگارشناسی)

به وجود آمد تا عهده‌دار صحت آن اقوال باشد. هدف ما پرداختن به روایاتی است که در مورد تعریف مرتد، اقسام آن و قبول یا عدم قبول توبه و ی سخن گفته‌اند. پیش از بررسی این روایات، به مفهوم کفر و ارتداد می‌پردازیم.

۱-۱. مفهوم کفر و ارتداد در سنت

ابتدا لازم است معنای کفر و ارتداد مشخص و معلوم گردد. مشهور فقها معنای مرتد را چیزی بیش از معنای لغوی آن ندانسته‌اند، اما بعضی از بزرگان امامیه در موضوع ارتداد و کفر، نکات دیگری را نیز اضافه کرده‌اند که در خور توجه است؛ برای نمونه، ابوالصلاح حلبی از معاصران شیخ طوسی در قرن پنجم هجری، ارتداد را این‌گونه معنا کرده است:

الرّدّة إظهار شعار الكفر بعد الإيمان بما يكون معه منكر نبوة النبي ﷺ أو بشيء من معلوم دينه كالصلاة والزكاة والزنا وشرب الخمر. فأما ما يعلم كونه كافراً له باستدلال من جبر أو تشبيه أو إنكار إمامة إلى غير ذلك فليس برّدّة وإن كان كافراً (۱۴۰۳: ۳۱۱).

این فقیه متقدم، صرف تغییر عقیده را ارتداد ندانسته و اظهار شعار کفر را ملاک قرار داده است. به نظر ایشان، با عدم اعتقاد شخصی به اموری از دین که با استدلال و منطق ردّ و اثبات می‌شوند نمی‌توان به ارتداد وی حکم کرد (صرامی، ۱۳۷۶: ۲۵۴).

سلیمان بن حسن صهرشتی، یکی از فقهای متقدم امامیه که شاگرد سید مرتضی و شیخ طوسی می‌باشد، در تعریف ارتداد فرموده است:

الارتداد وهو أن يظهر الكفر بالله تعالى ورسوله والجحد بما يعم به فرضه والعلم به من دينه بعد إظهار التصديق (مروارید، ۱۴۱۰: ۹/۱۷۱).

ایشان نیز اظهار کفر را از یک سو و جحد و انکار را از سوی دیگر، ملاک قرار داده و به صرف تغییر عقیده اکتفا نکرده است.

شهید مطهری انکار و عناد را لازمه کفر دانسته و چنین فرموده است:

شکی نیست که کفر بر دو نوع است: یکی کفر از روی لجبازی و عناد که کفر جحود نامیده می‌شود و دیگر کفر از روی جهالت و نادانی و آشنا نبودن به حقیقت. در مورد اول، دلایل قطعی و عقل و نقل گویاست که شخصی که دانسته و شناخته با حق عناد می‌ورزد و در صدد انکار برمی‌آید، مستحق عقوبت است؛ ولی در مورد دوم

باید گفت: اگر جهالت و نادانی از روی تقصیرکاری شخص نباشد، مورد عفو و بخشش پروردگار قرار می‌گیرد (۱۳۷۸: ۲۸۹).

بدین ترتیب اولاً: در موضوع ارتداد - که کفر بعد از اسلام است- اظهار کفر یا شعار شرک، ملاک است. ثانیاً: ارتداد و کفر نیازمند جحد و انکار است. انکار، حالتی است که فرد قلباً و واقعاً مطلبی را پذیرفته است، ولی از روی عناد یا به انگیزه‌های دیگر، تن به درستی آن نمی‌دهد و آن را منکر می‌شود؛ بنابراین، کفری که همراه با انکار قلبی بوده و واقعاً از سر علم و عقیده باشد، جحد نیست و انکار کسی که مطلبی را با استدلال علمی و از سر عقیده قلبی منکر شده است، جحد محسوب نمی‌گردد. ضمناً در معنای جحد، اظهار و اعلام وجود دارد؛ چون جحد در صورتی است که با علم بر خلاف، انکار کند و این انکار نمی‌تواند صرفاً در دل باشد؛ زیرا برای تحقق معنای جحد می‌باید ظاهر و باطنی فرض کرد و معنای جحد آنجا محقق می‌شود که بر خلاف باطن، در ظاهر به نفی یا اثبات پرداخته شود (صرامی، ۱۳۷۶: ۲۵۴).

۲-۱. شناسایی موضوع احکام مرتد در سنت

در روایات باب ارتداد، تقسیم‌بندی‌های مختلفی صورت گرفته است. از جمله می‌توان این روایات را از جهت شکل‌های مختلف اخذ موضوع در آن‌ها مورد توجه قرار داد که طبق آن، به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند:

۱- بعضی از روایات موضوع حکم را «مرتد»، «ارتداد»، «روی‌گردانی از اسلام» و «کفر ورزیدن» قرار داده‌اند؛ برای نمونه می‌توان از صحیحۀ محمد بن مسلم و علی بن فضال از ابان نام برد^۱ (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۸/۳۲۸).

۲- بعضی دیگر از روایات، موضوع احکام مرتد را «جحد و انکار» قرار داده‌اند

۱. الف- محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ابيه وعن عدة من اصحابنا عن سهل بن زياد جميعاً عن ابن محبوب عن العلاء بن رزين عن محمد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن المرتد، فقال: من رغب عن الإسلام وكفر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وآله بعد إسلامه، فلا توبة له وقد وجب قتله ويأثم امرأته ويقسم ما ترك على ولده.

ب- وبإسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن أيوب بن نوح عن الحسن بن علي بن فضال عن أبان عن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يموت مرتدًا عن الإسلام وله أولاد ومال، فقال: ماله لولده المسلمين.

مانند معتبره محمد بن مسلم و موثقه عمار از امام صادق علیه السلام (همان: ۳۲۳/۲۸).

نتیجه سخن اینکه روایات دسته اول، موضوع احکام مرتد را مطلق تغییر عقیده از اسلام قرار داده و قیدی برای آن ذکر نکرده‌اند و روایات دسته دوم، احکام مرتد را برای کسی قرار داده‌اند که با وجود دانستن حقانیت اسلام و اتمام حجّت بر وی، باز هم حق و حقیقت را انکار می‌کند؛ یعنی در روایات دسته دوم، قید اضافه‌ای هست که در روایات پیشین وجود ندارد.

در اصطلاح علم اصول فقه، روایات دسته اول «مطلق» و احادیث دسته دوم «مقید» هستند و قاعده اصولی در این گونه موارد، حمل مطلق بر مقید است. باید از اطلاق مطلق دست برداشت و تقیید آن را پذیرفت. به عبارت دیگر، باید گفت: موضوع احکام مرتد صرفاً تغییر عقیده از اسلام نیست، بلکه انکاری است که همراه با علم به حقانیت اسلام یا اتمام حجّت نسبت به حقانیت آن باشد.

شاهد ما بر این جمع، وجود روایات دیگری در این باب است که ادعای فوق را تأیید می‌کنند و این روایات ظاهراً مورد توجه فقهای عظام قرار نگرفته‌اند.^۱

ابوبصیر از امام صادق علیه السلام درباره کسی که در وجود خدا و رسول او شک کرده است سؤال می‌کند و امام علیه السلام در جواب می‌فرماید که چنین شخصی کافر است و سپس اضافه می‌کند که «تنها زمانی کافر است که انکار کند» (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۹۹/۲)؛ یعنی امام علیه السلام کفرِ شاک را منحصر به جایی فرموده که همراه با انکار و جحود باشد. علامه مجلسی برای این جمله روایت، چند احتمال ذکر کرده و از جمله فرموده است:

۱. الف- محمد بن علی بن الحسین یاسناده عن الحسن بن محبوب عن أبي أيوب عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر علیه السلام فی حدیث قال: ومن جحد نبياً مرسلًا نبوته وكذبه فدمه مباح. قال: فقلت: أ رأيت من جحد الإمام منكم ما حاله؟ فقال: من جحد إماماً من الله وبرئ منه ومن دینه فهو كافر مرتد عن الإسلام؛ لأن الإمام من الله ودینه من دین الله ومن برئ من دین الله فهو كافر ودمه مباح فی تلك الحال، إلا أن يرجع ويتوب إلى الله.

۲. عدّة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن خالد عن أبيه عن خلف بن حمّاد عن أبي أيوب الخزاز عن محمد بن مسلم قال: كنت عند أبي عبد الله علیه السلام جالساً عن يساره ووزارة عن يمينه فدخل عليه أبو بصیر فقال: يا أبا عبد الله ما تقول فيمن شك في الله؟ فقال: كافر يا أبا محمد. قال: فشك في رسول الله صلی الله علیه وآله؟ فقال: كافر. قال: ثم التفت إلى وزارة فقال: إنّما يكفر إذا جحد.

شک در اصول دین، هر چه باشد، تنها در صورتی موجب کفر می‌گردد که اقامه دلیل و اتمام حجّت شده باشد و وی باز هم انکار کند. بنابراین کسی که بر او حجّت تمام نشده باشد کافر نیست (۱۴۰۴: ۲۸۱/۲).

سند این روایت در خور اعتناست و دلالت آن بی‌اشکال به نظر می‌رسد؛ چه آنکه امام علیه السلام در ابتدا مطلق شک را برای کفر شاک کافی دانسته، اما بلافاصله با ذکر یک قرینه متصل، توهم اطلاق را از بین برده و برای رفع توهم سائل فرموده است: تنها کسانی که انکار کنند، کافرند وگرنه صرف شک که یک امر باطنی و نفسانی است و موجب کفر نمی‌گردد.

آیه ۲۵ سوره محمد صلی الله علیه و آله نیز مؤید دلالت این روایت است؛ آنجا که در مقام سرزنش مرتدان می‌فرماید: ﴿مَنْ بَعْدَ مَا تَبَيَّنَ لَهُمُ الْهُدَىٰ﴾ یعنی پس از آشکار شدن حق باز هم بیراهه می‌روند. جالب‌تر آنکه در روایتی دیگر نه تنها شک در خدا کفر و ارتداد دانسته نشده، بلکه از مشخصات ایمان نیز خوانده شده است (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۲۴/۲). علاوه بر این، در روایات دیگری از واژه «جحد» استفاده شده و حتی منکر مقامات ائمه علیهم السلام، منکر امامت، منکر احکام الهی و... را به شرط نبود حجّت موثق بر وی، کافر ندانسته و معذور شمرده‌اند^۱ (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۰/۱).

بدین ترتیب، صرف شک و تردید در آموزه‌های دینی و در رأس آن حتی شک در وجود خداوند، موجب کفر و ارتداد نمی‌شود. به عبارت دیگر، ادّعیای موضوعیتِ نفسِ شک در امور دینی بدون انکار و عناد، ادّعیای بی‌دلیل است و کیست که برای وی هرگز شکی پیش نیامده باشد؟ آیا همه مردم می‌توانند همچون ابراهیم خلیل و یوسف صدیق باشند؟ مگر ابراهیم علیه السلام نفرمود: «پروردگارا! به من نشان ده که چگونه مردگان را حیات می‌بخشی؟» (بقره/ ۲۶۰) و مطابق نصّ قرآن کریم، آیا نمی‌خواست که برای اطمینان قلبی اش یک نمونه را به صورت عملی و به رأی العین ببیند؟

۱. الف- قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أ رأيت من لم يقرّ (بأنكم في ليلة القدر كما ذكرت) ولم يجحده؟ قال: أما إذا قامت عليه الحجّة ممن يثق به في علمنا فلم يثق به فهو كافر وأما من لم يسمع ذلك فهو في عذر حتى يسمع. ب- وعنه عن أحمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل عن محمد بن الفضيل عن أبي الصباح الكناني عن أبي جعفر عليه السلام قال: قيل لأمر المؤمنين عليهم السلام: من شهد أن لا إله إلا الله وأنّ محمداً رسول الله صلی الله علیه و آله كان مؤمناً؟ قال: فأين فرائض الله، إلى أن قال: ثم قال: فما بال من جحد الفرائض كان كافراً.

حال چنانچه کسی به دلیل اجماع تمسک کند و اظهار نماید که مدّعی پیش گفته، مخالف با اجماع فقهای امامیه است، باید گفت: اولاً، اجماعی وجود ندارد و سخن ابوالصلاح و سلیمان بن حسن صهرشتی از فقهای متقدّم، ادعای ما را تأیید می‌کند. ثانیاً، چنانچه اجماعی محقّق باشد، از نوع اجماع مدرکی است که حجیت نداشته و شایسته احتجاج نیست.

اشکال دیگر: فقهای عظام از این روایات اعراض کرده‌اند و نمی‌شود به آن‌ها اعتنا نمود. در جواب این اشکال می‌توان گفت: شاید مستند آن دو فقیه متقدّم و نیز دلیل استاد مطهری در سخنان خود، همان روایات باشد؛ بنابراین اعراض اصحاب هم ثابت نمی‌شود. وانگهی، چگونه می‌توان از تعداد کثیری از روایات که اسناد مقبولی دارند، اعراض کرده و آن‌ها را طرح و ترک نمود؟ مگر قاعده اصولی «الجمع مهما أمکن أولى من الطرح»، کارایی خود را از دست داده است؟ این قاعده مورد اتفاق اصولیان شیعه است و کاربرد آن در محل بحث بی‌اشکال است.

با توجه به آنچه گذشت، وجود قید «انکار» و «جحد» در موضوع مرتدّ شاکّ لازم است و انسان شاکّ غیر جاحد، مرتد محسوب نمی‌شود. اما هنوز مرتدی که حتی احتمال حقانیت اسلام را ندهد، در موضوع حکم ارتداد باقی مانده است. خوشبختانه روایات دیگری هم وجود دارد که قید «انکار» و «جحد» را در این مورد نیز اثبات می‌کند. از جمله آن‌ها روایتی است که از امام صادق علیه السلام نقل گردیده‌اند:

اگر کسی نسبت به مسئله‌ای جهل داشت، ولی انکار نکرد، کافر نشده است و چیزی او را از دین به سوی کفر خارج نمی‌کند، مگر جحد و انکار (همو، ۱۳۷۵: ۵۶۸/۱۸).

این روایت، در مطلوب ما صراحت دارد؛ زیرا بر کسی که به عدم حقانیت خداوند و رسول گرامی صلی الله علیه و آله و سلم یقین دارد و آن را اظهار می‌کند، جحد صدق نمی‌کند؛ خواه انکار او به جهل بسیط باشد یا به جهل مرکب.

مطابق روایت فوق، انسانی که دچار شک شده ولی انکار و جحد ندارد (جاهل به جهل بسیط) و نیز انسانی که یقین به عدم حقانیت خداوند متعال و رسول گرامی صلی الله علیه و آله و سلم دارد (جاهل به جهل مرکب)، از موضوع ارتداد خارج هستند؛ اما شخصی که با علم به حقانیت خداوند متعال و رسول اعظم صلی الله علیه و آله و سلم، دچار انکار می‌شود، داخل در عنوان مرتد

بوده و تردیدی در کفر وی وجود ندارد.

۳-۱. اشکال در حجیت روایات ارتداد

برخی نسبت به کلیت روایات فوق تردید نموده و اظهار داشته‌اند که حکم قتل مرتد بر اساس اخبار آحاد صادر شده و اصولیان شیعه در بحث از حجیت خبر واحد، عمل به خبر واحدی را که محفوف به قرائن است، واجب شمرده و برای رأی خود دلایل نقلی و عقلی بیان داشته‌اند. مهم‌ترین دلیل اصولیان، استناد به سیره عقلاست؛ یعنی وقتی شخص یا اشخاصی معتمد و ثقه خبری می‌دهند، گرچه خبر آن‌ها به حد تواتر نرسیده باشد، از نظر عقلا آن خبر جدی است و باید آن را در عمل خود منظور کنند؛ لکن همه عقلا در آن هنگام که کار به نقض حقوق مردم می‌کشد یا پای جان و آبرو به میان می‌آید، حکم به احتیاط و توقف می‌دهند؛ یعنی اگر سیره عقلا را مبنا قرار دهیم، چنین نیست که اگر چند خبر رسید که «فوراً کسی را بکشید»، به راحتی به آن خبرهای واحد عمل کنند. از قضا سیره عقلا حکم می‌کند که در این گونه موارد، در نهایت احتیاط عمل شود و تجاوز به حقوق دیگران را به راحتی مجاز نمی‌شمارند.

بدین‌سان، اگر مهم‌ترین دلیل حجیت خبر واحد، سیره عقلا باشد، وقتی که خبر واحد با حقوق انسان در تعارض قرار می‌گیرد، به اقتضای همان سیره عقلا از حجیت می‌افتد؛ لذا باید احتیاط کنیم و در پی ادله محکم‌تری باشیم و در غیر این صورت توقف نماییم (سرروش، ۱۳۸۷: ش ۳۰/۴۶).

در نقد این اشکال می‌توان گفت:

اولاً: برای حجیت خبر واحد، دلایل متعددی ارائه شده است که یکی از آن‌ها بنای عقلاست و اگر در این دلیل خدشه شود، دلایل دیگر به قوت خود باقی‌اند.

ثانیاً: اگر چنین سخنی را بپذیریم، لازم‌هاش آن است که بخش عمده‌ای از علم فقه را کنار گذاشته و احکام شرع مقدس را تعطیل کنیم؛ چه آنکه اکثر قریب به اتفاق احکام فقهی به وسیله روایات آحاد اثبات شده است و اگر به آن‌ها عمل نکنیم، دیگر چیزی از فقه باقی نمی‌ماند و شرع رسول گرامی صلی الله علیه و آله تعطیل شده و اصل اسلام به مرور زمان از بین می‌رود.

ثالثاً: برای حکم ارتداد، از مبانی سیاسی، دیپلماتیک، عقلی و نقلی نیز استفاده شده و جهات مختلف آن توضیح داده شده است. اگر عقلای عالم نیز ملتفت بوده و در استدلال‌های مطروحه، تأمل جدی نمایند، مخالف صدور حکم اعدام برای انسان عالم و منکر حق و حقیقت نخواهند بود. البته به نظر می‌رسد عدم قبول توبه مرتد با هیچ مبنایی سازگاری ندارد که این مدعا به زودی بررسی خواهد شد.

۲. سنت عملی پیشوایان اسلام

با مطالعه دقیق تاریخ اسلام در زمان پیامبر ﷺ و امیرالمؤمنین علیؓ که در رأس حکومت اسلامی بودند، به موارد عدیده‌ای برخورد می‌کنیم که حتی با وجود صدور حکم اعدام، مرتدان مورد عفو این بزرگواران قرار گرفته‌اند.

همچنین موارد دیگری وجود دارد که رسول خدا ﷺ دستور قتل برخی را صادر فرمود که آنان نیز متهم به ارتداد شده بودند. اما اگر بخواهیم بر اساس این گزارش‌ها قضاوت کنیم، می‌بینیم که آن افراد هر یک جرم‌های سنگینی همچون قتل، خیانت، جاسوسی و... مرتکب شده بودند که مجازات هر یک از آن جرایم، اعدام و کشتن بوده است. همچنین امام خمینی ﷺ به عنوان فقیه اهل بیت ائمه اطهار و حاکم اسلامی، عملاً پیگیر مجازات مرتدانی که علیه آنان حکم صادر فرموده بود، نشد.

۱-۲. عفو مرتدان توسط معصومان اطهار

دکتر صبحی محمصانی به نقل از ابن الطلاع آورده است:

در هیچ یک از کتاب‌های تصنیف شده نیامده است که پیامبر مرتدی یا زندیقی را به وسیله قتل مجازات کرده است (محمصانی، ۱۹۷۸: ۱۲۳).

اینک به برخی از این گزارشات اشاره می‌شود:

طبری می‌نویسد:

علاوه بر مدعیان نبوت، پیامبر ﷺ پس از فتح مکه تا زمان رحلت خود دستور قتل چندین نفر را که مرتد شده بودند صادر فرمود و در مورد برخی از آن‌ها گفت: «اگر آن‌ها را زیر پرده‌های کعبه یافتید خونشان را بریزید» (بی‌تا: ۲۳۲/۲).

بعضی از این افراد عبارت بودند از:

۱. عبدالله بن سعد بن ابی السرح، برادر رضاعی عثمان (خلیفه سوم). او مسلمانی بود که به خاطر داشتن خط زیبا، کاتب وحی شد؛ اما در نوشتن وحی خیانت می‌کرد. وقتی به او می‌گفتند: بنویس «عزیز حکیم»، می‌نوشت «علیم حکیم» و...؛ از این رو پیامبر ﷺ وی را از کتابت وحی برکنار کرد. او مرتد گشت و از مدینه گریخت و به قریش پیوست. عبدالله در روز فتح مکه به عثمان پناهنده شد. عثمان او را مخفی کرد تا وقتی اوضاع آرام شد. سپس او را نزد پیامبر ﷺ آورد و درخواست عفو و امان کرد. پیامبر ﷺ سکوتی طولانی کرد، آنگاه فرمود: «او از آن تو باشد» و به وی امان داد. وقتی عبدالله بن سعد از محضر پیامبر ﷺ خارج شد، حضرت رو به اصحاب نموده، فرمود: «سکوت من از آن جهت بود که شاید یکی از شما او را بکشد». یکی از یاران عرض کرد: پس چرا اشاره نکردید؟ فرمود: «پیامبر خدا کسی را به اشاره نمی‌کشد». در هر صورت، شفاعت عثمان پذیرفته شد و عبدالله مرتد که حکم اعدام وی توسط پیامبر ﷺ صادر شده بود، مورد بخشش رسول خدا ﷺ قرار گرفت.

۲. مورد دیگر، حارث بن سوید صامت انصاری، از صحابه پیامبر بود. وی در مدینه معذر بن زیاد را کشت و از ترس قصاص، همراه یازده تن دیگر به مکه گریخت و مرتد شد. آیات ۸۳ تا ۸۸ سوره آل عمران در مذمت وی نازل شد؛ ولی خداوند در پایان آن آیات وعده پذیرش توبه داد و فرمود:

مگر کسانی که پس از آن ارتداد، توبه و اصلاح کنند که خداوند آمرزنده و بخشنده است.

از امام صادق ع نقل شده است که مردی از قبیله حارث، خبر نزول این آیات را به وی رسانید و به او گفت که اگر باز گردی، خداوند توبه تو را خواهد پذیرفت. حارث در جواب گفت: من می‌دانم که تو راست می‌گویی و رسول خدا ﷺ راست‌گوتر از توست و خدا از هر سه نفر راست‌گوتر است. سپس توبه کرد و به مدینه بازگشت و مورد بخشش رسول خدا قرار گرفت و از مسلمانان راستین گردید (طوسی، ۱۴۲۲: ۵۲۱/۲).

۳. مورد دیگر تبهان است که اسلام آورد و سپس مرتد گردید. او را نزد پیامبر ﷺ

آوردند و حضرت از وی خواست که توبه کند و او توبه کرد؛ لذا رهایش نمودند. آنگاه دوباره مرتد شد و نزد رسول خدا ﷺ توبه نمود. او این عمل را چهار نوبت تکرار کرد. حضرت دعا کردند که خدایا بتهان را با ریسمانی محکم به گردن آویخته، در چنگ ما انداز، تا اینکه او را به همین حال نزد حضرت آوردند و پیامبر ﷺ دستور داد که وی را به قتل رسانند. وقتی او را برای اجرای حکم می بردند، سر خود را به سوی یکی از مسلمانان کج کرده و چیزی گفت. در این هنگام پیامبر پرسید که چه گفت؟ آن مرد عرض کرد که گفت: من مسلمانم و می گویم: «أشهد أن لا إله إلا الله». رسول خدا ﷺ فرمود: او را رها کنید (متقی هندی، ۱۴۰۹: ۳۱۵/۱).

این سیره نبوی، در زمان خلافت امام علی عليه السلام نیز اتفاق افتاد. مهم ترین موردی که می توان به عنوان نمونه ذکر کرد، قضیه خوارج نهروان است که آنان حکم به کفر امیرالمؤمنین عليه السلام صادر کرده، علیه ایشان فتنه انگیزی نمودند و خواستار توبه حضرت شدند. ایشان با انجام این اعمال تنگین قطعاً از دین اسلام خارج و مرتد گردیدند؛ ولی حضرت امیر در روز جنگ نهروان، از آنان خواست که توبه نموده، به آغوش اسلام بازگردند. نزدیک به ۸۰۰۰ نفر توبه کردند و مورد بخشش آن حضرت قرار گرفتند.

برخی فقیهان در این باره اظهار داشته اند:

چه بسا به اصل قتل مرتد با در نظر گرفتن سیره ائمه عليهم السلام اشکال شود. برای اینکه ابن کوّاء و ابن ابی العوجاء و مانند این ها جزء مرتدان بودند و با توجه به آنچه از بحث هایشان با ائمه عليهم السلام ظاهر می شود، ائمه عليهم السلام با وجود قدرت، آن ها را نمی کشتند، همچنان که امیرالمؤمنین عليه السلام قادر به قتل ابن کوّاء و امام صادق عليه السلام قادر به قتل ابن ابی العوجاء بودند. به دلیل اینکه امام رئیس شرطه خودش داوود را به خاطر قتل معلی کشت (شیرازی، ۱۹۷۸: ۵۲۵).

اگر کسی ادعا کند که رفتار حضرت به خاطر مصالح مسلمانان بوده است، می توان گفت که ممکن است آن مصالح در زمان ما نیز وجود داشته باشد و البته تشخیص آن مصالح بر عهده حاکم اسلامی و فقهای جامع شرایط است.

۲-۲. مجازات اعدام به سبب جرایم دیگر

۱. عبدالله بن خطل از اصحاب پیامبر ﷺ در مدینه بود. پیامبر ﷺ وی را به همراه یکی

از انصار برای جمع زکات فرستاد. غلامی مسلمان نیز همراه این دو بود که خدمتکاری وی را می‌کرد. در یکی از مسیرها، غلام به خواب رفت و برای او غذا نپخت. وقتی عبدالله از خواب برخاست و ملاحظه کرد که خدمتکار چیزی فراهم نیاورده است، بر او تاخت و وی را کشت. سپس مدتی متواری شد و به مکه گریخت. او به هنگام فتح مکه توسط سعید بن حویرث و ابوبرزه به قتل رسید (ابن اثیر جزری، ۱۳۹۹: ۲/۲۴۹).

۲. مقیس بن صبابه نیز از اصحاب رسول گرامی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بود. برادر وی توسط یکی از انصار به صورت خطایی کشته شد ولی مقیس بر خلاف قانون، آن مرد انصاری را به قتل رساند و سپس مرتد گشت و به مکه رفت. او هنگام شکست مشرکان در فتح مکه به قتل رسید (همان).

با توجه به این موارد و نمونه‌های دیگری که در تاریخ صدر اسلام یافت می‌شود، این نکته به چشم می‌خورد که حتی در بین کسانی که تحت عنوان مرتد به قتل رسیده‌اند، موارد بسیاری وجود دارد که آن اشخاص علاوه بر ارتداد، مرتکب جرایم سنگینی مثل قتل، خیانت، جاسوسی و... نیز شده‌اند و هرگز نمی‌توان ادعا کرد که کشتن آنان صرفاً به خاطر ارتداد بوده است.

۲-۳. روش عملی امام خمینی

رفتار عملی امام خمینی می‌تواند نمونه‌ای از رفتار حاکم اسلامی در زمان غیبت و به ویژه در عصر حاضر باشد که به دو نمونه آن اشاره می‌شود.

۲-۳-۱. ترویج عقاید الحادی توسط گروه‌های مارکسیستی

در سال‌های ۱۳۵۷ تا ۱۳۶۰ پس از انقلاب شکوهمند اسلامی، دانشگاه‌های ایران به ویژه در شهرهای بزرگ، آماج یارگیری حزب توده و سازمان مجاهدین خلق ایران (منافقین) و سازمان چریک‌های فدایی خلق اقلیت و اکثریت و حزب توده و... قرار گرفت. اکثر این سازمان‌ها، دارای تفکر چپ و اندیشه‌های مارکسیستی بودند و افراد جذب شده غالباً از اسلام برگشته و مرتد می‌شدند. درگیری‌های فیزیکی نسبتاً گسترده‌ای در دانشگاه‌های بزرگ و در بین جوانان مسلمان و نیروهای سازمان‌های مذکور اتفاق می‌افتاد و در موارد عدیده‌ای به دادگستری و دادگاه‌های انقلاب آن زمان

کشیده می‌شد.

این افراد به جرایمی تحت عنوان تخریب، منازعه، ضرب و جرح و گاهی قتل، متهم و محاکمه شدند و حکم لازم هم درباره آنان صادر شد؛ ولی هیچ کس به جرم ارتداد، متهم، تعقیب و محاکمه نشد و حکمی درباره این اتهام صادر نشد. این در حالی بود که گزارش روزانه اوضاع کشور و به ویژه دانشگاه‌ها در شورای انقلاب طرح و بررسی می‌شد و به سمع و نظر امام خمینی می‌رسید و ایشان به عنوان رهبر بلامنازع انقلاب و فقیه اهل بیت علیهم‌السلام، هرگز خواستار مجازات آنان تحت عنوان ارتداد نشد.

۲-۳-۲. ارتداد جبهه ملی

یکی از گروه‌هایی که حضرت امام در زمان رهبری خود علناً حکم به ارتداد آنان داد جبهه ملی بود. جبهه ملی حکم قصاص را که نصّ و صریح قرآن است، حکمی غیر انسانی دانسته و با لایحه قصاص مخالفت کرد و از طریق اعلامیه‌هایی مردم را به قیام علیه لایحه مذکور دعوت نمود.

حضرت امام این عمل آن‌ها را مخالفت با نصّ قرآن و انکار احکام ضروری اسلام دانسته و در پی آن، حکم ارتداد جبهه ملی را صادر نمود. ایشان در سخنرانی خود در تاریخ ۲۵ خرداد ۱۳۶۰، به مخالفان لایحه قصاص اخطار داد و ارتداد مخالفان احکام ضروری اسلام را اعلام نمود: «... این‌ها مرتدند. جبهه ملی از امروز محکوم به ارتداد است» (موسوی خمینی، ۱۳۷۰: ۴۶/۱۴). امام خمینی این حکم را در انظار عمومی صادر کرد ولی هرگز در مقام عمل، در پی اجرای آن برنیامد و اعضای جبهه ملی در هیچ دادگاهی محاکمه نشدند و هیچ حکمی در این باره صادر نگردید.

بدین‌سان با بررسی تاریخ صدر اسلام و به ویژه در زمان رسول خدا صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم و امیر مؤمنان علیه‌السلام به نمونه‌هایی برخورد می‌کنیم که رفتار عملی آن بزرگواران در مورد مرتدان، به عفو و بخشش تعلق گرفته و از مجازات آن افراد صرف‌نظر کرده‌اند. از سوی دیگر، در عصر کنونی شاهد چنین رفتاری از ناحیه فقیه و حاکم اسلامی بوده‌ایم. شاید بتوان از مجموع سنت عملی آن بزرگواران به این نتیجه رسید که جرم ارتداد در زمره حدود الهی نیست و جزء تعزیرات می‌باشد؛ تعزیراتی که در اختیار حاکم اسلامی است یا

اصولاً از مقوله حکم حکومتی است یا اینکه مصالح مهم امت اسلامی، اجازه اجرای آن را نداده است. هر کدام از سه احتمال فوق را که بپذیریم، نتیجه این خواهد بود که صدور حکم ارتداد، نیازمند شرایط ویژه و خاص است و نمی‌توان به سهولت آن را اجرا نمود.

۳. حدی یا تعزیری بودن ارتداد

بسیاری از فقیهان امامیه، جرم ارتداد را در زمره حدود شمرده‌اند. از سوی دیگر، برخی از محققان بزرگ شیعه و اهل سنت، ارتداد را جزء تعزیرات محسوب نموده‌اند. با توجه به شرایط و ویژگی‌های حدود و تعزیرات و تفاوت‌های ماهوی که بین آن دو وجود دارد، تعیین اینکه جرم ارتداد به راستی در زمره کدام یک از آن‌ها قرار می‌گیرد، بسیار حائز اهمیت است. در این بخش آرا و نظریات فقیهان در این باره بررسی خواهد شد.

۱-۳. آرای فقیهان در ماهیت ارتداد

در اینکه مجازات مرتد از باب حد است یا تعزیر، دو دیدگاه وجود دارد: اکثر فقهای شیعه حکم کیفر مرتد را جزء حدود دانسته‌اند و بحث ارتداد را در منابع فقهی و روایی در بخش حدود مطرح کرده‌اند (طوسی، بی‌تا: ۷۱/۸؛ حلّی، ۱۴۱۲: ۲۷۵؛ طباطبایی حائری، ۱۴۰۴: ۱۲/۱۰؛ نجفی، بی‌تا: ۵/۴۱)؛ لکن جمعی از ایشان، کیفر ارتداد را کیفر تعزیری دانسته و یا اصولاً نام آن را در زمره حدود نیاورده‌اند. محقق حلّی می‌فرماید:

هر جرمی که مجازات آن از قبل مشخص شده باشد، حد نام دارد و هر جرمی که چنین نباشد تعزیر است. اسباب حد شش تاست: زنا و آنچه که به دنبال آن می‌آید [مانند لواط]، قذف، شرب خمر، سرقت، راهزنی و اسباب تعزیر چهار تاست: بغی، ارتداد، اتیان البهیمه و انجام محرمات دیگر (۱۳۸۹: ۱۳۶/۴).

فقهای اهل سنت در حد بودن ارتداد اختلاف نظر دارند. برخی آن را حد و بیشتر آنان جرم ارتداد را تعزیری دانسته‌اند. عبدالرحمن جزیری در کتاب *الفقه علی المذاهب*

الاربعة، مجازات‌ها را به سه قسم حدود، قصاص و تعزیرات تقسیم کرده و می‌نویسد: حدودی که مورد اتفاق است سه تاست: زنا، قذف و سرقت؛ اما در بقیه مجازات‌ها اختلاف است. ایشان خود، مبحث ارتداد را در بخش تعزیرات بررسی کرده است (بی‌تا: ۴۰۹-۴۰۱/۵).

برخی از متفکران معاصر مانند راشد الغنوشی، شیخ محمد عبده و شیخ عبدالمقال الصعیدی معتقدند که ارتداد از آن جهت که جرم سیاسی و اقدام عملی علیه حکومت اسلامی است، مجازات دارد. بنابراین مجازات ارتداد جنبه تعزیری دارد و صرف تغییر دین جرم شمرده نمی‌شود (مظفری، بی‌تا: ۸۲). عمده استدلال آنان به دو چیز است: اولاً: پذیرش شفاعت عثمان بن عفان برای برادر رضاعی اش عبدالله بن سعد ابی‌السرح که مرتد شده بود و سپس توبه کرد و مورد عفو پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله قرار گرفت. چنانچه مجازات ارتداد جنبه حدی داشت، هیچ کس نمی‌توانست در مورد حد، شفاعت نماید. ثانیاً: جنگ‌های رده در زمان خلفا با کسانی بود که علیه نظام اسلامی قیام مسلحانه نموده و موجودیت نظام اسلامی را به خطر انداخته بودند.

وانگهی، با صرف نظر از آرای فقیهان، در هیچ روایتی از روایات ما از کیفر ارتداد تعبیر به حد نشده است، در حالی که کاربرد حد در روایات در مورد جرم‌های دیگر مانند سرقت، زنا، لواط و قذف فراوان است. در موارد متعددی نیز شاهد عفو مرتدان توسط معصومان علیهم السلام و بزرگان دین بوده‌ایم که نقل‌های صحیح تاریخی، مؤید این ادعاست. بنابراین، اگر منصفانه و بدون تعصب بنگریم، می‌بینیم که در بسیاری از کتب فقهی، نام ارتداد در زمره حدود نیامده است و برخی از محققان فقها از آن به صراحت با عنوان تعزیر یاد کرده‌اند. همچنین در هیچ روایتی از واژه «حد» درباره ارتداد استفاده نشده است. در مقام عمل نیز بزرگان دین در موارد عدیده‌ای اقدام به عفو مرتدان نموده‌اند. اگر به همه این موارد نیک بنگریم، دست کم نسبت به حد بودن ارتداد، دچار شک و تردید می‌شویم و هنگامی که پای شک و تردید در میان باشد، با وجود قاعده «درء» و به سبب احتیاط در دماء باید از صدور حکم اعدام برای مرتد خودداری کرد و از کشتن او اعراض نمود.

۴. بازگشت مرتد فطری

فقه‌های امامیه بین مرتد ملّی و فطری تفاوت قائل‌اند و احکام مختلفی را در مورد آن‌ها بیان کرده‌اند. یکی از تفاوت‌های اساسی در احکام مرتد فطری و ملّی، مسئله استتاه و توبه می‌باشد. «استتاه» به این معناست که حاکم شرع از مرتد بخواهد تا از کفر خود دست بردارد و به اسلام بازگردد و «توبه» آن است که خود شخص اقدام به بازگشت نماید.

۴-۱. استتاه مرتد

اکثر فقیهان امامیه قائل‌اند که احکام ارتداد در مورد مرتد فطری مرد، بدون استتاه جاری می‌شود ولی مرتد ملّی و همچنین زن مرتد (به طور مطلق) استتاه می‌شوند که در صورت توبه نکردن، احکام ارتداد در مورد آن‌ها اجرا می‌شود (طوسی، بی‌تا: ۲۸۲/۷؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۲۰: ۳۸۰؛ نجفی، بی‌تا: ۶۱۳/۴۱؛ حلّی، ۱۳۸۹: ۹۶۲/۴). در اینکه مدت و زمان برای استتاه چقدر باشد، بین فقها اختلاف وجود دارد. بیشتر فقها مدت استتاه را سه روز می‌دانند ولی گروهی زمان استتاه را تا هنگامی که شخص مرتد شبهه‌اش برطرف شود و امید رجوعش به اسلام وجود داشته باشد، دانسته و تعیین این مدت را به عهده حاکم نهاده‌اند.

شیخ طوسی می‌فرماید:

گروهی قائل‌اند که سه روز استتاه می‌شود و گروهی دیگر قائل‌اند که استتاه به اندازه‌ای است که امکان رجوع او وجود داشته باشد (بی‌تا: ۲۸۲-۲۸۳).

ایشان نظر دوم را قوی و نظر اول را به احتیاط نزدیک‌تر می‌دانند. شهید اول می‌فرماید: مدت توبه باید به اندازه‌ای باشد که امید برگشت و رجوع به اسلام در آن مدت مقدور باشد... برخی گفته‌اند: به مدت سه روز حق توبه دارد (عاملی، ۱۴۱۴: ۵۴/۲).

صاحب جوهر می‌فرماید:

احوط این است که به او سه روز فرصت دهند تا توبه کند (بی‌تا: ۶۱۵/۴۱).

امام خمینی نیز مدت زمان استتاه را سه روز می‌داند و این نظر را به احتیاط

نزدیک‌تر می‌داند (موسوی خمینی، ۱۴۰۴: ۴۹۴/۲).

۲-۴. توبه مرتد

چنانچه حاکم شرع از مرتد فطری درخواست توبه نکرد، اما مرتد فطری توبه نمود، آیا در این صورت توبه وی پذیرفته می‌شود؟ فقهای امامیه معتقدند که توبه مرتد ملّی و زن مرتد به طور مطلق پذیرفته می‌شود اما در مورد پذیرش یا عدم پذیرش توبه مرتد فطری مرد، بین فقها چهار نظریه وجود دارد: بعضی عقیده دارند که توبه مرتد فطری به طور کلی (ظاهراً و باطناً) پذیرفته نیست و مُسقط مجازات‌های او نمی‌باشد. محقق حلّی می‌فرماید:

اگر مرتد فطری به اسلام باز گردد، از او پذیرفته نمی‌شود و قتلش حتمی است (۱۳۸۹: ۹۶۱/۴).

صاحب جواهر در توضیح کلام محقق اظهار داشته که توبه مرتد فطری به طور کلی پذیرفته نیست و این گونه نیست که فقط نسبت به احکام سه گانه «قتل»، «اتنفای زوجیت» و «مصادره اموال» پذیرفته نشود. دلیلی بر اینکه عموم نفی توبه را مختص به این احکام بدانیم، وجود ندارد (نجفی، بی‌تا: ۶۰۵-۶۰۷) و صاحب مفتاح الکرامه ادعا کرده که مشهور بین اصحاب این است که توبه مرتد فطری مطلقاً پذیرفته نیست؛ یعنی توبه‌اش نزد خداوند هم پذیرفته نیست (حسینی عاملی، بی‌تا: ۳۵/۸). گروهی دیگر معتقدند که توبه وی در ظاهر پذیرفته نمی‌شود ولی در باطن قبول می‌گردد؛ برای نمونه، شهید اول در الدرر السعیه فرموده است:

مرتد فطری توبه‌اش ظاهراً پذیرفته نمی‌شود. ولی قبول توبه او باطناً قوی می‌نماید (عاملی، ۱۴۱۴: ۵۴/۲).

برخی دیگر معتقدند که توبه مرتد فطری بین خودش و خدا پذیرفته می‌شود و در ظاهر نیز تنها نسبت به احکام سه گانه «قتل»، «اتنفای زوجیت» و «مصادره اموال» پذیرفته نمی‌شود. ابن فهد حلّی در این زمینه چنین می‌گوید:

توبه مرتد فطری نسبت به اسقاط حدّ و بازگشت اموال و بقای نکاح و همچنین ابتدای نکاح (به طور مطلق) پذیرفته نیست ولی نسبت به طهارت و صحّت عبادات شخص و همچنین اسقاط عقوبت اخروی و استحقاق ثواب پذیرفته می‌شود و این امر منافاتی با وجوب قتل او ندارد (۱۴۱۲: ۳۴۳/۴).

برخی از فقهای معاصر اظهار می‌دارند:

توبه مرتد فطری بینه و بین الله پذیرفته می‌شود و جایز نیست که خودش را تسلیم قضای شرعی کند؛ چون در این صورت مسبب قتل مسلمانی شده است و اگر توبه کند و کشته نشود، می‌تواند با عقد جدید با همسرش ازدواج کند و اموال جدیدی را کسب کند و مالک شود (صدر، ۱۴۱۴: ۴۱۴/۲).

سرانجام جمعی از فقها، نه تنها قائل به پذیرش توبه مرتد فطری هستند، بلکه توبه را مسقط مجازات مرتد می‌دانند و به اطلاق ادله توبه که در آیات و روایات موجود است، تمسک می‌کنند. از قدمای امامیه، ابن جنید اسکافی است که شهیدثانی در مسالک ضمن نقل نظر ایشان، به آن تمایل نشان داده و آن را با عموم ادله معتبر در قبول توبه افراد از جمله توبه مرتد موافق می‌داند. وی آنچه را که مستند عدم قبول توبه مرتد فطری قرار گرفته، برای تقیید این عمومیت صالح ندانسته است. از فقهای معاصر نیز جمعی به این نظریه قائل اند. سیدمحمدحسن مرعشی در این باره می‌گوید:

مرتد خواه ملی و خواه فطری باشد، باید او را هدایت کرد و چنانچه توبه کند، توبه‌اش پذیرفته می‌شود و اطلاق ادله قبول توبه شامل همه آنان می‌شود (مرعشی، ۱۳۷۶: ۹۲؛ نیز ر.ک: آشتیانی، بی‌تا: ۳۱؛ بجنوردی، بی‌تا: ۱۹۰).

به نظر می‌رسد برخورد اکثر فقیهان امامیه با واژه «لا یُستتاب» که در روایات بسیاری آمده این گونه بوده که آن را بر عدم قبول توبه مرتد فطری حمل کرده‌اند؛ ولی ظاهراً این برداشت آنان قابل خدشه باشد؛ زیرا معنای واژه «لا یُستتاب» که فعل مضارع مجهول منفی است، این است که «از او طلب توبه نمی‌شود» و در مقام بیان عدم قبول توبه مرتد نیست. به عبارت دیگر، بر حاکم اسلامی لازم است که مرتد ملی و مرتد فطری مؤث را به راه توبه درآورده، از ایشان بخواهد که به دامن اسلام برگردند؛ ولی این واژه بیانگر این است که حاکم شرع در قبال مرتد فطری تکلیف ندارد که وی را به توبه فرا خواند. واژه مذکور در واقع این تکلیف را در قبال مرتد فطری از ذمه حاکم اسلامی برداشته است؛ اما هرگز در مقام بیان این مطلب نیست که اگر مرتد فطری توبه نماید، توبه وی قبول نمی‌شود. واژه «لا یُستتاب» نسبت به این حکم ساکت است و چیزی بیان نمی‌کند. «طلب توبه نکردن» چیزی غیر از «عدم قبول توبه» است. در

چنین مواردی برای بیان حکم باید به ادله عامه قبول توبه که در آیات و روایات بسیاری به صراحت ذکر شده و نیز به ادله خاصی که نسبت به قبول توبه مرتد وجود دارد - و ما نیز در جای خود به صورت مشروح بیان کردیم - مراجعه شود و حکم به قبول توبه واقعی مرتد فطری گردد.

نتیجه گیری

به نظر می‌رسد که مرتد فطری کسی است که بر فطرت اسلام متولد شود و حداقل یکی از والدین او مسلمان آگاه باشد و بعد از رسیدن به بلوغ اظهار اسلام نماید، سپس از روی عناد و لجاجت از دین برگردد. قانون‌گذار اسلامی در هیچ ماده و تبصره‌ای به صورت مستقیم برای جرم ارتداد مجازاتی معین نکرده و عمداً در مورد این جرم سکوت نموده است. این سکوت معنادار قانون‌گذار، حاکی از عدم تمایل وی به جرم‌انگاری ارتداد است. از سوی دیگر، موضوع برخی از روایات ارتداد، صرف تغییر دین و موضوع برخی دیگر از آن روایات، تغییر دین همراه با جحد و انکار است. طبق قواعد اصولی باید روایات مطلق را بر مقید حمل نمود. یک آیه و دو روایت نیز به عنوان شاهد این جمع بیان شد. سنت عملی رسول خدا ﷺ و امیر مؤمنان، علی ع در صدر اسلام نیز به عفو مرتدان فطری تعلق گرفته و شواهد تاریخی بسیاری در این زمینه وجود دارد؛ همچنان که امام خمینی نیز در موارد عدیده‌ای از مجازات مرتدان فطری سر باز زد. چنانچه مرتد فطری به دامان دین برگردد توبه وی پذیرفته می‌شود و از مجازات اعدام رهایی می‌یابد. وانگهی، مجازات اعدام، ویژه آن دسته از مرتدان فطری است که علاوه بر لجاجت و عناد، کفر خود را آشکار کرده و علیه دین حنیف اسلام تبلیغ نمایند. سرانجام به نظر می‌رسد که با توجه به توان فوق‌العاده رسانه‌های جهانی و جوسازی‌های دشمنان دین و نیز با رعایت قاعده «تفسیر» باید از اجرای حکم اعدام صرف نظر گردد و مجازات مناسب دیگری برای شخص مرتد در نظر گرفته شود، همچنان که می‌توان به جای واژه ارتداد، از اصطلاحات «پشت کردن به دین»، «از دین برگشتگی» و «نابرداری مذهبی» استفاده نمود تا بار منفی کمتری داشته باشد.

کتاب‌شناسی

۱. ابن اثیر جزری، عزالدین علی، *الکامل فی تاریخ*، بیروت، دار الصادر، ۱۳۹۹ ق.
۲. ابن زهره حلبی، حمزة بن علی، *غنیة النزوع*، چاپ دوم، قم، هادی، ۱۴۲۰ ق.
۳. ابن فهد حلّی، احمد بن محمد، *المهتدب البارع*، چاپ دوم، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۴. بجنوردی، سیدمحمد، *فقه تطبیقی*، قم، پژوهشکده امام خمینی، بی تا.
۵. بکاریا، سزار، *رساله جرایم و مجازات‌ها*، ترجمه محمدعلی اردبیلی، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۷۷ ش.
۶. جزیری، عبدالرحمن، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، چاپ هفتم، المكتبة الاسلامیه، ۱۳۷۵ ق. و بیروت، آل البيت، ۱۴۰۹ ق.
۸. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۹. حلبی، ابوالصلاح، *الکافی فی الفقه*، اصفهان، مکتبه امیرالمؤمنین (علیه السلام)، ۱۴۰۳ ق.
۱۰. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، *قواعد الاحکام*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۱۱. حلّی (محقق)، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، تهران، اعلمی، ۱۳۸۹ ق.
۱۲. سروش، عبدالکریم، «فقه در ترازو - اندر باب اجتهاد»، *مجله کیان*، شماره ۴۶، ۱۳۸۷ ش.
۱۳. شیرازی، سیدمحمد، *الفقه*، چاپ سوم، بیروت، دار العلم، ۱۹۷۸ م.
۱۴. صدر، سیدمحمدباقر، *الدروس فی علم الاصول*، بیروت، الدار الاسلامیه، ۱۴۱۴ ق.
۱۵. صرامی، سیف‌الله، *احکام مرتد از دیدگاه اسلام و حقوق بشر*، تهران، مرکز تحقیقات استراتژیک ریاست جمهوری، ۱۳۷۶ ش.
۱۶. طباطبایی حائری، سیدعلی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام باللائل*، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۰۴ ق.
۱۷. طبری، محمد بن جریر، *تاریخ الامم والملوک*، بیروت، اعلمی، بی تا.
۱۸. طوسی، محمد بن حسن، *التبیان فی تفسیر القرآن*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۲ ق.
۱۹. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، بی جا، بی تا.
۲۰. عاملی، محمد بن مکی، *الدروس الشرعیه*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۴ ق.
۲۱. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۲۲. متقی هندی، علاءالدین علی بن حسام‌الدین، *کنز العمال فی سنن الاقوال والافعال*، بیروت، موسسه الرساله، ۱۴۰۹ ق.
۲۳. مجلسی، محمدباقر، *مرآة العقول فی اخبار آل الرسول*، چاپ دوم، قم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.
۲۴. محمصانی، صبحی، *الاوزاعی و تعالیمه الانسانیة و القانونیه*، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۹۷۸ ق.
۲۵. مرعشی، سیدمحمدحسن، *دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۷۶ ش.
۲۶. مروارید، علی اصغر، *سلسله التناویع الفقهیة*، بی جا، ۱۴۱۰ ق.
۲۷. مطهری، مرتضی، *مجموعه آثار، سیری در سیره نبوی*، تهران، صدرا، ۱۳۷۸ ش.
۲۸. مظفری، محمدحسین، *نابردباری مذهبی*، بی جا، بی تا.
۲۹. منتسکیو، شارل لویی، *روح القوانين*، ترجمه علی اکبر مهتدی، چاپ هشتم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۲ ش.
۳۰. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، چاپ دوم، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۳۱. همو، *صحیفه نور*، تهران، بی نا، ۱۳۷۰ ش.
۳۲. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.

عدالت اجتماعی و عدالت کیفری؛

جدایی یا پیوند*

- هانیه هژبرالساداتی^۱
- محمدجعفر حبیب‌زاده^۲

چکیده

تحولات اقتصادی، سیاسی و اجتماعی دهه ۱۹۸۰ میلادی به بعد موجب شد تا سیاست‌گذاری‌های جنایی در تأکید بر تدابیر کیفری و فاصله‌گیری از رویکردهای علمی در کنترل جرم، دچار افراط شوند و علاوه بر کنار گذاشتن سیاست‌های رفاهی، از اهداف عدالت کیفری نیز فاصله بگیرند. برای کارآمد شدن سیاست‌گذاری‌های اجتماعی در دسترسی افراد به عدالت اجتماعی و عدالت کیفری، برقراری پیوند میان این دو مفهوم ضروری است.

از مهم‌ترین دلایل جدایی عدالت کیفری و عدالت اجتماعی می‌توان به فراموش شدن عنصر شهروند در سیاست‌گذاری‌های اجتماعی و جنایی، مشروط نمودن حقوق شهروندی به تبعیت از قوانین، تأکید بر کیفر برای کنترل جرم، ورود سازوکارهای مدیریتی به نظام عدالت کیفری، تأکید بر کمیت به جای

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۹/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۲/۱۴.

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی (honey_hozhabr@yahoo.com).

۲. استاد دانشگاه تربیت مدرس (نویسنده مسئول) (habibzaam@yahoo.com).

تمرکز بر ارتقای کیفیت و فقدان اصولی کلی برای تدوین سیاست‌های اجتماعی و جنایی اشاره کرد. پیوند عدالت اجتماعی و عدالت کیفری، علاوه بر کرامت‌مدار کردن فرایند کیفری، از هدر رفتن بودجه، منابع مادی، انسانی و زمان جلوگیری می‌کند و موجب دسترسی همه شهروندان به فرصت‌های برابر می‌شود. احساسی تعلق شهروندان به جامعه، افزایش پایبندی به قوانین و تحقق قانون‌مداری از دیگر نتایج مثبت پیوند این دو مفهوم است. دستیابی به این نتایج، با شعار ممکن نیست و لازمه آن شناسایی اصولی عملی برای برقراری ارتباط میان آنهاست. این اصول عبارت‌اند از: به رسمیت شناختن همه شهروندان و احترام به حقوق آنها، بازتوزیع فرصت‌ها، منابع و امکانات به منظور افزایش مشارکت شهروندان در جامعه، توازن مسئولیت شهروندان و پایداری و کل‌نگری در سیاست‌گذاری.

واژگان کلیدی: عدالت کیفری، عدالت اجتماعی، بازتوزیع، ادغام‌سازی، برابری، طرد اجتماعی.

مقدمه

عدالت، نخستین و مهم‌ترین معیار ارزیابی قوانین و سیاست‌های اقتصادی و اجتماعی دولت‌هاست؛ زیرا اگر قانون یا سیاستی برانگیزاننده احساس برخورداری از عدالت یا اقامه‌کننده آن نباشد، با موانع بسیاری از سوی تابعان یا مخاطبانش مواجه می‌شود. موفقیت هر قانون یا سیاستی در گرو تضمین‌هایی است که برای عادلانه بودن آن ارائه می‌شود.

احساس عدالت، یکی از شاخص‌های اصلی «رفاه اجتماعی» است (هزارجریبی، ۱۳۹۰: ش ۴۲/۳). در این دیدگاه، احساس عدالت از دو بُعد بررسی می‌شود: نخست شیوه عملکرد مسئولان و سازمان‌ها در قبال مردم و دوم چگونگی تقسیم و توزیع منابع و فرصت‌ها در میان آنها.

عدالت اجتماعی و کیفری دو جلوه مهم عدالت‌اند که در عرصه‌های سیاست‌گذاری نمود می‌یابند و تفسیر ارائه‌شده از آنها، بر رویکرد دولت‌ها در مدیریت جامعه تأثیر می‌گذارد. معمولاً بُعد اول ارزیابی احساس عدالت، در مباحث عدالت کیفری و بُعد دوم، در مباحث عدالت اجتماعی دنبال می‌شود.

تاریخ سیاست‌گذاری جنایی دوران اخیر، حاکی از دو رویکرد افراطی و تفریطی

نسبت به اهمیت‌دهی به عدالت اجتماعی و کیفری است. رشد و توسعه دولت‌های رفاهی، هم‌سو با گسترش «علت‌شناسی جرم» در رهیافت‌های تحقیقی و جرم‌شناسی بالینی موجب شد تا «نظام اصلاح و درمان» از سال ۱۹۲۰ تا اوایل دهه ۱۹۸۰ با تمرکز بر سیاست‌گذاری‌های رفاهی و مبتنی بر عدالت اجتماعی، رویکرد غالب نظام عدالت کیفری باشد. در این رویکرد، مجرم بیمار اجتماعی فرض می‌شد و تمرکز عدالت کیفری بر اصلاح و درمان او و تأمین عدالت اجتماعی بود. اندیشه مذکور در نتیجه عواملی مانند بحران‌های اقتصادی دهه هشتاد میلادی، انتقادهای اندیشمندان از نظام اصلاح و درمان با این ادعا که منجر به تضعیف حقوق کیفری گردیده و به موازات آن ادعاهای جرم‌شناسان متولی اصلاح و درمان مبنی بر شکست این نظام، منجر به استقبال سیاست‌مداران از کنار گذاشتن آن شد (برای آگاهی بیشتر ر.ک: نجفی ابرنآبادی، ۸۷-۱۳۸۶: ۲۴۷۴ به بعد).

در نتیجه بستر متفاوت سیاسی، اجتماعی و اقتصادی دهه‌های ۸۰ و ۹۰ و پیدایش فرهنگ پردکننده و سرکوبگرانه این دوران علیه مجرمان، فرصت مناسبی برای طرح اندیشه‌های نظم و قانون، قرار دادن مسئولیت جرایم بر اشخاص و اذعان دوباره بر اهمیت مجازات فراهم شد. در این برهه، علاوه بر بازگشت دیدگاه‌های سنتی راجع به تشدید مجازات و ظهور فرهنگ «کنترل جرم» (برای اطلاع بیشتر ر.ک: Garland, 2002)، سیاست‌گذاری‌های کیفری از مسیر علمی خارج شد، به گونه‌ای که بر عدالت کیفری سرکوبگر تأکید می‌شد نه عدالت اجتماعی.

از ابتدای هزاره سوم، صاحب‌نظران با بررسی افراط و تفریط‌های حاکم بر سیاست‌گذاری جنایی سال‌های گذشته برین باورند که برای ایجاد تعادل در حمایت از مجرمان یا تحمیل مسئولیت بر آنان و اتخاذ یک سیاست‌گذاری متعادل و منطقی، ضروری است تا میان مفاهیم عدالت اجتماعی و عدالت کیفری در سیاست‌گذاری و عمل اجتماعی پیوند برقرار شود.

دغدغه اصلی این مقاله بررسی مهم‌ترین دلایل جدایی عدالت اجتماعی و عدالت کیفری و چگونگی برقراری پیوند در سیاست‌گذاری‌های اجتماعی میان این دو مفهوم است. به همین منظور، پس از مفهوم‌شناسی مفاهیم بنیادین، با گذری بر چرایی جدایی

عدالت اجتماعی و عدالت کیفری، اهمیت پیوند میان آن‌ها و شناسایی اصولی عملی برای تحقق آن بررسی خواهد شد.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. عدالت اجتماعی^۱

فرهنگ‌های لغت انگلیسی، عدالت اجتماعی را «توزیع خوبی‌ها و بدی‌ها» (Social Justice (n.d.), Dictionary.com's 21st Century Lexicon)؛ «اجرای اصول برابری و انصاف» (Social Justice (n.d.), Abbreviations.com) و «توزیع منصفانه ثروت، فرصت‌ها و مزایا» (Novak, 2000: 31) در جامعه معنا کرده‌اند. در فرهنگ فارسی معین عدالتی است که «همه افراد جامعه از آن برخوردار باشند» (معین، ۱۳۶۲: ج ۲/۲۲۷۹) و در لغت‌نامه دهخدا^۲ به معنای «بهره‌مندی همه افراد جامعه از امکانات عمومی موجود» (دهخدا، ۱۳۷۸: ۳۴/۹) می‌باشد.

اندیشمندان سده‌های دورتر، مفهوم عدالت اجتماعی را بیان نکرده‌اند و امروزه آنچه درباره عدالت اجتماعی از منظر پیشینیان ارائه می‌شود، صرفاً برداشت و تفسیر محققان معاصر، از تفکر گذشتگان از عدالت است (Miller, 2003: 14). عدالت توزیعی ارسطویی، نزدیک‌ترین مفهوم به عدالت اجتماعی است که بر اساس آن عدالت در توزیع باید مبتنی بر استحقاق باشد، پس عدالت رعایت تناسب و رفتار برابر با برابرها و نابرابر با نابرابرهاست (واعظی، ۱۳۸۸: ۱۷). نکته شایسته توجه در مفهوم‌شناسی عدالت اجتماعی و عدالت توزیعی این است که عدالت توزیعی مبتنی بر تصور سلسله‌مراتبی از جامعه است که در آن، افراد هر کدام در مرتبه معینی قرار دارند (همان: ۸۱)، در حالی که پیش فرض اولیه عدالت اجتماعی، برابری همه افراد جامعه است که در آن میان افراد جامعه هیچ پیوند سلسله‌مراتبی وجود ندارد.

در تعاریف و نظریه‌های مربوط به عدالت اجتماعی، لزوم پیوند دادن عدالت با جامعه به چشم می‌خورد و تلاش بر این است تا از مفهوم عدالت معنایی کاربردی

1. Social justice.

استخراج شود. با وجود این، گستردگی بحث‌های راجع به عدالت اجتماعی و عدم توافق بر سر معنایی مشترک موجب شده تا این مفهوم همچنان در مرحلهٔ چالش‌های نظری و فلسفی باقی بماند؛ برای مثال، رالز عدالت اجتماعی را ضابطه‌ای عمومی برای تعیین قواعد لازم‌الرعايه و ارزیابی جنبه‌های توزیعی ساختار جامعه تعریف می‌کند (Rawls, 1985: 240). به نظر وی، عدالت اجتماعی یعنی «انصاف» و انصاف یعنی «تقسیم یک کل میان همه» بی‌آنکه بدانیم سهم ما از آن کل چیست. در این معنا، منظور از عدالت اجتماعی، تخصیص «منصفانه» منابع در جامعه است، پس نابرابری‌های اجتماعی باید در راستای منافع همگان باشد و این یعنی به همراه داشتن «بیشترین منافع برای کم‌برخوردارترین» افراد جامعه (Ibid.). بر اساس مفهوم مخالف این بیان، نابرابری‌های اجتماعی باید «کمترین مسئولیت» را برای کم‌برخوردارترین افراد جامعه به همراه داشته باشد.

میلر معتقد است که عدالت اجتماعی با توزیع خوبی (مزایا و منافع) و بدی (معایب و مسئولیت‌ها) در جامعه و چگونگی این توزیع و نیز با شیوه‌هایی که نهادهای اجتماعی، منابع موجود در جامعه را به افراد اختصاص می‌دهند، ارتباط دارد (Miller, 2003: 11). برخی از این مزایا عبارت‌اند از: ثروت، شغل، آموزش، مراقبت‌های پزشکی، مراقبت از کودکان و سالمندان، احترام و پاداش، و برخی از معایب عبارت‌اند از: خدمات نظامی، کارهای پرخطر و سایر سختی‌ها (Ibid.: 10). بنابراین ارزیابی عادلانه بودن یا نبودن چیزی بستگی به تناسب توزیع آن در جامعه دارد (Ibid.: 223). در صورت محرومیت شهروندان از مزایای اجتماعی باید از تحمیل مسئولیت بر آنان خودداری شود.

آمارتیا سن، عدالت اجتماعی را «داشتن آزادی انتخاب در زندگی اجتماعی» تعریف می‌کند (Sen, 1997: 13). وی منظورش را با مثالی دربارهٔ روزه گرفتن اجباری و گرسنگی کسی که حق انتخاب دیگری ندارد با آدم ثروتمندی که توانایی برخورداری از تغذیهٔ مناسب را دارد ولی روزه می‌گیرد، توضیح می‌دهد. در واقع، «توانمندی» کیفیت زندگی انسان را تعیین می‌کند و اگر جامعه‌ای بخواهد به سمت عدالت اجتماعی حرکت کند، دولت باید وسایلی فراهم کند که انسان‌ها قابلیت لازم را برای دسترسی به کالاها و خدمات ضروری به دست آورند، حال اگر فرد قابلیت پیدا کرد اما

درست رفتار نکرد، خودش مقصر (Ibid.: 34, 56, 72) و سزاوار سرزنش و تحمل ضمانت اجراست، اما در مواردی که به دلیل نداشتن هیچ گزینه دیگری، مجبور به انتخاب سبکی از زندگی یا ارتکاب رفتارهای خاص می‌شود که در صورت وجود راه‌های دیگر چنین شیوه‌ای را اتخاذ نمی‌کرد، جامعه باید در سرزنش وی، واقعیت‌های اجتماعی و مسائلی را که موجب فرصت‌های نابرابر و محرومیت شده در نظر بگیرد. بر اساس این تعاریف می‌توان گفت: «عدالت اجتماعی عبارت از توزیع منصفانه منابع جامعه به منظور دسترسی شهروندان به فرصت‌های برابر است، به گونه‌ای که برای اتخاذ شیوه زندگی خود آزادی عمل داشته باشند و محرومیت‌ها موجب طرد آن‌ها از زندگی اجتماعی نگردد».

در این تعریف، توزیع منابع، مزایای جامعه، یعنی حقوق و معایب آن یعنی مسئولیت‌ها را در بر می‌گیرد. پس لازمه عدالت اجتماعی، تلاش برای توزیع متوازن منابع (حقوق و تکالیف) در جامعه است، به گونه‌ای که تحمیل تکالیف و مسئولیت‌ها بر افراد محروم مصداق تکلیف مالایطاق نگردد. در تعریف مذکور، آزادی عمل به این نکته اشاره دارد که اگر گزینش شیوه‌ای از زندگی اجتماعی اجباراً و به دلیل فشارهای ناشی از محرومیت‌های ساختاری باشد، حکومت یا جامعه نباید فرد یا گروه یا طبقه را سزاوار سرزنش بدانند. جرم‌انگاری وضعیت‌های اجباری گزینش سبکی از زندگی مانند تکدی‌گری و روسپی‌گری و مداخله کیفری در امور محرومان بدون توجه به عوامل ساختاری ایجادکننده محرومیت آن‌ها (ر.ک: پاک‌نهاد، ۱۳۸۷: ۱۲۹-۱۴۵)، موجب تشدید این وضعیت و انزوای آنان و عدم دسترسی به عدالت اجتماعی و کیفری می‌شود.

۲-۱. عدالت کیفری

اصطلاح عدالت کیفری، ابتدا در دهه ۱۹۲۰ میلادی در منابع حقوقی - فلسفی انگلستان به کار برده شد^۱ (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۲: ۱۱). در یک تعریف جامع، عدالت کیفری عبارت است از:

۱. کشورهای دارای نظام رومی - ژرمنی، به جای عدالت کیفری از سیاست جنایی استفاده می‌کنند (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۲: ۱۱-۲۲).

مجموعه‌ای از رویه‌ها و نهادهای دولتی است که به منظور تنظیم و تعیین حدود رفتارهای شهروندان، تقویت کنترل‌های اجتماعی، بازداری از ارتکاب و تکرار جرم، اعمال ضمانت اجرا بر ناقضان قوانین، تلاش برای بازپروری مجرمان در جامعه و حمایت از شهروندان اجرا می‌شود (Rutherford, 2001: 7).

ساندرز و یانگ عدالت کیفری را «یک نهاد اجتماعی پیچیده متأثر از سیاست» تعریف می‌کنند که:

رفتارهای مجرمانه بالقوه، منتسب و حقیقی را در حیطه محدودیت‌های آیین دادرسی کنترل، اصلاح و تنظیم می‌کند و از شهروندان در مقابل رفتارهای نادرست یعنی جرم‌انگاری‌های غیر ضروری و ایزاری، اجرای قوانین ناعادلانه، دادرسی ناعادلانه و محکومیت‌های نادرست محافظت می‌کند. علاوه بر آن شهروندان ناقض قانون را در پناه حمایت‌های حقوق کیفری قرار داده و در جامعه بازپذیر می‌کند (Sanders & Young & Burton, 2007: 61).

این تعریف در مقایسه با تعریف‌هایی که فقط بر حیطه کارکرد تخصصی نظام عدالت کیفری تمرکز دارند، سودمندتر است؛ زیرا علاوه بر مشخص کردن حوزه فعالیت نظام عدالت کیفری، از طریق آن می‌توان به تحلیل مسائل و مشکلاتی پرداخت^۱ که باعث ایجاد شیوه‌های عملی اجرای اهداف نظام عدالت کیفری و در نتیجه تقابل آن با سیاست‌های اجتماعی شده است. در تعریف مذکور، عنصر «شهروند» یک رکن مهم است.

در تعریف ساندرز و یانگ، مجرم شهروندی ناقض قانون است که به رغم قانون‌شکنی در پناه حمایت‌های حقوق کیفری قرار دارد. مجرم، دشمن جامعه نیست (ر.ک: مقدسی و فرجیها، ۱۳۹۲: ش ۲/۱۳۷-۱۵۵) که برای سرکوبش نیاز به تدارک جنگ باشد و حتی با وجود محکوم شدن در محاکمه کیفری، همچنان و با حفظ امتیازات و مسئولیت‌های شهروندی، شهروند باقی می‌ماند. توجه به مفهوم شهروند، نقطه اصلی فراهم کردن پیوند میان عدالت اجتماعی و عدالت کیفری است و در مقابل، بی‌توجهی

۱. عبارت «متأثر از سیاست»، کلیه مقاومت‌هایی را که در برابر یافته‌های علمی وجود دارد به طور مختصر بیان می‌کند؛ زیرا برخی تدابیر سیاست جنایی به جای تأثیرپذیری از یافته‌های پژوهشی علوم جنایی، از سیاست متأثرند (برای نمونه ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۰: ۴۲-۵۱).

به آن، موجب واگرایی سیاست‌های جنایی از اهداف اصلی خود که مهم‌ترین آن اجرای عدالت برای همه شهروندان است، می‌شود.

۲. جدایی‌نگری عدالت اجتماعی و عدالت کیفری

بررسی عملکرد عدالت کیفری در چند دهه گذشته نشان می‌دهد علی‌رغم اینکه عدالت باید خیابانی دوطرفه باشد، عدالت کیفری صرفاً «یک‌طرفه» است (Reiman, 2007: 9). این یک‌طرفه بودن ناشی از آن است که نظام عدالت کیفری معاصر در قضاوت درباره تبعیت شهروندان از قانون به عنوان وظیفه یک عضو از جامعه، سهم وظایف جامعه نسبت به شهروندان را نادیده می‌گیرد. از مهم‌ترین دلایل جدایی سیاست‌های کیفری و اجتماعی از یکدیگر، باید به فراموش شدن عنصر «شهروند» در سیاست‌گذاری‌های اجتماعی و جنایی و مشروط نمودن حقوق شهروندی به پیروی از قوانین اشاره کرد (Ibid.). علاوه بر آن، دولت‌های معاصر با تأکید بر کیفر برای کاهش جرم و تجزیه نهادهای عهده‌دار سیاست جنایی از سیاست‌های اجتماعی و رفاه، به این جدایی دامن زده‌اند. ورود سازوکارهای مدیریتی به نظام عدالت کیفری، تأکید بر کمیت به جای کیفیت و فقدان اصولی کلی برای تدوین سیاست‌های اجتماعی و جنایی از دیگر دلایل عمده این جدایی‌نگری است. بررسی عوامل پیش‌گفته می‌تواند در تدوین اصول مناسب برای ایجاد پیوند میان مفاهیم عدالت اجتماعی و کیفری در سیاست‌گذاری‌های آتی سودمند باشد.

۲-۱. تأکید بر وظایف شهروندان و به فراموشی سپردن تعهدات دولت‌ها

برای بحث درباره مفهوم شهروندی، نظریه تی. اچ. مارشال در خصوص «حقوق شهروند و عدالت»، شروع خوبی است و بینشی کلی درباره ارتباط میان «شهروندی و طرد اجتماعی»^۱ و «عدالت کیفری و عدالت اجتماعی» فراهم می‌آورد. وی در این اثر، سه

۱. طرد اجتماعی (Social exclusion) فرایندی است که موجب انزوای گروه‌های خاصی از مردم می‌شود. این فرایند، در نتیجه محرومیت‌های اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و فرهنگی (عموماً ساختاری) موجب می‌شود تا عده‌ای از فرصت‌های اجتماعی محروم شوند و امکان مشارکت در زندگی اجتماعی طبیعی نداشته باشند.

عنصر اساسی شهروندی را بیان می‌کند: مدنی، سیاسی و اجتماعی (Marshall: 1950). هر یک از این عناصر در حوزه‌های مربوط به خود، شامل مجموعه‌ای از حقوق و تکالیف است که شهروندان و دولت در برابر یکدیگر دارند. بر این اساس، شهروندی یک نوع رابطه دادوستد میان تکالیف و حقوق است. حکومت، پس از دریافت نمایندگی از شهروندان، مکلف به تأمین حقوق آنهاست و شهروندان نیز در پی بهره‌مندی از حقوق و مزایای شهروندی باید به وظایف و مسئولیت‌هایشان متعهد باشند. نظریه تعاملی بودن حقوق و تکالیف شهروندی مارشال، در پی تشکیل سازمان ملل و اعلامیه جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸ و تبیین مبناهایی برای قوانینی جهان‌شمول و الزام‌آور که بتواند منزلت همه انسان‌ها را صرف‌نظر از ملیت، قومیت، مذهب، نژاد، رنگ، جنس و... تضمین کند، صورت عملی به خود گرفت. حقوق بشر، علاوه بر دربرگرفتن عناصر شهروندی مارشال، جامع و فراگیر بودند و مسئولیت دولت در برابر شهروندان را به طور رسمی پذیرفتند. این حقوق در پی اعلام دو میثاق «حقوق مدنی و سیاسی» و «حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی» (تولد نسل اول و دوم حقوق بشر) کامل‌تر شدند.

هنری شو، حقوق نسل اول را «حقوق منفی» و حقوق نسل دوم را «حقوق مثبت» نامیده است؛ زیرا حقوق نسل اول نوعاً بر عدم مداخله دولت تأکید دارد و حقوق نسل دوم مستلزم مداخله و حمایت دولت‌هاست. اگر ماهیت این حقوق را «حق - ادعا» بدانیم، لازمه حق - ادعاهای منفی، تکلیف دولت‌ها به «انجام ندادن عمل» و لازمه حق - ادعاهای مثبت، تعهد دولت‌ها به «انجام عمل» خواهد بود (حبیب‌زاده، ۱۳۹۰: ۱۷۷-۱۹۲). جان مایه حقوق بشر این است که انسان در برابر جامعه و قانون، از حقوق فردی یکسان برخوردار است.

معنای عدالت اجتماعی در مفهوم شهروندی و حقوق او تجلی می‌یابد و مفهوم شهروندی و حقوق شهروندی با حقوق بشر پیوند می‌خورد. مهم‌ترین هدف عدالت اجتماعی جلوگیری از به حاشیه رانده شدن و انزوای بخش یا گروه‌هایی از شهروندان و

مهم‌ترین اثر آن افزایش همبستگی و مشارکت در زندگی اجتماعی است. از این دیدگاه، نهادهای حکومتی باید قوانین و سیاست‌هایی را تصویب کنند که مانع انزوا و طرد شهروندان می‌گردد. این مهم، برای ادغام‌سازی همه شهروندان در جامعه و فعالیت‌های اجتماعی ضروری است. بدیهی است ادغام‌سازی به مفهوم برداشت‌های افراطی دولت‌های رفاه دهه‌های ۱۹۳۰ تا ۱۹۷۰ که دولت باید سعادت شهروندان را از تولد تا مرگ تأمین و تضمین کند (رحیق اغصان، ۱۳۸۴: ۴۰۳)، نیست، بلکه به معنای تعدیل رویکردهای پردکننده ناشی از تحمیل مسئولیت تمام مخاطرات زندگی اجتماعی بر شهروندان طبقات پایین و تعدیل رویکرد مسئولیت‌زدایی تام از مجرمان در نظام‌های کیفری مبتنی بر اصلاح و درمان است.

با این حال، حقوق اعطایی به شهروندان تقریباً در همه نقاط جهان هنوز در موارد بسیاری، «مشروط» به انجام مسئولیت‌های شهروندی است، بدین معنا که اگر مشخص شود شهروندان در انجام مسئولیت‌هایشان در قبال دولت ناکام مانده‌اند یا به شیوه‌های نامناسب رفتار می‌کنند، حقوقشان تضمین نمی‌شود (Kennedy, 2004: 309). موضوعات سیاست‌های کلیدی دولت، تنش آشکار میان مفاهیم «حقوق» و «مسئولیت» است و همانند بسیاری از زمینه‌های سیاست، پایبندی به مسئولیت می‌تواند حقوق شهروندان را تضمین کند. این امر به وضوح بر خلاف جهان‌شمولی و تقسیم‌ناپذیری حقوق بشر و حقوق شهروندی است (Faulkner, 2001: 143). فاکنر و دیگران، میان وعده‌های حقوق بشر و واقعیت زندگی که در آن، حقوق قانونی، اجتماعی و اقتصادی شهروندان نادیده‌انگاری و گاه انکار می‌شود (Ibid.)، شکافی عمیق شناسایی نموده‌اند که از آن به «عقب‌نشینی از حقوق بشر» تعبیر می‌کنند.

عقب‌نشینی مذکور که در تغییرات اقتصادی، اجتماعی و سیاسی دهه‌های ۱۹۸۰ ریشه دارد، موجب شده تا دولت‌ها در تدوین سیاست‌های جنایی، سهم خود را در ایجاد و تشدید ساختارهای نابرابر اجتماعی فراموشی کنند و به اتخاذ سیاست‌های سخت‌گیرانه غیر منطقی و غیر علمی در برابر ناقضان قوانین پردازند. افزون بر آن، در انتساب میزان مسئولیت به شهروندان، عدم تعهد خود به تکالیف را به فراموشی بسپارند (برای اطلاع بیشتر ر.ک: کاشفی اسماعیل‌زاده، ۱۳۸۴: ش ۱۵-۱۶/۲۵۳-۲۹۴). نتیجه به فراموشی

سپردن مفهوم شهروند و رابطه آن با تکالیف دولت موجب شده تا دولت‌ها برای مدیریت جامعه، سیاست‌هایی را اتخاذ کنند که به تعبیر فاکنر (Faulkner, 2001: 178)، بیشتر «طلبکارانه» به نظر می‌رسد تا انجام تعهد و تکلیف دولت در برابر شهروندان. از جلوه‌های این سیاست‌های به اصطلاح طلبکارانه دولت‌ها در برابر شهروندان، تأکید بر کیفر و جدایی‌نگری سیاست جنایی از سیاست‌های اجتماعی و رفاهی است.

۲-۲. تأکید بر کیفر و جدایی‌نگری سیاست جنایی از سیاست اجتماعی

به فراموشی سپردن مسئولیت دولت‌ها در برابر شهروندان، موجب پیدایش نگرش افراطی («مسئولیت تام و همیشگی») شهروندان شده است. این نگرش افراطی حتی در وضعیت محرومیت از منابع و فرصت‌های اجتماعی باعث شده تا محرومیت یک ویژگی منفی تلقی شود. این مسئله موجب می‌شود که به مرتکبان محروم با بدبینی بیشتری نگریسته شود، به گونه‌ای که اتخاذ سیاست‌های کیفری به جای پیروی از نگرشی علمی و منطقی، از دیدگاه مبتنی بر خط‌کشی میان ما یعنی شهروندان تابع قانون و آن‌ها یعنی شهروندان ناقض قانون الهام بگیرد و منجر به جنگ با دشمنان جامعه شود که تمامی مسئولیت ارتکاب رفتار مجرمانه را بر عهده دارند.

در این دیدگاه که در نظریه‌های جرم‌شناسی راست نو (برای اطلاع بیشتر ر.ک: وایت و هینز، ۱۳۹۲: ۳۴۰ به بعد) ریشه دارد، مناسب‌ترین راه برای کنترل جرم، توسل به سیاست‌های کیفری سخت‌گیرانه و ناتوان‌سازی مجرمان است؛ زیرا شهروندان در هر شرایطی باید به قوانین و تکالیف خود متعهد باشند و نقض آن اعلام جنگ با جامعه و نشانه عدم پذیرش هنجارها تلقی می‌شود. این رهیافت تا جایی پیش می‌رود که مجرمان را اعضای جامعه به حساب نمی‌آورد و حتی گاهی چنان می‌نمایاند که آن‌ها افرادی از نژاد بشر نیستند (وایت و هینز، ۱۳۸۲: ۲۰۸).

پژوهش‌های فراتحلیل انجام‌شده درباره «ارتباط محرومیت و ارتکاب جرم»، «ارتباط محرومیت و افزایش احتمال بزه‌دیدگی و بزه‌دیدگی مکرر» و «تأثیر محرومیت بر دسترسی به عدالت کیفری» در شش دهه اخیر نشان می‌دهد که در فرهنگ سازمانی بخش‌های نظام عدالت کیفری اعمال قدرت بر گروه‌های محروم نهادینه شده

و این پیش فرض منفی موجب عدم تناسب آمار ورود فقرا و اقلیت‌ها به نظام عدالت کیفری برای تعقیب، تحقیق، رسیدگی، صدور حکم و حبس است (برای مثال ر.ک: Hsieh & Pugh, 1993: 182-202; نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۰، ش ۲۱۷/۹-۲۳۰). در فرهنگ نانوشته نظام عدالت کیفری، محرومیت، نتیجه ارتکاب جرم تلقی شده و مناطق محروم^۱ به مناطق هدف برای مداخله نهادهای عدالت کیفری و اعمال تدابیر کیفری سخت گیرانه تبدیل می‌شوند (Cook, 2006: 16)، در حالی که در بسیاری از موارد رسیدگی به شرایط مناطق مذکور و فراهم نمودن امکانات و تسهیلات مناسب در اولویت بندی سیاست گذاری‌های شهری و رفاهی دولت‌ها قرار ندارد. این مناطق با لقب گرفتن «محیط‌های جرم‌زا/ جرم‌خیز» (برای اطلاع بیشتر ر.ک: کلانتری و توگلی، ۱۳۸۶: ش ۱۶-۱۲/۶۶)، توسط پلیس، تبدیل به مناطق اصلی اعمال قدرت و کنترل می‌گردند. به تبع آن، آمار دستگیری‌ها و مداخلات کیفری افزایش می‌یابد و به الگویی برای انجام اقدامات بیشتر تبدیل می‌شود^۲ که از دیدگاه جوامع محلی، ناعادلانه است.^۳ این مسئله در سایر بخش‌های نظام عدالت کیفری نیز به چشم می‌خورد؛ به این معنا که نهادهای تحقیق، با بدبینی بیشتری به تفحص در امور افرادی که در مناطق به اصطلاح جرم‌خیز زیست می‌کنند، می‌پردازند یا دادگاه‌ها با سخت گیری بیشتری به تطبیق رفتارهای این

۱. کیفیت زندگی در آن‌ها در سطح پایین است و عموماً هم ساکنان آن‌ها افرادی هستند که یا حقوق مدنی و سیاسی‌شان شناسایی نمی‌شود، مانند اقلیت‌های نژادی، قومی، مذهبی و...، یا فقرا و اقشار طبقه ضعیف اقتصادی در آن زیست می‌کنند.

