

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست مطالب

- شبهه موضوع قاعده درآ در حقوق ایران / روح الله اکرمی ۳
امکان اعمال قرارداد قضایی با منافع عمومی نسبت به اشخاص حقوقی در حقوق ایران (با نگاهی به حقوق فرانسه) / عرفان باباخانی و افشین عبداللهی ۲۹
جرم تقلب در تهیه آثار علمی / حسن پوربافرانی و محمدجواد حیدریان دولت آبادی و علیرضا باقری قوام آبادی ... ۵۹
رویکردی انتقادی به سلب آزادی محکوم به قصاص در فرایند استیذان / عبدالعلی توجهی و رحیمه علی آبادی ۸۱
مسئولیت کیفری بین المللی در قبال جنایات ارتکاب یافته در میانمار / محمدهادی ذاکر حسین ۱۱۷
تحلیل محتوای رُمان «همسایه‌ها» در حوزه بزهکاری کودک در پرتو یافته‌های جرم‌شناسی بهزاد رضوی فرد و نجمه نظری و علی مولاییگی ۱۴۹
تبیین مفهوم و جایگاه «کار نوعاً گشوده» در حقوق کیفری ایران با نگاهی به حقوق فرانسه محمود روح الامینی ۱۷۹
رویکرد جرم‌شناختی به تهدید برخط دختران / صادق صادقی و مصطفی فروتن و شهرام ابراهیمی ۲۱۵
مجازات قتل در تکرار جرایم منافی عفت با تأکید بر تکملة المنهاج / سمیه صفایی بازارجمعه ۲۳۵
واکاوی حکم تعدد جرایم اطفال و نوجوانان در حقوق کیفری ایران / امین فلاح و حسن حاجی تبار فیروزجائی ۲۵۵
تضمین‌های حمایت از حق بر مالکیت در توقیف و ضبط وسیله جرم / حسن قاسمی مقدم ۲۷۷
سقوط حکم اعدام مرتد فطری در فرض توبه و مشروعیت استتابه توسط قاضی / حمید مؤذنی بیستگانی ... ۳۰۹

ترجمه حکم‌ها

- ترجمه عربی (موجز المقالات) / حمید عباس‌زاده ۳۳۱
ترجمه انگلیسی (Abstracts) / علی برهان‌زهی ۳۵۴

راهنمای تدوین مقالات

- مقالات باید علمی - پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشند.
- مقاله ارسالی بین ۶۰۰۰ تا ۹۰۰۰ کلمه حروف چینی شده باشد.
- تیرهای اصلی با شماره‌های ۱، ۲، ۳ و ... و زیرمجموعه آن‌ها با ۱-۱، ۲-۱، ...، ۱-۲، ۲-۲ و ... مشخص شود.
- چکیده مقاله که آئینه تمام‌نما و فشرده بحث است، به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی، حداکثر در ده سطر ضمیمه باشد و واژگان کلیدی مقاله (سه تا هفت واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.
- ارجاعات در متن مقاله بین پراکنش به صورت (نام خانوادگی، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد/صفحه) نوشته شود.
- اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد از (همان یا همان: شماره جلد/صفحه) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسنده باشد (همو، سال انتشار: صفحه) استفاده شود.
- منابع لاتین، به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پراکنش (صفحه/جلد: سال انتشار، نام خانوادگی) و در ارجاع بعدی اگر بلافاصله باشد (Ibid.) نوشته شود.
- ترتیب منابع:
- کتاب: نام خانوادگی، نام (نویسنده / نویسندگان)، نام کتاب، نام مترجم، محقق یا مصحح، نوبت چاپ (در صورتی که چاپ نخست باشد نیاز نیست)، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار.
- مقاله: نام خانوادگی، نام (نویسنده / نویسندگان)، «عنوان مقاله داخل گیومه»، نام نشریه، دوره / سال، شماره جلد، تاریخ انتشار.
- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید شود و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.
- مجله در ویرایش مقالات آزاد است.
- ارسال و دریافت مقالات صرفاً از طریق سامانه مدیریت نشریات به نشانی <www.razavi.ac.ir> انجام می‌گیرد.
- ارتباط با مدیریت مجله از طریق رایانامه <razaviunmag@gmail.com> امکان‌پذیر است.
- اصول اخلاقی مجله**
- فهرست نام نویسندگان نشان‌دهنده همکاری آن‌ها در تدوین مقاله است و لذا تعیین نام مسئول مقاله و نیز رعایت عدم وجود اسامی غیر مرتبط ضروری است.
- نویسنده مسئول فردی است که در تهیه، آماده‌سازی و ... مقاله، سهم عمده را بر عهده دارد و نیز مسئولیت هر گونه ایراد قانونی و رعایت ضوابط بر عهده وی می‌باشد.
- حقوق نویسندگان و داوران**
- اطلاعات شخصی نویسندگان برای عوامل اجرایی و اعضای تحریریه مجله محرمانه بوده و از آن محافظت می‌شود.
- داوری مقالات توسط داوران، بدون اطلاع از نام نویسندگان انجام می‌گردد.
- نام داوران مقاله، محفوظ است و به هیچ عنوان در اختیار نویسندگان قرار داده نمی‌شود.
- قانون کپی‌رایت**
- مقالات ارسالی نباید کپی‌برداری از آثار چاپ‌شده یا ترجمه آثار باشد و قبلاً در نشریه دیگری چاپ شده یا برای نشریه دیگری به طور همزمان ارسال شده باشد.
- در صورت تخلف نویسندگان، مطابق با ماده ۳ از فصل دوم قانون حمایت از حقوق پدیدآورنده (تأییدشده در وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) رفتار خواهد شد.
- همپوشانی مقالات چاپ‌شده نویسنده یا نویسندگان تا ۱۰ درصد قابل قبول است و بیشتر از آن شامل قانون کپی‌رایت می‌گردد.

شبهه موضوع قاعده درأ در حقوق ایران*

□ روح‌الله اکرمی^۱

چکیده

قاعده درأ به عنوان تضمینی جهت صیانت از متهمان در برابر تحمل مجازات در شرایطی که در بزهکاری آن‌ها شبهه وجود دارد، نخستین بار در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ در قالب قاعده و به شکلی جامع مورد توجه قرار گرفت. شبهه دارنه ممکن است در فرایند رسیدگی قضایی برای دادرسی ایجاد شود؛ اعم از آنکه وی رأساً نسبت به مجرمیت متهم دچار تردید شود و یا ادعای متهم موجب شبهه‌افکنی گردد. قانون مجازات اسلامی در خصوص کفایت مجرد چنین ادعاها و خطورات ذهنی برای سقوط مجازات، رویکرد همسانی ندارد؛ گاه صرف ادعا را کافی می‌داند و گاه احتمال صدق آن شرط دانسته شده است، بی‌آنکه معیاری برای آن ارائه شود.

در تحقیق حاضر با روشی تحلیلی و توصیفی، منابع فقه امامیه بررسی شده و این نتیجه حاصل گردیده که شمول قاعده مستلزم آن است که امکان شبهه

نسبت به متهم متصور باشد و بر اساس معیار نوعی مبتنی بر قضاوت افراد متعارف، چنین احتمالی معقول دانسته شود؛ هرچند قوی بودن احتمال ضرورتی ندارد. از این رو مغایرت‌های ظاهری مقررات را که برخاسته از برخی اهمال‌ها در فرایند تقنین بوده، باید با ملاحظه پیشینه و به‌ویژه مبانی فقهی در چارچوب پیش گفته تفسیر نمود.

واژگان کلیدی: قاعده درأ، شبهه قضایی، احتمال عقلایی شبهه، اثبات دعوی کیفری، فقه جزایی.

مقدمه

یکی از مهم‌ترین قواعد کیفری که در فقه اسلامی و به تبع آن در حقوق ایران مورد پذیرش قرار گرفته است، قاعده درأ می‌باشد که مطابق آن در صورت وجود شبهه^۱ باید مجازات برداشته شود. این قاعده که مورد پذیرش اکثریت قریب به اتفاق فقها قرار گرفته است،^۲ در شبهات موضوعی و حکمی^۳ اعم از آنکه نزد شخص متهم، دادرس و

۱. شبهه اسم مصدر از اشتباه و از نظر واژگانی به معنای التباس، در هم آمیختگی و پوشیدگی است؛ به نحوی که حقیقت امر مشخص نگردد (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۵۱/۱۹). فقها شبهه را به «ما یشبه الثابت ولیس بتأیید» تعریف نموده‌اند (بابرتی، بی تا: ۲۴۹/۵)، که حسب متعلق آن و اینکه بر متهم، قضایی یا مفتی عارض شود، می‌تواند به گونه‌های مختلفی تعبیر شود. در همین راستا، شهید اول شبهه را این گونه تعریف نموده است: «أما تفتید ظناً یترتب علیه الإقدام علی ما یخالف فی نفس الأمر» (عاملی جزینی، بی تا: ۳۷۷/۱). شهید ثانی نیز از شبهه عارض بر مرتکب چنین تعبیر نموده است: «توهم الفاعل أو المفعول أنّ ذلك الفعل سائغ له» (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۲۹/۱۴).

۲. گفتنی است که هرچند بر مفاد این قاعده ادعای اجماع و اتفاق نظر شده است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۴۶/۳، ۴۸۵ و ۵۲۰)، لکن در میان معاصران، محقق خوبی فقیه امامی (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۹۵/۴۱، ۱۸۲، ۱۸۷، ۲۰۹، ۲۸۴ و ۳۹۷) و برخی از شاگردان ایشان (طباطبایی قمی، ۱۴۲۵: ۴۰۷؛ فیاض، بی تا: ۲۸۰/۳؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۲۷: ۱۹۳) قاعده را در معنای رایج آن نپذیرفته‌اند.

۳. در فقه امامیه تدقیق در کلام فقها نشان از آن دارد که شبهه، اعم از شبهه حکمی و موضوعی است (خوانساری، ۱۴۰۵: ۳/۷؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۹/۱۰؛ منتظری، بی تا: ۱۹/۱؛ مدنی تبریزی، ۱۴۳۰: ۳۱۴؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱۷۸/۱؛ صانعی، ۱۳۸۸: ۹۵/۱)؛ هرچند اقلیتی شمول قاعده را منصرف از برخی شبهات حکمیه دانسته‌اند (نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۵۷؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱۷۹/۱).

حتی مفتی مطرح شوند^۱ به طور یکسانی اعمال می‌شود.

توضیح آنکه گاه متعلق شبهه، حکم است؛ مانند آنکه مرتکب به اعتقاد اباحه رفتار آن را انجام دهد^۲ یا دادرس نسبت به تطبیق عنوان کیفری بر موضوع مطرح شده شبهه دارد^۳ و یا اساساً مفتی در نظام فقهی یا قانون‌گذار در نظام حقوقی شبهه دارد که آیا در نظر گرفتن مجازات برای عمل جایز است یا خیر.^۴ در کلیه این موارد، قاعده درأ اقتضا دارد که حکم کیفر ثابت نشود. گاه نیز متعلق شبهه، موضوع است؛ نظیر اینکه مرتکب به تصور آب، شراب بنوشد یا دادرس نمی‌داند که آیا متهم حین ارتکاب رفتار، سلامت عقل داشته و یا مبتلای به جنون بوده است. در چنین حالاتی، استناد به قاعده درأ به نفعی مجازات می‌انجامد.

علاوه بر آن، دلالت قاعده، هم ناظر به شبهاتی است که اساساً اصل تحقق جرم و ثبوت مسئولیت کیفری را زیر سؤال می‌برد و هم شبهاتی که به رغم احراز تحقق جرم از

۱. برخی معتقدند که قاعده فقط ناظر بر شبهاتی است که نزد قاضی مطرح می‌شود (مؤمن قمی، ۱۴۲۲: ۲۸؛ مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰: پاسخ مکارم شیرازی و صافی گلپایگانی به استفتای (۷) و عده‌ای آن را ناظر بر شبهه مرتکب می‌دانند (مدنی تبریزی، ۱۴۳۰: ۳۱۴؛ مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰: پاسخ فاضل موحدی لنگرانی به استفتای (۷)، لکن حق با اکثریتی است که کلیه شبهات را اعم از آنکه نزد مرتکب، قاضی و حتی مفتی مطرح شود، شامل آن می‌دانند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۵۸-۵۵۹؛ مجلسی، ۱۴۱۰: ۲۲۹/۱۰؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۵۸۹/۱۰؛ مرعشی نجفی، ۱۴۲۴: ۱۲۵؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۹/۱۰؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۹۴/۱؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱۸۰-۱۸۱؛ معرفت، بی تا: ۳۹۲).

۲. برای نمونه، در مبسوط شیخ الطائفه آمده است: «فإن كانا جاهلین بأن یجهلا أنّ الحکم یتعلّق بالتقاء الختائین... وکان عندهما أنّ الحکم یتعلّق بالفراغ من الوطی، فإذا كان كذلك فلا حدّ علی واحد منهما لأنّه یدرأ بالشبهة» (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۲۲/۵).

۳. «لا یحدّ أحد مع اشتباه الحکم علی الحاکم وعدم وضوحه وثبوت له بعینه، ... لقاعدة درء الحدود» (حسینی شیرازی، ۱۴۲۱: ۹۸).

۴. گاه مشاهده می‌شود که فقیه به جهت اختلاف نظرات در خصوص مسئله‌ای به استناد قاعده درأ بر عدم ثبوت مجازات فتوا می‌دهد (طباطبایی زردی، ۱۴۲۸: ۸۲۱/۲، تعلیقه سیدمحمدرضا موسوی گلپایگانی). یا گاه به جهت تردید در شمول دلیل کیفری، حکم به عدم ثبوت مجازات به استناد قاعده درأ می‌دهد؛ برای مثال، برخی معاصران پس از بررسی نظریات مختلف در مورد امکان مجازات دو مردی که بدون ضرورت زیر پوشش واحد خوابیده‌اند، ولی برهنه نیستند، با استناد به قاعده درأ بر عدم جواز مجازات اعم از حدی و تعزیری نظر می‌دهند و بیان می‌دارند: «أنّ مقتضی درء الحدود بالشبهات یقتضی عدم اجراء الحدّ ولا التعزیر فی غیر المجزئین تحت ثوب واحد» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۱۳۲/۱).

سوی شخصِ واجد مسئولیت کیفری، به سقوط مجازات در مورد او منجر می‌شود.^۱ بحث این نوشتار درباره آن دسته از شبهات موضوعیِ ناظر بر احراز بزهکاری می‌باشد که نزد مرجع قضایی عارض می‌شوند که از آن با عنوان «شبهه اثبات» (ابوزهه، بی‌تا: ۱۹۷) یا «شبهه عدم ثبوت» (عوده، بی‌تا: ۲۰۹/۱) یاد شده است.

با تدقیق در منابع فقهی می‌توان شبهات اثبات را به دو دسته تفکیک نمود. شبهه بودن برخی موارد مانند بارداری زن بی‌شوهر در اتهام زنا یا رجوع شاهد از گواهی ناشی از فرض قانون‌گذار است که در صورت رویارویی با این موارد باید به سقوط مجازات نظر داد، بدون آنکه اثردهی به آن‌ها به نظر دادرس تفویض شده باشد. از این موارد با عنوان «شبهات قانونی اثبات» یا «فرض شبهه» تعبیر کرده‌ایم. دسته دوم مواردی هستند که صدق شبهه بر آن‌ها به باور دادرس بستگی دارد و به تعبیری در معرض ارزیابی قضایی است که می‌توان آن را شبهه قضایی نام نهاد. اغلب شبهات در این دسته جای می‌گیرند و در این راستا تفاوتی نمی‌کند که شبهه در ابتدا وجود داشته و یا بعداً در فرایند تحقیق حاصل شود (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۷/۲۲۷). در چنین مواردی، این مسئله مهم قابل طرح است که شرط پذیرش چنین شبهاتی به عنوان مسقط مجازات چیست؟ فرض کنید که متهم در اتهام زنا مدعی زوجیت است، یا دادرس در پرونده مصرف مسکر نسبت به آگاهی متهم از ماهیت آشامیدنی تردید می‌کند. آیا در این حالات، مجرد ادعای متهم یا تردید ذهنی دادرس برای برداشته شدن مجازات کافی است یا آنکه محتمل بودن آن نیز شرط است؟ در صورت اخیر، آیا نیاز است که این احتمال قوی باشد یا صرف امکان احتمال جهت اجرای قاعده کافی است؟

در حقوق موضوعه کشور ما، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ - که در مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ ذیل مبحث ششم از فصل سقوط مجازات از بخش مجازات‌های کتاب کلیات و نیز مواد پراکنده‌ای از کتاب حدود نظیر مواد ۲۱۸، ۲۲۳ و ۲۶۳ به احکام مرتبط با قاعده درآ پرداخته است -، موضع منسجم و دقیقی در برخورد با این مسئله اتخاذ نکرده است؛ به نحوی که گاه با ذکر کلی «شبهه» صریحاً متعرض خصوصیات آن نمی‌شود

۱. نمونه آن را می‌توان در حکم به سقوط حد در اثر توبه مقدم بر اقرار به استناد قاعده درآ دید (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳: ۱/۲۵۸).

(ماده ۱۲۰)، در مواردی مجرد ادعای متهم را برای اعمال قاعده کافی می‌داند (مواد ۲۲۳ و ۲۶۳) و در پاره‌ای مصادیق احتمال درستی آن را شرط می‌داند (ماده ۲۱۸). این شیوه تقنین موجب شده است تا حقوق‌دانان مطابق ظواهر قانونی در برخورد با دعاوی مختلف به گونه‌ای متمایز نظر دهند، بدون اینکه مبنایی قابل قبول در چنین مواضع متشتملی ارائه شود.

بر همین اساس، در این جستار به روش توصیفی تحلیلی به بررسی ادله و اندیشه‌های فقهی که خاستگاه قانون‌گذاری در حقوق کیفری کشور ما در عرصه قاعده درآ بوده است، پرداخته شده تا از این طریق بتوان تفسیری ارائه نمود که با منطق حقوقی سازگارتر و از تفصیل بدون پشتوانه به دور باشد. در این راستا ابتدا موضوع را از منظر فقهی بررسی نموده و در ادامه به تحلیل رویکرد حقوق کیفری ایران به آن پرداخته‌ایم.

۱. شرط محتمل بودن شبهه از منظر فقه امامیه

مطالعه منابع فقهی نشان می‌دهد تنها مواردی می‌توانند تحت عنوان شبهه قرار گرفته و مجازات را بردارند که امکان آن‌ها محتمل باشد. لذا شبهاتی که امکان آن‌ها منتفی است، از شمول قاعده خارج هستند؛ چه در صورت تفسیری دیگر از قاعده منجر به تعطیلی حدود خواهد شد (استادی، ۱۳۸۳: ۸۹ و ۹۱). از همین روست که در برخی از روایات مشاهده می‌شود در اتهاماتی نظیر زنا - که سیاست شارع مقدس در آن‌ها بر تستر و بزه‌پوشی و توصیه بر انصراف دادن متهمان از اقرار است - به ادعاهایی که پذیرش آن‌ها نسبت به متهم ممکن نیست، توجه نشده و حد ساقط نگردیده است.

محدث عاملی با نام‌گذاری باب بیست و هفتم از ابواب حد زنا از کتاب *وسائل الشیعه* تحت عنوان «باب أنّ من زنی وادّعی الجهالة غیر المحتملة فی حقّه لم یقبل منه وکذا إن تزوّجت ذات البعل أو ذات العدة أو زنت فی العدة وما یجب مع اتفاء الشبهة»، تعدادی از چنین احادیثی را در آنجا گرد آورده است. در این اخبار، معصوم علیه السلام حتی در حدود واجد جنبه حق‌الله محض در جایی که احتمال صدق ادعای متهم نمی‌رود، بر عدم پذیرش ادعا حکم نموده و تصریح فرموده است که پذیرش چنین ادعاهایی موجب تعطیلی حدود خواهد شد.

در صحیحہ ابو عبیدہ از امام صادق علیه السلام درباره زنی سؤال می شود که در جامعه اسلامی زندگی می کند و بر اثر جهل، با وجود داشتن شوهر، با دیگری ازدواج می کند. حضرت با اشاره به محتمل نبودن چنین شبهه‌ای در حق متهم می فرماید:

«ما من امرأة اليوم من نساء المسلمين إلا وهي تعلم أن المرأة المسلمة لا يحل لها أن تتزوج زوجين»؛ امروزه هیچ زن مسلمانی نیست که نداند زن مسلمان نمی تواند با دو نفر ازدواج کند.

حضرت در ادامه با صراحت کامل، سقوط حد را به واسطه پذیرش چنین مواردی موجب تعطیلی حدود معرفی می فرماید:

«لو أن المرأة إذا فجرت قالت: لم أدر أو جهلت أن الذي فعلت حرام، ولم يقم عليها الحدّ إذا تعطلت الحدود» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۱۲۶/۲۸).

در صحیحہ یزید کناسی نیز از امام صادق علیه السلام درباره زنی که در عده با دیگری ازدواج می کند سؤال می شود و امام حکم به حد زنا می دهد. راوی می پرسد: اگر این کار را از روی جهل مرتکب شود، چطور؟ حضرت همانند خبر سابق بر محتمل نبودن چنین شبهه‌ای چنین تأکید می فرماید:

«ما من امرأة اليوم من نساء المسلمين، إلا وهي تعلم أن عليها عدة في طلاق أو موت، ولقد كنّ نساء الجاهلية يعرفن ذلك» (همان).

فقهای امامی بر مفاد روایت مزبور فتوا داده‌اند (مفید، ۱۴۱۳: ۷۸۰؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۶۹۶) و در تعلیل عدم صدق شبهه بر چنین ادعاهایی بیان کرده‌اند:

«لأنّ هذا شائع ذائع بين المسلمين، لا يختصّ بعالم دون عامّ جاهل، فلا شبهة لهما في ذلك» (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۴۵/۳).

علاوه بر روایات مزبور که ناظر بر موضوع حد زناست، در مورد سایر حدود واجد جنبه حقّ الله محض نیز نظایر چنین برخوردی مشاهده می شود؛ برای نمونه در موثقه ابن بکیر از امام صادق علیه السلام درباره اتهام شخصی به شرب خمر در دوره خلافت ابوبکر نقل شده که فرمود: به رغم ادعای جهل حکمی متهم با این استدلال که در منطقه‌ای زندگی می کرده که اهالی آنجا با حلال دانستن شراب، آن را مصرف می کرده‌اند، اما

امیر المؤمنین علی علیه السلام حکم به سقوط حد نداد، مگر پس از آنکه متهم را همراه مأموری میان مجالس مهاجرین و انصار گرداند و هیچ کس بر خواندن آیه تحریم بر او شهادت نداد (کلینی، ۱۴۲۹: ۱۴/۱۲۴-۱۲۵). شیخ کلینی این حدیث را با سند دیگری از ابوبصیر نقل می‌کند (همان: ۲۱۵/۱۴). برخی سند اخیر را به جهت وجود ابن ابی حمزه بطائنی ضعیف دانسته‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۱/۱۵۰)؛ لیکن با توجه به آنکه روایات ابن بی حمزه بطائنی در دوره استقامت وی قابل اعتماد است، به ویژه آنکه در روایت حاضر، راوی از وی، شخصی مانند عمرو بن عثمان است که به قرینه اینکه راوی از او احمد بن ابی عبدالله است، منظور عمرو بن عثمان ثقفی خزاز می‌باشد که توثیق شده و وی را چنین توصیف نموده‌اند: «کان عمرو بن عثمان نقیّ الحدیث، صحیح الحکایات» (نجاشی، ۱۴۰۷: ۲۸۷؛ علامه حلی، ۱۳۸۱: ۱۲۱)، لذا روایت با این طریق نیز قابل استناد است. در هر صورت، مفاد روایات حکایت از آن دارد که شبهه نسبت به متهم باید متصور و ممکن باشد. همین مبنا در فتاوی فقهای امامیه نیز مورد توجه قرار گرفته است؛ برای مثال در مورد ادعای وطی به شبهه از سوی متهمی که نایبناست، برخی فقها مانند شیخ طوسی با استدلال بر محتمل نبودن چنین شبهه‌ای اساساً به این ادعا ترتیب اثر نداده‌اند (طوسی، ۱۴۰۰: ۶۹۹)؛ عده‌ای نیز مثل ابن ادریس، پذیرش ادعا را منوط به آن دانسته‌اند که قرائن و شواهد حال بر درستی ادعا دلالت نمایند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳/۴۴۸) و حتی بعضی نظیر فاضل مقداد، عادل بودن متهم مدعی شبهه را شرط دانسته‌اند (سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۴/۳۳۲). علت چنین برخوردهایی، در همان ضرورت امکان شبهه نهفته است و اینکه مجرد ادعا حتی در دعاوی حقّ الله محض برای سقوط مجازات کفایت نمی‌کند. در فرعی دیگر، فقها با وجود آنکه ادعای برده را مبنی بر اینکه از سوی مولایش اکراه به لواط شده است، پذیرفته‌اند، ولی عکس آن را مسقط حد ندانسته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴/۱۴۶) و در تبیین آن گفته شده است:

«بحسب الظاهر یمكن أن یکون المولی قد أکرهه علی ذلك، وقوله مقبول عند العرف

۱. «فإن ادعی أنه اشتبه علیه الأمر فظنَّ أنَّ التي وطأها كانت زوجته أو أمته، وكانت الحال شاهده بما ادّعاها بأن تكون علی فراشه نائمة، قد تشبّهت بزوجه أو أمته، فإنه یدرأ عنه الحدّ للشبهة؛ وإن كان شاهد الحال بخلاف ذلك فإنه لا یصدّق وأقیم علیه الحدّ».

ومسموع عند العقلاء ولا أقل من أن يوجب الشبهة... بخلاف ما لو ادعى المولى إكراه العبد له على ذلك فإن العرف لا يصدقه على ذلك فلا شبهة، فلا درء هناك» (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲: ۲۷/۲؛ نیز ر.ک: عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۴۰۳/۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۷۹/۴۱).

تبع در فروعی که فقها شبهه را موجب برداشته شدن مجازات دانسته‌اند، حکایت از آن دارد که حکم به سقوط حد، مقید به محتمل و ممکن بودن شبهه شده است. تعبیری چون «إن أمكنت الشبهة في حقه» (عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۲۴۱/۴)، «الشبهة الممكنة في حقه» (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۴۴/۲)، «الشبهة المحتملة في حقه» (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۸۹/۵)، «مع إمكان الشبهة في حقه حكماً أو موضوعاً» (موسوی خمینی، بی‌تا: ۴۹۶/۲)، «الشبهة التي تصح في حقه، سواء كانت حكمية أو موضوعية» (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۴۶/۲۸)، همگی مؤید این استظهار است. در تأیید این موضع می‌توان به روایاتی استناد نمود که گواهان بر زناى زنی شهادت می‌دهند، ولی زن مدعی بکارت خود می‌شود. در اینجا مجرد این ادعا باعث سقوط حد نشده است، بلکه معصوم علیه السلام دستور می‌دهد که زنان متهمه را معاینه نمایند و بعد از آنکه ادعای او را تأیید کردند، مجازات برداشته می‌شود (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۳۵۴/۲۷، ۳۶۳ و ۳۶۵: ۱۲۴/۲۸). در روایتی دیگر از امام کاظم علیه السلام سؤال شد در مورد اینکه اگر مردی کنیز داشته باشد، محصن محسوب می‌شود یا خیر؟ امام بر احصان او حکم فرمود. راوی گفت: اگر او ادعا کند که با کنیز نزدیکی نداشته است، حکم چیست؟ امام بر عدم پذیرش چنین ادعایی حکم فرمود (همان: ۶۸/۲۸ و ۷۰). نکته مهم در اینجا آن است که ضابطه حاکم بر محتمل بودن شبهه چیست؟ به عبارت دیگر، تشخیص این احتمال صرفاً به نظر شخصی قاضی وابسته است یا همانند علم قاضی، به عنوان دلیل اثبات در نظام حقوقی ما، باید بر اساس یک معیار نوعی اعمال شود؟ فحوص در منابع فقهی نشان می‌دهد که نسبت به این مسئله مستقیماً چندان ورود نشده است. با وجود این به نظر می‌رسد که لازم است افراد متعارف نوعاً چنین احتمالی را بدهند. این دقیقاً همان مطلبی است که فقها از آن با عنوان «احتمال عقلایی» تعبیر نموده‌اند. از این رو نفس احتمال شخص قاضی، در صورتی که از نظر نوع افراد متعارف جامعه قابل اعتنا نباشد، نمی‌تواند مجوز تمسک به قاعده باشد. در همین راستا بیان شده است که شبهه مسقط حد را نباید با مجرد احتمال برابر دانست؛

چه در این صورت اغلب حدود ساقط خواهند شد و جز تعداد اندکی اثبات نخواهند شد؛ رویکردی که با هدف شارع مقدس از تشریح حدود سازگاری ندارد. بنابراین مقصود از شبهه، مواردی است که عقلا در زندگی خود بر آن اعتماد می‌نمایند (سبحانی، ۱۴۱۸: ۴۳۳/۲).^۱ بر اساس چنین رهیافتی، دیگران نیز از آن با عنوان «دعوی الشبهة فی حقّه قابله للقبول عند العقلاء» (خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۳/۷)، «الاحتمال العقلائی» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۱۲۰/۱) و «قوله مقبول عند العرف و مسموع عند العقلاء» (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲: ۲۷/۲) تعبیر کرده‌اند.

به رغم آنچه گفته شد، در اینکه آیا این احتمال باید قوی باشد یا صرف اینکه متعارف مردم چنین احتمالی را بدهند، کافی است، هرچند قوی نباشد، اختلاف نظر وجود دارد و برخی قوی بودن احتمال را لازم می‌دانند (سبحانی، ۱۴۱۸: ۴۳۳/۲).^۲ اما به نظر می‌رسد چون نسبت به احتمالی که قوی نباشد نیز شبهه صدق می‌کند، لذا با توجه به اقتضای اطلاق قاعده و اصل عدم اشتراط، قوی بودن آن به نحوی که مثلاً به مرحله ظن برسد، لازم نیست و چنین مواردی نیز مشمول قاعده درآهستند.^۳ شاید به همین اعتبار، برخی حقوق دانان به گونه‌ای مطلق شبهه را به معنای روشن نبودن واقعیت در اثر عدم حصول علم عادی و ظن متعارف و به تعبیر دیگر هر حالت ذهنی دانسته‌اند

۱. «الذی يجب أن یرکز البحث علیه، هو تفسیر الشبهة التي بها یردّ بها الحدّ، فإن أريد مجرد احتمال الخلاف يلزم درء الحدود غالباً ولا يبقى إلا القليل، وهو خلاف ما يهدفه الشارع من تشریح الحدود، ... کون المراد من الشبهة، ما يعتمد علیه العقلاء فی حیاتهم».

۲. «... إذا كانت الشبهة غير خارجة عن حدّ الاحتمال إلا إذا كان قویاً قابلاً للاعتناء» (سبحانی، ۱۴۱۸: ۴۳۳/۲). گفتنی است که فقهای شافعی، حنبلی و مالکی نیز شبهه دارنه را محدود به حالتی دانسته‌اند که احتمال آن قوی باشد. در این خصوص، برخی از حنابله بیان داشته‌اند: «فليس كلّ شبهة ينظر إليها، بل لا بدّ أن تكون الشبهة قویة یدراً بها الحدّ» (الحمد، ۱۴۳۳: ۳۲/۳۰). فقهای شافعی نیز نوشته‌اند: «شرط الشبهة أن تكون قویة، وإلا فلا أثر لها» (سیوطی، ۱۴۱۱: ۱۲۴). همین عقیده میان مالکیه نیز وجود دارد (دسوقی، بی‌تا: ۳۳۶/۴). در مورد مقصود از قوی بودن بیان شده است: «تعنی بالقوة ما یوجب وقوت الذهن عندها، وتعلّق ذی الفطنة بسیلها، لا انتهاض الحجة» (زحیلی، ۲۰۰۶: ۷۰۸/۲). در نقطه مقابل، فقهای حنفی شبهات ضعیف را نیز مشمول قاعده درآهستند و سرخسی در این زمینه می‌نویسد: «أدنی الشبهة تكفی لدرء الحدّ» (سرخسی حنفی، بی‌تا: ۱۵۲/۹).

۳. در تأیید چنین موضعی گفته شده است: «قاعدة الدرء لا تتوقّف علی الاحتمال القوی، بل مجرد الاحتمال العقلائی كاف فی المقام» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۱۲۰/۱).

که کمتر از ظن قوی باشد (منصورآبادی، ۱۳۹۹: ۳/۳۵۷).^۱

۲. شرط محتمل بودن شبهه از منظر حقوق ایران

از آنجا که برای نخستین بار، رویکرد قاعده‌مند به «درأ» در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ انعکاس یافته است، جهت تبیین موضع نظام حقوقی کشور نسبت به شرط «محتمل بودن شبهه»، نیاز است که مقررات قانون موصوف مورد بررسی قرار گیرد. ماده ۱۲۰ بی‌آنکه به طور دقیق به مسئله ورود نماید، حکم برداشته شدن حد را بر «شبهه یا تردید» مرتب نموده است. به رغم اجمال واژگان مزبور می‌توان گفت مستفاد از عبارت آن است که مجرد ادعاهای مطروح در پرونده تا زمانی که ایجاد تردید نکند، مسقط حد نخواهد شد و باید احتمال صدق در مورد آن‌ها وجود داشته باشد. در تأیید این موضع علاوه بر استفاده از مفاد ماده ۲۱۸، می‌توان استدلال نمود که در غیر این صورت و چنانچه احتمال مسئله مطروح منتفی باشد، به این معنا که دادرس علم بر خلاف واقع بودن آن داشته باشد، شبهه نیز سالبه به انتفای موضوع خواهد بود؛ همان طور که خود قانون‌گذار نیز بیان داشته است شبهه دارئه مستلزم فقدان دلیل نافی است و لذا علم، شبهه را موضوعاً منتفی می‌سازد.^۲

۱. شایان ذکر است که ظن قوی و متعارف نیز به معنای آن است که ما هنوز نسبت به قضیه تردید داریم و لذا چنین مصدایقی نیز همچنان مشمول شبهه هستند؛ زیرا تنها در جایی می‌توان متهم را محکوم نمود که به تعبیر قانون‌گذار مجازات اسلامی و به تبعیت از برخی فقها، یقین بر برهکاری وجود داشته باشد و با انتفای یقین، حتی اگر ظن قوی هم وجود داشته باشد، همچنان باید به جهت شبهه هرچند ضعیف، متهم را تبرئه نمود.

۲. گفتنی است که در دیگر نظام‌های حقوقی کشورهای مسلمان نیز اعمال قاعده درأ مستلزم محتمل بودن ادعای متهم دانسته شده است؛ برای نمونه، ماده ۲۶۶ قانون جرایم و مجازات‌های یمن مصوب ۱۹۹۴ در مورد مسقطات حد زنا مقرر می‌دارد: «يسقط حد الزنا وما في حكمه إذا ثبت أمام المحكمة توفّر حالة من الحالات الآتية: ... ۶. دعوى الشبهة المحتملة». ماده ۲۸۴ این قانون نیز اشعار می‌دارد: «يسقط حدّ الشرب إذا ثبت أمام المحكمة توفّر حالة من الحالات الآتية: ... ۲. دعوى الإكراه أو الضرورة المحتملة». ماده ۲۹۹ نیز ادعای محتمل مالکیت سارق را از مسقطات حد سرقت دانسته است. در نظام حقوقی امارات نیز بر همین مبنا تأکید شده است؛ برای نمونه، دیوان عالی امارات ابوظبی در رأی شماره ۱۰۰۶ در سال ۲۰۰۹ بر لزوم وجود قرینه بر محتمل بودن شبهه تأکید نموده و مجرد ادعای متهم را کافی ندانسته است. در این پرونده به زناي متهم مدعی اکراه حکم شده و تأکید گردیده بود که مجرد ادعای اکراه، مادام که دلیل یا قرینه‌ای بر درستی آن اقامه نشود، برای سقوط حد کفایت نمی‌کند: «أَنَّ ادّعاءها الإكراه لا يكفي لدرء الحدّ عنها، ما لم تقم دليلاً أو قرينة على صحّة دفاعها كأنّ ثبت أنّها أبلغت عمّن أكرهها أو أنّ أناساً شاهدوها تستغيث والدماء تلوث ملابسها بعد أن أزيلت بكارتها» (سليمان، ۲۰۱۵: ۱۲۱).

با وجود این، در خصوص اینکه شبهه باید بر اساس ملاک شخصی یا نوعی سنجیده شود، ماده ۱۲۰ نسبت به آن ساکت است. لذا در این زمینه می‌توان به دو شکل استدلال کرد؛ نخست آنکه از ملاک ماده ۲۱۱ استفاده شود، که همان طور که مقنن برای علم به عنوان دلیل اثباتی، ملاک نوعی را پذیرفته است، در مورد حاضر نیز باید همین معیار مطمح نظر قرار گیرد. لذا اگر شبهه دادرسی دادگاه بدوی در مرحله اعتراض به رأی برای مرجع قضایی وارد نباشد، می‌تواند حکم را نقض کند. تذکار این مطلب نیز مفید فایده است زمانی که در مورد علم قاضی به رغم آنکه مشهور فقها علم شخصی را حجت می‌دانند، مقنن قول اقلیت مبنی بر علم نوعی را اختیار نموده است، در خصوص شبهه که بر حجیت نظر شخصی دادرسی چنین شهرتی نیز وجود ندارد، با دشواری کمتری می‌توان چنین مبنایی را پذیرفت. راهکار دوم آن است که اخذ ملاک را در فرض قبلی مورد مناقشه قرار دهیم. در این صورت با توجه به سکوت قانونی، راهکار اصل ۱۶۷ قانون اساسی در این زمینه در دسترس است که بر اساس آن می‌توان به منابع فقهی و فتاوایی مراجعه نمود که دلالت بر لزوم مقبولیت آن نزد افراد عاقل و متعارف دارند.

با وجود آنچه گفته شد، برخی از مواد قانون مجازات اسلامی به گونه‌ای انشا شده‌اند که در بادی امر ملهم این معنا هستند که مجرد ادعا بدون ضرورت احتمال عقلایی درستی آن برای سقوط حد کفایت می‌کند. از این رو لازم است این مواد بررسی شوند.

۱-۲. ادعای اکراهی بودن اقرار موضوع ماده ۲۱۸

ماده ۲۱۸ در بخش مواد عمومی کتاب حدود قانون مجازات اسلامی با انعکاس قاعده درأ در حوزه این جرایم مقرر می‌دارد:

«در جرایم موجب حد، هر گاه متهم ادعای فقدان علم یا قصد، یا وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری را در زمان ارتکاب جرم نماید، در صورتی که احتمال صدق گفتار وی داده شود، و اگر ادعا کند که اقرار او با تهدید و ارباب یا شکنجه گرفته شده است، ادعای مذکور بدون نیاز به بینه و سوگند پذیرفته می‌شود».

ماده مزبور متضمن دو گونه ادعای متهم است؛ در فراز نخست، ادعای وی را نسبت به فقدان عناصر لازم برای تکوین جرم یا وجود موانع مسئولیت کیفری مطرح می‌کند. در این خصوص، مقنن پذیرش ادعا را مقید به آن دانسته است که «احتمال صدق گفتار وی داده شود». اما در فراز دوم نسبت به ادعای اکراهی بودن اقرار متهم، ظهور عبارت در آن است که مجرد ادعا مسقط حد است؛ زیرا در اینجا اشاره‌ای به ضرورت محتمل بودن ادعا نشده است. ظاهر مزبور موجب شده که برخی حقوق‌دانان چنین استفاده کنند:

«ادعای مقرّر در شکنجه و ارباب و تهدید نیاز به احتمال صدق ندارد» (الهام و برهانی،

۱۳۹۵: ۲۷۰/۱).

چنین استنباطی پشتیبان شرعی ندارد؛ زیرا اصل بر اختیاری بودن اقرار است و از این رو زمانی می‌توان به چنین اقراری ترتیب اثر نداد که فقدان شرایط در مقرّر، یا ثابت شده و یا دست کم در معرض شبهه باشد که بتوان قاعده در آن اعمال نمود. از این رو نادیده گرفتن شرط «محتمل بودن ادعا» به این معناست که با وجود تحقق اقرار و در شرایطی که قاضی تردیدی در اکراهی نبودن آن ندارد، باید به صرف ادعای متهم به چنین اقراری ترتیب اثر ندهد.

توجه در پیشینه تقنینی ماده می‌تواند متزلزل بودن استظهار مزبور را نشان دهد. توضیح آنکه پیش‌نویس کتاب حدود لایحه مجازات اسلامی توسط عده‌ای از پژوهشگران در یکی از مراکز فقهی قوه قضائیه تهیه شده بود. ایشان در گنجاندن ماده ۲۱۸ در لایحه، متأثر از استفتایی بوده‌اند که از برخی مراجع معاصر به عمل آمده بود. در این استفتاء سؤال شده بود:

«[۱] چنانچه متهم به ارتکاب جرایم حدی، از حکم یا موضوع آگاهی نداشته و یا بدون اراده و قصد و یا بر اثر ضرورت، اضطرار و مانند آن مرتکب جرم حدی گردیده است، در صورتی که احتمال صدق گفتار وی وجود داشته باشد، آیا می‌توان ادعای مزبور را بدون بینه و سوگند از او پذیرفت؟ [۲] در فرض فوق چنانچه ادعا کند که اقرار به جرم، ناشی از تهدید، ارباب و شکنجه بوده، حکم مسئله چیست؟ [۳] آیا در جرایمی مانند محاربه، افساد فی الارض جرایم منافی عفت با عنف و اکراه و ربایش و اغفال، سرقت و قذف، ادعای عدم علم و قصد و یا وجود یکی از موانع مسئولیت

کیفری، بدون نیاز به بینه و سوگند پذیرفته می‌شود؟» (مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضاییه، ۱۳۹۴: ۵۹-۵۸/۱).

مقایسه عبارات ماده ۲۱۸ و تبصره ۱ آن با استفتای مزبور نشان می‌دهد که تدوین‌کنندگان لایحه بر متن استفتا نظر داشته‌اند؛ هرچند تغییراتی در عبارات نیز داده‌اند.^۱ در هر صورت، سؤال نخست در مورد پذیرش ادعای برخی معاذیر از سوی متهم در جایی است که احتمال صدق ادعا داده می‌شود. البته تدوین‌کنندگان متعلق ادعا را با عبارت «عدم علم و قصد و یا وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری» در بند سوم سؤال جایگزین نمودند که موجزتر است. این قسمت فراز نخست ماده ۲۱۸ را تشکیل می‌دهد. سؤال دوم نیز فراز دوم ماده را شکل می‌دهد که محل بحث کنونی ماست و ناظر بر ادعای اکراهی بودن اقرار است. مکارم شیرازی در پاسخ به این بخش فرموده بود:

«هر گاه با دلیل معتبر ثابت شود که متهم اطلاعی نداشته و یا مکره بوده، حد درباره او جاری نمی‌شود» (همان).

علوی گرگانی نیز پاسخ داده بود:

«اگر به صورتی است که اماره بر صحت کلام او وجود دارد، نمی‌توان با این اقرار بر علیه او حکم نمود» (همان).

همان گونه که از پاسخ‌های فقهی به دست می‌آید، هیچ کدام مجرد ادعای اکراهی بودن اقرار را مسقط حد ندانسته‌اند. بر همین اساس نیز لایحه تدوین گردید و در جلسه ۱۳۸۸/۵/۲۷ کمیسیون قضایی به این ترتیب تصویب شد:

۱. یکی از اشکالات قانون‌گذاری که ناشی از نبود کارشناسی مطلوب در این عرصه است، به عدم ابتکار و دقت در انشای قانون برمی‌گردد؛ مثلاً در همین مورد، با وجود تبصره ۲ ماده ۲۲۴ که جرم منافی عفت با اغفال، ربایش و اکراه را مصداق عنف دانسته است، دیگر جز تعبد مقنن بر تکرار متن یک استفتا، چه ضرورتی متصور است که در تبصره ۱ ماده ۲۱۸ از عبارت «جرم منافی عفت با عنف و اکراه و ربایش و اغفال» استفاده کرده است. به گونه‌ای که حتی ترتیب کلمات را رعایت نموده تا جایی که اندک تغییر ویرایشی مبنی بر جایگزینی واو عاطفه با ویرگول را نیز اعمال نکرده است! مشابه همین در تعبیر ارباب و تهدید و شکنجه به عنوان عوارض ناظر بر اقرار نیز در قانون تکرار شده است؛ در حالی که معلوم نیست چرا به جای «ارباب» از «ترساندن» استفاده نشده و اصولاً چه ضرورتی در آوردن کلمه «ارباب» با وجود واژه «تهدید» بوده است؟

«در جرایم موجب حد هر گاه متهم ادعای فقدان علم یا قصد یا وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری را در زمان ارتکاب جرم نماید، در صورتی که احتمال صدق گفتار وی داده شود، ادعای مذکور بدون نیاز به بینه و سوگند پذیرفته می‌شود. همچنین است اگر ادعا کند که اقرار او با تهدید و ارباب یا شکنجه گرفته شده است.»

سیاق تعابیر و خصوصاً عبارت «همچنین است» به خوبی نشان می‌دهد که همان ضوابط فراز نخست، در فراز دوم نیز جاری است. لذا اگر احتمال درستی ادعای اکراهی بودن اقرار از سوی متهم نیز داده شود، بدون نیاز به بینه و سوگند پذیرفته می‌شود. چنین موضعی از جهت فقهی بدون اشکال و همسو با استفتای مأخذ مقرر بود. لذا زمانی که مصوبه به شورای نگهبان ارسال شد، این حکم مصون از ایراد شورای نگهبان ماند.

با وجود این، شورا در ایرادی که در ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ به مصوبه کمیسیون می‌گیرد، بیان می‌دارد:

«اطلاق ذیل ماده ۲۱۸ که مقتضی پذیرش آن نسبت به مواردی که اقرار نزد غیر قاضی صادرکننده حکم باشد، خلاف موازین شرع شناخته شد.»

متعاقب این اشکال، کمیسیون قضایی در جلسه مورخ ۱۳۹۰/۵/۲ با افزودن تبصره دیگری به ماده، اشکال شرعی شورا را مرتفع می‌سازد و در تبصره ۲ مقرر می‌دارد: «اقرار در صورتی اعتبار شرعی دارد که نزد قاضی در محکمه انجام گیرد.»

اما نکتهٔ عجیب در اقدام کمیسیون قضایی به حذف عبارت «همچنین است» در ماده ۲۱۸ بود و گویا نمایندگان تصور کرده بودند که این اقدام صرفاً یک اصلاح ویرایشی ماده است و تغییری در حکم ایجاد نمی‌کند! حال آنکه این امر موجب تغییر اساسی در حکم شده است. با قطع نظر از اینکه مطابق اصل ۹۴ قانون اساسی، بررسی مصوبه از جهت ایراد شرعی با شورای نگهبان بوده و متعاقب ایراد شورا، مجلس صرفاً نسبت به آن بخشی که مورد اشکال واقع شده باید تجدید نظر کند و رأساً اقدام به تغییر مصوبه‌ای که از ایراد شورا مصون مانده، و جاهت حقوقی ندارد و چنین تغییری از سوی کمیسیون که فارغ از تصویب شده، در حکم تقنین جدید است، لکن در هر حال شورای نگهبان در

مرحله بعدی - چه به تصور اینکه اقدام مجلس تنها در حد افزودن همان تبصره در راستای اشکال قبلی بوده و لذا در سایر عبارات ماده دقت نکرده است، یا به هر جهت دیگر - نسبت به این تغییر حادث توجه نکرد و به همین شکل در روزنامه رسمی منتشر شد.

در هر صورت در شرایط فعلی که قانون این گونه لازم الاجراء شده است، به نظر می‌رسد با توجه به چنین سابقه‌ای که دست کم در قطع به اراده مقنن در عدم اشتراط احتمال صدق در ادعای اکرایی بودن اقرار، تردید ایجاد می‌کند از یک سو، و قطعیت مغایرت شرعی ظاهر قانون از سوی دیگر، که خلاف دأب مقنن و اقتضای اصل چهارم قانون اساسی در لزوم تطابق مقررات با موازین اسلامی است، باید قائل به اجمال قانون شد و از طریق مجوز ناشی از اصل ۱۶۷ قانون اساسی بر اساس منابع و فتاوی معتبر اسلامی، حکم قضیه را صادر نمود. نتیجه چنین راهکاری نیز ترتب اثر بر اقرار است مادام که احتمال اکرایی بودن آن داده نشود؛ چه اینکه در استفتایی که مقرر از آن اخذ شده نیز بر تقیید برداشته شدن حد در اثر چنین ادعایی تأکید شده است. با وجود این، از برخی آرای قضایی استفاده می‌شود که دادگاه‌ها بنا بر ظاهر قانون، به مجرد ادعای اکرایی بودن اقرار ترتیب اثر می‌دهند؛ برای نمونه در پرونده شماره ۹۴۰۹۹۸۰۹۲۵۸۰۰۷۱۴ ضابطان متعاقب برخی گزارشات مبنی بر فروش هرویین توسط متهم، منزل وی را بازرسی و جمعاً دو گرم و پنجاه سانت هرویین کشف می‌کنند. متهم نزد مأموران اقرار می‌کند که به مدت تقریباً سه ماه، هر دو روز یک بار حدود دو تا سه گرم هرویین تهیه می‌کند و یک گرم از آن را می‌فروشد و بقیه را مصرف می‌کند و همین مطلب را دوباره نزد دادیار اقرار می‌کند. ولی در ادامه در دادگاه فقط در مورد دو گرم و پنجاه سانت هرویین اقرار نموده و بقیه را انکار می‌کند و ادعا می‌کند که اقرار وی در دادسرا به دلیل این بوده که مأموران وی را تحت فشار قرار داده‌اند. وی می‌افزاید: مأموران بعد از دستگیری، چهار نفری من را چند ساعت کتک زدند و من مجبور به اقرار شدم و به من گفتند که وقتی پیش قاضی رفتی نیز همین حرف‌هایی را که ما می‌گوییم، تکرار کن. متهم در پاسخ به این سؤال قاضی دادگاه که به چه دلیل مأموران او را کتک زده‌اند، می‌گوید که توضیحی ندارم. از این رو، دادگاه نامبرده را به اتهام خرید ۱۳۵ گرم هرویین و فروش ۴۵ گرم آن و نگهداری ۵/۲ گرم به اعدام محکوم می‌نماید. متعاقب

اعتراض محکوم به دادنامه، پرونده در شعبه چهل و چهارم دیوان عالی مطرح می‌شود و شعبه به استناد قاعده درأ و با این استدلال که: «ادعای اینکه متهم باید دلیلی بیاورد که شکنجه شده است نیز فاقد مبناست و صرف شبهه در شرایط اقرار برای نفی محکومیت کافی است و نمی‌توان به آن اقرار تمسک کرد مگر به عنوان اماره» رأی محکومیت را نقض می‌نماید.^۱ حکم مزبور در شرایطی است که هرچند سقوط مجازات مستلزم ارائه دلیل بر اکراهی بودن اقرار نیست، اما دست کم باید قرائن معقولی بر امکان چنین شبهه‌ای وجود داشته باشد. این در حالی است که در این پرونده، هیچ قرینه‌ای اعم از وجود نشانه‌های شکنجه، سابقه شکایت قبلی متهم یا گواهی وجود نداشته و در حقیقت، شعبه دیوان مجرد ادعا را مسقط مجازات دانسته است که با توجه به آنچه گفته شد، پذیرفتنی نیست.

۲-۲. ادعای متهم در جرم سب نبی موضوع ماده ۲۶۳

ماده ۲۶۳ قانون مجازات اسلامی مورد دیگری است که برخی طبق ظاهر آن، چنین برداشت نموده‌اند که مجرد ادعای متهم بدون آنکه مقید به ایجاد شبهه در دادرسی شده باشد، مسقط حد است، و در این راستا بیان داشته‌اند:

«این ماده نسبت به ماده ۲۱۸ و ۱۲۱ گسترش بیشتری در سقوط مجازات داشته و در خصوص جرم سب نبی، نیازی به بررسی احتمال صدق وجود ندارد» (الهام و برهانی، ۱۳۹۵: ۲۷۱/۱ و ۳۰۸؛ نیز ر.ک: قربان‌نیا، ۱۳۹۳: ۸۱).

مطابق این ماده:

«هر گاه متهم به سب ادعا نماید که اظهارات وی از روی اکراه، غفلت، سهو یا در حال مستی یا غضب یا سب لسان یا بدون توجه به معانی کلمات و یا نقل قول از دیگری بوده است، سب‌النبی محسوب نمی‌شود».

در حقیقت کلیت ادعای متهم در این ماده آن است که یا علم و قصد نداشته و یا موانع مسئولیت کیفری مانند اکراه و مستی وجود داشته است، که دقیقاً منطبق بر همان مواردی است که در ماده ۲۱۸ نیز مورد توجه مقنن قرار گرفته است و در آنجا

۱. رأی از طریق پژوهشکده استخراج و مطالعه آرای پژوهشگاه قوه قضاییه مورد دسترسی قرار گرفته است.

قانون‌گذار ادعای عدم قصد یا علم یا وجود موانع مسئولیت کیفری را صرفاً در جایی پذیرفته بود که احتمال درستی آن وجود داشته باشد. لذا باید موضوع ماده ۲۶۳ را بر اساس ضابطه ماده ۲۱۸ تفسیر نماییم.

ممکن است گفته شود چون جرم سب از جرایم گفتاری است که درست‌آزمایی ادعاهای ناظر بر عدم علم و قصد در مورد آن‌ها دشوار است، لذا همین خصوصیت باعث رویکرد تسامحی نسبت به آن شده است. در پاسخ گفته می‌شود:

اولاً ماده ۲۱۸ علاوه بر ادعاهای ناظر بر امور نفسانی نظیر غفلت، سهو و سبق لسان، متضمن ادعاهای دیگری مانند اکراه و مستی است که دست کم در این موارد، چنین سخنی جای توجیه ندارد؛ زیرا درست‌آزمایی آن‌ها ممکن است و از همین روست که مقنن، اثبات آن‌ها را برای رهایی از مجازات در مواردی که مجرای قاعده در آن نیست، لازم دانسته (در این زمینه ر.ک: مواد ۳۰۷ و ۳۷۸ ق.م.ا.) و در جرایم مشمول قاعده در آن نیز حسب مواد ۱۲۰ و ۲۱۸ احتمال صدق چنین ادعاهایی را شرط دانسته است. از این رو، تقیید پذیرش چنین ادعاهایی به وجود احتمال عقلایی بر صدق آن‌ها دشوار نیست؛ لذا اشکال سالبه به انتفای موضوع است. علاوه بر آن از نظر فقهی حتی در جرایم گفتاری نیز وجود شبهه شرط دانسته شده^۱ و میان موارد مزبور با سایر شبهات مورد ادعا تفصیلی داده نشده است.

ثانیاً جرم سب نبی نیز از جهت اعمال قاعده در آن خصوصیتی ندارد که سبب شود قانون‌گذار از شرط امکان شبهه در حق متهم چشم‌پوشی نموده باشد. بلکه اگر هم بنا بر قائل شدن به تمایزی در این خصوص شویم، اتفاقاً برخورد با جرم سب نبی از جهاتی شدیدتر از سایر حدود است؛ به گونه‌ای که حتی فقهای که اجرای حدود را تنها از مسیر قضایی ممکن دانسته‌اند، در جرم مورد بحث، برای هر مخاطبی کشتن مرتکب را نه تنها تجویز که تکلیف نموده‌اند، بدون آنکه ضرورتی بر حکم دادگاه باشد

۱. امام خمینی در مورد ادعای مواردی مانند عدم قصد یا سبق لسان از سوی کسی که با گفتن سخنانی، متهم به ارتداد شده است، می‌فرماید: «لو ظهر منه ما یوجب الارتداد، فادعی الإکراه مع احتمالہ أو عدم القصد وسبق اللسان مع احتمالہ، قبل منه، ولو قامت البینة علی صدور کلام منه موجب للارتداد فادعی ما ذکر، قبل منه» (موسوی خمینی، بی‌تا: ۴۹۵/۲).

(موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۳۲۱/۴۱-۳۲۲):^۱ امری که نشان می‌دهد اگر در جرایم دیگر حتماً باید دادگاه رسیدگی نماید که چه بسا متهم شبهه داشته و مهدورالدم نباشد، در جرم سب نبی از این فرایند هم چشم‌پوشی شده است.

در تأیید برداشت ارائه‌شده می‌توان به استفتائات متعددی نیز که از مراجع تقلید به عمل آمده، اشاره نمود که همگی به وضوح بر ضرورت احتمال شبهه در حق متهم جهت پذیرش ادعای او در جرم سب نبی فتوا داده‌اند:

- استفتاء از محمدعلی اراکی:

«[سؤال:] شخصی از روی عصبانیت به مقام مقدس حضرت فاطمه زهرا علیها السلام توهین و جسارت کرده که موجب ارتداد و جواز قتل اوست. حال مدعی شده که به خاطر عصبانیت بوده، آیا حکم قتل از او برداشته می‌شود؟
[پاسخ:] اگر مدعی باشد که به خاطر شدت عصبانیت، قصد مدلول کلام را نداشته و ملتفت به لوازم کلام نبوده و بدون قصد از او صادر شده و احتمال صدق باشد، حکم به کفر او نمی‌شود» (مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰: استفتای شماره ۲۵۹۴).

- استفتاء از محمد فاضل موحدی لنکرانی:

«[سؤال:] شخصی از روی غیظ و عصبانیت به مقام مقدس حضرت پیغمبر صلی الله علیه و آله و سلم و ائمه علیهم السلام توهین و جسارت کرده و مدعی است که به خاطر عصبانیت بوده است، آیا حکم سب صلی الله علیه و آله و سلم و ائمه علیهم السلام از او برداشته می‌شود؟
[پاسخ:] اگر مدعی باشد که به خاطر شدت ناراحتی و عصبانیت توهین کرده است و قصد معنای کلام خود را نداشته و بدون قصد از او صادر شده و احتمال صدق داده شود، حکم ارتداد و کفر او نمی‌شود و حد سب بر او جاری نمی‌شود» (همان: استفتای شماره ۲۷۲۵).

فتاوی‌ای مزبور به خوبی مؤید آن هستند که در جرم سب نبی نیز مجرد ادعا کفایت نکرده و محتمل بودن آن در حق متهم شرط سقوط حد است.

۱. محقق خوبی در این زمینه می‌فرماید: «بجب قتل من سبّ النبی صلی الله علیه و آله و سلم علی سامعه... ولا یحتاج جواز قتله إلی الإذن من الحاکم الشرعی». امام خمینی نیز به رغم التزام به فقه حکومتی در تحریر *الوسیله* همین مبنای مورد تسالم فقها را پذیرفته و می‌فرماید: «من سبّ النبی صلی الله علیه و آله و سلم، والعیاذ بالله، وجب علی سامعه قتله، ... ولا یتوقف ذلك علی إذن الإمام علیه السلام أو نائبه» (همان: ۴۷۶/۲-۴۷۷).

۳-۲. ادعای متهم در جرم زنا موضوع ماده ۲۲۳

ماده ۲۲۳ قانون مجازات اسلامی اشعار می‌دارد:

«هر گاه متهم به زنا، مدعی زوجیت یا وطی به شبهه باشد، ادعای وی بدون بینه و سوگند پذیرفته می‌شود، مگر آنکه خلاف آن با حجت شرعی لازم ثابت شود».

در این ماده، دو مطلب ذکر شده است؛ گاه متهم مدعی وجود علقه زوجیت می‌شود و گاه ادعای وطی به شبهه دارد. برخی معتقدند از آنجا که زنا عبارت است از ارتباط عاری از شبهه میان زن و مردی که میان آن‌ها علقه زوجیت وجود ندارد، لذا احراز شرط سلبی فقدان شبهه و زوجیت که از اوضاع و احوالی است که رکن مادی جرم را شکل می‌دهد، برای حکم به تحقق زنا لازم است. از این رو، مستند سقوط حد در این مورد، نه قاعده درأ که عدم احراز موضوع جهت ثبوت حد زناست؛ خصوصاً که قاعده درأ در حالت شبهه اجرا می‌شود، در حالی که در فرض حاضر شبهه ثابت نشده و فقط ادعای آن مطرح است که نسبت به درستی آن علم نداریم (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۲: ۴۱-۴۰).

به نظر، این سخن قابل دفاع نیست؛ زیرا اولاً بسیاری از فروع مورد بررسی فقها که برای سقوط مجازات در آن‌ها به قاعده درأ استناد شده است، ناظر بر ارکان جرم بوده است؛ مبنایی که مقنن در مواد ۱۲۰ و ۲۱۸ نیز پذیرفته است. لذا چنین مواردی هم می‌تواند مجرای قاعده درأ باشد و خود قائلان به این مبنا نیز در مسائل دیگری، همین را پذیرفته‌اند (همو، ۱۴۲۰: ۶۴). ثانیاً اگر بنا بر این باشد که ما به درستی ادعا علم پیدا کنیم که دیگر به آن شبهه گفته نمی‌شود، بلکه در اینجا همین ادعایی که دلیلی بر رد آن وجود ندارد و قاضی خلاف واقع بودن آن را احراز نکرده است و احتمال آن وجود دارد، موجد شبهه نزد مرجع قضایی است که باید مطابق قاعده درأ بر سقوط مجازات حکم دهد و از همین روست که سایرین در این زمینه، حکم خود را به قاعده درأ مستند نموده‌اند (حسینی عاملی، بی‌تا: ۷/۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۶۶/۱).

بر این اساس، چون موضوع ماده ۲۲۳ قانون مجازات اسلامی نیز از مصادیق اعمال قاعده درأ است، لذا امکان و احتمال صدق ادعا ضرورت دارد؛ نکته‌ای که در ماده ۶۶

قانون مجازات اسلامی سابق نیز آمده بود. طبق این ماده:

«هر گاه مرد یا زنی که با هم جماع نموده‌اند، ادعای اشتباه و ناآگاهی کند، در صورتی که احتمال صدق مدعی داده شود، ادعای مذکور بدون شاهد و سوگند پذیرفته می‌شود و حد ساقط می‌گردد».

از این رو چون از نظر فقهی نیز صرف ادعای زوجیت یا شبهه بدون آنکه احتمال آن نسبت به متهم وجود داشته باشد، باعث سقوط حد نیست،^۱ لازم بود مقنن در قانون مصوب سال ۱۳۹۲ همانند قانون سابق، بر این شرط تصریح می‌نمود؛^۲ عدم تصریحی که موجب شده در دکترین و رویه قضایی، این برداشت نادرست شکل گیرد که مجرد ادعا مسقط حد است. برای نمونه، اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی ۷/۹۹/۶۴۷ به تاریخ ۱۳۹۹/۶/۱۵ در مورد پرونده زنا اظهاری داشته است چنانچه مرد

۱. امام خمینی نیز در بحث حاضر، به امکان شبهه نسبت به مدعی توجه داشته و فرموده است: «یسقط الحد بدعوی کل ما یصلح أن یكون شبهة بالنظر إلى المدعی لها، فلو ادعی الشبهة أحدهما أو هما مع عدم إمكانها إلا بالنسبة إلى أحدهما سقط عنه دون صاحبه؛ ویسقط بدعوی الزوجية ما لم یعلم کذبه ولا یکلف الیمین ولا البینة» (همان: ۴۵۷/۲). تبریزی نیز در این زمینه فرموده است: «کما أن دعوی الزوجية مسقطه للحد، كذلك دعوی الشبهة فی الوطاء، فإنه مع احتمال الصدق یسقط الحد» (تبریزی، ۱۴۱۷: ۴۴). مؤمن قمی نیز در بحث مزبور، بر اشتراط احتمال درستی ادعا جهت سقوط حد تصریح نموده و به معتبره ابوبصیر تمسک نموده است: «والدلیل علی أن دعوایها مسقطه للحد مع احتمال صدقه، أنه مع هذا الاحتمال یشک الوالی أو القاضی فی ارتکاب المدعی للزنا، ... وقد مرّ بعض ما یدل علی عدم قبول دعوی المدعی الذی لا یحتمل فی حقّه الصدق... والظاهر: أنه علی هذا التفصیل یحمل وبشیر معتبر أبی بصیر قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام: رجل أخذ مع امرأة فی بیت، فأقر أنها امرأته وأقرت أنه زوجها. فقال: "رب رجل لو أتیت به لأجزت له ذلك، ورب رجل لو أتیت به لضربته؛ إذ لا محمل لقوله علیه السلام فی الفقرة الأخيرة مع دعوی کلیمها للزوجية إلا العلم بکذبهما وعدم احتمال الصدق فی دعوایها» (مؤمن قمی، ۱۴۲۲: ۳۵). مکارم شیرازی نیز در پاسخ به این استفتا که: همین که طرفین رابطه جنسی، ادعای اجرای صیغه نمایند، برای ایجاد شبهه کافی است یا باید صحت آن اثبات شود؟ پاسخ داده است: «إذا احتمل صحّة وصدق مدّعاهما، وجب الحمل علی الصحّة» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۲۰۵/۳).

۲. ممکن است گفته شود که عدم تصریح مقنن به شرط امکان عقلایی شبهه به جهت آن بوده که با وجود ماده ۲۱۸ نیازی به آن ندیده است. اما چنین توجیهی، باری از مسئولیت بی‌دقتی در تقنین را نمی‌کاهد؛ زیرا همین‌جا می‌توان این اشکال را مطرح کرد که اساساً با وجود مواد ۱۲۰ و ۲۱۸، نیازی به وضع موادی مانند ۲۲۳ نیست، و حال که قانون‌گذار به رغم وجود قاعده، مفاد آن را نسبت به یک مصداق خاص تکرار نموده است، لازم بود قیود آن را نیز مورد توجه قرار می‌داد.

منکر زنا باشد و بگوید صیغه خوانده‌ایم، ولی زن منکر صیغه باشد، طبق ماده ۲۲۳ قانون مجازات اسلامی ادعای مرد پذیرفته می‌شود و در خصوص صیغه، صرف ادعا کفایت می‌کند. همین نوع نگاه در رویه قضایی نیز مشاهده می‌شود؛ برای مثال در پرونده‌ای، شاکیه از متهم به دلیل تجاوز به عنف که منجر به ازاله بکارتش شده است، شکایت می‌نماید. به رغم تأیید ازاله بکارت از سوی پزشکی قانونی و اقرار متهم در مرجع انتظامی مبنی بر دخول که توأم با این ادعا بوده که خودش صیغه را به زبان فارسی خوانده است، اما در دادگاه در جلسه نخست، به دخول ناقص اقرار و در جلسه دوم، ادعای دخول از روی لباس می‌نماید! دادگاه کیفری طی دادنامه شماره ۹۲/۳/۱-۱۰۰۰۴۶ به استناد عدم ارائه دلیل بر وجود عنف، اتهام تجاوز را نپذیرفته و در خصوص اتهام زنا محصنه نیز با استناد به ادعای متهم مبنی بر بارداری همسرش، تحقق احصان را هم محل شبهه دانسته و او را به زنا غیر محصنه محکوم می‌نماید! متعاقب اعتراض طرفین به دادنامه، پرونده در شعبه ششم دیوان عالی مطرح می‌گردد و شعبه دیوان با این استدلال که: «با توجه به ادعای متهم در مورد رابطه جنسی خود بر اساس علقه زوجیت (صیغه) ایجاب می‌کرده حسب مقررات ماده ۲۲۳ قانون مجازات اسلامی خلاف آن با حجت شرعی ثابت شود»، حکم به حد جلد را نیز نقض می‌نماید. این در شرایطی است که در پرونده با توجه به تناقض گویی‌های متهم و عدم ارائه دلیلی که بتواند حتی ظن بر ایجاد علقه زوجیت ایجاد نماید، متهم متأهل را با دو ادعای بلاقرینه بارداری همسر و خواندن صیغه از کل اتهام بری نموده‌اند!

نتیجه‌گیری

تتبع در منابع فقهی در خصوص شرط محتمل بودن شبهه و تحلیل رویکرد حقوق کیفری ایران نسبت به موضوع، ما را به نتایجی چند رهنمون می‌سازد:

۱. بررسی اخبار وارده از ائمه معصومین علیهم‌السلام نشان می‌دهد که حتی در حدودی که جنبه حق‌الله محض دارند، نظیر زنا و شرب خمر، برداشته شدن مجازات از متهمان در

۱. رأی از طریق پژوهشکده استخراج و مطالعه آرای پژوهشگاه قوه قضاییه مورد دسترسی قرار گرفته است.

جایی پذیرفته شده است که امکان شبهه نسبت به متهمان وجود داشته باشد و لذا فقهای امامیه نیز به اتفاق نظر در فروع مختلف بر این امر تأکید نموده‌اند. از این رو صرف ادعای متهم، مجوز سقوط مجازات نیست؛ چه در غیر این صورت، غالب جرایم ثابت نشده و به این وسیله بیم تجری و برهم خوردن نظم جامعه خواهد رفت.

۲. با توجه به منابع فقهی، مجرد احتمال دادرسی برای شمول قاعده کافی نیست؛ بلکه این احتمال باید از نظر افراد متعارف معقول باشد. از این رو باید آن را با ملاکی نوعی سنجید و لذا اگر دادرسی دادگاه بدوی بر اساس شبهه‌ای که نزد او شکل گرفته، حکم به مجازات دهد، مراجع قضایی بالاتر در مقام رسیدگی به اعتراض به رأی، چنانچه شبهه را نوعاً وارد ندانند، می‌توانند حکم را نقض نمایند، یا به عکس اگر در پرونده شبهه عقلانی وجود داشته، ولی با وجود آن، حکم به محکومیت متهم شده باشد، به استناد قاعده درآ متهم را تبرئه کنند.

۳. در حقوق موضوعه کشور، قانون مجازات اسلامی به رغم توجه اجمالی به شرط محتمل بودن شبهه در برخی موارد مانند صدر ماده ۲۱۸، در پاره‌ای از مواد ظاهراً شرط مزبور را نادیده گرفته است.

۴. ظاهر عبارات ذیل ماده ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی موهم آن است که صرف ادعای اکراهی بودن اقرار، مسقط حد بوده و نیازی به محتمل بودن متعلق ادعا نیست. بررسی پیشینه ماده نشان می‌دهد که چنین قیدی در مصوبه اولیه که به تأیید شورای نگهبان رسیده بود، وجود داشته است و در اثر سهوی که در ادامه فرایند تقنینی رخ داده و بر خلاف استفتائاتی که مبنای قانون‌گذاری بوده است، حذف گردیده است. از این رو با لحاظ تفسیر غایی و توجه به دأب مقنن در عدم وضع مقررات مغایر شرع، اطلاق ماده را حمل بر اهمال نموده و بر اساس راهکار اصل ۱۶۷ قانون اساسی می‌باید شرط محتمل بودن ادعا را لازم دانست.

۵. ماده ۲۶۳ قانون مجازات اسلامی نیز مجرد ادعای متهم به جرم سب نبی را -مبنی بر اینکه اظهارات وی از روی اکراه، سهو یا در حال مستی یا غضب یا سبق لسان یا بدون توجه به معانی کلمات و یا نقل قول از دیگری بوده است- موجب رهایی او از حد دانسته است. از آنجا که اگر همین اکراه یا مستی به عنوان موانع مسئولیت کیفری

و یا سایر موارد که در حقیقت از مصادیق فقدان علم و قصد به شمار می‌آیند، در سایر حدود مورد ادعا قرار می‌گرفت، به صراحت صدر ماده ۲۱۸ تنها در جایی مسقط مجازات می‌بودند که احتمال درستی آن‌ها وجود داشته باشد، لذا به جهت ماهیت یکسان آن‌ها، برخورد دوگانه قانون‌گذار توجیهی ندارد. اگر گفته شود که جرم سب نبی به جهت آنکه از جرایم گفتاری است، دارای خصوصیت می‌باشد، پاسخ داده می‌شود که چنین ادعایی مستظهر بر دلیل متقنی نبوده و از همین روست که فقها در فتاوی خود صراحتاً ادعای سب النبی یا مرتد را مبنی بر اینکه سخنان آن‌ها بدون قصد یا ناشی از سبق لسان بوده است، تنها در جایی مشمول قاعده درأ دانسته‌اند که امکان پذیرش چنین ادعاهایی در حق متهمان وجود داشته باشد. اتفاقاً برخورد شدیدتر با مرتکبان جرم سب نبی در آموزه‌های فقهی، حاکی از نادیده گرفتن برخی شرایط محدودکننده‌ای است که در مجازات مرتکبان دیگر حدود باید در نظر گرفته شوند.

۶. سیاق عبارات ماده ۲۲۳ قانون مجازات اسلامی نیز مشعر بر کفایت مجرد ادعای زوجیت یا شبهه مرتکب در بزه زنای مستوجب حد است که باعث سقوط مجازات می‌شود. در این زمینه نیز با توجه به آنکه مبنای برداشته شدن مجازات از متهم، در همان قاعده درأ نهفته است، از یک سو سابقه تقنینی این حکم که در ماده ۶۶ قانون سلف نیز وجود داشت، و از سوی دیگر ملاحظه تعابیر فقهای امامیه به ویژه فتاوی امام خمینی در *تحریر الوسيله* که در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ بسیار مورد توجه قانون‌گذار بوده است، همگی مؤید آن هستند که این ماده را نیز باید بر اساس ضابطه صدر ماده ۲۱۸ تفسیر نمود و محتمل بودن شبهه را از نظر افراد متعارف برای سقوط مجازات لازم دانست.

کتاب شناسی

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲. ابوزهره، محمد، الجریمة والعقوبة فی الفقه الاسلامی؛ العقوبة، قاهره، دار الفكر العربی، بی تا.
۳. استادی، رضا، «قلمرو قاعده درء (۲)»، مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)، شماره ۳۷، بهار ۱۳۸۳ ش.
۴. الهام، غلامحسین، و محسن برهانی، درآمدی بر حقوق جزای عمومی؛ جرم و مجرم، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۵. بابرته، ابوعبدالله محمد، العناية؛ شرح الهدایه، بیروت، دار الفكر، بی تا.
۶. تبریزی، میرزا جواد بن علی، اسس الحدود والتعزیرات، قم، دفتر معظم له، ۱۴۱۷ ق.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۸. حسینی شیرازی، سید محمد، الفقه؛ المرور، بیروت، مؤسسه المجتبی، ۱۴۲۱ ق.
۹. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۰. احمد، حمد بن عبدالله، شرح زاد المستقنع، ریاض، بی تا، ۱۴۳۳ ق.
۱۱. خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۱۲. دسوقی، شمس الدین محمد، حاشیة الدسوقی علی الشرح الكبير، بی جا، دار احیاء الکتب العربیہ، بی تا.
۱۳. زحیلی، محمد مصطفی، القواعد الفقهیة وتطبیقاتها فی المذاهب الاربعه، دمشق، دار الفكر، ۲۰۰۶ م.
۱۴. سبحانی، جعفر، نظام القضاء والشهادة فی الشریعة الاسلامیة الغراء، قم، مؤسسه امام صادق (علیهم السلام)، ۱۴۱۸ ق.
۱۵. سرخسی حنفی، شمس الاثمة ابوبکر محمد بن احمد بن ابی سهل، المبسوط، بیروت، دار المعرفه، بی تا.
۱۶. سلیمان، یاسر عریف، جریمة الزنا الحدیة فی ضوء احکام محكمة التقض بامارة ابوظبی و المحكمة الاتحادیة العلیا، ابوظبی، دائرة القضاء، ۲۰۱۵ م.
۱۷. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۱۸. سیوطی، جلال الدین عبدالرحمن بن ابی بکر، الاشباه والنظائر، بی جا، دار الکتب العلمیہ، ۱۴۱۱ ق.
۱۹. صانعی، یوسف، استفتائات قضایی، چاپ سوم، قم، پرتو خورشید، ۱۳۸۸ ش.
۲۰. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد علی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۲۱. طباطبایی حکیم، سید محمد سعید، مسائل معاصرة فی فقه القضاء، چاپ دوم، نجف اشرف، دار الهلال، ۱۴۲۷ ق.
۲۲. طباطبایی قمی، سید تقی، هداية الاعلام الی مدارک شرائع الاحکام، قم، محلاتی، ۱۴۲۵ ق.
۲۳. طباطبایی زدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیهم السلام)، ۱۴۲۸ ق.
۲۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ق.

۲۵. همو، *النهاية في مجرد الفقه والفتاوى*، چاپ دوم، بیروت، دار الكتاب العربي، ۱۴۰۰ ق.
۲۶. عاملي جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۷. همو، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسة المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۳ ق.
۲۸. عاملي جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *التواعد والفتاوى في الفقه والاصول والعرييه*، قم، کتاب فروشی مفید، بی تا.
۲۹. همو، *غاية المراد في شرح نکت الارشاد*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۳۰. علامه حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *رجال العلامة الحلی (خلاصة الاقوال في معرفة الرجال)*، چاپ دوم، نجف اشرف، المطبعة الحیدریه، ۱۳۸۱ ق.
۳۱. همو، *قواعد الاحکام في معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۲. عوده، عبدالقادر، *التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي*، بیروت، دار الكتاب العربي، بی تا.
۳۳. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة في شرح تحرير الوسيلة: الحدود*، قم، مرکز فقه الائمة الاطهار عليهم السلام، ۱۴۲۲ ق.
۳۴. همو، *تفصیل الشریعة في شرح تحرير الوسيلة: القضاء والشهادات*، قم، مرکز فقه الائمة الاطهار عليهم السلام، ۱۴۲۰ ق.
۳۵. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن اصفهانی، *كشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۳۶. فیاض، محمد اسحاق، *منهاج الصالحين*، بی جا، بی نا، بی تا.
۳۷. *قانون جرائم و مجازات های یمن*، ۱۹۹۴ م.، قابل دسترس در وبگاه به نشانی: https://yemen-nic.info/db/laws_ye/detail.php?ID=11424.
۳۸. قربان نیا، ناصر، *ملاحظات في دربارہ قانون مجازات اسلامی ۹۲*؛ نقد و بررسی فقهی، حقوقی، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۳ ش.
۳۹. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافي*، قم، دار الحديث، ۱۴۲۹ ق.
۴۰. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، *بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار عليهم السلام*، چاپ دوم، بیروت، مؤسسة الطبع و النشر، ۱۴۱۰ ق.
۴۱. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن هذلی، *شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۴۲. مدنی تبریزی، سید یوسف، *کتاب القضاء*، چاپ دوم، بی جا، دفتر معظم له، ۱۴۳۰ ق.
۴۳. مرعشی نجفی، سید شهاب الدین، *السرقه على ضوء القرآن والسنة*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۲۴ ق.
۴۴. مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضاییه، *شرح جامع و کاربردی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲*، تحقیق ابراهیم باقری، قم، قضا، ۱۳۹۴ ش.
۴۵. معرفت، محمد هادی، *تعلیق و تحقیق عن امهات مسائل القضاء*، قم، چاپخانه مهر، بی تا.
۴۶. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقنعه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۴۷. مکارم شیرازی، ناصر، *الفتاوى الجديده*، چاپ دوم، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین علی بن ابی طالب عليه السلام، ۱۴۲۷ ق.

۴۸. همو، انوار الفقاهة؛ كتاب الحدود و التعزیرات، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۴۱۸ ق.
۴۹. منتظری، حسین علی، كتاب الحدود، قم، دار الفکر، بی تا.
۵۰. منصورآبادی، عباس، حقوق جزای عمومی ۳، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.
۵۱. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، چاپ دوم، قم، دانشگاه مفید، ۱۴۲۷ ق.
۵۲. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، قواعد فقهیه، چاپ سوم، تهران، عروج، ۱۴۰۱ ق.
۵۳. موسوی خمینی، سیدروح الله، تحریر الوسیله، قم، دار العلم، بی تا.
۵۴. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۵۵. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۵۶. مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی، نسخه ۲، ۱۳۹۰ ش.
۵۷. مؤمن قمی، محمد، مبانی تحریر الوسیله؛ الحدود، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ق.
۵۸. نجاشی، ابوالحسن احمد بن علی بن احمد بن عباس، رجال النجاشی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۵۹. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۶۰. نجفی کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، انوار الفقاهة؛ کتاب الوقف، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۶۱. واسطی زبیدی، سیدمحمد مرتضی بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر، ۱۴۱۴ ق.
۶۲. هاشمی شاهرودی، سیدمحمد، قرانات فقهیه معاصره، قم، مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامی، ۱۴۲۳ ق.

امکان اعمال قرارداد قضایی با منافع عمومی نسبت به اشخاص حقوقی در حقوق ایران (با نگاهی به حقوق فرانسه)*

- عرفان باباخانی^۱
- افشین عبداللهی^۲

چکیده

قانون گذاران کشورهای مختلف، شناسایی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و احصاء انواع مجازات‌ها را یک نوع موفقیت برای خود می‌دانند. اما شناسایی یک شخص حقوقی به عنوان مکلف، تنها با تعیین میزان مسئولیت و ذکر مصادیق مجازات‌ها پایان نمی‌پذیرد، بلکه مانند اشخاص حقیقی مستلزم پیش‌بینی تمامی فروع و لوازم آن است؛ در غیر این صورت صرف شناسایی مجازات، یادآور همان دیدگاه‌های سزاگرایانه صرف و سنتی حقوق جزا خواهد بود. تحقیق پیش رو با روش توصیفی - تحلیلی در صدد اثبات این موضوع برآمده که صرف پیش‌بینی مجازات‌های مختص اشخاص حقوقی، رسالت قانون گذار را به پایان نمی‌رساند؛ بلکه با توجه به نگاه برابر به اشخاص حقیقی و حقوقی و سایر معیارها، در کنار

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۷/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۳/۱.

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه پاریس ناتر (babakhani_erfan@yahoo.com).
۲. استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران (نویسنده مسئول) (a.abdollahi@uok.ac.ir).

مجازات‌ها باید از نهادهای تخفیفی و مساعدتی نیز بهره جست. یکی از این نهادها، قرارداد قضایی است که در این خصوص بسترها و امکان پیش‌بینی آن با توجه به مقررات کنونی نظام کیفری ایران تحلیل شده است.

در پایان پیشنهاد شده است که با الهام از حقوق فرانسه چنین نهادهایی پیش‌بینی شود تا ضمن پیاده‌سازی دیدگاه‌های قراردادی شدن تعقیب عمومی نسبت به اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران، منافع اقتصادی دولت نیز تأمین شود. در این راستا، لازم است به اختیارات دادستان افزوده شود و قرارداد قضایی، جرایم بیشتری را نسبت به نهادهای مشابه در بر گیرد.

واژگان کلیدی: قرارداد قضایی، جایگزین تعقیب عمومی، اشخاص حقوقی، حقوق ایران، حقوق فرانسه.

درآمد

«راهبرد امروزی سیاست جنایی در برابر بزهکاری و به ویژه بزهکاران اقتصادی، فرصت دادن به آن‌ها - به ویژه اشخاص حقوقی - برای جبران آثار اعمال مجرمانه و غیر حرفه‌ای و اصلاح رویه و رفتارهایشان با مشارکت اشخاص و مراجع فعال و متخصص است؛ چندان که می‌توان گفت امروزه منطق کیفرزدایی، جرم‌زدایی و قضازدایی یعنی راهبرد پسروری سیاست کیفری و توسل به مراجع و پاسخ‌های کیفری به عنوان آخرین حربه، غالب است» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۷: ۴۶۵). در این راستا طی چند دهه اخیر، شکل‌های مختلفی از عدالت کیفری مذاکره‌ای و پذیرش قبلی اتهام در اروپا و آمریکای شمالی (معامله اتهام، توافق کیفری و قرارداد قضایی) گسترش یافته است. سازوکارهای مذکور به عنوان جایگزین‌های تعقیب عمومی و رسیدگی کیفری، علاوه بر تضمین رعایت حقوق طرفین، موجب افزایش کارایی نظام عدالت کیفری در رسیدگی به جرایم شده است (Jacobs, 2012: 44) و مضافاً با هدف انتظام‌بخشی به فعالیت‌های اقتصادی اشخاص حقوقی، پایان دادن به اخلال ناشی از جرم بدون اخلال در نظام اقتصادی، ترمیم خسارات مادی، اعاده وضع به پیش از ارتکاب جرم و استرداد اموال به بزه‌دیدگان توجیه می‌شود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۷: ۴۶۵). «برقراری سازش میان مقام قضایی و بزهکار به عنوان یکی از روش‌های چگونگی پاسخ‌دهی به بزهکاری،

اصلی‌ترین رویکرد راهبرد قراردادی شدن است که از رهگذر آن، کنشگران یادشده می‌توانند با توجه به اختیارهایی که مقنن به آنان می‌دهد، در خصوص ادامه یا توقف تعقیب دعوای کیفری، نوع و میزان ضمانت اجراها و چگونگی گزینش و اجرای آن‌ها مصالحه کنند» (نیازپور، ۱۳۹۰: ۶۲) که خود موجبات فردی‌سازی واکنش کیفری را در مرحله تعقیب عمومی فراهم می‌آورد.