۲. آمارهای مربوط به کشورهای کانادا، انگلستان، آمریکا و نیوزلند نشان می‌دهد که نزدیک به ۳۵ درصد از مخاطبان باور داشته‌اند که مناطق محروم و حاشیه شهرها بیش از آنکه منابع مادی و تسهیلات رفاهی دریافت کند، در مرکز فعالیت‌های کنترلی پلیس قرار دارد. وقتی منابع پلیسی، افراد، گروه‌ها و مکان‌هایی را هدف قرار می‌دهد که از نظر پلیس «مشکل» محسوب می‌شود، عجیب نیست که دستگیری اتفاق بیفتد و منجر به یک پیشگویی موفقیت‌آمیز برای هدف گیری‌های آتی شود (Terrill, 2012: 113).

۳. نسبت افراد سیاه‌پوستی که در آمریکا معتقد بودند نگرش نظام عدالت کیفری در محاکمه و مجازات افراد بی‌طرفانه است، از ۵۴٪ در سال‌های ۲۰۰۱ تا ۲۰۰۲ به ۴۶٪ در سال‌های ۲۰۰۲ تا ۲۰۰۳ کاهش یافت. همین نگرش در کانادا، نیوزیلند، استرالیا و انگلستان با آمارهای مشابه در سال‌های ۲۰۰۱ تا ۲۰۰۴ وجود دارد. پیمایش‌ها نشان می‌دهند تعداد افرادی که باور داشتند نظام عدالت کیفری در برخوردهای خود با شهروندان به طور تبعیض‌آمیز و ناعادلانه عمل می‌کند، نزدیک به ۵۰٪ از جمعیت پاسخ‌دهندگان بوده است (Roberts & Hough, 2013: 234-256).

گروه‌ها با قانون، تعیین کیفر و در نهایت اجرای آن می‌پردازند.

کِنِدی در پژوهشی دربارهٔ نژاد و تأثیر آن بر عملکرد نظام عدالت کیفری نتیجه می‌گیرد که بدبینی به رنگ پوست افراد موجب می‌شود تا تبعیض و آزار، به فرهنگی سازمانی برای محروم نمودن افراد از دسترسی به عدالت تبدیل شود، به گونه‌ای که در آخرین مرحلهٔ فرایند رسیدگی که به زندان ختم می‌شود، شاهد حضور بی‌تناسب سیاه‌پوستان و فقرا در زندان‌ها هستیم (Kennedy, 2004: 41). حال آنکه این عدم تناسب ناشی از آمار بالای ارتکاب جرم توسط محرومان نیست، بلکه ناشی از تمرکز فعالیت‌های نظام عدالت کیفری بر زندگی آن‌هاست. آمارهای مذکور در رویکرد کنونی نظام عدالت کیفری به مدیریتِ خطرِ مجرمان، یک دستاورد تلقی می‌شود.

۳-۲. ورود مدیریت‌گرایی به نظام عدالت کیفری

از دههٔ هشتاد میلادی، نگرش‌های جدیدی در حیطهٔ علوم جنایی پدید آمده‌اند که ماهیتی کاملاً مدیریتی دارند. دیدگاه‌های جدید به جای تحلیل جرم و کشف دلایل شکل‌گیری آن، با رویکردی مدیریتی ریسک ارتکاب جرم را مانند حوزه‌های اقتصاد، بیمه و... ارزیابی و مدیریت می‌کنند (پاک‌نهاد، ۱۳۸۸: ۱۶).

مفهوم مدیریت‌گرایی به روش‌هایی اشاره دارد که نظام عدالت کیفری را به عنوان یک کل، بهره‌ورتر و کارآمدتر می‌سازد و در برابر عموم پاسخ‌گوتر می‌نماید. هدف اصلی این رویکرد، استفادهٔ بهینه از منابع مادی و انسانی است و مبنای آن «منطق بیمه‌ای» است. برای رسیدن به این هدف، تأکید بر همکاری بین سازمانی برای تضمین عملکرد واحد تمامی بخش‌های نظام ضرورت دارد. ایجاد طرح‌های راهبردی کلی برای کارکرد همهٔ اجزای نظام به طور یک‌دست، تدوین «قطعه‌نامه‌های مأموریتی» برای جهت‌دهی به هر بخش، ایجاد شاخص‌های کلیدی عملکرد برای ارزیابی اثربخشی و پایش اطلاعات جمع‌آوری‌شده، برای تعیین میزان کارآمدی آن ضروری است (Bottoms, 1995: 25). این رهیافت که ناشی از افول ایدهٔ «اصلاح و درمان» و احیای «ناتوان‌سازی» با تغییر نگرش نسبت به جامعهٔ فرودست جامعه همراه بوده است (پاک‌نهاد، ۱۳۸۸: ۱۱۷) در عمل منجر به آمارگرایی، گرایش به رویکردهای

هزینه - فایده و اقتصادی بودن سیاست‌ها و به فراموشی سپردن اهداف عدالت کیفری شده است.

گزارش‌های مبتنی بر شیوه‌های مدیریتی نهادهای عدالت کیفری، سرشار از صورت‌نگاشت‌ها،^۱ نمودارها، ارزیابی‌های فنی و مقیاس‌های اثربخشی است، اما در عمل فقط حاوی مطالب کمی و آمار است (برای آگاهی بیشتر، ر.ک: پرت، ۱۳۹۲: ۱۵۲ به بعد). این مسئله موجب می‌شود تا نهادهای عدالت کیفری، میزان اثربخشی و کارایی اقدامات خود را در اجرای طرح‌های ضربتی، شمار مجرمان دستگیرشده، آمار پرونده‌های کیفری رسیدگی شده، کوتاه نمودن مدت زمان دادرسی و... منحصر کنند تا در قالب آمار، نمودار و گزارش‌های حاکی از عملکرد مطلوب قابل ارائه باشد (برای نمونه ر.ک: رحمدل، ۱۳۸۳: ش ۴۸-۴۹/۰۳-۱۲۲). در این رویکرد علاوه بر اینکه صرف بودجه کم برای کنترل جرم به یک بازده و ارزش در قالب موفقیت‌های سازمان تبدیل شده است، زبان و اصطلاح‌های سنجشی و احتمالات، جانشین رویکرد و زبان بالینی و پیشگیری می‌گردد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۸: ۷۲۵). نظام عدالت کیفری، در نتیجه اتخاذ رویکردهای مدیریت گرایی، به جای پرداختن به عوامل ایجاد جرم و حذف نابرابری‌ها که هزینه‌بر، زمان‌بر و دیربازده هستند، به یک نهاد اقتصادگرا تبدیل شده (برای نمونه ر.ک: همان: ۷۵۱-۷۷۱) که اولویت آن اداره مؤثر و کارآمد نظام عدالت کیفری است. اتخاذ این رویکرد، علاوه بر اعمال تبعیض، در بسیاری از موارد منجر به بی‌اثر شدن تلاش‌های نهادهای عهده‌دار رفاه و سیاست اجتماعی می‌شود. این عدم تعادل در کاربست سیاست‌های مناسب در نظام عدالت کیفری ناشی از فقدان اصول راهنمای مشترک برای سیاست‌گذاری‌های جنایی و رفاهی - اجتماعی است.

۲-۴. فقدان اصول راهنمای مشترک برای سیاست‌گذاری‌های جنایی و

رفاهی - اجتماعی

وجود اصول راهنمای مشترک به منظور سیاست‌گذاری‌های عملی در حوزه مسائل اجتماعی و جنایی امری ضروری است، حال آنکه عموماً شعار هم‌سویی این سیاست‌ها

1. Pictograms.

سر داده می‌شود، در عمل سیاست‌های جنایی و اجتماعی در موارد بسیاری ناقص یکدیگرند؛ برای مثال، سیاست‌های رفاهی و اجتماعی در جهت ادغام‌سازی اجتماعی^۱ افراد جامعه تلاش می‌کنند، اما تشدید تدابیر کیفری، اعمال سیاست‌های ناتوان‌ساز و محرومیت اجتماعی به عنوان مجازات تبعی برای مجرمان مکرر یا مرتکبان جرایم شدید، موجب طرد آنان از جامعه می‌گردد. سیاست‌های مبنی بر کاهش سن مسئولیت کیفری جوانان در کشورهایی چون ایالات متحده آمریکا، انگلستان، استرالیا و کانادا و امکان فرستادن آن‌ها به زندان در تقابل با تلاش سازمان‌های مددکاری برای اصلاح آسیب‌های وارد بر فرایند اجتماعی شدن آنان نمونه‌ای از این تضادهاست (Muncie, 2006). از آنجا که مجازات عادلانه در یک جامعه غیر عادل ناممکن است، به جای تمرکز بر عدالت کیفری، باید سطوح تحمیل مجازات را کاهش داد و همزمان نیز تلاش کرد تا از طریق نظام عدالت کیفری و کیفر آسیب کمتری به مردم وارد آید (Hudson, 2003: 6). عدالت کیفری باید موجب ادغام اجتماعی مردم شود، اما سیاست‌های کنونی آن عموماً موجب طرد افراد، گروه‌ها و طبقه‌های اجتماعی می‌شود.^۲

عمده‌ترین مجازات نظام عدالت کیفری توسل به زندان است (برای آگاهی بیشتر، ر.ک: نجفی ابرنآبادی، ۱۳۸۷: ش ۸۹/۱۲-۹۱). زندان که در اندیشه اصلاح و بازپروری، «درمانگاه مجرمان» و محل اجرای برنامه‌های بازپروری بود، با شکل‌گیری و توسعه اهداف مدیریتی جرم به «زباله‌دان اجتماعی / جامعه» تبدیل شده است (پاک‌نهاد، ۱۳۸۸:

۱. مفهوم ادغام اجتماعی (Social inclusion) یا ادغام‌سازی اجتماعی که در مقابل طرد اجتماعی (Social exclusion) قرار دارد، از مفاهیمی است که در سیاست‌گذاری‌های جنایی و اجتماعی اهمیت دارد. در جامعه‌ای که ادغام‌سازی اجتماعی در آن به خوبی انجام می‌شود، تمام مردم احساس ارزش داشتن می‌کنند، به تفاوت‌های آن‌ها احترام گذاشته می‌شود، به نیازهای همه توجه می‌شود و نیازهای اولیه همه افراد مهم تلقی می‌شود و کرامت انسانی همه پاس داشته می‌شود (cf. Sen, 2000: 120).

۲. عدالت کیفری به افراد ناقض قانون برجسب «دیگری / دشمن» می‌زند و به این ترتیب به گونه‌ای رسواکننده ناقضان قانون را از شهروندان تابع قانون جدا می‌کند و با برجسب مجرمانه، افراد را از حقوق شهروندی محروم می‌نماید؛ برای مثال، شرط عدم سوءسابقه برای استخدام. این فقط خاص نهاد‌های دولتی نیست و نهاد‌های خصوصی نیز به دلیل سوءسابقه کیفری، افراد را از بازگشت به جامعه محروم می‌کنند. داشتن سابقه کیفری، گشودن حساب بانکی، گرفتن وام، تهیه مسکن و حتی تشکیل خانواده را دشوار می‌کند.

۲۲). ضمن آنکه تا کنون، پیامدهای منفی زندان بیش از آثار مثبت آن بوده است (برای نمونه رک: زینالی و دیگران، ۱۳۷۸؛ عبدی: ۱۳۷۷). زندان، محکومان غیر خشن را به افراد خطرناک تبدیل می‌کند و درجهٔ خشونت مجرمان خشن را افزایش می‌دهد (آشوری، ۱۳۸۲: ۴۱) و افزون بر تأثیرات فرهنگی خاصی که بر ساکنان خود می‌گذارد، شانس ادغام فرد در زندگی اجتماعی را کاهش می‌دهد. کارکرد اخیر زندان را نمی‌توان با اهداف کیفرشناسانه ارزیابی کرد؛ زیرا در عمل به ابزاری برای حذف طبقه‌های فرودست، فقیر و بیکار تبدیل شده است (Irwin, 1990: 2).

نتایج پردکنندهٔ نظام عدالت کیفری، به زندان و پیامدهای پس از آن منحصر نیست. تحمیل محرومیت‌های اجتماعی از قبیل محرومیت از حق انتخاب کردن یا انتخاب شدن در فعالیت‌های سیاسی، محرومیت از اشتغال در مشاغل گوناگون یا عضویت در نهادهای مختلف، به عنوان اثر تبعی مجازات، بازگشت فرد به اجتماع را بیش از پیش دشوار می‌نماید و گروه‌های خاصی را به گزینش زندگی مجرمانه سوق می‌دهد. با در نظر گرفتن این نتایج پردکننده باید گفت که سیاست‌های کنونی نظام عدالت کیفری نه تنها با سیاست‌های اجتماعی و عدالت اجتماعی در تناقض است، بلکه با اهداف خود نظام عدالت کیفری^۱ یعنی برقراری و اجرای عدالت نیز تضادی آشکار دارد.

۳. اصول پیوند عدالت اجتماعی و کیفری

بررسی سیر دگرگونی اندیشه‌های حاکم بر نظام‌های عدالت کیفری در دهه‌های اخیر نشان می‌دهد که سیاست‌گذاران جنایی هم در دورهٔ موسوم به «اصلاح و درمان» و هم در دورهٔ «جنبش بازگشت به کیفر»، به دلیل شرایط سیاسی اقتصادی و اجتماعی ویژه

۱. برای مثال، در ایالات متحده آمریکا هدف اصلی عدالت کیفری به صراحت «اجرای عدالت برای همه از طریق محاکمه و مجازات ناقضان قانون، حمایت از بی‌گناهان و تلاش برای کاهش جرم» بیان شده است (Blumstein, 1998: 127-135). در اصل ۱۵۶ قانون اساسی ایران، قوه قضاییه «پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت» و «[مسئول] احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی مشروع»... برای کلیهٔ اعضای جامعه است. از این اصل می‌توان هدف اساسی نظام عدالت کیفری در ایران را نیز اجرای عدالت استنباط کرد.

خود در چگونگی مدیریت کنترل جرم، دچار افراط و تفریط‌هایی شده‌اند و اکنون باید میان این دو رویکرد تعادل برقرار کرد. لزوم پیوند عدالت اجتماعی و عدالت کیفری برای اولین بار توسط دی کوک در سال ۲۰۰۵ بیان شد (Cook: 2006) و پس از آن بسیاری از صاحب‌نظران علوم جنایی تحلیلی و تفسیری، چگونگی امکان برقراری این پیوند را بررسی کرده‌اند.

در مباحث عدالت اجتماعی، تمرکز بر توزیع عادلانه منابع مادی و امتیازات اجتماعی و تعادل آن با تقسیم وظایف و مسئولیت‌هاست. در بحث پیوند عدالت اجتماعی و کیفری، لزوم پیروی شهروندان از قانون و سرزنش‌پذیری آن‌ها در دسته مسئولیت‌ها و تکالیف قرار می‌گیرد و باید میان میزان سرزنش‌پذیری مذکور و سایر ابعاد نابرابری‌های ساختاری توازن وجود داشته باشد تا بار تکالیف اجتماعی بر دوش اعضای جامعه «تکلیف مالایطاق» تلقی نگردد. تشدید مجازات مجرمان، ضمن آنکه خلاف اصول عدالت اجتماعی است، از اهداف عدالت کیفری نیز فاصله دارد. اندیشه توزیع منصفانه حقوق و تکالیف باید از مرحله آغازین فعالیت‌های نظام عدالت کیفری (هنجارگذاری و کیفرگذاری) تا مراحل پایانی (اجرای کیفر و نظارت‌های پس از آن)، مد نظر سیاست‌گذاران قرار داشته باشد تا مانع از تصویب و اتخاذ قوانین و سیاست‌های غیر عادلانه و اجرای تبعیض‌آمیز آن‌ها شود.

به طور کلی در بحث پیوند عدالت اجتماعی و کیفری، تمرکز بر چند نکته اساسی زیر است:

۱. فراهم نمودن فرصت‌های برابر در دسترسی به عدالت قضایی برای همه اعضای جامعه؛
۲. توزیع عادلانه مسئولیت‌ها، تکالیف و ضمانت اجراها؛
۳. ایجاد توازن میان مسئولیت دولت و شهروندان و جلوگیری از افراط و تفریط در تحمیل مسئولیت بر هر یک از این دو؛
۴. توجه به آزادی انتخاب برای تبعیت از قانون یا نقض قانون در انتساب مسئولیت کیفری به فرد محروم؛
۵. سنجش واقعی میزان سرزنش‌پذیری مجرم با توجه به شرایط پیرامونی وی؛

۶. تعدیل سیاست‌های کنترل جرم به سمت سیاست‌های منطقی و عادلانه؛
 ۷. تلاش برای شرمسار نمودن بازگرداننده^۱ مجرم و بازپذیری و ادغام وی در جامعه در عین به رسمیت شناختن توانایی مسئولیت‌پذیری مرتکب محروم.
 پیوند عدالت اجتماعی و عدالت کیفری، از به حاشیه رانده شدن افراد و گروه‌های ضعیف جلوگیری می‌کند و ضمن فراهم شدن دسترسی همه شهروندان به فرصت‌های برابر در نظام عدالت کیفری، موجب افزایش احساس تعلق شهروندان به جامعه و افزایش پایداری آن‌ها به قوانین و تحقق قانون‌مداری می‌گردد. با این حال، رسیدن به این نتایج، با شعار ممکن نیست و باید اصولی عملی برای ارتباط میان این دو مفهوم شناسایی شود. بدین منظور باید بایسته‌های هر دو حوزه لحاظ گردد، به گونه‌ای که یکدیگر را نقض، نفی یا بلااثر نکنند. افزون بر این، مکمل هم باشند و در جهت تقویت تدابیر هم به کار گرفته شوند. با توجه به مطالب پیشین مهم‌ترین اصول پیوند عدالت اجتماعی و کیفری به این شرح است:

۳-۱. اصل به رسمیت شناختن همه شهروندان و احترام به حقوق آن‌ها

به رسمیت شناختن همه شهروندان جامعه و احترام گذاشتن به آن‌ها همراه با اصل بازتوزیع، از اساسی‌ترین پیش‌شرط‌های پیوند عدالت اجتماعی و کیفری محسوب می‌شود (Lister, 2004: 188). هنگامی که سیاست‌های اجتماعی و جنایی بر مبنای به رسمیت شناختن همه شهروندان باشند، به حقوق افراد متفاوت و در اقلیت نیز احترام گذاشته می‌شود. بنابراین دیگر گفتمان سیاست‌مداران نمی‌تواند گفتمانی عوام‌پسند باشد و طبقه یا گروهی را به دلیل داشتن ویژگی‌هایی خاص یا حتی آمار بالای ارتکاب جرم، مسئول مشکلات جامعه تلقی کند. نتیجه این احترام، پرهیز از تصویب قوانین تبعیض‌آمیز، خودداری از اجرای جهت‌دار^۲ قوانین و ممانعت از تحمیل سرزنش بر گروه‌های خاص می‌شود. اصل به رسمیت شناختن و احترام گذاشتن، تلاش‌های شعاری و عملی علیه نابرابری را با هم پیوند می‌دهد.

1. Reintegrative shaming.
2. Biased enforcement of laws.

آموزه‌های اسلامی نیز بر این اصل تأکید کرده‌اند.^۱ مروری بر شیوه حکمرانی و قضاوت پیامبر ﷺ و امام علی علیه السلام به عنوان الگوی حکمرانی سیاسی اسلامی، حاکی از رعایت ظریف‌ترین اصول حقوق بشر و مبانی بنیادین حقوق کیفری نوین^۲ است. اندیشه اسلامی ضمن سفارش به اجرای عدالت همگانی، هیچ گونه ظلم و ستمی را حتی نسبت به کافر نمی‌پذیرد^۳ و حقوق کسانی را که اسلام نیاورده‌اند به طور کامل رعایت می‌کند.

برای این اصل که از آن با عنوان «اصل مزدوج» یاد می‌شود، هفت اثر شناسایی شده است:

۱. افزایش همبستگی میان شهروندان؛
 ۲. هویت یافتن تمام شهروندان؛
 ۳. افزایش احساس تعلق به جامعه؛
 ۴. افزایش تمکین و احترام به قوانین جامعه؛
 ۵. شنیده شدن صدای همه شهروندان؛
 ۶. افزایش مشارکت شهروندان در فعالیت‌های اجتماعی؛
 ۷. بالا رفتن سطح مدارا و تحمل اجتماعی شهروندان.
- این آثار لازمه تحقق یافتن و تکامل مردم‌سالاری و حقوق بشر تلقی می‌شود (Williams, 1999: 73). در عین حال، هر دو بخش اصل مزدوج، یادآور اصلی بنیادین

۱. برای نمونه پیامبر اکرم ﷺ می‌فرماید: «الناس کلهم سواء كأسنان المشط»؛ مردم مانند دانه‌های شانه با هم برابرند. قانون اساسی ایران نیز که متأثر از آموزه‌های مذهب امامیه است، علاوه بر به رسمیت شناختن برابری همه مردم (اصل ۱۹) و حمایت یکسان قانون از آنان (اصل ۲۰)، بر عدالت اجتماعی و طبقات محروم تأکید کرده است.

۲. امام علی علیه السلام هنگام فرستادن محمد بن ابی‌بکر به فرمانداری مصر به او نوشت: «حتی در نگاه و نیم‌نگاهت با مردم به تساوی برخورد کن تا بزرگان در ستمکاری تو طمع نکنند و ناتوانان از عدالت تو مأیوس نگردند» (نهج البلاغه، ۱۳۷۹: نامه ۲۷).

۳. هنگامی که امام علی علیه السلام شنید خلخال از پای زنی مسیحی در آورده‌اند، گفت: «به من خبر رسید مردی از شام به خانه زنی مسلمان و زنی غیر مسلمان که در پناه اسلام بوده، وارد شده و پای‌بندهای آن‌ها را به غارت برده، در حالی که هیچ وسیله‌ای برای دفاع جز گریه و التماس نداشته‌اند... اگر برای این حادثه، مسلمانی از روی تأسف بمیرد... از نظر من سزاوار است».

در نظام عدالت کیفری و مخرج مشترک مفاهیم عدالت کیفری و اجتماعی نیز می‌باشد (Sanders, 2002: 324-341).

۲-۳. اصل بازتوزیع^۱ فرصت‌ها، منابع و امکانات جامعه

در اصل بازتوزیع، دو نوع نابرابری عمده با عنوان‌های «نابرابری یا بی‌عدالتی اقتصادی و اجتماعی» ای که ریشه در ساختار سیاسی - اقتصادی جامعه دارد و «نابرابری نمادین یا فرهنگی» که شامل الگوهای به رسمیت نشناختن حقوق افراد و شهروندان و بی‌احترامی به آن‌ها تحت تأثیر سلطه‌های فرهنگی جامعه است، شناسایی می‌شود. نابرابری‌های مذکور بر چگونگی توزیع منابع و فرصت‌های اجتماعی میان شهروندان تأثیر دارند (Fraser, 2000: 111).

بازتوزیع منابع و فرصت‌های اجتماعی، بدون اصل مزدوج امکان‌پذیر نیست. تا زمانی که همه شهروندان به رسمیت شناخته نشده و محترم شمرده نشوند، مفهوم بازتوزیع نیز شناسایی و عملی نمی‌شود. بازتوزیع همراه با به رسمیت شناختن و محترم شمردن موجب اصلاح بخشی از نابرابری‌های مادی می‌شود که ناشی از تفاوت در جنسیت، ناتوانی، مذهب، نژاد، قومیت و طبقه است (Cook, 2006: 183) و بر کیفیت زندگی افراد و دسترسی آن‌ها به درآمد، دارایی، شغل، سلامت و بهداشت، خدمات اجتماعی و کیفیت برخورداری از عدالت اجتماعی و کیفری تأثیر می‌گذارد. این اصل می‌تواند از طریق اعمال سیاست‌های ضد نابرابری^۲ انجام شود تا علاوه بر پیشگیری از به حاشیه رانده شدن محرومان و تشدید وضعیت محرومیت آن‌ها، از دسترسی غیر منصفانه و نابرابر طبقه برخوردار به منابع نیز جلوگیری کند (Sinfield, 2004: 9-11).

جلوه‌هایی از اصل بازتوزیع را می‌توان در سیاست‌گذاری‌های صدر اسلام مشاهده کرد؛ توصیه به صدقه اختیاری و اقسام اجباری آن نظیر زکات، خمس، لزوم دادن کفاره‌های مالی هنگام نقض تکالیف شخصی دینی و اقسام فدیة در آموزه‌های اسلامی با این هدف است که اقشار پایین جامعه که بدون کمک مالی نمی‌توانند زندگی خود را

1. Redistribution.
2. Inequality-proofing.

بگذرانند، حمایت شوند و بازتوزیع منابع در جامعه به صورت اختیاری و همگانی انجام شود. بازتوزیع در اصل فوق، شامل کلیه منابع و حقوق اجتماعی است.

۳-۳. اصل توازن مسئولیت شهروندان

در این اصل، مسئولیت از چند دیدگاه شایان اهمیت است. نخست، به رغم شیوه مرسوم می که با وجود نابرابری‌های مادی و عدم دسترسی افراد به حقوق و فرصت‌های اجتماعی، مسئولیت همه شهروندان با هم برابر است، بر اساس این اصل، مسئولیت افراد به تناسب میزان دسترسی آن‌ها به منابع و برخورداری از حقوق، متفاوت است. بر گروه‌های محروم از منابع و فرصت‌های اجتماعی باید مسئولیت کمتری از دیگران بار شود، ضمن آنکه افراد نابرخوردار و کم‌برخوردار باید سزاوار سرزنش اجتماعی کمتری برای عدم پایبندی به تعهدات خود در جامعه باشند (Carlen, 1989). این اصل در واقع تجلی برداشت رالز از عدالت اجتماعی است که نابرابری‌های اقتصادی باید در راستای منافع همگان باشد و این هم‌راستایی یعنی به همراه داشتن بیشترین منافع و کمترین مسئولیت برای کم‌برخوردارترین افراد جامعه. دوم، دربارهٔ تحمیل مسئولیت باید به اصل «تعهد دوطرفه»^۱ پایبند بود (Giddens, 2000)؛ یعنی همسو با مسئولیت‌های شهروندان در برابر دولت، دولت نیز در برابر شهروندان مسئول است و به موازات عدم ایفای تعهدات دولت در فراهم کردن حقوق شهروندان، مسئولیت شهروندان نیز در انجام تعهدات و تکالیفشان باید تخفیف یابد؛ برای نمونه، افراد طبقه محروم اجتماعی از خدمت در نظام وظیفه معاف گردند یا در میزان تعهدشان تخفیف داده شود.

با این دیدگاه در نظام عدالت کیفری قضاوت دربارهٔ میزان سرزنش‌پذیری افراد مانند نظام مالیات بر درآمد اشخاص، متناسب با شرایط آن‌هاست. چگونه می‌توان خشونت فرد ثروتمند موفق مشمول حمایت‌های همه‌جانبه قانون و جامعه را با خشونت فرد حاشیه‌نشین متعلق به اقلیت محروم از حمایت و در معرض انواع تبعیض یکسان انگاشت یا حتی اولی را به دلایل متعدد مانند اعتبار اجتماعی از سرزنش تبرئه کرد و دومی را به دلیل شرایط نامساعد بیشتر سزاوار سرزنش دانست. در این خصوص، حتی

1. Mutual obligations.

علم روان‌شناسی هم برای اعمال خشونت فرد محروم، توجیهات قوی و مستحکمی دارد.

اصل توازن مسئولیت، موجب تعدیل سیاست‌های سخت‌گیرانه نظام‌های عدالت کیفری علیه طبقه نابرخوردار و آزادی‌های افراطی طبقه سرمایه‌دار و تولیدکننده می‌شود.^۱ توازن مسئولیت در حوزه عدالت کیفری می‌تواند شامل جرم‌زدایی از رفتارهایی باشد که ناشی از شرایط محرومیت افراد است یا تخفیف مسئولیت کیفری و مجازات افرادی که از دسترسی به فرصت‌های برابر در نتیجه مشکلات ساختاری و اتخاذ سیاست‌های عمومی و اقتصادی دولت‌ها یا سوء مدیریت محروم بوده‌اند. همچنین می‌تواند به جای تشدید مجازات، موجب تلاش برای رفع شرایط آسیب‌زا و جرم‌زا گردد. در این باره، به نظر می‌رسد عدم اجرای حد سرقت در سال قحطی یا لزوم دسترسی به همسر و امکان برآوردن نیازهای جنسی فرد محصن، به عنوان یکی از شرط‌های اجرای حد زنا در نظام کیفری اسلامی با مبانی این اصل انطباق داشته باشد.

با به رسمیت شناخته شدن اصل بازتوزیع و توازن مسئولیت، بسیاری از موانع پیش روی اندیشمندان حقوق برای بازتعریف مفهوم سرزنش‌پذیری نسبت به وضعیت‌های نامساعد اجتماعی مجرمان برطرف می‌گردد. اصل توازن مسئولیت همیشه در صدد تعدیل مسئولیت و سرزنش مرتکبان محروم نیست. توجه به این اصل ایجاب می‌کند که قوانین ناظر بر جرایم صاحبان نفوذ و یقه‌سفیدان، جرایم دولت و سازمان‌های دولتی و فسادهای مالی و اداری نیز در پرتو فهمی مبتنی بر عدالت اجتماعی با شدت و جدیت بیشتری اجرا شوند. قاضی متأثر از مفهوم عدالت اجتماعی، به خوبی از آثار جرایم اقتصادی کلان، رفتارهای تبعیض‌آمیز در برابر شهروندان، سوءاستفاده از قدرت و مانند آن بر پردشدگی اجتماعی شهروندان آگاهی دارد و اصل توازن مسئولیت را مد نظر قرار می‌دهد. این پایبندی گاه به صورت تعدیل سرزنش‌پذیری مرتکب محروم و اعطای

۱. طی دهه‌های گذشته تأثیر ترکیب سیاست‌های نئولیبرال و نئومحافظه‌کار در خصوص سرمایه‌گذاری افراطی و انتظام اخلاقی موجب شده تا از طبقه سرمایه‌دار و ثروتمند مسئولیت‌زدایی شود و در عوض اشخاص آسیب‌پذیر که از ضعف اقتصادی رنج می‌برند به دلیل تهدید برای ارزش‌های سرمایه‌داری مسئولیت مضاعف یابند.

فرصت به او و گاه با سخت‌گیری بر مرتکبان بانفوذ که با اقدامات خود به تحقق عدالت اجتماعی در جامعه تعرض می‌کنند، جلوه‌نمایی می‌کند.

۳-۴. اصل پایداری سیاست‌های اجتماعی و جنایی

یکی از مهم‌ترین دلایل ناکام ماندن سیاست‌های اجتماعی و رفاهی، تداوم نیافتن این سیاست‌ها در نتیجه تغییر قدرت‌های سیاسی و تغییر نگرش آن‌ها به چگونگی مدیریت جامعه است. این مسئله، علاوه بر سیاسی نمودن سیاست‌های اجتماعی، منجر به ضربتی شدن سیاست‌های کیفری نیز می‌گردد. پایداری رویکرد سیاست‌های اجتماعی و جنایی در به ثمر رسیدن آن‌ها اهمیت دارد. مفهوم «پایدار» در این اصل، فقط به زمان اشاره ندارد و شامل چگونگی اختصاص بودجه و نیروی انسانی در اجرای سیاست‌های اجتماعی و جنایی نیز هست (Perri et al., 1999). تغییر مداوم نگرش‌های سیاست‌گذاری در نتیجه کوتاه بودن مدت‌زمان تصدی پست‌های سیاسی و مدیریتی، موجب نوسان‌های مکرر در اختصاص نیروی انسانی و بودجه مورد نیاز به سیاست‌های اجتماعی و جنایی می‌شود، حال آنکه پایداری اختصاص منابع مذکور، در به ثمر رسیدن سیاست‌گذاری‌های این حوزه نقش به‌سزایی دارد. مفهوم پایداری، به همکاری پایدار مردم و گروه‌های اجتماعی و ارتقای مشارکت مردمی در روابط و فعالیت‌های اجتماعی اشاره دارد (Kelly & Jamieson, 2005: 306-324). اصل پایداری، چشم‌اندازی کل‌گرایانه‌تر در مقایسه با رویکرد سیاست‌گذاری و تصمیم‌گیری در حوزه عدالت اجتماعی و کیفری پیش رو قرار می‌دهد.

۳-۵. اصل کل‌نگری^۱ در سیاست‌گذاری

شیوه‌های کل‌نگر در سیاست‌گذاری، به دنبال جستجوی مناسب‌ترین سازوکارها برای مخاطب قرار دادن و شمول همه افراد و مسائل و در نظر گرفتن نتیجه اجرای سیاست‌ها به عنوان یک «کل» هستند. بنابراین هر نظام باید در رابطه با اجزای خود از اصل کل‌نگری بهره بگیرد؛ برای مثال، عدالت کیفری به عنوان یک نظام یا دستگاه به نوبه

1. Holism.

خود از نهادهایی تشکیل شده که در تعامل با یکدیگر، رسالت تأمین امنیت جامعه را بر عهده دارند، به طوری که نارسایی و اختلال در یکی از آن‌ها کل نظام را ناکارآمد و گاه بحرانی^۱ می‌نماید (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۲: ۱۱). افزون بر آن نهادهای متولی سیاست‌های اجتماعی باید در پیوند با سایر نهادها فعالیت کنند.

اصل کل‌نگری می‌کوشد تا پیامدهای ناشی از تک‌نگری و جدایی‌نگری سیاست‌گذاری در سازمان‌ها و بخش‌های مختلف حکومت را به چالش بکشد. یکی از مهم‌ترین دلایل ناکام ماندن اجرای سیاست‌های جنایی، جدایی‌نگری آن از سیاست‌های رفاهی - اجتماعی است (Stenson & Edwards, 2004). عدم ارتباط و هماهنگی مناسب میان این سیاست‌ها و سازمان‌های مجری آن، سبب تحمیل هزینه‌های مادی و انسانی بر دولت و جامعه می‌گردد. کل‌نگری در تدوین و اجرای سیاست‌ها به معنای توجه به تأثیر تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری یک حوزه بر سایر حوزه‌هاست.

از نمونه‌های بارز رویکرد کل‌نگر در انگلستان، دادگاه ویژه «خشونت خانگی» است که برای کنترل آن، از مداخله‌های همزمان عدالت کیفری و رفاه اجتماعی بهره می‌برد. این مداخله‌ها از اصول «حقوق درمانی»^۲ بهره می‌گیرد و با فاصله گرفتن از اصول سنتی اتهامی، برای تأمین نیازهای بزه‌دیدگان، بازپذیری بزه‌کاران و رفع شرایط آسیب‌زا، رویکردی مبتنی بر «حل مسئله» و «مشارکت افقی»^۳ برمی‌گزیند (Ostrom, 2003).

انتخاب رویکرد کل‌نگر مستلزم استفاده از همه سازمان‌ها و نهادها مانند پلیس، نظام قضایی، سازمان بهداشت و سلامت، سازمان‌های کار، بیمه اجتماعی، مسکن و نهادهای مردمی برای کنترل جرم و عوامل آن است. کل‌نگری و انعطاف این رویکرد موجب می‌شود تا شکاف میان عدالت اجتماعی و عدالت کیفری کمتر شود و در

۱. برای اطلاع بیشتر از آثار بی‌توجهی به کل‌نگری، ر.ک: گسن، ۱۳۷۷: ش ۱۰.

2. Therapeutic jurisprudence.

۳. در علوم اجتماعی، مشارکت سه نوع است: مشارکت افقی (Horizontal participation)، عمودی (Vertical participation) و انفرادی (Individual development). مشارکت عمودی، به رابطه رسمی میان نهادهای دولتی و مردم اشاره دارد. مشارکت افقی، در ارتباطات میان مردم در جوامع محلی و روابط بین فردی آن‌ها مطرح می‌شود. افزایش مشارکت‌های افقی و تلاش برای توسعه فرهنگ حل تعارض‌ها به صورت غیر رسمی از سازوکارهایی است که موجب افزایش ادغام اجتماعی و همبستگی‌های اجتماعی می‌شود (cf. Hinckley, 1986: 57-67).

عوض پاسخی «به هم پیوسته»^۱ و جامع‌نگر به نیازهای اطراف درگیر در جرم از قبیل مجرم، بزه‌دیده، خانواده‌های آن‌ها و جامعه داده شود. در نتیجه این رویکرد، کارایی و انصاف عدالت کیفری با چالش و تردید مواجه نمی‌شود و سیاست‌های اجتماعی، به نتایج سودمند و مفید منجر می‌گردد.

نتیجه‌گیری

بررسی دلایل جدایی‌نگری عدالت اجتماعی و کیفری و مروری بر سیر تاریخی سیاست‌گذاری‌های جنایی دوران معاصر نشانگر آن است که بی‌توجهی به این پیوند، منجر به پیامدهای ناگواری برای جامعه از جمله به حاشیه رانده شدن افراد و گروه‌های خاص، تشدید و نهادینه شدن تبعیض‌های ساختاری، احساس بی‌عدالتی و عدم تمکین از قوانین و هنجارهای جامعه خواهد شد. عدالت اجتماعی و کیفری همچون دو روی یک سکه لازم و ملزوم یکدیگرند.

در این راستا، نه تمرکز بیش از حد بر عدالت اجتماعی و مسئولیت‌زدایی محض از مرتکبان جرم، راهکار مناسبی برای کنترل جرم است، چنان‌که در دوره اصلاح و درمان رایج بود و منجر به تضعیف حقوق کیفری و تبلور اندیشه‌های الغاگرایانه شد و نه تمرکز بیش از حد بر کیفر و ناتوان‌سازی و مسئولیت‌زدایی از دولت پیامدهای مثبتی به دنبال داشت. بررسی وضعیت سیاست جنایی چند دهه اخیر بیانگر آن است که این سازوکارها، پیامدهای پردکننده شدیدی به همراه داشته‌اند، حال آنکه یک رویکرد متعادل به کنترل جرم باید در عین به رسمیت شناختن مسئولیت مجرم، عوامل مؤثر در ارتکاب جرم را مد نظر قرار دهد به گونه‌ای که پاسخ‌های اتخاذشده در برابر جرم در عین مؤثر بودن، موجب طرد گروه‌هایی خاص از جامعه و تحمیل تمام مسئولیت بر ایشان نگردد.

نظریه پیوند عدالت اجتماعی و کیفری، علاوه بر ایجاد تعادل، پایداری و کل‌نگری در اتخاذ پاسخ‌های مناسب برای کنترل جرم که از مهم‌ترین شروط سیاست‌گذاری

1. Joined-up response.

عمومی هستند از طرد طبقات محروم جلوگیری می‌کند.

اولین گام برای افزایش دسترسی شهروندان به فرصت‌های برابر، کاهش و از بین بردن نابرابری‌ها و محرومیت‌های جامعه «نفی طبیعی بودن» نابرابری‌ها در نتیجه مفهوم‌شناسی درست از عدالت اجتماعی است. همه افراد جامعه با یکدیگر برابرند و هیچ صفتی موجب نمی‌شود که بتوان با توسل به آن، محرومیت‌ها را توجیه کرد. لازمه کاهش نابرابری تعدیل قدرت و تلاش برای بازگرداندن حاشیه‌نشین‌ها و حذف‌شدگان جامعه به عرصه عمومی است. تا زمانی که در اثر مناسبات ناعادلانه حاکم بر جامعه، شهروندان محروم و قربانی تبعیض، از حضور فعال در عرصه‌های اقتصادی، اجتماعی و سیاسی به دور باشند کماکان موقعیت نامناسبشان بازتولید می‌شود.

یکی از شیوه‌های مناسب برای کنترل این اتفاق، تضمین دسترسی به عدالت در سایر ابعاد زندگی اجتماعی است. راهکار دیگر، به حداکثر رساندن توانایی‌های نسبی افراد در جامعه است. از آنجا که در جوامع کنونی، سرمایه‌های اقتصادی و پول، سرمایه اجتماعی (همبستگی)، فرهنگی، سیاسی (رأی) و تحصیلات قابل تبدیل به یکدیگرند و همه سرمایه‌های پیش‌گفته در اختیار افراد و اقشار خاصی قرار ندارند افراد و هویت‌های اجتماعی - فرهنگی می‌توانند سرمایه یا توانایی‌هایی را که در آن مزیت نسبی دارند تا حد امکان گسترش داده و آن را به دیگر سرمایه‌های مورد نیاز تبدیل کنند. تضمین دسترسی به عدالت و ارتقای توانایی‌های افراد، مستلزم وجود قوانین حمایت‌کننده از محرومان و تفسیر صحیح از مفهوم قرارداد اجتماعی، شهروندی و حق حاکمیت دولت‌هاست.

در حال حاضر، بسیاری از اقشار جامعه مانند فقرا، اقلیت‌های مذهبی، نژادی و قومی به رغم محرومیت از حقوق خود همچنان متعهد به انجام وظایف و تکالیفشان هستند و دولت‌ها حتی در اعمال ضمانت اجرا در برابر تخلف این اقشار، بی‌تعهدی خود به فراهم نمودن حقوق آن‌ها را فراموش می‌کنند؛ برای مثال، جوانان اقشار ضعیف جامعه همچنان متعهد به انجام خدمت سربازی هستند یا ناقضان قوانین کیفری که به دلیل ساختارهای اجتماعی نامناسب، حاشیه‌نشینی، فراهم نبودن فرصت‌های شغلی مناسب و... به سوی ارتکاب جرم رانده شده‌اند دارای مسئولیت کیفری برابر با اقشار

برخوردار هستند و حتی از آنجا که محرومیت یک ویژگی منفی اجتماعی تلقی می‌شود، هنگام نقض هنجارهای کیفری گاه با ضمانت اجرایی شدیدتر از دیگران مواجه می‌شوند.

بدین روی به نظر می‌رسد به رسمیت شناختن این اصول که در صدد رفع شکاف میان عدالت اجتماعی و کیفری است در تعدیل سیاست جنایی کنونی جوامع، دستیابی به اهداف نظام عدالت کیفری و افزایش سطح عدالت اجتماعی نقش به‌سزایی داشته باشد.

اندیشهٔ توزیع منصفانهٔ حقوق و تکالیف، باید از مرحلهٔ آغازین فعالیت‌های نظام عدالت کیفری، یعنی هنجارگذاری و کیفرگذاری تا مراحل پایانی، یعنی اجرای کیفر و مراقبت‌ها و نظارت‌های پس از کیفر یا آثار تبعی کیفر مد نظر سیاست‌گذاران قرار داشته باشد تا مانع تصویب قوانین و سیاست‌های ناعادلانه و اجرای تبعیض‌آمیز آن‌ها شود.

کتاب‌شناسی

۱. آشوری، محمد، جایگزین‌های زندان یا مجازات بینابین، تهران، گرایش، ۱۳۸۲ ش.
۲. پاک‌نهاد، امیر، «جرم‌شناسی و آزادی اراده»، تازه‌های علوم جنایی: مجموعه مقاله‌ها، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۳. همو، سیاست جنایی ریسک‌مدار، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۴. پرت، جان، عوام‌گرایی کیفری؛ بسترها، عوامل و آثار، ترجمه هانیه هژبرالساداتی، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۵. حبیب‌زاده، محمدجعفر، مبانی حقوق کیفری، جزوه درسی دوره دکتری، ۱۳۹۰ ش.
۶. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۸ ش.
۷. رحمدل، منصور، «آمار جنایی و کارکردهای آن»، مجله حقوقی دادگستری، شماره‌های ۴۸-۴۹، ۱۳۸۳ ش.
۸. رحیق اغصان، علی، دانشنامه در علم سیاست، تهران، فرهنگ صبا، ۱۳۸۴ ش.
۹. زینالی، علی و محمد نارون و تورج محمدزاده، «بررسی آماری بازگشت مجدد زندانیان به عنوان شاخص اصلاح یا مجازات»، خلاصه مقالات همایش سراسری علمی - تخصصی زندان (مجازات یا اصلاح)، چاپ سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور، ۱۳۷۸ ش.
۱۰. عبدی، عباس، تأثیر زندان بر زندانی (آسیب‌شناسی اجتماعی)، تهران، نور، ۱۳۷۷ ش.
۱۱. کاشفی اسماعیل‌زاده، حسن، «جنبش‌های بازگشت به کیفر»، مجله الهیات و حقوق، شماره‌های ۱۵-۱۶، ۱۳۸۴ ش.
۱۲. کلاتری، محسن و مهدی توکلی، «شناسایی و تحلیل کانون‌های جرم‌خیز شهری»، مجله اصلاح و تربیت، شماره ۶۶، ۱۳۸۶ ش.
۱۳. گسن، رمون، «بحران سیاست‌های جنایی کشورهای غربی»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله تحقیقات حقوقی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۰، ۱۳۷۷ ش.
۱۴. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۲ ش.
۱۵. مقدسی، محمدباقر و محمد فرجیها، «ویژگی‌های سیاست‌های کیفری عوام‌گرا»، فصلنامه مطالعات تطبیقی، دوره چهارم، شماره ۲، ۱۳۹۲ ش.
۱۶. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، بزهکاری و شرایط اقتصادی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۹، ۱۳۷۰ ش.
۱۷. همو، تقریرات درس جرم‌شناسی، دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، تهران، دانشگاه تربیت مدرس، ۸۷-۱۳۸۶ ش، قابل دسترسی در: <lawtest.ir>.
۱۸. همو، «درآمدی بر پژوهش در نظام عدالت کیفری: فرصت‌ها و چالش‌ها»، بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری، تهران، میزان با همکاری دفتر آموزش و پژوهش سازمان قضایی نیروهای مسلح، ۱۳۹۲ ش.
۱۹. همو، «درآمدی بر سیاست کیفری عوام‌گرا»، دیپاچه در: لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۲۰. همو، «زندان به عنوان کلینک درمان جرم شکست خورده است» (سخنرانی)، مجله گواه، شماره ۱۲، ۱۳۸۷ ش.
۲۱. همو، «کیفرشناسی نو - جرم‌شناسی نو: درآمدی بر سیاست جنایی مدیریتی خطرمدار»، تازه‌های علوم جنایی، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۲۲. واعظی، احمد، نقد و بررسی نظریه‌های عدالت، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۸۸ ش.

۲۳. وایت، راب و فیونا هینز، *جرم و جرم‌شناسی*، ترجمه علی سلیمی و همکاران، قم، پژوهشکده حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۲ ش.
۲۴. همو، *درآمدی بر جرم و جرم‌شناسی*، ترجمه میر روح‌الله صدیق بطحایی اصل، تهران، دادگستر، ۱۳۸۲ ش.
۲۵. هزارجریبی، جعفر، «بررسی احساس عدالت اجتماعی و عوامل مؤثر بر آن (مطالعه موردی شهر تهران)»، *فصلنامه جامعه‌شناسی کاربردی*، شماره ۳، ۱۳۹۰ ش.
26. Blumstein, A., "US Criminal Justice Conundrum: Rising Prison Populations and Stable Crime Rates", *Crime and Delinquency*, Vol. 44, 1998.
27. Bottoms, A. E., "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing", in: C. Clarkson & R. Morgan (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford, Clarendon, 1995.
28. Carlen, P., "Crime Inequality and Sentencing", in: C. P. Carlen & D. Cook (eds.), *Paying for Crime*, Milton Keynes, Open University Press, 1989.
29. Cook, Dee, *Criminal and Social Justice*, Pine Forge Press, 2006.
30. Faulkner, D., *Crime the State and Citizen: A Field Full of Folk*, Winchester, Waterside Press, 2001.
31. Fraser, N., "Rethinking Recognition", *New Left Review*, No. 3, May 2000.
32. Garland, David, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, University of Chicago Press, 2002.
33. Giddens, A., *The Third Way and Its Critics*, Oxford, Polity Press, 2000.
34. Hinckley, Stanley R., "A Closer Look at Participation", *Organizational Dynamics*, Vol. 13, Issue 3, 1986.
35. Hsieh, C. C. & M. D. Pugh, "Poverty, Income Inequality and Violent Crime: A Meta-Analysis of Recent Aggregate Data Studies", *Criminal Justice Review*, Vol. 18, Issue 2, 1993.
36. Hudson, B., *Justice in the Risk Society: Challenging and Re-affirming Justice in Late Modernity*, London, Sage, 2003.
37. Irwin, John, *The Jail: Managing The Underclass in American Society*, University of California Press, 1990.
38. Kelly, K. D. & T. Caputo & W. Jamieson, "Reconsidering Sustainability: Some Implications for Community-Based Crime Prevention", *Critical Social Policy*, Vol. 25, No. 3, 2005.
39. Kennedy, H., *Just Law*, London, Chatto and Windus, 2004.
40. Lister, Ruth, *Poverty*, Cambridge, Polity Press, 2004.
41. Marshall, T. H., *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950.
42. Miller, David, *Principles of Social Justice*, Oxford, 2003.

43. Muncie, John, "Governing Young People: Coherence and Contradiction in Contemporary Youth Justice", *Critical Social Policy*, Vol. 26, No. 4, 2006.

44. Novak, M., "Defining Social Justice", *First Things*, Issue 108, 2000.

45. Ostrom, B. J., "Domestic Violence Courts", *Criminology and Public Policy*, Vol. 3, No. 1, 2003.

46. Perri, G. & Diana Leat & Kimberly Seltzer & Gerry Stoker, *Governing in the Round: Strategies for Holistic Government*, London, Demos, 1999.

47. Rawls, John, "Justice as Fairness: Political not Metaphysical", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 14, No. 3, Summer 1985.

48. Reiman, Jeffrey H., *The Rich Get Richer and the Poor Get Prison: Ideology, Class and Criminal Justice*, Boston, Pearson/Allyn & Bacon, 2007.

49. Roberts, Julian V. & Mike Hough, "Sentencing Riot-Related Offending Where Do the Public Stand?", *British Journal of Criminology*, Vol. 53, Issue 2, 2013.

50. Rutherford, Andrew, *Criminal Justice Choices: What Is Criminal Justice for?*, London, 2001.

51. Sanders, Andrew & Richard Young & Mandy Burton, *Criminal Justice*, 4th Ed., Oxford University Press, 2007.

52. Sanders, Andrew, "Core Values, the Magistracy and the Auld Report", *Journal of Law and Society*, Vol. 29, No. 2, 2002.

53. Sen, Amartya K., *On Economic Inequality (expanded ed.)*, Oxford New York, Clarendon Press, Oxford University Press, 1997.

54. Sinfield, Adrian, *Preventing Poverty in Market Societies*, Paper to ESPAnet Annual Conference, Oxford, 2004.

55. *Social Justice* (n.d.), Abbreviations.com, Retrieved December, <http://www.abbreviations.com/OCIAL%20JUSTICE>.

56. *Social Justice* (n.d.), Dictionary.com's 21st Century Lexicon, Retrieved December 03 2014, [http://dictionary.reference.com/browse/social justice](http://dictionary.reference.com/browse/social%20justice).

57. Stenson, K. and A. Edwards, "Policy Transfer in Local Crime Control: Beyond Naive Emulation", in: T. Newburn & R. Sparks (eds.), *Criminal Justice and Political Cultures, National and International Dimensions of Crime Control*, Cullompton, Willan, 2004.

58. Terrill, Richard J., *World Criminal Justice Systems: A Comparative Survey*, Newnes, 2012.

59. Williams, F., "Good-Enough Principles for Welfare", *Journal of Social Policy*, Vol. 28, No. 4, 2000.

تروریسم و حقوق کیفری*

- نسرین مهرا^۱
- نوروز کارگری^۲

چکیده

تروریسم پدیده‌ای است که به ویژه در سال‌های اخیر به آن توجه شده است. در راستای همین توجهات یکی از راهکارهایی که برای مبارزه با آن در نظر گرفته شده، حقوق کیفری است. گرچه حقوق کیفری ابزاری برای پاسخ‌دهی به جرایم مجازات مجرمان است، ماهیت سیاسی تروریسم می‌تواند حقوق کیفری را در راستای مبارزه با اقدامات تروریستی از اصول اساسی خود جدا کند و به گونه‌ای ابزارگونه در اختیار مقامات سیاسی قرار دهد. با وجود این خطر، حقوق کیفری نسبت به جایگزین‌های غیر حقوقی خود امتیازات بسیاری دارد که بر اساس آن می‌توان آن را بر راهکارهایی چون جنگ ترجیح داد. با این حال، راه حل پیشنهادی ایجاد شیوه‌ای جامع برای مبارزه با اقدامات تروریستی است که از هر یک از راهکارهای موجود، در کنار یکدیگر استفاده کند.

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۱۲/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۲/۱۴.

۱. دانشیار دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول) (docnas@mail.com).

۲. دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی (nouroozk@gmail.com).

واژگان کلیدی: حقوق کیفری، تروریسم، جنگ، مبارزه با تروریسم.

مقدمه

حقوق دانان و پژوهشگران هر یک بنا به دریافت خود از مفهوم تروریسم آن را به گونه‌ای متفاوت تعریف کرده است (عبدالهی، ۱۳۸۴: ۶؛ شاملو، ۱۳۸۱: ۱۴۰؛ اردبیلی، ۱۳۸۱: ۱۲۰-۱۲۱؛ نجفی ابرندآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۹۳: ۲۷۲-۲۷۳؛ تسخیری، ۱۳۸۸: ج ۲/۲۰). نبود اجماع بر سر یک تعریف واحد از تروریسم تا حد زیادی از ماهیت واژه‌شناختی آن ناشی می‌شود (Freedman, 2001: 315). با این حال، برای مجرمانه قلمداد شدن آن در قوانین کیفری ارائه تعریف ماهوی حقوقی دقیق از آن ضروری نیست (زرنشان، ۱۳۸۶: ش ۳۸/۷۱). از این رو، تروریسم در بسیاری از کشورها عملی مجرمانه شناسایی شده است حال آنکه مشکل مفهومی آن همچنان پابرجاست.

بسیاری از کشورها به ویژه پس از سال ۲۰۰۱، به سرعت حقوق کیفری را پاسخی برای اقدامات تروریستی به کار گرفتند، به گونه‌ای که اخیراً حقوق کیفری ضد تروریسم با ویژگی‌ها و مشخصه‌های خاص خود شکل یافته است. اما حقوق کیفری ضد تروریسم تنها بر استفاده نمادین از مجازات‌های دولتی و بازدارندگی عمومی از طریق آن استوار نیست. در کنار این دو مشخصه بارز مجازات‌دهی، رویکرد جدید حقوق کیفری، جرم را یکی از عوامل خطر در جامعه می‌انگارد که تنها با استفاده از عناصر غیر دولتی در کنار عوامل دولتی می‌توان به صورت دلخواه آن را مدیریت کرد.^۱ خطر دیگری که می‌توان در حقوق کیفری مدرن در مواجهه با اقدامات تروریستی مشاهده کرد، این است که حقوق کیفری ضد تروریسم با مشخصه‌های سرکوبگر آن، ممکن است با تشویق به نقض اصول آیین دادرسی منصفانه، نتیجه معکوس دهد یا باعث رنجش شهروندان از حقوق کیفری گردد. اما خطر هنجاری که در این میان با آن مواجهیم آن است که حقوق کیفری ضد تروریسم با قدرت بالای خود می‌تواند حقوق

۱. مدیریت جرم یکی از گرایش‌های نوین در سیاست جنایی است که جرم را یک عامل ریسک می‌داند و در پی مدیریت آن است. این رویکرد خود یکی از گرایش‌های امنیتی شدن حقوق کیفری و توجیه برخوردهای سخت و محدودکننده نسبت به شهروندان است که آزادی افراد را به نام امنیت و به سود آن محدود می‌کند (ر.ک: پاکنهاد، ۱۳۸۸).

کیفری کلاسیک را با ویژگی‌های شناخته‌شده آن از شکل بیندازد. حمله همه‌جانبه به اصول حقوق کیفری می‌تواند شکست حقوق کیفری جدید را در مبارزه با تروریسم و سایر جرایمی که توجهات عمومی را همانند تروریسم برمی‌انگیزد، تشدید کند.

با این وصف، گرچه می‌توان به سادگی حقوق کیفری را که پاسخی به اقدامات تروریستی به شمار می‌رود، به نقد کشید یا نسبت به آن بی‌اعتماد بود، نمی‌توان خوبی‌های آن را نادیده گرفت. این خوبی‌ها زمانی خود را نشان می‌دهند که یک وضعیت بی‌قانون جنگ علیه تروریسم با یک وضعیت حقوقی مقایسه شود؛ زیرا آن گونه که شاهدیم در کنار مبارزه با تروریسم از طریق حقوق کیفری، نبرد با تروریسم از طریق شیوه‌های نظامی و جنگی نیز یکی از راهکارهای جایگزین محسوب می‌گردد. گرچه اصول مربوط به مسئولیت شخصی، قانون‌مندی و دادرسی منصفانه توسط بسیاری از قوانین ضد تروریسم جدید با سهل‌انگاری مورد توجه قرار گرفته‌اند، این اصول، تأثیرات عمده‌ای را بر شیوه به کارگیری قوانین ضد تروریستی نهاده و بر یکه‌تازی مبارزه با تروریسم در عرصه کیفری محدودیت‌های بسیاری را ایجاد کرده است. پاسخ‌های غیر حقوقی با محدودیت‌های کم یا شاید حتی بدون محدودیت، برخاسته از این ایده‌اند که برخی کشورها قادر به تکیه بر حقوق کیفری، تأمین هزینه‌های آن و نیز جلب توجهات عمومی نسبت به آن نیستند و نمی‌توانند از پس وظیفه قانونی خود در بازداشتن و مجازات تروریست‌ها برآیند. برخی این جایگزین‌های غیر حقوقی را «رویکردهای فراحقوقی به تروریسم» می‌نامند (Gross, 2003: 1011) و برخی دیگر آن را «سیاه‌چاله‌هایی» (Steyn, 2004) می‌دانند که در آن از قید و بندهای حقوقی خبری نیست.

با این توصیف، پرسش این است که آیا حقوق کیفری می‌تواند موضعی شایسته و مناسب در خصوص اقدامات تروریستی اتخاذ کند یا خیر؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ، بهترین واکنشی که حقوق کیفری می‌تواند نسبت به اقدامات تروریستی نشان دهد چیست؟ شاید بتوان با توجه به قدرت بازدارندگی حقوق کیفری و نیز جایگزین‌هایی که برای حقوق کیفری در مقابله با اقدامات تروریستی قابل تصور است، دخالت کیفری در مبارزه با اقدامات تروریستی را در مقایسه با بسیاری از جایگزین‌های

آن مناسب‌تر دانست.

پس از این مقدمه، به ظهور حقوق کیفری ضد تروریستی و مزایا و معایب آن خواهیم پرداخت.

۱. حقوق کیفری ضد تروریستی جدید

حقوق کیفری ضد تروریستی جدید پاسخی مستقیم به حوادث تروریستی است که تاریخچه‌ای نسبتاً طولانی دارد و بر خلاف تصور عمومی، ظهور آن به سال‌های اخیر محدود نمی‌شود؛ برای نمونه، در پادشاهی انگلستان، سابقه قانون‌گذاری ضد تروریستی، به پاسخ به بمب‌گذاری ارتش آزادی‌خواه ایرلند در بیرمنگهام در سال ۱۹۷۴ و در «اوماق»^۱ در سال ۱۹۹۸ برمی‌گردد (Thomas, 2002). در ایالات متحده نیز جرایم تروریستی جدید، در پاسخ به قتل «لئون کلینگوفر»^۲ در پی حادثه «آکیلی لارو» توسط سازمان آزادی‌بخش فلسطین در سال ۱۹۸۵، و بمب‌گذاری «مرکز تجارت جهانی» در سال ۱۹۹۳ و بمب‌گذاری «اوکلاهاماسیتی» در سال ۱۹۹۵ ایجاد گردیدند (McQuade, 1996). یکی از خطرات این گونه توجه سریع قانون به تروریسم آن است که نه قانون‌گذاران و نه شهروندان وقت و دقت کافی برای بررسی دقیق موضوع در اختیار ندارند؛ برای نمونه در بررسی «قانون پیشگیری از تروریسم (مقررات موقتی)» انگلستان در سال ۱۹۷۴ تنها ۱۷ ساعت زمان وجود داشت. این قانون در نتیجه بمب‌گذاری در «بیرمنگهام» به تصویب رسید که در آن حادثه ۲۱ نفر کشته و ۱۸۰ نفر زخمی شدند. خشم عمومی ناشی از این حادثه به اندازه‌ای بود که مانع از بروز هرگونه مخالفت نمایندگان گردید، هرچند بر این نکته واقف بودند که در این زمان اندیشه‌ای حاکم نبود و لایحه مورد بحث نیز نه به تروریسم ارتباطی داشت و نه می‌توانست در این باره کاری را صورت دهد (توماس، ۱۳۸۲: ۷-۶).

در چنین مواردی که قانون‌گذاری ضد تروریستی در پاسخ به یک واقعه تروریستی صورت می‌گیرد، خطر نقض آزادی شهروندان و اصول کلی حقوق کیفری و اصل

1. Omagh.

2. Leon Klinhoffer.

قانون‌مندی، قانون را به شدت تهدید می‌کند.

واکنش‌های قانونی به حوادث تروریستی در قالب قانون‌نویسی یا اصلاح قوانین موجود که بلافاصله پس از اقدامات تروریستی صورت می‌گیرند، اغلب به این پرسش که چرا حوادث تروریستی صورت گرفته‌اند، پاسخی نمی‌دهند. از همین روست که اغلب این تصور ایجاد می‌شود که وضع جرایم جدید و تأسیس مقامات تعقیب جدید می‌تواند از اقدامات تروریستی پیشگیری نماید و مبارزه با آن‌ها را مدیریت کند. این گونه واکنش‌های قانونی سریع به اقدامات تروریستی نه تنها آزادی شهروندان و اصول حقوق کیفری را با خطر مواجه می‌سازد، بلکه تصویری را از حقوق کیفری به نمایش می‌گذارد که توان استفاده از تمامی ابزارهای سیاسی موجود برای مقابله با اقدامات تروریستی را ندارد.

این امر فرایندی است که تقریباً همیشه همراه با جرایم تکان‌دهنده که جامعه را تحت تأثیر قرار می‌دهد، مشاهده می‌شود. تسلیم شدن دولت‌ها در برابر فشارهای عمومی و رسانه‌ای ناشی از این جرایم را می‌توان در برخی از موارد گونه‌ای از همدردی آن‌ها با بزه‌دیدگان و مبتنی بر اندیشهٔ انتقام‌گیری و حمایت از بزه‌دیدگان دانست. حقوق کیفری ضد تروریستی در برخی موارد می‌تواند نمونه‌ای از همین همدردی باشد و در مواردی دیگر نشانه‌ای از قدرت‌طلبی دولت‌ها. آن گونه که «گارلند» بیان می‌کند یکی از الزام‌های حقوق کیفری جدید آن است که از بزه‌دیده حمایت می‌کند؛ زیرا فریاد آن‌ها باید شنیده شود، یاد آن‌ها باید گرامی داشته شود، خشم آن‌ها باید به ظهور برسد و وحشت آن‌ها باید به آرامش تبدیل شود. این امر، حقوق کیفری جدید را به سمت طراحی و به کارگیری اقدامات انتقام‌جویانه سوق می‌دهد تا از این طریق بتواند احساسات عموم را به سرعت پاسخ دهد و به جرم پاسخی مناسب دهد (Garland, 2001: 133-134).

قوانین کیفری ضد تروریستی در واکنش به اقدامات خاص را می‌توان مطابق با آن چیزی دانست که «حکومت از طریق جرم»^۱ نامیده می‌شود. «جانانان سیمون» با طرح این ایده معتقد است که حتی در مواقعی که آمار جرم رو به کاهش است، مطبوعات و

1. Governing through crime.

دولت‌ها همچنان بر این نکته تأکید می‌کنند که جرم عامل اضطراب و تشویش در جامعه است و از این رو اعمال مجازات‌های شدید و اقدامات تلافی‌جویانه اجتماعی را به عنوان راه حلی برای تمامی مشکلات امنیتی و اجتماعی موجود توجیه می‌کند (Simon, 1997: 173). استفاده مطبوعات و رسانه‌ها از مفاهیم «جرم»، «بزه‌دیدگی» و «هراس» در اخبار روزانه خود که با ارائه آمار و اخبار از سوی دولت و سازمان‌های پلیسی تقویت می‌شوند و جنبه رسمی به خود می‌گیرند، این نهادها را به بازیگران اصلی مسئله ترس در عرصه تبلیغات سیاسی بدل می‌سازد (Surette, 1998: 127). این نقش از آن رو در این فرایند ایفا می‌گردد که سیاست‌مداران را به هدف کنترل اجتماعی برساند و خود نشانگر آن است که تصمیم‌گیران سیاسی و اجتماعی که منابع رسمی اخبار تلقی می‌شوند، می‌توانند به سادگی تصورات مخاطبان خود را شکل دهند و خود را به ملاک‌های کنترل اجتماعی نزدیک سازند (Jackall, 1994: 53). تأکید دولت‌ها بر جرم و تمرکز آنان بر این مفهوم، به عقیده برخی، منجر به «جرم‌انگاری سیاست‌ها»^۱ شده است که در آن، حقوق کیفری پاسخی نمادین و بی‌دردسر برای بسیاری از مشکلات سیاسی، اقتصادی و فرهنگی است (Roach, 1999: 312-313).

با وجود قوانین ضد تروریستی بسیار تا قبل از سال ۲۰۰۱ در کشورهای مختلف، در دوره کوتاهی پس از حادثه در این سال، بسیاری از کشورها تحت فشار افکار عمومی به خیل تصویب‌کنندگان قوانین ضد تروریستی جدید پیوستند و در فاصله‌ای کوتاه، قوانین بسیاری در این عرصه به تصویب رسیدند. این قوانین در جدالی سخت با اصول کلاسیک حقوق کیفری، دولت‌ها را به نقض حقوق بشر واداشتند. این قوانین آشکارا با اصول کلی و اساسی حقوق بشر در تعارض قرار گرفتند. از سوی دیگر، قوانین مذکور در رویارویی با قواعد حقوق بشر، ارائه‌کننده راه‌حلی‌اند که با حقوق اساسی افراد در تعارضی آشکار قرار دارند (آلبرشت، ۱۳۸۵: ش ۱۱/۱۶۸).

قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت در گسترش قانون‌گذاری ضد تروریستی در فضای پس از ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ نقش اساسی داشت؛ زیرا این قطعنامه، دولت‌ها را ملزم می‌کرد

1. Criminalization of politics.

تا اقدامات تروریستی از جمله تأمین مالی را در قوانین داخلی خود به عنوان جرایم کیفری شدید بشناسانند و مجازات شدیدی مطابق با شدت جرم ارتكابی برای آن در نظر بگیرند. قسمت عمده محتوای این قطعنامه به جرم‌انگاری و مجازات تروریسم می‌پردازد که پاسخ ابتدایی به این پدیده است. در این میان، بر تأمین مالی تروریسم و همکاری در زمینه مبادله اطلاعات میان کشورها تأکید می‌شود. این قطعنامه از کشورها می‌خواهد تا ظرف ۹۰ روز اقدامات صورت‌داده در این زمینه را به کمیته ضد تروریسم سازمان ملل متحد گزارش کنند. این فرصت ۹۰ روزه برای بسیاری از کشورها آخرین فرصت برای قانون‌نویسی یا اصلاح قوانین به شمار می‌رفت و از این رو الگوی قانون‌گذاری سریع که قطعنامه آن را طراحی کرده بود، به سرعت به اجرا درآمد و قانون‌گذاری داخلی، تحت تأثیر ملاک‌های بین‌المللی شکل گرفت. سریع‌ترین پاسخ در این قالب توسط ایالات متحده صورت گرفت. قانون پاتریوت در ۲۳ اکتبر ۲۰۰۱ به کنگره آمریکا ارائه شد. مجلس نمایندگان با ۳۵۷ رأی در برابر ۶۶ رأی و سنا با ۹۸ رأی در برابر یک رأی، آن را تصویب کردند. سرانجام این قانون در ۲۶ اکتبر ۲۰۰۱ توسط رئیس‌جمهور آمریکا به امضا رسید (Whitehead, 2002: 1087). قانون پاتریوت با ذکر لیست بلندی از جرایم موضوع این قانون، در پی آن است تا به پیروی از قطعنامه ۱۳۷۳، کسانی را که یک حمله تروریستی را تأمین مالی، طراحی یا حمایت می‌کنند یا محل امنی را برای آن فراهم می‌آورند یا آن حمله را انجام می‌دهند، تحت تعقیب قرار دهد و با جرم‌انگاری‌های کیفری جدید چنین رفتارهایی را پاسخ گوید.

گرچه تأکید بسیاری، هم در اسناد بین‌المللی و هم در قوانین ضد تروریستی بر کارایی برخوردهای کیفری با اقدامات تروریستی شده است، شاید در مورد مؤثر بودن آن باید تردید کرد. به گفته کمیسیون ۹/۱۱، تلاش برای از بین بردن اقدامات تروریستی از طریق مسدود کردن منابع مالی آن‌ها، همانند تلاش برای گرفتن ماهی از طریق خشک کردن اقیانوس است. بنا به این نوشته، در مورد کارکرد قوانین مالی به مثابه نخستین سلاح برای مبارزه با گروه‌های تروریستی غیر متمرکز که می‌توانند حوادثی چون ۱۱ سپتامبر را با هزینه نزدیک به نیم میلیون دلار رقم بزنند، بسیار تردید وجود دارد (The 9/11 Commission Report, 2004: 12-13).

با اینکه دولت‌ها پس از ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ برخورد شدیدی را با جرایم تروریستی در پیش گرفته‌اند، به هیچ عنوان در راه این مبارزه به انحصارگرایی نپرداخته‌اند. استفاده از شهروندان در راه مبارزه با اقدامات تروریستی و تعیین افراد یا اماکن پرخطر، این امکان را به دولت‌ها می‌دهد تا در کنار کسب اطلاعات از داوطلبان همکاری با دولت، با درگیر کردن افراد در اقدامات ضد تروریستی گاه خشونت‌بار خود، محبوبیتشان را در میان ایشان حفظ کنند. این همکاری زمانی بااهمیت‌تر جلوه می‌کند که توجه داشته باشیم تعیین مراکز پرخطر به اندازه‌ای اهمیت یافته است که به زعم برخی، از امکان کنترل چنین خطرهایی نیز پیشی گرفته است (Beck, 1992). تعیین این مراکز با کمک خطوطی ارتباطی صورت می‌گیرد که از طریق آن‌ها ارتباط با شهروندان و دریافت اطلاعات آن‌ها را دربارهٔ چنین افراد و اماکنی فراهم می‌کند.

۲. محدودیت‌های ابزاری و هنجاری حقوق کیفری ضد تروریسم

ارزش ابزاری حقوق کیفری جدید در پیشگیری از تروریسم تنها زمانی مشخص می‌شود که پیش از آنکه پاسخی ضد تروریستی گردیده باشد، بررسی دقیق شود. افرادی که درگیر حادثهٔ تروریستی ۱۱ سپتامبر بودند، هم در آمریکا و هم در آلمان طبق قوانین موجود در این کشورها تحت تعقیب قرار گرفتند. با این حال، این حادثه بیشتر ناشی از شکست برنامه‌های مربوط به اجرای قانون و پیشگیری از جرم و تأمین امنیت بود تا شکست حقوق کیفری. این بدین معنا نیست که اختیارات قانون در تعقیب، و تعاریف گسترده از تروریسم و مفاهیم وابسته به آن کمکی به تعقیب تروریست‌ها و مجازات آن‌ها نمی‌کند، اما منفعت چنین اقدامی، حاشیه‌ای است؛ زیرا تجویز چنین امری به معنای نادیده گرفتن قواعدی است که در حال حاضر موجود و قابل احترام است و می‌تواند در راستای مبارزه با اقدامات تروریستی به کار گرفته شود.

تغییرات قانونی به خوبی می‌تواند نقش ابزاری حقوق کیفری را در مبارزه با پیامدهای اجتماعی ناخوشایند آن مشخص‌تر سازد. آن گونه که در موارد بسیار قابل مشاهده است، در برخی موارد قوانین کیفری نسبت به یک موضوع ساکت است و گزارهٔ کیفری ندارد، حال آنکه رفتار مورد بحث مستحق برخوردی قانونی است. نبود

چنین گزاره‌ها و احکامی در حقوق کیفری اجرای رویکرد حقوقی را با دشواری روبه‌رو ساخته است (فلوری، ۱۳۸۴: ۲۸۷). در چنین مواردی اصلاح قانون می‌تواند نقش قانون را در سامان دادن به این امور بهتر و روشن‌تر سازد. این جرم‌انگاری‌ها و مفهوم‌سازی‌های جدید در عرصه کیفری می‌تواند نمودی از چرخه کیفری باشد که رفتارها را مطابق با تغییرات اجتماعی، مباح یا ممنوع اعلام می‌کند. با این حال، این تغییرات در عرصه قانون‌گذاری خشک ضد تروریستی به اندازه‌ای است که فرایند دادرسی عادلانه را با چالش جدی مواجه می‌سازد. گرچه اختیارات پلیس، دادستان و دادگاه‌ها برای برخورد با اقدامات ضد تروریستی به صورت منطقی بیشتر از سایر جرایم است، سرعت دادن به این تغییرات و شدت بخشیدن به برخوردها می‌تواند ایرادات قانون و نارضایتی مردم از آن را دامن بزند. زمانی که بیشتر افراد جامعه، قوانین ضد تروریستی را ناعادلانه و غیر مشروع بدانند، توسل به قوانین کیفری عادی برای برخورد با اقدامات تروریستی مفیدتر خواهد بود؛ زیرا قوانین جدید نه تنها در راه مبارزه با تروریسم به ما کمکی نرسانده‌اند، بلکه حیثیت و اعتبار قوانین کیفری را نیز در نزد عموم ضایع کرده‌اند.

خطرات ناشی از قوانین ضد تروریستی مناقشه‌برانگیز می‌تواند ارزش ارتباطی و توییخی حقوق کیفری را نیز زیر سؤال ببرد. در برخی از شیوه‌های تعریف تروریسم وجود یک عامل سیاسی، مذهبی یا اعتقادی برای تعیین یک جرم تروریستی ضروری است. این امر گرچه در مقام تمایز جرم تروریستی از غیر آن، مقام تعقیب را ملزم به اثبات وجود چنین عاملی می‌کند و از این جهت مفیدتر به حال متهم است، می‌تواند این شبهه را ایجاد کند که متهم به صرف برخورداری از یک عقیده سیاسی یا مذهبی خاص می‌تواند تحت عنوان تروریست تعقیب شود. با این حال، در برخی قوانین به این ایراد توجه گردیده است؛ برای نمونه در ماده ۲ قانون ضد تروریسم ۲۰۰۴ اندونزی، تروریسم از جرم سیاسی مجزا شده است و در ماده ۵ این قانون، تعلق و اختصاص آن به یک تفکر مذهبی خاص محدود گردیده است.

زمانی که حقوق کیفری پس از صورت گرفتن اقدامات تروریستی برای بازدارندگی و پیشگیری از چنین رفتارهایی به راه می‌افتد، یک خطر هنجاری را نیز ایجاد می‌کند.

برخی قوانین ضد تروریستی اصول اساسی حقوق کیفری را نقض می‌کنند. جرم‌انگاری عضویت در گروه‌های تروریستی و داشتن ابزارهایی که می‌توانند در قالب اقدامات تروریستی استفاده شوند، از جمله مواردی هستند که اصل اساسی لزوم وجود دلایل قطعی برای مجازات را در حقوق کیفری نادیده می‌گیرند؛ زیرا بدون وجود دلیل قطعی مبنی بر اینکه فرد تحت تعقیب در یک اقدام تروریستی دخالت داشته است، صرف داشتن ارتباط یا همکاری با گروهی که تروریستی قلمداد می‌شود، وی را مستحق مجازات می‌سازد.

برخی کارایی حقوق کیفری در بازدارندگی از اقدامات تروریستی را در قالب «مجازات‌های جمعی»^۱ مطرح می‌کنند. ایده مجازات‌های جمعی در این دیدگاه، بدین معناست که عوامل سیاسی ایجادکننده اقدامات تروریستی باید مجازات شوند؛ زیرا این عامل‌های سیاسی منفعت و امید جمعی را القا می‌کنند (Dershowits, 2002: 174). بدین ترتیب، در برابر امید به منافع جمعی باید مجازات نیز به صورت جمعی اعمال شود. با این حال، مشکل این است که حقوق کیفری در ایده مبنایی خود، افراد را مجازات می‌کند نه عوامل را؛ زیرا مجازات کردن عامل‌ها می‌تواند منجر به مجازات افراد بی‌گناه شود. احتمالاً «درشویتز» در زمان طرح ایده «مجازات جمعی» خود به این ایراد واقف بوده است؛ زیرا از بیان خود چنین نتیجه می‌گیرد که هر گونه مبارزه مؤثر برای کاهش تروریسم به ویژه بمب‌گذاری انتحاری^۲ باید در بردارنده مسئولیت جمعی و مجازات حمایت‌کنندگان از آن اقدام باشد (Ibid.: 181). مجازات حمایت‌کنندگان در این فرض از آن روست که تأثیر مجازات فردی به صورت کامل بی‌معنا و بی‌مورد است.

قوانین مربوط به تأمین مالی تروریسم، به تروریست‌ها و افراد هم‌عقیده با آنان نمی‌پردازد، بلکه به کسبه و تجاری می‌پردازد که مایل‌اند تا از سرمایه آن‌ها با هدف حمایت از اقدامات تروریستی استفاده شود. چنین قوانینی اغلب با فهرستی از افراد و

1. Collective punishment.

۲. این تأکید از آن روست که معادله مجازات برای باز داشتن مرتکب از انجام رفتارهای انتحاری، تأثیر خود را از دست می‌دهد.

گروه‌های تروریستی همراه است که حمایت مالی از آنان می‌تواند قابل مجازات باشد. این فهرست‌ها معمولاً فرصتی را برای اثبات بی‌گناهی به گروه‌ها قبل از اعلام رسمی نام آن‌ها نمی‌دهد و پس از آن نیز معمولاً خارج کردن این نام‌ها از فهرست مذکور، کند و دشوار است، علاوه بر اینکه برای جبران خسارت وارد بر گروه نیز راهکاری در نظر گرفته نمی‌شود. «کانون وکلای بین‌المللی» در این باره از سازمان ملل متحد انتقاد کرده است؛ زیرا اجازه هیچ گونه بازنگری قضایی یا حق تجدیدنظرخواهی را برای یک فرد، گروه یا سازمان یا هر نهادی که اموالش به اشتباه در این راه توقیف شده است، نمی‌پذیرد (International Bar Association, 2003: 126). این اقدام می‌تواند خطر دیگری را در پی داشته باشد. تسری این سازوکار به حقوق داخلی می‌تواند بدون آنکه حق محاکمه منصفانه در محاکم دادگستری را به افراد و گروه‌ها بدهد، نام آن‌ها را در فهرست افراد یا گروه‌های تروریستی منتشر کند. این اقدام به سادگی فردی را بدون آنکه حق دادرسی منصفانه را رعایت کند، تروریست معرفی می‌کند که خلاف صریح حق در محاکمه منصفانه است؛ زیرا گرچه این امر ممکن است مجازات به معنای کلاسیک خود را در پی نداشته باشد، پیامدهای آن از مجازات کمتر نیست.

خطر دیگر این است که اشخاص ثالث ممکن است در روابط با کسانی که به نظرشان تروریست هستند، بسیار احتیاط کنند. این امر ممکن است باعث تحمیل شرایط سختی بر مؤسسات مالی شود. محدود کردن روابط افراد و سازمان‌ها با برخی دیگر از افراد یا سازمان‌ها، در مواردی به قدری شدید است که حالت یک مجازات و ضمانت اجرای مالی شدید را به خود می‌گیرد، حال آنکه در حالت عادی چنین ضمانت‌اجراهایی نیازمند تصمیمی قضایی است. بدیهی است که چنین تصمیمی از سوی دادگاه زمانی اتخاذ می‌شود که دلایل معقول و منطقی چنین نتیجه‌ای را به دست بدهد. این احتمال که در نتیجه ارتباط با یک فرد یا گروه بتوان یک سازمان یا فرد را به عنوان تأمین مالی تروریسم تحت تعقیب قرار داد، می‌تواند فشار زیادی را بر افراد یا گروه‌هایی تحمیل کند که احتمالاً از دید دولت‌ها عنوان تروریستی دارند. خسارات ناشی از این اتهامات به ویژه در مؤسسات مالی و بانک‌ها بسیار شدید خواهد بود، به گونه‌ای که چه بسا به صورت مجازات‌های مالی آثار خود را نشان دهد.

تغییر اصول حقوق کیفری به منظور درک بهتر و مبارزه مؤثرتر با اقدامات تروریستی ممکن است خطراتی هنجاری را نیز در بر داشته باشد. یکی از این خطرات، اعطای اختیارات گسترده به مقامات تعقیب و توجیه آن در ارتباط با اقدامات ضد تروریستی است که می‌تواند در طول زمان به سایر اجزای حقوق کیفری نیز گسترش یابد و بدین ترتیب اصول حقوق کیفری را به طور کامل از بین ببرد یا با چالش‌های جدی و اساسی مواجه سازد؛ برای نمونه، حمله به حق سکوت به عنوان یکی از حقوق اساسی متهم، برای نخستین بار در ارتباط با قوانین ضد تروریستی در حقوق انگلستان رایج شد و در حال حاضر به تمام ابعاد حقوق کیفری گسترش یافته است (Gross, 2001). وزارت دادگستری آمریکا نیز با افتخار از این موضوع یاد می‌کند که بخش‌هایی از قانون پاتریوت به جرایمی چون پورنوگرافی کودکان و برخی دیگر از جرایم که هیچ ارتباطی با تروریسم ندارند، تسری یافته است (United States Department of Justice, 2004: 19).

خطر دیگری که در این باره وجود دارد این است که تغییر اصول حقوق کیفری منجر به خطر بزرگ‌تر افزایش اشتباهات قضایی خواهد شد. نمونه بارز این اشتباهات را که حتی در مواردی به نظر، اشتباه خودخواسته هستند، می‌توان در مورد زندان «گواتانامو» دید. بنا به مشاهدات، «افراد شکارشده توسط شکارچیان انسان» به این بازداشت‌گاه منتقل می‌شوند و تحت برخوردهای غیر انسانی قرار می‌گیرند، به گونه‌ای که گویی خطرناک‌ترین تروریست‌ها هستند، در حالی که به عقیده یکی از نگهبانان این زندان، تعداد بسیاری از افراد نگهداری‌شده در آنجا تروریست نیستند، اما مسئولان بر تروریست بودن آن‌ها اصرار دارند (رز، ۱۳۸۵: ۵۷). با این افراد در زندان بدرفتاری شده و هیچ گونه ادله‌ای برای آن‌ها فاش نشده است. به علاوه که ادله مشکوک علیه آن‌ها به کار گرفته شده است.