در کشورهایی مانند فرانسه، گرایش کنونی سیستم عدالت کیفری بیشتر بر توسعه و اجرای سازوکارهای جایگزین رسیدگی کیفری می‌باشد (باباخانی و همکاران، ۱۳۹۷: ۴). تجربه حقوق فرانسه و تحقیقات انجام‌شده طی دهه‌های اخیر، حاکی از این است که عدالت کیفری از برقراری سازش و برخورد با تمام تظلم‌خواهی‌هایی که از آن می‌شود، ناتوان است و رسیدگی کلاسیک محاکمه نیز برای دادن حکمی مؤثر، خیلی شدید و کند است (Cario, 2014: 26). افزون بر اینکه هزینه‌های رسیدگی کلان، تورم جمعیت کیفری، حجم فراوان پرونده‌های قضایی و لزوم سرعت‌بخشی به رسیدگی‌ها، مهم‌ترین دغدغه‌هایی هستند که نظام کیفری کشورهای مختلف با آن مواجه بوده و آن‌ها را به رسیدگی‌های ترمیمی و توافق‌محور متمایل می‌کند (باباخانی و پرسته، ۱۳۹۸: ۶).

رسیدگی‌های مبتنی بر عدالت قراردادی، سه محور دارد. ابتدا با حذف مرحله بحث بر اثبات اتهام، این امکان را فراهم می‌آورد که مرحله رسیدگی سریع‌تر انجام شود و متعاقباً موجب تعدیل ازدحام مراجع قضایی و پاسخ سریع به واقعه مجرمانه می‌شود (Babakhani, 2017: 87-89). سپس فراتر از یک منطق کاملاً مدیریتی، نتیجه قابل پیش‌بینی دادرسی یعنی حل و فصل اختلافات را تضمین می‌کند که چنین هدفی، مدّ نظر متهم و دادستان نیز هست. سرانجام موجب دستیابی به پاسخی قابل قبول‌تر و اجرای رویه‌ای کارآمد خواهد شد که می‌تواند منتهی به هدف پیشگیری از تکرار جرم شود (Galli, 2018: 363). رسیدگی‌های توافق‌محور هرچند ابتدا با توجیحات جرم‌شناسی همچون اصلاح و درمان، جلوگیری از برچسب‌زنی و... در مورد اشخاص حقیقی، وارد قوانین کشورهای مختلف شد، اما ضرورت‌های عملی و نگاه برابر به تابعان حقوق کیفری، قانون‌گذاران را بر آن داشت که نهادهای مساعدتی و تخفیفی را در راستای توافقی و قراردادی شدن تعقیب عمومی نسبت به اشخاص حقوقی نیز پیش‌بینی نمایند.

بدیهی است که با توجه به ماهیت متفاوت اشخاص حقوقی نسبت به اشخاص حقیقی، همان طور که مجازات‌های قابل اعمال بر این اشخاص باید در مواردی متفاوت از اشخاص حقیقی باشد (موسوی مجاب و رفیع‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۸۶)، نهادهای توافقی و قراردادی خاص این اشخاص نیز ماهیتی جدا خواهند داشت. از این سازوکارها می‌توان در حقوق فرانسه به یک نهاد منحصر به فرد یعنی قرارداد قضایی به نفع عمومی^۱ اشاره کرد. در حقوق ایران، علی‌رغم اینکه در دو دهه اخیر در حوزه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی گام‌هایی برداشته شده است، اما در مورد نهادهای مساعدتی و تخفیفی بر مبنای عدالت توافقی و قراردادی، چنین مصادیقی پیش‌بینی نشده است و موارد مشابه مانند جایگزین‌های تعقیب دعوای عمومی در دادسرا (یعنی قرار تعلیق تعقیب) سؤالاتی را مطرح می‌کند از جمله اینکه آیا این موارد در خصوص اشخاص حقوقی قابل اعمال است؟ و اینکه چه ضرورت‌هایی وجود دارد تا بتوان بر مبنای آن‌ها، یک نهاد جدید در نظام عدالت کیفری ایران پیش‌بینی نمود؟ درباره موضوع تحقیق تا کنون مقاله‌ای منتشر نشده است. البته نوشته‌هایی در خصوص توافقی شدن تعقیب و جایگزین‌های تعقیب در حقوق ایران وجود دارد که ناظر به اشخاص حقیقی است (ر.ک: نیازپور، ۱۳۹۲)، اما به طور خاص به قرارداد قضایی به نفع عمومی، به عنوان یک نهاد جایگزین تعقیب عمومی برای اشخاص حقوقی پرداخته نشده است.

بر این مبنای، در ادامه با توجه به نوظهور بودن قرارداد قضایی به نفع عمومی، ابتدا خاستگاه و سپس -از آنجا که این پژوهش در صدد تقنین چنین نهادی در نظام کیفری ایران است- مبانی پیش‌بینی چنین نهادی توجیه می‌گردد و در قسمت دوم سعی خواهد شد بسترهای اعمال آن با توجه به مقررات موجود بررسی شود که چگونه می‌توان قرارداد قضایی به نفع عمومی را در قانون پیش‌بینی و در فرایند کیفری اعمال کرد.

۱. خاستگاه و توجیه قرارداد قضایی به نفع عمومی

در نوشته‌های حقوقی، گفتمان مسئولیت کیفری و اعمال مجازات صرف علیه

1. La convention judiciaire d'intérêt public.

اشخاص حقوقی، موضوعی نو جلوه می‌کند و قانون‌گذاران نیز با پیش‌بینی چنین مواردی، خود را فارغ از تقنین سایر مقررات مساعدتی و تخفیفی مربوط به این اشخاص می‌دانند. در حالی که اعمال چنین مواردی نسبت به اشخاص حقیقی و توجیهاات حقوقی و جرم‌شناختی آن، به وفور در مطالعات جرم‌شناسان مشاهده می‌شود. چنین توجیهااتی در طول چندین دهه باعث گردید که قانون‌گذاران از دیدگاه سزاگرایی صرف خارج شوند و به تدریج نهادهای مختلفی را در راستای کمک به اشخاص حقیقی، وارد قوانین کنند. از این رو در هر نظام حقوقی، پیش‌بینی چنین مواردی در خصوص اشخاص حقوقی نیز نیازمند معرفی نهادهای مشابه و توجیه آن است تا قانون‌گذار متقاعد گردد که از نگاه سزاگرایانه نسبت به اشخاص مزبور خارج شود و دیدگاه متعادل‌تری داشته باشد.

۱-۱. ظهور قرارداد قضایی

بر خلاف حقوق ایران که دادستان در خصوص اعمال نهادهای جایگزین تعقیب نسبت به اشخاص حقوقی، اختیارات خاصی ندارد، در نظام کیفری فرانسه، دادستان نقشی مهم در موارد تعقیب عمومی و عدم آن ایفا می‌کند. وی میان تعقیب عمومی، اجرای جایگزین تعقیب و یا اجرای بایگانی پرونده مخیر است.^۱ قانون‌گذار این کشور ابزارهای مختلفی را از یک طرف، برای تعدیل ازدحام وظایف کاری محاکم کیفری و از طرف دیگر، تلاش برای مؤثر بودن عدالت کیفری و سرعت در واکنش قانونی به عمل مجرمانه به اجرا درآورده است (Aubert, 2010: 18). برای نیل به این اهداف و به منظور تسریع و ساده‌سازی فرایند کیفری، رسیدگی‌های جایگزینی به پهنه کیفری این کشور وارد شده است. در این راستا، قانون نهم دسامبر سال ۲۰۱۶ سازوکار «قرارداد

۱. در فرانسه، دادستان جمهوری یا شهرستان، قاضی دادرسی است که وظیفه‌اش انجام شروع تعقیب به نام جامعه است. مسئولیت او تعقیب مرتکبان جرم در مراجع صالح کیفری است. با توجه به ماده ۳-۳۹ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، «ممکن است دادستان تحقیقات عمومی یا ویژه را برای مقامات تعقیب در نظر بگیرد [و] کنترل قانونی بودن اقداماتی که توسط آنها اجرا می‌شود، تطبیق تناسب اقدامات تحقیقاتی با توجه ماهیت و شدت فعل مجرمانه، مسیری که می‌تواند به تحقیقات بدهد و کیفیت تحقیقات صورت گرفته را بررسی و انجام دهد».

قضایی به نفع عمومی» را در ماده ۲-۱-۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه تصویب کرد که میان دادستان و شخص حقوقی در جرایم اقتصادی منعقد می‌شود. به این معنا، تا زمانی که اقدام به تعقیب عمومی به مرحله اجرا درنیامده باشد، دادستان عمومی می‌تواند با یک شخص حقوقی برای یک یا چند جرم اقتصادی - مالی (که در قانون مشخص شده‌اند) و جرایم مرتبط مانند رشوه، اعمال نفوذ غیر قانونی بر کارمندان دولت، فرار مالیاتی و پولشویی، قرارداد قضایی با منافع عمومی را با تحمیل چند مورد از تعهدات مندرج در قانون منعقد کند.

بنابراین، دادستان عمومی فرانسه علاوه بر دیگر جایگزین‌های تعقیب می‌تواند سازوکار قرارداد قضایی به نفع عمومی علیه شخص حقوقی را با توجه به نوع جرم ارتكابی به کار گیرد و بعد از اعمال آن، تعقیب عمومی متوقف خواهد شد تا عدالت کیفری فرانسه، ابزاری کارآمد برای مبارزه با فساد فراملی را در اختیار داشته باشد. قرارداد قضایی نمایانگر یک ابزار عدالت «استراتژیک» است که از یک سو موجب پر کردن سریع و کارآمد صندوق‌های خزانه عمومی و متضمن نفع حتمی دولت می‌شود و از سوی دیگر، مانع اجرای فرایند کیفری و طولانی با نتیجه نامشخص می‌شود. این قرارداد که در ابتدا برای فساد، اعمال نفوذ و پولشویی از کلاهبرداری مالیاتی پیش‌بینی شده بود، از پاییز ۲۰۱۸ به جرایم فرار مالیاتی نیز توسعه یافت (Brigant, 2018: 122).

این سازوکار، تجلی رویه قراردادی‌سازی رسیدگی کیفری است که مفهومی جدید از عدالت «مذاکره‌محور» یا «قراردادی» می‌باشد (Giacopelli, 2012: 519). در واقع سازوکاری را می‌توان ناشی از عدالت قراردادی قلمداد کرد که همزمان سه ویژگی را داشته باشد؛ بدین شرح که «ابتدا قانون‌گذار با تصویب قوانین آن، سازوکار را تعیین و شرایط اجرای آن را تحت یک عدالت رسمی تعیین کند. سپس شرایط توافق‌نامه توسط دادستان عمومی تعیین شود و در نهایت قاضی محکمه، محتوای توافق را کنترل امضاء می‌کند» (Galli, 2018: 364). با توجه به ضرورت اعلام موافقت شخص حقوقی به پیشنهاد قرارداد قضایی توسط دادستان که باید به تأیید قاضی محکمه نیز برسد، می‌توان این سازوکار را در قالب عدالت قراردادی یا عمودی معرفی کرد. قرارداد قضایی از یک سو با رویکردی ترمیمی، منافع اجتماعی را تضمین و به دنبال جبران خسارات

بزه‌دیده می‌باشد و از سوی دیگر، مرتکب و نوع عمل مجرمانه را مدّ نظر قرار می‌دهد و از اجرای محاکمه‌ای کیفری که نتیجه و پیشگیری از جرم آن نامعلوم است، جلوگیری می‌کند. هرچند در فرانسه این نهاد کیفری صرفاً مختص اشخاص حقوقی برای جرایم اقتصادی - مالی می‌باشد، اما چنانچه در نظام کیفری ایران سازوکار مشابهی پیش‌بینی شود، می‌توان آن را در تمامی جرایم اشخاص حقوقی قابل اعمال دانست؛ به ویژه آنکه در حقوق ایران، هیچ مقرره‌ای که حاکی از عدالت قراردادی در مورد اشخاص حقوقی باشد، پیش‌بینی نشده است. از این رو، گسترش دامنه شمول نهادهای مشابه در حقوق ایران منطقی به نظر می‌رسد.

۲-۱. توجیه پیش‌بینی قرارداد قضایی

«به طور کلی، توجیه یک اقدام برای پیش‌بینی در قانون بدین جهت است که نشان داده می‌شود آن اقدام، عقلانی و منطقی یا قابل پذیرش از نظر حقوقی است یا هر دوی این ویژگی‌ها را دارد و در صدد است که استدلال‌ها و نظریات مخالف را باطل یا کم‌رنگ کند» (محمودی جانکی و روستایی، ۱۳۹۲: ۴۲). از این رو، اعمال مجازات یا نهادهای تخفیفی و مساعدتی و پذیرش آن توسط مقامات قضایی و حتی جامعه، نیاز به توجیه دارد، اما بسته به اینکه نسبت به چه شخصی اعمال شوند، توجیه آن نیز متفاوت خواهد بود. همان طور که نمی‌توان یک مجازات یا نهاد مساعدتی مشابه برای اشخاص حقیقی و حقوقی تعیین نمود، بر همین مبنا هم نمی‌توان توجیه مشابه برای این اشخاص یافت؛ خواه آن نهاد، مجازات باشد یا یک نهاد مساعدتی مانند قرارداد قضایی. به بیان دیگر، هم مجازات اشخاص حقوقی توجیه خاص خود را دارد و هم استفاده از نهادهای تخفیفی و مساعدتی نسبت به این اشخاص. ق.آ.د.ک. مصوب سال ۱۳۹۲ در خصوص اعمال چنین نهادهایی نسبت به اشخاص حقوقی ساکت است؛ با وجود این، ضرورت‌هایی وجود دارد که اعمال نهادهای مشابه مانند قرارداد قضایی را در مورد این اشخاص توجیه می‌کند.^۱

۱. برای مثال، قرار تعلیق تعقیب و حتی بایگانی کردن پرونده، یکی از انواع نهادهای پیش‌بینی شده در ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲ به نفع محکومان حقیقی است که توجهات خاص خود را دارد و به این دلیل، نوع آن‌ها نیز متفاوت است که در خصوص اشخاص حقوقی قابل اعمال نیست.

۱-۲-۱. اصل مقتضی بودن تعقیب

متناسب بودن تعقیب دعوی کیفری را می‌توان رویکردی دانست که در پرتو آن به مقام قضایی اختیار داده می‌شود که در صورت مفید نبودن تعقیب دسته‌ای از دعاوی، از ادامه آن صرف‌نظر کند؛ زیرا عقیده بر این است که دادستان باید با نگرشی اصلاحی و تربیتی به متهم، موضوع را مورد سنجش قرار داده و از تعقیب دعوی کیفری حتی با وجود دلایل اثبات‌کننده بزهکاری خودداری ورزد (جمشیدی و نوریان، ۱۳۹۲: ۱۴۵)؛ به ویژه آنکه ابزارهای قاعده مقتضی بودن تعقیب مانند تعلیق تعقیب منوط به موافقت متهم بوده که این توافق، حکایت از تنبه و بیداری وی دارد. چنین دیدگاه‌هایی (اصلاحی و تربیتی) باعث شده که قاعده مقتضی بودن تعقیب و عدالت عمودی - افقی مختص اشخاص حقیقی پنداشته شود و بر مبنای آن، قوانین شکلی و ماهوی نگارش شوند که نتیجه آن، فراموشی اعمال اصل مذکور نسبت به اشخاص حقوقی است. اقتضائات حقوقی و جرم‌شناسی ایجاب می‌کند که قاعده مقتضی بودن تعقیب نسبت به اشخاص حقوقی نیز اعمال شود؛ برای مثال، مطابق آموزه‌های مکتب مصلحت‌گرایی حقوقی که بر متناسب بودن تعقیب تأکید دارد، قاضی برای اتخاذ تصمیم باید آینده‌نگر و نتیجه‌گرا باشد و بتواند آثار احتمالی تصمیم خود را بر دعاوی و بر کل جامعه تشخیص دهد و در مواردی در صورت تشخیص مصلحت جامعه از تعقیب متهم خودداری کند. دلیلی وجود ندارد که نتوان این آینده‌نگری را در خصوص اشخاص حقوقی اعمال کرد و آن را منصرف به اشخاص حقیقی دانست. لازم به ذکر است که برای اعمال این قاعده اگر توافقی لازم باشد، در چنین حالتی، نماینده شخصی حقوقی با داشتن اختیارات می‌تواند آن را اعلام کند.

از دیدگاه جرم‌شناسی، نظریه برجسب‌زنی نیز به عنوان یکی از مبانی نظری متناسب بودن تعقیب نسبت به اشخاص حقیقی قابل طرح است. مطابق این نظریه، کسی که برجسب مجرمانه می‌خورد، از نظر روانی خودش را مجرم فرض کرده و سعی می‌کند رفتاری از خود بروز دهد که دیگران از وی انتظار دارند (زراعت، ۱۳۹۱: ۴۱۶). از این رو، بهتر آن است که اشخاص حقیقی در جرایم کم‌اهمیت تعقیب نشوند تا سریع‌تر از فرایند کیفری خارج شوند و انگ مجرمانه به آن‌ها زده نشود. چنین دیدگاهی نیز

نباید باعث شود که قاعده مقتضی بودن تعقیب نسبت به اشخاص حقوقی اعمال نگردد؛ زیرا هرچند نظریه برجسب‌زنی در نوشتگان حقوقی در خصوص اشخاص حقیقی بحث می‌شود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۹۸-۹۶)، اما با توجه به ضرورت‌های عملی می‌توان این نظریه را در مورد اشخاص حقوقی نیز جاری دانست؛ برای مثال، اگر اشخاص حقوقی در برخی جرایم تعقیب و برای نمونه به مجازات انتشار حکم محکوم شوند و حکم آن‌ها رسانه‌ای شود، اتفاقاً آنگ مجرمانه آن‌ها بیشتر در جامعه فراگیر می‌شود که در نهایت منجر به از دست دادن شمار زیادی از مشتریان خواهد شد؛ به ویژه آنکه اشخاص حقوقی در جامعه با افراد بیشتری در ارتباط هستند و حساسیت نسبت به آن‌ها زیاد است. این امر گاهی می‌تواند برای اقتصاد، کسب و کار در کشور تأثیرات منفی داشته باشد. بر این مبنا، ضرورت‌های حقوقی و جرم‌شناختی ایجاب می‌کند که در برخی جرایم، قاعده مقتضی بودن تعقیب نسبت به اشخاص حقوقی به رسمیت شناخته شود و با توجه به آن‌ها، نهادهایی مانند قرارداد قضایی در قوانین شکلی گنجانده شود تا در قالب عدالت قراردادی و با رضایت آن‌ها اعمال شود.

۲-۲-۱. اصل تساوی مسئولیت کیفری

در مقررات اسلامی و همچنین در دو سده اخیر در غرب این عقیده وجود داشته که تعیین مجازات باید بر مبنای تساوی و عدالت باشد. مطابق این عقیده نه تنها بزهکاران باید به سزای عمل خود برسند، بلکه در جرایم یکسان نیز (صرف نظر از اصل فردی کردن مجازات) باید به مجازات‌های مشابه محکوم شوند؛ وگرنه تفاوتی بین کسی که هنجارها را پاس داشته و کسی که به نقض هنجارها روی می‌آورد، وجود نخواهد داشت (جعفری، ۱۳۹۵: ۱۶). آنچه که بدیهی است، در حقوق مدنی تساوی اشخاص حقوقی و حقیقی حکم می‌کند که اشخاص حقوقی نیز بتوانند صاحب حقوق و مالکیت اموال شوند و مانند اشخاص حقیقی در قراردادها و دعاوی، طرف دعوی یا قرارداد قرار گیرند. با توجه به اصل مذکور نمی‌توان گفت که چون تساوی در امور مدنی به نفع آن‌هاست، باید وجود داشته باشد و اما در امور کیفری نیازی به تساوی مسئولیت نیست. هرچند چنین دیدگاهی سال‌ها در حقوق کیفری حاکم بود و مسئولیت

کیفری اشخاص حقوقی با تردید جدی مواجه بود، اما سرانجام اصل مذکور باعث شد که مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی نیز رسمیت یابد و به تدریج وارد قوانین کشورهای مختلف به ویژه نظام قانون‌گذاری ایران شود. درک ضرورت مسئولیت کیفری اشخاص مذکور گرچه موضوعی مهم است، اما پایان کار نیست (شریفی، ۱۳۹۸: ۱۲۳) و نباید نسبت به سایر فروع و ملزومات غافل ماند. بر مبنای استدلال مذکور، تساوی مسئولیت کیفری حکم می‌کند همان گونه که اشخاص حقوقی در صورت ارتکاب جرم باید مانند اشخاص حقیقی مجازات شوند، باید بتوانند از نهادهای تخفیفی و مساعدتی نیز برخوردار شوند؛ وگرنه تبعیض غیر منطقی بین اشخاص مذکور ایجاد می‌شود که موضع قانون‌گذار را قابل انتقاد می‌کند. برای نمونه، اشخاص حقوقی در صورت ارتکاب برخی جرایم نه تنها به استناد ماده ۲۱ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲ به دو تا چهار برابر جزای نقدی قابل اعمال بر اشخاص حقیقی محکوم می‌شوند، بلکه از بهره‌مندی نهادهای مساعدتی نیز محروم می‌گردند؛ در حالی که اشخاص حقیقی در جرم مشابه علاوه بر محکومیت به مجازات کمتر، امکان بهره‌مندی از نهادهایی مانند تعلیق تعقیب و بایگانی کردن پرونده را خواهند داشت. موضوع قابل ذکر دیگر اینکه در حقوق خصوصی، قرارداد حاکی از یک توافق دوطرفه است که نماینده شخص حقوقی، موافقت خود را با آن اعلام می‌کند. در قرارداد قضایی نیز وضعیت مشابهی وجود دارد؛ لذا مانند قراردادهای حقوق مدنی، توافق اشخاص حقوقی در امور کیفری باید به رسمیت شناخته شود.

۳-۲-۱. ضرورت‌های عملی

جرایم اقتصادی و شرکتی با توجه به پدیده جهانی شدن، توسعه نرم‌افزارهای اینترنتی و تجارت جهانی، فرصت‌های بی‌شماری را برای مجرمان در این حوزه و به ویژه اشخاص حقوقی به وجود آورده است که خود تهدیدی علیه ثبات سیاسی، اقتصادی و اجتماعی جوامع بوده و موجب سلب اعتماد عمومی نسبت به حاکمیت می‌شود (Abakhani & Harang, 2019: 9). پیچیدگی کشف، نحوه ارتکاب جرم و شخص مرتکب، همگی منجر به دشواری رسیدگی به جرایم اشخاص مذکور می‌شود. با توجه به این پیچیدگی زیاد، طولانی بودن محاکمات، ملاحظات اقتصادی و تراکم قضایی،

قانون‌گذار فرانسوی تصمیم به تصویب سازوکار قرارداد قضایی به نفع عمومی گرفت. هدف سازوکار جایگزینی مذکور این است که با تشویق شرکت‌ها به انعقاد چنین قراردادی، ضمانت اجرای مؤثر برای این گونه جرایم تضمین شود و از پیگیری و اجرای فرایند محاکمه پرهزینه و طولانی‌مدت که نتیجه آن، هم برای اشخاص حقوقی و هم برای دادستان عمومی نامشخص خواهد بود، پرهیز شود.

لازم به ذکر است که در موارد جرایم اقتصادی و شرکتی که واجد ویژگی «پیچیدگی بزرگ» و چندوجهی هستند و اثبات آن‌ها در دادگاه بسیار دشوار است (آیت و همکاران، ۱۳۹۸: ۲۴۰)، قانون‌گذار فرانسوی در مواد ۷۰۴ تا ۷۰۶ و مواد بعدی قانون آیین دادرسی کیفری با توجه به ویژگی‌های پیچیده این گونه جرایم، رسیدگی افتراقی و ویژه‌ای مقرر کرده و به تخصصی کردن مراجع صالح قضایی و قضات پرداخته است که این اقدامات در راستای تخصصی‌سازی، منجر به تسهیل کشف جرم، تعقیب و محاکمه این مجرمان خواهد شد (Babakhani & Harang, 2019: 4). این رسیدگی افتراقی بدین معناست که تمهیدات متعددی جهت تسهیل تعقیب و مجازات این جرایم در نظر گرفته شده است؛ از جمله این موارد می‌توان به شیوه حضور وکیل، کنترل ارتباطات مخابراتی، تحت نظر، زمان اجرای تصمیمات قضایی، عملیات نفوذ، استفاده از تیم تحقیق مشترک و حکم بازداشت اروپایی اشاره نمود. در همین راستا و با توجه به نگرانی بهبود کارآمدی سازوکارهای مبارزه با این نوع جرایم، قانون‌گذار فرانسوی با تصویب قانون ۶ دسامبر ۲۰۱۳، به ساده‌سازی و بهبود اقدامات قضایی پرداخته و دادستان امور مالی واقع در پاریس را پایه‌گذاری کرد. وظیفه دادستان تخصصی امور مالی، شروع اقدامات عمومی علیه مجرمان جرایم اقتصادی و مالی و پیگرد قانونی آن‌ها در دادگاه کیفری است. به علاوه در راستای هدف تخصصی‌سازی مراجع قضایی در قبال جرایم اقتصادی، در کنار دادستان امور مالی (یا دادسرای پاریس)، حوزه‌های قضایی ویژه بین منطقه‌ای وجود دارند.^۱

۱. این حوزه‌های قضایی توسط قانون ۹ مارس ۲۰۰۴ ایجاد شده و جایگزین اولین دادگاه‌های تخصصی ایجادشده توسط قانون ۱۹۷۵ شدند. تعداد این حوزه‌ها در فرانسه هشت دادگاه است که در بوردو، فورت دو فرانسه، لیل، لیون، مارس، نانسی، پاریس و رن مستقرند. آن‌ها در اکثر جرایم در امور اقتصادی و مالی صلاحیت رسیدگی دارند؛ مشروط بر اینکه از «پیچیدگی بزرگ» به ویژه به دلیل تعداد زیاد مرتکبان، همدستان یا بزه‌دیدگان یا حوزه قضایی جغرافیایی که در آن ارتکاب می‌یابند، برخوردار باشند.

بدین ترتیب با توجه به اهمیت جرایم اقتصادی ارتكابی توسط اشخاص حقوقی، قانون‌گذار فرانسوی در دو سطح به قراردادی کردن و تخصصی کردن رسیدگی به این جرایم پرداخته است. با این توضیح که ابتدا با سازوکار قرارداد قضایی به نفع عمومی که در اختیار دادستان است، می‌توان مانع اجرای فرایند تعقیب و محاکمه طولانی مدت شد. در سطح دوم با در اختیار گذاشتن ابزارهای قانونی برای کشف این گونه جرایم، تخصصی کردن محاکم و کارکنان قضایی، زمینه کشف، اثبات جرم و مجازات اشخاص حقوقی مربوطه را فراهم می‌آورد. در چنین حالتی، ریسک بالای محاکمه کیفری همان ابتدا موجب تشویق اشخاص حقوقی مرتکب جرایم اقتصادی، به پذیرش قرارداد قضایی دادستان می‌شود.

در حقوق ایران هم افزایش شمار اشخاص حقوقی، پیچیدگی جرایم آن‌ها و تورم پرونده‌های کیفری و ضرورت اجرای اصل مناسب بودن تعقیب نسبت به اشخاص مذکور ایجاب می‌کند که مقام تعقیب از اختیاراتی برخوردار باشد تا بتواند تصمیم بگیرد که از میان انبوه پرونده‌های کیفری، کدام یک را به محکمه ارسال و کدام یک را با شیوه‌های برون محکمه‌ای حل و فصل نماید (جمشیدی و نوریان، ۱۳۹۲: ۱۵۰). بی‌تردید الزام مقام قضایی به تعقیب با توجه به پیچیدگی‌های جرایم اشخاص حقوقی و تراکم پرونده‌های کیفری نمی‌تواند این امر را محقق سازد. بنابراین، پذیرش قرارداد قضایی جهت مقابله با مشکلات مزبور، امری ضروری می‌نماید که نفع اقتصادی نیز برای خزانه دولت خواهد داشت. واقعیت دیگر اینکه تعقیب جرایم کم‌اهمیت، منابع محدود سیستم قضایی را جهت تعقیب جرایم مهم‌تر ناکارآمد می‌سازد. سیستم قضایی مانند هر مجموعه‌ای دیگر، دارای منابعی محدود است که پاسخ‌گوی نیازهای نامحدود آن نمی‌تواند باشد. لذا مدیریت اقتصادی این مجموعه ایجاب می‌کند که با صرف نظر کردن از تعقیب برخی جرایم اشخاص حقوقی، چرخه‌های عدالت کیفری را برای جرایم مهم‌تر به حرکت درآورد تا سودمندی تعقیب جرایم نیز لحاظ شده باشد (همان). قرارداد قضایی به نفع حقوق عمومی می‌تواند ابزاری مناسب جهت رسیدن به چنین هدفی باشد.

۲. بسترهای اعمال قرارداد قضایی با نگاهی به وضعیت نهادهای کنونی

نهادهای مساعدتی متعددی در قوانین ماهوی یا شکلی وجود دارد که با موافقت مقام قضایی و متهم منعقد می‌شود و ممکن است این شبهه را ایجاد کند که با وجود آن‌ها چه نیازی به پیش‌بینی قرارداد قضایی به نفع عمومی است؟ برای نمونه در حقوق ایران، امکان صدور قرار تعلیق تعقیب وجود دارد که با موافقت متهم صادر می‌شود یا اینکه در حقوق فرانسه، نهادی مانند معامله اتهام وضع شده است که شباهت‌هایی با قرارداد موضوع بحث دارد. در ادامه، این نهادها مورد بحث قرار می‌گیرند تا روشن شود که قرارداد قضایی، نهادی جدید در فرایند کیفری است که بازیگران و آثار حقوقی خاص خود را دارد.

۱-۲. عدم امکان اعمال نهادهای مشابه در خصوص اشخاص حقوقی

قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ جهت پاسخ کیفری مؤثر، ابزارهای جدیدی را وضع کرده است که در برخی موارد، موافقت متهم یکی از شروط اصلی آن است و تا حدودی به توافق و قرارداد نزدیک است؛ اما تفاوت‌های اساسی با قرارداد قضایی دارد و چنین موضوعی به روشنی قابل درک است. برای مثال، در ماده ۷۹ این قانون، قرار ترک تعقیب پیش‌بینی شده است. هرچند در قرار ترک تعقیب ممکن است شاکی و متهم در مورد برخی موضوعات با هم توافق کنند و به درخواست شاکی برای مدتی یا همیشه، دعوی کیفری متوقف می‌شود. اما آنچه که مشخص است، این قرار فقط در جرایم قابل گذشت قابلیت اصدار دارد و دادستان هم نقش تعیین‌کننده‌ای ندارد. البته به نظر می‌رسد که صدور قرار مذکور نسبت به اشخاص حقوقی (متهم یا شاکی) امکان‌پذیر است؛ زیرا شرط خاصی ندارد که مانع از صدور این قرار باشد و اصل بر جواز صدور چنین قراری در مورد اشخاص حقوقی است.

نهاد دیگر، قرار تعلیق تعقیب است. در راستای اصل الزامی بودن تعقیب، دادستان به عنوان مدعی‌العموم و به نمایندگی از جامعه، وظیفه تعقیب جرایم ارتكابی را به عهده دارد. اما در برخی موارد مصلحت اقتضا می‌کند که وی منوط به وجود شرایطی، از تعقیب عمومی صرف‌نظر نماید. به عبارتی، قانون‌گذار ایرانی برای تعدیل قاعده قانونی بودن

تعقیب کیفری، نهاد قرار تعلیق تعقیب را پیش‌بینی کرده و اختیارات دادستان را در مرحله پیش‌دادرسی افزایش داده است (عالی‌پور، ۱۳۹۴: ۷۱۳). ماده ۸۱ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ برای صدور این قرار، شرایطی مانند فقدان سابقه کیفری مؤثر، فقدان شاکی یا گذشت یا موافقت وی، تعزیری و خفیف بودن جرم، تشخیص و اختیار دادستان و در نهایت موافقت متهم را مقرر کرده است. با توجه به دو شرط اخیر باید گفت که تعلیق تعقیب، مشابهت بسیاری با قرارداد قضایی دارد؛ زیرا هر دو ضمن یک قرارداد یا گفتگوی حین تحقیقات صورت می‌گیرد و متهم با رضایتی که می‌دهد، نقش فعالی در تعیین سرنوشت پرونده‌اش خواهد داشت.

با وجود این، قرارداد قضایی با تعلیق تعقیب و همچنین بایگانی کردن پرونده متفاوت است. قرارداد قضایی به نفع عمومی با مفهوم فوق به عنوان یکی از مصادیق قراردادی شدن تعقیب عمومی در ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲ در خصوص اشخاص حقوقی پیش‌بینی نشده است. با مذاقه در مواد مربوط به تعلیق تعقیب و بایگانی کردن پرونده در دادسرا نیز به روشنی این نکته استنباط می‌شود که این نهادها نسبت به اشخاص حقوقی قابل اعمال نیست؛ زیرا اولاً مخاطب پیش‌فرض قانون‌گذار در قانون مذکور، اشخاص حقیقی بوده و شرایط و دستورات تعیین شده در ضمن نهادهای فوق مانند موارد ماده ۸۱ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲، حاکی از مورد خطاب قرار دادن اشخاص حقیقی است. برای نمونه، دستورات ضمن ماده مذکور از قبیل خودداری از رفت و آمد به محل یا مکان معین، معرفی خود در زمان مشخص، شرکت در کلاس‌ها و جلسات آموزشی، عدم رانندگی، عدم حمل سلاح و ممنوعیت خروج از کشور، این دیدگاه را تأیید می‌کند. ثانیاً قوانین مذکور که پس از سال‌ها بحث و تبادل نظر به تصویب رسید، متأثر از مطالعات جرم‌شناسی بالینی و اندیشه اصلاح و درمان بوده که هدف از پیش‌بینی نهادهای مساعدتی مانند تعلیق تعقیب، بایگانی کردن پرونده و حتی جایگزین‌های حبس، مواردی همچون اصلاح و تربیت بزهکار، عدم اعمال مجازات حبس و خارج کردن فوری متهم از نظام عدالت کیفری است که تنها در مورد اشخاص حقیقی صدق می‌کند. افزون بر اینکه تعلیق تعقیب را تنها در جرایم تعزیری درجه ۶ تا ۸ که خفیف هستند می‌توان صادر کرد؛ در حالی که قرارداد قضایی، خاص اشخاص حقوقی است که حتی

در جرایم سنگین نیز صادر می‌شود و نفع اقتصادی برای دولت دارد. تفاوت دیگر اینکه یکی از اهداف مهم در قرارداد قضایی، نفع عمومی و پرداخت مبلغی به حساب خزانه‌داری است، در حالی که در تعلیق تعقیب با توجه به شرایط صدور آن، نیل به چنین هدفی امکان‌پذیر نیست، بلکه بیشتر خارج کردن متهم از دادگستری و بایگانی کردن پرونده مدنظر است. برای نمونه، هیچ یک از دستورات تعیین شده در ماده ۸۱ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ متضمن پرداخت مبلغی به دولت نیست. یکی دیگر از شروط تعلیق تعقیب، فقدان سابقه کیفری مؤثر است که با هدف پیشگیری از اعمال مجازات بر مجرمانی که واجد حالت خطرناک نبوده و اصلاح‌پذیرند، در قانون پیش‌بینی شده است (حیدری، ۱۳۹۵: ۵۹) که از این حیث نیز با قرارداد قضایی تفاوت دارد؛ زیرا شرط مذکور که با توجه به جرایم ارتكابی و اثر آن، یعنی محرومیت از حقوق اجتماعی، از مواد ۲۵ و ۲۶ قانون مجازات اسلامی استنباط می‌شود، خاص اشخاص حقیقی است (پورباقرانی و سیفی، ۱۳۹۴: ۱۰۷) و با توجه به موارد احصایی (یعنی موارد محرومیت از حقوق اجتماعی) و به ویژه هدف اصلاح‌پذیری در مورد اشخاص حقیقی قابل اعمال نیست؛ لذا نمی‌توان گفت که تعلیق تعقیب، اثرات قرارداد قضایی را دارد و بر اشخاص حقیقی قابل اعمال است.

شایان ذکر است که قرارداد قضایی به نفع عمومی (بدون محدودیت میزان مجازات) به همراه سازوکار معامله اتهام^۱ (تمام جنبه‌های تا پنج سال حبس) در حقوق فرانسه

۱. علی‌رغم اینکه قانون‌گذار در ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲ سعی کرد که متأثر از مطالعات جرم‌شناسی، نهادهای مساعدتی مختلفی را به نفع متهم و جامعه پیش‌بینی نماید، اما معامله اتهام را به عنوان یک سازوکار جایگزین تعقیب عمومی پیش‌بینی نکرده است که در مقایسه با حقوق کشورهای مترقی، جای خالی چنین نهادی احساس می‌شود؛ زیرا بسیاری از افراد که مرتکب تعدد جرم شده‌اند، چنانچه آگاه باشند که در صورت پذیرش یکی از اتهامات، از اعمال مقررات تعدد جرم‌رهایی می‌یابند و به مجازات کمتری محکوم می‌شوند، چنین فرایندی را قبول و آن را به عنوان یک فرصت تلقی می‌کنند. آثار مثبت چنین نهادی بر بزهکاران و حتی نظام عدالت کیفری کاملاً مشهود است. در حقوق فرانسه، معامله اتهام یعنی پذیرش مجرمیت، مجازات پیشنهادی از جانب دادسرا، پذیرش آن از جانب متهم، پذیرش یا رد توافق از جانب قاضی محکمه و اجرای تعقیب کیفری در صورت رد این سازوکارها که بعد از قانون سال ۲۰۱۱ بر تمام جنبه‌ها توسط دادستان قابل اعمال است (Pradel, 2005: 478)، می‌تواند با یک سال حبس مرتکب همراه باشد (البته مجازات حبس در مورد اشخاص حقیقی منتفی است). تفاوت اصلی را

قدرت توافق با مرتکبان این جرایم را به مقام تعقیب خواهد داد (Perrocheau, 2010: 56). مقصود قانون‌گذار فرانسوی، تشویق شرکت‌های حقوقی مرتکب جرم برای همکاری با مقامات دادسرا و پرداخت جریمه نقدی پیشنهادی از سوی دادستان می‌باشد (Crocq, 2019: 638). سازوکارهای فوق، حقوق فرانسه را به سمت توافقی - قراردادی کردن در برخی جرایم اشخاص حقوقی پیش می‌برد و امکان یک برخورد «خفیف و نرم کیفری» و همین‌طور «کاربردی‌تر» از عدالت کیفری را فراهم می‌آورد. اما جای چنین نهادهایی در نظام قضایی ایران خالی به نظر می‌رسد و گویی قانون‌گذار ایرانی تنها بر مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و مجازات آن‌ها تمرکز کرده و از حرکت به سمت قراردادی شدن تعقیب عمومی به ویژه در خصوص اشخاص حقوقی غافل مانده است. از این رو، پیش‌بینی سازوکار قرارداد قضایی در مقررات شکلی ایران با توجه به اقتضائات عملی ضروری به نظر می‌رسد. اما این سؤال مطرح می‌شود که با توجه به مقررات موجود، تا چه میزان امکان اعمال قرارداد قضایی در فرایند کیفری ایران وجود دارد؟

۲-۲. سازوکارهای اجرایی قرارداد قضایی و آثار آن با تأکید بر نظام کیفری

ایران

پیش‌بینی قرارداد قضایی در قانون، نیازمند مشخص کردن سازوکارهای اجرایی با توجه به مقررات فعلی است؛ در غیر این صورت، این احتمال وجود دارد که به کارگیری

→ که می‌توان میان قرارداد قضایی با نفع اجتماعی و معامله اتهام مشاهده کرد این است که در اولی برای تمام جرایم حوزه اقتصادی اشخاص حقوقی قابل اعمال است، اما اجرای معامله اتهام توسط دادستان، محدود به تمام جرایم جنحه‌ای (تا پنج سال حبس) می‌باشد. در این راستا، دیوان عالی کشور فرانسه طی یک رأی (Conseil constitutionnel 2 mars 2004, no. 2004-492 DC) اعلام کرد که دلایل پذیرش یا رد قاضی در قرارداد قضایی به نفع عمومی و دیگر سازوکارهای عدالت توافقی همچون معامله اتهام متفاوت می‌باشد؛ به شکلی که در معامله اتهام، قاضی با دیدی منفی به منفعت اجتماعی (ماهیت عمل مجرمانه، شخصیت مرتکب و وضعیت بزه‌دیده) می‌نگرد و با توجه به اوضاع و احوال مربوط به این شرایط می‌تواند اجرای تعقیب عمومی را توجیه کند و در این صورت توافق‌نامه دادستان و مرتکب را رد می‌کند. اما برعکس در قرارداد قضایی، قاضی با دیدی مثبت به منفعت اجتماعی حاصل از قرارداد (جریمه نقدی قابل توجه، پیشرفت اقتصادی و...) و حقوق بزه‌دیده می‌نگرد که در این صورت قاضی دادگاه قرارداد را تأیید می‌کند.

آن به حاشیه رانده شده و یا اینکه در موارد نامناسب از آن استفاده شود و نتوان به اهداف مدنظر نائل شد. در این راستا، در این قسمت بازیگران اجرایی قرارداد قضایی و آثار آن مورد اشاره قرار می‌گیرد.

۱-۲-۲. بازیگران اجرایی

علاوه بر دادستان و شخص حقوقی که از عوامل اصلی شکل‌گیری قرارداد قضایی هستند، نمی‌توان تأمین حقوق بزه‌دیده و جایگاه دادگاه را در این فرایند نادیده گرفت. در ادامه، نقش هر یک با توجه به مقررات نظام کیفری ایران تشریح می‌شود.

۱-۲-۲-۱. دادستان

در حقوق فرانسه، دادستان عمومی پیشنهاد قرارداد قضایی را با نامه ثبت‌شده به نماینده شخص حقوقی تحت پیگرد ارسال، و در مقابل رسید دریافت اخذ می‌کند. در نامه مزبور، دادستان امکان معاضدت وکیل و مدت زمان برای پذیرش قرارداد را به شخص حقوقی اعلام می‌کند.^۱ همچنین در قرارداد پیشنهادی، دادستان ماهیت و میزان تعهدات، در صورت لزوم پرداخت حداکثر هزینه‌های انجام‌شده برای کنترل اجرای قرارداد توسط شخص حقوقی ذی‌ربط، میزان و شرایط جبران/ترمیم خسارت ناشی از جرم -نمی‌تواند بیشتر از یک سال طول بکشد- و فرصت پذیرش یا رد قرارداد تعیین می‌شود (Ibid.: 639).

در نظام حقوقی ایران، دادستان به عنوان مدعی‌العموم، پیگیری تمامی جرایم را به عهده دارد (ماده ۱۱ ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲) که در این راستا، با توجه به قاعده الزامی بودن تعقیب، مکلف است مانند اشخاص حقیقی، جرایم اشخاص حقوقی را نیز تعقیب نماید. به همین ترتیب، بر مبنای مقتضی بودن تعقیب می‌توان این امکان را فراهم کرد که در قالب قرارداد قضایی و منوط به وجود برخی شرایط، از ادامه تعقیب این اشخاص خودداری کند و از این لحاظ، منع قانونی خاصی استنباط نمی‌شود. البته نظر به اینکه مبنا و فلسفه این نهاد، یک سازوکار جایگزین تعقیب عمومی است، بهتر آن است که

1. Article R15-33-60-2 du Code de procédure pénale français.

در تمامی جرایم با هر درجه‌ای (نوع درجه را قانون مشخص می‌کند)، دادستان مبادرت به انعقاد قرارداد قضایی نماید، نه اینکه مانند برخی نهادها، دادگاه اختیار اعمال چنین نهادی را داشته باشد، به نوعی که در دادگاه قاعده مقتضی بودن تعقیب اعمال شود؛ در غیر این صورت نقض غرض خواهد بود؛ زیرا هدف این است که قرارداد قضایی به عنوان یک نهاد جایگزین تعقیب در دادسرا اعمال و از ورود پرونده‌ها به دادگاه و انجام دادرسی پرهیز شود.

در حالی که در قرار تعلیق تعقیب، صرف نظر از اینکه نسبت به اشخاص حقوقی قابل اعمال نیست، مستنبط از ماده ۸۱ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ دادستان پیشنهاد تعلیق را نه به صورت نامه بلکه در جلسه دادسرا و به صورت حضوری مطرح می‌کند و متهم باید در همان جلسه، نظر خود را مبنی بر موافقت یا رد آن اعلام کند؛ یعنی به وی فرصت پذیرش یا رد قرارداد داده نمی‌شود. به علاوه، آن طور که از ماده مزبور برداشت می‌شود، پس از موافقت متهم در خصوص اصل قرار تعلیق تعقیب، وی مکلف است که دستورات دادستان را اجرا کند و در مورد آن‌ها توافقی صورت نمی‌گیرد؛ در حالی که در قرارداد قضایی، ماهیت و میزان تعهدات تعیین می‌شود. تفاوت دیگر اینکه در جرایم تعزیری درجه ۷ و ۸ دادستان در تعلیق تعقیب نقشی ندارد، اما در قرارداد قضایی، دادستان عمومی فرانسه در تمامی موارد قانونی پیشنهاددهنده است.

۲-۱-۲. شخص حقوقی

قرارداد قضایی تنها نسبت به اشخاص حقوقی قابل انعقاد است و حق هیچ گونه مذاکره و چانه‌زنی میان مقام تعقیب و شخص حقوقی وجود ندارد و شخص حقوقی صرفاً می‌تواند موافقت یا مخالف خود را با قرارداد قضایی اعلام کند. در واقع در بند اول ماده ۴۱-۱-۲ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه پیش‌بینی شده است که شخص حقوقی «جریمه به نفع عمومی را باید به خزانه‌داری بپردازد. مقدار این جریمه متناسب با مزایای ناشی از جرایم مرتکب شده، ثابت است و در محدوده ۳۰٪ از میانگین گردش مالی سالانه گذشته از تاریخ کشف جرم محاسبه می‌شود».

در حقوق ایران نیز در صورت پیش‌بینی نهاد قرارداد قضایی، امکان اعمال آن نسبت

به اشخاص حقوقی وجود دارد؛ با این توضیح که مستتب از ماده ۱۴۳ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲ اعمال نماینده قانونی شخص حقوقی، منتسب به شخص حقوقی است. از این رو، در قرارداد قضایی پس از پیشنهاد انعقاد از سوی دادستان، نماینده می‌تواند به نمایندگی از شخص حقوقی با توجه به اختیاراتی که دارد، نسبت به پذیرش یا رد آن اقدام نماید و بدین ترتیب آثار این قرارداد بر شخص حقوقی بار می‌شود؛ به ویژه آنکه اشاره شد همان گونه که با توجه به اصل تساوی مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی و حقوقی، مطابق مواد ۱۴۳ و ۲۰ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲ اشخاص حقوقی در صورت ارتکاب جرم مسئولیت کیفری دارند و حتی مجازات شدیدتری برای آن‌ها مقرر شده است، همین اصل ایجاب می‌کند که نهادهای مساعدتی و حتی تخفیفی نیز نسبت به هر دوی این اشخاص به میزان برابر اعمال شود. افزون بر اینکه اجرای قرار تعلیق تعقیب نسبت به اشخاص حقوقی محل تردید جدی است و در آن، متهم به پرداخت مبلغی به عنوان جریمه محکوم نمی‌شود و اساساً منافع اقتصادی خزانه عمومی مدنظر نیست، بلکه دستوراتی که ضمن آن تعیین می‌شود، بیشتر جنبه اصلاحی و بازپرورانه دارد. در حالی که در قرارداد قضایی، هدف این است که با توجه به منابع مالی اشخاص حقوقی، مبالغی از سوی آن‌ها به عنوان جریمه به دولت پرداخت شود که منافی برای دولت دارد و تا حدودی شخص حقوقی نیز مجازات را تحمل کرده است، بدون آنکه آثار محکومیت کیفری داشته باشد.

۲-۱-۳. بزه‌دیده

نظر به اینکه تعداد اشخاص حقوقی و به همان میزان جرایم آن‌ها در ایران در حال افزایش است، جرایم ارتكابی از سوی آن‌ها با توجه به وسعت دامنه ارتكاب، بزه‌دیده‌های متعددی را در بر می‌گیرد و آثار گسترده‌ای خواهد داشت و چه بسا اگر با طرح شکایت وارد فرایند کیفری شوند، نتوانند به جبران خسارات وارده نائل شوند. در حالی که امکان انعقاد قرارداد قضایی با نقش فعال بزه‌دیده در همان بدو پرونده، می‌تواند وی را زودتر به خواسته‌هایش برساند. بر این مبنای، بزه‌دیده باید نقش فعالی در فرایند انعقاد قرارداد قضایی داشته باشد و امکان شرکت وی فراهم باشد. مقدمات

در نظر گرفتن چنین نقشی برای بزه‌دیده در ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲ فراهم شده است. در قانون مذکور که به عنوان یکی از بزه‌دیده‌محورترین قوانین در چند دهه اخیر به تصویب رسیده است، توجه به بزه‌دیده به حدی است که قانون‌گذار یکی از شرایط صدور قرار تعلیق تعقیب و قرار ارجاع به میانجیگری را موافقت بزه‌دیده دانسته است. همچنین مطابق ماده ۶ ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲، بزه‌دیده در فرایند دادرسی باید از حقوق خود آگاه شود و سازوکارهای رعایت و تضمین این حقوق فراهم گردد. بدون شک، یکی از مقدمات آگاهی بزه‌دیده از حقوق خود، شرکت دادن وی در فرایند انعقاد قرارداد قضایی است. مهم آنکه چنانچه جبران خسارت بزه‌دیده در فرایند انعقاد، یکی از شرایط این قرارداد باشد، با توجه به منابع و امکانات مالی اشخاص حقوقی، بزه‌دیده سریع‌تر و با هزینه کمتری به حقوق خود خواهد رسید.

برای مثال، در فرانسه دادستان عمومی از هر طریق، بزه‌دیده را از تصمیم خود مبنی بر قرارداد قضایی با منفعت عمومی مطلع می‌کند و مدت زمانی را برای ارسال تمام ادله و عناصری که موجب خسارات وی شده است، تعیین می‌کند (Ibid.: 640). لذا بزه‌دیده باید این ادله را برای دادستان ارسال کند؛ مگر اینکه شخص حقوقی، نحوه جبران خسارات وارده به بزه‌دیده را توجیه کند. در هر حال در توافق‌نامه قرارداد قضایی، میزان و چگونگی جبران این خسارات مشخص می‌شود و بزه‌دیده نقش فعال‌تری دارد؛ زیرا دادستان مکلف است وی را نسبت به قرارداد مذکور مطلع نماید و بزه‌دیده نیز باید ادله خود را به دادستان اعلام کند. در قرار تعلیق تعقیب هرچند به حقوق بزه‌دیده توجه شده و جبران خسارت، گذشت یا موافقت وی، یکی از شروط صدور قرار است (Saghian, 2009: 398). اما میزان و چگونگی جبران خسارت در متن قرار ذکر نمی‌شود، بلکه از شروط مقدماتی آن است. البته شایان ذکر است که ارائه خدمات به بزه‌دیده در جهت رفع یا کاهش آثار زیانبار مادی یا معنوی جرم با رضایت بزه‌دیده، می‌تواند یکی از دستورات ضمن قرار تعلیق تعقیب باشد.

۲-۴-۱-۲-۲. دادگاه

اعتماد به دادستان و اعطای اختیارات به وی جهت انعقاد قرارداد قضایی علی‌رغم

اینکه در جای خود حائز اهمیت و در راستای قاعده مقتضی بودن تعقیب است که می‌تواند نسبت به همه متهمان صرف نظر از شخصیت اعمال شود، نباید بی‌قید و شرط اعمال شود؛ زیرا در هر صورت دادستان یکی از طرفین پرونده است و به نمایندگی از جامعه مبادرت به انعقاد قرارداد قضایی می‌کند و این احتمال وجود دارد که قرارداد منعقد در مواردی خالی از اشکال نباشد. بر این مبنا، در نظام حقوقی فرانسه برای دادگاه نقش نظارتی در نظر گرفته شده است؛ بدین شرح که به محض پذیرش قرارداد قضایی از سمت شخص حقوقی، این روند زیر نظر قاضی محکمه اجرایی می‌شود. بنابراین، پس از انجام و امضاء قرارداد قضایی (میان دادستان و شخص حقوقی)، قاضی در جلسه علنی با حضور شخص حقوقی و بزه‌دیده و در صورت لزوم وکلای آن‌ها تصمیم‌گیری می‌کند. با توجه به این جلسه علنی، قاضی نسبت به تأیید یا رد قرارداد قضایی پیشنهادی تصمیم می‌گیرد و اختیار قانونی اصلاح یا تغییر اقدامات پیشنهادی در قرارداد را ندارد.^۱

در نظام حقوقی ایران، آن طور که از اعمال نهادهای مشابه مانند قرار بایگانی کردن پرونده و تعلیق تعقیب برداشت می‌شود، قانون‌گذار تنها برخی جرایم تعزیری کم‌اهمیت (درجه ۶ تا ۸) را مشمول این نهادها دانسته است. از آنجا که با توجه به ماده ۳۴۰ ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲ اکثر این جرایم به طور مستقیم در دادگاه مطرح می‌شود، صدور قرار بایگانی کردن پرونده مطلقاً و قرار تعلیق تعقیب در جرایم تعزیری درجه ۷ و ۸ در دادگاه امکان‌پذیر است. بدین ترتیب، قاعده مقتضی بودن تعقیب که یکی از نمادهای اختیار دادستان در تعقیب است، در دادگاه امکان اعمال دارد و به نوعی برای دادگاه نقش تعقیبی قائل شده است که در صورت مصلحت می‌تواند از آن صرف نظر کند. از این رو تا وقتی که چنین مقرره‌ای وجود دارد، حتی اگر قرارداد قضایی برای اشخاص حقوقی پیش‌بینی شود، در جرایم تعزیری درجه ۷ و ۸ دادگاه به جای نقش نظارتی، نقش صادرکننده خواهد داشت. افزون بر اینکه در برخی جرایم مانند جرایم قابل گذشت می‌توان به شرط موافقت بزه‌دیده، دامنه شمول جرایم را به موارد بیشتری

1. Article 41-1-2 du Code de procédure pénale français.

توسعه داد و گامی دیگر در راستای اعمال جایگزین‌های تعقیب عمومی نسبت به اشخاص حقوقی برداشت؛ به ویژه اینکه جرایم اشخاص حقوقی بیشتر جنبه مالی دارند و ممکن است نوع درجه جرایم آن‌ها شدیدتر از درجه ۷ و ۸ باشد. لذا منطقی‌تر آن است که قرارداد قضایی، موارد بیشتری از جرایم تعزیری را در بر گیرد؛ افزون بر اینکه در قرارداد قضایی، اشخاص حقوقی مکلف می‌شوند ضمن جبران خسارات بزه‌دیده، جریمه‌ای را نیز به دولت پردازند و در همان بدو پرونده می‌توان به هدف قانون جزای ماهوی نائل شد. پس افزایش شمول آن نمی‌تواند منعی داشته باشد.

۲-۲-۲. اجرا و آثار قرارداد قضایی

در حقوق فرانسه، تصمیم قاضی سریعاً به شخص حقوقی و بزه‌دیده اعلام می‌شود.^۱ این تصمیم قابل تجدیدنظرخواهی نیست، اما شخص حقوقی در طی مدت زمان ده روز، حق استرداد دارد.^۲ در صورت استرداد قرارداد از جانب شخص حقوقی، تعقیب عمومی توسط دادستان اجرا می‌شود. چنانچه شخص حقوقی حق استرداد خود را در ده روز اعمال نکند، تمام تعهدات مقرر در قرارداد به اجرا در می‌آید؛^۳ در حالی که قرار تعلیق تعقیب، ظرف ده روز در دادگاه قابل اعتراض است و در صورت عدم اعتراض، پس از این مدت قطعی می‌شود.

لازم به ذکر است که تصمیم قاضی دادگاه مبنی بر تأیید قرارداد قضایی، محکومیت تلقی نمی‌شود که به محض اعلام شدن در بازارهای بین‌المللی، اثرات فاجعه‌آمیز برای شخص حقوقی داشته باشد؛ چرا که ماهیت و آثار محکومیت را ندارد.^۴ با این رویکرد به نظر می‌رسد که جریمه منافع عمومی، هزینه سکوت دستگاه قضایی است و قیمت نسبتاً بالایی دارد که شرکت برای حفظ اعتبار خود می‌پردازد (Brigant, 2018: 127). ماده ۴۱-۱-۲ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، موفقیت این رسیدگی را مشروط به تبلیغات گسترده و رسانه‌ای شدن می‌کند و بیان می‌دارد که این قرارداد «موضوع

1. Articles R15-33-60-4 et R15-33-60-5 du Code de procédure pénale français.

2. Article R15-33-60-5 du Code de procédure pénale français.

3. L'Agence française anticorruption.

4. Article 41-1-2 du Code de procédure pénale français.

اعلامیه مطبوعاتی دادستان عمومی» شده و قرار تأیید آن، میزان جریمه منافع عمومی و قرارداد، در سایت مرکز مبارزه با فساد منتشر می‌شود. سکوت تضمین شده توسط سیستم قضایی برای دریافت نکوهش‌ها، در واقع سکوت بر مؤلفه اخلاقی است؛ یعنی مانع برچسب‌زنی ناشی از محکومیت کیفری می‌شود که در غیر این صورت می‌تواند چهره شرکت را در بازار لکه‌دار و سرمایه‌گذاران را دل‌سرد کند. بنابراین راجع به انجام رسیدگی قرارداد قضایی سکوت نمی‌شود. در حقیقت این رسانه‌ای شدن قرارداد قضایی در سایت مذکور، مجرمیت شخص حقوقی را نشان نداده، بلکه می‌تواند به نفع شرکت باشد و مانع از این شود که سایر حوزه‌های قضایی عمومی برای همان اعمال مجرمانه تعقیب عمومی را پی بگیرند.^۱ از این رو، انعقاد قرارداد قضایی مانع اجرای تعقیب و محاکمه مجدد شخص حقوقی برای عمل مجرمانه واحد می‌شود.

چنین تمهیداتی در حقوق ایران نیز فراهم است. مطابق ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تنها محکومیت قطعی کیفری به جرایم مصرح در قانون که در دادگاه صادر گردیده، سابقه کیفری محسوب می‌شود و تصمیمات دادسرا تحت هر عنوانی سابقه کیفری نیست و موجب محرومیت از حقوق اجتماعی نخواهد شد. از این رو، انعقاد قرارداد قضایی به عنوان جایگزین تعقیب عمومی در دادسرا، اشخاص حقوقی را با خطر از دست دادن مشتریان و یا بدنامی مواجه نمی‌کند. البته نکته مهم اینکه قانون‌گذار ایرانی اساساً مجازات تبعی اشخاص حقوقی را پیش‌بینی نکرده و به رسمیت نشناخته است؛ یعنی حتی محکومیت کیفری این اشخاص آثار تبعی ندارد، چه برسد به نهادهایی مانند قرارداد قضایی به نفع عمومی که در دادسرا منعقد می‌شود.

انتشار آرای صادره در خصوص این اشخاص نیز وضعیت مشابهی دارد؛ بدین معنا که با توجه به ماده ۳۶ قانون مذکور و تبصره آن، تنها محکومیت قطعی به تعدادی جرایم و با لحاظ برخی شرایط، در رسانه‌ها منتشر می‌شود و این مورد نیز شامل آراء و تصمیمات دادسرا نمی‌گردد. چنین موضعی از سوی قانون‌گذار منطقی می‌نماید؛ زیرا اشخاص حقوقی به این دلیل به انعقاد قرارداد قضایی در دادسرا مبادرت می‌کنند تا

1. Le principe de ne bis in idem.

به موجب حکم محکومیت از حقوق اجتماعی محروم نشوند و از انتشار آن در امان بمانند، به ویژه آنکه چنین مواردی می‌تواند آثار و تبعات گسترده‌ای برای آن‌ها در پی داشته باشد که مناسب است از این ضمانت اجرا در جرایم سنگین و تکرار جرم استفاده شود (شریفی، ۱۳۹۴: ۳۱۷).

اشاره شد که در فرانسه، قرارداد قضایی در سایت مرکز مبارزه با فساد درج می‌شود؛ بدین معنا که قرارداد با شخص حقوقی منعقد شده و سایر مقامات تعقیب نمی‌توانند مجدداً شخص حقوقی را برای همان جرم تعقیب کنند و اگر دوباره شخص حقوقی مرتکب جرم دیگری شود، تکرار جرم محسوب نمی‌شود. در فرایند کیفری ایران نیز بسترهای مشابهی وجود دارد؛ بدین شرح که مستنبط از موارد ۱، ۴ و ۸ آیین‌نامهٔ سجل قضایی مصوب ۱۳۹۸ رئیس قوه قضاییه، تمامی تصمیمات نهایی دادسرا در مورد اشخاص حقیقی و حقوقی در سامانه الکترونیکی سجل قضایی آن‌ها درج می‌شود تا در موارد لزوم استعلام گردد یا اینکه مقام قضایی در پرونده‌های بعدی، آن را مدنظر قرار دهد. اما در هر صورت منتشر نمی‌گردد و باعث برچسب‌زنی و بدنامی شخص حقوقی نمی‌شود.

نتیجه‌گیری

حقوق کیفری طی چند دهه اخیر به لطف آموزه‌های حقوق بشری و جرم‌شناسانه با رویکردی مذاکره‌محور به تعقیب عمومی می‌نگرد؛ به شکلی که اگر مرتکب برخی جرایم در راستای پذیرش مجرمیت و مسئولیت‌پذیری به جبران واقعه مجرمانه و زیان بزه‌دیدگان پردازد، می‌تواند ضمن توافقی با دادستان از اجرای کیفر رهایی یابد. رویکرد مذاکره‌محور و قراردادی به تعقیب عمومی، موجب ضعیف کردن جنبه سزادهی نظام عدالت کیفری و پررنگ نمودن نقش بزهکار در جهت جبران رفتار مجرمانه خود در دادرسی کیفری خواهد شد. در رویکرد قراردادی، چنانچه مرتکب جرم اعم از شخص حقیقی یا حقوقی، جایگزین‌های تعقیب پیشنهادی از طرف دادستان را پذیرفته و اجرا کند، اصولاً تعقیب کیفری شکل نمی‌گیرد و به همین جهت می‌توان از «قراردادی شدن تعقیب عمومی» با سازوکار جایگزین‌های تعقیب صحبت به میان آورد که به موجب آن،

مقام قضایی دادسرا و مرتکب جرم در خصوص تعیین سرنوشت تعقیب یا عدم تعقیب عمومی با یکدیگر توافق می‌کنند و موافقت و نقش بزه‌دیده در روند آن حائز اهمیت می‌باشد. بنابراین، دادسرا امروزه می‌تواند با در نظر گرفتن اصل اقتضای تعقیب و ضرورت‌های عملی، گاه به کنارگذاری و یا ادامه پیگرد دعوی کیفری مبادرت ورزد. در واقع با جایگزین‌های تعقیب، ابزارهای مقامات تعقیب متنوع شده و دست‌اندرکاران عدالت کیفری می‌توانند با توجه به اقدامات متعدد جایگزینی و وضعیت شخصی و محیطی مرتکبان، پاسخ‌های متنوعی را برگزینند. یکی از مهم‌ترین جایگزین‌ها، قرارداد قضایی به نفع عمومی است که امکان تحقق عدالت نسبت به اشخاص حقوقی را فراهم می‌کند؛ به شکلی که پذیرش مجرمیت شرکت‌ها را بدون محاکمه فراهم می‌آورد. به‌همان میزان که قضازدایی و کیفرزدایی در خصوص اشخاص حقیقی مفید است و اثرات اجتماعی، جرم‌شناختی و اقتصادی دارد، قرارداد قضایی در مورد اشخاص حقوقی نیز چنین آثاری خواهد داشت.

امروزه شمار اشخاص حقوقی در حال افزایش است؛ به نحوی که در بسیاری از موارد، یکی از طرفین قراردادها، اشخاص حقوقی هستند و یا اینکه در موقعیت‌های مختلف جامعه، حضور فعالی دارند. از این رو با توجه به تعداد زیاد این اشخاص و گستردگی فعالیت‌های آن‌ها، ارتکاب جرم از سوی آن‌ها گریزناپذیر است که کمترین نتیجه آن، تورم پرونده‌های کیفری خواهد بود. در این میان، پیش‌بینی نهادهای جایگزین تعقیب عمومی مانند قرارداد قضایی در راستای اصل مقتضی بودن تعقیب، می‌تواند راهگشا باشد و برخی پرونده‌ها را بدون محکومیت از فرایند کیفری خارج کند. افزون بر اینکه قانون‌گذار با توجه به بحث‌های محافل حقوقی در چند دهه اخیر، تنها به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی توجه کرده و بر مبنای آن، مجازات‌هایی را پیش‌بینی نموده است که یک دیدگاه سزاگرانه صرف بوده، اما به اعمال سازوکارهای تخفیفی و مساعدتی توجه نکرده است؛ در حالی که نگاه برابر به اشخاص حقیقی و حقوقی ایجاب می‌کند که نهادهای مساعدتی خاص این اشخاص نیز وضع شوند تا در موارد لزوم مورد استفاده قرار گیرند. در این راستا، قرارداد قضایی به نفع عمومی می‌تواند کارکرد مشابهی همچون تعلیق تعقیب و معامله اتهام داشته باشد و باعث اعمال

آموزه‌های قراردادی شدن و عدالت عمودی نسبت به اشخاص حقوقی شود؛ به ویژه اینکه قرارداد قضایی در همان بدو شروع فرایند رسیدگی، باعث قضازدایی و صرفه‌جویی در هزینه‌های مادی و انسانی شده و حتی الزام به پرداخت جزای نقدی در قالب قرارداد مذکور برای دولت نوعی درآمد محسوب می‌شود که نقداً پرداخت خواهد شد؛ زیرا اشخاص حقوقی نمی‌توانند ادعای اعسار و تقاضای قسطی شدن آن را بنمایند. همچنین تا حدودی شخص حقوقی نیز مجازات را تحمل کرده است، بدون آنکه اثر محکومیت کیفری داشته باشد. مزیت دیگر اینکه در نهاد مزبور با توجه به توانایی مالی اشخاص حقوقی، بزه دیده نیز سریع‌تر و بدون صرف هزینه به مطالبات خود خواهد رسید.

با وجود این، در صورت پیش‌بینی چنین سازوکاری ضرورت دارد که بسترهای اجرای قرارداد قضایی نیز فراهم شود؛ از جمله اینکه نقش بازیگران اجرایی از جمله دادستان، شخص حقوقی و سایر افراد مرتبط مشخص گردد و نحوه اجرای آن نیز در راستای عدالت توافقی - قراردادی تشریح شود. برای نمونه، در این راستا لازم است اعتماد بیشتری به دادستان شود و دامنه جرایم تحت شمول، گسترده‌تر شود، نه اینکه مانند قرار تعلیق تعقیب، منحصر به جرایم تعزیری درجه ۶ تا ۸ شود؛ به ویژه آنکه جرایم اشخاص حقوقی بیشتر جنبه مالی دارد و ممکن است نوع درجه جرایم آن‌ها شدیدتر از درجه‌های مذکور باشد و اینکه بسیاری از نهادهای مساعدتی مانند تعلیق اجرای مجازات که دامنه آن‌ها گسترده‌تر است، نسبت به اشخاص حقوقی قابل اعمال نیست. نکته دیگر آنکه با توجه به اینکه قرارداد قضایی به عنوان یک جایگزین تعقیب عمومی اعمال می‌گردد، لذا ضرورت دارد که در راستای قاعده مقتضی بودن تعقیب، چنین نهادی صرف‌نظر از درجه جرم ارتكابی در دادسرا اعمال شود و نیازی نیست که دادگاه (در غیر از مواردی که مطابق قانون، نقش نظارت‌کننده خواهد داشت) در این باره تصمیم بگیرد. نهایتاً پس از پیشنهاد دادستان به شخص حقوقی مبنی بر قرارداد قضایی، چنانچه پرونده منجر به صدور قرارداد نگردد، دادستان بدون انجام اقدام دیگری (در جرایم تعزیری درجه ۷ و ۸) پرونده را به دادگاه ارسال خواهد کرد.

موضوع دیگر، امکان انعقاد قرارداد قضایی نسبت به انواع اشخاص حقوقی از جمله حقوق عمومی، حقوق خصوصی و نهادهای خصوصی عهده‌دار وظایف عمومی

است. بیان شد که در قرارداد قضایی، مرتکب میزان مشخصی از جریمه را با توافق به حساب خزانه‌داری واریز می‌کند که اجرای آن نسبت به اشخاص حقوق خصوصی و حتی اشخاص حقوقی عمومی غیر دولتی مشکلی ایجاد نمی‌کند. اما در خصوص اشخاص حقوقی دولتی، تا حدودی با ایراد دور در مجازات مواجه است؛ زیرا جریمه وصولی در قرارداد قضایی باید به حساب خزانه‌داری واریز شود که نوعی دور در مجازات خواهد بود؛ مگر اینکه تمهیدات دیگر برای اشخاص حقوقی دولتی به عنوان جایگزین تعقیب پیش‌بینی شود که خود تحقیق دیگری را می‌طلبد. در هر حال نباید از این امر غافل شد که یک دهه از پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی می‌گذرد و احکام متعددی مانند اشخاص حقیقی در خصوص اشخاص حقوقی صادر نمی‌شود؛ حتی برخی قضات در محکومیت آن‌ها تردید دارند. از این رو، استفاده از نهادهای جایگزین تعقیب در فرایند کیفری با دشواری‌های بیشتری همراه خواهد بود که نیازمند توجیه قضات و برگزاری کلاس‌های آموزش خواهد بود.

کتاب‌شناسی

۱. آیت، علیرضا، بتول پاکزاد، حسن عالی‌پور، و محمود صابر، «توجه رسیدگی افتراقی برای جرایم اقتصادی: تهدید جرم یا خطر مرتکب»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال هشتم، شماره ۲۸، پاییز ۱۳۹۸ ش.
۲. باباخانی، عرفان، مهران پرسته، و جیمی هرنگ، «ارزیابی عدالت ترمیمی در مرحله پلیسی در نظام کیفری ایران و فرانسه»، ارائه شده در همایش بین‌المللی پلیس و عدالت ترمیمی (مقاله برتر)، تهران، دانشگاه علوم انتظامی امین، ۱۳۹۷ ش.
۳. باباخانی، عرفان، و مهران پرسته، «مدیریت جمعیت کیفری از طریق جایگزین‌های رسیدگی کیفری در حقوق ایران و بلژیک»، *دانشنامه مدیریت جمعیت کیفری*، ۱۳۹۸ ش.
۴. پوریاfrانی، حسن، و مهدیه سیفی، «گونه‌شناسی مجازات شخص حقوقی»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، سال دوازدهم، شماره ۹، بهار و تابستان ۱۳۹۴ ش.
۵. جعفری، مجتبی، «مبانی و اصول مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی ایران»، *پژوهشنامه حقوق کیفری*، دوره هفتم، شماره ۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ ش.
۶. جمشیدی، علیرضا، و علیرضا نوریان، «متناسب بودن تعقیب کیفری: مفهوم، مبانی و جلوه‌ها در حقوق ایران و انگلستان»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال دوم، شماره ۳، بهار و تابستان ۱۳۹۲ ش.
۷. حیدری، الهام، «معامله اتهام در حقوق کامن‌لا و نهادهای نزدیک به آن در دادرسی کیفری ایران»، *دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دوره سوم، شماره ۱ (پیاپی ۶)، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
۸. زراعت، عباس، *درآمدی بر علوم جنایی*، تهران، جاودانه، جنگل، ۱۳۹۱ ش.
۹. شریفی، محسن، «تأملی بر مدل‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی (مطالعه نظام‌های کیفری آمریکا، استرالیا و ایران)»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، دوره یازدهم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۸ ش.
۱۰. همو، *مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق ایران و انگلستان*، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۱۱. عباسی، عطیه، و حسن عالی‌پور، «ظرفیت‌های تعمیم نهاد معامله اتهام به نظام کیفری ایران»، *دوفصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ششم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ ش.
۱۲. محمود جانکی، فیروز، و مهرانگیز روستایی، «توجه مداخله کیفری؛ اصول و ضرورت‌ها»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال دوم، شماره ۳، بهار و تابستان ۱۳۹۲ ش.
۱۳. موسوی مجاب، سیددرد، و علی رفیع‌زاده، «ضمانت اجرای جرایم اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۶۹، بهار ۱۳۹۴ ش.
۱۴. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، *تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی*، دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ویراست ششم، ۱۳۹۱ ش.، دسترس‌پذیر در وبگاه: <lawtest.ir>.
۱۵. همو، «سیاست جنایی در برابر بزهکاری اقتصادی»، *مجموعه مقالات همایش سیاست جنایی ایران در قبال جرایم اقتصادی «چالش‌ها و راهکارها»*، به کوشش امیرحسن نیازپور، تهران، میزان، ۱۳۹۷ ش.
۱۶. نیازپور، امیرحسن، «از حقوق کیفری تا حقوق کیفری قراردادی شده»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره جدید، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۰ ش.
۱۷. همو، *توافقی شدن آیین دادرسی کیفری*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.

18. Aubert, Laura, "Systématisation pénale et alternatives aux poursuites en France: une politique pénale en trompe-l'œil", Editions juridiques associées, *Droit et Société*, Vol. 74(1), 2010.
19. Babakhani, Erfan, *Étude comparée de l'enfermement carcéral en droit Franco-Iranien*, Mémoire, L'université de Lille, 2017.
20. Babakhani, Erfan, Harang, Jimmy, "Tools to Combat Economic-Financial Crimes in French Criminal Justice System", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2019.
21. Brigant, Jean-Marie, *Le risque de corruption*, Dalloz, Paris, 2018.
22. Cario, Robert, *Justice restaurative: principes et promesses*, Les Cahiers Dynamiques, 2014.
23. Crocq, Jean-Christophe, *Le guide pénal: Procédure pénale, enquête judiciaire, police technique, médecine légale, poursuites et alternatives pénales, procès et sanction, appel et cassation, droits des victimes – Le guide des infractions: Droit pénal spécial, crimes, délits, contraventions, sanctions administratives*, Paris, Dalloz, 2019.
24. Galli, Martina, "Une justice pénale propre aux personnes morales: Réflexions sur la convention judiciaire d'intérêt public", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Vol. 2(2), Dalloz, 2018.
25. Giacomelli, Muriel, "Les procédures alternatives aux poursuites ; Essai de théorie générale", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Vol. 3(3), Dalloz, 2012.
26. Jacobs, Ann, "le droit belge dans le concert européen de la justice négociée", *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 83(1-2), 2012.
27. Perrocheau, Vanessa, "La composition pénale et la comparution sur reconnaissance de culpabilité: quelles limites à l'omnipotence du parquet?", *Droit et société*, Vol. 74(1), Editions juridiques associées, 2010.
28. Pradel, Jean, "Le plaider coupable, confrontation des droits américain, italien et français", *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 57(2), 2005.
29. Saghian, Mohammad-Mehdi, *L'évolution des droits de la victime dans les procédures pénales française et iranienne*, Thèse, L'Université de Poitiers, 2009.

جرم تقلب در تهیه آثار علمی*

- حسن یوربافرانی^۱
- محمدجواد حیدریان دولت آبادی^۲
- علیرضا باقری قوام آبادی^۳

چکیده

نقد مبنایی وارده بر قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی مصوب ۱۳۹۶، آن است که تمرکز آن بر مقابله با تهیه کنندگان آثار علمی است و رفتار سفارش دهندگان را جرم‌انگاری نکرده است. با توجه به اینکه در این جرم، دو طرف سفارش دهنده و سفارش گیرنده وجود دارد و چه بسا سفارش دهنده نقش پررنگ‌تری در ارتکاب جرم داشته باشد، این اقدام مقنن که به مقابله با سفارش گیرنده پرداخته، ولی از تصریح به جرم‌انگاری صریح رفتار سفارش دهنده

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۴/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۳/۱.

۱. دانشیار حقوق جزا، گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان (نویسنده مسئول)
(hpoorbafrani@ase.ui.ac.ir)
۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
(mjhd1377@gmail.com)
۳. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه ارومیه (alirezabagheri73@gmail.com)

غافل شده است، درست نیست. ممکن است تصور شود که رفتار سفارش دهنده می‌تواند در قالب تحریک یا تطمیع به ارتکاب جرم (معاونت) مطرح شود که این تصور هم در غالب موارد صائب نیست؛ زیرا خود سفارش گیرنده از قبل و بدون تحریک سفارش دهنده، خود را آماده پذیرش سفارش مشتریان کرده است. از حیث رکن مادی، جرم مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی، جرمی مطلق است و به صرف تهیه، عرضه یا واگذاری این آثار، به عنوان حرفه یا شغل، جرم محقق شده و نیاز به هیچ گونه نتیجه‌ای از جمله استفاده سفارش دهنده از آن یا کسب امتیاز و... ندارد. در عین حال از حیث رکن روانی برای تحقق آن، وجود سوء نیت خاص قصد انتفاع لازم است. در واقع جرم مطلق است که برای تحقق آن، وجود سوء نیت خاص لازم است.

واژگان کلیدی: سرقت ادبی، آثار علمی تقلبی، تهیه آثار علمی تقلبی، عرضه آثار علمی تقلبی، معاون در تهیه آثار علمی تقلبی.

مقدمه

امروزه همگام با رشد فناوری اطلاعات و همچنین کمیت‌گرایی دانشگاهی و ترکیبی از دیگر عوامل جرم‌شناختی، پدیده تقلب و نداشتن صداقت علمی نیز شیوع بیشتری پیدا کرده و به معضلی برای جوامع دانشگاهی و همچنین مجامع قانون‌گذاری تبدیل شده است؛ تا آنجا که حتی الزام به استفاده از سامانه‌های مشابهت‌یاب نظیر سمیم نور، یا مشابهت‌جو در مقالات فارسی و مانند آن‌ها در مقالات لاتین و همچنین اخذ تعهدنامه اصالت پژوهش در مقالات، نتوانسته است مسئله اخلاق پژوهش را درونی‌سازی کند و کارگروه‌های اخلاق در پژوهش مراکز دانشگاهی را با مشکلات عدیده‌ای مواجه کرده است.

فقدان صداقت علمی، یکی از آسیب‌های جدی نظام‌های آموزشی و پژوهشی است که می‌تواند پایه‌های پژوهش و به تبع آن سایر حوزه‌های اجتماعی را متزلزل کند. رواج مدرک‌گرایی باعث شده است تا ناتوانان از پژوهش و در عین حال عاشقان مدارک و مدارج علمی، افرادی را در جهت تهیه آثار علمی به ویژه پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رساله دکتری و مقالات علمی پژوهشی به کار گیرند. از طرفی نیافتن شغل مناسب

توسط برخی از فارغ‌التحصیلان با استعداد، باعث شده تا این افراد هم در جهت کسب درآمد، به امر نامطلوب تهیه این آثار برای دسته اول تشویق شوند. نیاز این افراد حتی باعث شده تا به تقاضای اشخاص حقوقی نیز که برای تهیه آثار علمی تقلبی ایجاد شده‌اند، پاسخ مثبت دهند. به هر حال با توجه به عدم انگیزه افراد دسته دوم، مطالبی هم که نهایتاً به عنوان اثر علمی عرضه می‌شود، مطالبی نیست که وصف پژوهش را داشته باشد و از سر رفع تکلیف و گرفتن پول است؛ زیرا غرض علمی در میان نیست و بر این اساس صرفاً گردآوری‌هایی بدون رعایت تخصص و بعضاً با سرقت‌های ادبی متعدد در قالب پایان‌نامه، رساله و مقاله عرضه می‌شود. افزون بر این، کسانی که از این آثار تقلبی بهره‌مند می‌شوند، عمدتاً افراد فاقد صلاحیت علمی هستند که نشانه صلاحیت آن‌ها همین اثر علمی تقلبی است! عوارض و اثرات قرار گرفتن افراد فاقد صلاحیت در جایگاهی که حقشان نیست و تصمیم و برنامه‌ریزی آن‌ها برای یک کشور و جمعیت بزرگ، بر هیچ کس پوشیده نیست. بنابراین مقابله با چنین پدیده‌ای لازم است؛ هم از طریق سازوکارهای لازم از جمله پیشگیری وضعی و هم از طریق کیفری. قانون‌گذاران کشورهای مختلف، تدابیر گوناگونی را برای پیشگیری و مقابله با چنین رفتارهایی اندیشیده‌اند که جرم‌انگاری و اِعمال مجازات‌های کیفری، بخشی از این تدابیر است. در حقوق کیفری ایران، مقنن در سال ۱۳۹۶ برای مقابله با این پدیده، قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی را تصویب کرد. البته پیش از آن هم مقنن برای حمایت کیفری از مالکیت معنوی اشخاص، جرم‌انگاری‌هایی را انجام داده بود.^۱ اما فلسفه وضع این قوانین، حمایت از مالکیت معنوی بوده است، در حالی که قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی، بیشتر برای در جهت سالم‌سازی فضای پژوهش و جلوگیری از رواج نگارش رساله، پایان‌نامه و مقالات سفارشی است. تفاوت این دو واضح است؛ از جمله در سرقت ادبی همیشه زیان‌دیده‌ای شخصی و معین

۱. در این خصوص می‌توان به قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸، قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی مصوب ۱۳۵۲، قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹، قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون تأسیس سازمان جهانی مالکیت معنوی مصوب ۱۳۸۰ و قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ و نیز قانون مجرای رایانه‌ای به ویژه ماده ۷۴۰ ق.م.ا.ت. (بخش سرقت رایانه‌ای) اشاره کرد.

وجود دارد که شاکی است، ولی در جرم تقلب در تهیه آثار علمی، هر دو طرف سفارش‌دهنده (متقاضی) و سفارش‌پذیرنده راضی هستند. به هر حال نقصی که در قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی وجود دارد، آن است که در این قانون، به مبارزه با عامل اصلی یعنی متقاضی یا سفارش‌دهنده تهیه آثار علمی، کمتر توجه شده و بیشتر به تهیه‌کننده پرداخته شده است. این امر، قانون مذکور را ناکارآمد می‌کند.

نکته پایانی این مقدمه آنکه نگارندگان با عنایت به جدید بودن قانون، به دنبال رویه قضایی در این خصوص بودند که علی‌رغم تفحص از برخی مراجع قضایی و پیگیری از سامانه آرای قوه قضاییه و مراجع دیگر، به رأی که دقیقاً در مورد تقلب علمی صادر شده باشد، دست نیافتند و موارد یافت‌شده صرفاً ناظر بر سرقت ادبی^۱ بود که به جهت عدم ارتباط مستقیم، از ذکر آن‌ها خودداری شد.

در این مقاله به تحلیل انتقادی ارکان قانونی، مادی و روانی این جرم می‌پردازیم.

۱. رکن قانونی جرم تقلب در تهیه آثار علمی

رکن قانونی جرم تهیه، عرضه و یا واگذاری آثار علمی، ماده واحده قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی مصوب ۱۳۹۶ است که مشتمل بر ده تبصره است. به موجب صدر این ماده واحده:

«تهیه، عرضه و یا واگذاری آثاری از قبیل رساله، پایان‌نامه، مقاله، طرح پژوهشی، کتاب، گزارش یا سایر آثار مکتوب و یا ضبط‌شده پژوهشی - علمی یا هنری اعم از الکترونیکی و غیر الکترونیکی توسط هر شخص حقیقی یا حقوقی به قصد انتفاع و به عنوان حرفه یا شغل با هدف ارائه کل اثر و یا بخشی از آن توسط دیگری به عنوان اثر خود، جرم بوده و مرتکب یا مرتکبان علاوه بر واریز وجوه دریافتی به خزانه دولت، مشمول مجازات به شرح زیر می‌باشند: ۱- ارتکاب جرم توسط شخص حقیقی،

۱. از جمله می‌توان به دادنامه شماره ۸۸۰۹۹۷۰۲۳۰۶۰۰۶۵ مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۲۵ شعبه ۱۰۸۳ دادگاه عمومی کیفری تهران (راجع به شکایت عدم رعایت مالکیت معنوی در تهیه آثار هنری) و دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۵۹۸ مورخ ۱۳۹۳/۵/۱۵ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی شهر ری (راجع به جبران خسارت ناشی از سرقت ادبی) اشاره کرد.

مشمول مجازات جزای نقدی درجه سه و محرومیت از حقوق اجتماعی درجه شش است. ۲- در صورت ارتکاب جرم توسط شخص حقوقی، علاوه بر مجازات مرتکب و مدیران و گردانندگان مربوطه، مجازات شخص حقوقی حسب مورد مطابق مواد ۲۰، ۲۱ و ۲۲ قانون مجازات اسلامی تعیین می‌گردد».

تبصره ۲ این ماده واحده هم به بیان یک کیفیت مشدده پرداخته و گفته است: «در صورتی که ارتکاب جرم موضوع این قانون، از طریق پایگاه الکترونیکی و یا در قالب بنگاه (شامل مؤسسه، شرکت یا هر نوع دیگر) اعم از ثبت‌شده یا نشده انجام شود و یا برای انجام آن، اقدام به تبلیغ به هر نحو گردد، مرتکب یا مرتکبان به میانگین حداقل و حداکثر مجازات مقرر فوق محکوم می‌شوند».

از دقت در عبارت «تهیه، عرضه و یا واگذاری» در صدر ماده واحد، ملاحظه می‌شود که این متن در واقع فعل سفارش‌گیرندگان را که به تهیه، عرضه یا واگذاری آثار علمی می‌پردازند، جرم دانسته و وارد جرم‌انگاری فعل سفارش‌دهندگان در این قانون نشده است. این در حالی است که در جرم مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی، دو طرف سفارش‌دهنده و سفارش‌گیرنده وجود دارد و نقش سفارش‌دهنده در ارتکاب جرم اگر بیشتر از سفارش‌گیرنده نباشد، کمتر نیست و اتفاقاً این سفارش‌دهنده است که سود بیشتری از ارتکاب جرم می‌برد. اگر سود سفارش‌پذیرنده فقط مادی است، ولی سود سفارش‌گیرنده بعضاً علاوه بر منافع مادی، شامل سودهای معنوی و حتی ارتقای مقام و موقعیت هم هست. بدین ترتیب عدم ورود مقنن به جرم‌انگاری رفتار سفارش‌دهنده، جای سؤال فراوان دارد. تنها برخورد مقنن در این ماده واحد با سفارش‌دهندگان، آن بوده است که به موجب تبصره ۶ این ماده واحد، رفتار آن‌ها را تنها در صورت استفاده از اثر، تخلف انتظامی دانسته است.

قانون کیفری وقتی کارآمد است که بتواند به مقابله با ریشه‌های اصلی جرم بپردازد. در اندیشه‌های حقوق کیفری، دست‌های پشت پرده یا مباشران معنوی و محرکان به ارتکاب جرم، دست کمی از مباشران مادی ندارند (زاهدی، ۱۳۵۱: ۵۶). در جرم مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی، ریشه اصلی جرم و محرک واقعی، سفارش‌دهنده است و اگر سفارش‌دهنده نباشد، بساط تهیه‌کنندگان آثار تقلبی خودبه‌خود جمع می‌شود. با

این وصف، مقنن باید قبل از هر چیز به مقابله با ریشه اصلی و محرک واقعی یعنی سفارش دهنده می‌پرداخت و بعد به سراغ سفارش‌پذیرنده می‌رفت یا حداقل یکسان با هر دو برخورد می‌کرد. در حالی که از دقت در ماده واحده مشخص می‌شود که مقنن تنها به مقابله با سفارش‌گیرنده پرداخته و از مقابله صریح با سفارش‌دهنده در قالب جرم‌انگاری رفتار وی سر باز زده است.

ممکن است استدلال شود که علت عدم اشاره مقنن به رفتار سفارش‌دهندگان آن است که در تبصره ۱ این ماده واحده قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی، معاونت در جرم تهیه آثار علمی تقلبی، جرم‌انگاری شده است و می‌توان فعل سفارش‌دهندگان را از باب معاونت در جرم، مصداقی از موارد بند الف ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، از جمله تحریک، ترغیب و تطمیع دانست. به فرض که چنین استدلالی تمام و درست هم باشد، باز اقدام مقنن در عدم جرم‌انگاری رفتار سفارش‌دهنده به عنوان جرمی مستقل، جای پرسش دارد؛ زیرا مقنن در این مقابله به جای قطع ریشه، به قطع شاخ و برگ پرداخته است. با این حال، دیدگاه مخالف این گروه هم ممکن است وجود داشته باشد؛ به این صورت که معاونت از طریق تحریک یا ترغیب یا تطمیع وقتی محقق است که مباشر، آمادگی قبلی انجام فعل مجرمانه را نداشته باشد و با تحریک یا ترغیب یا تطمیع معاون، مبادرت به این کار نماید، در حالی که در تهیه آثار علمی اساساً خود سفارش‌گیرنده آمادگی قبلی برای این کار دارد و در این راستا احتمالاً تبلیغاتی را هم انجام داده و احیاناً دفتر و مغازه‌ای را هم برای این کار مهیا کرده است. در مقام انتخاب یکی از این دو دیدگاه به نظر می‌رسد که باید حسب آمادگی قبلی یا عدم آمادگی قبلی، قائل به تفکیک شد و فقط در صورت عدم آمادگی قبلی سفارش‌گیرنده، معاونت را محقق دانست؛ زیرا فرد سفارش‌گیرنده تمایلی به ارتکاب جرم نداشته و حتی شاید خیال آن را هم در سر نمی‌پرورانده و تنها در اثر تحریک، ترغیب یا تطمیع سفارش‌دهنده، مبادرت به این کار کرده است. البته در این حالت، وصف کیفری وقتی محقق می‌شود که نزد مباشر آن، حالت شغل و حرفه هم تحقق یابد که در این صورت، رفتار سفارش‌گیرنده مباشرت در ارتکاب جرم و رفتار سفارش‌دهنده یا محرک، معاونت در جرم خواهد بود. در غیر این صورت، یعنی حالتی که فردی با

آمادگی قبلی و ایجاد دفتر و تبلیغات، مبادرت به این کار کرده است که اصولاً هم چنین است، نمی‌توان رفتار سفارش‌دهنده را متصف به وصف معاونت کرد. بدین ترتیب این فرضیه که مقنن در تدوین این قانون، بیشتر به دنبال مقابله با معلول یعنی سفارش‌دهنده بوده و از جرم‌انگاری رفتار سفارش‌دهنده خودداری کرده است، تقویت می‌شود و این در حالی است که تا زمانی که سفارش‌دهنده‌ای نباشد، سفارش‌گیرنده‌ای هم نخواهد بود و نفع معنوی و مادی بیشتری از این تقلب ممکن است عاید سفارش‌دهنده شود. بدین سان بهتر بود که مقنن در ادامه قانون فوق، مبادرت به افزودن این جمله هم می‌کرد که «متقاضی یا سفارش‌دهنده هم به مجازات مباشر محکوم خواهد شد». نظیر چنین کارهایی را مقنن در برخی از قوانین دیگر، مثل ماده ۱۰ قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیر مجاز مصوب ۱۳۹۰ هم انجام داده است.^۱ با تدوین چنین مقرراتی در واقع، مقنن با یک تیر دو نشان زده و به نوعی به مقابله به همه مداخله‌کنندگان در ارتکاب جرم پرداخته است.

۲. رکن مادی جرم تقلب در تهیه آثار علمی

رکن مادی جرم، همان افکار و مقاصد مرتکب جرم است که جلوه خارجی پیدا کرده و در عالم خارج، خود را نشان می‌دهد (علی‌آبادی، ۱۳۷۳: ۵۶/۱؛ محسنی، ۱۳۷۵: ۱۳۰/۲). این رکن شامل اجزایی است که به طور خلاصه مورد اشاره قرار می‌گیرد:

۱-۲. رفتار مرتکب

رفتار مرتکب در این جرم، عبارت از یکی از رفتارهای «تهیه»، «عرضه» و یا «واگذاری» آثار مکتوب و یا ضبط‌شده علمی یا هنری می‌باشد، که با تحقق هر یک از آنها، جرم مذکور محقق خواهد شد. هر کدام از این سه رفتار، تنها از طریق ارتکاب فعل مثبت قابل تحقق است و تحقق این جرم با ترک فعل قابل تصور نیست. از دقت در

۱. طبق این ماده: «هر کس مبادرت به تغییر در کالیبر، لوله و آلات متحرک هر نوع سلاح نماید یا شماره یا نشانه (آرم) سلاح را جعل نماید، به جزای نقدی از بیست میلیون تا هشتاد میلیون ریال محکوم می‌شود. چنانچه تغییر یا جعل به درخواست مالک اسلحه یا متصرف آن صورت گیرد، متقاضی نیز به مجازات مباشر محکوم می‌شود».

این مطالب، تفاوت این جرم با سرقت ادبی هم مشخص می‌شود. در سرقت ادبی، مجرم اثر معنوی دیگران را به نام خود یا دیگری منتشر می‌کند؛ زیرا سرقت ادبی عبارت است از نسبت دادن عمدی تمام یا بخشی از مطالب دیگران به خود یا غیر، ولو به صورت ترجمه؛^۱ در حالی که در جرم تهیه، عرضه یا واگذاری آثار تقلبی علمی، مرتکب جرم، بدون سرقت ادبی مطالب دیگران، واقعاً از توان علمی خود استفاده کرده و پایان‌نامه یا رساله یا مقاله علمی پژوهشی را برای سفارش دهنده تهیه می‌کند و فرق بین این دو آشکار است. بدین ترتیب وقتی تهیه یک پایان‌نامه انجام می‌پذیرد که مرتکب با سفارش‌پذیری از دیگری و با توجه به توانایی علمی خود، مبادرت به تهیه پایان‌نامه برای او کند. بدیهی است که این پایان‌نامه تهیه شده، ممکن است کاملاً اثر فکری نویسنده تهیه‌کننده باشد یا گردآوری آثار دیگران (بدون سرقت ادبی) باشد و گاهی هم ممکن است تهیه‌کننده، آن را از طریق سرقت ادبی تهیه کرده باشد. در حالت اخیر، رفتار تهیه‌کننده مشمول تعدد جرم است؛ هم جرم تقلب در تهیه آثار علمی و هم جرم سرقت ادبی. بدین ترتیب این فرضیه هم که پیش از تصویب قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی، رفتار موضوع این قانون از مصادیق سرقت ادبی نبود، تقویت می‌شود.

۲-۲. ویژگی رفتار مرتکب

نکته مهمی که در خصوص رفتار مرتکب وجود دارد، اینکه بنا به تصریح صدر ماده واحده، رفتار مرتکب یعنی تهیه یا عرضه یا واگذاری باید به عنوان «حرفه یا شغل»

۱. طبق ماده ۲۳ قانون حمایت از مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸: «هر کس تمام یا قسمتی از اثر دیگری را که مورد حمایت این قانون است، به نام خود یا به نام پدیدآورنده بدون اجازه او و یا عالماً عامداً به نام شخص دیگری غیر از پدیدآورنده، نشر یا پخش و عرضه کند، به حبس تأدیبی از شش ماه تا سه سال محکوم خواهد شد». اگر سرقت ادبی از طریق مطبوعات هم باشد، به موجب تبصره‌های ۱ و ۲ ماده ۶ قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴ اصلاحی ۱۳۷۹، از حقوق مالک معنوی حمایت می‌گردد. طبق تبصره ۱ این ماده: «سرقت ادبی عبارت است از نسبت دادن عمدی تمام یا بخش قابل توجهی از آثار و نوشته‌های دیگران به خود یا غیر ولو به صورت ترجمه». در تبصره ۲ این ماده هم در مقام مجازات سارق ادبی موضوع این قانون گفته شده است: «متخلف از موارد مندرج در این ماده، مستوجب مجازات‌های مقرر در ماده ۶۹۸ قانون مجازات اسلامی خواهد بود و در صورت اصرار، مستوجب تشدید مجازات و لغو پروانه می‌باشد».

صورت گیرد و به عبارت دیگر، نوعی جرم به عادت یا عادت‌تی تحقق یابد و این هم یکی از تفاوت‌های این جرم با سرقت ادبی است. سرقت ادبی به صرف نسبت دادن عمدی تمام یا قسمتی از آثار دیگران به خود یا غیر تحقق می‌یابد و نیازی به حرفه یا شغل قرار گرفتن یا حتی تکرار عمل ندارد. در حالی که در جرم تهیه آثار علمی تقلبی لازم است که رفتار مرتکب، این خصوصیت «به عنوان حرفه یا شغل» را داشته باشد. اما منظور از حرفه یا شغل چیست؟ صرف نظر از قوانین و مقررات استخدامی که به تعریف شغل پرداخته‌اند،^۱ سؤال مشخص این است که ضابطه و معیار تشخیص اینکه فرد، به عنوان حرفه یا شغل به ارتکاب رفتار مجرمانه خاصی مبادرت کرده، چیست؟

تنها قانونی که درباره مفهوم شغل وجود دارد، ماده ۷ قانون استخدام کشوری است. این ماده تنها آن دسته از مجموع وظایف و مسئولیت‌هایی را به عنوان شغل پذیرفته است که از طرف سازمان امور اداری و استخدامی کشور به عنوان کار واحد شناخته شده باشد. ناگفته پیداست که این تعریف از شغل، با مفهوم عرفی شغل منطبق نیست و تنها در رابطه با امور استخدامی و مطابق با قوانین مرتبط با حقوق عمومی کارکرد دارد و در حیطه حقوق کیفری، قانون‌گذار واژه شغل را در معنای عرفی آن به کار برده است. مؤید این ادعا، قسمت اخیر ماده ۶۶۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ (تعزیرات) است که قانون‌گذار مداخله در اموال مسروقه را به عنوان شغل، باعث تشدید مجازات دانسته است. همین امر در مورد ماده واحده نیز ممکن است؛ چرا که تصدی شغل تهیه متقالبانه آثار علمی و هنری نیز همانند مداخله در اموال مسروقه، مطابق با تعریف ماده ۷ قانون استخدامی کشور، از مصادیق «شغل» مدنظر ماده نبوده و با توجه به نامشروع بودن آن‌ها در عین حالی که عرفاً به عنوان شغل شناخته می‌شوند، ولیکن از طرف سازمان امور اداری و استخدامی کشور به عنوان کار واحد شناخته نمی‌شوند. در نتیجه برای تعیین مصادیق و تحدید مفهوم شغل در قوانین کیفری باید مفهوم عرفی شغل و حرفه را مدنظر قرار داد. در نگاه عرف، حرفه به موضوع کاربردی و کارشناسی یک خدمت یا شغل اطلاق می‌شود که پیرامون آن، امکان آموزش تخصصی و ایجاد کسب

۱. ماده ۷ قانون استخدامی کشور.

و کار وجود دارد. انسان به واسطه توانایی یادگیری و اراده آزادی که دارد، در زمینه فعالیت‌هایی که ارزش اقتصادی دارند، می‌تواند آموزش ببیند و به عنوان شغل یا حرفه به آن‌ها بپردازد. نتیجه اینکه مجموعه مسئولیت‌ها و وظایف یک شغل قانونی بوده و برای شغل بودن مجموعه‌ای از اقدامات که دارای نوعی استمرار بوده و فرد از طریق مبادرت به آن‌ها ارتزاق می‌کند، نیازی نیست که این فعالیت‌ها از طرف سازمان اداری و استخدامی کشور به عنوان کار واحد شناخته شود.

حال که مشخص شد شغل یا حرفه قرار دادن مد نظر قانون‌گذار در ماده واحده، مفهوم عرفی دارد، باید به این پرسش نخستین پاسخ داد که معیارهای عرفی شغل یا حرفه خود قرار دادن چیست؟ نخستین پاسخی که به ذهن می‌رسد، این است که حرفه قرار دادن یک عمل، مستلزم انجام مکرر و به دفعات آن است (آقایی جنت‌مکان، ۱۳۹۳: ۳۳۹/۱-۳۴۰؛ زراعت، ۱۳۸۸: ۹۹) تا حدی که عرفاً عنوان حرفه قرار دادن بر عمل صدق کند. از سوی دیگر، این اعتقاد هم وجود دارد که تکرار عمل مجرمانه، تنها یک قرینه است که می‌توان بر اساس آن، این موضوع را ثابت کرد؛ اما در مواردی هم که شخصی برای مرتبه اول مرتکب جرم تهیه متقلبانه آثار علمی می‌شود، اگر با قرائن دیگری بتوان ثابت کرد که وی شغل خود را تهیه متقلبانه آثار علمی و هنری قرار داده است، می‌توان او را بر اساس ماده واحده محکوم کرد. با توجه به لزوم تفسیر مضیق قوانین کیفری و اینکه قدر متیقن از تحقق عادت یا شغل یا حرفه، تکرار عمل است و عدم آن، یعنی تحقق با یک بار عمل ولی به قصد شغل، محل ابهام است، نظریه اول منطبق با اصول و قواعد تفسیر قوانین کیفری است و نظریه دوم نوعی تفسیر موسع است. به هر حال، انجام یک رفتار حتی با قصد شغل قرار دادن، باعث تحقق جرم نیست. همچنین در مورد کسی که چند بار به طور اتفاقی اقدام به تهیه متقلبانه آثار علمی و هنری برای عرضه به دوستان خود می‌نماید، صرف تکرار این عمل را نمی‌توان دلیل آن دانست که او لزوماً تهیه متقلبانه آثار علمی و هنری را به عنوان شغل یا حرفه منحصر یا غیر منحصر خود قرار داده است؛ به خصوص که قید دیگری هم در ماده مبنی بر «قصد انتفاع» وجود دارد که بنا به فرض، در حالت اخیر نیست. البته با فرض قصد انتفاع، مانعی برای تحقق جرم نیست.

البته دیدگاه دقیق‌تر آن است که از یک‌سو هر تکراری لزوماً به معنای حرفه قرار دادنِ تهیه متقالبانه آثار علمی یا هنری نیست و از طرف دیگر، صرف قصد شخص دایر بر حرفه قرار دادن نیز نمی‌تواند موجب تحقق جرم شود. این مطلب به معنای آن است که هر دو ضابطه عینی (تکرار) و ذهنی (قصد) باید توأمان ملاک قرار گیرند تا برای تشخیص موضوع، قابل قبول‌تر جلوه کنند (حسینی و اعتمادی، ۱۳۹۳: ۹۹).

۲-۳. مرتکب جرم

تحقق این جرم از جانب هر شخص حقیقی یا حقوقی ممکن است و سمت خاصی در مرتکب، شرط نیست. با این حال، «تهیه» این آثار از عهده هر کسی بر نمی‌آید و حداقلی از توان علمی را لازم دارد. پرسش دیگر آن است که آیا اشخاص حقیقی فقط قادر به ارتکاب این جرم‌اند یا اشخاص حقوقی نیز می‌توانند که مرتکب آن شوند؟ به عبارت دیگر، آیا شخص حقوقی نیز می‌تواند تهیه متقالبانه آثار علمی و هنری را به‌عنوان شغل یا حرفه برگزیند؟ شخص حقوقی عبارت از یک اراده جمعی از اشخاص حقیقی است که می‌تواند در قالب هیئت مدیره شرکت به ارتکاب این جرم تعلق گیرد و بدین ترتیب اشخاص حقوقی نیز قادر به ارتکاب این جرم هستند. مقنن نیز در بند ۲ این ماده واحده به این مطلب توجه داشته و با این فرض که شخص حقوقی ممکن است مرتکب جرم شود، برای او مجازات تعیین کرده است. در عین حال برای مسئولیت کیفری شخص حقوقی، وجود شرایط مقرر در ماده ۱۴۳ ق.م.ا. ۱۳۹۲ لازم است. بر این پایه مانند هر جرمی دیگر، شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده قانونی شخص حقوقی، به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرم مذکور شود (پوربافرانی، ۱۳۹۷: ۱۲)؛ برای مثال، اشخاصی حقیقی دور هم جمع شوند و به قصد انتفاع، مبادرت به تشکیل شخص حقوقی با موضوع تهیه آثار علمی مانند رساله، پایان‌نامه و مقاله به متقاضیان نمایند. بدیهی است که مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، مانع مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مرتکب جرم هم نیست و این امری بدیهی است که

۱. در مسئولیت کیفری، اصل بر مسئولیت شخص حقیقی است و شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن، مرتکب جرمی شود. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، مانع مسئولیت اشخاص حقیقی مرتکب جرم نیست.

علاوه بر تصریح به آن در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، در بند ۲ ماده واحده نیز در قالب عبارت «علاوه بر مجازات مرتکب و مدیران و گردانندگان مربوطه» مورد اشاره قرار گرفته است.

۲-۴. موضوع جرم

موضوع جرم آن چیزی است که جرم روی آن واقع می‌شود یا به عبارت دیگر، آن ارزشی است که مقنن با جرم دانستن رفتار از آن حمایت کیفری می‌کند (همو، ۱۳۹۶: ۵۸). آنچه در این جرم خاص، جرم روی آن واقع می‌شود، عبارت است از: «آثاری از قبیل رساله، پایان‌نامه، مقاله، طرح پژوهشی، کتاب، گزارش یا سایر آثار مکتوب و یا ضبط‌شده پژوهشی - علمی و یا هنری اعم از الکترونیکی و غیر الکترونیکی». مصادیق ذکرشده، تمثیلی است و شامل سایر آثار مکتوب و یا ضبط‌شده پژوهشی - علمی و هنری هم می‌شود. همان‌طور که متن ماده واحده تصریح دارد، علاوه بر آثار مکتوب، آثار ضبط‌شده نیز ممکن است موضوع جرم تقلب در تهیه آثار علمی و هنری باشد. بنابراین تهیه، عرضه و یا واگذاری یک نرم‌افزار رایانه‌ای نیز ممکن است در صورت حصول سایر شرایط، رکن مادی جرم تقلب در تهیه آثار علمی را تشکیل دهد.

آثار مکتوب و یا ضبط‌شده موضوع این جرم باید حداقل یکی از دو وصف پژوهشی - علمی و یا هنری بودن را دارا باشند. نوشته‌های علمی یا ادبیات علمی^۱ شامل نشریات علمی هستند که گزارش اصلی کار نظری و تجربی در علوم طبیعی و اجتماعی و در یک زمینه علمی است. تحقیقات علمی پژوهشی منتشرشده برای اولین بار در مجلات علمی، «ادبیات اولیه» نامیده می‌شود که ثبت اختراعات و گزارش‌های فنی، نتایج تحقیقات جزئی و کار مهندسی و طراحی (از جمله نرم‌افزارهای رایانه‌ای) نیز می‌تواند «ادبیات اولیه» در نظر گرفته شود. «منابع ثانویه» شامل مقالات مروری (خلاصه یافته‌های مطالعات منتشرشده به برجسته کردن پیشرفت و خطوط جدیدی از پژوهش) و کتاب (برای پروژه‌های بزرگ یا استدلال‌های گسترده، از جمله تألیف مقالات) است. «منابع سوم» ممکن است دانشنامه‌ها و آثار مشابه در نظر گرفته‌شده برای مصرف

1. Scientific literature.

عمومی گسترده باشد.^۱

به طور کلی در مورد آثاری که موضوع این جرم قرار می‌گیرند، باید گفت که علمی بودن اثر منوط به این نیست که توسط مرجعی رسمی مثل وزارت علوم به عنوان اثر علمی شناخته شده باشد. بلکه هر اثر مکتوب یا ضبط‌شده‌ای که در قالبی علمی تهیه شود و دربردارنده مطالب علمی برآمده از ذهن نویسنده باشد، ممکن است اثر علمی تلقی شود. این اثر علمی ممکن است پایان‌نامه، رساله، مقاله، طرح تحقیقاتی و به طور کلی هر گونه اثر مکتوب یا ضبط‌شده‌ای را در بر گیرد. نکته مهمی که البته باید به آن تصریح کرد، آن است که عرف باید اساساً آن اثر را علمی بداند.

علاوه بر آثار پژوهشی - علمی، آثار هنری نیز موضوع جرم تقلب در تهیه آثار علمی و هنری را تشکیل می‌دهد. به هر حال، دادگاه باید در مورد تحقق جرم تقلب در تهیه آثار هنری، هنری بودن اثری را که تهیه، واگذار و یا عرضه شده است، احراز کند و این احراز کردن، مستلزم آن است که مصادیق آثار هنری از پیش برای دادگاه معین و مشخص شده باشد تا خدشه‌ای به اصل قانونی بودن جرم وارد نیاید. هرچند در میان مکاتب مختلف ایدئولوژیک، تعریفی از هنر و اثر هنری که مورد پذیرش همگان قرار گرفته باشد، یافت نمی‌شود، ولیکن بر روی ماهیت و درک آثار هنری و همچنین تقسیم‌بندی انواع هنر، گفت‌وگوهای بسیاری شده است. در یک تقسیم‌بندی، آثار هنری به دو دسته هنرهای زیبا و هنرهای مفید (کاربردی) تقسیم می‌شوند. منظور از هنرهای زیبا هنرهایی هستند که تنها به دلیل زیبا بودنشان خلق شده‌اند. به عبارتی، «نه برای چیزی، بلکه به خاطر خودشان به وجود آمده‌اند». منظور از هنرهای مفید، هنرهایی هستند که نخست کارکرد و سودمندی آن‌ها اهمیت دارد و هدف از خلقتشان کاربردشان است؛ مانند: طراحی خودرو، معماری و طراحی صنعتی.^۲

فارغ از تقسیم‌بندی‌های گوناگونی که از هنر و متعاقب آن از اثر هنری وجود دارد، آثار هنری به طور کلی واجد سه خصوصیت هستند: نخست اینکه تخیل مهم‌ترین عامل در شکل‌گیری آن است. دوم اینکه منشأ اثر هنری، عاطفه و احساس درونی

1. <http://en.wikipedia.org/wiki/Scientific_literature>.

2. <<http://abanpix.com>>.

هنرمند است، نه الزاماً تفکر عقلانی وی. سوم چندمعنایی اثر هنری است و اینکه هر کسی می‌تواند برداشت خاص خود را از آن داشته باشد. بدین‌سان، تعیین مصادیق معلوم و مشخص آثار هنری، امری دشوار است.

البته در برخی از قوانین مرتبط با حقوق مالکیت فکری، قانون‌گذار ایران به برخی از مصادیق آثار هنری اشاره کرده است که کامل‌ترین نمونه آن، ماده ۲ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان است. بندهای دوازده‌گانه این ماده، مواردی از قبیل کتاب، شعر، قطعه موسیقی، عکس، نقشه، اثر معماری، اثر فنی که جنبه ابداع داشته باشد، و هر گونه پیکره (مجسمه) را به عنوان آثار هنری و ادبی مورد حمایت معرفی کرده است. همان‌طور که مورد اشاره قرار گرفت، هرچند آثار علمی دامنه گسترده‌ای از مصادیق مختلف را در بر می‌گیرد و تشخیص آثار هنری از آثار غیر هنری همیشه آسان نیست، لیکن با توجه به اصل قانونی بودن جرم و این نکته که موضوع جرم باید مطابق با تعریف قانونی تعیین شود، شاید بتوان گفت مصادیق آثار هنری که ممکن است به عنوان موضوع جرم تقلب در تهیه آثار هنری و ادبی قرار گیرد، همان آثار هنری مذکور در بندهای دوازده‌گانه ماده ۲ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان است. لیکن با توجه به متن ماده واحده، تنها آن دسته از آثار علمی و هنری ممکن است موضوع این جرم واقع گردند که مکتوب و یا ضبط‌شده باشند. بنابراین تهیه، عرضه و یا واگذاری آثار هنری مذکور در ماده ۲ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان که مکتوب و ضبط‌شده نبوده و یا امکان مکتوب یا ضبط شدن را نداشته باشند (مانند مجسمه، نقاشی و نمایش صحنه‌ای)، رکن مادی جرم تقلب در تهیه آثار علمی و هنری را تشکیل نخواهد داد.

۲-۵. سفارش‌دهندگان جرم

این جرم از زمره جرایمی است که حتماً دو طرف دارد؛ یکی سفارش‌دهنده و دیگری سفارش‌پذیرنده، و تا درخواستی از طرف سفارش‌دهنده نباشد، وقوع جرم ممکن نیست. به همین جهت است که یکی از فرضیه‌های مقاله، عدم کارآمدی این ماده واحده به جهت عدم مقابله صحیح با سفارش‌دهنده به عنوان منشأ ارتکاب جرم

است. امروزه با پدیدار شدن نهادهای به نام دانشگاه که مسئولیت تربیت علمی و اخلاقی نسل تحصیل کرده و متخصص را به عهده دارد، دیگر ابعاد نداشتن صداقت علمی به افراد خاصی محدود نمی ماند و در واقع هر نوع چشم پوشی از این عمل، چه بسا نتایج هولناک در پی داشته باشد (بهادری و همکاران، ۱۳۹۱: ۱۶۹). لیکن با توجه به اینکه بخش عمده ای از بار تولید علم و ارزیابی آن بر دوش قشر خاصی از جامعه قرار دارد، افرادی چون اعضای هیئت علمی، دانشجویان و طلاب، بیشتر از سایرین در معرض دادن سفارش برای تهیه آثار علمی هستند؛ همچنان که خود نیز ممکن است مرتکب این جرم شوند. این در حالی است که فعالیت پژوهشی - علمی و هنری در بسیاری از موارد، متضمن امتیاز، عنوان و یا منفعتی مالی است که این امر می تواند به انگیزه ای برای ارتکاب این جرم توسط افرادی چون اعضای هیئت علمی دانشگاه ها، دانشجویان و طلاب تبدیل شود. در نتیجه با توجه به همین امر، قانون گذار در تبصره ۶ ماده واحده مذکور، مجازات های انتظامی خاصی را برای اعضای هیئت علمی، دانشجویان، طلاب و کارکنان ادارات دولتی که از این جرم منتفع می شوند، در نظر گرفته است.

۲-۶. نتیجه مجرمانه

جرم در یک تقسیم بندی، به جرم مطلق و جرم مقید تقسیم می شود (صانعی، ۱۳۷۱: ۳۸۵/۱). جرم مقید، جرمی است که تحقق آن منوط به نتیجه خاصی در خارج است؛ اما جرم مطلق با رفتار فیزیکی تحقق می یابد که گاهی با عنوان «جرم صوری» یا «مادی» نیز از آن ها یاد می شود (زراعت، ۱۳۹۲: ۱۵۹/۲). تهیه متقلبانه آثار علمی و هنری از جمله جرایم مطلق به شمار می رود. این دسته از جرایم را از این منظر مطلق (صوری) نامیده اند که وصف مجرمانه صرفاً به صورت یا ظاهر رفتار تعلق گرفته و در ترتب مجازات، اخذ نتیجه زیانبار منظور نشده است. علی رغم ضروری بودن احراز سوء نیت خاص^۱ در مورد این جرم، تحقق آن منوط به وقوع نتیجه خاصی در بیرون نیست. در نتیجه به صرف تهیه، عرضه و یا واگذاری متقلبانه آثار علمی و هنری، رکن مادی لازم برای تحقق جرم تهیه متقلبانه آثار علمی و هنری محقق گشته و هر چند از حیث رکن

۱. منظور، سوء نیت خاص قصد انتفاع است.

روانی، تحقق این جرم منوط به وجود سوءنیت خاص قصد انتفاع است، لیکن از حیث رکن مادی، خواه فرد در عالم واقع از این کار منتفع گردد و خواه منتفع نگردد، تأثیری در تحقق یا عدم تحقق جرم مذکور نخواهد گذاشت. مؤید این ادعا نیز عبارات به کاررفته در صدر ماده واحده قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی است.

۲-۷. هدف جرم

مقنن داشتن هدف خاص از ارتکاب جرم را نیز برای تحقق جرم تقلب در تهیه آثار علمی ضروری می‌داند. در این ماده واحده آمده است که تهیه، عرضه یا واگذاری باید «با هدف ارائه کل اثر و یا بخشی از آن توسط دیگری به عنوان اثر خود» باشد. به نظر می‌رسد که چون این هدف ناظر به جرم است نه مجرم، جزئی از رکن مادی است. در عین حال، نظراتی هم مبنی بر بیانگر سوءنیت خاص یا انگیزه بودن آن ممکن است مطرح شود که در قسمت رکن روانی در این خصوص بیشتر صحبت می‌کنیم. علت ذکر این مطلب آن است که مرز جرم مذکور از فعالیت‌های پژوهشی سالم و انتقال و انتشار آن مشخص گردد. با عدم ذکر این عبارت، بسیاری از فعالیت‌های عادی پژوهشگران مثل دادن اثر علمی خود به دیگران جهت استفاده آن‌ها، وارد قلمرو مجرمانه می‌گردید که با آوردن این عبارت، از این امر به خوبی جلوگیری شده است؛ برای مثال، دانشجوی دوره دکتری از فرد فارغ‌التحصیلی که از رساله خود دفاع کرده، رساله‌اش را جهت مطالعه و استفاده علمی مطالبه می‌کند و فارغ‌التحصیل مذکور هم رساله را جهت استفاده علمی و نه به عنوان ارائه آن به عنوان اثر خود به وی می‌دهد. اگر این عبارت ذکر نمی‌شد، این قبیل فعالیت‌های سالم نیز داخل در مصادیق مجرمانه می‌گردید.

۳. رکن روانی جرم تقلب در تهیه آثار علمی

برای تحقق هر جرمی علاوه بر رفتار مادی، نیاز به رکن روانی هم هست. جرم تقلب در تهیه آثار علمی نیز از این قاعده مستثنا نیست. این جرم از حیث رکن روانی، جرمی عمدی است. جرایم عمدی جرایمی هستند که غیر از اراده، سوءقصد و سوءنیت نیز در واقعیت آن مدخلیت داشته باشد (باهری، ۱۳۴۰: ۲۶۵). در ادامه، اجزای

تشکیل دهنده رکن روانی این جرم بررسی می‌شود.

۳-۱. سوء نیت عام

سوء نیت عام یعنی آنکه مجرم با آگاهی از موضوع جرم، از روی اراده، رفتار نهی شده را انجام دهد. در جرم تقلب در تهیه آثار علمی هم منظور از سوء نیت عام، آن است که مرتکب جرم با علم به موضوع از روی اراده، رفتار مجرمانه تهیه یا عرضه یا واگذاری را انجام دهد. بدیهی است که هم علم به موضوع و هم اراده باید وجود داشته باشد. در مواردی ممکن است علم وجود داشته باشد، ولی اراده نباشد؛ مانند وقتی که دیگری را مجبور به انجام کاری کنند.

۳-۲. سوء نیت خاص

داشتن سوء نیت یعنی اینکه عزم به ارتکاب رفتاری که قانون گذار آن را منع کرده است، همیشه به تنهایی کافی نیست (اردبیلی، ۱۳۹۴: ۲۴۲-۲۴۳). گاه قانون گذار وجود جرم را منوط به داشتن قصد مشخص و صریحی کرده که فاعل برای تحقق آن کوشیده است. برای مثال در جرم قتل، صرف ایذاء و آزار عمدی مجنی علیه کفایت نمی‌کند، بلکه فاعل باید در تحصیل نتیجه خلاف قانون یعنی کشتن او نیز عامد باشد تا بتوان فعل ارتكابی را قتل عمد نامید؛ در حالی که در جرم ایراد ضرب و جرح، وجود سوء نیت عام در فعل زدن کافی است و لازم نیست که مرتکب، قصد صدمه زدن داشته باشد تا ضارب شناخته شود؛ آن‌چنان که در جرم کلاهبرداری، مرتکب افزون بر سوء نیت عام در ارتکاب افعال فریبکارانه باید قصد خاص بردن مال غیر را نیز داشته باشد.

در مورد جرم تهیه متقلبانه آثار علمی نیز با ملاحظه عبارت «به قصد انتفاع» در صدر ماده واحده قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی چنین برمی‌آید که قانون گذار تحقق این جرم را منوط به وجود سوء نیت خاص دانسته است. بنابراین هر چند از نظر رکن مادی، این جرم از زمره جرایم مطلق بوده و تحقق آن منوط به وقوع نتیجه خاصی نیست، ولیکن از جهت رکن روانی از زمره جرایمی است که تحقق آن منوط به وجود سوء نیت خاص است. در نتیجه تنها در صورتی می‌توان متهم را مجازات نمود که با قصد خاص انتفاع بردن، مبادرت به تهیه متقلبانه آثار علمی و هنری نماید.

همان طور که اشاره شد، در جرایمی که تحقق آن‌ها از حیث رکن روانی جرم، منوط به وجود سوءنیت خاص می‌باشد، در صورت عدم وجود قصد خاص، جرم مذکور محقق نخواهد شد (نوربها و شیر، ۱۳۹۶: ۱۷۹-۱۸۰)؛ مثلاً فردی که به قصد جلب نظر همسرش، اثری علمی برای او تهیه کند تا وی آن را به عنوان پایان‌نامه خود ارائه دهد، به جهت فقدان قصد انتفاع، جرمی محقق نخواهد شد.

در ادامه ماده علاوه بر «قصد انتفاع»، مقنن اشاره کرده است که تهیه، عرضه یا واگذاری^۱ اثر علمی باید «با هدف ارائه کل اثر و یا بخشی از آن توسط دیگری به عنوان اثر خود» هم باشد تا جرم مذکور محقق شود. سؤالی که مطرح می‌شود آن است که با توجه به عبارت قبلی «قصد انتفاع»، این عبارت هم بیانگر سوءنیت خاص است یا آن را انگیزه تلقی کرده یا حتی جزئی از اجزای رکن مادی محسوب کنیم. قبل از بحث در ماهیت این عبارت، ذکر این نکته لازم است که آنچه اهمیت دارد آن است که تا این هدف محقق نشود، جرم تقلب در تهیه آثار علمی محقق نمی‌شود و از حیث کاربردی چندان تفاوتی نمی‌کند که ماهیت حقوقی آن را جزئی از رکن مادی، یا سوءنیت خاص یا انگیزه بدانیم. اما در مورد ماهیت حقوقی آن، یک دیدگاه می‌تواند آن باشد که اساساً هدف، جزئی از رکن مادی جرم است؛ زیرا ناظر به مرتکب نیست، بلکه ناظر به جرم است. دیدگاه دیگر ممکن است آن باشد که این عبارت نیز بیانگر سوءنیت خاص است و در واقع در این جرم با دو سوءنیت خاص، یکی «قصد انتفاع» و دیگری «هدف ارائه کل اثر و یا بخشی از آن توسط دیگری به عنوان اثر خود» مواجه هستیم که در صورت محقق شدن هر دو، جرم واقع می‌شود. دیدگاه سوم ممکن است آن باشد که این عبارت، بیانگر انگیزه است. توضیح اینکه هر چند انگیزه اصولاً شرط تحقق جرایم نیست، ولی مقنن استثنائاً می‌تواند آن را شرط تحقق جرم بداند و در اینجا هم چنین کرده است. اما از بین این سه نظریه کدام یک درست است؟

با توجه به اینکه به نظر می‌رسد این هدف ناظر به خود جرم است و نه مرتکب آن، باید آن را جزئی از رکن مادی به شمار آورد. در واقع هدف مرتکب جرم از چنین فعل مجرمانه‌ای، همان منتفع شدن است و هدف دیگری را دنبال نمی‌کند. اما هدف جرم که مقنن را وادار به جرم‌انگاری کرده، آن است که اشخاص را از تهیه آثار علمی برای

دیگران باز بدارد. در واقع مقنن با این عبارت‌پردازی خواسته است از طرفی ضمن مبارزه با مشاغل کاذبی که در حوزه فعالیت‌های علمی و هنری به وجود آمده‌اند، مواردی را هم که چنین هدفی در مورد آن‌ها وجود ندارد، خارج از مصادیق جرم بداند.

۳-۳. انگیزه و هدف

برای ارتکاب جرم تهیه متقلبانه آثار علمی نیز مانند هر جرم دیگر می‌توان انگیزه‌های متعدد و گوناگونی مثل مال‌پرستی، ارضاء حس کنجکاوی، جلب توجه دیگران و... را متصور شد. لیکن در میان انگیزه‌های گوناگونی که برای ارتکاب این جرم متصور است، به موجب تصریح صدر ماده واحده، تهیه آثار علمی و هنری در صورتی جرم بوده و قابل مجازات است که مرتکب با «... هدف ارائه کل اثر و یا بخشی از آن توسط دیگری به عنوان اثر خود...»، مبادرت به ارتکاب رفتار مجرمانه نموده باشد. ارائه کل اثر و یا بخشی از آن توسط دیگری به عنوان اثر خود، به این معناست که مرتکب باید به این قصد که دیگری اثر علمی یا هنری را به عنوان اثر خود ارائه کند، اثر مذکور را تهیه، عرضه یا واگذار کند. صرف آگاهی مرتکب به اینکه دیگری قصد دارد که اثر مذکور را به عنوان اثر خود ارائه دهد نیز برای تحقق هدف مذکور کفایت می‌کند. بنابراین اگر کسی مبلغ قابل توجهی وجه نقد به عنوان اجرت تهیه اثری علمی به مرتکب بپردازد و مرتکب بداند که فرد مذکور قصد دارد آن اثر را به عنوان اثر خود ارائه کند، جرم تهیه متقلبانه آثار علمی و هنری موضوع ماده واحده قانون مقابله و پیشگیری از تقلب در تهیه آثار علمی، در صورت وجود سایر شرایط قانونی محقق است (گلدوزیان، ۱۳۹۶: ۱۸۴).

نتیجه‌گیری

در سال‌های اخیر، بازار تهیه و تدوین آثار علمی پژوهشی مانند پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رساله دکتری و مقاله، بنا به سفارش دیگران و به قصد انتفاع رواج یافته است. مقنن در جهت مقابله با این پدیده، قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی را در تاریخ ۱۳۹۶/۶/۸ تصویب کرد. مقصود اصلی قانون‌گذار از جرم‌انگاری تهیه

مقابلانه آثار علمی و هنری، مبارزه با مشاغل کاذبی بوده که در حوزه فعالیت‌های علمی و هنری به وجود آمده است. بر همین اساس، مقنن تمرکز اصلی خود را بر مقابله با تهیه‌کنندگان یعنی سفارش‌پذیرندگان تهیه آثار علمی تقلبی قرار داده و از جرم‌انگاری صریح رفتار سفارش‌دهندگان خودداری کرده است و این امری است که غرض مقنن مبنی بر مقابله با ریشه جرم را نقض می‌کند؛ زیرا تا سفارش‌دهنده‌ای باشد، جرم موجود است و حداکثر آن است که جرمی که تا قبل از تصویب این قانون، با تبلیغات فراوان و به صورت مشهود واقع می‌شد، در خفا صورت می‌گیرد. ممکن است تصور شود که علت عدم ورود مقنن به مقابله با سفارش‌دهندگان، آن بوده است که رفتار آن‌ها می‌تواند مصداقی از سرقت ادبی باشد که این تصور درست نیست؛ زیرا تهیه‌کننده با طیب خاطر و در مقابل پولی که اخذ می‌کند، آثار علمی تهیه‌شده را در اختیار سفارش‌دهنده قرار می‌دهد. به عبارت دیگر در جرم تقلب در تهیه آثار علمی، هر دو طرف سفارش‌دهنده و پذیرنده، از رضایت لازم برخوردارند؛ در حالی که در سرقت ادبی، یک طرف ناراضی و شاکی است. علاوه بر این، جرم سرقت ادبی از جرایم قابل گذشت است، ولی این جرم با توجه به اهمیت سالم بودن فضای پژوهش و تحقیق که می‌تواند زیربنای قانون‌گذاری و سیاست‌گذاری در عرصه‌های مختلف اجتماعی باشد، از زمره جرایم غیر قابل گذشت بوده و شروع و ادامه تعقیب آن، نیاز به شکایت شاکی خصوصی ندارد. بدین ترتیب تحقق سرقت ادبی نسبت به رفتار سفارش‌دهنده که می‌تواند دانشجوی کارشناسی ارشد، دکتری، عضو هیئت علمی، کارمند اداری یا طلبه باشد، منتفی است. با این حال، مقنن در برخوردی ضعیف، رفتار سفارش‌پذیرنده را واجد «تخلف انتظامی» که تنها دارای مجازات اداری است، دانسته است.

از لحاظ تحلیل حقوقی نیز جرم تقلب در تهیه آثار علمی، از زمره جرایم مطلق است؛ یعنی از حیث رکن مادی، به صرف انجام رفتار به عنوان حرفه یا شغل، جرم محقق است و نیاز به نتیجه خاصی برای تحقق و کامل شدن رکن مادی ندارد. هرچند از حیث رکن روانی، تحقق این جرم منوط به وجود سوءنیت خاص قصد انتفاع است، لیکن از حیث رکن مادی، خواه فرد در عالم واقع از این کار منتفع گردد و خواه منتفع نگردد، تأثیری در تحقق یا عدم تحقق جرم مذکور نخواهد گذاشت.

کتاب‌شناسی

۱. آقایی جنت‌مکان، حسین، حقوق کیفری عمومی، چاپ چهارم، تهران، جنگل، ۱۳۹۳ ش.
۲. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، چاپ چهل و یکم، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۳. باهری، محمد، حقوق جزای عمومی، تهران، چاپخانه برادران علمی، ۱۳۴۰ ش.
۴. بهادری، محمدکریم، مرتضی ایزدی، و محمدجواد حسین پور فرد، «دستبرد علمی؛ مفاهیم، عوامل و راهکارها»، مجله طب انتظامی، دوره چهاردهم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۱ ش.
۵. پوربافرانی، حسن، حقوق جزای اختصاصی (جرایم علیه اشخاص)، چاپ سوم، تهران، جنگل جاودانه، ۱۳۹۶ ش.
۶. همو، حقوق جزای عمومی (مجرم و مسئولیت کیفری)، تهران، جنگل جاودانه، ۱۳۹۷ ش.
۷. حسینی، سیدمحمد، و علی اعتمادی، «مداخله در اموال مسروقه در حقوق کیفری ایران و انگلستان»، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره پنجم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۳ ش.
۸. زاهدی، لطیف، تحریک به ارتکاب جرم، تهران، چاپخانه سپهر، ۱۳۵۱ ش.
۹. زراعت، عباس، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی، تهران، جنگل جاودانه، ۱۳۹۲ ش.
۱۰. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۱ ش.
۱۱. علی‌آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، چاپ سوم، تهران، فردوسی، ۱۳۷۳ ش.
۱۲. گلدوزیان، ایرج، بایسته‌های حقوق جزای اختصاصی، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۱۳. محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۵ ش.
۱۴. نوربها، رضا و عباس شیری، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.

رویکردی انتقادی به

سلب آزادی محکوم به قصاص در فرایند استیدان*

- عبدالعلی توجهی^۱
- رحیمه علی آبادی^۲

چکیده

طبق ماده ۴۱۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، اذن مقام رهبری یا نماینده او در اجرای قصاص لازم است. با آنکه برای ضرورت داشتن اذن ولی امر در قصاص، ادله و مبانی متعددی برشمرده شده، لکن اطالۀ دادرسی در مرحله استیدان، آثاری از جمله بیم فرار محکوم به قصاص و افزایش میزان دیه در موارد لزوم پرداخت فاضل دیه از سوی ولی دم در اجرای قصاص را در پی دارد. اثر مهم سلب آزادی محکوم به قصاص تا زمان اظهار نظر مقام مستأذن، جنبۀ کلیت داشته و چه در مرحله استیدان با قصاص موافقت شود یا آنکه قصاص تأیید نشود، گریزی از آن نیست. در این پژوهش با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی، به بررسی فقهی - حقوقی حبس محکوم علیه در مرحله استیدان پرداخته شده است. نتیجه آن است که چنین حبسی با آنچه که در نصوص شرعی درباره قصاص، دیه یا

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۱۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۳/۱.

۱. دانشیار دانشگاه شاهد (نویسنده مسئول) (atavajohi@yahoo.com).

۲. دانشجوی دکتری فقه و حقوق جزای دانشگاه شهید مطهری (rahimialiabadi@gmail.com).

عفو مرتکب در جنایات عمدی مقرر شده، ناسازگار می‌باشد و زندانی شدن محکوم علیه، تحمیل مجازات مضاعف دیگری است که جایز نمی‌باشد و دلیل خاصی نیز برای مشروعیت سلب آزادی محکوم به قصاص وجود ندارد. با توجه به این پیامدها، ضرورت دارد که زمان استیذان ضابطه‌مند شود و کاهش یابد. اگر به دلیل مصلحت جامعه، زندانی شدن قاتل ضرورت داشته باشد و پس از آن قصاص اجرا شود، خسارت‌زدایی لازم است.

واژگان کلیدی: اجرای قصاص، استیذان، حبس، مقام رهبری، قاتل، قصاص نفس.

مقدمه

یکی از گزاره‌های مورد تأکید قانون‌گذار در هر سه دوره تقنینی پس از انقلاب اسلامی در زمینه قوانین ماهوی کیفری، استیذان از ولی امر در اجرای قصاص می‌باشد. در این راستا، در قانون حدود و قصاص و مقررات آن مصوب ۱۳۶۱ و همچنین قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ از یک سیاق پیروی شده و در موارد عدیده‌ای از بحث اذن یاد شده و به طور جداگانه به اذن ولی امر در قصاص نفس و قصاص عضو تصریح شده است.^۱ همچنین در ماده ۴۱۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ضمن اجتناب از تکرار اذن، قانون‌گذار تنها در یک موضع و در نخستین ماده از مواد عمومی اجرای قصاص، به بحث اذن پرداخته و چنین مقرر داشته است: «در اجرای قصاص، اذن مقام رهبری یا نماینده او لازم است». بر این اساس، اصل لزوم اذن ولی امر در اجرای قصاص، وجه اشتراک این سه دوره تدوینی به شمار می‌آید و قانون‌گذار از یک موضع پیروی می‌کند. با وجود این، در قانون اخیرالذکر احکام جدیدی درباره اذن ولی امر دیده می‌شود که فاقد سابقه تقنینی می‌باشد که دو جهت را به خود اختصاص داده‌اند: نخستین جهت آن است که در ماده ۴۱۸ کارکردهای نظارتی برای استیذان تعریف شده است که اولاً اجرای قصاص به طور صحیح واقع شود و ثانیاً حقوق صاحب حق قصاص و اطراف دیگر دعوی رعایت شود. دومین جهت آن است که در ماده ۴۱۹ تأکید شده

۱. ر.ک: مواد ۱، ۸، ۵۱ و ۵۵ قانون حدود و قصاص و مقررات آن مصوب ۱۳۶۱ و مواد ۲۰۵، ۲۶۵ و ۲۶۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰.

است که در صورت انتقال حق به ورثه ولی دم و مجنی علیه، اجرای قصاص و مباشرت در آن پس از استیذان صورت می‌گیرد. با این حال، چالش مهم و اساسی آن است که زمان مشخصی برای طی شدن فرایند استیذان پیش‌بینی نشده است. از عدم پیش‌بینی زمان مشخص دو نکته مهم به دست می‌آید؛ یکی آنکه در مرحله قانون‌گذاری، از ضابطه‌مندی استیذان غفلت شده و بر این اساس، آنچه که در مرحله اقدامات مقام‌های قضایی درباره استیذان رخ خواهد داد، اثرات خاصی باقی خواهد گذاشت. دوم، غفلت از تکلیف محکوم به قصاص در این مرحله است که طبق رویه فعلی و غالب در قصاص نفس، محکوم علیه در انتظار طی شدن استیذان در زندان به سر می‌برد. در این زمینه، در پژوهشی درباره آسیب‌شناسی حقوقی اجرای حکم قصاص نفس در ایران، با ۵۴۵ نفر از محکومان به قصاص نفس در دادسرای تهران مصاحبه و پرونده‌های آنان مطالعه شده است. پژوهشگر فوق به این نتیجه رهنمون شده است که «عدم اعاده پرونده از استیذان» یکی از موانع دائمی اجرای قصاص نفس می‌باشد. مانعیت به این معناست که تا زمانی که پرونده از استیذان اعاده نشده است، قصاص نفس اجرا نمی‌شود. طبق این پژوهش، ۱۰۱ پرونده برای طی شدن مرحله استیذان، به دفتر ریاست قوه قضاییه ارسال شده‌اند. عدم تصمیم‌گیری نسبت به برخی پرونده‌ها به گونه‌ای است که چندین سال اقدامی نشده است و از آنجا که استیذان صورت نگرفته است، محکوم علیه در زندان به سر می‌برد (محمدی، ۱۳۹۶: ۳۳).

مشروعیت یا عدم جواز سلب آزادی محکوم به قصاص، عرصه‌ای است که ضرورت تأمل نسبت به آن قابل انکار نمی‌باشد؛ زیرا این موضوع کلیت دارد و همه مرتکبان را شامل می‌شود و نمی‌توان چنین تصور نمود که امری نسبی است و در نتیجه برخی از آنان را شامل شده و عده‌ای نیز خارج از زندان و آزاد در انتظار طی شدن فرایند استیذان می‌باشند. فراوانی پرونده‌های منجر به حکم قصاص از یک سو و تبعات منفی زندانی شدن محکوم به قصاص مانند تحمیل هزینه بر بیت‌المال از طرف دیگر، ضرورت این بررسی را نشان می‌دهد.

فقه‌های امامیه درباره لزوم استیذان در اجرای قصاص یا عدم لزوم آن اختلاف نظر دارند و چند دیدگاه را ابراز کرده‌اند. اختلاف نظر مورد اشاره، موضوع پژوهش‌های

متعددی واقع شده است که در آن‌ها بر تبیین دیدگاه‌های فقها و مبانی آن‌ها تمرکز شده است و به طور کلی در چارچوب بحث فقهی استیذان محدود شده‌اند.^۱ نوآوری این پژوهش آن است که تأخیر در اجرای حکم قصاص به دلیل طی شدن فرایند استیذان و مسئله حبس محکوم به قصاص به عنوان یکی از چالش‌های عملی ناظر بر استیذان از مقام رهبری یا نماینده او را موضوع خود قرار داده است. بنابراین در این پژوهش، شاکله اصلی مباحث مرتبط با این موضوع در دو قسمت سامان یافته و با روش توصیفی - تحلیلی، ابتدا به بررسی فقهی استیذان و نقد آن در نظام حقوقی ایران پرداخته شده و سپس به تحلیل انتقادی سلب آزادی محکوم به قصاص در فرایند استیذان اقدام می‌شود.

۱. بازپژوهی فقهی استیذان و نقد آن در نظام حقوقی ایران

پیش از تحلیل مشروعیت یا عدم جواز حبس محکوم به قصاص در فرایند استیذان، ضرورت دارد که دیدگاه فقهی مطلوب قانون‌گذار درباره اصل استیذان مشخص شود و سپس ارزیابی رویکرد مقنن نسبت به استیذان مورد تأمل قرار می‌گیرد.

۱-۱. بررسی و ارزیابی آرای فقها درباره مدخلیت استیذان در اجرای قصاص

چند موضع متفاوت نسبت به اذن حاکم در اجرای قصاص، در بین فقیهان امامیه وجود دارد:

۱-۱-۱. موافقان اذن و ادله آنان

به طور کلی اعتبار اذن حاکم در اجرای قصاص با موافقت بسیاری از فقها و به طور خاص فقهای متقدم مواجه شده است؛ هرچند برخی از فقهای متأخر و معاصر نیز با استیذان موافق می‌باشند (مفید، ۱۴۱۳: ۷۳۶، ۷۴۰ و ۷۶۰؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۷۴۷-۷۵۱ و ۷۷۸؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۵۱/۳، ۳۵۳ و ۴۱۲؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۴۰۷؛ بیهقی کیدری، ۱۴۱۶: ۴۹۴؛ قمی سبزواری، ۱۴۲۱: ۵۵۸؛ ابن بزّاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۴۸۵/۲؛ ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۳۸۳-۳۸۲؛ ابن سعید حلی، ۱۴۰۵: ۶۰۱؛ قطن حلی، ۱۴۲۴: ۵۵۳/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ الف: ۶۲۲/۳؛ موسوی خمینی،

۱. برای نمونه ر.ک: الف- «اجازه ولی امر در انجام قصاص» (اثر محمد مؤمن قمی)؛ ب- «استیذان از رهبری در اجرای قصاص» (اثر مسعود امامی).

استدلال‌های ناظر به اعتبار اذن حاکم عبارت است از:

۱.۱.۱.۱. روایت محمد بن مسلم

بر اساس روایت محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام، اگر قصاص بر اساس امر امام واقع شده باشد، دیه قتل و دیه جراحت ثابت نمی‌شود (طوسی، ۱۴۰۷: ب: ۲۷۹/۱۰). در روایت مورد بحث، در جمله شرطیه «مَنْ قَتَلَهُ الْقِصَاصُ بِأَمْرِ الْإِمَامِ»، تقیید اجرای قصاص به امر امام دیده می‌شود و در نتیجه، نفی دیه قتل و جراحت: «فَلا دِیةَ لَهُ فی قَتْلِ وَلا جِراحَةٍ» صرفاً با حصول و تحقق همان ارکان جمله شرطیه قابل تصور است و چنانچه جمله شرطیه، فاقد «امر امام» باشد، حکم به نفی دیه امکان‌پذیر نمی‌باشد. نفی دیه در اجرای قصاص مبتنی بر امر امام، از اذن امام حکایت دارد.

روایت مذکور از دو جهت سندی و دلالی، محل مناقشه واقع شده است:

درباره اعتبار یا عدم صحت سند این روایت، رأی یکسانی دیده نمی‌شود. یک موضع آن است که این روایت صحیحه می‌باشد (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۳۷/۱۵: محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۲۳/۱۳). در مقابل، اوصاف «مجهول» (مجلسی دوم، ۱۴۰۶: ۵۹۶/۱۶: مرعشی نجفی، ۱۴۱۵: ۳۳۹/۲) در خصوص راویان آن وجود دارد که بر ضعف آن روایت از حیث سندی دلالت داشته و در نتیجه فاقد کاربرد بودن آن در اثبات احکام شرعی را نشان می‌دهد.

فارغ از این اختلاف نظر، از جهت دلالی نیز متضمن تأملاتی است. برخی فقها دلالت روایت مذکور بر اشتراط اذن را انکار و بر عدم استفاده لزوم اذن امام از این روایت تأکید کرده‌اند (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۲۳/۱۳؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۶۲/۷)؛ زیرا این روایت، در مقام اشتراط اذن امام علیه السلام در قصاص نمی‌باشد، بلکه در مقام اثبات نفی دیه در مواردی است که قصاص به امر امام علیه السلام اجرا شده است (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰: ۱۶۸). از این رو، استنباط دو حکم متفاوت از این روایت بعید می‌باشد و اعتبار اذن، مسئله‌ای نیست که از این روایت قابل برداشت باشد.

اشکال دیگری که قابل طرح است اینکه اگر استدلال شود که «أمر الإمام» بر اذن

دلالت می‌کند، این سؤال به وجود می‌آید که آیا در موارد اجرای قصاص بدون اذن امام، باید اجراکننده قصاص را به دیه محکوم نمود؟ پاسخ منفی است؛ زیرا از یک سو اساساً در عدم ثبوت دیه در مواردی که شخصی از باب قصاص کشته می‌شود، تفاوتی بین اذن امام علیه السلام و عدم اذن وجود ندارد (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۲۳/۱۳) و از سوی دیگر، هیچ فقیهی به مفهوم مبتنی بر روایت محمد بن مسلم مبنی بر ثبوت دیه قائل نیست (حسینی عاملی، بی تا: ۸۷/۱۱؛ مرعشی نجفی، ۱۴۱۵: ۲/۲۳۹)؛ چیزی که حتی موافقان توقف اجرای قصاص بر اذن نیز به آن حکم نداده‌اند و دربارهٔ تعزیر یا عدم تعزیر قصاص‌کننده در موارد استیفای قصاص بدون اذن حاکم اختلاف نظر دارند. بر اساس همین تأملات است که فقها این روایت را مشعر به اعتبار اذن می‌دانند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۰۱/۱۶).

صاحب *جوهر* هم با دیدهٔ تردید به این روایت نگاه می‌کند و با عبارت «لعل وجهه» به بیان استدلال‌های موافقان اذن حاکم در اجرای قصاص می‌پردازد که یکی از آن وجه‌ها، اشعار روایت محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام مبنی بر اعتبار اذن است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۷/۴۲). این رویکرد، حکایت از فقدان دلیل قطعی نسبت به این دیدگاه دارد. وانگهی، چنانچه اشعار مورد اشاره نیز پذیرفته شود، باز هم چنین اشعاری صلاحیت حجیت واقع شدن ندارد (همان: ۲۸۸/۴۲).

۱-۱-۱-۲. اجتهادی بودن قصاص

استدلال دیگری که برای استیذان ارائه شده است، بر این بنیان استوار است که استیفای قصاص، مسئله‌ای اجتهادی و مبتنی بر رعایت احتیاط می‌باشد و در نتیجه بر نظر امام متوقف می‌باشد (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۴/۶۲۲). همسو با این استدلال، به اعتقاد شهید ثانی اثبات قصاص و استیفای آن به تأمل و اجتهاد نیاز دارد. توقف استیفای قصاص بر اذن امام به این علت است که مسئلهٔ دماء، مسئله‌ای خطیر و مهم به‌شمار می‌آید که تسلط آحاد افراد جامعه بر آن فاقد وجه است؛ زیرا مردم دربارهٔ شرایط وجوب قصاص و چگونگی استیفای آن اختلاف دارند (عاملی جعی، ۱۴۱۳: ۲۲۸-۲۲۹/۱۵).

در بارهٔ اختلاف نظر مردم در شرایط وجوب قصاص و چگونگی اجرای آن باید توجه کرد که اگر قصاص برای جنایت عمدی ثابت نشده باشد، در چنین فرضی مبادرت ولیّ دم برای استیفای قصاص جایز نمی‌باشد و به طور کلی، در مواردی که علم به ثبوت قصاص وجود ندارد، احتمال اختلاف نظر بین افراد صدق می‌کند. در این زمینه، استدلال مذکور در فرض موضوع مورد بحث غیر قابل استناد است؛ زیرا ولیّ دم به ثبوت قصاص یقین دارد و در این فرض، مسئلهٔ اعتبار اذن یا استیفای قصاص از سوی ولیّ دم بدون مراجعه به حاکم، محل نزاع و بحث است و موضوع در مورد اعتبار اذن بعد از علم به حصول مقتضی قصاص است که تمام شرایط قصاص وجود دارد و اذن مفقود است (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۶/۳۰۰). بنابراین استدلال ارائه شده ناظر به حالتی است که قصاص معلوم نمی‌باشد.

۳-۱-۱-۱. ادعای عدم خلاف

برخی از فقها حسب مورد، اجرای قصاص از سوی امام یا افراد از طرف امام را مصداق «بلا خلاف» (طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۵/۲۰۵) یا آن را مصداق «بلا خلاف بین أصحابنا» تلقی کرده‌اند (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۴۰۸). با این حال، عبارت پردازی شیخ طوسی به گونه‌ای است که بر کراهت استیفای قصاص بدون اذن دلالت دارد، نه آنکه اجماع بر حرمت آن باشد؛ زیرا از یک سو، فقرهٔ «فلا ینبغی أن یقتص بنفسه» (طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۵/۲۰۵) احتمال ارادهٔ کراهت را نشان می‌دهد. این مهم مورد پذیرش برخی فقها واقع شده است (حسینی عاملی، بی‌تا: ۸۷/۱۱). علاوه بر این، ادعای بلاخلاف از کتاب غنیه نیز مورد اطمینان نمی‌باشد؛ زیرا این نفی خلاف دربارهٔ قتل شخص معتاد به قتل بردگان و اهل ذمه است که این مسئله از حدود به شمار می‌آید، نه آنکه مشمول قصاص باشد (همان؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۸-۲۸۷/۴۲). در هر حال، فرض آنکه احراز نفی خلاف در خصوص اذن مسلم باشد، چنین چیزی فی نفسه نمی‌تواند به عنوان حجت محسوب شود (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۱۵۷/۴۲).

۴-۱-۱-۱. جزء فروض بودن اجرای قصاص

دلیل دیگر عدم جواز اجرای قصاص توسط صاحب حق قصاص آن است که

استیفای قصاص در زمره فروض ائمه علیهم‌السلام به شمار می‌آید (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۶۱/۷؛ ابن بزّاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۴۸۵/۲). برخی از فقها دلیل مورد اشاره را به قصاص عضو منصرف دانسته‌اند؛ زیرا قصاص عضو به مثابه حد است و حد نیز از فروض امام به شمار می‌آید (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۶۲۲/۴؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۲۲۲/۵).

دلیل مذکور برای توقف اجرای حکم قصاص، بر اذن به بهره گرفتن از نمونه‌های مشابه در فقه استوار است؛ مثلاً فقیهان چنین ابراز کرده‌اند که اجرای مجازات‌های حدی به دست ائمه علیهم‌السلام می‌باشد. چنین تحلیلی مبنی بر تعمیم حدود به قصاص در خصوص اعتبار اذن گره‌گشا نمی‌باشد؛ زیرا مبتنی بر قیاس است و قیاس فاقد حجیت است (نراقی، ۱۴۱۵: ۴۴۴/۱۷؛ تبریزی، ۱۴۲۶: ۲۴۷).

۱-۱-۱-۵. مقایسه با حد قذف

دسته‌ای از مجازات‌ها وجود دارند که بدن انسان محل اجرای آن‌هاست. در شرع نسبت به مراجعه به حاکم در استیفای برخی از آن‌ها تصریح شده است؛ مثلاً حد قذف چنین است و به حاکم رجوع می‌شود. بر پایه این مبنا، از آنجا که قصاص عقوبتی است که به بدن انسان‌ها تعلق می‌گیرد، استیفای آن مستلزم رجوع به حاکم می‌باشد (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۲۹/۱۵). آنچه که در ذیل دلیل جزء فروض بودن اجرای قصاص و در نقد دلیل مذکور بیان شد، نسبت به دلیل اخیر نیز صدق می‌کند.

۱-۱-۱-۶. اجتناب از تخطی، سرایت و اختلاف نظر

لزوم استیذان در قصاص عضو، از چند جهت برجسته‌تر می‌باشد: نخست اینکه امکان دارد قصاص عضو، فراتر از حد مجاز صورت بگیرد. دوم اینکه استیفای قصاص عضو بدون اذن حاکم، بستر سرایت را فراهم می‌کند و سوم اینکه چه بسا جانی و مجنی علیه که به عنوان دو طرف متضاد نقش آفرینی می‌کنند، دچار اختلاف نظر شوند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۷۹/۹؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۶۲۲/۴؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۲۲۲/۵؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۲۹/۱۵؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۰۱/۱۶). بر این اساس، استیذان راهی است که بستر تجاوز، سرایت و اختلاف نظر طرفین را از بین می‌برد.

تمام جهاتی که درباره لزوم اذن در اجرای قصاص عضو بیان شده است

(حدی بودن، احتمال تجاوز، سرایت و اختلاف نظر)، اعتباری ندارد و از حیث مدرک بودن برای اثبات حکم شرعی فاقد صلاحیت می‌باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۸/۴۲). بنابراین، چنین مواردی دلیل محسوب نمی‌شود. افزون بر این، موارد تجاوز، سرایت و اختلاف نظر اموری نسبی می‌باشند و مثلاً ممکن است فرایند استیذان طی شود، لکن در مرحله اجرای حکم، فزونی قصاص بر جنایت دیده شود؛ حال آنکه طبق استدلال مذکور، استیذان راهی است که برای عدم تحقق این قبیل مسائل ضرورت دارد تا تالی‌های فاسد آن از بین برود.

۱-۲. مخالفان استیذان و ادله آنان

دیدگاه دیگر در بین فقها، بر جواز اجرای قصاص توسط ولیّ دم بدون اذن سلطان دلالت دارد و فقهای بسیاری را با خود همراه می‌کند. این قبیل فقها حسب مورد، اذن را اولی دانسته و مبادرت ولیّ دم به اجرای قصاص و بدون مراجعه به حاکم را جایز تلقی کرده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۱۳/۴؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۴۹۱/۵؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۶۲۲/۴؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۲۷۳؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۳۲۲/۴؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۲۹/۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۸/۴۲؛ موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۱۵۷/۴۲).

مخالفان استیذان از ادله زیر برای اثبات ادعای خود بهره برده‌اند:

۱-۳. اطلاق و عموم نصوص

به باور مخالفان اذن، اعتبار اذن با آیاتی از قبیل: اعتداء به مثل، معاقبه به مثل، و جعل سلطان برای ولیّ دم مقتول مظلوم ناسازگاری دارد. در خصوص آیه اخیر: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا﴾، مخالفان اذن از دو جهت عموم و اطلاق به آن استناد کرده‌اند (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۲۲۲/۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۴۹/۱۱؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۳۹/۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۹۹/۱۶؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۶۲/۷؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۲۹/۱۵؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۲۹/۱۳؛ موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۱۵۷/۴۲). در هر حال، سلطنت جعل شده برای ولیّ دم اقتضا دارد که استیفای قصاص به اجازه دیگری منوط نباشد. بر پایه این استدلال، خروج از عموم آیه مذکور به مستند معتبر نیاز دارد که دلیل خاصی مبنی بر لزوم اذن حاکم در استیفای قصاص وجود ندارد که بتواند این آیه را تخصیص بزند و

در نتیجه، عموم آیه به قوت خویش باقی می‌ماند. فقدان دلیل متقن برای تفسیر اطلاق آیه نیز صدق می‌کند. همچنین اشتراط عدم اذن، با اطلاق و عموم روایات ناظر بر قصاص مرتکب از سوی ولی دم نیز سازگار است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۸/۴۲)؛ زیرا در روایات، سخنی از مدخلیت اذن حاکم برای اجرای قصاص دیده نمی‌شود و در آن‌ها تصریح شده است که ولی دم می‌تواند قصاص را بدون اذن استیفا کند.

آیه جعل سلطان محل مناقشه است؛ زیرا این آیه در مقام ثبوت حق مطالبه قصاص است؛ بدین معنا که ولی دم حق دارد قصاص را مطالبه کند و در مقام بیان شرایط قصاص نمی‌باشد. موضوع مورد بحث (اذن) از جمله شروط می‌باشد و از این رو، استدلال به این آیه وجهی ندارد (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵: ۳۳۸/۲). به بیان دیگر، اساساً نصوص مشتمل بر قصاص اطلاقی ندارند که درباره عدم اعتبار اذن بتوان به آن‌ها تمسک جست؛ زیرا در مقام اصل تشریح قصاص می‌باشند. به این اشکال چنین پاسخ داده شده است که اصل در مقام تشریح بودن پذیرفتنی نیست و اگر هم احتمال داده شود که در مقام تشریح می‌باشند، ضرری نمی‌رساند؛ چه آنکه اگر آن‌ها در مقام تشریح قصاص دانسته شوند، مجال تمسک به اکثر عموماًت از بین می‌رود (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰: ۱۶۷).

۱-۳-۱. مقایسه با اخذ به شفعه

برخی فقها استقلال ولی دم در استیفای قصاص را با سایر حقوق مانند اخذ حق شفعه مقایسه کرده‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۲۹/۱۵؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۳۹/۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۹۹/۱۶) که ذی‌الحق به طور مستقل و بدون مراجعه به حاکم می‌تواند حقوق مورد نظر را استیفا نماید. پیش از این، در ادله موافقان اذن نیز استنباط از موارد مشابه و حد قذف مورد بحث و بررسی قرار گرفت. بر مبنای این استدلال، کلیت استیفای حقوق از سوی صاحب در همه حقوق صدق می‌کند که از جمله آن‌ها می‌توان به استیفای حق قصاص اشاره کرد.

تعمیم‌پذیر بودن ملاک استیفای حقوق از سوی صاحب حق و از جمله حق شفعه به استیفای حق قصاص، قیاس به شمار می‌آید. افزون بر این، چه بسا رویکرد فقها

درباره سایر حقوق غیر از حق قصاص، مبتنی بر ادله و نصوصی باشد که تنها ناظر به موضوع همان نصوص می‌باشند و قاعده عامی وجود ندارد که بر جواز قصاص بدون مراجعه به حاکم هم دلالت کند.

۱-۳-۲. اصل

از نگاه مخالفان استیذان، مقتضای اصل براءت ذمه، عدم توقف استیفای قصاص بر اذن می‌باشد (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۹۴/۱۰). شک در استیذان، از قبیل شک بدوی در خصوص تکلیف است و در چنین مواردی، اصل براءت جاری می‌شود (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵: ۳۳۸-۳۳۷/۲). از این رو با توجه به فقدان دلیل معتبر، ذمه صاحب حق قصاص نسبت به تحصیل اذن بری است.

استناد به اصل نیز محل مناقشه است؛ چه آنکه اصل، یک دلیل فقاهتی محسوب می‌شود و کاربست اصلی دلیل فقاهتی آنجاست که دلیل اجتهادی برای تعیین حکم مسئله وجود نداشته باشد.

۱-۲. تفصیل

تأمل در عبارات برخی فقها، از وجود دیدگاهی تفصیلی حکایت دارد و این دسته از فقها نتوانسته‌اند هر یک از دیدگاه‌های پیشین را به طور مطلق بپذیرند. شیخ طوسی در موضعی از *المبسوط*، صیمری و اسدی حلی به رویکردی تفصیلی روی آورده‌اند که استیفای قصاص نفس بدون اذن امام جایز است، اما در قصاص عضو اذن امام لازم است (طوسی، ۱۳۸۷: ۵۷-۵۵/۷؛ صیمری، ۱۴۰۸: ۱۵۸/۳؛ ابن فهد حلی، ۱۴۱۰: ۴۳۴). دیدگاه شیخ طوسی بر این پایه استوار است که آیه جعل سلطان برای ولی دم مقتول مظلوم، بر جواز استیفای قصاص نفس توسط ولی دم دلالت می‌کند. دلیل عدم جواز اجرای قصاص عضو توسط ولی دم آن است که با توجه به حرص ولی دم برای تشفی خاطر از رهگذر قطع کردن عضو مرتکب، امکان دارد که بیش از حق خویش، عضو مرتکب را قصاص نماید و در نتیجه مرتکب جنایت علیه مرتکب شود. در ادامه، شیخ در تفاوت بین قصاص نفس و قصاص عضو چنین می‌آورد که قصاص عضو با قصاص نفس متفاوت است؛ زیرا در قصاص عضو، ولی دم استحقاق بخشی از عضو مرتکب را دارد

(طوسی، ۱۳۸۷: ۷/۵۶-۵۷) که این مطلب در مورد نفس صدق نمی‌کند.

آنچه که شیخ طوسی درباره لزوم اذن در قصاص عضو ارائه کرده است، قابل مناقشه می‌باشد؛ زیرا نمی‌توان چنین گفت که در قصاص نفس، امکان تعرض به بیش از حق از سوی ولی دم منتفی می‌باشد. یکی از مواردی که تعرض به بیش از استیفای حق در قصاص نفس محسوب می‌شود، مثله کردن است. این مسئله به طور کلی درباره سلب حیات با شیوه‌های غیر متعارف و غیر انسانی نیز صدق می‌کند.

تفصیل دیگر آن است که در صورت وجود مفسده، ولی دم نمی‌تواند شخصاً قصاص را استیفا کند و اجرای قصاص در چنین حالتی تنها بعد از اذن حاکم جایز است. این تفصیل بر این استدلال استوار است که عموم آیات و روایات، بر عدم توقف قصاص در حالت عدم ترتب مفسده دلالت دارند (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰: ۱۶۸). اصل استدلال اول کلام است؛ زیرا انصراف عمومات به عدم مفسده، به دلیلی متقن و مستحکم نیاز دارد که بر اساس آن دلیل بتوان آن‌ها را تخصیص زد که چنین دلیل منحصی مشاهده نمی‌شود. به عکس، عمومات هم حالت مفسده را در بر می‌گیرند و هم فرضی که استیفای قصاص متضمن مفسده‌ای نباشد.

۳-۱. ارزیابی

با توجه به گزارشی که از ادله هر یک از دیدگاه‌ها بیان شد، مشخص می‌شود که هیچ کدام از آن‌ها، از ادله تام و مستحکم برخوردار نمی‌باشند. از نگاه نگارندگان، رأی لزوم اذن صائب به نظر می‌آید؛ زیرا از نوع نگاه فقها و محل بحث از اجرای قصاص چنین برداشت می‌شود که این مسئله ذیل «احکام و سیاسیات» مورد بررسی قرار گرفته است. حال فرقی نمی‌کند که آن را مشمول غیر معاملات قرار داده شده باشد یا آنکه ذیل عنوان خاص «احکام و سیاسیات» آمده باشد. خصیصه اصلی جزء احکام بودن آن است که مسائل مربوط به آن باید در گستره احکام حکومت و اجتماع تفسیر شوند. وقتی که فقهای متقدم به اجرای قصاص از سوی سلطان، امام و حاکم یا افراد مأذون از طرف آنان و ناظر در امور مسلمانان نظر داده‌اند، این نشان می‌دهد که اطلاق و عموم نصوص ولو بر عدم لزوم مراجعه به حاکم دلالت داشته باشد، باید حالت نظام‌مندی را

مورد توجه داد که از اقتضائات حکومت به شمار می‌آید. به بیان دیگر، چگونگی اجرای مجازات نیز از قاعده‌ای مضبوط پیروی می‌کند. بر این اساس، فقهای متقدم از شیخ مفید تا ابن ادریس حلّی که عصر زندگی وی از شیخ مفید بسیار دور می‌باشد، اساساً به نصوص هیچ اشاره‌ای نکرده‌اند. فرض قابل تأملی است که فقهای موافق اذن با آگاهی از نصوص و بر خلاف آن‌ها، به لزوم اذن فتوا داده‌اند؛ به این معنا که مبانی اجتهاد ایشان بر عدم عمل به آن نصوص متمرکز است.

حال سؤال اینجاست که چرا فقهای متأخر به عدم لزوم اذن روی آورده‌اند؟ به نظر می‌رسد که مبانی اجتهاد آنان بر عمل به نصوص استوار است و اینکه بر اساس رویه غالب و به صورت مسئله‌محور و در قالب فقه فردی به موضوع مورد بحث پرداخته‌اند و فراتر از آن و در چارچوب اجرای احکام در گستره حکومت اسلامی، دیدگاه‌های خویش را ابراز نکرده‌اند. با آنکه مباحث جزایی و به طور خاص بحث قصاص را در ذیل احکام و سیاسیات آورده‌اند، ولی همان شیوه مسئله‌محور و فقه فردی که در غیر معاملات و عبادیات سیطره دارد، بر معاملات و احکام نیز سایه افکنده است.

البته نظر نگارندگان به معنای تأیید فرایند استیذان به شکل فعلی پس از انقلاب اسلامی نمی‌باشد. در این خصوص، از دیدگاه اعتبار استیذان اعم از آنکه از مبانی مستحکم و متقنی برخوردار باشد یا مبتنی بر ادله‌ای قوی نباشد، این نکته به دست می‌آید که بیشتر به اجرای حکم قصاص مربوط است و امر دیگری در آن دخیل نمی‌باشد و با آنچه که در حال حاضر مرسوم است که در مرحله استیذان از ولی امر، پرونده کیفری مورد بررسی و مطالعه مجدد قرار می‌گیرد، به کلی متفاوت است. احصای مورد به مورد عبارات فقهای موافق اذن، اعم از متقدمان، متأخران و معاصران در ذیل بحث مدخلیت اذن حاکم در اجرای قصاص، مؤید این مسئله است که اساساً نقش آفرینی بالاترین مقام نظام اسلامی در این باره، به اجرای مجازات قصاص نظر دارد. البته این مسئله به معنای نفی اجرای قصاص از سوی صاحب حق قصاص نمی‌باشد؛ زیرا همان طور که مشاهده شد، سلطان یا حاکم می‌تواند به اولیای دم اذن بدهد که آنان خودشان قصاص را اجرا کنند.

مؤیدی که برای دیدگاه اعتبار اذن قابل ارائه است، بر این مطلب متکی است که

جواز استیفای قصاص بدون مراجعه به حاکم، بیشتر مصداق انتقام می‌باشد تا مجازات. چنین چیزی دقیقاً برگشت به زمان قبل از تشریح قصاص است که در اجرای مجازات از چارچوب خاصی پیروی نمی‌شده است. تشریح قصاص که بر حیات و حقن دماء تأکید دارد، متضمن دو نوع حیات و حقن دماء می‌باشد: یکی اینکه به کشته نشدن افراد غیر قاتل نظر دارد و دیگر آنکه به مجرمان بالقوه این پیام را می‌رساند که در صورت ارتکاب قتل، آنان نیز قصاص خواهند شد و بر این پایه است که با عدم ارتکاب قتل، حیات دیگران حفظ خواهد شد. بنابراین، دو موضوع خاص و عام برای حیات قابل احصا می‌باشد: حیات عام آنجاست که قصاص زمینه‌ساز کاهش ارتکاب قتل خواهد شد و حیات خاص به زنده ماندن افراد محقون‌الدم غیر قاتل اختصاص دارد که تنها یک نفر قصاص می‌شود نه بیشتر از آن.

۲. نقد فرایند استیدان در نظام حقوقی ایران

قانون‌گذار در ماده ۴۱۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، موضع خود را با گزینش یکی از دیدگاه‌های فقهی مبنی بر لزوم استیدان معین کرده است. آنچه که از تأمل در ماده‌های ۴۱۷ و ۴۱۸ قانون مذکور و همچنین مواد ۳۳، ۶۰ و ۷۰ آیین‌نامه نحوه اجرای احکام حدود، سلب حیات، قطع عضو، قصاص نفس، عضو و جرح، دیات، شلاق، تبعید، نفی بلد، اقامت اجباری و منع از اقامت در محلی یا محل‌های معین مصوب ۱۳۹۸/۳/۲۷ برداشت می‌شود آن است که با وجود تصریح به لزوم استیدان در اجرای قصاص، زمان مشخصی برای طی شدن مرحله استیدان از مقام رهبری یا نماینده او تعیین نشده است و از این رو، در نظر گرفتن حداقل یا حداکثر دوره زمانی برای آن ممکن نمی‌باشد. عدم پیش‌بینی این مسئله در قانون، به مفهوم آن است که ملاک اصلی برای استیدان، وابسته به نظر طرف مستأذن می‌باشد و در پرونده‌های مختلف متفاوت می‌شود و مثلاً ممکن است در موردی، یک سال از وقوع جنایت سپری شود و آنگاه به اجرای قصاص اذن داده نشود و در موردی دیگر، سپری شدن استیدان چند سال را به خود اختصاص دهد. عدم ثبات به این مشکل دامن می‌زند که در این مرحله، آثاری منفی بر جامعه تحمیل، و مرتکب مجازاتی غیر شرعی را تحمل

می‌کند و از سویی، کارکردهای مبتنی بر بازدارندگی قصاص را نیز از بین می‌برد. به‌طور کلی، در رویه قضایی ملاک یکسانی نسبت به سقف مدت نهایی برای صدور اذن مقام رهبری یا نماینده او دیده نخواهد شد.