گرچه همواره خطر محکومیت بر اساس اشتباهات قضایی وجود دارد، حقوق کیفری ضد تروریستی این خطر را بیش از حد معمول کرده و تقریباً آن را به یک ویژگی عمده در این حوزه بدل ساخته است. زمانی که برخوردهای خشونت‌بار با مظنونان یا شکنجه با هدف گردآوری دلایل در مورد متهمان و مظنونان به اقدامات تروریستی، مورد استفاده قرار گیرد، این اشتباهات بیشتر نیز خواهد شد؛ زیرا بی‌تردید،

ادله‌ای که از این راه به دست می‌آید، بیانگر واقعیتی برای ما نیستند و احتمالاً جنبهٔ دروغین و غیر واقعی دارند. بی‌تردید این ادلهٔ غیر واقعی، چنانچه مبنای محکومیت قرار گیرند، محکومیتی اشتباه را رقم خواهند زد. حقوق کیفری ضد تروریسم در برخی موارد به منظور حمایت از منابع اطلاعاتی خود اجازهٔ اطلاعاتیابی از دلایل را به متهم نمی‌دهد؛ زیرا این را خلاف امنیت ملی کشور خود می‌داند. به علاوه، برخی جرایم تروریستی به گونه‌ای تعریف می‌شوند که به جرایم معمولی شباهت بسیار دارند. برخی دیگر نیز به سادگی فرض برائت را نادیده می‌گیرند. به علاوه شیوه‌های افراطی بازجویی از متهمان نیز می‌تواند بر خطر اعترافات نادرست ایشان بیفزاید و اطلاعات نادرستی را در اختیار ما قرار دهد.

گرچه قوانین کیفری ضد تروریستی جدید ممکن است خطر محکومیت‌های اشتباه را افزایش دهد، نقش قضات مستقل و بی‌طرف در این میان مانعی در این راه است. بیشتر کشورها هنوز ابزارهای حمایتی در فرایند دادرسی را قبول دارند و این امر به متهم اجازه می‌دهد تا برای قضات مستقل توضیح دهد که قوانین کیفری جدید، حقوق او را نقض می‌کنند. با این حال، قضات نیز کاملاً از خطر اعمال فشار از سوی مقامات امنیتی مصون نیستند. این فشارها ممکن است آن‌ها را متقاعد کند که حقوق کیفری ضد تروریستی به منظور حمایت از بزه‌دیدگان و حقوق آن‌ها و نیز حفاظت از بزه‌دیدگان بالقوه قابل توجیه است و از این رو ارزیابی آن‌ها بر اساس فرایند دادرسی منصفانه با هدف برقراری تعادل میان متهم و دولت نادرست است (Colter, 2002). «رونالد دورکین» به نحو گویایی از خطرات این نتیجه‌گیری که: «الزامات دادرسی منصفانه به نحو کاملی در پرونده‌های تروریستی، با وجود استانداردهای حقوق کیفری که خطر محکومیت افراد بی‌گناه را افزایش می‌دهد، رعایت می‌شود» به ما هشدار می‌دهد (Dworkin, 2002: 47). اینکه حقوق کیفری اصول اساسی خود را چون فرض بی‌گناهی و ضرورت اثبات تقصیر بدون هیچ شک و شبههٔ منطقی از دست ندهد، امر مهمی است، هرچند برخی معتقدند که معیارهای الزام‌آور خطر دیگری را ایجاد می‌کنند و آن اینکه ممکن است دولت‌ها مدل جرم‌انگاری و مجازات را ناکارآمد بدانند و راهکار جدیدی را بجویند که همین معیارهای ضعیف را هم نداشته باشد (Ackerman, 2004: 1029).

زمانی که دولت‌ها از عرصه حقوق کیفری بگذرند، قواعد حاکم بر رفتارهای آنان، بسیار ضعیف‌تر و مبهم‌تر می‌شود، به گونه‌ای که حتی ممکن است هیچ قاعده‌ای وجود نداشته باشد.

۳. مزایای برخورد‌های قانونی در برابر واکنش‌های ضدتروریستی

خارج از حقوق کیفری

گرچه توسل به حقوق کیفری برای مبارزه با تروریسم خطرناکی ابزاری و هنجاری را می‌تواند ایجاد کند، تأکید بر مسئولیت شخصی مرتکبان و استفاده از مجازات‌های پذیرفته‌شده در حقوق کیفری امتیازات زیادی دارد، به ویژه زمانی که آن را با دیگر شیوه‌های استفاده‌شده دولت‌ها مقایسه کنیم. از زمان ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱، بسیاری از کشورها بر شیوه‌هایی تأکید داشته‌اند که همانند حقوق کیفری بر استفاده از ابزارهای قهرآمیز و بازداشت و دستگیری تکیه دارد، اما این کار را با ضمانت‌های حمایتی کمتر از حقوق کیفری صورت داده‌اند. این جایگزین‌های بی‌قید و بند، این موارد را در بر می‌گیرد: جنگ با تروریسم در افغانستان و عراق، قتل، به کارگیری شکنجه و سایر رفتارهای غیرانسانی در زندان «ابوغریب» عراق و سایر زندان‌ها، دستگیری و توقیف بدون حق بازنگری قضایی در «گوانتانامو»، استفاده از بازداشت بدون محدودیت قضایی مطابق قوانین مهاجرت و قوانین امنیتی. این موارد را به صورت خاص می‌توان در قوانین کیفری آمریکا پیگیری کرد تا جایی که برخی بر این عقیده‌اند که «حقوق آمریکایی کامل‌ترین آیین‌های است که خطر نابودی نظام کیفری یک دولت دموکراتیک را از راه پارادایم جنگ علیه جرم نشان می‌دهد» (دلماز مارتی، ۱۳۸۸: ۱۰۱۴). این اقدامات، امتیازات حقوق کیفری و خطرات ناشی از کنار گذاشتن این شیوه را در مبارزه با اقدامات تروریستی به ما نشان می‌دهد.

در سال ۲۰۰۴ «جورج بوش» در سخنرانی خود در جمع نظامیان آمریکا این نکته را به صراحت بیان کرد که ایالات متحده تحت هدایت و رهبری او به هیچ عنوان در مبارزه با تروریسم بر حقوق کیفری تکیه نخواهد کرد. او بیان داشت:

من می‌دانم که برخی تردید دارند که آیا آمریکا اصلاً در حال جنگ با تروریسم

است؟ آن‌ها تروریسم را یک جرم می‌بینند؛ مشکلی که باید عمدتاً با ضمانت اجراهای حقوقی حل شود. بعد از حمله به مرکز تجارت جهانی در سال ۱۹۹۳، برخی از بزهکاران، تعقیب، محاکمه و محکوم شدند و به زندان فرستاده شدند، اما مشکل حل نشد. تروریست‌ها همچنان در سایر کشورها آموزش می‌بینند و نقشه‌های رؤیایی طراحی می‌کنند. تروریست‌ها علیه ایالات متحده اعلام جنگ کرده‌اند و جنگ آن چیزی است که آن‌ها می‌خواهند (State of the Union Address, 20 January 2004).

بر همین اساس، آمریکا به عنوان قربانی تروریسم، علیه تروریسم اعلان جنگی کرد که نه تنها مظنونان حادثه، بلکه کشوری که مظنونان در آن قرار داشتند و دیگر کشورهای متهم به تروریسم را هدف قرار می‌داد (چامسکی، ۱۳۸۳: ۵).

«بوش» وعده نجات جهان از اشرار و مقابله با شرارت را داد که یادآور محکومیتِ بلای شرارت‌آلود تروریسم توسط «ریگان» در سال ۱۹۸۵ است. این موضوع در زمان دولت او موضع اصلی سیاست خارجی آمریکا به شمار می‌رفت (همان: ۹). با این حال، «احیای روش‌های قدیمی دوران امپراتوری‌های استعماری تحت پوشش مبارزه با تروریسم، از اصلی‌ترین دستاوردهای جنگ اخیر علیه تروریسم است که منادیان حقوق بشر و دموکراسی درباره آن سخنی نگفته بودند» (مختاری، ۱۳۸۲: ش ۳/۳۳). بی‌تردید، شیوه آغاز این جنگ خود تهدیدی برای امنیت انسانی و حقوق بشر است؛ زیرا «با به چالش کشیدن چارچوب حقوق بشر بین‌المللی و حقوق بشردوستانه که طی چندین دهه با مشقت و دقت شکل گرفته است، جنگ علیه تروریسم امنیت ما را بیش از هر حمله تروریستی دیگری تهدید می‌کند» (هافمن، ۱۳۸۵: ش ۱۳۳/۳۴).

گرچه برخی بر این عقیده‌اند که «اگر ایالات متحده هر از چند گاهی به اقدام نظامی متوسل نشود، این فشار تأثیر خود را به منزله عاملی برای جلب همکاری متحدان این کشور از دست خواهد داد. همچنین توسل گاه و بی‌گاه به اقدام تهاجمی برای حفظ روحیه داخلی نیز ضروری است» (بری آر، ۱۳۸۲: ش ۳۱/۳۵)، با این حال، این ایده که برخورد حقوقی با دشمنان کافی نیست، ایده‌ای تکراری در سیاست ضد تروریستی آمریکاست. این سیاست، به روشنی در دستور نظامی بوش مبنی بر دستگیری کسانی که در افغانستان دستگیر می‌شوند، دیده می‌شود. وضعیت زندانیان گوانتانامو همراه با

ارتکاب اعمال غیر انسانی علیه آنها و محروم کردنشان از حق محاکمه منصفانه و بسیاری از حقوق انسانی دیگر نیز بیانگر همین دیدگاه است. در این میان، ارزش‌هایی چون وظیفه حمایت از افراد در برابر خشونت و رنج بیهوده در جنگ، حمایت از آنان در برابر نقض حقوق بشر توسط دولت‌هایشان، حمایت از آنها در برابر تحقیر و نیز حمایت از آنها در برابر نتایج ناگوار بی‌اعتنایی به فقر و گرفتاری‌ها، ارزش‌های مهم‌تری هستند که در جنگ علیه تروریسم و به ویژه القاعده و طالبان، در معرض نابودی‌اند (لینکتر، ۱۳۸۲: ۱۳-۱۴).

اقدامات نظامی در زمان جنگ تحت قواعدی قرار می‌گیرند که کاملاً از رویه قضایی حاکم بر دادرسی‌های حقوقی در سیستم عدالت کیفری تفاوت دارد. این تفاوت‌ها را می‌توان در سه مرحله مهم مشاهده کرد: تعقیب، دستگیری و مجازات. (Feldman, 2002: 457-486). اصول اساسی حاکم بر حقوق کیفری، دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری را در هر یک از این مراحل کنترل می‌کند و محدودیت‌هایی را بر آنها تحمیل می‌نماید که اقدامات نظامی از قید و بند آن آزاد هستند.

در مرحله تعقیب، یک مبارز دشمن می‌تواند در صحنه نبرد کشته شود و حال آنکه مظنونان به ارتکاب جرم را نمی‌توان مستقیماً به قتل رساند، مگر آنکه خطری جدی را ایجاد کنند یا در راستای دفاع مشروع کشته شوند. حتی زمانی که این مظنونان در حال فرار از صحنه ارتکاب یک جرم شدید باشند نیز این محدودیت وجود دارد. پس از دستگیری، مبارزان جنگی در کمپ‌های نظامی نگهداری می‌شوند و با قواعد حقوق بشردوستانه حمایت می‌گردند، در حالی که متهمان زندانی به طور کلی می‌توانند با سپردن ضمانت آزاد شوند. در مرحله اعمال ضمانت‌اجراها، این تفاوت بیشتر به چشم می‌آید. پاسخ پذیرفته‌شده به مبارزان جنگی در صورتی که تسلیم نشوند، مرگ است و اگر تسلیم شوند، برای مدت زیادی، احتمالاً تا پایان جنگ، در زندان نگهداری می‌شوند، در حالی که دستگاه عدالت کیفری به ندرت اقدام به اعدام بزهکاران پس از انجام یک دادرسی منصفانه می‌نماید و در صورتی که مجازات به صورت حبس باشد، مدت زمان این حبس از قبل معین است و در هر صورت برای اعمال مجازات بزهکاران، انجام تعقیب قانونی و تحمیل بار اثبات بدون شک و شبهه معقول بر دادستان ضروری

است. به علاوه، در تمامی مراحل، عوامل دست‌اندرکار سیستم عدالت کیفری ملزم هستند تا متهم را بی‌گناه بدانند تا زمانی که محکومیت او مطابق قانون و در نتیجه یک دادرسی منصفانه اثبات شود. این فرض در صحنه نبرد می‌تواند خطرناک باشد و از این رو، اعمال آن نه ضروری است و نه قابل دفاع.

گرچه جنگ‌ها نیز با قواعد حقوقی محدودکننده مواجه هستند، نسبت به تعقیب کیفری بزه‌کاران، غیر تبعیض‌آمیزترند. گرچه قواعد حقوق کیفری، جرم جنگی را می‌سازند و قواعد مندرج در کنوانسیون‌های ژنو، اصول حقوق بشردوستانه را الزامی می‌دانند، بی‌کیفری در اقدامات خشونت‌بار دولت‌ها و خاصیت فراگیر و تبعیض‌ناپذیر جنگ، مانعی بزرگ در راه احترام به این قواعد و اصول است.

محکومیت‌های اشتباه یکی از پیامدهای استفاده از حقوق کیفری در مبارزه با تروریسم است که همواره در تمامی جرایم معضلی برای سیستم‌های کیفری به شمار می‌رود. با این حال، به نظر نمی‌رسد که پیامدهای ناگوار آن به گستردگی عواقب جنگ باشد.

حقوق مهاجرت به ویژه در کشورهای غربی، تقریباً یکی از ابتدایی‌ترین و ساده‌ترین ابزارها در مبارزه با تروریسم بین‌المللی پس از ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ است. حقوق مهاجرت به صورت عادی از مواردی استفاده می‌کند که در حقوق کیفری جرایم مشکل‌دار شناخته می‌شوند و معیارهای اثبات آن نیز آشکارا از معیارهای اثبات منطقی و بدون شک و شبهه معقول در حقوق کیفری پایین‌تر و سبک‌تر است. گرچه قوانین کیفری ضد تروریستی در ارتباط با مهاجرت به شدت تحت تأثیر قرار گرفته است (Maclin, 2003) استانداردهای آن در ارتباط با دادرسی منصفانه از قوانین مهاجرت بهتر و بالاتر است. حقوق مهاجرت همچنین نسبت به حقوق کیفری، بازداشت‌های پیشگیرانه، تعقیبی و نامعین بیشتری را مورد پذیرش قرار می‌دهد؛ برای نمونه، در انگلستان در مورد غیر شهروندانی که مظنون به ارتکاب اقدامات تروریستی هستند و اخراج آن‌ها نیز به دلیل بیم از شکنجه شدن آن‌ها شدنی نیست، معیارهای دادرسی منصفانه رعایت نمی‌شود و بازداشت‌های نامعین به میزان زیادی کاربرد دارد. به علاوه که چنین قوانینی به میزان زیادی میان شهروندان و غیر شهروندان تبعیض اعمال می‌کند. قوانین مهاجرت اجازه

گسترده‌ای برای بازداشت بدون محاکمه در نظر گرفته‌اند و از آنجا که با نظم عمومی در ارتباط است، نسبت به آن سختگیری بیشتری روا داشته می‌شود.

استفاده از قوانین مهاجرت برای بازداشت و اخراج افراد مظنون به تروریست، جایگزین مناسب و ساده‌ای را برای قوانین کیفری مبنی بر تعقیب متهمان به ارتکاب اقدامات تروریستی فراهم کرده است. بیشتر قوانین ضد تروریستی، جرایم را به صورت گسترده و با صلاحیت مضاعف تعریف کرده‌اند. تأکید بر حقوق مربوط به مهاجرت در قانون تروریسم، جرم و بی‌نظمی ۲۰۰۱ انگلستان، تعاریف گسترده‌ای را از جرایم مربوط به تروریسم از جمله عضویت در گروه‌های تروریستی ارائه می‌دهد و اختیار برخورد با این جرایم را نیز به مقامات مهاجرت، و نه مقامات دستگاه عدالت کیفری می‌سپارد. برای پایان دادن به این وضع، «کمیته نیوتن» در بررسی این قانون پیشنهاد کرد که اختیارات مندرج در پاراگراف ۴ «قانون ضد تروریسم» ۲۰۰۱، به مقامات تعقیب دادستانی واگذار شود و به علاوه تبعیض میان شهروندان و غیر شهروندان از میان برود (Lord Newton (chair), 2003: paras. 203-205). دولت بریتانیا این پیشنهاد را رد کرد و بیان داشت که این پیشنهاد، مشکل حمایت از اطلاعات حساس و محرمانه را حل نمی‌کند و به علاوه، متهم را قادر می‌سازد تا به نحو کامل از پرونده و دلایل موجود در آن اطلاع یابد (Home Secretary, 2004: Part II, para. 37) و این چیزی نیست که در جرایم تروریستی پذیرفتنی باشد. تأکید بر استفاده از استانداردهای مهاجرت از آن روست که این راهکار پس از ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ ساده‌ترین راه برای بازداشت پیشگیرانه نامحدود بوده است و به علاوه، حق اطلاع‌یابی متهم غیر شهروند از پرونده را نیز از وی می‌گیرد. نیز هیچ تلاشی برای احراز محکومیت بر اساس معیارهای منطقی و بدون شک و شبهه معقول و منطبق با اصول دادرسی منصفانه صورت نمی‌گیرد.

حقوق مهاجرت نسبت به حقوق کیفری انعطاف بیشتری دارد و مواردی را در خود جای می‌دهد که در حقوق کیفری پذیرفتنی نیست. برخی کشورها در پذیرش تقاضای مهاجرت محدودیت زیادی قائل شده‌اند و این امر را با دلایل امنیتی توجیه می‌کنند. اعمال این محدودیت برای تمامی تقاضاهاست حال آنکه تروریست‌ها درصد بسیار کمی از افراد را تشکیل می‌دهند. این امر، با وجود کلی‌گویی زیادی که در قوانین

کیفری به تصویر می کشد، در مواردی کلی گرایي آن کمتر از حد لازم است؛ زیرا این قوانین نمی توانند پاسخ گوی تروریست‌هایی باشند که متعلق به کشور خود یا شهروند کشور تلقی می شوند.

بدین ترتیب، گرچه حقوق کیفری پاسخی است به اقدامات تروریستی که می تواند خود را ابزاری سیاسی نیز مطرح کند که از بسیاری از اصول خود فاصله می گیرد، نسبت به جایگزین‌های غیر حقوقی خود از مزایای بسیاری برخوردار است. با این حال، پاسخ به تروریسم نیازمند استراتژی جامعی است که حقوق کیفری می تواند یکی از اجزای آن را تشکیل دهد.

۴. ابعاد هنجاری و ابزاری یک استراتژی ضد تروریستی وسیع

به حقوق کیفری در مبارزه با جرایم تروریستی نباید بی‌اعتنایی کرد. با این حال، این حقوق نمی تواند ابزاری انحصاری در این راه باشد. حقوق کیفری باید در مرکز یک استراتژی کامل و جامع ضد تروریستی قرار گیرد. این واقعیت به ما خاطرنشان می کند که چرا در اصلاحات قانونی در راستای انطباق قوانین کیفری داخلی کشورها با قطعنامه ۱۳۷۳ و نیز در بحث‌های عمومی، حقوق کیفری تنها بخشی از سیاست ضد تروریسم را تشکیل می دهد. هم در بعد هنجاری و هم در بعد ابزاری، یک سیاست ضد تروریستی گسترده نمی تواند تنها بر حقوق کیفری تکیه داشته باشد.

تشریح یک سیاست کامل ضد تروریستی در حوصله این بحث نمی گنجد، اما این طرح می تواند با همکاری منظم سایر طرح‌ها و برنامه‌های خارج از بحث تروریسم و یا حتی خارج از بحث جرم گسترش یابد. یک طرح موفق برای استفاده از حقوق کیفری در دل یک سیاست ضد تروریستی گسترده تر می تواند از زمینه‌های بهداشت عمومی و علم و فناوری آغاز شود (National Research Council, 2002). به منظور تخمین معیارهای پیشگیرانه که می تواند صدمات را قبل، در جریان و بعد از تصادفات رانندگی کاهش دهد، «ویلیام هادون»^۱ آسیب شناس، برنامه‌ای جامع را برای کاهش آسیب‌ها پیشنهاد

1. William Haddon.

می‌کند. در این ساختار بندی، «هادون» میان معیارهایی که مستقیماً بر عامل ایجاد خسارت (راننده) وارد می‌شود و معیارهایی که بر عامل ثالث و یا محیط تحمیل می‌شود، تمایز می‌نهد. به عقیده او توجه بسیاری به رفتار راننده خطا کار صورت گرفته است و منابع بسیاری نیز به تغییر رفتار در چنین راننده‌ای قبل از تصادف، کاهش میزان صدمات با افزایش نظم و سرعت در کمک‌رسانی و نیز توجه به محلی که تصادف در آنجا رخ داده است، اختصاص یافته است. با این حال، باید توجه داشت که موضوع یک برنامه گسترده برای ایمنی ترافیک، نباید تنها راننده‌ای باشد که به صورت خطرناک رانندگی می‌کند، بلکه احداث کنندگان جاده‌ها و خیابان‌ها، سازندگان خودروها و کسانی که وظیفه رسیدگی به وضعیت تصادف را دارند، همگی باید در قالب طرح جامع کاهش آسیب، مورد توجه قرار گیرند. به عقیده «هادون»، برنامه‌ریزی درباره ترافیک تنها اصلاح راننده خطا کار نیست، بلکه برنامه او روکش داشبورد، کیسه هوا و بسیاری دیگر از مسائل جزئی را شامل می‌شود (Haddon, 1972: 168-174). با الهام از طرح «هادون» می‌توان گفت که اقدامات تروریستی نیز همچون سایر آسیب‌های اجتماعی، تا حدی اجتناب‌ناپذیرند و از این رو، باید منابع بیشتری را برای نظم‌دهی به عوامل محیطی، قبل، در جریان و بعد از حادثه تروریستی اختصاص دهیم تا زیان‌های حادثه به حداقل برسد. در اقدام قبل از حادثه تروریستی باید قواعد و مقررات منظمی در ارتباط با مواردی که برای تروریست‌ها جذاب هستند، وضع شود. در این راه، تضمین عدم دسترسی تروریست‌ها به مواد و عوامل مرگباری چون ماده هسته‌ای، عوامل میکروبی و... ضرورتی ویژه است. این گونه اقدامات می‌تواند با کمک قوانین اداری به انجام برسد که تهدید کمتری نسبت به آزادی افراد، دادرسی منصفانه و برابری ایجاد می‌کند و همزمان می‌تواند ما را در برابر حوادثی که متضمن استفاده از عوامل میکروبی و هسته‌ای است، مصون نگه دارد. به سادگی می‌توان گفت که رعایت چنین معیارهایی شاید می‌توانست خسارات ناشی از برخی حوادث تروریستی را به میزان قابل توجهی کاهش دهد.

مفهوم دیگری که در اتخاذ یک سیاست جامع ضد تروریستی می‌توان به آن توجه

کرد، ایده «قواعد حساس»^۱ است که «جان براثویت»^۲ مطرح کرد. اساس این نظریه عبارت است از هرمی از مقررات که در صورت ناکارآمدی اجازه دخالت دولتی را می‌دهد. به عقیده «براثویت»، رفتار مرتکبان و اعمال ضد اجتماعی آن‌ها می‌تواند به نحو بهتری توسط طرف ثالث در اجتماع که تأثیر بیشتری بر آن‌ها دارد، کنترل شود. در طراحی هرم مقررات «براثویت»، تلاش برای ترغیب مرتکب احتمالی به خودداری از انجام رفتار، مذاکره و حل مسئله به صورت صلح‌آمیز در قاعده هرم و راهکاری ابتدایی است و در صورتی که این راهکارها سودمند واقع نشود، به صورت تدریجی اجازه سخت‌گیری بیشتر نسبت به مرتکبان صادر می‌شود و گام به گام پاسخ‌ها به بازدارندگی، کیفر و در نهایت به ناتوان‌سازی مرتکبان غیر منطقی، تغییر شکل می‌یابد (Braithwaite, 2002: 31-32). این افراد از آن رو موضوع پاسخ‌های شدیدتر قرار می‌گیرند که به صورت غیر منطقی از پذیرش راه حل‌های ساده‌تر و صلح‌آمیز خودداری می‌کنند. گرچه می‌توان گفت که شاید چنین ایده‌ای درباره گروه‌هایی چون القاعده که تمایل به کشتن و تخریب دارند، اجراشدنی نیست، احترام و توجه به طرف ثالث که می‌تواند بر رفتار تروریست‌ها تأثیر داشته باشد، ارزش آن را دارد که از این راهکار استفاده شود.

یکی از خطرات تمرکز بر جنگ و حقوق کیفری برای مبارزه با تروریسم آن است که از راهکارهای ساده‌تری که به عوامل ریشه‌ای تروریسم می‌پردازد، غافل است. کمیسون ۱۱ سپتامبر، این موضوع را به رسمیت شناخته است که دولت‌های تحت فشار و دولت‌های ورشکسته سیاسی، ناامیدی و بی‌سوادی، عواملی‌اند که می‌توان در انجام رفتارهای تروریستی به آن‌ها توجه کرد (The 9/11 Commission Report, 2004: paras. 12.2-12.3). در صورت پاسخ به این عوامل، شاید بتوان اقدامات تروریستی را به ابزاری غیر جذاب برای برخی تروریست‌های احتمالی تبدیل کرد.

به کارگیری رویکردی هرمی، اتخاذ راهکارهایی ناتوان‌کننده را ممکن می‌سازد. نخستین استراتژی می‌تواند به کار بستن قواعد اداری برای اجتناب از دسترسی

1. Responsive regulation.
2. John Braithwaite.

تروریست‌ها به وسایل و امکانات تروریستی باشد. هر چه از قاعده این هرم بالاتر رویم، ابزارهای قاطع‌تری همچون حقوق کیفری، ابزارهای بازدارندگی و حتی راهکاری خشن همچون جنگ در اختیار ما قرار می‌گیرد. علاوه بر این، می‌توان در قالب ایده‌هرمی بیان داشت که شیوه‌هایی همچون جنگ و اقدامات بازدارنده و پیشگیرانه می‌توانند آخرین راه حل در برابر تهدیدات تروریستی باشند. این هرم، پایان کار نیست و باید با تحلیل‌هایی هنجاری که برخی الزامات را برای مشروعیت اقدامات ضد تروریستی تحمیل می‌کند، حمایت شود. برخی در چهارچوب این طرح جامع، بر این عقیده‌اند که: اقدامات تهاجمی و توانمندی‌های نظامی تهاجمی از ضروریات یک راهبرد موفق است. این اقدامات افزون بر گروه‌های تروریستی همچون القاعده، باید دربارهٔ رژیم‌هایی که با این گروه‌ها همکاری می‌کنند، نیز اعمال شود (بری آر، ۱۳۸۲: ش ۳۳/۳۵).

با این حال، یکی از خطرات این رویکرد هرمی در مبارزه با تروریسم آن است که این شیوه می‌تواند شیوهٔ خودتوجهی ساده برای استفاده از ابزارهای خشونت‌آمیز علیه تروریست‌ها باشد و پاسخی به این پرسش که چگونه جامعه‌ای غیر اخلاقی می‌تواند علیه تروریسم مبارزه کند؟ (Dershwitz, 2002: 165). برخی شیوه‌ها همچون شکنجه و رفتارهای غیر انسانی و کشتن افراد مشخص، نباید در این هرم قرار گیرد و همچنان باید شیوه‌هایی غیر قانونی باشند. با استفاده از توجیه برخورد هرمی، بسیاری از شیوه‌های سؤال‌برانگیز می‌تواند با این توجیه که «شیوه‌های ملایم‌تر کارایی ندارند»، در مبارزه با تروریسم استفاده شوند و حقوق افراد نادیده گرفته شود. بدین ترتیب باید گفت که نیاز به شیوه‌های دموکراتیک‌تر و قانونی‌تر در بسیاری از اقدامات و سیاست‌های خشونت‌آمیز تروریستی احساس می‌شود. این نیاز تا زمانی که تمام رفتارهای ضد تروریستی موضوع بررسی‌های قانونی قرار گیرند، احساس می‌شود.

دادگاه عالی آمریکا در تصمیمات ژوئن ۲۰۰۴ در مورد پرونده‌های «مبارزان دشمن» و «خلیج گوانتانامو»، برخی دشواری‌های اعمال سیستم‌های قانونی در مقایسه با جایگزین‌های سهل‌گیرانهٔ حقوق کیفری را آشکار ساخت. در هر دوی این پرونده‌ها، دولت بوش به این بیان رئیس دولت مبنی بر اینکه «برخورد با دشمنان از طریق

کاغذهای قانون کفایت نمی‌کند»، وفادار ماندند. بنا به اظهار وکلای دولت در این پرونده‌ها، دادگاه‌های آمریکا صلاحیت بررسی پرونده‌های بازداشت‌شدگان خلیج گواتانامو را ندارند و از این رو، دادگاه باید به تصمیمات اجرایی دولت مبنی بر اعلام نام دشمنان ملت آمریکا احترام بگذارد. این یک پیروزی برای قانون بود که در چنین وضعیت بی‌قانونی، دفاعیات دولت، تنها حمایت ۳ قاضی را در پرونده «خلیج گواتانامو»، و یک قاضی در پرونده «مبارزان دشمن» به دست آورد. ۶ قاضی صلاحیت رسیدگی به پرونده زندانیان گواتانامو را که منطقه‌ای تحت کنترل دولت آمریکاست، تأیید کردند و دیدگاه اقلیت را که دادگاه‌های آمریکا صلاحیت رسیدگی به منطقه دور از ساحل، و غیر شهروندان آمریکایی را ندارد، رد کردند (Rasul v. Bush 124 S. Ct. 2686 (2004)). این رویکرد، مزایای دادرسی کیفری را آشکار ساخت، اما این امکان را نیز نشان داد که قانون‌گذار از طریق تعلیقی آشکار می‌تواند قانون‌مندی در نظام دادرسی کیفری را معلق سازد.

۵. ایرادات وارد بر جرم‌انگاری‌های ضد تروریستی

در کنار برخی ویژگی‌های تعریف قانونی تروریسم که تا حدودی درباره تمامی جرایم ضد امنیت ملی مشاهده می‌شود و از این رو بدون آنکه بتوان برای آن توجیهی ارائه کرد، می‌توان آن‌ها را در حد معقول پذیرفت، حقوق کیفری ضد تروریستی که قوانین ماهوی و شکلی سخت‌گیرانه‌ای را همراه خود آورده است، ایراداتی اساسی دارد که آن را از حقوق کیفری جدا می‌کند و به مصلحت‌گرایی سیاسی نزدیک می‌سازد. قوانین ضد تروریستی به جز ویژگی‌های مقطعی، مشکلاتی اساسی به همراه می‌آورند. این قوانین به دلیل اینکه آزادی و فضاهای عمومی را خطرات بالقوه‌ای محسوب می‌کنند، به نوعی مخل حقوق شهروندی‌اند و مورد سوءظن عموم قرار می‌گیرند (آلبرشت، ۱۳۸۵: ش ۱۱/۱۷۰). پیگیری این نکته در قوانین ضد تروریستی جدید ما را به دو ایراد اساسی می‌رساند: نخست، امنیت‌گرایی حقوق کیفری است و دوم، دشمن‌گرایی حقوق کیفری.

الف) رویکرد امنیتی به جرایم تروریستی در حقوق کیفری

بی‌تردید، تمامی قوانین کیفری به امنیت توجه دارند و یکی از اهداف خود را تأمین و حفظ آن تعریف می‌کنند. با این حال، باید دانست که پرداختن افراطی به امنیت ملی، بی‌تردید آزادی شهروندان را قربانی خواهد کرد؛ زیرا این دو موضوع همواره در تقابل یکدیگر هستند (عالی‌پور، ۱۳۸۷) و توجه به یکی، بی‌اعتنایی به دیگری را در پی خواهد داشت. با وجود این، گرچه قوانین کیفری، نمودی از اعمال قدرت دولتهاست و همواره منافع ایشان را مد نظر دارد، نمی‌توان گفت که همواره آزادی افراد را فدای امنیت دولت‌ها می‌کند. تنها در رودرویی این دو است که می‌توان گفت دولت‌ها کدام یک را بر دیگری ترجیح می‌دهند: امنیت را به سود آزادی یا آزادی را به سود امنیت؟

پس از وقایع تروریستی سال‌های اخیر و روی آوردن حقوق کیفری به سمت نسل جدید خود، یعنی حقوق کیفری ضد تروریستی، امنیت‌گرایی در قوانین ضد تروریستی صراحت بیشتری به خود گرفت. این امنیت‌گرایی را می‌توان در دو بعد ماهوی و شکلی به وضوح مشاهده کرد (همان: ۲۰۷ به بعد). در بعد ماهوی می‌توان جرم‌انگاری پیش‌دستانه را یکی از نمونه‌های امنیتی شدن ذکر کرد. گرچه فرایند جرم‌انگاری بازنمود رفتار اجتماعی غیر قابل پذیرش است و برای پاسخ‌دهی به این رفتار خود را نمایان می‌سازد، در عرصه حقوق کیفری ضد تروریستی می‌توان نمونه‌هایی از جرم‌انگاری پیش‌دستانه را مشاهده کرد. این فرایند، رفتارهایی را جرم‌انگاری و مجازات می‌کند که تا کنون توانایی ظهور نیافته‌اند، اما در آینده احتمال وقوع آن‌ها وجود دارد.

بیان مبهم و عدول از اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها عامل دیگری است که امنیت‌گرایی حقوق کیفری ضد تروریستی را تأیید می‌کند. استفاده شعارگونه از این واژه بدون اینکه تعریفی واضح از آن داده شود و یا حتی اعطای اختیار به سازمان‌های غیر تقنینی برای تعیین مصادیق تروریست، از دیگر مواردی است که آشکارا در نسل حقوق کیفری ضد تروریستی دیده می‌شود و حال آنکه اصل قانونی بودن اقتضای آن را دارد که مرجع قانون‌گذاری جرایم و مجازات‌ها را به صراحت بیان کند. در کنار

استفاده از عبارات مبهم در جرم‌انگاری‌های امنیتی به طور کلی، و جرم‌انگاری‌های تروریستی به طور خاص، واگذاری اختیار تعیین تروریست‌ها به دولت و نه دادگاه‌های قضایی نیز امری است که آشکارا این اصل را نقض می‌کند. اختیار دولت آمریکا مبنی بر اعلام نام گروه‌های تروریستی، از جمله این اختیارات است، در حالی که تعیین این امر باید بر عهده دادگاه‌ها باشد و امری حقوقی و در دل فرایند دادرسی تلقی شود. این ایراد در «قانون ضد تروریسم» ۲۰۰۱ انگلستان نیز به چشم می‌خورد که در طی آن چنین اختیاری به اداره مهاجرت واگذار شده است تا بتواند افرادی را که نسبت به آن‌ها ظن تروریست بودن دارد، مشمول ضمانت اجراهای «قانون مهاجرت» ۱۹۷۱ قرار دهد، بدون اینکه تروریست بودن فرد در دادگاه صالح به اثبات رسیده باشد.

در کنار امنیت‌گرایی قوانین ضد تروریستی در بعد ماهوی، حقوق شکلی نیز جالب توجه است که شنود مکالمات تلفنی، افشای اطلاعات، بازداشت بدون مدت، پذیرش اماره مجرمیت^۱ و موارد مشابه دیگر، از مصادیق آن هستند و به نحو گسترده‌ای در قانون پاتریوت آمریکا دیده می‌شوند (همان: ۲۱۸).

بدین ترتیب می‌بینیم که قانون‌گذاری در ورای حملات تروریستی ۱۱ سپتامبر، هم به واسطه قطعنامه‌های شورای امنیت برای تمامی کشورها الزامی شناخته شده است و هم اینکه پس از این مقطع زمانی، رویکردی امنیت‌محور یافته‌اند (عالی‌پور، ۱۳۸۶: ش ۱۱۶/۶-۱۱۷). یکی دیگر از نمودهای این گرایش به سمت امنیت را می‌توان در واگذاری اختیارات گسترده به مقامات اجرایی و امنیتی دید. در ایالات متحده، مبارزه با تروریسم با تقویت بی‌سابقه نیروهای اجرایی همراه شده است. تقریباً ۶ هفته پس از این حملات، کنگره در روز ۲۶ اکتبر به قانونی رأی داد که علناً آزادی‌های مدنی را محدود می‌کرد تا اقدامات قضایی و پلیسی برای مبارزه ضد تروریستی راحت‌تر شود. این قانون تحت عنوان «قانون میهن پرستی»^۲ مشتمل بر ۳۴۲ صفحه بود و شامل مجموعه‌ای از مقرراتی

۱. ماده ۲۰۳-۴۲۱ قانون جزای فرانسه، این ایده را بدین گونه به تصویر می‌کشد: «ناتوانی در توجیه منابع مالی مطابق با روند معمول زندگی شخص با توجه به روابط معمول با یک یا چند شخصی که به یک یا چند مورد از رفتارهای ذکر شده در مواد ۴۲۱ تا ۴۲۱-۲۰۲ مبادرت نموده‌اند، مستوجب ۷ سال حبس ساده و ۱۰۰ هزار یورو جزای نقدی است».

2. PATRIOT Act.

که بخش بزرگی از قوانین فدرال در زمینه‌های بسیاری همچون آیین دادرسی کیفری، کنترل و حفاظت از مرزها، پول‌شویی و منابع مالی تروریسم، کمک به قربانیان، اطلاعات و مهاجرت و... را اصلاح می‌کرد (آدام، ۱۳۸۸: ۱۱).

ب) جایگزینی «دشمن» با «مجرم» در مبارزه کیفری با تروریسم

حقوق کیفری همواره باید به صورت یکسان بر همگان سایه افکند و این، همان اصل برابری افراد در برابر قانون است. بر اساس این اصل، اعمال تبعیض در حقوق کیفری خلاف اصل برابری است و پذیرفتنی نیست. اعمال قانون بر افراد به صورت غیر تبعیض آمیز نتیجه‌ای است که از این اصل برمی‌خیزد. گرچه تروریسم، ناقض حقوق بشر و آزادی‌های اساسی شهروندان است، مبارزه با آن نمی‌تواند بدون رعایت استانداردهای حقوق بشر صورت گیرد. لزوم رعایت حقوق بشر در مقابله با اقدامات تروریستی، مبتنی بر قواعد حقوق بین‌الملل بشر و اعمال یکسان آن نسبت به تمام افراد است. حقوق بشر فارغ از مقام و موقعیت هر کس، حمایت از حقوق و آزادی‌های اساسی افراد را محور برخوردهای دولتی قرار داده است (حکیمی‌ها، ۱۳۸۵: ۱۱۶).

تروریسم، مفهومی سیاسی است و از آنجا که در دنیای سیاست، دشمن جای مجرم را در حقوق کیفری می‌گیرد، پیروی حقوق کیفری از تفکرات سیاسی و ایجاد حقوق کیفری ضد تروریستی جدید، مجرمان را در قوانین این حوزه به سان دشمنانی به تصویر می‌کشد که جدای از جامعه‌اند و از این رو، هیچ گونه حمایتی شامل آن‌ها نمی‌شود. این در حالی است که دولت‌ها با توجه به الزامات بین‌المللی خود، باید آزادی افراد را محترم بشمرند و برخوردهای خود را در قالب معیارهای جهانی حقوق بشر محدود کنند. با این حال، برخی با این بیان که: «تروریسم ناقض حقوق انسانی قربانیان بی‌گناه است، متهمان تروریستی نمی‌توانند مدعی باشند که مطابق معیارهای حقوق بشر با آن‌ها برخورد شود؛ زیرا حقوق انسانی مردم بی‌گناه مستلزم حمایت است» (شریفی طرازکوهی، ۱۳۷۷: ۱۰۲) برخوردهای تبعیض آمیز و دشمن گونه را در حق تروریست‌ها روا می‌دانند.

در عرصه قوانین کیفری ضد تروریستی می‌توان دو دسته متضاد از افراد را دید:

نخست، شهروندانی که مطیع قانون هستند و مورد حمایت؛ و دوم، دشمنانی که شهروند نیستند و باید با اینان مقابله شود. اینان دشمن هستند و باید آماج برخوردی خشن و سخت از سوی دولت واقع شوند، ولو اینکه در فرایند این برخورد خشن، اصول حقوق بشری رعایت نگردد. محدودیت‌های کارکردی حقوق کیفری در زمینه شناسایی و مبارزه با تروریسم موجب گردیده است تا مفهوم «دشمن» در تقابل با مفهوم «شهروند» وارد این عرصه گردد که هم در عرصه عملی و هم در قلمرو نظری می‌توان آن را مشاهده کرد (صدر توحیدخانه، ۱۳۸۸: ۴۶۵). همین دشمن محوری به نحو قابل توجهی، تبعیض را وارد قوانین کیفری ضد تروریستی نموده است. ماده ۲۲ «قانون ضد تروریسم» ۲۰۰۱ انگلستان، هر گونه تسری کامل قانون مهاجرت ۱۹۷۱ را که می‌تواند به عدم ورود یا انتقال یک شخص از انگلستان منجر شود، اجازه می‌دهد تا اینکه علیه یک تروریست بین‌المللی اتخاذ شود، هر چند که این حکم نتواند به انتقال یک شخص از انگلستان بنا به دلایل حقوقی یا عملی منتج شود. گنجاندن یک عنصر قانون مهاجرت در این تمهید بدین معناست که این قانون تنها نسبت به کسانی که تبعه انگلستان نیستند، اعمال‌شدنی است (حاتمی و حاجی‌زاده، ۱۳۸۶: ش ۱۴۵/۳۶) و این به معنای تبعیض در اجرای قوانین کیفری است.

این تبعیض در عرصه عمل و اجرا حتی بیشتر خواهد بود به گونه‌ای که آنچه در عمل در عرصه مبارزه با اقدامات تروریستی نمود می‌یابد، به طور کلی افراد خارجی را در بر می‌گیرد. این تبعیض تا حدی است که در دل آن می‌توان نژادپرستی ذاتی برخی سیستم‌های سیاسی همچون انگلستان و آمریکا را مشاهده کرد. این تبعیض از حیث مذهبی، مسلمانان را نشانه رفته است و از حیث ملی غیر اروپاییان را (ر.ک: مهرا، ۱۳۸۶: ش ۷۰-۵۹/۴).

نتیجه‌گیری

بر اساس آنچه گفته شد به جرئت می‌توان ادعا کرد که حقوق کیفری به تنهایی نمی‌تواند راه حلی مناسب برای مبارزه با تروریسم باشد، بلکه باید در قالب یک برنامه و راهبرد گسترده‌تر، در کنار قواعد و راه حل‌هایی که طرف‌های ثالث درگیر در یک

اقدام تروریستی و حتی محیط ارتکاب جرم پیش می‌نهند، بررسی شود. در این فرایند، نیازمند راهبردهایی منطقی و قوی هستیم تا بتواند ما را نه تنها در برابر تروریسم، که در برابر تمامی صدمات و خطرات زندگی در جامعه مدرن محافظت کند. با این حال، همواره باید این نکته را مد نظر داشت که تأکید زیاد بر خطر تروریسم ممکن است به اهداف سیاسی تروریست‌ها اهمیتی بیش از آنچه باید، بدهد و نتیجه اینکه احتمالاً چنین تصویری ایجاد خواهد شد که بزرگ‌ترین خطر تروریسم، واکنش شدیدی است که در جوامع دموکراتیک، ساختار دموکراسی را نادیده می‌گیرند.

با وجود این، به صورت همزمان الزام سیاسی برای وضع قوانین کیفری جدید به عنوان پاسخی به اقدامات تروریستی وحشت‌انگیز، به نظر مقاومت‌ناپذیر است و از این رو، حقوق کیفری نقش مهمی را در برنامه‌های ضد تروریستی بر عهده خواهد داشت. این قوانین نه تنها بر تروریست‌ها بلکه بر طرف‌های ثالثی که از تروریست‌ها حمایت می‌کنند نیز تحمیل خواهد شد. نباید در ارزش بازراندگی چنین قوانینی اغراق شود و باید در وضع چنین قوانین ضد تروریستی به این نکته همواره توجه کرد که هر گونه نقض اصول کلی فرایند دادرسی منصفانه در حقوق ضد تروریستی به سایر اجزای حقوق کیفری تسری نیابد. حقوق کیفری بیانگر ارزش‌های مهمی است از جمله مسئولیت شخصی، بازداشت قانونی و بازداشت توسط مقامات قانونی، مجازات مناسب و دادرسی منصفانه، که این اصول نباید به سادگی در سایه جنگ با تروریسم نادیده گرفته شود. از این رو، گرچه حقوق کیفری می‌تواند نسبت به جایگزین‌های بی‌قید و بند خود در مبارزه با تروریسم، گزینه خوبی در دستان عاملان مبارزه با تروریسم باشد، نباید همیشه تنها راه حل قلمداد گردد.

تهدیدات تروریستی می‌تواند با نقض قوانین کیفری، حقوق کیفری را از هیئت بیندازد و آن را به سخره بگیرد، اما یک خطر شدیدتر که احتمالاً در نتیجه واکنش به چنین اقدامی صورت خواهد گرفت، آن است که دولت‌ها در مبارزه و پاسخ‌دهی به این اقدامات گستاخانه، قواعد و محدودیت‌های حقوق کیفری را نادیده بگیرند و به معیارهای ضد تروریستی بی‌قید و بندتری، چون جنگ، شکنجه، قتل، بازداشت پیشگیرانه و اعمال محدودیت‌های گسترده بر مهاجرت متوسل شوند.

بنابراین، همواره باید توجه داشت که وابستگی حقوق به قدرت‌های سیاسی درگیر در یک مبارزهٔ تروریستی، ابزارهای عادلانهٔ حقوق کیفری را به ابزارهایی برای اقدامات غیر عادلانهٔ دولت‌ها تبدیل نکند.

کتاب‌شناسی

۱. آدم، الکساندر، مبارزه با تروریسم؛ مطالعه تطبیقی اتحادیه اروپا - ایالات متحده آمریکا، ترجمه ابوالحسن شگری، تهران، سازمان عقیدتی سیاسی ناجا، ۱۳۸۸ ش.
۲. آلبرشت، هانس یورگ، «تروریسم؛ خطر و قانون‌گذاری»، ترجمه مهدی مقیمی و مجید قورچی‌بیگی، فصلنامه تخصصی فقه و حقوق، سال سوم، شماره ۱۱، زمستان ۱۳۸۵ ش.
۳. اردبیلی، محمدعلی، «مفهوم تروریسم»، تروریسم و دفاع مشروع از منظر اسلام و حقوق بین‌الملل (مجموعه مقالات و سخنرانی‌های ارائه‌شده به همایش)، تهران، چاپ روزنامه رسمی، تابستان ۱۳۸۱ ش.
۴. بری آر، پوزن، «مبارزه با تروریسم: استراتژی بزرگ، استراتژی و تاکتیک»، ترجمه علی رضایی، مجله نگاه، سال چهارم، شماره ۳۵، خرداد ۱۳۸۲ ش.
۵. پاکنهاد، امیر، سیاست جنایی ریسک‌مدار، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۶. تنسخری، محمدعلی، «حوادث تروریستی، مسائل پیرامونی آن و برخورد انسانی»، اسلام قربانی تروریسم (مجموعه مقالات همایش جهان اسلام قربانی تروریسم)، تهران، مجمع جهانی صلح اسلامی، ۱۳۸۸ ش.
۷. توماس، فیلیپ، واکنش‌های قانونی به تروریسم؛ نگرش انتقادی، ترجمه محمود سلیمی (گزارش پژوهشی)، تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۲ ش.
۸. چامسکی، نوام، تروریست‌های جهانی چه کسانی هستند؟، ترجمه مجتبی طاهری (گزارش پژوهشی)، تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۳ ش.
۹. حاتمی، مهدی و محمود حاجی‌زاده، «بررسی قانون ضد تروریسم انگلستان»، مجله حقوقی، شماره ۳۶، بهار - تابستان ۱۳۸۶ ش.
۱۰. حکیمی‌ها، سعید، تروریسم در حقوق کیفری ایران و اسناد بین‌المللی، پایان‌نامه دکتری دانشگاه تربیت مدرس، مردادماه ۱۳۸۵ ش.
۱۱. دلماش مارتی، میری، «پارادایم جنگ علیه جرم، مشروع ساختن امر غیر انسانی»، ترجمه روح‌الدین کردعلیوند، تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۱۲. رز، دیوید، گوانتانامو، جنگ آمریکا علیه حقوق بشر، ترجمه نجله خندقی، تهران، امیرکبیر، ۱۳۸۵ ش.
۱۳. زر نشان، شهرام، «شورای امنیت و تعهدات دولت‌ها برای مقابله با تروریسم»، مجله حقوقی، شماره ۳۸، بهار و تابستان ۱۳۸۶ ش.
۱۴. شاملو، باقر، «تفکیک بین تروریسم و جرم سیاسی»، تروریسم و دفاع مشروع از منظر اسلام و حقوق بین‌الملل (مجموعه مقالات و سخنرانی‌های ارائه‌شده به همایش)، تهران، چاپ روزنامه رسمی، ۱۳۸۱ ش.
۱۵. شریفی طرازکوهی، حسین، حقوق بشر در پرتو تحولات بین‌المللی، تهران، دادگستر، ۱۳۷۷ ش.
۱۶. صدر توحدخانه، محمد، «حقوق در چنبره دشمن؛ از سیاست آمریکایی جنگ با ترور تا نظریه آلمانی حقوق کیفری دشمنان»، علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۱۷. عالی‌پور، حسن، «اقدامات تروریستی: موقعیت‌سنجی قانونی، ضرورت‌سنجی تقنینی»، مجله برداشت دوم، شماره ۶، ۱۳۸۶ ش.
۱۸. همو، توازن میان امنیت ملی و آزادی‌های فردی در پرتو مبارزه با جرایم تروریستی، پایان‌نامه دکتری دانشگاه شهید بهشتی، زمستان ۱۳۸۷ ش.

۱۹. عبدالهی، محسن، «مفهوم تروریسم بین‌المللی و تعریف آن در جامعه بین‌المللی»، سرکوب تروریسم در حقوق بین‌الملل معاصر، نگارش محسن عبداللّهی و فاطمه کیهانلو، تهران، اداره چاپ و انتشارات ریاست جمهوری، ۱۳۸۴ ش.
۲۰. فلوری، موریس، «حقوق بین‌الملل ابزاری برای مبارزه با تروریسم»، ترجمه سیدقاسم زمانی، تروریسم، تاریخ، جامعه‌شناسی، گفتمان، حقوق، گردآوری و ویرایش علیرضا طیب، چاپ دوم، تهران، نی، ۱۳۸۴ ش.
۲۱. لینکتر، اندرو، مبارزه با تروریسم: تلاشی بی‌پایان، ترجمه محمد صفار (گزارش پژوهشی)، تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۲ ش.
۲۲. مختاری، مجید، «شکست جنگ با تروریسم»، مجله نگاه، سال سوم، شماره ۳۳، فروردین ۱۳۸۲ ش.
۲۳. مهرا، نسرین، «مسلمانان در سیستم عدالت کیفری انگلستان»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، سال دوم، شماره ۴، پاییز ۱۳۸۶ ش.
۲۴. نجفی ابرندآبادی، علی حسین و حمید هاشم‌بیگی، دانشنامه جرم‌شناسی، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۳ ش.
۲۵. هافمن، پل، «حقوق بشر و تروریسم»، ترجمه علیرضا ابراهیم گل، مجله حقوقی، شماره ۳۴، بهار و تابستان ۱۳۸۵ ش.
26. Ackerman, Bruce, "The Emergency Constitution", *Yale Law Journal*, No. 113, 2004.
27. Beck, Ulrich, *Risk Society: Towards a New Modernity*, London, Sage Publication, 1992.
28. Braithwaite, John, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, 2002.
29. Colter, Irwin, "Terrorism, Security and Rights: The Dilemma of Democracies", *National Journal of Constitutional Law*, No. 14, 2002.
30. Dershowits, Alan, *Why Terrorism Works?*, New Haven, Yale University Press, 2002.
31. Dworkin, Ronald, *The Threat to Patriotism*, New York Review of Books, 28 Feb 2002.
32. Feldman, Noah, "Choices of Law, Choices of War", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 25, No. 2, Spring 2002.
33. Freedman, Lawrence, "Terrorism as Strategy", *Government and Opposition*, Vol. 42, No. 3, 2001.
34. Garland, David, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, University of Chicago Press, 2001.
35. Gross, Oren, "Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional", *Yale Law Journal*, No. 112, 2003.
36. Gross, Oren, "Cutting Down Trees: Law-Making Under the Shadow of Great Calamities", in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem & Kent Roach (Eds.), *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001.

37. Haddon, William, "A Logical Framework for Categorizing Highway Safety Phenomena and Activity", *Journal of Trauma*, No. 12, 1972.
38. Home Secretary, *Counter-Terrorism Powers: Reconciling Security and Liberty in an Open Society*, Feb 2004.
39. International Bar Association, *International Terrorism: Legal Challenges and Responses*, Ardsley Park, Transnational Publishers, 2003.
40. Jackall, Robert, *Propaganda*, New York, New York University Press, 1994.
41. Lord Newton (chair), *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, Review Report, 18 Dec 2003.
42. Maclin, Audrey, "Borderline Security", in David Cole (Ed.), *The Security of Freedom; Enemy Aliens*, New York, New Press, 2003.
43. McQuade, Laurie M., "Tragedy as a Catalyst for Reform: The American Way?", *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 11, No. 325, 1996.
44. National Research Council, *Making the Nation Safer: The Role of Science and Technology in Countering Terrorism*, Washington, National Academy Press, 2002.
45. Rasul v. Bush 124 S. Ct. 2686, 2004.
46. Roach, Kent, *Due Process and Victims' Right*, University of Trento Press, 1999.
47. Simon, Jonathan, "Governing Through Crime", in L.M. Friedman & G. Fisher (Eds.), *The Crime Conundrum: Essays on Criminal Justice*, New York, Westview Press, 1997.
48. Steyn, Johan, "Guantanamo Bay: The Legal Black Hole", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, No. 1, 2004.
49. Surette, Ray, *Media, Crime and Criminal Justice: Images and Realities*, Belmont, Calif: West/ Wadsworth, 1998.
50. *The 9/11 Commission Report*, New York, Norton, 2004.
51. Thomas, Philip, "September 11 and Good Governance", *Northern Ireland Law Quarterly*, No. 53, 2002.
52. United States Department of Justice, *Report from the Field: The USA Patriot Act at Work*, July 2004.
53. Whitehead, John & Steven Aden, "Forfeiting Enduring Freedom for Homeland Security", *American University Law Review*, No. 51, 2002.

ارزیابی سیاست «جرم‌زدایی» قانون برنامه پنجم توسعه در قانون مجازات اسلامی*

- محمدعلی بابایی^۱
- میثم غلامی^۲
- فاطمة‌السادات هاشمی دمنه^۳

چکیده

یکی از سازوکارهای مهم در عرصه سیاست جنایی، جرم‌انگاری است که به موجب آن قانون‌گذار به منظور حمایت از نظم عمومی و ارزش‌های اخلاقی، برخی رفتارها را جرم‌انگاری می‌نماید. اما از آنجا که این امر، حقوق و آزادی‌های افراد را محدود می‌کند، پیامدهای منفی مانند اخلاق در عملکرد دستگاه قضایی دارد، قانون‌گذار باید سنجیده و با احتیاط از این سازوکار استفاده کند. به همین جهت، فصل هشتم قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، کاهش عناوین مجرمانه و دعاوی را به عنوان یک تکلیف بر عهده قوه قضاییه گذاشته است. با وجود این، به نظر می‌رسد قوه قضاییه در قانون مجازات

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۲/۱۴.

۱. دانشیار دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (نویسنده مسئول) (m.babaeiali@gmail.com).

۲. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی.

۳. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی.

اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بدون توجه به این تکلیف، از ضوابط سیاست جرم‌زدایی قانون برنامه پنجم توسعه عدول کرده و رفتارهایی را جرم‌انگاری کرده است که در قانون مجازات اسلامی پیشین سابقه‌ای نداشت که برای نمونه می‌توان به جرم‌انگاری بر اساس منابع فقهی (ماده ۲۲۰) و جرم‌انگاری افساد فی الارض (ماده ۲۸۶) اشاره کرد. مقاله پیش رو ضمن تحلیل و بررسی سیاست جرم‌زدایی، به نقض این سیاست از طریق جرم‌انگاری‌های متعدد در قانون مجازات اسلامی می‌پردازد.

واژگان کلیدی: جرم‌انگاری، جرم‌زدایی، مفسد فی الارض، قانون برنامه پنجم توسعه.

مقدمه

جرم و به عبارتی بزهکاری، مفهومی نسبی است که در بستر زمان و مکان دستخوش تغییر می‌شود و دیدگاه‌های حاکم بر قانون‌گذاری کیفری را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد. بنابراین اغلب جرایم (جرایم اعتباری یا مصنوعی) در واقع رفتارهایی هستند که در مقطعی از زمان واجد وصف مجرمانه شده‌اند (سلطانفر، ۱۳۸۳: ۵). ایجاد جرم و پیش‌بینی ضمانت اجرای کیفری توسط قانون‌گذار، موجب مداخله نظام کیفری در حقوق و آزادی‌های فردی می‌شود که این مداخله گاه ممکن است مشکلاتی به همراه داشته باشد؛ چرا که هر جرم‌انگاری در واقع نوعی محدودیت تلقی می‌شود و این محدودیت‌ها، آثار و پیامدهای منفی برای جامعه به دنبال دارد؛ برای نمونه، می‌توان به هزینه‌های اجتماعی آن اشاره کرد که برخی از اعضای جامعه در اجرای قوانین کیفری و در چارچوب عدالت کیفری، با عنوان و برچسب «مجرم» روبه‌رو می‌شوند. افزون بر این، این گونه جرم‌انگاری‌ها و کیفرگذاری‌ها، در نهایت برای حاکمیت نیز هزینه‌های مادی، اقتصادی و اجتماعی به دنبال خواهد داشت (غلامی، ۱۳۸۹: ۸۶).

به همین علت، نظام عدالت کیفری با بهره‌گیری از یافته‌های سیاست جنایی نوین به راهبرد عقب‌نشینی - در چارچوب سازوکارهای جرم‌زدایی، کیفرزدایی و قضازدایی - روی آورده و با توسل به این سیاست‌ها، حمایت از پاره‌ای ارزش‌ها و مصلحت‌های اجتماعی را از رسالت حقوق کیفری خارج کرده و به حوزه‌های دیگر حقوق مانند حقوق اداری، حقوق مدنی یا حقوق انضباطی واگذار کرده است.

قانون‌گذار ایران نیز به نوبه خود به این نکته توجه داشته و در جهت کاهش بار نظام کیفری و نیز مداخله آن در سطح اجتماع، در فصل هشتم قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۱۳۸۹، سیاست جرم‌زدایی را به عنوان یک تکلیف به قوه قضاییه واگذار کرده است.^۱

پس از تصویب این قانون، قوه قضاییه نیز در یکی از مصوبات خود با عنوان «راهبرد و اهداف برنامه پنج‌ساله قوه قضاییه (۱۳۹۰-۱۳۹۴)» در مورخه ۱۳۹۰/۹/۱۹، یکی از راهبردهای این قوه در راستای تحقق اهداف برنامه پنجم توسعه را اصلاح و تنقیح قوانین کیفری با رویکرد جرم‌زدایی بیان کرده است. با این حال، علی‌رغم ایجاد بسترهای تقنینی مذکور و با عنایت به سیاست‌های کلان قضایی ابلاغی مقام معظم رهبری^۲ و نیز ضرورت‌های جرم‌زدایی از قوانین کیفری،^۳ با تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، قانون‌گذار بر خلاف هدف یادشده گام برداشته و بدون توجه به اصول جرم‌انگاری،^۴ جرایمی را ابداع نموده است که در قانون مجازات اسلامی پیشین، سابقه‌ای ندارد. به این معنا که در ماده ۲۲۰، درباره حدودی که در قانون نیامده است، قاضی را به اصل ۱۶۷ قانون اساسی ارجاع داده^۵ و وی را موظف کرده تا با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه

۱. «قوه قضاییه مکلف است به منظور کاهش عناوین مجرمانه و دعاوی، ایجاد پلیس قضایی، استانداردسازی ضمانت اجرای کیفری و جایگزین کردن ضمانت اجرای غیر کیفری مؤثر و روزآمد از قبیل انتظامی، انضباطی، مدنی، اداری و ترمیمی حداکثر تا پایان سال اول برنامه، لوائح قضایی مورد نیاز را تهیه نماید تا از طریق دولت به مجلس شورای اسلامی تقدیم گردد» (قانون برنامه پنجم توسعه: ماده ۲۱۱، بند الف).

۲. بند ۱۴ سیاست‌های کلان قضایی مصوب ۱۴ تیر ۱۳۸۲، یکی از سیاست‌های کلی قضایی را بازنگری در قوانین در جهت کاهش عناوین جرایم و کاهش استفاده از مجازات زندان می‌داند.

۳. از جمله این ضرورت‌ها می‌توان به تورم قوانین کیفری، اجرا نشدن قانون، لزوم کاهش دخالت در آزادی‌های افراد، اثبات ناکارآمدی نظام عدالت کیفری، افزایش رقم سیاه بزهکاری، هم‌گرایی با جامعه جهانی، توجه به مقتضیات زمان و مکان اشاره کرد.

۴. برای جرم‌انگاری یک رفتار لازم است که اولاً این رفتار با اصول و مبانی اخلاقی جامعه در تعارض باشد. ثانیاً توسل به اقدامات غیر کیفری در مقابله با آن رفتار نتیجه‌بخش نباشد و ثالثاً زمینه‌های اجرایی و عملی مقابله قهرآمیز فراهم باشد (نجفی ابرندآبادی و دیگران، ۱۳۸۳: ش ۲۳/۴).

۵. ماده ۲۲۰: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود».

سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین، از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزد.^۱

جرم‌انگاری دیگر، در فصل نهم از بخش دوم کتاب حدود، با عنوان «بغی و فساد فی الارض» است، در حالی که قانون‌گذار در باب هفتم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، جرایم «محاربه» و «افساد فی الارض» را مترادف می‌دانست، قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در فصل هشتم، در تعریف محاربه (ماده ۲۸۰) از عبارت «افساد فی الارض» استفاده نکرده و آن را در یک فصل جداگانه و در سه ماده و یک تبصره (مواد ۲۸۶-۲۸۸) جرم‌انگاری کرده است و بدین ترتیب آن‌ها را دو تأسیس جداگانه دانسته و از یکدیگر تفکیک کرده است.

مقاله حاضر، ضمن نقد و بررسی جرایم مذکور و سیاست جرم‌زدایی در قانون برنامه پنجم توسعه، به آثار آن‌ها در حقوق ایران نیز اشاره می‌کند. بدین منظور ابتدا به سیر دگرگونی سیاست جرم‌زدایی در قوانین ایران و سپس به جرایم موضوع ماده ۲۲۰ (جرم‌انگاری بر اساس منابع فقهی) و ماده ۲۸۶ (افساد فی الارض) می‌پردازد و در نهایت به آثار و پیامدهای این گونه جرم‌انگاری‌ها در حقوق ایران اشاره می‌کند.

۱. سیاست جرم‌زدایی در قوانین ایران

جرم‌زدایی^۲ به معنای زدودن برچسب و عنوان مجرمانه از یک رفتار می‌باشد (نجفی ابرندآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۹۳: ۹۰). در حقیقت، جرم‌زدایی شامل فرایندهایی است که از طریق آن‌ها صلاحیت نظام کیفری برای اعمال ضمانت اجراها به عنوان واکنش نسبت به بعضی از رفتارها سلب می‌شود. این عمل ممکن است با قانون‌گذاری یا روشی که به موجب آن، قوه قضاییه قانون را تفسیر می‌کند، انجام شود (محمودی، ۱۳۸۵: ش ۱۹/۱۱۵). اندیشه محدود کردن دامنه مداخله قوانین کیفری، از زمان‌های قدیم و در مکاتب

۱. اصل ۳۶۷: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزد».

2. Decriminalisation.

مختلف مطرح بوده است. جرم‌زدایی به عنوان یکی از این جلوه‌ها و یکی از روش‌های مهم مهار نظام عدالت کیفری، برای نخستین بار در دهه‌های شصت و هفتاد میلادی در قالب «دفاع اجتماعی نوین» مطرح شد. هرچند قبل از آن نیز اندیشمندانی مانند منتسکیو با انتشار کتاب *روح القوانین* در سال ۱۷۴۸ به تورم کیفری اشاره کرده و آن را موجب بی‌اعتمادی مردم نسبت به هیئت حاکمه دانسته بود. همچنین انریکو فری در کتاب *افق‌های نوین در حقوق و آیین دادرسی*، در سال ۱۸۸۱ سخن از «هم‌عرض‌ها» یا «جانشین‌های کیفری» به میان آورد که منظور وی از این جانشین‌ها، اقدامات پیشگیرانه غیر کیفری بوده است. بکاریا نیز با تأکید بر کاهش شمار جرایم و حذف برخی عناوین مجرمانه مانند جرایم عقیدتی و خودکشی و گراماتیکا با طرح مفاهیم اقدامات غیر کیفری به جای مجازات، این بحث را مطرح کرده بودند (غفاری، ۱۳۸۶: ش ۱۳۸/۸).

در عصر حاضر نیز جرم‌زدایی به طور جدی از آغاز سال‌های ۱۹۶۰ میلادی به عنوان راهبردی کارآمد مطرح شده است. البته این مسئله زمانی که جرم‌انگاری در قوانین رو به افزایش گذاشت و خطر بروز تورم کیفری پیش آمد، با هدف تورم‌زدایی کیفری مد نظر قرار گرفت (وابت و هینز، ۱۳۸۱: ۳۲۰). در این میان نقش کمیته اروپایی ویژه مسائل جنایی شورای اروپا نیز شایسته توجه است. شورای اروپا چهار سال پس از تأسیس سازمان ملل متحد و با حضور ۴۰ کشور عضو تشکیل شد و با توجه به افزایش آمار بزهکاری در اروپا، کمیته ویژه مسائل جنایی را در سال ۱۹۵۶ تأسیس کرد. این کمیته نیز در سال ۱۹۷۹ گزارش خود را درباره جرم‌زدایی منتشر نمود. در این گزارش، شورا نظر خود را درباره مفاسد و آسیب‌های جرم‌انگاری‌های فراوان که در نهایت موجب بروز مشکلات زیادی در راه دستیابی به عدالت واقعی می‌شد، بیان کرد.

یکی از این مشکلات، تورم قوانین کیفری است که از نتایج آن می‌توان به دخالت در آزادی‌های افراد، بی‌توجهی به ارزش‌های جامعه، افزایش رقم سیاه بزهکاری، اخلال در عملکرد دستگاه قضایی و داشتن هزینه‌های مادی، اقتصادی و اجتماعی برای بزهکار و همچنین دستگاه عدالت کیفری اشاره کرد. البته تورم قوانین کیفری به عنوان یک واقعیت در بسیاری از نظام‌های حقوقی دیده می‌شود؛ برای نمونه، در حقوق فرانسه تا سال ۱۹۹۵ حدود ۸۰۰۰ و در حقوق جزای انگلستان حدود ۷۵۰۰ عنوان

مجرمانه وجود داشت. به همین دلیل، اغلب کشورهای دنیا برای مبارزه با آن، سیاست تورم‌زدایی را در پیش گرفته‌اند (شمس ناتری و جاهد، ۱۳۸۷: ش ۹۴/۱۸).

گفتنی است با ظهور مکتب بزه‌دیده‌شناسی، بحث سلب وصف مجرمانه از جرایمی که با وقوع آن‌ها، ضرر و صدمه عینی و ملموسی به شخص یا اشخاص خاصی وارد نمی‌شود و به عبارت دیگر، وقوع این جرایم بزه‌دیده‌مشخصی ندارد، مطرح شد. طرف‌داران این رویکرد، از لحاظ حقوقی به دو عنصر «بزه‌دیده» و «خسارت» تکیه می‌کنند و معتقدند چنانچه رفتاری در بردارنده ضرر جسمی یا مالی نباشد، جرم‌انگاری آن عمل توجیهی ندارد (رهامی و حیدری، ۱۳۸۵: ش ۹/۱۰-۱۰).

به طور کلی، انگیزه‌های آغاز روند جدید - فرایند تغییر جرم‌زدایی در قالب یک برنامه اقدام یا عمل - در غرب با آنچه در ایران می‌تواند انجام شود، ضرورتاً یکسان نیست. به این معنا که بر خلاف تهیه‌کنندگان گزارش شورای اروپا که تلاش انسان‌دوستانه برای محافظت از مجرمان در برابر مجازات‌های شدید و خشن را انگیزه نخست این برنامه در غرب به شمار آورده‌اند (محمودی جانکی، ۱۳۸۶: ش ۳۲۳/۱)، در ایران سیاست جرم‌زدایی در پی یک اندیشه اجتماعی و از روی اختیار نبوده است، بلکه رویکردی اضطراری و اجباری است که تراکم کار و تراحم زندانیان و بالا بودن نرخ جمعیت کیفری، قانون‌گذار را بدان رهنمون کرده است.

ریشه‌های اولیه جرم‌زدایی به صورت یک بحث «اساسی» در ایران را باید در سال ۱۳۸۰ جستجو کرد. در این برهه، رئیس قوه قضاییه به دلایلی مانند بالا بودن نرخ جمعیت کیفری، تراکم کار در دادگستری و در نتیجه پایین آمدن کیفیت رسیدگی و به طور کلی بحران وضعیت و معضل قوه قضاییه،^۱ بازنگری قوانین جزایی را به منظور جرم‌زدایی توصیه کرد و در جلسه مورخ ۸۱/۱۲/۳۰ مسئولان عالی قضایی نیز با اشاره به موضوعات یادشده و اعلام اینکه بسیاری از عناوینی که جرم‌انگاری شده‌اند، تخلفاتی هستند که باید در هیئت‌ها و کمیته‌های انضباطی و حل اختلافات سازمان‌ها و وزارتخانه‌ها حل و فصل شود، رئیس سازمان قضایی نیروهای مسلح را موظف نمودند

۱. از دلایل مهم این بحران می‌توان به حذف دادرسی در سال ۱۳۷۸ اشاره کرد.

تا هر چه سریع‌تر تحلیلی از جرایم در قوانین فعلی را به منظور جرم‌زدایی از قوانین و تفکیک تخلفات از جرایم، تهیه و ارائه کند. گزارش اولیه کار در تاریخ ۸۱/۴/۳۱ از سوی معاونت حقوقی سازمان قضایی نیروهای مسلح به ریاست قوه تقدیم شد. در این گزارش، ۱۰۵ عنوان از قوانین جزایی که برای آن‌ها مجازات تعیین شده است استخراج و پیشنهاد گردید که از دایره قوانین جزایی خارج شود.^۱

اقدام دیگر در راستای جرم‌زدایی، اصلاحیه قانون صدور چک در تاریخ ۱۳۸۲/۷/۳ و خارج کردن صدور چک‌های تضمینی،^۲ سفیدامضا،^۳ مشروط^۴ و وعده‌دار^۵ از قلمرو حقوق کیفری است^۶ که تا پیش از این، قانون‌گذار در سال ۱۳۷۲، صدور چک‌های مذکور را جرم‌انگاری کرده بود و در صورت شکایت دارنده چک و عدم پرداخت وجه توسط صادرکننده، وی مشمول مجازات قانونی می‌گردید.

موارد یادشده تلاش‌هایی بود که دستگاه قضایی با آگاهی از معایب تورم کیفری در راستای جرم‌زدایی از قوانین انجام داده است، بی‌آنکه این قوه از لحاظ قانونی به آن مکلف باشد. اما با تصویب قانون برنامه چهارم در ۸۳/۱۱/۱۱، قانون‌گذار در ماده ۱۳۰، قوه قضاییه را مکلف کرد که لوایحی را تهیه کند و به تصویب مراجع ذیصلاح

۱. برخی از عناوین پیشنهادی عبارت بودند از: ۱- قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی و ریاست جمهوری؛ ۲- قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و اخذ جرایم رانندگی؛ ۳- قانون راجع به واگذاری معاملات ارزی به بانک ملی ایران؛ ۴- قانون مجازات اخلا لگران در نظام اقتصادی کشور.

۲. چکی که در متن آن قید شده باشد که بابت تضمین انجام معامله یا تعهدی صادر شده است یا بدون قید در متن چک، این امر ثابت گردد.

۳. چکی که یکی از مندرجات اساسی آن مانند تاریخ، مبلغ و... سفید باشد.

۴. چکی که در متن آن، وصول وجه چک موقوف به تحقق شرطی شده باشد یا بدون قید در متن چک، این موضوع ثابت گردد.

۵. چکی که به تاریخ یک یا چند روز یا ماه از تاریخ صدور نوشته شده باشد.

۶. ماده ۱۳: «در موارد زیر صادرکننده چک قابل تعقیب کیفری نیست: الف- در صورتی که ثابت شود چک سفیدامضا داده شده باشد؛ ب- هر گاه در متن چک، وصول وجه آن منوط به تحقق شرطی شده باشد؛ ج- چنانچه در متن چک قید شده باشد که چک بابت تضمین انجام معامله یا تعهدی است؛ د- هر گاه بدون قید در متن چک ثابت شود که وصول وجه آن منوط به تحقق شرطی بوده یا چک بابت تضمین انجام معامله یا تعهدی است؛ ه- در صورتی که ثابت گردد چک بدون تاریخ صادر شده و یا تاریخ واقعی صدور چک، مقدم بر تاریخ مندرج در متن چک باشد.»

برسانند.^۱ یکی از آن‌ها لایحه «جرم‌زدایی از قوانین کیفری» بود.

با تصویب قانون برنامه چهارم، بازنگری در قوانین کیفری به منظور کاهش عناوین جرم، دیگر نه یک مصلحت و اختیار، بلکه برای قوه قضاییه به عنوان یک تکلیف الزامی شد و باید اجرای این سیاست در رأس دیگر سیاست‌ها قرار می‌گرفت.

بدین منظور، مرکز مطالعات توسعه قضایی، مطالعه و پژوهش درباره امکان جرم‌زدایی از برخی عناوین مجرمانه در قوانین جزایی ایران را در دستور کار خود قرار داد که پس از چند نشست کارشناسی با حضور استادان دانشگاه، قضات و وکلای دادگستری و نیز کارشناسانی از بخش‌های اجرایی کشور، درباره چگونگی این کار شور و مباحثه گردید که در مجموع، لایحه «قضازدایی و حذف برخی عناوین‌های مجرمانه از قوانین» در یک شیوه کار تدوین شد.^۲ اما لایحه مذکور پس از تدوین و ارسال به مجلس به تصویب نهایی نرسید و فرجام آن، همچنان در هاله‌ای از ابهام است. در صورت تصویب نهایی لایحه، حدود ۱۰۰ عنوان مجرمانه در حوزه جرایم زیست‌محیطی، ۸۳ عنوان مجرمانه فرهنگی، ۸۰ عنوان مجرمانه اقتصادی، ۳۷ عنوان مجرمانه خانوادگی، ۳۵ عنوان مجرمانه نظامی و انتظامی و بسیاری از عناوین مجرمانه در حوزه اصناف و وزارتخانه‌ها و در مجموع ۳۰۰ عنوان مجرمانه از قوانین قضایی کشور حذف خواهد شد (شمس‌ناتری و جاهد، ۱۳۸۷: ش ۱۱۵/۱۸). در حقیقت، هدف و رویکرد کلی در جرم‌زدایی، افزایش حقوق و آزادی‌های عمومی است و فضای سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نسبتاً بازتری را فرا روی شهروندان می‌گشاید (محمودی، ۱۳۸۵: ش ۱۱۸/۱۹).

با این حال، به دلیل بالاترین بلاتکلیف ماندن لایحه مذکور و نیز تصویب قوانین جدیدی

۱. «قوه قضاییه موظف است لایحه «جرم‌زدایی از قوانین کیفری» به منظور جلوگیری از آثار سوء ناشی از جرم‌انگاری در مورد تخلفات کم‌اهمیت، کاهش هزینه‌های نظام عدالت کیفری و جلوگیری از گسترش بی‌رویه قلمرو حقوق جزا و تضييع حقوق و آزادی‌های عموم را تهیه و به تصویب مراجع ذی‌صلاح برساند» (قانون برنامه چهارم توسعه: ماده ۱۳۰، بند الف).

۲. البته نکته شایان توجه درباره لایحه این است که هرچند در ابتدا بررسی عناوین مجرمانه برای کاهش محدوده حقوق کیفری بوده است، ولی محتوای پیشنهادها ارائه‌شده در هر کدام از زمینه‌های مورد تحقیق، دربردارنده پیشنهادهایی بوده که می‌توان آن‌ها را در محدوده قضازدایی قرار داد. به همین دلیل، نام این لایحه، «قضازدایی و حذف عناوین مجرمانه (جرم‌زدایی)» است.

که واجد عناوین مجرمانه بود، قانون‌گذار در پرتو قانون پنجم برنامه پنج‌ساله توسعه جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۸۹/۱۱/۱۴، در فصل هشتم ذیل عنوان «حقوقی قضایی»، با تخصیص ۲ ماده و ۵ تبصره، بر توجه بیشتر دستگاه قضایی به رویکرد کاهش عناوین مجرمانه تأکید کرده است.

به دنبال تصویب قانون برنامه پنجم توسعه نیز یکی از مصوبات قوه قضاییه با عنوان «راهبرد و اهداف برنامه پنج‌ساله قوه قضاییه (۱۳۹۰-۱۳۹۴)» در مورخ ۱۳۹۰/۹/۱۹ تدوین شد و یکی از راهبردهای این قوه که در بند ۶ قسمت ل، در راستای تحقق اهداف برنامه پنجم توسعه ذکر شده، اصلاح و تنقیح قوانین کیفری با رویکرد جرم‌زدایی می‌باشد.

آنچه از مباحث پیشین برداشت می‌شود این است که سیاست جرم‌زدایی از قوانین کیفری در یک دهه اخیر، جزء اهداف و به عبارت بهتر، جزء وظایف قوه قضاییه به منظور کاهش تورم قوانین کیفری بوده است، اما قانون‌گذار بدون توجه به این سیاست، در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، اعمالی را جرم‌انگاری کرده است که نوعی انحراف از سیاست کلی قانون برنامه پنجم توسعه محسوب می‌شود.

۲. جرم‌انگاری‌های جدید در قانون مجازات اسلامی

قانون مجازات اسلامی به عنوان یکی از مهم‌ترین قوانین ماهوی ایران، تحولات فراوانی را پشت سر نهاده و سالیان متعدد به صورت آزمایشی اجرا شده است. در سال ۱۳۸۶ لایحه قانون مجازات اسلامی برای بررسی و تصویب به عنوان یک قانون دائمی، تقدیم مجلس شورای اسلامی گردید و پس از تصویب مجلس، با توجه به اصل ۸۵ قانون اساسی، در جلسه مورخ ۱۳۹۲/۲/۱۱ شورای نگهبان نیز بررسی شد و مغایر با موازین شرع و قانون اساسی دانسته نشد. این قانون از جهات مختلفی با قانون مجازات اسلامی سابق متفاوت است؛ مهم‌ترین وجه تمایز، نگاه جدید قانون‌گذار به حوزه مجازات‌هاست، به گونه‌ای که در این قانون به منظور کاهش هزینه‌های فردی، اقتصادی، اجتماعی و سیاسی که کیفر بر جامعه و افراد آن تحمیل می‌کند و نیز با هدف کاهش بار نظام کیفری و در جهت متنوع ساختن ضمانت اجرای جرایم،

نهادهایی همچون مجازات‌های جایگزین حبس، تعویق صدور حکم و نظام نیمه‌آزادی را به رسمیت شناخته است (بابایی و غلامی، ۱۳۹۱: ش ۶۰/۳).

با وجود این، قانون مذکور دارای معایبی از جمله وجود تعارض بین مواد، بی‌دقتی در انتخاب اصطلاحات و عدم تبیین آن‌ها، بیان مقررات فاقد صبغه ماهوی کیفری، بهره‌برداری نادرست از منابع فقهی و رعایت نشدن حقوق بزهدکار و بزهد دیده است (اکرمی سراب، ۱۳۸۸: ش ۲۳/۷۷).

اما مهم‌ترین ایراد این قانون، جرایم جدیدی است که قانون‌گذار برای اولین بار در آن وضع کرده است. بدیهی است وقتی جرم‌انگاری جدیدی صورت می‌گیرد، پلیس، دادسرا، دادگاه‌ها و زندان‌های بیشتری باید ایجاد شود که این امر در بردارنده هزینه‌های بسیار زیادی است که از نظر قضایی، آموزشی و نظام دادرسی باید به آن‌ها توجه کرد. ضمن اینکه این اقدام، با رویکرد جرم‌زدایی در قانون برنامه پنجم توسعه و همچنین راهبرد و اهداف برنامه پنج‌ساله قوه قضاییه هماهنگی ندارد. به طوری که برای دستیابی به جرم‌زدایی، در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ رویکرد خاصی دیده نمی‌شود. در واقع، مشخص نیست که قانون‌گذار به دنبال یک سیاست جنایی اصلاحی است یا تشدید کیفر (عبداللهی، ۱۳۸۶: ش ۵/۱۵۷۲).

در مورد عدول قانون مجازات اسلامی از رویکرد جرم‌زدایی قانون پنجم توسعه می‌توان به ماده ۲۲۰ اشاره نمود که بر اساس آن، در مورد حدودی که در قانون بیان نشده، قضات را به اصل ۱۶۷ قانون اساسی ارجاع داده است.