به‌طور کلی در مرحله استیذان، پرونده‌ها به‌طور کامل مطالعه و بررسی دقیق می‌شوند و «صحت رأی» و «عدم صحت رأی»، دو شق قابل تصور پس از این بررسی می‌باشد که در حالت نخست، پرونده برای استیذان نزد رئیس قوه قضاییه ارسال می‌شود (عابدی، ۱۳۹۸: ۲۴۲-۲۴۳). برای عینی‌تر شدن موضوع و اینکه فرایند استیذان چه زمانی را به خود اختصاص می‌دهد و در نتیجه محکوم به قصاص در آن مدت در زندان به سر می‌برد، به مدت زمان فرایند مذکور در دو پرونده اشاره می‌شود. در پرونده قتل عمدی شماره دادنامه قطعی ۹۷۰۹۹۷۰۹۹۱۰۰۰۲۱۶ در تاریخ ۱۳۹۳/۶/۱۸ مقتول با اصابت چاقو از سوی قاتل به قتل می‌رسد. پرونده برای رسیدگی به شعبه ۵ دادگاه کیفری یک استان خراسان رضوی ارسال و در تاریخ ۱۳۹۷/۳/۲ حکم قصاص قاتل صادر می‌گردد. حکم بدوی عیناً در تاریخ ۱۳۹۷/۶/۳۱ در شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور تأیید می‌گردد. با فراهم شدن مقدمات اجرای قصاص در تاریخ ۱۳۹۸/۲/۲۴، پرونده برای استیذان از ریاست قوه قضاییه ارسال می‌گردد که در تاریخ ۱۳۹۸/۱۲/۲۰ با اجرای قصاص موافقت می‌شود و رأی در تاریخ ۱۳۹۹/۷/۱ اجرا می‌شود.

چنان که قابل مشاهده است، زمان بین صدور حکم قطعی قصاص در دیوان عالی کشور تا موافقت با اجرای قصاص در مرحله استیذان، ۱۷ ماه و ۲۰ روز به طول انجامیده است که از این مدت، ۹ ماه و ۲۶ روز فقط به فرایند استیذان اختصاص یافته است. از آنجا که بعد از صدور حکم قطعی فقط مجازات قصاص وجود دارد، آیا این میزان حبس، تحمیل مجازات مضاعف دیگری محسوب نمی‌شود؟ آیا می‌توان چنین ادعا کرد که در همه پرونده‌های قتل عمد، فرایند استیذان از لحاظ زمانی به صورت ضابطه‌مند می‌باشد؟

حسب دیگر پرونده مطالعه‌شده، در تاریخ ۱۳۸۸/۱۰/۱۲ در روستایی از توابع شهرستان سبزوار در یک آتش‌سوزی دو جنازه سوخته‌شده کشف می‌گردد که بررسی اولیه از جنایی بودن این موضوع حکایت داشته است. یکی از افراد حاضر در محل وقوع جرم،

به عنوان مظنون دستگیر و تحت نظر قرار می‌گیرد و در تحقیقات اولیه، به دو فقره قتل یک زن و شوهر اقرار می‌کند. با تکمیل تحقیقات پرونده و تقاضای قصاص از سوی اولیای دم در تاریخ ۱۳۹۵/۶/۱۵ در خصوص اتهامات متهم دایر بر دو فقره قتل عمد و نیز جنایت بر میت، کیفرخواست صادر می‌گردد و شعبه ۵ دادگاه کیفری یک استان خراسان رضوی در تاریخ ۱۳۹۶/۷/۱۵ حکم بر محکومیت متهم به تحمل دو بار قصاص نفس و پرداخت دیه جنایت بر میت صادر می‌نماید. با تجدیدنظرخواهی متهم، دادنامه بدوی عیناً در شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۳۹۷/۱/۷ طی دادنامه شماره ۸۵۰۹۹۸۵۱۲۹۷۰۰۱۳۹ تأیید می‌شود. با قطعیت دادنامه و تقاضای قصاص از سوی اولیای دم، دادستان محل در تاریخ ۱۳۹۷/۱۰/۱۸ پرونده را برای استیذان ارسال می‌نماید که در تاریخ ۱۳۹۸/۷/۸ با استیذان موافقت می‌شود.

بنا بر گزارش ارائه‌شده، در پرونده مورد بحث، محکوم به قصاص به میزان ۱۹ ماه و یک روز پس از صدور حکم قطعی در زندان بوده است که ۹ ماه و ۲۰ روز فقط به فرایند استیذان اختصاص یافته است.

۳. تحلیل انتقادی سلب آزادی محکوم به قصاص

یکی از چالش‌های ناظر به اذن مقام رهبری یا نماینده او در اجرای قصاص آن است که محکوم‌علیه در زندان نگهداری می‌شود. مشروعیت یا عدم جواز سلب آزادی محکوم به قصاص از یک سو و پیامدهای آن از طرف دیگر، نیازمند بررسی است.

۳-۱. ارزیابی مستندات عدم جواز و مشروعیت حبس محکوم‌علیه در

فرایند استیذان

مسئله سلب آزادی محکوم به قصاص در مراحل استیذان را در قالب دو نظر کلی «مشروعیت» و «عدم جواز» می‌توان بررسی کرد.

۳-۱-۱. ادله عدم مشروعیت

چند دلیل برای عدم جواز حبس محکوم به قصاص قابل ارائه می‌باشد:

۱-۱-۳. نصوص ناظر بر تشریح قصاص

مؤدای نصوص ناظر بر مجازات جنایت عمدی علیه تمامیت جسمانی اشخاص نشان می‌دهد که سه راه فراروی صاحبان حق قصاص در جنایات عمدی وجود دارد: قصاص، مصالحه، عفو مرتکب. آیاتی درباره سه مورد پیش گفته دیده می‌شوند؛ برای نمونه، آیه ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ (بقره/ ۱۷۸) قابل اشاره است. همچنین روایاتی نیز بر این موارد دلالت دارند؛ مثلاً در روایتی آمده است:

«مَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا أُقِيدَ مِنْهُ إِلَّا أَنْ يَرِضَى أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ أَنْ يَقْبَلُوا الدِّيَةَ فَإِنْ رَضُوا بِالْدِّيَةِ وَأَحَبَّ ذَلِكَ الْقَاتِلُ فَالْدِّيَةُ» (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۶۱/۴).

هرچند که ممکن است نصوص مذکور به تنهایی فقط ناظر به یکی موارد قصاص، اخذ دیه و عفو مرتکب باشند، ولی نگاه مجموعی به آن‌ها نشان می‌دهد که بر حبس مرتکب دلالتی ندارند و موضوع صرفاً حق قصاص است. بنابراین، بین استیذان و حبس ملازمه‌ای وجود ندارد و نمی‌توان ادعا کرد که حبس مرتکب برای استیذان قصاص، امری مجاز و مشروع به شمار می‌آید؛ زیرا در جنایت عمدی، موضوع صرفاً حق قصاص می‌باشد و تعلق گرفتن حق اولیای دم به جان قاتل نیز توجیه‌کننده حبس وی نمی‌باشد. در این خصوص، برخی از مراجع معاصر تأکید کرده‌اند در مواردی که حکم شرعی قصاص است، حبس محکوم‌علیه وجهی ندارد (ر.ک: مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضاییه، ۱۳۹۷: سؤال ۵۰۸۸). بر این اساس، حبس نامتعارف محکوم به قصاص در مرحله استیذان نیز یکی از مصداق‌های بی‌وجه حبس به شمار می‌آید.

علاوه بر آنچه که بیان شد، یکی از آیه‌هایی که مشروعیت قصاص از آن استنباط می‌شود، آیه ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ (بقره/ ۱۹۴) می‌باشد. آنچه که از این آیه برداشت می‌شود آن است که در قصاص، رعایت مماثلت لازم است. «مثل» در آیه مذکور به معنای «مقدار» می‌باشد که جنایت متقوم این مقدار می‌باشد. همچنین آیه ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ (نحل/ ۱۲۶) نیز بر تشریح قصاص دلالت دارد. چنان که قابل مشاهده است، در این آیه مانند آیه قبل، مرز بین جنایت و مجازات «مثل» می‌باشد. اگر در جنایت

عمدی بر نفس یا جنایت عمدی بر عضو، محکوم به قصاص علاوه بر قصاص نفس یا قصاص عضو، مدتی نیز در زندان نگهداری شود، آیا مفهوم «مثل» تحقق یافته است؟ افزون بر دو آیه مذکور، در آیه «وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا» (مائده/ ۴۵) به تقابل نفس در برابر نفس و اعضای همچون چشم در برابر چشم، بینی در برابر بینی و... در جنایت عمدی بر نفس و جنایت عمدی بر عضو تصریح شده است و چیزی با عنوان سلب آزادی دیده نمی‌شود. به طور کلی، از نگاه مجموعی به این آیات چنین برداشت می‌شود که در اعتداء و معاقبه، تجاوز از «مثل» جایز نمی‌باشد و سلب آزادی محکوم به قصاص با ظاهر آن‌ها ناهماهنگ می‌باشد. مادامی که قرینه‌ای بر خلاف ظاهر اقامه نشود، حجیت آن‌ها به قوت خویش باقی می‌ماند و برای عدم عمل به آن‌ها، مستند معتبر لازم است. حال سؤال آن است که آیا جواز سلب آزادی محکوم به قصاص دارای ادله متقن و غیر قابل مناقشه می‌باشد که به عنوان قرینه‌ای بر خلاف این ظاهر به شمار آیند؟ در مطالب آتی به این ادله اشاره خواهد شد.

۲-۱-۱-۳. استناد به قواعد «لا یجنی» و «لا ضرر»

با توجه به قواعد فقهی «لا یجنی الجانی علی أكثر من نفسه» و «لا ضرر» می‌توان بر عدم مشروعیت حبس استدلال نمود.

۱-۲-۱-۱-۳. قاعده «لا یجنی الجانی علی أكثر من نفسه»

کیفیت استدلال به قاعده «لا یجنی» چنین است که آیا در جنایت عمدی مستوجب قصاص می‌توان مرتکب را به دو مجازات محکوم نمود؟ برای نمونه، زنی به قتل مردی اقدام می‌کند و اولیای دم مقتول، خواهان قصاص زن و اخذ نصف دیه می‌باشند. روایاتی در خصوص قتل مرد توسط زن در یک جنایت دیده می‌شوند که بر «قصاص قاتل» و «عدم پرداخت دیه از سوی اولیای دم زن» متمرکز می‌باشند؛ مثلاً هشام بن سالم از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که زنی مردی را به قتل می‌رساند، چه چیزی علیه قاتل ثابت می‌شود؟ امام علیه السلام فرمود: جانی بیشتر از جانش مجازات نمی‌شود (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۶۷/۴). از کنار هم قرار گرفتن عبارت‌های «وَإِنْ قَتَلَتِ الْمَرْأَةُ الرَّجُلَ قُتِلَتْ بِهِ وَكَيْسَ

لَهُمْ إِلَّا نَفْسُهَا» (همو، ۱۴۰۷: ب: ۱۸۰/۱۰) و «إِنْ شَاءَ أَهْلُهُ أَنْ يُقْتُلُوهَا قَتَلُوهَا وَلَيْسَ يَجْزِي أَحَدٌ أَكْثَرَ مِنْ جِنَايَتِهِ عَلَى نَفْسِهِ» (همان: ۱۸۱/۱) در روایت‌های متعدد چنین برداشت می‌شود که در جنایت عمدی، فقط جان قاتل موضوع مجازات قرار می‌گیرد. بر این مبنا، استناد به «(لا یجنی الجانی علی أكثر من نفسه)» نیز می‌تواند محل استدلال برای عدم مشروعیت سلب آزادی محکوم به قصاص واقع شود؛ چه آنکه:

«این عبارت چون در مقام تعلیل برای عدم اخذ دیه است، از باب «العلّة تعمّم» می‌تواند علت برای امور دیگر قرار گیرد؛ مثلاً می‌توان حرمت «مثله قاتل» و نیز «حرمت زندانی کردن قاتلی» را که قرار است قصاص شود، به این عبارت مستند نمود» (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۸: ۱۷۷).

از سوی دیگر، از آنجا که واژه «(لا یجنی)» در روایات برای نفی گرفتن دیه از قاتلی که قصاص خواهد شد، استعمال شده است، می‌توان معنای عامی را برای آن در نظر گرفت و «شاید بتوان حرمت زندانی کردن قاتل را بدان مستند کرد. بنابراین قاعده مورد بحث، اعمال مجازاتی علاوه بر قصاص را بر جانی منع می‌کند. در نتیجه حبس در مورد قاتلی که در معرض فرار نیست و حبس مقدمه اعمال قصاص نیست، نارواست» (همو، ۱۳۸۹: ۳۹۴-۳۹۵).

به طور کلی سلب آزادی محکوم به قصاص در موارد متعددی قابل تحقق است و در بعضی فرض‌ها به دلیل امتناع یا ناتوانی اولیای دم مقتول در پرداخت فاضل دیه، قاتل زندانی می‌شود تا با پرداخت فاضل دیه، زمینه برای اجرای قصاص فراهم شود. افزون بر این، طی شدن فرایند استیذان مصداق دیگری است که محکوم‌علیه در زندان نگهداری می‌شود. در هر حال، نمی‌توان چنین ادعا کرد که قاعده «(لا یجنی)» صرفاً به موارد خاصی از حبس قاتل انصراف دارد و شامل حبس در مرحله استیذان از ولی امر نمی‌شود، بلکه موضوع روایات مشتمل بر «(لا یجنی)» عام است و واژه‌هایی مثل «(لیس یجنی أحد...» که نکره در سیاق نفی می‌باشد، از تخصیص ابا دارد و هر مرتکبی را در بر می‌گیرد.

۳-۱-۲-۱-۲. قاعده لاضرر

از مفاد قاعده «لاضرر» نیز در جهت عدم جواز سلب آزادی محکوم‌علیه می‌توان

بهره برد؛ بدین معنا که با توجه به نفی ضرر در شرع، حبس قاتل در مرحله استیذان ضرر محسوب می‌شود. این استدلال در عبارات فقها در موارد مشابه عروض مانعی برای اجرای قصاص که حبس قاتل جایز نمی‌باشد، قابل پیگیری است؛ آنجا که فقها زندانی شدن قاتل را در موارد صغیر یا مجنون بودن اولیای دم یا غیبت ولی دم برتائیده و در این خصوص به ضرری بودن حبس قاتل اشاره کرده‌اند (ابن زهدری حلّی، ۱۴۲۸: ۱۷۴/۲)؛ برای نمونه، صاحب جواهر درباره ضرری بودن حبس قاتل به دلیل مجنون بودن ولی دم چنین می‌نگارد:

«اشکال حبس قاتل در حالتی که ولی دم مجنون است و امیدی به بهبودی مجنون وجود ندارد، در مقایسه با ولی دم صغیر شدیدتر است، در نتیجه حبس ضرر می‌باشد» (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۰۴/۴۲).

حال سؤال این است که آیا می‌توان از این تعلیل «لا ضرر» درباره عدم جواز مشروعیت حبس در فرایند استیذان استفاده کرد؟ تعمیم‌پذیر بودن «لا ضرر» و تسری آن به سلب آزادی محکوم علیه صائب به نظر می‌آید. افزون بر این، اگر روایت خاصی درباره حبس قاتل در موارد غیر استیذان وجود داشته باشد و فقها نیز بر اساس آن فتوا داده باشند، چنین چیزی خدشه‌ای به «لا ضرر» وارد نمی‌کند و می‌توان به عنوان مؤید از قاعده «لا ضرر» بهره برد.

۳-۱-۱-۳. مقتضای ادله فقهائیه

اگر دلیلی برای اثبات عدم جواز سلب آزادی محکوم به قصاص در فرایند استیذان در دسترس نباشد یا آنکه ادله در دسترس از کارایی لازم برای اثبات حکم شرعی برخوردار نباشند و جزء ادله معتبر محسوب نشوند، مشخص است که ضرورت دارد بر اساس مؤدای ادله فقهائیه و اصول عملیه، حکم حبس در فرایند استیذان محکوم علیه تعیین شود. سؤال آن است که ادله فقهائیه، کدام یک از موارد حرمت یا جواز سلب آزادی محکوم به قصاص را اقتضا دارند؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که در این خصوص نسبت به مشروعیت یا عدم مشروعیت سلب آزادی محکوم به قصاص، شک ایجاد شده است که اصل بر عدم جواز سلب آزادی محکوم به قصاص دلالت می‌کند

و در نتیجه، اگر پس از صدور حکم قطعی، محکوم علیه در راستای فرایند استیذان مدتی در زندان نگهداری شود، چنین چیزی حرام است. بنابراین آنچه در مورد عدم جواز سلب آزادی محکوم علیه بر مبنای نصوص شرعی پیش از این بیان شد، با مفاد اصول عملیه به نقطه مشترکی می‌رسند که سلب آزادی محکوم به قصاص جایز نمی‌باشد.

۳-۱-۴. فلسفه تشریح قصاص

از زاویه دیگری نیز می‌توان سلب آزادی محکوم به قصاص را مغایر با نصوص دانست. با این توضیح که به طور کلی، آنچه از تأمل در بافت تشریح قصاص حاصل می‌آید آن است که نحوه واکنش به رفتار مجرمانه، زمینه‌ساز بر هم خوردن نظم عمومی جامعه می‌شده است؛ بدین معنا که واکنش در همه موارد یکسان نبوده و با تشریح قصاص، این یکسانی بین جرم و مجازات تحقق یافته و واکنش به جنایت ضابطه‌مند شده است. بنابراین، ویژگی قصاص آن است که ناظر بر نفی اعمال هر نوع زیاده‌ای نسبت به جانی می‌باشد و در نتیجه، قصاص تنها مجازات قابل اعمال بر جانی به شمار می‌آید و تحمیل مواردی غیر از آن بر قاتل جایز نمی‌باشد و در این حالت، بین حبس یا ایداء جانی تفاوتی وجود ندارد. بر این مبنای پیگیری اهدافی که در قصاص از سوی شارع تشریح شده است، نشان می‌دهد که سلب آزادی محکوم به قصاص جایز نمی‌باشد. بنابراین سلب آزادی محکوم به قصاص در نقطه مقابل تشریح قصاص می‌باشد؛ زیرا قصاص در راستای ایجاد تعادل و تناسب بین جرم و مجازات و ضابطه‌مند شدن پاسخ به جنایت قتل عمدی تشریح شده است که سلب آزادی محکوم به قصاص، عدول از این ویژگی قصاص و کارکرد تعادل و تناسب آن می‌باشد.

۳-۱-۲. مستندات جواز حبس

دو دلیل برای مشروعیت حبس در فرایند استیذان برای اجرای قصاص می‌توان ارائه داد:

۳-۱-۲-۱. آیه جعل سلطان

در آیه سی و سوم سوره اسراء، به عنوان یکی از آیات ناظر بر تشریح قصاص پس از

بیان حرمت قتل و موارد استثنای آن چنین آمده است: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا﴾. در مورد گستره سلطان ولی دم بر قاتل، نظرات مختلفی دیده می‌شود و بر این اساس، ضرورت دارد که شمول فراز ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا﴾ نسبت به سلب آزادی قاتل در فرایند استیذان مورد تأمل قرار گیرد و به این پرسش پاسخ داده شود که آیا جعل سلطان برای ولی دم، با حبس قاتل ملازمه دارد؟

بر فرض که حبس قاتل به علت سلطنت بر جانی پذیرفته شود، به نظر می‌آید که این مطلب، همه موارد حبس قاتل را در بر نمی‌گیرد و به حالتی منصرف است که حبس تابع و وابسته به نظر اولیای دم باشد و مصادیق دیگر حبس مشمول آن واقع نمی‌شود؛ برای نمونه، در پرونده‌های متعددی اولیای دم بین دو سنگ آسیا گرفتارند و نه قصاص را اجرا می‌کنند و نه تمایلی به گذشت از آن دارند، کما اینکه در قتل همسر توسط شوهر این مسائل برای فرزندان مشترک که اولیای دم همسر می‌باشند، صدق می‌کنند. در چنین حالتی، چه بسا حبس قاتل مناسب‌ترین گزینه می‌باشد و اولیای دم به انتظار زهوق نفس قاتل به راه‌هایی غیر از اجرای قصاص - همانند خودکشی، قتل توسط دیگری در زندان، فوت قاتل در زندان به دلیل ابتلا به بیماری کووید ۱۹- باقی می‌مانند. مثال دیگر، پرونده‌هایی است که اولیای دم به دلایل و انگیزه‌های شخصی، اجرای حکم قصاص را به تأخیر می‌اندازند و فراهم شدن زمینه اجرای قصاص ممکن است سال‌ها به طول انجامد و مشخص است که قاتل در حبس به سر خواهد برد. چه بسا در چنین مواردی بتوان ادعا نمود که حبس قاتل بر پایه جعل سلطان برای اولیای دم جایز می‌باشد و سلطان، حبس قاتل را شامل می‌شود.

این در حالی است که مدعا، سلب آزادی قاتل تا زمان اظهار نظر ولی امر برای اجرای قصاص می‌باشد و سلطه اولیای دم بر جانی، دلیلی برای توجیه و تجویز حبس قاتل به علت امری غیر مرتبط با اولیای دم به شمار نمی‌آید. بر این مبنا، قلمرو سلطان به حبسی محدود می‌گردد که به خواسته اولیای دم مرتبط باشد یا آنکه برخاسته از نظر آنان باشد و به نوعی از الزامات عملکرد اولیای دم تلقی شود. آیا اگر اولیای دم خواهان حبس قاتل نباشند ولی به علت طی شدن فرایند استیذان، محکوم علیه باید در حبس نگهداری شود، این استدلال پذیرفتنی است که به سلطه ولی دم استناد شود؟ بنابراین

ملازمه‌ای بین حبس در فرض استیذان با جعل سلطان برای اولیای دم وجود ندارد.

۱-۲-۳. حفظ حقوق اولیای دم

اگر زمینه اجرای قصاص به دلیل طی شدن مراحل استیذان از ولی امر فراهم نباشد، حقوق اولیای دم چگونه حفظ می‌شود؟ آیا تنها راه، سلب آزادی محکوم به قصاص است؟ در پاسخ به این سؤالات که مانعی برای اجرای قصاص وجود دارد، یک راه حفظ حقوق اولیای دم آن است که محکوم علیه در بازداشت نگهداری شود و در مقابل، راه دیگر متکی به این استدلال است که پس از صدور حکم قطعی قصاص، محکوم به قصاص، محکوم به حبس نیست و در نتیجه، نگهداری وی در زندان جایز نمی‌باشد. در فرضی که طی شدن فرایند استیذان برای اجرای قصاص لازم است، حبس محکوم علیه مقدمه‌ای برای حفظ حقوق اولیای دم و جلوگیری از تضییع آن می‌باشد و مادام که زمینه اجرای قصاص به هر دلیلی فراهم نمی‌باشد، مرتکب در زندان نگهداری می‌شود.

با وجود این، کلیت این استدلال قابل مناقشه به نظر می‌آید؛ زیرا این استدلال زمانی به طور کامل پذیرفتنی است که در هر حالتی و موردی چنین گفته شود که آزادی قاتل قبل از اجرای قصاص، موجب تضییع حقوق اولیای دم به شمار می‌آید. این در حالی است که نمی‌توان گفت آزادی قاتل با تضییع حقوق اولیای دم ملازمه دارد. تفکیکی که در عبارات برخی از فقها برای حبس قاتل ارائه شده است، بر این مهم دلالت می‌کند. در این راستا، در استفتایی از مراجع معاصر درباره تکلیف قاتل مبنی بر حبس یا آزادی او تا زمان اذن ولی امر یا نماینده او چنین آمده است:

«برای قصاص قاتل، نیاز به اذن ولی امر یا نماینده او می‌باشد. در صورتی که این اذن داده نشود، تکلیف قاتل چیست؟ آیا باید تا زمان اذن، گرچه ده‌ها سال طول بکشد، در حبس بماند و یا فوراً آزاد شود؟ در صورت دوم، چه تأمینی باید اخذ شود؟ جواب: در مفروض سؤال، اگر قاتل در معرض فرار نیست، فوراً آزاد شود تا تکلیف او از طرف ولی امر یا نماینده او معلوم گردد. چون پس از ثبوت جرم، قصاص یا دیه یا عفو است و حق حبس ندارد و اگر در معرض فرار است، تا حدودی که عرفاً جهت تحصیل اذن لازم است، او را حبس و پس از آن با اخذ وثیقه یا کفیل یا دیه

به نحو مشروط او را آزاد کنند؛ چون مورد از موارد تراحم حقین است و حق ولی دم، اهم می‌باشد» (فاضل موحدی لنگرانی، بی تا: ۵۰۴-۵۰۵).

چنان که قابل مشاهده است، در فتوای فوق، حکم حبس قاتل محکوم به قصاص، بین دو حالت امکان فرار یا عدم فرار وی متفاوت است. در فرض اخیر، سلب آزادی قاتل جایز نمی‌باشد. عدم جواز حبس در چنین حالتی بر این بنیان استوار است که با ارتکاب جنایت عمدی عمدتاً سه واکنش در قبال قاتل قابل اعمال است؛ قصاص به عنوان مجازات اصلی، تبدیل قصاص به دیه، و عفو قاتل در ازای رفتار مجرمانه. در نتیجه مورد چهارمی تحت عنوان حبس، فاقد مشروعیت است و سلب آزادی قاتل در حالت عدم فرار، نوع دیگری از مجازات به شمار می‌آید که دلیلی از شرع بر جواز آن دیده نمی‌شود. عبارت «فوراً آزاد شود» در متن استفتاء نشان می‌دهد که حبس قاتل حتی به میزان کمترین زمان هم جایز نمی‌باشد.

چنانچه امکان فرار قاتل وجود داشته باشد، آنگاه نوبت به حبس می‌رسد. ولی این حبس نیز امری مشروط می‌باشد و از ملاکی عرفی برای تحصیل اذن تبعیت می‌شود و اگر حبس قاتل بیش از زمانی باشد که عرفاً تحصیل اذن ولی امر زمان می‌برد، باید زمینه برای آزادی او فراهم شود. به بیان دیگر، مدت زمان حبس تابع تشخیص عرف درباره بازه زمانی تحصیل اذن می‌باشد و این طور نیست که به هر میزانی که تحصیل اذن طولانی شود، حبس نیز جایز باشد.

در نمونه‌ای مشابه، امام خمینی در خصوص حبس محکوم علیه تا زمان بلوغ ولی دم صغیر، بر عدم توجیه حبس به صرف محکومیت مرتکب به قصاص تأکید دارند:

«صرف محکومیت به قصاص مجوز حبس محکوم علیه تا زمان بلوغ و اظهارنظر وارث صغیر نیست. ولی اگر خوف فرار محکوم علیه در بین نباشد، مانع ندارد کفیل یا وثیقه نقدی یا غیر نقدی اخذ نمایند و در صورت خوف فرار محکوم علیه، اگر مدت انتظار بلوغ صغار کوتاه باشد، حبس اشکال ندارد» (ر.ک: مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضاییه، ۱۳۹۷: سؤال ۲۴۹۱).

بر این اساس، قطعی شدن حکم قصاص، عامل مستقلی برای سلب آزادی محکوم به قصاص محسوب نمی‌شود و حبس محکوم علیه تنها از باب ضرورت جایز می‌باشد و

آن هم به عنوان آخرین راهکار قابل طرح است و جنبه‌ای استثنایی دارد و در مدت‌زمان کوتاهی اعمال می‌شود. از این رو، سلب آزادی قاتل در همه موارد تحصیل اذن جایز نمی‌باشد، بلکه آنجا که احتمال تضييع حق ولی دم وجود دارد، حبس موضوعیت پیدا می‌کند. بر این مبنا، بین آزادی قاتل و تضييع حقوق اولیای دم در همه موارد، ملازمه‌ای وجود ندارد.

فارغ از این مطالب، به نظر می‌آید که در موارد طی شدن مراحل استیذان، صرف حبس محکوم به قصاص، موجبی برای تضييع حقوق اولیای دم باشد؛ بدین معنا که چه بسا تا زمان تحصیل اذن، قاتل در زندان فوت کند و در نتیجه، قصاص به عنوان حق اولیة اولیای دم ضایع شود. اثر این مسئله آن است که انتظاری که از بازدارندگی و حیات‌بخشی قصاص مدنظر می‌باشد، تحقق نمی‌یابد. علاوه بر این، مقدمه بودن حبس قاتل برای اجرای قصاص، در فرضی تمامیت پیدا می‌کند که موافقت با قصاص در مرحله استیذان، امری قطعی باشد. این در حالی است که تأیید حکم قصاص در دیوان عالی کشور به این معنا نیست که در مرحله استیذان نیز قصاص تأیید، و حکم و استنباط دادرسان عیناً مورد پذیرش واقع می‌شود. چه بسا در مرحله استیذان با قصاص موافقت نشود؛ ولو اینکه حکم صادره از دادگاه‌ها مطابق مقرره‌های قانونی صادر شده باشد. از این رو، صدور حکم قطعی قصاص در دادگاه به منزله آن نیست که حتماً در فرایند استیذان، به اجرای قصاص اذن داده می‌شود و با اجرای قصاص موافقت می‌شود. آنچه که دیده می‌شود، نشان‌دهنده آن است که گاه در مرحله استیذان، اجرای قصاص مناسب تشخیص داده نمی‌شود؛ ولو اینکه در حکم دادگاه و اثبات قصاص، هیچ‌گونه خدشه‌ای وارد نباشد. متعاقب این تشخیص، قصاص به دیه تبدیل می‌شود.

لازم به ذکر است که در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، نصی مبنی بر عدم اجرای قصاص در مقام استیذان در فرضی که حکم قصاص در دیوان عالی کشور مطابق با موازین صادر شده است، وجود ندارد؛ بلکه صراحت ماده ۴۱۸ قانون مذکور و لحن سلبی استفاده‌شده در آن نشان می‌دهد که مراسم استیذان نباید به محروم شدن اولیای دم از حقشان منجر شود یا آنکه مانعی برای استیفای حق باشد.

اگر چنین استدلال شود که تبدیل قصاص به دیه و به طور کلی عدم اجرای قصاص

در فرایند استیذان، از باب ولایت ولی امر می‌باشد، محل تأمل است؛ زیرا:

«معنای ولایت حاکم بر مال و جان، این نیست که بتواند حق شرعی را از صاحبش سلب یا نفی کند. این معنایش ولایت بر شارع است و نه مردم. بلکه معنای ولایت آن است که حاکم می‌تواند مال و مانند آن را که متعلق حق می‌باشند، به خاطر مصالح همگانی، از صاحبش بگیرد. در مسئله ما، منع حاکم از قصاص به معنای گرفتن قصاص نیست، بلکه به معنای نفی حق و تسلطی است که شارع برای صاحب خون قرار داده است و چنین چیزی از دایره ولایت خارج است» (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۹: ۲۰۵).

۳-۱-۳. ارزیابی

با توجه به مستندات ارائه شده مبنی بر عدم جواز سلب آزادی محکوم به قصاص یا مشروعیت آن، بین استیذان و حبس محکوم به قصاص ملازمه‌ای وجود ندارد و نمی‌توان ادعا کرد که حبس مرتکب برای استیذان، امری مجاز و مشروع است؛ زیرا در جنایت عمدی، موضوع صرفاً حق قصاص می‌باشد و تعلق گرفتن حق اولیای دم به جان جانی نیز توجیه کننده حبس نمی‌باشد که حبس قاتل به عنوان اقل مراتب سلطه برای اولیای دم در نظر گرفته شود. بر این مبنا، قصاص تنها مجازات قابل اعمال بر جانی به شمار می‌آید و تحمیل مواردی غیر از آن بر قاتل جایز نمی‌باشد و تفاوتی در این حالت بین حبس یا ایداء جانی وجود ندارد.

تأمل در ادله تشریح قصاص و فلسفه آن، از وجود دو نوع رویکرد حکایت دارد. در رویکرد نخست، به حق اولیای دم توجه شده است. از آیه مبارکه ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا﴾ (اسراء/ ۳۳) چنین برداشت می‌شود که در مواردی، مقتولانی مظلوم کشته شده‌اند که توانایی و سلطانی برای استیفای حق برای اولیای دم آنان وجود نداشته است. از این رو، به نظر می‌رسد در این منظر، از بی‌کیفرمانی مرتکب جلوگیری می‌شود. در دومین رویکرد بر خلاف رویکرد پیشین، تأکید بیشتری نسبت به جانی و خویشاوندان او وجود دارد. در این فرض، اولیای دم مقتول توانایی برای پاسخ‌دهی به جرم داشته‌اند، ولی دچار تعدی می‌شده‌اند و مثلاً بیشتر از یک نفر کشته می‌شده است. آیه ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾ (بقره/ ۱۷۹) در این چارچوب قابل معناست. از این آیه

می‌توان ضابطه‌ای در باب اجرای قصاص استخراج کرد که هر گونه تعدی و تجاوزی بر جانی غیر از قصاص ممنوع است. بنابراین، آیه مورد اشاره صرفاً در گستره حیات عام و بازدارندگی برای مجرمان بالقوه معنا نمی‌شود، بلکه نوعی حیات خاص نیز مدنظر است که بر حفظ دمای خویشاوندان قاتل و عدم کشتن افرادی بیشتر از یک نفر دلالت دارد. حال سؤال آن است که آیا حبس طولانی مدت به دلیل اطاله نامتعارف استیذان بر مبنای ضابطه پیش گفته قابل توجیه است؟ در این راستا:

(به نظر می‌رسد، قرآن مجید حیات را بر وجود حق قصاص مترتب نموده است، نه بر اجرای آن. حق قصاص، نهادی با دو مفهوم است: ایجابی و سلبی. در بخش ایجابی، رساننده وجود حقی است برای مجنی علیه که به موجب آن، او قادر بر انتقام می‌شود؛ و در بخش سلبی، عدم جواز تعدی از شرط برابری و رعایت مقابله به مثل. او مجاز نیست اندکی از حد تجاوز کند که در این صورت، خود او ظالم و متعدی محسوب خواهد شد. حیاتی بودن حق قصاص، در این است که شخص ولی دم حق داشته باشد در مقابل کشتن یک نفر از بستگان او، تنها از شخص قاتل انتقام بگیرد و هر گونه تعدی بر او ممنوع باشد؛ و معنای «کتب» - که واجد نوعی معنای الزام است - هرگز به معنای الزام بر اجرای قصاص و انتقام گیری نیست؛ بلکه الزام بر تقید به ممنوع شدن از تجاوز و امتناع از تعدی است» (محقق داماد، ۱۳۹۶: ۴۳۶-۴۳۷).

ممکن است چنین ادعا شود که این ضابطه، اخص از مدعاست. ضابطه به فرضی مربوط است که تعدی و تجاوز از سوی اولیای دم را نفی می‌کند، ولی مدعا جایی است که تعدی و تجاوز به امری غیر از اولیای دم ارتباط دارد و حبس قاتل ناشی از طی شدن مقررات و لزوم اذن مقام رهبری برای اجرای قصاص می‌باشد. به نظر می‌رسد که نفی تعدی از سوی اولیای دم، به معنای اثبات جواز حبس به دلیل استیذان نمی‌باشد، بلکه وقتی که تجاوز از سوی اولیای دم جایز نمی‌باشد، به طریق اولی سلب آزادی قاتل به دلیل مقررات همچون فرایند استیذان ناروا می‌باشد.

۲-۳. چالش‌های حقوقی و کیفرشناختی سلب آزادی محکوم علیه در

فرایند استیذان

از تأمل در مواد قانون مجازات اسلامی مشخص می‌شود که به باور قانون‌گذار در

ماده ۱۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، اگر جنایات عمدی بر نفس، اعضاء و منافع تحقق یابد، قصاص مجازات اصلی آن به شمار می‌آید. در ادامه و در مواد ۳۸۱ و ۳۸۶ قانون پیش گفته تأکید شده است که مجازات قتل عمدی و جنایت عمدی بر عضو در صورت تقاضای ولی دم و مجنی علیه قصاص می‌باشد و با فقدان تقاضا برای آن و نبود شرایط مقرر قانونی برای اجرای قصاص، حسب مورد به دیه یا تعزیر حکم می‌شود. همچنین در ماده‌های ۳۴۷ و ۳۶۳ به مسئله گذشت صاحب حق قصاص نیز اشاره شده و گذشت به عنوان موجب سقوط حق قصاص دانسته شده است. بنابراین در جنایت عمدی، اصل بر قصاص است و دیه یا عفو یا تعزیر در رتبه بعدی قرار دارند و زمانی موضوعیت پیدا می‌کنند که اسباب عدم قصاص فراهم باشد. مطلب دیگر آنکه حبس مرتکب در جنایت عمدی تنها از باب تعزیر و به عنوان جنبه عمومی صدق می‌کند که این حبس به تحقق شرایطی وابسته است و قصاص نشدن مرتکب به هر علتی، شاکله اصلی آن را تشکیل می‌دهد و بعد از منتفی شدن قصاص، موضوعیت پیدا می‌کند. در ماده ۶۱۲ قانون تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده مصوب ۱۳۷۵ به این حبس تصریح شده است. این در حالی است که موضوع مورد بحث، به حبسی ارتباط دارد که محکوم به قصاص، آن را پیش از اجرای قصاص می‌گذراند. نتیجه آنکه اگر در جنایت عمدی به قصاص حکم شود، چیزی به عنوان حبس در کنار قصاص برای محکوم به قصاص مقرر نشده است و قصاص تنها مجازاتی است که بر مرتکب اعمال می‌شود. از سوی دیگر، وجوب حبس قاتل در فرایند استیدان به دلیل نیاز دارد و اگر دلیل معتبری بر آن یافت شود، به ناچار باید آن را نصب‌العین قرار داد و از عمل برخلاف مؤدای آن دلیل چشم‌پوشی کرد. حال آنکه نصی درباره مشروعیت حبس دیده نمی‌شود که چنین گفته شود که عدم جواز حبس قاتل در مرحله استیدان، اجتهاد در مقابل نص محسوب می‌شود که مفاد آن نص بر ملازمه بین حبس و استیدان از مقام رهبری یا نماینده او دلالت کند که از این رهگذر سلب آزادی محکوم به قصاص مجاز دانسته شود. از این رو، با توجه به شکل‌گیری چالش‌هایی در ارتباط با استیدان و به طور خاص حبس محکوم به قصاص، به نظر می‌رسد که قانون‌گذاری باید مبتنی بر اقتضائات، نیازها و فرع‌های شکل گرفته در رویه دادگاه‌ها باشد و قانون‌گذار با بررسی

مسائل مبتلابه محاکم، به گونه‌ای قانون وضع کند که در راستای اقتضانات مصالح اجتماعی باشد. در این باره، میزان بالای جمعیت کیفری زندان‌ها یکی از مهم‌ترین چالش‌هاست. بر این پایه، لازم است که راهکارهایی برای حبس‌زدایی در مرحله قانون‌گذاری و حتی در فرایند کیفری (اجرای قصاص) پیش‌بینی شود. از سوی دیگر، ضابطه‌مند نبودن فرایند استیذان با رویکرد قانون مجازات اسلامی تعارض دارد؛ چه آنکه:

«ماده ۴۱۸ ق.ا.م.ا. یک حکم کلی است و هشدار آن به رئیس قوه قضائیه مبنی بر اینکه مراسم استیذان نباید مانع استیفاء قصاص شود، فاقد ضرب‌الاجل و ضمانت اجراست. این فقدان می‌تواند تطویل مدت استیذان را حتی به چند سال گسترش دهد که چنین سیاستی، با تدابیر قانون مجازات اسلامی در جلوگیری از تحمیل دو مدت مجازات حبس و قصاص در تعارض خواهد بود» (آقایی‌نیا، ۱۳۹۶: ۳۳۰).

همان‌طور که پیش از این اشاره شد، ملاحظه پرونده‌های متعدد نشان‌دهنده آن است که مدت حبس محکوم به قصاص پس از صدور حکم قطعی در دیوان عالی کشور، مدتی درخور تأمل است و بخشی از آن به مقوله استیذان مربوط می‌شود. متکی به نامطلوب بودن این مسئله و پیامدهای آن، اطاله و تأخیر در اجرای حکم به هر دلیلی، بر بازدارندگی مورد انتظار از اجرای مجازات قصاص نیز تأثیرگذار است. بازدارندگی در زمان نزدیک به وقوع جرم به مراتب نسبت به زمان دورتر از آن متفاوت است؛ زیرا:

«هر چه کیفر سریع و بلافاصله در تعاقب جرم اجرا شود، عادلانه‌تر و مفیدتر خواهد بود. هر چه زمان میان تبهکاری و کیفر کوتاه‌تر باشد، تداعی دو مفهوم جرم و کیفر در ذهن انسان قوی‌تر و پایدارتر خواهد؛ به نحوی که انسان رفته رفته یکی را علت و دیگری را معلول ضروری و حتمی به شمار می‌آورد» (بکاریا، ۱۳۸۹: ۸۴-۸۳).

در این راستا، اجرای قاطع و به موقع کیفر، در حاصل شدن بخشی از مقاصد و اهداف مجازات تأثیرگذار است. همچنین «از چشم‌انداز فلسفی و حقوقی نیز از جهات گوناگون "عدالت" با "زمان" پیوند دارد. به ویژه زیان‌دیدگان از جرم انتظار دارند که نظام عدالت کیفری، در زمان مناسبی بزهکار را تنبیه کند. به نظر آنان، گونه‌هایی از تأخیر شاید مصداق بی‌توجهی نظام عدالت به حقوق و خواست آنان باشد. از

چشم‌انداز اهداف مجازات‌ها نیز گاه تأخیر بی‌اندازه، شاید کیفر را به لحاظ فواید اجتماعی بی‌اثر کند».

مطلب دیگر آنکه «تأخیر و امهال در مجازات شاید اصل قطعیت کیفر را مخدوش کند. از این روی مجازات باید در فاصله مناسبی پس از وقوع جرم اجرا شود» و «شاید تأخیر بی‌اندازه، مایه رنج جسمی و روانی محکوم شود. کسی را که محکوم به مجازات است، نمی‌توان با استناد به مصالح اجتماعی، عمری در انتظار کابوس کیفر زنده نگه داشت. این خود عقوبت زائدی است که فرض برائت آن را نفی می‌کند» (نوبهار، ۱۳۹۴: ۳۴۰، ۳۴۸ و ۳۵۳).

متکی به این مطالب، دو نتیجه مشخص برداشت می‌شود: نخست آنکه تأخیر در اجرای قصاص، بر فواید اجتماعی اجرای آن تأثیرگذار است و دوم آنکه تأخیر اجرای مجازات فقط فواید اجتماعی را بی‌اثر نمی‌کند، بلکه موجب فراهم شدن ایجاد مشکلاتی برای قاتل و اولیای دم مقتول می‌شود؛ قاتلی که عقوبت دیگری را تحمل می‌کند و اینکه تأخیر این گونه نیست که فقط حقوق محکوم علیه را تضییع کند، بلکه موجب شکل‌گیری پیامدهایی برای اولیای دم نیز می‌شود. برای نمونه، محکوم به قصاص در زندان فوت می‌کند یا آنکه به قتل می‌رسد.

چالش دیگری که نسبت به رویکرد قانون‌گذار قابل توجه می‌باشد، آن است که مقنن در ماده ۴۲۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲^۱ از چگونگی تعیین تکلیف مواردی که محکوم به قصاص در زندان است، سخن گفته و مصادیقی از علل زندانی شدن محکوم به قصاص را برشمرده است. به طور کلی، مقنن به دنبال تعیین تکلیف مواردی است که محکوم به قصاص در زندان به سر می‌برد. این رویکرد قانون‌گذار از یک سو

۱. «در مواردی که محکوم به قصاص، در زندان است و صاحب حق قصاص، بدون عذر موجه یا به علت ناتوانی در پرداخت فاضل دیه یا به جهت انتظار برای بلوغ یا افاقه ولی دم یا مجنی علیه، مرتکب را در وضعیت نامعین رها نماید، با شکایت محکوم علیه از این امر، دادگاه صادرکننده حکم، مدت مناسبی را مشخص و به صاحب حق قصاص اعلام می‌کند تا ظرف مهلت مقرر نسبت به گذشت، مصالحه یا اجرای قصاص اقدام کند. در صورت عدم اقدام او در این مدت، دادگاه می‌تواند پس از تعیین تعزیر بر اساس کتاب پنجم "تعزیرات" و گذشتن مدت زمان آن با اخذ وثیقه مناسب و تأیید رئیس حوزه قضایی و رئیس کل دادگستری استان تا تعیین تکلیف از سوی صاحب حق قصاص، مرتکب را آزاد کند».

نشان می‌دهد که سلب آزادی محکوم به قصاص را برنمی‌تابد و نفس همین ماده می‌تواند دلیلی برای عدم جواز حبس محسوب شود؛ زیرا سه راه «گذشت، مصالحه و اجرای قصاص» در مهلت مناسب تعیین شده از سوی دادگاه برای اقدام صاحب حق قصاص در نظر گرفته شده است و این نشان می‌دهد که تحمیل توأمان حبس و قصاص بر محکوم علیه جایز نمی‌باشد. از طرف دیگر، آیا می‌توان همین رویکرد ارائه‌شده در ماده مورد بحث را به ایام حبس محکوم به قصاص در فرایند استیذان تعمیم داد؟

پاسخ به این سؤال، مستلزم آن است که مشخص شود آیا علل بیان‌شده دربارهٔ حبس محکوم به قصاص حصری می‌باشد یا آنکه تمثیلی است؟ در صورت حصری بودن، نمی‌توان از ملاک ماده مورد بحث برای استفاده از احکام بیان‌شده در آن در موارد حبس محکوم به قصاص بهره برد و اگر تمثیلی باشد، مجال تعیین تکلیف در رابطه با مواردی که محکوم به قصاص به دلیل طی شدن فرایند استیذان در زندان است، فراهم می‌شود و تسری دادن حکم ارائه‌شده در ماده مذکور به آن امکان‌پذیر است. به بیان دیگر، همان طور که سلب آزادی محکوم به قصاص به دلیل عمل به مقررات مبنی بر عدم پرداخت فاضل دیه از سوی اولیای دم جایز نمی‌باشد، این مسئله دربارهٔ استیذان از مقام رهبری یا نمایندهٔ او که در راستای عمل به مقررات و مادهٔ ۴۱۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ صورت می‌گیرد، نیز صدق می‌کند. دلیلی برای تفاوت بین این دو مورد دیده نمی‌شود. ممکن است ادعا شود که آزادی محکوم به قصاص در فرایند استیذان بر مبنای عمل به مفاد مادهٔ ۴۲۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، بستری برای تضييع حقوق اولیای دم فراهم می‌کند و در نتیجه حبس محکوم علیه جنبهٔ تأمینی برای اجرای قصاص دارد که می‌توان با حبس، از این مشکل گذر نمود. پاسخ آن است که عین ادعا درباره آزادی قاتل با تودیع وثیقه به دلیل عدم پرداخت فاضل دیه از سوی اولیای دم نیز جاری است. نمی‌توان گفت که اگر قاتل با تودیع وثیقه مناسب در فرض عدم پرداخت فاضل دیه از زندان آزاد شود، اجرای قصاص با مشکلی مواجه نمی‌شود؛ ولی چنانچه در فرض استیذان وثیقه مناسب تودیع شود، حقوق اولیای دم تضييع می‌گردد.

به نظر می‌رسد که تعمیم مفاد مادهٔ ۴۲۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به

ایام سلب آزادی محکوم به قصاص در فرایند استیذان جایز نمی‌باشد؛ زیرا در حقوق کیفری، اصل بر حصری بودن است. همچنین موضوع ماده ۴۲۹ اخص از مدعاست؛ زیرا مدعا حالتی است که محکوم به قصاص به دلیل عمل به مقررات ناظر به استیذان از مقام رهبری یا نماینده او، در زندان است، حال آنکه وجه اشتراک این علل آن است که آن‌ها در ارتباط با شرایط و وضعیت مرتبط با صاحب حق قصاص می‌باشند و هیچ‌گونه تصریحی نسبت به مواردی که محکوم به قصاص به دلیل طی شدن مراحل استیذان در حبس می‌باشد، دیده نمی‌شود. بر این مبنا، ماده صرفاً ناظر به مواردی که علت حبس محکوم به قصاص به نحوی با صاحب حق قصاص مرتبط است و سایر مواردی که ممکن است حسب مورد، مقتضی یا علتی برای حبس محکوم به قصاص باشند، دچار خلأ می‌باشد و در نتیجه، چنانچه محکوم به قصاص به دلیل استیذان در زندان است، باید تا زمان موافقت یا عدم موافقت ولی امر در حبس بماند.

با توجه به این مطالب، نوعی عدم جامعیت در دیدگاه قانون‌گذار مشهود است. اصل جامعیت از اصول قانون‌گذاری است. جامعیت به معنای پیش‌بینی تمام صورت‌های بحث از سوی مقنن است تا خلأی با سکوت قانون‌گذار شکل نگیرد. جامع نبودن قانون، زمینه‌ساز اشکال برای مجریان در عمل، به وجود آمدن اصلاحیه، تبصره و تغییر خواهد شد (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۵: ۵۹). از توجه به ماده ۴۲۹ چنین برداشت می‌شود که اصل مذکور در نظر گرفته نشده است.

نتیجه‌گیری

عدم پیش‌بینی زمان خاصی برای طی شدن فرایند استیذان، به سلب آزادی محکوم به قصاص منجر می‌شود. چنین حبسی با چالش‌هایی مواجه است. از یک‌سو، تحمل آن از سوی محکوم به قصاص پیش از اجرای مجازات قصاص، مجازات مضاعف به‌شمار می‌آید و هزینه زندان، موجب تحمیل هزینه‌هایی بر بیت‌المال می‌شود. از سوی دیگر، از بررسی ادله اقامه‌شده برای مشروعیت یا عدم جواز حبس محکوم‌علیه، اتقان و استحکام مستندات عدم جواز حبس غیر قابل چشم‌پوشی است و استدلال‌های ناظر بر مشروعیت حبس، توان مقابله با آن را ندارند و بر فرض قابل پذیرش بودن آن‌ها،

نمی‌توان آن ادله را بر هر موردی قابل تطبیق دانست و چنین گفت که در هر پرونده‌ای، احتمال تضییع حق اولیای دم، مجوزی برای سلب آزادی محکوم به قصاص به شمار می‌آید. از این رو، تمامیت ادله محل تأمل است و در نتیجه امکان‌سنجی مشروعیت آن نیز میسر نمی‌باشد. چالش دیگر آن است که از جهت کیفرشناختی نیز به تزلزل اهداف ناظر بر اجرای قصاص منجر می‌گردد. با توجه به آنچه بیان شد، برای اجتناب از تضییع حق اولیای دم در فرض آزادی محکوم به قصاص و همچنین پرهیز از تحمیل مجازات مضاعف بر محکوم‌علیه و رهایی بیت‌المال از هزینه‌های زندانی، راهکار آن است که استیذان مدت داشته باشد و پس از آن مدت، محکوم‌علیه با تأمین آزاد گردد و چنانچه به لحاظ مصالح جامعه، استمرار حبس ضرورت داشته باشد و پس از آن، قصاص اجرا می‌شود، حبس محکوم‌علیه جبران شود و خسارت‌زدایی لازم است.

کتاب‌شناسی

۱. آقایی نیا، حسین، حقوق کیفری اختصاصی؛ جرائم علیه اشخاص (جنایات)، چاپ شانزدهم، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن بزّاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، المهذب، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۴. ابن زهدری حلی، نجم‌الدین جعفر، ایضاح تردّدات الشرائع، چاپ دوم، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۲۸ ق.
۵. ابن زهره حلبی، سیدحمزة بن علی حسینی، غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۷ ق.
۶. ابن سعید حلی، یحیی، الجامع للشرائع، قم، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۷. ابن فهد حلی، جمال‌الدین احمد بن محمد اسدی، المقتصر من شرح المختصر، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۸. همو، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۹. ابوصلاح حلبی، تقی‌الدین بن نجم‌الدین، الکافی فی الفقه، تصحیح رضا استادی، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین (علیه السلام)، ۱۴۰۳ ق.
۱۰. بکاریا، سزار، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، چاپ ششم، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۱۱. بیهقی کیدری، قطب‌الدین محمد بن حسین، اصباح الشیعه بمصباح الشریعه، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۶ ق.
۱۲. تبریزی، میرزاجواد بن علی، تنقیح مبانی الاحکام - کتاب القصاص، چاپ دوم، قم، دار الصدیقه الشهبه (علیه السلام)، ۱۴۲۶ ق.
۱۳. حاجی ده‌آبادی، احمد، بایسته‌های تقنین، چاپ سوم، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
۱۴. همو، «فاضل دیه و حیظه اختیار ولیّ دم در قتل زن»، فصلنامه مطالعات راهبردی زنان، سال دوازدهم، شماره ۴۵، پاییز ۱۳۸۸ ش.
۱۵. همو، قواعد فقه جزایی، چاپ دوم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۹ ش.
۱۶. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۷. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۱۸. صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، تلخیص الخلاف و خلاصه الاختلاف - منتخب الخلاف، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۱۹. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلة، قم، مؤسسه آل البيت (علیه السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۲۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.

۲۱. همو، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق. (الف)
۲۲. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۲۳. همو، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۲۴. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق. (ب)
۲۵. عابدی، احمدرضا، *اجرای احکام کیفری*، چاپ چهارم، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۸ ش.
۲۶. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، حاشیه سیدمحمد کلانتر، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۷. همو، *حاشیه الارشاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۲۸. همو، *مسائل الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۹. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه*، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۳۰. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۳۱. همو، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (الف)
۳۲. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (ب)
۳۳. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *جامع المسائل (فارسی)*، چاپ یازدهم، قم، امیر قلم، بی تا.
۳۴. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن اصفهانی، *کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۳۵. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۳۶. فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی، *مفاتیح الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
۳۷. قطان حلّی، شمس الدین محمد بن شجاع، *معالم الدین فی فقه آل یاسین*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.
۳۸. قمی سبزواری، علی بن محمد بن محمد، *جامع الخلاف و الوفاق بین الامامیه و بین ائمة الحجاز و العراق*، قم، زمینه سازان ظهور امام عصر علیه السلام، ۱۴۲۱ ق.
۳۹. مجلسی دوم، محمدباقر بن محمدتقی، *ملاذ الاخیار فی فهم تهذیب الاخبار*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۴۰. محقق اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۴۱. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۴۲. محقق داماد، سیدمصطفی، «بازنگرشی به "حیاتی بودن" حق قصاص»، مقاله در: *فقه و تدبیر (مجموعه مقالات یادنامه آیه الله موسوی اردبیلی)*، قم، مرکز تنظیم و نشر آثار آیه الله موسوی اردبیلی، ۱۳۹۶ ش.
۴۳. محمدی، محمدرضا، «آسیب شناسی حقوقی اجرای حکم قصاص نفس در ایران»، *فصلنامه پژوهش نامه مطالعات راهبردی علوم انسانی و اسلامی*، شماره ۶، تابستان ۱۳۹۶ ش.

۴۴. مدنی کاشانی، حاج آقارضا، کتاب القصاص للفقهاء والخواص، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴۵. مرعشی نجفی، سیدشهاب‌الدین، القصاص علی ضوء القرآن و السنه، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ ق.
۴۶. مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضاییه، نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی، ۱۳۹۷ ش.
۴۷. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، المقتنه، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۴۸. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، تحریر الوسیله، قم، دار العلم، بی تا.
۴۹. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۵۰. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۱. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ ق.
۵۲. نوبهار، رحیم، «جستاری درباره تأخیر در اجرای حد»، دوفصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهل و هشتم، شماره ۲، ۱۳۹۴ ش.
۵۳. هاشمی شاهرودی، سید محمود، بایسته‌های فقه جزا، تهران، میزان - دادگستر، ۱۴۱۹ ق.

مسئولیت کیفری بین‌المللی

در قبال جنایات ارتکاب‌یافته در میانمار*

□ محمدهادی ذاکر حسین^۱

چکیده

خشونت‌های پرحاشیه علیه مسلمانان در کشور میانمار، آستان وقوع جرایم بین‌المللی پرشماری بوده است. در عصر پاسخ‌گویی در برابر جنایات بین‌المللی، این پژوهش در مقام پاسخ‌دهی به این سؤال است که ابزارهای جامعه جهانی برای پاسخ‌گو کردن مرتکبان این جنایات در میانمار کدام است. در سطح بین‌المللی در حوزه مسئولیت کیفری فردی، دیوان کیفری بین‌المللی جنایت علیه بشریت صورت گرفته در میانمار را مورد تعقیب قرار داده است و مسئولیت بین‌المللی دولت میانمار نسبت به نسل‌کشی مسلمانان در این کشور نیز با شکایت دولت گامبیا در دیوان بین‌المللی دادگستری در حال پیگیری است. همچنین شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد در مسیر تحقیق و مستندسازی نقض‌های حقوق بشر صورت گرفته در میانمار با هدف ثبت این جنایات، مکانیسم‌های حقیقت‌یابی را به کار گرفته است. در سطح ملی نیز ابزار صلاحیت جهانی، ظرفیتی را برای

دادخواهی نسبت به جنایت‌های صورت گرفته در کشور میانمار فراهم آورده که در کشور آرژانتین مورد استفاده واقع شده است. تجربه مقابله با بی‌کیفرمانی در میانمار، دربردارنده آموزه‌هایی برای مقابله با جنایات ارتكابی در دیگر بحران‌هاست که خوانش آن‌ها را ضروری می‌سازد.

واژگان کلیدی: دیوان کیفری بین‌المللی، دیوان بین‌المللی دادگستری، شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد، صلاحیت جهانی، نسل‌کشی.

مقدمه

از سال ۲۰۱۷ میلادی موج جدیدی از خشونت‌های خونین علیه اقلیت مسلمان ساکن در میانمار از سوی نیروهای نظامی و امنیتی این کشور با همراهی بوداییان افراطی آغاز شد؛ خشونت‌هایی که «گزارشگر ویژه سازمان ملل برای حقوق بشر در میانمار» آن را دربردارنده علائم نسل‌کشی دانسته است (UN Special Rapporteur, 9 March 2018: para. 65). «جمهوری اتحادیه میانمار» با جمعیتی بالغ بر ۵۱ میلیون نفر، کشوری با تنوع قومی و فرهنگی فراوان است (UN Human Rights Council, 2018: para. 84). تا کنون حدود ۱۳۵ گروه قومی در این کشور از سوی دولت میانمار به رسمیت شناخته شده است (روستایی و آرش‌پور، ۱۳۹۵: ۴۶). در این میان، اکثریت با بوداییان است و قانون اساسی میانمار نیز وضعیت ویژه‌ای برای آیین بودا در این کشور در نظر گرفته است (ICC OTP, 4 July 2019: para. 35).^۱ مسلمانان از حیث تعداد، دومین جمعیت مذهبی میانمار را به عنوان یک اقلیت تشکیل می‌دهند. با این حال، اقلیت مسلمان روهینگیا که به صورت متمرکز در «استان راخین»^۲ در غرب کشور میانمار ساکن هستند، برای سال‌های طولانی و متمادی، قربانی تبعیض و نقض‌های گسترده و سازمان‌یافته حقوق بوده‌اند (UN Human Rights Council, 2018: para. 458). روهینگایی‌ها جمعیتی با زبان و فرهنگ مختص به خود هستند؛ لیکن دولت میانمار این تفاوت و استقلال هویتی را

۱. قانون اساسی سال ۲۰۰۸ میانمار تأکید می‌کند که بودایسم به دلیل آنکه آیین اکثریت مطلق شهروندان است، دارای یک وضعیت ویژه (special position/status) است. اما در ادامه اذعان می‌کند که مسیحیت، اسلام و هندویسم نیز دارای باورمندانی در کشور است (برای مطالعه بیشتر درباره بودایسم در قانون اساسی میانمار، ر.ک: Schonthal, 2018: 245-254).

2. Rakhin State.

به رسمیت نمی‌شناسد و اتصال و وابستگی این گروه قومی به میانمار را انکار می‌کند (Kipgen, 2019: 63). دولت میانمار، روهینگایی‌ها را به عنوان مهاجران غیر قانونی که از کشور بنگلادش به این کشور آمده و سکنی گزیده‌اند، معرفی می‌کند. از این رو، ایشان را «بنگالی»^۱ می‌نامد تا از این طریق، ادعای غیر میانماری بودن جمعیت روهینگیا را بر مسند قبول بنشانند (UN Human Rights Council, 2018: para. 460). انکار هویت مسلمانان روهینگیا از سال ۱۹۸۲ با تصویب «قانون شهروندی»^۲ به صورت قانون در آمد (شفیعی و سلیمی، ۱۳۹۸: ۱۴۶). قانون مذکور با تعریف و به رسمیت شناختن سه طبقه شهروندی، افرادی را که خارج از شمول آن‌ها قرار می‌گیرند، اشخاص غیر میانماری محسوب می‌کند که از حقوق اتباع و شهروندان این کشور محروم هستند. اما از آن تاریخ، جمعیت روهینگیا به عنوان یک گروه ملی از سوی دولت مورد شناسایی واقع نشده است (برای مطالعه بیشتر درباره قانون شهروندی میانمار، ر.ک: Lee, 2019: Vol. 8).

نقض حقوق مسلمانان روهینگیا در چند مقطع، به شکل گیری خشونت‌های گسترده علیه ایشان انجامید. اولین موج خشونت‌ها در سال ۲۰۱۲ میلادی به پا خاست که طی آن نیروهای نظامی و امنیتی میانمار با حمله به مسلمانان این کشور، موجبات جابه‌جایی و مهاجرت اجباری تعداد پرشماری از ایشان به کشورهای دیگر را فراهم ساختند. این خشونت‌های سازمان‌یافته و با برنامه‌ریزی قبلی، زمینه جداسازی مسلمانان از بوداییان و کوچاندن اجباری ایشان به اردوگاه‌های از پیش تعیین شده را فراهم آورد (Human Rights Watch, 2012). باید خاطرنشان کرد که خشونت‌های صورت گرفته علیه مسلمانان، چه در مقاطع قبلی و چه در سال‌های اخیر، یک‌شبه حاصل نشده است؛ بلکه این رفتارهای خشونت‌آمیز، محصول نفرت پراکنی و اسلام‌ستیزی در میانمار است. در گسترش ادبیات نفرت و زمینه‌سازی اعمال خشونت نسبت به مسلمانان، فضای مجازی و برخی شبکه‌های اجتماعی مانند فیس‌بوک^۳ به صورت گسترده و سازمان‌یافته

1. Bengali.

2. 1982 Citizenship Law.

۳. شبکه فیس‌بوک خود به مورد سوء استفاده واقع شدن به مثابه ابزاری برای تحریک به خشونت‌ها در میانمار اذعان کرده است (Cf. Stevenson, 2018).

مورد استفاده قرار گرفته است (UN Human Rights Council, 2018: para. 74).

فزونی گرفتن خشونت علیه مسلمانان میانمار، منتج به شکل‌گیری یک حرکت مسلحانه در میان بخشی از مسلمانان این کشور به نام «ارتش رستگاری روهینگایی‌های آراکان»^۱ شد. در نتیجه عملیات‌های مسلحانه این گروه، موج دوم خشونت‌ها علیه مسلمانان میانمار در اکتبر ۲۰۱۶ میلادی در قالب «عملیات پاکسازی»^۲ با مشارکت ارتش، نیروهای امنیتی و غیر نظامیان افراطی ضد روهینگیا آغاز شد.^۳ موج تازه حملات خشونت‌آمیز به مسلمانان که تا چند ماه ادامه داشت، بار دیگر به بی‌خانمان شدن مسلمانان و فرار ایشان به کشور همسایه یعنی بنگلادش انجامید. هنوز مدتی از فروکش کردن این دور از خشونت‌ها سپری نشده بود که در ۲۵ آگوست ۲۰۱۷ میلادی و در پاسخ به حملات گروه «آرسا» به برخی پست‌های بازرسی ارتش میانمار، گسترده‌ترین موج خشونت‌ها و حملات کشنده علیه مسلمانان توسط نیروهای نظامی و امنیتی میانمار با همراهی بوداییان افراطی این کشور سازماندهی و آغاز شد. در این موج که شدت آن تا حدود یک سال ادامه داشت، روستاها و سکونتگاه‌های پرشماری تخریب و به آتش کشیده شدند، صدها مسلمان روهینگایی به قتل رسیدند و برخی از ایشان زنده زنده در منزل و مسکن خود سوزانده شدند و در سایه بی‌کیفرمانی حاکم بر این خشونت‌ها، جرایم جنسی و تجاوزهای گروهی بسیاری نسبت به زنان مسلمان روهینگیا رخ داد (Guardian, 2017). در نتیجه خشونت‌های گسترده علیه مسلمانان، تعداد پرشماری از مردم روهینگیا با آغاز دور تازه خشونت‌ها، به کشور بنگلادش پناه برده و مهاجرت کردند. بنا بر برخی تخمین‌ها تا پایان سال ۲۰۱۸ میلادی، حدود یک میلیون روهینگایی

1. Arkhan Rohingya Salvation Army (ARSA).

2. Clearance Operation.

۳. در جریان مقاومت گروه مسلح موسوم به «آرسا» در برابر خشونت‌های دولت میانمار، اتهاماتی متوجه این گروه شده است. برخی سازمان‌های بین‌المللی حقوق بشری مانند عفو بین‌الملل، خواهان انجام تحقیقات راجع به جنایات منتسب به این گروه شده‌اند (Cf. Amnesty International, 2018). لازم به ذکر است که در نظام عدالت بین‌المللی، آنچه که در یک بحران مورد تحقیق قرار می‌گیرد، کلیت یک قضیه است، نه جرایم منتسب به یک گروه خاص. بنابراین در قضیه و بحران روهینگیا محاکم بین‌المللی مانند دیوان، به جرایم تمام طرفین درگیر، فارغ از وابستگی در صورت تحقق شرایط صلاحیتی رسیدگی خواهند کرد (برای مطالعه بیشتر درباره ضوابط تعقیب قضیه‌محور، ر.ک: ذاکر حسین، ۱۳۹۹).

در کشور بنگلادش ساکن شده بودند (ICC OTP, July 2019: para. 69).

در مواجهه با جنایات صورت گرفته علیه مسلمانان روهینگیا، برخی با اشاره به تحولات سیاسی سال‌های اخیر در میانمار که موجب گذار از یک حکومت نظامی به حکومتی برخاسته از انتخابات شده است، نسبت به سختگیری راجع به نقض حقوق بشر در این کشور هشدار داده‌اند تا دموکراسی نوپا در این کشور متزلزل نشود (Abbott, 2020^A). با این حال، جامعه جهانی در «دوراهی صلح و عدالت»، پیمودن مسیر عدالت را ترجیح می‌دهد؛ چرا که صلح بدون عدالت ماندگار نخواهد بود (Côté, 2005: 177).^۱ کودتای فوریه ۲۰۲۱ میلادی نظامیان علیه حزب حاکم که منتهی به قدرت یافتن مجدد نظامیان و بازداشت چهره‌های سیاسی مانند «آنگ سان سوچی» گردید، خود سند متقنی در اثبات در هم تنیدگی صلح و عدالت است و از آن حکایت می‌کند که تسامح نسبت به خشونت‌های مجرمانه، به پایداری دموکراسی نمی‌انجامد (برای مطالعه بیشتر درباره کودتای ۲۰۲۱ میانمار، ر.ک: Cuddy, 2021).

در نظام عدالت کیفری بین‌المللی با وقوع هر جنایتی، عدالت‌خواهان به جست‌وجوی مسیرهای مسئولیت‌خواهی و پاسخ‌گو کردن مسئولان جنایت می‌پردازند. قضیه میانمار نیز از شمول عمومیت این گزاره خارج نیست. با برخاستن موج خشونت‌های گسترده و سازمان‌یافته علیه مردم مسلمان میانمار در سال ۲۰۱۷ میلادی که کمیسیونر عالی حقوق بشر سازمان ملل آن را «درسنامه مثال‌محور پاکسازی قومی»^۲ وصف کرد (High Commissioner for Human Rights, 2011)، تلاش‌ها برای عدالت‌خواهی نسبت به بزه‌دیدگان جنایت‌های واقع شده در میانمار و همچنین مسئولیت‌خواهی نسبت به اشخاص مسئول آغاز گردید که تا امروز نیز ادامه دارد.

این نوشتار جستاری درباره این تلاش‌های صورت گرفته است تا با مرور آن‌ها، ظرفیت‌های نظام عدالت کیفری بین‌المللی برای مقابله با جنایات بین‌المللی آشکار و

۱. دوراهی صلح یا عدالت از مسائل پرمانه حقوق کیفری بین‌المللی است. آنچه در اینجا مراد است، عدالت کیفری می‌باشد که با صلحی که دربردارنده عفو مرتکبان جنایات بین‌المللی است، در تضاد و ناسازواری است (برای مطالعه بیشتر درباره دوراهی صلح و عدالت، ر.ک: Rodman, 2011).

2. Textbook Example of Ethnic Cleansing.

مشخص شود. قضیه میانمار از حیث عدالت‌خواهی بین‌المللی، یک قضیه خاص نیست، بلکه نسبت به هر جنایت بین‌المللی می‌توان مسیرهای مشابهی را پیمود. نظام عدالت کیفری بین‌المللی، نظامی پایا و پویاست. این پایدگی نیازمند پویایی است تا بتوان بدون متوقف شدن در بن‌بست‌ها با ابتکار عمل و جایگزین کردن و طراحی ابزارهای جدید و مؤثر پایان بخشیدن به بی‌کیفرمانی مرتکبان جنایت‌های بین‌المللی را طی کرد. قضیه میانمار پویایی نظام عدالت بین‌المللی در پرتو خلاقیت کنشگران آن را نیز نشان می‌دهد.

یافته‌های این پژوهش به ویژه درباره ظرفیت‌های نظام عدالت بین‌المللی، برای تمام دولت‌ها و از آن جمله دولت ایران در مسیر مقابله با جرایم بین‌المللی می‌تواند مورد استفاده باشد.^۱ پیش از این، برخی نویسندگان حقوقی درباره امکان‌سنجی تعقیب و محاکمه مرتکبان جنایات میانمار در عرصه بین‌المللی سخن گفته‌اند (ر.ک: رحمتی و میرمحمدصادقی، ۱۳۹۸: ۸۷-۱۲۰)؛^۲ لیکن نوشتار ایشان، بیان احتمالات انتزاعی در این ارتباط و منصرف از تحولات بیرونی سال‌های اخیر بوده است. اکنون در پرتو تحولات صورت گرفته می‌توان آن گمانه‌زنی‌ها را نیز به ارزیابی نشست که تا چه میزان به واقعیت نزدیک شده‌اند.

نوشتار حاضر در پرتو مطالعه قضیه میانمار در مقام پاسخ‌دهی به این پرسش است که نظام عدالت کیفری بین‌المللی در مقابله با بی‌کیفرمانی مرتکبان جنایات بین‌المللی، چه ابزارهای حقوقی در اختیار دارد که از سوی دولت‌ها و کنشگران مدنی می‌تواند در این مسیر مورد استفاده قرار بگیرد.

۱. قضیه میانمار برای جمهوری اسلامی ایران از ابتدا حائز اهمیت بوده است تا آنجا که رهبر انقلاب در تیرماه ۱۳۹۶ در دیدار با رئیس و مسئولان وقت قوه قضاییه اعلام فرمود که قوه قضاییه باید در موضوعاتی همچون حمایت از مسلمانان میانمار، از جایگاه حقوقی وارد شود و حمایت خود را قاطعانه اعلام کند تا در دنیا منعکس شود (قابل دسترس در وبگاه: <<https://farsi.khamenei.ir/news-content?id=37040>>); همچنین برای مطالعه بیشتر درباره ظرفیت‌های کنشگری عدالت‌خواهانه ایران در ماجرای میانمار، ر.ک: ذاکر حسین، ۱۳۹۶).

۲. برای نمونه، نویسندگان مقاله اعمال صلاحیت سرزمینی توسط دیوان کیفری بین‌المللی بر اساس تفسیر موسع از آن را مورد تصریح قرار نداده‌اند؛ در حالی که دیوان در عمل، آن گونه که در این نوشتار اشاره می‌شود، بر همین اساس اقدام به ورود به قضیه میانمار نمود.

جنایات بین‌المللی، هم موجبات مسئولیت کیفری مرتکبان انسانی را فراهم می‌آورد و هم از اسباب مسئولیت بین‌المللی دولت‌های دخیل است. بخش نخست مقاله، عهده‌دار مسئولیت‌خواهی کیفری فردی است که در دو فاز تحقیق و تعقیب ملی و بین‌المللی صورت گرفته است. بخش دوم نیز به مسئولیت‌خواهی بین‌المللی نسبت به دولت میانمار از رهگذر پرونده مطرح‌شده علیه دولت این کشور با ابتکار عمل دولت گامیبا به واسطه نقض تعهدات برخاسته از کنوانسیون مجازات و پیشگیری جرم نسل‌کشی می‌پردازد.

۱. مسئولیت کیفری فردی

پایان بخشیدن به بی‌کیفرمانی مرتکبان جنایات بین‌المللی با استفاده از دو ابزار تعقیب و تحقیق صورت می‌گیرد. لازمه و مقدمه مسئولیت‌خواهی بین‌المللی، انجام تحقیقات است. مقام تحقیق مقدم بر تعقیب است؛ از این رو، در مسئولیت‌خواهی فردی یا دولتی گریز و گزیری از تحقیق و گردآوری اطلاعات و مستندات برای محاکمه و محکمه نمی‌باشد. چنین است که سازمان ملل متحد در مواجهه با نقض‌های حقوق بشر از دیرباز اقدام به تأسیس نهادهای تحقیقی اعم از کمیسیون‌های تحقیق و یا هیئت‌های حقیقت‌یاب نموده است.^۱ نقش این نهادهای تحقیقی در تضمین مسئولیت و پاسخ‌دهی ناقضان حقوق بشر بسیار کلیدی است (UN Human Rights Council, 2015: 6).

۱-۱. تحقیق بین‌المللی

در قضیه میانمار، «شورای حقوق بشر» سازمان ملل متحد در دو مقطع اقدام به تأسیس نهادهای تحقیقی کرده است. نخست در سال ۲۰۱۷ میلادی، «هیئت حقیقت‌یاب مستقل بین‌المللی راجع به میانمار»^۲ با مأموریت کشف و ثبت حقیقت در ارتباط با نقض‌های حقوق بشر توسط ارتش و نیروهای امنیتی میانمار تأسیس شد. مأموریت این

۱. برای نمونه می‌توان به کمیسیون تحقیق مستقل بین‌المللی سوریه (۲۰۱۱)، گروه کارشناسان راجع به پاسخ‌دهی در سریلانکا (۲۰۱۰) و هیئت حقیقت‌یاب سازمان ملل متحد راجع به جنگ غزه (۲۰۰۹) اشاره نمود.

2. UN Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar (IIFMM).

هیئت سه نفره بعد از صدور چندین گزارش در سپتامبر ۲۰۱۹ میلادی پایان یافت. هرچند که این هیئت به دلیل عدم موافقت دولت میانمار، قادر به سفر به این کشور نشد، لیکن گزارش‌ها و یافته‌های آن، مبنای اصلی اقدام دیوان کیفری بین‌المللی و دیوان بین‌المللی دادگستری قرار گرفت (Jacobs, 2020). با پایان یافتن مأموریت تحقیقی این هیئت، شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد اقدام به تأسیس «مکانیسم تحقیقی مستقل برای میانمار»^۱ نمود.^۲ مکانیسم شورای حقوق بشر، فعالیت خود را از آگوست ۲۰۱۹ میلادی با مأموریت جمع‌آوری ادله در ارتباط با شدیدترین جرایم بین‌المللی با هدف آماده‌سازی پرونده‌های کیفری برای ارائه پرونده‌های آماده تعقیب و دادرسی به محاکم ملی یا منطقه‌ای و یا بین‌المللی آغاز نمود. البته شرط همکاری مکانیسم با نهادهای قضایی دیگر در سطح ملی یا منطقه‌ای آن است که آن‌ها قواعد دادرسی منصفانه را در اقدامات قضایی خود رعایت کنند. مکانیسم میانمار در آگوست ۲۰۱۹ اولین گزارش خود را منتشر ساخت. در این گزارش بر ضرورت مسئولیت‌خواهی بدون تأخیر نسبت به جرایم واقع‌شده در میانمار تأکید شده بود؛ چرا که تداوم بی‌کیفرمانی به تداوم خشونت‌ها و جنایت‌ها می‌انجامد (UN Human Rights Council, 2019: paras. 59-60). مأموریت این مکانیسم، شبیه «مکانیسم تحقیقی مستقل بین‌المللی برای سوریه»^۳ است. در دسامبر ۲۰۱۶ میلادی، مجمع عمومی سازمان ملل متحد در مواجهه با بن‌بست ارجاع وضعیت سوریه از سوی شورای امنیت سازمان ملل متحد به دیوان کیفری بین‌المللی به دلیل وتوی روسیه، در یک اقدام بی‌سابقه اقدام به تأسیس «مکانیسم بین‌المللی مستقل و بی‌طرف» برای گردآوری ادله و مستندات نقض‌های حقوق بشر در کشور سوریه از سال ۲۰۱۱ میلادی به بعد نمود. مقر این مکانیسم در ژنو سوئیس است. ماده چهار قطعنامه مجمع عمومی، هدف از تأسیس این مکانیسم را «گردآوری، یکپارچه‌سازی، نگهداری و تحلیل ادله نقض‌های حقوق بین‌المللی بشر در سوریه و حقوق بشر، و آماده‌سازی پرونده‌ها به منظور تسهیل و تسریع دادرسی‌های مستقل

1. Independent Investigative Mechanism for Myanmar (IIMM).
2. The Human Rights Council resolution, September 2018.
3. International, Impartial and Independent Mechanism (IIIM).

منصفانه منطبق با معیارهای بین‌المللی در محاکم ملی یا منطقه‌ای یا بین‌المللی که در حال حاضر یا آینده دارای صلاحیت نسبت به این جرایم وفق حقوق بین‌الملل هستند»، بیان کرده است. بنابراین مکانیسم مجمع عمومی هرچند یک دادگاه نمی‌باشد و صلاحیت قضایی ندارد، لیکن با کارکردی تحقیقاتی و از رهگذر آماده‌سازی پرونده‌ها، مقدمات برگزاری یک محکمه را فراهم می‌سازد (ذاکر حسین، ۱۳۹۵).

مکانیسم‌های تحقیقی تأسیس شده از سوی شورای حقوق بشر و مجمع عمومی سازمان ملل متحد راجع به میانمار و سوریه، محصول رویکرد نوظهوری در نظام عدالت کیفری بین‌المللی است که بر اساس آن در موارد و مواقعی که امکان ایجاد یک محکمه بین‌المللی یا منطقه‌ای و ملی برای تحت تعقیب قرار دادن جرایم بین‌المللی وجود ندارد، جامعه جهانی با هدف حفظ آثار و ادله جرم و همچنین تسهیل و تسریع امر تعقیب در آینده، اقدام به ایجاد مکانیسم‌های تحقیقی با رویکرد تعقیبی می‌نماید. پیش از تأسیس مکانیسم‌های ویژه سوریه و میانمار نیز کمیسیون‌های تحقیق در راستای شناسایی ناقضان حقوق بشر مأموریت می‌یافتند؛ برای نمونه «کمیسیون دارفور سودان» (۲۰۰۴) از سوی شورا امنیت سازمان ملل متحد بر اساس قطعنامه ۱۵۶۴، مأمور به شناسایی مرتکبان نقض‌های صورت گرفته به منظور پاسخ‌گو کردن و مسئولیت‌خواهی نسبت به ایشان بود.^۱ با این حال، کمیسیون‌های تحقیق صرفاً اقدام به شناسایی و فهرست کردن نام عده‌ای از مظنونان می‌کنند. این در حالی است که مکانیسم‌های جدید دیگر تنها به گردآوری ادله جرم و کشف حقیقت نمی‌پردازند، بلکه بر اساس موازین تعقیب کیفری به ارزیابی و بررسی ادله گردآوری شده پرداخته و با شناسایی متهمان و اتهامات وارده به ایشان، اقدام به ایجاد و آماده‌سازی پرونده‌های کیفری می‌کنند.

۲-۱. تعقیب بین‌المللی

در فروردین ماه ۱۳۹۷، دادستان دیوان کیفری بین‌المللی بنا بر صلاحدید خود و متعاقب بررسی و ارزیابی مکاتبات دریافتی و گزارش‌های عمومی نهادهای بین‌المللی مختلف مانند «دفتر کمیساری عالی حقوق بشر» سازمان ملل متحد و هیئت حقیقت‌یاب

1. Security Council resolution 1564 (2004).

شورای حقوق بشر ملل در ارتباط با اخراج حدود ۶۷۰ هزار مسلمان روهینگیایی ساکن در میانمار، اقدام به استفساریه‌ای از دادرسان دیوان در ارتباط با صلاحیت این محکمه نسبت به قضیه میانمار نمود. دیوان فاقد صلاحیت جهانی است و تنها نسبت به جرایمی که در قلمرو سرزمینی یک دولت عضو و یا توسط اتباع این دولت‌ها ارتکاب یافته باشد، صاحب صلاحیت است (طهماسبی، ۱۳۹۵: ۱۲۳). از آنجا که دولت میانمار عضو دیوان نیست، این نهاد علی‌الاصول فاقد صلاحیت نسبت به جرایم ارتکاب‌یافته در قلمرو سرزمینی میانمار است؛ مگر آنکه شورای امنیت سازمان ملل متحد با تصمیم‌گیری بر اساس فصل هفتم منشور ملل متحد، قضیه میانمار را به دادستانی دیوان ارجاع دهد؛ اقدامی که تا کنون محقق نشده است. در غیاب اقدام شورای امنیت، دادستان دیوان به جای تحت تعقیب قرار دادن تمام جرایم واقع‌شده در میانمار به سراغ دسته‌ای از جرایم رفت که بنا بر تفسیر دادستان، داخل در صلاحیت دیوان به نظر می‌رسیدند. براین اساس، دادستان در استفساریه خود از دادرسان شعبه پیش-دادرسی استعلام نمود که آیا دیوان نسبت به جرم خاص «اخراج»^۱ مسلمانان روهینگیایی از کشور میانمار به کشور بنگلادش به عنوان یکی از رفتارهای سازنده جرایم علیه بشریت، دارای صلاحیت سرزمینی است یا خیر (ICC OTP, April 2018: para. 4).^۲ به گفته دادستان، اخراج اجباری مردم روهینگیایی هرچند از سال ۲۰۱۲ آغاز شده بود، لیکن در آگوست ۲۰۱۷، این جنایت به مرحله و سطح تازه و چشمگیری رسید که برای چندین ماه ادامه داشت (ICC OTP, April 2018: para. 8). لازم به ذکر است که بنگلادش از سال ۲۰۱۰ میلادی به عضویت دیوان درآمد است.

جرم اخراج اجباری از رفتارهای سازنده جرایم علیه بشریت است که در ماده هفت «اساسنامه رم» تصریح شده است. این رفتار بنا بر تعریف قانون «عناصر جرایم» دیوان به معنای اخراج یک جمعیت غیر نظامی به وسیله رفتارهای قهری از کشوری است که

1. Deportation of Population.

۲. ماده ۱۹ سند مؤسس دیوان، موسوم به «اساسنامه رم»، این اختیار را به دادستان می‌دهد که در هر مرحله‌ای از اقدامات قضایی نسبت به مسئله صلاحیت دیوان از دادرسان نظرخواهی نماید تا بتواند براساس یافته‌های آن اقدام کند. این نخستین بار در تاریخ دیوان بود که دادستان از این اختیار خود در این مرحله از فرایند قضایی استفاده می‌کرد.

به صورت قانونی در آن ساکن هستند، بدون آنکه دلایل موجهی از منظر حقوق بین‌الملل برای این کار در میان باشد.^۱ جرم‌انگاری این رفتار برای صیانت از حق افراد نسبت به زندگی در خانه و جامعه خویش صورت گرفته است (ICTY, 2003: para. 218). قید «حضور قانونی» به دولت‌ها به اجازه می‌دهد تا فردی را که حق سکونت در یک کشور ندارد، اخراج کنند (Bassiouni, 2011: 394). با این حال باید توجه داشت که معیار سکونت قانونی در یک کشور تنها حقوق داخلی نیست؛ چرا که این تفسیر می‌تواند به دولت‌ها بهانه‌ای برای اخراج اقلیت‌ها بدهد. از این رو معیار در اینجا رعایت موازین حقوق بین‌الملل است (Chetail, 2016: 925)؛ برای نمونه، اخراج دسته‌جمعی، اخراج بدون رعایت تضمینات شکلی، و اخراجی که منتج به نقض حقوق بشر افراد اخراج‌شونده گردد، ممنوع است (Ibid.). قید دلایل موجه نیز ناظر به موقعیت‌هایی است که امکان انتقال جمعیت بنا بر ضرورت‌های موجود مجاز می‌شود؛ برای نمونه، در زمان مخاصمات مسلحانه در صورتی که امنیت غیر نظامیان چنین اقتضا کند، امکان جابه‌جایی جمعیت وجود دارد (روستایی و آرش‌پور، ۱۳۹۵: ۶۲). بند دال پاراگراف اول ماده ۷ اساسنامه رم، جرم اخراج اجباری جمعیت به مثابه یکی از رفتارهای سازنده جرایم علیه بشریت را به همراه جرم «انتقال اجباری» بیان کرده است.^۲ با این حال، میان این دو رفتار مجرمانه تفکیک و تمایز وجود دارد (Hall & Stahn, 2016: 192). جرم اخراج، ناظر به جابه‌جایی از کشوری به کشور دیگر است، در حالی که انتقال اجباری جمعیت عبارت است از جابه‌جایی جمعیت غیر نظامی در درون مرزهای یک کشور که بر خلاف جرم اخراج، مستلزم ورود به کشور دیگر نیست (ICTY, 2006: para. 268). به بیان دیگر، اخراج دارای یک عنصر اضافی نسبت به جرم انتقال اجباری است و آن، لزوم عبور از یک مرز بین‌المللی است (ICTY, 2010: para. 892). هرچند که جرم اخراج در اساسنامه محاکم موردی یوگسلاوی و رواندا به صراحت مورد شناسایی واقع شده بود،^۳ لیکن جرم انتقال

1. Elements of crimes 7(1)(d).

2. Forcible Transfer.

۳. بند دال ماده ۵ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و بند دال ماده ۳ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا.