۱-۲. جرم‌انگاری بر اساس منابع فقهی

اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، از دستاوردهای مهم حقوق بشر طی دو قرن اخیر در جهان امروز به شمار می‌رود و دین مبین اسلام نیز آن را به عنوان یک اصل مسلم و اساسی پذیرفته است (هاشمی و کوشا، ۱۳۸۰: ش ۷۰/۲۶) و نصوص فراوانی نیز بر آن تأکید کرده‌اند.^۱

۱. از جمله این نصوص می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: «لَا يَكْفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا» (طلاق / ۷)؛ «خداوند تکلیف نمی‌کند مگر آنکه حکم آن را قبلاً آورده باشد». اصل اباحه که به موجب آن، انسان حق هر گونه دخل و تصرف را در اشیای خارج دارد مگر در مواردی که قانون منع نموده است (گلدوزیان، ۱۳۸۴: ۱۸۴).

اهمیت این اصل به قدری است که قانون‌گذار مکلف به وضع قوانین است تا در نهایت پس از طی مراحل تصویب از طریق روزنامه رسمی به اطلاع عموم برسد. اما این وظیفه تنها به وضع قانون ختم نمی‌شود، بلکه آنچه این اصل ایجاد می‌کند این است که در تنقیح قوانین کیفری و جرم‌انگاری یک رفتار، سکوت، ابهام و اجمال و تعارض در کار نباشد تا قضات نیز در راستای اجرای این اصل و در جرم شناختن یک فعل یا ترک فعل و قابل مجازات دانستن آن از محدوده قانون فراتر نروند و نتوانند به بهانه تفسیر قانون، آزادی افراد را محدود سازند. با وجود این اصل، قانون‌گذار در ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بیان می‌دارد:

در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است، برابر اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی عمل می‌شود.

این در حالی است که اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها یکی از اصول مهم و بنیادین حقوق جزاست و قانون اساسی نیز آن را در اصل ۳۶ به رسمیت شناخته است.^۱

به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی:

قاضی موظف است حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیاید و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر کند و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی و صدور حکم امتناع ورزد.

همان طور که ملاحظه می‌شود، اصل فوق تکالیفی را برای قاضی مقرر کرده، به طوری که این جنبه تکالیفی و آمرانه به قضات و حقوق‌دانان اختیار تفسیر داده است. این تکالیف عبارت‌اند از:

۱. تکلیف به یافتن حکم هر دعوی در قوانین مدونه؛
۲. صدور حکم به استناد منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر در صورتی که حکمی در قوانین مدونه نباشد؛
۳. ممنوعیت امتناع از رسیدگی به دعوی و صدور حکم به بهانه سکوت، نقص،

۱. اصل ۳۶: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد».

اجمال یا تعارض قوانین.

اینکه حقوق دانان در این زمینه به ابراز نظرات مختلفی پرداخته‌اند، همگی به تکلیف مقرر در بند ب برمی‌گردد. دلیل این اختلاف نظرها، ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و اصل ۳۶ قانون اساسی است که در مقابل اصل ۱۶۷ ابهاماتی را ایجاد کرده‌اند. ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌گوید:

هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می‌شود.

همچنین، اصل ۳۶ قانون اساسی بیان می‌دارد:

حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.

به این موارد باید اصل قانونی بودن جرم و مجازات و نیز اصل برائت را افزود تا چنین نتیجه‌گیری شود که تعقیب و مجازات صرفاً باید بر اساس قانون باشد.

اما اصل ۱۶۷ و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری^۱ در برابر مواد و اصول فوق موجب ایجاد دو نظر مختلف میان حقوق دانان شده است. برخی از آنها به استناد تجویز قانونی مذکور و نیز تأکید بر آن در قوانین مختلف، جرم‌انگاری را بر اساس منابع فقهی مجاز دانسته‌اند. اما در مقابل، بسیاری از حقوق دانان اصل فوق را محدود به دعاوی حقوقی دانسته‌اند و اظهار می‌دارند که نمی‌توان بدون وجود قانون و به استناد منابع معتبر فقهی، عملی را جرم دانست.

دسته اول، برای اثبات این نظر که اصل ۱۶۷ شامل همه دعاوی مدنی و کیفری می‌شود، علاوه بر مستند قانونی مذکور، به قوانین مختلف دیگری از جمله ماده ۲۸۹ قانون اصلاحی آیین دادرسی کیفری، ماده ۲۹ قانون تعیین موارد تجدیدنظر احکام

۱. ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸: «رای دادگاه باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانونی و اصولی باشد که بر اساس آن صادر شده است. دادگاه مکلف است که حکم هر قضیه را در قوانین مدون بیابد و اگر قانونی در خصوص مورد نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و دادگاه‌ها نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض یا ابهام قوانین مدون از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند».

دادگاه‌ها و نحوه رسیدگی به آن‌ها مصوب ۱۳۶۷ و مواد ۸ و ۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اشاره کرده‌اند (نوربها، ۱۳۸۶: ۱۷۹). اینان معتقدند که دقت در مذاکرات مجلس خبرگان در بررسی نهایی قانون اساسی نیز نشان می‌دهد که محدود کردن اصل ۱۶۷ به امور حقوقی پذیرفتنی نیست؛ چرا که از مجموع این مذاکرات، چنین برداشتی نمی‌شود و اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری متضمن اصل قانونی بودن جرم و مجازات نیز هست؛ زیرا این مقررات، رجوع به منابع فقهی در امور کیفری را هنگامی که قانون در مورد جرم بودن عملی ساکت است ولی در شرع مجازات خاصی برای آن مقرر شده، تجویز کرده‌اند. اداره حقوقی قوه قضاییه با پذیرش این دیدگاه، طی نظریه شماره ۷/۱۹۴۸-۲۹/۳/۷۹ و با اشاره به دلایل مذکور، قضات را مجاز دانسته که اعمالی مانند ارتداد را که در قانون فاقد مجازات است، اما در شرع مجازات خاصی برای آن مقرر شده است، طبق مقررات شرعی مجازات نمایند.

در مقابل نظرات و دلایل مذکور، بسیاری از حقوق‌دانان به ممنوع بودن جرم‌انگاری بر اساس منابع فقهی اعتقاد دارند و برای اثبات نظر خود دلایلی ارائه کرده‌اند. بدین منظور دکتر کاتوزیان با بیان اینکه در امور کیفری تفسیر قوانین بسیار پیچیده‌تر از قوانین مدنی است، دلیل دشواری این تفسیر را به عنوان نمونه، تعارض اصل ۳۶ و ۱۶۷ قانون اساسی دانسته‌اند؛ چرا که از یک سو به موجب اصل ۳۶، حکم به مجازات و اجرای آن تنها به موجب قانون است و در مقابل آن، اصل ۱۶۷ وجود دارد. ایشان معتقدند که اصل اخیر ناظر به امور مدنی است و نه کیفری؛ زیرا استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، با اصل قانونی بودن مجازات تعارض دارد. پس جمع این دو اصل، بدین گونه است که حکم عام اصل ۱۶۷ در اثر حکم خاص اصل ۳۶ در امور کیفری، محدود به مواردی است که دادگاه حکم به مجازات نمی‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۲۹). به عبارت دیگر، اصل ۳۶ راجع به امور کیفری و اصل ۱۶۷ ناظر به هر موضوعی غیر از جرم و مجازات است.^۱ بنابراین دلایل این گروه را می‌توان چنین برشمرد:

۱. اصل ۳۶ و ۱۶۷ از لحاظ قواعد نسخ با هم قابل بررسی نیستند؛ زیرا هم‌زمان تصویب شده‌اند و تقدم و تأخر ندارند.

استناد به منابع یا فتاوی معتبر اسلامی با اصل ۳۶ تعارض دارد؛ زیرا اصل مذکور حکم به مجازات و اجرای آن را تنها به موجب قانون می‌داند، لذا باید اصل ۱۶۷ را با رعایت قواعد مربوط به تفسیر قوانین در مسائل کیفری شامل سایر موارد سکوت، ابهام و یا اجمال مواد کیفری غیر از جعل عنوان مجرمانه و تعیین مجازات دانست. همچنین وجود ماده ۲۸۹ قانون اصلاحی آیین دادرسی کیفری موجب این پندار می‌شود که اصل فوق، شامل تمام دعاوی مدنی و کیفری است. اما این ابهام را باید بدین شکل حل کرد که جز در مورد حکم به مجازات که دادرش محدود به قوانین است، دادگاه باید از منابع معتبر اسلامی و فتاوی مشهور برای تکمیل قوانین استفاده کند؛ چرا که فرض این است که قانون‌گذار عادی از اصول قانون اساسی تجاوز نمی‌کند و اصل قانونی بودن را رعایت می‌کند. از سوی دیگر، اصل ۳۶ و ماده ۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مانع از آن است که قاضی بتواند برای عملی که در قانون جرم‌انگاری نشده است، در منابع فقهی یا فتاوی معتبر حکمی بیابد، به ویژه آنکه به دلالت اصل ۱۶۷، الزام دادگاه‌های کیفری فقط در این است که از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع نورزند نه تعیین کیفر برای فعل یا ترک فعلی که در مقررات جزایی جرم محسوب نشده است. در این موارد دادگاه‌های کیفری موظف‌اند به استناد اصل براءت، حکم به بی‌گناهی متهم صادر نمایند (اردبیلی، ۱۳۹۲: ۲۰۲).

این دسته از حقوق دانان صدور حکم به کیفر را بدون وجود قانون، جرم و قابل مجازات دانسته‌اند، هرچند عمل شرعاً حرام باشد. ماده ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ نیز دادگاه‌ها را مکلف به رعایت قانون نموده است،^۱ لذا اینان معتقدند که ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری و اصل ۱۶۷ قانون اساسی مبنی بر لزوم مراجعه به منابع فقهی، ناظر به مواردی است که دادگاه کیفری، مکلف به صدور حکم در مورد

۱. ماده ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵: «هر یک از مقامات قضایی که شکایت و تظلمی مطابق شرایط قانونی نزد آن‌ها برده شود و با وجود اینکه رسیدگی به آن‌ها از وظایف آنان بوده به هر عذر و بهانه اگرچه به عذر سکوت یا اجمال یا تناقض قانون از قبول شکایت یا رسیدگی به آن امتناع کند یا صدور حکم را بر خلاف قانون به تأخیر اندازد یا بر خلاف صریح قانون رفتار کند، بار اول از شش ماه تا یک سال و در صورت تکرار به انفصال دائم از شغل قضایی محکوم می‌شود و در هر صورت به تأدیة خسارات وارده نیز محکوم خواهد شد».

دعوی خصوصی بوده و یا در خصوص امور شکلی است. بنابراین با سکوت قانون و پیش‌بینی نکردن کیفر برای آن عمل، قاضی به استناد کلیه اصول و مواد قانونی مذکور، مکلف به صدور حکم برائت است. اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه شماره ۱۳۶۹/۱/۸-۶۱۲۴۳ و نظریه شماره ۷۲/۴/۷-۷/۲۵۳۰ از نظر این دسته پیروی کرده است. باید این مطلب را نیز اضافه کرد که در اصل ۳۶، مهم‌ترین واژه، کلمه «تنها» می‌باشد که با توجه به متن ماده، یعنی برای تعیین مجازات و جرم شناختن یک عمل فقط قانون را صالح می‌داند. در واقع در این اصل، واژه مجازات نشان می‌دهد که منحصر به امور کیفری است؛ چون در امور مدنی وجود قانون الزامی نیست و قاضی می‌تواند به منابع معتبر فقهی و فتاوی فقها استناد کند و حکم مقتضی را صادر نماید. تمام نظرات مذکور، مربوط به قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ است. حال سؤالی که پیش می‌آید این است که آیا علاوه بر ماده ۲۱۴ آیین دادرسی کیفری، ماده ۲۸۹ قانون اصلاحی آیین دادرسی کیفری، بخشنامه شماره ۱۶۵۷۹/۷۹/۱ مورخ ۱۳۷۹/۱۰/۵ و مذاکرات مجلس خبرگان در بررسی نهایی قانون اساسی، باید ماده ۲۲۰ قانون مذکور را نیز به دلایلی که موافق ارجاع به اصل ۱۶۷ قانون اساسی چه در امور مدنی و چه کیفری‌اند، اضافه کرد و قاضی را مجاز دانست که بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی و با استناد به منابع فقهی درباره حدودی که در قانون نیامده است، حکم به مجازات بدهد و اصل مذکور را به رغم مخالفت غالب حقوق‌دانان شامل امور کیفری هم دانست؟ درباره علت پیش‌بینی ماده ۲۲۰ باید گفت که به نظر می‌رسد این ماده در تقابل نظرات فقه و حقوق بشر نگارش شده است. بر اساس نظر فقها، ارتداد نیز در این ماده ذکر شده بود، اما به دلیل ملاحظات حقوق بشری و واکنش مجامع بین‌المللی و در حقیقت برای رفع اختلاف، ماده مذکور تصویب شد. لذا شاید بتوان گفت که این ماده، فرمولی برای قابل مجازات دانستن مرتدان در مواقع ضروری باشد.^۱

۱. هرچند می‌توان ارتداد را از جرایم بدون بزه‌دیده مستقیم (جرم مذهبی) دانست، از آنجا که این جرم دارای منشأ فقهی و جزء حدود شرعی است، طرح بحث جرم‌زدایی در این قلمرو، مستلزم تأمل و احتیاط بیشتری است و سازوکارهای حقوق موضوعه در برخورد با آن اعمال‌شدنی نیست (برای مطالعه بیشتر ر.ک: رهامی، ۱۳۸۵: ۳۷-۲۹).

حال پس از مشخص شدن دلیل پیش‌بینی ماده ۲۲۰، سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا این ماده با اصل قانونی بودن جرم و مجازات تعارض دارد و آیا می‌توان این ماده را به دلایلی اضافه کرد که معتقدند اصل ۱۶۷ در مورد امور حقوقی و کیفری صدق می‌کند؟^۱ با بررسی مجموع نظرات موافقان و مخالفان می‌توان به این نتیجه رسید که علاوه بر دلایلی که مخالفان در مراجعه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی در امور کیفری ذکر کرده‌اند و به رغم مواد ۲۱۴ آیین دادرسی کیفری و ۲۸۹ قانون اصلاحی آیین دادرسی کیفری، بخشنامه شماره ۱/۷۹/۱۶۵۷۹ مورخ ۱۳۷۹/۱۰/۵ و مذاکرات مجلس خبرگان در بررسی نهایی قانون اساسی و حتی ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، موارد مذکور هم نمی‌توانند ناقض قانون اساسی باشند؛ زیرا اصل ۳۶ نیز بر اصل قانونی جرم و مجازات تأکید کرده است و همان‌طور که بیان شد جمع دو اصل (۳۶ و ۱۶۷) بدین گونه است که حکم عام اصل ۱۶۷ در اثر حکم خاص اصل ۳۶ در امور کیفری، محدود به مواردی است که دادگاه حکم به مجازات نمی‌دهد.

بنابراین اگر قضات به استناد ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی و با ارجاع به اصل ۱۶۷ قانون اساسی در مورد حدودی که در قانون ذکر نشده است، حکم به مجازات بدهند، بی‌تردید تمامی مباحث اصولی حقوق جزا از جمله جهل به قانون، حفظ حقوق شهروندی و آزادی‌های افراد، اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل برائت و ... بیهوده شمرده خواهند شد.

بنابراین مراجعه به شرع را باید محدود به مواردی دانست که اصل جرم بودن عملی در قانون آمده باشد ولی حدود و ثغور آن مشخص نباشد؛ برای مثال، زمانی که مسلمانی کافر ذمی را بکشد و نوبت به قسامه برسد، برای اینکه بدانیم قسامه کافر ذمی علیه مسلمان پذیرفته می‌شود یا خیر، ناگزیر از مراجعه به منابع فقهی هستیم؛ چرا که قانون در این زمینه ساکت است و حکمی ندارد.

۲-۲. جرم‌انگاری افساد فی الارض

دو مقوله محاربه و افساد فی الارض از عناوین فقهی هستند که پس از انقلاب اسلامی

۱. دلایلی که قبلاً اشاره شد، مربوط به قبل از تصویب ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بود.

به اقتضای اصل چهارم قانون اساسی وارد قوانین جزایی ایران شدند^۱ و امروزه به عنوان مهم‌ترین جرایم امنیتی در موازین فقهی مطرح هستند.

واژه محاربه از ریشه «حرب» است که متضاد کلمه «سلم» به معنای صلح می‌باشد. محاربه در اصل به معنای «سلب» و «گرفتن» است و از این جهت در مورد کسی به کار می‌رود که برای جنگیدن با دیگران یا ترسانیدن آن‌ها سلاح می‌کشد، در حالی که وی قصد گرفتن جان یا مال یا امنیت دیگران را دارد (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۵: ۴۳). خداوند سخت‌ترین مجازات‌ها از جمله کشتن را برای محارب پیش‌بینی کرده است. مستند فقهی این جرم، آیه ۳۳ سوره مائده است. این آیه ضمن جرم‌انگاری و تعیین مجازات برای محاربه، افساد فی الارض را نیز جرم‌انگاری کرده است. افساد مورد باب افعال از ماده «فسد یفسد» به معنای تباہ کردن و از بین بردن است. اصطلاح «افساد فی الارض» به معنای ایجاد تباہی و خرابی در زمین به کار می‌رود (عالمی، ۱۳۸۶: ش ۱۱۵/۲۳). قانون‌گذار غالباً آن را در کنار محاربه ذکر کرده و در موارد بسیار محدودی نیز مستقلاً جرم‌انگاری نموده است؛ مانند جرایم مشمول قانون اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹ یا ماده ۴ قانون تشدید مجازات ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷.^۲ اما در تمامی این موارد نیز قانون‌گذار قصات را به مجازاتی که در باب هفتم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ برای جرم محارب پیش‌بینی شده بود، ارجاع می‌داد. در اکثر موارد، قانون‌گذار افساد فی الارض را در کنار محاربه آورده و آن را مستقلاً جرم‌انگاری نکرده است؛ زیرا این دو را مترادف می‌داند، همچنان که در ماده ۱۸۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ - که بیان می‌داشت: «هر کس برای ایجاد رعب و هراس

۱. اصل ۴ قانون اساسی: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است».

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

و سلب آزادی و امنیت مردم دست به اسلحه ببرد، «محارب» و «مفسد فی الارض» می‌باشد»- این دو را یک جرم می‌دانست و معتقد بود که قید «مفسد فی الارض»، جنبه تأکیدی دارد و از باب تفسیر جمله اول است؛ زیرا آیه به دو فعل و فاعل اشاره نموده است، بلکه تنها به یک فعل که هم محاربه با خدا و رسول و هم سعی در ایجاد فساد در زمین است، اشاره دارد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۲۴۷).

با وجود این، به نظر برخی حقوق‌دانان فساد فی الارض و محاربه، دو تأسیس جداگانه می‌باشند و آیه ۳۲ سوره مائده می‌تواند مستند مجازات مفسد فی الارض باشد و این ادعا که فقها متعرض عنوان «افساد فی الارض» نشده‌اند اولاً، مانع مجازات مفسد فی الارض نیست و ثانیاً، با واقعیت مطابقت ندارد؛ چرا که آن‌ها در موارد متعددی از قبیل آدم‌ریایی، افراط و اعتیاد به کشتن اهل ذمه و بندگان، کفن دزدی (تباشی) به عنوان مذکور اشاره کرده و آن را قابل مجازات دانسته‌اند (حبیب‌زاده، ۱۳۷۹: ۱۵۶).

اما باید دانست که بنا بر تخصیص معنای افساد در آیه محاربه، اساساً رابطه بین افساد و محاربه، عموم و خصوص من وجه است؛ بدین گونه که در مواردی افساد صدق می‌کند، اما محاربه نمی‌باشد، مانند ترویج مواد مخدر؛ زیرا در این موارد، ارکان و عناصر تشکیل‌دهنده جرم محاربه محقق نشده است. اما در موارد دیگری افساد به صورت محاربه انجام می‌گیرد، بدین معنا که افساد از طریق ارباب و تجاوز به جان و مال مردم است که در این صورت ارکان محاربه موجود بوده و مجازات محاربه را در پی دارد و این قسم، همان مصداق آیه محاربه می‌باشد. بنابراین افساد فی الارض جنبه تأکیدی و ثبوتی علت حکم محاربه است. بر این مبنا، افساد فی الارض جرم مستقلی نیست تا بتواند موضوع حکم قرار گیرد، بلکه به اصطلاح علمای معقول، واسطه و علت در ثبوت مجازات است (حائری و دیگران، ۱۳۹۱: ش ۵۸/۳).

با این وجود، قانون‌گذار در ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در تعریف محاربه^۱

۱. ماده ۲۷۹: «محاربه عبارت است از کشیدن سلاح به قصد جان، مال یا ناموس مردم یا ارباب آن‌ها، به نحوی که موجب ناامنی در محیط گردد. هر گاه کسی با انگیزه شخصی به سوی یک یا چند شخص خاص سلاح بکشد و عمل او جنبه عمومی نداشته باشد محارب محسوب نمی‌شود. همچنین است کسی که به روی مردم سلاح بکشد، ولی در اثر ناتوانی موجب سلب امنیت نشود».

از عبارت افساد فی الارض استفاده نکرده و آن را در یک فصل جداگانه و در سه ماده و یک تبصره (مواد ۲۸۶-۲۸۸) جرم‌انگاری کرده و آن را بر خلاف قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ دو تأسیس جداگانه دانسته است، لذا قانون‌گذار به رغم سیاست جرم‌زدایی، دست به جرم‌انگاری جدیدی زده و دو عنوان محاربه و افساد فی الارض را از یکدیگر تفکیک کرده است.^۱

بدین صورت که بر اساس ماده ۲۸۶ این قانون:

هر کس به طور گسترده، مرتکب جنایت علیه تمامیت جسمانی افراد، جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی، نشر اکاذیب، اخلال در نظام اقتصادی کشور، احراق و تخریب، پخش مواد سمی و میکروبی و خطرناک یا دایر کردن مراکز فساد و فحشا یا معاونت در آن‌ها گردد، به گونه‌ای که موجب اخلال شدید در نظم عمومی کشور، ناامنی یا ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد یا اموال عمومی و خصوصی یا سبب اشاعه فساد یا فحشا در حد وسیع گردد، مفسد فی الارض محسوب و به اعدام محکوم می‌گردد.

با توجه به توضیحات پیشین، مجازات مفسد محارب، محاربه است و مجازات مفسد غیر محارب، در حوزه تعزیرات قرار خواهد گرفت، مگر آنکه افساد منطبق بر جنایتی باشد که موجب حد (غیر از حد محاربه مانند حد زنا و سرقت) یا قصاص باشد.

بنابراین در خصوص جرم‌انگاری فساد فی الارض، ایرادی که به قانون‌گذار وارد است، این است که بهتر بود برای مجازات مفسد در غیر موجبات حد یا قصاص، به

۱. تعریفی که قانون مذکور از محاربه به دست داده، در واقع همان تعریف سنتی است که فقهاء از محاربه ارائه می‌کنند. با این مفهوم، محاربه یعنی اینکه کسی به قصد ترساندن مردم یا تعرض به جان، مال یا ناموس آن‌ها سلاح بکشد. در مقایسه با تعریف قانون مجازات مصوب ۱۳۷۰ از محاربه، می‌توان گفت که قانون جدید تقریباً موضوع جرم را مشخص کرده است و موضوع محاربه از امنیت و آسایش، به جان و مال و ناموس مردم تعمیم پیدا کرده است که از این نظر واضح‌تر شده است. در ادامه ماده نیز مقرر کرده است: «به نحوی که موجب ناامنی در محیط شود»، به این ترتیب جرم را مقید به نتیجه کرده است. در حالی که در ماده ۱۸۳ قانون فعلی، چنین شرطی وجود نداشت، بنابراین با توجه به اینکه جرم محاربه مقید به نتیجه شده است و از این نظر که به اختلافاتی که قبلاً بین حقوق‌دانان وجود داشت پایان می‌دهد رویکرد درستی است.

تعزیرات و قاعده «التعزیر دون الحد» مراجعه می‌کرد، همچنان که مواردی که در ماده مذکور تحت عنوان «مفسد فی الارض» جرم‌انگاری شده است، قبلاً نیز در قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب سال ۱۳۷۵ (ر.ک: قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵: مواد ۷۰۱-۷۱۳) و قوانین متفرقه دیگر نیز پیش‌بینی شده بود و لذا اساساً مصلحت نیست که برخلاف قول مشهور، تحت عنوان کلی افساد فی الارض جرم‌انگاری شود و امکان یک تفسیر موسع فراهم گردد. افساد، عنوانی کلی و عام است و می‌تواند شامل اکثر جرایم مانند زنا، لواط، افترا، قتل، سرقت و... شود؛ زیرا همه این‌ها می‌توانند موجب افساد شوند.

نکته شایان اهمیت دیگر اینکه اگر فساد فی الارض از لحاظ فقهی نیز بررسی شود، جواز قتل مفسد از باب امر به معروف و نهی از منکر نیز اثبات می‌شود؛ با این توضیح که بین مفسد فی الارض و شخصی که از باب امر به معروف و نهی از منکر کشته می‌شود، رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد. هر شخصی که مراتب امر و نهی در مورد او اجرا شود، اما وی همچنان بر عمل خلاف خود اصرار ورزد، مفسد فی الارض محسوب می‌شود و مشمول ادله امر و نهی می‌گردد و به عقیده برخی از فقها مانند ابن ادریس، انجام مرتبه سوم (ضرب، جرح و قتل) همانند مراتب پیشین،^۱ بر عهده همه مکلفان است و به اذن امام معصوم علیه السلام یا نایب او نیازی ندارد، هرچند امر به معروف و نهی از منکر مستلزم قتل مرتکب باشد (بای، ۱۳۸۴: ش ۵۱/۷). تالی فاسد این برداشت می‌تواند این باشد که حق حیات که سرآمد حقوق بشر محسوب می‌شود، به مخاطره می‌افتد و بدین ترتیب، باب سوءاستفاده از قانون برای سودجویان، جهت به خطر انداختن جان افراد گشوده می‌شود؛ زیرا کسانی که شرعاً سزاوار کشته شدن هستند، در فقه جزایی مهدورالدم محسوب می‌شوند و به موجب ماده ۳۰۲ قانون مجازات، قتل مهدورالدم جایز است و بر اساس ماده ۳۰۳، حتی اگر از روی اشتباه هم باشد، مستلزم پرداخت دیه است.

۱. امر به معروف و نهی از منکر که از فرایض مهم اسلام است، مراتبی دارد؛ نخست، انکار قلبی (روگردانی، ترک معاشرت با مرتکب حرام)؛ دوم، امر و نهی زبانی و سوم نیز مرحله اقدام عملی (ضرب، جرح و قتل) می‌باشد.

در مجموع می‌توان گفت که جرم محاربه از افساد فی الارض جدا نیست و افساد فی الارض که در آیه ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾^۱ (مائده/ ۳۳) راجع به بحث محاربه به آن اشاره شده، از باب تعلیل آمده است. بنابراین، این آیه دو گروه از جرایم را مشخص نمی‌کند، بلکه موضوع بحث همان گروه محاربان هستند، اما از آنجا که عمل آن‌ها باعث فساد در زمین است، برای آن‌ها مجازات تعیین کرده است. لذا به نظر می‌رسد موضع قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ بهتر بود، اما قانون جدید، بی‌دلیل دست به جرم‌انگاری زده است که این امر، پیامدهای نامطلوبی را به دنبال خواهد داشت که در ادامه جستار حاضر بررسی می‌شوند.^۲

۳. پیامدهای جرم‌انگاری‌های جدید

دولت‌ها برای برقراری نظم در جامعه و حفظ حاکمیت خود و نیز صیانت از هنجارها، بازدارندگی عام و خاص، احساس عدالت در جامعه و تقویت گزاره‌های دینی، اقدام به جرم‌انگاری می‌کنند و حاضر به جرم‌زدایی از اعمال مجرمانه نیستند. اما در این میان ضرورت‌هایی همچون ارتباطات بین‌المللی و معاهداتی که کشورها در سطح جامعه بین‌المللی به آن می‌پیوندند، لزوم برخورد واقع‌بینانه با مسائل مرتبط با جرم در جامعه به لحاظ حساسیت ویژه آن و پیامدهای منفی جرم‌انگاری، کشورها را در برخی موارد

۱. کیفر کسانی که با خدا و پیامبر به جنگ برمی‌خیزند و در روی زمین دست به فساد می‌زنند [و با تهدید اسلحه به جان و مال و ناموس مردم حمله می‌برند] این است که اعدام شوند یا به دار آویخته شوند یا دست راست و پای چپ آن‌ها بریده شود و یا از سرزمین خود تبعید شوند.
۲. نوآوری دیگر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که در ماده ۲۸۷ آمده، عنوان مجرمانه «بغی» است. این ماده مقرر می‌دارد: «گروهی که در برابر اساس نظام جمهوری اسلامی ایران، قیام مسلحانه کند، باغی محسوب و در صورت استفاده از سلاح، اعضای آن به مجازات اعدام محکوم می‌گردند». این ماده در واقع جانشین ماده ۱۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ شده است. با این تفاوت که در قانون اخیر، قیام مسلحانه علیه حکومت که از مصادیق جرم سیاسی و به اصطلاح فقهی «بغی» محسوب می‌شود، محاربه تلقی شده است، در حالی که محاربه هیچ تشابهی با جرم سیاسی ندارد؛ زیرا انگیزه محارب ایجاد رعب و وحشت و سلب آزادی و امنیت مردم است و هدف او مبارزه با حکومت و دولت نیست، بلکه هدف اصلی او غارت و تجاوز به جان و مال مردم است، اما مجرم سیاسی دارای انگیزه شرافتمدانه است.

ناگزیر از اتخاذ سیاست جرم‌زدایی می‌کند. در ایران نیز قانون‌گذار در قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی - اجتماعی و فرهنگی، کاهش عناوین مجرمانه (جرم‌زدایی) را به عنوان یک تکلیف بر عهده قوه قضاییه گذاشته است.

با این حال، همان طور که بیشتر اشاره شد، بر خلاف رویکرد برنامه پنجم، در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ جرم‌انگاری‌های جدیدی صورت گرفته است که با واقعیت‌ها، نیازها و ارزش‌های اجتماعی همخوانی ندارد. در ادامه به مهم‌ترین آثار مستقیم و پیامدهای ناشی از این جرم‌انگاری‌ها به صورت مختصر اشاره می‌شود.

۳-۱. انتقاد نهادهای حقوق بشر

برخی از مصادیق حقوق بشر، چنان مهم و ارزشمندند که هیچ شرایط و اوضاع و احوال خاصی، محدود کردن یا نقض آن را توجیه نمی‌کند. بنابراین رعایت آن در هر موقعیتی الزامی است. یکی از این حقوق که میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی بر آن تأکید کرده است، حق بر زندگی (حق حیات) می‌باشد. بنابراین، این حق در هر شرایطی مصون از تعرض است (ابراهیمی، ۱۳۹۱: ش ۱۶۶/۳).

با این وجود، وضع و اجرای برخی مجازات‌ها در ایران همواره مورد اعتراض برخی سازمان‌ها و به ویژه نهادهای مدافع حقوق بشر بوده و از بُعد بین‌المللی نیز کشور را با مشکلاتی مواجه ساخته است. یکی از این مجازات‌ها که حجم گسترده‌ای از اتهامات وارد شده به ایران را به خود اختصاص داده، اعدام می‌باشد. این در حالی است که سعی جامعه جهانی بر این است که مجازات اعدام از فهرست کیفرهای قانونی حذف گردد یا اعمال آن بسیار کاهش یابد.

به رغم کوشش‌های سازمان‌های بین‌المللی و با وجود توصیه‌های مکرر نهادهای حقوق بشری و با وجود پیشرفت‌های روزافزون حقوق جزا، در قوانین موضوعه ایران مجازات اعدام کاربرد فراوانی دارد. به جرئت می‌توان گفت که در میان حدود ۱۷۰۰ عنوان کیفری موجود در نظام قضایی کنونی، برای بیش از ۸۵ مورد آن به طور صریح در قوانین، مجازات اعدام پیش‌بینی شده است (آخوندی، ۱۳۸۴: ۳۱۰/۵)، گاه مجازات مرتکب به طور صریح و شفاف اعدام است و گاه نیز مرتکب با عناوین «محارب و

مفسد فی الارض» و «در حکم محارب» معرفی شده که مستلزم مجازات اعدام است. در حال حاضر نیز باید به فهرست فوق، عنوان «مفسد فی الارض» در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی را افزود و همان طور که پیشتر اشاره شد، قانون گذار در این ماده بیشتر جرایم را از مصادیق «مفسد فی الارض» تشخیص داده و مرتکب را به مجازات سنگین اعدام محکوم کرده است.

به نظر می‌رسد علت استفاده بی‌رویه از مجازات اعدام در حقوق ایران، ناشی از این پندار اشتباه است که اعدام می‌تواند اثر بازدارندگی داشته باشد. اما باید گفت که اثر بازدارندگی مجازات نسبتاً سبکی که بدون استثنا، به سرعت و به طور مستمر اعمال می‌گردد، به مراتب بیشتر از مجازات‌های زودگذر و سنگین است (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۲: ش ۳/۳۷). امروزه بسیاری از کشورها اعدام را از فهرست مجازات‌های خود برداشته‌اند و به گزارش سازمان عفو بین‌الملل در سال ۲۰۱۲، تا کنون ۱۴۰ کشور اعدام را یا به صورت عملی یا به صورت قانونی لغو کرده‌اند.^۱ بی‌تردید استفاده بیش از اندازه آن در حقوق ایران می‌تواند باعث انتقادهای بیشتر سازمان‌ها و نهادهای حقوق بشر در راستای تبلیغات منفی بر علیه نظام جمهوری اسلامی و تخریب وجهه بین‌المللی کشور شود.

۲-۳. دخالت در آزادی‌های افراد

انسان به حکم فطرت خویش، مایل به آزادی و رهایی از محدودیت است و بدیهی است که ابتکار و نوآوری، محصول اراده آزاد می‌باشد، در حالی که دولت با جرم‌انگاری جدید و ورود در حوزه آزادی‌های فردی، موجب محدود شدن این آزادی‌ها می‌شود و زنگ خطر را چنین به صدا در می‌آورد که آنچه تا کنون مجاز بود، از این پس جرم و مستوجب مجازات است (زینالی، ۱۳۸۲: ۳۵۱).

جرم‌انگاری‌های افراطی موجب ایجاد یک «حقوق جزای استثنایی» و مستمراً در حال رشد می‌شود و با لطمه زدن به آزادی‌های اساسی، هم‌زمان ترس غیر عادی و تحقیر و بی‌اعتنایی شهروندان را برمی‌انگیزد (گسن، ۱۳۷۱: ش ۲۹۲/۱۰)؛ چرا که رابطه

جرم‌انگاری و آزادی، رابطه‌ای دو سویه است؛ از یک طرف، جرم‌انگاری به کمک آزادی می‌آید تا حداقل آزادی‌هایی که شهروندان با از دست دادن آزادی‌های بیشتر، خواهان آن هستند، حفظ شود و از سوی دیگر، جرم‌انگاری دامنه برخی از آزادی‌هایی را که با نگاه امنیتی و ناظر به حفظ قدرت حاکمان محدود شده است، توسعه می‌دهد. این مسئله درباره «جرایم بدون بزه‌دیده»^۱ شایسته تأملی افزون‌تر است؛ زیرا جرم‌انگاری در این حوزه، تهدیدی جدی علیه حق خلوت افراد محسوب می‌شود. توضیح اینکه هنگام جرم‌انگاری یک رفتار، جامعه قضاوت می‌کند که هیچ نفع و مصلحت خصوصی در آن اعمال وجود نداشته باشد، اما اعمال مقررات در مورد جرایم بدون بزه‌دیده، مستلزم نظارت و تحقیق است. در حالی که مباشرین این گونه جرایم، غالباً تمایلی به اعلام جرم و گزارش آن به مقامات پلیسی و قضایی ندارند، بلکه چه بسا نفع آن‌ها در پنهان ماندن آن باشد، بنابراین تحقیقات پلیس در این حوزه با حریم خصوصی افراد در تزاخم است^۲ (رهامی و حیدری، ۱۳۸۵: ش ۱۰/۱۵-۱۶).

با این حال بدیهی است تا زمانی که انسان‌ها وارد زندگی اجتماعی نشده‌اند، هیچ گونه محدودیتی بر آن‌ها بار نمی‌شود. ولی با ورود به اجتماع، به خاطر برقراری نظم در جامعه، باید از برخی آزادی‌های خود چشم‌پوشی کنند (نظریه قرارداد اجتماعی روسو). سزار بکاریا معتقد است:

آدمیان را فقط ضرورت بر آن داشته است که جزئی از آزادی خود را واگذارند و بی‌شک، هر کس خواهان آن است که کوچک‌ترین قسمت ممکن را به سپرده عمومی بسپارد؛ درست آن مقدار که دیگران را به دفاع از این سپرده ملتزم کند. مجموع این کوچک‌ترین قسمت‌های ممکن، حق کیفر را پدید می‌آورد. افزون بر آن، اجحاف است نه عدالت، تعدی است ولی دیگر حق نیست (نظریه ضرورت) (بکاریا، ۱۳۸۹: ۳۳).

لذا با پذیرش «نظریه ضرورت»، وجود قوانین برای محدود نمودن امیال و آرزوهای

1. Victimless crimes.

۲. اصطلاح «جرم بی‌بزه‌دیده»، در مورد سقط جنین، همجنس‌گرایی، استفاده افراطی از نوشابه‌های الکلی و مواد مخدر، روسپیگری (تن‌فروشی)، ولگردی، تکدی و خودکشی به کار می‌رود (نجفی ابرندآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۹۳: ۲۸۶).

نامحدود و همچنین عواطف و احساسات بشری و حفظ نظم و امنیت جامعه بشری ضروری است. اما در فرایند تقنین، باید ارزش‌ها و خواسته‌های مردم را در نظر گرفت و قانون بر اساس احساسات جاودانه، موافق ضمیر انسان باشد تا بتواند در برابر تغییرات مقاومت کند. لذا حتی الامکان باید از سلب آزادی‌های اشخاص پرهیز شود.

دخالت دولت‌ها در حوزه آزادی‌های فردی با جرم‌انگاری در هر کشور، با توجه به اعتقادات حاکم بر آن جامعه و رژیم سیاسی کشور و میزان احترام به آزادی‌های فردی که ارتباط مستقیمی با نظام سیاسی حاکم دارد، تفاوت دارد. بدیهی است از آنجا که جرم‌انگاری، مستلزم ورود به عرصه آزادی‌های فردی است، هر اندازه «قدرت» به سود «آزادی» محدودتر شود، جرم‌انگاری محدودتر و کارآمدتر خواهد بود. بنابراین با توجه به محترم بودن آزادی‌های افراد و پیامدهای منفی جرم‌انگاری، دولت باید قبل از اتخاذ هر گونه تصمیمی، آزادی‌های آنان را در نظر بگیرد و اصول و دلایل محکمی برای مشروعیت‌بخشی به استفاده از اجبار داشته باشد و از آنجا که اصل بر آزادی است، بار اثبات دلیل جرم‌انگاری بر عهده دولت می‌باشد.

دامنه و میزان جرم‌انگاری و توسل به زور و اجبار برای منع یا الزام رفتاری یا پاسخ‌گیری به نقض مقررات و قوانین اداری و مدنی، با سطح فرهنگ هر جامعه به ویژه آگاهی اعضای آن از حقوق و تکالیف شهروندی و احترامی که به قوانین و مقررات عمومی و خصوصی می‌گذارند و از همه مهم‌تر احساس تعلقی که به جامعه و هم‌نوعان خود دارند، نسبت مستقیم دارد. یعنی هر چه فرهنگ و اخلاق اجتماعی قوی‌تر و تعلق خاطر مردم به جامعه و رعایت قوانین بیشتر باشد، میزان دخالت کیفری دولت برای حفظ امنیت و حقوق فردی از سویی و امنیت اجتماعی و نظم عمومی از سوی دیگر، کمتر خواهد بود؛ زیرا هر چند «عدالت» و «حقیقت» دو حد آزادی هستند ولی این دو، تنها با قانون کیفری تحقق نمی‌یابند، بلکه ارتقای اخلاق و معنویت در جامعه از رهگذر آموزش و تشویق و الگوسازی، در مقایسه با اعمال قانون موفق‌تر است (سخنور، ۱۳۸۶: ۵۷).

لذا مداخله کیفری، صرفاً باید محدود به حداقل موارد ضروری و آن هم ناظر به شدیدترین نوع تعدیات نسبت به مصالح و منافع فردی و اجتماعی باشد. افزون بر این،

صرف شدت و خشونت عمل ارتكابی نمی‌تواند مبنای مناسبی برای مداخله کیفری باشد، بلکه باید به امکان تأثیرگذاری و اثربخشی مداخله نیز اندیشید، به طوری که مداخله کیفری حداقل دارای آثار کنترلی یا پیشگیرانه مثبتی بیش از عدم مداخله کیفری باشد (غلامی، ۱۳۹۱: ش ۴۶/۲).

بدین ترتیب، وظیفه دولت حمایت‌های مدنی و فرهنگی از اخلاق و تقویت نهادهای مدنی و اجتماعی مسئول، بدون دخالت کیفری و از رهگذر افزایش و رشد معنویت در جامعه می‌باشد که منجر به کاهش خواسته‌های نامشروع افراد می‌شود. در چنین شرایطی دخالت‌های سرکوبگرانه و کیفری توجیه کمتری خواهد داشت. در مقابل، تا هنگامی که مردم به خودآگاهی فردی در رعایت حقوق و آزادی‌های یکدیگر نرسیده باشند و به قوانین جامعه احترام نگذارند، دولت‌ها چاره‌ای جز استفاده از الزامات کیفری بیشتر، حداقل در کوتاه‌مدت ندارند. بنابراین در چنین جامعه‌ای که هم دولت و هم مردم به میزان معقولی به آزادی، عدالت و حقیقت احترام می‌گذارند، الزام و سرکوب در حاشیه و در واقع آخرین راه حل است.

بنابراین اصل حداقل بودن حقوق جزا، به عنوان یکی از اصول ناظر بر جرم‌انگاری، اقتضا می‌کند که مداخله حقوق جزا در حقوق و آزادی‌های شهروندان، نه فقط بر پایه مصلحت‌اندیشی بلکه بر اساس معیار و ضوابط حقوقی باشد (همان: ۵۴-۶۰). بنابراین جرم‌انگاری تنها راه رسیدن به امنیت و اصلاح افراد در جامعه نیست، اما همان طور که اشاره شد، قانون‌گذار به ویژه در ماده ۲۲۰ که قاضی را به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و در نتیجه مجازات بر اساس منابع فقهی الزام نموده، در آزادی‌های اشخاص دخالت کرده و مواردی همچون ارتداد را که در قانون نیامده است، جرم‌انگاری کرده است، در حالی که منفعت فرد و جامعه اقتضا می‌کند که در آزادی افراد دخالت نشود و لزوم رعایت آزادی‌های فردی، مانعی جدی برای مداخله حقوق جزا باشد.

۳-۳. ایجاد قلمروهای تبعیض‌آمیز و امکان سوءاستفاده در اجرای قانون

یکی دیگر از آثار مستقیم جرم‌انگاری قانون مجازات اسلامی، ایجاد قلمروهای تبعیض‌آمیز و امکان سوءاستفاده کارگزاران دستگاه عدالت کیفری به واسطه

جرم‌انگاری برخی رفتارهاست. این در حالی است که بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی نیز بر رفع تبعیض‌های ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همگان تأکید می‌کند؛ برای نمونه، ماده ۲۲۰ که قانون‌گذار، قاضی را دربارهٔ حدودی که در قانون نیامده است، به اصل ۱۶۷ قانون اساسی احاله داده است، این نوع جرم‌انگاری یک قلمرو تبعیض‌آمیز را در اجرای قانون فراهم می‌کند و قضات را از اختیارات گسترده‌ای برای زدن برچسب مجرمانه و گزینشی عمل کردن در این زمینه برخوردار می‌نماید؛ زیرا اگر قاضی در امور کیفری بتواند به فتاویٰ فقها رجوع کند، باید گفت که مجتهدان واجدالشرایط فتوا، زیاد و عمدتاً معتبرند و یک قاضی ممکن است مقلد هر یک از آیات عظام باشد و یا مقلد کسی نباشد و نتیجهٔ این کار نقض عدالت و عدم تساوی مجازات‌ها و ایجاد تشتت آراست (کلانتری، ۱۳۷۵: ۱۲۲)؛ زیرا این امر که قاضی خود منابع یا فتاویٰ فقها را بیابد و بر اساس آن رأی صادر کند، خلاف عدالت جزایی است؛ چرا که در این صورت، یک قاضی به دلیل عمل به فتوای فلان مجتهد حکمی خفیف را صادر می‌کند، ولی قاضی دیگری بر اساس نظر مجتهد دیگر که نظر شدیدتر دارد، حکم به مجازات سنگین‌تری می‌دهد.

همچنین جرم‌انگاری «مفسد فی الارض» در ماده ۲۸۶، همان‌طور که ملاحظه شد، عنوان مذکور با دیدگاهی توسعه‌ای در عرصه‌های گوناگونی تبلور یافته است و مصادیق بیشتری همچون «دایر کردن مراکز فحشا»، «اشاعهٔ فحشا» و «نشر اکاذیب» را برای اتهام افساد فی الارض تعیین کرده است و عملکرد قانون‌گذار، از این جهت قابل دفاع نیست.

شایان ذکر است که امروزه با توسعهٔ وسایل ارتباط جمعی در صورتی که قرار باشد افراد به عنوان نشر اکاذیب تحت عنوان مفسد فی الارض تعقیب شوند، در فرضی که فردی رایانامه‌ای از صفحه‌های مستهجن را برای کاربران زیادی ارسال کند، می‌تواند مصداق مفسد فی الارض باشد، در حالی که به رغم ناپسندی این عمل، صدور چنین حکم سنگینی برای این اقدام، با موازین فقهی توجیه‌شدنی نیست. از طرف دیگر، قاعدهٔ «تدرأ الحدود بالشبهات» نیز اجازهٔ چنین تفسیری را نمی‌دهد که بگوییم چنانچه جرایمی نظیر نشر اکاذیب، اخلال در نظام اقتصادی کشور، احراق و تخریب، پخش

مواد سمی و میکروبی و خطرناک، دایر کردن مراکز فساد و نظایر آن باعث ناامنی عمومی در جامعه شوند، مصداق افساد فی الارض هستند.

ایراد دیگر، واژگان به کار رفته در متن ماده است که تعمیم‌پذیر و تفسیربردار است؛ برای مثال، یکی از شرایط لازم برای تحقق افساد فی الارض، «گسترده بودن» مصداق مذکور در ماده است. حال سؤالی که به ذهن می‌رسد این است که معیار «گسترده بودن» این مصداق چیست؟ مسلّم آن است که قوانین جاری، این معیار را تعیین نکرده‌اند و ظاهراً به قضاوت عرف واگذار کرده‌اند. مرجع تشخیص بر اساس عرف نیز قضاوت دادگاه‌ها می‌باشند که تفاسیر متعدد و معیارهای گوناگونی برای این کار خواهند داشت و در این صورت بدیهی است که اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها نقض می‌گردد. این ایراد به عبارات «اخلال شدید»، «ورود خسارت عمده» و «در حد وسیع» نیز وارد است.

تبصره این ماده، بر دیدگاه ما مبنی بر عدم تعیین معیار مشخص برای احراز «گسترده بودن»، «در حد وسیع بودن»، «عمده بودن» و واگذاری آن بر اساس قضاوت شخصی قضاوت، دلیل قانع‌کننده‌ای می‌باشد. بر اساس این تبصره:

هر گاه دادگاه از مجموع ادله و شواهد قصد اخلال گسترده در نظم عمومی، ایجاد ناامنی، ایراد خسارت عمده و یا اشاعه فساد یا فحشا در حد وسیع و یا علم به مؤثر بودن اقدامات انجام‌شده را احراز نکند و جرم ارتكابی مشمول مجازات قانونی دیگری نباشد، با توجه به میزان نتایج زیان‌بار جرم، مرتکب به حبس تعزیری درجه پنج یا شش محکوم می‌گردد.

همان‌طور که مشاهده می‌شود، این تبصره مرجع تشخیص و احراز معیارهای لازم برای شمول عنوان مفسد فی الارض را دادگاه می‌داند، بی‌آنکه ضابطه‌ای معین به عنوان رکن یا حداقل عنصر قانونی برای تشخیص دادگاه‌ها در نظر بگیرد. به همین دلیل، دور از ذهن نیست که از واژگان وسیع، گسترده، شدید و... که در این قانون به کار رفته‌اند، تفسیر خاص شود، حال آنکه عنصر قانونی جرم سنگینی نظیر افساد فی الارض و با مجازات شدیدی مثل اعدام باید کاملاً مشخص و روشن باشد.

نتیجه گیری

در یک دهه اخیر، به راهبرد عقب نشینی نظام کیفری برای کاهش بار دستگاه قضا، در رویه قضایی، بخشنامه‌ها، قوانین برنامه چهارم توسعه، سیاست‌های کلان قضایی از سوی مقام معظم رهبری و نیز قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۳۸۹ توجه و تأکید شده است. پس از تصویب قانون اخیر، یکی از مصوبات قوه قضاییه نیز با عنوان «راهبرد و اهداف برنامه پنج ساله قوه قضاییه (۱۳۹۰-۱۳۹۴)» در مورخ ۱۳۹۰/۹/۱۹ تدوین شد و یکی از راهبردها را در راستای تحقق اهداف برنامه پنجم توسعه، اصلاح و تقیح قوانین کیفری با رویکرد جرم‌زدایی اعلام کرد.

با وجود سیاست جرم‌زدایی در قانون برنامه پنجم توسعه و همچنین ضرورت‌های جرم‌زدایی از قوانین کیفری، انتظار این بود که سیستم قانونی و قضایی در راستای تحقق این سیاست گام بردارد، اما با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، قانون‌گذار در اقدامی انتقادآمیز، رفتارهایی را جرم‌انگاری کرده است که در قانون مجازات اسلامی پیشین سابقه‌ای نداشت. به این صورت که در ماده ۲۲۰، درباره حدودی که در قانون نیامده است، قاضی را به اصل ۱۶۷ قانون اساسی احاله داده است و وی موظف است که با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید. این در حالی است که با ارجاع به اصل مذکور در امور کیفری، مفاهیم بنیادین حقوق جزا مانند جهل به قانون، حفظ حقوق شهروندی و آزادی‌های افراد، اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل برائت و... نقض خواهند شد و ماده مذکور با بسیاری از اصول قانون اساسی در تناقض است.

جرم‌انگاری دیگر، در ماده ۲۸۶ و با عنوان «مفسد فی الارض» است. بر خلاف قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، قانون فعلی جرایم محاربه و افساد فی الارض را دو تأسیس جداگانه می‌داند و عنوان مذکور با دیدگاهی توسعه‌ای در عرصه‌های گوناگونی تجلی یافته است؛ تعیین مصادیقی نظیر «دایر کردن مراکز فحشا»، «اشاعه فحشا» و «نشر اکاذیب» برای اتهام افساد فی الارض و عبارات به کار رفته در ارتباط با جرایم مذکور در متن ماده مانند «گسترده بودن»، «اخلال شدید»، «ورود خسارت

عمده» و «در حد وسیع»، تفسیر بردار است و عملکرد قانون‌گذار از این جهت که معیاری را برای کلمات مذکور تعیین نکرده است، توجیه‌شدنی نیست؛ چرا که عنصر قانونی جرم سنگینی نظیر افساد فی الارض و با مجازات شدیدی مثل اعدام باید کاملاً مشخص باشد.

بدیهی است جرم‌انگاری‌هایی که با واقعیت‌ها، نیازها و ارزش‌های اجتماعی همخوانی ندارد، می‌تواند پیامدهای منفی فراوانی از جمله اجرا نشدن قانون، عدم کارایی نظام عدالت کیفری، اخلال در عملکرد دستگاه قضا، افزایش عناوین مجرمانه، در برداشتن هزینه‌های اقتصادی و اجتماعی برای دستگاه عدالت کیفری، افزایش رقم سیاه بزهکاری و تورم جمعیت کیفری زندان‌ها را به دنبال داشته باشد.

افزون بر این، درباره مهم‌ترین آثاری که مستقیماً از جرم‌انگاری‌های جدید در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ناشی می‌شود، می‌توان به انتقاد نهادهای حقوق بشری از ایران بابت مجازات اعدام، دخالت در آزادی‌های افراد، ایجاد قلمروهای تبعیض‌آمیز و امکان سوءاستفاده در اجرای قانون اشاره کرد. بنابراین اصل حداقل بودن حقوق جزا به عنوان یکی از اصول ناظر بر جرم‌انگاری اقتضا می‌کند که مداخله حقوق جزا در حقوق و آزادی‌های شهروندان، نه فقط بر پایه مصلحت‌اندیشی بلکه بر اساس معیار و ضوابط حقوقی باشد.

کتاب‌شناسی

۱. آخوندی، محمود، *آیین دادرسی کیفری*، تهران، مجلد، ۱۳۸۴ ش.
۲. ابراهیمی، شهرام، «بازپروری عادلانه مجرمان»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، شماره ۳، ۱۳۹۱ ش.
۳. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، چاپ سی و یکم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۴. اکرمی سراب، روح‌الله، «نقدی بر لایحه قانون مجازات اسلامی»، *ماهنامه دادرسی*، سال سیزدهم، شماره ۷۷، ۱۳۸۸ ش.
۵. بابایی، محمدعلی و میثم غلامی، «مهم‌ترین جلوه‌های کیفرزدایی در قانون جدید مجازات اسلامی»، *پژوهش‌نامه اندیشه‌های حقوقی*، سال اول، شماره ۳، ۱۳۹۱ ش.
۶. بای، حسینعلی، «سیری در مستندات فقهی جرم‌انگاری افساد فی الارض»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال دوم، شماره ۷، ۱۳۸۴ ش.
۷. بکاریا، سزار، *رساله جرایم و مجازات‌ها*، ترجمه محمدعلی اردبیلی، چاپ پنجم، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۸. حائری و دیگران، «انگرتی نو در رابطه با مفاهیم محاربه، افساد فی الارض و بغی در فقه و حقوق موضوعه»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، شماره ۳، ۱۳۹۱ ش.
۹. حبیب‌زاده، محمدجعفر، *محاربه در حقوق کیفری ایران*، تهران، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۹ ش.
۱۰. رهامی، محسن و علیمراد حیدری، «جرم‌زدایی از جرایم بدون بزه‌دیده با نگاهی به حقوق ایران»، *اندیشه‌های حقوقی*، سال چهارم، شماره ۱۰، ۱۳۸۵ ش.
۱۱. زینالی، امیرحمزه، *بررسی قوانین ایران از حیث جرم‌زدایی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۲ ش.
۱۲. سخنور، محمدرضا، *حمایت از حقوق و آزادی‌های افراد در قوانین جزایی ایران و اسناد بین‌المللی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران، پردیس قم، ۱۳۸۶ ش.
۱۳. سلطانفر، غلامرضا، *تورم کیفری*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۳ ش.
۱۴. شمس ناتری و جاهد، «عوامل و نتایج تورم کیفری و راهکارهای مقابله با آن»، *مجله فقه و حقوق*، سال پنجم، شماره ۱۸، ۱۳۸۷ ش.
۱۵. عالمی، لیاقت‌علی، «افساد فی الارض از نظر مذاهب اسلامی»، *مجله طلوع*، سال ششم، شماره ۲۳، ۱۳۸۶ ش.
۱۶. عبداللهی، عشرت، «نقد و بررسی لایحه قانون مجازات اسلامی» (میزگرد حقوقی دانشگاه تهران)، *روزنامه اعتماد*، شماره ۱۵۷۲، دی ۱۳۸۶ ش.
۱۷. غفاری، محمد، «عوامل توجیه‌کننده جرم‌زدایی»، *مجله عدالت آرا*، شماره ۸، ۱۳۸۶ ش.
۱۸. غلامی، حسین، «اصل حداقل بودن حقوق جزا»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال اول، شماره ۲، ۱۳۹۱ ش.
۱۹. غلامی، میثم، *سیاست جرم‌زدایی و کیفرزدایی در قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه بین‌المللی امام خمینی، ۱۳۸۹ ش.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق*، چاپ دوازدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۲۱. کلاتری، کیومرث، *اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در حقوق ایران*، بابلسر، دانشگاه مازندران، ۱۳۷۵ ش.

۲۲. گسن، ریموند، «بحران سیاست‌های جنایی کشورهای غربی»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۱۰، ۱۳۷۱ ش.
۲۳. گلدوزیان، ایرج، *بایسته‌های حقوق جزای عمومی*، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۲۴. محمودی، جواد، «قضازدایی و جرم‌زدایی از منظر قانون اساسی و حقوق اداری»، *مجله تخصصی الهیات و حقوق*، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۹، ۱۳۸۵ ش.
۲۵. محمودی جانکی، فیروز، «جرم‌زدایی به منزله تغییر»، *فصلنامه حقوق*، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، تهران، دانشگاه تهران، دوره سی و هشتم، شماره ۱، ۱۳۸۷ ش.
۲۶. میرمحمدصادقی، حسین، *جرایم علیه اموال و مالکیت*، چاپ پانزدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۲۷. همو، «کنکاشی در تأثیر ارعابی مجازات اعدام»، *ماهنامه دادرسی*، شماره ۳۷، ۱۳۸۲ ش.
۲۸. نجفی ابرندآبادی، علی حسین و حمید هاشم‌بیگی، *دانشنامه جرم‌شناسی*، چاپ سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۳ ش.
۲۹. نجفی ابرندآبادی، علی حسین و دیگران، «جرایم مانع (جرایم بازدارنده)»، *فصلنامه مدرّس علوم انسانی*، شماره ۴، ۱۳۸۳ ش.
۳۰. نوربها، رضا، *زمینه حقوق جزای عمومی*، چاپ ششم، تهران، دادآفرین، ۱۳۸۶ ش.
۳۱. وایت، راب و فیونا هینز، *درآمدی بر جرم و جرم‌شناسی*، ترجمه میرروح‌الله صدیق بطحایی، تهران، دادگستر، ۱۳۸۱ ش.
۳۲. هاشمی، سیدحسین و جعفر کوشا، «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها»، *نامه مفید*، شماره ۲۶، ۱۳۸۰ ش.
۳۳. هاشمی شاهرودی، سیدمحمود، *بایسته‌های فقه جزا*، تهران، میزان، ۱۳۷۸ ش.

ارزش اثباتی اقرار در جنایات؛ از الزامات نظری تا تحولات قانونی*

□ حسین آقابابایی^۱

چکیده

یکی از بحث‌های مهم و بنیادین حقوق کیفری، قواعد حاکم بر ادله اثبات دعوی کیفری و سنجش ارزش اثباتی آنهاست. ارزش اثباتی اقرار در امور کیفری، در اثبات همه جرایم و از جمله جرایم علیه اشخاص اهمیت بسیاری دارد. تحولات حقوق کیفری ایران، سؤالات و ابهاماتی را در خصوص ارزش اثباتی اقرار به ویژه از جهت طریقت یا موضوعیت اقرار در جنایات (جرایم علیه اشخاص) ایجاد کرده است. با وجود اینکه دکترین حقوقی و رویه قضایی ایران طریقت اقرار در جنایات را پسندیده است، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ سخن از موضوعیت برخی ادله شرعی از قبیل اقرار و شهادت به میان آورده است. جستار پیش رو می‌کوشد تا در مقام تبیین ارزش اثباتی اقرار در جنایات و بررسی تحولات حقوق کیفری ایران در این زمینه، الزامات نظری طریقت اقرار و دیدگاه فقهی در بیان این مفهوم را بررسی نماید. برآیند نوشته حاضر نشان می‌دهد

که طرح موضوعیت ادله اثبات شرعی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، به دلیل زبان و گفتمان خاص قانون‌گذار است و به معنای تغییر در ارزش اثباتی ادله و از جمله اقرار نیست.

واژگان کلیدی: اقرار، اقرار در جنایات، طریقت اقرار، موضوعیت اقرار، ارزش اثباتی اقرار.

مقدمه

مطالعات تاریخ حقوق کیفری نشان می‌دهد همان گونه که اعمال مجازات‌ها مراحل گوناگون و دوره‌های مختلفی را پشت سر گذاشته است، برای اثبات دعای کیفری نیز علاوه بر اعمال اراده مطلق حاکمان یا بزرگان قبایل، از دلایل متنوع و گاه عجیبی استفاده می‌شده است. اوردالی یا قضاوت الهی (نجفی ابرندآبادی و بادامچی، ۱۳۸۳: ۲۵۴) دوئل یا جنگ تن به تن و مسابقات رزمی یا گلا دیاتوری نمونه‌ای از این موارد است (حجتی کرمانی، ۱۳۶۹: ۲۲۶). اما وجه مشترک همه این دوره‌ها، استفاده از یک دلیل - به عنوان معتبرترین دلایل - یعنی اقرار متهم به جرم ارتكابی می‌باشد.

اقرار از دلایل اثباتی است که با مفهوم و مضمون متفاوت، هم‌زمان در دعای حقوقی و کیفری از آن استفاده می‌شود. در حقوق ایران، بر اساس ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی: «اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیر بر ضرر خود» و بر اساس ماده ۱۶۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «اقرار عبارت از اخبار شخص به ارتكاب جرم از ناحیه خود است». به عبارت دیگر، در امور مدنی، اقرار اخبار به حقی به نفع دیگری و به ضرر خود و در امور کیفری، اقرار به مفهوم پذیرش اتهام تفهیم شده به متهم است.

ارزش اثباتی اقرار در جنایات (قتل و صدمات جسمانی) از موضوعاتی است که هم‌زمان با تصویب مقررات راجع به حدود و قصاص در سال ۱۳۶۱ و پیش‌بینی فصلی با عنوان «ادله اثبات قتل»، این شبهه را ایجاد کرد که تحت تأثیر جایگاه اقرار در فقه و حقوق اسلامی، ادله اثبات قتل و سایر جنایات تحول یافته و رویه قضایی آن زمان که برای اقرار و شهادت و سایر ادله ارزش طریقی قائل بود، باید کنار گذاشته شود. در این باره، حتی گزارش‌هایی در خصوص بی‌توجهی قضات به دلایل علمی و اکتفا به ادله

اثبات مذکور در قانون منتشر شده بود که شورای عالی قضایی سابق را هم به واکنش واداشت؛^۱ به ویژه که در ماده ۲۸ قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱ و پس از آن در ماده ۲۳۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ آمده بود: «با اقرار به قتل عمد اگرچه یک مرتبه هم باشد قتل عمد ثابت می‌شود». علاوه بر این، در مواد ۳۱ و ۳۲ قانون حدود و قصاص که مفاد آن عیناً در مواد ۲۳۵ و ۲۳۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ تکرار شد، مواردی مطرح شده بود که ارزش اثباتی زیادی برای اقرار در نظر می‌گرفت و به عبارتی موضوعیت داشتن اقرار را دامن می‌زد. در قانون آزمایشی سال ۱۳۹۲، قانون‌گذار محتوای مواد ۲۳۵ و ۲۳۶ قانون مجازات مصوب ۱۳۷۰ را حذف و در بخش پنجم (ادله اثبات در امور کیفری) در مواد ۱۶۱ و ۱۶۲ با عبارات مبهمی که در قوانین کیفری ایران پیشینه‌ای ندارد، به موضوعیت داشتن برخی ادله شرعی مانند اقرار و شهادت اشاره کرده که در صورت وجود آن‌ها، قاضی به استناد آن‌ها حکم صادر می‌کند مگر اینکه علم به خلاف آن‌ها داشته باشد. این تغییر قانونی با توجه به سوابق اشاره‌شده مجدداً این سؤال را مطرح نموده که آیا قانون‌گذار در خصوص ارزش اثباتی اقرار و از جمله اقرار در جنایات دیدگاه جدیدی مطرح نموده یا با وجود تفاوت الفاظ قانون، محتوای آن ثابت مانده است.

بنابراین سؤال اصلی نوشته حاضر این است که آیا تغییرات قانونی انعکاس یافته در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، ارزش اثباتی اقرار در جنایات را دگرگون کرده است؟ فرضیه تحقیق این است که با وجود تصویب مواد اشاره‌شده، اقرار در جنایات همانند سایر جرایم، کاشف از واقع است و طریقت دارد و با وجود اشاره به موضوعیت اقرار در قانون مجازات جدید، با توجه به نسخ مواد ۲۳۵ و ۲۳۶ قانون مجازات اسلامی سال

۱. شورای عالی قضایی در سال ۱۳۶۲ در بخشنامه‌ای تأکید کرده است: «اطلاع داده‌اند که در برخی از مراجع کیفری به دلایل علمی نظیر پزشکی قانونی و انگشت‌نگاری و غیره برای تحقیق در کشف جرم و اثبات آن توجه نمی‌شود... متذکر می‌گردد هرچند در برخی جرایم طرق اثبات دعوی در قانون ذکر شده لکن چون این از باب طریقت و حصول علم برای قاضی است و قاضی برای حصول قطع و یقین از هیچ نوع تحقیقی که علم را تحصیل کند منع نگردیده، مقتضی است در رسیدگی‌ها استفاده از طریق علمی کشف جرم را مورد غفلت قرار ندهند و از وسایلی که دانش بشری در این زمینه فراهم نموده است استفاده نمایند (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۲: ۲۸۱/۱).

۱۳۷۰، تردیدها و ابهام‌ها درباره ارزش اثباتی اقرار در جنایات تا حد زیادی برطرف شده است. نوشته پیش رو، با توجه به اهمیت بنیان‌های نظری قانون‌گذار و تأثیرپذیری قانون و رویه قضایی از آن، ابتدا مفهوم و الزامات طریقت اقرار در امور کیفری را تبیین می‌کند و سپس به جایگاه بحث در حقوق اسلامی می‌پردازد و در ادامه به چگونگی و نمونه‌هایی از آرا و نظریات حقوق‌دانان اشاره می‌کند و در نهایت، تحولات قانون مجازات اسلامی را با تأکید بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بررسی خواهد کرد.

۱. مفهوم و الزامات طریقت اقرار در دعوی کیفری

پیش از بحث در خصوص طریقت دلایل اثبات دعوی در جنایات، مفهوم و مبنای طریقت داشتن ادله اثبات دعوی کیفری به صورت کلی و به ویژه در پرونده‌های قتل و ضرب و جرح بیان می‌شود.

۱-۱. مفهوم طریقت اقرار

منظور از طریقت ادله اثبات به طور کلی و از جمله اقرار در پرونده‌های کیفری این است که در مقایسه با پرونده‌های حقوقی (مدنی)، قاضی، ناظر بی طرف نیست و چون به عنوان نماینده جامعه و برای تحمیل سرزنش یا ضمانت اجرایی که جامعه در قبال نقض قواعد ماهوی که همانا ارزش‌های اساسی جامعه است مداخله می‌کند، مانند قاضی یا دادرس مدنی، صرفاً وظیفه «فصل خصومت» ندارد بلکه موظف به «کشف حقیقت» است. این وظیفه، در ارزیابی و سنجش ادله اثبات و دلایل اقامه‌شده چه از طرف دادستان و یا شهود در مقام اثبات اتهام و چه از طرف متهم در قبال پذیرش اتهام جلوه می‌کند. طریقت داشتن اقرار در دعوی کیفری، از یک سو از تحمیل مجازات و کیفر بر متهم بی گناهی که در مقابل شهود و سایر دلایلی که دادستان و مدعی‌العموم با توسل به قدرت دولت فراهم کرده است، جلوگیری می‌کند و از سوی دیگر، برای اینکه کیفر یا سرزنش جامعه دقیقاً بر همان کسی تحمیل شود که قاعده ماهوی یا ارزش

۱. ماده ۲۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی می‌گوید: «هر گاه کسی اقرار به امری نماید که دلیل ذی حق بودن طرف او باشد، دلیل دیگری برای ثبوت آن لازم نیست».

اساسی جامعه را نقض کرده، از پذیرش اقراری که به صورت غیر واقعی برای انحراف جریان دادرسی از طرف فردی که به هر دلیل ذهنی یا عینی خود را گناهکار جلوه می‌دهد، پیشگیری می‌کند. بنابراین به صورت کلی می‌توان گفت که مفهوم طریقت اقرار در جنایات این است که قاضی کیفری در مواجهه با اقرار، پیش از اینکه به صورت و شکل آن توجه نماید و بخواهد متهم یا اقرارکننده را مأخوذ به اقرار خویش بداند، باید به محتوا و میزان طریقت اقرار و کشف حقیقت توجه نماید.

۲-۱. الزامات طریقت اقرار

با توجه به توضیح فوق، می‌توان دو موضوع اساسی زیر را به عنوان الزامات طریقت اقرار در جنایات یا سایر مواردی که قاضی کیفری به استناد اقرار متهم حکم صادر می‌کند ذکر نمود:

۱-۲-۱. محدودیت نبودن تحصیل دلیل

به صورت کلی تحصیل دلیل در پرونده‌های جنایی با پرونده‌های مدنی متفاوت است. حاکمیت و تسلط اصحاب دعوی مدنی، بر تحصیل دلیل هم اثر می‌گذارد. دادرسی مدنی، در نتیجه تعلق دعوی مدنی به اصحاب آن، از منظر نقش دادرسی، دادرسی تدافعی و پایاست. دادرسی باید منتظر بماند تا اصحاب دعوی به وی دلیل ارائه کنند و نمی‌تواند دلیل اصحاب دعوی را تکمیل کند (پارسا و نظری، ۱۳۹۲: ۳۷۱). در دعوی کیفری، هرچند بر اساس آمارها پرونده‌های جنایی با اعلام جرم توسط بزه‌دیدگان یا احساس مسئولیت اجتماعی و مشارکت شهروندان به جریان می‌افتد، بزه‌دیده یا اعلام‌کننده جرم، پس از گزارش جرم، تسلطی بر دعوی ندارد و سیستم عدالت کیفری یعنی مجموعه پلیس، دادرسی، دادگاه‌ها و مؤسسات یا نهادهای اجرای کیفر، مدیریت و اداره دعوی کیفری را بر عهده خواهند گرفت. در مرحله تعقیب، مقامات پلیس با توجه به دستورات و تعلیمات مقامات دادرسی، اقدامات لازم را برای کشف جرم و جمع‌آوری دلایل مربوط البته با مشارکت شاکیان و بزه‌دیدگان انجام می‌دهند. در این مرحله، پلیس در چارچوب قانون، صرف‌نظر از نتیجه تحقیقات و تحلیل آن‌ها توسط قاضی، تمام مشاهدات خود یا جزئیات موجود در صحنه جرم را جمع‌آوری و در اختیار

مقامات قضایی قرار می‌دهد. شاکیان یا گزارش‌کنندگان جرم نیز حق آوردن دلیل دارند، اما این امر هیچ‌گاه مقام قضایی را محدود نمی‌کند و وی، مجاز و موظف به کاوش در ادله ارائه‌شده برای پیشگیری از انحراف و فریفتگی عدالت است. در همین راستا دادرسی کیفری از ابزارهای محدودکننده (جلب متهم یا تحت نظر قرار دادن ... و ابزارهای مداخله‌کننده (تفتیش منزل یا محل کار، دستگیری و بازداشت و...) برخوردار است (پارسا و نظری، ۱۳۹۲: ۳۷۴). این ویژگی دادرسی کیفری در حقوق اسلامی نیز مورد توجه و تأیید است. برخی از حقوق‌دانان اسلامی تصریح دارند که:

استدلال به دلایل مثبت بینه و امور دیگر برای محصور جلوه دادن ادله اثبات دعوی در چهار تا یا هر عدد دیگر، واقعاً بی‌مورد است؛ زیرا یقین داریم که موازین شرعی (ادله اثبات دعوی) تماماً امارات بر واقع (قرینه و طریق کشف) می‌باشند (رشتی، ۱۳۱۶: ۱۰۴/۱).

در همین راستا یکی از اساتید می‌گوید که قاضی می‌تواند از قرائن موجود در هر دعوایی استفاده کند و علمی که از این طریق به دست می‌آید، حجت است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۴۴۶)؛ برای نمونه، در خصوص ادله اثبات در جنایات، هرچند فقها برای اثبات قتل ادله محدودی (اقرار، شهادت، قسامه و علم قاضی) را پذیرفته‌اند، این محدودیت، آسیبی به تحصیل دلیل نمی‌زند؛ زیرا همان‌گونه که فقیهان امامیه معتقدند (مغنیه، ۱۴۰۴: ۱۲۹/۵؛ حسینی شیرازی، ۱۹۸۸: ۲۱۹) منبع تحصیل علم قاضی، به موارد خاصی محدود نشده و از هر راه متعارف و معقولی قابل حصول است و بحث‌های مفصل فقهی در خصوص شرایط اقرار و شهادت یا اجرای ترتیبات قسامه، در جهت بیان محدودیت‌های دلایل ظنی است (باقری، ۱۳۸۲: ۸۷).

بر این اساس، نه کافی نبودن ادله شاکی یا اعلام‌کننده جرم مانع تحقیقات پویا و گسترده مقامات قضایی است و نه دلایلی که با واقعیت‌های مادی پرونده هماهنگی ندارد، می‌تواند باعث فریب و انحراف عدالت گردد، بلکه قاضی مجاز به سنجش محتوا و مضمون اقرار یا شهادت از جهت هماهنگی با قرائن و شواهد و محتویات پرونده است.

۲-۲-۱. اجرای عدالت بر مرتکب جرم

به موجب الزام دیگر دادرسی‌های کیفری، ضمانت اجرای کیفری باید بر همان کسی اعمال شود که قاعده کیفری را نقض کرده است. مجازات‌ها و ضمانت‌اجراهای کیفری، بر اساس مؤلفه‌های سیاست جنایی، اهدافی را تعقیب می‌کنند که چنانچه بر فردی که در عالم واقع نقض‌کننده قاعده کیفری نیست اعمال شوند، امری بی‌معنا خواهند بود. همان‌گونه که از بتام نقل شده، هدف آیین دادرسی و حقوق اثبات این است که تعهدات قانونی (ضمانت اجرا) دقیقاً بر همان موضوعی قرار گیرد که قانون‌گذار خواسته است (پارسا و نظری، ۱۳۹۲: ۳۷۵). بنابراین بی‌آنکه بخواهیم خطای در تشخیص موضوعات مدنی را کم‌اهمیت جلوه دهیم، این موضوع انکارشدنی نیست که طرح و تعقیب دعوی کیفری اولاً و بالذات به هدف نفع عمومی و بهره‌مندی جامعه از اجرای عدالت است و این هدف اقتضا دارد ارزش اثباتی دلیلی مانند اقرار به گونه‌ای نباشد که بتواند باعث انحراف عدالت و تحمیل مجازات بر افرادی گردد که در واقع، قاعده ماهوی مورد حمایت کیفری را نقض ننموده‌اند. بنابراین با واقع‌گرایی و توجه به اهداف مجازات‌ها، به همان مقدار که باید مراقب اجرای ضمانت اجرای کیفری در موارد نقض قوانین ماهوی بود، باید فرایندی پایه‌گذاری شود که به دلیل ارزش اثباتی اقرار، موجبات انحراف عدالت و اجرای مجازات نسبت به افراد ناکرده‌بزه فراهم نشود و یا این موارد به حداقل ممکن برسد. این الزام دادرسی کیفری به ویژه وقتی که اقرار مستند صدور حکم قرار می‌گیرد، بسیار برجسته و مهم می‌گردد. اگر اقرار را طریقی بدانیم، تا حد زیادی از صدور احکام کیفری به استناد اقرارهایی که به انگیزه‌های خاص و بر خلاف حقیقت ابراز شده‌اند، جلوگیری می‌شود. در موارد جنایات غیر عمدی و به ویژه تصادفات رانندگی منجر به فوت یا صدمه یا خسارت، بسیار اتفاق افتاده که فرد دیگری که چه بسا در زمان رانندگی در صحنه تصادف حضور نداشته و یا راننده نبوده است، به انگیزه‌های مالی (اخذ خسارت از بیمه) یا عاطفی و خانوادگی (رانندگی همسر یا فرزند) ارتکاب جرم را بر عهده گرفته و در نتیجه، مرتکب واقعی جرم، از جریان پرونده خارج شده است.

این موضوع وقتی حساس‌تر می‌شود که قاضی کیفری به استناد «إقرار العقلاء علی

انفسهم جائز» به صرف اقرار فردی به قتل یا ضرب و جرح عمدی، بدون بررسی واقعیت امر و میزان انطباق این اقرار با محتویات پرونده، حکم صادر کند که نتیجه آن اجرای کیفر بر فرد ناکرده بزه و بی‌توجهی به عامل یا انگیزه‌هایی است که فرد را به پذیرش جرم ناکرده واداشته است.^۱ از نظر رویه قضایی ایران، اصولاً اقرار ارزش اثباتی طریقی دارد و به ویژه در پرونده‌های قتل و صدمات جسمانی، رویه قضایی همواره بر کشف حقیقت و بررسی محتوای اقرار تأکید داشته است (سپهوند، ۱۳۸۹: ۱۱۲). در مقررات بعد از انقلاب، برخی مواد قانون مجازات اسلامی به ویژه در کتاب قصاص، موضوعیت داشتن اقرار در جنایات را تداعی می‌نمود و لذا برخی حقوق‌دانان موضوعیت داشتن اقرار را به دیدگاه‌های فقهی منتسب نموده‌اند که این موضوع را در ادامه بحث بررسی می‌نماییم.

۲. طریقت یا موضوعیت اقرار در حقوق اسلامی؛ از دلایل نظری تا

جلوه‌های عملی

ارزش اثباتی اقرار در جنایات، در حقوق اسلامی با ادبیات خاص خود در بحث‌های فقهی و اصولی شایان بررسی است. در اصول فقه، دلیل هر منبع یا مستندی است که برای استنباط احکام شرعی به کار می‌رود و تقسیماتی دارد که شامل دلیل قطعی، دلیل ظنی معتبر (اماره) و اصل عملی می‌شود.

اماره که در مفهوم لغوی به معنای علامت و نشانه است (جوهری، ۱۴۱۸: ۱/۴۸۵) در اصطلاح اصول فقه دلیل ظنی نامیده می‌شود که شارع آن را معتبر دانسته است (مظفر، ۱۳۷۰: ۱۴/۲).

اصولیان این دلیل ظنی (اماره) را به دو نوع «اماره حکمی» و «اماره موضوعی» تقسیم کرده‌اند. «اماره حکمی»، اماره‌ای است که حاکی از یک حکم کلی شرعی باشد. به عبارت دیگر، در مواردی دلیل و مدرک حکم، یک اماره یا دلیل ظنی است که شارع ما را به پذیرش آن ملزم نموده است؛ برای مثال، «خبر واحد ثقّه» یعنی روایتی

۱. برای دیدن نمونه پرونده‌هایی که بعد از بررسی قضایی، دروغ بودن اقرار مشخص شده، ر.ک: سپهوند، ۱۳۸۹: ۱۱۶؛ آقایی‌نیا، ۱۳۸۴: ۱۹۰.

که یک شخص مورد اطمینان و راستگو از امام معصوم یا پیامبر نقل کرده است، هرچند برای ما یقین آور نیست، از آنجا که نوعاً کاشف از واقع است، از سوی شارع برای ما حجیت دارد و تا زمانی که دلیلی معارض با آن نداریم می‌توانیم به آن اعتماد کنیم.

«اماره موضوعی» نیز اماره‌ای است که کاشف از موضوعات احکام و وقایع خارجی یا احکام جزئی است؛ مانند شهادت دو نفر عادل درباره وقوع یک جرم یا شهادت بر تصرف یک مال توسط دو نفر که اماره و نشانه مالکیت اوست. در اینجا می‌توان گفت که اماره، موضوعی است؛ به این معنا که برای اثبات یا احراز یک امر موضوعی که مالکیت فردی خاص است، از آن استفاده شده است. از طرف دیگر می‌توان گفت که این اماره (شهادت) موضوعیت دارد؛ به این معنا که به عنوان یک دلیل ظنی نوعاً کاشف از واقع، مورد اعتماد شارع قرار گرفته است. با این توضیح مشخص می‌گردد که به عنوان مثال شهادت دو نفر عاقل و بالغ، در عین حال که دلیل ظنی است و می‌تواند خلاف واقع باشد، به دلیل کاشفیت نوعی آن، مورد اعتماد شرع است ولی این اعتماد شارع، ظنی بودن دلیل را که خصوصیت ذاتی آن است کم‌رنگ نمی‌کند و به همین دلیل، هر گونه احتمال غیر واقعی بودن، اعتماد را سلب می‌کند و اعتبار آن را خدشه‌دار می‌کند. بنابراین بحث درباره موضوعیت داشتن برخی ادله اثبات و از جمله اقرار، نباید باعث نگرانی خاطر یا خطور این احتمال به ذهن عدالت‌جویان گردد که ممکن است طرح موضوعیت داشتن اقرار یا شهادت، به بی‌عدالتی یا عدالت‌کور منجر گردد؛ زیرا با این برداشت، اماره چه حکمی و چه موضوعی باشد، دلیل ظنی بوده و به تعبیری، «طریقی» محسوب می‌شود. یعنی مادام که شبهه یا دلیلی علیه آن نباشد، با توجه به اعتباربخشی شارع به آن، بدان عمل می‌شود. بدین ترتیب به نظر می‌رسد نگرانی حقوق‌دانان از طرح بحث موضوعیت ادله اثبات دعوی کیفری و به ویژه موضوعیت اقرار و شهادت، ناشی از زبان متفاوت فقه و اصول و حقوق کیفری و ادله اثبات کیفری است. این تفاوت زبانی در تلقی قانون‌گذار از بحث طریقی و موضوعیت نیز خود را نشان داده و قانون‌گذار در تصویب مواد ۱۶۱ و ۱۶۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، این گونه القا نموده که موضوعیت داشتن ادله اثبات به این

معناست که نباید علم به خلاف آن‌ها داشت.^۱ در حالی که ظنی بودن ارزش اماره‌ای مانند شهادت دو مرد عادل یا اقرار فرد عاقل بالغ به قتل، به این معناست که اگر دلایل و قرائن ظنی دیگری بر غیر واقعی و ساختگی بودن این امارات اقامه شود، ارزش اثباتی آن‌ها مخدوش می‌گردد. جالب اینکه قانون‌گذار هرچند در ماده ۱۶۱ می‌گوید: «ادله‌ای مانند اقرار و شهادت موضوعیت دارند و قاضی به استناد آن‌ها حکم صادر می‌کند مگر اینکه علم به خلاف آن داشته باشد»، با فاصله‌ای اندک و در ماده ۱۷۱ که ارزش اثباتی اقرار را بررسی می‌کند، وجود قرائن و اماراتِ خلافِ مفاد اقرار را برای چشم‌پوشی از اقرار کافی می‌داند. یا در ماده ۱۶۹، اقراری را که با اکراه، اجبار، شکنجه یا اذیت و آزار روحی یا جسمی اخذ شود، فاقد ارزش و اعتبار می‌داند. همچنین در ماده ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز مقرر می‌دارد:

هر گاه متهم به طور صریح اقرار به ارتکاب جرم کند، به طوری که هیچ گونه شک و شبهه‌ای در اقرار و نیز تردیدی در صحت و اختیاری بودن آن نباشد، دادگاه به استناد اقرار رأی صادر می‌کند.

بنابراین از مجموع این مواد به دست می‌آید که منظور قانون‌گذار از موضوعیت اقرار و شهادت این است که این ادله، ادله ظنی معتبری هستند که شرع نیز اماره بودن و امکان استناد به آن‌ها را تأیید کرده است، اما ارزش اثباتی آن‌ها منوط به نبود دلایل ظنی یا قرائنی است که کشف آن‌ها از واقع را مخدوش کند. به تعبیر دیگر، درست است که قانون‌گذار در مواد ۱۶۱ و ۱۶۲ از واژه «موضوعیت» استفاده کرده، با توجه به تحلیل ارائه‌شده، منظور از موضوعیت، همان اماره یا دلیل ظنی حاکی از واقع است، مادام که دلیل معارضی هرچند در سطحی پایین‌تر از اقرار و شهادت موجب بروز احتمال غیر واقعی بودن آن‌ها نشود.

درباره طریقت یا موضوعیت اقرار در جنایات، هرچند در فقه سخن صریحی مشاهده نگردید، آنچه از فحوای کلام فقیهان استفاده می‌شود، موضوعیت داشتن اقرار است. دلیل این برداشت آن است که در بحث‌های فقهی، غالباً به نقش اثباتی اقرار به عنوان

۱. ماده ۱۶۱: «در مواردی که دعوای کیفری با ادله شرعی از قبیل اقرار و شهادت که موضوعیت دارند اثبات می‌شود، قاضی به استناد آن‌ها رأی صادر می‌کند، مگر اینکه قاضی علم بر خلاف آن داشته باشد».

دلیل توجه می‌شود و سخن از لزوم مطابقت اقرار با سایر امارات و قرائن جایگاهی ندارد. در این زمینه می‌توان گفت که در گذشته به دلیل عدم پیشرفت علوم مختلف جرم‌یابی، در جنایاتی مانند قتل عمد یا ضرب و جرح قرائن پیچیده‌ای به دست نمی‌آمد تا محتوای اقرار و جزئیات آن با این یافته‌های علمی یا امارات قضایی تطبیق داده شود. در چنین شرایطی که تشخیص غیر واقعی بودن اقرار، امری دور از دسترس می‌نمود، ماهیت حق‌الناسی کیفر جنایات، به موضوعیت داشتن اقرار و نقش حداکثری اولیای دم دامن می‌زد، به طوری که بر اساس برخی از آرای فقهی، حتی در مواردی که بین اقرارهای متعدد تعارض آشکاری وجود داشت، نقش اولیای دم در گزینش و انتخاب یکی از اقرارکنندگان برجسته می‌شد و این امر تأییدکننده موضوعیت اقرار به جنایت است.^۱ البته می‌توان این قبیل روایات یا دیدگاه‌های فقهی را این گونه تفسیر کرد که با توجه به اینکه در پرونده جنایت، ولی دم در خصوص تقاضای قصاص یا دیه و عفو تصمیم گیرنده است، آنچه این دلایل مطرح می‌کنند در همین حد است. به عبارت دیگر، در موارد تعارض اقرار، اولیای دم حق اقامه دعوی علیه هر کدام از اقرارکنندگان را به اقتضای اقرار خودش دارد و این، مانع وظیفه دادرسی در بررسی موضوع نیست.

روایت دیگری هم در این زمینه مشهور است که در مورد دو اقرار متعارض به قتل عمدی یک نفر است، آن هم در فرضی که اقرارکننده اول، بعد از حضور اقرارکننده دوم و پذیرش اتهام قتل عمدی، از اقرار خود عدول نموده و اقرار خود را دروغ می‌داند. بر اساس این روایت، قصاص و دیه از هر دو نفر برداشته شده و دیه مقتول از بیت‌المال پرداخت می‌شود. فقیهان امامیه، این روایت را از نظر سندی، فاقد سلسله سند معتبر (مرسل) و از نظر محتوا، خلاف اصل دانسته‌اند اما مشهور به آن عمل کرده‌اند و

۱. در این زمینه حسن بن صالح از امام صادق علیه السلام روایت کرده که: «سألت أبا عبد الله عن رجل وجد مقتولاً فجاء رجلان إلى وليه فقال أحدهما: أنا قتلته عمداً وقال الآخر: أنا قتلته خطأ. فقال: إن هو أخذ صاحب العمد فليس له على صاحب الخطأ سبيل وإن أخذ بقول صاحب الخطأ فليس له على صاحب العمد سبيل» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹/۱۰۶). این روایت مبنای نظر مشهور فقهی است و در بسیاری از کتاب‌های فقهی این مضمون وجود دارد؛ برای نمونه در شرح *اللمعه* آمده است: «لو أقرّ واحد بقتله عمداً والآخر بقتله خطأ تخیر الولی فی تصدیق من شاء منهما وإلزامه بموجب جنایته. لأنّ كلّ واحد من الإقرارین سبب مستقلّ فی إيجاب مقتضاه علی المقرّ به» (عاملی جبعی، ۱۴۰۳: ۱۰/۶۹؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۳: ۲/۴۷۲).

بر آن ادعای اجماع و فقدان مخالفت شده است.^۱

آنچه در این روایت، موضوعیت اقرار را برجسته می‌کند این است که نه در متن آن و نه در بحث‌های فقهی، شرط پذیرش اقرار، انطباق اقرار با سایر قرائن بیان نشده است و ظاهراً با اقرار شخص دوم، این اقرار پذیرفته می‌شود و اقرار شخص اول که از آن رجوع شده، بی‌اثر تلقی می‌گردد و هیچ سخنی به میان نیامده که آیا اقرار شخص دوم باید از جهات دیگر نیز درست باشد یا نه؟ و اگر اقرار مقرر اول مطابق با سایر آثار جرم باشد باز هم باید به سادگی از کنار آن بگذریم؟

در عین حال، صرف‌نظر از بحث سند روایت، اوضاع و احوال موجود در این واقعه بر فرض صحت و اصالت به گونه‌ای است که می‌تواند به نوعی طریقت اقرار و لزوم انطباق آن را با سایر آثار و علایم برساند. در این حدیث، اقرارکننده اول در پاسخ به سؤال امیرالمؤمنین علیه السلام، دلیل اقرار خود را این می‌داند که او را با چاقوی خونین در دستش بر بالین جنازه‌ای غرق به خون دستگیر کرده‌اند؛ یعنی اقرار او با قرائن مطابقت داشته است و مسلم است که حضرت علی علیه السلام به همین دلیل فرمان دستگیری او را صادر نمودند. ولی با توجه به اینکه حکم مذکور در این روایت برای اولین بار مطرح شده (قضیه فی واقعه) و اقرارکنندگان اطلاع نداشتند که در صورت اقرار نفر دوم و بازگشت نفر اول از اقرار، جان هر دو نجات می‌یابد، در فرض صحت سند روایت، به مورد خاص خودش تعلق خواهد داشت و قول امام علی علیه السلام در این مورد در مقام بیان قاعده نیست و با توجه به اینکه در زمان حکومت و ولایت ایشان چه بسا بتوان آن را به عنوان حکم قضایی در مورد خود هم پذیرفت، بلکه می‌توان سخن حضرت را به گونه‌ای پیشنهاد عفو اقرارکننده دوم در این مورد خاص دانست که با توجه به جنبه خصوصی جرم، با رضایت اولیای دم یا رضایت به اخذ دیه امکان‌پذیر خواهد شد؛ زیرا دلیل سقوط قصاص از اقرارکننده دوم، جلوگیری از اشتباه قضایی و نجات جان

۱. صاحب فقه الصادق علیه السلام اشکال سندی این روایت مرسله را به دو دلیل رد می‌کند: دلیل اول شهرت عملی است؛ زیرا اصحاب و مشهور فقها به این روایت عمل کرده‌اند و طبق نظر اصولیان، شهرت عملی ضعف سندی را جبران می‌کند. دلیل دوم اینکه این روایت را شیخ صدوق از امام باقر علیه السلام به صورت جزئی و یقینی نقل می‌کند و لذا معتقد است که این قسم از روایات مرسل ضعف سندی ندارند و حجت‌اند (برای مطالعه بیشتر ر.ک: حسینی روحانی، بی‌تا: ۷۸/۲۶؛ عاملی جبعی، ۱۴۰۳: ۷۰/۱۰).

اقرارکننده اول بود نه به این خاطر که یک نفر قبل از او به همین قتل اقرار کرده و سپس از اقرار خود برگشته است. با این تحلیل، از این روایت نمی‌توان قاعده و حکمی کلی را استنتاج کرد؛ زیرا اگر کسی به قتل عمدی اقرار کند و سپس فرد دیگری بیاید اقرار کند و نفر اول از اقرار خود برگردد و نتیجه این فرایند، رهایی هر دو باشد، ضمن اینکه راه تباری و فرار از قانون را پیش پای ناقضان قانون آن هم در جرم مهمی مانند قتل می‌گذارد، با ضوابط حقوق کیفری و اثبات جرایم ناسازگار است. اما اگر این حدیث را در مورد نصّ و مورد خاص خود معتبر بدانیم، دلیل بر موضوعیت داشتن اقرار در همان معنای اصولی خواهد بود و اینکه اقرار، دلیل یا اماره معتبر شرعی است و شرایط اقرار اول تأیید می‌کند که امام علیه السلام نیز همین ارزش را برای اقرار قائل بوده و بعد از حضور فرد دوم معلوم شدن حقیقت، از اقرار او صرف نظر کرده است، اما نه به دلیل وجود دو اقرار، بلکه به علت کشف خلاف واقع بودن آن؛ و اینکه با اقرارکننده دوم چه رفتاری شده است، به مورد خاص خود ارتباط دارد و به علت امکان تباری، به موارد مشابه تعمیم پذیر نمی‌باشد.

یکی دیگر از جلوه‌های موضوعیت داشتن اقرار، چگونگی رفتار با افرادی است که نزد پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله و سلم یا سایر حاکمان صدر اول اسلام، اقرار به زنا می‌کردند. از اقرار شخص بالغ رشیدی که با علم به کیفر زنا برای پاک شدن از پیامدهای گناه و طلب آمرزش از خدا، به جرم خود اقرار می‌کند، معمولاً اقناع قضایی به ارتکاب جرم حاصل می‌شود، ولی حد اجرا نمی‌گردد و ظاهر حال، نشانگر جایز نبودن اجرای حد است تا زمانی که اقرارکننده چهار بار اقرار کند. این رفتار نشان می‌دهد که اقرارهای چهارگانه موضوعیت دارد و علم قاضی در این داورها سندیت ندارد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۷: ۶۹).

مؤید این برداشت، نوع تعامل با اقرار به قتل است، هرچند یک مرتبه باشد که مشهور فقها یک بار اقرار را برای اثبات قتل عمد کافی می‌دانند و برای اثبات صحت نظر خود، به روایاتی استناد می‌نمایند.^۱

۱. برای نمونه، فضیل در روایتی صحیح از امام حسین علیه السلام چنین نقل می‌کند: «هر کس نزد حاکم یک بار به حقی از حدود الهی علیه خودش اقرار کند اعم از اینکه آزاد باشد یا بنده، زن باشد یا مرد، بر امام است که بر او اقامه حد نماید» (موسوی خویی، ۱۴۲۳: ۱۱۰/۴۳). در این روایت، حق قصاص و مطالبه آن توسط اولیای دم در پاسخ به سؤال بعضی از اصحاب به عنوان یکی از حدود الهی که یک بار اقرار در اقامه آن کافی است، مطرح شده است.

در مقابل قول مشهور، برخی گفته‌اند که قتل عمد، جرمی سبک‌تر از سرقت نیست، لذا همانند سرقت حدی بلکه به طریق اولی، به دو بار اقرار نیاز دارد. اما در پاسخ گفته شده است که اگر بخواهیم چنین استدلال کنیم، می‌توان گفت که اثبات اتهام قتل عمد کم‌اهمیت‌تر از زنا نیست، پس باید بگوییم که همانند زنا چهار بار اقرار ضروری است (همان: ۱۱۱/۴۳). بنابراین می‌توان گفت که ارزش اثباتی اقرار به عنوان یک دلیل ظنی و اماره شرعی، به تعداد و تکرار آن ارتباطی ندارد و اگر در اثبات جرمی مانند زنا، چهار بار اقرار و در چهار مجلس موضوعیت دارد یا لازم است که شاهدان چهارگانه به صورت هم‌زمان در دادگاه حضور یابند و مشاهده زنا را گواهی کنند، مصالح دیگری مورد نظر شریعت بوده که جرم‌پوشی، حمایت از حریم خصوصی (در این زمینه رک: آقابابایی و موسوی، ۱۳۹۲: ش ۳۵-۱۹/۴) و کاهش انگیزه اقرار یا شهادت بر جرمی مانند زنا از آن جمله‌اند؛ امری که به دلیل ماهیت حق‌الناسی قتل، موضوعیت ندارد. ولی اکتفا به یک اقرار در اثبات قتل عمدی نباید به بی‌مبالاتی شریعت در اثبات این جرم تعبیر شود.

۳. ارزش اثباتی اقرار در ادبیات حقوقی و رویه قضایی ایران

بررسی‌ها نشان می‌دهد که پیش از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، قانون‌گذار به استفاده از واژه «طریقیت» و «موضوعیت» در بحث ادله اثبات دعوی و از جمله اقرار تمایلی نداشته^۱ و حتی در بحث ادله اثبات جرایم شرعی و از جمله در جنایات نیز به صراحت از موضوعیت یا طریقیت اقرار یا سایر دلایل سخن نگفته است. با این حال، این واژگان بیشتر توسط نویسندگان حقوقی در کتاب‌ها و مقالات و بعد هم دادرسان دادگاه‌ها در آرای قضایی به کار برده شده است. ضمن اینکه استعمال این واژگان از طرف قضات، الزاماً در حوزه اثبات و احراز بزه‌کاری نیست و «طریقیت» به معنای دلالت به کار رفته است؛

۱. ماده ۴۹۶ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ یکی از مواردی است که از واژه «موضوعیت» استفاده کرده است: «... مواردی از دیات که دیه برحسب دینار یا شتر تعیین شده، شتر و دینار موضوعیت ندارد...».

برای نمونه، شعبه ۵ دیوان عالی کشور در رأی شماره ۶۱۵ می‌گوید:

در امور جزایی، اعتراف متهم طریقت دارد و اگر دادگاه با ملاحظه قرائن و امارات دیگر اقرار متهم را از دلایل خارج نماید، موجب شکستن حکم نمی‌باشد (متین، بی‌تا: ۳۰).

همین شعبه در رأی شماره ۲۴۹۱ مورخ ۱۳۱۹/۷/۱۳ نظر داده است:

به صرف اقرار متهم بدون امارات دیگر نمی‌توان رأی داد (حسینی، ۱۳۸۵: ۱۵۶).

همچنین هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی اصراری شماره ۱۳۱۵ مورخ

۱۳۳۹/۴/۲۸ آورده است:

در امور جزایی اقرار به تنهایی دلالت نداشته و طریقت برای کشف حقیقت دارد (همان: ۱۰۶).

دادستان کل کشور نیز در جلسه منجر به صدور رأی اصراری دیوان عالی کشور به

شماره ۱۲۲ مورخ ۱۳۴۷/۷/۲۴ می‌گوید:

... اقرار در مسائل جزایی صرفاً جنبه طریقت دارد و دادرس به اقرار و اظهاراتی که خواه شاکی و خواه متهم می‌نماید در صورتی که با علائم مادی واقعه وفق ندهد، نباید ترتیب اثر دهد و تنها گفته‌هایی باید ملاک حکم قرار گیرد که با قرائن و امارات منطبق، و عقل سلیم و بالخصوص جریان واقعه آن را تأیید کند.

از این آرا و نظرات استفاده می‌شود که در رویه قضایی قبل از انقلاب، به دلالت

اقرار در همه موارد در حدّ یک اماره و طریقی برای کشف واقع توجه می‌شد.

استفاده از واژگان موضوعیت و طریقت ادله اثبات و از جمله اقرار در آرا و

دیدگاه‌ها، بعد از انقلاب و اسلامی شدن مقررات جزایی محسوس‌تر است: برای نمونه،

شعبه ۱۶ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۱۴۱ در سال ۱۳۷۲ مقرر می‌دارد: «این

اقرار طریقت دارد بر ارتکاب بزه... لذا اتهام آن‌ها محرز است». در موارد دیگر،

موضوعیت به معنای «اعتبار» به کار رفته است. برای مثال، شعبه ۲۴ دیوان در رأی

شماره ۵۵۲/۲۴ در سال ۱۳۷۲ گفته است: «عقد به موجب این سند موضوعیت نداشته

و خلاف قانون بوده...». یا در برخی آرا، موضوعیت به معنای «اهمیت و اصالت» به کار

رفته است. در رأی شماره ۷۸/۳ شعبه سوم دیوان در سال ۱۳۷۷ آمده است:

در ماهیت قضیه، تکلیف مدیون به تأدیة دین است و شکل پرداخت، فاقد موضوعیت قانونی است.

دیوان عالی کشور نیز در رأی وحدت رویه شماره ۵۱۸ مورخ ۱۳۶۷/۱۱/۱۸ همین ایده را مطرح نموده است:

... سند سجلی هم در اثبات بلوغ طریقت دارد لذا چنانچه سند سجلی حکایت از بلوغ داشته اما ولی قهری مدعی نرسیدن فرزند خود به سن بلوغ باشد، ... قبول درخواست ولی قهری منعی ندارد....

اداره حقوقی قوه قضاییه در یک نظریه مشورتی بی آنکه به صراحت به واژه‌های طریقت یا موضوعیت اشاره کند، به صورت تلویحی به موضوعیت داشتن اقرار در حدود و قصاص و طریقت داشتن آن در سایر موارد اشاره کرده است.^۱ ضمن اینکه در نمایه الکترونیکی نظریات اداره حقوقی قوه قضاییه استفاده از واژگان طریقت و موضوعیت در موارد متعددی مشاهده می‌گردد.

از نظر دکترین و در بیان حقوق دانان، یکی از شارحان قانون مدنی به منظور ترسیم ضابطه‌ای برای طریقت دلیل، امکان اثبات خلاف دلیل را بدون هر اشاره‌ای به اینکه بار اثبات این خلاف بر عهده چه کسی است، ضابطه طریقت دلیل دانسته است (حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۲: ۱۱۵۰). در میان حقوق دانان کیفری نیز برخی ضمن اشاره و تأیید اینکه اقرار در رویه قضایی قبل از انقلاب اسلامی و پیش از تصویب قانون حدود و قصاص، جنبه طریقت داشته است، همراه با ذکر نگرانی‌های خود، به دیدگاهی که «موضوعیت اقرار» را تأیید می‌کند اشاره کرده‌اند (سپهوند، ۱۳۸۹: ۱۱۲). برخی دیگر، وجود مواد ۲۳۵ و ۲۳۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ را که به طور ضمنی به موضوعیت اقرار اشاره دارند، مخصص اصل، یعنی طریقت اقرار می‌دانند (آقایی‌نیا، ۱۳۸۴: ۱۹۰) یا به صورت کلی معتقدند که اقرار در فقه جزایی بر خلاف اقرار در حقوق موضوعه، موضوعیت دارد و قاضی در صورت تحقق اقرار، بی‌نیاز از توجه به دلایل دیگر بوده و

۱. به غیر از حدود و قصاص که در آن اقرار شرایط و اعتبار خاصی دارد، در سایر امور کیفری، اقرار زمانی معتبر است که کاشف از واقع باشد، فلذا صرف اقرار برای صدور حکم محکومیت مقرر کافی نیست... (نظریه شماره ۱۶۹۲/۷ مورخ ۱۳۷۳/۳/۳ اداره حقوقی قوه قضاییه).

ناگزیر از صدور حکم است (گلدوزیان، ۱۳۸۶: ۳۳۹). برخی دیگر هم بی‌آنکه واژگان موضوعیت اقرار در حدود و قصاص را استفاده کنند تأکید کرده‌اند که حتی در حدود و قصاص، قاضی نباید اقرار، سوگند یا شهادتی را که می‌داند دروغ است، بپذیرد (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۶: ۳۹۴).

تدوین‌کنندگان قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، تحت تأثیر دیدگاه‌های اشاره‌شده، برای اولین بار این واژگان را در مواد مربوط به ادله اثبات دعوی کیفری، در نصوص قانونی مربوط وارد کرده‌اند.

با توجه به اصلاحات شکلی قانون مجازات سال ۱۳۹۲ و تلاش برای انسجام‌بخشی به قانون و حذف مواد تکراری، بحث ادله اثبات که در مقررات قبل ذیل هر جرم حدی یا موجب قصاص تکرار می‌شد، در بخش پنجم قانون با عنوان «ادله اثبات در امور کیفری» ساماندهی شده و ماده ۱۶۱ قانون مجازات اسلامی بی‌آنکه «موضوعیت» یا «طریقت» ادله اثبات را تعریف کند، مقرر می‌دارد:

در مواردی که دعوی کیفری با ادله شرعی از قبیل اقرار و شهادت که موضوعیت دارند اثبات می‌شود، قاضی به استناد آن‌ها رأی صادر می‌کند، مگر اینکه قاضی علم بر خلاف آن داشته باشد.

بدین ترتیب موضوع و واژگانی که متأثر از ادبیات فقهی در نظریات حقوق‌دانان و رویه قضایی ایران انعکاس یافته بود، اکنون در متن قانون تبلور یافته است که در ادامه به آثار این تغییر قانونی در ارزش اثباتی ادله به ویژه ارزش اثباتی اقرار در جنایات اشاره می‌شود.

۴. اقرار در جنایت در قوانین مجازات اسلامی

پس از بررسی ارزش اثباتی اقرار به جنایت در حقوق اسلامی و تبلور آن در دیدگاه‌های حقوق‌دانان و رویه قضایی، به صورت اجمالی به چگونگی انعکاس موضوع در قانون مجازات اسلامی اشاره می‌کنیم. علت تمرکز بحث بر تحولات قانونی بعد از انقلاب اسلامی، بحث اسلامی شدن قوانین و تأثیر‌پذیری مقررات کیفری بعد از انقلاب از دیدگاه‌های فقهی است. با عنایت به اینکه بیشترین تحولات این حوزه در قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و قانون مجازات اسلامی

مصوب ۱۳۹۲ بوده است، به اجمال به این تحولات اشاره می‌کنیم؛ با این توضیح که بین قانون سال ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ تفاوت خاصی وجود ندارد و در حقیقت مقایسه میان قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ است.

۴-۱. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰

بر اساس ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، «راه‌های ثبوت قتل در دادگاه عبارت‌اند از: اقرار، شهادت، قسامه و علم قاضی». طبق ماده ۲۳۲ این قانون نیز «با اقرار به قتل عمد گرچه یک مرتبه هم باشد، قتل عمد ثابت می‌شود».

علاوه بر این، دو ماده ۲۳۵^۱ و ۲۳۶^۲ این قانون، به طور مشخص انعکاس دیدگاه‌های فقهی می‌باشد که پیش از این بررسی گردید و در بیانات فقها از جمله امام خمینی در *تحریر الوسیله* وجود داشته و عیناً در قانون نیز وارد شده است.

هرچند مواد مذکور به صراحت به طریقت یا موضوعیت اقرار اشاره نکرده‌اند آنچه در وهله اول از مطالعه این مواد به ذهن می‌رسد موضوعیت داشتن اقرار در اثبات قتل عمد است. بر اساس ماده ۲۳۲ اقرار به قتل عمد هرچند یک مرتبه باشد، قتل عمد را اثبات می‌کند، بی‌آنکه به ضرورت انطباق اقرار با محتوای آن اشاره شده باشد یا طبق ماده ۲۳۵ قانون‌گذار به ولی دم اجازه داده است در فرضی که دو نفر به قتل عمد یا یک نفر به قتل عمد و دیگری به قتل خطایی شخصی اقرار نموده‌اند، به هر یک از آن‌ها حسب اقرارش مراجعه نماید و حال آنکه مسلماً یکی از این دو اقرار متعارض با واقع مطابقت ندارد، اما ممکن است که ولی دم بر حسب اختیار قانونی‌اش به کسی مراجعه نماید که اقرارش مطابق با واقع نیست و این بدین معناست که صرف اقرار کافی بوده و به هماهنگی آن با اوضاع و احوال مسلم قضیه نیازی نیست و یا در ماده ۲۳۶

۱. ماده ۲۳۵: «اگر کسی به قتل عمد شخصی اقرار نماید و دیگری به قتل عمدی یا خطایی همان مقتول اقرار کند، ولی دم در مراجعه به هر یک از این دو نفر مختیر است که برابر اقرارش عمل نماید و نمی‌تواند مجازات هر دو را مطالبه کند».

۲. ماده ۲۳۶: «اگر کسی به قتل عمدی شخصی اقرار کند و پس از آن دیگری به قتل عمدی همان مقتول اقرار نماید، در صورتی که اولی از اقرارش برگردد قصاص یا دیه از هر دو ساقط است و دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود و این در حالی است که قاضی احتمال عقلایی ندهد که قضیه توطئه‌آمیز است».

اقرار اول، اقرار دوم و سپس رجوع از اقرار اول بدون هیچ شرطی پذیرفته شده‌اند که همگی این‌ها موضوعیت اقرار را به ذهن متبادر می‌کنند.

هرچند محتوا و مضمون مواد اشاره شده ایرادات زیادی دارد که با توجه به نسخ آن‌ها در قانون جدید پرداختن به آن ضرورتی ندارد، در عین حال نگارنده معتقد است که می‌توان از مواد اشاره شده تفسیری ارائه داد که با طریقت اقرار منافاتی نداشته باشد.

۲۳۵. ۱-۱-۴. ماده ۲۳۵

با پذیرش موضوعیت اقرار در اثبات قتل عمد، با توجه به حکم مندرج در ماده ۲۳۵، این احتمال قوت می‌گرفت که ولی دم مقتول به کسی مراجعه نماید که اقرار او با واقع منطبق نیست، هرچند این شخص به اختیار خود علیه خویش اقرار نموده است. البته در تفسیر این ماده باید دانست که برابر موازین شرعی و ماهیت حق الناسی قتل، قانون‌گذار در این موارد ولی دم را در مراجعه به هر یک از اقرارکنندگان مخیر گذاشته است. با توجه به اینکه از نظر موازین شرعی، اولیای دم بدون اذن حاکم حق اجرای قصاص ندارند و اقدامات خودسرانه آن‌ها مجازات تعزیری دارد، مراجعه آن‌ها به اقرارکنندگان، از نظر اجرایی اعلام شکایت از هر کدام از اقرارکنندگان به اقتضای اقرار آن‌هاست و نمی‌توانند تقاضا یا شکایت متعارض داشته باشند، ولی این اختیار ولی دم، نافی وظیفه مقام قضایی در بررسی محتوای اقرار و انطباق آن با مندرجات پرونده نیست. بنابراین دادگاه می‌تواند فرد معرفی شده از طرف اولیای دم را تعقیب کند و با توجه به واقعیات پرونده و قرائن و امارات، در خصوص شکایت مطرح شده اظهار نظر کند. ضمناً در مواردی ممکن است که علت یک اقرار کذب، اشتباه باشد و نه دروغ‌گویی؛ بدین شکل که مثلاً شخص اقرارکننده، جراحتهی به کسی وارد نموده و تصور کرده که مرگ در اثر جراحتهی وارد شده توسط او بوده است، حال آنکه علت فوت، صدمه‌ای بوده که متعاقباً به وسیله فرد دیگری وارد شده است.

در مجموع و در تفسیر منطقی ماده ۲۳۵ می‌توان گفت که با توجه به جنبه حق الناسی مجازات قتل و سلطنتی که بر اساس قرآن کریم برای اولیای دم مقرر شده است، آن‌ها می‌توانند از فرد یا افرادی که به نظر آن‌ها مرتکب جرم شده‌اند و به ویژه از

فرد یا افرادی که به ارتکاب عمدی یا خطایی جرم اقرار کرده‌اند، شکایت کنند، ولی به هر حال تحمیل مجازات قصاص یا دیه از سوی دادگاه به بهانه موضوعیت اقرار و انتخاب اولیای دم، از این ماده استفاده نمی‌شود و رویه قضایی ایران نیز در دوره اجرای این ماده چنین برداشتی از آن نداشته است.

۲-۱-۴. ماده ۲۳۶

درباره ماده ۲۳۶ گفته شد که مبنای آن، روایتی مربوط به زمان حضرت علی علیه السلام است و هرچند درج آن در قانون به عنوان یک قاعده در بحث اثبات جنایت فاقد توجیه بود و در قانون جدید هم نسخ شده است، اما همان طور که در بررسی روایت دیدیم، علت پذیرش اقرار، نه از جهت موضوعیت آن، بلکه از جهت انطباق محتوای آن با اوضاع و احوال مسلم قضیه بود و از مبنای فقهی این ماده، طریقت اقرار به دست می‌آید. ضمن اینکه مضمون این روایت به عنوان یک مورد خاص و در فرضی که احتمال تبانی منتفی بوده مطرح شده است و در چنین مواردی قابل استفاده می‌باشد. به همین دلیل، در ادامه ماده ۲۳۶ جمله: «این در حالی است که قاضی احتمال عقلایی ندهد که قضیه توطئه‌آمیز است» اضافه شده که در متن روایت نیست و ابتکار قانون‌گذار بوده است. این جمله نشان می‌دهد که قانون‌گذار از قاعده‌مند نبودن موضوع این ماده آگاه بوده ولی احتمالاً نص‌گرایی افراطی، او را وادار به درج این محتوای فقهی با اضافه کردن جمله مذکور نموده است. بنابراین قانون‌گذار راه تفسیر منطقی و استفاده طریقت اقرار از این ماده را با اضافه کردن جمله پایانی گشوده است. بر این اساس، قاضی در صورت برخورد با چنین موردی، اگر احتمال عقلایی تبانی برای فرار از قانون می‌دهد، نباید دست روی دست بگذارد، بلکه ملزم به بررسی موضوع و محتوای اقرارهای متعارض و کشف حقیقت است. هرچند به این بحث در قانون مجازات سال ۱۳۷۰ به دلیل اینکه قانون ماهوی است اشاره نشده است در سال ۱۳۷۸ یعنی هشت سال پس از تصویب کتاب قصاص قانون مجازات اسلامی قانون‌گذار به آن توجه کرده و در ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب یکی از شرایط لازم برای صدور رأی توسط دادگاه را تأیید اقرار توسط سایر امارات و قراین می‌داند و مقرر می‌دارد که

در صورت تعارض اقرار با سایر ادله، مرجع کیفری باید به دلایل دیگر رسیدگی کند. این ماده می‌گوید:

هر گاه متهم، اقرار به ارتکاب جرمی نماید و اقرار او صریح و موجب هیچ گونه شک و شبهه‌ای نباشد و قراین و امارات نیز مؤید این معنا باشند، دادگاه مبادرت به صدور رأی می‌نماید و در صورت انکار یا سکوت متهم یا وجود تردید در اقرار یا تعارض با ادله دیگر، دادگاه شروع به تحقیق از شهود و مطلعین و متهم نموده و به ادله دیگر نیز رسیدگی می‌نماید.

با توجه به ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی کیفری (به عنوان قانون شکلی و عهده‌دار دادرسی کیفری در همه جرایم و از جمله جنایات)، تفسیر طریقی بودن ادله اثبات در امور کیفری تأیید می‌گردد.

از نظر رویه قضایی و عمل قضایی نیز در اثبات جنایات، قضات دادرسی و دادگاه‌ها از علوم مختلف جرم‌یابی از قبیل پزشکی قانونی، تشخیص هویت، سم‌شناسی و... استفاده نموده و با تحلیل نتایج و بازسازی صحنه جنایت نسبت به کشف حقیقت اقدام می‌کنند و صرف اقرار را که ممکن است بر اثر انگیزه‌های مختلفی ابراز شود، ملاک و مستند صدور رأی قرار نمی‌دهند. این رویه در دوره اجرای مقررات قبل از انقلاب وجود داشت^۱ و در رویه قضایی بعد از انقلاب هم هرچند ذکر ادله اثبات در قوانین ماهوی در اوایل انقلاب تردیدهایی برای برخی قضات ایجاد نمود، همان گونه که پیش از این اشاره شد، شورای عالی قضایی سابق، به طریقت ادله اثبات و استفاده از امارات قضایی و دلایل علمی تأکید کرد.

۴-۳. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

با توجه به دیدگاه‌های فقهی و ادبیات موجود در میان حقوق‌دانان و قضات، قانون‌گذار برای اولین بار در بخش «ادله اثبات در امور کیفری» از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، درباره «موضوعیت» برخی از ادله اثبات در امور کیفری سخن گفته است. ماده ۱۶۱

۱. «در امور جزایی، اعتراف متهم طریقت دارد و اگر دادگاه با ملاحظه قرائن و امارات دیگر اقرار متهم را از دلایل خارج نماید، موجب شکستن حکم نمی‌باشد» (مجموعه رویه قضایی متسین، حکم شماره ۶۱۵ شعبه ۵ دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۲۰/۳/۳۱).

این قانون می‌گوید:

در مواردی که دعوای کیفری با ادله شرعی از قبیل اقرار و شهادت که موضوعیت دارد، اثبات می‌شود، قاضی به استناد آن‌ها رأی صادر می‌کند مگر اینکه علم به خلاف آن داشته باشد.

این صراحت قانون‌گذار در خصوص موضوعیت داشتن «ادله شرعی از قبیل اقرار و شهادت»، در نگاه اول موجب این برداشت می‌شود که قانون‌گذار در مقام تأسیس قواعد جدیدی در بحث ادله اثبات دعوای کیفری است و می‌خواهد برای ادله شرعی مانند اقرار و شهادت، ارزش موضوعی ویژه قائل شود و بحث کشف حقیقت و طریقت اقرار و سایر ادله، مورد توجه قانون‌گذار نیست، اما با دقت در سایر مواد این فصل، این برداشت تعدیل می‌گردد؛ زیرا قانون‌گذار در مواد ۱۶۲، ۱۶۳، ۱۶۹، ۱۷۱ و ۱۸۷ مواردی را مطرح نموده است که قاضی باید به طور جدی به کشف حقیقت و طریقت اقرار توجه کند و هرگز مجاز نیست چنانچه قرائن و امارات قضایی بر خلاف مفاد ادله شرعی مانند اقرار و شهادت باشند، به عنوان موضوعیت اقرار یا شهادت، به مفاد آن‌ها ترتیب اثر دهد. قانون‌گذار در صدر ماده ۱۷۱، ارزش اثباتی اقرار را فراتر از هر دلیل دیگر می‌داند که با وجود آن، نوبت به دلایل دیگر نمی‌رسد اما بلافاصله تصریح می‌کند:

مگر اینکه با بررسی قاضی رسیدگی‌کننده قرائن و امارات بر خلاف مفاد اقرار باشد که در این صورت دادگاه، تحقیق و بررسی لازم را انجام می‌دهد و قرائن و امارات مخالف را در رأی ذکر می‌کند.

این ماده به گونه‌ای تأکید مفاد ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ می‌باشد. همچنین ماده ۱۶۹ قانون مجازات اسلامی به بی‌ارزش بودن اقراری که با اکراه، اجبار، شکنجه و آزار روحی یا جسمی اخذ شده پرداخته و دادگاه را مکلف نموده است که از متهم دوباره تحقیق نماید.

همین شرایط در ماده ۱۸۷ در خصوص شهادت تکرار شده است و وجود قرائن و امارات بر خلاف مفاد شهادت که با تحقیق و بررسی قاضی موجب آگاهی بر دروغ بودن شهادت شود، موجب اعراض از شهادت می‌گردد.

با این تفسیر، این سؤال مطرح می‌شود که اگر قانون‌گذار به طریقت اقرار و شهادت

در همه موارد و از جمله در جنایات اعتقاد دارد، پس چرا در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بحث «موضوعیت ادله اثبات» را مطرح نموده است؟

نگارنده هرچند به دامن زدن به «موضوعیت ادله اثبات دعوی کیفری» توسط قانون‌گذار انتقاد دارد و معتقد است که استفاده از این واژگان بی‌سابقه در ادبیات کیفری ضروری نبوده است، در تبیین و توجیه رفتار قانون‌گذار باید به زبان و گفتمان فقهی او در تصویب این مقررات توجه کرد. با این نگاه، طرح «موضوعیت ادله اثبات» حداقل از دو جهت توجیه‌پذیر است: جهت اول، شرایط خاص حاکم در برخی جرایم شرعی است که صرف نظر از کاشف و مطابق واقع بودن دلیل، تکرار و شیوه خاص انجام آن «موضوعیت» دارد؛ برای مثال، همان گونه که در ماده ۱۷۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ آمده است، در کلیه جرایم یک بار اقرار کافی است مگر در جرایمی مانند زنا، لواط، شرب خمر و... که حد نصاب خاصی دارد. تکرار اقرار که به تصریح تبصره همین ماده می‌تواند در یک یا چند جلسه انجام شود، موضوعیت دارد. تکرار اقرار به خصوص چهار مرتبه اقرار در یک جلسه، برای کشف حقیقت و طریقت آن نیست و این امر با یک اقرار هم حاصل است اما پیش‌بینی چنین فرایندی در جرایم حدی مانند زنا و لواط و شرب خمر موضوعیت دارد و مبتنی بر سیاست کیفری افتراقی حقوق اسلامی در جرایم دارای مجازات حدی است. همین بحث در خصوص شهادت موضوع مواد ۱۹۹ و ۲۰۰ قانون مجازات اسلامی نیز مطرح است و علاوه بر بالا بودن نصاب شهادت در برخی جرایم، کیفیت ادای شهادت و حضور هم‌زمان شهود هم موضوعیت دارد و فقدان این موارد، حتی مجازات قذف شهود را به دنبال خواهد داشت. بنابراین می‌توان گفت که اقرار و شهادت در این موارد، ادله شرعی هستند که به تصریح قانون‌گذار از جهت کمیت و کیفیت «موضوعیت» دارند.

جهت دوم که می‌توان با توجه به زبان و فضای گفتمانی قانون‌گذار تبیین کرد، توجه به همان بیان اصولی در ارزش اثباتی امارات است. همان گونه که در مفهوم‌شناسی فقهی طریقت و موضوعیت ادله اثبات اشاره شد، از منظر اصولی، اقرار و شهادت در زمره اماراتی قرار می‌گیرند که از نظر شرعی به عنوان «دلیل ظنی معتبر» مورد توجه هستند. اقرار انسان عاقل و بالغ و مختار یا شهادت دو نفر یا چهار نفر با شرایط مورد

نظر، از نظر شرعی دلیل ظنی معتبر (اماره) محسوب می‌شود و ارزش دلیل ظنی معتبر این است که عمل به آن منع شرعی ندارد و در صورت وجود علم (قطع) به خلاف مفاد آن، قابل اعتنا نیست. بنابراین از منظر قانون‌گذار، ادله شرعی که موضوعیت دارند از قبیل اقرار و شهادت قابل اعتنا هستند و قاضی به استناد آن‌ها رأی صادر می‌کند مگر اینکه علم به خلاف آن داشته باشد. این تفسیر از موضوعیت ادله اثبات، به معنای جمود بر مضمون اقرار یا شهادت و یا نادیده گرفتن دستاوردهای علوم مختلف جرم‌یابی نخواهد بود و به طور طبیعی اگر در زمانی که علم پزشکی قانونی یا سم‌شناسی، تشخیص هویت و... در دسترس بشر نبود، علم به خلاف واقع بودن اقرار یا شهادت را مشکل یا غیر ممکن می‌کرد، اما امروزه دستگاه عدالت کیفری به مدد دستاوردهای بشری می‌تواند محتوا و مضمون اقرار یا شهادت را با ادله علمی و آزمایشگاهی بسنجد و اعتبار اقرار و شهادت به عنوان ظن معتبر شرعی تا زمانی است که مضمون و محتوای آن‌ها با ادله دیگر تعارض نداشته باشد. این رویکرد قانون‌گذار، در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ هم وجود دارد و بر اساس مواد ۳۶۰ تا ۳۶۲ این قانون، اقرار صریح متهم به طوری که هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای در اقرار و نیز تردیدی در صحت و اختیاری بودن آن نباشد، مستند رأی قاضی قرار می‌گیرد و دادگاه علاوه بر رسیدگی به ادله مندرج در کیفرخواست، هر گونه تحقیق یا اقدامی را که برای کشف حقیقت لازم است، انجام می‌دهد. بر این اساس می‌توان گفت که با وجود تغییر واژگان قانون در مقررات اخیر التصویب، رویکرد کلی قانون که مبنا و مستند استمرار رویه قضایی موجود خواهد بود، طریقت اقرار در کشف جرم به صورت کلی و به ویژه در جرایم قتل و سایر صدمات جسمانی است که احتیاط در دماء هم به همین رویکرد تأکید می‌کند.

نتیجه‌گیری

بررسی‌های این نوشته نشان می‌دهد که تحولات قانون‌گذاری در خصوص ادله اثبات دعوی در جنایات (قتل و صدمات جسمانی) با تصویب قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱ آغاز شده و در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ به همان شکل تثبیت و در نهایت در قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ تکمیل

گردیده است. تحولات قانونی مذکور که به صورت روشنی از دیدگاه و پایگاه فقهی قانون‌گذار تأثیر پذیرفته است، بحث‌های مختلفی را در ادله اثبات قتل و سایر جنایات مطرح می‌کند که در حقوق کیفری عرفی ایران پیشینه نداشت. یکی از این بحث‌ها ارزش اثباتی اقرار در جنایات بود که با توجه به پیش‌بینی ادله اثبات قتل در کتاب قصاص و تصویب مواد ۲۳۵ و ۲۳۶ قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۷۰، این تلقی را ایجاد کرده بود که اقرار به قتل موضوعیت دارد؛ به این معنا که وجود اقرار، هم اولیای دم را واجد حق تقاضای قصاص یا دیه از اقرارکننده می‌کند و هم دادگاه‌ها ملزم هستند که به اقتضای اقرار و صرف‌نظر از مطابق واقع بودن یا نبودن مضمون آن، اقدام به صدور رأی کنند و بحث ادله علمی کشف جرم، به حاشیه رانده شده بود. بخشنامه‌های قضایی، دکترین حقوقی و رویه قضایی به مفهوم عام، موافق این برداشت نبود تا اینکه در سال ۱۳۷۸ قانون‌گذار در ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی کیفری تلاش نمود بر رویه قضایی موجود که بر طریقت ادله اثبات در جنایات تأکید داشت مهر تأیید بزند و از ترتیب اثر دادن به اقرارهایی که با واقعیت انطباق ندارند، جلوگیری کند. از سوی دیگر، مواد ۲۳۵ و ۲۳۶ قانون مجازات اسلامی نیز از طریقت ادله اثبات حکایت می‌کردند. به هر حال قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ در اقدامی شایسته، مواد ۲۳۵ و ۲۳۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ را که شائبه موضوعیت اقرار داشت، نسخ نمود و به بحث‌ها در این زمینه پایان داد. اما در ماده ۱۶۱ قانون سال ۱۳۹۲، اصطلاح «موضوعیت داشتن ادله اثبات شرعی» برای اولین بار در ادبیات قانونی پیش‌بینی شد. در جستار پیش رو، تحلیل ارائه‌شده از مجموع مواد قانون مجازات اسلامی در بخش ادله اثبات در امور کیفری و قانون جدید آیین دادرسی کیفری، ما را به این جمع‌بندی می‌رساند که از نظر قانون‌گذار، ادله اثبات شرعی مانند اقرار و شهادت به عنوان اماره و ظن معتبر شرعی تا زمانی که قرائن و امارات مخالف آن‌ها وجود نداشته باشند، قابل استناد خواهند بود. علاوه بر این، در برخی جرایم شرعی، نوع، تعداد و شیوه ابراز و ادله اثبات موضوعیت دارند و در صورت عدم رعایت این ضوابط، آن ادله هرچند کاشف از واقع باشند، قابل اعتنا نخواهند بود.

کتاب‌شناسی

۱. آقابابایی، حسین و ریحانه موسوی، «حریم خصوصی، اجرای قانون و ادله اثبات دعوی کیفری در حقوق اسلامی»، فصلنامه حقوق، دوره سی و چهارم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۲ ش.
۲. آقابایی نیا، حسین، جرایم علیه اشخاص (جنایات)، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۳. باقری، صادق، ادله اثبات دعوی کیفری، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۲ ش.
۴. پارسا، محسن و میلاد نظری، «مبنای گسست اقرار به اقرار کیفری (طریقی) و اقرار مدنی (موضوعی)»، دایرة المعارف علوم جنایی، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، کتاب دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، چاپ چهارم، تهران، چاپخانه سپهر، ۱۳۷۲ ش.
۶. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح (تاج اللغة و صحاح العربیه)، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۸ ق.
۷. حائری شاه‌باغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، چاپ دوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۸. حجتی کرمانی، علی، سیر قضاوت در ادوار مختلف تاریخ، تهران، مشعل، ۱۳۶۹ ش.
۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، آل‌البتیة، ۱۴۰۹ ق. التراث.
۱۰. حسینی، سیدمحمدرضا، قانون مجازات اسلامی در رویه قضایی، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۸۵ ش.
۱۱. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، فقه الصادق علیه السلام، قم، بی تا.
۱۲. حسینی شیرازی، سیدمحمد، الفقه، چاپ دوم، بیروت، دارالعلوم، ۱۹۸۸ م.
۱۳. رشتی، میرزا حبیب‌الله، التعلیقه علی مکاسب الشیخ الانصاری، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۱۶ ق.
۱۴. سپهوند، امیرخان، جرایم علیه اشخاص، چاپ پنجم، تهران، مجد، ۱۳۸۹ ش.
۱۵. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، چاپ هیجدهم، قم، دار الفکر، ۱۳۸۹ ش.
۱۶. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، چاپ دوم، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۱۷. گلدوزیان، ایرج، ادله اثبات دعوی، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۱۸. متین، احمد، مجموعه رویه قضایی، بی تا، بی جا، بی تا.
۱۹. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۰ ش.
۲۰. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، مجموعه بخشنامه‌های قضایی، قم، ۱۳۸۲ ش.
۲۱. مغنیه، محمدجواد، فقه الامام جعفر الصادق علیه السلام، چاپ پنجم، بیروت، دار الجواد، ۱۴۰۴ ق.
۲۲. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، تحریر الوسیله، قم، جامعه مدرسین، ۱۳۶۳ ش.
۲۳. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، قم، مؤسسه آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۳ ق.
۲۴. میرمحمدصادقی، حسین، جرایم علیه اشخاص، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۲۵. نجفی ابرندآبادی، علی حسین و حسین بادامچی، تاریخ حقوق کیفری بین‌النهرین، تهران، سمت، ۱۳۸۳ ش.
۲۶. هاشمی شاهرودی، سیدمحمد، بایسته‌های فقه جزا، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.

ضوابط حقوقی - جرم‌شناختی

پیشگیری وضعی از جرم*

□ علی صفاری^۱

□ راضیه صابری^۲

چکیده

آنچه می‌تواند محوزی برای اعمال پیشگیری وضعی توسط شهروندان عادی در برابر متجاوزان احتمالی باشد، اعمال حق، نظم اجتماعی یا ترکیبی از این دو است. از سوی دیگر، همین برقراری نظم اجتماعی و اعمال حق متقابل ایجاب می‌کند که اقدامات پیشگیرانه شهروندان در مقابل تعرضات ناحق، محدود به ضوابط خاصی باشد. در غیر این صورت، دفاع از حق یا اقدامات پیشگیرانه در برابر بزهکاران احتمالی، مستمسکی برای وقوع تعرضات ناحق خواهد شد. با توجه به سکوت قانون‌گذار در باب پیشگیری وضعی و ضوابط خاص آن، بحث درباره‌ی این قضیه، اختلافی است. برخی معتقد به حاکمیت شرایط دفاع مشروع بر پیشگیری وضعی هستند، ولی وجود دیدگاه مخالف مبنی بر بلاشرط بودن پیشگیری وضعی و ضرورت عرفی آن اقتضا می‌نماید تا در این مورد تحقیق بیشتری شود. در این مقاله سعی شده است تا ضوابط

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۳/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۲/۱۴.

۱. استادیار دانشگاه شهید بهشتی (alisaffary2020@gmail.com).

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی (نویسنده مسئول) (razihsaberi123@gmail.com).

پیشگیری وضعی شامل ضوابط تجاوز و ضوابط تدابیر پیشگیرانه وضعی، بر اساس نظر سنجی سه گروه شامل متخصصان، زندانیان و مردم عادی تجزیه و تحلیل گردد. نتیجه اینکه وجود ضوابطی برای محدود کردن قلمرو پیشگیری وضعی ضروری است و پاسخ‌های هر سه گروه تأییدی بر لزوم وجود این ضوابط است. **واژگان کلیدی:** پیشگیری وضعی، تجاوز غیر قانونی، ضرورت عرفی پیشگیری، ضرورت اطلاع‌رسانی.

مقدمه

با اینکه یکی از مباحث جرم‌شناختی و بزه‌دیده‌شناختی، پیشگیری وضعی است، ضوابط اعمال تدابیر مربوط به آن، به عنوان یک نهاد قانونی^۱ نوپا، کمتر نظر مقنن و صاحب‌نظران را به خود جلب کرده است. به همین دلیل، تمامی ابعاد و ضوابط آن شناخته‌شده نیست و همین امر باعث می‌گردد تا برخی مصادیق پیشگیری وضعی با دفاع مشروع تطابق داده شده و حق اقدام‌کننده تضییع گردد (صفاری و صابری، تابستان ۱۳۹۲). در حالی که دفاع مشروع نهادی است با ضوابط و تعریف خاص خود و نباید با پیشگیری وضعی به عنوان نهادی جرم‌شناختی که هنوز تحت این عنوان در حقوق ضابطه‌مند و تعریف نشده، خلط گردد.

از جمله مصادیق مشتبه با دفاع مشروع، اقدامات پیشگیرنده یا دفاعی کشنده مثل تعبیه کابل برق برای حفاظت از املاک توسط مالکان است. به نظر می‌رسد مثال مذکور با توجه به فلسفه و شگردهایی که برای پیشگیری وضعی لحاظ شده، با قواعد این نهاد جرم‌شناختی تطابق داشته باشد. با وجود این، به طوری که در ادامه خواهد آمد، برخی نویسندگان حقوقی در حقوق ایران، انگلستان و فرانسه به لحاظ عدم شناخت کافی نسبت به نهاد پیشگیری وضعی، از این مصداق در ذیل مباحث اطلاق مالکیت و در اغلب موارد در ذیل مباحث دفاع مشروع یاد نموده و آن را با دفاع مشروع سنجیده‌اند (باقری، ۱۳۴۳: ۶۹؛ عطار، ۱۳۷۵: ۱۰۸؛ موسوی گلپایگانی، ۱۳۶۴: ۴۴؛ باهری و داور، ۱۳۸۰: ۳۴۰؛ محسنی، ۱۳۷۶: ۲۴۷؛ صانعی، ۱۳۸۲: ۲۶۶؛ گلدوزیان، ۱۳۶۹: ش ۱۵۰-۱۵۱/۱۹۳)، در حالی که

۱. ردپای روش‌های پیشگیری وضعی در برخی از مواد قانونی مشهود است؛ برای مثال، در قانون جدید «مبارزه با قاچاق کالا و ارز» مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۳، در ماده ۵، بند الف ماده ۶ و بند پ ماده ۱۰ آن، به برخی از گونه‌های پیشگیری وضعی تصریح شده است. همچنین در ماده ۲۲ «قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی» و آیین‌نامه آن و بند ۴ ماده ۲ «آیین‌نامه پیشگیری و مقابله نظام‌مند و پایدار با مفسد اقتصادی در قوه مجریه» نیز برخی گونه‌های پیشگیری وضعی مشهود است.

به نظر می‌رسد واقعیات اجتماعی بر اساس نظرسنجی غیر از این را نشان می‌دهد. خلط مصادیق پیشگیری وضعی با اصول قاعده اطلاق مالکیت و یا شرایط دفاع مشروع، منجر به بی‌عدالتی در سیستم عدالت کیفری می‌گردد. این بی‌عدالتی در نوع جنایت مورد حکم توسط دادگاه‌ها و مجازات آن نمود پیدا می‌کند؛ برای مثال، در یک پرونده که با تعبیه کابل برق در حفاظت از املاک، خساراتی به شخص سارق وارد گردیده، معتقدان به اطلاق مالکیت، بر اساس قاعده مشهور «الناس مسلطون علی أموالهم» به برائت مالک نظر داده‌اند و رأی صادره در دیوان کشور نیز از همین مبنا پیروی کرده است (باقری، ۱۳۴۳: ۶۹). اما رویه قضایی غالب و اکثر حقوق دانان، اعمال چنین شیوه پیشگیری یا دفاع از مال را با مبانی و شرایط دفاع مشروع مطابق دانسته و به همین دلیل - یعنی عدم رعایت شرط تناسب در تعبیه کابل برق به عنوان وسیله حفاظتی - به محکومیت مالک به جنایت عمدی اصرار می‌ورزند.

در حقیقت، برخی حقوق دانان^۱ با توجه به نتایج غیر منطقی پذیرش مجاز بودن کاربرد تله‌های انفجاری و ابزارهای آسیب‌زای شبیه آن برای پیشگیری از وقوع جرم که به استناد اطلاق مالکیت (صفاری و صابری، تابستان ۱۳۹۲) حاصل می‌شود، قائل به محدودیت شرایط اعمال این گونه ابزارهای دفاعی یا پیشگیرانه هستند. به همین دلیل با توجه به مشابهت‌های موجود بین پیشگیری وضعی و دفاع مشروع (همان) و نظر به اینکه برخی شگردها و مبانی این دو مشترک هستند، سعی شده تا با بررسی محدودیت‌ها و شرایط دفاع مشروع، از آن برای محدود کردن قلمرو اعمال ابزارهای پیشگیری استفاده شود.

برخی نویسندگان مخالفت خود را با اعمال ابزارهای پیشگیری آسیب‌زا و مسئول دانستن مالک، بر این مبنا قرار داده‌اند که خطر قریب‌الوقوعی محقق نشده است (باقری، ۱۳۴۳: ۷۰؛ صانعی، ۱۳۸۲: ۲۳۱). به عبارت دیگر، اقدامات پیشگیرانه بر خلاف دفاع مشروع، قبل از هر گونه تحقق یا حداقل وجود یک حمله قریب‌الوقوع انجام شده است. این صاحب‌نظران عمل مالک را در این مورد نه فقط متناسب نمی‌دانند بلکه به هیچ عنوان آن را دفاع نیز محسوب نمی‌کنند.

۱. مطالعه این مصداق در زیر مجموعه دفاع مشروع، در کتب جزای عمومی دکتر محسنی، باقری، صانعی و اشخاص دیگر که در ضمن متن به آن‌ها اشاره گردیده، مشاهده می‌شود.

استدلال دسته دیگر از حقوق دانان به تناسب دفاع با حمله برمی گردد (واعظی، ۱۳۷۹: ۱۵۴؛ محسنی، ۱۳۷۶: ۲۴۷؛ 18: Barkerand & Padfield, 2010); یعنی به نظر آن‌ها در کاربرد وسایل پیشگیری آسیب‌زا تناسب حمله و دفاع رعایت نشده و به تبع آن تناسب بین حمله و پیشگیری یا همان دفاع در هم می‌ریزد. حکم شماره ۱۴۳۹ مورخ ۱۳۱۹/۵/۱۹ صادره از دیوان عالی کشور نیز مقرر داشته است:

اعمالی را که برای جلوگیری از سرقت در باغ‌ها و استخرهایی که ماهی در آن پرورش داده می‌شود مانند تعبیه کابل برق یا قرار دادن مواد منفجره برای هلاکت سارق یا متجاوز، نمی‌توان دفاع مشروع تلقی نمود؛ زیرا علاوه بر عدم وجود ضرورت، عمل ارتكابی را نمی‌توان متناسب با تعرض دانست (حجتی و باری، ۱۳۸۴: ۳۳۴).

نظر دیگر آن است که اعمال ابزارهای پیشگیری آسیب‌زا ممکن است ضرورت نداشته باشد. به عبارت دیگر، اگر انسان مستقیماً عهده‌دار دفاع از خود باشد، ممکن است بدون استفاده از زور و خشونت بتواند با وسایل دیگری نیز خطر را دفع کند. ابزارهای دفاعی ممکن است طوری نصب شده باشند که با برخورد انسان اعم از عامد و بزهکار یا غیر آن و یا حتی هر موجود دیگر صدمات سنگینی را وارد کنند در حالی که ضرورتی وجود ندارد (محسنی، ۱۳۷۶: ۲۴۷؛ واعظی، ۱۳۷۹: ۱۵۴؛ Perkins, 1972: 695-698).

آخرین نظر در مغایرت ابزارهای آسیب‌زای پیشگیری با شرایط دفاع مشروع، بر شرط غیر قانونی بودن خطر در دفاع استوار است. ابزارهای پیشگیرانه به گونه‌ای نیست که فقط در برابر خطر غیر قانونی عمل کنند و چون توان تشخیص ندارند در برابر هر عملی به طور خودکار واکنش نشان می‌دهند، حتی در مورد کسی که به اشتباه یا برای اجرای یک حکم قانونی یا به هر علت مشروع دیگری وارد حریم دیگری می‌شود، در حالی که او به اموال مالک تجاوزی نکرده و خطری برای آن به شمار نمی‌رود تا دفاع مشروع عنوان پیدا کند (واعظی، ۱۳۷۹: ۱۵۴؛ صانعی، ۱۳۸۲: ۲۶۶؛ Hall, 1972: 236).

علی‌رغم ارزشمندی دیدگاه‌های فوق برای رهایی از برخی نتایج ناعادلانه مطلق دانستن اعمال ابزارهای پیشگیرانه به استناد اطلاق مالکیت، به نظر می‌رسد پذیرش آن‌ها نیز اساس یکی از مهم‌ترین و جدیدترین انواع پیشگیری‌ها، یعنی پیشگیری وضعی را به شدت زیر سؤال می‌برد و مردم را از منافع آن بی‌بهره می‌سازد؛ زیرا اگر دقت شود یکی

از شرایطی که برای دفاع مشروع وجود دارد و حقوق دانان فوق نیز برای بیان مغایرت اعمال ابزارهای پیشگیرانه با دفاع مشروع به آن استناد می‌کنند، وجود خطر فعلی یا قریب‌الوقوع است. در پیشگیری وضعی تمامی اقدامات برای بالا بردن حفاظت و تقویت آماج قبل از هر گونه خطر قریب‌الوقوعی صورت می‌گیرد. حال اگر قرار باشد ضوابط اعمال ابزارهای پیشگیری وضعی، همانند دفاع مشروع باشد، اساساً پیشگیری وضعی که به کارگیری اقداماتی قبل از حمله است، نامشروع می‌شود. این در حالی است که به کارگیری شگردهای پیشگیری وضعی در جهت بالا بردن ایمنی آماج، بر اساس عقل و عرف و با سنجش انجام‌شده در این پژوهش کاملاً موجه است.

در حقیقت، اقدامات پیشگیری وضعی، اشکال مختلفی دارد. گاهی این اعمال به شکل فعال و به صورت ابزارهای خطرناک همچون تعبیه کابل برق صورت می‌گیرد (صدیق سروستانی و نصر اصفهانی، ۱۳۹۱: ش ۱/۱۵۷)، گاهی نیز اعمالی به کار گرفته می‌شود که عقل و عدالت با مقید نمودن آن سازگاری بیشتری دارد. در مقابل، برخی مصادیق آن به شکل منفعل است؛ همانند به کار بردن سیم‌های خاردار یا نرده‌های تیز در اطراف دیوار منزل. چه بسا این شیوه‌های منفعل نیز به اشخاص متجاوز خساراتی را وارد نمایند ولی عقل و عدالت این گونه آسیب‌ها را ذیل دفاع قرار می‌دهد.

هرچند تلاش قائلان به هر یک از دو دیدگاه فوق یعنی تشبیه پیشگیری وضعی با قاعده اطلاق مالکیت و دفاع مشروع در راستای تحقق همه‌جانبه عدالت در سیستم کیفری صورت پذیرفته، به نظر می‌رسد با اعمال هیچ یک از این دو، عدالت در سیستم کیفری به نحو مطلوب اجرا نمی‌گردد. بی‌عدالتی موجود، ضرورت هدایت این دو دیدگاه به مسیری معتدل‌تر و متوازن‌تر، ضمن عنایت به ارزش‌ها و نقاط مثبت و الهام‌بخش آن‌ها را آشکار می‌سازد. به نظر می‌رسد با مقایسه این دو با نهاد پیشگیری وضعی و ضوابط آن می‌توان به سازوکاری منطقی و عادلانه‌تر در حل پرونده‌هایی مانند مثال فوق دست یافت.

در این جستار بر آنیم تا با بهره‌گیری از اصول فقهی و حقوق بشری، ضمن توجه به اصول و فلسفه پیشگیری وضعی و سپس شناسایی ضوابط خاص آن در نگاه مردم عادی، متخصصان و برخی بزهکاران به این هدف دست یابیم.

از این رو، با بررسی منابع کتابخانه‌ای، مبانی نظری بحث تبیین می‌شود و سپس با

روش توصیفی و پیمایشی ارزیابی می‌گردد. جامعه آماری که در تابستان ۱۳۹۲، در این باره بررسی شد، مردان و زنان منطقه‌ای تصادفی هستند که در شهرستان تهران زندگی می‌کنند. این تحقیق به دنبال آن است تا میزان تمایل جامعه آماری به ضوابط پیش‌بینی شده برای پیشگیری وضعی را ارزیابی کند. به همین دلیل برای احراز این نتیجه تعدادی از مردان و زنان شهرستان تهران برای نمونه انتخاب شده‌اند. گروه نمونه شامل ۱۳۲ نفر بوده است. بخشی از جامعه آماری را نیز محکومان به حبس در زندان مرکزی مشهد تشکیل می‌دهند؛ زیرا هماهنگی با مسئولان برای پخش پرسش‌نامه در یکی از زندان‌های تهران میسر نگردید. به طور کلی، همان طور که در جدول شماره یک آمده از مجموع ۱۳۲ پرسش‌نامه، ۳۱ عدد توسط کارشناسان، متشکل از اساتید، قضات و وکلای دادگستری، ۳۱ عدد توسط محکومان به جرم سرقت و ۷۰ مورد توسط افراد عادی که خود در مواردی بزه‌دیده بودند، تکمیل گردیده است. ابزار پژوهش پرسش‌نامه‌ای است که بر اساس مقیاس لیکرت^۱ ساخته شده است. در حقیقت، در بررسی‌های میدانی، برای گردآوری داده‌های مورد نیاز، اقدام به تهیه و تکمیل پرسش‌نامه در بین جامعه آماری مورد نظر همراه با مصاحبه و مشاهده شد که مهم‌ترین بخش مطالعات میدانی است. پرسش‌نامه ۲۲ سؤال دارد که شیوه نمره‌گذاری آن بر اساس مقیاس رتبه‌ای (به شدت موافقم؛ موافقم؛ مخالفم؛ به شدت مخالفم؛ تصمیم نگرفته‌ام؛ احتمالاً موافقم؛ تصمیم نگرفته‌ام؛ احتمالاً مخالفم) می‌باشد. اعتبار پرسش‌نامه‌ها از طریق آزمون آلفای کرونباخ،^۲ ۰/۸۵ به دست آمد. بر اساس فرمول

۱. مقیاس لیکرت یکی از رایج‌ترین مقیاس‌های اندازه‌گیری در تحقیقاتی است که بر اساس پرسش‌نامه انجام می‌شود و توسط رنسیس لیکرت (۱۹۸۱، ۱۹۰۳) ابداع شده است. در این مقیاس یا طیف، محقق با توجه به موضوع تحقیق خود، تعدادی گویه را در اختیار شرکت‌کنندگان قرار می‌دهد تا بر اساس گویه‌ها و پاسخ‌های چندگانه، میزان گرایش خود را مشخص کنند (سلیمی، ۱۳۸۷: ۴۱-۶۰).
۲. ضریب آلفای کرونباخ توسط کرونباخ ابداع شده و یکی از متداول‌ترین روش‌های اندازه‌گیری اعتمادپذیری و یا پایایی پرسش‌نامه‌هاست. منظور از اعتبار یا پایایی پرسش‌نامه این است که اگر صفت‌های مورد سنجش با همان وسیله و تحت شرایط مشابه و در زمان‌های مختلف مجدداً اندازه‌گیری شوند، نتایج تقریباً یکسان حاصل شود. این آزمون برای ارزیابی قابلیت اعتماد یا پایایی پرسش‌نامه‌ای که به صورت طیف لیکرت طراحی شده و جواب‌های آن چندگزینه‌ای است، به کار می‌رود
< www.azinpajoohesh.ir >

کوکران^۱ از میان جامعه آماری، ۱۳۲ نفر به عنوان نمونه به دست آمد. پس از نهایی شدن پرسش نامه و انتخاب جامعه نمونه و جلب رضایت افراد نمونه، توضیحاتی به افراد برای اطمینان بیشتر و عدم جبهه گیری در پژوهش داده شد و پرسش نامه ها بدون نوشتن نام افراد تکمیل گردید و در نهایت، داده ها و اطلاعات به دست آمده، جهت آزمون فرضیات از طریق نرم افزار Excel به دست آمد.

جدول ۱: ویژگی های جمعیتی پاسخ گویان

بزهکار					افراد عادی					کارشناس										
علم بزه‌دیدی	بزه‌دیدی	بهر	میان سال	نوعان	مرد	زن	علم بزه‌دیدی	بزه‌دیدی	بهر	میان سال	نوعان	مرد	زن	علم بزه‌دیدی	بزه‌دیدی	بهر	میان سال	نوعان	مرد	زن
۰	۰	۰	۱	۲۴	۳۱	۰	۳۷	۳۳	۰	۲	۶۷	۱۳	۵۷	۱۱	۱۹	۲	۱۱	۱۳	۲۴	۷
=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=
%۰	%۰	%۰	%۳	%۷۸	%۱۰۰	%۰	%۵۳	%۴۷	%۰	%۳	%۹۶	%۱۷	%۸۲	%۳۶	%۶۲	%۷	%۳۶	%۴۲	%۷۸	%۲۲

هر یک از ستون های جدول شماره ۱ تعداد پاسخ دهندگان از حیث ویژگی های کلی همچون جنسیت، سن و تجربه بزه دیدی را نشان می دهد. تقسیم بندی سنی به جوان، میان سال و پیر بر اساس رده های سنی ۲۰-۴۰ سال، ۴۰-۶۰ و ۶۰ سال به بالا صورت گرفته است.

پرسش نامه های مربوط به افراد عادی به منظور دستیابی به نظرات طیف گسترده تری از مردم، توسط دانشجویان که از نقاط مختلف کشور در تهران تحصیل می کنند، تکمیل شده است. در مورد کارشناسان به سبب ضیق وقت آن ها، تکمیل بیش از این تعداد پرسش نامه امکان پذیر نبود. در مورد محکومان نیز با وجود رغبت برای تکمیل تعداد بیشتری از این پرسش نامه ها توسط آنان، به سبب وجود مقررات خاص ملاقات با زندانیان و حتی تکمیل پرسش نامه توسط آنان، تکمیل پرسش نامه های بیشتری میسر

۱. فرمول کوکران یکی از پرکاربردترین روش ها برای محاسبه حجم نمونه آماری است که بدین شرح است:

$$n = \frac{\frac{z^2 pq}{d^2}}{1 + \frac{1}{N} \left(\frac{z^2 pq}{d^2} - 1 \right)}$$

(ملک جعفریان و کرمی، ۱۳۹۲، قابل دستیابی در وبگاه <<http://isn.moe.gov.ir>>).

نمود و حتی تکمیل همین تعداد، با مشکلات عدیده‌ای روبه‌رو گردید. همان طور که در جدول شماره ۱ مشاهده می‌گردد یکی از ستون‌های اختصاص داده شده به آن، مربوط به ویژگی بزه‌دیدگی یا عدم بزه‌دیدگی است. لذا در ادامه، جدول شماره ۲ نشان می‌دهد از میان پاسخ‌دهندگان که تجربه بزه‌دیدگی داشته‌اند چه تعداد با دستگیری یا مجازات بزهکار یا عدم آن، واکنش مثبت یا منفی پلیس و اتخاذ یا عدم اتخاذ تدابیر پیشگیرانه روبه‌رو بوده‌اند.

جدول ۲: ویژگی‌های اجتماعی بزهکاران

افراد عادی						کارشناس									
عدم اتخاذ تدابیر	اتخاذ تدابیر پیشگیرانه	واکنش منفی پلیس	واکنش مثبت پلیس	عدم مجازات	مجازات بزهکار	عدم دستگیری	دستگیری بزهکار	عدم اتخاذ تدابیر	اتخاذ تدابیر پیشگیرانه	واکنش منفی پلیس	واکنش مثبت پلیس	عدم مجازات	مجازات بزهکار	عدم دستگیری	دستگیری بزهکار
۲۳	۸	۲۱	۵	۲۷	۴	۲۷	۶	۱۰	۹	۱۴	۳	۱۵	۱	۱۲	۷
=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=
%۷۰	%۲۴	%۶۴	%۱۵	%۸۲	%۱۲	%۸۲	%۱۸	%۵۳	%۴۷	%۷۴	%۱۶	%۷۹	%۱۱	%۶۳	%۳۷

باید دقت نمود که با توجه به درصد بزه‌دیدگی صفر بزهکاران بر اساس جدول شماره ۱، در جدول شماره ۲، ستون مخصوص بزهکاران تعریف نشده است. لازم به یادآوری است که با توجه به وجود دیدگاه‌های متفاوت قضات درباره موضوع مورد نظر، سعی شد به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی و شیوه رایج در دادگاه‌ها که در مورد سکوت قانون و اختلاف نظر، از برخی مراجع استفتا می‌گردد، به همین طریق عمل شود. در این مقاله تلاش گردیده است تا ضمن تحلیل دقیق نهاد پیشگیری وضعی و با لحاظ برخی اصول فقهی و حقوق بشری و به ویژه فلسفه پیشگیری وضعی، ضوابط خاص آن که این نهاد را از مباحث دفاع مشروع کاملاً متمایز می‌سازد، مشخص و بررسی شود. لذا مطالب، در دو قسمت تحت عنوان ضوابط تجاوز در پیشگیری وضعی و ضوابط تدابیر پیشگیرنده وضعی ارائه می‌گردد. هر قسمت بیان‌کننده ضوابط پیشگیری وضعی و بررسی دیدگاه‌های موافق و مخالف آن‌ها بر اساس تحقیقات

همان‌گونه که در نمودار مزبور مشاهده می‌شود، به نظر می‌رسد که لازم است به دنبال ارائه راهکارهای خاص و جدای از شرایط دفاع مشروع بود. فرایند پیشگیری وضعی همانند دفاع مشروع، شامل دو اقدام متقابل است: کنشی از سوی مهاجم و واکنشی از سوی مدافع. از این رو، دو رکن مهم برای پیشگیری وضعی قابل تصور است: یکی حمله و تجاوز و دیگری دفاع و دفع حمله یا پیشگیری از آن. این امر نیز در نمودار شماره ۱ به نمایش گذاشته شده است.

شاید در ابتدا این ابهام به ذهن آید که در پیشگیری وضعی تجاوز معنایی ندارد اما چنین سخنی صحیح نیست؛ زیرا در هر حال در پیشگیری وضعی نیز مانند دفاع، اقدامات پیشگیرانه در برابر یک سری کنش‌های فرضی و محتمل الوقوع اتخاذ می‌گردد و گرنه هیچ انسان عاقلی حاضر نیست بیهوده قسمتی از اموال خود را هدر دهد تا از جرم پیشگیری نماید. پس اگر در پیشگیری وضعی کسی اقدامات لازم را با صرف هزینه تأمین می‌نماید، برای هدفی است و آن هدف حفظ امنیت در برابر تجاوز احتمالی بزهکاران بالقوه است. لذا اعتقاد بر آن است که با استفاده از مبانی قانونی شرایط تجاوز در دفاع مشروع می‌توان ثابت نمود که همین ضوابط در پیشگیری وضعی نیز ولو با کمی تفاوت لازم است، در غیر این صورت مشروعیت پیشگیری توجیه نمی‌شود. به عبارت دیگر، دفاع در برابر خطر قریب الوقوع است و پیشگیری وضعی در برابر یک تجاوز محتمل الوقوع انجام می‌شود. بنابراین، مفهوم تجاوز را هر چند در شکل محتمل الوقوع آن می‌توان در این نوع پیشگیری جاری دانست.

مطابق نمودار شماره ۱، اگرچه شرایط دفاع (یا پیشگیری) و تجاوز در دو نهاد دفاع مشروع و پیشگیری وضعی در ظاهر یکسان است، تفاوت‌هایی نیز در برخی موارد مشاهده می‌شود که به همراه ضرورت اطلاع‌رسانی به عنوان ویژگی خاص اقدامات پیشگیرانه آسیب‌زا (بر خلاف دفاع مشروع) در دو قسمت بررسی می‌شود.

۱. از محتمل الوقوع بودن تا قریب الوقوع بودن

یکی از شرایط مهم تحقق دفاع مشروع، فعلی یا قریب الوقوع بودن خطر است. این شرط در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده است. منظور از تجاوز فعلی

یا خطر قریب‌الوقوع این است که قصد تجاوز به جان، مال، عرض، ناموس و آزادی خود یا دیگری به مرحله فعلیت و واقعیت درآمده باشد و این یقین مستند به دلایل معقول باشد. بنابراین، در تهدید لفظی و خوف از تعرّض در آینده، موردی برای دفاع نخواهد بود (اردبیلی، ۱۳۹۲: ۲۹۰). در حقوق انگلستان نیز قریب‌الوقوع بودن یک تهدید بی‌واسطه و مستقیم به عنوان یکی از شرایط دفاع مشروع وجود دارد (Elliott & Quinn, 2000: 264).

در مقابل، اقدامات پیشگیری وضعی قبل از فعلیت یافتن خطر شکل می‌گیرد تا از شکل‌گیری اندیشه مجرمانه در بزهکاران احتمالی جلوگیری کند و در صورت تحقق این اندیشه از فعلیت یافتن آن پیشگیری نماید. برای رسیدن به این مهم، تمامی اقدامات احتیاطی نسبت به خطرهای احتمالی آینده صورت می‌گیرد تا از این طریق بر تصمیم‌گیری بزهکار احتمالی که غالباً بر اساس نظریه انتخاب عقلانی و سنجش سود و مضار خود اقدام می‌نماید، تأثیر بگذارد و یا از فعلیت یافتن اندیشه مجرمانه جلوگیری کند یا حتی آن را بسیار مشکل و پرخطر سازد. با وجود تفاوت فاحش بین قریب‌الوقوع بودن خطر به عنوان یکی از شرایط دفاع مشروع و وقوع جرم در بحث پیشگیری، به نظر می‌رسد احتمال وقوع جرم علیه افراد و اموال آن‌ها - با توجه به آمار رو به رشد جرایم و بزه‌دیدگی‌ها - امری است که ضرورت اجتناب‌ناپذیر اقدامات پیشگیرنده را اگر نه بالاتر از دفاع بلکه به اندازه آن اقتضا می‌کند (سیدزاده ثانی، ۱۳۸۷: ۳۸۵-۳۸۵؛ صفاری، ۱۳۸۳: ش ۴۰-۲۸۹-۳۲۴). در حقیقت، همان‌گونه که اولریش بک در بیان خطوط فکری جامعه ریسک جهانی اشاره نموده، ریسک یک فاجعه ناگهانی همانند سیل یا زلزله نیست، بلکه پیش‌بینی فاجعه آینده در زمان حاضر است. ریسک در عین غیر موجود بودن، موجود است پس می‌تواند به عنوان موجود در همه جا فرض شود و بنابراین سیاست‌هایی از ترس و پیشگیری به ویژه پیشگیری وضعی را بنا کند. در جامعه ریسک جهانی اولریش بک، تهدیدی که امروز وجود ندارد به طور واقعی موجود است (Beck, 2009: 3) و این همان قریب‌الوقوع بودن پیشگیری وضعی به جای محتمل‌الوقوع بودن آن است. به عبارت دیگر، با توجه به این آمارها، اگر پذیرفته نشود که وقوع جرم و بزه‌دیدگی قریب است اما عدم توجه به پیشگیری از آن نیز غریب به نظر می‌رسد.

تحقیقات از بزه‌دیدگان در خیلی از کشورها اثبات‌کننده این امر است؛ مثلاً وقتی در

یک محله، میزان جرایم افزایش یابد و پلیس توانایی لازم برای برخورد قاطع با بزهکاران را نداشته باشد یا اینکه این جرم را یک موضوع خرد بداند و با آن مقابله کافی ننماید این امر منجر به احساس ترس از جرم در میان ساکنان آن محله می‌شود. وجود این ترس حتی برای افرادی که خود بزه‌دیده این گونه جرایم نیز نبوده ولی در چنین محله‌ای ساکن‌اند اجتناب‌ناپذیر است. افزایش ترس از جرم باعث افزایش احساس عدم امنیت در محله می‌شود و به دنبال احساس عدم امنیت، اقدامات دفاعی افراد در قالب دفاع مشروع در هنگام رویارویی با خطر و یا اقدامات احتیاطی شهروندان برای حفظ امنیت - که حق طبیعی برای بشر است- به مراتب بیشتر می‌گردد (کوسون، ۱۳۸۵: ۲۲۱-۲۸۹). امروز، اقدامات احتیاطی در قالب اشکال مختلف پیشگیری، به ویژه پیشگیری وضعی نمود پیدا می‌کند (صدیق سروسستانی و نصر اصفهانی، ۱۳۹۱: ش ۱/۱۶۹). بنابراین، احساس ترس از جرم به سبب آمار فزاینده بزهکاری در جامعه و واقعیت‌هایی همچون عدم تأثیر اقدامات کیفری و پلیسی علیه بزهکاران، گویای این حقیقت است که در پیشگیری وضعی نیز وقوع جرم به نوعی قریب‌الوقوع است، اگرچه مفهوم قریب‌الوقوع بودن در پیشگیری وضعی حیطة گسترده‌تری را به خود اختصاص می‌دهد، بر خلاف مفهوم آن در نهاد دفاع مشروع که معنای بسیار تنگی دارد (پاک‌نهاد، ۱۳۹۲: ش ۵/۱۶۳ و ۱۶۵).

۲. غیر قانونی بودن

در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به غیر قانونی بودن خطر به عنوان یکی از شرایط دفاع مشروع اشاره شده است. حقوق‌دانان نیز غیر قانونی بودن را به عنوان یکی از اوصاف خطر می‌پذیرند. دفاع تنها در صورتی مشروع تلقی می‌گردد که در مقابل تجاوزی غیر قانونی صورت گیرد (صانعی، ۱۳۸۲: ۲۵۸)؛ زیرا برخی خطرها قانونی و مشروع هستند، مثل تأدیب فرزند توسط پدر یا انجام عمل جراحی توسط پزشک مجاز برای معالجه فرد و مانند این‌ها (عطار، ۱۳۷۵: ۴۴). در اقدامات ناظر به پیشگیری وضعی نیز ضابطه غیر قانونی بودن تجاوز باید رعایت گردد، اعم از اینکه فعل متجاوز جرم، عمدی یا حتی غیر عمدی و یا غیر جرم باشد. همان گونه که اشاره شد تجاوز یا تعرض به دو دسته عمدی و غیر عمدی تقسیم

می‌شود. در مورد دفاع مشروع یکی از شرایط تعرض، عمدی بودن آن است؛ زیرا تعدیات غیر عمدی که متکی به قصد مجرمانه فاعل آن نیست بلکه ناشی از بی احتیاطی یا بی مبالاتی مرتکب جرم است، دفاع در برابر این تعدیات غیر عمدی مطلقاً میسر نیست. به علاوه بعد از وقوع صدمات غیر عمدی نیز اصولاً مجالی برای دفاع مشروع باقی نمی‌ماند (ولیدی، ۱۳۸۸: ۱۷۹). به عقیده برخی جرم‌شناسان و حقوق‌دانان، روش‌های پیشگیری وضعی را نیز باید ناظر به حالت عمدی دانست. به نظر اینان آنچه در حالت غیر عمدی محقق می‌گردد، پیشگیری فنی تلقی می‌شود. بنابراین، نصب پل‌های هوایی برای جلوگیری از تصادفات رانندگی پیشگیری وضعی محسوب نمی‌شود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۳-۸۴: ۵۷؛ بابایی و نجیبیان، ۱۳۹۰: ش ۱۵۲/۷۵-۱۵۳). هرچند در این دو مفهوم یک ویژگی مشترک یعنی مصون و مقاوم‌سازی آماج جرم در برابر بزهدکاران مشهود است. در پیشگیری وضعی، بزهدکار محاسبه‌گر فرض می‌شود و سعی بر این است تا محاسبه‌وی به نفع عدم ارتکاب جرم تغییر یابد. بر این اساس، طرح پیشگیری وضعی در جرایم غیر عمدی بی‌مورد است. آنچه در جرایم غیر عمدی مطرح می‌شود، مصداقی از پیشگیری فنی است. اما این نظر قابل خدشه است؛ زیرا با توجه به تعریف و مفهوم پیشگیری وضعی و اطلاق شگردهای بیست و پنج‌گانه آن نسبت به عمدی یا غیر عمدی بودن تجاوز لابلشرط است. به عبارت دیگر، در پیشگیری وضعی انسان کمتر مداخله دارد و بیشتر شیوه‌ها هستند که در برابر متجاوز نقش بازدارندگی ایفا می‌کنند و این شیوه‌ها قدرت تشخیص و تمیز عمدی از غیر عمدی را ندارند.