اجباری جمعیت تنها در اساسنامه رم تصریح شده و در محاکم موردی، ذیل عنوان کلی «سایر رفتارهای غیر انسانی» تحت تعقیب قرار می‌گرفت (ICTY, 2006: para. 317).^۱

عنصر مادی جرم اخراج جمعیت، از دو مؤلفه تشکیل شده است: الف) رفتارهای قهری منتهی به اخراج اجباری؛ ب) جابه‌جایی جمعیت. از منظر عنصر الزام، جرم اخراج را جرم با «رفتار-باز»^۲ نامیده‌اند؛ چرا که مرتکب ممکن است با ارتکاب رفتارهای چندگانه و مختلف مانند کشتار، خشونت‌های جنسی و غارت و شکنجه، موجبات اخراج را فراهم آورد (ICC, 4 February 2012: para. 244). بخش و جزء جابه‌جایی نیز لزوماً در خاک و قلمرو کشور دیگر محقق می‌شود؛ چرا که برای تحقق این عنوان مجرمانه، جمعیت اخراج شده باید با عبور از مرزهای بین‌المللی، وارد قلمرو کشور دیگر شود. در این صورت به مانند سناریوی شلیک از یک سوی مرز به هدفی آن سوی مرز، بخشی از عنصر مادی جرم در کشوری دیگر محقق و کامل می‌شود (ICC, 9 April 2018: para. 13).

بنا بر ماده ۱۲ اساسنامه رم، یکی از پیش شرط‌های اعمال صلاحیت از سوی دیوان آن است که دولتی که رفتار مورد نظر در قلمرو سرزمینی آن واقع شده است، عضو دیوان باشد یا صلاحیت دیوان را پذیرفته باشد. اما معنای «رفتار» و اینکه آیا وقوع جرم، مستلزم تحقق تمام عناصر سازنده جرم در قلمرو یک کشور است یا خیر، در اساسنامه رم مشخص نشده است. با این حال بر اساس آموزه‌ها و موازین حقوق بین‌الملل، این صلاحیت برای دولت‌ها تجویز و مستقر شده است که بتوانند جرایمی را که تنها بخشی از آن در سرزمینشان واقع شده است، تحت تعقیب قرار بدهند (Keefe, 2015: 10). در اینجا، یا «صلاحیت سرزمینی شخصی»^۳ (جایی که جرم در کشور رسیدگی کننده آغاز

۱. لازم به ذکر است که رفتار مادی انتقال یا اخراج اجباری جمعیت در صورتی که همراه با قصد خاص نابودسازی جمعیت باشد، می‌تواند به آستانه جرم نسل‌کشی نیز برسد؛ به ویژه آنکه از حیث عنصر مادی، میان جنایت علیه بشریت و جرم نسل‌کشی همپوشانی قابل توجهی وجود دارد و وجه فارق این دو در عنصر معنوی خاص نسل‌کشی است (برای مطالعه بیشتر درباره این موضوع و انطباق آن با قضیه میانمار، ر.ک: روستایی و آرش‌پور، ۱۳۹۵: ۴۵-۷۳).

2. Open-Conduct.

3. Subjective Territoriality.

می‌شود، اما در کشور دیگری تمام و تکمیل می‌شود) یا «صلاحیت سرزمینی نوعی»^۱ (جایی که جرم در کشور رسیدگی‌کننده تمام می‌شود، در حالی که در کشور دیگری آغاز شده) قابل اعمال است (Vagias, 2014: 16-22). در ابتدا تنها جنبه شخصی صلاحیت سرزمینی مورد توجه بود. دلیل رجحان این جنبه آن بود که دولت سرزمینی محل شروع جرم، دسترسی بهتری به ادله اثباتی داشت (Maillart, 2019: 380). با این حال به مرور مشخص شد که تمرکز صرف بر جنبه شخصی صلاحیت سرزمینی کفایت نمی‌کند و جرایمی وجود دارند که هرچند آن سوی مرزها واقع می‌شوند، لیکن آثار مخرب آن‌ها به درون مرزها نیز سرایت می‌کند. از این رو، جنبه عینی صلاحیت سرزمینی نیز برای توانمندسازی دولت‌های متأثر از جرم در مقابله با جرایم مورد توجه واقع شد.

در قضیه میانمار، اقدامات قهری که منتهی به اخراج مسلمانان شد، در کشور میانمار که عضو دیوان نیست، آغاز شد؛ لیکن جزء دیگر جرم یعنی ورود به کشور دیگر، در قلمرو سرزمینی یک دولت عضو یعنی بنگلادش واقع شده است. بنابراین از آنجا که عنصر اجبار از عنصر جابه‌جایی متفاوت و منفک است، وقوع هر یک از این عناصر در قلمرو سرزمینی یک دولت عضو (چه دولت فرستنده جمعیت باشد، چه دولت دریافت‌کننده جمعیت)، مشمول بند الف پاراگراف دو ماده ۱۲ اساسنامه و داخل در صلاحیت سرزمینی دیوان خواهد بود (ICC, 9 April 2018: para. 28). این تفسیر از قلمرو صلاحیت سرزمینی در بسیاری از نظام‌های حقوق کیفری جهان مورد پذیرش واقع شده است؛^۲ از جمله نظام حقوقی ایران که دادستان دیوان در درخواست خود آن نیز به عنوان یکی از دولت‌های پذیرنده این نوع صلاحیت اشاره کرده است (ICC, 9 April 2018: para. 40).^۳ از این صلاحیت به «صلاحیت سرزمینی حکمی» تعبیر می‌شود (خالقی، ۱۳۸۸: ۱۰۸). معقول و مقبول بودن اعمال موسع صلاحیت سرزمینی تا آن میزان بوده است که حتی پیش از قضیه میانمار، دادستانی دیوان در عمل نیز

1. Objective Territoriality.

۲. دادستان در متن درخواست خود تصریح می‌کند که حداقل ۶۶ دولت، صلاحیت سرزمینی نسبت به جرایمی را که تنها بخشی از آن در قلمروشان واقع شده است، پذیرفته‌اند (پاراگراف ۳۹).

۳. ماده ۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «هر گاه قسمتی از جرم یا نتیجه آن در قلمرو حاکمیت ایران واقع شود، در حکم جرم واقع شده در جمهوری اسلامی ایران است».

بر اساس باورمندی به آن اقدام می‌کرد (ر.ک: خالقی، ۱۳۸۸: ۱۰۸-۱۰۹)؛ برای نمونه، در قضیه «جمهوری کره» در ارتباط با بمباران سال ۲۰۱۰ جزیره‌ای متعلق به کره جنوبی از سوی کره شمالی، دادستانی دیوان با احراز صلاحیت سرزمینی نسبت به قضیه مذکور اعلام داشت که رفتار شلیک (از کشور غیر عضو یعنی کره شمالی) از رفتار اصابت (که در قلمرو کشور عضو یعنی کره جنوبی واقع شده است) قابل تفکیک نمی‌باشد (ICC, June 2014: para. 39). با این حال در قضیه میانمار، دادستان ترجیح داد تا پیش از اقدام، نظر دادرسان دیوان را در مورد قلمرو صلاحیت سرزمینی دیوان جویا شود.

دادستان دیوان در استفساریه خود بر اساس ماده ۱۹ اساسنامه رم اعلام داشت که شعبه پیش-دادرسی می‌تواند از دولت‌ها، سازمان‌ها و افراد حقیقی دعوت کند تا بر مبنای قاعده ۱۰۳ نسبت به اشتراک گذاشتن نظرات خود به عنوان «دوست دادگاه»^۱ درخواست بدهند (ICC, 9 April 2018: para. 61). قاعده ۱۰۳ از قواعد آیین دادرسی و ادله دیوان، این اختیار را برای دولت‌های عضو و غیر عضو و همچنین کنشگران غیر دولتی فراهم می‌آورد تا در هر مرحله از دادرسی، نظرات خود را در ارتباط با موضوعات در دستور کار دیوان با اجازه و صلاحدید دادرسان به سمع و نظر این مرجع برسانند. این آیین، ظرفیتی برای کنشگری عدالت‌خواهانه نزد دیوان کیفری بین‌المللی فراهم می‌آورد که هم کنشگران دولتی و هم غیر دولتی و حتی اشخاص حقیقی می‌توانند رویکردها و تفسیرهای موافق با عدالت را در دیوان تقویت کنند. در مسیر پاسخ‌دهی به استفساریه دادستان، چندین نهاد بین‌المللی غیر دولتی نیز به عنوان دوستان دادگاه، نظرات خود را در ارتباط با صلاحیت سرزمینی دیوان اعلام داشتند.^۲ متعاقب اخذ و استماع این نظرات، در سپتامبر ۲۰۱۸ میلادی (شهریورماه ۱۳۹۷) شعبه اول پیش-دادرسی دیوان، تصمیم خود را در ارتباط با استفساریه دادستان راجع به صلاحیت دیوان نسبت به «وضعیت میانمار» اعلام نمود. بر این اساس، دادرسان دیوان استدلال‌های اقامه‌شده از

1. Amicus curiae.

2. E.g. see: ICC, Decision on the “Request for Leave to Submit Amicus Curiae Observations by the International Commission of Jurists (pursuant to Rule 103 of the Rules)”, 29 May 2018.

سوی دادستان و تفسیر وی درباره قلمرو صلاحیت سرزمینی را مورد تأیید و ابرام قرار دادند. همچنین خود دادرسان نیز ادله دیگری در تقویت این ایده اقامه کردند؛ از جمله آنکه محروم کردن دیوان از اعمال صلاحیت نسبت به جرمی که بخشی از آن خارج از قلمرو دولت‌های عضو واقع شده است، در حالی که خود آن دولت‌ها بنا بر اصول حقوق بین‌الملل می‌توانند به چنین جرایمی رسیدگی کنند، خلاف مقاصد و اهداف مؤسس دیوان است (ICC, 6 September 2018: para. 69-71). صلاحیت دیوان تفویضی است و دولت‌ها همان صلاحیتی را که خود دارند، به دیوان تفویض می‌کنند (Luban, 2010: 579). بنابراین چون صلاحیت سرزمینی حکمی، مورد قبول اکثر دولت‌هاست، این صلاحیت به دیوان نیز تفویض شده است. در نهایت و بر اساس استدلال‌های صورت گرفته، دیوان نسبت به جرم اخراج مردم روهینگیا از میانمار به بنگلادش صالح دانسته شد (ICC, 6 September 2018: para. 30). دادرسان شعبه پیش-دادرسی علاوه بر جرم اخراج روهینگایی‌ها، با تنقیح مناط و اخذ معیار تجویز صلاحیت دیوان، دو رفتار مجرمانه دیگر را که علیه مسلمانان میانمار واقع شده بود، نیز داخل در صلاحیت دیوان دانستند؛ اول جرم «آزار و تعقیب»^۱ اقلیت مسلمان در میانمار و دوم «سایر رفتارهای غیر انسانی»^۲ که در بند «کا» ماده هفت اساسنامه رم به عنوان یکی از رفتارهای سازنده جرایم علیه بشریت جرم‌انگاری شده است. در هر دوی این جرایم، اجبار غیر قانونی اخراج‌شدگان به ماندن در خارج از میانمار به عنوان مؤلفه سازنده جرایم یادشده قلمداد شد که در کشور عضو دیوان یعنی بنگلادش محقق شده است (ICC, 6 September 2018: para. 78).

دادرسان شعبه پیش-دادرسی در پاسخ به استفساریه دادستان، با اشاره به موازین حقوق بشری مبنی بر لزوم انجام بدون تأخیر تحقیقات و حق بزه‌دیدگان بر دانستن حقیقت، از دادستان خواستند تا نسبت به پایان ارزیابی مقدماتی و آغاز رسمی تحقیقات شتاب کند (ICC, 6 September 2018: para. 88). در اجابت این درخواست، دادستان دیوان بر اساس ماده ۱۵ اساسنامه رم و بر مبنای صلاحدید خود در جولای ۲۰۱۹

1. Persecution.
2. Other Inhumane Acts.

میلادی از شعبه پیش-دادرسی دیوان برای آغاز تحقیقات نسبت به قضیه میانمار/بنگلادش و به طور خاص در ارتباط با جرایمی که حداقل یک عنصر سازنده آن در کشور بنگلادش واقع شده باشد، درخواست صدور مجوز نمود. دادستان دیوان در درخواست خود با تکرار یافته‌های پیشین درباره صلاحیت دیوان، به مسئله «قابلیت پذیرش»^۱ قضیه میانمار نیز پرداخت. به همین مناسبت و در بررسی اصل «صلاحیت تکمیلی» به عنوان یکی از مؤلفه‌های قابلیت پذیرش، دادستان با اشاره به تشکیل تیم تحقیق از سوی ارتش میانمار در ارتباط با وقایع سال ۲۰۱۷ در استان راخین اعلام داشت که تحقیقات صورت گرفته در میانمار در ارتباط با پرونده‌های بالقوه‌ای که احتمالاً مورد تعقیب دیوان واقع خواهد شد، نبوده است؛ علاوه بر آنکه این تحقیقات به دلیل سوگیری فاقد اصالت لازم بوده است (ICC, 4 July 2019: paras. 233-237). بر همین اساس و با توجه به شدت‌مندی بحران میانمار به واسطه گستره و ماهیت جرایم واقع شده در آن، دادستان این قضیه را قابل پذیرش دانست (ICC, 4 July 2019: para. 145).

متعاقب درخواست دادستان و بررسی‌های صورت گرفته از سوی شعبه پیش-دادرسی، دادرسان دیوان به اتفاق آرا در نوامبر سال ۲۰۱۹ میلادی، مجوز آغاز تحقیقات را نسبت به «قضیه میانمار/بنگلادش» صادر کردند. بر اساس رأی صادره، دادرسان دیوان پذیرفتند که مبنای معقولی وجود دارد که جرایم علیه بشریت از رهگذر اخراج اجباری غیر نظامیان روهینگیا از میانمار به بنگلادش و همچنین تعقیب و آزار ایشان، بر مبنای قومیت و مذهب رخ داده است. دادرسان در مجوز خود با اشاره به اینکه بنا بر اطلاعات در دسترس، میان ۶۰۰ هزار تا یک میلیون مسلمان روهینگایی مجبور به ترک خانه خود از میانمار به کشور بنگلادش شده‌اند، قضیه میانمار را دارای «شدت‌مندی لازم»^۲ برای آغاز تحقیقات دانستند و در نتیجه برای تحقیقات دیوان قابل پذیرش قلمداد کردند (ICC, 14 November 2019: para. 118). همچنین دادرسان با اشاره به اینکه بر اساس گزارش «دبیرخانه» دیوان، تمام بزه‌دیدگان مشارکت‌کننده در فرایند صدور مجوز، خواهان آغاز تحقیقات از سوی دادستان دیوان بوده‌اند، تداوم تحقیقات را

1. Admissibility.

2. Sufficient Gravity.

به «نفع عدالت»^۱ دانستند (ICC, 14 November 2019: para. 119). در رأی صادره، دادرسان شعبهٔ پیش‌دادرسی حدود مجوز صادرشده برای انجام تحقیقات دادستان را نیز مشخص ساختند. بنا بر نظر ایشان، از حیث قلمرو سرزمینی دادستان می‌تواند نسبت به هر جرمی که حداقل بخشی از آن در بنگلادش و یا هر دولت عضو دیگری واقع شده باشد، مادامی که میان آن جرم و قضیه میانمار ربط کافی برقرار باشد، رسیدگی کند (ICC, 14 November 2019: para. 125). در ارتباط با صلاحیت موضوعی نیز دادرسان تأکید داشتند که تمام جرایم داخل در صلاحیت دیوان، مادامی که با قضیه اصلی در میانمار مرتبط باشد، حتی اگر در درخواست دادستان مورد تصریح واقع نشده باشند، قابل رسیدگی است؛ چرا که در مرحله ارزیابی مقدماتی، امکان شناسایی تام حوادث و جرایم برای دادستان وجود ندارد (ICC, 14 November 2019: paras. 126-128). همین مجوز نیز در ارتباط با صلاحیت زمانی تحقیقات دادستان صادر شد. بر این اساس، دادرسان اعلام نمودند که تمام جرایم واقع شده از اول ژوئن ۲۰۱۰ میلادی (تاریخ لازم‌الاجرا شدن اساسنامه رم برای بنگلادش) داخل در صلاحیت دیوان است و این صلاحیت نسبت به جرایم واقع شده بعد از صدور مجوز تحقیقات نیز به شرط ربط میان آن جرایم و اصل قضیه میانمار باقی است (ICC, 14 November 2019: paras. 131-133). با صدور این مجوز، فرایند تحقیقات کامل با هدف تعقیب نمودن پرونده‌های شناسایی شده در قضیه میانمار از سوی دادستان دیوان آغاز شده است که در جریان می‌باشد.

ابتکار عمل دادستان در باز کردن مسیری برای ورود به قضیه میانمار و تعقیب جرایم صورت گرفته در آن کشور، هرچند که از جامعیت لازم نسبت به تمام جنایات واقع شده برخوردار نباشد، دارای این فایده است که نظام عدالت کیفری بین‌المللی در قبال جنایات‌های صورت گرفته علیه مسلمانان در میانمار سکوت پیشه نکرده و اقدامی عملی در جنگ حقوقی علیه جنایات‌های بین‌المللی صورت گرفته علیه مسلمانان میانمار انجام داده است. اما اقدام جامعه جهانی در قبال جنایات‌های میانمار تنها محدود به مسئولیت‌خواهی کیفری نسبت به مرتکبان این جنایت در سطح بین‌المللی نبوده است،

1. Interests of Justice.

بلکه این مسئولیت‌خواهی در سطح ملی نیز مورد مطالبه واقع شده است.

۳-۱. تعقیب ملی

در مقابله با جرایم بین‌المللی صورت گرفته علیه مسلمانان میانمار، از ظرفیت موجود در زرادخانه حقوق ملی برخی دولت‌ها یعنی «صلاحیت جهانی» نیز بهره‌برداری شده است. صلاحیت جهانی از تأسیسات نظام عدالت بین‌المللی است که در اختیار دولت‌ها قرار گرفته تا بتوانند علیه جنایات بین‌المللی اقدام و همکاری داشته باشند. هدف از وضع صلاحیت جهانی، مقابله با «بی‌کیفرمانی»^۱ است تا بهشت امنی برای جنایت‌پیشگان وجود نداشته باشد. میزان تعهد یک دولت در مقابله با جنایات بین‌المللی را باید در میزان اقبال آن به صلاحیت جهانی وزن نمود. منظور از صلاحیت جهانی، توسعه صلاحیت دادگاه‌های داخلی یک کشور برای رسیدگی به جرمی است که نه در قلمرو آن واقع شده است و نه توسط یا علیه اتباع آن صورت گرفته است (شریعت باقری، ۱۳۹۱: ۱۰۳). صلاحیت جهانی مبتنی بر این ایده است که برخی از جرایم به دلیل آنکه علیه منافع و ارزش‌های جهان‌شمول است، تمام دولت‌ها را برای رسیدگی به مرتکبان این جرایم صالح می‌سازد. در صلاحیت جهانی، مبنای اعطای صلاحیت ارتباط جرم یا مجرم با دولت اعمال‌کننده صلاحیت نیست، بلکه این ماهیت خاص این دسته از جرایم است که منشأ صلاحیت شده است (Dixon, 2007: 147). در اینجا دولت اعمال‌کننده صلاحیت، هیچ ارتباط مستقیمی با جرم واقع شده ندارد، بلکه فارغ از محل ارتکاب جرم و تابعیت بزه‌کار و یا بزه‌دیده و بدون آنکه جرم به صورت مستقیم علیه منافع و امنیت دولت رسیدگی‌کننده باشد، مرتکب این جرایم توسط محاکم آن کشور تحت تعقیب قرار می‌گیرد. در سال‌های اخیر، اقبال به استفاده از صلاحیت جهانی در غیاب وجود مکانیسم‌های بین‌المللی مؤثر به ویژه در مقابله با جنایت‌های بین‌المللی در سوریه فراوان شده است.^۲

1. Impunity.

۲. برای مطالعه بیشتر تحولات ناظر به صلاحیت جهانی، ر.ک:

International Trial, "Universal Jurisdiction Annual Review", Available at: <https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2020/03/TRIAL-International_UJAR-2020_DIGITAL.pdf>.

در ارتباط با قضیه میانمار نیز در سال ۲۰۱۹ میلادی یک نهاد مدنی انگلیسی در کشور آرژانتین به نمایندگی از برخی بزه‌دیدگان روهینگایی، اقدام به طرح شکایت علیه جنایت علیه بشریت و جرم نسل‌کشی صورت گرفته در میانمار نمود، که پرونده آن در مراحل مقدماتی در جریان می‌باشد.^۱ آرژانتین صلاحیت جهانی محاکم ملی خود را نسبت به جرایم بین‌المللی به رسمیت می‌شناسد. در صورتی که محاکم قضایی آرژانتین نسبت به این پرونده اقدام نمایند، این نخستین باری خواهد بود که یک دولت ملی بر اساس صلاحیت جهانی نسبت به جرایمی که در دستور کار دیوان کیفری بین‌المللی قرار خواهد داشت، ورود پیدا کرده است. شایان ذکر است که در این صورت، رابطه میان دیوان کیفری بین‌المللی و اقدامات قضایی در آرژانتین، بر اساس اصل صلاحیت تکمیلی تنظیم می‌شود (Bo, 2019). بر اساس این اصل، اقدامات ملی در مقابله با جنایات بین‌المللی مقدم است.

۲. مسئولیت بین‌المللی دولت

به موازات مسئولیت کیفری فردی مباشران، طراحان و آمران جنایت‌های بین‌المللی صورت گرفته علیه مسلمانان در میانمار، دولت این کشور نیز در ارتباط با این جرایم دارای مسئولیت بین‌المللی است. این مسئولیت در ارتباط با وقوع جرم نسل‌کشی مورد مطالبه واقع شده است. دولت میانمار عضو «کنوانسیون پیشگیری و مجازات نسل‌کشی»^۲ مصوب ۱۹۴۸ میلادی است. بر اساس تعهدات بر ساخته این معاهده، میانمار ملزم به پیشگیری از وقوع نسل‌کشی و همچنین تعقیب و محاکمه مرتکبان این جرم می‌باشد. عدم اجرای این تعهدات و یا نقض آن‌ها از سوی دولت میانمار به عنوان یک «رفتار متخلفانه بین‌المللی»، موجبات استقرار مسئولیت بین‌المللی دولت میانمار را فراهم می‌آورد (برای مطالعه بیشتر درباره ارکان مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، ر.ک: مستقیمی و طارم‌سری، ۱۳۷۷).

ماده نهم کنوانسیون نسل‌کشی تصریح می‌کند که اختلافات دولت عضو در ارتباط با تفسیر، اعمال و اجرای کنوانسیون و از آن جمله در ارتباط با مسئولیت دولت‌های عضو در قبال رفتارهای مجرمانه مرتبط با نسل‌کشی باید در «دیوان بین‌المللی

۱. متن شکایت قابل دسترس در: <<https://burmacampaign.org.uk/media/Complaint-File.pdf>>.

2. The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

دادگستری» مورد رسیدگی واقع شود. دولت میانمار نسبت به این ماده تحفظ و حق شرطی نداشته است و بنابراین طرح دعوی بر اساس کنوانسیون نسل‌کشی علیه میانمار به دلیل نقض تعهدات معاهده‌ای ممکن است.^۱ در بستر این ظرفیت و فرصت حقوقی، کشور «جمهوری گامبیا» که خود عضو کنوانسیون نسل‌کشی است، در ۱۱ نوامبر ۲۰۱۹ میلادی اقدام به شکایت علیه میانمار در دیوان بین‌المللی دادگستری نمود. بنا بر نظر مشورتی سال ۱۹۵۱ دیوان در ارتباط با کنوانسیون نسل‌کشی و حق شرط نسبت به آن، در اقامه شکایت بر اساس کنوانسیون نسل‌کشی لازم نیست که جرم در قلمرو سرزمینی دولت شکایت‌کننده و یا علیه اتباع آن صورت گرفته باشد، بلکه تمام دولت‌های عضو کنوانسیون دارای یک «نفع مشترک»^۲ یعنی تحقق اهداف عالی کنوانسیون هستند که ایشان را محق به شکایت نسبت به نقض این اهداف می‌کند (ICJ, 28 May 1951: 23). بنابراین، متأثر بودن مستقیم از جرم نسل‌کشی، شرط لازم برای اقامه دعوی نزد دیوان بین‌المللی دادگستری بر اساس کنوانسیون نسل‌کشی نخواهد بود. پیش از این نیز در پرونده «بلژیک علیه سنگال»، دیوان اعلام نموده بود که صرف عضویت بلژیک در «کنوانسیون ضد شکنجه» برای طرح شکایت علیه سنگال به دلیل عدم پیشگیری از جرم شکنجه و عدم تعقیب مرتکبان آن حتی بدون ارتباط فیزیکی با جرم صورت گرفته در سنگال کافی است؛ چرا که هر دولت عضو کنوانسیون ضد شکنجه می‌تواند مسئولیت دولت عضو دیگر را به دلیل عدم ایفای «تعهدات در قبال طرفین»^۳ مطالبه

۱. در سال ۱۹۹۳ میلادی، دولت جمهوری بوسنی و هرزگوین علیه جمهوری فدرال یوگسلاوی سابق (صربستان فعلی) بر اساس کنوانسیون نسل‌کشی طرح شکایت نمود. دیوان در ابتدا در سال ۱۹۹۶، صلاحیت خود را برای رسیدگی به این دعوی احراز نمود و ایراد صلاحیتی یوگسلاوی را رد کرد. در نهایت پس از یک بررسی طولانی در سال ۲۰۰۷ میلادی، کشور صربستان را به دلیل عدم اقدام به پیشگیری از جرم نسل‌کشی از طریق به کار بستن تمام امکانات موجود و همچنین عدم تعقیب و محاکمه مرتکبان نسل‌کشی و مجازات ایشان از جمله به دلیل عدم همکاری با دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در پرونده ژنرال ملادچیچ مسئول شناخت. البته دیوان در این پرونده، حکم به جبران خسارت مادی نداد و تنها اعلام نقض تعهدات بین‌المللی از سوی صربستان را کافی دانست (برای مطالعه بیشتر ر.ک: ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, 26 Feb 2007).

2. Common Interest.

3. Erga omnes partes.

کند (ICJ, 20 July 2012: paras. 68-69).

شکایت دولت گامبیا از میانمار علی‌رغم اینکه نسل‌کشی مسلمانان در قلمرو سرزمینی گامبیا و یا علیه اتباع و یا منافع آن واقع نشده بود، بر اساس همین نفع و حق مشترک دولت‌های عضو کنوانسیون نسل‌کشی صورت گرفت. این استدلال توسط دادرسان دیوان به هنگام صدور «دستور موقت» در ارتباط با پرونده میانمار نیز مورد ابرام واقع شد. بر این اساس، دادرسان اعلام داشتند که نه تنها دولت متأثر از جرم نسل‌کشی بلکه تمام دول عضو کنوانسیون نسل‌کشی می‌توانند مسئولیت دولت دیگر را با هدف پایان بخشیدن به نقض تعهدات معاهده‌ای خود مورد استناد قرار بدهند (ICJ, 23 January 2020: para. 41).

گامبیا دولت میانمار را متهم به ارتکاب اقدامات سازنده جرم نسل‌کشی علیه گروه روهینگیا به عنوان یک اقلیت مذهبی و قومی ساکن در میانمار نمود؛ اقداماتی که شامل قتل، تحمیل شرایط زندگی منتهی به نابودی فیزیکی، ایراد آسیب جدی جسمانی و روانی و همچنین انتقال اجباری جمعیت با هدف نابودسازی تمام یا بخشی از مسلمانان روهینگیا بوده است (ICJ, 11 November 2019: para. 2). از جمله اقدامات و سیاست‌های دولت میانمار که از سوی گامبیا به عنوان سندی بر انکار موجودیت گروه روهینگیا از سوی میانمار مورد اشاره واقع شد، ایجاد محدودیت در ازدواج و فرزندآوری مسلمانان روهینگیا و لزوم اخذ مجوز از دولت برای این امور شخصی بود. به گفته گامبیا هدف از این محدودیت، جلوگیری از گسترش نسل مسلمانان روهینگیا به صورت سازمان‌یافته بوده است (ICC, 11 November 2019: para. 33).

اقدام دیگری که از سوی دولت گامبیا در شناسایی مسئولیت دولت میانمار در وقوع نسل‌کشی در این کشور مورد استناد واقع شد، پویش‌های نفرت‌پراکنی و تحریک به نسل‌کشی است که از سوی دولت میانمار هدایت و یا تسهیل شده است. نسل‌کشی یک فرایند است (Rosenberg, 2012: 20) و به فرجام رسیدن این فرایند، در بستر نفرت‌پراکنی صورت می‌گیرد. از این روست که «تحریک به نسل‌کشی» به عنوان یک جرم مطلق و مستقل در نظام عدالت کیفری بین‌المللی نیز جرم‌انگاری شده است (ر.ک: بند ای پاراگراف ۳ ماده ۲۵ اساسنامه رم). در واقع، ادبیات نفرت و نفرت‌پراکنی‌های

رسانه‌ای می‌تواند با تأثیر بر اذهان مخاطبان، به یک فضاسازی مبتنی بر خشونت و نفرت انجامد که در بستر آن، نسل‌کشی نیز به وقوع پیوندد (Timmermann, 2006: 828). در اثبات موج نفرت‌پراکنی در میانمار علیه مسلمانان، دولت گامبیا به یافته‌های هیئت حقیقت‌یاب شورای حقوق بشر درباره نقش مؤثر فیس‌بوک در میانمار در تولید ادبیات نفرت علیه مسلمانان و همچنین انتشار گسترده برخی کتاب‌های ضد اسلامی مانند کتاب *هجوم ویروس‌ها*^۱ که در آن با اشاره به مسلمانان، آن‌ها را نابودکننده سایر نژادها خوانده است، اشاره کرد (ICJ, 11 November 2019: paras. 37-47).

دولت گامبیا در شکایت خود با اشاره به مستندات فراوان تهیه‌شده از سوی «هیئت حقیقت‌یاب» شورای حقوق بشر سازمان ملل اعلام نمود که دولت میانمار به دلیل نقض تعهدات بین‌المللی خود بر اساس کنوانسیون نسل‌کشی به واسطه ارتکاب، تبانی برای ارتکاب، تحریک و عدم پیشگیری از نسل‌کشی و همچنین عدم مجازات مرتکبان این جرم دارای مسئولیت است (ICJ, 11 November 2019: para. 111). بر همین اساس، گامبیا در شکایت خود از دیوان درخواست کرده است تا احراز و اعلان شود که دولت میانمار، تعهدات خود را بر اساس کنوانسیون نسل‌کشی نقض کرده و نقض می‌کند و همچنین ملزم به توقف اقدامات نسل‌کشانه و تعقیب مرتکبان و جبران خسارت بزه‌دیدگان شود (ICJ, 11 November 2019: para. 112).

دولت گامبیا در شکایت خود علاوه بر مسئولیت‌خواهی نسبت به دولت میانمار، خواهان صدور یک دستور موقت برای اتخاذ تدابیر لازم با هدف پیشگیری از تداوم نسل‌کشی به صورت فوری نیز شد. این درخواست در ژانویه ۲۰۲۰ میلادی مورد پذیرش دیوان قرار گرفت. در دستور موقت دیوان، دادرسان در گام نخست «صلاحیت علی‌الظاهر»^۲ دیوان بین‌المللی دادگستری را احراز کردند. بر این اساس، دیوان اعلام داشت که میان میانمار و گامبیا یک «اختلاف»^۳ وجود دارد که دیوان برای رسیدگی به آن بر اساس کنوانسیون نسل‌کشی صالح می‌باشد (ICC, 23 January 2020: para. 37).

1. *Influx viruses*.

2. *Prima facie jurisdiction*.

3. *Dispute*.

بنا بر رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری، برای صدور دستور موقت باید احراز شود که حقوقی که نقض آن‌ها مورد ادعا واقع شده و برای صیانت از آن حقوق دستور موقت مورد مطالبه است، «حقوق قابل مطالبه و موجه»^۱ باشند (ICJ, 23 July 2018: para. 43). درباره این شرط، دادرسان دیوان اعلام داشتند که گروه‌های مورد اشاره در کنوانسیون نسل‌کشی (گروه‌های مذهبی، ملی، قومی و نژادی) دارای حقوق مسلمی هستند که متناظر با آن حقوق، دولت‌ها متعهد به رعایت تکالیفی از جمله پیشگیری از نسل‌کشی و مجازات مرتکبان این جرم می‌باشند. بر اساس نظر دیوان بین‌المللی دادگستری، جمعیت مسلمان روهینگیا یک گروه مورد حمایت کنوانسیون نسل‌کشی و در نتیجه دارای حقوق قابل مطالبه است (ICJ, 23 January 2020: para. 56). شرط دیگر صدور دستور موقت آن است که «صدمه جبران‌ناپذیری»^۲ ناشی از نقض حقوق قابل مطالبه محقق شود (ICJ, 3 October 2018: para. 77). در این باره نیز دادرسان دیوان بین‌المللی دادگستری با اشاره به قطعنامه ۱۹۴۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد که نسل‌کشی را انکار وجود و حیات یک گروه انسانی می‌داند، اعلام داشتند که ادله موجود حکایتگر آن است که حیات و موجودیت گروه روهینگیا به دلیل گستردگی جنایت‌های صورت گرفته علیه ایشان به مخاطره افکنده شده است که در صورت تحقق، صدمه‌ای غیر قابل جبران است (ICJ, 23 January 2020: para. 75).

بر اساس استنادات و استدلال‌های فوق‌الذکر، دادرسان دیوان بین‌المللی دادگستری به اتفاق آرا با صدور یک دستور موقت، دولت میانمار را ملزم نمودند تا به تعهدات خود وفق کنوانسیون نسل‌کشی عمل کرده و تمام اقداماتی را که در توان و اختیار دارد، برای پیشگیری از نسل‌کشی در این کشور به کار گیرد. همچنین دادرسان دولت میانمار را ملزم کردند تا اطمینان حاصل کند که نیروهای نظامی این کشور و یا گروه‌های مسلح تحت حمایت و یا هدایت آن، هیچ رفتار سازنده جرم نسل‌کشی علیه گروه روهینگیا مرتکب نشوند. علاوه بر این، دولت میانمار ملزم شد تا از هر گونه اقدام در راستای نابود ساختن ادله و مدارک ناظر به ادعاهای نسل‌کشی جلوگیری کرده و در یک بازه

1. Plausible Rights.
2. Irreparable Harm.

زمانی تعیین شده، گزارشی به دیوان در ارتباط با اقدامات انجام شده در راستای اجرای دستور موقت ارسال دارد (ICJ, 23 January 2020: para. 86). علاوه بر این، دادرسان میانمار را ملزم کردند که گزارش دوره‌ای در ارتباط با اجرای دستورات صادر شده از سوی دیوان ارائه دهد. هدف از گزارش‌دهی، نظارت مستمر و بی‌پایان بر عملکرد میانمار بوده است (Abbott, 2020^B). بر این اساس، میانمار اولین گزارش خود را در ماه می ۲۰۲۰ میلادی به صورت محرمانه صادر نمود.

در آخرین تحول در ارتباط با اقدام گامبیا، در تاریخ ۱۲ شهریور ۱۳۹۹ دولت‌های هلند و کانادا به صورت مشترک با صدور بیانیه‌ای قصد خود را برای ورود به پرونده گامبیا علیه میانمار اعلام داشتند.^۱ بر اساس مواد ۶۲ و ۶۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، دولت‌های ثالث نیز در صورت وجود یک نفع حقوقی می‌توانند تقاضای ورود و مشارکت در یک پرونده جاری نمایند و در این صورت دیوان، صلاح‌دید صدور مجوز برای همراهی ایشان را خواهد داشت. دولت‌های هلند و کانادا در بیانیه خود با اشاره به وظیفه خود نسبت به حمایت از تلاش‌های گامبیا در مقابله با بی‌کیفرمانی مرتکبان جنایت‌های صورت گرفته در میانمار اعلام داشتند که این دو دولت مایل هستند در موضوعات حقوقی پیچیده‌ای که احتمالاً در این پرونده مطرح می‌شود، در کنار و حامی دولت گامبیا باشند و دولت‌های دیگر را نیز به حمایت از تلاش‌های گامبیا فرا خوانند.^۲

1. Joint statement of Canada and the Kingdom of the Netherlands regarding intention to intervene in The Gambia v. Myanmar case at the International Court of Justice, 2 September 2020, Available at: <<https://www.government.nl/documents/diplomatic-statements/2020/09/02/joint-statement-of-canada-and-the-kingdom-of-the-netherlands-regarding-intention-to-intervene-in-the-gambia-v.-myanmar-case-at-the-international-court-of-justice>>.

۲. لازم به ذکر است که این دو دولت در حال طراحی اقدام مشترکی بر اساس کنوانسیون ضد شکنجه علیه دولت سوریه نیز هستند که حکایتگر یکی از ظرفیت‌های مهم در جنگ حقوقی علیه جنایات بین‌المللی است. (Cf. Joint Statement of Canada and The Netherlands regarding Their Cooperation in Holding Syria to Account, 12 March 2021).

نتیجه گیری

در دوران معاصر، مقابله با شدیدترین جرایم بین‌المللی مورد نگرانی جامعه جهانی و عدالت‌خواهی برای بزه‌دیدگان این جرایم به مثابه یکی از اضلاع سه‌گانه نظم و نظام نوین جهانی در کنار ستون‌های صلح و امنیت بین‌المللی قرار گرفته است. جنایت‌های بین‌المللی نقض ارزش‌های مشترک جامعه بشریت است و همین نفع مشترک در پاسداشت و صیانت از این ارزش‌هاست که جامعه جهانی را به مثابه یک کل و آحاد دولت‌ها، ملزم و متعهد به مقابله با این جرایم و مسئولیت‌خواهی نسبت به ارتکاب آن‌ها فارغ از جغرافیای وقوعشان نموده است.

نظام عدالت‌کفری بین‌المللی برای پایان بخشیدن به بی‌کیفرمانی، ابزارهای مختلفی را برای اقدام در سطح ملی و بین‌المللی عرضه کرده است. در سطح بین‌المللی در مقام تعقیب، هم مسئولیت‌کفری فردی و هم مسئولیت بین‌المللی دولتی که در ارتکاب جنایت‌های بین‌المللی مسئول است، پیگیری و مورد پیگرد واقع می‌شود. میان این دو مسئولیت، نه لازمه‌ای برقرار است و نه مطالبه هم‌زمان آن‌ها با مانعی روبه‌رو می‌باشد.^۱ محاکم بین‌المللی از نورمبرگ تا لاهه، ابزاری مؤثر برای به عدالت سپردن مرتکبان جنایت‌های بین‌المللی و مسئولیت‌خواهی نسبت به دولت‌های دخیل در جنایت بوده‌اند (برای مطالعه درباره محاکم کفری بین‌المللی، ر.ک: ذاکریان، ۱۳۹۳). در کنار امر تعقیب، تحقیقات بین‌المللی نیز در مسیر مقابله با جرایم بین‌المللی نقش‌آفرینی می‌کنند. هدف از تحقیق، کشف و ثبت حقیقت با هدف جلوگیری از انکار و امحای آثار و ادله مثبت آن است (UN Human Rights Council, 2015: 8). در جایی که دورنمایی برای تعقیب نباشد، انجام تحقیق بین‌المللی ضرورتی انکارناپذیر است؛ چرا که «آب دریا را اگر نتوان کشید، هم به قدر تشنگی باید چشید». در این ساحت، نقش سازمان ملل متحد برجسته می‌شود؛ از شورای حقوق بشر سازمان ملل تا دبیر کل و شورای امنیت و حتی مجمع عمومی از طریق تأسیس کمیسیون‌های تحقیق و یا اعزام هیئت‌های حقیقت‌یاب

۱. برای نمونه نسل‌کشی سربرنتسا در بوسنی، هم در دادگاه کفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق برای پاسخ‌گو کردن مباشران انسانی آن مورد رسیدگی واقع شد و هم در دیوان بین‌المللی دادگستری، زمینه احراز مسئولیت بین‌المللی دولت صربستان گردید.

و تعیین گزارشگر ویژه و مانند آن به رصد جنایت و بررسی زمینه‌ها و چگونگی و آثار مترتب بر وقوع آن می‌پردازند.^۱

تسلیمات زرادخانه عدالت بین‌المللی البته محدود به ابزارهای جهانی نیست. محاکم و مکانیسم‌های بین‌المللی قادر نیستند به تمام جنایات بین‌المللی در اقصی نقاط جهان رسیدگی کنند. از این جهت، بار اصلی در مقابله با جرایم بین‌المللی بر عهده دولت‌های ملی است. از این روست که آینده عدالت کیفری بین‌المللی با دست‌انداختن نهادهای ملی رقم خواهد خورد (Slaughter, 2006: 350). در همین راستا، تأسیس صلاحیت جهانی به مثابه جهان‌شمول‌ترین سلاح حقوقی علیه جرایم بین‌المللی، در دسترس دولت‌ها قرار داده شده است. بر اساس این اصل صلاحیتی، تمام دولت‌ها مجاز به تحت تعقیب قرار دادن جرایم بین‌المللی فارغ از محل ارتکاب جرم و تابعیت بزه‌دیده و یا بزه‌کار و اثر مستقیم جنایت بر منافع آن‌ها هستند (مؤمنی، ۱۳۹۶: ۱۶۲). صلاحیت جهانی در پی آن است تا بهشت و پناه امنی برای مرتکبان جنایت‌های بین‌المللی باقی نماند و سایه پاسخ‌گویی از سر جنایت‌پیشگان تا زمان پاسخ‌گویی و جبران خسارت بزه‌دیدگان برداشته نشود.

بحران میانمار و واکنش‌های جهانی نسبت به آن، حکایتگر و بیانگر آن است که نظام عدالت بین‌المللی در برابر وقوع جنایت بی‌سلاح نیست و با استفاده از ظرفیت‌های موجود می‌تواند مسیرهای عدالت‌خواهی را طی نماید. جایی که استفاده از مکانیسم‌های موجود با بن‌بست و انسداد روبه‌رو می‌شود نیز با خلاقیت می‌توان مسیرهای جدیدی برای رسیدن به مقصد مقصود عدالت باز نمود. از این روست که در سال‌های اخیر، آنجا که تعقیب کیفری میسر و عملی نباشد، مکانیسم‌های تحقیقاتی با هدف مستندسازی ایجاد شده‌اند تا ادله جنایت از امحا و تعرض مصون بماند تا هر زمان که محکمه‌ای برای محاکمه جنایت‌پیشگان برپا شد، بتوان از یافته‌های مستندشده در مقام تعقیب بهره برد. جنایت در گذر زمان فراموش می‌شود و حقیقت در معرض قلب و تحریف قرار می‌گیرد. از این جهت در دنیایی که صحنه جنگ روایت‌هاست، باید

۱. البته برخی معتقد به کم‌کاری سازمان ملل متحد در قضیه میانمار هستند (برای نمونه ر.ک: شفیعی و سلیمی، ۱۳۹۸: ۱۴۱-۱۶۴).

جنایت را ثبت و حقیقت را ضبط نمود. حتی اگر نتوان مرتکبان جنایت را به عدالت سپرد، باید مانع از انکار و تحریف و فراموشی جنایت شد.

پرسمان اصلی این پژوهش آن بود که ابزارهای به کار گرفته‌شده توسط جامعه جهانی را در جنگ حقوقی علیه بی‌کیفرمانی جنایتکاران بین‌المللی مشخص سازد. دیوان کیفری بین‌المللی، دیوان بین‌المللی دادگستری، حقیقت‌یابی شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد و صلاحیت جهانی محاکم ملی، چهار مکانیسم عمده‌ای بود که در امر تحقیق و تعقیب جنایت‌های بین‌المللی ارتکاب‌یافته در میانمار به کار گرفته شده است. درس مهم قضیه میانمار و اقدامات حقوقی صورت گرفته علیه جنایت‌های میانمار، باورمندی به امکان کنشگری و بازیگری در نظام عدالت بین‌المللی است. اقدام کشور کوچک گامبیا در کشاندن پای میانمار به محکمه بین‌المللی و به عیان و جلوت کشیدن مسئولیت میانمار در قبال نسل‌کشی مسلمانان این کشور نشان داد که کنشگری مبتنی بر عقلانیت و علم و شناخت می‌تواند نتایج مهمی حاصل کند. در این ساحت و عرصه، دولت ایران و نهادهای مدنی و حقوق‌دانان و فعالان عدالت‌خواه بین‌المللی می‌توانند کنشگری کنند و همگام با جامعه جهانی در مقام حمایت از بزه‌دیدگان جنایت‌های بین‌المللی و از آن جمله بزه‌دیدگان مسلمان در میانمار اقدام کنند. همراهی دولت ایران با گامبیا مانند راهی که توسط کانادا و هلند پیموده شد، می‌توانست در دستور کار دستگاه دیپلماسی کشور باشد که البته از این فرصت استفاده نشد. همچنین نهادهای مدنی به عنوان یک نهاد واسطه با شناسایی قربانیان روهینگیان نمایندگی حقوقی ایشان را نزد دیوان کیفری بین‌المللی بر عهده بگیرند.

کتاب‌شناسی

۱. خالقی، علی، *جستارهایی از حقوق جزای بین‌الملل*، تهران، شهر دانش، ۱۳۸۸ ش.
۲. ذاکر حسین، محمدهادی، «جنگ حقوقی در سوریه»، ۲۷ دی ۱۳۹۵ ش.، قابل دسترس در تارنمای «دیپلماسی ایرانی» به نشانی: <<http://irdiplomacy.ir/fa/news/1965969>>.
۳. همو، «راه رسیدن به عدالت کیفری برای قربانیان روئینگیایی چیست؟ وضعیت قرمز حقوق بشر در بهشت سبز میانمار»، *روزنامه ایران*، شماره ۶۵۹۸، سه‌شنبه ۲۸ شهریور ۱۳۹۶ ش.
۴. همو، «مفهوم و کارکرد "قضیه" در "دیوان کیفری بین‌المللی"»، *مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی*، سال هشتم، شماره ۱۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۹ ش.
۵. ذاکریان، مهدی، *محاكم کیفری بین‌المللی*، تهران، تیس، ۱۳۹۳ ش.
۶. رحمتی، علی، و حسین میرمحمدصادقی، «امکان‌سنجی تعقیب و محاکمه مرتکبان جنایات اخیر در میانمار در عرصه ملی و بین‌المللی»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هشتاد و سوم، شماره ۱۰۶، تابستان ۱۳۹۸ ش.
۷. روستایی، علیرضا، و علیرضا آرش‌پور، «پاکسازی قومی مسلمانان میانمار: جنایت علیه بشریت یا نسل‌زدایی؟»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال چهارم، شماره ۱۵، تابستان ۱۳۹۵ ش.
۸. شریعت باقری، محمدجواد، *حقوق کیفری بین‌المللی*، تهران، جنگل، ۱۳۹۱ ش.
۹. شفیع، نوذر، و رؤیا سلیمی، «تبیین عملکرد سازمان ملل متحد در قبال نسل‌کشی در میانمار»، *فصلنامه پژوهش‌های سیاسی جهان اسلام*، سال نهم، شماره ۱ (پیاپی ۳۰)، بهار ۱۳۹۸ ش.
۱۰. طهماسبی، جواد، *صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی*، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۱۱. مستقیمی، بهرام، و مسعود طارم‌سری، *مسئولیت بین‌المللی دولت*، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۷ ش.
۱۲. مؤمنی، مهدی، *حقوق بین‌الملل کیفری*، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۶ ش.
13. Abbott, Kingsley, "Rohingya Symposium: Why Accountability Should Be at the Heart of Policy on Myanmar—Applying the Principles Against Impunity", 2020^A.
14. Id., "Rohingya Symposium: Why So Secret? The Case for Public Access to Myanmar's Reports on Implementation of the ICJ's Provisional Measures Order", 2020^B.
15. Amnesty International, "Myanmar: New evidence reveals Rohingya armed group massacred scores in Rakhine State", 22 May 2018, available at: <<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/05/myanmar-new-evidence-reveals-rohingya-armed-group-massacred-scores-in-rakhine-state>>.
16. Bassiouni, M. Cherif, *Crime Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, 2011.
17. Bo, Marta, "Crimes against the Rohingya: ICC Jurisdiction, Universal Jurisdiction in Argentina, and the Principle of Complementarity", 2019.
18. Chetail, Vincent, "Is There any Blood on My Hands? Deportation as a Crime of International Law", *Leiden Journal of international Law*, Vol. 29(3), 2016.

19. Côté, Luc, "Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3(1), 2005.
20. Cuddy, Alice, "Myanmar Coup: What is Happening and Why?", BBC News, 15 March 2021, Available at: <<https://www.bbc.com/news/world-asia-55902070>>.
21. Dixon, Martin, *International Law*, Oxford University Press, 2007.
22. Guardian, "6,700 Rohingya Muslims killed in one month in Myanmar, MSF Says", 2017.
23. Hall, Christopher K. & Carsten Stahn, "Article 7. Crimes against humanity", in: Kai Ambos & Otto Triffterer (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, C.H. Beck/Hart/Nomos, 2016.
24. High Commissioner for Human Rights, "Opening Statement to the 36th Session of the Human Rights Council", 2011.
25. Human Right Watch, "Burma: End 'Ethnic Cleansing' of Rohingya Muslims", 2013, Available at: <<https://www.hrw.org/news/2013/04/22/burma-end-ethnic-cleansing-rohingya-muslims>>.
26. Human Rights Watch, "Massacre by the River: Burmese Army Crimes against Humanity in Tula Toli", 2017.
27. Jacobs, Dov, "Limitations of Using Fact-Finding Reports in Criminal Proceedings: The Case of Myanmar", *Policy Brief Series*, No. 118, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2020, Available at: <<https://www.toaep.org/pbs-pdf/118-jacobs>>.
28. Keefe, Roger, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2015.
29. Kipgen, Nehginpao, "The Rohingya Crisis: The Centrality of Identity and Citizenship", *Journal of Muslim Minority Affairs*, Vol. 39(1), 2019.
30. Lee, Ronan, "Myanmar's Citizenship Law as State Crime: A Case for the International Criminal Court", *State Crime Journal*, Vol. 8(2), 2019.
31. Luban, David, "Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality and the Legitimacy of International Criminal Law", in: Samantha Besson & John Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, 2010.
32. Maillart, Jean-Baptiste, "The Limits of Subjective Territorial Jurisdiction in the Context of Cybercrime", *ERA Forum; Journal of the Academy of European Law*, Vol. 19(3), 2019.
33. Rodman, Kenneth A., "Peace Versus Justice", in: Deen K. Chatterjee (eds.), *Encyclopedia of Global Justice*, Springer, 2011.
34. Rosenberg, Sheri P., "Genocide is a Process, Not an Event", *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 7(1), 2012.
35. Schonthal, Benjamin, "Buddhism and Constitutional Practice", *Asian Journal of*

Comparative Law, Vol. 13(2), 2018.

36. Slaughter, Anne-Marie & William Burke-White, "The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)", *Harvard Journal of International Law*, Vol. 47(2), 2006.
37. Stevenson, Alexandra, "Facebook Admits It was Used to Incite Violence in Myanmar", *The New York Times*, 6 Nov. 2018, Available at: <<https://www.nytimes.com/2018/11/06/technology/myanmar-facebook.html>>.
38. Timmermann, Wibke Kristin, "Incitement in International Criminal Law", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88(864), 2006.
39. UN Human Rights Council, "Report of the Detailed Findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar", 2018.
40. UN Human Rights Council, "Report of the Independent Investigative Mechanism for Myanmar", 2019.
41. UN Human Rights Council, *Commissions of Inquiry and Fact-Finding Mission on International Human rights and Humanitarian Law: Guidance and Practice*, 2015, Available at: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoI_Guidance_and_Practice.pdf>.
42. UN Special Rapporteur on the situation of human rights in Myanmar, 9 March 2018, Report, A/HRC/37/70.
43. Vagias, Michail, *The Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2014.

Judgments:

44. ICC, Myanmar situation, Decision on the Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute, 6 September 2018.
45. ICC, Myanmar situation, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, 14 November 2019.
46. ICC, Myanmar Situation, Request for Authorization of an Investigation Pursuant to Article 15, 4 July 2019.
47. ICC, OTP, Myanmar situation, Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute, 9 April 2018.
48. ICC, Ruto case, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 4 February 2010.
49. ICC, Situation in the Republic of Korea, Article 5 Report, June 2014.
50. ICJ, Advisory opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 28 May 1951.
51. ICJ, Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and

Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Provisional Measures, Order, 3 October 2018.

52. ICJ, Qatar v. United Arab Emirates case, Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Provisional Measures Order, 23 July 2018.
53. ICJ, Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, 20 July 2012.
54. ICJ, The Gambia v. Myanmar case, Provisional Measures Order, 23 January 2020.
55. ICTY, Appeals Chamber, Krnojelac case, Judgment, 17 September 2003.
56. ICTY, Appeals Chamber, Stakic case, Judgment, 22 March 2006.
57. ICTY, Trial Chamber, Popović case, Judgment, 10 June 2010.

تحلیل محتوای زمان «همسایه‌ها» در حوزه بزهکاری کودک در پرتویافته‌های جرم‌شناسی*

- بهزاد رضوی فرد^۱
- نجمه نظری^۲
- علی مولاییگی^۳

چکیده

احمد محمود نویسنده‌ای واقع‌گرا و آشنا با مسائل سیاسی، اجتماعی و اقتصادی است. او در آثارش به ویژه زمان همسایه‌ها از یک‌سو با نگاهی موشکافانه و انتقادی به جرم و جنایت توجه نموده و از سوی دیگر به تشریح زندگی کودکان آسیب‌پذیر و بزهکار پرداخته است. با نگاه به داستان همسایه‌ها با روش تحلیل محتوا و با تمرکز بر روی عامل‌هایی چون سن، جنسیت، موقعیت‌های خانوادگی، اقتصادی، اجتماعی، محل سکونت و... مشخص می‌گردد که نگاه محمود بیشتر متمرکز بر اوضاع اجتماعی خانواده‌های ضعیف بوده و این موضوع

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۹/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۳/۱.

۱. دانشیار حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول) (bzoudlaw.110@gmail.com).

۲. دانشیار ادبیات دانشگاه بوعلی سینا، همدان (najmenazari@ymail.com).

۳. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علامه طباطبائی (keykhosrow71@yahoo.com).

موجب توجه کمتر آن‌ها به کودکان شده است. از این رو کودکان با همنشینی با دوستان ناباب، وارد دنیای بزهکاری می‌شوند و با کشف بزه‌هایشان از یک سو انگ بزهکار بر پیشانی‌شان خورده و از سوی دیگر اقدام‌های نادرست دستگاه عدالت کیفری مانع بازگشت آن‌ها به دنیای عاری از بزه می‌گردد.

واژگان کلیدی: احمد محمود، ژمان همسایه‌ها، بزهکاری کودکان، جرم‌شناسی نظری، جرم‌شناسی بالینی.

مقدمه

مقایسه میان حقوق و ادبیات در سال‌های اخیر مورد توجه بسیاری از پژوهشگران غربی قرار گرفته است. همچنین این پژوهشگران تلاش‌های زیادی در بررسی روابط این دو موضوع انجام داده‌اند و امروزه چشم‌انداز تازه‌ای تحت عنوان «جنبش حقوق و ادبیات»^۱ شروع به جوانه زدن کرده است. این جنبش اعتقاد دارد که ادبیات، ما را نسبت به ماهیت انسان‌ها و واقعیت موجود در جامعه حساس‌تر می‌کند و همچنین ادبیات معاصر جهان را از نوع عاشقانه به سمت واقع‌گرایی به ویژه از نوع انتقادی آن به حرکت در می‌آورد (Chang, 2008: 69). واقع‌گرایی انتقادی شامل آثاری است که با نگاهی منتقدانه یا به عرصه وجود گذاشتند. در این آثار، شخصیت‌ها ضمن انتقاد به روابط اجتماعی، در تغییر آن‌ها نیز می‌کوشند. این نوع از ادبیات، حالتی عینی، واقعی، غیر آرمان‌گرایانه و پیام‌آور چیزی جز عریانی میل نویسنده نسبت به شرایط اصیل زندگی و اجتماع نیست؛ آنجا که نویسنده تیزترین انتقادات را بر وضعیت روزمره موجود جامعه وارد کرده و به واقعیت اصیل زندگی می‌پردازد. در جامعه ایرانی هم احمد محمود^۲ آفریننده ژمان معروف همسایه‌ها، از این دست نویسندگان به حساب آمده که در آثارش

1. Law and literature movement.

۲. احمد محمود (احمد اعطاء) در سال ۱۳۱۰ در اهواز متولد شد. پدر او حاج محمد اعطاء، پیشه معماری و خانه‌ای پر از نان‌خور داشت. او ناچار به کار فراوان بود تا بتواند نان ده فرزند خود را بر سر سفره فراهم بیاورد. چنین فضایی موجب تا احمد خردسال، آشنا با درد و رنج خانواده‌های کارگری بار آید (فعله‌گری، ۱۳۹۰: ۱۰۵). دوران جوانی‌اش، مصادف با سال‌های پرشور و التهاب دهه بیست گذشت. درگیری در سیاست و پیامدهای آن - زندان و تبعید - مجال به پایان رساندن تحصیلات را به او نداد؛ اما از سر گذراندن ماجراهای این دوران، تجربه‌ای برای نگارش ژمان‌های واقع‌گرایانه او شد (میرعابدینی، ۱۳۹۳: ۳۴۷).

از جمله این ژمان، دغدغه و نگرانی‌های خود را مشکلات و گرفتارهای اصلی جامعه می‌داند. در این ژمان، خالد قهرمان اصلی داستان، نوجوانی ۱۵ ساله در قالب شاهدی حساس نسبت به مسائل پیرامون خود، زندگی آدم‌های متنوع خانه همسایه‌نشینی را گزارش می‌دهد. او در پی یک حادثه، راهی کلاتری شده و از آنجا پیغام یک زندانی سیاسی را به رفقاییش می‌رساند. بدین‌سان از میان دیگر نوجوانان خانه شلوغ و پُرمسایه بالا می‌آید و مثل آنان دچار انحراف‌های جنسی و اخلاقی گسترده نمی‌شود؛ بلکه رفته رفته افق‌های تازه‌ای پیش دیدگانش گشوده می‌شود. او نخست شاهدی حاشیه‌نشین بوده است، اما بعدها سعی می‌کند که در تغییرهای پیرامونی‌اش نقش داشته باشد. با کار کردن در قهوه‌خانه‌ی امان‌آقا و آشنایی با دوستانی همانند بیدار، پندار و دیگران، شناخت بیشتری از جامعه یافته و پایش به نشست‌های ملی کردن صنعت نفت باز می‌شود. در همین کنج‌کاو‌ی‌ها و کمک به دوستانش به زندان می‌افتد. چنین محتوای پویایی، موجبات توجه جرم‌شناسانه به این اثر را فراهم می‌کند. علاوه بر محتوا، دلیل‌های گوناگونی برای چرایی‌گزینش محمود و کتاب همسایه‌ها می‌توان بیان نمود:

نخست، توجه خاص محمود به کودکان است؛ برای مثال، او در داستان حسرت، رؤیاهای شهوانی پیرمردی کولی را تصویر می‌کند که برای تصاحب نادرتری خود می‌کوشد یا در داستان شهرک‌چک‌ما، راوی در پی شناخت جهان پیرامون از نگاه معصومانه‌ی کودکان است (پاینده، ۱۳۹۵: ۲۲۵-۲۲۹).^۱ دوم، این اثر جزء ده ژمان برتر فارسی محسوب می‌گردد (میرعابدینی، ۱۳۹۳: ۳۷۲/۱). سوم، آثار محمود بر مبنای گوشه‌نشینی و خصلتی که برخی جرم‌شناسان و حقوق‌دانان کیفری داشتند و از آن تحت عنوان خصلت میل‌نشینانه یاد می‌شود، نبوده است؛ بلکه آنچه نوشته، بر اساس مطالعات مردم‌شناسی، تجربه‌های شخصی و اجتماعی نویسنده و نگاه تیزبین و دقیق او بوده

۱. اگرچه زمان رخداد این موارد، قبل از انقلاب بوده، اما توجه نویسنده به عامل و بستر ایجاد این گونه آسیب‌ها، همانند فقر، فشار اقتصادی، ناآگاهی، معاشرت با ناهالان و... به گونه‌ای نبوده که مختص به زمان گذشته باشد. از آنجا که «بیشترین میزان مطالعه‌ی رمان و داستان در گروه سنی ۱۲ تا ۱۸ سال و پس از آن ۱۹ تا ۲۵ بوده و در مجموع ۵۱ درصد از کل مطالعه‌ی ژمان و داستان را آن‌ها به خود اختصاص داده‌اند» (رستمی و مولاییگی، ۱۳۹۷: ۹۳)، از این رو می‌توان از چنین آثاری با توجه به جنبه تربیتی‌شان به عنوان ابزاری پیشگیرانه استفاده نمود.

است، تا بدانجا که برخی او را جامعه‌شناسی توانا و برخی دیگر یک جامعه‌شناس مارکسیست معرفی می‌کنند (محمدی، ۱۳۸۴: ۱۷۸). چنین خصلتی در محمود، موجب گردیده تا او بیشترین انتقادات را نسبت به شرایط پیرامونی خود داشته باشد. چهارم، محمود در نحوه ارائه حوادث، روال طبیعی یک حادثه را در نظر داشته است. پیامد رخدادها بر اساس کنش منطقی شخصیت‌هاست و عقیده نویسنده در آن دخالت ندارد؛ یعنی از قاعده علت و معلولی رئالیسم پیروی می‌کند. این نگرش کلاسیک موجب می‌شود که بتوان نگاهی بر مبنای جرم‌شناسی علت‌شناسانه هم بر داستان او داشت.

در بیشتر پژوهش‌های صورت گرفته در حوزه جرم‌شناسی ادبی، توجه چندانی به کودکان در ادبیات نشده و بیشتر موضوع‌ها، در حوزه جرم‌شناسی و سیاست جنایی متمرکز بوده است (ر.ک: رستمی و مولایی، ۱۳۹۶: ش ۷۷؛ ایمانی، ۱۳۹۰؛ رستمی و جعفریان، ۱۳۹۷: ش ۱؛ پورحسن سنگری، ۱۳۹۲: ش ۵).^۱ هدف اصلی پژوهش پیش رو آن است که از یک سو با شرایط پیرامونی محیط تأثیرگذار بر روی کودکان در دوران بعد از کودتای ۲۸ مرداد آشنا شده و از سوی دیگر با توجه به نگاه انتقادی و علت‌شناسانه محمود به مسائل پیرامونی، بتوان از چنین آثاری به عنوان روش نوین تدریس به ویژه در درس جرم‌شناسی، کیفرشناسی، و همچنین با توجه به وجود بسیاری از شرایط اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی در این زمان، برای آگاه‌سازی سیاستمداران از آن استفاده نمود.

از آنجا که محمود اغلب ترجیح می‌دهد که به طور مشخص و واضح درون‌مایه را در اختیار خواننده قرار ندهد، از این رو با استفاده از روش تحلیل محتوای کمی و کیفی^۲

۱. البته در دو اثر به حوزه کودکان توجه شده است: الف- «زمان سال‌های ابری در پرتو آموزه‌های جرم‌شناسی کودکان و نوجوانان» (همان: ش ۱۶)؛ ب- «تبیین بزه‌دیدگی کودکان در داستان "مدیر مدرسه" از منظر آموزه‌های بزه‌دیده‌شناسانه» (همان‌ها، ۱۳۹۹: ش ۸۹). با این حال، مقاله پیش رو از چند جهت با مقاله‌های پیشین تفاوت دارد؛ از جمله: الف- این مقاله تنها به حوزه بزه‌کاری به طور تخصصی ورود نموده است؛ ب- هیچ یک از مقاله‌های پیشین به مسئله زندان و فضای آن از منظر جرم‌شناسی بالینی توجه نکرده‌اند؛ پ- نظریه‌های انتخابی برای تبیین بزه‌های کودکان متفاوت از نظریه‌هایی بوده که این دو مقاله به بررسی آن پرداخته‌اند.

۲. تحلیل محتوای آثار برای اولین بار و به شکل مستند در سده ۱۸ به منظور شرح ۹۰ سروده مذهبی مورد استفاده قرار گرفت تا از این راه، پا فراتر از ظاهر متن گذاشته شود و به عامل‌های دیگر هم توجه گردد (ر.ک: رضوانی، ۱۳۸۹: ۱۳۹).

و با استمداد از برخی نظریه‌های جرم‌شناسی، ابتدا در بخش نخست این پژوهش، پس از شناسایی کودکان بزهکار داستان، بزه‌های آنان از ابعاد گوناگون مورد تحلیل قرار گیرد (۱). آنگاه در بخش دوم، به خاطر آنکه اصلی‌ترین پاسخ در آن زمان به بزه کودکان زندان بوده و حدود یک‌سوم داستان را نیز فضای حاکم بر زندان پوشش می‌دهد، لذا بر مبنای جرم‌شناسی بالینی چنین فضایی و تأثیر آن بر کودکان مورد بررسی قرار می‌گیرد (۲). در بخش آخر ضمن بازگشت به داده‌های نخستین، با نگاهی علت‌شناسانه به تحلیل نظری این بزه‌ها پرداخته می‌شود (۳). در این میان، نظریه‌های معاشرت ترجیحی، برچسب‌زنی و کنترل اجتماعی انتخاب شده‌اند که با فضای حاکم بر داستان و واقعیت‌های آن دوران همخوانی بیشتری دارند.

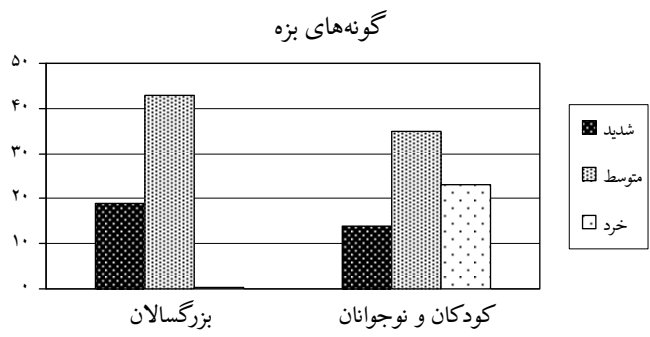
۱. تحلیل بزهکاری کودکان با رویکرد تحلیل محتوای کیفی

رمان فارسی همسایه‌ها از جمله رمان‌هایی به حساب آمده که نویسنده در آن، شخصیت‌های بسیاری را خلق نموده است. از میان این شخصیت‌ها، ۶۰ درصدشان را مردان، ۲۰ درصدشان را زنان و ۲۰ درصد دیگر را کودکان و نوجوانان تشکیل داده‌اند. از میان مردان ۳۹ درصدشان سابقه بزهکاری داشته‌اند و این رقم در حوزه زنان ۴۳ درصد و در حوزه کودکان و نوجوانان نیز ۴۳ درصد می‌باشد. بالا بودن میزان بزه کودکان و نوجوانان در داستان، نیازمند بررسی و تحلیل محتوا بوده تا چرایی آن روشن گردد. از این رو در این بخش، شدت بزه، بزهکاری اتفاقی یا حرفه‌ای، بزهکاری گروهی یا فردی و تأثیر محیط بر بزه کودکان را مورد بررسی و تحلیل قرار می‌دهیم.

۱-۱. شدت بزه کودکان

به طور کلی می‌توان جرایم را از حیث جنبه مجرمانه با یکدیگر مقایسه و طبقه‌بندی نمود. ماده ۱۴ ق.م.ا. بر مبنای مجازات، جرایم را به چهار دسته کلی حدود، قصاص، دیات و تعزیرات تقسیم‌بندی نموده است. بر مبنای چنین تقسیم‌بندی، پژوهشگران مختلف در صدد مشخص نمودن شدت و ضعف چنین جرایمی برآمده‌اند؛ برای مثال، برخی پژوهشگران با توجه به ویژگی‌هایی همانند عدم جواز تأخیر در اجرا، عدم امکان

شفاعت و کفالت، عدم شمول مرور زمان و...، حدود را شدیدتر از تعزیرات معرفی کرده‌اند (نوبهار، ۱۳۹۲: ۲۱۵). برخی دیگر از پژوهشگران نیز معیار شدت و ضعف جرایم بر مبنای مجازات را شیوه نگارش قانون‌گذار عنوان نموده، معتقدند که تقدم و تأخر در نگارش قانون بی‌جهت نبوده است (نجفی ابرندآبادی، به نقل از: جوانمردی، ۱۳۹۷: ۳۵). به نظر می‌رسد که هیچ‌یک از معیارهای پیش‌گفته جامع و کامل نیست؛ زیرا با توجه به اینکه برخی از بزه‌های کودکان، حالت خاص و اختصاصی برای این گروه داشته و در قانون جایگاهی ندارد، از این رو تعریف‌های بالا شامل آن‌ها نمی‌شود. نویسندگان بر مبنای میزان آسیب‌رسانی جرایم از یک‌سو و شدت تأثیرشان در زمان از سوی دیگر، آن‌ها را به سه دسته شدید، متوسط و خرد طبقه‌بندی نموده‌اند:



الف) بزه شدید: خالد هنگامی که مشاجره‌اش را با نوجوانی همسن و سال خود به نام ابراهیم که به اعمال منافی عفت دست می‌زند، شرح می‌دهد، چنین یادآور می‌شود: «ابرام مگه تو نبودی که اون روزا می‌گفتی: زنا گناه داره؟ ابراهیم لبخند می‌زند. دندان‌های کج و کوله‌اش بیرون می‌افتد: ولش بابا... این‌ها همه حرفه» (محمود، ۱۳۵۷: ۶۲).

بزه ضرب و جرح نیز در جای‌جای داستان حضور دارد و ما شاهد درگیری میان کودکان و نوجوانان هستیم؛ برای نمونه، درگیری خالد با ابراهیم را می‌توان یادآور شد: «عقب می‌کشد. لبخند می‌زند و آهسته می‌گوید: پس انگار بانو راس می‌گه که با بلورخانم رو هم ریختی. خیز برمی‌دارم به طرفش و یقه‌اش را می‌گیرم و راست تو چشم‌اش نگاه می‌کنم: بانو غلط کرد... آگه تو هم دفعه دیگه ازین غلطای بکنی، چاک دهن‌تو جر می‌دم...» (همان: ۶۳).

از لحاظ کمیت، بزه جنسی به عنوان یکی از جرایم شدید، سومین بزه پرکاربرد در ژمان محسوب می‌شود که دلیل بالا بودن آن را می‌توان از یک سو قوی بودن این میل در دوران کودکی و از سوی دیگر آزاد بودن چنین روابطی در زمان وقوع رخدادهای ژمان دانست؛ به گونه‌ای که کودکان به راحتی به مکان‌هایی به نام «شهر نو» رفت و آمد داشتند.

ب) بزه متوسط: برای نمونه در این داستان، شاهد بالا بودن جرایم سرقت و اقدام علیه امنیت توسط کودکان و نوجوانان هستیم. خالد وقتی از دو برادر به نام‌های خالق و چینوووq به همراه ابراهیم یاد می‌کند، از یک سو تأکید خود را بر نداشتن والدین یا عدم نظارت آن‌ها قرار داده و از سوی دیگر نتیجه آن را اعمال بزهکارانه همانند سرقت بیان می‌کند:

«ابراهیم سر برمی‌گرداند. زبان می‌کشد. دکان‌دار عصبانی می‌شود. ابراهیم پا می‌گذارد به فرار. دکان‌دار فحش می‌دهد، دنبالش می‌کند و خالق، دخل را می‌زند...» (همان: ۱۲۳).

بزه علیه اموال به ویژه سرقت در جامعه امروز ایران، نمود فراوانی دارد. در خصوص میزان شیوع آن، برخی پژوهش‌ها اشاره به این موضوع داشته که از ۴۸۳ کودک بزهکار شهر کرمانشاه که به کانون معرفی شده‌اند، ۱۲۱ مورد مربوط به سرقت می‌باشد (محسنی تبریزی و دیگران، ۱۳۸۸: ۳۹). این موضوع در ژمان همسایه‌ها نیز نمود فراوانی دارد؛ به گونه‌ای که از لحاظ کمیت، اولین بزه پرتکرار داستان به شمار می‌رود. دلیل آن را می‌توان نگاه رئالیستی و ناتورالیستی محمود و توجه او به طبقات پایین جامعه و مسائل آنان از جمله فقر و مشکلات معیشتی دانست.

اگرچه برخی اندیشمندان حوزه حقوق کیفری کودکان معتقدند که آن‌ها به خاطر شرایط جسمانی خاصشان کمتر در چنین بزه‌هایی دخیل هستند (رستمی و مولایی، ۱۳۹۷: ۹۶)، با این حال، محمود ضمن مخالفت با این دیدگاه در جای‌جای داستان، کودکان را مرتکب اقدام علیه امنیت معرفی می‌کند:

«زدم تو گوشت که از اول بدونی با کی سروکار داری... داری تو بند اخلاص می‌کنی، آره...؟» (محمود، ۱۳۵۷: ۴۲۵).

«پندار گفت: داشتیم اعلامیه پلی کیپی می کردیم، خونه رو محاصره کردن. راه گریز نداشتیم. لیلای مثل پلنگ ماده حمله کرد، مچ دست یکی شونو گاز گرفت...» (همان: ۴۴۱).

به نظر می‌رسد دیدگاه محمود در این زمینه درست‌تر باشد؛ زیرا اگرچه کودکان در سنین پایین‌تر مرتکب بزه‌های خُرد می‌گردند، ولی با گذشت زمان و ورود به سن بلوغ، حس کنجکاوی و استقلال در آن‌ها رشد بیشتری می‌یابد. از سوی دیگر عضویشان در باندهایی که گاه با هنجارهای رسمی فاصله دارند، آنان را در مقابل جامعه قرار می‌دهد. در پژوهشی، این دیدگاه نشان داده شده است. بر مبنای این پژوهش، ۵۲ درصد جرایم توسط نوجوانان ارتکاب یافته و بزه‌های شایع میان آن‌ها، رفتارهای جنسی، رفتارهای خشونت‌بار، فروش مواد مخدر و سرقت می‌باشد (گسن، ۱۳۸۶: ۱۶۲).

پ) بزه خُرد: محمود از میان بزه‌های ویژهٔ مربوط به کودکان، بیشتر به نافرمانی از والدین اشاره داشته و نسبت به بزه‌های دیگر توجه چندانی ندارد. از این رو خالد در هنگام معرفی ابراهیم بیان می‌دارد که او دیگر به حرف‌های پدرش گوش نداده و رو در روی پدرش می‌ایستد:

«گمان کنم کار، کار ابراهیم است. بدجوری سرتق شده است. این روزها اصلاً زیر بار حرف رحیم خرکچی نمی‌رود...»^۱ (محمود، ۱۳۵۷: ۱۱۰).

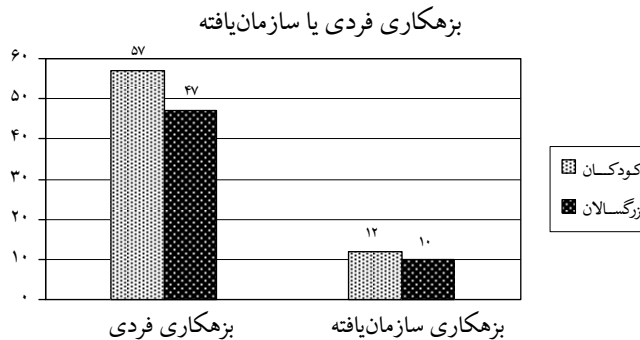
«... مثل خرپا، شق و رق می‌ایستد تو سینهٔ رحیم خرکچی و هر چه از دهانش درمی‌آید، می‌گوید...» (همان).

اگرچه کودکان حضور فعالی در رُمان همسایه‌ها و دیگر داستان‌های محمود دارند، با این حال، بزه خاص کودکان آن‌چنان در داستان او نمود پیدا نکرده است. این موضوع را می‌توان با نگرش غالب نویسندگان که حالت مارکسیستی و مبارزاتی دارد، توجیه نمود. چنین نگاهی زمینه‌ساز انتقاد از محمود را فراهم می‌کند؛ زیرا نگرش بالا در تضاد با خصلت اصلی رُمان یعنی حالت واقع‌گرایانه خواهد بود.

۱. ابراهیم یکی از نوجوانان حاضر در داستان محسوب شده و جزء شخصیت‌های فرعی داستان است. او و برادرش حسنی، دو فرزند رحیم خرکچی همسایه خانواده خالد محسوب می‌شوند. آن‌ها مادر خود را در دوران کودکی از دست داده‌اند و محمود همین عامل را دلیل اصلی کج‌رفتاری‌های ابراهیم معرفی می‌کند.

۲-۱. بزهکاری کودک؛ حالت فردی یا گروهی

گفته می‌شود که از نظر روان‌شناسی، تشکیل اجتماع برای ارتکاب جرایم باعث جرئت و جسارت بزهکاران می‌شود. این موضوع از منظر جامعه‌شناسی نیز باعث ایجاد ناامنی فراگیر و گسترده شده و از نظر جرم‌شناسی باعث تشدید حالت خطرناک و به‌خطر افتادن نظم جامعه می‌گردد (رحمدل، ۱۳۹۸: ۸۴). چنین موضوعی در حوزه کودکان و نوجوانان نیز نمود فراوانی دارد؛ به گونه‌ای که برای مثال در پژوهشی به‌اثبات رسیده که ۶۳ درصد کودکان و نوجوانان درگیر در خشونت، عضو گروه‌های نزاع محلی بوده‌اند (غلامی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۵۲) و عضویت در چنین گروه‌هایی، زمینه بروز بزه‌های خشن را فراهم می‌کند. توجه محمود به این معضل اجتماعی کمی متفاوت از یافته‌های پژوهش بالاست.

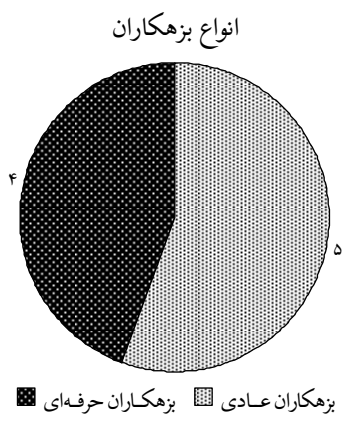


محمود در داستان خود از یک سو ۷۹ درصد بزه‌های رخ داده توسط کودکان را به‌طور انفرادی به تصویر کشیده و از سوی دیگر در حوزه بزهکاری گروهی، تأکید خود را بیشتر بر روی دو بزه سرقت و اقدام علیه امنیت قرار داده است. چنین موضوعی به نظر می‌رسد با رویکرد واقع‌گرایانه داستان در تضاد باشد؛ زیرا محیطی که او برای توصیف انتخاب کرده است، محیط جنوب شهر بوده و چنین مناطقی مملو از خشونت و درگیری هستند.

۳-۱. بزهکاری کودک؛ حالت حرفه‌ای یا عادی

نرخ بالای جرم همواره حاکی از وجود جمعیت زیاد بزهکاران نیست، بلکه

پژوهش‌های بسیاری مسئولیت ارتکاب بخش بزرگی از بزه‌ها را بر عهده تعداد اندکی از بزهکاران تحت عنوان «مجرمان حرفه‌ای» نهاده‌اند. این گونه از بزهکاران به گونه‌ای به رفتار بزهکارانه خود می‌نگرند که دیگران به شغل قانونی خود می‌اندیشند (حاجی ده‌آبادی و دیگران، ۱۳۹۲: ۲). این بزهکاران به طور معمول برای کسب درآمد و سود، مرتکب بزه شده و بیشتر مواقع، جرایم علیه اموال را مرتکب می‌گردند و یا دارای تخصص در نوع خاصی از بزه هستند. این گروه به طور وسیعی با سایر بزهکاران همکاری می‌کنند (غلامی، ۱۳۹۵: ۱۵۴). در زمان همسایه‌ها نیز وجود بزهکاران حرفه‌ای نمایان بوده و تعداد آنان در نمودار زیر بیان شده است:



همان طور که در جدول بالا نمایان است، ۴ تن از بزهکاران جزء بزهکاران حرفه‌ای قلمداد شده‌اند؛ زیرا از یک سو ۸۶ درصد بزه‌های رخ داده توسط کودکان را این گروه انجام داده‌اند و از سوی دیگر بیشتر این بزه‌ها به منظور کسب درآمد و سودآوری رخ داده است. دلیل این موضوع را می‌توان بالا بودن بزه سرقت و تبدیل شدن آن به شغل و منبع درآمد عنوان نمود:

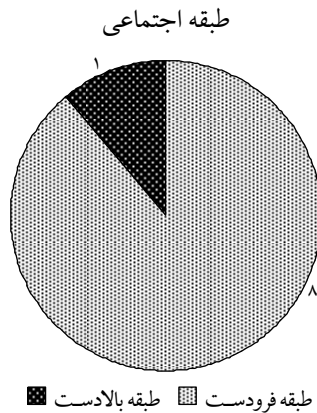
«خالق! این همه سیب زمینی رو از کجا آوردی؟ - خب دیگه مته همیشه از میدون بارفروشا خریدم. چینیوق می‌خندد!!!» (محمود، ۱۳۵۷: ۱۰۲).

استفاده از واژه «همیشه» توسط نویسنده، دلالت بر تبدیل این عمل به حرفه برای خالق دارد که شناسه‌ای مناسب برای معرفی او به عنوان بزهکار حرفه‌ای می‌تواند باشد.

۴-۱. نقش محیط در بزهکاری کودک

مناطق شهری دارای بافت‌های گوناگونی هستند که میزان بزه‌دیدگی و بزهکاری در همه آن‌ها یکسان نیست؛ چرا که بزه دارای ظرف و مکان منحصر به فردی است که باعث می‌شود رفتار بزهکارانه در واحد مکان، توزیع فضای یکسانی نداشته باشد. برخی مکان‌ها به لحاظ ساختار کالبدی خاص، نوع فعالیت و ویژگی‌های ساکنان آن امکان و فرصت بیشتری را برای وقوع بزه فراهم می‌کنند (حاتمی‌نژاد و دیگران، ۱۳۹۱: ۶۶). از این رو، برخی مکان‌ها و نقاط شهری، مستعد رخ دادن بزه‌اند. حاشیه‌ها و بافت‌های فرسوده و ناکارآمد شهری، دو گونه اصلی این فضاها بی‌دفاع شهری به شمار می‌روند؛ به گونه‌ای که فقدان امنیت و رفاه اجتماعی یا برخوردار نبودن از متوسط امنیت و رفاه، از جمله عوامل شکل‌گیری آسیب‌های اجتماعی و بزه به شمار می‌روند (لطفی و دیگران، ۱۳۹۵: ۴۱۶).

فضای جغرافیایی حاکم بر زندگی بزهکاران کودک در زمان همسایه‌ها هم از این قرار است. میزان اهمیت این موضوع در نگاه محمود به حدی بالا بوده که تنها یکی از بزهکاران کودک و نوجوان از این طبقه نمی‌باشد:



محیط حاکم بر داستان، مناطق جنوب شهری و بافت‌های فرسوده است. حتی از لحاظ وضعیت اقتصادی نیز ساکنان این منطقه همگی آسیب‌پذیر هستند. این وضع را می‌توان از رفتار خالد و پنهان‌کاری‌اش درباره محل زندگی‌شان از سیه‌چشم پی برد:

«دختر می گوید: آدرس خونتون رو بدین. خجالت می کشم. خانه دنگال. دیواره های گلی، تنور صنم، الاغ های رحیم خرکچی، گاری عموبندر، چارچرخه کرم، در شکسته و بست خورده، اتاق های خفه و... باز دروغ می گویم: من مسافر» (محمود، ۱۳۵۷: ۱۸۳).

یا وقتی خالد از پدر علت خودکشی جعفر خشتمال را جویا می شود. چنین پاسخی را دریافت می کند:

«مگه آدم چقد طاقت گشنگی، بیکاری و خفت و خواری را دارد» (همان: ۱۰۱).

چنین موضوعی در میزان جرایم و بزهکار شدن کودکان نقش آفرین بوده است؛ همچنان که در جدول بالا اشاره شد که از طبقه فرادست جامعه، تنها یک کودک مرتکب بزه و آن هم عمل منافی عفت شده است و بیشتر جرایم و بزهکاران به طبقه فرودست جامعه تعلق دارند.

۲. واکاوی فضای زندان از منظر جرم‌شناسی بالینی

با وجود گذشت سال‌های زیادی از زمان همسایه‌ها، این اثر همچنان می‌تواند برای سیاست‌گذاران کنونی راهگشا باشد. از یک سو وضعیت زندان‌های کشور تفاوت آن‌چنانی با گذشته خود نداشته و برخی آمارها دلالت بر ناتوانی زندان در مراقبت از زندانیان و نگهداری آبرومندان از آن‌ها دارد، به گونه‌ای که کرامت انسانی آنان را زیر چرخ مصائب لگدمال می‌کند (محمودی جانکی، ۱۳۹۷: ۸۰) و از سوی دیگر از آنجایی که اتکا به آمارهای رسمی نمی‌تواند ما را با واقعیت‌های حاکم بر زندان‌ها و حتی دادگاه‌ها آشنا سازد، این زمان با توجه به آنکه بهترین اثر در حوزه ادبیات زندان و انتقاد از وضعیت اسفناک آن به شمار می‌رود و شخصیت اصلی داستان به عنوان یک روشن‌فکر طعم زندان را می‌چشد، می‌تواند راهگشای مناسبی برای جرم‌شناسان این حوزه در ایران تلقی گردد.

۱-۲. نظام طبقه‌بندی زندانیان و نبود پرونده شخصیت

جرم‌شناسی بالینی به عنوان یکی از شاخه‌های کاربردی جرم‌شناسی، با تمرکز بر

مرتکبان بزهکاری به معرفی روش‌های کارآمد جهت بازسازی نظام شخصیتی مجرمان و رهنمون ساختن آنان به سمت اصلاح و درمان مبادرت می‌ورزد. در واقع این شاخه با تکیه بر برنامه‌های بازپرورانهٔ پزشکی، روان‌پزشکی، فرهنگی، اقتصادی و... صورت می‌پذیرد. جرم‌شناسی بالینی برای دستیابی به این منظور، به دنبال شناخت حالت خطرناک و جداسازی زندانیان از یکدیگر می‌باشد. جداسازی زندانیان از بایسته‌های بازپروری بزهکاران است تا به این واسطه، مداخله‌های جامعه‌پذیرساز سامانه عدالت کیفری به صورت دقیق و اثربخش به مرحله اجرا درآید (نیازپور، ۱۳۹۵: ۱۷۷-۱۷۸).

چنین جداسازی می‌تواند از یک سو پاسخ‌های عدالت کیفری را متناسب و هدفمند سازد و از سوی دیگر جلوی بزه‌دیدگی بزهکاران و انتقال فرهنگ مجرمانه را بگیرد؛ زیرا «زندان محل سلب آزادی شماری از بزهکاران بوده که هر یک دارای ویژگی‌های متفاوت و گذشتهٔ بزهکارانهٔ متعددی هستند. به همین جهت در کنار هم قرار گرفتن آنها، زمینه‌ساز انتقال تجارب و شگردهای بزهکاری و همچنین شکل‌گیری ارزش‌های زیرزمینی می‌گردد» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۳: ۱/۲۳۴). از این رو نباید بزه حبس به عنوان اصلی‌ترین مجازات شناخته شود، بلکه باید به حالت حداقلی و در شدیدترین جرایم مورد استفاده قرار گیرد. چنین موضوعی در حوزه کودکان نیز مطرح بوده و برای انجام بهتر برنامه‌های بازپرورانه ضمن جداسازی آنان از بزرگسالان (بند پ-۱ از ماده ۶ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان)، مراکز ویژه‌ای تحت عنوان کانون اصلاح و تربیت شکل گرفته تا ضمن مداخله‌هایی در دوره‌های مختلف رشد کودکان و نوجوانان بزهکار و منحرف، جلوی مزمن شدن و تکرار بزهکاری در بزرگسالی‌شان را بگیرد (میرکمالی و حسینی، ۱۳۹۴: ۹۶).

محمود از آنجا که خود نیز طعم زندان را در دوران نوجوانی چشیده، به انتقاد مستقیم از این موضوع و نبود رویکردی بازپرورانه در زندان آن دوران اشاره می‌کند. او یکی از شرایط موجود در زندان را نبود تفکیک و طبقه‌بندی میان زندانیان بزرگسال و کودک می‌داند؛ به گونه‌ای که خالد با مجرمان جرایم خطرناکی چون قتل، هم‌زندانی (غلام قاتل) و یا هم‌سلولی (ناصر ابدی) شده است:

«آفتاب دارد از دیوار سنگی بند بالا می‌کشد. ظهر که از دادگستری آمدم، رختخوابم را زدم زیر بغلم، کاسه مسی را گرفتم دستم و آمدم تو بند...» (محمود، ۱۳۵۷: ۳۶۷-۳۶۸).

یکی از او اسم و بزه ارتكابی‌اش را می‌پرسد و هنگامی که خالد هم از او این سؤال را می‌پرسد، «می‌گویند: غلام... بهم میگن غلام قاتل...» (همان: ۳۹۳). چنین موضوعی را می‌توان بر مبنای جرم‌شناسی محکومان که زندان را محل آموزش بزه معرفی می‌کند، قابل توجه دانست؛ زیرا از یک سو عدم تفکیک بندهای زندان بر اساس نوع جرایم، موجب فراگیری خُرده‌فرهنگ‌های مجرمانه دیگر توسط زندانی می‌گردد. او به صراحت این موضوع را در مورد خالد عنوان می‌نماید؛ چرا که خالد نیز در فضای این چنینی زندان سیگاری می‌شود. از سوی دیگر محمود به بزه‌دیدگی بزهکاران زندانی نیز به دلیل عدم تفکیک مناسب میان آنان اشاره دارد و چنین استدلالی را برای این موضوع ارائه می‌دهد:

«تو زندون، هر که دیوارش کوتاه‌تر باشه، روزگارش سیاه‌تره» (همان: ۳۷۱).

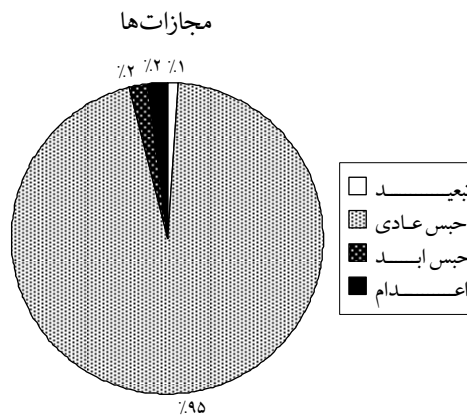
زُمان همسایه‌ها ضمن انتقاد از این شرایط، نبود پرونده شخصیت را نیز یادآور می‌شود؛ برای مثال، محمود صحنه دادگاه و رسیدگی به بزهکاری خالد را چنین توصیف می‌کند:

«تا برسم دادسرا و تا باز پرس فرصت پیدا کند که پرونده‌ام را نگاه کند، شده ساعت یک و نیم بعد ظهر و هنوز دو ساعت و نیم از ظهر نگذشته است که می‌بینم دفتر زندانم و تا بجنبم، انگشت‌نگاری و این حرف‌ها تمام شده است و در آهنی انفرادی پشت سرم بسته می‌شود... فردا با بی‌حوصلگی به پرونده‌ام نگاه و قرار بازداشت موقت صادر می‌کنند...» (همان: ۳۴۷-۳۴۸).

با نگاه به زمان‌های اعلام‌شده در عبارت‌های بالا، شاهد رسیدگی فوری و بدون توجه به شخصیت بزهکار که دوران نوجوانی را طی می‌کند، هستیم. همچنین محمود با آنکه رخدادهای بسیار جزئی را نیز در نوشتار خود بیان می‌کند، عدم اشاره او به پرونده شخصیت، نشان‌دهنده عدم توجه دادگاه‌های آن دوران نسبت به این مسئله است. از این رو می‌توان گفت که نگاه سیاستمداران آن دوران، مبتنی بر رویکرد جرم‌شناسی بالینی نبوده است.

۲-۲. طرد بزهکار و دشمن‌سازی یا بازپروری و بازگشت به جامعه

مطالعات تاریخی حقوق کیفری حاکی از آن است که رایج‌ترین مجازات‌ها، به‌علت‌های جامعه‌شناختی، روان‌شناختی، اقتصادی و سیاسی اشکال مختلف سلب حیات، تازیانه و قطع اعضای بدن بوده‌اند. بدین ترتیب، برای سده‌ها تمامیت جسمانی بزهکار در قالب کیفر تنبیه استوار بوده است. از حدود دو سده پیش به این سو، سلب آزادی به عنوان مجازات اصلی، به تدریج جای کیفرهای بدنی را گرفت. بدین سان تحدید یا سلب آزادی مرتکب بزه تبدیل به ضمانت اجرای کیفری معمول در همه نظام‌های کیفری داخل و نظام کیفری بین‌المللی گردید (بولک، ۱۳۹۱: ۹). اگرچه ابتدا جانشینی مجازات زندان با وجود وضعیت نامناسب و رقت‌بار زندان، به جای مجازات‌های شدید بدنی بسیار امیدوارکننده بود، ولی به مرور زمان، اصلاح‌طلبان اجتماعی در جهت بهبود شرایط نامطلوب آن اقدام‌های مهمی انجام دادند؛ برای نمونه در اروپا جان هوارد^۱ انگلیسی در کتاب *وضعیت زندان‌ها*، مشاهده‌های خود را از زندان‌های نامطلوب آن دوران تشریح و به انتقاد از آن‌ها پرداخت (آشوری، ۱۳۹۹: ۵). چنین موضوعی موجب ایجاد سایر پاسخ‌های کیفری همچون مجازات‌های مالی، انجام خدمات اجتماعی و... گردید. احمد محمود در رمان *همسایه‌ها* از میان مجازات‌های معمول آن دوران، به چهار نوع مجازات اشاره نموده که می‌توان میزان تکرار آن‌ها را در جدول زیر مشاهده نمود:



1. John Howard.

از میان مجازات‌های گفته‌شده، هیچ یک از کودکان مشمول مجازات‌های اعدام، حبس ابد و تبعید نگردیده‌اند و سه نوجوانی که جرم آن‌ها به کشف رسمی منتهی شده است، همگی به زندان محکوم شده‌اند. چنین موضوعی، از آن جهت که زندان در این داستان اصلی‌ترین مجازات محسوب گردیده، زمینه ازدحام در زندان‌ها را فراهم می‌کند و شکی نیست که «ازدحام در زندان‌ها موجب کاهش مسائل بازپروری، آموزش و پرورش و تمرین در فضای باز خواهد شد» (آلبرشت، ۱۳۹۵: ۱۶). زندانی که محمود در داستان به توصیف آن پرداخته، دارای فضای ورزشی، آموزشی و... نیست. چنین رویکردی را می‌توان به خاطر نگاه سیاست‌گذاران جنایی آن دوران دانست که بیشتر به سمت سلب توان ارتکاب بزه و ناتوان‌سازی^۱ اشخاص تا رویکرد بالینی و بازپرورانه تمایل داشته‌اند. این دیدگاه از کلام رئیس زندان خطاب به خالد قابل برداشت است:

«تو خیال می‌کنی اینا آدمن؟... خیال می‌کنی می‌شه از اینا آدم ساخت؟ من الان پانزده ساله با زندونی سروکار دارم، استخون خُرد کرده‌ام و عاقبت به این نتیجه رسیده‌ام که اینا رو نمی‌شه اصلاح کرد... اینا از اول این طور بار اومدن» (محمود، ۱۳۵۷: ۴۶۳-۴۶۴).

چنین رویکردی بیشتر خود را زمانی نشان می‌دهد که زندانیان از زندان با وصف «سگدونی» یاد می‌کنند (همان: ۳۸۸). این نگاه موجب می‌شود تا بر این اعتقاد باشیم که هدف سیاست‌گذاران ایرانی بعد از کودتای ۲۸ مرداد، تنها بر جداسازی اشخاص خطرناک از دید جامعه و حکومت عنوان نمود.

۲-۳. نبود بهداشت، تغذیه مناسب و فشارهای روانی

توجه به بهداشت و تغذیه مناسب، یکی از مهم‌ترین اولویت‌ها در زندان‌ها به شمار می‌رود؛ همان‌گونه که اسناد بین‌المللی صراحت دارند که کیفر تحمیلی بر مجرم تنها

۱. سلب توان بزهکاری، یکی از مبانی توجیه‌کننده مجازات‌ها به ویژه حبس به شمار می‌رود. برخی نویسندگان علاوه بر حبس از هر پاسخ یا کیفری که موجب ناتوان‌سازی بزهکار از تکرار بزه می‌شود، تحت عنوان سلب توان بزهکاری یاد می‌کنند. از این رو علاوه بر حبس، اعدام، شبکه‌های گسترده نظارتی را هم می‌توان دارای چنین خصیصه‌ای عنوان نمود (غلامی، ۱۳۹۵: ۱۵۰).

محرومیت از آزادی باید باشد و از این رو حبس نباید خطرهای جسمی یا روانی بر زندانیان تحمیل کند (رضوانی و دیگران، ۱۳۸۹: ۱۱۰). اما در عمل، زندان به ویژه زندان‌های کشورمان از بُعد تغذیه با وجود بهبودهای رخ داده همچنان وضع نامناسبی دارند؛ به گونه‌ای که بر پایه برخی پژوهش‌ها، میزان کم دریافت میوه توسط زندانیان، موجب کمبود بسیاری از ویتامین‌ها و ریزمغذی‌ها می‌شود و خطر ابتلا به سرطان را در آن‌ها افزایش می‌دهد. همچنین مصرف غلات (حبوبات) پایین و گوشت بسیار پایین گزارش شده است (صفریان و دیگران، ۱۳۹۳: ۲۹).

محمود اوضاع بهداشتی و تغذیه زندان را بسیار نامناسب توصیف می‌کند؛ برای نمونه، هنگامی که نگهبانان غذا میان زندانیان تقسیم می‌کنند، چنین گفتگویی میان دو تن از آن‌ها برقرار می‌شود:

«نان مثل آجر می‌ماند. آن را مثل پاره خشت رو زانو می‌کوبد و ادامه می‌دهد: نیگاه کن... آگه تو سر فیل بزنیش، جابجا سقط می‌شه. بدمصب مئه سنگ می‌مونه» (محمود، ۱۳۵۷: ۳۸۸).

این موضوع به ویژه برای کودکان به خاطر شرایط رشدشان حائز اهمیت و بسیار نگران‌کننده است. از این رو زندانیان به رهبری خالد و دوستش، به خاطر شرایط بد تغذیه و اینکه آن‌ها فراموش شده‌اند، دست به اعتراض می‌زنند:

«بین اسی... اینو بدون که آگه همه مثل منوچ سیاه، غذای زندون رو نخوریم، مجبور می‌شن که وضع غذامونو بهتر کنن...» (همان: ۳۳۱).

از دیگر پیامدهای منفی زندان، نگرانی‌های مالی زندانیان و دشواری به دست آوردن پول کافی برای تأمین نیازهای مالی بستگانشان بوده که موجبات رنج روحی و روانی آنان را فراهم می‌کند (ویانت و هارنر، ۱۳۹۷: ۶۵۵).

محمود نیز ضمن یادآوری وضعیت بد روحی و روانی زندانیان به خاطر شرایط بد مالی خانواده‌هایشان، چنین یادآور می‌شود:

«اسکندر لبه‌های نان را جویده است، ورز داده و دارد مجسمه می‌سازد. تمام روز کارش همین است. کاسی‌اش بد نیست... اگر این کار رو نکنم، کی به زن و بچه‌هام نون می‌ده؟...» (محمود، ۱۳۵۷: ۳۸۴).

محمود همچنین به عدم برخورد مناسب با متهمان و بزهکاران در بازجویی‌ها و زندان اشاره کرده و انواع شکنجه‌هایی را که نسبت به این اشخاص حتی نوجوانان اعمال می‌شود، تشریح می‌کند. خالد هنگامی که نام شهری، شکنجه‌گر ساواک را می‌شنود، از عبارت «ترس به جانم می‌نشیند» (همان: ۳۱۲)، یاد می‌کند که نشان از فشار روحی بوده که به خالد وارد شده است.

۳. تحلیل محتوای رُمان بر پایه مبانی نظری

بر اساس دیدگاه جرم‌شناسی نظری به ویژه جامعه‌شناسی جنایی، جامعه و شرایط حاکم بر آن در شکل‌گیری و وقوع بزه، نقش اساسی ایفا می‌کند. با توجه به اهمیت این موضوع در رُمان همسایه‌ها، در این بخش برخی نظریه‌های جامعه‌شناسی جنایی بزهکاری کودکان را مورد بررسی قرار می‌دهیم. در این میان، نظریه‌های معاشرت ترجیحی، برجسب‌زنی و کنترل اجتماعی، از یک سو به خاطر توجیه بهتر بزهکاری کودکان و از سوی دیگر توجه بیشتر آن‌ها به روابط اجتماعی میان کودکان گزینش شده‌اند. از این رو برای علت‌شناسی نظری این سه نظریه مناسب‌تر می‌باشند.

۳-۱. همنشینی با ناهالان؛ معاشرت‌های ترجیحی^۱

طبق نظریه معاشرت ترجیحی، رفتار انحرافی از طریق معاشرت با دوستان ناباب آموخته می‌شود. ساترلند^۲ در کتاب اصول جرم‌شناسی که بیشتر مشتمل بر مبانی جامعه‌شناسی جنایی است، به طرح‌ریزی بزهکاری یقه‌سفیدان و نظریه معاشرت‌های ترجیحی می‌پردازد. در دیدگاه او، رفتارهای انحرافی از طریق معاشرت اجتماعی با انواع خاصی از مردم آموخته می‌شود. برای اینکه شخص جنایتکار گردد، باید ابتدا بیاموزد که چگونه جنایت کند. از نظرگاه ساترلند، رفتار بزهکارانه حالت اکتسابی داشته و شخص آن را می‌آموزد. چنین فراگیری در تماس با اشخاص دیگر صورت می‌پذیرد که به دو صورت ارتباط شفاهی/کلامی و الگوبرداری (نزدیک به تقلید تارد) صورت می‌گیرد.

1. Differential association.
2. Edwin H. Sutherland.

فراگیری رفتار بزهکارانه در درون گروهی محدود از انسان‌ها با روابط صمیمی بین اشخاص (مثل خانه و مدرسه) شکل می‌گیرد و تأثیرگذاری آن به میزان کثرت تماس، مدت آن و شدت تماس بستگی دارد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۵۶-۵۵). بنابراین هر چه تعداد تماس با محل و محیط نامطلوب و مدت و کیفیت آن بیشتر باشد، میزان تأثیر و تداوم معاشرت بر بزه بیشتر خواهد بود.

از دیگر کسانی که سعی نموده‌اند از میان نظریه‌های یادگیری اجتماعی این نظریه را غنی‌تر سازند، می‌توان به آیکرس^۱ اشاره نمود (کسن، ۱۳۹۴: ۱۵۷). با این حال به نظر می‌رسد تلاش‌های ساترلند و آیکرس نمی‌تواند تمام بزه‌های کودکان را پوشش دهد؛ بلکه بیشتر در مورد مردم‌آزاری و سرقت‌های کوچک کاربرد داشته و بزه‌های بسیار جدی را پوشش نمی‌دهد (پوتواین و سامونز، ۱۳۹۱: ۶۹).

در زمان همسایه‌ها بیشتر بزه‌های رخ داده توسط کودکان، متأثر از یادگیری انحرافات از طریق معاشرت با دیگران به ویژه ناهلان است؛ برای مثال، پسر همسایه ابراهیم که دوست خالد بوده، بعد از فرار از خانه با گروهی کیف‌زن آشنا می‌شود. خالد تأثیر این همنشینی را این‌گونه بیان می‌کند:

«آفتاده است به دنبال خالد و چینوق، ... به دله دزدی» (محمود، ۱۳۵۷: ۱۴۲).

این موضوع موجب گردیده تا ابراهیم رفته رفته سرقت را از آن‌ها یاد گرفته و به شیوه آن‌ها به کیف‌زنی پردازد. از دیگر همنشینی‌هایی که در داستان به بزهکاری منتهی می‌شود، رابطه حسنی برادر ابراهیم با یکی از آن دو پسر می‌باشد. این موضوع موجب کشیده شدن پسرک به اعمال منافی عفت و گرفتن بیماری سوزاک می‌شود:

«رفته پیش گنگه، پول بغل خوابی حسنی را هم چینوق داده است» (همان: ۱۴۷).

از دیگر همنشینی‌هایی که محمود سعی در برجسته‌سازی آن در داستان دارد، رابطه خالد با کارگران اعتصابی صنعت نفت در قهوه‌خانه امان‌آقا، آشنایی با خواسته‌های آن‌ها و عضویت و دوستی با افراد حزب توده است. چنین رابطه‌ای موجب یادگیری اعمال خلافکارانه توسط خالد می‌شود:

1. Akers.

«حالا تو حوزه پندار هستم، عصرهای جمعه تشکیل می‌شود. گاهی هم وقتش را تغییر می‌دهیم، جاهامون را هم عوض می‌کنیم. با پندار چهار نفریم» (همان: ۲۱۵).

خالد به دلیل ارتکاب این اعمال ضد امنیتی به زندان می‌افتد. وی قبل از آنکه به زندان برود، سیگاری نبوده و محمود علت سیگاری شدنش را نشست و برخاست با افراد سیگاری در زندان می‌داند. هنگامی که غلام زندانی محکوم به اعدام، به او پیشنهاد سیگار می‌کند، چنین جوابی را می‌شنود:

«نه سیگار نمی‌کشم، از کنارم بلند می‌شود و عُرمی زند؛ ولی آدم توی زندان سیگاری می‌شه» (همان: ۳۸۱).

پس از مدتی، رابطه خالد با غلام قاتل حالت صمیمانه‌تری به خود گرفته و چنین رابطه گرمی میان آن دو رفته رفته قبح سیگارکشی را برای خالد از بین برده و او به سیگارکشی سوق پیدا می‌کند. این موضوع به صراحت در گفتار زیر خود را نشان می‌دهد:

«ازش خوشم می‌آید... به تو که گفتم آدم توی زندان سیگاری می‌شه. می‌نشینه کنارم. نورافکن‌های بند روشن می‌شود، شب‌ها سرد است. توی اتاق می‌خوابیم، یه سیگار بده دود کنیم» (همان).

نویسنده همچنین اعتقاد داشته که اگر محیط مناسب برای افراد جامعه مهیا گردد، حتی افراد منحرف نیز می‌توانند به عنصر اجتماعی سودمند تبدیل شوند. محمود برای ادعایش از ناصر ابدی نام می‌برد. هرچند رابطه‌های نادرست اجتماعی، او را به سیاه‌چال زندان پرت کرده، اما آشنایی ناصر ابدی در زندان با خالد و کمک او موجب می‌شود که به سمت یادگیری خواندن و نوشتن سوق پیدا کند. از این رو محمود به روشنی نشان می‌دهد که اگر محیط مناسب باشد، چه ظرفیت عظیمی برای اصلاح اشخاص بزهکار وجود خواهد داشت.

۳-۲. کودکان رهاشده؛ نظریه برچسب‌زنی^۱

برچسب‌زنی در کتاب *غریبه‌ها* از هاوارد اس. بکر^۲ که در سال ۱۹۶۳ در آمریکا به

1. Labeling Theory.
2. Howard S. Becker.

بازار آمد، مورد توجه قرار گرفت. در سال‌های پیش و پس از انتشار کتاب بکر، تعدادی از جامعه‌شناسان به شکل‌گیری و رشد رویکرد انگ‌زنی کمک کردند. قبل از بکر، ادوین لمرت^۱ به عنوان پدر دیدگاه انگ‌زنی در سال ۱۹۵۱ در کتاب خود تحت عنوان *آسیب‌شناسی اجتماعی*، اساس نظریه واکنش اجتماعی و انگ‌زنی را بنا نهاد (بخارایی، ۱۳۹۱: ۱۰۹).^۲ نظریه برچسب‌زنی با این فرض که جرم و رفتار مجرمانه یک روند اجتماعی می‌باشد، آغاز شد. تأکید اصلی در مورد طبیعت و ماهیت رفتار متقابل یا کنش و واکنش استوار است. در این زمینه، بکر چنین می‌گوید:

«انحراف توسط جامعه ایجاد می‌شود. گروه‌های اجتماعی با ایجاد قواعدی که نقض آن، انحراف محسوب می‌شود و با استفاده از آن در اشخاص برچسب خورده، موجب می‌شوند که آنان به عنوان بیگانگان و منحرفان یاد شوند. از این دیدگاه، انحراف کیفیت کاری که شخص مرتکب می‌شود، نیست؛ بلکه نتیجه آن است که دیگران با اعمال قواعد و ضمانت اجراها بر شخص، عنوان بزهکار و منحرف را به او بار می‌کنند» (Liston, 2008: 5).

در این نظریه آنچه اهمیت خاص دارد، بررسی پیامدهای برچسب زدن بوده که به ویژه بر دو نوع آن یعنی «داغ زدن به فرد» و «تغییر تصویر او از خویشتن» تأکید می‌شود که به بازخورد عمومی محکوم کردن شخص بزهکار و برچسب خورده و طرد او از بخشی از جامعه اشاره دارد. شدت این انحراف موجب می‌شود که دومین پیامد برچسب‌زنی، خود را نمایان سازد و شخص حکم جامعه را نسبت به خود بپذیرد و در نتیجه تصور خود را مطابق با آن تغییر دهد و پیش‌بینی تبدیل به واقعیت گردد و تشدید انحراف رخ دهد (دادستان، ۱۳۹۰: ۲۰).

در خصوص کسانی که برچسب می‌زنند، علاوه بر نهادهای عدالت کیفری می‌توان به خانواده، همسالان و جامعه اشاره کرد. برخی پژوهش‌ها، برچسب‌زنی توسط جامعه و اعضای خانواده را دارای تأثیر بیشتری در افزایش بزهکاری می‌دانند (عباچی، ۱۳۸۸: ۶۱).

1. Edwin Lemert.

۲. البته در این خصوص که چه کسی برای اولین بار از این اصطلاح استفاده نموده، اختلاف نظر وجود دارد. در منبع بالا از لمرت نام برده شد؛ اما برخی آن را به تانن بام (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۱: ۹۴) و یا اریکسون نسبت داده‌اند (نجفی ابرنآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۹۵: ۱۸۲).

برای جلوگیری از این موضوع باید توجه را نه بر رفتار کج‌روها، بلکه بر رفتار اشخاصی که واکنش نشان می‌دهند، متمرکز کرد؛ زیرا رخ دادن برجسب‌زنی، خود زمینه‌ساز بسیاری از مسائل همچون ادامه بزهکاری و افتادن در دام باندهای بزهکاری است (Cullen & Agnew & Wilcox, 2011: 239). بنابراین برای برجسب‌زدایی شخص برجسب‌خورده، علاوه بر تلاش خود او، باید اطرافیان هم او را در این امر مشایعت کرده و دیگر او را منحرف قلمداد نکنند.

در زمان همسایه‌ها، دو کودک برجسب‌خورده دیده می‌شوند؛ نخست، ابراهیم که اگرچه بارها به اعمال منافی عفت دست زده، اما هیچ‌گاه توسط دیگران و همسایگان این موضوع کشف نمی‌شود تا اینکه صنم، بانو و ابراهیم را در کاهدانی رحیم خرکچی می‌بیند و تو حیاط بالحنی تمسخرآمیز گل می‌زند که ابراهیم داماد شد. نتیجه این رسوایی و برجسب‌خوردگی، فرار ابراهیم از خانه است:

«هوا را پس می‌بیند، مثل شهاب از کاهدانی بیرون می‌زند به چاک، بانو دامنش را می‌کشد، روی زانوهای کوره‌بسته و تو کاهدانی چندک می‌زند» (محمود، ۱۳۵۷: ۱۲۲).

چنین عملی توسط صنم، ناشی از نادانی و نبود نیروی تعقل در این شخصیت است؛ زیرا بدون اندیشیدن به کاری دست می‌زند که نابودی ابراهیم و به ویژه دخترک را به بار می‌آورد.^۱ دختر در طول زمان، بارها توسط همسایگان به خاطر این عمل سرزنش می‌شود. محمود با نگاه مقایسه‌ای خود، در فرایندی دیگر به بیماری حسنگ -یکی از کودکان داخل زمان- به خاطر مقاربت جنسی اشاره و آنگاه به رازداری خالد و فروش کبوتران خود برای مداوای او اشاره می‌کند:

«راه می‌افتم و می‌روم که برای حسنی سوزن بخرم. به ابراهیم چیزی نگفتم. تا برگردم، حسنی هم از کوره‌پزخانه آمده است. باید بیرمش پیش علی آقا. یک جوری باید کلک سوار کنیم که مش‌رحیم سر از کار در نیاورد» (همان، ۱۶۹).

۱. به نظر می‌رسد چنین دیدگاهی در فضای فرهنگی حاکم در جامعه فعلی ایران به ویژه در شهرهای کوچک، همچنان وجود دارد؛ زیرا کشف رسمی (ضابطان و ورود دستگاه عدالت کیفری) و غیر رسمی (خانواده‌ها، بستگان و آشنایان) در شهرهای کوچک موجب منزوی شدن چنین کودکانی و حتی کوچ اجباری خانواده‌های آنان می‌شود.

شخصیتی دیگر که برجسب خوردگی را تجربه می‌کند، خالد است که به اشتباه پایش به کلانتری باز می‌شود:

«هنوز زردی کم‌رنگ آفتاب لب بام است که غلامعلی خان همراه یک پاسبان پیدا می‌شود... تو دالان کلانتری گروهبان کوتاه‌قدی که سیبلش حنایی و سرش تاس است... از غلامعلی خان می‌پرسد: اینه؟...» (همان: ۴۴).

اگرچه او شیشه خانه غلامعلی خان را نشکسته، اما با وساطت امان‌آقا، غلامعلی خان رضایت می‌دهد و او بیرون می‌آید. مجازات کمانه‌ای این انگ‌زنی، در موارد مختلف گریبانگیر خالد می‌شود؛ برای مثال وقتی او به خانه برمی‌گردد، پدر خطاب به مادر می‌گوید:

«تو بچه را خراب کردی... تو... حالا که دیگه پاش به کلانتری باز شده است...» (همان: ۴۶).

حتی زمانی که خالد را به خاطر اعلامیه به دادگاه می‌برند و قاضی از طریق غلامعلی خان که اتفاقاً او نیز آنجا کار می‌کند، متوجه ماجرای مابین آنها، که با رضایت حل شده، می‌شود، موضوع رفتن به کلانتری و برجسب خوردگی، موجب تغییر نگاه بازپرس به این نوجوان می‌گردد:

«مرد چاق می‌گوید: از قرار معلوم، همچین سوابق خوبی هم نداری؛ حتی از بچگی مزاحم مردم بودی...» (همان: ۳۱۱).

بنابراین، چنین ذهنیتی در قاضی دادگاه موجبات صدور حکم زندان را برای او فراهم می‌کند.

۳-۳. بزه عنصری جذاب؛ نظریه رابطه اجتماعی^۱

نظریه رابطه اجتماعی هیرشی^۲ را شناخته شده‌ترین و پُراستادترین نظریه کنترل -به‌ویژه در سه دهه گذشته- به شمار آورده‌اند و تمرکز اصلی آن بر روی مطالعه بزهکاری کودکان و نوجوانان استوار است (رایجیان اصلی، ۱۳۹۷: ۱۶۵). هیرشی در کتاب *علت*

1. Social bond.

2. Hirshi.

بزهکاری (۱۹۶۹) به دنبال یافتن چرایی عدم ارتکاب جرم توسط اشخاص است؛ زیرا به اعتقاد او، بزه دارای جاذبه بوده و از این رو انسان ذاتاً منحرف و هنجارشکن است. هیرشی با مطالعه بر روی دانش‌آموزان، نظریه‌ای مبتنی بر ۴ رکن «وابستگی، تعهد، درگیری و اعتقاد» را بنا می‌گذارد. مراد از وابستگی، داشتن عاطفه و حساسیت نسبت به دیگران همانند پدر، مادر، دوستان و به طور کلی نسبت به دیگر اشخاص است. تعهد نیز به معنای سرمایه‌گذاری عقلانی شخص در جامعه همانند تحصیل، یافتن شغل، تشکیل خانواده و... است. درگیری به معنای سرگرم بودن و دل‌مشغولی نسبت به یک امر اجتماعی است. به عبارتی وقتی نوجوان، جذب فعالیت اجتماعی گردد، به همان میزان فرصت ارتکاب بزه را نخواهد داشت. چهارمین عنصر نیز به معنای اعتقاد به پیروی از قاعده‌ها و هنجارهاست که هر چه میزان آن کمتر باشد، احتمال قاعده‌شکنی شخص بیشتر خواهد بود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۸۶-۸۷). هیرشی در این میان، مهم‌ترین عامل را همان وابستگی عنوان می‌کند. میزان قدرت وابستگی یا گره‌هایی که شخص نسبت به اشخاص مهم دیگر (والدین، دوستان و الگوهای او) یا نسبت به نهادها (مدرسه، باشگاه و...) دارد، می‌تواند مانع انحراف تلقی گردد (ویلیامز و مک‌شین، ۱۳۹۵: ۲۹۵).

همان‌طور که هیرشی بیان می‌کند، بزهکاری عاملی لذت‌گرایانه و جذب‌کننده دارد و بزهکار را به سمت خود سوق می‌دهد. چنین گفتاری از کلام ابراهیم دوست خالد به روشنی قابل استنباط است:

«دهن ابراهیم آب افتاده است. هر روز همین کارو می‌کنیم...» (محمود، ۱۳۵۷: ۶۱).

با این حال، تعهد، وابستگی و نظارت در خالد، مانع از ادامه بزهکاری جنسی در او، و نبود چنین موضوعی در شخصیت‌های فرعی دیگر همچون خالق، ابراهیم و...، موجب فساد بیشتر در آن‌ها می‌شود. رحیم خرکچی پدر ابراهیم و حسنی علت سر به‌هوا شدن ابراهیم و نافرمانی او را نبود مادر و نظارت او می‌داند؛ از این رو به فکر افتاده است که زن بگیرد:

«... اگر کسی بالای سر حسنی و ابرام نباشد، خراب می‌شن...» (همان: ۱۲۲).

چنین موضوعی یعنی نبود نظارت والدین، عاملی برای شروع بزهکاری شخص تلقی شده که در همه این چهار شخصیت - ابراهیم، حسنی، خالق و چینووق - یافت می‌شود؛ به گونه‌ای که از دست دادن پدر و مخصوصاً مادر، موجب ولگردی‌شان می‌گردد:

«دو روز بعد، دایی‌شان آمد و خرت و پرت‌هایشان را جمع کرد و دست خالق و چینووق را گرفت و بردشان خانه خودش. دو سه ماهی کودکان در نجاری دایی شاگرد یادویی کردند. ولی بعد، هر دو زدند به بی‌عاری، تو بازارها و کوچه‌ها ولو شدند» (همان: ۱۰۳).

و کارشان برای امرار و معاش سرقت است:

«خالق چند تخم مرغ گش می‌رود» (همان: ۱۲۱).

در خصوص ابراهیم و حسنی هم همین موضوع صدق می‌کند؛ آن‌ها نیز بعد از فوت مادرشان به خاطر نبود وابستگی و تعهد به خانواده، به انواع ارتکاب بزه گرفتار می‌شوند. این حقیقت را که وجود وابستگی به خانواده می‌تواند مانعی در راه بزهکاری باشد، می‌توان در خصوص خالد دید؛ هنگامی که مادر نگران کارهای فرزندش بوده و او نیز بارها به خاطر مادر هم که شده، سعی می‌کند موجبات ناراحتی او را فراهم نکند: «پا که می‌گذارم تو اتاق خودمان، صدای مادرم را می‌شنوم. - کجا بودی خالد؟ تو رختخواب می‌نشینی، نگاهش سرزنش‌کننده است. - هیچی مادر... رفتم بیرون... آخه خیلی وقته رفتی بیرون... و دراز می‌کشم توی رختخواب و قسم می‌خورم که دیگر با بلورخانم کاری نداشته باشم» (همان: ۱۶۸).

یا حتی علاوه بر مادر، وابستگی و تعهد او به امان‌آقا، شوهر بلورخانم نیز عاملی برای جلوگیری از فساد در خالد می‌شود:

«بیشتر از امان‌آقا شرم دارم... گاهی می‌شود که دلم نمی‌خواهد تو صورتش نگاه کنم... امان‌آقا عین پسرش دوستم دارد...» (همان: ۶۳).

همان‌طور که بیان شد، این موضوع را می‌توان با نبود مادری مناسب برای شخصیت همسن و سال او ابراهیم مشاهده و مقایسه نمود که گرفتار انواع بزهکارها شده و در همین مسیر باقی می‌ماند.

نتیجه‌گیری

تربیت و هدایت صحیح کودکان، شرط ضروری و انکارناپذیر رشد و ترقی جامعه انسانی است. کودکان و نوجوانان سرمایه‌های معنوی جامعه هستند و سلامت روح و جسم آن‌ها، تضمین‌کننده سلامت جامعه در آینده است. از این رو، بررسی ریشه‌ای مسائل کودکان و از آن جمله بزهکاری آنان، شرط ضروری برای رسیدن به یک جامعه آرمانی است. نمونه‌های روشن چنین کودکانی را در زمان همسایه‌ها به عنوان یک اثر رئالیستی می‌توان دید. محمود کاری نمی‌کند جز آنکه رخدادهای دردناک و فاجعه‌باری را که بر سر این ملت و مردم ستم‌دیده آمده، به درستی نشان دهد. صداقت او در بازگویی رخدادهای همچنان که مکتب واقع‌گرایی می‌طلبد، تحسین برانگیز است؛ به گونه‌ای که بدون خواندن آثار محمود نمی‌توان به درستی وقایع دوران ملی کردن صنعت نفت و جامعه آن دوران خوزستان (تمثیلی از کل کشور) را دریافت. از یک‌سو با توجه به آشنایی بالای نویسنده با حوزه‌های جامعه‌شناسی و روان‌شناسی و از سوی دیگر استفاده از تجربه‌ها و مشاهده‌های مستقیم وی از کودکی یا زندگی اشخاص پیرامونش موجب شده تا کودکان و آسیب‌های اجتماعی آن‌ها جزء دغدغه‌های اصلی‌اش باشد. در این پژوهش، مهم‌ترین وجوه بزهکاری کودکان، فضای حاکم بر زندان آنان و تحلیل آن‌ها بر مبنای جرم‌شناسی نظری مورد توجه بوده است. یافته‌های پژوهش در بخش اول نشان‌دهنده آن است که محمود در حوزه بزهکاری کودکان، تأکید خود را بیشتر بر بزه‌های متوسط و انفرادی قرار داده است. همچنین او اعتقاد دارد که کودکان طبقه فرودست جامعه بیشتر در معرض بزهکاری قرار دارند؛ زیرا آن‌ها دارای تربیت اخلاقی، مذهبی و تحصیلی کمتری هستند. در بخش دوم بیان شده است که محمود در حوزه پاسخ‌شناسی به بزهکاری کودکان، حبس را مهم‌ترین پاسخ آن دوران به این نوع بزه‌ها معرفی کرده است. او هدف از اعمال حبس را بیشتر سلب توان ارتکاب بزه بدون توجه به جداسازی زندانیان کودک از بزرگسال، عدم توجه به پرونده شخصیت و نبود تغذیه مناسب و در یک کلام بی‌توجهی به بازپروری کودکان در آن دوران می‌داند. چنین زمینه‌های موجب می‌شود تا در بخش آخر مقاله، در پی ریشه‌یابی

بزهکاری کودکان از منظر نظریه‌های معاشرت ترجیحی، برچسب‌زنی و کنترل اجتماعی باشیم. یافته‌های این بخش نشان‌دهنده آن است که همنشینی با دوستان ناباب، انگ‌زنی نوجوانان و نداشتن تعهد کافی به خانواده، نقش اساسی را در بزهکار شدن کودکان ایفا می‌کرده است.

با توجه به اینکه بسیاری از شرایط موجود در داستان *همسایه‌ها* همچنان در جامعه ایرانی و حتی در زندان‌های کشورمان وجود دارد، از این رو مقاله حاضر از یک سو می‌تواند تلنگری برای سیاست‌گذاران جنایی ایران باشد و از سوی دیگر، این کتاب منبعی برای ایجاد تنوع در تدریس جرم‌شناسی و حتی کیفرشناسی در دانشکده‌های حقوق به حساب آید.

کتاب‌شناسی

۱. آشوری، محمد، *جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین*، چاپ دوم، تهران، دانشگاه تهران، جهش، ۱۳۹۹ ش.
۲. آلبرشت، هانس یورگ، *ازدحام در زندان‌ها*، ترجمه حسین غلامی، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۳. ایمانی، عباس، *جرم‌شناسی در ادبیات*، چاپ دوم، تهران، نامه هستی، ۱۳۹۰ ش.
۴. یخارایی، احمد، *جامعه‌شناسی انحرافات اجتماعی*، چاپ چهارم، تهران، پیام نور، ۱۳۹۱ ش.
۵. بولک، برنار، *کیفرشناسی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ هشتم، تهران، مجد، ۱۳۹۱ ش.
۶. پاینده، حسین، *داستان کوتاه در ایران؛ داستان‌های رئالیستی و ناتورالیستی*، چاپ سوم، تهران، نیلوفر، ۱۳۹۵ ش.
۷. پوت‌واین، دیوید، و آیدن سامونز، *روانشناسی و جرم*، ترجمه داوود نجفی توانا، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش.
۸. پورحسن سنگری، علی، «بررسی قصه‌های کلیله و دمنه از منظر جرم‌شناسی و سیاست جنایی»، *فصلنامه تعالی حقوق*، سال پنجم، شماره ۵، زمستان ۱۳۹۲ ش.
۹. جوانمردی، محمد، حسین آقایی میبیدی، و محمدعلی مهدوی ثابت، «تحلیل مفهوم و تفاوت‌های جرایم شدید از اشد»، *فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری*، دوره چهاردهم، شماره ۳ (پیاپی ۳۷)، پاییز ۱۳۹۷ ش.
۱۰. حاتمی‌نژاد، حسین و دیگران، «تحلیل جغرافیایی پیرامون اثرگذاری کالبد مناطق شهری بر ایجاد جرم: نمونه موردی: سکوتگاه‌های غیر رسمی مشهد»، *فصلنامه برنامه‌ریزی منطقه‌ای*، سال دوم، شماره ۷، پاییز ۱۳۹۱ ش.
۱۱. حاجی ده‌آبادی، محمدعلی، مریم‌سادات تقی‌زاده، و سعید عطارزاده، «مجرمان حرفه‌ای در پرتو یافته‌های جرم‌شناختی و سیاست کیفری ایران»، *فصلنامه پژوهش‌های اطلاعاتی و جنایی*، سال هشتم، شماره ۳ (پیاپی ۳۱)، پاییز ۱۳۹۲ ش.
۱۲. دادستان، پریخ، *روانشناسی جنایی*، چاپ نهم، تهران، سمت، ۱۳۹۰ ش.
۱۳. رایجیان اصلی، مهرداد، *درآمدی بر جرم‌شناسی*، تهران، سمت، ۱۳۹۷ ش.
۱۴. رحمدل، منصور، «رهبری بانند مجرمانه و تشدید مجازات»، *نشریه پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی*، دوره هفتم، شماره ۱۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۸ ش.
۱۵. رستمی، هادی، و سیدحسن جعفریان، «گفتمان سیاست جنایی و جرم‌شناسی در "آخرین روز یک محکوم"»، *پژوهش‌نامه حقوق کیفری*، سال نهم، شماره ۱ (پیاپی ۱۷)، بهار و تابستان ۱۳۹۷ ش.
۱۶. رستمی، هادی، و علی مولاییگی، «تبیین بزه‌دیدگی کودکان در داستان "مدیر مدرسه" از منظر آموزه‌های بزه‌دیده‌شناسانه»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره بیست و سوم، شماره ۸۹، بهار ۱۳۹۹ ش.
۱۷. همان‌ها، «خوانش جرم‌شناسانه آثار سعدی (با تأکید بر گلستان و بوستان)»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره بیستم، شماره ۷۷، تابستان ۱۳۹۶ ش.
۱۸. همان‌ها، «رمان سال‌های ابری در پرتو آموزه‌های جرم‌شناسی کودکان و نوجوانان»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره پانزدهم، شماره ۱۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۷ ش.
۱۹. رضوانی، روح‌الله، «تحلیل محتوا»، *دوفصلنامه عیار پژوهش در علوم انسانی*، سال دوم، شماره ۱ (پیاپی ۳)، بهار و تابستان ۱۳۸۹ ش.

۲۰. رضوانی، سودابه، ام‌البنین رمضان‌زاده، و سعیده قاسمی‌پور، «حقوق بهداشتی، روانی و آموزش پزشکی زندانیان با تأکید بر حقوق معنادان محبوس»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال چهارم، شماره ۱۵، زمستان ۱۳۸۹ ش.
۲۱. صفریان، محمد و دیگران، «بررسی نمایه تغذیه سالم در زندان مرکزی مشهد در سال ۱۳۸۷»، فصلنامه علوم غذایی و تغذیه، دوره یازدهم، شماره پیاپی ۴۲، بهار ۱۳۹۳ ش.
۲۲. عباچی، مریم، حقوق کیفری اطفال در اسناد بین‌المللی، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۸۸ ش.
۲۳. غلامی، حسین، کیفرشناسی (کلیات و مبانی پاسخ‌شناسی جرم)، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۲۴. غلامی، حسین، حسنعلی مؤذن‌زادگان، و مسلم جمشیدی، «اقدامات پلیس در پیشگیری از وقوع جرایم کودکان و نوجوانان»، فصلنامه انتظام اجتماعی، سال دهم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۷ ش.
۲۵. فعله‌گری، مصطفی، کارنامه سرگذشت داستان‌نویسان امروز ایران «از انقلاب مشروطه تا ۱۳۹۰»، تهران، روزگار، ۱۳۹۰ ش.
۲۶. کسن، موریس، اصول جرم‌شناسی، ترجمه میرروح‌الله صدیق، چاپ سوم، تهران، دادگستر، ۱۳۹۴ ش.
۲۷. گسن، ریموند، «هسته‌های بسیار فعال نوجوانان بزهکار»، ترجمه عباس تدین، فصلنامه فقه و حقوق، سال چهارم، شماره ۳ (پیاپی ۱۴)، پاییز ۱۳۸۶ ش.
۲۸. لطفی، عزت‌الله و دیگران، «بررسی تأثیر متغیرهای اقتصادی - اجتماعی بر جرم در کشور، رهیافت تکنیک داده‌های ترکیبی (مطالعه موردی سرقت و قتل)»، فصلنامه مطالعات مدیریت انتظامی، سال یازدهم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۵ ش.
۲۹. محسنی تبریزی، علیرضا، و ستار پروین، «بررسی عوامل مؤثر بر سرقت نوجوانان (مطالعه موردی: شهر کرمانشاه)»، مجله جامعه‌شناسی کاربردی، سال بیستم، شماره ۳ (پیاپی ۳۵)، پاییز ۱۳۸۸ ش.
۳۰. محمدی، سایر، حرف واژه‌ها (گفتگوی سایر محمدی با احمد محمود و...)، تهران، آبی، ۱۳۸۴ ش.
۳۱. محمود، احمد، همسایه‌ها، چاپ چهارم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۵۷ ش.
۳۲. محمودی جانکی، فیروز، «رویکردی نو در شناخت زیست محکومان»، مقاله در: دانشنامه جرم‌شناسی محکومان، به کوشش عباس شیری، تهران، میزان، ۱۳۹۷ ش.
۳۳. میرعابدینی، حسین، هشتاد سال داستان کوتاه ایران، چاپ سوم، تهران، کتاب خورشید، ۱۳۹۳ ش.
۳۴. میرکمالی، سیدعلیرضا، و انسیه حسینی، «کانون اصلاح و تربیت از منظر پیشگیری رشدمدار»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال چهارم، شماره ۱۳، زمستان ۱۳۹۴ ش.
۳۵. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، تقریرات جامعه‌شناسی جنایی، به کوشش مهدی صبوری‌پور، ۱۳۹۱ ش. قابل دسترس در وبگاه: www.lawtest.ir.
۳۶. همو (زیر نظر)، دانشنامه بزه‌دیده‌شناسی و پیشگیری از جرم، ترجمه اساتید حقوق کیفری و جرم‌شناسی سراسر کشور، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۳۷. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، و حمید هاشم‌بیگی، دانش‌نامه جرم‌شناسی، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۵ ش.
۳۸. نوبهار، رحیم، «جستاری در مبانی تقسیم‌بندی حد - تعزیر در فقه کیفری اسلام»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره شانزدهم، شماره ۶۳، پاییز ۱۳۹۲ ش.
۳۹. نیازپور، امیرحسین، «تحلیل جرم‌شناسانه جداسازی زندانیان؛ با نگاهی به "آیین‌نامه نحوه تفکیک و طبقه‌بندی زندانیان"»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتادم، شماره ۹۶، زمستان ۱۳۹۵ ش.

۴۰. ویانت، برایان، و هالی هارنر، «فقیر بودن در زندان بررسی فراوانی و منابع استرس مالی در زندان در میان نمونه‌ای از زندانیان مرد»، ترجمه شیرین بیات، مقاله در: *دانشنامه جرم‌شناسی محکومان*، به کوشش عباس شیری، تهران، میزان، ۱۳۹۷ ش.
۴۱. ویلیامز، فرانک پی. و ماری‌لین دی. مک‌شین، *نظریه‌های جرم‌شناسی*، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، چاپ ششم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
42. Chang, Li-Ching, "The Research of Comparison between Law and Literature: As Illustrated by Kafka's 'The Trial'", *National Taiwan University Law Review*, Vol. 3(1), 2008.
43. Cullen, Francis T. & Robert Agnew & Pamela Wilcox, *Criminological Theory: Past to Present*, Oxford University Press, Inc, 2011.
44. Liston, Ruth Alexandra, "The Child in Criminology: Site of Intervention, Site of Control, Site of Blame", *Social Engagement, Empowerment and Change*, Issue 11, Spring 2008.

تبیین مفهوم و جایگاه «کار نوعاً کشنده» در حقوق کیفری ایران با نگاهی به حقوق فرانسه*

□ محمود روح‌الامینی^۱

چکیده

بعد از انقلاب اسلامی ۱۳۵۷، قانون‌گذار در راستای اسلامی کردن قوانین کیفری در «قانون حدود، قصاص و مقررات آن» مصوب ۱۳۶۱ با الهام از منابع فقهی، اصطلاح «کار نوعاً کشنده» را به کار می‌گیرد و مقرر می‌دارد در مواردی که عمل نوعاً کشنده است، قتل ارتكابی عمدی است؛ هرچند مرتکب قصد قتل نداشته باشد. از منظر اصول مسلم حقوق کیفری، امکان تحقق قتل عمدی بدون داشتن قصد قتل محال است. به همین دلیل، این شیوه جرم‌انگاری، انتقاد برخی حقوق‌دانان را برانگیخت. قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ در صدد اصلاح این اشتباه برمی‌آید، ولی متأسفانه به این هدف خود نائل نمی‌شود. در حقوق کیفری فرانسه چنین اصطلاحی وجود ندارد، ولی در عین حال رفتار مرتکب، عامل احراز قصد قتل تلقی می‌گردد.

واژگان کلیدی: قصد قتل، رفتار نوعاً کشنده، رکن مادی، رکن روانی.

مقدمه

در قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴، قتل عمدی تعریف نشده بود. البته، ماده ۱۷۱ همین قانون، ارتکاب عمدی ضرب و جرح بدون قصد قتل، با استفاده از آلت قتاله را در حکم قتل عمدی می‌دانست. واژه «در حکم عمدی» یعنی از منظر حقوقی، جرم ارتكابی عمدی نیست، ولی مجازات آن، معادل مجازات جرم عمدی است. قانون‌گذار در سال ۱۳۶۱ در ماده ۱ «قانون حدود، قصاص و...» به تبیین قتل عمدی می‌پردازد و واژه «کار نوعاً کشنده» را بدون هیچ گونه تعریفی به کار می‌گیرد.^۱ قانون‌گذار سپس در سال ۱۳۷۰ با تغییراتی اندک، ماده ۱ قانون مصوب ۱۳۶۱ را در قالب ماده ۲۰۶ مجدداً بیان می‌کند و کماکان تعریفی از واژه «کار نوعاً کشنده» ارائه نمی‌دهد.

در قانون حدود و قصاص سال ۱۳۶۱ و قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، قتل عمدی از دو امر ناشی می‌شود: نخست، داشتن قصد قتل بدون توجه به ماهیت کار ارتكابی (کشنده بودن یا کشنده نبودن) (بندهای الف یادشده)، و دوم نداشتن قصد قتل و عمدی و نوعاً کشنده بودن کار ارتكابی (بندهای ب و ج یادشده). بخشی از آموزه حقوقی، «بند ب» یادشده یعنی «عمدی تلقی کردن قتل بدون قصد» را مورد نقد قرار می‌دهد. در پاسخ به این ایرادات، قانون‌گذار در اصلاحات سال ۱۳۹۲ با افزودن جمله: «ولی آگاه و متوجه بوده که آن کار نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می‌شود» به بند ب یادشده، مجدداً مفاد ماده ۲۰۶ را در قالب ماده ۲۹۰ بازنویسی می‌کند و کماکان واژه «کار نوعاً

۱. (ماده ۲- قتل در موارد زیر عمدی است: الف- مواردی که قاتل با انجام کاری، قصد کشتن کسی را دارد؛ خواه آن کار نوعاً کشنده باشد، خواه نباشد، ولی در عمل سبب قتل شود. ب- مواردی که قاتل عمداً کاری را انجام دهد که نوعاً کشنده باشد، هرچند قصد کشتن شخص را نداشته باشد. ج- مواردی که قاتل قصد کشتن را ندارد و کاری را که انجام می‌دهد، نوعاً کشنده نیست، ولی نسبت به طرف بر اثر بیماری و یا پیری یا ناتوانی یا کودکی و امثال آنها نوعاً کشنده باشد و قاتل نیز به آن آگاه باشد).

۲. (ماده ۲۰۶- قتل در موارد زیر قتل عمدی است: الف- مواردی که قاتل با انجام کاری، قصد کشتن شخص معین یا فرد یا افرادی غیر معین از یک جمع را دارد؛ خواه آن کار نوعاً کشنده باشد، خواه نباشد، ولی در عمل سبب قتل شود. ب- مواردی که قاتل عمداً کاری را انجام دهد که نوعاً کشنده باشد، هرچند قصد کشتن شخص را نداشته باشد. ج- مواردی که قاتل قصد کشتن را ندارد و کاری را که انجام می‌دهد، نوعاً کشنده نیست، ولی نسبت به طرف بر اثر بیماری و یا پیری یا ناتوانی یا کودکی و امثال آنها نوعاً کشنده باشد و قاتل نیز به آن آگاه باشد).

کشنده» را تعریف نمی‌کند. قانون مجازات فرانسه قتل عمدی را تعریف و در ماده ۲۲۱-۱ مقرر می‌دارد: «قتل عمدی عبارت است از عمل کشتن دیگری به صورت ارادی». قانون‌گذار فرانسوی متعرض اصطلاح «فعل نوعاً کشنده» نمی‌شود، ولی رویه قضایی فرانسه «رکن مادی» را عامل «احراز قصد قتل» تلقی می‌کند (Pradel et Danti-Juan, 2010: 32). به نظر می‌رسد عمل قانون‌گذار در عمدی تلقی کردن قتلی که مرتکب، قصد تحقق آن را ندارد، اشتباه فاحش حقوقی است. بخشی از آموزه حقوقی و رویه قضایی به دنبال توجیه این اشتباه است؛ ولی بخشی دیگر به نقد این موضوع می‌پردازد. به نظر می‌رسد این اشتباه قانون‌گذار ناشی از عدم تعریف واژه «کار نوعاً کشنده» است (کلانتری و جعفری‌زاده، ۱۳۹۱: ۱۵۱). در این تحقیق به تبیین مفهوم اصطلاح «کار نوعاً کشنده» از منظر اصول مسلم حقوق کیفری و جایگاه آن در حقوق کیفری ایران با نگاهی به حقوق فرانسه پرداخته می‌شود.

۱. تبیین مفهوم «کار نوعاً کشنده» بر مبنای اصول مسلم حقوق کیفری

یکی از اصول مسلم حقوق کیفری، ضرورت «عناصر سه‌گانه تحقق جرم» است. در فقدان هر یک از این عناصر، امکان تحقق جرم منتفی است. رکن قانونی جرم، ارتباط غیر مستقیم با مرتکب جرم دارد؛ زیرا این رکن را قانون‌گذار وضع می‌کند. رکن روانی و رکن مادی، ارتباط مستقیم با مرتکب جرم دارند؛ زیرا رکن روانی حاصل اندیشه مرتکب، و رکن مادی حاصل انعکاس خارجی ذهنیات مرتکب است. بدین ترتیب رکن روانی، فکر و اندیشه مجرمانه است که در ذهن مرتکب نقش می‌بندد و رکن مادی، رفتاری است که مرتکب در قالب فعل یا ترک فعل انجام می‌دهد. افزون بر این، در جرائم مقید به نتیجه، پیامدی که از رفتار مرتکب حاصل می‌گردد نیز جزء رکن مادی است. در حقیقت، «نتیجه» از این جهت جزء رکن مادی محسوب می‌گردد که حاصل رفتار مرتکب است. البته برخی حقوق‌دانان، اوضاع و احوالات وقوع جرم را نیز داخل در رکن مادی می‌دانند. این امر در حالی است که اوضاع و احوالات وقوع جرم، ساخته و پرداخته رفتار مرتکب نیست.

از منظر اصول مسلم حقوق کیفری، جرم عمدی زمانی محقق می‌شود که رکن

قانونی، در قالب رکن روانی و رکن مادی نمود خارجی پیدا کند. بنابراین با توجه به اینکه قانون‌گذار در بند ب ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی، اصطلاح «کار نوعاً کشنده» را به کار برده است، برای تحقق قتل عمدی باید «کار نوعاً کشنده» هم‌زمان از منظر رکن مادی و رکن روانی محقق شود. در نتیجه، ابتدا به بررسی مفهوم «کار نوعاً کشنده» از منظر رکن مادی و سپس از منظر رکن روانی پرداخته می‌شود.

۱-۱- تبیین مفهوم «کار نوعاً کشنده» بر مبنای رکن مادی

اصطلاح «کار نوعاً کشنده» از دو عبارت «کار» و «نوعاً کشنده» تشکیل می‌شود.

۱-۱-۱. تبیین مفهوم اصطلاح «کار»

برای تحقق رکن مادی لازم است که مرتکب در عالم خارج، رفتاری را در قالب فعل یا ترک فعل انجام دهد. قتل از جمله جرائمی است که غالباً از طریق افعالی مانند زدن مشت یا شلیک گلوله ارتکاب می‌یابد. قانون مجازات ۱۸۱۰ فرانسه مقرر می‌کند: «قتل ارتکاب‌یافته به صورت ارادی، قتل عمدی محسوب می‌گردد». قانون‌گذار فرانسوی در این ماده، واژه «commission» یعنی «ارتکاب‌یافته» را به کار می‌برد. به کارگیری این اصطلاح سبب می‌شود که رویه قضایی فرانسه، ارتکاب قتل از طریق ترک فعل را به رسمیت نشناسد. در این خصوص، در سال ۱۹۰۵ میلادی پرونده‌ای تحت عنوان «محصورشده پواتیه» در دادگستری شهر پواتیه مطرح می‌شود. بر مبنای این پرونده، در سال ۱۹۰۱ در شهر پواتیه فرانسه، «زنی توسط مادر و برادرش به مدت چندین سال در اتاقی تاریک و بدون پنجره رها می‌شود. در اثر این امر، زن دچار بیماری شده و سلامتی‌اش به طور جدی به خطر می‌افتد و در نهایت نیز به خاطر همین صدمات، جان‌ش را از دست می‌دهد. دادستان شهر پواتیه مادر و برادر آن زن را به اتهام «ارتکاب قتل عمدی» تحت تعقیب قرار می‌دهد. دادگاه با این استدلال که «قتل عمدی فقط با فعل مادی مثبت صورت می‌گیرد و نه ترک فعل» حکم به براءة متهمان می‌دهد» (روح‌الامینی، ۱۳۹۶: ۹۶). متعاقب این رأی، حقوق‌دانان فرانسوی می‌پذیرند که در حقوق فرانسه، «قتل عمدی فقط از طریق «فعل» محقق می‌شود» (Pradel et Danti-Juan, 2010: 32). قانون‌گذار فرانسوی در اصلاحات سال ۱۹۹۲ تعریف قتل عمدی را نیز اصلاح می‌کند

و در ماده ۲۲۱-۱ مقرر می‌دارد: «عمل کشتن دیگری به صورت آزادی، قتل عمدی است». پر واضح است که قانون‌گذار فرانسوی به هیچ عنوان به شیوه‌های ارتکاب قتل عمدی اشاره نمی‌کند. اما بر مبنای رویه قضایی فرانسه، این شیوه‌ها متعدد و متناوب‌اند، ولی در هر صورت، این شیوه‌ها شامل ترک فعل نمی‌شود؛ برای مثال، وقتی فردی با قصد قتل، شخصی را از نیازهای حیاتی غذا، دارو و کمک محروم می‌کند تا او جان‌ش را از دست بدهد، در چنین بستری، مرتکب به اتهام ارتکاب جرم «عدم کمک به دیگری» محکوم می‌شود و نه به اتهام ارتکاب قتل عمدی (Ambroise-Castérot, 2019: 21). با این همه، قانون‌گذار فرانسوی چنین ترک فعل‌هایی را به صورت خاص جرم‌انگاری می‌کند، ولی اگر این ترک فعل‌ها منتهی به مرگ بزه‌دیده شوند، این امر عامل تشدید مجازات است؛ برای مثال، ماده ۲۲۳-۳ قانون مجازات فرانسه، «عدم کمک به کودکی که قادر به مراقبت از خود نیست» را با ۵ سال حبس و ۷۵۰۰۰ یورو جریمه قابل مجازات می‌داند. اگر همین عمل منتهی به قتل بزه‌دیده شود، عمل ارتكابی طبق ماده ۲۲۳-۴ قانون مجازات فرانسه با ۲۰ سال حبس قابل مجازات است. ماده ۲۰۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ مقرر می‌کند: «قتل در موارد زیر عمدی است: الف- مواردی که قاتل با انجام کاری...». عبارت «انجام کاری» در این ماده، سبب طرح این پرسش می‌شود که آیا این اصطلاح منصرف بر فعل است یا هم فعل و هم ترک فعل را در بر می‌گیرد (روح‌الامینی، ۱۳۹۶: ۱۰۹). در سکوت قانون، برخی حقوق‌دانان معتقد بودند که امکان تحقق قتل عمدی از طریق ترک فعل وجود دارد (گلدوزیان، ۱۳۸۸: ۱۶؛ میرمحمدصادقی، ۱۳۹۹: ۴۰). برعکس، برخی دیگر از حقوق‌دانان چنین امکانی را منتفی می‌دانستند (سپهوند و عسکری‌پور، ۱۳۸۹: ۳۹). در چنین بستری است که نویسندگان قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، در قالب ماده ۲۹۵ دست به نوآوری می‌زنند و امکان تحقق قتل عمدی از طریق ترک فعل را پیش‌بینی می‌کنند. بنابراین منظور از «کار» در حقوق کیفری فرانسه فقط «فعل»، و در حقوق کیفری ایران هم «فعل» و هم «ترک فعل» است.

۲-۱-۱. تبیین مفهوم اصطلاح «نوعاً کشنده»

در فرهنگ لغت دهخدا، واژه «نوعاً» به مفهوم «به طور کلی، بیشتر اوقات، به طور

معمول» آمده است. بنابراین از نظر لغوی، کاری نوعاً کشنده است که «به طور معمول یا در بیشتر موارد، منتهی به کشتن دیگری شود». به همین دلیل، برخی حقوق‌دانان معتقدند که «رفتار نوعاً کشنده، رفتاری است که غالباً و ۵۰ درصد کشنده است» (شیخ‌الاسلامی و داوری، ۱۳۹۲: ۲۲۱). البته در سکوت قانون، منظور قانون‌گذار از واژه «رفتار نوعاً کشنده» مشخص نیست. از منظر حقوقی، رکن مادی افزون بر «رفتار معمولاً کشنده»، در قالب رفتار «قطعاً کشنده» نیز می‌گنجد. واژه «قطعاً» در فرهنگ لغت دهخدا به معنای «مطمئناً، یقیناً» آمده است و نقطه مقابل آن، «هرگز و ابداً» است و واژه «یقیناً» نیز به مفهوم «حتماً، بی‌شبهه، به طور قطع» آمده است. بنابراین می‌توان گفت که «رفتار نوعاً کشنده» می‌تواند در قالب «رفتار قطعاً کشنده» نیز بگنجد. بدین ترتیب از منظر رکن مادی، «کار نوعاً کشنده» در قالب‌های زیر نمود خارجی می‌یابد:

کار معمولاً کشنده: کاری که در بیشتر موارد منتهی به کشتن دیگری می‌شود.

کار قطعاً کشنده: کاری که به طور قطع و یقین منتهی به کشتن دیگری می‌شود.

از منظر رکن مادی، برای تعیین ماهیت رفتار ارتكابی از منظر «کشنده بودن» صرفاً به خود رفتار توجه می‌شود و به مرتکب رفتار توجه نمی‌شود؛ برای مثال، اگر فردی با اسلحه به سمت دیگری شلیک کند، علی‌القاعده اگر فاصله محل شلیک تا بزه‌دیده بسیار کم باشد، در اینجا می‌توان گفت که رفتار ارتكابی از منظر رکن مادی «قطعاً کشنده» است. در همین فرض، اگر فاصله بین محل شلیک گلوله با بزه‌دیده زیاد باشد و مرتکب مهارت کافی در تیراندازی داشته باشد، چون امکان کشته شدن بزه‌دیده زیاد است، می‌توان از «کار معمولاً کشنده» سخن گفت. همچنین اگر فاصله بین محل شلیک گلوله با بزه‌دیده زیاد باشد، ولی در عین حال، مرتکب مهارت کافی در تیراندازی نداشته باشد، چون احتمال برخورد گلوله با بزه‌دیده کم است، در چنین بستری رفتار ارتكابی «معمولاً کشنده» نیست. در همین فرض، اگر فاصله محل شلیک تا بزه‌دیده به حدی زیاد باشد که بتوان گفت اسلحه برد کافی ندارد، در اینجا رفتار ارتكابی از منظر رکن مادی «قطعاً غیر کشنده» است. البته قتل، جرم مقید به نتیجه است. در جرائم مقید به نتیجه، تحقق نتیجه کاملاً وابسته به اراده مرتکب نیست و حتی در مواردی که احتمال کشته شدن بزه‌دیده قطعی است، ممکن است وی به صورت

معجزه آسا نجات یابد. بدین ترتیب در مواردی که از منظر رکن مادی، رفتار ارتكابی «معمولاً کُشنده یا قطعاً کُشنده» است، ممکن است در عمل، رفتار ارتكابی منتهی به مرگ بزه دیده بشود یا نشود. تفاوت مهم «کار معمولاً کُشنده» با «کار قطعاً کُشنده» این است که در «کار معمولاً کُشنده»، اگر رفتار ارتكابی منتهی به قتل بزه دیده نشود، چندان جای تعجب نیست؛ برای نمونه اگر فردی یک ضربه چاقو به بدن بزه دیده بزند و با وجود احتمال زیاد مرگ، بزه دیده زنده بماند، چندان شگفت آور و دور از باور نیست؛ ولی در «کار قطعاً کُشنده»، زنده ماندن بزه دیده باورنکردنی و معجزه گونه خواهد بود.

مرجع صالح برای تشخیص اینکه «کار انجام گرفته» از منظر رکن مادی، کدام یک از عناوین «معمولاً کُشنده، معمولاً غیر کُشنده، قطعاً کُشنده، قطعاً غیر کُشنده» را به خود می گیرد، تنها شخص متخصص و متبحر در ماهیت کاری است که منتهی به قتل دیگری شده است؛ برای مثال در موضوع شلیک با اسلحه، مأموران اسلحه شناسی کارشناس متخصص در این موضوع هستند. در حقیقت، مقامات قضایی به هیچ عنوان صلاحیت اظهار نظر در خصوص ماهیت رفتار ارتكابی از منظر رکن مادی را ندارند و در این زمینه باید از نظر کارشناس خبره پیروی کنند (کیانی، حجازی و مهبودی، ۱۳۹۳: ۷۰).

البته برخی حقوق دانان با این استدلال که طبق اصل ۱۵۶ قانون اساسی، رسیدگی و صدور حکم وظیفه قضات است، احراز تقصیر را صرفاً در صلاحیت قضات می دانند (پوربافرانی، ۱۳۹۷: ۵۳۱). به نظر می رسد که این حقوق دانان به موضوع مهم یعنی تفاوت احراز تقصیر از لحاظ رکن مادی و احراز تقصیر از لحاظ رکن روانی توجه ندارند. قطعاً قضات به دلیل نداشتن دانش علمی تخصصی، صلاحیت احراز تقصیر از لحاظ رکن مادی را ندارند؛ برای مثال، اینکه پزشکی در انجام معالجه از لحاظ رکن مادی دچار تقصیر شده یا خیر، قطعاً در صلاحیت قاضی نیست و کمیسیون پزشکی باید در این زمینه نظر دهد. برخی حقوق دانان به دلیل عدم توجه به این موضوع می نویسند:

«در وضع کنونی، رویه عملی به نوعی است که مراجع قضایی، اعم از دادسراها و دادگاه های عمومی، به حاشیه رانده شده و به صورت خلاف قاعده، نقش اصلی را در رسیدگی به این پرونده ها و احراز تقصیر جزایی، پزشکان و هیئت های انتظامی و نه حقوق دانان و مراجع قضایی به عهده دارند» (همان).

این حقوق‌دانان به اشتباه معتقدند که این رویه نیاز به اصلاح دارد و همچنین به اشتباه پیشنهاد می‌دهند که مراجع قضایی باید نقش اصلی را در جهت اخلاق و قربانیان تقصیر پزشکی، خود بر عهده بگیرند (همان).

در حقوق فرانسه، اصطلاح «کشتن دیگری» در ماده ۲۲۱-۱ قانون مجازات، شامل تمامی رفتارهای مادی مثبتی است که منتهی به قتل دیگری می‌شود. بر مبنای رویه قضایی فرانسه، ارتکاب برخی رفتارهای مادی مثبت، سبب احراز قصد قتل است. به همین دلیل، برخی حقوق‌دانان فرانسوی معتقدند که اگر مرتکب با انجام رفتاری، قصد قتل بزه‌دیده را داشته باشد، عمل وی قتل عمدی توصیف می‌شود و اگر مرتکب قصد قتل نداشته باشد، ولی قصد ضرب و جرح بزه‌دیده را داشته باشد، عمل وی «ضرب و جرح منتهی به قتل بدون قصد قتل» توصیف می‌شود (Ambroise-Castérot, 2019: 22). به نظر این حقوق‌دانان، مشکل اصلی در اینجا چگونگی تمییز و تفکیک قتل عمدی از «ضرب و جرح منتهی به قتل بدون قصد قتل» است. آن‌ها معتقدند که «رکن مادی» یا «رفتارهای ارتكابی»، راهنمای قاضی برای تفکیک این دو نوع قتل از یکدیگرند (Ibid.). بدین ترتیب بر مبنای رویه قضایی فرانسه، رکن مادی عامل چگونگی احراز قصد قتل است؛ برای مثال، رویه قضایی فرانسه در یک پرونده، یک ناپدری را به دلیل وارد ساختن چندین ضربه چکش بر سر یک نوزاد شیرخواره، محکوم به ارتکاب قتل عمدی می‌داند. در این پرونده، قضات از ماهیت رفتار ارتكابی یعنی از تعداد ضربات وارده، قصد قتل مرتکب را احراز می‌کنند (Pradel et Danti-Juan, 2010: 32).

۲-۱. تبیین مفهوم «کار نوعاً گشوده» بر مبنای رکن روانی

همان طور که بیان گردید، منظور از رکن مادی، رفتاری است که مرتکب در عالم خارج انجام می‌دهد یا ترک می‌کند. برای شناختن رکن مادی یک جرم صرفاً به رفتار انجام گرفته یا ترک شده، و در جرائم مقید به نتیجه، به نتیجه حاصل از این فعل یا ترک فعل توجه می‌شود. بنابراین در شناخت رکن مادی، هیچ توجهی به مرتکب جرم نمی‌شود. برعکس رکن مادی، برای شناخت رکن روانی، به مرتکب جرم و آنچه در

ذهن و اندیشه وی نسبت به رکن مادی می‌گذرد، توجه می‌شود. رکن روانی حاصل فعل و انفعالات ذهنی مرتکب نسبت به رکن مادی جرم است. رکن روانی انعکاس نگرش مرتکب نسبت به رکن مادی است. حال بر این اساس، به بررسی مفهوم «کار معمولاً کشنده و کار قطعاً کشنده» از منظر رکن روانی پرداخته می‌شود.

۱-۲-۱. تبیین مفهوم «کار نوعاً کشنده» در قالب «کار معمولاً کشنده»

از منظر لغوی، منظور از «کار نوعاً کشنده» کاری است که در بیشتر موارد منتهی به قتل بزه‌دیده می‌شود. بر این مبنا می‌توان گفت که کار نوعاً کشنده در مفهوم «کار معمولاً کشنده» از منظر حقوقی و با تکیه بر عنصر روانی، عبارت است از «رفتاری که مرتکب انجام می‌دهد و می‌داند که ارتکاب آن رفتار در عالم خارج در بیشتر موارد منتهی به قتل دیگری می‌شود». بدین ترتیب، مهم‌ترین جزء عنصر روانی، علم و آگاهی مرتکب به ماهیت رفتاری است که می‌خواهد انجام دهد. به عبارت دیگر، مهم‌ترین جزء عنصر روانی، بحث آگاهی مرتکب به ماهیت رکن مادی است؛ موضوعی که سبب ایجاد چالش‌های مهمی می‌شود.

۲-۲-۱. جهل مطلق به ماهیت رکن مادی

یکی از مهم‌ترین چالش‌ها در موارد «کار معمولاً کشنده از منظر رکن مادی» در جایی است که مرتکب نسبت به ماهیت رکن مادی یعنی «معمولاً کشنده بودن رفتار ارتكابی» جهل کامل دارد و به هیچ عنوان آگاهی ندارد که رفتار ارتكابی وی در بیشتر موارد، منتهی به قتل بزه‌دیده می‌شود. در این شرایط می‌توان از جهل مطلق سخن به میان آورد. به عبارت دیگر، در چنین بستری مرتکب در ذهن خود، قصد انجام رفتاری را نسبت به بزه‌دیده دارد که تصور می‌کند در عالم خارج هیچ آسیبی به بزه‌دیده وارد نمی‌آورد. در این حالت، مرتکب از منظر اصول مسلم حقوق کیفری، فاقد هر گونه «سوءنیت» است. بنابراین عمل ارتكابی به هیچ عنوان مجرمانه تلقی نمی‌گردد. به عبارت دیگر، رفتار ارتكابی از منظر رکن مادی «معمولاً کشنده» است، ولی همین رفتار از منظر رکن روانی «قطعاً غیر کشنده» است؛ زیرا مرتکب تصور می‌کند که رفتار ارتكابی هیچ آسیبی به بزه‌دیده وارد نمی‌آورد.

۱-۲-۲-۱. جهل نسبی به ماهیت رکن مادی

چالش دوم از ماهیت دوگانه «کار معمولاً کشنده» نشئت می‌گیرد؛ زیرا اگرچه کار معمولاً کشنده کاری است که مرتکب می‌داند که ارتکاب آن به طور معمول یا در بیشتر موارد، منتهی به قتل بزه‌دیده می‌شود، ولی در عین حال می‌توان گفت که «کار معمولاً کشنده» کاری است که مرتکب می‌داند که ارتکاب آن در برخی موارد ولو معدود، منتهی به مرگ بزه‌دیده نمی‌شود.

چالش بسیار مهم در خصوص رفتارهای «معمولاً کشنده» از منظر رکن روانی، مربوط به حالتی است که مرتکب علی‌رغم اینکه می‌داند چنین رفتاری در بیشتر موارد منتهی به مرگ بزه‌دیده می‌شود و تنها در موارد معدودی چنین نتیجه‌ای را در بر ندارد، ولی مرتکب «اعتماد به نفس کاذب» پیدا می‌کند و با این باور که رفتار وی به هیچ عنوان منتهی به مرگ بزه‌دیده نمی‌شود، آسیبی را به بزه‌دیده وارد می‌آورد که سبب مرگ او می‌شود؛ برای مثال، مرتکب می‌داند که زدن ضربه چاقو به بدن دیگری در بیشتر موارد منتهی به قتل بزه‌دیده می‌شود، ولی در عین حال باور دارد که ضربه‌ای را که می‌خواهد وارد بیاورد، تنها موجب ضرب و جرح بزه‌دیده می‌شود. او در ذهن خود تنها قصد ضرب و جرح را دارد و از قصد ذهنی قتل به دور است. به همین دلیل در ذهن خود تنها قصد ضرب و جرح را دارد و نه قصد قتل را. نکته ظریف که بر مبنای اصول مسلم حقوق کیفری باید به آن توجه داشت این است که برای تحقق رکن روانی، قاضی باید دقیقاً به آنچه در ذهن مرتکب در زمان وقوع جرم گذشته است، توجه کند و آن را ملاک تحقق رکن روانی بداند. بنابراین تنها قصد مرتکب در زمان وقوع رکن مادی است که عنصر روانی جرم را تشکیل می‌دهد. برخی حقوق‌دانان حداقل از منظر تئوری یا نظری به این موضوع توجه کرده‌اند و در این خصوص بحثی را تحت عنوان «سوءنیت اتفاقی» مطرح کرده و معتقدند «در مواردی که عامل نتیجه را پیش‌بینی کرده، ولی آن را نخواست به‌شود»، سوءنیت اتفاقی است و جرم ارتكابی نیز عمدی نیست (گلدوزیان، ۱۳۹۰: ۱۸۲). برخی دیگر از حقوق‌دانان در چنین بستری، سخن از «سوءنیت فراقصدی» به میان می‌آورند. به نظر آن‌ها:

«سوءنیت زمانی فراقصدی است که نتایج یک جرم از آنچه مرتکب پیش‌بینی

می‌کرده، فراتر رود. اگرچه مرتکب قصد انجام رفتاری را نسبت به دیگری دارد، ولی قصد تحقق نتیجه ایجادشده را ندارد. یکی از مصادیق سوءنیت فراقصدی که به طور سنتی توسط بسیاری از حقوق‌دانان مطرح می‌گردد، مربوط به فرضی است که مرتکب تنها قصد ضرب و جرح دیگری را دارد، ولی آنچه در عمل اتفاق می‌افتد، مرگ دیگری است. در واقع در چنین بستری، مرتکب سوءنیت ضرب و جرح بدون قصد قتل را دارد، در نتیجه آنچه اتفاق می‌افتد، فراتر از سوءنیت مرتکب است» (کُلب و لوترمی، ۱۳۹۸: ۲۱۷-۲۱۸).

برخی دیگر از حقوق‌دانان از چنین حالتی تحت عنوان «عمد متجاوز از قصد» یاد می‌کنند و معتقدند:

«قصد متجاوز از نتیجه در موردی است که شخصی قصد انجام جرم خاصی را دارد، ولی نتیجه‌ای که به دست می‌آید، فراتر از آن چیزی است که فرد انتظار داشته است؛ برای نمونه، شخصی قصد تخریب محل مسکونی را داشته است، اما در نتیجه تخریب آن محل، عده‌ای کشته می‌شوند که به آن «عمد متجاوز از قصد» گفته می‌شود» (آقایی جنت‌مکان، ۱۳۹۳: ۲۹۶/۱).

بدین ترتیب، برخی حقوق‌دانان اتفاق نظر دارند در مواردی که رفتاری از منظر رکن مادی و رکن روانی «معمولاً کشنده» است، ولی مرتکب در عین حال قصد قتل ندارد، اگر رفتار ارتكابی به قتل بزه‌دیده منتهی شود، چنین قتلی به هیچ عنوان عمدی نیست؛ زیرا قصد مرتکب تنها آسیب رساندن به بزه‌دیده بدون قصد قتل اوست.

۳-۲-۱. تبیین مفهوم «کار نوعاً کشنده» در قالب «کار قطعاً کشنده»

از منظر رکن روانی، رفتاری «قطعاً کشنده» محسوب می‌گردد که «مرتکب می‌داند رفتار وی، به طور قطع منتهی به مرگ بزه‌دیده می‌شود، مگر اینکه بزه‌دیده معجزه‌آسا نجات پیدا کند». برخی حقوق‌دانان انتقال و ویروس ایدز را در زمره «کار نوعاً کشنده» محسوب می‌کنند (امام‌دادی، تقی‌زاده و طاهری، ۱۳۹۵: ۱۱). بدین ترتیب، اگر رفتار ارتكابی از منظر رکن مادی «قطعاً کشنده» باشد، ولی مرتکب به این موضوع علم نداشته باشد، رفتار ارتكابی از منظر رکن روانی «قطعاً کشنده» محسوب نمی‌گردد (شاکری و مرادی کندلاتی، ۱۳۸۶: ۱۳۳). با این همه، در اینجا چند چالش مهم ایجاد می‌شود:

۱-۳-۲-۱. جهل مطلق به ماهیت رکن مادی

گاه مرتکب به طور کلی به ماهیت «قطعاً کشنده بودن» رفتار ارتكابی جهل دارد؛ برای مثال، فردی وارد یک کارگاه مکانیکی می‌شود و به دلیل تاریکی هوا در صدد برمی‌آید که چراغ‌های آنجا را روشن کند. در نتیجه کلیدی را که بر روی دیوار نصب شده و شبیه کلید برق است، می‌فشارد، در حالی که آن کلید متعلق به جک برقی کارگاه بوده و در اثر این امر، جک به سمت پایین حرکت می‌کند و به دلیل وزن بسیار زیاد، سبب کشته شدن کارگرانی می‌شود که در آنجا مشغول فعالیت بوده‌اند. در این شرایط، بی‌تردید فشار دادن کلید جک برقی در حالی که کارگران در حال کار می‌باشند، «قطعاً کار کشنده» محسوب می‌گردد؛ زیرا علی‌القاعده در چنین وضعیتی، کارگران جانشان را از دست می‌دهند، مگر آنکه به صورت معجزه‌آسا نجات یابند. بنابراین چون مرتکب، جهل مطلق به ماهیت رکن مادی دارد، عمل ارتكابی از منظر رکن روانی نه تنها «قطعاً کشنده» نیست، بلکه رفتاری «قطعاً غیر کشنده» تلقی می‌گردد. از لحاظ حقوقی، در اینجا چون مرتکب فاقد هر گونه سوءنیتی است، رفتار ارتكابی نمی‌تواند قتل عمدی تلقی گردد.