به عبارت دیگر، می‌توان چنین گفت که پیشگیری وضعی لزوماً به جرایم عمدی محدود نمی‌شود و در جرایم غیر عمدی نیز قابل طرح است. نظریه عدم شمول پیشگیری وضعی بر جرایم غیر عمدی و استدلال طرف‌داران آن مبنی بر اینکه در پیشگیری وضعی بزهدکار یک فرد محاسبه‌گر فرض شده که با سنجش سود و زیان به سمت ارتکاب جرم می‌رود و پیشگیری وضعی سعی بر آن دارد تا با اعمال شگردهای فنی که بدون نیاز به حضور بزهدیده عمل می‌کنند محاسبه عقلانی مرتکب را به نفع عدم ارتکاب در هم بریزد و با سنگین نمودن کفه مضرات، وی را از رفتن به سمت

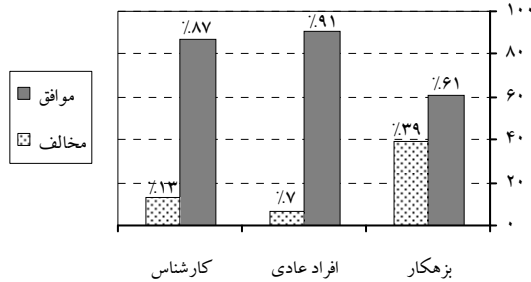
ارتکاب جرم باز دارد، تنها در مورد شیوه‌های ناظر به پارادایم بازدارنده صحیح می‌باشد؛ زیرا شیوه‌های این پارادایم با مصون و مقاوم‌سازی آماج و با انجام روش‌های فیزیکی و عینی، سعی دارد ترس از دستگیری و مجازات را در ذهن بزهکار بیشتر کند تا بزهکار در محاسبهٔ عقلانی خود، مضار حاصل از جرم را نسبت به منافع آن بیشتر ببیند و از رفتن به سمت ارتکاب جرم باز داشته شود.

در مقابل، باید دانست که شیوه‌های پیشگیری وضعی صرفاً به پارادایم بازدارنده محدود نمی‌شود، بلکه در کنار این پارادایم می‌توان از پارادایم توجیه‌زدا و محرک‌زدا نیز یاد نمود. کما اینکه چنین پارادایم‌هایی در الگوی ارائه‌شده برای پیشگیری وضعی نیز کاملاً مشهود است. هدف پارادایم‌های مذکور بر خلاف شیوه‌های پارادایم بازدارنده، ایجاد ترس در ذهنیت بزهکار و به تبع آن سنگین نمودن کفهٔ مضرات جرم در دیدگاه او نیست، بلکه هدف آن از بین بردن عوامل محرک‌زا و توجیه‌زا می‌باشد. مثال‌های ناظر به پیشگیری فنی را نیز می‌توان مصداقی از شیوه‌های پارادایم توجیه‌زدا دانست؛ برای مثال تابلوهای علایم راندگی غالباً به این منظور در جاده‌ها نصب می‌گردند که در بسیاری از اوقات، رانندگان بعد از تحقق حوادث راندگی رفتار خود را این گونه توجیه نمایند که جاده علایم کافی نداشته است. لذا نصب علایم راندگی در جاده‌ها به منظور جلوگیری از تصادفات را می‌توان مصداقی از شیوه‌های پیشگیری وضعی مذکور در جدول ارائه‌شدهٔ کلارک دانست و پست راهنما را که از شیوه‌های پارادایم توجیه‌زداست نیز پیشگیری وضعی نامید (افراسیابی، ۱۳۸۹: ش ۱۷؛ همو، ۱۳۹۰: ش ۲۰؛ صفاری، ۱۳۸۰: ش ۳۳-۳۴؛ محمدنسل، ۱۳۸۶: ش ۵؛ همو، ۱۳۸۷).

مثالی که نویسندگان در ابتدای بحث مطرح کردند نیز بر همین منطق استوار است. اغلب در تصادفات راندگی، عابران پیاده علت را این گونه توجیه می‌کنند که قصد عبور از خیابان را داشته‌اند و صرفاً شلوغ بودن خیابان، سبب چنین حادثه‌ای گردیده است. از سوی دیگر، راننده نیز چنین استدلال می‌نماید که او فقط با سرعت عادی در حال حرکت بوده که ناگهان عابر را وسط خیابان دیده و کنترل خود را از دست داده و چنین تصادفی رخ داده است. برای رفع چنین توجیهاتی پل‌های هوایی مخصوص عابران پیاده یا سایر علایم هشداردهنده یا پیشگیری‌کننده نصب می‌گردد. نصب

پیشگیری وضعی، بیشتر آشکار گردد درصد کلی موافقان و مخالفان این شرط در مورد هر سه گروه کارشناسان، افراد عادی و بزهکاران در نمودار شماره ۲ نشان داده شده است تا مقایسه درصد موافقان و مخالفان در هر سه دسته نیز آسان تر باشد:

نمودار شماره ۲: موافقان و مخالفان شرط غیر قانونی بودن تجاوز



این جدول نشان می‌دهد که ۸۷٪ از کارشناسان و ۹۱٪ از افراد عادی و ۶۱٪ از بزهکاران موافق اعمال این اصل یعنی غیر قانونی بودن خطر می‌باشند. تنها ۳۹٪ از بزهکاران و ۷٪ از افراد عادی و ۱۳٪ از کارشناسان با اعمال این ضابطه مخالفت کرده‌اند. بنابراین، به نظر می‌رسد غالب افراد شاخص با محدود کردن اقدامات پیشگیرانه وضعی به اقدامات غیر قانونی متجاوز موافق‌اند.

پس از تبیین ضوابط تجاوز برای به کارگیری اقدامات پیشگیری وضعی، لازم است به ضوابط به کارگیری خود تدابیر پیشگیرانه وضعی نیز پرداخت که موضوع قسمت بعد است.

ب) ضوابط تدابیر پیشگیرنده وضعی

اصولاً برقراری نظم اجتماعی و حفظ حقوق و آزادی‌های اساسی افراد ایجاب می‌کند که دفاع در مقابل تعرضات ناحق نیز محدود به کیفیات خاصی باشد؛ چه در غیر این صورت، استفاده از این قاعده مستمسکی برای وقوع تعرضات ناحق خواهد شد. این شرایط را قانون‌گذار در متون قانونی برای اعمال دفاع مشروع در قبال تعرض، با دقت در نظر گرفته ولی ضوابط دفاعی را که به عنوان پیشگیری وضعی صورت می‌گیرد بیان نموده است و از این نظر خلأ قانونی وجود دارد.

۱. قانونی بودن

با توجه به بالا رفتن خطر وقوع انواع بزه‌دیدگی علیه اموال و اشخاص، اجرای تدابیر مبتنی بر پیشگیری وضعی از جرم، اجتناب‌ناپذیر است و نه تنها توسط قدرت‌های سیاسی و دولت‌ها، بلکه از سوی شهروندان و شرکت‌های خصوصی نیز به طور چشمگیری استفاده می‌شود. بنابراین، بحث دربارهٔ استفاده یا عدم استفاده از تدابیر پیشگیری وضعی، فایدهٔ عملی در پی ندارد. موضوعی که شایستهٔ بررسی است اینکه چگونه می‌توان از انتقادات وارد بر پیشگیری وضعی که در بردارندهٔ آسیب غیر متعارف به بزه‌کار است، کاست؛ برای نمونه، از دوربین‌های مداربسته در معابر عمومی و فروشگاه‌ها به صورت فزاینده استفاده می‌شود. با وجود اینکه تعرض به حقوق و آزادی‌های افراد با کاربرد این ابزار بر کسی پوشیده نیست اما بر نحوهٔ نصب و استفاده از این ابزارها نظارت نمی‌شود. تا کنون مانعی نیز بر سر راه چنین کاربردهایی به وجود نیامده است. اما دربارهٔ تجهیزات پیشگیرانهٔ خطرناکی که ممکن است شهروندان عادی برای حفاظت از جان یا اموالشان استفاده کنند، وضع متفاوت است و به دلیل آسیب‌زا بودن باید بر آنها نظارت شود. آیا ضروری نیست وقتی برای بسیاری از اقدامات شهروندان که ضرر بالقوه یا بالفعل چندانی برای دیگران ندارد قانون‌گذاری می‌شود، برای تدابیر مربوط به پیشگیری وضعی که می‌تواند خطراتی را برای دیگران اعم از متجاوز و غیر متجاوز به بار آورد، قانون‌گذاری نمود و از این طریق برای این گونه اقدامات شهروندان حد و مرزی را مشخص کرد؟ آیا فروشگاه‌ها و منازل که از این تجهیزات استفاده می‌کنند، مکلف به نصب تابلوی «این مکان مجهز به دوربین مداربسته است» نیستند تا شهروندان با آگاهی از این موضوع، رفتارهای خود را تنظیم نمایند؟ بدون تردید، پاسخ به این سؤال‌ها و سؤالات مشابهی که می‌تواند در زمینهٔ پیشگیری وضعی مطرح شود، مثبت است؛ زیرا عموماً سیاست پیشگیری وضعی از جرم با آزادی‌ها و سایر حقوق شهروندان که در قالب حقوق بشر از آن یاد می‌شود در تعارض قرار می‌گیرد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۳: ۵۶۷ و ۵۸۳).

پیشگیری وضعی از جرم، امری عقلی و لازمهٔ زندگی با کرامت در همهٔ جوامع دینی و غیر دینی است و عملی شدن آن نیز به برنامه‌نویسی دقیق و مبتنی بر شناخت صحیح

اجزای تشکیل دهنده آن نیازمند است.

از یک سو، پوشیده نیست که تحقق نسبی هدف پیشگیری وضعی از جرم، بدون برنامه‌ریزی صحیح کارشناسی شده و روشن کردن عناصر و شرایط آن میسر نیست. از سوی دیگر، هدف مهم سیاست جنایی کارآمد، از بین بردن فرصت‌های ارتکاب جرم است. گسترش و توسعه اختیارات حاکمیت در مقابله با فرصت‌های بزهکارانه اگر فاقد ضابطه و حدود معینی باشد ممکن است مفسد بزرگی همچون به مخاطره افتادن حقوق و آزادی‌های فردی را در پی داشته باشد، اما امکان در پیش گرفتن راه حل‌های قانونی و مناسب در رفع موقعیت‌هایی که مقدمه ارتکاب جرم می‌باشد، وجود دارد و ضابطه‌مند شدن، مانع از سوءاستفاده است (میرخلیلی، ۱۳۸۳: ش ۶۱/۱).

در هر حال، اثر مهم این گونه قانون‌گذاری آن است که به سهولت می‌توان از وجود اختلافات ناظر به پرونده‌های منسوب به مصادیق پیشگیری وضعی - از جمله مثال تعبیه ابزارهای مهلك جهت پیشگیری - رهایی یافت و به رویه قضایی واحد در این زمینه نائل گشت. در قوانین اخیر که در حقوق ایران تصویب گردیده، درباره ابعاد از گونه‌های پیشگیری وضعی بحث شده است؛ اما هنوز هم درباره ضوابطی که در هنگام به‌کارگیری راهکارهای پیشگیری وضعی باید ملاحظه گردد، سکوت اختیار شده است؛ از جمله، در ماده ۱۲۲ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی مصوب ۱۳۸۳/۶/۱۱ به تشکیل و سازماندهی پلیس خصوصی که نوعی از پیشگیری وضعی محسوب می‌شود (برای آگاهی بیشتر از طرح پیشگیری در قوانین مختلف، ر.ک: صفاری، ۱۳۹۱: ۸۶-۱۰۲؛ نیازپور، ۱۳۸۲: ش ۱۵۹-۱۲۴/۴۵)، اشاره شده است، اما در باب ضوابطی که در هنگام به‌کارگیری این شیوه باید رعایت شود نه در این ماده و نه در آیین‌نامه ۳۹ ماده‌ای آن، سخنی به میان نیامده است، در حالی که رهایی یافتن از این اختلافات و نیل به رویه‌ای واحد در دادگاه‌ها، نیازمند وضع مقرراتی خاص با نگرشی همه‌جانبه در باب پیشگیری وضعی است، به گونه‌ای که در حد امکان، هیچ یک از ابعاد آن مبهم نماند.

۲. متعارف بودن

بی‌گمان، مهم‌ترین دلیل اجازه قانون‌گذار برای دفاع در برابر تجاوز ناحق و نامشروع،

ضرورت آن در اوضاع و احوالی است که مدافع، راه دیگری برای انتخاب ندارد و برای اینکه عکس‌العمل شخص مورد حمله، دفاع مشروع تلقی شود باید ارتکاب جرم یگانه وسیلهٔ رهایی او از مهلکه باشد و هر گاه مدافع بتواند به طریقی جز ارتکاب جرم، خطر را دفع کند ولی علیه متجاوز به جرم متوسل گردد، دفاع او مشروع نخواهد بود (اباذری فومشی، ۱۳۸۹: ۱۲)؛ برای مثال، اگر شخصی قوی که می‌تواند فردی ضعیف‌تر از خود را به آسانی مغلوب کند بی‌آنکه احتیاجی به قتل یا ضرب و جرح او باشد یا شخصی که می‌تواند به راحتی برای دفع خطر به قوای دولتی متمسک شود ولی به جای آن به مهاجم آسیبی برساند، ضرورت دفاع خدشه‌دار می‌گردد (نوربها، ۱۳۸۷: ۲۶۶). در بند نخست مادهٔ ۱۵۶ قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز به شرط «ضرورت دفاع برای دفع خطر و تجاوز» تصریح شده است. در کامن‌لا نیز استفاده از قدرت برای حفاظت از خود یا دیگری در برابر حملهٔ غیر قانونی یا تجاوز باید ضرورت داشته باشد (Gardner & Anderson, 2009: 192). ضرورت به این معناست که خشونت کمتر برای دفاع از خود یا پیشگیری از جرم کافی نباشد (Heaton, 2004: 192).

به نظر می‌رسد این معیار با اندکی تغییرات، در باب پیشگیری وضعی نیز قابل اعمال باشد. در نگاه اول شاید در دیدگاه عامهٔ مردم این گونه به نظر آید که اینان در به کار بردن ابزارهای پیشگیرانه در املاک خود، به طور کامل و بدون هیچ گونه محدودیتی مختار هستند؛ زیرا بر اساس قاعدهٔ مالکیت، خود را مالک عام و تام و در نتیجه آزاد برای انجام هر گونه تصرف در ملک خویش می‌دانند.

اگرچه مالکیت حقی مطلق است و هر مالکی می‌تواند طبق مادهٔ ۳۰ قانون مدنی^۱ نسبت به ملک خود هر گونه تصرفی بنماید و هر انتفاعی از آن ببرد، چنین انتفاعی مادامی مجاز است که قانونی باشد و موجب متضرر شدن غیر نگردد. اطلاق مزبور را می‌توان به وسیلهٔ موادی چون مادهٔ ۱۳۲ قانون مدنی^۲ و موادی از این قبیل نیز محدود دانست.

۱. مادهٔ ۳۰: «هر مالکی نسبت به مایملک خود، حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد».

۲. مادهٔ ۱۳۲: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد».

مواد مزبور در تعیین حدود تصرفات مالک در ملک خود، از فقه پیروی نموده‌اند. احکام مزبور در فقه نتیجه اعمال دو قاعده لاضرر و تسلیط می‌باشند (امامی، ۱۳۹۰: ۴۸). از یک سو قاعده تسلیط که ماده ۳۰ قانون مدنی از آن پیروی نموده، مبنی بر حدیث نبوی مشهور «الناس مسلطون علی أموالهم» می‌باشد؛ یعنی مردم هر گونه اختیاری را نسبت به اموال خود دارند. به وسیله این اختیار، مالک می‌تواند هر گونه تصرف و انتفاعی را که بخواهد از آن ببرد (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۹۱/۱). از سوی دیگر، قاعده لاضرر مبنی بر قاعده عقلی و حدیث نبوی «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام» می‌باشد؛ یعنی اسلام زیانی به کسی وارد نمی‌آورد و نباید کسی به دیگری ضرری بزند.

برخی فقیهان این استدلال را که در مقام تعارض بین قاعده تسلیط و لاضرر، قاعده تسلیط حاکمیت دارد، صحیح نمی‌دانند (مظفر، ۱۳۹۰: ۱۴۰). به عبارت دیگر، در صورتی که تصرفات مالک مضر برای دیگری باشد، حاکمیت مطلق قاعده تسلیط از بین می‌رود و نمی‌توان به اطلاق آن مرتکب اعمالی شد که مضر به دیگران باشد؛ زیرا: اولاً: قاعده سلطنت، دلیل لفظی معتبری نیست که بتوان به اطلاق آن تمسک جست. این قاعده از موارد مختلف برداشت شده و در این مورد بر اساس اجماع و سیره عمل می‌شود. بنابراین، باید به مقدار قابلیت این دلیل، خود را به آن ملتزم نمود و نه بیشتر از آن. لذا در این مورد که تصرف موجب اضرار به دیگری می‌شود نباید به اطلاق تمسک جست چون یک دلیل لُبّی^۱ است و اطلاق ندارد (صدر، ۱۴۲۰: ۳۸۳؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۴۸؛ حاجی ده‌آبادی، ۱۳۷۹: ش ۱۵-۱۶/۱۲؛ حسینی شاهرودی، ۱۳۸۸: ۳۶۳).

ثانیاً: اگر پذیرفته شود که حدیث یک دلیل معتبر است و فی‌نفسه اطلاق دارد، تمسک به اطلاق آن زمانی که تصرف موجب اضرار به دیگران می‌شود، جایز نیست (صدر، ۱۴۱۷: ۵۱۱).

بدین‌سان، بی‌شک دامنه قاعده تسلیط نامحدود نیست و مالک نمی‌تواند به استناد این قاعده در ملک خود هر نوع تصرفی انجام دهد، بلکه اعمال این گونه تصرفات باید

۱. ادله لُبّی، مقابل ادله لفظی است و مراد از آن، ادله‌ای است که از راه غیر لفظ، مکلف را به حکم شرعی می‌رساند، مانند اجماع، دلیل عقل، سیره و... دلیل لُبّی اطلاق و عموم ندارد و به قدر متیقن از مفاد آن اخذ می‌شود.

مبتنی بر ضوابطی باشد، به گونه‌ای که اگر قاعده‌ی لاضرر هم نباشد باز مالک حق ندارد در تصرفات خود موجبات اضرار به غیر را فراهم سازد، یعنی تصرفات مالک در ملک خود باید عقلایی باشد و چنانچه مالک در ملک خود اقدام و تصرفی فراتر از این تصرفات عقلایی بکند، عقلاً بر آن صحنه نمی‌گذارند و چنین تصرفی شرعاً اعتباری نخواهد داشت (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶: ۱۵۶؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۴۲).

بر همین اساس، مالک اجازه ندارد به منظور حفظ امنیت و مصون داشتن جان، مال و ناموس خویش در برابر متجاوزان از هر گونه تدابیر پیشگیرانه خارج از حدود سلطه‌ی عرفی و عقلایی، همانند تعبیه‌ی سیم‌های برق‌دار در اطراف ملک جهت پیشگیری از ارتکاب جرایم بزهکاران بالقوه استفاده نماید و باعث اضرار به دیگران ولو اشخاص متجاوز گردد. حفظ امنیت برای اشخاص و به ویژه بزه‌دیدگان بالقوه بسیار مهم است. در حفظ این امنیت باید مراتب اقدامات متعارف و عقلایی رعایت گردد و چنانچه مالک بر این موضوع واقف باشد که با روش‌های پیشگیرانه‌ی سهل و آسان همانند استفاده از سگ در منزل، استفاده از سیم‌های خاردار و یا تعبیه‌ی دوربین‌های مداربسته توانایی حفظ امنیت کامل خویش و جلوگیری از ادامه‌ی تجاوز بزهکاران را دارد، باید از چنین شیوه‌های پیشگیرانه‌ی کم‌خطر و در عین حال مؤثر استفاده نماید (حسینی شاهرودی، ۱۳۸۸: ۳۴۶).

با وجود این، اگر تدابیر پیشگیرانه‌ی مهلک، به سبب گسترش ناامنی و بی‌تأثیر بودن اقدامات پیشگیرانه‌ی ساده و کم‌خطر در باز داشتن بزهکاران بالقوه، تنها چاره‌ی پیشگیری کامل و مطمئن شناخته شود، اتخاذ این نوع تدابیر مورد پذیرش عرف توسط مالک و اضرار به اشخاص متجاوز و البته با رعایت معیار دوم پیشگیری وضعی، یعنی ضرورت اطلاع‌رسانی، سبب مسئولیت وی نخواهد شد. نظریه‌ی اداره‌ی حقوقی به شماره‌ی ۷/۳۰۳۴ مورخ ۱۳۷۳/۷/۴ نیز به این امر اذعان دارد که اقدامات افراد برای جلوگیری از ورود سارقان باید به طریق متعارف صورت گیرد (شکری و سپروس، ۱۳۸۴: ۷۲۹).

در این راستا استفتا از آیه‌الله مکارم شیرازی نیز تأییدی بر صحت گفتار فوق است. استفتا بدین شرح است:

شخصی برای حفاظت از مزرعه‌ی خود در برابر حیوانات وحشی اقدام به تعبیه‌ی سیم‌های

خاردار متصل به شبکه برق در اطراف مزرعه خود نموده است. فردی از یک مزرعه دیگر برای رساندن آب به مزرعه خود ناچار به عبور از این مزرعه مجهز به سیم خاردار متصل به برق می‌شود و با عبور از آن مزرعه دچار برق‌گرفتگی می‌شود و می‌میرد. با توجه به اینکه صاحب مزرعه فوق که چنین سیستمی را برای حفاظت از ملک خود به کار برده به صاحبان مزارع اطراف وجود چنین سیستمی را هشدار داده است ولی به کار بردن چنین برق‌کشی خلاف عرف آنجاست، آیا مالک ضامن خون کشاورز متوفا می‌باشد؟

به سؤال فوق این گونه پاسخ داده شد:

در صورتی که اتصال سیم خاردار مزرعه به برق بر خلاف عرف محل و در مسیر عبور و مرور همسایگان بوده، صاحب مزرعه ضامن است (علیان‌نژادی، ۱۳۸۵: ۴۴۵).

همچنین، به موجب بند ۳ ماده ۱ قانون مسئولیت متصرفان مصوب ۱۹۸۴ در انگلستان، مالک در برابر افرادی که به ملک او وارد می‌شوند، اعم از مأذون یا متجاوز، مکلف به اعمال مراقبت منطقی است. بند ۴ همین ماده مقرر می‌دارد:

تکلیف مزبور به معنای اعمال مراقبت منطقی جهت حصول اطمینان از پیشگیری از ورود جراحت به افراد مزبور [بر اثر خطر موجود در ملک] در همه اوضاع و احوال قضیه است.

به طور کلی این شیوه در موارد وجود تقصیر به کار می‌رود. تقصیر در حقوق این کشور عبارت است از: «عدم انجام کاری که یک فرد معقول و متعارف در راستای انجام رفتار معمول انسانی در انجام امور انجام می‌دهد و یا انجام کاری که یک فرد معقول و متعارف آن را انجام نمی‌دهد». به عبارت دیگر، معیار عدم ارتکاب تقصیر توسط خواننده این است که از دید یک فرد معقول و متعارف فرضی، عمل خواننده در مجموع غیر عادی و عجیب نباشد. بنابراین، هنگامی که خواننده (مالک) منشأ خطر را ایجاد کرده باشد و نحوه استفاده او غیر منطقی باشد، مسئولیت دارد و اقدامات او جهت جلوگیری از تحقق مزاحمت توسط متجاوزان، تأثیری در مسئول شناختن یا نشناختن وی ندارد (برمینگهام، ۱۳۸۸: ۷۹ و ۱۶۴).

از سوی دیگر، حیات انسان «ارزشی مخدوم» است که دیگر حق‌های انسان خادم

آن است (راسخ، ۱۳۸۸: ۳۰۵). به همین سبب می‌توان گفت که حق بر حریم خصوصی، از حقوق مطلق نیست و مسلماً اصولی همانند اصل منع ایراد صدمه به دیگران،^۱ اصل منع آسیب به جامعه^۲ می‌تواند محدودکننده حق بر خلوت و حریم خصوصی باشد (نوبهار، ۱۳۸۸: ۱۲۳؛ قربان‌نیا، ۱۳۸۸: ۴۲۸).

در حقیقت، ارزش آزادی آدمی را نمی‌توان تا به آنجا توسعه داد که حیات دیگر آدمیان مورد تعرض قرار گیرد (قاری سیدفاطمی، ۱۳۸۸: ۴۶). بی‌تردید، ارزش حیات بر ارزش آزادی و مالکیت تقدم دارد؛ زیرا به صورت بین و غیر قابل استدلال و شهوداً می‌توان ادعا کرد که حق‌ها همه در یک مرتبه از اهمیت قرار ندارند. پاره‌ای از حق‌ها بر پاره‌ای دیگر مقدم هستند. حق و یا ارزش حیات بر سایر حقوق تقدم رتبی دارد. این تقدم رتبی به گونه‌ای است که می‌توان ادعا کرد که تکلیف اخلاقی بر توجه به ارزش حیات دیگران را متوجه همگان می‌نماید. به این ترتیب، در صورتی که با بی‌توجهی افراد، حیات دیگران تهدید شود، نمی‌توان به سادگی مسئولیت اخلاقی آن‌ها را نادیده گرفت (قاری سیدفاطمی، ۱۳۸۱: ش ۱۸/۳۳).

بنابراین، با توجه به حاکمیت قاعده حرمت حیات بشری و قاعده لاضرر بر قاعده تسلیط، با تمسک به این قاعده نمی‌توان هر اقدام خارج از حد متعارفی، ولو اقدامات حفاظتی را در ملک خود انجام داد. اعمالی نیز که برای حفاظت از املاک در برابر بزهکاران بالقوه تحت عنوان اعمال ابزارهای دفاعی یا پیشگیری وضعی صورت می‌گیرد، تابعی از این قاعده است و باید در حد متعارف و معقول باشد.

برخی نویسندگان در راستای اثبات اطلاق مالکیت و به تبع بی‌حد و حصر دانستن اعمال ابزارهای پیشگیرانه، به ماده ۳۳۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ استناد می‌نمایند (عطار، ۱۳۷۵: ۱۰۸). به عقیده این صاحب‌نظران به استناد ماده فوق، همان طور که صاحب یک ملک که چاهی در زمین خود حفر نموده و دیگری بدون اذن وارد شده و بر اثر سقوط در چاه فوت کرده، نسبت به شخص متوفای ضامن محسوب نمی‌شود، هر اقدام دیگری که مالک یک زمین در ملک خود انجام دهد، از جمله

1. The private harm principle.
2. The public harm principle.

اقداماتی که از آن تحت عنوان اعمال ابزارهای پیشگیرانه یا تله‌های انفجاری نام برده می‌شود، موجبی برای ضمان کیفری مالک نسبت به غیر مأذون نمی‌باشد. برخی فقها (حسینی روحانی، ۱۳۷۳: ۲۱۸) نیز اطلاق قاعده عدم ضمان مالک به سبب حفر چاه را که چهارچوب ماده ۳۳۹ قانون مجازات اسلامی سابق را تشکیل می‌داد، پذیرفته‌اند. در مقابل، عده‌ای از فقها (نجفی، بی‌تا: ۹۸) با اطلاق قاعده مذکور مخالفت ورزیده‌اند (صفاری و صابری، زمستان ۱۳۹۲).

با تصویب قانون مجازات اسلامی جدید مصوب ۱۳۹۲، مواد ۵۰۷ و ۵۰۸ جایگزین مواد ۳۳۹ و ۳۴۰ قانون مجازات اسلامی سابق گردیدند. به موجب این مواد، اطلاق ماده ۳۳۹ سابق کنار گذاشته شده و محدودیت‌هایی برای عدم ضمان مالک نسبت به خسارات وارده به غیر مأذون در صورت حفر چاه و اقدامات مشابه در ملک مطرح گردیده است. به موجب ماده ۵۰۸ این قانون:

هر شخصی که یکی از کارهای ماده ۵۰۷ را در ملک خویش انجام دهد و سبب آسیب دیگری گردد ضامن نیست....

قاعده کلی ماده ۳۳۹ قانون مجازات اسلامی سابق در ماده ۵۰۸ قانون فعلی مقرر گردیده است، اما تبصره ۱ این ماده، اطلاق ماده ۵۰۸ (همان ماده ۳۳۹ قانون سابق) را با محدودیت همراه نموده است. در تبصره ۱ این ماده چنین مقرر شده است:

هر گاه شخص آسیب دیده بدون اذن مالک یا با اذنی که قبل از انجام اعمال مذکور از مالک گرفته، وارد شود و صاحب ملک از ورود اطلاع نداشته باشد، مالک ضامن نیست مگر اینکه صدمه یا تلف به علت اغوا، سهل‌انگاری در اطلاع دادن و مانند آن مستند به مالک باشد.

بنابراین، در هر نوع اقدامات پیشگیرانه -چه در قالب دفاع مشروع و چه در قالب پیشگیری وضعی- اقدامات صورت گرفته باید در حد متعارف باشد. فقط باید دقت داشت در دفاع مشروع از آنجا که حمله قریب‌الوقوع است و خود مدافع به عنوان یک انسان عاقل و محاسبه‌گر در لحظه حمله حضور دارد، بر اساس شرایطی که در آن لحظه حاکم است، محاسبه می‌کند که آیا استفاده از روش‌های آسان برای حفظ امنیت وی از حیث ابعاد مختلف جان، مال و ناموس و به طور کلی رهایی از تجاوز امکان‌پذیر

است و یا باید به روش‌های خشونت‌بار متمسک شود. در مقابل، در حالت پیشگیری وضعی، اتخاذ تدابیر پیشگیرانه قبل از هر گونه حمله قریب‌الوقوعی صورت می‌پذیرد و در لحظه حمله، شخص مدافع عاقل و محاسبه‌گر حضور ندارد که در برابر متجاوز قرار گیرد و بتواند با توجه به نوع و شدت حمله متجاوز و قصد وی از نوع تجاوز، برخورد مناسب را محاسبه و اتخاذ نماید بلکه یک سری تدابیر پیشگیرانه و فنی است که از قبل اتخاذ شده است و در برابر متجاوز انسانی قرار می‌گیرد.

با توجه به اینکه معمولاً از لحاظ جنسی بانوان نسبت به آقایان و به لحاظ رده سنی خصوصاً افرادی که در سنین پیری و میان‌سالی قرار دارند نسبت به افراد جوان، خطر بیشتری را در جامعه حس کرده و به امنیت بیشتری احساس نیاز پیدا می‌کنند (هرچند که در واقعیت مردان و اشخاص جوان از زنان و سالخوردگان در معرض بزه‌دیدگی و سلب امنیت بیشتری قرار دارند) (صفاری، ۱۳۹۱: ۳۰۹-۳۰۴؛ صادقی فسایی و میرحسینی، ۱۳۸۸: ش ۱۲۷/۱۷؛ قاضی‌نژاد و شاکری، ۱۳۹۱: ش ۱۸۱/۲) همواره به دنبال روش‌ها و ابزارهایی هستند که بتوانند در سایه آن، حداکثر امنیت را برای خود تضمین کنند و احساس آرامش را جایگزین احساس ترس نمایند. هر چه میزان مقاومت اجتماعی این قبیل اشخاص بیشتر باشد، میزان احساس امنیت اجتماعی آنان بالاتر می‌رود (حسینی، ۱۳۸۶: ش ۱۳/۴؛ احمدی و سروش و افراسیابی، ۱۳۸۸: ش ۶۷/۲؛ پاک‌نهاد، ۱۳۹۲: ش ۱۶۶/۵). بنابراین، به نظر می‌رسد این دسته از افراد یعنی بانوان و پیران و میان‌سالان به سبب ناامنی بیشتری که احساس می‌نمایند عقلانیت خویش را کنار بگذارند و با به کارگیری هر سبب و وسیله ولو مهلک و خطرناک که بتواند حداکثر امنیت آنان را تضمین نماید، موافقت کنند، به ویژه اینکه قاعده‌ای همانند قاعده اطلاق مالکیت بتواند پشتوانه آنان در استفاده از ابزارهای خطرناک و خسارات و صدمات ناشی از آن باشد، اما چنین نتیجه‌ای درست نیست و همان گونه که جداول شماره ۵ و ۶ نشان می‌دهد این گونه افراد نیز به عرفی بودن تصریح دارند.

همچنین در مورد اشخاصی که حداقل یک بار مورد بزه‌دیدگی واقع شده‌اند این نکته صادق به نظر می‌رسد که اینان ناامنی بیشتری در مقایسه با افرادی که تا به حال بزه‌دیده نشده‌اند احساس می‌کنند (صادقی فسایی و میرحسینی، ۱۳۸۸: ش ۱۳۷/۱۷)، با این

حال، اینان با ابزارهای پیشگیرانه‌ای که بیشتر امنیت آنان را تضمین نماید ولو اینکه مهلک باشد، در صورتی موافق هستند که مطابق با عرف باشد. همچنین تحقیقات میدانی از بزه‌دیدگانی که بزه‌کار دستگیر یا مجازات نشده است، نشان می‌دهد که این بزه‌دیدگان نیز با وجود حس ناامنی و انتقام‌جویی، همچنان بر این اعتقادند که اعمال ابزارهای پیشگیرانه در صورتی پذیرفتنی است که مطابق با عرف باشد. جداول شماره ۵ و ۶ نشانگر این واقعیت هستند.

جدول ۵ و ۶: ضرورت عرفی اعمال ابزارهای پیشگیرانه

بزه‌کار		افراد عادی						کارشناس							
میان‌سال	جوان	مرد	عدم بزه‌دیدگی	بزه‌دیدگی	میان‌سال	جوان	مرد	زن	عدم بزه‌دیدگی	بزه‌دیدگی	پسر	میان‌سال	جوان	مرد	زن
مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف
۰	۱	۱۲	۱۲	۱۲	۱۲	۱۲	۱۲	۱۲	۱۲	۱۱	۱۱	۱۱	۱۱	۱۱	۱۱
مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف
۱۰	۱۳	۳	۶	۸	۱۳	۱	۳	۱۰	۴	۴	۱	۵	۱	۵	۳
مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف
۱۰	۱۳	۳	۶	۸	۱۳	۱	۳	۱۰	۴	۴	۱	۵	۱	۵	۳

کارشناس						افراد عادی									
عدم اتخاذ تدابیر	اتخاذ تدابیر پیشگیرانه	واکش منفی پلیس	واکش مثبت پلیس	عدم مجازات	مجازات بزه‌کار	عدم دستگیری	دستگیری بزه‌کار	عدم اتخاذ تدابیر	اتخاذ تدابیر پیشگیرانه	واکش منفی پلیس	واکش مثبت پلیس	عدم مجازات	مجازات بزه‌کار	عدم دستگیری	دستگیری بزه‌کار
مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف	مخالف
۱۰	۱۳	۳	۶	۸	۱۳	۱	۳	۱۰	۴	۴	۱	۵	۱	۵	۳

نکته مهمی که باید بدان توجه داشت این است که حتی دلیل افرادی هم که مخالف قاعده ضرورت عرفی اعمال ابزارهای پیشگیرانه هستند، مخالفت با این ضرورت و محدود نمودن حق مالکیت آنان نبوده است.

دلیل مخالفت اکثر کارشناسان و افراد عادی با قاعده ضرورت عرفی اعمال ابزارهای پیشگیرانه مهلک دو چیز است: مغایر بودن با الزامات حقوق بشر در استفاده از چنین ابزارهایی؛ مهم‌تر بودن حفظ جان از حفظ مال. در پاسخ به این دو دلیل باید

متذکر شد که با رعایت اصل هشداررسانی، به نظر می‌رسد الزامات حقوق بشری و هم حرمت حیات انسانی با رعایت این اصل حفظ گردد.

عده‌ای نیز دلیل مخالفت خود را چنین دانسته‌اند که باید تا حد امکان از روش‌های پیشگیرانه کم‌خطر استفاده نمود. ضابطه ضرورت عرفی اعمال ابزارهای پیشگیرانه مهلک خود بیانگر این مسئله است که تنها در صورتی مجوز اعمال چنین ابزارهایی داده می‌شود که عرف این امر را متعارف بداند و عرف جامعه زمانی چنین دیدگاهی می‌یابد که اطمینان پیدا کند به طریق سهل دیگری پیشگیری وضعی از جرم میسر نیست.

در میان مخالفان یک نفر بر این عقیده بود که برای ریشه کن کردن جرایم باید به گونه‌ای دیگر اقدام نمود. اگر نیازهای اولیه اشخاص بزهکار از جمله متجاوزان به املاک و سارقان برطرف شود مسلماً آن‌ها دیگر به ارتکاب جرایم گرایش پیدا نمی‌کنند. از دید وی این گونه اقدامات پیشگیری وضعی، هیچ کاهش عمده‌ای را در وقوع جرم موجب نمی‌شود. دلیل مذکور از دلایل مخالفتی است که به طور کلی از سوی مخالفان پیشگیری وضعی نیز مطرح شده است. آنان بر این باورند که رویکرد پیشگیری وضعی، زمینه‌های انسانی و اجتماعی مرتکب را کلاً نادیده گرفته است و لذا باید از پیشگیری‌های سنتی یعنی پیشگیری اولیه و ثانویه یا پیشگیری اجتماعی که در واقع، پیشگیری‌های بزهکارمحور به شمار می‌روند، استفاده کرد. در نقد این دلیل باید اظهار نمود که پیشگیری وضعی، خصوصیات انسانی و اجتماعی بزهکار را نادیده نمی‌گیرد بلکه همان‌طور که طرف‌داران نظریه پیشگیری وضعی متذکر شده‌اند، خصوصیات شخصی مرتکبان، در آماده‌سازی آن‌ها برای ورود به کانون مجرمان و انتخاب نوع جرم مؤثر است نه در انتخاب شیوه، نحوه یا زمان ارتکاب خود جرم. به زبان دیگر، عواملی از قبیل شخصیت و محرومیت‌های اجتماعی و اقتصادی یا فشارهای سیاسی و غیره از عوامل معده و بعیده هستند در حالی که مسئله انتخاب یک هدف مجرمانه خاص و محاسبه سود و زیان و نحوه شکار هدف تعیین شده، در مرحله نزدیک‌تری به زمان و مکان وقوع جرم قرار دارد (صفاری، ۱۳۸۰: ش ۳۳-۳۴/۳۰۷).

از سوی دیگر، طرح و اجرای یک سیاست جنایی واقع‌بینانه که جامع همه ضوابط

لازم برای مبارزه با پدیده جرم باشد و از موانع مبهم در این راه جلوگیری کند، زمانی میسر است که منظر پیشگیری وضعی از جرم در کنار سایر دیدگاه‌های موجود از جرم و پیشگیری قرار گیرد و این دو، نقاط کور یکدیگر را روشن نمایند تا به تکمیل روش‌های مبارزه با جرم پردازند. در حقیقت، پیشگیری واقعی از جرم در چهارچوب یک سیاست جنایی راهبردی^۱، زمانی مصداق خواهد یافت که راهبرد مربوط از یک سو به کاهش هر چه بیشتر فرصت‌های مجرمانه پردازد و از دیگر سو و به طور هم‌زمان، شرایط فردی و اجتماعی زندگی را در همه ابعاد اقتصادی فرهنگی، سیاسی و امثال آنها به گونه‌ای بهبود بخشد که زمینه ارتکاب جرم و گرایش به آن را از میان بردارد (همان: ش ۳۳-۳۴/۳۱۳-۳۱۴).

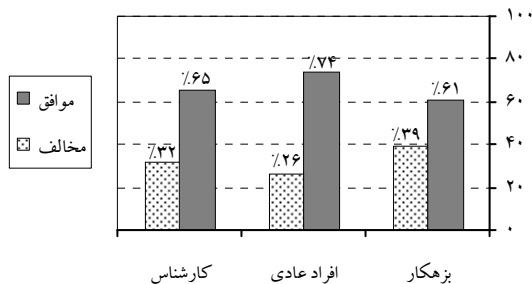
دلیل دیگر مخالفت با ضرورت عرفی اعمال ابزارهای پیشگیرانه، این گونه ابراز شده که ممکن است از همین ابزار بر علیه خود صاحب مال نیز استفاده شود؛ یعنی اگر چنین شیوه‌ای عرف گردد، برای جانی نیز قابل استفاده می‌شود. تراسلر نیز چنین ایرادی را بر رویکرد پیشگیری وضعی وارد می‌داند (Trasler, 1986: 17-24). در رد دلیل مذکور باید گفت که طرح شیوه‌های جدید پیشگیری می‌تواند در توسعه شگردهای ارتکاب جرم، تأثیر عمیقی داشته باشد اما باید خاطرنشان کرد که پیشرفت فناوری و خلق اسباب و لوازم پیچیده برای زندگانی سیاسی و اجتماعی افراد در اغلب موارد، دارای چنین تأثیر متباین و دوسویه‌ای است و به اصطلاح، حالت پارادوکس دارد. امثال چنین مواردی در زندگی امروز کم نیست، مانند تأثیر اختراعات جدید در قرن بیستم بر آلودگی هوا و محیط زیست که زندگی همه جوامع را به طور جدی تهدید می‌کند و باعث به وجود آمدن حقوق محیط زیست شده است. در عین حال، کسی منکر لازم و مفید بودن آنها نیست بلکه به جای حذف آنها پیشنهاد ترمیم و بهبود آنها مطرح می‌شود (صفاری، ۱۳۹۱: ۱۶۱-۱۶۲).

همان طور که در نمودار شماره ۳ مشاهده می‌شود از ۳۲٪ و ۲۶٪ مخالف، به ترتیب از میان کارشناسان و افراد عادی، تنها یک نفر دلیل مخالفت خود را محدودیت

۱. منظور سیاست جنایی کلان و درازمدت است.

قائل نشدن برای اطلاق مالکیت ابراز نموده و اظهار داشته است که چنانچه مالک اجازه استفاده از این نوع ابزارهای پیشگیرانه مهلک را نداشته باشد باعث آسودگی خاطر دزدان، معتادان و اراذل و اوباش می شود. در مطالب فوق به این استدلال پاسخ داده شد.

نمودار شماره ۳: موافقان و مخالفان شرط ضرورت عرفی اعمال ابزارهای پیشگیرانه



درصد مخالفان اشخاص بزهکار با ضابطه ضرورت عرفی اعمال ابزارهای پیشگیرانه، همان طور که از نمودار شماره ۳ برداشت می شود حدود ۳۹٪ می باشد. هرچند این تعداد نسبت به موافقان (حدود ۶۱٪) کمتر است، شایان درنگ است. به نظر می رسد علت مخالفت اکثر آنان به سبب به کار رفتن واژه «مهلک» در رابطه با قاعده ضرورت عرفی اعمال ابزارهای پیشگیرانه مهلک باشد؛ زیرا در هر حال با موافقت نمودن با این شرط، در حقیقت با انجام تدابیری برای به هلاکت رساندن خویش موافقت می نمودند و همین امر باعث شده که بزهکاران در پاسخ دهی، به ملاک ضرورت عرفی توجهی نداشته باشند. به عبارت دیگر، به نظر می رسد علت مخالفت آنان، با اصل ضرورت اجازه عرف در استفاده از ابزارهای پیشگیرانه مهلک نیست، بلکه این درصد از مخالفان با استفاده از چنین ابزارهای خطرناک و مهلک - صرف نظر از اجازه یا عدم اجازه عرف - مخالفت نمودند؛ چه در صورت موافقت آنان و تصدیق عرف، هر لحظه ممکن است گرفتار چنین دام های مهلکی گردند.

۳. قابل رؤیت بودن یا اطلاع رسانی

تأثیر اقدامات پیشگیری وضعی بر کاهش یا حتی متوقف نمودن ارتکاب جرم به سبب

رابطه‌ای است که بین پیشگیری وضعی و نظریه انتخاب عقلانی وجود دارد؛ زیرا همه بزهکاران، زمانی که می‌خواهند مرتکب عمل مجرمانه شوند و در برابر یک «وضعیت پیشگیری» تصمیم می‌گیرند که طرح مجرمانه خود را ادامه بدهند، در واقع، دست به یک انتخاب عقلانی هرچند محدود زده‌اند (گسن، ۱۳۷۶: ش ۱۹-۲۰/۶۱۸).

با اینکه در اقدامات ناظر به پیشگیری وضعی سعی می‌شود خطر ارتکاب جرم از دید بزهکار احتمالی بالا رود تا با محاسبه‌ای عقلانی از ارتکاب جرم منصرف شود، باید بزهکار احتمالی از وجود این گونه تدابیر پیشگیرانه آگاهی یابد؛ چه در غیر این صورت، فایده و علت اصلی پیشگیری وضعی زیر سؤال می‌رود؛ زیرا هدف اصلی پیشگیری وضعی مطلع شدن بزهکار احتمالی از وجود این تدابیر و تجهیزات است تا در طی محاسبه عقلانی که انجام می‌دهد خطر ارتکاب جرم را بیشتر درک کند و در مسیر ارتکاب جرم حرکت نکند. انجام اقدامات پیشگیرانه‌ای که با چشم عادی قابل مشاهده نیست (مثل تعبیه کابل برق زیر شاخه‌های درخت و...) و مالک نیز اطلاع‌رسانی نکرده است، سبب می‌شود بزهکار در محاسبه عقلانی خود سود حاصل از ارتکاب جرم را نسبت به خطر آن فراوان تلقی کند و به تصمیم خود در ارتکاب جرم جامه عمل بپوشاند، در حالی که هدف پیشگیری وضعی صرفاً باز داشتن بزهکار بالقوه از ادامه مسیر ارتکاب جرم است و برای رسیدن به این مهم باید تجهیزات حفاظتی به گونه‌ای اتخاذ گردد که بزهکاران احتمالی از وجود آن‌ها اطلاع یابند.

در رابطه با اصل ضرورت اطلاع‌رسانی، نخست باید دید که چه عاملی باعث مطرح شدن این شرط در فرایند پیشگیری وضعی می‌شود. سپس باید کیفیات لازم و کافی برای یک اطلاع‌رسانی مفید و مؤثر بررسی شود. بررسی این موضوع جستاری دیگر را می‌طلبد.

نتیجه‌گیری

تضمین حقوق شهروندان و اجرای عدالت کیفری، یکی از وظایف اساسی حکومت است که اجرای آن نیازمند زمینه‌های مناسب است. یکی از این زمینه‌ها ایجاد مقررات لازم در اجرای بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی در جهت پیشگیری از جرم است که

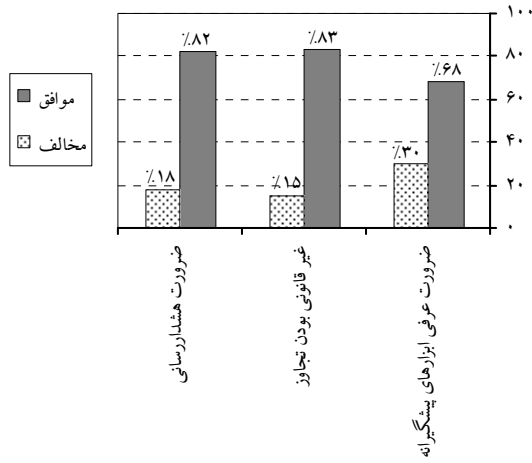
اگرچه رسماً و قانوناً بر عهده قوه قضائیه نهاده شده است، سایر قوای حاکمیت خصوصاً قوه مجریه و نیز مردم باید در این امر ایفای نقش نمایند. به همین دلیل، در مقاله حاضر سعی شد تا با طرح نظریات مربوط به دفاع مشروع که نوعی کنش هم‌زمان با جرم و پیشگیری از خشونت و نتایج زیان‌بار یک حمله غیر عادلانه است، ضوابط و مبانی پیشگیری وضعی از جرم تبیین گردد و ضرورت قانون‌گذاری درباره آن بررسی شود.

نظریه تفکیک مصادیق دفاع مشروع از پیشگیری وضعی، مسیر خود را از نظریات سنتی برخی قضایان و نویسندگان حقوقی جدا ساخته است. در نظریات سنتی با استناد به قواعد دفاع مشروع یا اطلاق مالکیت، نوعی بی‌عدالتی در سیستم کیفری مشهود خواهد بود در حالی که در نظریه تفکیک با عنایت به دیدگاه‌های جرم‌شناختی درباره پیشگیری وضعی و لزوم تحدید قلمرو آن زمینه‌های تحقق عدالت کیفری بیشتر فراهم می‌شود.

ضوابط دفاع در دفاع مشروع و پیشگیری وضعی از یکدیگر متمایز است. در دفاع مشروع در کنار شرط ضرورت از شرط تناسب دفاع نام برده می‌شود، در حالی که در پیشگیری وضعی در کنار اصل ضرورت عرفی اعمال ابزارهای پیشگیرانه، ضرورت اطلاع‌رسانی به افراد - متجاوز احتمالی یا غیر متجاوز - لحاظ شده است.

با وجود این، ارتباط بین ضوابط دفاع مشروع و پیشگیری وضعی قابل بحث است. غیر قانونی بودن تجاوز از جمله شرایطی است که برای دفاع مشروع لحاظ گردیده است. اما این ملاک البته نه با مبنای قانونی، بلکه با مبنایی مستنبط از برخی اصول و قواعد فقهی، از جمله «قاعده تحذیر» در باب پیشگیری وضعی نیز استعمال می‌گردد. همچنین در دفاع مشروع، مهم‌ترین دلیل اجازه قانون‌گذار برای دفاع در برابر تجاوز ناحق و نامشروع، ضرورت آن در اوضاع و احوالی است که مدافع راه دیگری برای انتخاب ندارد و برای اینکه عکس‌العمل شخص مورد حمله، دفاع مشروع تلقی شود باید ارتکاب جرم، یگانه وسیله‌رهای او از مهلکه باشد. با نگاهی ژرف به برخی قواعد فقهی و همچنین با تدبّر در مبانی حقوق بشری، روشن می‌شود که رعایت ضابطه فوق به عنوان یکی از ضوابط دفاعی پیشگیری وضعی، ضروری و مسلم است.

نمودار شماره ۴: موافقان و مخالفان شروط پیشگیری وضعی



بر اساس نمودار فوق، درصد بسیار زیادی موافقت خویش را با قواعد مقرر پیشگیری وضعی ابراز داشته‌اند که این مسئله، دال بر معقول و منطقی بودن ضوابط استنباطی است.

کتاب‌شناسی

۱. ابادری فومشی، منصور، *دفاع مشروع در دیوان عالی کشور*، تهران، خط سوم، ۱۳۸۹ ش.
۲. احمدی، حبیب و مریم سرروش و حسین افراسیابی، «ترس از جرم در مناطق جرم‌خیز شهر شیراز»، *مجله جامعه‌شناسی کاربردی*، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۸ ش.
۳. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، ویراست دوم، چاپ سی‌ام، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۴. افراسیابی، علی، «از طبقه‌بندی بزه‌کاران تا طبقه‌بندی تکنیک‌های پیشگیری وضعی از جرم»، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، شماره ۲۰، پاییز ۱۳۹۰ ش.
۵. همو، «پارادایم‌های حاکم بر پیشگیری وضعی از جرم»، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، سال پنجم، شماره ۱۷، زمستان ۱۳۸۹ ش.
۶. امامی، حسن، *حقوق مدنی*، چاپ سی و یکم، تبریز، فروزش، ۱۳۹۰ ش.
۷. بابایی، محمدعلی و علی نجیبیان، «چالش‌های پیشگیری وضعی از جرم»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۷۵، پاییز ۱۳۹۰ ش.
۸. باقری، عباس، *دفاع مشروع*، رساله دکتری دانشگاه تهران، ۱۳۴۳ ش.
۹. باهری، محمد و میرزا علی اکبرخان داور، *نگرشی بر حقوق جزای عمومی*، تهران، مجد، ۱۳۸۰ ش.
۱۰. برمینگهام، ورا، *شبه جرم و مسئولیت مدنی در حقوق انگلستان*، ترجمه سیدمهدی موسوی، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۱۱. پاک‌نهاد، امیر، «احساس ناامنی و ترس از جرم»، *فصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، شماره ۵، بهار و تابستان ۱۳۹۲ ش.
۱۲. حاجی‌ده‌آبادی، احمد، «فقه و قانون‌نگاری»، *فصلنامه قیاسات*، قم، مؤسسه فرهنگی و اطلاع‌رسانی تبیان، شماره‌های ۱۵ و ۱۶، بهار و تابستان ۱۳۷۹ ش.
۱۳. حجتی، مهدی و مجتبی باری، *محشای قانون مجازات اسلامی*، تهران، ميثاق عدالت، ۱۳۸۴ ش.
۱۴. حسینی، حسین، «احساس امنیت: تأملی نظری بر پایه یافته‌های پژوهشی»، *فصلنامه امنیت*، سال پنجم، شماره ۴، تابستان ۱۳۸۶ ش.
۱۵. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق علیه السلام*، دار المحکمه، ۱۳۷۳ ق.
۱۶. حسینی شاهرودی، سیدمحمد، *استفتائات حضرت آية الله العظمی حاج سیدمحمد حسینی شاهرودی*، چاپ دوم، قم، آل مرتضی علیه السلام، ۱۳۸۸ ش.
۱۷. راسخ، محمد، «نظریه حق»، *حقوق بشر در جهان معاصر (دغدغه‌ها و دیدگاه‌های حقوق‌دانان و فقه‌های ایرانی)*، تألیف کمیسیون حقوق بشر اسلامی، قم، آیین احمد علیه السلام، ۱۳۸۸ ش.
۱۸. سیدزاده ثانی، سیدمهدی، «ترس از بزه‌دیدگی مکرر»، *مجموعه مقالات نخستین همایش ملی پیشگیری از جرم (پیشگیری از تکرار جرم و بزه‌دیدگی)*، به کوشش گروهی از اساتید، تهران، دفتر تحقیقات کاربردی پلیس پیشگیری ناجا، ۱۳۸۷ ش.
۱۹. شکر، رضا و قادر سیروس، *قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی*، چاپ چهارم، تهران، مهاجر، ۱۳۸۴ ش.
۲۰. صادقی فسایی، سهیلا و زهرا میرحسینی، «تحلیل جامعه‌شناختی ترس از جرم در میان زنان شهر تهران»، *فصلنامه علوم اجتماعی*، شماره ۱۷، ۱۳۸۸ ش.
۲۱. صانعی، پرویز، *حقوق جزای عمومی*، چاپ ششم، تهران، طرح نو، ۱۳۸۲ ش.

۲۲. صدر، سیدمحمدباقر، *القواعد الفقهیه (بحوث فی علم الاصول)*، چاپ پنجم، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، ۱۴۱۷ ق.

۲۳. همو، *قاعده لا ضرر ولا ضرار*، قم، دار الصادقین للطباعة و النشر، ۱۴۲۰ ق.

۲۴. صدیق سروستانی، رحمت‌الله و آرش نصر اصفهانی، «مطالعه عوامل مؤثر بر ترس از جرم در محله‌های شهری: مطالعه محله‌ای در منطقه ۵ شهر تهران»، *مجله مسائل اجتماعی ایران*، سال سوم، شماره ۱، تابستان ۱۳۹۱ ش.

۲۵. صفاری، علی، «حمایت از بزه‌دیده و نهادهای مردمی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۴۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۳ ش.

۲۶. همو، «مبانی نظری پیشگیری وضعی از وقوع جرم»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره‌های ۳۳-۳۴، بهار تا زمستان ۱۳۸۰ ش.

۲۷. همو، *مقالاتی در جرم‌شناسی و کیفرشناسی*، تألیف و ترجمه علی صفاری، تهران، جنگل، ۱۳۹۱ ش.

۲۸. صفاری، علی و راضیه صابری، «نقد عدم تحدید حق پیشگیری وضعی در پرتو قواعد فقهی و حقوقی»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۶۴، زمستان ۱۳۹۲ ش.

۲۹. همان‌ها، «همگرایی دفاع مشروع و پیشگیری وضعی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۶۲، تابستان ۱۳۹۲ ش.

۳۰. عطار، داوود، *دفاع مشروع در حقوق جزای اسلام*، ترجمه اکبر غفوری، مشهد، آستان قدس رضوی، ۱۳۷۵ ش.

۳۱. علیان‌نژادی، ابوالقاسم، *استثنائات جدید آیه‌الله مکارم شیرازی*، چاپ دوم، قم، مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب علیه‌السلام، ۱۳۸۵ ش.

۳۲. قاری سیدفاطمی، محمد، *حقوق بشر در جهان معاصر*، «دفتر یکم: درآمدی بر مباحث نظری؛ مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع»، چاپ دوم، تهران، شهر دانش، ۱۳۸۸ ش.

۳۳. همو، «قلمرو حق‌ها در حقوق بشر معاصر: جهان‌شمولی در قبال مطلق‌گرایی»، *مجله نامه مفید*، شماره ۳۳، بهمن ۱۳۸۱ ش.

۳۴. قاضی‌نژاد، مریم و فرشته شاکری، «بررسی و تحلیل جامعه‌شناختی ترس از جرم و رفتارهای غیر مدنی در میان زنان شهر تهران»، *مجله مسائل اجتماعی ایران*، سال سوم، شماره ۲، زمستان ۱۳۹۱ ش.

۳۵. قربان‌نیا، ناصر، «محدودیت آزادی‌ها»، *حقوق بشر در جهان معاصر (دغدغه‌ها و دیدگاه‌های حقوق‌دانان و فقهای ایرانی)*، تألیف کمیسیون حقوق بشر اسلامی، قم، آیین احمد علیه‌السلام، ۱۳۸۸ ش.

۳۶. کوسون، موریس، *اصول جرم‌شناسی*، ترجمه میر روح‌الله صدیق، تهران، دادگستر، ۱۳۸۵ ش.

۳۷. گسن، ریمون، «روابط میان پیشگیری وضعی و کنترل بزهکاری»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، *مجله تحقیقات حقوقی*، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، شماره‌های ۱۹-۲۰، بهار تا پاییز ۱۳۷۶ ش.

۳۸. گل‌وزیان، ایرج، «دفاع مشروع و اعمال در حکم دفاع مشروع»، *مجله کانون وکلا*، شماره‌های ۱۵۰-۱۵۱، بهار و تابستان ۱۳۶۹ ش.

۳۹. محسنی، مرتضی، *دوره حقوق جزای عمومی (مسئولیت کیفری)*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.

۴۰. محقق داماد یزدی، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.

۴۱. محمدنسل، غلامرضا، «پلیس و سیاست پیشگیری از جرم»، *مجموعه مقالات نخستین همایش ملی پیشگیری از جرم*، تهران، دفتر تحقیقات کاربردی پلیس پیشگیری ناجا، اسفند ۱۳۸۷ ش.

۴۲. همو، «پیشگیری اجتماعی و وضعی از جرم»، فصلنامه دانش حفاظتی و امنیتی، سال دوم، شماره ۵، زمستان ۱۳۸۶ ش.
۴۳. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، ترجمه محسن غرویان، چاپ دهم، تبریز، فروزش، ۱۳۹۰ ش.
۴۴. مغنیه، محمدجواد، فقه الامام الصادق علیه السلام، چاپ دوم، قم، انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
۴۵. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیه، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۴۶. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، مجمع المسائل، قم، دار القرآن الکریم، ۱۳۶۴ ش.
۴۷. میرخلیلی، محمود، «پیشگیری وضعی از نگاه آموزه‌های اسلام»، نشریه فقه و حقوق، شماره ۱، ۱۳۸۳ ش.
۴۸. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی دوره کارشناسی ارشد، تنظیم مهدی صبوری‌پور، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، سال ۸۴-۱۳۸۳، قابل دسترس در وبگاه <www.lawtest.ir>.
۴۹. همو، «پیشگیری عادلانه از جرم»، مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری، تهران، سمت، پاییز ۱۳۸۳ ش.
۵۰. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۵۱. نجفی کاشف الغطاء، محمدحسین، تحریرالمجله، نجف، المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.
۵۲. نوبهار، رحیم، «آموزه‌های اسلامی؛ حوزه عمومی - حوزه خصوصی»، حقوق بشر در جهان معاصر (دغدغه‌ها و دیدگاه‌های حقوق‌دانان و فقهای ایرانی)، تألیف کمیسیون حقوق بشر اسلامی، قم، آیین احمد عَلَيْهِ السَّلَامُ، ۱۳۸۸ ش.
۵۳. نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، چاپ بیست و سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۵۴. نیازپور، امیرحسین، «پیشگیری از بزهکاری در قانون اساسی ایران و لایحه قانون پیشگیری از وقوع جرم»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۵، زمستان ۱۳۸۲ ش.
۵۵. واعظی، خلیل، دفاع مشروع در حقوق جزای ایران، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۹ ش.
۵۶. ولیدی، محمدصالح، بایسته‌های حقوق جزای عمومی (۱، ۲، ۳)، تهران، جنگل، ۱۳۸۸ ش.
57. Barkerand, David & Colin Padfield, *Law Made Simple*, 10th Edition, Oxford Publishing, 2010.
58. Beck, Ulrich, *Journal Compilation*, Vol. 16, No. 1, 2009.
59. Elliott, Catherine & Frances Quinn, *Criminal Law*, 3rd Edition, Longman Publishing, 2000.
60. Hall, Daniel E. & J. D., Ed. D., *Criminal Law and Procedure*, 5th Edition, Delmar Publishing, 2009.
61. Heaton, Russell, *Criminal Law*, 4th Edition, Oxford Publishing, 2004.
62. Gardner, Thomas J. & Terry M. Anderson, *Criminal Law*, 10th Edition, Thomson Publishing, 2009.
63. Perkins, Rollin M., *Criminal Law and Procedure*, 4th Edition, The Foundation Press, New York, 1972.
64. Trasler, Gordon, "Situational Crime Control and Rational Choice: A Critique", in: Kevin Heal & Gloria Laycock (Eds.), *Situational Crime Prevention: From Theory into Practice*, London, HMSO, 1986.

بسترهای توسعه اعمال قوانین جزایی در مکان*

- سید محمود میرخلیلی^۱
- علیرضا رحمانی نعیم آبادی^۲
- ابوذر سالاری فر^۳

چکیده

بر پایه اصول حقوق کیفری، اصل کلی آن است که در قلمرو یک کشور دادگاه‌های آن کشور صرفاً قوانین جزایی خود را اعمال می‌کنند، در حالی که در حقوق خصوصی این امکان که دادگاه‌های یک کشور قوانین کشور دیگری را اجرا کنند، اصولاً وجود دارد. اصل عدم اعتبار قوانین جزایی دیگر کشورها، برای دادگاه‌های جزایی اصلی است که به شکل سنتی در روابط کشورها و در عرصه حقوق جزای بین‌الملل وجود داشته است. در واقع، کشورهای مختلف اعمال مطلق و بدون استثنای این اصل را از شاخه‌های اقتدار در حاکمیت خود می‌دانند. در عین حال، نیازهای جوامع امروزی باعث شده است تا کشورهای

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۷/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۲/۱۴.

۱. دانشیار دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) (mirkhalili@ut.ac.ir).

۲. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی (alireza65law@gmail.com).

۳. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی و عضو هیئت علمی (abuzar.salarifar@gmail.com).

مختلف، به صورت استثنایی به تبدیل این اصل پرداخته و مواردی چون نهاد انتقال محکومان به حبس، نیابت قضایی بین‌المللی و غیره را پذیرند. رویکرد مقنن ایرانی نیز در زمینه اصل عدم اعتبار قوانین جزایی بیگانه و قاعده منع محاکمه مجدد از ابتدای قانون‌گذاری تا کنون متفاوت بوده است؛ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با گرت‌برداری از قوانین قبلی از جمله قانون ۱۳۵۲ و در راستای مقررات حقوق جزای بین‌الملل، قاعده منع محاکمه مجدد را احیا نموده و اصل عدم اعتبار قوانین جزایی بیگانه را کم‌رنگ ساخته است.

واژگان کلیدی: قوانین جزایی بیگانه، حقوق جزای بین‌الملل، انتقال محکومان، قاعده منع محاکمه مجدد، نیابت قضایی.

مقدمه

از دیرباز، اصل صلاحیت سرزمینی از اصول زیربنایی حقوق کیفری است که نشانه اقتدار ملی به شمار می‌رود و دولت‌ها همواره به پاسداری از آن پرداخته و اجرای بی‌چون و چرای آن را گویای حاکمیت مطلق خود دانسته‌اند. امروز، بر پایه این اصل کسی که مرتکب بزه شود کشور متبوع، صلاحیت رسیدگی به آن را دارد و بر مبنای تحقق بزه در این کشور و به دلیل در دسترس بودن مرتکب آن، این کشور به نحو مطلوب‌تری می‌تواند اهداف حقوق کیفری را تأمین نماید. این در حالی است که با گسترش روابط کشورها و سهولت جابه‌جایی، افراد زیادی به قصد مسافرت کشور خود را ترک می‌کنند و به محض ورود به کشور مقصد، تابع قانون کیفری آن کشور می‌گردند و به فرض ارتکاب بزه، آن کشور بر اساس اصل صلاحیت سرزمینی واجد صلاحیت رسیدگی به بزه آن‌هاست. با وجود این، عمدتاً خانواده و نزدیکان این افراد در کشور متبوع خود به سر می‌برند و به فرض محبوس شدن بزه‌کار در کشور مقصد، مشکلات زیادی گریبان‌گیر آن‌ها می‌شود. همچنین فرد خارجی که در کشور خود مرتکب بزه گردیده و به کشور دیگر رفته است، ممکن است در این کشور بر اساس یکی از اصول صلاحیت (مثل اصل صلاحیت جهانی) به بزه او رسیدگی شود اما در صورت بازگشت به کشور خود ممکن است که آن کشور مجدداً بخواهد به بزه او رسیدگی کند و مجازاتی مضاعف را بر وی تحمیل نماید. حل این تعارض صلاحیت، از آن رو مهم است که بدانیم بر خلاف حقوق بین‌الملل خصوصی که کشورها معمولاً

انعطاف‌پذیری را پیشه خود قرار می‌دهند و حسب مورد، صلاحیت قضایی یا صلاحیت تقنینی متفاوتی برای آن موضوع در نظر می‌گیرند، بدین نحو که ممکن است دادگاه‌های داخلی یک کشور، در آن موضوع مدنی خاص قوانین خارجی را اعمال نمایند،^۱ اما در حقوق کیفری حل تعارض به این سادگی نیست؛ از آن رو که در حقوق کیفری صلاحیت تقنینی و صلاحیت قضایی مکمل یکدیگرند. به سخن دیگر، وقتی قانون‌گذار در یک کشور عملی را بزه بداند به تبع آن، دادگاه‌های آن کشور صالح به رسیدگی هستند، لذا نحوه رسیدگی در دادگاه و به تبع آن، مجازات و اعمال آن بر اساس حقوق داخلی است. به دلیل پیوستگی و ارتباط تنگاتنگ حقوق کیفری با حاکمیت ملی، دولت‌ها گمان می‌برند که در بیکار صلاحیت قوانین کیفری، با کوتاه آمدن، خدشه‌ای به حاکمیت ملی آن‌ها وارد خواهد شد؛ گمانی که سال‌ها بر حقوق کیفری سایه افکنده بود و اصلی را با عنوان «اصل عدم صلاحیت قوانین کیفری خارجی» ایجاد کرد. اما خودنمایی این اصل به درازا نکشید و امروز به دلیل نیازهای اجتماعی و حقوق بشری شاهد تعدیل این اصل در سطح بین‌المللی و داخلی هستیم. در این جستار می‌کوشیم به بیان مواردی پردازیم که می‌تواند نشان‌دهنده تعدیل اصل صلاحیت سرزمینی قوانین جزایی باشد.^۲

۱. مواد ۹۶۷ و ۷ قانون مدنی نمونه‌ای از اعمال قوانین خارجی در دادگاه‌های داخلی است؛ برای نمونه ماده ۷ قانون مدنی بیان می‌دارد: «اتباع خارجه مقیم در خاک ایران، از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات، مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود».

۲. یکی از مواردی که گمان اعتبار قوانین خارجی در آن وجود دارد قاعده «مجرمیت متقابل» است. بدین معنا که عمل بزهکارانه علاوه بر اینکه در کشور صالح به رسیدگی، باید بزه باشد در کشور محل وقوع نیز باید بزه تلقی شود. اگرچه برخی آن را مصداق اعتبار قوانین خارجی می‌دانند (پوربافرانی، ۱۳۹۲: ۱۱) این قاعده نمی‌تواند مصداقی از اعتبار قوانین بیگانه باشد. در واقع، در این قاعده آنچه ما آن را معتبر می‌دانیم نه اعتبار قوانین بیگانه، که اعتبار مقررات حقوق بشری است. به سخن دیگر، در قاعده «منع محاکمه مجدد» نیز یکی از شرایط اولیه و بدیهی این است که عمل طبق قانون محل وقوع نیز بزه باشد در حالی که ما این شرط را به معنای اعتبار قوانین خارجی نمی‌دانیم. بلکه مقصود از اعتبار قوانین کیفری خارجی، ارج نهادن به رسیدگی آن کشور و پیاده کردن گزاره‌های حقوقی آن کشور است. نه اینکه صرف مجرمیت متقابل را مصداق اعتبار قوانین کیفری بیگانه تلقی کنیم. از این رو، در مورد قاعده «مجرمیت متقابل» هیچ اجرائی نسبت به قانون خارجی صورت نمی‌گیرد بلکه ما قانون خود را که برگرفته از گزاره‌های حقوق بشری است اجرا می‌کنیم. به همین دلیل در این جستار قاعده «مجرمیت متقابل» از موارد اعتبار قوانین بیگانه محسوب نشده است.

در ادامه، به بازتاب آن‌ها در حقوق ایران به ویژه با رویکرد به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اشاره می‌گردد. رویکردهای اساسی این مقاله تأکید بر سه موضوع اصلی همکاری‌های بین‌المللی در زمینه تحقیقات مقدماتی، انتقال محکومان در جرایم و قاعده منع محاکمه مجدد است که در دو حالت بازتاب آن در سطح بین‌المللی و داخلی تحلیل می‌شود.

۱. همکاری قضایی در زمینه تکمیل تحقیقات

در آغاز آنچه باعث تعدیل حاکمیت گردید، اعتبار همکاری قضایی کشور خارجی در تکمیل تحقیقات بود. این امر نقطه عطفی بر اعتبار قوانین کیفری کشور خارجی تلقی می‌گردید. از این رو، فردی که در خارج از قلمرو صلاحیت داخلی، بزه‌ی را مرتکب گردیده است ولی به آن جرم رسیدگی نشده است و اکنون در کشور خود به سر می‌برد یا فردی که در کشور صالح بزه را انجام داده ولی دلایل و مدارکی در کشور خارجی دارد که می‌تواند دال بر گناهکار یا بی‌گناه بودن وی باشد، کشور دایعه‌دار صلاحیت با دادن نیابت به کشور خارجی می‌تواند خواستار انجام تحقیقات و اعاده آن‌ها به کشور دارای صلاحیت گردد. از این رو، نیابت قضایی در تکمیل تحقیقات می‌تواند مصداقی از اعتبار قوانین کیفری باشد؛ زیرا وقتی کشور اعطاکننده نیابت تکمیل تحقیقات را خواستار می‌شود کشور مجری نیابت این تحقیقات را بر اساس قوانینی داخلی خود انجام می‌دهد و به کشور معطی نیابت اعاده می‌کند. لذا کشورها اولین گام در اعتبار قوانین کیفری خارجی را با معتبر دانستن قوانین شکلی دولت خارجی به عنوان قوانینی که حاکمیت ملی در آن نمود کمتری دارد، برداشته‌اند؛ گام محکمی که می‌توانست نویدبخش برای دولت‌ها و استثنایی بر عدم اعتبار قوانین کیفری خارجی باشد.

۱.۱. بازتاب همکاری قضایی در زمینه تکمیل تحقیقات در سطح بین‌المللی

امروز، در سطح بین‌المللی کنوانسیون لازم‌الاجرای که به صورت مستقل به بحث معاضدت قضایی در زمینه نیابت قضایی کیفری پردازد، وجود ندارد. اما در سطح منطقه‌ای و قاره‌ای معاهده‌هایی دو یا چندجانبه بین کشورها وجود دارد

که می‌تواند نمونه‌هایی از اعتبار قوانین کیفری خارجی باشد؛ برای نمونه، ماده ۱ معاهده نیابت قضایی و همکاری‌های کیفری بین ایالات متحده آمریکا و ایتالیا^۱ مقرر می‌دارد:

لیست چهارگانه‌ای از انواع معاضدت‌های قابل انجام که مشمول معاهده می‌شوند؛ برای مثال ادای شهادت، جمع‌آوری اسناد، درخواست تحقیق و تعقیب، کشف ضبط یا تودیع شهادت باید بر طبق حقوق یا قانون کشور مورد تقاضا اعمال شود.^۲

۲-۱. بازتاب همکاری قضایی برای تکمیل تحقیقات در سطح داخلی

نیابت قضایی در حوزه صلاحیت داخلی یک کشور از مواردی است که علاوه بر اینکه در قوانین آیین دادرسی کیفری برای تکمیل تحقیقات پیش‌بینی شده است،^۳ در سطح بین‌المللی ایران نیز مانند دیگر کشورها گام‌های مثبتی را در زمینه اعتبار احکام کیفری خارجی برداشته است که از جمله این‌ها می‌توان به موافقتنامه‌های قضایی اشاره کرد که ایران با سایر کشورها به امضا رسانیده است به خصوص که در ایران اندیشه اسلامی بودن قوانین بر مجموعه قوانین سایه افکنده است. از آن جهت این موافقتنامه‌ها به عنوان یکی

1. *U.S.-Italy Mutual Assistance Treaty*, Signed 11/9/1982, Entered into force November, 1985.

۲. همچنین ماده ۴ این معاهده مقرر می‌دارد: «درخواست‌ها باید بر طبق راهکارهای این معاهده و قانون کشور مورد درخواست اجرا شوند».

۳. ماده ۵۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری بیان می‌دارد: «چنانچه تحقیق از متهم یا استماع شهادت شهود و یا معاینه محلی، بازرسی از منزل، جمع‌آوری آلات بزه و به طور کلی هر اقدام دیگر در محلی که خارج از حوزه قضایی دادگاه است لازم باشد، دادگاه رسیدگی کننده با اعطای نیابت قضایی انجام آن را با ذکر صریح موارد از دادگاه آن محل تقاضا می‌نماید. دادگاه اقدامات و تحقیقات مورد تقاضا را انجام داده و اوراق تنظیمی را پس از امضا با سایر مدارک به دست‌آمده نزد دادگاه نیابت‌دهنده اعاده می‌کند».

ماده ۱۱۹ قانون آیین دادرسی جدید که مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۴ تصویب گردید و طبق ماده ۵۶۹ شش ماه بعد از انتشار در روزنامه رسمی یعنی در تاریخ سوم آبان‌ماه لازم‌الاجرا می‌شود (که البته با مهلتی که برای اجرای آن توسط ریاست محترم قوه قضاییه از کمیسیون حقوقی مجلس شورای اسلامی صورت گرفت اجرای آن تا اوایل تیرماه ۱۳۹۴ به تعویق افتاد) نیز بیان می‌دارد: «هرگاه تحقیق از متهم، استماع شهادت شهود و مطلع، معاینه محل، بازرسی از منازل و اماکن و اشیاء، جمع‌آوری آلات و ادوات جرم و به طور کلی هر اقدام دیگری خارج از حوزه قضایی محل مأموریت بازرسی لازم باشد، وی با صدور قرار نیابت قضایی... انجام آن‌ها را از بازرسی محل تقاضا می‌کند...».

از راه‌های اعتبار قوانین کیفری به رسمیت شناخته شده است که وقتی کشور ایران به یک کشور خارجی در زمینه تکمیل تحقیقات نیابت می‌دهد آن کشور بر اساس قوانین شکلی خود این تحقیقات را انجام می‌دهد و آن‌ها را اعاده می‌کند. لذا کشور ما تحقیقاتی را که بر اساس قوانین کشور خارجی انجام شده است، به رسمیت می‌شناسد و آن‌ها را مبنای تحقیقات خود در تکمیل تحقیقات محسوب می‌کند. از جمله قوانینی که در آن‌ها به اعتبار قوانین کیفری کشور خارجی اشاره شده، قانون موافقتنامه‌های همکاری قضایی در زمینه‌های حقوقی، بازرگانی، کیفری، احوال شخصیه، استرداد مجرمان و انتقال محکومان به زندان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری عربی سوریه است. در ماده ۲۱ این توافقنامه بیان شده است:

اجرای نیابت قضایی به وسیله مقام قضایی مورد درخواست برابر قانون آن کشور در مورد شکل لازم‌الاتباع و وسایل اجباری که استفاده از آن جایز است انجام می‌پذیرد.

حتی برخی موافقتنامه‌ها فراتر رفته و در صورت اجرای تحقیقات بر اساس قانون کشور درخواست‌کننده، وقتی می‌توانند آن را اجرا نمایند که قانون مذکور با قانون داخلی خود آن‌ها منافات نداشته باشد. به سخن دیگر، قانون‌گذار در تعارض قانون کشور درخواست‌کننده با کشور اجراکننده نیابت، تقدم و برتری را با قانون اجراکننده نیابت می‌داند.^۱ بنابراین، هرچند اعتبار قوانین کیفری کشور خارجی فقط مربوط به قوانین شکلی و برای تکمیل تحقیقات می‌باشد، نقطه عطفی برای ارج نهادن به قوانین کیفری خارجی است.

۲. قراردادهای انتقال محکومان

اصل سرزمینی بودن از اصول زیربنایی حقوق کیفری است که هم شامل اساس قانون

۱. بند ۱ ماده ۱۲ قانون موافقتنامه همکاری‌های حقوقی و قضایی در امور مدنی، تجاری، احوال شخصیه و جزایی بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت کویت اذعان می‌دارد: «۱. مرجع طرف درخواست‌شونده، درخواست نیابت قضایی را طبق قانون خود اجرا خواهد کرد. مرجع مزبور می‌تواند بنا به درخواست طرف درخواست‌کننده، قانون آن دولت را چنانچه با قوانین داخلی خود منافاتی نداشته باشد به مورد اجرا گذارد.»

می‌گردد و هم اجرای آن‌ها را در بر می‌گیرد. به سخن دیگر، قوانین کیفری یک کشور در خارج از قلمرو آن کشور نه تنها پذیرفته نیست، بلکه اجرا هم نمی‌شود. از نگاه دیگر، وقتی یک کشور خارجی قوانین کشور دیگر را به رسمیت نمی‌شناسد به طریق اولی این قوانین را هم اعمال نمی‌کند. اما این اصل هنگامی که قراردادهای انتقال محکومان مطرح گردید، به طور ملموسی تعدیل شد. منظور از انتقال محکوم این است که فردی که در کشور خارجی بزه‌ی را مرتکب شده و به بزه او رسیدگی و حکم صادر شده است، در حین گذراندن مدت اجرا طبق این موافقتنامه و با وجود شرایطی، به کشور متبوع خود برای گذراندن مابقی مدت، انتقال داده می‌شود. برای رسیدن به اهداف حقوق کیفری از جمله بازاجتماعی شدن خود محکوم و بازگشت مجدد او به اجتماع و همچنین صرفه اقتصادی و بسیاری از دلایل دیگر این موافقتنامه‌ها به امضا می‌رسد.

بنابراین، بر خلاف معاضدت‌های قضایی در زمینه تکمیل تحقیقات، این موافقتنامه‌ها علاوه بر به رسمیت شناختن اعتبار قوانین شکلی خارجی، مرجع صالح و صدور حکم و قوانین ماهوی این کشورها را نیز به رسمیت می‌شناسد. نتیجه منطقی این اعتبار، معتبر دانستن آثار این انتقال در کشور اجراکننده حکم است. به همین دلیل در موافقتنامه‌هایی که به تصویب می‌رسد یکی از شرایط اساسی در آن‌ها مجرمیت متقابل است؛ زیرا منطقی نخواهد بود که حکم صادره از کشور خارجی را قبول داشته باشیم و آن را اجرا کنیم ولی هیچ آثاری بر آن بار نکنیم. از این رو، آثار داشتن این انتقال از نتایج منطقی این انتقال خواهد بود و لازمه آن هم مجرمیت متقابل است؛ برای نمونه، فردی که در کشور خارجی به حبس محکوم شده است و برای گذراندن مابقی مدت به ایران انتقال داده می‌شود بعد از اتمام مدت، این حکم از اعتبار امر مخومه برخوردار است و مشمول عناوین تشدید، تعدد، تکرار و... می‌شود و لازمه وجود چنین آثاری نیز بزه بودن عمل در کشور ادامه‌دهنده محکومیت است. به همین دلیل تبصره ماده ۱۷۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸ و به دنبال آن تبصره ۲ ماده ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به درستی احکام دادگاه‌های خارجی نسبت به اتباع ایرانی را مشمول مقررات مربوط به

مرور زمان می‌داند.^۱ همین‌طور با انتقال محکوم به کشور اجراکننده رابطه محکوم با کشور صادرکننده حکم قطع نمی‌شود؛ زیرا اگر در حین اجرا جنبه مجرمانه بودن عمل از قانون کشور صادرکننده برداشته شود عملیات اجرا متوقف می‌شود. این همان اثری است که احکام صادره در داخل کشور دارند.^۲ ماده ۸۰ قانون موافقتنامه ایران و سوریه نیز در صدد بیان این اثر اذعان می‌دارد:

احکام صادره در کشور صادرکننده حکم همان آثار قانونی را در مقررات کیفری در کشور اجراکننده حکم دارد....