۱-۳-۲-۲. جهل نسبی به ماهیت رکن مادی

گاه مرتکب می‌داند که برخی رفتارها چنان ماهیتی دارند که اگر به وقوع بپیوندند، به قتل بزه‌دیده منتهی می‌شوند؛ ولی مرتکب در لحظه ارتكاب چنین رفتاری، به هیچ وجه متوجه نیست که رفتار وی به چنین نتیجه‌ای منتهی می‌شود؛ برای مثال، مرتکب می‌داند که اگر ضربه چاقویی وارد ریه بزه‌دیده شود، بزه‌دیده کشته می‌شود، ولی وی به هیچ عنوان نمی‌داند که ضربه او دقیقاً وارد ریه بزه‌دیده خواهد شد. بنابراین در مواردی که مرتکب، علم کلی به «قطعاً کشنده بودن» رفتار ارتكابی دارد، ولی در عین حال، جهل موضوعی نیز دارد، رفتار ارتكابی به دلیل فقدان قصد قتل نمی‌تواند قتل عمدی تلقی گردد. بدین ترتیب، تنها هنگامی که مرتکب در زمان ارتكاب رکن مادی، به ماهیت رکن مادی یعنی «قطعاً کشنده بودن» آن رفتار علم دارد، می‌توان گفت که رفتار ارتكابی از منظر رکن مادی و رکن روانی «قطعاً کشنده» است و قتل ارتكابی عمدی است.

۲. تبیین جایگاه قانونی «کار نوعاً کشنده»

ماده ۱ قانون حدود و قصاص و دیات سال ۱۳۶۱ و به ویژه ماده ۲۰۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ در خصوص مفهوم «کار نوعاً کشنده» ساکت بودند. در این شرایط، برخی حقوق دانان و بخشی از رویه قضایی بر این باور بودند که «کار نوعاً کشنده»، رفتاری است که از یک سو کشنده است و از سوی دیگر، مرتکب قصد قتل ندارد. بدین ترتیب در این مفهوم، «کار نوعاً کشنده» در قالب «کار معمولاً کشنده» می‌گنجد که بر مبنای آن، مرتکب عمداً رفتاری را انجام می‌دهد که معمولاً کشنده است و در عین حال قصد قتل ندارد.

۱-۲. کار نوعاً کشنده در مفهوم «کار معمولاً کشنده»

در ابتدا به بررسی برداشت آموزه حقوقی از «کار نوعاً کشنده» در مفهوم «کار معمولاً کشنده» پرداخته می‌شود.

۱-۱-۲. برداشت آموزه حقوقی

به باور برخی حقوق دانان، «بند ب ماده ۲۰۶» یادشده، از دو قسمت تشکیل می‌شود: نخست «عمدی بودن کار نوعاً کشنده» و سپس «جهل مرتکب به نوعاً کشنده بودن رفتار و نداشتن قصد قتل». این حقوق دانان می‌نویسند:

«بند ب ماده ۲۰۶ در مورد قتل، رفتار کسی را که عمداً کاری انجام می‌دهد که نوعاً کشنده هست، علی‌رغم عدم احراز قصد قتل، عمدی دانسته است» (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۹: ۱۱۹).

به نظر این نویسنده:

«اگر شخصی، دیگری را که شنا نمی‌داند، به داخل استخر عمیقی پرتاب کند، عمل وی حتی در صورت فقدان قصد قتل، عمدی محسوب می‌گردد؛ زیرا کسی نمی‌تواند چنین اقدامات خطرناکی را انجام داده و از عواقب کار خود بگریزد» (همان).

از نظر او، فلسفه عمدی تلقی کردن قتل بدون قصد قتل، خطرناک بودن عمل ارتكابی و قابل سرزنش بودن آن رفتار است. این امر در حالی است که بر مبنای اصول

مسلم حقوق کیفری، مبنای عمدی تلقی کردن قتل، داشتن عنصر روانی به ویژه داشتن سوءنیت خاص است و نه میزان قابل سرزنش بودن رفتار؛ موضوعی که این نویسنده در جایی دیگر به صراحت به آن چنین اشاره می‌کند:

«برای عمدی محسوب شدن قتل، مرتکب علاوه بر عمد در فعل، باید قصد ایجاد نتیجه (یعنی قصد سلب حیات) را داشته باشد. بنابراین اگر کسی خانه‌ای را بدون آگاهی از سکونت افرادی در آن آتش بزند و در نتیجه ساکنان آن بمیرند، عمل مرتکب قتل عمدی محسوب نمی‌شود» (همان: ۹۷).

نکته جالب توجه این است که هر دو مثال بیان شده، از ماهیت یکسانی برخوردارند؛ زیرا عمل کسی که شخصی را که شنا نمی‌داند، بدون قصد قتل به داخل استخر عمیقی پرتاب می‌کند، دقیقاً مشابه عمل کسی است که خانه‌ای را آتش می‌زند و نمی‌داند که کسی در آن خانه سکونت دارد. در هر دو مورد، اولاً مرتکب عمداً کاری را انجام می‌دهد و به ماهیت رکن مادی جهل دارد و ثانیاً نیز قصد قتل ندارد؛ یعنی عمل ارتكابی در هر دو مثال، از لحاظ رکن مادی نوعاً کشنده است، ولی از لحاظ رکن روانی نوعاً کشنده نیست. جالب اینکه نویسنده یادشده، در جایی جهل را مانع تحقق قتل عمدی می‌داند و در جای دیگری آن را بی‌تأثیر در تحقق قتل عمدی می‌داند. افزون بر این، میان میزان قابل سرزنش بودن شخصی که به دلیل جهل و نادانی مرتکب قتل می‌شود با فرضی که شخصی با علم و آگاهی مرتکب قتل می‌شود، تفاوت فاحش وجود دارد و هرگز خطای این دو نفر در یک کفه ترازو قرار داده نمی‌شود. برخی دیگر از حقوق‌دانان می‌نویسند:

«[در بند ب ماده ۲۰۶ یادشده] قصد قتل مطرح نیست و ملاک عمدی بودن قتل "نوع کاری" است که مرتکب انجام می‌دهد. اگر کار انجام شده به ترتیبی باشد که نوعاً کشنده و قابلیت سلب حیات را داشته باشد، هر چند که مرتکب فاقد قصد قتل باشد، اما قتل عمدی است» (سپهوند و عسکری‌پور، ۱۳۸۹: ۴۵).

به نظر این نویسندگان، صرف نوعاً کشنده بودن رفتار از منظر رکن مادی، برای تحقق قتل عمدی کافی است. همچنین بر مبنای نظر این نویسندگان:

«اگر مرتکب قصد قتل داشته باشد، عمل ارتكابی از شمول بند ب خارج می‌شود و

در شمول بند الف ماده ۲۰۶ یادشده قرار می‌گیرد؛ زیرا نخستین ضابطه تشخیص نوع قتل عمدی، قصد قتل هست. بنابراین چنانچه عمل مرتکب، قابلیت سلب حیات داشته و یا به تعبیر قانون، «نوعاً کشنده باشد»، اما چنین عملی با قصد قتل صورت پذیرد، قتل واقع شده از مصادیق بند الف ماده ۲۰۶ هست» (همان).

قابل تأمل است که این حقوق دانان قتلی را که مرتکب به هیچ عنوان قصد تحقق آن را ندارد، عمدی تلقی می‌کنند. همین حقوق دانان در جایی دیگر می‌نویسند:

«امکان تحقق قتل عمدی حتی در فقدان قصد قتل نیز وجود دارد. بنابراین اگر شخصی به دیگری ضربه‌ای وارد کند و سبب مرگ او شود، چنانچه در فعل خود (ضربه زدن) عمد داشته و خواهان حصول نتیجه مجرمانه (مرگ) نیز باشد، چنین قتلی عمدی محسوب می‌شود. اما با وجود این، حسب مقررات قانون مجازات اسلامی، در تمامی موارد لازم نیست که مرتکب قصد قتل داشته تا قاتل عمدی باشد؛ زیرا در بعضی از موارد با وجودی که مرتکب فاقد چنین قصدی است، ولی با احراز شرایطی، قتل عمدی تلقی می‌گردد» (همان: ۴۴).

برخی دیگر از حقوق دانان در این زمینه می‌نویسند:

«متذکر می‌شود آن دسته از کارهای نوعاً کشنده، مشمول بند ب ماده ۲۰۶ مورد نظر است که فعل واقع شده و نحوه ارتکاب آن به نحوی نبوده است که مبین ارتکاب قصد نتیجه باشد. اگر دادگاه محرز بداند که مرتکب قصد قتل داشته و نحوه رفتار و فعل مرتکب، مبین این موضوع باشد، مانند شلیک راکت به هواپیما، شکی در تحقق عمد واقعی به جای نمی‌گذارد؛ اما در کار نوعاً کشنده، برای قاضی مسجل است که قاتل در ذهن خود قصد کشتن را ندارد و یا دست کم نمی‌تواند این موضوع را احراز کند و حال باید به سراغ این رود که کار قاتل نوعاً کشنده بوده است یا خیر» (شیخ الاسلامی و داوری، ۱۳۹۲: ۲۲۱).

شگفت آور است که این حقوق دانان بر خلاف اصول مسلم حقوق کیفری معتقدند در مواردی که «برای قاضی مسجل است که قاتل در ذهن خود قصد کشتن را ندارد»، قتل عمدی است. افزون بر این، این نویسندگان دچار خلط مبحث نیز می‌شوند؛ زیرا از یک طرف بیان می‌دارند که «مرتکب در ذهن خود قصد کشتن را ندارد» و از طرف دیگر بیان می‌دارند که «دست کم قاضی نمی‌تواند چنین قصدی را احراز کند».

موضوع نداشتن قصد قتل و عدم احراز قصد قتل، دو موضوع کاملاً متفاوت از یکدیگرند.

۲-۱-۲. برداشت رویه قضایی

با بررسی برخی آراء ملاحظه می‌گردد که رویه قضایی در برخی موارد، قتلی را که مرتکب، عملیات مادی آن را به صورت عمدی انجام داده و قصد قتل نداشته، صرفاً به دلیل «نوعاً کشنده بودن رفتار مرتکب»، عمدی تلقی می‌کند؛ برای مثال در یک پرونده، شعبه ۷۱ دادگاه کیفری استان تهران بیان می‌دارد:

«اگرچه متهم مدعی است که قصد قتل نداشته، ولی چون عمل او و ضربات وارده کشنده بوده، قتل ارتكابی عمدی است» (عزیزمحمدی، رحیمی و یوسفی محله، ۱۳۹۰: ۲۳۵/۱).

از آنجا که در این رأی، دادگاه هیچ توجهی به اهمیت داشتن یا نداشتن قصد قتل نمی‌کند و صرفاً بر مبنای کشنده بودن رفتار، حکم به ارتكاب قتل عمدی می‌دهد، این رأی مغایر با اصول مسلم حقوق کیفری است. در رأیی دیگر، شعبه ۱۶۰۳ دادگاه عمومی تهران در یک پرونده بیان می‌دارد:

«با توجه به اعتراف متهم مبنی بر مضروب نمودن مقتول با آلت قتاله و تحقیقات به عمل آمده از مطلعین و شهود و توجه به اظهار نظر پزشکی قانونی و اظهارات متهم و وکیل وی مبنی بر اینکه مرتکب قصد قتل نداشته، متهم موصوف را [بر مبنای بند ب] به قصاص نفس محکوم می‌کند» (سپهوند و عسکری پور، ۱۳۸۹: ۵۰).

همان طور که ملاحظه می‌گردد، در این پرونده دادگاه صرفاً بر مبنای نظر پزشکی قانونی و اینکه آلت استفاده شده قتاله هست، عمل ارتكابی را مشمول «بند ب» دانسته است. در حقیقت، دادگاه عمل ارتكابی را از لحاظ رکن مادی نوعاً کشنده تشخیص داده؛ زیرا از یک سو به نظر پزشکی قانونی استناد کرده و از سوی دیگر ضمن اشاره صریح به نداشتن قصد قتل توسط مرتکب، وی را به قصاص نفس محکوم کرده است. هیئت عمومی شعب کیفری دیوان عالی کشور نیز این رأی را تأیید می‌کند. بی تردید این رأی بر خلاف اصول مسلم حقوق کیفری، قتلی را که عمدی نیست، عمدی تلقی

کرده است. در پرونده‌ای دیگر، مردی متهم می‌شود که با همسرش درگیر شده و دو بار گردن او را به سمت چپ و راست پیچانده و سپس او را مورد مشت و لگد قرار داده است. دادگاه رسیدگی کننده متهم را به ارتکاب قتل عمد محکوم می‌کند. وکیل متهم به دلیل اینکه متهم قصد قتل نداشته است، به رأی صادره اعتراض می‌کند. هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رسیدگی به اعتراض یادشده بیان می‌دارد:

«فقدان قصد قتل به استناد مقررات بند ب ماده ۲۰۶ قانون مجازات اسلامی قابل پذیرش و ترتیب اثر نیست» (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۸: ۸۱).

همان طور که ملاحظه می‌گردد، در این رأی نیز دادگاه با بی‌توجهی کامل به اصول مسلم حقوق کیفری به ویژه رکن روانی، قتلی را که مرتکب قصد ارتکاب آن را نداشته، عمدی تلقی می‌کند. افزون بر این، شعب دیوان عالی کشور در برخی موارد، اعمالی مانند سنگ زدن به موضع حساس، زدن میلگرد آهنی به سر و بدن، سنگ زدن به گردن و سر، تاب دادن گردن و زدن سر به زمین، فرو بردن کارد قصابی به پشت ران پای چپ، پرتاب سنگ با شدت و از فاصله نزدیک به سر قربانی» را حتی بدون اینکه مرتکب قصد قتل داشته باشد، عمدی تلقی کرده‌اند (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۹: ۱۲۲). رویه قضایی در اینجا نیز بر خلاف اصول مسلم حقوق کیفری، صرف کشنده بودن رفتار ارتكابی از منظر عنصر مادی را عامل تحقق قتل عمدی می‌داند؛ زیرا در این آراء، دادگاه به صراحت به نداشتن قصد قتل توسط مرتکب اشاره می‌کند. البته بخش دیگری از رویه قضایی، تحقق قتل عمدی را حتی در مفهوم بند ب ماده ۲۰۶ یادشده، منوط به داشتن قصد قتل می‌داند؛ مثلاً در یک پرونده، آقای «ه. ک.» به دلیل زدن ضربه با «آچار-جغجغه» بر سر مقتول، متهم به ارتکاب قتل عمدی بر مبنای نوعاً کشنده بودن عمل، مستند به بند ب ماده ۲۰۶ قانون مجازات اسلامی می‌شود. شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور در رسیدگی فرجامی، با این استدلال که اولاً هدف از پرتاب آچار مشخص نیست و ثانیاً موضع حساس، زمانی موضوعیت دارد که متهم قصد زدن ضربه به موضع حساس را داشته باشد و در این پرونده چنین قصدی محرز نیست، رأی یادشده را نقض می‌کند. در این رأی نیز دیوان صرف نوعاً کشنده بودن رفتار از منظر رکن مادی و حساس بودن موضوع اصابت را دلیل عمدی تلقی کردن قتل نمی‌داند و

همچنین به صورت ضمنی، داشتن قصد قتل را لازمه تحقق قتل عمدی می‌داند.^۱ قانون‌گذار فرانسوی بر مبنای ماهیت رکن مادی برای وقوع قتل، عناوین مجرمانه مختلف در نظر گرفته است (Pradel et Danti-Juan, 2010: 55). بدین ترتیب ماده ۲۲۲-۷ قانون مجازات فرانسه، خشونت‌های (ضرب و جرح) منتهی به قتل بدون داشتن قصد قتل را با ۱۵ سال حبس قابل مجازات می‌داند. مفاد این ماده دقیقاً با مفاد بند ب ماده ۲۰۶ قانون مجازات اسلامی همخوانی دارد. قانون‌گذار فرانسوی فصل خاصی را به «آسیب‌های غیر ارادی علیه تمامیت جسمانی اشخاص» اختصاص می‌دهد و در ماده ۱۹-۲۲۲ بین آسیب‌های ناشی از عدم مهارت، بی‌احتیاطی، عدم توجه و غفلت که با دو سال حبس و سی هزار یورو جریمه قابل مجازات هستند، با آسیب‌های ناشی از نقض ارادی یا عدم رعایت ارادی یک تعهد یا تکلیف قانونی که با سه سال حبس و چهل و پنج هزار یورو قابل مجازات هستند، تفاوت قائل می‌شود. در حقیقت تفاوت ماده ۷-۲۲۲ با بند دوم ماده ۱۹-۲۲۲ یادشده این است که مرتکب در ماده ۷-۲۲۲، هم رفتار ارادی است و هم قصد ضرب و جرح دارد، ولی در ماده ۱۹-۲۲۲، مرتکب به هیچ عنوان قصد ضرب و جرح ندارد، ولی قصد عدم رعایت یک تکلیف قانونی را دارد. به نظر می‌رسد که بند دوم ماده ۱۹-۲۲۲ یعنی آسیب‌های ناشی از نقض ارادی یک تکلیف قانونی نیز در قالب بند ب ماده ۲۰۶ قانون مجازات اسلامی سابق می‌گنجد.

همان‌طور که ملاحظه گردید، بخشی از آموزه‌های حقوقی و رویه قضایی در زمان حاکمیت «بند ب ماده ۲۰۶» یادشده، ضمن نقد مفاد این بند، بر ضرورت وجود علم مرتکب به نوعاً کشنده بودن رفتار ارتكابی تأکید داشتند (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۹۶: ۳۰۵). در چنین بستری، قانون‌گذار در جهت پاسخ به انتقادات یادشده، در اصلاحات سال ۱۳۹۲، شرط «آگاهی و توجه مرتکب به نوعاً کشنده بودن» را به تعریف قتل عمدی بدون قصد قتل می‌افزاید.

۲-۲. کار نوعاً کشنده» در مفهوم کار کشنده همراه با علم و آگاهی مرتکب
قانون‌گذار در ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ سعی می‌کند مقررات واحدی

۱. رأی صادره در تاریخ ۲۰/۱۰/۱۳۹۱ با شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۸۴۰۰۹۰۵.

را برای قتل و ضرب و جرح وضع کند. به همین دلیل به جای استفاده از واژه قتل یا ضرب و جرح، از واژه عام «جنایت» و واژه «نظیر آن جنایت» استفاده می‌کند که فاقد سابقه در حقوق ایران است. برای تبیین مفهوم بند ب ماده ۲۹۰، واژه «قتل» را جایگزین واژه «جنایت» می‌کنیم. بدین ترتیب «بند ب» یادشده مقرر می‌دارد:

«هر گاه مرتکب، عمداً کاری انجام دهد که نوعاً موجب [قتل] واقع شده می‌گردد، هرچند قصد ارتکاب آن [قتل] را نداشته باشد، ولی آگاه و متوجه بوده که آن کار نوعاً موجب آن [قتل] یا نظیر آن [قتل] می‌شود».

حال این پرسش مطرح می‌گردد که «بند ب ماده ۲۹۰» یادشده، بر مبنای اصول مسلم حقوق کیفری چه مفهومی پیدا می‌کند.

۱-۲-۲. تبیین مفهوم بند ب ماده ۲۹۰ بر مبنای اصول مسلم حقوق کیفری

همان طور که ملاحظه گردید، بر مبنای اصول مسلم حقوق کیفری، وقتی از «علم و آگاهی مرتکب به کشنده بودن رفتار ارتكابی» سخن گفته می‌شود، میزان «علم و آگاهی مرتکب به کشنده بودن رفتار ارتكابی» از اهمیت وافری برخوردار می‌گردد؛ زیرا بر این مبنا می‌توان از «کار معمولاً کشنده» و «کار قطعاً کشنده» سخن به میان آورد.

۱-۲-۲.۱. رابطه «بند ب ماده ۲۹۰» با «کار معمولاً کشنده»

همان طور که بیان گردید، بر مبنای اصول مسلم حقوق کیفری، اگر مرتکب علم و آگاهی داشته باشد که رفتار وی به طور معمول یا در بیشتر موارد، منتهی به قتل می‌شود، ولی با اعتماد به نفس کاذب و بدون در نظر گرفتن دوراندیشی لازم و بدون اینکه قصد قتل داشته باشد، رفتاری را انجام دهد که به قتل بزه‌دیده منتهی شود، بی‌تردید چنین قتلی عمدی محسوب نمی‌شود؛ زیرا مرتکب سوءنیت خاص جرم قتل عمدی را ندارد. متأسفانه قانون‌گذار ایرانی به اشتباه در «بند ب ماده ۲۹۰»، چنین قتلی را عمدی تلقی کرده است؛ زیرا به موجب این بند، اولاً مرتکب رفتاری را به صورت عمدی انجام می‌دهد و ثانیاً مرتکب «قصد قتل» ندارد.

۲-۱-۲-۲. رابطه «بند ب ماده ۲۹۰» با «کار قطعاً کشنده»

همان طور که بیان گردید، در فرضی که مرتکب می‌داند کاری را که انجام می‌دهد، قطعاً به قتل بزه‌دیده منتهی می‌شود، بی‌تردید می‌توان گفت که مرتکب قصد قتل دارد؛ زیرا برعکس فرض «کار معمولاً کشنده» که بر مبنای آن مرتکب می‌تواند در قالب فرض ضعیف ولی رایج، پیش‌بینی کند که رفتار وی ممکن است به قتل بزه‌دیده منتهی نشود، در فرض «کار قطعاً کشنده»، وجود چنین فرضی منتهی است. بنابراین هرگز نمی‌توان پذیرفت که شخصی که می‌داند رفتار وی به طور قطع سبب مرگ دیگری می‌شود، قصد قتل ندارد؛ برای مثال، اگر شخصی بداند که سم سیانور قطعاً کشنده است و با داشتن این علم، در غذای دیگری سم سیانور بریزد، هرگز نمی‌توان پذیرفت که چنین شخصی قصد قتل ندارد. اگر بپذیریم که منظور قانون‌گذار از «کار نوعاً کشنده» در «بند ب ماده ۲۹۰»، «کار قطعاً کشنده» است، با این مشکل مواجه می‌شویم که از لحاظ حقوقی در چنین بستری، مرتکب قطعاً قصد قتل دارد، حال آنکه قانون‌گذار به صراحت در این بند مقرر می‌دارد که «مرتکب قصد قتل ندارد». هیئت عمومی دیوان نیز در برخی از آراء صادره بر مبنای ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی، به ضرورت داشتن قصد قتل اشاره می‌کند؛ برای مثال، در یک پرونده آقای «ف.غ.» متهم می‌شود که پس از مشاجره لفظی با آقای «س.ع.» با تفنگ شکاری تک‌لول به سمت وی شلیک کرده و وی را به قتل رسانده است. متهم داشتن قصد قتل را انکار می‌کند و شلیک گلوله را در اثر مشاجره به صورت غیر ارادی بیان می‌کند. شعبه هفدهم دادگاه کیفری استان اصفهان، فعل را «کار نوعاً کشنده و منطبق با بند ب ماده ۲۹۰ یادشده تشخیص می‌دهد». با فرجام‌خواهی محکوم‌علیه، پرونده به شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور ارجاع می‌شود و این شعبه با این استدلال که دفاعیات متهم و اظهارات گواه مؤید عدم قصد قتل بوده و پایین‌تنه به ویژه ران، منطقه یا موضع حساس نبوده تا دلالت بر عمدی بودن قتل کند و به فرض که نقطه معینی از پا حساس باشد، در عرف مردم شناخته‌شده نیست، در نهایت قتل را شبه عمد تشخیص و پرونده را به شعبه ۱۸ دادگاه کیفری استان اصفهان ارجاع می‌دهد و این شعبه با این استدلال که «اسلحه آلت کشنده و قتاله محسوب می‌شود و موضع اصابت عرفاً کشنده است»، حکم به ارتکاب

قتل عمدی می‌دهد. در نهایت، این رأی در هیئت عمومی دیوان عالی کشور مطرح می‌شود و این هیئت، رأی شعبه ۳۲ دیوان مبنی بر قتل شبه عمد را می‌پذیرد. همان طور که ملاحظه می‌گردد، هیئت عمومی دیوان به صراحت به لزوم داشتن قصد قتل برای تحقق قتل عمدی اشاره می‌کند و صرف به کارگیری آلت قتاله و حساس بودن موضع اصابت را دلیل بر عمدی بودن قتل تلقی نمی‌کند. بی‌تردید این رأی در تطابق کامل با اصول مسلم حقوق کیفری است

متأسفانه برخی حقوق‌دانان با وجود داشتن علم و آگاهی به اینکه از منظر اصول مسلم حقوق کیفری، لازمه تحقق قتل عمدی، داشتن قصد قتل است، به جای نقد «بند ب» یادشده، سعی می‌کنند این اشتباه فاحش قانون‌گذار را توجیه کنند.

۲-۲-۲. توجیه نادرست بند ب ماده ۲۹۰

برخی حقوق‌دانان سعی می‌کنند با استفاده از عباراتی نظیر «مفروض بودن قصد قتل»، مفاد «بند ب» را توجیه کنند.

۱-۲-۲-۲. مفروض دانستن قصد قتل

برخی حقوق‌دانان در این زمینه می‌نویسند:

«چنانچه اثر نوعی و غالبی فعل قصدشده در حدوث جنایت، مطلق باشد، آگاهی و توجه مرتکب نسبت به تأثیر رفتار عمدی خود در وقوع صدمه یا خسارت، مفروض است» (صادقی، ۱۳۹۹: ۱۸۰).

همان طور که ملاحظه می‌گردد، این نویسنده بر این باور است که قانون‌گذار در مواردی که مرتکب قصد قتل ندارد، قصد قتل را مفروض می‌داند. اولاً چنین امری مغایر با اصول مسلم حقوق کیفری است. ثانیاً قانون‌گذار هرگز نمی‌تواند «در عالم واقع تصرف کرده و واقعیتهای را که هست، نیست کند یا آنچه را نیست، هست نماید. در حقیقت، این خارج از محدوده تقنین است که فردی را که فاقد علم یا قصد لازم است، دارای آن بدانند» (خالقی و رجب، ۱۳۹۲: ۱۲۹). البته نویسنده یادشده در ادامه نیز بیان می‌دارد:

«در این گونه موارد، ظاهر بر اصل مقدم است؛ زیرا فعلی که به طور مطلق غالباً و عادتاً کشنده است، اصولاً جهل در آن راه نداشته و ادعای عدم آگاهی مگر به وجود دلایل و شواهد قوی، مسموع نخواهد بود» (همان).

این ادعا نیز متناقض است؛ زیرا نویسنده از یک سو می پذیرد که در فعل غالباً و عادتاً کشنده، جهل راه ندارد، ولی بلافاصله از این ادعا فاصله گرفته و پذیرش ادعای جهل را منوط به وجود دلایل و شواهد قوی می کند و در ادامه بر خلاف اصول مسلم حقوق کیفری، مرتکب را موظف به اثبات جهل می کند. این نویسنده برای توجیه بیشتر، مثالی ذکر می کند که بر مبنای آن، «کسی که بدون قصد قتل، عمداً به بدن مجنی علیه سیم برق متصل کند، قاتل عمدی شناخته می شود» (همان). به نظر این نویسنده، دلیل عمدی تلقی شدن چنین قتلی این است که «وجود التفات و آگاهی [مرتکب] بر آثار مترتب بر آنچه انجام داده است، امری مفروض و مسلم قلمداد می گردد» (همان). متأسفانه این نویسنده به این موضوع توجه نمی کند که آیا مرتکب در لحظه اتصال سیم برق به بدن بزه دیده، از این موضوع که سیم دارای جریان برق کشنده است یا خیر، آگاهی داشته است. بدین ترتیب، اگر مرتکب می دانسته که سیم یادشده حاوی جریان برق کشنده است، بی تردید وی قصد قتل دارد و در اینجا ادعای «نداشتن قصد قتل» مسموع نیست. چگونه می توان تصور کرد که فردی ضمن داشتن علم به اینکه جریان برق کشنده است، اقدام به وصل کردن سیم حاوی جریان برق به بدن دیگری کند، ولی در عین حال قصد قتل نداشته باشد؟! در واقع باید بین داشتن علم به آثار یک رفتار و علم به ماهیت رفتار، تمییز قائل شویم. ممکن است فردی علم به آثار رفتار داشته باشد، یعنی بداند که وصل کردن سیم حاوی جریان برق کشنده به دیگری، سبب مرگ آن فرد می شود، ولی آگاهی نداشته باشد که سیمی را که خود او به بدن دیگری وصل می کند، حاوی جریان برق است. در چنین بستری، رفتار ارتكابی عمدی است، ولی مرتکب قصد قتل ندارد و به همین دلیل از منظر حقوقی، قتل ارتكابی عمدی نیست. ولی برعکس اگر مرتکب می داند سیمی را که به بدن دیگری وصل می کند، حاوی جریان برق است، بی تردید چنین فردی قصد قتل دارد و رفتار وی از لحاظ حقوقی، قتل عمدی است. به همین دلیل، قانون گذار در ماده ۲۹۰ یادشده، اصطلاح «آگاهی و

توجه» را هم‌زمان به کار گرفته است. واژه «آگاهی» ناظر بر علم به آثار رفتار است و واژه «توجه» ناظر بر علم به ماهیت رفتار است. نویسنده یادشده در ادامه بیان می‌دارد: «چنانچه جانی مدعی جهل بر خصوصیت فعل باشد، در صورت اقامه بینه و ارائه ادله معتبر، دعوی وی مسموع بوده و در صورت احراز صحت ادعا، محکوم به کیفر جنایت عمدی نمی‌گردد» (صادقی، ۱۳۹۹: ۱۸۰).

به عنوان یکی از اصول مسلم حقوق کیفری باید گفت که «جهل قابل اثبات نیست». هرگز هیچ فردی نمی‌تواند داشتن جهل را ثابت کند. برعکس آنچه قابل اثبات است، داشتن علم است. متأسفانه نویسندگان قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در همین راستا حرکت کرده‌اند. تبصره ۱ ماده ۲۹۰ یادشده مقرر می‌دارد: «در بند ب، عدم آگاهی و توجه مرتکب باید اثبات گردد و در صورت عدم اثبات، جنایت عمدی است».

بی‌تردید در اینجا قانون‌گذار دچار اشتباه فاحش حقوقی شده است؛ زیرا «جهل قابل اثبات نیست». قصد قتل مهم‌ترین عنصر تشکیل‌دهنده قتل عمدی است و هرگز نمی‌توان ضعف در اثبات جهل را دلیل بر عمدی بودن قتل دانست.

۲-۲-۲. داشتن قصد تبعی یا ضمنی قتل

برخی حقوق‌دانان، «بند ب ماده ۲۹۰» یادشده را بیان‌کننده قصد تبعی مطلق (یا مستنبط از کشنده بودن مطلق رفتار) می‌دانند و می‌نویسند: «بند ب ماده ۲۹۰، رفتار کسی را که عمداً کاری را انجام می‌دهد که نوعاً کشنده است، علی‌رغم عدم احراز قصد کشتن، عمدی دانسته است» (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۹: ۱۱۹).

همان‌طور که ملاحظه می‌گردد، این نویسنده به صراحت تأکید می‌کند که قانون‌گذار در «بند ب»، قتلی را عمدی تلقی می‌کند که مرتکب قصد ارتکاب آن را ندارد. بی‌تردید چنین امری، خلاف اصول مسلم حقوق کیفری است و ایشان به جای نقد این اشتباه فاحش قانون‌گذار، با ذکر مثالی در صدد توجیه آن برمی‌آید و در این زمینه می‌نویسد:

«هر گاه کسی فرد دیگری را که شنا نمی‌داند، به داخل استخر عمیقی پرتاب کند، در صورت وقوع مرگ، حتی در صورت فقدان قصد قتل، [قتل ارتكابی] عمدی محسوب خواهد شد» (همان).

اولاً این مثال کلی است و ثانیاً نویسنده به شرایط، اوضاع و احوالات وقوع چنین قتلی اشاره نمی‌کند. در مثال انداختن انسانی بدون مهارت شنا در داخل استخر عمیق، دو فرضیه قابل تصور است: در فرض نخست، مرتکب می‌داند که بزه‌دیده شنا بلد نیست و عمق استخر نیز زیاد است. همچنین مرتکب می‌داند که اگر آن فرد را به داخل استخر بیندازد، وی جاننش را از دست می‌دهد. در چنین وضعیتی هرگز نمی‌توان گفت که مرتکب قصد قتل ندارد و بی‌تردید چنین قتلی عمدی است. در فرض دوم، ممکن است مرتکب به اشتباه تصور کند که مرتکب شنا بلد است یا به اشتباه تصور کند که عمق استخر زیاد نیست. در چنین بستری نیز اگر فردی با این تصور، دیگری را به داخل استخر عمیقی پرتاب کند، قصد قتل ندارد و قتل ارتكابی نیز عمدی نخواهد بود. برخی دیگر از حقوق‌دانان بر این باورند که مرتکب «بند ب ماده ۲۹۰» یادشده، به نوعی قصد ضمنی برای ارتكاب قتل دارد. ایشان می‌نویسند:

«نوع دیگر از مصادیق قتل‌های عمدی آن است که مرتکب بی‌آنکه صریحاً قصد قتل مجنی علیه را داشته باشد، با انجام فعل نوعاً کشنده، به طور ضمنی قصد کشتن او را می‌نماید. به عبارت دیگر، جانی با فعل نوعاً و عادتاً کشنده که حسب مورد به کشنده بودن آن نسبت به مجنی علیه آگاه است، می‌زند و او را می‌کشد، هر چند قصد قتل مجنی علیه را نداشته باشد؛ برای مثال، با اسلحه به سمت سر، صورت یا قلب مجنی علیه نشانه می‌گیرد، شلیک می‌کند و باعث مرگ او می‌گردد. هر چند در اینجا مرتکب قصد قتل ندارد، اما فعل ارتكابی او نوعاً و عادتاً کشنده است. لذا آنچه واقع می‌شود، عرفاً قتل عمد موجب قصاص است» (مرادی، ۱۳۹۶: ۱۳۳).

همان طور که ملاحظه می‌گردد، این نویسنده نیز برای بیان مقصود خود، مثالی را بیان می‌کند که کلی است و برحسب اوضاع و احوالات وقوع می‌تواند منتهی به قتل عمدی یا غیر عمدی شود یا اصلاً واجد جنبه مجرمانه نباشد؛ برای مثال، فردی اسلحه‌ای را تمیز می‌کند، گلوله‌های آن را به طور کامل خارج کرده و برای اطمینان،

یک مرتبه به سمت آسمان نیز شلیک می‌کند. در این شرایط، او آگاهی کامل به خالی بودن اسلحه دارد. پس با تصور خالی بودن اسلحه از گلوله، به قصد شوخی اسلحه را به سمت دوستش می‌گیرد و شلیک می‌کند، ولی ناگهان گلوله‌گیر کرده در لوله اسلحه آزاد می‌شود و سبب کشته شدن بزه‌دیده می‌شود. بی‌تردید در این شرایط، اگرچه مرتکب عمداً ماشه را می‌کشد و عمل شلیک عمدی است، ولی از آنجایی که از یک سو مرتکب جهل موضوعی دارد و از سوی دیگر به هیچ عنوان قصد قتل ندارد، در نتیجه قتل ارتكابی به هیچ عنوان نمی‌تواند عمدی تلقی گردد. اما اگر فردی می‌داند که اسلحه مسلح است، با این حال به سمت سر، صورت یا قلب مجنی‌علیه نشانه بگیرد و شلیک کند و باعث مرگ بزه‌دیده گردد، بی‌تردید وی قصد قتل دارد. هرگز نمی‌توان ادعا کرد که در چنین بستری، مرتکب قصد قتل ندارد. نکته قابل تأمل این است که نویسنده یادشده در ادامه با استناد به منابع فقهی، دقیقاً در صدد بیان همین فرض است؛ یعنی فرضی که مرتکب به کشته شدن عملش آگاهی کامل دارد. این نویسنده در این زمینه می‌نویسد:

«مشهور فقهای امامیه، عمدی بودن این قبیل جنایات را منوط به علم مرتکب به نوعاً کشته شدن آن نموده‌اند. به بیان دیگر، هر گاه فعل ارتكابی نوعاً کشته شده بوده و قاتل نیز به آن آگاه باشد، قتل عمدی است، هر چند قصد قتل نداشته باشد؛ والا در صورت جهل و عدم التفات به نوعاً کشته شدن فعل ارتكابی، جنایت شبه عمد محسوب می‌شود» (همان).

اولاً این نویسنده به هیچ عنوان مشخص نمی‌کند که از منظر مشهور فقهای امامیه، مرتکب در چه زمانی باید «به نوعاً کشته شدن بودن» رفتار ارتكابی علم داشته باشد و افزون بر این، این نویسنده باز مشخص نمی‌کند که بر مبنای نظر مشهور فقهای امامیه، مرتکب باید به چه میزان علم داشته باشد که رفتار ارتكابی کشته شده است. به نظر می‌رسد بیان این نویسنده، ادعاهایی کلی است که بر مبنای آن‌ها نمی‌توان به طور قطع اظهار نظر کرد. همچنین گفتنی است که بر مبنای اصول مسلم حقوق کیفری، تقسیم‌بندی «قصد قتل» به «قصد صریح و قصد ضمنی» نیز اشتباه فاحش است؛ زیرا یا مرتکب قتل قصد دارد یا قصد قتل ندارد. در نتیجه، در مواردی که مرتکب قصد قتل دارد، قتل

ارتکابی عمدی است و در مواردی که مرتکب قصد قتل ندارد، قتل ارتکابی به هیچ عنوان عمدی نیست. با این همه، ممکن است فردی به صورت صریح یا به صورت ضمنی اقرار کند که قصد قتل داشته است. بنابراین از لحاظ حقوقی، امکان اقرار به قتل به صورت صریح یا ضمنی وجود دارد، ولی سخن از «قصد ضمنی قتل» درست نیست. به همین دلیل، برخی حقوق دانان معتقدند:

«قصد اعم از آنکه متعلق آن رفتار یا نتیجه باشد، یک مقوله شخصی است نه نوعی. بنابراین نمی‌توان آن را مفروض دانست. بر همین اساس، استفاده از اوصاف صریح یا ضمنی، اگر تلاشی برای قاصد قلمداد کردن مرتکب در پوشش این اصطلاحات یا موارد مشابه باشد، به نظر نگارنده، با نص صریح قانون و موازین علمی همسویی ندارد» (آقایی‌نیا، ۱۳۹۹: ۱۱۸).

۳. جایگاه کار نوعاً کشنده در اثبات قتل عمدی

تعریف قتل عمدی از منظر اصول مسلم حقوق کیفری بسیار ساده است. بر این مبنا، «هر گاه مرتکب با داشتن قصد قتل، رفتاری را انجام دهد که منتهی به مرگ دیگری شود، قتل ارتکابی عمدی است». اما از لحاظ عملی، اثبات اینکه فردی با داشتن قصد قتل، رفتاری را انجام داده که منتهی به مرگ دیگری شده، موضوعی بی‌نهایت چالش‌برانگیز است. بدین ترتیب، تعریف قتل عمدی از لحاظ نظری، امری ساده است، ولی اثبات قتل عمدی از لحاظ عملی، بی‌نهایت دشوار است و «ابرچالش حقوق کیفری» است. اثبات ارتکاب قتل عمدی، از این جهت «ابرچالش حقوق کیفری» است که اولاً باید ثابت شود که متهم مرتکب قتل شده است و ثانیاً نیز باید ثابت شود که وی قصد قتل داشته است. اثبات این دو موضوع، بی‌نهایت دشوار و در برخی موارد غیر ممکن است. با این همه، بند ب ماده ۲۹۱ یادشده، کسی را مرتکب قتل عمدی می‌داند که قصد قتل ندارد. همان طور که بیان گردید، از منظر اصول مسلم حقوق کیفری، «قتل» تنها زمانی عمدی است که مرتکب قصد قتل داشته باشد. بدین ترتیب آنچه در تحقق قتل عمدی مهم است، داشتن قصد قتل است و نه شیوه ارتکاب آن. رفتار یا «کار نوعاً کشنده»، یکی از شیوه‌های ارتکاب مادی قتل است که هیچ تأثیری در تعریف قتل

عمدی ندارد. با این همه، به نظر می‌رسد «کار نوعاً کشنده» یا به طور کلی رکن مادی می‌تواند در مرحله اثبات قتل عمدی و آن هم تنها در مرحله «احراز قصد قتل»، کمک شایانی به قاضی کند. بنابراین مهم‌ترین چالش در موضوع اثبات قتل عمدی، موضوع «اثبات ارتکاب جرم توسط متهم یا شناسایی مرتکب» است.

۳-۱. تبیین شیوه شناسایی مرتکب جرم

در خصوص موضوع شناسایی مرتکب جرم و یا اینکه متهم واقعاً مرتکب قتل شده یا خیر، سه فرض قابل طرح است. در فرض نخست، مرتکب به راحتی قابل شناسایی است؛ مانند اغلب قتل‌هایی که در انظار عمومی ارتکاب می‌یابند و حتی تعداد زیادی عکس و فیلم توسط شاهدان از صحنه قتل گرفته می‌شود. فرض دوم، حالتی است که مرتکب آثاری عینی و خارجی را در محل ارتکاب قتل از خود به جای می‌گذارد که تنها با بررسی‌های علمی و پرمشقت می‌توان مرتکب را شناسایی کرد. فرض سوم، حالتی است که امکان شناسایی مرتکب، امری محال و غیر ممکن است؛ زیرا مرتکب هیچ‌گونه اثر عینی که بر مبنای آن بتوان او را شناسایی کرد، از خود باقی نمی‌گذارد یا آثار برجای مانده، کمک چندانی به شناسایی مرتکب به طور قطع نمی‌کند. از منظر اصول مسلم حقوق کیفری، یکی از مهم‌ترین چالش‌های اثبات قتل عمدی، مربوط به فرض سوم است؛ یعنی در جایی که آثاری عینی و خارجی وجود دارد که فردی در مظان اتهام ارتکاب قتل قرار گیرد، ولی با قاطعیت نیز نمی‌توان گفت که وی مرتکب قتل است. در این حالت، به همان میزان که متهم می‌تواند گناهکار باشد، به همان میزان نیز می‌تواند بی‌گناه باشد.

به نظر می‌رسد «اثبات ارتکاب قتل توسط متهم»، امری تخصصی، علمی و عملی است که صرفاً بر عهده ضابطان متخصص یا «کارآگاهان ویژه قتل» است که با استفاده از یافته‌های علمی مانند پلیس علمی، پزشکی قانونی، شیمی، داروسازی و سایر رشته‌های علمی و همچنین با بررسی اظهارات متهم، اظهارات شهود و بررسی تمامی قرائن و امارات و به طور کلی انجام تحقیقات وسیع و جامع، مرتکب قتل را شناسایی کنند. همان طور که بیان گردید، در بعضی از موارد، قتل در ملاء عام و در

مقابل دوربین‌های مداربسته اتفاق می‌افتد و اثبات آن ساده است؛ اما در نمونه‌های دیگر، پی بردن به چنین امری محال و حتی غیر ممکن است. بدین ترتیب ممکن است در برخی موارد قرائن و اماراتی وجود داشته باشد که متهم را در معرض ظن قرار دهد، ولی ایجاد یقین نکند. در این شرایط، ضابطان باید نتیجه تحقیقات خود را در اختیار مقام قضایی قرار دهند و مقام قضایی باید بر مبنای این تحقیقات، بدون هیچ گونه شک و شبهه‌ای نتیجه بگیرد که متهم مرتکب واقعی قتل است. در حقیقت، زمانی می‌توان به چنین حقیقتی دست یافت که اگر پرونده تحت نظر هر قاضی کیفری قرار گرفت، وی نیز همین نتیجه را احراز کند. هر راهکار دیگری غیر از این، نوعی بی‌عدالتی است که سبب ایجاد خودسری و خودرایی در قضات می‌شود. باید به عنوان یک اصل مسلم حقوق کیفری پذیرفته شود که «قانون‌گذار و قاضی تنها حق دارند کسی را مجرم بدانند که واقعاً مرتکب قتل شده است». متأسفانه ماده ۴۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری ایران در این خصوص، «نظر اکثریت قضات صادرکننده رأی»، و ماده ۳۵۶ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، نظر اکثریت قضات و هیئت منصفه حاضر در جلسه انشاء رأی را ملاک می‌دانند. در حقیقت مشخص نیست که این قانون‌گذاران بر مبنای چه اصل و چه قاعده‌ای، چنین نظری را پذیرفته‌اند. بی‌تردید اختلاف نظر در میان قضات و اعضای هیئت منصفه رسیدگی کننده به پرونده بدین مفهوم است که در خصوص مرتکب بودن یا نبودن متهم، شک و شبهه وجود دارد. راه حل منطقی که به عنوان اصل مسلم حقوق کیفری شناخته شده است، «تفسیر مضیق به نفع متهم» است. در واقع، هم قانون‌گذار ایرانی و هم قانون‌گذار فرانسوی به صراحت خط بطلانی بر این اصل مسلم حقوقی کشیده‌اند. همچنین بررسی رویه قضایی در کشورمان نشان از آن دارد که قضات در این زمینه بر مبنای نظر اکثریت اعضای صادرکننده رأی تصمیم‌گیری می‌کنند و اختلاف نظر در این زمینه به وفور دیده می‌شود. یعنی در حالتی که یک یا چند قاضی معتقدند که متهم مرتکب قتل شده نشده است، ولی چون اکثریت قضات معتقدند که متهم مرتکب قتل شده است، وی محکوم به ارتکاب قتل شناخته می‌شود. بی‌تردید در چنین مواردی، «اصل برائت» نادیده گرفته می‌شود؛ زیرا به همان نسبت که احتمال دارد رأی اکثریت قضات درست و مطابق با حقیقت، و رأی اقلیت قضات

نادرست باشد، به همان نسبت نیز احتمال دارد رأی اقلیت قضات درست و مطابق واقع، و رأی اکثریت قضات نادرست باشد. بنابراین به هیچ عنوان نمی‌توان گفت نظری که اکثریت قضات می‌پذیرند، مطابق حقیقت و واقعیت است. متأسفانه هم قانون‌گذار فرانسوی و هم قانون‌گذار ایرانی صدور رأی به صورت کورکورانه را تجویز کرده‌اند؛ امری که می‌تواند منتهی به مجازات بی‌گناهان شود و سبب شود که مجرم اصلی با خیال راحت به زندگی خود ادامه دهد؛ زیرا می‌داند که فردی به عنوان قاتل محاکمه و مجازات شده است و دستگاه قضایی هرگز به سراغ وی نخواهد آمد. گفتنی است پس از آنکه قاضی بر مبنای تحقیقات ضابطان متخصص در امر قتل به این نتیجه رسید که متهم مرتکب قتل شده است، نوبت به موضوع «احراز قصد قتل» می‌رسد.

۲-۳. چگونگی احراز قصد قتل

همان طور که بیان گردید، جرم قتل برای تحقق، نیاز به دو عنصر دارد که مستقیماً با مرتکب جرم ارتباط پیدا می‌کند: عنصر مادی و عنصر روانی. برای پی بردن به عنصر روانی تنها راهکار منطقی، کمک گرفتن از عنصر مادی جرم است. در برخی موارد، عنصر مادی راهنمای کاملی برای احراز عنصر روانی است و در مواردی نیز عنصر مادی هیچ کمکی برای احراز عنصر روانی نمی‌کند. بدین ترتیب در جهت احراز قصد قتل تنها دو فرض قابل تصور است: فرض نخست، زمانی است که قصد قتل به مدد عنصر مادی به صورت مسلم و بدون کمترین شک و شبهه‌ای احراز می‌گردد. فرض دوم آنکه احراز قصد قتل حتی با کمک گرفتن از عنصر مادی نیز امری محال و غیر ممکن است. در این شرایط، راه حل سوم وجود ندارد. یعنی شاید تصور شود که در کنار دو فرض یادشده، فرض سوم وجود دارد که بر مبنای آن، احراز قصد قتل به کمک عنصر مادی ممکن، ولی امری دشوار باشد. به نظر می‌رسد چنین فرضی در حقوق کیفری هیچ جایگاهی ندارد؛ زیرا در چنین بستری برای قاضی در احراز قصد قتل، شک و شبهه ایجاد می‌شود و در مواردی که حتی کمترین شبهه‌ای وجود داشته باشد، بر مبنای اصل برائت و اصل تفسیر مضیق به نفع متهم، می‌توان گفت که عنصر روانی احراز نمی‌شود.

۳-۲-۱. احراز قصد قتل به صورت مسلم و منجر

در برخی موارد، رکن مادی به نحوی ارتکاب می‌یابد که جای هیچ شک و شبهه‌ای وجود ندارد که مرتکب، قتل را با قصد یا به صورت عمدی انجام داده است؛ برای مثال، رفتار برخی از کسانی که در سال گذشته به مجلس شورای اسلامی حمله کردند، توسط دوربین‌های مداربسته مجلس شورای اسلامی ضبط شده است. بر مبنای این تصاویر، یکی از افراد مهاجم، نگهبان در ورودی مجلس را با گلوله به شهادت می‌رساند و سپس به سمت سایر افراد حاضر در راهروها تیراندازی می‌کند. بدون هیچ گونه تردیدی می‌توان گفت که چنین فردی قصد قتل دارد. در حقیقت در چنین مواردی، «نوعاً کاشنده بودن» رفتار ارتكابی از منظر مادی به نحوی است که می‌توان با قاطعیت ادعا کرد که مرتکب به «قطعاً کاشنده بودن رفتار» علم و آگاهی کامل دارد. بدین ترتیب، رفتار ارتكابی هم از منظر رکن مادی و هم از منظر رکن روانی «نوعاً کاشنده» تلقی می‌گردد. هیچ کسی نمی‌تواند ادعا کند مهاجمی که به مجلس شورای اسلامی وارد شده و با شلیک چندین گلوله، نگهبان را به قتل رسانده و همچنین چند نفر از اشخاص حاضر در صحن مجلس را به گلوله بسته است، فاقد قصد قتل است. رویه قضایی فرانسه در موارد عدیده‌ای، شیوه ارتكاب رکن مادی را مبین داشتن قصد قتل تلقی کرده است (Pradel et Danti-Juan, 2010: 32)؛ برای مثال در یک پرونده، راننده کامیون سنگین وزن در یک سرازیری، ماشین را دقیقاً در جهت حرکت به سمت کیوسک پلیس قرار می‌دهد، در حالی که از حضور افرادی در داخل کیوسک آگاه بوده است و پس از خلاص کردن ماشین و حرکت آن به سمت کیوسک فوراً خودش را از داخل کابین به بیرون پرتاب می‌کند. در نتیجه این امر، تعدادی مأمور پلیس کشته می‌شوند. دیوان جنایی فرانسه چنین نظر می‌دهد:

«حرکت دادن خودرو به سمت کیوسک با علم به اینکه افرادی داخل آن کیوسک قرار دارند، مبین داشتن قصد قتل است؛ زیرا راننده می‌دانسته که کامیون قطعاً زمانی متوقف خواهد شد که تعدادی مأمور پلیس را کشته باشد» (همان).

به همین دلیل ژان پرادل می‌نویسد:

«بر مبنای رأی یادشده می‌توان گفت رویه قضایی فرانسه بر این باور است که علم و

آگاهیِ قریب به یقین به کشنده بودن یک رفتار، به منزلهٔ داشتن قصد قتل است»
(همان).

۲-۲-۳. موارد محال و غیر ممکن بودن احراز قصد قتل

متأسفانه در بیشتر قتل‌های ارتكابی، شیوه تحقق رکن مادی به نحوی است که هرگز با قاطعیت نمی‌توان گفت که متهم قصد قتل داشته یا نداشته است؛ برای مثال، در یک پرونده برحسب گزارش نیروی انتظامی، بزه‌دیده در زمان بستری بودن در بیمارستان بیان می‌دارد:

«در مورد زمین کشاورزی، با شخصی به نام اسماعیل اختلاف داشته و جهت جلوگیری از شخم زدن به محل مورد اختلاف رفته است. در آنجا پسران اسماعیل به اسامی کامران و شاهپور به وی حمله کرده‌اند و چندین تیر با اسلحه به سمت وی شلیک شده و نتوانسته فرار کند؛ او را زیر تراکتور گذاشته‌اند و از ناحیه کمر به شدت زخمی شده است» (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۸: ۱۴۱).

نکتهٔ جالب اینکه بزه‌دیده بیان می‌دارد که متهمان او را زیر تراکتور گذاشته‌اند؛ در حالی که شاهد حاضر در صحنه اظهار می‌دارد:

«محمد برای فرار از تیرها روی زمین خوابید. در همین لحظه، شاهپور با تراکتور و گاوآهن او را زیر کرد و حدود یک صد متر با گاوآهن کشید و من ماشین آوردم و او را به بیمارستان رساندم» (همان).

شاهد دیگری بیان می‌دارد:

«تراکتور از داخل شخم به طرف ما آمد، از داخل پیکان هم شروع شد به تیراندازی، و تراکتور هم مرتب دور می‌زد. از تیراندازی داخل پیکان دچار وحشت شده بودیم و می‌خوابیدیم و می‌ایستادیم و این‌جانب یک لحظه دیدم که تراکتور به حاج محمد زد و افتاد و گاوآهن او را کشید».

همان‌طور که ملاحظه می‌گردد، اولاً ادعای بزه‌دیده با سخنان شاهد متعارض است. ثانیاً اصلاً مشخص نیست که تراکتور به صورت تصادفی با محمد برخورد کرده یا به صورت عمدی؛ زیرا متهم به دفعات، اولاً ارتکاب چنین عملی را انکار می‌کند و ثانیاً در یک مورد نیز می‌پذیرد که «تراکتور و گاوآهن به شلوار و یا کت حاج محمد

گیر کرده و تراکتور او را بیست متر روی زمین کشیده است و گاوآهن را بلند کرد و روی زمین افتاد» (همان: ۱۴۳). همان طور که ملاحظه می‌گردد، رفتار مادی متهم به هیچ عنوان به نحوی نیست که با قاطعیت بتوان قصد مرتکب را احراز کرد. در این شرایط، احراز قصد قتل غیر ممکن است. بنابراین نمی‌توان با قاطعیت حکمی درباره قصد قتل یا عدم آن برای متهم صادر کرد. به همین دلیل در جلسه هیئت عمومی دیوان عالی کشور، از ۳۱ نفر عضو فقط ۱۸ نفر نظر می‌دهند که قتل ارتكابی عمدی است. بی‌تردید این رأی بر خلاف اصول مسلم حقوق کیفری به ویژه اصل براءت و تفسیر مضیق قوانین کیفری به نفع متهم است. موضوع «اثبات داشتن قصد قتل» موضوعی قضایی است و صرفاً بر عهده مقام قضایی است. البته این ایراد بر نظام حقوقی فرانسه وارد است که «اثبات یک امر قضایی» را به کسانی سپرده است که برخی از آن‌ها (اعضای هیئت منصفه) مقام قضایی نیستند. همان طور که می‌دانیم، در گذشته نه چندان دور در دیوان جنایی فرانسه، قضات در اخذ تصمیم مبنی بر مجرم بودن یا نبودن متهم، هیچ مداخله‌ای نداشتند و تنها اعضای هیئت منصفه به تنهایی در این خصوص تصمیم می‌گرفتند. به دلیل ایراد یادشده، قانون‌گذار فرانسوی ناگزیر به دخالت نظر قضات در تمامی مراحل تصمیم‌گیری در دیوان جنایی گردید. حتی امروزه قضات دیوان نه تنها در تصمیم‌گیری در تمام مراحل مداخله می‌کنند، بلکه وظیفه ارشاد اعضای هیئت منصفه در خصوص آگاهی با اصول حقوق کیفری را نیز بر عهده‌دارند.

نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایرانی به جای تعریف قتل عمدی بر مبنای اصول مسلم حقوق کیفری، به تبیین برخی از شیوه‌های ارتکاب جرم قتل عمدی پرداخته است. همچنین با خلط موضوع تعریف قتل عمدی و موضوع چگونگی احراز قصد قتل، اصطلاح مبهم «کار نوعاً کشنده» را به کار گرفته است و بر خلاف تمام اصول و مبانی حقوق کیفری، قتلی را که مرتکب قصد ارتکاب آن را ندارد، عمدی تلقی کرده است. به نظر می‌رسد علی‌رغم انتقاداتی که برخی نویسندگان بر «بند ب ماده ۲۰۶» سابق قانون مجازات اسلامی داشتند، قانون‌گذار در اصلاحات سال ۱۳۹۲ اگرچه

در صدد اصلاح این اشتباه برآمده، ولی متأسفانه نه تنها نتوانسته به خوبی این اصلاحات را انجام دهد، بلکه به مراتب اشتباه فاحش‌تری را مرتکب شده است. یکی از مهم‌ترین انتقادات وارد بر «بند ب» را می‌توان در این امر دانست که بخشی از رویه قضایی، برخی قتل‌های غیر عمدی را عمدی تلقی می‌کند. در حقوق کیفری، قانون‌گذار و قاضی هیچ یک حق اشتباه ندارند. با وجود این امر، قضات ناگزیر از اشتباه هستند، ولی قانون‌گذار هرگز ناگزیر از اشتباه نیست و نباید مرتکب اشتباه شود. قلمرو حقوق کیفری با تمامی حوزه‌های حقوقی متفاوت است. در قلمرو سایر حوزه‌های حقوقی، قاضی موظف است بر مبنای قانون حکم دهد، هر چند قانون با اصول مسلم حقوقی ناسازگار باشد؛ ولی حوزه حقوق کیفری از این قاعده مستثناست. در مواردی مانند قتل عمد مستوجب قصاص، قضات باید به گونه‌ای عمل کنند که امکان هر گونه اشتباهی غیر ممکن باشد. به نظر می‌رسد برخی از قضات کیفری، مجری بی‌چون و چرای قانون می‌باشند، حتی اگر قانون مغایر با اصول مسلم حقوق کیفری باشد؛ ولی در عین حال ملاحظه می‌گردد که برخی دیگر از قضات، مواد قانونی را در انطباق با اصول مسلم حقوق کیفری تفسیر می‌کنند. مواد قانونی همانند خمیری در دست قضات است که به هر نحوی که بخواهند، می‌توانند آن را شکل دهند. گاه قضات مواد قانونی را به صورت کورکورانه و بدون توجه به اصول مسلم حقوق کیفری و تنها بر مبنای ظاهر مواد تفسیر می‌کنند و در چنین بستری، تفسیر آن‌ها در تضاد کامل با اصول مسلم حقوق کیفری قرار می‌گیرد و گاهی نیز آن را بر مبنای اصول مسلم حقوق کیفری تفسیر می‌کنند. به همین دلیل، بخشی از رویه قضایی داشتن قصد قتل را برای تحقق قتل عمدی حتی در مفهوم بند ب ماده ۲۹۰ لازم و ضروری می‌داند و بخشی دیگر به موضوع داشتن قصد قتل اهمیتی نمی‌دهد. به نظر می‌رسد توجه به چند نکته در حقوق کیفری لازم و ضروری است: اولاً، نمایندگان مجلس یعنی واضعان قوانین کیفری اکثراً حقوق‌دان نیستند و اگر هم حقوق‌دانانی در میان واضعان قوانین کیفری باشند، بی‌تردید اکثریت آن‌ها حقوق‌دان کیفری نیستند. بنابراین امکان وضع قوانین مغایر با اصول مسلم حقوق کیفری، امری طبیعی و قابل پیش‌بینی است. در این شرایط، وظیفه قضات نادیده گرفتن این مواد نادرست و تفسیر آن‌ها در تطابق با اصول مسلم حقوق کیفری

است. ثانیاً، وظیفه قضات تنها مجازات مجرم واقعی با چشمانی باز و آگاهی است. ثالثاً، قضات باید در موارد شک و شبهه، بر مبنای اصل برائت تفسیری را ارائه دهند که به نفع متهم است و هرگز حق مجازات متهمان را به صورت کورکورانه ندارند، حتی اگر به این بهانه، اکثریت مجرمان بدون مجازات باقی بمانند؛ امری که به نظر می‌رسد برخی قضات ایرانی و همچنین برخی قضات فرانسوی، احترامی برای آن قائل نمی‌شوند. بدین ترتیب در قلمرو مجازات‌های برگشت‌ناپذیر مانند مجازات اعدام، باید قوانین به شکلی نوشته شوند که امکان اعمال مجازات به اشتباه، امری محال و غیر ممکن باشد. در حقیقت یکی از دلایل اصلی حذف مجازات اعدام در سال ۱۹۸۱ میلادی در فرانسه، «امکان اشتباه قضات و اعدام افراد بی‌گناه بود». نیک می‌دانیم که طبق صراحت قرآن کریم تنها می‌توانیم قاتل را قصاص کنیم و نه فرد دیگری را، و کشتن هر فرد بی‌گناهی، خواه توسط افراد و خواه در قالب حکم دادگاه و در نتیجه اشتباه قاضی، گناهی بزرگ و به فرموده قرآن کریم معادل کشتن همه انسان‌های روی زمین است.

کتاب‌شناسی

۱. آقای جنت‌مکان، حسین، حقوق کیفری عمومی، تهران، جنگل، جاودانه، ۱۳۹۳ ش.
۲. آقای‌نیا، حسین، حقوق کیفری اختصاصی (۳)؛ جرائم علیه تمامیت جسمانی اشخاص (جنایات)، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.
۳. امام‌دادی، علیرضا، ابراهیم تقی‌زاده، و محمدعلی طاهری، «انتقال ویروس ایدز و ارتکاب فعل نوعاً‌کشنده»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۲۹، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
۴. پوربافرانی، حسن، «چالش‌های احراز تقصیر در حقوق کیفری پزشکی و راهکارها»، در: دایرة‌المعارف علوم جنایی، کتاب سوم، تهران، میزان، ۱۳۹۷ ش.
۵. خالقی، علی، و محمدعلی رجب، «تحلیل معیار نوعی در عنصر روانی جرم قتل عمدی (مطالعه تطبیقی)»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال چهارم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۲ ش.
۶. روح‌الامینی، محمود، «تبیین مفهوم و جایگاه "فعل ناشی از ترک فعل" در حقوق کیفری فرانسه، سوئیس و ایران»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال هشتم، شماره ۲ (پیاپی ۱۶)، پاییز و زمستان ۱۳۹۶ ش.
۷. سپهوند، امیرخان، و حمید عسکری‌پور، حقوق کیفری اختصاصی (۱)؛ جرائم علیه اشخاص، تهران، مجد، ۱۳۸۹ ش.
۸. شاکری، ابوالحسن، و اسفندیار مرادی‌کندلاتی، «بررسی رکن روانی قتل عمد با کار نوعاً‌کشنده»، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، سال دوم، شماره ۵، تابستان ۱۳۸۶ ش.
۹. شیخ‌الاسلامی، عباس، و محمد داوری، «چالش‌های قتل عمدی با کار نوعاً‌کشنده»، در: دایرة‌المعارف علوم جنایی (مجموعه مقاله‌های تازه‌های علوم جنایی)، کتاب دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۱۰. صادقی، محمدهادی، حقوق جزای اختصاصی (۱)؛ جرائم علیه اشخاص (صدمات جسمانی)، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.
۱۱. عزیزمحمدی، نورالله، حسن رحیمی، و ابراهیم یوسفی‌محله، قتل عمد در آراء دادگاه کیفری استان تهران، تهران، جنگل، ۱۳۹۰ ش.
۱۲. کلاتری، کیومرث، و فتاح جعفری‌زاده، «ضابطه و مصادیق "کار نوعاً‌کشنده" با نگرش بر قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۰)»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۰، زمستان ۱۳۹۱ ش.
۱۳. گُلب، پاتریک، و لورانس لوترمی، درس‌هایی از حقوق جزای عمومی فرانسه، ترجمه محمود روح‌الامینی، کرمان - تهران، دانشگاه شهید باهنر کرمان - همراه علم، ۱۳۹۸ ش.
۱۴. کیانی، مهرزاد، آریا حجازی، و عبدالرحیم مهبودی، «بررسی ضابطه‌ی دوم قتل عمدی در پرتو موازین پزشکی»، فصلنامه ققه پزشکی، سال ششم، شماره‌های ۱۸ و ۱۹، بهار و تابستان ۱۳۹۳ ش.
۱۵. گلدوزیان، ایرج، بایسته‌های حقوق جزای اختصاصی، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۱۶. مرادی، حسن، حقوق کیفری اختصاصی؛ جرائم علیه اشخاص (جنایات)، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۱۷. معاونت آموزش قوه قضاییه، رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه کیفری استان، تهران، جنگل، ۱۳۸۸ ش.
۱۸. میرمحمدصادقی، حسین، حقوق جزای اختصاصی (۳)؛ جرائم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.
19. Ambroise-Castérot, Coralie, *Droit pénal spécial et Droit pénal des affaires*, Galino, 2019.
20. Pradel, Jean et Michel Danti-Juan, *Droit pénal special*, Éditions Cujas, 2010.

رویکرد جرم‌شناختی به تهدید برخط دختران*

- صادق صادقی^۱
- مصطفی فروتن^۲
- شهرام ابراهیمی^۳

چکیده

تهدید در محیط حقیقی یا فضای مجازی نسبت به دختران که از منظر علوم شناختی، یعنی فرایندهای درون ذهن، از موقعیت آسیب‌پذیرتری برخوردار می‌باشند، حکایت از حالت خطرناک مرتکب دارد و نیازمند پاسخ‌های کنشی درخور توسط دولت و جامعه مدنی از یک‌سو و تدابیر واکنشی فوری کیفری از سوی دیگر است. مداخله کیفری نسبت به تهدید در فضای حقیقی، از سال

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۳/۱.

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم انسانی، واحد بندرعباس، دانشگاه آزاد اسلامی، بندرعباس، ایران (s.sadeghi3103@gmail.com).
۲. استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم انسانی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران (نویسنده مسئول) (forutanmostafa@gmail.com).
۳. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران (shahram.ebrahimi@gmail.com).

۱۳۳۹ موضوع تدابیر تأمینی پیشگیرانه قرار گرفت و در سال ۱۳۷۵ تبدیل به جرم مستقلی گردید و البته وجه پیشگیری آن به فراموشی سپرده شد، لیکن نوع برخط آن کمتر توجه قانون گذار را به خود جلب کرد.

مقاله حاضر با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی و بررسی آراء محاکم کیفری، علاوه بر تصویرسازی آنچه هست، ضمن تبیین گونه‌های مختلف تهدید برخط نسبت به دختران در محیط‌های آموزشی، به تشریح و تبیین خلأهای قانونی، علت‌شناسی و شیوه پیشگیری گذر از اندیشه به عمل پرداخته و در نهایت بر مبنای مطالعات جرم‌شناختی، پیشنهادات پیشگیرانه ارائه نموده است.

واژگان کلیدی: تهدید برخط، دختران، پیشگیری از بزه‌دیدگی، افشای اسرار، فضای سایبری.

درآمد

امروزه، فراگیر شدن رسانه‌ها در آغاز قرن بیست و یکم و نقش جدی اینترنت در شکل‌دهی به فرهنگ، هویت و باورها و ارزش‌های اجتماعی، اهمیت پژوهش در این زمینه را دوچندان کرده است. گستره این فضا که تمام روابط زندگی بشر را در بر گرفته و به خود معطوف نموده است، این امکان را فراهم ساخته تا هر فردی به راحتی و با صرف کمترین زمان، بسیاری از امور روزمره خود را به انجام رساند؛ به نحوی که دیگر جدایی از این فضا برای انسان امروزی قابل تصور نیست (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۵: ۹).

فضای سایبر به ویژه برای نسل برخط، بدون تردید محیطی سرشار از فرصت برای آموختن، کشف و به اشتراک گذاشتن داده‌هاست. این محیط همچنین برای بیشتر افراد، یک ابزار فعالیت حرفه‌ای، حفظ روابط با دوستان و نیز ارتباط با دیگر اعضای خانواده است؛ مخصوصاً در عصری که فاصله‌ها به تدریج دورتر می‌گردد.

برای اطفال و نوجوانان که فعالیت اجتماعی برخط محبوب آنان «چت» می‌باشد، اینترنت نه صرفاً محیطی برای حفظ روابط، بلکه فرصتی برای ایجاد روابط اجتماعی جدید است.^۱ اما علی‌رغم مزایای غیر قابل انکار فضای مجازی، در مقابل، این محیط

۱. فضای مجازی به عنوان یک محیط جرم‌زا، موضوع همایش‌ها و نشست‌های علمی مختلفی قرار گرفته است. این جلب توجه در سال‌های اخیر در حد قابل توجهی به دلایل مختلف افزایش یافته است (برای مطالعه بیشتر ر.ک: قربانی و تازنگ، ۱۳۹۵).

می‌تواند بستری برای سوءاستفاده و وقوع جرایم مرتبط با این حوزه گردد. این محیط جدید اجتماعی شدن، همزمان دربردارنده خطرات جدید انحراف و ناسازگاری نیز می‌باشد (برای مطالعه بیشتر ر.ک: رازقی و علیزاده، ۱۳۹۶؛ کرامتی معز و دیگران، ۱۳۹۸)؛ زیرا به موازات گسترش این فعالیت‌ها، بخشی از بزهکاران نیز فعالیت‌های مجرمانه خود را به فضای سایبر منتقل می‌کنند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۸: ۱۲۲).^۱ لذا خطر مذکور برای نسلی که هویت خود را در بستر فضای مجازی می‌سازد، بیش از پیش واقعی است (مالمیر و زورخ، ۱۳۸۹: ۸۶). بدین ترتیب رفتارهای این محیط جدید، هم جنبه حقوقی دارد و هم جنبه سیاسی - اجتماعی، به طوری که علاوه بر محیط‌های دانشگاهی، نهادهای قضایی - پلیسی نیز ناگزیر از بررسی ابعاد مختلف آن شده‌اند.^۲ یکی از این خطرات، تهدید برخط است که امروزه در جرم‌شناسی به عنوان یکی از مصادیق جرایم خشونت‌آمیز به ویژه در محیط‌های تحصیلی نسبت به دختران (احمدی و دیگران، ۱۳۹۱) به عنوان گروه آسیب‌پذیر مورد توجه قرار گرفته است که البته محور اصلی این مقاله را نیز تشکیل می‌دهد.

قانون جرایم رایانه‌ای علی‌رغم اینکه انتظار می‌رفت با توجه به سرعت تحولات در این فضا و افزایش امکان اجرایی نمودن اندیشه‌های مجرمانه، به دلیل احساس گمنامی و فقدان مانع، عنوان یک فصل را به تهدید برخط نسبت به این دسته اختصاص دهد، نه تنها عنوانی به آن اختصاص نداده، بلکه حتی به تهدید برخط هم نپرداخته و تنها ذیل

۱. نظریه‌های جرم‌شناسی، محیط مجازی را هم به عنوان یک محیط جرم‌زا و هم محیط پیشگیری شناخته‌اند (برای مطالعه بیشتر ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۸: ۱۲۶).

۲. گفتنی است که تهدید برخط به صورت مستقیم موضوع پژوهش به عنوان مقاله یا کتاب یا رساله قرار نگرفته است، با این حال می‌توان به برخی پژوهش‌ها و موضوعات مرتبط که در «نخستین همایش ملی پیشگیری از بزه‌دیدگی زنان و کودکان در فضای مجازی» (برگزارشده توسط دادگستری کل استان یزد، آبان ۱۳۹۹) مورد بررسی واقع شده‌اند، به شرح ذیل اشاره کرد: حمایت از حق بر تصویر کودک در فضای مجازی، کارکردهای نیروی انتظامی در حمایت از بزه‌دیده، نقش پلیس در پیشگیری از جرایم علیه زنان و بزه‌دیدگی آنان در فضای مجازی، بررسی رابطه بین سرمایه اجتماعی و نگرش به وجود فساد اخلاقی در فضای مجازی، بررسی و بازنمایی بزه‌دیدگی زنان در فضای مجازی، پیش‌بینی اعتیاد اینترنتی بر اساس عزت نفس اجتماعی و صفات هوش عاطفی، مبانی و پیامدهای فیلترینگ تلگرام از منظر جرم‌شناسی، آموزش سواد رسانه‌ای به کودکان؛ ضرورتی در راستای پیشگیری از بزه‌دیدگی در فضای مجازی و نقش آموزش و پرورش در کاهش بزهکاری در مدارس.

فصل پنجم با عنوان «هتک حیثیت و نشر اکاذیب»، به موضوع انتشار بدون رضایت صوت و فیلم اکتفا کرده است.^۱

بدین ترتیب، هرچند تعدادی از افعال و اعمال علیه شرافت و حیثیت و شخصیت معنوی افراد جرم‌انگاری شده است، لکن با عنایت به گسترش روزافزون و نیز امکانات فضای مجازی و خصوصاً اینکه امکان بزه‌دیدگی دختران و زنان نسبت به جرایم فوق به مراتب بیشتر است (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۷)، ضروری است قوانین مرتبط با این حوزه با رویکرد پیشگیری به روزرسانی شود و از بزه‌دیدگان حمایت مضاعف صورت پذیرد.

اما معیارهای تشخیص تهدید برخط چیست و عمدتاً با کدام عنوان حقوقی منطبق است؟ آثار جرم‌شناختی آن بر بزه‌دیدگان کدام است؟ چگونه می‌توان از آن پیشگیری کرد؟

لازم است در ابتدا (گفتار اول) معیارهای تشخیص و توصیف حقوقی و سپس گونه‌های تهدید برخط تبیین شود و در ادامه (گفتار دوم) ضمن پرداختن به علت‌شناسی، روش‌های اثربخش پیشگیری از آن مورد بررسی قرار گیرد. دلایل تأکید بر بزه‌دیدگی دختران از یک‌سو، به مسائل شناختی نزد این دسته از کاربران اینترنتی^۲ و از سوی دیگر به ضعف حمایت‌های مختلف قانونی جهت مداخله بهنگام باز می‌گردد (اسلامی، ۱۳۹۵: ۱۵۸).

۱. «ماده ۷۴۴- هر کس به وسیله سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی، فیلم یا صوت یا تصویر دیگری را تغییر دهد یا تحریف کند و آن را منتشر یا با علم به تغییر یا تحریف منتشر کند، به نحوی که عرفاً موجب هتک حیثیت او شود، به حبس از نود و یک روز تا دو سال یا جزای نقدی از پنج میلیون (۵/۰۰۰/۰۰۰) ریال تا چهل میلیون (۴۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد. تبصره- چنانچه تغییر یا تحریف به صورت مستهجن باشد، مرتکب به حداکثر هر دو مجازات مقرر محکوم خواهد شد.

ماده ۷۴۵- هر کس به وسیله سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی، صوت یا تصویر یا فیلم خصوصی یا خانوادگی یا اسرار دیگری را بدون رضایت او جز در موارد قانونی منتشر کند یا در دسترس دیگران قرار دهد، به نحوی که منجر به ضرر یا عرفاً موجب هتک حیثیت او شود، به حبس از نود و یک روز تا دو سال یا جزای نقدی از پنج میلیون (۵/۰۰۰/۰۰۰) ریال تا چهل میلیون (۴۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.

۲. برای آگاهی بیشتر درباره علت‌شناسی هنجارشکنی‌های سایبری ر.ک: ویلیامز، ۱۳۹۱؛ منفرد و جلالی فراهانی، ۱۳۹۱؛ ۱۰۵-۱۳۴؛ منفرد، ۱۳۹۱: ۴۷-۷۶.

۱. معیار و گونه‌ها

بررسی معیارهای تفکیک تهدید برخط از رفتارهای مشابه و نیز تبیین وصف حقوقی منطبق با آن می‌تواند در پیشگیری از تهدید برخط از یک‌سو و مبارزه بعدی با آن از سوی دیگر کمک کند.

۱-۱. مفهوم تهدید و معیارهای تشخیص آن

تهدید از منظر جرم‌شناسی هر نوع رفتار اعم از کلام، فعل یا حرکت عمدی است که به طور مکرر، مستقیم یا غیر مستقیم در فضای سایبر و در چارچوب و بستر رابطه قدرت نابرابر، بین افراد با هدف ایجاد رنج، لطمه، آزار، رنجاندن و ستم صورت می‌گیرد (6: Rapport du Comité d'experts sur la cyberintimidation, 2015). برای معیارهای تعریف حقوقی تهدید به طور کلی، ر.ک: رحیمی و دیگران، ۱۳۹۷: ۷۷). بر اساس این تعریف، تهدید برخط، مجموعه‌ای متنوع از رفتارها را در بر می‌گیرد که می‌تواند به شکل مستقیم یا غیر مستقیم، همچون ایجاد و انتشار شایعه و یا طرد در فضای مجازی از طریق استفاده از فناوری‌های اطلاعات و ارتباطات ارتکاب یابد. از این تعریف، چهار معیار اساسی می‌توان استخراج کرد:

۱- تکرار عمل به صورت منظم در یک دوره زمانی مشخص؛ بنابراین یک بار تهدید برخط در چارچوب این مفهوم قرار نمی‌گیرد. در واقع می‌توان گفت که وی دارای حالت خطرناک بوده و تمایل به تکرار ارتکاب این عمل دارد.

۲- رابطه قدرت و تسلطی که یکی بر دیگری دارد؛ مسئله‌ای که در عمل موجب استمرار این رویه مجرمانه از یک‌سو و انباشت بزه‌دیدگی از سوی دیگر می‌گردد. برای مثال، شاکلی در شرح واقعهٔ پرونده کلاسه ۹۰۰-۳۰/۷/۱۳۹۰ دادگاه کیفری یک استان فارس بیان نمود:

«متهم که خواستگار وی بود، او را اغفال کرد و به درون منزل برد، با خوردن چای بیهوش‌کننده، در حال بیهوشی از وی فیلم تهیه و سپس شروع به تهدید برای اخاذی نمود و اعلام کرد که باید علاوه بر این موارد، کارت ابربانک پدرت را تحویل دهی. سپس پول و طلاجات مطالبه کرد و در نهایت فیلم را هم پخش کرد».

۳- درماندگی و رنج روانی بزه‌دیده که به لحاظ شرایط شخصیتی و وضعی نمی‌تواند به نحو مناسب از خود دفاع کند و یا خود را از این فضا برهاند؛^۱ مسئله‌ای که موجب می‌شود وی نتواند در مراجع کیفری اقامه شکایت کند و یا اگر اعلام شکایت کند، حاضر به ادامه تعقیب کیفری نباشد. برای مثال، در پرونده کیفری دیگری، متهم که خود معلم آموزشگاه بوده است با تهدید برخط شاکیه به منتشر کردن آثار مستهجن و ارسال پیامک‌های مکرر، وی را ناتوان از اتخاذ تصمیم مناسب می‌کند. در نهایت، شاکیه به شرط برملا نشدن هویت، اعلام جرم می‌کند و دادسرا نیز هویت وی را محفوظ نگه می‌دارد و به منظور پیشگیری از بزه‌دیدگی مجدد، در مرحله بازپرسی و دادگاه حاضر نشده و نامی نیز از وی در دادنامه به میان نمی‌آید.

در پرونده دیگری در همین خصوص، دادگاه چنین رأی داده است:

«با عنایت به گزارش ضابطین و فلش مموری ضمیمه پرونده و اقرار متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی مبنی بر تهیه فیلم و عکس مستهجن و دفاعیات بلاوجه ایشان در خصوص وسیله تهدید قرار دادن تصاویر مستهجن، با این استدلال که شاکیه زمانی متوسل به قانون و دادگاه می‌گردد که از تهدیدات و فشارهای متهم در تنگنا قرار گرفته باشد، در صورتی که چنانچه خانمی با اراده و رضایت تن به منافی عفت داده باشد، شکایت نمی‌کند تا اینکه عرصه را بر خود تنگ ببیند، فلذا با توجه به محتویات پرونده و متن پیام‌های ارسالی، بزهکاری متهم را محرز و مسلم دانسته و مستند به بند الف ماده ۵ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیر مجاز دارند و ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی و با رعایت ماده ۲ قانون کاهش مجازات‌های

۱. بر اساس طرح الحاق موادی به کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده)، در نشست علنی یکشنبه ۱۱ آبان ۱۳۹۹، با الحاق دو ماده به کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) موافقت شد. این دو ماده در تاریخ ۲۴ دی ۱۳۹۹ به تصویب مجلس رسید و ۱۵ بهمن همین سال به تأیید شورای نگهبان رسید. مطابق بند ۱ ماده ۵۰۰ مکرر: «هر اقدامی که موجب تسلط روانی یا جسمی بر دیگری شود، به نحوی که فرد مورد بهره‌کشی و سوءاستفاده جنسی، جسمی یا مالی واقع شود و یا در اثر آسیب‌رسانی به قدرت تصمیم‌گیری فرد و تشویق وی به ارتکاب جرائمی از قبیل اعمال منافی عفت، مصرف مشروبات الکلی، مواد مخدر و یا مواد روان‌گردان، خودآزاری یا دیگرزنی گردد، مستوجب مجازات حبس و جزای نقدی درجه پنج یا یکی از این دو مجازات و محرومیت از حقوق اجتماعی خواهد بود». البته صدر ماده ۵۰۰، آن را به ارتکاب در قالب فرقه و یا دسته محدود کرده است. ضمن اینکه فلسفه پیش‌بینی آن ذیل ماده ۵۰۰ که خاص فصل جرایم علیه امنیت قرار می‌باشد، مشخص نیست و در توجیه طرح نیز به این موضوع اشاره نشده است.

تعزیری الحاق شده به ماده ۱۸ قانون موصوف، با توجه به گستره اقدامات متهم در راستای اعمال منافی عفت و اغفال خانم‌های زیادی که تصاویر و فیلم‌های آن‌ها موجود می‌باشد و اینکه متهم از جایگاه خود سوءاستفاده نموده است، حکم بر محکومیت نامبرده به پنج سال حبس تعزیری با احتساب ایام بازداشت قبلی و... و امحای گوشه و تصاویر مستهجن در فلش مموری پس از قطعیت حکم صادر و اعلام می‌گردد».

۴- عمدی بودن رفتار و حرکات؛ جرم تهدید به طور کلی از جمله جرایم عمدی است که تحقق آن نیازمند عنصر معنوی یعنی خواستن و دانستن یا به عبارت دیگر علم و آگاهی است (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۴: ۳۲). این دسته از اعمال البته در قوانین کیفری ذیل عناوین مختلف، جرم‌انگاری و با پاسخ‌های متفاوت همراه می‌باشد (Jaffer, 2012: 11).

۲-۱. گونه‌شناسی تهدیدات برخط

تهدید و مزاحمت‌های سایبری انواع مختلفی دارند (کردعلیوند و میرزایی، ۱۳۹۷: ۱۹۱) که هر کدام از آن‌ها می‌تواند بر زندگی واقعی افرادی که مورد مزاحمت و تهدید قرار گرفته‌اند نیز تأثیر گذارد و مشکلاتی از قبیل تضعیف شخصیتی، افسردگی و انزوا را در پی داشته باشد. تحقیقات نشان می‌دهد که فضای برخط، نوعی بدرفتاری را تسهیل می‌کند. گمنامی و پوششی که فضای برخط در اختیار کاربران قرار می‌دهد، باعث می‌شود که مزاحمان و تهدیدکنندگان احساس کنند که در ایمنی کامل هستند و بر ادامه رفتار مجرمانه خود اصرار داشته باشند.^۱ بر اساس تحقیقاتی که از بزه‌دیدگان در همین خصوص به عمل آمده است (Bégin, 2016: 28)، نه گونه تهدید برخط به شرح ذیل وجود دارد. شناسایی این گونه‌ها و فراوانی هر کدام می‌تواند در یافتن سازوکار پیشگیرانه مناسب کمک کند. اگرچه این دسته‌بندی جامع نیست و البته بر اساس معیارهای حقوق کیفری عمومی تنظیم نشده است.

۱- شعله‌ور شدن:^۲ منظور از شعله‌ور شدن، رد و بدل کردن مختصر و آتشین چند

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک: Sardá & Natale & Sotirakopoulos & Monaghan, 2019؛ کنعانی و محمدزاده، ۱۳۹۷.

2. Flaming.

جمله بین دو یا چند جوان در فضای برخط عمومی مانند «چت‌روم» در خصوص یک موضوع است؛ به گونه‌ای که در پایان، منتهی به دشنام می‌گردد. در این حالت رابطه قدرت و تسلط یکی بر دیگری چندان آشکار نمی‌باشد.