۱-۲. بازتاب انتقال محکومان در اسناد بین‌المللی

در سطح بین‌المللی اولین سندی که به تصویب رسید و مبنای بسیاری از کشورها در زمینه قراردادهای انتقال محکومان گردید، کنوانسیون شورای اروپا درباره محکومان بود که در تاریخ ۲۱ مارس ۱۹۸۳ در استراسبورگ به امضا رسید و از تاریخ اول ژوئیه ۱۹۸۵ لازم‌الاجرا شد.^۳ این کنوانسیون بر خلاف کنوانسیون‌های مشابه، محدود به جامعه اروپا نمی‌شود. به همین دلیل از ۶۴ عضو این کنوانسیون ۱۶۰ کشور عضو آن غیر اروپایی هستند و علاوه بر آن ماده ۳ این کنوانسیون نیز به این موضوع اشاره می‌کند بدین نحو که: «هر کشوری در هر زمان می‌تواند به این کنوانسیون بپیوندد».

سند دیگر، سند نمونه سازمان ملل درباره انتقال زندانیان خارجی است که در ۱۳ دسامبر ۱۹۸۵ به تصویب مجمع عمومی این سازمان رسید. دیوان بین‌المللی کیفری نیز از جمله مهم‌ترین مقررات بین‌المللی است که به مبحث انتقال محکومان

۱. تبصره ماده ۱۷۴: «احکام دادگاه‌های خارج از کشور نسبت به اتباع ایرانی در حدود مقررات و موافقتنامه‌های قانونی مشمول مقررات این ماده می‌باشد». تبصره ۲ ماده ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی: «مرور زمان اجرای احکام دادگاه‌های خارج از کشور درباره اتباع ایرانی در حدود مقررات و موافقتنامه‌های قانونی، مشمول مقررات این ماده است».

۲. بند الف ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی: «اگر رفتاری که در گذشته جرم بوده است به موجب قانون لاحق جرم شناخته نشود حکم قطعی اجرا نمی‌شود و اگر در جریان اجرا باشد اجرای آن موقوف می‌شود. در این موارد و همچنین در موردی که حکم قبلاً اجرا شده باشد هیچ‌گونه اثر کیفری بر آن مترتب نیست».

۳. کنوانسیون شورای اروپا دارای پروتکل الحاقی است که در ۱۸ دسامبر ۱۹۹۷ به امضا رسیده است.

پرداخته است.^۱ بند ۱ ماده ۱۰۳ دیوان، بحث اجرای مجازات زندانی را بیان می‌دارد که در سرزمین چه کشوری باید اجرا شود. ماده ۱۰۴ نیز در بند ۱ و ۲ در مورد تغییر دولت اجراکننده حکم می‌باشد و این تصمیم را به دیوان داده است تا تحت شرایطی، محکوم علیه را به زندان دولت دیگری منتقل نماید (شریعت باقری، ۱۳۸۶: ۱۶۱).

۲-۲. بازتاب انتقال محکومان در سطح داخلی

در حقوق کیفری ایران با توجه به اسلامی بودن حکومت و حکمفرمایی اندیشه احکام اسلامی بر همه ایرانی‌ها در همه مکان‌ها، در پذیرفتن توافق انتقال محکومان از کشور خارجی تردید می‌شود به خصوص که قاضی خارجی درجه اجتهاد در صدور حکم را ندارد. لذا برای رفع این تردید باید به دو سؤال مهم پاسخ داد: اول اینکه آیا منصب قضا منصبی حکومتی و از وظایف امام و نایب اوست یا خیر؟ دوم اینکه به فرض پذیرفتن این توافق آیا باید این انتقال را محدود به جرایم تعزیری کرد یا همه جرایم اعم از جرایم مستوجب حد و جرایم مستوجب قصاص و جرایم تعزیری را در بر می‌گیرد؟

از نظر فقهای شیعه، مبدأ و منشأ قضاوت حکومت است و در بینش اسلامی حکومت از آن خداست و برگزیدگان او، و بعد از امامان معصوم در زمان غیبت، قضات با اذن امام این وظیفه را بر عهده دارند (انصاری، ۱۳۷۱: ۲۷). همچنین در کتب فقهی بحثی است با این عنوان که آیا شخص جائز توانایی قضاوت را دارد و می‌توان رأی وی را قبول کرد یا خیر؟^۲ در آنجا بیان می‌کنند که در صورت اختیار، قبول آن حرام می‌باشد مگر آنکه قبول آن موجب تأیید ظالم و معاونت در گناه نباشد و امکان دادرسی به حق وجود داشته باشد (همان: ۱۹۳). لذا در همانجا نیز قضاوت شخص غیر مجتهد و جائز در صورت وجود شرایط، جایز شمرده شده است، در حالی که هر شخص غیر مجتهدی لزوماً جائز و ظالم نیست و به طریق اولی می‌تواند قضاوت کند.

۱. نمایندگان ۱۶۰ کشور جهان پس از بیش از یک ماه بررسی (از ۱۵ ژوئن تا ۱۷ ژوئیه ۱۹۹۸) در رم توانستند پیش‌نویس اساسنامه‌های دیوان کیفری بین‌المللی را تدوین نمایند؛ پیش‌نویسی که از اول جولای ۲۰۰۲ لازم‌الاجرا شد.

۲. جائز به معنای ظالم و ستمگر و مقصود از قاضی جائز یعنی قاضی ظالم یا قاضی که شرایط قضاوت اسلامی را ندارد.

افزون بر آن در اینجا می‌توان بر اساس مصلحت عمل کرد و حکم قاضی خارجی را جایز دانست؛ همان چیزی که مبنای پذیرش ماده ۵ قانون مجازات اسلامی پیشین در مورد صلاحیت واقعی شد.^۱ به نظر می‌رسد مقنن ما نیز با واقف بودن به این موضوع در سال ۱۳۷۸ با تصویب قانون موافقتنامه بین ایران و آذربایجان به این تردیدها پایان داد.^۲

سؤال دوم این است که آیا این توافقنامه‌ها محدود به جرایم تعزیری^۳ می‌شود یا همه جرایم را در بر می‌گیرد؟ این تردید زمانی ایجاد می‌شود که بدانیم جرایم حدی و جرایمی که مجازات قصاص دارند از جرایم دارای مجازات ثابت و غیر قابل تغییر و تبدیل هستند و هیچ گاه قابلیت تخفیف و کفالت (به ویژه در مورد حد) ندارند به خصوص که مقنن ما علی‌رغم واقف بودن به این موضوع در هیچ یک از قراردادهای منعقدشده به این امر اشاره نکرده و تنها شرط مجرمیت متقابل را بیان داشته است. از سوی دیگر، ایده اعتبار قوانین کیفری در مورد همه جرایم زمانی تقویت می‌شود که بر پایه دیدگاهی فقهی بدانیم که: اقامه حدود در زمان غیب جایز نیست و حتی بر آن ادعای اجماع شده است؛ چون اجرای حدود از وظایف امام علیه السلام است و منظور از امام نیز امام معصوم می‌باشد و اینکه اقامه حدود مستلزم آزار بدنی است و در این حالت تنها پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم و امامان معصوم علیهم السلام حق اعمال آن را دارند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۸۶/۲۱). باید گفت که علت اصلی نپذیرفتن اعتبار قوانین خارجی، مربوط به اصل قضاوت و شرایط قاضی است که در نهایت گفته شد قاضی تحت شرایطی می‌تواند غیر مجتهد باشد. به

۱. در اختلافی که بین مجلس شورای اسلامی با شورای نگهبان در مورد ماده ۵ بود. در نهایت مجمع تشخیص مصلحت نظام با در نظر گرفتن مصلحت، این ماده را آن گونه که در قانون مجازات اسلامی پیشین وجود داشت، تصویب کرد.

۲. برای نمونه، شورای نگهبان در مقام اعلام مغایرت مصوبه مورخ ۸/۸/۳۰ مجلس درباره موافقتنامه معاضدت قضایی و انتقال محکومان با جمهوری عربی سوریه اعلام کرد که: «ماده... از این جهت که اطلاقش شامل اجرای... رأی صادره توسط قاضی غیر واجد شرایط و غیر منصوب می‌گردد خلاف موازین شرع می‌باشد». اما در نهایت مجمع تشخیص با رعایت مصلحت این موافقتنامه را تصویب کرد.

۳. در قانون پیشین، جرایم به پنج دسته حدود، قصاص، دیات، تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده تقسیم می‌شدند اما در تاریخ ۱۳۹۲/۲/۱ قانون‌گذار در ماده ۱۴، مجازات‌ها را به چهار قسم حد، قصاص، دیه و تعزیر تقسیم نمود تا به اختلافاتی که در حوزه جرایم بازدارنده بود پایان دهد و در واقع جرایم بازدارنده را نوعی جرم تعزیری دانست.

سخن دیگر، علت اصلی تردید در پذیرفتن توافقنامه‌های انتقال محکومان مربوط به منصب قضاست و این امر ارتباطی به نوع جرایم و اینکه بزه تعزیری باشد یا حدی یا دارای مجازات قصاص، ندارد. وقتی ما اعتبار قاضی کشور خارجی را پذیرفتیم یعنی او را صالح برای صدور حکم می‌دانیم و این امر محدود به نوع بزه نمی‌شود بلکه همه جرایم را در بر می‌گیرد. افزون بر آن، با نگاهی عمیق‌تر مشخص می‌شود که جرایم حدی و جرایم مستوجب قصاص سالبه به انتفای موضوع و خلاف هدف و مبنای این موافقتنامه‌ها هستند؛ چون هدف از انعقاد چنین موافقتنامه‌هایی این است که با انتقال فرد محکوم به کشور متبوع خود در جهت بازاجتماعی کردن فرد و حمایت از اتباع گام برداریم. جرایمی که سپری شدن مجازات‌های آن نیاز به گذشت زمان دارد در حالی که مجازات‌های حدی و قصاص به هیچ عنوان با این هدف همخوانی ندارند و اعمال این مجازات‌ها نیز بدون نیاز به گذشت زمان در یک لحظه محقق می‌شود، به ویژه که یکی از شرایط انتقال محکوم این است که شخص محکوم به این انتقال رضایت دهد و بدیهی است که فرد محکوم، مجازات سلب آزادی یا محدودیت آزادی (آن هم در کشور خارجی) را فدای اجرای حد یا قصاص در کشور متبوع خود نمی‌کند. جرایم تعزیری اشخاص حقیقی نیز دارای مجازات‌های مختلفی هستند،^۱ از جمله شلاق، حبس، جزای نقدی، انفصال از خدمات دولتی، محرومیت از حقوق اجتماعی، ممنوعیت از اقامت در محل معین یا اقامت اجباری در محل معین. همان طور که گفته شد هدف از انتقال محکوم به کشور متبوع خود اجرای بهتر مجازات‌هایی است که اجرای آن‌ها در طول زمان شکل می‌گیرد و نیز نزدیک شدن مجرم به خانواده خود و آشنایی بیشتر او با شرایط و محیط. لذا تنها جرایم سالب آزادی (حبس) و محدودکننده آزادی (منع از اقامت در محل معین یا اقامت اجباری در محل معین) مشمول این قراردادها می‌شوند. به همین دلیل قانون‌گذار در بعضی از موافقتنامه‌های انتقال به درستی به این امر اشاره کرده است.^۲ اما

۱. مواد ۱۹، ۲۰ و ۲۳ قانون مجازات اسلامی به کیفرهای تعزیری در مورد اشخاص حقیقی و حقوقی اشاره دارند. وقتی به موافقتنامه‌های انتقال محکومان و مجازات‌های مشمول آن و ماهیت آن‌ها و نیز اهداف این موافقتنامه‌ها نظر می‌اندازیم تردیدی نمی‌ماند که این موافقتنامه‌ها تنها اشخاص حقیقی را در بر می‌گیرند.

۲. بند ۲ ماده ۶۷ قانون موافقتنامه بین ایران و سوریه و بند ۳ ماده ۵۷ قانون موافقتنامه بین ایران و ترکیه نیز به این امر اشاره می‌کنند.

همچنان یک ابهام وجود دارد و آن ابهام مربوط به موردی است که بدانیم تقسیم‌بندی پذیرفته‌شده مربوط به جرایم در اکثر کشورها، تقسیم‌بندی جرایم به جنایت، جنحه و خلاف است؛ تقسیم‌بندی که قانون ما آن را پذیرفته و به وارونه آن، تقسیم‌بندی جرایم به حد، قصاص، دیه و تعزیر را پذیرفته است. وقتی که شخص در کشور خارجی به جنایت یا جنحه یا خلافتی که مجازات سالب یا محدودکننده آزادی دارد، محکوم می‌شود و طبق قانون به کشور ایران برای گذشت مابقی مدت، انتقال داده می‌شود چه اقدامی باید انجام داد؟ راه حلی که بیان شده و کشور ما نیز در برخی موافقتنامه‌ها به آن اشاره کرده است راه حل تبدیل محکومیت^۱ است؛ راه حلی که کنوانسیون شورای اروپا نیز در قسمت الف بند ۱ ماده ۱۱ خود به آن اشاره کرده است،^۲ برای نمونه بند ۲ ماده ۵۷ قانون موافقتنامه همکاری حقوقی در امور مدنی و کیفری بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری ترکیه مصوب ۱۳۸۹/۹/۳۰ بیان می‌دارد:

در صورتی که محکومیت از لحاظ ماهیت یا مدت با قانون کشور اجراکننده مغایرت داشته باشد یا قانون آن کشور چنان مقرر دارد، مرجع صلاحیت‌دار کشور اجراکننده حکم، محکومیت را به مجازات مقرر برای همان نوع جرایم در قانون خود تبدیل خواهد کرد، مجازات مزبور تا جایی که امکان‌پذیر باشد از لحاظ ماهیت با ماهیت محکومیت مقرر در حکم کشور صادرکننده منطبق خواهد بود. مجازات تعیین‌شده در کشور اجراکننده نباید از لحاظ ماهیت و مدت از مجازات وضع‌شده توسط کشور صادرکننده سنگین‌تر باشد و نباید از حداکثر مقرر به موجب کشور اجراکننده برای همان نوع جرایم بیشتر باشد.

بند ۳ ماده ۵۷ نیز به این امر اشاره می‌کند.^۳

در نهایت می‌توان گفت که موافقتنامه‌های انتقال محکومان به مجازات سالب آزادی و محدودکننده آزادی، جلوه‌ای از ارج نهادن به قوانین کیفری خارجی است که

1. Conversion of sentence.

۲. دادگاه کشور اجراکننده باید نسبت به عملی که در حکم به طور صریح یا ضمنی ذکر شده ملزم باشند. قسمت ب از بند ۱ ماده ۹ نیز این شرط را بیان می‌دارد.
۳. بند ۳ ماده ۵۷ موافقتنامه‌های بین ایران و ترکیه: «مرجع صلاحیت‌دار کشور اجراکننده به یافته‌ها در کشور صادرکننده در مورد وقایع ملتزم خواهد بود و نمی‌تواند هیچ مجازات دیگری به جای مجازات محدودکننده آزادی را جایگزین کند».

کشور ما نیز از سال ۱۳۷۸ با انعقاد این موافقتنامه‌ها از اعتبار قوانین کیفری خارجی محدود به کشورهای طرف قرارداد حمایت کرده است.

۳. قاعده منع تعقیب و محاکمه مجدد

قاعده منع تعقیب و محاکمه مجدد^۱ در حقوق جزای بین‌الملل از جمله مواردی است که نشان‌دهنده اعتبار قوانین کیفری خارجی است. از این قاعده در حقوق داخلی با عنوان اعتبار امر محکوم^۲ یا اعتبار قضیه محکوم بها تعبیر می‌شود. منظور از این قاعده این است که اگر مرجع قضایی صالح به بزه فردی به دلیل وجود اتهام، رسیدگی کند، حکم صادر نماید، طرق عادی اعتراض سپری شود و حکم قطعیت یابد (اعم از اینکه حکم محکومیت یا برائت صادر شده) و محکومیت او اجرا شود یا به طرق قانونی لغو گردد از اعتبار امر مختومه برخوردار است و امکان رسیدگی مجدد به بزه اتهامی پیشین این فرد نیست. ماده ۱۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب^۲ و ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری^۳ نشان‌دهنده اعتبار این قاعده نسبت به احکام کیفری داخلی است. برای اعتبار این قاعده حقوق‌دانان سه شرط را ذکر کرده‌اند که عبارت‌اند از: ۱. واحد بودن رفتار مجرمانه (وحدت موضوع) ۲. هدف اعمال مجازات یا اقدام تأمینی تربیتی و اعاده نظم (وحدت سبب) و وحدت اصحاب دعوی که یک طرف آن دادرست و طرف دیگر آن متهم (خالقی، ۱۳۸۸: ۲۳۳). این قاعده که در راستای حمایت از فرد و عدم مجازات مجدد فرد به دلیل ارتکاب عمل واحد و همچنین حفظ امنیت شهروندان ایجاد شده قاعده‌ای کاملاً منطقی و عقلی است که سال‌هاست جنبه بین‌المللی به خود گرفته است.

1. Non bis in idem (Ne bis in idem).

۲. ماده ۱۸: «... در مورد آرای قطعی، جز از طریق اعاده دادرسی و اعتراض ثالث به نحوی که در قوانین مربوط مقرر است نمی‌توان رسیدگی مجدد نمود...».

۳. ماده ۶: «تعقیب امر جزایی و اجرای مجازات که طبق قانون شروع شده باشد موقوف نمی‌شود مگر در موارد زیر: ... پنجم- اعتبار امر مختومه.»

ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی ۱۳۹۲ نیز بیان می‌دارد: «تعقیب امر کیفری که طبق قانون شروع شده است و همچنین اجرای مجازات موقوف نمی‌شود، مگر در موارد زیر: ... ج- اعتبار امر مختومه.»

۳-۱. بازتاب قاعده منع تعقیب و محاکمه مجدد در سطح بین‌المللی

همواره در سطح بین‌المللی، قاعده منع تعقیب و مجازات مجدد متهم در ردیف سایر اصول اساسی حقوق کیفری قرار گرفته و در کنار اصل برائت و اصل عطف به ماسبق نشدن به آن توجه شده است و این، نشان‌دهنده اهمیت است که این اصل در راستای تضمین حقوق و امنیت فردی دارد.^۱ اما در سطح اساسنامه‌های بین‌المللی اولین دادگاه کیفری بین‌المللی که صریحاً قاعده منع تعقیب و محاکمه مجدد را بیان داشت، دادگاه کیفری بین‌المللی نورنبرگ بود که در ۸ اوت ۱۹۴۵ توسط دولت‌های پیروز جنگ جهانی دوم ایجاد شد. ماده ۱۰ بیان می‌دارد در آن دسته از دعاوی که گروه یا سازمانی توسط دادگاه نظامی نورنبرگ مجرمانه اعلام شده است، دادگاه ملی صلاحیت دار، مجاز به محاکمه افراد به لحاظ عضویت در آن گروه یا سازمان است. ماده ۱۱ نیز بیان‌کننده قاعده منع تعقیب مجدد در خصوص بزه عضویت افراد در سازمان‌ها و گروه‌های مجرمانه توسط دادگاه‌های دیگر بود.^۲ اساسنامه دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق^۳ نیز

۱. هرچند اعلامیه جهانی حقوق بشر به صراحت به این امر اشاره نمی‌کند و این موضوع از فحواى موادى مانند بند ۲ ماده ۱۱ استنباط می‌شود، سایر قراردادهای بین‌المللی به صراحت به این اصل اشاره می‌کنند: برای نمونه قسمت ذیل بند «ز» ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹ دسامبر ۱۹۶۶ مجمع عمومی سازمان ملل بیان می‌دارد: «هیچ کس را نمی‌توان برای بزهی که به علت اتهام آن به موجب حکم قطعی صادره طبق قانون جزایی هر کشوری محکوم و یا تیره شده، مجدداً مورد تعقیب و مجازات قرار داد». همچنین بند ۲ ماده ۲ قرارداد بین‌المللی راجع به انتشارات و تصاویر مستهجن بیان می‌دارد: «در مورد تعدد صلاحیت، به ویژه هنگامی که در نتیجه اعمال نظریه تلفیق، نظریه عمل و نظریه تعدد صلاحیت سرزمینی پیش می‌آید دولت می‌تواند قاعده منع محاکمه مجدد را به کار بندد». همین طور بند ۱ ماده ۷ قرارداد اروپایی انتقال محکومان مصوب ۱۹۸۳ اشعار می‌دارد: «اگر راجع به بزهی تقاضایی شود که در خصوص آن بزه قبلاً در کشور متقاضی عنه تصمیم قطعی اتخاذ شده باشد آن فرد دیگر تحت تعقیب قرار نمی‌گیرد و اگر شخص یا اشخاص، محکوم به مجازاتی شده باشند مجازات اعمال شده اجرا نمی‌گردد». همچنین ماده ۹ پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری مصوب ۱۹ ژوئیه ۱۹۹۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز به این اصل اشاره دارد. بند ۱ ماده ۹ این قانون مقرر می‌دارد: «هیچ کس را نمی‌توان به علت ارتکاب یک بزه پیش‌بینی شده در این قانون که به سبب آن قبلاً با حکم قطعی یک دادگاه جنایی بین‌المللی محکوم یا تیره شده است، دوباره محاکمه یا مجازات کرد».

۲. هرچند این اساسنامه تنها حالتی را که دادگاه نظامی نورنبرگ حکم صادر نماید مشمول قاعده منع تعقیب مجدد توسط دادگاه‌های ملی می‌داند و نسبت به حالتی که دادگاه داخلی ابتدا به آن بزه رسیدگی می‌کرد، سکوت کرده بود. این نقص در اساسنامه دادگاه‌های پسین رفع شد.

به صراحت به قاعده منع تعقیب مجدد اشاره دارد. به موجب آن اگر کسی قبلاً مطابق اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق محاکمه شده باشد، نباید در دادگاه ملی برای اعمال تشکیل دهنده نقض و تجاوز جدی حقوق بشردوستانه بین‌المللی محاکمه گردد.^۱ لذا دادگاه بین‌المللی از لحاظ صلاحیت مقدم بر دادگاه ملی است و دولت مکلف به پذیرفتن تصمیم دادگاه بین‌المللی است. حالت وارونه آن نیز پیش‌بینی شده است؛ یعنی در صورت رسیدگی ابتدایی توسط دادگاه ملی، دادگاه بین‌المللی حق رسیدگی مجدد را ندارد،^۲ به جز ۲ حالت: ۱. وقتی که دادگاه داخلی به لحاظ معمولی بودن بزه، رسیدگی کرده باشد. ۲. وقتی که رسیدگی دادگاه ملی بی‌طرفانه و مستقل نباشد و منظور از آن محاکمه، رها ساختن متهم از مسئولیت کیفری بین‌المللی باشد، یا مرحله تعقیب و محاکمه به صورت صحیح انجام نگرفته باشد. بند ۳ ماده ۱۰ نیز احتساب مجازات قبلی را بیان می‌دارد.^۳ علاوه بر دادگاه‌های موردی^۴ که این قاعده را نیز بیان داشته‌اند،^۵ دادگاه کیفری بین‌المللی^۶ نیز به این قاعده اشاره کرده است. ماده ۲۰ اساسنامه، مربوط به قاعده منع تعقیب و محاکمه مجدد می‌باشد. بند ۱ ماده ۲۰ مربوط به عدم تعقیب مجدد فرد در دادگاه بین‌المللی است که قبلاً توسط همین دادگاه به بزه او رسیدگی شده است؛ امری که دادگاه یوگسلاوی سابق نسبت به آن سکوت کرده بود. بند ۲ ماده ۲۰ نیز بیانگر عدم محاکمه و مجازات مجدد ملی نسبت به فردی است که قبلاً توسط دادگاه کیفری بین‌المللی به بزه او رسیدگی شده است. بند ۳ نیز حالت وارونه بند ۲ می‌باشد؛ یعنی وقتی که شخص قبلاً توسط دادگاه ملی محکوم یا تبرئه شده باشد، دادگاه کیفری بین‌المللی حق تعقیب مجدد او را ندارد. نکته جالب در

۱. بند ۱ ماده ۱۰ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق.

۲. بند ۲ ماده ۱۰ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق.

۳. این بند بیان می‌دارد که دادگاه بین‌المللی میزان مجازات تحمیل شده به شخص مورد نظر را توسط دادگاه ملی نسبت به همان عملی که قبلاً اعمال شده، احتساب و کسر می‌نماید.

4. Ad hoc.

۵. مانند ماده ۹ دادگاه سیرالئون، ماده ۹ دادگاه رواندا، دادگاه ویژه سیرالئون که توسط قطعنامه ۱۳۱۵ شورای امنیت در ۱۴ آگوست ۲۰۰۰ و دادگاه بین‌الملل رواندا که به موجب قطعنامه ۹۵۵ شورای امنیت در ۸ نوامبر ۱۹۹۴ ایجاد شد.

6. ICC: International criminal court.

قیاس دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق با دادگاه کیفری بین‌المللی این است که در دادگاه یوگسلاوی سابق اصل بر صلاحیت دادگاه بین‌المللی بود؛ یعنی زمانی که این دادگاه به بزه‌ی رسیدگی کرد، دادگاه ملی حق رسیدگی به آن بزه را نداشت اما در دادگاه کیفری بین‌المللی اصل بر صلاحیت دادگاه داخلی است و در صورت عدم رسیدگی دادگاه داخلی، دادگاه بین‌المللی صلاحیت رسیدگی را دارد. بنابراین، با رسیدگی دادگاه داخلی، دادگاه کیفری بین‌المللی حق رسیدگی را نداشت مگر اینکه رسیدگی دادگاه داخلی به منظور رهایی شخص از مسئولیت کیفری جنایات مشمول صلاحیت دادگاه کیفری بین‌المللی باشد یا دادرسی مستقل و بی‌طرفانه مطابق با اصول شناخته‌شده در حقوق بین‌الملل صورت نگرفته باشد و خلاف عدالت رسیدگی شده باشد. بنابراین، بر خلاف توافقتنامه‌های انتقال محکومان که جنبه‌ی نوپای اعتبار قوانین کیفری است، قاعده‌ی منع تعقیب و مجازات مجدد متهم از قواعد پذیرفته‌شده‌ی حقوق جزای بین‌الملل است که سابقه‌ای دیرینه در حقوق جزای بین‌الملل در اعتبار بخشیدن به قوانین کیفری خارجی دارد (حبیب‌زاده و همکاران، ۱۳۸۴: ش ۵۴/۴۱).

۳-۲. بازتاب قاعده‌ی منع تعقیب و مجازات مجدد متهم در سطح داخلی

اگر شخصی در داخل کشور بزه‌ی را مرتکب شود طبق اصل زیربنایی حقوق کیفری -یعنی اصل صلاحیت سرزمینی- به بزه او رسیدگی می‌شود و بعد از رسیدگی و محکومیت یا برائت، این حکم از اعتبار امر مختومه برخوردار است و نمی‌توان او را مجدداً به دلیل ارتکاب همان بزه مورد رسیدگی قرار داد. ابهام در جایی است که فردی در خارج از کشور بزه‌ی را مرتکب شده و به بزه او رسیدگی گردیده و محکوم یا تبرئه شده است، اما در صورتی که این بزه در ایران یافت شود و ایران به دلیل وجود یک عضو خارجی (رابطه‌ی تابعیت، ماهیت یا شدت بزه) صلاحیت رسیدگی به این بزه را داشته باشد، آیا باید به رسیدگی دادگاه خارجی احترام گذاشت و رسیدگی مجدد را آغاز نکرد یا اینکه بدون توجه به رسیدگی قبلی باید مجدداً فرد را به دلیل همان رفتار پیشین محاکمه کرد؟ بنابراین، جایگاه این قاعده در حقوق جزای بین‌الملل مربوط به زمانی است که در یک بزه ارتكابی یک عنصر خارجی دخالت داشته باشد و بر مبنای این عنصر نیز تعدد

صلاحیت پیش می‌آید که کشورها معمولاً برخورد یکسانی در تقابل با هر کدام از صلاحیت‌ها در حوزه حقوق جزای بین‌الملل دارند. در صورتی که فردی به دلیل ارتکاب بزه، محکوم یا تبرئه شده باشد و کشور دیگر بر مبنای اصل صلاحیت سرزمینی، خواستار رسیدگی مجدد باشد، قاعده منع تعقیب و مجازات مجدد را اعمال نمی‌کند؛ زیرا مهم‌ترین کشوری که با ارتکاب این بزه لطمه دیده و نظم اجتماعی او به هم خورده است کشور محل وقوع است، لذا مهم‌ترین کشوری هم که می‌تواند مرتکب را مجازات کند کشور محل وقوع بزه است (خالقی، ۱۳۸۸: ۲۵۳). اما در مقام اعمال اصل صلاحیت شخصی^۱ یعنی جایی که دولتی بر مبنای رابطه تابعیت با شخص مرتکب، خواستار رسیدگی مجدد و محاکمه اوست بر اساس نظر غالب، این قاعده را قابل اعمال می‌دانند و از رسیدگی مجدد خودداری می‌کنند (پوربافرانی، ۱۳۹۲: ۵۵). در جایی که کشوری قصد رسیدگی مجدد بر مبنای رابطه تابعیت با مجنی علیه این بزه را دارد نیز قاعده منع تعقیب و مجازات مجدد رعایت می‌شود و آن کشور از رسیدگی مجدد خودداری می‌کند^۲ (همان: ۱۰۳). در مورد رسیدگی کشور دوم بر مبنای مهم بودن بزه ارتكابی^۳ نیز کشورها معمولاً رعایت این قاعده را جایز نمی‌دانند و فرد را مجدداً مورد رسیدگی و مجازات قرار می‌دهند؛ زیرا مجنی علیه این جرایم در واقع دولت است و این بزه علیه منافع حیاتی یک کشور است که معمولاً در کشور دیگر بزه به حساب نمی‌آید، لذا نمی‌توان توقع رسیدگی را از آن کشور داشت (همان: ۱۳۶). اما در جایی که کشوری به دلیل شدت بزه ارتكابی^۴ خواستار رسیدگی مجدد است این قاعده کاملاً رعایت می‌شود (همان: ۱۸۴) به این دلیل که این صلاحیت در مقام رفع نقص قواعد دیگر و جلوگیری از بی‌مجازات ماندن مرتکب است لذا با رسیدگی یک کشور جایی برای رسیدگی مجدد کشور دیگر بر مبنای این صلاحیت باقی نمی‌ماند. اما سؤال این بود که آیا قاعده منع تعقیب و مجازات مجدد با وجود یک عضو خارجی به خصوص

1. Nationality principle or Personality principle.

۲. اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی علیه (Passive personality principle).

۳. اصل صلاحیت واقعی (Protective principle).

۴. اصل صلاحیت جهانی (The principle of universal jurisdiction).

با توجه به اسلامی بودن ایران قابلیت اعمال دارد یا خیر؟ در مورد اصولی که در سایر کشورها با توجه به مبنا و هدف آن صلاحیت‌ها این قاعده پذیرفته نشده است ایران نیز می‌تواند چنین اعتقادی را داشته باشد به خصوص که مواد مربوط به این اصول صلاحیتی (مواد ۳ و ۵ قانون مجازات اسلامی پیشین و فعلی) به دلیل مطلق بودنش و همسو با رویه سایر کشورها و تمایل شدیدی که قانون‌گذار ما نسبت به اجرای قانون داخلی دارد به خصوص با توجه به نگاه برتری‌جویانه‌ای که در نزد مقنن نسبت به قوانین ما یافت می‌شود، تردیدی در این استدلال نمی‌توان داشت. اما درباره سایر اصول صلاحیتی همچنان مشکل باقی است. تا قبل از قوانین راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱ و قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، بعضی از مواد قانون مجازات عمومی حاکی از قبول این قاعده و عدم مجازات مجدد متهم به دلیل فعل ارتكابی واحد بود؛ برای نمونه، شق ۳ بند «و» ماده ۳ قانون مجازات عمومی ۵۲ در مورد شرایط اعمال اصل صلاحیت شخصی بیان می‌داشت:

مرتکب در محل وقوع بزه محاکمه و تبرئه نشده باشد یا در صورت محکومیت، مجازات کلاً یا بعضاً درباره او اجرا نشده باشد.

پیش‌بینی چنین موادی در قانون مجازات عمومی ۵۲ نشان‌دهنده پویایی این قانون و همسویی آن با حرکت جهانی بود اما با تصویب قانون راجع به مجازات اسلامی سال ۶۱ و به دنبال آن قانون مجازات اسلامی سال ۷۰ و به خصوص با توجه به سابقه پذیرش قاعده منع تعقیب و مجازات مجدد و عدم ذکر این قاعده در قوانین سال‌های ۶۱ و ۷۰، اندیشه عدم پذیرش این قاعده بنیاد گرفت و به خصوص با توجه به همسویی آن با اصل عدم اعتبار قوانین کیفری خارجی قوت یافت. اما به نظر می‌رسد در قبول این نظر باید تردید کرد؛ زیرا:

۱. در تفسیر قوانین حقوقی اعم از حقوقی و کیفری (به خصوص کیفری با توجه به رابطه این قوانین با جان و آزادی مردم) باید این قوانین را به صورت یک کل و واحد منسجم بدون تجزیه آن در نظر گرفت، البته با این فرض که مقنن با احاطه کامل بر همه این قوانین و به دور از وضع قوانین متعارض که نشان از اراده متعارض است دست به تصویب قوانین می‌زند.

۲. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که در ۱۹ دسامبر ۱۹۶۶ به امضا رسید و توسط قانون‌گذار ایرانی در ۵۱/۸/۲۳ به تصویب رسید و از آنجا که طبق ماده ۹ قانون مدنی: «مقررات عقودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دولت‌ها منعقد شده باشد در حکم قانون است» در حال حاضر مواد این میثاق از قوانین لازم‌الاجرای داخلی محسوب شده و تبعیت از آن برای دادگاه‌ها الزامی است. بند ۷ ماده ۱۴ میثاق مقرر می‌دارد:

هیچ کس را نمی‌توان به دلیل ارتکاب بزه‌ای که برای آن قبلاً به موجب حکم قطعی صادر شده بر طبق قانون آیین دادرسی هر کشوری تبرئه یا محکوم شده است، تعقیب یا مجازات نمود.

این بند به صراحت مبین پذیرش قاعده منع تعقیب و مجازات مجدد متهم در حقوق کیفری داخلی است.

۳. در مبحث حل تعارض قوانین، زمانی که قانون داخلی مؤخر با قانون بین‌المللی تصویب شده توسط دادگاه داخلی در تعارض باشد به گونه‌ای که جمع هر دو و عمل به هر دوی آن‌ها ممکن نباشد در نگاه اول شاید این استدلال به ذهن متبادر شود که قانون داخلی به دلیل بیان آخرین اراده مقنن باید حاکم باشد لذا قانون داخلی لازم‌الاجراست و قانون بین‌المللی نسخ می‌شود. اما راه حلی که در سطح بین‌المللی مطرح شده است و اکثر کشورها نیز به آن ملتزم شده‌اند تقدم قوانین بین‌المللی است؛ چه دولت‌ها ملزم به پایبندی به مقررات بین‌المللی اند تا نظم بین‌المللی حفظ شود.^۱ ماده ۲۷ کنوانسیون وین^۲ مقرر می‌دارد:

۱. دیوان کشور بلژیک در رأی مورخ ۲۷ مه ۱۹۷۱ مقرر داشته است که قاعده قابل اجرای حقوق بین‌الملل قراردادی به واسطه طبیعت خود علی‌رغم مقررات داخلی مخالف با آن به وسیله قاضی ملی اجرا خواهد شد. قانون اساسی هلند راه حل مشابه با آنچه رویه قضایی بلژیک در پیش گرفته پیش‌بینی کرده است. دادگاه قانون اساسی ایتالیا قاعده داخلی مخالف با قاعده قابل اجرای بین‌المللی را فاقد قدرت اجبارکننده دانسته است. دیوان کشور فرانسه نیز با این راه حل موافق است.

2. Vienna Convention on the law of treaties, 1969.

این کنوانسیون در ۲۲ مه ۱۹۶۹ تصویب شد و در ۲۷ ژانویه ۱۹۸۰ لازم‌الاجرا گردید. دولت ایران در

۲۳ ماه مه ۱۹۶۹ آن را امضا کرد ولی هنوز به تصویب نرسانده است.

هیچ دولتی نمی‌تواند به استناد قوانین و مقررات داخلی نقض حقوق بین‌المللی را توجیه کند.

دیوان دادگستری جامعه اروپا نیز در یکی از آرای خود محاکم ملی را از اجرای مقررات داخلی مغایر با احکام عهدنامه‌های خارجی بازداشته است (امیدی، ۱۳۸۹: ۱۰۵). بنابراین، حتی به فرض وجود قانون داخلی معارض با مقررات بین‌المللی تصویب‌شده در محاکم داخلی به نحوی که قانون داخلی مؤخر، معارض با قانون بین‌المللی که بیان‌کننده قاعده منع تعقیب و مجازات مجدد متهم است، باشد و امکان جمع بین آن‌ها ممکن نباشد باید قائل به حاکمیت قوانین بین‌المللی و عدم نسخ آن توسط قوانین داخلی باشیم. با این حال، علی‌رغم تصویب میثاق حقوق مدنی و سیاسی توسط مقنن و وجود قاعده منع تعقیب مجدد، قانونی که حاکی از عدم وجود چنین قاعده‌ای در مقررات داخلی باشد وجود ندارد، در حالی که با توجه به در حکم قانون بودن قراردادهای بین‌المللی تصویب‌شده توسط مقنن ایران باید قائل به وجود چنین قاعده‌ای در مقررات داخلی باشیم.^۱

۴. مهم‌ترین دلیلی که در پذیرش قاعده منع محاکمه مجدد در حقوق ایران می‌توان ارائه داد موافقتنامه‌هایی است که کشور ایران با برخی کشورها منعقد کرده است. وقتی که فرد محکوم به مجازات سالب یا محدودکننده آزادی را طبق توافقنامه انتقال محکومان، به کشور متبوعشان برای گذراندن مابقی مدت مجازات انتقال می‌دهیم به این معناست که ما هم قانون، دادگاه و مرجع صدور رأی کشور خارجی را به رسمیت شناخته‌ایم و هم به تبع آن، آثار این انتقال را. به همین دلیل سابقه این شخص در پرونده کیفری او درج می‌شود و در صورت ارتکاب مجدد بزهی مشمول قواعد تعداد و تکرار ... می‌شود. در صورتی که اگر قائل به عدم پذیرش قاعده منع محاکمه مجدد در مقررات کیفری ایران باشیم به این معنا خواهد بود که شخص را که محکوم به مجازات

۱. مؤید استدلال ما نظری است که اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریات متعدد خود به تاریخ‌های ۶۸/۵/۹، ۷۲/۹/۷، ۸۰/۹/۳ و ۸۱/۷/۲۲ پیوسته اعلام نموده است که ایرانی متهم به ارتکاب بزه در خارج از کشور چنانچه در محل وقوع بزه محاکمه و مجازات شده باشد، دیگر به دلیل همان اتهام در محاکم ایرانی، قابل محاکمه و مجازات نخواهد بود.

سالب آزادی یا محدودکننده آزادی است و طبق این توافقنامه به ایران انتقال داده‌ایم، بعد از گذراندن مدت محکومیت و پایان مدت، بدون در نظر گرفتن محکومیت و مجازات پیشین او، مجدداً به بزه او رسیدگی و او را مجازات کنیم، در حالی که این استدلال به دور از عدل و انصاف است و هیچ عقلی سلیمی آن را نمی‌پذیرد. به همین دلیل، ماده ۸۰ موافقتنامه انتقال محکومان به حبس بین ایران و سوریه به درستی اذعان می‌دارد:

احکام صادره در کشور صادرکننده، حکم همان آثار قانونی را در مقررات کیفری در کشور اجراکننده حکم دارد و برای کشور اجراکننده حکم جایز نیست که علیه محکوم علیه هیچ گونه تحقیقات یا محاکمه‌ای که در خصوص بزه وی حکم محکومیت صادر شده باشد، اعمال نماید، مگر در مواردی که در کشور اجرای حکم در مقررات کیفری استثنا شده باشد.

از این رو، اگر اعمال قاعده منع تعقیب و مجازات مجدد را در اصول صلاحیت واقعی و سرزمینی^۱ به دلیل همسویی آن با اهداف این اصول جایز ندانیم اما در مقام

۱. توجه به مواد ۳ و ۵ قانون مجازات اسلامی نشان‌دهنده پذیرش این نظر توسط مقنن است، هرچند در مقام تعدیل این رویکرد مقنن می‌تواند حالتی را پیش‌بینی نماید که دولت مدعی صلاحیت در مقام رسیدگی مجدد میزان مجازات پیشین را احتساب نماید. این نظر که به «نظریه احتساب مجازات‌های پیشین» شناخته شده است در قوانین گذشته ما نیز جایگاهی داشته است؛ برای نمونه بند «ج» ماده ۳ قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲ بیان می‌دارد: «هر ایرانی یا بیگانه‌ای که در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب یکی از جرایم زیر شود طبق قانون ایران مجازات می‌شود و هر گاه نسبت به آن بزه در خارج مجازات شده باشد بابت مجازاتی که در دادگاه‌های ایران تعیین می‌گردد احتساب خواهد شد...»؛ رویکردی که قانون‌گذار در قانون جدید مجازات اسلامی (هرچند به صورت محدود و تنها در مجازات‌های تعزیری) آن را پذیرفته است. ماده ۵ بیان می‌دارد: «هر شخص ایرانی یا غیر ایرانی که در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب یکی از جرایم زیر و یا جرایم مقرر در قوانین خاص گردد، طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات می‌شود و هر گاه رسیدگی به این جرایم در خارج از ایران به صدور حکم محکومیت و اجرای آن منتهی شود، دادگاه ایران در تعیین مجازات‌های تعزیری، میزان محکومیت اجراشده را احتساب می‌کند...».

همچنین ماده ۴ قانون جزای سوئیس بعد از بیان اینکه: «کسی که در خارج مرتکب جنحه یا جنایتی علیه کشور سوئیس شود مشمول مقررات جزایی این کشور خواهد بود» بیان می‌دارد: «اگر به علت این بزه، بزهدکار تمام مجازات یا قسمتی از آن را در خارج تحمل کرده باشد قاضی سوئیس مجازات انجام‌شده را در موقع صدور حکم احتساب خواهد کرد».

اعمال این قاعده در اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی علیه،^۱ صلاحیت شخصی و جهانی^۲ باید گفت که اگرچه نسبت به جرایم حدی و جرایم دارای مجازات قصاص با توجه به ثابت و شرعی بودن این مجازات‌ها تردید وجود دارد، در مورد جرایم تعزیری تردیدی در قبول قاعده منع تعقیب و مجازات مجدد متهم باقی نمی‌ماند. این تردید به‌درستی در قانون جدید مجازات اسلامی از بین رفته و مقنن در ماده ۸ علاوه بر پذیرش صریح اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی علیه، قاعده منع تعقیب و مجازات مجدد را از شرایط اعمال این اصل در جرایم تعزیری می‌داند. ماده ۸ بیان می‌دارد:

هر گاه شخص غیر ایرانی^۳ در خارج از ایران علیه شخصی ایرانی یا علیه کشور ایران

۱. این اصل از اصولی است که مقنن در جایگاه بیان اصول صلاحیتی (یعنی از مواد ۳ تا ۸ قانون مجازات اسلامی پیشین) به آن اشاره نکرده بود و همین امر باعث عدم پذیرش این اصل در بین برخی شده بود (پوربافرانی، ۱۳۹۲: ۱۰۵)، اما در همان زمان هم وجود این اصل در قوانین متفرقه نشان از شناخته بودن این اصل برای مقنن ما داشت؛ برای نمونه بند ۲ ماده ۳۱ قانون هواپیمای کشوری مصوب ۱۳۲۸ بیان می‌دارد: «به جنحه و جنایتی که در داخل هواپیمای خارجی حین پرواز ارتکاب یابد در صورت وجود یکی از شرایط ذیل محاکم ایران رسیدگی خواهند کرد: ... ب- متهم یا مجنی علیه تبعه ایران باشد...».

همچنین کنوانسیون مربوط به جلوگیری از ارتکاب جرایم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی از جمله مأموران سیاسی، مصوب ۱۴ دسامبر ۱۹۷۳، تصویب‌شده توسط مقنن ایران مورخ ۲۶ اردیبهشت ۱۳۵۷، می‌باشد که اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی علیه را درباره اشخاص مورد حمایت بین‌المللی که وضع خود را به اعتبار انجام وظیفه از طرف دولت ایران کسب کرده باشند، پذیرفته است.

۲. مبنای اصل صلاحیت جهانی تکمیل صلاحیت‌های پیشین برای جلوگیری از بی‌مجازات ماندن مرتکب بزه است لذا از خصوصیات اصلی آن فرعی بودن این اصل نسبت به اصول صلاحیتی دیگر می‌باشد (همو، ۱۳۹۲: ۱۹۰). از این رو، اگر بر اساس سایر اصول صلاحیتی به بزه مرتکب رسیدگی شود (که احتمال آن بسیار زیاد است) دیگر جایگاهی برای اعمال این اصل باقی نمی‌ماند. هرچند این شرط در ماده ۸ قانون مجازات اسلامی پیشین و ماده ۹ قانون مجازات اسلامی فعلی تصریح نشده است اما دلیل آن به هیچ وجه عدم مقبولیت آن نزد مقنن نمی‌باشد بلکه عدم ذکر آن فرعی و تکمیلی بودن این اصل و مستتر بودن این شرط در اصل صلاحیت جانی می‌باشد. در واقع، وقتی این اصل اعمال می‌شود که جایی برای اعمال اصول دیگر باقی نباشد و وقتی بتوان یکی از اصول دیگر را اعمال کرد نوبت به اعمال اصل صلاحیت جهانی نمی‌رسد. از این رو، به نظر می‌رسد نباید در وجود قاعده منع تعقیب و محاکمه مجدد در زمان قانون پیشین و در حال حاضر تردید کرد.

۳. بنابراین، اگر یک شخص ایرانی در خارج از قلمرو حاکمیت ایران علیه تبعه ایران بزه‌ی را مرتکب شود مشمول این ماده نخواهد بود و مصداق اصل صلاحیت شخصی می‌شود؛ اقدامی که به نظر مطلوب و پسندیده‌تر است؛ زیرا در اعمال اصل صلاحیت شخصی در قیاس با اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی علیه موانع و محدودیت‌های کمتری وجود دارد و حمایت از بزه‌دیده بهتر تأمین می‌شود.

مرتکب جرمی به جز جرایم مذکور در مواد قبل شود و در ایران یافت و یا به ایران اعاده گردد، طبق قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران به جرم او رسیدگی می‌شود، مشروط بر اینکه:

الف- متهم در جرایم موجب تعزیر در محل وقوع جرم، محاکمه و تبرئه نشده یا در صورت محکومیت، مجازات کلاً یا بعضاً درباره او اجرا نشده باشد.^۱

همین طور در قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قاعده منع تعقیب و محاکمه مجدد متهم در مقام اعمال اصل صلاحیت شخصی نسبت به جرایم تعزیری نیز به رسمیت شناخته شده است. ماده ۷ بیان می‌دارد:

علاوه بر موارد مذکور در مواد فوق هر یک از اتباع ایران در خارج از کشور مرتکب جرمی شود، در صورتی که در ایران یافت و یا به ایران اعاده گردد، طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات می‌شود مشروط بر اینکه:

...

ب- در صورتی که جرم ارتكابی از جرایم موجب تعزیر باشد، متهم در محل وقوع جرم محاکمه و تبرئه نشده یا در صورت محکومیت، مجازات کلاً یا بعضاً درباره او اجرا نشده باشد.

نتیجه‌گیری

بیشتر در حوزه حقوق جزای بین‌الملل، برخی کشورها اصل عدم اعتبار قوانین کیفری خارجی را به طور کامل رعایت نمی‌کردند. این نگاه بدبینانه کشورها به هم ناشی از ارج نهادن بیش از حد به اصل صلاحیت سرزمینی و عدم اعتماد به مراجع رسیدگی کننده خارجی بود. اما در حال حاضر این نگاه کم‌رنگ شده و شاهد گسترش اعتبار قوانین

۱. علاوه بر محاکمه و تبرئه متهم و محاکمه و مجازات او قانون‌گذار در حالتی هم که متهم محاکمه و محکوم گردد اما کیفر حتی بعضاً در مورد او اجرا نگردد نیز قاعده منع محاکمه مجدد را اعمال نمی‌کند. به سخن دیگر، در صورتی که متهم بعد از محاکمه و محکومیت تنها قسمتی از مجازات را متحمل گردد و مابقی آن اجرا نشود و سپس به ایران باز گردد مجدداً از ابتدا محاکمه و مجازات می‌شود؛ امری که خلاف اعتبار قوانین خارجی و نیز حقوق متهم است. حتی مرجع رسیدگی، تکلیفی نسبت به احتساب مجازات اجراشده قبلی هم ندارد به ویژه که چنین مصادیقی معمولاً در جرایم سالب آزادی تحقق می‌یابند. حتی اگر اجرای قسمتی از مجازات را مصادیقی از بند «ث» ماده ۳۸ (وضع خاص متهم) بدانیم باز تکلیفی نسبت به اعمال آن وجود ندارد.

کیفری خارجی هستیم. ایران نیز در این مسیر با سرعتی آهسته‌تر به سوی اعتبار قوانین کیفری خارجی حرکت می‌کند و بدینی نسبت به احکام خارجی با انعقاد قراردادهای انتقال محکومان و به طور کلی معاضدت قضایی از بین رفته است. در عین حال، ایران برای کم کردن این کاستی‌ها در حقوق کیفری داخلی، باید تعداد قراردادهای انتقال محکومان را افزایش دهد تا هم بتواند اهداف اساسی حقوق جزای بین‌الملل را بهتر تأمین نماید و هم در جهت حمایت از اتباع خارج از مرزها گام بردارد و با تدوین موادی از قوانین کیفری به بحث اعتبار احکام کیفری خارجی پردازد و بالاخص به قاعده منع محاکمه مجدد توجه کند، هرچند در حال حاضر به نظر نگارندگان، نباید در پذیرش این قاعده توسط مقنن ایرانی تردید کرد. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با گریته‌برداری از قوانین قبلی از جمله قانون مجازات عمومی اصلاحی ۱۳۵۲ با رویکردی متفاوت از قوانین قبلی بعد از انقلاب، مقررات مربوط به اعتبار قوانین کیفری خارجی را احیا نموده است، هرچند در زمینه حدود و قصاص و دیات و نیز تعزیرات منصوص شرعی (قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲: ماده ۱۱۵، تبصره ۲) این بی‌اعتمادی و عدم اعتبار قوانین کیفری خارجی همچنان باقی است. به طور کلی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در حوزه اصل صلاحیت واقعی به دلیل نوع و اهمیت جرایم ارتكابی و منافع عالیة مملکت، پذیرش قاعده منع محاکمه مجدد کم‌رنگ‌تر است، هرچند اصل این قاعده پذیرفته شده است ولی در صورت محاکمه و تبرئه متهم محاکمه مجدد وی در کشور ایران امکان‌پذیر است. با این حال، در صورت محاکمه و اعمال مجازات در تعزیرات (اعم از منصوص و غیر منصوص شرعی) میزان مجازات اجرا شده، محاسبه می‌شود.^۱ در حوزه اصل صلاحیت شخصی اعم از مثبت و منفی و نیز اصل صلاحیت جهانی، مطلقاً و بدون تردید، قاعده منع محاکمه مجدد و اعتبار قوانین کیفری کشورهای بیگانه در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ پذیرفته شده است لذا اعم از اینکه فرد در کشور خارجی (محل وقوع جرم) محاکمه و تبرئه گردیده باشد و یا محاکمه و محکوم و مجازات وی بعضاً و یا کلاً اجرا شده باشد، این فرد مجدداً در

۱. ماده ۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

کشور ایران در زمینه مجازات‌های تعزیری (به استثنای تعزیرات منصوص شرعی)^۱ قابل مجازات نیست.



۱. بر اساس تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تعزیرات منصوص شرعی از قاعده منع محاکمه مجدد مستثنا بوده و برخوردی که مقنن با این گونه کیفرها دارد شبیه به برخورد وی با حدود است (ر.ک: تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲).

کتاب‌شناسی

۱. امیدی، جلیل، تفسیر قانون در حقوق جزا، تهران، جنگل، ۱۳۸۹ ش.
۲. انصاری، حمید، مبانی فقهی شرایط قاضی در فقه شیعه و مذاهب چهارگانه، بی‌جا، ۱۳۷۱ ش.
۳. پوربافرانی، حسن، حقوق جزای بین‌الملل، چاپ پنجم، تهران، جنگل، ۱۳۹۲ ش.
۴. حبیب‌زاده، محمدجعفر، محمدعلی اردبیلی و مجتبی جانی‌پور، «قاعدۀ منع محاکمۀ مجدد در حقوق کیفری بین‌المللی»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، شماره ۴۱، ۱۳۸۴ ش.
۵. خالقی، علی، جستارهایی از حقوق جزای بین‌الملل، تهران، شهر دانش، ۱۳۸۸ ش.
۶. شریعت باقری، محمدجواد، اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، تهران، جنگل، ۱۳۸۶ ش.
۷. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

تحلیل جرم جعل مفادی*

- سید علیرضا میرکمالی^۱
- احسان عباسزاده امیرآبادی^۲

چکیده

کتاب «تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده» قانون مجازات اسلامی ایران، جرم جعل مادی را از جعل مفادی تفکیک نکرده است. قانون‌گذار کیفری برای آن دو، مجازات یکسانی را پیش‌بینی کرده است و در مواردی هم برای رفع این ایراد، مواد قانونی متعددی را برای بیان ممنوعیت اشکال مختلف یک رفتار وضع نموده که شناسایی مصادیق مسلّم جرم جعل مفادی را ناممکن می‌سازد. حقوق‌دانان در تعریف اصطلاح جعل مفادی اتفاق نظر ندارند. آن‌ها در بیشتر این تعاریف، دو عنصر «تغییر حقیقت در مضمون سند یا نوشته» و «سلامت ظاهری سند» را مد نظر قرار داده‌اند، اما نمی‌توان این عناصر را به عنوان مشخصات اختصاصی جرم جعل مفادی در نظر گرفت؛ زیرا این شرایط در جعل مادی نیز قابل تحقق است. جستار پیش رو می‌کوشد تا معیارهای تمایز جعل

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۳/۹ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۲/۱۴.

۱. استادیار دانشگاه شهید بهشتی (sarmirkamali@yahoo.com).

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی (نویسنده مسئول) (ehsanabazade@gmail.com).

مادی و مفادی را در حقوق کیفری ایران، مصر و فرانسه به تفصیل بررسی کند. به همین منظور نظرات حقوق‌دانان را در این زمینه مبتنی بر تفاوت در سمت مرتکب جعل مادی و مفادی، تفاوت در موضوع و میزان مجازات آن‌ها، تفاوت در نحوه قلب حقیقت و تفاوت در زمان ارتکاب آن‌ها، نقد و ارزیابی می‌نماید.

واژگان کلیدی: جعل، جعل مادی، جعل مفادی، قلب حقیقت.

مقدمه

جعل در لغت به معنای دگرگون کردن، منقلب نمودن، گردانیدن، قرار دادن، آفریدن، وضع کردن، ساختن و ایجاد کردن به کار رفته است. علی‌رغم اختلاف نظر حقوق‌دانان در تعریف جرم جعل، تعاریف ارائه‌شده از این جرم از معانی لغوی دور نیفتاده و بر مفاهیمی چون ساختن یا تغییر دادن مبتنی شده‌اند. جعل در زمره جرایم علیه آسایش عمومی طبقه‌بندی می‌گردد ولی باید خاطر نشان ساخت که ارتکاب آن به تنهایی و فارغ از ارائه یا استفاده از سند مجعول، نظم و آسایش عمومی را مختل نمی‌کند، اما از آنجا که اعتماد عمومی نسبت به صحت و اصالت نوشته‌ها و اسناد در تحکیم روابط اجتماعی، اقتصادی و... سهم به‌سزایی دارد، جعل جرمی مستقل محسوب شده و ورود سند مجعول به عرصه اجتماع در تحقق آن تأثیر ندارد.

برخی حقوق‌دانان معتقدند که جعل برای نخستین بار در سال ۱۳۰۴ و به موجب مواد ۹۷ تا ۱۱۳ قانون مجازات عمومی به نظام کیفری ایران وارد شده است (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۹: ۲۴۱). صحت این نظر با عنایت به تبصره ماده ۵۶ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۰۱/۱/۲۱ که مجازات مرتکبان اعمال مذکور در این تبصره را به مقررات جعل و تزویر احاله داده است، محل تردید است. به عبارت دیگر، لحن تبصره ماده ۵۶ قانون ثبت اسناد و املاک حاکی از پیش‌بینی جرم جعل در مجموعه قوانین جزایی قبل از سال ۱۳۰۱ است.

بسیاری از حقوق‌دانان، جعل را به دو قسم مادی و مفادی تفکیک نموده و برای تحقق هر یک، روش‌های مخصوصی را برشمرده‌اند (شادلی، ۲۰۱۰: ۴۲۶/۱: سلیمان‌پور، ۱۳۴۱: ۵۲-۸۳; Blanche, 1867: 420). اما غالباً قانون‌گذاران از این تفکیک بهره نگرفته و جعل را فارغ از مادی یا مفادی بودن آن جرم‌انگاری کرده‌اند. با این وجود، رویه قضایی ایران و کشورهای دیگر، همچنان به جرم جعل از زاویه دید حقوق‌دانان

می‌نگرند و به این دو نوع جعل تصریح دارند (بیمانی، ۱۳۷۴: ۱۱۳).

بی‌توجهی قانون‌گذاران به تفکیک جعل مادی و مفادی و پیش‌بینی مجازات یکسان برای این دو سبب شده تا بسیاری از نویسندگان حقوقی، به ویژه در کشور ما، برجسته نمودن تفکیک مذکور را فاقد اثر عملی بدانند، مسائل مرتبط با جعل مفادی را ذیل مباحث مربوط به جعل مادی بررسی کرده و از تحقیق و پژوهش مستقل در این زمینه بپرهیزند. فقدان پژوهش تطبیقی غنی راجع به ماهیت و مفهوم جعل مفادی در ایران، هم ساحت قانون‌گذاری و هم ساحت تفسیر آن را متأثر ساخته است. این امر در بُعد قانون‌گذاری موجب شده تا مقنن ایران به جای استمداد از ظرفیت اصطلاح جعل مفادی، مواد قانونی متعددی را برای بیان ممنوعیت اشکال مختلف یک رفتار انشا نماید. نبود چنین پژوهش‌هایی در بُعد تفسیر نیز سبب شده تا برخی حقوق‌دانان در امر شناسایی مصادیق مسلم جرم جعل مفادی ناکام مانده و نسبت به درستی قرارگیری برخی مواد در فصل پنجم کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (جعل و تزویر) تردید نمایند (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۹: ۲۸۱؛ منصورآبادی و فتحی، ۱۳۹۰: ۵۰؛ حُسنی، ۱۹۹۲: ۲۲۸). اما نگارندگان حاضر، بر خلاف برخی حقوق‌دانان، بر این باورند که واکاو جعل مفادی و تبیین مفهوم و عناصر آن دارای ثمرات عملی می‌باشد؛ زیرا از یک سو به خلاصه‌نویسی و کاهش مواد قانونی مندرج در فصل جعل و تزویر منجر می‌شود و از سوی دیگر، تشخیص موارد استفاده از سند مجعول را تسهیل می‌نماید.

نوشته حاضر در دو قسمت سامان یافته است. قسمت نخست در مقام پاسخ به این پرسش است که آیا جعل مفادی، مفهومی مستقل و مجزاست یا خیر؟ در این قسمت، تلاش شده تا از خلال ارزیابی پاره‌ای از تعاریف ارائه‌شده در خصوص جعل مفادی و تحلیل و نقد برخی معیارهای تمایز آن از جعل مادی، مفهوم جعل مفادی تبیین گردد و استقلال مفهومی آن اثبات شود و معیاری برای تمایز نهادن میان آن و جعل مادی ارائه شود. قسمت دوم نیز به شناسایی و تحلیل ارکان و عناصر تشکیل‌دهنده این جرم می‌پردازد.

۱. مفهوم جعل مفادی

جعل مفادی اصطلاحی است که توسط حقوق‌دانان ابداع شده اما غالباً ساحت تقنین را

متأثر نساخته و به مقررات کیفری کشورها راه نیافته است. غالب حقوق‌دانان در مقام بیان مراد خویش از این اصطلاح، به برخی ویژگی‌های جرم جعل مفادی و تمایز آن از جعل مادی اشاره کرده‌اند (سالاری شهربابکی، ۱۳۸۶: ۱۱۶؛ ولیدی، ۱۳۸۶: ۳۴۴-۳۴۶؛ حُسنی، ۱۹۹۲: ۲۲۸-۲۲۹).

۱-۱. تعاریف

حقوق‌دانان در تعریف جعل مفادی اتفاق نظر ندارند. هرچند ناهمسانی تعاریف تا حد زیادی محصول به کارگیری الفاظ متفاوت است، در برخی موارد تفاوت دیدگاه حقوق‌دانان در خصوص ماهیت و عناصر سازنده جعل مفادی موجب تنوع تعاریف شده است. یکسان نبودن تعاریف به معنای بیگانگی و عدم قرابت آن‌ها نیست، بلکه تحلیل و مقایسه تعاریف ارائه‌شده حاکی از وجود برخی وجوه اشتراک میان آن‌هاست. اغلب حقوق‌دانان، جعل مفادی را با عنایت به دو عنصر «تغییر حقیقت در مضمون سند یا نوشته» و «سلامت ظاهری سند» تعریف کرده‌اند (ولیدی، ۱۳۸۶: ۳۳۸؛ سالاری شهربابکی، ۱۳۸۶: ۱۱۴؛ ۴۳۲: ۲۰۸، Véron, 2008). برخی از آن‌ها با ذهنی قلمداد کردن این جرم، علاوه بر عناصر یادشده، مادی نبودن رفتار ارتكابی جاعل را نیز شرط دانسته‌اند (شامبیاتی، ۱۳۷۶: ۳/۳۰۶؛ سپهوند، ۱۳۷۷: ۱۸۲). مطلب اخیر، هر گاه به معنای نفی رکن مادی جرم جعل مفادی باشد، بی‌تردید نادرست و باطل است؛ زیرا حقوق جزای کنونی، تنها ظهور و بروز خارجی اندیشه‌های مجرمانه را مجازات می‌کند و اندیشه و قصدی که به هر طریق راهی به عالم خارج نیابد، قابل مجازات نیست. بنابراین سخن اینان را همان گونه که از برخی عباراتشان برمی‌آید، می‌توان در مقام تفسیر و شرح دو شرط پیش گفته و به ویژه شرط سلامت ظاهر سند تلقی نمود.

سلامت ظاهر سند را نیز نمی‌توان به عنوان مشخصه اختصاصی جرم جعل مفادی در نظر گرفت؛ زیرا این شرط، اختصاصی به مورد جعل مفادی ندارد و در موارد جعل مادی به نحو اولی و کلی نیز قابل تحقق است. در جعل مادی به نحو اولی و کلی، سند مجعول از ابتدا تا انتها ساخته می‌شود و به دلیل عدم توسل به شیوه‌هایی نظیر خراشیدن، تراشیدن، قلم بردن و محو کردن، ظاهر سند فاقد آثار خارجی مشهود می‌باشد.

۲-۱. معیارهای تمایز جعل مادی از جعل مفادی

فقدان تعریفی واحد از اصطلاح جعل مفادی موجب شده تا حقوق دانان با بیان وجوه افتراق جعل مادی و مفادی، در کنار ارائه تعاریف پیشنهادی، ابهامات و نارسایی‌هایی تعاریف دیگر را برطرف سازند.

برخی از حقوق دانان، تفاوت در زمان ارتکاب را ملاک تفکیک جعل مادی و مفادی دانسته‌اند. به عقیده ایشان جعل مادی، اختصاص به زمان پس از تنظیم سند یا نوشته دارد، در حالی که ارتکاب جعل مفادی تنها در هنگام تنظیم و تحریر سند امکان‌پذیر است (کوشا، ۱۳۸۱: ۳۱؛ سالاری شهراباکی، ۱۳۸۶: ۱۱۶). قسمت نخست استدلال اینان که ناظر به زمان ارتکاب جعل مادی است، مخدوش به نظر می‌رسد؛ زیرا جعل مادی به نحو اولی و کلی نیز در زمان تنظیم و تحریر سند واقع می‌گردد (حُسنی، ۱۹۹۲: ۲۲۹؛ شاذلی، ۲۰۱۰: ۴۲۶/۱). بنابراین در مواردی که تغییر حقیقت در هنگام تدوین سند رخ دهد، امر میان تحقق جعل مادی به نحو کلی و اولی و جعل مفادی مرّد است و ترجیح یکی بر دیگری، در صورت نبودن سایر قرائن رجحانی ندارد.

برخی حقوق دانان، این دو جرم را بر اساس «تفاوت در نحوه قلب حقیقت» از یکدیگر متمایز ساخته‌اند. به نظر ایشان جعل مادی به دلیل بر جا گذاشتن آثار و علایم ملموس و قابل رؤیت، حسب مورد توسط افراد عادی یا خیره قابل تشخیص است، در حالی که جعل و تزویر معنوی فاقد آثار محسوس بوده و از طریق کارشناسی و با استفاده از ابزارهای علمی قابل تشخیص نیست (منصورآبادی و فتحی، ۱۳۹۰: ۶۷-۶۸؛ ولیدی، ۱۳۸۶: ۳۴۵؛ شامبیاتی، ۱۳۷۶: ۳/۳۰۹). تمسک به این ملاک نیز تفکیک این دو جرم را تسهیل نمی‌کند؛ زیرا در جعل مادی به نحو کلی و اولی صورت‌هایی فرض می‌شوند که فاقد آثار و علایم محسوس و قابل رؤیت می‌باشند؛ مانند اینکه شخصی مهر دیگری را بدون اجازه صاحب آن در ذیل نوشته‌ای تایپ شده بزند یا اثر انگشت کسی بدون اراده و رضایت وی و در حال خواب و عدم هوشیاری ذیل نوشته‌ای درج گردد.

ملاک دیگری که حقوق دانان ارائه کرده‌اند تفکیک دو جرم جعل مادی و مفادی به اعتبار موضوع آن‌هاست. به باور اینان، لازمه تحقق جعل مفادی، خلاف حقیقت بودن اساس مطلب یا موضوع مندرج در سند می‌باشد، در حالی که برای تحقق جعل مادی،

خلاف واقع بودنِ اساس موضوع یا مطلبی که سند برای اثبات حق یا نفی آن به ضرر دیگری ساخته می‌شود، ضروری نیست (ولیدی، ۱۳۸۶: ۳۴۴-۳۴۵؛ مصلائی، ۱۳۸۲: ۵۹). این ضابطه نیز کارگشا نیست و قابل تأمل است؛ زیرا فرض‌هایی قابل تصورند که علی‌رغم خلاف حقیقت نبودن اساس موضوع، مصداق جعل مفادی می‌باشند؛ برای مثال هر گاه سردفتر به دلیل آگاهی از ماهیت رابطه حقوقی طرفین، ادعای آن‌ها مبنی بر تراضی بر صلح را نادیده بگیرد و قرارداد را در قالب بیع تنظیم نماید، مورد از مصادیق جعل مفادی است.

سمت مرتکب نیز ملاک دیگری است که حقوق‌دانان برای تفکیک جعل مادی و مفادی به آن متوسل شده‌اند. مرتکب جعل و تزویر مفادی بر اساس یک موقعیت ویژه که ناشی از موقعیت اداری وی یا تفویض اختیار از ناحیه طرفین است، واجد اختیار و صلاحیت تنظیم سند می‌باشد، در حالی که مرتکب جعل مادی لزوماً واجد چنین اختیاری نیست (منصورآبادی و فتحی، ۱۳۹۰: ۵۸؛ مصلائی، ۱۳۸۲: ۵۸). ضابطه مذکور، تفکیک این دو جرم را از رهگذر موقعیت و وضعیت مرتکبان دنبال نموده است. مطابق این ملاک، افراد فاقد سمت از ارتکاب جعل مفادی عاجزند، در حالی که افراد واجد سمت، توانایی ارتکاب هر دو جرم را دارند. اینکه تحقق جعل مفادی در گرو «سمت داشتن» مرتکب است، مطلب صحیح و دقیقی است اما معیار کارآمدی برای تمیز موارد جعل مادی و مفادی نمی‌باشد؛ زیرا ضابطه مذکور، ناتوان از پاسخ به این پرسش است که «چرا به برخی رفتارهای افراد واجد سمت، عنوان جعل مادی اطلاق می‌گردد و به برخی دیگر، عنوان جعل مفادی».

ملاک‌های دیگری نیز برای تفکیک این دو جرم ارائه شده‌اند که عبارت‌اند از: «شدت مجازات جعل مفادی نسبت به مادی» (ولیدی، ۱۳۸۶: ۳۴۶) و «حجم بیشتر پرونده‌های قضایی در زمینه جعل مادی در مقایسه با جعل مفادی» (سالاری شهربابکی، ۱۳۸۶: ۱۱۷) که به دلیل عدم کارایی در شناسایی ماهیت و مفهوم اصطلاح جعل مفادی، بررسی و نقد آن‌ها ضرورتی ندارد.

به نظر می‌رسد مهم‌ترین معیار تمایز جعل مادی و مفادی، تمایز به اعتبار وصف این دو جرم است. جعل مادی وصف انشایی دارد؛ ولی جعل مفادی وصف اخباری دارد. در جعل مادی، هویت دیگری غصب می‌شود و این گونه القا می‌شود که امضاکننده

سند (آنکه سند به نام او امضا یا مهر شده)، ایجاد یک وضعیت حقوقی جدید را اراده کرده است، ولی در جعل مفادی، هویت تنظیم‌کننده نوشته آشکار است، اما نگارنده در حکایت وقایع خارجی یا اعمال و اقوال دیگران، امانت را رعایت نکرده و حقیقت را قلب می‌نماید. بدین ترتیب هر گاه «الف»، سندی مبنی بر انتقال مالی به نام «ب» بسازد و امضای خویش را به جای امضای او بگذارد، مرتکب جعل مادی شده است؛ زیرا وانمود کرده که «ب»، بیع یا هبه را انشا کرده است. اما در جایی که سردفتر، بیع مورد توافق را به شکل اجاره در سند منعکس می‌نماید، اجاره را انشا نمی‌کند بلکه تنها از تحقق یک عقد اجاره اخبار می‌کند.

بدیهی است اقدام سردفتر در تنظیم عمل متباین به صورت اجاره را نمی‌توان انشای اجاره دانست؛ زیرا بر خلاف انشا که اثر تأسیسی دارد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۹: ۱۰/۲) و با ایجاد یک رابطه نو، موجبات تغییر وضعیت حقوقی را فراهم می‌آورد (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۹۳/۱)، اراده سردفتر، نقشی در ایجاد این رابطه جدید ندارد. در واقع، سردفتر به سان یک گواه (شاهد) است؛ چرا که وی صرفاً به نقل واقعه‌ای می‌پردازد که نظاره‌گر آن است و احتمال صدق، کذب و اشتباه درک واقع، در آن وجود دارد (همو، ۱۳۸۳: ۱۴/۲). بنابراین در فرض حاضر یعنی معیار تفکیک جعل مادی و مفادی، انشا زمانی صادق است که شخص با نگارش یک متن یا توشیح یا مهر کردن آن، انتساب مطالبی به خویش را اراده کند و به مفاد آن ملتزم گردد. حال آنکه اخبار، زمانی محقق می‌شود که شخصی، اعلام اراده دیگران در خصوص واقعه‌ای خاص یا وجود و فقدان حالات و شرایط خاصی را ادعا کند. بدین‌سان، ساختن امضای دیگری یا استفاده غیر مجاز از مهر وی ذیل یک نوشته، برای ابراز اراده او مبنی بر التزام به مفاد آن، مصداق جعل مادی بوده و حکایت دروغین شخص واجد صلاحیت از اراده انشاکنندگان یا ثبت وقایع خارجی کاذب، مصداق جعل مفادی هستند.

بر اساس آنچه تاکنون بیان شد و به ویژه با توجه به اینکه شناسایی و تفکیک قسمت‌های واجد رسالت اخباری و انشایی یک نوشته از یکدیگر، کار چندان دشواری نیست، به نظر می‌رسد ضابطه ارائه‌شده در نوشته حاضر، ضابطه‌ای عینی است و نمی‌توان آن را ضابطه‌ای ذهنی دانست.

۳-۱. معادل‌گزینی دقیق

حقوق‌دانان ایران برای اشاره به مفهوم «واقعی جلوه دادن مطالب خلاف واقع» از دو اصطلاح «جعل معنوی» و «جعل مفادی» استفاده کرده‌اند ولی در حقوق فرانسه و مصر تنها از یک اصطلاح برای اشاره به این مفهوم استفاده می‌شود.

بی‌تردید واژه‌های «معنوی» و «مفادی» به مفهوم واحدی ارجاع نمی‌دهند و مبتنی بر مسامحه به کار می‌روند. این ناهماهنگی در تعبیر موجب شده تا حقوق‌دانان در درک ماهیت و شناسایی مصادیق این جرم اختلاف کنند.

اصطلاح جعل معنوی در مقابل جعل مادی قرار می‌گیرد (ایمانی، ۱۳۸۶: ۲۴۸) و وضع آن بر این پیش‌فرض مبتنی است که این نوع جعل، بی‌نیاز از توسل به ابزار مادی صورت گرفته و فاقد آثار مادی و قابل مشاهده در ظاهر سند می‌باشد (سالاری شهربابکی، ۱۳۸۶: ۱۱۶؛ سلیمان‌پور، ۱۳۴۱: ۷۰). اعتبار این گزاره با توجه به مطالبی که پیشتر در مقام سنجش اعتبار وجوه افتراق جعل مادی و مفادی بیان شد، محل تردید است. بنابراین استفاده از اصطلاح جعل معنوی برای اشاره به مواردی که جعل فاقد آثار مادی و ملموس بوده و توسط کارشناس قابل اثبات نمی‌باشد، صحیح به نظر نمی‌رسد.

واژه «مفاد» در لغت به معنای مفهوم، مدلول، مستفاد، فحوا و مقصود به کار رفته است (دهخدا، ۱۳۷۳: ۱۳/۱۸۷۶۲). بدین ترتیب جعل مفادی نیز به معنای خلاف واقع بودن محتوا و مضمون یک سند می‌باشد. اصطلاح جعل مفادی دقیق‌تر از جعل معنوی است؛ زیرا علاوه بر خارج نمودن این جرم از جرایم صرفاً ذهنی یا بی‌نیاز از ارتکاب رفتار فیزیکی، امکان خلط مصادیق آن با موارد جعل مادی به نحو کلی و اولی را نیز منتفی می‌سازد.

در مقام تمایز جعل مادی و مفادی باید توجه داشت که جعل مادی در صورتی تحقق می‌یابد که قسمت انشایی یک سند مخدوش تلقی شود و از درجه اعتبار ساقط گردد؛ زیرا در این نوع جعل، شخص پس از ساختن یا تغییر دادن یک نوشته، عمل مادی ساختن یا تغییر دادن را به دیگری نسبت می‌دهد، حال آنکه در جعل مفادی، تنظیم‌کننده، ساخت یا تغییر سند را به دیگری نسبت نمی‌دهد، بلکه با سوءاستفاده از اختیارات قانونی یا قراردادی خویش و در مقام حکایت وقایع، اظهارات و امور غیر واقعی را در سند منعکس می‌کند. بدین ترتیب محتوا و مضمون سند، هم در جعل

مادی و هم مفادی، فاقد اعتبار است. با این تفاوت که در جعل مادی، نقطه تمرکز، اراده انشایی است و عدم نفوذ اراده مذکور، ناگزیر بی اعتباری مضمون را در پی دارد، ولی در جعل مفادی، تکیه بر اخبار کذب و تغییر مضمون است و عدم اعتبار، ناشی از مخالفت مضمون با حقیقت قانونی - آنچه تنظیم کننده به موجب قانون، ظاهر، اصول عملیه و... موظف به نوشتن آن است - می باشد. از این رو، شاید بتوان گفت که اصطلاح جعل مفادی، در عرض اصطلاح جعل مادی نیست بلکه اخص از آن است؛ زیرا جعل مادی در مواردی تحقق می یابد که علاوه بر محتوا و مضمون خلاف واقع، عمل مادی ساختن یا تغییر دادن نوشته نیز به شخصی غیر از سازنده و تغییردهنده واقعی منتسب می گردد، در حالی که در جعل مفادی، صلاحیت فرد تنظیم کننده قابل خدشه نیست بلکه فقط محتوا و مضمون سند دارای اشکال است (سلیمان پور، ۱۳۴۱: ۷۴).

۲. ارکان تشکیل دهنده

ارکان جرم، عناصر و اجزایی هستند که کیان و اساس جرم مبتنی بر آنهاست، به گونه ای که در صورت فقدان آنها، جرم قانوناً محقق نمی شود (عبدالغریب، ۱۹۹۴: ۲۱۷/۱). غالب حقوق دانان ایرانی و برخی از هم تایان غیر ایرانی ایشان، تحقق جرم را منوط به اجتماع سه رکن قانونی، مادی و روانی دانسته، معتقدند که در صورت عدم اجتماع این عناصر سه گانه، هیچ جرمی تحقق نمی یابد (اردبیلی، ۱۳۸۸: ۱۲۵/۱؛ ۴۹: ۱۳۸۸). در مقابل، برخی دیگر از حقوق دانان، رکن قانونی را لازمه اصل قانونی بودن جرم و مجازات و زیربنای ارکان مادی و روانی تلقی نموده و اعتبار آن را به عنوان رکنی مستقل و هم عرض با ارکان مادی و روانی مخدوش دانسته اند (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۷: ۵۳؛ ۳۲۹: ۱۳۸۷). در ادامه، به پیروی از دیدگاه اخیر و با توجه به تعدد ارکان قانونی جرم جعل، از بیان مطالب مرتبط با رکن قانونی صرف نظر می گردد و تنها ارکان مادی و معنوی آن بیان می شود.

۲-۱. رکن مادی

رکن مادی عبارت است از جنبه های غیر ذهنی جرم که در قالب رفتار مادی، فیزیکی و

ملموس تجلّی می‌کند (آقایی‌نیا، ۱۳۸۴: ۲۴؛ Robert, 1992: 229) و امکان تطبیق نصّ قانونی بر رفتار مرتکب را فراهم می‌نماید (عوجی، ۱۹۸۸: ۲۸۲). برخی از حقوق‌دانان، رکن مادی را متشکل از سه جزء رفتار فیزیکی، شرایط و نتیجه قلمداد کرده‌اند (میرمحمدصادقی، ۱۳۷۵: ۹). جستار پیش رو نیز به پیروی از این نظر، مباحث مربوط به رکن مادی را تحت سه عنوان ارائه می‌کند:

۱-۱-۲. رفتار فیزیکی

به لحاظ منطقی، تحقق مفهوم «واقعی جلوه‌دادن امور خلاف واقع» که عنصر محوری جعل مفادی محسوب می‌شود به دو شکل بیان کردن و نوشتن امکان‌پذیر است. با توجه به ماده ۵۳۴ قانون مجازات اسلامی که مستند قانونی جرم جعل مفادی در حقوق ایران محسوب می‌شود و همچنین با عنایت به مصادیق جعل مفادی در ماده ۵۲۳ یعنی «ساختن نوشته یا سند» و «تقدیم یا تأخیر تاریخ سند نسبت به تاریخ حقیقی» به دست می‌آید که قانون‌گذار ایران تحقق جعل مفادی را تنها از طریق نگارش مطالب خلاف واقع ممکن دانسته است. اما قانون جزای مصر، رویه متفاوتی را در پیش گرفته و به جای تعریف جرم جعل، به مصادیق آن ذیل باب شانزدهم اکتفا کرده است. قانون‌گذار مصر، تحقق جعل را به نوشتاری بودن آن محدود نکرده است، بلکه در برخی موارد علاوه بر نگارش، «گفتن تحریف‌آمیز وقایع یا مطالب منتسب به دیگران» را نیز به عنوان رفتار فیزیکی این جرم پذیرفته است (ماده ۲۲۲).

رفتار فیزیکی جرم جعل مفادی در حقوق فرانسه نیز در هر دو شکل بیان کردن و نوشتن قابل تحقق است. در حقوق این کشور سابقاً اصطلاح جعل تنها در موارد دستکاری یک نوشته استعمال می‌شد اما در قانون مصوب ۱۹۹۲، با تعریف این جرم به «تغییر متقربانه حقیقت در نوشته یا سایر قالب‌های بیان اندیشه»، دامنه این اصطلاح توسعه یافته و جعل ارتكابی در سایر ابزارها نظیر فیلم، دیسک‌های کامپیوتری، نوارهای ضبط صوت و امثال اینها را نیز شامل می‌شود (Gattegno, 1995: 341). بنابراین، به لحاظ تئوری، برای تحقق جعل مفادی «نگارش تحریف‌آمیز مطالب منتسب به دیگران» ضرورت نداشته و صرف «تغییر متقربانه حقیقت»، فارغ از قالب نوشتاری یا گفتاری آن، کفایت می‌کند؛

البته مشروط به اینکه تغییر حقیقت در یکی از وسایل بیان اندیشه ارتکاب یابد.

رفتار فیزیکی جرم جعل مفادی بر خلاف جعل مادی، به قالب «فعل» محدود نمی‌شود، بلکه با ترک فعل نیز قابل تحقق است و به شکل «عدم نگارش برخی مطالب» آن هم فقط در هنگام اشتغال به فعل «نوشتن» ظاهر می‌شود؛ زیرا در آنجا که اشخاصی نظیر سردفتر یا مأمور تحقیق، به طور کلی از نوشتن خودداری می‌ورزند، اساساً مفهوم «واقعی جلوه دادن امور خلاف واقع» تحقق نمی‌یابد. البته صرف «نوشتن برخی مطالب» موجب تحقق جعل مفادی نمی‌شود، بلکه باید به «تغییر حقیقت» نیز منجر گردد؛ زیرا در صورت عدم نگارش برخی مطالب، سه حالت ممکن است که پدید آید:

۱. دست‌یابی به حقیقت پنهان‌شده، با توسل به امارات، اصول، قواعد کلی یا قوانین تکمیلی، امکان‌پذیر باشد؛ مانند اینکه سردفتر توافق طرفین عقد بیع مبنی بر اسقاط حق فسخ را در سند منعکس ننماید. بدیهی است که در چنین مواردی جرم جعل مفادی محقق نمی‌شود؛ زیرا جریان اصل «لزوم قراردادها» مانع از این می‌شود که مفهوم مبتنی بر حقیقت تغییر یافته، به ذهن متبادر گردد.

۲. جریان اصول، امارات، قواعد یا قوانین تکمیلی نه تنها وجود حقیقت پنهانی را انکار نماید بلکه به اثبات امری مغایر با آن نیز منجر گردد؛ مانند اینکه مأمور تحقیق به رغم یافتن آلت ارتکاب جرم در منزل متهم، در گزارش خویش به آن اشاره نکند. در مثال فوق، مفهوم مستنبط از متن (سند یا نوشته) با مقتضای اصل عدم، هم‌جهت شده و به تغییر حقیقت منجر می‌گردد؛ زیرا از یک سو در گزارش مأمور، اشاره‌ای به یافتن آلت ارتکاب جرم نشده است که این امر به معنای نیافتن آلت ارتکاب جرم می‌باشد و از سوی دیگر هر گاه نسبت به «وجود آلت ارتکاب جرم در منزل متهم» تردید شود، اصل عدم، حکم به «نبود آلت ارتکاب جرم در منزل متهم» می‌کند. بنابراین در چنین حالتی، جرم جعل مفادی در صورت فراهم بودن سایر شرایط تحقق می‌یابد.

۳. اصول و امارات، حکمی درباره تأیید یا رد «حقیقت پنهان‌شده» نداشته باشند؛ مانند اینکه سردفتری در هنگام نگارش تقریرات طرفین، از ذکر تاریخ یا مکان وقوع عقد خودداری نماید. به نظر می‌رسد چنین مواردی از شمول عنوان جرم جعل مفادی خارج باشند؛ زیرا در این موارد حقیقت منقلب نمی‌شود.

۲-۱-۲. شرایط

صرف ارتکاب رفتار فیزیکی یا وقوع نتیجه موجب تحقق جرم نمی‌شود؛ زیرا تحقق رکن مادی، مستلزم هم‌زمانی رفتار مرتکب با شرایط خاصی است که قانون، وجود یا فقدان آن‌ها را در ارتباط با مجرم، قربانی، زمان و مکان ارتکاب جرم، موضوع جرم، چگونگی رفتار، وسیله ارتکاب و... ضروری شمرده است (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۰: ۲۵؛ توجهی، ۱۳۸۲: ۹). شرایط لازم برای تحقق رکن مادی جعل مفادی عبارت‌اند از: خلاف واقع بودن، قابلیت اضرار، اثر حقوقی داشتن نوشته و سمت مرتکب.

۲-۱-۲-۱. خلاف واقع بودن

ماده ۵۲۳ قانون مجازات اسلامی در مقام تعریف جرم جعل و بیان عناصر آن، به این شرط تصریح نکرده است. پیشتر ماده ۹۷ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ و ماده ۲۰ قانون تعزیرات، تحقق جعل را در موارد ساختن نوشته، سند یا چیزهای دیگر به قید «خلاف حقیقت بودن» مقید کرده بودند. برخی از حقوق‌دانان حکمت حذف این عبارت را از قانون فعلی، پایان بخشیدن به اختلاف نظر مراجع رسیدگی و همچنین محافل تحقیقاتی درباره مفهوم حقیقت که به طرح نظریه «حقیقت درجه اول» و «درجه دوم» انجامیده بود، دانسته‌اند و معتقدند که نسبت محتوا و مضمون نوشته با حقیقت، در تحقق جعل مؤثر نبوده و صرف ساختن سند متقابله و قابلیت اضرار آن کفایت می‌کند (پیمانی، ۱۳۷۴: ۱۰۸). اعتبار این دیدگاه به ویژه با توجه به وابستگی ذاتی و مفهومی جعل به عنصر خلاف حقیقت بودن، قابل تأمل به نظر می‌رسد. بنابراین حذف عبارت «بر خلاف حقیقت» در متن ماده ۵۲۳، عمدی و آگاهانه است و عدم ذکر این شرط به منزله عدم لزوم آن نیست (توجهی، ۱۳۸۲: ۵). حقوق‌دانان مصری نیز مغایرت با حقیقت را عنصر اساسی جرم جعل قلمداد نموده و به صراحت موارد منطبق بر حقیقت را از شمول عنوان جعل خارج کرده‌اند (مرصفاوی، ۱۹۹۱: ۱۱۰؛ شاذلی، ۲۰۱۰: ۴۰۸). برای تحقق جعل لزومی ندارد که مطالب با حقیقت مطلق مخالف باشند، بلکه صرف مغایرت با حقیقت قانونی کفایت می‌کند. حقایق قانونی، گزاره‌هایی هستند که از احکام و امارات قانونی منتج می‌شوند و لزوماً بر حقیقت مطلق منطبق نمی‌باشند

(محمد، ۱۹۸۵: ۱۹۱). بنابراین، خلاف واقع بودن مندرجات یک سند به این معناست که مطالب بیان شده با احکام یا مقتضای امارات قانونی در تعارض باشند. بدین ترتیب هر گاه نگارنده یک سند، مفاد اراده متعاملین را تغییر دهد یا مأمور ثبت احوال، اماره فراش را نادیده بگیرد و طفل را به فردی غیر از شوهر زن منتسب کند، مرتکب جعل شده است، هر چند بیانات وی مبتنی بر حقیقت مطلق و محض باشد (حُسنی، ۱۹۹۲: ۲۱۹-۲۲۰). با این وجود نباید پنداشت که حقیقت قانونی همواره با حقیقت مطلق بیگانه است، بلکه در مواردی نظیر نگارش تاریخ یا اظهار نظر درباره یافتن یا نیافتن ادله جرم در منزل متهم که قانون نویسنده را موظف به بیان وقایع خارجی می نماید، این دو بر هم منطبق اند.

برخی از حقوق دانان، خلاف واقع بودن را شرط تحقق جعل ندانسته اند. به عقیده ایشان، از آنجا که عنصر «خلاف واقع بودن»، به جرم جعل اختصاص ندارد و در سایر قرارها، اظهارات و مکتوبات دروغ هم وجود دارد، نمی تواند به عنوان یکی از شرایط تحقق این جرم قلمداد گردد. اینان، فقدان عبارت «بر خلاف حقیقت» در ماده ۵۲۳ قانون مجازات اسلامی را نیز بر همین مبنا توجیه می کنند (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۹: ۲۴۵-۲۴۶). به باور ایشان وجه تمایز جعل از مواردی نظیر دروغ کتبی، ماهیت ساختگی و تقلبی موضوع آن است و صرف ارائه اطلاعات کذب، جعل محسوب نمی گردد بلکه لازم است نوشته یا سند دروغی راجع به خود یا تنظیم کننده خود در بر داشته باشد و در مورد خود این جمله را بگوید:

من سند یا نوشته ای هستم که فلان شخص من را ساخته یا تغییر داده و یا ساختن و تغییر دادن من حسب نظر وی انجام شده است (همان: ۲۹۴).

نویسنده یادشده بر مبنای همین باور، «خلاف واقع بودن مطالب» را از زمره شرایط تحقق جعل خارج نموده و به جای آن، شرط «ماهیتاً ساختگی و تقلبی بودن سند» را قرار داده است و در مقام توضیح مراد خود از به کارگیری این اصطلاح، به دو دسته از اسناد اشاره نموده است: نخست، اسنادی که عمل ساختن یا تغییر دادن آن‌ها به شخصی غیر از سازنده و تغییردهنده واقعی آن‌ها، نسبت داده می شود (جعل مادی). دوم، اسنادی که حسب نظر شخصی غیر از کسی که سند ادعا می کند، ساخته یا تغییر داده شده اند (جعل مفادی).

این نظر با آنچه پیشتر دربارهٔ حقیقت قانونی بیان شد، قابل جمع است و دربردارندهٔ مطلب تازه و بدیعی نیست؛ زیرا منظور از «خلاف واقع بودن»، بر خلاف برداشت صاحب نظریهٔ مذکور، مخالفت با حقیقت مطلق نیست، بلکه مخالفت با حقیقت قانونی مد نظر می‌باشد. با عنایت به اینکه هم در ساختن و تغییر دادن نوشته به نام دیگری و هم در وانمود کردن نگارش مطالب منتسب به دیگری، حقایق قانونی دگرگون می‌شوند، می‌توان گفت که ایجاد سند ماهیتاً ساختگی مستلزم قلب حقیقت قانونی می‌باشد. بنابراین از آنجا که اسناد ماهیتاً تقلبی، ذاتاً با حقیقت قانونی مغایرت دارند، «خلاف واقع بودن» همواره جزء لاینفک جرم جعل به حساب می‌آید. به عبارت دیگر، هر گاه نوشته‌ای به لحاظ شکلی تغییر نیافته باشد، اطلاق عنوان نوشتهٔ ماهیتاً ساختگی بر آن نادرست است. بنابراین هرچند نظریهٔ اخیر مدعی ارائهٔ ضابطهٔ اختصاصی برای جرم جعل و متمایز ساختن آن از سایر اظهارات و مکتوبات کذب است، در واقع، به دلیل وابستگی مفاهیم تقلب و جعل به مفهوم کذب، در این زمینه موفق نبوده است.

این دیدگاه، به لحاظ قلمرو نیز قابل انتقاد به نظر می‌رسد و همهٔ مصادیق جعل مفادی را در بر نمی‌گیرد. بنا به پیش‌فرض این دیدگاه، جعل مفادی نیازمند مداخلهٔ حداقل دو نفر است؛ نگارنده و شخصی که عمل نگارش حسب نظر وی صورت می‌پذیرد. ولی باید دانست که عنصر قانونی جرم جعل مفادی در حقوق ایران (مادهٔ ۵۳۴ قانون مجازات اسلامی)، بر مبنای چنین برداشتی تنظیم نشده است؛ زیرا به صراحت «صحیح جلوه دادن امر باطل و باطل جلوه دادن امر صحیح» را در شمار رفتارهای تشکیل‌دهندهٔ جعل مفادی دانسته است. حقوق مصر و فرانسه نیز این رفتار را به عنوان یکی از شیوه‌های ارتکاب جعل مفادی پذیرفته‌اند. حقوق دانان، مواردی نظیر گواهی خلاف واقع سردفتر مبنی بر حضور شهود در هنگام تنظیم وصیت‌نامه (Rousselet et Patin, 1950: 92)، بیان خلاف واقع مأمور تحقیق مبنی بر نیافتن وسایل ارتکاب جرم در منزل متهم (حُسنی، ۱۹۹۲: ۲۴۳)، تأیید وقوع نکاحی که واقع نشده (گلدوزیان، ۱۳۸۸: ۴۴۴)، اظهارات دروغ مأمور پلیس قضایی مبنی بر وجود عوامل و جهات اجباری تشدید مجازات (Pegat, 1865: 88) و گواهی خلاف واقع پزشک (شادلی، ۲۰۱۰: ۲۴۲/۱) را به عنوان مصادیق «صحیح جلوه دادن امر باطل» مطرح نموده‌اند. بنابراین رفتار فیزیکی جرم جعل مفادی منحصر به مورد تحریف اظهارات

انشاکننده نیست، بلکه اعمّ از آن است و موارد تحریف وقایع و امور غیر مرتبط با اظهارات انشاکننده را نیز شامل می‌شود. نتیجه آنکه تحقق جعل مفادی مستلزم «خلاف واقع بودن مطالبی» است که گاه در هنگام تحریر اظهارات انشاکننده و گاهی نیز در زمان نگارش وقایع خارجی یا بیان افعال غیر گفتاری یک فرد نگاشته می‌شوند.

درک مفهوم «خلاف واقع بودن مطالب» در موارد جعل مادی و همچنین جعل مفادی ناشی از تحریف وقایع خارجی، چندان دشوار نیست، اما در جایی که یک نفر بر اساس یک موقعیت خاص (کارمند دولت یا سردفتر) اختیار و صلاحیت تنظیم سندی را در ارتباط با دیگری و یا منتسب به او دارد، شرط «خلاف واقع بودن مطالب» به دو صورت قابل تفسیر است: نخست اینکه احتمال دارد مقصود از «خلاف واقع بودن مطالب»، به دلیل اهمیت کلمات و واژه‌های انشاکننده، استعمال کلمات، جملات و واژه‌هایی غیر از کلمات، جملات و واژه‌های انشاکننده باشد، هرچند واژه‌های استعمال شده توسط تنظیم کننده، به لحاظ مفهومی بر واژه‌های استخدام شده توسط انشاکننده منطبق باشند؛ مانند آنکه تنظیم کننده، جمله متهم مبنی بر «خودرویی را دزدیده‌ام» را به صورت «خودرویی را سرقت کرده‌ام» در سند منعکس نماید. دوم اینکه امکان دارد این شرط، تنها به مورد تغییر مضمون اظهارات انشاکننده، اختصاص داشته باشد و صرف جایگزینی واژه‌های معادل و هم‌معنا را در بر نگیرد.

هرچند تفسیر نخست، دامنه مفهوم «خلاف واقع بودن مطالب» را وسعت می‌بخشد، قلمرو جعل مفادی را توسعه نمی‌دهد؛ زیرا شرط دیگر تحقق جعل مفادی یعنی قابلیت اضرار نوشته یا سند مانع از این می‌شود که استخدام واژه‌های معادل و مشابه از سوی تنظیم کننده، به تحقق جرم جعل مفادی منجر گردد. با عنایت به این مطلب، جعل مفادی در جایی واقع می‌شود که تنظیم کننده، مطالبی غیر مشابه با اظهارات انشاکننده را در سند قابل اضرار وارد نماید؛ مثلاً متهم بگوید: «جرم انتسابی را قبول ندارم» ولی تنظیم کننده بنویسد: «جرم انتسابی را قبول دارم».

این تفسیر همچنین قلمرو جعل مفادی را محدود می‌نماید؛ زیرا بر اساس آن، «خلاف واقع بودن مطالب» به معنای نوشتن مطالبی غیر از اظهارات انشاکننده می‌باشد و موارد «ننوشتن» را شامل نمی‌شود. به عبارت دیگر بر اساس این تفسیر، جرم جعل مفادی

تنها از طریق ارتکاب فعل واقع می‌شود و تحقق آن با ترک فعل قابل تصور نیست. تفسیر دوم، مضمون اظهارات انشاکننده و نه صرف کلمات و عبارات او را به عنوان حقیقت تلقی می‌نماید و مخالفت با آن را مخالفت با واقع قلمداد می‌نماید. بر اساس این تفسیر، «نوشتن مطالبی خلاف آنچه انشاکننده اظهار داشته» یا «افزودن حروف، کلمات یا جملاتی به اظهارات او» تنها در صورتی که منجر به تغییر مضمون اظهارات وی شود، موجب تحقق جرم جعل مفادی می‌شود.

به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۵۳۴ قانون مجازات اسلامی ایران، ماده ۲۱۳ قانون عقوبات مصر و به ویژه ماده ۱۴۶ قانون جزای سابق فرانسه مصوب ۱۸۱۰ که الگوی قوانین ایران و مصر در جرم‌انگاری جعل مفادی می‌باشد، تفسیر دوم صحیح باشد؛ زیرا همه این مواد، تغییر محتوا و مضمون نوشته را یکی از راه‌های ارتکاب جعل مفادی می‌دانند که اعم از جایگزینی واژه‌های غیر مشابه، اضافه نمودن حروف، کلمات و جملات به اظهارات انشاکننده و حذف برخی کلمات یا جملات وی می‌باشد. افزون بر این، دلیلی ندارد که میان سردفتری که نام یک نفر را به عنوان موصی له به وصیت دیکته‌شده از سوی موصی اضافه می‌کند، با سردفتری که نام یکی از موصی لهم را عالمأ در وصیت‌نامه وارد نمی‌کند، تفاوت گذاشت و یکی را جاعل شناخت و دیگری را خیر (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۹: ۲۸۹). بنابراین مقصود از شرط خلاف واقع بودن مطالب، تغییر مضمون اظهارات از طریق نگارش مطالب خلاف اراده انشاکننده می‌باشد که منجر به تغییر حقیقت قانونی می‌شود.

۲-۱-۲. قابلیت اضرار

ضرر به معنای زایل کردن حق یا اخلال در مصلحت مشروعی است که قانون آن را به رسمیت شناخته است (حُسنی، ۱۹۹۲: ۲۵۱). از این رو ضرر مفهومی گسترده و متنوع دارد که همه انواع و درجات آن را شامل می‌شود (De Poulpiquet, 2009: 253). قابلیت اضرار نیز به این معناست که تغییر حقیقت هرچند به صورت احتمالی، متضمن ضرری مادی، معنوی، فردی یا اجتماعی، صرف نظر از شدید یا خفیف بودن آن باشد (زکی ابوعامر و عبدالمنعم، ۲۰۰۳: ۵۷۱).

حقوق ایران، چه در قانون مجازات اسلامی و چه در قوانین و مقررات سابق، هیچ‌گاه قابلیت اضرار را شرط تحقق جعل مفادی ندانسته است (منصورآبادی و فتحی، ۱۳۹۰: ۶۹). این شرط ظاهراً نخستین بار توسط رویه قضایی شناسایی شده و به موجب حکم شماره ۳۷۱ شعبه دوم دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۳۱۶/۲/۲۶ به عناصر قانونی جرم جعل افزوده شده است.

قانون جزای فرانسه مصوب ۱۹۹۲ نیز در ماده ۱-۴۴۱ به صراحت قابلیت اضرار را در شمار عناصر اساسی تشکیل‌دهنده جرم جعل قرار داده است. پیش از این قوانین و مقررات جزایی فرانسه، تأثیر این شرط را در تحقق جرم جعل نادیده گرفته بودند. با وجود این، رویه قضایی و دکتین از مدت‌ها پیش همواره قابلیت اضرار را شرط اساسی تحقق جعل قلمداد می‌کردند (Jeandidier, 1996: 28).

قانون عقوبات مصر، تحقق جرم جعل را به استثنای مواد ۲۰۷ و ۲۰۹، به قابلیت اضرار موضوع جعل موکول نکرده است. با این وجود حقوق‌دانان و رویه قضایی به صراحت این شرط را در عداد عناصر اساسی جرم جعل محسوب کرده‌اند (شاذلی، ۲۰۱۰: ۴۰۸؛ عبدالنواب، ۱۹۸۸: ۵۳۷).

۲-۱-۲. اثر حقوقی

برخی از مؤلفان، اثر حقوقی نوشته را در تحقق جرم جعل شرط دانسته‌اند. به باور ایشان، جعل تنها در نوشته‌هایی اتفاق می‌افتد که قانون بر آن‌ها آثار حقوقی مترتب ساخته و می‌توانند مبنای اجرای یک حق یا دعوی در دادگستری قرار گیرند (مرصفاوی، ۱۹۹۱: ۱۱۶؛ Pansier, 1992: 31). زیرا هدف از ساخت یا تغییر سند، بهره‌مندی از مزایا و امتیازات آن است و اقدامات صورت گرفته بر روی نوشته‌های فاقد اعتبار با هدف مذکور تناسبی ندارد (منصورآبادی و فتحی، ۱۳۹۰: ۴۵).

نوشته‌ای اثر حقوقی دارد که موجد حق یا رافع تکلیفی باشد. یک نوشته هنگامی ایجاد حق یا رفع تکلیف می‌کند که اولاً، قابل استناد باشد، یعنی در معرض واریسی و بازبینی نباشد (Véron, 2008: 431) و به عنوان دلیل و نه ادعا، به آن استناد شود (حبیب‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۰۹) و ثانیاً، دربردارنده مطالبی باشد که به شکل صریح یا ضمنی بر وجود یک حق یا

وقوع یک واقعه واجد اثر حقوقی دلالت کنند. بدین ترتیب درج اظهارات کذب در ترازنامه مالی یک تاجر ورشکسته توسط خود او جعل نمی‌باشد؛ زیرا ترازنامه مالی، بر خلاف دفاتر تجاری، دلیل و مدرک محسوب نمی‌شود (Garraud, 1899: 515).

اثر حقوقی مترتب بر نوشته گاه ذاتی و گاهی نیز اتفاقی است. اثر حقوقی ذاتی از اسناد اصیل ناشی می‌شود. اسناد اصیل، اسنادی هستند که از ابتدا و قبل از بروز اختلاف به انگیزه تمهید دلیل و اثبات مندرجات نوشته تنظیم می‌شوند. در نگاه حقوق دانان، تغییر حقیقت در یک سند اصیل تنها در صورتی واجد اثر حقوقی و قابل اضرار می‌باشد که مطالب و مندرجات اصلی و اساسی سند را تحت الشعاع قرار دهد و ایراد خدشه به مندرجات فرعی و تکمیلی که سند برای اثبات آن‌ها تنظیم نشده، سبب تحقق جرم جعل نمی‌باشد (حُسنی، ۱۹۹۲: ۲۶۴؛ 259: Larguier, 1994).

در مقابل اسناد اصیل، اسناد اتفاقی نوشته‌هایی هستند که برای اثبات یک حق یا واقعه دارای اثر حقوقی ساخته نشده‌اند اما بر حسب اتفاق نسبت به موضوع معینی قابلیت استناد پیدا می‌کنند (سلیمان‌پور، ۱۳۴۱: ۳۵؛ 498: Malabat, 2009). تحقق جعل مفادی از طریق تغییر حقیقت در اسناد اتفاقی امکان‌پذیر نیست؛ زیرا اشخاص دارای صلاحیت قانونی یا قراردادی، اساساً به ساختن اسناد اتفاقی اشتغال ندارند، بلکه نوشته‌های تنظیم‌شده توسط ایشان، از همان ابتدا با انگیزه اثبات و به عنوان سند اصیل تنظیم می‌شوند.

به نظر می‌رسد اطلاق کلام حقوق دانان مبنی بر «بی‌اعتباری تغییر مندرجات فرعی» در تحقق جعل نادرست باشد؛ زیرا می‌توان به مواردی اشاره کرد که مندرجات فرعی، قابل استناد و اضرار باشند مانند اینکه زنی به ادعای رابطه زوجیت با مردی، تقاضای مهریه و نفقه نماید اما مرد وجود رابطه را انکار کند، سپس مرد در عقدی دیگر، بخشی از مال خود را بدون اشاره به رابطه خویشاوندی، به یکی از فرزندان آن زن هبه کند اما سردفتر بر خلاف اراده و اهب و به قصد ایراد ضرر به او، انگیزه هبه را وجود رابطه ابوت و بنوت میان و اهب و متهب ذکر نماید. بدون تردید در اینجا رابطه خویشاوندی جزء ارکان و عناصر جوهری عقد هبه نبوده و در تحقق آن نقشی ایفا نمی‌کند اما این مطلب، نسبت به دعوی اول، به منزله «اقرار به وجود رابطه زوجیت» بوده و واجد اثر حقوقی است. به همین اعتبار می‌توان رفتار سردفتر را منطبق بر مفهوم

«قلب حقیقت قابل اضرار و واجد اثر حقوقی» و مصداق جعل مفادی تلقی نمود. با توجه به امکان تحقق جعل مفادی از طریق «تغییر در مندرجات فرعی»، ممکن است چنین به نظر برسد که دسته‌بندی مندرجات سند به دو دسته اصلی و فرعی نادرست است. اما این تصور صحیح نیست. مهم‌ترین فایده تفکیک مندرجات اصلی و فرعی جابه‌جایی بار اثبات است. در جایی که مندرجات اصلی و جوهری سند تغییر می‌کند، آگاهی مرتکب به ارزش حقوقی نوشته مفروض است، اما در آنجا که مندرجات فرعی یک سند دستخوش تغییر می‌شود، تحقق جعل منوط به این است که آگاهی مرتکب نسبت به ترتب اثر حقوقی بر رفتار خویش احراز گردد.

برخی از حقوق‌دانان، شرطیت «ترتب اثر حقوقی» در تحقق جعل را بر مبنای لزوم تحقق ضرر بالقوه در جرم جعل توجیه کرده و این شرط را از لوازم شرط «قابلیت اضرار» تلقی کرده‌اند (Vouin et Rassat, 1976: 418). چنین تعبیری ممکن است این شائبه را به وجود آورد که «اثر حقوقی داشتن مطالب» را نمی‌توان به عنوان شرطی مستقل و در عرض سایر شروط نظیر «خلاف واقع بودن» یا «قابلیت اضرار» قرار داد. اما در واقع دو شرط «ترتب اثر حقوقی» و «قابلیت اضرار»، مستقل و مجزا از یکدیگرند و این گونه نیست که فقدان اثر حقوقی، قابلیت اضرار نوشته را نیز منتفی سازد؛ مانند اینکه شخصی امضای ادیب بزرگی را ذیل یک نوشته ادبی ضعیف نقش نماید. در اینجا قابلیت اضرار محقق است؛ زیرا نوشته مذکور قادر است اعتبار علمی و ادبی شخص را خدشه‌دار سازد، اما دارای اثر حقوقی نیست؛ زیرا مطالب مندرج در آن در مقام ایجاد حق یا رفع تکلیف نمی‌باشند.

۴-۲-۱۲. سمت مرتکب

ارتکاب جعل مفادی، بر خلاف جعل مادی، توسط همه افراد امکان‌پذیر نیست، بلکه برای تحقق آن باید مرتکب دارای موقعیت، جایگاه و اختیارات خاصی باشد. موقعیت ویژه مرتکب گاه به واسطه جلب اعتماد عمومی و اعطای اختیارات از سوی مردم عادی (صلاحیت قراردادی) و گاهی از طریق جایگاه و سمت اداری (صلاحیت قانونی) او حاصل می‌شود. بنابراین هر گاه شخص فاقد صلاحیت قانونی یا قراردادی، سندی متضمن

مطالب خلاف واقع قابل اضرار تنظیم نماید، مرتکب جعل مفادی به شمار نمی‌رود. تحقق جعل مفادی، علاوه بر احراز صلاحیت قانونی یا قراردادی مرتکب، متوقف بر آگاهی او به ماهیت عمل خویش، یعنی «تغییر حقیقت قابل اضرار» می‌باشد. این مطلب در حقوق ایران به شکل مطلق پذیرفته شده است اما در حقوق فرانسه و مصر مواردی یافت می‌شود که جعل مفادی، بی‌نیاز از سوءنیت عام فاعل، محقق می‌شود. در سال ۱۹۱۲، دیوان نقض مصر عده‌ای از اشخاص را که به دروغ، زوجه را مجرد اعلام کرده و فردی از میان خویش را ولی وی معرفی کرده بودند، به واسطه صحیح جلوه دادن امر باطل، جاعل شناخته است. بر مبنای رأی برخی نویسندگان عرب معتقدند که ارتکاب جرم «جعل مفادی در اسناد رسمی» از سوی افراد عادی نیز امکان‌پذیر است. به باور ایشان در چنین مواردی، انشاکننده شریک تنظیم‌کننده فاقد سوءنیت (مأمور رسمی) می‌باشد. زیرا حسن نیت فاعل (تنظیم‌کننده) مانع از فراهم آمدن ارکان جرم «شرکت در جعل مفادی در سند رسمی» و محکومیت انشاکننده به مجازات جرم «جعل مفادی در سند رسمی» نمی‌شود (شاذلی، ۲۰۱۰: ۴۴۲).

البته پاره‌ای از حقوق‌دانان این رأی را مورد انتقاد قرار داده‌اند. ایشان معتقدند که مسئله «احراز مجرد زوجه»، تکلیفی است که به موجب قانون، تنها بر دوش سردفتر نهاده شده است. بنابراین هر گاه سردفتر، به رغم آگاهی، زوجه را مجرد اعلام کند، به مجازات تزویر محکوم می‌گردد. زیرا در اموری که قانون انجام آن‌ها را در حین انجام وظیفه بر او واجب کرده، دخالت نموده است. اما انشاکننده مطالب، موظف به بیان حقیقت نمی‌باشد و از این رو نمی‌توان او را به مجازات جعل محکوم نمود (امین‌بک، ۱۹۸۲: ۳۷۳-۳۷۴).

به نظر می‌رسد روح حاکم بر قانون عقوبات مصر با نظر دوم موافق باشد. زیرا در ماده ۲۱۳ قانون عقوبات این کشور که عنصر قانونی جرم جعل مفادی را در حقوق این کشور تشکیل می‌دهد، تنها به مجازات مأمور رسمی واجد سوءنیت اشاره شده است. مضاف بر این، در موادی نظیر ۲۲۶ و ۲۲۷ که مقنن به مجازات افرادی غیر از فاعل جرم (مأمور فاقد سوءنیت) نظر داشته است، به شکل مستقل و صریح اراده خویش را ابراز کرده است.

۲-۳. نتیجه

نتیجه اثری است که در عالم خارج بر رفتار مجرمانه مترتب می‌شود (عالیه، ۱۹۹۶: ۲۰۳) و در قانون به آن تصریح شده است (زراعت، ۱۳۸۶: ۱/۱۵۳). جرایم بر اساس نتیجه رکن مادی به دو دسته مطلق و مقید تقسیم می‌شوند (Stéfani, Levasseur et Bouloc, 1995: 193). جرایم مقید اصولاً مستلزم تحقق نتیجه عینی، محسوس و زیانبارند، در حالی که جرایم مطلق، از چنین عنصری بی‌نیازند (Pin, 2009: 124; Bouzat et Pinatel, 1963: 129). در جرایم مقید، قانون‌گذار عهده‌دار بیان ممنوعیت وقوع آثار ناشی از رفتار مرتکب می‌باشد و غالباً نوع رفتار فیزیکی و چگونگی وصول به نتیجه مجرمانه را مد نظر قرار نمی‌دهد. برخی نویسندگان، جعل را جرمی مقید قلمداد کرده و عنصر ضرر را به عنوان نتیجه آن در نظر گرفته‌اند (احمدی، ۱۳۸۵: ۴۱؛ مصلائی، ۱۳۸۲: ۸۵) و معتقدند: قلب حقیقت در صورتی موجب تحقق بزه جعل می‌شود که در اثر آن، ضرری به دیگری وارد شود یا لااقل امکان ورود آن در اثر این امر محتمل باشد (سالاری شهراباکی، ۱۳۸۶: ۱۲۷).

این نظریه در صورتی صحیح است که شرط تحقق جعل، فعلیت ضرر باشد نه امکان آن؛ زیرا وقوع ضرر، واقعه جدیدی است که معلول رفتار مرتکب بوده و در عالم خارج، تغییر ایجاد می‌کند اما قابلیت اضرار مطالب و محتوای یک نوشته، اثر و نتیجه رفتار فیزیکی نمی‌باشد بلکه همانند شرط «خلاف واقع بودن» حکایت‌کننده شرایط و اوضاع و احوال قرین رفتار ارتكابی است.

جعل مفادی، جرمی مقید است؛ زیرا تحقق آن مستلزم «تغییر حقیقت قانونی» می‌باشد. «تغییر حقیقت قانونی»، بر خلاف ادعای برخی حقوق‌دانان عرب، رفتار فیزیکی جرم جعل مفادی نمی‌باشد، بلکه اثر و نتیجه‌ای است که از رفتار مرتکب، یعنی «نگارش مطالب خلاف واقع» یا «عدم نگارش برخی وقایع خارجی یا اظهارات انشاکنده» حاصل می‌شود (منصورآبادی و فتحی، ۱۳۹۰: ۵۵). مواردی نظیر «تغییر موضوع یا مضمون»، «تحریف تقریرات یکی از طرفین»، «صحیح جلوه دادن امر باطل» و «باطل جلوه دادن امر صحیح» نیز جلوه‌های مختلف «تغییر حقیقت قانونی» می‌باشند. از این رو، بر خلاف نظر برخی حقوق‌دانان (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۹: ۲۸۷؛ حسنی، ۱۹۹۲: ۲۱۸)

نمی‌توانند به عنوان رفتار فیزیکی جرم جعل مفادی لحاظ شوند.

۲-۲. رکن روانی

قوانین معاصر علاوه بر عنصر مادی، وضعیت مرتکب در هنگام رفتار مجرمانه را نیز در تحقق جرم شرط دانسته‌اند (عالیه، ۱۹۹۶: ۲۳۴)؛ زیرا در حقوق جزای مدرن، مجرد ارتکاب رفتار فیزیکی و فراهم آمدن جنبه‌های مادی جرم برای تحقق جرم کفایت نمی‌کند (عبدالمنعم، ۲۰۰۳: ۵۰۸؛ Rassat, 1987: 359). رکن روانی، اصطلاحی است که حقوق‌دانان برای اشاره به ارتباط ذهنی مرتکب با رفتار مجرمانه خویش به کار گرفته‌اند (محمد، ۱۹۸۵: ۲۰۱). رکن روانی جرم جعل مفادی، دو جزء سوءنیت عام و سوءنیت خاص دارد.

۱-۲-۲. سوءنیت عام

اراده آگاهانه مجرم به ارتکاب جرم و نقض قانون جزا را سوءنیت عام گویند (ثروت، بی‌تا: ۱۴۷؛ محسنی، ۱۳۸۲: ۲۴۰/۲) که از دو جزء «علم به ارکان جرم» و «عمد در فعل و نتیجه» تشکیل می‌شود (حُسنی، ۱۹۹۲: ۳۴۹). بدین ترتیب برای تحقق سوءنیت عام در جرم جعل مفادی، فقط کافی است که مرتکب به ماهیت رفتار خویش یعنی «تغییر حقیقت قانونی با استفاده از قالب نوشتار» و قابلیت اضرار این رفتار آگاهی داشته باشد و ارتکاب رفتار فیزیکی (نگارش یا عدم نگارش) را با هدف دستیابی به نتیجه مجرمانه (تغییر حقیقت) اراده نماید.

۲-۲-۲. سوءنیت خاص

قانون‌گذار در برخی موارد خاص، علاوه بر قصد رفتار و نتیجه، انگیزه و هدف مرتکب را نیز در تشکیل رکن روانی جرم دخیل دانسته است (محمد، ۱۹۸۵: ۲۴۹؛ سلیمان‌پور، ۱۳۴۱: ۱۲۲). در چنین مواردی، جرم با فراهم شدن ارکان اساسی محقق نمی‌شود بلکه لازم است تا عنصر دیگری که به صراحت در قانون مقرر شده نیز محقق گردد (عوجی، ۱۹۸۸: ۶۰۶). اشاره قانون‌گذار به وجود قصد تقلب در ذیل ماده ۵۲۳ قانون تعزیرات که اصطلاحاً به سوءنیت خاص مرتکب تعبیر می‌شود (پیمانی، ۱۳۷۴: ۱۲۰) مؤید این نکته است که قصد ارتکاب اعمال پیش‌بینی شده در مواد مندرج در فصل پنجم کتاب پنجم

قانون مجازات اسلامی، به تنهایی برای تحقق رکن روانی جرم جعل کافی نیست (صانعی، ۱۳۷۱: ۳۱۹/۱).

سوء نیت خاص نیز همانند سوء نیت عام متشکل از علم و اراده می‌باشد. با وجود این، موضوع آن با موضوع سوء نیت عام متفاوت است؛ در سوء نیت عام، رکن مادی جرم متعلق علم و اراده قرار می‌گیرد (حیاری، ۲۰۱۰: ۷۴)، در حالی که در سوء نیت خاص، اراده آگاهانه مرتکب به اموری غیر از عناصر سازنده رکن مادی تعلق می‌گیرد (استانبولی، ۱۹۹۰: ۲۸۳/۱).

برخی از حقوق دانان، «قصد اضرار» را سوء نیت خاص جرم جعل مفادی دانسته‌اند (گلدوزیان، ۱۳۸۸: ۴۴۹؛ ۱۰۵: ۱۳۸۸، Guidicelli-Dellage, 1996). برخی دیگر نیز آن را نپذیرفته، معتقدند که در بسیاری از موارد، ضرر به شکل غیر مستقیم به دیگری وارد می‌شود و مرتکب آن را قصد نکرده است؛ زیرا مرتکبان جعل لزوماً به ایراد ضرر به دیگران نمی‌اندیشند، بلکه غالباً این رفتار را به منظور تأمین مصالح و منافع خویش مرتکب می‌شوند (شاذلی، ۲۰۱۰: ۴۸۰/۱؛ ۵۷۴-۵۷۵: ۱۸۹۹، Garraud).

برخی از منتقدان این دیدگاه، در عوض «قصد اضرار»، «قصد استفاده از سند مجعول در جایی که سند برای ارائه در آنجا ساخته شده است» را به عنوان سوء نیت خاص جرم جعل مفادی در نظر گرفته‌اند (عبد شویب الدر، ۲۰۰۹: ۳۵). به باور آنها، جرم‌انگاری جعل در واقع به واسطه ارتباط آن با جرم «سوء استفاده از سند مجعول» می‌باشد. بنابراین در صورت فقدان قصد مرتکب مبنی بر «استفاده از سند مجعول»، موجبی برای جرم‌انگاری جعل و مجازات آن وجود ندارد (شاذلی، ۲۰۱۰: ۴۷۹/۱).

برخی دیگر نیز در مقام نقد نظر دوم، به دو ایراد عمده اشاره کرده‌اند: نخست اینکه چنین قصدی در همه حالات جعل موجود است؛ زیرا حتی در آنجا که شخصی با ساختن سند مجعول، تنها در مقام اثبات مهارت خویش می‌باشد نیز نمی‌توان گفت که فاقد «قصد استفاده از سند مجعول در جایی که سند برای ارائه در آنجا ساخته شده است» می‌باشد. دوم اینکه اشتراط قصد استعمال (استفاده)، تحصیل حاصل است؛ زیرا «قابلیت اضرار»، به اتفاق آرا جزء عناصر جرم جعل است لذا تحقق سوء نیت عام متوقف بر علم به قابلیت اضرار می‌باشد. از سوی دیگر، از آنجا که استعمال، وسیله

تحقق ضرر است، علم به قابلیت اضرار سند، مستلزم آگاهی از استعمال آن نیز می‌باشد (محمد، ۱۹۸۵: ۲۶۹).

واقعیت این است که هیچ یک از نظریات فوق به تنهایی قادر نیستند سوءنیت خاص جرم جعل را تبیین نمایند، بلکه تنها از رهگذر برقراری تعامل میان این دو نظریه است که می‌توان محمل مناسبی برای تحلیل و تبیین سوءنیت خاص این جرم فراهم نمود؛ زیرا به نظر می‌رسد سوءنیت خاص جرم جعل، از دو جزء «قصد اضرار» و «قصد استعمال» تشکیل می‌شود.

«قصد اضرار» و «علم به قابلیت اضرار نوشته» با هم تفاوت دارند و تحقق یکی به معنای تحقق دیگری نیست. آگاهی از قابلیت اضرار یک نوشته به این معناست که سازنده یا تغییردهنده سند می‌داند که محتوای نوشته ساخته یا تغییر داده شده توسط وی، حاکی از ایجاد تعهدی بر ذمه دیگری یا سلب حقی از او می‌باشد، در حالی که قصد اضرار مستلزم این است که مرتکب با انجام برخی اقدامات به دنبال ایراد ضرر به دیگری باشد. بنابراین مواردی قابل تصور است که علی‌رغم آگاهی از قابلیت اضرار، قصد اضرار وجود ندارد؛ مانند اینکه کسی تنها برای نشان دادن مهارت خویش در تقلید امضا، امضای دیگری را ذیل مبایعه‌نامه‌ای بگذارد اما در زمان تقلید امضا، قصد نداشته باشد که این سند توسط خودش یا دیگری استفاده شود. در مثال فوق هرچند تقلیدکننده امضا می‌داند که در صورت دستیابی دیگری به این سند مجعول، امکان ایراد ضرر به صاحب امضا وجود دارد، از آنجا که سند را با قصد ایراد ضرر به دیگری نمی‌سازد، به دلیل فقدان سوءنیت خاص، جاعل محسوب نمی‌گردد.

از آنجا که ایراد ضرر به دیگران در جرم جعل، متوقف بر استعمال سند مجعول می‌باشد، مرتکب جعل باید علاوه بر قصد اضرار، استعمال سند را نیز قصد نماید. به عبارت دیگر، سوءنیت خاص جرم جعل عبارت است از «قصد اضرار به دیگران از طریق استعمال سند مجعول قابل اضرار در موضعی که سند مجعول برای استعمال در آن موضع ساخته شده است». بدیهی است با ارائه چنین تعبیری از سوءنیت خاص، مواردی نظیر ساخت نوشته‌ای به نام دیگری تنها به منظور اثبات مهارت نیز به آسانی از شمول عنوان جعل خارج می‌گردند.

نتیجه گیری

تفکیک جعل مفادی از جعل مادی، سنتی است که از دیرباز میان حقوق دانان رواج دارد. بنابراین ایشان همواره کوشیده اند تا با ارائه تعریف، قلمرو جعل مفادی را از نوع مادی آن متمایز سازند. عدم توفیق حقوق دانان در ارائه تعریفی جامع و رسا از جعل مفادی، موجب شده که تبیین مفهوم جعل مفادی را از رهگذر شناسایی وجوه تفاوت آن با جعل مادی دنبال نمایند. از همین رو، تبیین مفهوم جعل مفادی و تفکیک آن از جعل مادی ایجاب می نمود که ملاک های تمایز جعل مادی و مفادی، به تفصیل بررسی شود و نظرات حقوق دانان در خصوص تفاوت سمت مرتکب جعل مادی و مفادی، تفاوت موضوع و میزان مجازات آن ها، تفاوت در نحوه قلب حقیقت و تفاوت در زمان ارتکاب آن ها تحلیل و نقد شود.

در پی اثبات بی اعتباری ملاک های ارائه شده توسط حقوق دانان، نگارندگان معتقدند که بهترین معیار برای تمایز نهادن میان جرم جعل مادی و جرم جعل مفادی، وصف این دو جرم است؛ زیرا جعل مادی وصف انشایی دارد در حالی که جعل مفادی واجد وصف اخباری است. در جعل مادی، جاعل هویت کسی را که سند به نام او امضا یا مهر شده است، غضب کرده و این گونه القا می کند که او (امضاکننده سند)، قصد ایجاد یک وضعیت حقوقی جدید را دارد، ولی در جعل مفادی، هویت تنظیم کننده نوشته آشکار است، اما جاعل در حکایت وقایع خارجی یا اعمال و اقوال دیگران رعایت امانت داری نکرده و حقیقت را قلب نموده است. بدین ترتیب هرگاه «الف»، سندی مشعر بر انتقال مالی را به نام «ب» بسازد و امضای خویش را به جای امضای او بگذارد، مرتکب جرم جعل مادی شده است؛ زیرا وانمود کرده که «ب»، بیع یا هبه را انشا کرده است، اما در جایی که سردفتر، بیع مورد توافق را به شکل اجاره در سند منعکس می نماید، اجاره را انشا نمی کند بلکه تنها از تحقق یک عقد اجاره اخبار می کند. به عبارت دیگر، در جعل مادی علاوه بر محتوا و مضمون خلاف واقع، فعل ساختن یا تغییر دادن سند نیز به شخصی غیر از سازنده و تغییردهنده واقعی منتسب می گردد، در حالی که در جعل مفادی تنها محتوا و مضمون سند دارای اشکال است،

ولی عمل ساختنِ سند به دیگری منتسب نمی‌گردد بلکه فقط شخص با سوءاستفاده از موقعیت خاص خویش سندی را تنظیم می‌کند و در آن اظهاراتی را به دیگری منتسب می‌کند. بنابراین اصطلاح جعل مفادی، اخص از اصطلاح جعل مادی است و به مواردی اشاره دارد که جنبه‌های شکلی سند فاقد ایراد است اما محتوا و مضمون، قلب شده است.

پس از تبیین مفهوم جعل مفادی و اثبات استقلال این جرم از جعل مادی، در قسمت دوم جستار حاضر، ارکان تشکیل‌دهنده این جرم بررسی و تحلیل شده‌اند. شایان ذکر است که مستقل دانستن جعل مفادی از جعل مادی، به معنای نفی مشترکات آن‌ها نیست. جعل مادی و مفادی در رکن روانی و برخی شرایط رکن مادی مشابه یکدیگرند، با وجود این، در رکن مادی جرم جعل مفادی اجزا و شرایطی یافت می‌شود که خاص این جرم است: نخست اینکه در جعل مفادی برخلاف جعل مادی، تحقق جرم از طریق ترک فعل نیز امکان‌پذیر است. دوم اینکه ارتکاب جعل مفادی تنها از سوی فرد واجد سمت (قانونی یا قراردادی) متصور است. سوم اینکه به لحاظ منطقی، تحقق جعل مفادی به قالب نوشتار محدود نیست و امکان تحقق آن در قالب گفتار (بیان شفاهی) نیز وجود دارد. در باب مورد نخست و دوم، میان حقوق ایران، فرانسه و مصر تفاوتی به چشم نمی‌خورد. در خصوص مورد سوم نیز حقوق ایران، رفتار فیزیکی جعل مفادی را به نوشتن منحصر نموده است. حقوق مصر نیز همین رویه را در پیش گرفته است. با این حال در برخی موارد، گفتار خلاف حقیقت را نیز البته به شرط انعکاس در یک سند، موجب تحقق جعل مفادی تلقی نموده است. اما در حقوق فرانسه، با توجه به وسعت موضوع جرم (وسایل بیان اندیشه)، به نظر می‌رسد صرف تغییر متقربانه حقیقت، فارغ از قالب نوشتاری یا گفتاری آن، برای تحقق جعل مفادی کافی باشد.

کتاب‌شناسی

۱. آقایی نیا، حسین، *جرایم علیه اشخاص (جنایات)*، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۲. احمدی، محمود، *مطالعه تطبیقی جرم جعل در حقوق ایران و انگلستان با تأکید بر اسناد الکترونیکی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۸۵ ش.
۳. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۴. استانبولی، ادیب، *شرح قانون العقوبات*، دمشق، المراسلات، ۱۹۹۰ م.
۵. امین‌بک، احمد، *شرح قانون العقوبات الاهلی*، بیروت، الدار العربیة للموسوعات، ۱۹۸۲ م.
۶. ایمانی، عباس، *فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری*، تهران، نامه هستی، ۱۳۸۶ ش.
۷. پیمانی، ضیاء‌الدین، *جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی*، تهران، میزان، ۱۳۷۴ ش.
۸. توجهی، عبدالعلی، *تقریرات حقوق جزای اختصاصی ۳*، تهران، جهاد دانشگاهی، ۱۳۸۲ ش.
۹. ثروت، جلال، *نظریه القسم الخاص*، بی‌جا، الدار الجامعیه، بی‌تا.
۱۰. حبیب‌زاده، محمدجعفر، *تحلیل جرایم کلاهبرداری و خیانت در امانت در حقوق کیفری ایران*، تهران، دادگستر، ۱۳۸۹ ش.
۱۱. حُسنی، محمود نجیب، *شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)*، قاهره، دار النهضة العربیة، ۱۹۹۲ م.
۱۲. حیاری، معن احمد محمد، *الركن المادی للجريمة*، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیة، ۲۰۱۰ م.
۱۳. دهخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۳ ش.
۱۴. زراعت، عباس، *حقوق جزای عمومی*، تهران، ققنوس، ۱۳۸۶ ش.
۱۵. زکی ابوعامر، محمد و سلیمان عبدالمنعم، *قانون العقوبات الخاص*، بیروت، الحلبي الحقوقیة، ۲۰۰۳ م.
۱۶. سالاری شهربابکی، میرزا مهدی، *جعل و تزویر*، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۱۷. سپهوند، امیرخان، *جزوه درسی حقوق جزای اختصاصی ۳*، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۷۷ ش.
۱۸. سلیمان‌پور، محمد، *جعل اسناد در حقوق ایران و از نظر حقوق تطبیقی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۴۱ ش.
۱۹. شاذلی، فتوح عبدالله، *شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)*، بیروت، الحلبي الحقوقیة، ۲۰۱۰ م.
۲۰. شامبیاتی، هوشنگ، *حقوق کیفری اختصاصی*، تهران، ژوبین، ۱۳۷۶ ش.
۲۱. صناعی، پرویز، *حقوق جزای عمومی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۱ ش.
۲۲. عالی، سمیر، *اصول قانون العقوبات (القسم العام)*، بیروت، المؤسسة الجامعیة للدراسات، ۱۹۹۶ م.
۲۳. عبد شویب الدرہ، ماهر، *شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)*، بغداد، المكتبة القانونیه، ۲۰۰۹ م.
۲۴. عبدالمنعم، سلیمان، *النظریة العامة لقانون العقوبات*، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیة، ۲۰۰۳ م.
۲۵. عوجی، مصطفی، *النظریة العامة للجريمة*، بیروت، نوفل، ۱۹۸۸ م.
۲۶. عبدالغریب، محمد، *شرح قانون العقوبات (القسم العام)*، قاهره، مطبعة ابناء وهبة حسان، ۱۹۹۴ م.
۲۷. کاتوزیان، ناصر، *اثبات و دلیل اثبات*، ج ۱، تهران، میزان، ۱۳۸۰ ش. و ج ۲، تهران، میزان، ۱۳۸۳ ش.
۲۸. کوشا، ارسلان، *مطالعه تطبیقی جرم جعل معنوی اسناد در حقوق جزای ایران و فرانسه*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۸۱ ش.
۲۹. گلدوزیان، ایرج، *بایسته‌های حقوق جزای اختصاصی*، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۳۰. محسنی، مرتضی، *دوره حقوق جزای عمومی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۳۱. محقق داماد، سیدمصطفی، *جلیل فتاوی*، سیدحسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی‌پور فرد، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، تهران، سمت، ۱۳۸۹ ش.

۳۲. محمد، عوض، *الجرائم المضرة بالمصلحة العامة*، اسکندریه، دار المطبوعات الجامعیه، ۱۹۸۵ م

۳۳. مرصفاوی، حسن صادق، *المرصفاوی فی قانون العقوبات الخاص*، اسکندریه، منشأة المعارف بالاسکندریه، ۱۹۹۱ م.

۳۴. مصلائی، علیرضا، *جعل و تزویر در حقوق کیفری ایران*، تهران، خط سوم، ۱۳۸۲ ش.

۳۵. منصورآبادی، عباس و محمدجواد فتحی، *جعل و تزویر و جرایم وابسته*، تهران، سمت، ۱۳۹۰ ش.

۳۶. میرمحمدصادقی، حسین، *تقریرات درس حقوق جزای عمومی*، تدوین مجید ادیب، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۷۵ ش.

۳۷. همو، *جرایم علیه اشخاص*، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.

۳۸. همو، *جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی*، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.

۳۹. همو، *جرایم علیه اموال و مالکیت*، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.

۴۰. ولیدی، محمدصالح، *حقوق کیفری اقتصادی*، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.

41. Blanche, Antoine, *Études pratiques sur le code pénal*, Vol. 3, Paris, Imprimerie et librairie général de jurisprudence, 1867.

42. Bouzat, Pierre et Jean Pinatel, *Traité de Droit pénal et de criminologie*, Paris, Dalloz, 1963.

43. De Poulpique, Jeanne, *Responsabilité des notaires*, Paris, Dalloz, 2009.

44. Desportes, Frédéric et Francis Legunehec, *Le nouveau droit pénal*, Paris, Economica, 1996.

45. Garraud, René, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1899.

46. Gattegno, Patrice, *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 1995

47. Guidicelli-Dellage, Geneviève, *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, 1996.

48. Jeandier, Wilfrid, *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, 1996.

49. Larguier, Jean et Anne-Marie Larguier, *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 1994.

50. Malabat, Valérie, *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 2009.

51. Pansier, Frédéric-Jérôme, *Le droit pénal des affaires*, Paris, PUF, 1992.

52. Pegat, George, *Du crime de faux en écritures*, Montpellier, Boehm et Fils, 1865.

53. Pin, Xavier, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2009.

54. Rassat, Michèle-Laure, *Droit pénal*, Paris, PUF, 1987.

55. Robert, Jacques-Henri, *Droit pénal général*, Paris, PUF, 1992.

56. Rousselet, Marcel et Maurice Patin, *Précis du Droit pénal spécial*, Paris, Sirey, 1950.

57. Soyer, Jean, *Droit pénal et procédure pénal*, Paris, LGDJ, 1992.

58. Stéfani, Gaston et Georges Levasseur et Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 1995.

59. Véron, Michel, *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 2008.

60. Vouin, Robert et Michèle-Laure Rassat, *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 1976.

موجز المقالات

جريمة الارتداد في الروايات

□ السيد مصطفى محقق داماد (أستاذ بجامعة الشهيد بهشتي)

□ السيد محسن موسى فر (طالب بمرحلة الدكتوراه بفرع قانون العقوبات وعلم الإجرام)

من المعلوم أنّ قضية الارتداد وعقوبته العظيمة صارت موطناً لشتى الأفكار والمعتقدات الدينية والخارجة من حقل الدين وكذلك محلّ المناقشة في مسألة حقوق الإنسان، كما أنجبت تأملات وإشكاليات للسياسيين والفقهاء والقانونيين. والمقتنّ في الجمهورية الإسلامية الإيرانية لم يذكر أيّ جزاء أو عقوبة بشكل مباشر في أيّ مادة أو تبصرة لجريمة الارتداد وقد اختار السكوت في هذا المجال. وهذا السكوت الذي له معنى وغرض خاصّ يعرب عن عدم رضاه بتجريم جريمة الارتداد. ونحن عندما نرجع إلى الروايات وسنة المعصومين (عليه السلام) نرى أنّهم يعتبرونه جريمة عظيمة، لكن الدراسة الراهنة تطرقت إلى إثبات أنّ السيرة العملية لأهل البيت (عليه السلام) وفقهاء الإمامية، باعتبار وجود عدد من المصالح، هي المداراة مع المرتدّين والعفو والصفح عنهم وهذه السيرة توّعت إلى أنّ عقوبة الارتداد كانت أمراً متروكاً. إضافة إلى ذلك، نشير إلى أنّ إطلاق الروايات التي ترى موضوع الارتداد هو تبديل الدين، إلى جانب الجحد والإنكار، قد قيد بقيود قطعاً.

كما في نهاية الجولة تُرى وتُثبت أن قبول التوبة لا تختص بالمرتد الملى بل يشمل المرتد الفطري أيضاً وتترتب آثار التوبة على كليهما دون أى شك.

المفردات الرئيسية: الكفر، الارتداد، الحدود، التعزيرات، المرتد الفطري، التوبة، الاستتابة.

العدالة الاجتماعية والعدالة الجزائية؛ الفصل أو الوصل

- هانية هزبر الساداتي (طالبة بمرحلة الدكتوراه بقانون العقوبات وعلم الإجرام)
- محمد جعفر حبيب زاده (أستاذ بجامعة تربية المدرس)

التطورات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية العميقة لعشرات ١٩٨٠ الميلادية وما بعدها، أنجبت التطرفات الشديدة لوضع السياسات الجزائية في التركيز على الإجراءات الجزائية والبعد عن الاتجاهات العلمية في رقابة الجريمة وأدت ذلك إضافة على ترك السياسات الرفاهية، الاستبعاد والانفصال عن أهداف العدالة الجزائية. ومن الواضح على غرض تفعيل وضع السياسات الاجتماعية في تمهيد الظروف لوصول الأشخاص إلى العدالة الاجتماعية والعدالة الجزائية، من الضروري عقد الوصل والاتصال بين هذين المفهومين. ومن أهم أدلة وأسباب فصل العدالة الجزائية والعدالة الاجتماعية ما تلى: التغافل عن عنصر المواطن في وضع السياسات الاجتماعية والجزائية، اشتراط حقوق المواطن بالاتباع من القوانين، التأكيد على الجزاء لرقابة الجريمة ومكافحتها، ورود البرامج والمناهج الإدارية إلى نظام العدالة الجزائية، التركيز على الكمية بدل التأكيد على ارتقاء ورفع الكيفية وفقدان مبادئ كلية لبرمجة السياسات الاجتماعية والجزائية. وتجدر الإشارة إلى أن من فوائد الوصل والاتصال بين العدالة الاجتماعية والعدالة الجزائية، هي إضافة إلى تكريم منهج العدالة الجزائية، وقوع الحيلولة إزاء هدر الميزانية، وكذلك الممانعة عن تلف الثروات المادية والإنسانية والزمان كما يساعد ذلك جميع المواطنين على الوصول إلى الفرص المساوية. ومن أخرى الثمار الإيجابية للاتصال بين هذين المفهومين هي: شعور المواطنين بكونهم من أعضاء المجتمع، ازدياد الالتزام بالقوانين وتحقق الشعور بالاتباع والانقياد عن القوانين. ولا شك في أنه لا يمكن التوصل إلى هذه الحصائل عبر الهتافات والعبارات المزخرفة البحتة، بل من لوازمها واقتضاءاتها معرفة مبادئ عملية

للاتصال بين هذين المفهومين وهذه المبادئ كما تلى: قبول جميع المواطنين ورعاية حقوقهم والاعتناء بهم، التوزيع الجديد للفرص والثروات والإمكانيات على غرض ازدياد مشاركة المواطنين فى المجتمع، توازن مسؤوليّة المواطنين والمقاومة والنظرة الكلّية فى وضع السياسات.

المفردات الرئيسة: العدالة الجزائية، العدالة الاجتماعية، التوزيع المجدد، الادغام، المساواة، الطرد الاجتماعى.

الإرهاب والقانون الجزائى

□ نسرین مهرا (أستاذة مشاركة بجامعة الشهيد بهشتى)

□ نوروز كارگرى (دكتورا بفرع قانون العقوبات وعلم الإجرام)

لا شكّ فى أنّ الإرهاب من الظواهر التى قد لوحظت فى السنوات الأخيرة بشكل خاصّ وأكيد. وفى هذا الصعيد، أحد الحلول والطرق التى اتّخذت لمكافحته، هى القانون الجزائى. مع أنّ القانون الجزائى يعتبر كآلة للتلبية إلى جرائم عقوبة المجرمين، مع ذلك بإمكان الماهية السياسية للإرهاب أن تمايز القانون الجزائى عن مبادئه الأساسية وتجعله فى متناول يد السلطات السياسية وذلك فى طريق مكافحة الأعمال الإرهابية. ومع وجود هذه المخاطرة، للقانون الجزائى، مقارنةً ببدائله غير القانونية، مزايا وخصائص كثيرة التى على أساسها لنا أن نرجحها على حلول وطرق أخرى كالحرب. وبالرغم من ذلك، الحلّ المناسب فى هذا المجال هو إيجاد وتأسيس طريقة جامعة ووحيدة حول مكافحة الأعمال الإرهابية ولا بدّ أن يتمّ هذا على وتيرة تستخدم الحلول الموجودة بعضها إلى جانب بعضها الآخر، فعليه لا يفيدنا التمسك والتوسّل إلى أحد الحلول والطرق الخاصة بشكل على حدة.

المفردات الرئيسة: القانون الجزائى، الإرهاب، الحرب، مكافحة الإرهاب.

تقييم سياسة إزالة التجريم لقانون البرنامج الخامس للتنمية

فى قانون العقوبات الإسلامية

- محمّد علی البابائی (أستاذ مشارك بجامعة الإمام الخمينيّ الدولية)
- ميشم الغلاميّ (ماجستير بفرع قانون العقوبات وعلم الإجرام)
- فاطمة السادات الهاشميّ دمنة (ماجستير بفرع قانون العقوبات وعلم الإجرام)

أحد الأساليب والمناهج الهامة في ساحة السياسة الجزائية هي التجريم الذي على مساسه للمقنّن أن يخطو نحو تجريم عدد من الأعمال وذلك على أمل الحماية عن النظم العامّ والقيم الأخلاقية، ولكن يبقى ههنا شيء وهو أنّه في بعض الأحيان ينتهي التجريم إلى تضيق وتحديد حقل الحقوق وحرّيات المواطنين كما له آثار سلبية كالخلل في أسلوب عمل السلطة القضائية. وعليه، على المقنّن أن يستخدم هذا الحّل والطريق بشكل دقيق واحتياطيّ. لذلك الفصل الثامن من قانون البرنامج الخامس للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، قد وضع وظيفة خاصّة على عاتق السلطة القضائية وهي تقليص كميّة العناوين الإجرامية والدعوى. مع ذلك يبدو أنّ السلطة القضائية في قانون العقوبات المصادق عليه عام ١٣٩٢ لم تلتفت إلى هذه المهمة وقد عدلت عن ضوابط سياسة إزالة التجريم في قانون البرنامج الخامس للتنمية وجرّمت تجريمات حديثة والتي لم يكن لها أثر في قانون العقوبات الإسلامية السابقة. ولنا أن نشير لهذا القبيل من التجريم، إلى التجريم على أساس المصادر الفقهية (المادّة ٢٢٠) وتجرّم جريمة الإفساد في الأرض (المادّة ٢٨٦). والبحث الحاليّ ضمن تحليل ودراسة سياسة إزالة التجريم، يشير إلى موارد نقض هذه السياسة عبر التجريمات العدّة في قانون العقوبات الإسلامية.

المفردات الرئيسة: التجريم، إزالة التجريم، المفسد في الأرض، قانون البرنامج الخامس للتنمية.

القيمة الإثباتية للإقرار في الجرائم؛ من الإلزامات النظرية إلى التطوّرات القانونية

- حسين آقابابائيّ
- أستاذ مشارك بجامعة كيلان

أحد الأبحاث الهامة الأساسيّة للقانون الجزائيّ، هي القواعد الحاكمة على أدلّة إنبات الدعوى الجزائية وتقييم قيمتها الإثباتية. من المعلوم أنّ القيمة الإثباتية للإقرار في الأمور

الجزائية لها أهميّة بالغة في إثبات جميع الجرائم ومن جملتها الجريمة ضدّ الأشخاص . إنّ تطوّرات القانون الجزائيّ لإيران، قد أنجب شكوك وتساؤلات حول القيمة الإثباتية للإقرار وخاصة من ناحية الطريقيّة أو الموضوعيّة للإقرار في الجنايات (الجرائم ضدّ الأشخاص). بالرغم من أنّ النظريّة الحقوقيّة والإجراء القضائيّ لإيران قد اختارت وحسّنت طريقيّة الإقرار في الجنايات، إلا أنّ قانون العقوبات الإسلاميّة المصادق عليه عام ١٣٩٢ تحدّث عن موضوعيّة عدد من الأدلّة الشرعيّة كالإقرار والشهادات. الدراسة الحاليّة ترمي إلى تبيين القيمة الإثباتية للإقرار في الجرائم وكذلك مناقشة تطوّرات القانون الجزائيّ لإيران في هذا الصعيد، كما عالجت الإلزامات النظريّة لطريقيّة الإقرار ووجهة نظر الفقهيّة في هذه الساحة. والنتيجة التي حصلت عليها الدراسة الراهنة تشير إلى أنّ طرح موضوعيّة أدلّة الإثبات الشرعيّ في قانون العقوبات الإسلاميّة لعام ١٣٩٢ ناجم عن اللسان والسياق الخاصّ للمقتنّ ولا يكون بتأّ بمعنى التبدّل في القيمة الإثباتية للأدلة ومن جملتها الإقرار.

المفردات الرئيسة: الإقرار، الإقرار في الجنايات، طريقيّة الإقرار، موضوعيّة الإقرار، القيمة الإثباتية للإقرار.

المعايير القانونية - علم الإجراميّة للوقاية الوضعيّة عن الجريمة

□ عليّ الصقّارّي (أستاذ مساعد بجامعة الشهيد بهشتي)

□ راضية الصابريّ (طالبة بمرحلة الدكتوراه بفرع قانون العقوبات وعلم الإجرام)

من المعلوم أنّ الأمر الذي يكون مسوّغاً لإعمال الوقاية الوضعيّة من ناحية المواطنين العاديين إزاء الذين ينتهكون القانون أحياناً، ليس هو إلّا تنفيذ الحقّ والنظم الاجتماعيّ أو شيء مركّب منهما. من جانب آخر، تحقيق النظم الاجتماعيّ وإعمال الحقّ المتقابل يوجب أن تكون الإجراءات الوقائيّة للمواطنين أمام الانتهاك غير الشرعيّة للحقّ محدّدة بمعايير خاصّة، وفي غير هذه الحالة، من الممكن أن يكون الدفاع عن الحقّ أو تنفيذ الإجراءات الوقائيّة أمام المجرمين الاحتماليين مستمسكاً للخوض في الانتهاكات اللاشرعيّة. وعندما سكت المقتنّ حول الوقاية الوضعيّة والمعايير الخاصّة بها، فالمناقشة حول هذه المسألة تكون مناقشة وحيّة. فإنّ بعض العلماء القانونيين يرتأون حاكميّة

شروط الدفاع المشروع على الوقاية الوضعيّة ولكن هيهنا اتّجاه مخالف يرى أنّ الوقاية الوضعيّة أمر بلا شرط ولذلك ضرورتها العرفيّة تقتضى أن يتمّ حول هذه المسألة دراسة أكثر وأبسط. الدراسة الراهنة ترمى إلى أن تناقش وتحلّل ضوابط الوقاية الوضعيّة فى مقامين وهما تشمّلان ضوابط الانتهاك وضوابط الإقدمات الوقائيّة وقد تمّت هذه معوّلّة على استطلاع الرأى لثلاث طوائف وهى الإخصائيّين والمسجونين والأناسى العاديّين وقد حصلنا على أنّه تواجد ضوابط لتضييق حقل الوقاية الوضعيّة أمر لازم وأكيد والإجابات الحاصلة من ناحية كلّ من الطوائف الثلاثة تُعرب عن ضرورة وجود هذه المعايير والملاكات.

المفردات الرئيّسة: الوقاية الوضعيّة، الانتهاك غير الشرعى، الضرورة العرفيّة للوقاية، ضرورة الإعلان.

ظروف توسيع تنفيذ القوانين الجزائيّة فى المكان

□ السيّد محمود مير خليلي (أستاذ مساعد بجامعة قم)
 □ عليرضا الرحمانى نعيم آبادى (ماجستير بفرع قانون العقوبات وعلم الإجرام)
 □ أبوذر سالارى فر (طالب بمرحلة الدكتوراه بفرع قانون العقوبات وعلم الإجرام)

لا شكّ فى أنّه على أساس المبادئ الحاكمة على القانون الجزائيّ، المبدأ الكلّيّ هو أنّه فى نطاق ودائرة كلّ بلد، محاكم هذا البلد تنفّذ وتجرى قوانينها الخاصّة به فقط. والحال أنّ فى القانون الخاصّ يوجد هذا الإمكان كى تجرى محاكم البلاد القوانين الجزائيّة لبلاد آخر. فإنّ مبدأ عدم اعتبار القوانين الجزائيّة لبلاد آخر، للمحاكم الجزائيّة مبدأ قد دار وبشكل تقليدىّ فى علاقات البلاد وفى ساحة قانون الجزاء الدولىّ وفى الواقع البلاد المختلفة ترى التنفيذ المطلق دون أى قيد وشرط لهذا المبدأ، من فروع سلطتها فى الحاكميّة. مع ذلك الحاجات الحديثة التى ظهرت اليوم للمجتمعات أفضت إلى أن تغيّر البلاد المختلفة وبشكل استثنائيّ هذا المبدأ وأن تخضع وتجرى مواد خاصّة كنقل المجرمين المحكومين بالحبس والنيابة القضائيّة الدوليّة وغيرهما. ولكن منهنج المقنّن الإيرانيّ حول مبدأ عدم اعتبار القوانين الجزائيّة الأجنبيّة وقاعدة منع المحاكمة الجديدة، كان من بداية التقنين وحتىّ الآن أمرًا متغيّرًا بحيث كان يتراوح بين القبول والردّ. قانون

العقوبات الإسلامية المصادق عليه عام ١٣٩٢ ضمن الاستنساخ من القوانين السابقة ومن جعلتها قانون عام ١٣٥٢ يخطو نحو ضوابط القانون الجزاء الدولي بحيث قد أحيًا قاعدة منع المحاكمة الجديدة وقد ضعّف عدم اعتبار القوانين الجزائية الأجنبية. المفردات الرئيسية: القوانين الجزائية الأجنبية، القانون الجزائي الدولي، نقل المحكومين، قاعدة منع المحاكمة الجديدة، النيابة القضائية.

تحليل جريمة التزوير المفادى

□ السيد عليرضا مير كمالى (أستاذ مساعد بجامعة الشهيد بهشتى)
 □ إحسان عباس زادة أمير آبادى (طالب بمرحلة الماجستير بفرع قانون العقوبات وعلم الإجرام)

قبل كل شيء تجدر الإشارة إلى أنّ كتاب قانون تعزيرات العقوبات الإسلامية لإيران، لم يتعرّض إلى تمايز وتجزئة جريمة التزوير المادى عن التزوير المفادى. فإنّ المقنن الجزائى قد عيّن لهما عقوبة مثيلة دون أى تفاوت بينهما وفي موارد خاصّة على غرض رفع هذه النقيصة قد وضع موادًا قانونية عدّة لبيان منع الأشكال المتنوعة لسلوك خاصّ ولكن هذه الموارد القانونية الجديدة لم تساعدنا فى معرفة النماذج المسلمة لجريمة التزوير، لذلك سعى المجتمع القانونى أن يؤكّد ويهتمّ بالنسبة إلى هذا الأمر الهامّ. إنّ القانونيين قد عرضوا تعاريف متنوّعة عن مصطلح التزوير المفادى وأكثر هذه التعاريف ركّزت على عنصرين هما «تبديل الحقيقة فى مضمون الوثيقة أو المكتوب» و«السلامة الظاهرية للوثيقة» ولكن لا يجوز لنا أن نعتبر خصوص هذين الأمرين كخصائص رئيسة لجريمة التزوير المفادى إطلاقًا، حيث أنّ هذه الخصائص قد توجد فى التزوير المادى أيضًا. لذلك نحن فى دراستنا هذه قد ناقشنا معايير تمايز التزوير المادى عن التزوير المفادى بشكل مبسوط وذلك فى القانون الجزائى لإيران ومصر وفرنسا وقد ذكرنا وعرضنا وجهات نظر القانونيين فى هذا المجال مركّزة على التفاوت فى منصب مرتكب التزوير المادى والمفادى والتمايز بين الموضوع ومستوى عقوبتهما وكذلك التفاوت فى نمط قلب الحقيقة والتفاوت فى زمن اقترافهما. كما ذكرنا أدلّتنا على تنفيذ هذه الأقاويل.

المفردات الرئيسية: التزوير، التزوير المادى، التزوير المفادى، قلب الحقيقة.

Key words: *Foreign penal code, International criminal law, Transferring convicts, The principle of double jeopardy, Rogatory commission.*

The Analysis of the Offence (Crime) of the Abstract Forgery

- *S. Ali Reza Mir Kamali (Assistant professor at Shahid Beheshti University)*
- *E. Abbaszadeh Amirabadi (A PhD Student of Criminal Law & Criminology)*

The book of Tazir -Punishment for crime not measuring up to the strict requirements of hadd punishments- of the Islamic Penal Code of Iran has not distinguished the crime of the abstract forgery from the concrete forgery. The criminal legislator has considered the same punishment for both offences and in some cases to resolve this problem he has made different legal articles that it causes recognition of certain instances of abstract forgery crime be impossible. There is disagreement between Jurists about the definition of the abstract forgery. They regard two elements in most definitions: altering or fabricating the actuality of a document or writing and the safety of a document apparently. But they should not be found as exclusive specifications for the abstract forgery because these provisions can be occurred in the concrete forgery. The following research tries to study the criteria to distinguish the abstract forgery from the concrete one in the penal code of Iran, Egypt and France in detail. Therefore, it criticizes and evaluates the jurists' opinions in this field based on the difference in the position of the Perpetrator of the abstract forgery and concrete forgery.

Key words: *Forgery, Concrete forgery, Abstract forgery, Change of reality.*

The Development Environments of Exercising Criminal Laws in Territory

- *Sayyed Mahmud Mir Khalili (Associate professor at University of Tehran)*
- *Ali Reza Rahmani Naeimabadi (An MA of Criminal Law & Criminology)*
- *Abouzar Salarifar (A PhD student of Criminal Law & Criminology)*

According to the principles of the criminal law, the general rule is that every country's courts merely practices the penal code of own territory in its territory while in private law it is possible for a country to implement the other country's statutes totally. The principle of non-authenticity of other countries' penal codes is a principle for criminal courts which has been usually between countries and in the area of the international criminal law. In reality, the different countries believe that it is the authority of their sovereignty to exercise this principle absolutely and with no exception. Meanwhile, the necessities of the today's communities make the different countries change this principle and accept some exceptions and some cases like the institution of transferring convicted prisoners, international rogatory commission and etc. the legislator of Iran has had a different attitude toward the non-authenticity of foreign criminal law principle and the principle of double jeopardy from the beginning of the legislature; the Islamic penal code of Iran, codified in 1392, was calqued from the previous statues like statues of 1352 and in dealing with the regulations of international criminal law has revived the principle of double jeopardy and has diminished the principle of non-authenticity of the other countries' criminal law.

The Legal-Criminology Criteria of Situational Crime Prevention

- *Ali Safari (Assistant professor at Shahid Beheshti University)*
- *Razieh Saberi (A PhD student of Criminal Law & Criminology)*

What lets common citizens to practice the situational prevention against possible aggressors is carrying out right (practicing laws) -implementation of the right-, social order or a combination of both. From the other side, Setting out the social order and practicing mutual regulations requires specific mechanisms for citizen's prevention interventions against unlawful exposure. Or otherwise defending of right or preventive affairs against possible offenders will cause a tool to happen unlawful harms. With respect to the legislator silence at the issue of situational prevention and its specific techniques, debate about this premise confronts disagreement. Some believe the governing of legal defending provisions to situational prevention but opponents consider no condition for situational prevention and public necessity, therefore it makes more researches about this subject. This note aims to analyze and study situational prevention criteria which conclude aggressive criteria and the criteria of situational prevention strategies according to the opinion poll which comprises of three groups: specialists, prisoners and common people. The result shows that it is necessary to have criteria in order to limit the realm of situational prevention and responses of all three groups emphasize this obligation.

Key words: *Situational prevention, Unlawful aggression, Conventional necessity of prevention, The necessity of information.*

One of the important and fundamental debates in criminal law is the principles governing the evidences of proving criminal litigation and evaluating their positive values. The positive value of confession in penal matters has a considerable important in proving all offences including offences against persons. The evolution of the penal code of Iran has established questions and ambiguities in respect to the positive value of confession especially from the point of creative or positive role of confession in offences against persons (in Islamic penal code, some crimes are proved only by special and specific evidences -proofs- as mentioned in Islamic texts -creative- but some crimes are proved by any evidences and have no specific features but only a path to reality -positive-). In spite of being accepted the positive role of confession by law doctrine and jurisdiction of Iran, the Islamic penal code (codified 1392) has indicated the creative role of some the evidences of the Islamic religious law such as confession and testimony. In order to determine the positive value of confession in offenses and the evolution of new criminal law of Iran in this area, this note attempts to study the theoretical obligations of the positive role of confession and the Islamic jurisprudential look in stating this concept. The result shows that stating of the creative role of the Islamic legal proofs in the criminal law of Iran 1392 is because of the specific legislator's speech and discourse and it does not mean the change of the positive value of the proofs (evidences) like confession.

Key words: *Confession, Confession in offenses, The positive role of confession, The creative role of confession, The positive value of confession.*

to support the public order and ethical values criminalizes some conducts. It is important that the legislator step cautiously and accurately toward applying this mechanism because criminalization causes the limitation of the individual freedom and legal matters and follows the negative consequences such as problem in judiciary performance. The legislator with respect to the consequences of criminalization in the chapter VIII of the 5th Five-Year Economic, Social and Cultural Development Plan (5th FYDP) has set out the reduction of offensive titles and litigation as the duty of the judiciary. But the judiciary in the penal code of Iran (codified 1392) without paying attention to the principles of criminalization has deviated from the regulations of decriminalization policy of the 5th Five-Year Development Plan (5th FYDP) and has made (created) new criminalization which has no antecedent in the Islamic penal code. Two topics can be mentioned criminalization according to the Islamic jurisprudential sources (Art. 220) and criminalization of disturbing peace and order in the land -fassad fil-arz- (Art. 266). Meanwhile analyzing and studying the mentioned crimes and decriminalization policy, this paper attempts to examine their effects in the law of Iran.

Key words: *Criminalization, Decriminalization, Disturbing peace and order in the land -fassad fil-arz-, The 5th Five-Year Development Plan (5th FYDP).*

The Positive Values of Confession in Crimes from the Theoretical Obligations to the Legal Evolutions

- *Hussein Agha Babaei*
- *Associate professor at University of Guilan*

Terrorism and Penal Code (Criminal Code)

- *Nasrin Mehra (Associate professor at Shahid Beheshti University)*
- *Nowrooz Kargari (PhD of Criminal Law & Criminology)*

Terrorism is a phenomenon which considerable attention has been focused on in recent years. In this respect, the criminal code is one of mechanisms has been regarded to combat terrorism. Although the penal code is a tool to response the crimes of punishments of offenders, political entity of terrorism can separate the criminal code from its basic principles in order to combat terrorism procedures and establishing Tool-using for politicians. Notwithstanding this danger (risk), the criminal code has many privileges to the non-legal alternatives which based on the criminal code; it can be preferred to other methods like war. Still, the suggested method is creating a comprehensive method to combat terrorism entities which it is to employ every of these methods besides the others.

Key words: *Penal code (Criminal law), Terrorism, War, Combating terrorism.*

The Evaluation of Decriminalization Policy of the 5th Five-Year Development Plan (5th FYDP) in the Islamic Penal Code of Iran

- *M. Ali Babaei (Associate professor at Imam Khomeini International University)*
- *Misam Gholami (An MA student of Criminal Law & Criminology)*
- *Fatimeh al-Sadat Hashemi (An MA student of Criminal Law & Criminology)*

One of the important mechanisms in the area of the criminal policy is criminalization. According to it, the legislator in order

justice without social justice is useless, inefficient and unfair. The most important reasons for distinguishing between social justice and criminal justice are neglecting the role of citizens for proposing social and criminal policies and granting the citizenship rights being bound to obey obedience laws, emphasizing on criminal policy for reduction and prevention of crime, separating the criminal policy organization from social and welfare ones, applying management skills and techniques in organization of criminal justice systems, emphasizing on the quantity of the system achievements instead of focusing on the enhancement of quality and also the absence of the common guiding principles or general principles to codify criminal and social policies toward a goal. Besides dignifying the criminal procedures, the relationship between social justice and criminal justice has a significant importance to prevent budget waste, human and material resources and time and causes the citizens access the equal opportunities. The other positive consequences of the relationship between these two concepts are the citizen interest to the community, increasing legal stability and occurring legality. Achieving these results cannot take place unless the practical principles to creating relationship between them are recognized. The principles are: recognizing all citizens and respecting their rights, redistribution of opportunities, resources and equipment in order to increase citizen participation in community, the balance of citizen responsibility and stability and holism (comprehensiveness) in policing.

Key words: *Criminal justice, Social justice, Redistribution, Integrating, Equality, Social exclusion.*

that the practical sirat ahl-al bayt and the Imami jurists have been to tolerate apostates and forgive them for some advantages which it implies that the punishment of apostasy has been set aside. Moreover, it will be mentioned that the absoluteness of Islamic traditions (ahadith) indicates that the subject of apostasy is merely conversion to another religion and is restricted to the negation and lack of belief. Also it shows that the acceptance of repentance does not specify to the apostates who had previously converted to Islam from the other religion but also includes the apostates who was born in Islam and following the effects of repentance for them.

Key words: *Blasphemy, Apostasy (Irtidād), Hudud (Prescribed punishment), Taazir (Punishment for crime not measuring up to the strict requirements of hadd punishments), Calling the apostate to repent before he is executed.*

Social Justice and Criminal Justice:

Division or Connection

- *Hanieh Hozhabr al-Sadati (A PhD student of Criminal Law & Criminology)*
- *Muhammad Jafar Habibzadeh (Professor at Tarbiat Modares University)*

The economic, political and social evolutions during the 1980s caused the criminal policies with emphasizing on the criminal strategies and separation from the scientific approaches in crime control face excessiveness and additionally putting aside the welfare policies, they have separated from criminal justice also. For efficiency of social policies in enabling people to access social justice, it is necessary the relationship between these two concepts. Social justice does not occur without criminal justice and criminal

Abstracts

The Crime of Apostasy (Irtidād) in the Islamic Traditions (Ahadith)

- *Sayyed Mustafa Muhaqqiq Damad (Professor at Shahid Beheshti University)*
- *Sayyed Muhsen Musavifar (A PhD student of Criminal Law & Criminology)*

The issue of apostasy (irtidād) and its capital punishment has been a circus and arena of the different thoughts and beliefs from the point of religion and out of religious look and human rights and it has provided troubles for statesmen and the Islamic jurisprudents and jurists. The legislator of Islamic republic of Iran has not determined directly a punishment for the offense of apostasy (irtidād) in any Articles or notes and has been silent. This purposeful silence implies that the legislator is not inclined toward criminalization of apostasy (irtidād). According to the Islamic traditions and infallible sayings, apostasy is a capital crime and sin but we will prove in this essay

Table of contents

Researches:

The Crime of Apostasy (Irtidād) in the Islamic Traditions (Ahadith) Sayyed Mustafa Muhaqqiq Damad & Sayyed Muhsen Musavifar	3
Social Justice and Criminal Justice: Division or Connection Hanieh Hozhabr al-Sadati & Muhammad Jafar Habibzadeh	25
Terrorism and Penal Code (Criminal Code)/ Nasrin Mehra & Nowrooz Kargari	55
The Evaluation of Decriminalization Policy of the 5 th Five-Year Development Plan (5 th FYDP) in the Islamic Penal Code of Iran Muhammad Ali Babaei & Misam Gholami & Fatimeh al-Sadat Hashemi	87
The Positive Values of Confession in Crimes from the Theoretical Obligations to the Legal Evolutions/ Hussein Agha Babaei	119
The Legal-Criminology Criteria of Situational Crime Prevention Ali Safari & Razieh Saberi	145
The Development Environments of Exercising Criminal Laws in Territory Sayyed Mahmud Mir Khalili & Ali Reza Rahmani Naeimabadi & Abouzar Salarifar	181
The Analysis of the Offence (Crime) of the Abstract Forgery Sayyed Ali Reza Mir Kamali & Ehsan Abbaszadeh Amirabadi	207

Translation of Abstracts:

Arabic Translation/ Muhammad Salami	235
English Translation/ Ali Borhanzahi	250