۲- به ستوه آوردن^۱: در این فرض با ارسال مکرر پیام به یک شخص در یک دوره زمانی طولانی از طریق یک کانال ارتباط شخصی مانند رایانامه یا پیام کوتاه مواجه می‌باشیم. نتیجه این اقدام، قرار گرفتن بزه‌دیده در حالت درماندگی روانی است^۲ و ممکن است برای فرار از به ستوه آمدن، تن به ارتکاب برخی اعمال مجرمانه بدهد. در اینجا عدم تعادل در رابطه قدرت آشکار است. در همین زمینه، ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی قابل ذکر است که قانون‌گذار برای اولین بار در سال ۱۳۳۹، به یکی از مصادیق این رفتار اشاره کرد. بر اساس این ماده، «دختری که در اثر اعمال حيله یا تهدید و یا سوءاستفاده از زیر دست بودن، حاضر برای همخوابگی نامشروع شده، می‌تواند از مرتکب علاوه بر زیان مادی، مطالبه زیان معنوی هم بنماید»^۳.

۳- دشمنی^۴: منظور از دشمنی، عبارت است از انتشار برخط اطلاعات غلط و خلاف واقع در شبکه اجتماعی در مورد یک شخص یا انتشار عکس متضمن تصویری منفی از وی با هدف صدمه به شهرت او. خاطر نشان می‌گردد که تغییر تصویر دیگری، در صورتی که عرفاً موجب ضرر گردد، به طور خاص بر اساس ماده ۷۴۴ قانون جرایم

1. Harassment.

۲. در همین زمینه، اظهارات شاکیه در پرونده مطرح در دادسرا قابل توجه می‌باشد. به تاریخ ۱۳۹۸/۱۱/۶ در وقت فوق‌العاده، جلسه شعبه... دادپاری دادرسی عمومی و انقلاب شهرستان... به تصدی امضاکننده ذیل تشکیل، و پرونده کلاسه پیوست، تحت نظر و رسیدگی قرار دارد. از همان سال‌هایی که اولین رابطه شکل گرفت، بنده این موضوع را به خاطر تهدیدهایی که می‌شدم، محرمانه نگه داشتم تا اینکه به خاطر فشارهای روانی زیاد که موجب بیماری جسمی بنده شد، نهایتاً این موضوع را با شوهرم در میان گذاشتم که بدواً تصمیم به طلاق گرفتند و....

۳. در واقع خسارت معنوی در کنار خسارت مادی در اکثر نظام‌های حقوقی دنیا پذیرفته شده است و روز به روز با توجه به گسترش فزاینده فضای سایبری، بر اهمیت آن افزوده می‌شود. بنابراین هم در شرع و هم در قوانین موضوعه فعلی جمهوری اسلامی ایران، امکان ورود ضرر و زیان معنوی و به ستوه آوردن در کنار خسارت مادی در نظر گرفته شده است و از همین روست که در قانون فوق، این امر پیش‌بینی گردیده است.

4. Denigration.

رایانه‌ای جرم‌انگاری شده است. اگرچه بهتر بود قانون‌گذار با رویکرد پیشگیری و صرف‌نظر از ورود یا عدم ورود ضرر، این اقدام را به طور مطلق جرم‌انگاری می‌نمود.^۱

۴- سرقت هویت: در سرقت هویت، مرتکب با استفاده از رمز ورود و نیم‌رخ و در واقع با هویت فردی دیگر، با هدف لطمه به شهرت وی، در شبکه‌های اجتماعی وارد می‌شود.^۲

۵- افشاء: و تشویق به برملاسازی که منظور از آن، به اشتراک گذاشتن اطلاعات شخصی و یا تصویر در آغوش گرفتن دیگری، بین تعدادی از افراد است.

۶- محرومیت: در این گونه، تعدادی از جوانان در محیط‌های مختلف مانند محیط بازی برخط یا اتاق‌های گفتگوی برخط، از طریق تکنیک‌هایی مانند منع یا محدودیت دسترسی، محروم می‌شوند.

۷- ردیابی: در ردیابی، فعالیت‌های برخط یک کاربر با هدف جمع‌آوری اطلاعات شخصی وی تعقیب می‌شود.

۱. بر اساس ماده ۷۴۴ (۱۶): «هر کس به وسیله سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی، فیلم یا صوت یا تصویر دیگری را تغییر دهد یا تحریف کند و آن را منتشر یا با علم به تغییر یا تحریف منتشر کند، به نحوی که عرفاً موجب هتک حیثیت او شود، به حبس از نود و یک روز تا دو سال یا جزای نقدی از پنج میلیون (۵/۰۰۰/۰۰۰) ریال تا چهل میلیون (۴۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد».

2. Impersonation.

۳. سرقت هویت یعنی اقدام عامدانه یک شخصی در استفاده از هویت دیگری به عنوان یک ابزار جهت به دست آوردن یک امتیاز مالی و یا سایر منافع. به طور خلاصه می‌توان گونه‌های مختلف سرقت هویت را به دو دسته تقسیم کرد: الف- در شکل اول، مرتکب به دنبال لطمه به شهرت و موقعیت فردی است که اطلاعات وی را سرقت کرده است. بر همین اساس به عنوان مثال، یک پروفایل جعلی را طراحی و در قالب هویت وی مطالبی را منتشر می‌کند. ب- در نوع دوم، بزهدکار با معرفی خود از جانب یک سازمان دولتی یا خصوصی، پیام‌هایی را به بزه‌دیدگان ارسال می‌کند و از طریق یک وبگاه جعلی، اطلاعات شخصی آن‌ها را به دست می‌آورد. در نهایت وی از طریق این اطلاعات به حساب‌های آماج انتخابی دسترسی می‌یابد و سپس عملیاتی را به نام و ذیل هویت ایشان به عمل می‌آورد (در این خصوص ر.ک: محمدی، ۱۳۹۹؛ خالقی و صالح‌آبادی، ۱۳۹۴: ۸۷-۱۱۴؛ سلیمان‌دهکردی و حیدریان، ۱۳۹۸).

4. Outing and trickery.

5. Exclusion.

6. Cyberstalking.

۸- ضبط تصاویر خشن:^۱ منظور از این گونه تهدید برخط، ضبط و تهیه ویدئو از صحنه‌های تحقیر بزه‌دیده و خشونت نسبت به وی با هدف انتشار برخط و افزایش فراوانی دسترسی به آن است. گفتنی است که قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۲۳ اردیبهشت ۱۳۹۹، انتشار وضعیت مخاطره‌آمیز اطفال در معرض خطر بزه‌دیدگی را مستوجب مجازات دانسته است. به عبارت دیگر از طفل در معرض خطر، حمایت کیفری افتراقی به عمل آمده است.^۲

۹- ترکیب متن و تصویر: یعنی ارسال یا انتشار برخط تصاویر یا ویدئوی معرفی یک فرد در حالت کاملاً برهنه یا نیمه‌برهنه با هدف قرار دادن وی در حالت آسیب‌پذیری. بی‌تردید شناخت این گونه‌ها که بر اساس تحقیقات جرم‌شناختی به دست آمده است، به علت‌شناسی تهدید برخط و در نهایت چگونگی پیشگیری از آن کمک خواهد کرد.

۲. علت‌شناسی و پیشگیری

مقایسه تجربه بزه‌دیدگی برخط پسران و دختران نسبت به جرم تهدید، از تفاوت اساسی بین این دو جنس در فرایند انطباق با وضعیت مجرمانه حکایت می‌کند. بر این اساس، دختران در مقایسه با پسران، با پیامدهای شدیدتری مواجه شده و به گونه‌ی دیگری آن را متحمل می‌شوند (Rapport du Comité d'experts sur la cyberintimidation, 2015: 29).

۱-۲. علت‌شناسی تهدید برخط در پرتو مطالعات روان‌شناسی شناختی

بررسی ویژگی‌های شناختی عمدتاً در حوزه روان‌شناسی شناخت قرار می‌گیرد. این رشته در معنای خاص، به مطالعه نحوه ادراک، یادگیری، یادسپاری و تفکر افراد در مورد اطلاعات می‌پردازد (استرنبرگ، ۱۳۹۶: ۱۸). بر این اساس، دختران و پسران از

1. Video recording/ happy slapping and hopping.

۲. بر اساس ماده ۱۹ این قانون: «هر کس هویت یا اطلاعات و اسرار طفل یا نوجوان بزه‌دیده یا در وضعیت مخاطره‌آمیز را افشا و یا جزئیات جرم ارتكابی توسط طفل و نوجوان یا علیه وی را از طریق رسانه‌های گروهی و یا با توزیع، تکثیر، انتشار و نمایش فیلم یا عکس یا مانند آن تشریح کند، به گونه‌ای که موجب تجری دیگران، اشاعه جرم، آموزش شیوه ارتكاب آن یا بروز هر گونه ضرر یا آسیب به طفل یا نوجوان یا خانواده وی شود، به مجازات حبس درجه شش قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شود».

ویژگی‌های شناختی متفاوت نسبت به یکدیگر برخوردارند و همین امر بر برداشت متفاوت آن‌ها از موقعیت‌های تهدید برخط که در آن قرار دارند، صرف‌نظر از شدت و نوع تهدید، تأثیر می‌گذارد. معمولاً دختران از یک خوش‌بینی و اعتماد به نفس پایین‌تری نسبت به پسران برخوردارند و بیشتر پذیرای ارزش‌های درونی هستند. همین دو ویژگی موجب می‌شود که آنان در مواجهه با این نوع تهدید، تأثیر منفی بیشتری بپذیرند. در واقع، بزه‌دیدگان خوش‌بین که از اعتماد به نفس بالاتری برخوردارند، برداشت و دریافت توأم با فشار روحی از وضعیتی که به لحاظ تهدید برخط با آن مواجه شده‌اند، ندارند و بر اساس همین طرز برداشت شخصی، راهبردهای انطباق کارآمدتری انتخاب می‌کنند. لذا آن دسته از دختران برخوردار از خوش‌بینی و اعتماد به نفس بالا که بزه‌دیده تهدید برخط می‌شوند، وضعیتی را که در آن قرار گرفته‌اند، کوتاه‌مدت و قابل کنترل تلقی کرده و معمولاً بیشتر در جستجوی انواع حمایت‌های حقوقی و اجتماعی متعاقب بزه‌دیدگی خود می‌باشند.

یکی دیگر از دلایل شدید بودن عواقب بزه‌دیدگی تهدید برخط برای دختران، تفاوت در نوع روابط بین مرتکب و بزه‌دیده، تنوع در نوع رفتار مرتکب و ماهیت آن می‌باشد. نتایج مطالعات در این حوزه نشان می‌دهد که دختران بیشتر بزه‌دیده تهدید برخط توسط یک فرد آشنا و پسران برعکس توسط یک ناشناخته بزه‌دیده می‌شوند. در واقع شدت بزه‌دیدگی در زمانی که مرتکب آشناست، بیشتر می‌باشد؛ زیرا بزه‌دیده دختر در این حالت، از برهم خوردن و شکسته شدن رابطه پیشین با مرتکب نیز متأثر است، در حالی که نسبت به پسران به ویژه زمانی که مرتکب ناشناخته و غیر آشناست، اساساً رابطه‌ای وجود نداشته تا ترک آن تأثر و افسردگی ایجاد کند.

یکی از دلایل این مسئله، نوع رابطه دوستی بین دختران و تفاوت آن با پسران است. در واقع دختران، وابستگی و عضویت در یک رابطه یا گروه را بیشتر ارزش می‌نهند. تربیت آنان نیز بدین صورت بوده است که پرخاشگری خود را مستقیم بروز ندهند و مواجهه فیزیکی و کلامی نداشته باشند. دختران در روابط با یکدیگر، بیشتر احساس همبستگی نموده و به همین دلیل چه به صورت گفتاری و چه نوشتاری و ارسال تصویر، اطلاعات شخصی و حتی رازهای مگو را در حد گسترده به اطلاع یکدیگر

می‌رسانند. لذا هر چه این رابطه صمیمی‌تر و عمیق‌تر گردد، اطلاعات ارسالی به دلیل اعتماد شکل گرفته بین دو طرف، شخصی‌تر می‌گردد (برای مطالعه بیشتر ر.ک: دهقان و نیکبخش، ۱۳۸۵). حال زمانی که اختلاف ظاهر می‌شود و یا هنگامی که نفر سوم با ورود خود آن حریم را تهدید می‌کند، نحوه مواجهه با این وضعیت به ویژه برای فردی که با چنین رفتاری روبه‌رو می‌گردد، دشوار می‌گردد. در این حالت، فرد آسیب‌دیده از آن همه اطلاعات ارزشمندی که در زمان برقراری رابطه به دست آورده است، سوءاستفاده نموده و به مناسبت آن‌ها را برملا و یا در اختیار فرد تازه‌وارد قرار می‌دهد. حتی ممکن است با هدف انتقام و به دلیل خیانت، آن را در شبکه‌های اجتماعی منتشر نماید.^۱

همچنین این فرد ممکن است راهبردهای غیر مستقیم مانند نشر برخط اکاذیب و یا تحقیرسازی وی نزد گروه دوستان را اتخاذ کند. گفتنی است که نوجوانان، اهمیت قابل توجهی برای رابطه دوستی قائل‌اند و نوعاً این نوع حمله‌ها می‌تواند رنج و درد جدی برای آسیب‌دیده ایجاد کند.

برعکس، پسران در روابط دوستانه با یکدیگر همانند یک بازی رایانه‌ای عمل می‌کنند؛ یعنی اطلاعات شخصی را کمتر به صورت شفاهی و یا پیام رد و بدل می‌کنند. از سویی، در صورت اختلاف و اختلال در روابط، بیشتر مستعد برخورد فیزیکی و یا دادن دشنام می‌باشند. به عبارت دیگر، این دسته به جای انتشار اسرار یکدیگر، به دنبال حل و فصل سریع از طریق حضور در سطح خیابان و درگیری فیزیکی مستقیم می‌باشند که معمولاً به نزاع منتهی می‌گردد (Ryan, 2001: 75).

بدین ترتیب با توجه به اینکه دنیایی که دختران در فضای ذهن از مخاطب برخط خود تصور می‌کنند، خیلی متعالی است، هنگام بروز تهدید، عمدتاً سکوت و یا فرار از موقعیت را به دلیل جنسیت و آسیب‌پذیری انتخاب می‌نمایند؛ در حالی که گزینه مطلوب پسران، رفتار تهاجمی و رودررو شدن است.

۱. نتایج برخی پژوهش‌ها نشان می‌دهد که «بی‌احتیاطی در رفتارها و تعاملات مجازی، زمینه‌های بزه‌دیدگی نوجوانان (غالباً دختران) را فراهم می‌کند و توسل نوجوانان (غالباً پسران) به تقصیر بزه‌دیده و مجازی بودن رفتارها، به تسهیل مسئولیت‌گریزی و بزهکاری آن‌ها می‌انجامد (ر.ک: حاجی ده‌آبادی و سلیمی، ۱۳۹۸).

۲-۲. پیشگیری از بزه‌دیدگی برخط

برنامه‌های پیشگیری از تهدید برخط به ویژه در محیط‌های آموزشی، بسیار اندک است. برخی از برنامه‌های موجود در مورد حساس‌سازی و اطلاع‌رسانی در خصوص این پدیده و نیز راهنمایی بزه‌دیدگان احتمالی جهت دستیابی به ابزارهای حمایتی، در دسترس همگان نمی‌باشد. البته برخی از کشورها به طور خاص، مقرراتی در ارتباط با جرم‌انگاری تهدید برخط و به ستوه آوردن به تصویب رسانده‌اند.^۱

یکی از دلایل نبود برنامه‌های ساختارمند، نظام‌مند و انحصاری این پدیده به ویژه در محیط تحصیلی، طبیعت این نوع جرم می‌باشد؛ زیرا بیشتر مصادیق تهدید برخط، نتیجه آشنایی آنان با دیگر افراد در خارج از محیط مدرسه است. به همین دلیل بهتر است که یک برنامه اقدام مشترک بین تهدید سنتی و برخط را طراحی کرد. چنین رویکردی مستلزم همکاری معلمان، مدیریت، والدین، دانش‌آموزان، جامعه محلی و نیز یک چارچوب قانونی مشخص جهت مداخله و حمایت از بزه‌دیدگان احتمالی است.

۲-۲-۱. نقش مدرسه

اقدام برای پیشگیری از تهدید برخط در سطح مدرسه، مستلزم یک برنامه‌ریزی و آمادگی دقیق است. در گام اول، تشکیل یک کمیته هماهنگی تا حد زیادی به تهیه یک برنامه کلی در سطح مدرسه کمک می‌کند (برای مطالعه بیشتر، ر.ک: رهگشا و دیگران، ۱۳۹۶؛ علوی، ۱۳۹۸). این کمیته جهت شروع می‌تواند یک پرسش‌نامه بی‌نام جهت ارزیابی نوع و گستره بزه‌دیدگی تهیه نماید تا پس از آن، مدرسه بتواند استفاده از شبکه‌های اجتماعی در ساعات حضور در آن محیط را مدیریت نماید. علاوه بر این، کمیته مذکور می‌تواند بعد از مدتی، اثربخشی برنامه‌های اجرا شده را مطالعه کند. این نهاد همچنین قادر خواهد بود آموزش کارکنانی را که مأموریت پیشگیری بر عهده آنان گذاشته شده است، بر عهده گیرد (اکبری و باقری‌نیا، ۱۳۹۹: ۲۳) و والدین و دانش‌آموزان را در صورت لزوم، جهت اعلام بزه‌دیدگی و طرح شکایت، به سمت نهادهای انتظامی

۱. راهکارهایی مانند پیشگیری اولین و سومین، از جمله الگوهای سیاست‌های حاکم بر مقررات پیشگیرانه در کاهش بزه‌ها و انحرافات برخط می‌باشد (ر.ک: ویلیامز، ۱۳۹۱).

و قضایی هدایت کند.^۱

اگرچه معمولاً این دسته، به دلیل عدم اطمینان از سرنوشت طرح شکایت، علاقه‌ای به اعلام بزه‌دیدگی خود نشان نمی‌دهند، ایجاد اطمینان از طرف مرجع قضایی می‌تواند به رفع این مانع کمک کند. در این خصوص، این تصمیم دادسرا قابل توجه می‌باشد:

«به تاریخ ۱۳۹۸/۱۱/۶ در وقت فوق‌العاده جلسه شعبه... دادیاری دادسرای عمومی و انقلاب شهرستان... به تصدی امضاکننده ذیل تشکیل و پرونده کلاسه پیوست تحت نظر و رسیدگی قرار دارد. مطابق ماده ۱۷۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، با احد از افرادی که با متهم ارتباط داشته است تماس حاصل شد و مخاطب بیان نمود که در شعبه حاضر می‌گردد و پس از حضور، با توجه به وضعیت خانوادگی و بیم‌هتک حیثیت و آبروریزی، خواستار محرمانه بودن اطلاعات هویتی خود شد، که توسط این مرجع قضایی احراز هویت گردید و مشخصات هویتی وی نزد این دادیاری مضبوط می‌باشد».

با این حال، برخی از راهبردهای ذیل، جهت ارتقاء قابلیت‌های اجتماعی و احساسی و برون‌رفت از وضعیت ایجادشده می‌توانند مؤثر واقع شود (رضوی‌فرد و دیگران، ۱۳۹۷: ۳۹):

- ۱- آموزش دانش‌آموزان بزه‌دیده تهدید برخط در خصوص پرهیز از تشدید تنش ایجادشده و منع پاسخ تحریک‌آمیز؛ ۲- فراهم کردن امکان برای دانش‌آموز بزه‌دیده جهت برقراری ارتباط با همسالان برخوردار از آداب معاشرت و در نهایت منصرف کردن مرتکب از طریق مداخله این دوستان؛ ۳- همکاری با والدین بزه‌دیده جهت افزایش حمایت از وی در محیط مجازی.

راهبردهای ذیل نیز نسبت به خود مرتکب قابل اعمال است: ۱- صحبت با مرتکب تهدید برخط و توضیح خواستن از وی در خصوص چرایی به ستوه آوردن دیگری در محیط مجازی؛ ۲- کمک به دانش‌آموز مرتکب و آگاه کردن وی مبنی بر اینکه چگونه می‌تواند در بین دوستان خود، یک سرگروه موفق باشد و رفتارهای اجتماعی

۱. برای مثال در خصوص پرونده مشهور به رومینا در شهر تالش، چنانچه اولیا و مربیان مدرسه با یافته‌های جرم‌شناسی پیشگیری در این خصوص آشنا بودند، می‌توانستند با مداخله زودهنگام از طریق هماهنگی با دادگستری و تغییر اوضاع و احوال پیش‌جنایی، مانع ارتکاب قتل شوند (در خصوص نقش پلیس در پیشگیری ر.ک: رازقی، ۱۳۹۹: ۶۴).

پیشه کند؛ ۳- در صورت لزوم می‌توان یک برنامه فردی با محتوای ارتقاء ظرفیت دوستی، حل و فصل مشکل و مدیریت خشم نسبت به مرتکب به کار گرفت.

۲-۲-۲. نقش دانش‌آموزان

بی‌تردید دانش‌آموزان بازیگران اصلی مسئله تهدید برخط می‌باشند؛ زیرا این عمل به‌طور خاص، به دور از چشمان والدین و اولیا و مربیان و به‌طور کلی بزرگسالان انجام می‌شود. به همین خاطر، پیشگیری نیز الزاماً از گذر مسئول‌سازی دانش‌آموزان درگیر و نیز دانش‌آموزان شاهد صورت می‌پذیرد. معمولاً دانش‌آموزان در صورت مواجه شدن با این پدیده، سکوت پیشه می‌کنند و یا اصرار دارند که هویت آن‌ها پنهان باقی بماند.^۱ بسیاری از آنان بیم دارند که در صورت اطلاع‌رسانی، دسترسی‌شان به اینترنت و تلفن قطع خواهد شد. بالتبع والدین نیز اخذ گوشی همراه و محرومیت را یکی از راه‌های پایان دادن به تهدید برخط می‌دانند. ولی در عمل، محرومیت از دسترسی، روش مناسبی برای حمایت از بزه‌دیده نیست؛ زیرا ادامه رابطه مبتنی بر تهدید و تسلط در مدرسه قابل انکار نیست. یکی از راهکاری پیشگیری که مورد نظر خود نوجوانان نیز می‌باشد، مسدود کردن ارسال پیام و صفحه نیم‌رخ مرتکب و یا تغییر مشخصات فردی مانند آدرس رایانامه، شماره تلفن و... است (جلالی‌فراهانی، ۱۳۸۴)؛ یعنی به جای درخواست کمک از بیرون، خود از رفتارهای واکنشی اجتناب کنند.

بدین ترتیب، یکی از رویکردهای پیشگیری، کمک به دانش‌آموزان جهت اطلاع از نتایج قانونی رفتار برخط و واکنش متناسب در زمانی که آماج یک تهدید قرار گرفته‌اند، می‌باشد.

با وجود این، برخی از اقدامات ذیل می‌تواند در پیشگیری از تهدید برخط و پایان دادن به آن در کوتاه‌ترین زمان مؤثر واقع شود: ۱- آموختن رفتارهای متناسب برخط و شیوه‌های حفاظت از حریم خصوصی (زیبر، ۱۳۹۰: ۱۶۸)؛ ۲- ترک محیط مجازی

۱. برای مثال، تقاضای شاکی در پرونده مطرح در دادسرا به شرح ذیل، بر همین امر دلالت دارد: «... و ضمناً در حال حاضر درخواست دارم در صورت امکان، اظهارات بنده به صورت محرمانه در پرونده مضبوط باشد. در ضمن شکایتی علیه آقای... اعلام نکرده و جهت عدم افشای اطلاعات مربوط به هویت و بیم و خطر حیثیتی، ذیل اظهارات خود را با اثر انگشت گواهی نمود».

در صورت مواجه شدن با تهدید و درخواست کمک از یک فرد مورد اعتماد؛
 ۳- عدم پاسخ به پیام‌های فرد مرتکب تهدید برخط؛ ۴- ضبط و ثبت و سپس مسدود کردن حساب وی جهت تأمین دلیل؛ ۵- چنانچه تهدید برخط با احتمال اقدام فیزیکی همراه باشد، اطلاع به فرد مورد اعتماد جهت گزارش به پلیس.

گفتنی است که قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۲۳ اردیبهشت ۱۳۹۹، در راستای پیشگیری از بزه‌دیدگی اطفال و نوجوانان کمتر از هجده سال و با توجه به اینکه رقم سیاه رفتارهای مجرمانه علیه این دسته نوعاً بالاست، کسانی را که از وقوع جرم یا شروع به آن یا خطر شدید و قریب‌الوقوع علیه طفل یا نوجوانی مطلع بوده یا شاهد وقوع آن باشند، مکلف نموده است که اقدامات فوری و متناسب برای جلوگیری از وقوع خطر و یا تشدید نتیجه آن انجام دهند.^۱

۲-۲-۳. نقش والدین

تهدید برخط اغلب در خارج از ساعات کلاس ارتکاب می‌یابد و اطلاع از آن برای والدین و مربیان چندان آسان نیست (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۷: ۱۴۲). به همین دلیل، این دسته باید از نزدیک فعالیت برخط فرزندان خود را دنبال نموده و علائم و نشانه‌های رفتاری ناشی از بزه‌دیده واقع شدن را شناسایی کنند.

در مواجهه با تهدید برخط، برخی از والدین رفتار معقول داشته، لیکن دسته‌ای منفعلانه برخورد می‌کنند. مربیان مدرسه می‌توانند این دسته را با شیوه‌های مناسب مواجهه با بزه‌دیدگی اطفال آشنا سازند. در هر صورت، آشنا شدن با شیوه‌های پیشگیری و مقابله با بزه‌دیدگی تهدید برخط، از خانواده شروع می‌شود.

۱. بر اساس ماده ۱۷ این قانون: «هر کس از وقوع جرم یا شروع به آن یا خطر شدید و قریب‌الوقوع علیه طفل یا نوجوانی مطلع بوده یا شاهد وقوع آن باشد و با وجود توانایی اعلام و گزارش به مقامات یا مراجع صلاحیتدار و کمک طلبیدن از آن‌ها، از این امر خودداری کند یا در صورت عدم دسترسی به این مقامات و مراجع و یا عدم تأثیر دخالت آن‌ها در رفع تجاوز و خطر، از اقدامات فوری و متناسب برای جلوگیری از وقوع خطر و یا تشدید نتیجه آن امتناع کند، مشروط بر اینکه با این اقدام، خطری مشابه یا شدیدتر و یا خطر کمتر قابل توجهی متوجه خود او یا دیگران نشود، به یکی از مجازات‌های درجه ششش قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شود».

نتیجه گیری

تهدید برخط، همان طور که بیان شد، علی‌رغم آثار مختلف آن بر دختران و زنان به عنوان گروه‌های آسیب‌پذیر و نیز با وجود برخورداری از رقم سیاه، به طور اختصاصی موضوع تدابیر خاص پیشگیری - کیفری قرار نگرفته است. از سویی، بزه‌دیدگان این عمل مجرمانه با وجود تحمل بزه‌دیدگی مکرر، به دلیل نگرانی از صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی یا اجتماعی، از طرح شکایت امتناع می‌کنند. همین امر موجب می‌شود که یک تهدید ساده برخط، به یک قتل منتهی گردد. لذا از سه منظر می‌توان نسبت به پیشگیری گذر از اندیشه به عمل در این حوزه نگریست:

حالت نخست، پیشگیری کیفری از طریق اتخاذ تدابیر احتیاطی فوری توسط بازپرس بر اساس ماده ۹۷ قانون آیین دادرسی کیفری، در صورتی که احتمال تهدید جدی علیه تمامیت جسمانی و حیثیت بزه‌دیده وجود داشته باشد. لذا بر اساس این ماده، بازپرس به منظور حمایت از بزه‌دیده در برابر تهدیدات، در صورت ضرورت، انجام برخی از اقدامات احتیاطی را به ضابطان دادگستری دستور دهد.

حالت دوم، با توجه به اینکه عمده تدابیر موجود در حوزه تهدید، چه در محیط حقیقی و چه مجازی، واکنشی و پسینی است، پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار در راستای پیشگیری از تهدید برخط، یک ماده به شرح ذیل به قانون جرایم رایانه‌ای الحاق نماید: «هر گاه شخصی، دیگری را در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی تهدید کند، صوت یا تصویر یا فیلم خصوصی یا خانوادگی او یا اسرار دیگری را منتشر کند یا دسترس دیگران قرار دهد و صریحاً نظرش را بر ارتکاب این عمل اظهار نماید، ضابطان دادگستری مکلف‌اند بلافاصله با دستور دادستان، تدابیر و اقدامات لازم را در جهت رفع خطر، کاهش آسیب و پیشگیری از وقوع جرم انجام داده و گزارش موضوع و اقدامات خود را حداکثر ظرف مدت یک ساعت به اطلاع دادستان برسانند. همچنین، دادستان بنا به تقاضای شخص تهدیدشده می‌تواند از متهم بخواهد تعهد دهد که مرتکب جرم نگردد و وجه‌الضمان متناسب برای این امر بدهد».

در پایان پیشنهاد می‌شود به منظور پیشگیری پایدار از بزهکاری در محیط مجازی، یک منشور اخلاق حرفه‌ای محیط‌های تحصیلی به شرح ادامه تنظیم گردد؛ یعنی مجموعه‌ای از قواعدی که رعایت آن‌ها برای تأمین امنیت همه کاربران لازم‌الرعایه باشد:

۱- من می‌دانم که در محیط مجازی صفحاتی وجود دارد که محتوای آن آزاردهنده و مخالف اخلاق و مقررات است؛ لذا در صورت مواجه شدن با این نوع محتوا، معلم را مطلع خواهم ساخت؛ جز در حضور معلم یا مربی وارد هر سایتی نخواهم شد؛ در محیط مجازی همانند محیط حقیقی، من مسئول هرآنچه می‌نویسم و می‌گویم هستم؛ من آگاه هستم که هرآنچه می‌نویسم و می‌گویم توسط دیگران خوانده و شنیده می‌شود؛ من در صحبت کردن و نوشتن، حقوق مخاطبان را رعایت می‌کنم؛ من در محیط مجازی با زبان ادب سخن می‌گویم و از به کار بردن واژه‌ها و جملات توهین یا تهدیدآمیز دوری می‌کنم.

۲- من آگاه هستم که اینترنت یک ابزار ارتباطی ورود به دنیاست؛ لذا اطلاعات مربوط به خود و خانواده از جمله نشانی، تلفن و مشخصات مالی را در اختیار قرار نمی‌دهم؛ حقوق معنوی صاحبان آثار مکتوب، عکس و صوت را حفظ می‌کنم؛ متوجه این نکته هستم که همه اطلاعات مربوط به جستجوی من در محیط مجازی، قابل مشاهده و ردیابی است و باقی می‌ماند.

کتاب‌شناسی

۱. استرنبرگ، رابرت، *روانشناسی شناختی*، ترجمه سیدکمال خرازی و الهه حجازی، تهران، سمت، ۱۳۹۶ ش.
۲. اسلامی، ابراهیم، «جایگاه حمایت از بزه‌دیدگان جرایم سایبری در مقررات کیفری حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل»، *پژوهشنامه حقوق اسلامی*، سال هفدهم، شماره ۱ (پیاپی ۴۳)، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
۳. اکبری، زهرا، و حدیث باقری‌نیا، «نقش آموزش و پرورش در کاهش بزهکاری در مدارس»، *مجموعه مقالات نخستین همایش ملی پیشگیری از بزه‌دیدگی زنان و کودکان در فضای مجازی*، یزد، آبان ۱۳۹۹ ش.
۴. جلالی‌فراهانی، امیرحسین، «پیشگیری وضعی از جرائم سایبر در پرتو موازین حقوق بشر»، *فصلنامه فقه و حقوق*، شماره ۶، ۱۳۸۴ ش.
۵. حاجی‌ده‌آبادی، احمد، و امیر اعتمادی، «اخاذی در حقوق کیفری ایران و انگلستان»، *فصلنامه مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، دوره هفتم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۴ ش.
۶. حاجی‌ده‌آبادی، محمدعلی، و احسان سلیمی، «بزهکاری و بزه‌دیدگی بومی‌های اینترنت: از علت‌شناسی تا پاسخ‌دهی در پارادایم ترمیمی»، *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، شماره ۱۲، بهار و تابستان ۱۳۹۸ ش.
۷. همان‌ها، «علت‌شناسی بزه‌دیدگی زنان در شبکه‌های اجتماعی: مطالعه موردی شبکه اجتماعی فیس‌بوک»، *فصلنامه زن و جامعه (جامعه‌شناسی زنان)*، دوره نهم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۷ ش.
۸. خالقی، ابوالفتح، و زهرا صالح‌آبادی، «مطالعه سرقت هویت در حقوق فدرال آمریکا با نگاهی اجمالی به حقوق ایران»، *دوفصلنامه حقوق تطبیقی*، دوره سوم، شماره ۱۰۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ ش.
۹. دهقان، علیرضا، و مرسده نیکبخش، «مطالعه شیوه رفتار افراد در محیط مجازی: شکل‌گیری روابط صمیمانه در اتاق‌های گپ‌زنی اینترنت»، *فصلنامه انجمن ایرانی مطالعات فرهنگی و ارتباطات*، شماره ۶، ۱۳۸۵ ش.
۱۰. رازقی، سیدمهدی، «نقش پلیس در پیشگیری از جرایم علیه زنان و بزه‌دیدگی آنان در فضای مجازی»، *مجموعه مقالات نخستین همایش ملی پیشگیری از بزه‌دیدگی زنان و کودکان در فضای مجازی*، یزد، آبان ۱۳۹۹ ش.
۱۱. رازقی، نادر، و مهدی علیزاده، «اینترنت و جامعه‌پذیری مجازی نوجوانان (مطالعه موردی: دانش‌آموزان مقطع متوسطه دوم شهر ساری)»، *فصلنامه مطالعات توسعه اجتماعی-فرهنگی*، دوره پنجم، شماره ۴، بهار ۱۳۹۶ ش.
۱۲. رحیمی، محمدمهدی و دیگران، «جرم‌تهدید در حقوق کیفری ایران و آمریکا»، *تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری*، دوره چهاردهم، شماره ۳۶، تابستان ۱۳۹۷ ش.
۱۳. رضوی‌فرد، بهزاد و دیگران، «پیشگیری از بزه‌دیدگی جنسی در شبکه‌های اجتماعی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره هشتاد و دوم، شماره ۱۰۴، زمستان ۱۳۹۷ ش.
۱۴. رهگشا، امیرحسین و دیگران، «پیشگیری رشد‌مدار از بزهکاری کودکان و نوجوانان در فضای سایبر»، *ماهنامه آفاق علوم انسانی*، شماره ۱۰، بهمن ۱۳۹۶ ش.
۱۵. زبیر، اولریش، *جرایم رایانه‌ای*، ترجمه محمدعلی نوری، رضا نخجوانی، مصطفی بختیاروند و احمد رحیمی مقدم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش.
۱۶. سلیمان‌دهکردی، الهام، و ارشیاناز حیدریان، «تبیین سرقت هویت در نظام کیفری ایران»، *پژوهشنامه حقوق فارس*، سال دوم، شماره ۲، بهار ۱۳۹۸ ش.

۱۷. علوی، سیدمحمدرضا، *پیشگیری رشد مدار از بزهکاری کودکان و نوجوانان در فضای مجازی*، تهران، امجد، ۱۳۹۸ ش.
۱۸. قربانی، علیرضا، و مایسا تازنگ، «علل گرایش نوجوانان به استفاده از چت و شبکه اجتماعی (فیس‌بوک) (مطالعه موردی: نوجوانان ۱۴ تا ۱۷ سال گنبد کاووس)»، ارائه شده به کنگره بین‌المللی علوم اسلامی، علوم انسانی، تهران، آذر ۱۳۹۵ ش.
۱۹. کرامتی معز، هادی و دیگران، «پیوند گرایش به شبکه‌های اجتماعی مجازی و بزه‌دیدگی نوجوانان»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل*، شماره ۴۵، پاییز ۱۳۹۸ ش.
۲۰. کردعلیوند، روح‌الدین، و محمد میرزایی، «گونه‌شناسی جرایم سایبری با نگاهی به قانون جرایم رایانه‌ای و آمار پلیس فتا»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هشتاد و دوم، شماره ۱۰۲، تابستان ۱۳۹۷ ش.
۲۱. کنعانی، محمدامین، و حمیده محمدزاده، «مطالعه گمنامی در روابط اینترنتی و عوامل جامعه‌شناختی مؤثر بر آن»، *فصلنامه جامعه‌شناسی کاربردی*، سال بیست و نهم، شماره ۲ (پیاپی ۷۰)، تابستان ۱۳۹۷ ش.
۲۲. مالیر، محمود، و احسان زورخ، «پیشگیری از بزه‌دیدگی سایبری»، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، دوره ۱۳۸۹، شماره ۱۷، زمستان ۱۳۸۹ ش.
۲۳. محمدی، کاووس، *سرقت هویت از منظر جرم‌پایی*، رساله دکتری دانشگاه علوم انتظامی، ۱۳۹۹ ش.
۲۴. منفرد، محبوبه، «بررسی جرم‌شناسی بزهکاری رایانه‌ای»، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، سال هفتم، شماره ۲۵، زمستان ۱۳۹۱ ش.
۲۵. منفرد، محبوبه، و امیرحسین جلالی فراهانی، «کدهای رفتاری و پیشگیری از بزهکاری»، *پژوهشنامه حقوق کیفری*، سال سوم، شماره ۲ (پیاپی ۶)، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ ش.
۲۶. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «از جرم‌شناسی حقیقی تا جرم‌شناسی مجازی»، *دیباچه در: پیکا، زرژ، جرم‌شناسی*، ویراست دوم، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۲۷. همو، «جرم‌شناسی در فضای سایبر»، *مجله تعالی حقوق*، سال چهارم، شماره ۳۶، شهریور ۱۳۸۸ ش.
۲۸. همو، «درباره بزهکاری و جرم‌شناسی سایبری»، *مجله تعالی حقوق*، سال چهارم، شماره ۳۶، شهریور ۱۳۸۸ ش.
۲۹. ویلیامز، متیو، *بزهکاری مجازی؛ بزه، انحراف و مقررات‌گذاری برخط*، ترجمه امیرحسین جلالی فراهانی و محبوبه منفرد، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش.
30. Bégin, Mathieu, *Agir contre la cyberintimidation avec la vidéo numérique et YouTube*, Thèse, Université de Montréal, 2016.
31. Jaffer, Mobina S. B., "La cyberintimidation, ça blesse! Respect des droits à l'ère numérique", Décembre 2012.
32. Rapport du Comité d'experts sur la cyberintimidation, Gouvernement du Québec, "Cyberintimidation", septembre 2015.
33. Ryan, Nancy, *Les effets de la cyberintimidation chez les filles qui en sont la cible*, Université de Montréal, 2001.
34. Sardá, Thais & Simone Natale & Nikos Sotirakopoulos & Mark Monaghan, "Understanding online anonymity", *Media, Culture & Society*, Vol. 41(4), 2019.

مجازات قتل در تکرار جرایم منافی عفت با تأکید بر تکملة المنهاج*

□ سمیه صفایی بازارجمعه^۱

چکیده

مشهور فقهای امامیه با استناد به معتبره ابوبصیر، حکم به قتل مرتکب جرم منافی عفت حدی در مرتبه چهارم داده‌اند و عده قلیلی نیز با استناد به صحیحه یونس، قائل به قتل مرتکب در مرتبه سوم هستند. نگارنده در این مقاله در پی آن بوده است تا حکم تکرار جرایم منافی عفت مستوجب حد را که مجازات آن اعدام مرتکب می‌باشد و همچنین ادله آن را در آراء فقهای امامیه بررسی نماید. از طرفی، به نحو انحصاری به نظر آیه‌الله خویی در تکملة المنهاج که قائل به تفکیک رأی در بار سوم و چهارم بین مصادیق مختلف این جرایم است، پردازد و نیز به طور مبسوط، ادله اقوال را نقد کند و در نهایت با لحاظ لزوم تدقیق در احکام شرعی و تأکید بر مخدوش بودن برخی از ادله و ناسازگاری آشکار آن با لزوم رعایت احتیاط در دماء، ماده ۱۳۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲ را مناسب‌تر با احتیاط می‌داند.

واژگان کلیدی: تکرار جرم، منافی عفت، اعدام، آیه‌الله خویی.

مقدمه

«جرایم منافی عفت» در فقه امامیه، قانون مجازات اسلامی و دیگر قوانین، تعریف نشده و این امر موجب بروز اختلاف نظر در تعیین مصادیق آن گردیده است. لکن می‌توان گفت که این جرایم، به جرایم منافی عفت حدی و غیر حدی قابل تقسیم است.

از طرف دیگر، یکی از مسائل حائز اهمیت در بحث مجازات مرتکبان جرم، تشدید مجازات‌ها می‌باشد که دارای مصادیق فراوانی است. تشدید مجازات، بدین معناست که مجازات جرمی به جهات قانونی، مستقیماً از ناحیه مقنن یا توسط قاضی افزایش یابد که ممکن است به صورت افزایش میزان مجازات، افزایش تعداد مجازات، تبدیل به مجازات شدیدتر، افزودن مجازات تبعی و یا تفویض اختیار به قاضی برای اعمال مجازات تکمیلی و... به عمل آید (نوروزی فیروز، ۱۳۹۰: ۲۹۷).

موضوع تکرار جرم، یکی از مصادیق تشدید مجازات است که در آراء فقهای امامیه بدان توجه شده است و در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ نیز در قالب کلیات قانون مطرح شده و چهار ماده را به خود اختصاص داده است که در خصوص تکرار جرایم تعزیری، ماده ۱۳۷ همان قانون، در صورت وجود شرایط مقرر، دادگاه را ملزم به تعیین مجازات برای مجرم، بیش از حداکثر مجازات قانونی کرده است، به شرطی که از یک و نیم برابر آن تجاوز ننماید. اما در خصوص تکرار جرایم حدی در ماده ۱۳۶ همان قانون صراحتاً بیان می‌دارد:

«هر گاه کسی سه بار مرتکب یک نوع جرم موجب حد شود، حد وی در مرتبه چهارم اعدام است؛ البته در صورتی که هر بار، حد آن جرم بر مرتکب جاری گردد».

بنابراین مشخص است که موضوع تکرار، شامل جرایمی که حکم آن‌ها در ابتدا اعدام است، نمی‌گردد.

در این میان آیه‌الله خویی نیز نگاه ویژه‌ای به مسئله تکرار جرم، بالاخص در جرایم منافی عفت حدی داشته است و تفکیک نظر وی در برخی مصادیق آن، حاکی از

دقت نظر او و نیز اهمیت دوچندان موضوع است.

بدین جهت مقاله حاضر به طرح این پرسش پرداخته است که دلیل اختلاف نظر فقهای امامیه در حکم وجوب کیفر اعدام در بار سوم و یا چهارم (به حسب اختلاف موجود) در جرایم منافی عفت حدی چیست؟ همچنین با نگاه تحلیلی انتقادی خود به ادله وجوب اعدام در هر دو قول و نیز قول آیه الله خویی، به این سؤال مهم می پردازد که آیا ماده ۱۳۶ ق.م.ا. سال ۱۳۹۲ بر پایه موازین شرعی است یا خیر؟ لذا نخست به طرح برخی مفاهیم و ابهامات آن پرداخته و سپس به مستندات فقها و نیز آیه الله خویی می پردازد.

منافی در لغت به معنای مغایرت و ناسازگاری است (آذرنوش، ۱۳۸۱: ۷۰۷) و عفت به معنای پاکدامنی، شرم و حیاست (همان: ۴۴۶). با وجود اینکه قانون گذار در خصوص جرایم منافی عفت، تعریف خاصی ارائه نکرده است، اما از تعاریف حقوق دانان می توان نتیجه گرفت که هر گونه رفتار جنسی نامشروع و خلاف عرف را اعمال منافی عفت می نامند. البته در تبصره ماده ۳۰۶ ق.آ.د.ک. بیان شده است که منظور از جرایم منافی عفت در این قانون، جرایم جنسی حدی (است) و همچنین جرایم رابطه نامشروع تعزیری مانند تقبیل و مضاجعه.

در این گونه جرایم که ریشه در مذهب و عرف جامعه دارد، ضرر و زیان بیش از آنکه مادی باشد، معنوی و روانی است. لذا در برخی از مصادیق آن قابل جبران نیست و شاید به همین جهت است که بزه دیده، تمایلی به گزارش دادن موضوع به مراجع ذی ربط ندارد و رقم واقعی این گونه جرایم مشخص نیست. همچنین شاید باز به دلیل متأثر بودن این جرایم از مؤلفه های سنتی و مذهبی باشد که مصادیق آن ذکر نشده و تعیین آن به عهده قاضی گذاشته شده است؛ چرا که با تغییر یکی از این معیارها، مصادیق آن نیز تغییر می کند. با این اوصاف می توان به قطع گفت که این دسته جرایم، به جرایم مستوجب حد (شامل زنا، لواط، مساحقه، قوادی) و غیر مستوجب حد (شامل روابط نامشروع مادون زنا و...) قابل تقسیم است و با توجه به موضوع مورد بحث (قسم اول)، در مواد ۲۲۱ تا ۲۴۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به مجازات جرایم مستوجب حد پرداخته شده و در سایر مواد نیز به برخی از جرایم تعزیری اشاره شده است. شایان ذکر است که قانون گذار در ماده ۲۴۱ تأکید می کند که در صورت فقدان ادله اثباتی

قانونی بر وقوع جرایم منافی عفت و انکار متهم، هر گونه تحقیق و بازجویی جهت کشف امور پنهان و مستور از انظار ممنوع است و بلافاصله استثنائات مطلب فوق را ذکر می‌نماید و موارد احتمال ارتکاب یا عنف، اکراه، آزار، ربایش یا اغفال یا مواردی را که به موجب این قانون، در حکم ارتکاب به عنف است، از شمول این حکم مستثنا می‌داند. اما در جرایم منافی عفت تعزیری نیز نکته حائز اهمیت، عدم توجه و عدم جرم‌انگاری برخی اعمال مانند رابطه نامشروع جهت اخذی است که امروزه در دنیای سیاست به هدف اخذی از رجل سیاسی فراگیر شده است. عدم توجه قانون‌گذار در جرم‌انگاری موارد مذکور به ویژه در زمینه انحرافات جنسی مانند ساخت و فروش و نگهداری ادوات سکس بدون ایجاد رابطه مشروع، استمنا و... که خود نوعی چالش محسوب می‌شود، سبب بروز مشکلات در حوزه‌های مختلف و ایجاد ابهامات اساسی در این زمینه شده است. علاوه بر همه این‌ها باید به عدم پیش‌بینی واکنش کیفری و اقدامات تأمینی مناسب در قبال برخی از این جرایم و انحرافات نیز اشاره نمود.

از طرفی، تکرار در لغت به معنای بارها و بارها و چندین بار است (همان: ۵۸۲) و در تعریف تکرار جرم گفته شده است که حالت شخصی است که به طور قطعی به مجازات محکوم شود و به واسطه ارتکاب مجدد جرم در معرض محکومیت جزایی قرار گیرد (علی‌آبادی، ۱۳۶۸: ۲/۲۸۶). از آراء فقها نیز چنین برمی‌آید که عنوان تکرار جرم در صورتی معنا می‌یابد که فردی سه یا چهار بار به حسب اختلاف نظر موجود، مرتکب جرمی از یک نوع گردیده و حد آن هر بار اجرا شده باشد. بنابراین اگر فردی سه بار مرتکب زنا شود و در بار سوم، یک حد بر او جاری گردد و او مجدداً زنا کند، کشته نمی‌شود و پر واضح است همان گونه که قبلاً نیز ذکر شد، موضوع تکرار، شامل جرایمی که حکم آن‌ها در ابتدا اعدام است، نمی‌گردد و این جرایم موضوعاً از مقوله تکرار جرم خارج می‌شوند.

شایان ذکر است که برخی از ابهامات موجود در تکرار جرایم حدی، در مانحن‌فیه (تکرار جرایم منافی عفت حدی) وجود ندارد؛ از جمله تفاوت در کیفیت مجازات‌های قابل فرض مثلاً در جرمی مانند قذف که در صورت تکرار جرم، عیناً مجازات قبلی تکرار خواهد شد و مقایسه آن با سرقت که در صورت تکرار، مجازات‌هایی مانند قطع

پای چپ، حبس ابد و در نهایت اعدام در نظر گرفته شده است و در مانحن فیه تفاوتی در مجازات‌ها از این جهت وجود ندارد.

یکی از مسائل مهم دیگر در باب تکرار جرایم که به نظر نگارنده، مورد غفلت فقها و حقوق‌دانان قرار گرفته است و همچنان مبهم است، تأثیر توبه بر مجازات در فرض تکرار جرم است. با اندک بررسی در متون شرعی درمی‌یابیم که دلیل حکم وجوب قتل دربار سوم یا چهارم، سبک شمردن گناه توسط مرتکب و عادت وی به ارتکاب آن است. از طرف دیگر، ائمه معصومین علیهم‌السلام تأکید کرده‌اند:

«أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: الْمُقِرُّ بِذَنْبِهِ كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ [وَإِذَا كَانَ الرَّجُلُ فِي جَوْفِ اللَّيْلِ فِي صَلَاتِهِ] وَيَقْرَأُ اللَّهُ بِذَنْبِهِ وَيَسْأَلُهُ التَّوْبَةَ وَفِي عَهْدِهِ أَنْ لَا يَرْجِعَ إِلَيْهِ فَاللَّهُ يَعْفِرُ لَهُ إِنْ شَاءَ»
(نوری طبرسی، ۱۳۶۸: ۱۱۶/۱۲)؛ اقرارکننده به گناه، مثل کسی است گناهی بر او نیست [و وقتی که مرد در دل شب در نمازش باشد] و برای خدا به گناهش اقرار کند و طلب توبه نماید و به گناهش برنگردد، پس خداوند او را می‌بخشد، اگر بخواهد.

پس چرا نباید توبه از جرمی را که حتی حد آن نیز جاری شده و دیگر ظن وقوع توبه به دلیل فرار از اجرای حد به حسب مورد وجود ندارد و حال به دلایلی مجدداً جرم تکرار شده است، مؤثر در حکم تکرار جرم دانست و حکم اعدام را ساقط کرد. به هر حال باید در این زمینه بیشتر تدقیق کرد و طبق آن قانون‌گذار را مجاب کرد که چه بسا بین مجرمی که توبه کرده است و مجرمی که از کار خود پشیمان نیست، حکماً تفاوت وجود دارد. موارد ذکر شده تنها برخی ابهامات موجود در مسئله است و پرداختن به تمام موارد و بحث درباره آن، در این مقال نمی‌گنجد.

۱. وجوب قتل در مرتبه سوم؛ ادله و نقد

در ابتدا ذکر یک نکته ضروری است که مشهور فقهای امامیه با وجود اینکه حکم به مجازات اعدام برای مجرمی داده‌اند که سه یا چهار بار (به حسب اختلاف نظر موجود) مرتکب جرمی شده است، اما در جزئیات مسئله فروض زیادی وجود دارد و دیده شده است که یک فقیه در دو جرم حدی، دو نظر مختلف داده است و یا حتی در دو کتاب مختلف درباره یک جرم، دو نظر ارائه کرده است. لذا نظر فقهای را که

در هر جرم، نظری جدا از جرایم دیگر دارند، نیز جداگانه بیان می‌کنیم.

تعداد فقهای که در جرایم منافی عفت حدی، قائل به قتل در مرتبه سوم شده‌اند، به‌طور قابل توجهی کمتر از قائلان به قتل در بار چهارم و انگشت‌شمار می‌باشد. از جمله اولین فقهای که می‌گویند اولی از نظر وی، قتل مرتکب زنا، لواط و مساحقه در مرتبه سوم تکرار است، ابن ادریس است که دلیل آن را قول معصوم علیه السلام می‌داند که مورد اجماع نیز می‌باشد^۱ (ابن ادریس حلّی، ۱۴۱۰: ۴۶۱/۳).

قبل از وی، شیخ صدوق در *المقنع* در باب زنا و در جایی که مردی با زن غیر متأهلی زنا کند، قائل به اجرای صد ضربه تازیانه و در بار دوم نیز صد ضربه تازیانه می‌باشد و اینکه چنین فردی در بار سوم کشته می‌شود^۲ (صدوق، ۱۴۱۵: ۴۳۹). ظاهراً در بین فقهای امامیه متقدم، کسی جز ابن ادریس و شیخ صدوق صراحتاً به قتل در بار سوم متعرض نشده است؛ چنان که فقهای چند نیز به این مسئله اشاره داشته‌اند.^۳

علامه حلّی نیز در تبصره، در مورد تکرار زنا قائل به قتل در مرتبه سوم است (علامه حلّی، ۱۴۱۱: ۱۸۵)؛ اگرچه در باب لواط و مساحقه، در *مختلف الشیعه* نظر دیگری دارد. در بین فقهای متأخر نیز آیه‌الله خویی در لواط و مساحقه قائل به این نظر است که در جای خود به آن می‌پردازیم.

مهم‌ترین دلیل قائلان به اعدام در بار سوم، روایت است. خبر یونس از امام کاظم علیه السلام از نظر برخی فقها^۴ تنها دلیل قائلان به این نظر است. روایت محمد بن یحیی از احمد بن محمد از صفوان از یونس از امام کاظم علیه السلام که در آن آمده است: «أصحاب الكبائر كلّها إذا أقيم عليهم الحدود مرتين، قتلوا في الثالثة...» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹/۲۸)؛ مرتکبان همه گناهان کبیره هر گاه دو بار حد بر آن‌ها جاری شود، در مرتبه سوم کشته می‌شوند.

۱. «الأولی عندی أنه یقتل هو والزانی فی الثالثة، لقولهم علیهم السلام المجمع علیه، أن أصحاب الكبائر یقتلون فی الدفعة الثالثة وهؤلاء بلا خلاف أصحاب کبائر.»
۲. «الحرّ إذا زنی بغير محصنة ضرب مائة جلدة، فإن عاد ضرب مائة جلدة، فإن عاد الثالثة قتل.»
۳. «لو حدّ مع کلّ مرّة، قُتِل فی الثالثة وفقاً للصدوق و الحلّی» (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۴۹۲/۱۵).
۴. «... إن كان بعيداً والعجب من ابن ادریس أنه اختار هذا المذهب النادر بالنسبة مع عدم ظهور دليله عليه سوى هذه الرواية مع اقتضاء ظاهر الآية الجدل فقط، فتأمل» (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۹۰/۱۳).

گفته شده است که روایت مذکور، از حیث سندى کامل است و تمامى روات آن، موثق هستند و نیز این روایت دارای شهرت فتوایی است؛ تا آنجا که خوانساری با اینکه فقیه محتاطی است، مى فرماید:

«چرا روایت یونس را کنار بگذاریم، حکم روایت این است که بعد از دو بار حد، حکم در مرتبه سوم، قتل است» (خوانساری، ۱۴۰۵: ۷۸۹).

اجماع، دلیل دیگری است که در این باره وجود دارد و ابن ادریس بلافاصله بعد از ذکر قول معصوم عنه، از آن نام مى برد و ادعا مى کند که فقها بر این مسئله اجماع کرده اند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۶۱/۳). در نتیجه، ادله قائلان به وجوب اعدام در مرتبه سوم تکرار جرایم، روایت و اجماع است.

حال به نقد ادله این نظر مى پردازیم. ذکر شد که مهم ترین دلیل قائلان به اعدام در بار سوم، روایت محمد بن یحیی از احمد بن محمد از صفوان از یونس از امام کاظم عنه است که از نظر برخی از فقها، تنها دلیل قائلان به این نظر است. اما این روایت از جهت سندى دارای ایراد است؛ زیرا ناقلانى مثل یونس و احمد بن محمد و نیز محمد بن یحیی و صفوان مشترک هستند... و از جهت دلالتى نیز دارای مناقشاتى است... و روایت، قاصر از مدعاى آنهاست (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۹۰/۱۳). ضمن اینکه ایراد کلی تعارض، بر هر دو دسته روایات - اعدام بار سوم و بار چهارم - نیز وارد است. در خصوص تکرار جرم در لواط و مساحقه نیز روایات انحصارى در دست نیست؛ گرچه به طور کلی روایاتى وجود دارند که یکسان نیستند؛ از جمله اینکه حد لواط را همچون حد زنا مى داند، مانند روایت زراره از امام محمد باقر عنه که در آن تصریح شده است:

«الْمَلُوطُ حَدُّهُ حُدُّ الزَّانِي» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۱۵۳/۲۸)؛ حد کسی که با او لواط مى شود، همچون حد زانی است.

روایات دیگری نیز ایقاب را شرط مى دانند^۱ (همان: ۱۵۷/۲۸) و برخی احصان را

۱. «عن سليمان بن هلال عن أبي عبد الله عنه في الرجل يُفعل بالرجل. قَالَ: فَقَالَ: إِنْ كَانَ دُونَ النَّقْبِ فَالْجُلْدُ، وَإِنْ كَانَ نَقْبَ أَقِيمَ قَائِمًا ثُمَّ ضُرِبَ بِالسَّيْفِ ضَرْبَةً أَخَذَ السَّيْفُ مِنْهُ مَا أَخَذَ. فَقُلْتُ لَهُ: هُوَ الْقَتْلُ. قَالَ: هُوَ ذَلِكَ».

شرط می‌دانند^۱ (همان: ۱۵۸/۲۸) و اما روایاتی دیگر مجازات فاعل را همچون زانی می‌دانند و جزای مفعول را در هر حال اعدام می‌دانند^۲ (همان: ۱۵۴/۲۸). در خصوص مساحقه نیز حد مساحقه‌کننده، حد زانی شمرده شده است^۳ (همان: ۱۶۵/۲۸). بنابراین اگر بپذیریم که حکم تکرار این دو جرم نیز به زنا ملحق می‌شود، ایراد سابق در اصل اعدام مرتکب در بار سوم، در اینجا نیز وارد خواهد بود.

در خصوص اجماع ادعایی ابن ادریس نیز باید گفت که صحت چنین اجماعی با توجه به اختلاف نظر فقها و همچنین وجود تعارض با اجماع ادعایی قول مقابل، محل تردید است و نه تنها چنین اجماعی ثابت نیست، بلکه عدم اجماع ثابت است، تا جایی که ابوصلاح حلبی، ابن ادریس را نکوهش می‌کند که چگونه ممکن است با وجود این اندازه از اختلاف نظر بین فقیهان، ادعای اجماع کرد (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۱۵۶). ضمن اینکه کبرای قضیه مشکل دارد؛ چرا که چنین اجماعی، اجماع مدرکی است و مستند فتوای فقها در آن معلوم است و دلیلی را که اجماع‌کنندگان به آن تمسک کرده‌اند، می‌شناسیم؛ لذا چنین اجماعی حجت نیست.

از طرفی با فرض بر تمام بودن دلیل روایی، با وجود اینکه عقل جایی برای جولان ندارد، اما عقلاً پذیرفتن اینکه در صورت ارتکاب زنا، لواط و... در مرتبه سوم، حکم آن اعدام باشد، بسیار سخت است. البته شدت دادن به مجازات در صورت تکرار، عقلایی است، اما نه با سلب حیات و جان آدمی که حفظ آن، خود یکی از قواعد مسلم عقلاست و شیوه عقلایی بر آن استوار است و با آموزه‌های شرعی نیز در تعارض است؛ چرا که با توصیه شارع مقدس و حفظ جان آدمی و احتیاط در دماء سازگار نیست.

۱. «جعفر بن محمد عن أبيه: أن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: حد اللوطي مثل حد الزاني؛ إن كان مُحْصَنًا رُجِمَ، وَإِنْ كَانَ عَزَبًا جُلِدَ مِائَةً، وَجُلِدَ الْحَدَّ مَنْ يَزْوِي بِهِ بَرِيئًا».
۲. «حماد بن عثمان قال: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: رَجُلٌ أَتَى رَجُلًا. قَالَ: عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مُحْصَنًا الْقَتْلُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُحْصَنًا فَعَلَيْهِ الْجُلْدُ. قَالَ: قُلْتُ: فَمَا عَلَى الْمُؤْتَى؟ (في المصدر الموطأ، وفي الفقيه زياده) قَالَ: عَلَيْهِ الْقَتْلُ عَلَى كُلِّ حَالٍ مُحْصَنًا كَانَ أَوْ غَيْرَ مُحْصَنٍ».
۳. «عن أبي عبد الله عليه السلام: أَنَّهُ دَخَلَ عَلَيْهِ نِسْوَةٌ فَسَأَلَتْهُ امْرَأَةٌ مِنْهُنَّ عَنِ السَّحْقِ. فَقَالَ: حَدَّهَا حَدَّ الزَّانِي. فَقَالَتِ الْمَرْأَةُ: مَا ذَكَرَ اللَّهُ ذَلِكَ فِي الْقُرْآنِ. فَقَالَ: بَلَى. قَالَتْ: وَأَيْنَ هُنَّ؟ قَالَ: هُنَّ أَصْحَابُ الرَّسِّ».

۲. وجوب قتل در مرتبه چهارم؛ ادله و نقد

مشهور فقهای امامیه معتقدند که در صورت ارتکاب جرایمی مثل زنا، لواط، مساحقه و قیادت، مجرم در مرتبه چهارم تکرار، اعدام خواهد شد. البته شایان ذکر است که فقها در خصوص کلیه جرایم حدی غیر از شرب خمر - که نظر بر قتل در مرتبه سوم دارند - این نظر را دارند و رای آنها مختص جرایم منافی عفت حدی نیست.

از جمله این فقیهان، شیخ مفید می‌باشد که صراحتاً می‌گوید اگر فردی غیر محصن زنا کند و تازیانه بر او جاری گردد و سپس زنا کند و باز تازیانه بخورد و در بار سوم نیز عمل را تکرار کند و حد بر وی اجرا شود، در مرتبه چهارم کشته می‌شود^۱ (مفید، ۱۴۱۳: ۷۷۶). ایشان در خصوص جرایم منافی عفت دیگر، به تعداد تکرارها اشاره نمی‌کند؛ مثلاً در مساحقه فقط می‌گوید که اگر فعل بین دو زن تکرار شود و توبه نکنند و اصرار بر انجام فعل داشته باشند، امام حکم به قتل آنها می‌دهد^۲ (همان: ۷۸۸).

سید مرتضی نیز در باب تکرار زنا همین نظر را دارد و قول به اعدام در مرتبه چهارم را از متفردات امامیه می‌داند و اجماع طایفه را دلیل این قول می‌داند^۳ (سید مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۵۱۹). ایشان درباره تکرار لواط و مساحقه سخنی نمی‌گوید.

شیخ طوسی دارای دو نظر مختلف در دو کتاب مهم خویش است. ایشان در *مبسوط* قائل به اعدام زانی در مرتبه چهارم است^۴ (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۱/۸)؛ اما در کتاب *خلاف* قائل به اعدام زانی در مرتبه پنجم است و می‌گوید که در قذف نیز چنین است (همو، ۱۴۰۷: ۴۰۸/۵). محقق حلّی در شرایع می‌گوید:

«اولی این است که اگر مرد آزاد، سه مرتبه زنا کند و حد بخورد، در مرتبه چهارم کشته می‌شود».

۱. «ومن زنی وهو غیر محصن فجلد، ثم عاد إلى الزناء مرة أخرى جلد وكذلك إن عاد ثالثة، فإن عاد رابعة بعد جلد ثلاث مرات قتل وإن كان غیر محصن...».

۲. «فإن قامت البينة عليهما بتكرار هذا الفعل منهنما ولم يكن منهنما توبة منه وكانتا فيه على الإصرار كان للإمام قتلهما...».

۳. «ومما انفردت به الإمامية، القول بأن الحرّ البكر إذا زنا فجلد، ثم عاد فجلد، ثم عاد الثالثة فجلد، أنه إن عاد الرابعة قتله الإمام، والعبد يقتل في الثامنة».

۴. «من أقیم علیه حدّ الزنا ثلاث مرات، قتل في الرابعة إن كان حرّاً، وإن كان مملوكاً قتل في الثامنة...».

حکم مساحقه را نیز چنین می‌داند و در لواط نیز این حکم را شبه می‌داند^۱ (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۱۴۲/۴ و ۱۴۷). در مختصر نیز قتل زانی در بار چهارم را احوط و در لواط، شبهه می‌داند و در مساحقه نیز مانند شرایع حکم می‌دهد. نسبت به تکرار قذف نیز همین قول را برمی‌گزیند^۲ (همو، ۱۴۱۸: ۱/۲۲۱ و ۲۱۸-۲۱۹ و ۲۱۵).

علامه حلّی در تبصرة المتعلمین در خصوص لواط، معتقد به قتل مفعولی است که بدون ایقاب، مرتکب لواط شده است و سه مرتبه بر او تازیانه زده شده است و می‌گوید که چنین فردی در بار چهارم کشته می‌شود. در تکرار مساحقه و قذف نیز همین نظر را دارد^۳ (علامه حلّی، ۱۴۱۱: ۱۸۶-۱۸۷). وی در مختلف الشیعه به بررسی نظر فقهای قبل از خود پرداخته است و در باب زنا با تأکید بر روایت ابوبصیر، قتل در مرتبه چهارم را صحیح می‌داند و در باب لواط و مساحقه نیز از عبارت «قد تقدّم» استفاده می‌کند و مانند تبصره، اعتقاد به قتل در مرتبه چهارم دارد^۴ (همو، ۱۴۱۳: ۹، ۱۵۵، ۱۹۱ و ۱۹۹).

شهید اول در لواط و مساحقه، قائل به اعدام در بار چهارم است (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۲۵۷). همچنین شهید ثانی بعد از ذکر نظر محقق و فقهای پیش از خود در مسالک، نظر اشهر را قتل در مرتبه چهارم می‌داند و مستند آن را روایت ابوبصیر می‌شمارد. البته قتل در مرتبه پنجم - نظر شیخ در خلاف - را عجیب‌ترین نظر می‌داند. در لواط و مساحقه و قذف نیز حکم اعدام در مرتبه چهارم را سازگار با احتیاط می‌داند^۵ (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۴۴۸ و ۴۱۰/۱۴).

۱. «لو تکرر من الحرّ الزنی فأقیم علیه الحدّ مرتین قتل فی الثالثة وقیل فی الرابعة وهو أولى... لو تکرر منه الفعل وتخلّله الحدّ مرتین قتل فی الثالثة وقیل فی الرابعة وهو أشبه... وإذا تکررت المساحقة مع إقامة الحدّ ثلاثاً قتل فی الرابعة...».
۲. «فی الزنا: ولو حدّ مع کلّ واحد مرّة قتل فی الثالثة، وقیل: فی الرابعة وهو أحوط... فی اللواط: لو تکرر مع الحدّ قتل فی الرابعة علی الأشبه... تقتل، المساحقة فی الرابعة مع تکرار الحدّ ثلاثاً... ویقتل القاذف فی الرابعة إذا حدّ ثلاثاً...».
۳. «ولو لم یوقب جلد مائة، حرّاً کان أو عبداً، فاعلاً أو مفعولاً. ولو تکرر الحدّ قتل فی الرابعة... ویثبت السحق... ولو تکرر الحدّ قتل فی الرابعة... فی القذف: لو تکرر الحدّ ثلاثاً قتل فی الرابعة...».
۴. «لنا: ما رواه أبو بصیر... وقد تقدّم البحث فی الزانی من أنه یقتل فی الرابعة لا فی الثالثة...».
۵. «... وإن کان القول بقتله فی الرابعة أحوط فی الدماء، وإلیه ذهب الأكثر. والتقریب هنا کما تقدّم... قد عرفت أنّ القذف من الكبائر، والروایة الصحيحة أنّ أصحاب الكبائر یقتلون فی الثالثة. وقیل: فی الرابعة. وهو أحوط فی مراعاة حقّ الدماء. وقد تقدّم البحث فی ذلك مراراً...».

محقق اردبیلی حکم تکرار زنا را از انسان آزادی که سه بار بر او حد جاری شده باشد، قتل در مرتبه چهارم می‌داند و با «قیل» به نظر مقابل هم اشاره می‌کند و حکم قتل در بار چهارم را رأی اشهر می‌داند و نام فقهای را که قائل به این نظر هستند، ذکر می‌کند و مستند آن‌ها را نیز که روایت ابوبصیر است، ذکر می‌کند^۱ (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۳/۸۸-۸۷).

صاحب جواهر نیز بعد از نقل قول فقهای قبل از خویش در باب زنا، نظر مشهور را که اعدام در بار چهارم است، بیان می‌کند و معتقد است که قتل در مرتبه چهارم، اولی است؛ چرا که مناسب با احتیاط در دماء است... در لواط نیز می‌فرماید: اگر فاعل سه بار حد بخورد، شبه و احوط این است که در مرتبه چهارم کشته شود. در مساحقه نیز اختلاف نظر سابق - قتل بار سوم و چهارم - را مطرح کرده است و ظاهر کلام وی در این مسئله نیز همان قتل در بار چهارم است. در قذف نیز در نهایت می‌فرماید: اگر در زنا قائل به اعدام در بار چهارم باشیم، در قذف نیز اولی همین حکم است^۲ (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۱/۴۱، ۳۸۱، ۳۹۰ و ۴۲۷). در خصوص قیادت نیز باید گفت که اکثر فقیهان امامیه نظری نداده‌اند.

مهم‌ترین ادله قول مشهور فقها نیز روایات است؛ دو خبر که شامل «موتقه ابوبصیر» و «محمد بن سنان» است. دلیل نقلی آن، قول به قتل در بار چهارم است. در روایت ابوبصیر از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَامُ آمده است:

«محمّد بن عیسی بن عبید عن یونس عن إسحاق بن عمّار عن أبی بصیر قال: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: الرَّانِي إِذَا زَنِيَ يُجْلَدُ ثَلَاثًا وَيُقْتَلُ فِي الرَّابِعَةِ، يَعْنِي إِذَا جُلِدَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ»

۱. «یعنی إذا تکرر الزنا من الحرّ الذی لا یقتل أولاً مذکراً کان أو مؤنثاً، فإنّ المراد به، الجنس ثلاثاً وحدّ کلّ مرّة، قتل فی الرابعة، وقیل: لو حدّ مرتین قتل فی الثالثة... وأما القتل فی الرابعة ففیه مذاهب، أشهرها وهو اختیاره فی النهایة والمبسوط، وهو خیرة الشیخ المفید والسید وسأار والقاضی، ... لقول الصادق عَلَيْهِ السَّلَامُ فی حدیث أبی بصیر: الرّانی إذا جلد ثلاثاً، یقتل فی الرابعة ولأنّ فیهِ صوراً للنفس المطلوب...»

۲. «القائل المشهور: یقتل فی الرابعة... الإجماع علیه هنا، لموتّق أبی بصیر... وعلى کلّ حال فهو أولى لما فیهِ من الاحتیاط فی أمر الدماء... فی اللواط: لو تکرر منه الفعل وتخلّله الحدّ مرتین قتل فی الثالثة، وقیل فی الرابعة، وهو أشبه وأحوط فی الدماء، قد سبق الکلام فیهِ فی الزنا... إذا تکرر الحدّ بتکرر القذف... وقیل: یقتل فی الرابعة، وهو أولى وأحوط لو لا الصحیح المزبور اللهمّ إلا أن یكون من الشبهة باعتبار احتمال إلحاقه بما دلّ علیه فی الزناء الذی هو أولى منه...»

(حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۱۶/۲۸)؛ ... زانی اگر سه بار مرتکب زنا شود و تازیانه بخورد، در بار چهارم کشته می‌شود.

روایت دیگر از امام رضا علیه السلام است:

«مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ فِي الْعَمَلِ وَعُمَيْرُ الْأَخْبَارِ بِأَسَانِيدِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانٍ عَنِ الرَّضَا علیه السلام فِيمَا كَتَبَ إِلَيْهِ: وَعِلَّةُ الْقَتْلِ بَعْدَ إِقَامَةِ الْحَدِّ فِي الثَّلَاثَةِ عَلَى الزَّانِي وَالزَّانِيَةِ، لِاسْتِحْفَافِهِمَا وَقِلَّةِ مَبَالِيغِهِمَا بِالضَّرْبِ، حَتَّى كَانَهُ مُطْلَقٌ لَهُمَا ذَلِكَ، وَعِلَّةٌ أُخْرَى أَنَّ الْمُسْتَحْفَافَ بِاللَّهِ وَبِالْحَدِّ كَافِرٌ، فَوَجِبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ لِدُخُولِهِ فِي الْكُفْرِ» (همان: ۱۱۷/۲۸):
... علت قتل زانی و زانیه بعد از سه بار اجرای حد تازیانه، به علت کوچک شمردن زنا و بی‌توجهی آن دو به تازیانه است، تا جایی که گویی زنا برای ایشان حلال است و علت دیگر این است که کسی که خدا و حد را کوچک می‌شمارد، کافر است. بنابراین به جهت ورود او به کفر، حد بر او واجب است.

دلیل دیگری که در خصوص جواز قتل مرتکب جرم در بار چهارم وجود دارد، اجماع فرقه است؛ چنان که سید مرتضی صراحتاً قول به اعدام در مرتبه چهارم را از متفردات امامیه می‌داند و اجماع طایفه را دلیل این قول می‌داند (سید مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۵۱۹) که در جای خود به نقد این دلیل نیز خواهیم پرداخت.

احتیاط در دماء نیز بنا بر نظر برخی اقتضا می‌کند که بگوییم حکم تکرار جرایم منافی عفت بعد از سه مرتبه اجرای حد، قتل در مرتبه چهارم است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۱/۴۱).

لازم به ذکر است که قول سومی نیز وجود دارد که تنها قائل آن، شیخ طوسی در خلاف است که معتقد به قتل مرتکب زنا در بار پنجم است و چون مستند روایی برای آن وجود ندارد و وجاهت شرعی ندارد، به آن نمی‌پردازیم.

این نظر نیز با توجه به ادله مطروحه، قابل نقد و تأمل است. ذکر شد که دلیل قول مشهور - اعدام در مرتبه چهارم - روایات است؛ دو خبر که شامل «موتقه ابوبصیر» و «محمد بن سنان» است. اما معتبره ابوبصیر از امام صادق علیه السلام علی‌رغم اعتمادی که فقها به آن داشته و مکرر نقل کرده‌اند، از لحاظ سندی قوی نیست؛ زیرا در بین راویان، اسحاق بن عمار ساباطی وجود دارد که با وجود اینکه به گفته شیخ طوسی ثقه است،

اما نمی‌توان فطحی^۱ بودن او را انکار کرد؛ تا آنجا که آیه‌الله خوئی در معجم رجال الحدیث به نقل از علامه حلی و ابن داود حلی، عمار ساباطی - پدر اسحاق - را نیز در بخش ضعفای کتاب‌های رجال آورده است که گفته شده است به خاطر فطحی بودنش تا پایان عمر بوده است (موسوی خوئی، ۱۴۱۰: ۲۶۳/۱۲). در مورد شخص ابوبصیر نیز تردید وجود دارد؛ چرا که این کنیه مشترک بین دو نفر است، یکی لیث بن بختری مرادی ابوبصیر از اصحاب امام باقر و صادق و کاظم علیهم‌السلام است که از بزرگان و رجال حدیثی می‌باشد و دیگری یحیی بن قاسم اسدی است. این فرد در بعضی از کلمات اصحاب رجال تضعیف شده است و نسبت تخلیط^۲ به او داده‌اند و از آنجایی که هر دو از امام صادق علیه‌السلام روایت می‌کرده‌اند، لذا در برخی موارد، بین ابوبصیر مرادی و اسدی اشتباه رخ داده است و در بعضی منابع، قاسم اسدی جزء افرادی شمرده شده است که اصحاب امامیه بر صحت آن‌ها اجماع کرده‌اند و همین خلط بین دو نفر، سبب بعضی نسبت‌ها به ابوبصیر ثقه و مورد اعتماد شیعیان شده است. لذا واضح است که نمی‌توان به خبر ابوبصیر اعتماد کرد و به عنوان مهم‌ترین دلیل نقلی اثبات‌کننده رأی مشهور فقیهان امامیه، به آن استناد نمود.

خبر محمد بن سنان نیز به دلیل وجود محمد بن سنان، از لحاظ سندی ضعیف است؛ چرا که با وجود اینکه ۹۶۹ روایت از او در کتب اربعه شیعه وجود دارد، اما نظریات متضادی درباره وی وجود دارد. برخی از بزرگان در توثیق یا تضعیف او تردید کرده‌اند، برخی او را موثق و برخی نیز وی را ضعیف شمرده و به محض وجود نام وی در سلسله راویان، آن حدیث را ضعیف و غیر قابل استناد دانسته‌اند. از جمله این افراد، شهید ثانی است که در شرح لمعه وی را ضعیف معرفی می‌کند (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۶۰/۵). به طور کلی از دلایل تضعیف وی، غلو، کذب و نقل وجاده‌ای حدیث می‌باشد و حتی شیخ کشتی در کتاب خود آورده است که امام جواد علیه‌السلام محمد بن سنان و صفوان بن یحیی را لعن کرده و فرموده است که این دو از دستور وی سرپیچی کرده‌اند (کشتی، ۱۴۰۷: ۵۰۳). به هر حال به گمان نگارنده، تا همین اندازه اختلاف نظر درباره او،

۱. فطحیه یا افطحیه به کسانی گویند که معتقد به امامت عبدالله فرزند امام جعفر صادق علیه‌السلام هستند.

۲. مخلوط کردن حق و باطل.

وی را از گردونه وثاقت خارج می‌کند. لذا روایت مذکور نیز قابل استناد نیست. در خصوص اجماع ادعایی سید مرتضی نیز باید گفت که پذیرش اجماع با توجه به اختلاف نظر فقها و نیز وجود تعارض با اجماع ادعایی مقابل، جای شک دارد و اشکال سابق در عدم حجیت چنین اجماعی، در مانحن فیه نیز مطرح است و کبرای قضیه به جهت مدرکی بودن اجماع مشکل دارد.

از طرفی در کلام برخی فقها آمده است که قتل مرتکب زنا در بار چهارم، موافق احتیاط است. در حالی که با توجه به اهتمام شارع به حفظ نفس و نیز عمل به قدر متیقن از آیه، که مطلقاً فقط اشاره به جلد دارد، اگر ما چنین قولی را بپذیریم، بر خلاف احتیاط عمل کرده‌ایم؛ چرا که اصل بر حرمت خون انسان است و قاعده احتیاط، مستلزم تدقیق و احتیاط تام در جایی است که جان انسان در بین است و تا جایی که امکان دارد، باید از ریختن خون وی جلوگیری کرد. مگر اینکه بگوییم منظور فقها از اجرای احتیاط این است که در مقایسه با نظر قائلان به اعدام در مرتبه سوم، قول به آن در بار چهارم، به احتیاط نزدیک‌تر است، که اگر چنین باشد، پذیرش قول شیخ که قتل در بار پنجم است، اولی خواهد بود.

۳. دیدگاه آیه‌الله خویی در تکملة المنهاج

آیه‌الله خویی از معدود فقهای است که در هر زمینه‌ای بدون تبعیت از قول مشهور فقها، آراء خاص خود را دارد. حال گاهی نظر وی، مطابق با نظر مشهور است و گاهی هم بر خلاف مشهور می‌دهد. ایشان در باب زنا در مسئله تکرار زنا می‌فرماید: اگر سه مرتبه حد بر زانی جاری شود، در مرتبه چهارم کشته می‌شود و این نظر، نظر مشهور فقیهان است و معتبره ابوبصیر بر آن دلالت می‌کند که در آن، امام صادق ع فرمود: «هر گاه سه مرتبه تازیانه بر زناکار اجرا شود، در بار چهارم کشته می‌شود».

مؤید آن، خیر محمد بن سنان است؛ آنجا که می‌گوید علت کشتن زانی و زانیه‌ای که سه بار تازیانه بر آن‌ها جاری شده است، استحقاق و بی‌توجهی آن‌ها به تازیانه است... و این در حالی است که -نظر مقابل- از صدوقین و ابن ادریس حلی حکایت

شده است که اگر بر زانی دو بار حد اقامه شود، در مرتبه سوم کشته می‌شود و محقق حلی در شرایع به این نظر تمایل دارد. دلیل این قول، صحیحه یونس است که از امام کاظم علیه السلام نقل می‌کند که ایشان فرمود:

«مرتکبان همه گناهان کبیره، هر گاه دو بار حد بر آنها جاری شود، در مرتبه سوم کشته می‌شوند».

اما در این نظر، اشکال وجود دارد؛ زیرا این صحیحه با معتبره ابوبصیر که سابقاً ذکر شد، مقید می‌گردد. در نتیجه، زناکار از عمومیت صحیحه خارج می‌شود^۱ (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۲۵۹/۴۱).

ایشان علت قول خود را واضح بیان می‌نماید و بدون پیچیدگی می‌خواهد بگوید که مرتکبان گناهان کبیره، طبق خبر یونس از امام علیه السلام همگی باید در بار سوم ارتکاب مجدد جرم، اعدام شوند، جز زنا؛ چرا که در مورد این جرم، معتبره ابوبصیر صراحتاً از قتل زانی و زانیه در مرتبه چهارم نام می‌برد.

لذا به همین جهت است که وی در باب لواط نیز در شرح مسئله‌ای از تفخیز می‌فرماید:

«... بر خلاف نظر مشهور فقهای امامیه که معتقدند چنین فردی در مرتبه چهارم کشته می‌شود و حتی بر آن ادعای اجماع شده است، همان گونه که در غنیه [چنین ادعای اجماعی] وجود دارد، با این دلیل که فرقی بین این عمل و عمل زنا نیست. اما این گفته مشهور دارای ایراد است؛ زیرا وجهی برای این سخن -مقایسه- وجود ندارد؛ چرا که مقایسه این مورد [لواط] با زنا قیاس مع الفارق است. بنابراین نظر صحیح -از نظر من- این است که مرتکب در مرتبه سوم کشته می‌شود؛ به دلیل صحیحه یونس از امام کاظم علیه السلام که فرمود: مرتکبان همه گناهان کبیره هر گاه دو بار حد بر آنها جاری شود، در مرتبه سوم کشته می‌شوند»^۲ (همان: ۲۹۱/۴۱).

۱. «علی المشهور وتدلّ علیه معتبره ابي بصير، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: الزاني إذا زنى يجلد ثلاثاً ويقتل في الرابعة أي يجلد ثلاث مرات، ويؤيد ذلك خبر محمد بن سنان عن الرضا عليه السلام فيما كتب إليه: أن علة القتل من إقامة الحد في الثالثة...».

۲. «خلافاً للمشهور بين الأصحاب من أنه يقتل في الرابعة، بل ادعى عليه الإجماع كما عن الغنية، بدعوى أنه لا فرق بينه وبين الزنا في ذلك وفيه: أنه لا وجه لذلك...».

در باب مساحقه نیز می‌فرماید:

«هر گاه مساحقه تکرار شود، اگر با هر مساحقه‌ای حد جاری گردد، در بار سوم اعدام می‌گردد و اما اگر حد بر او جاری نشده باشد، اعدام نمی‌شود و این حکم به دلیل صحیحه یونس است که سابقاً ذکر شد... و در مساحقه، دلیلی برای تخصیص این صحیحه وجود ندارد»^۱ (همان: ۳۰۲/۴۱).

مشخص است که ایشان، دلیل احتیاطی را که مشهور فقها در غیر زنا مطرح کرده‌اند و علاوه بر خیر ابوبصیر، مستند قول خود در اعدام برای مرتبه چهارم قرار داده‌اند، نادیده می‌گیرد و رأی خلاف مشهور می‌دهد و با ذکر تفصیل بین زنا و غیر زنا، دو حکم متفاوت را برای حدود در نظر می‌گیرد و می‌گوید که مرتکبان گناهان کبیره، طبق خبر یونس از امام کاظم علیه السلام همگی باید در بار سوم ارتکاب مجدد جرم، اعدام شوند، جز در زنا، که زانی و زانیه به دلیل معتبره ابوبصیر، مرتبه چهارم اعدام می‌شوند. همچنین پر واضح است که با نقد ادله دو قول - اعدام در بار سوم و اعدام در بار چهارم - رأی آیه‌الله خویی نیز از وجاهت خارج می‌شود؛ چرا که دلیل ایشان در وجوب اعدام در مرتکب جرایم منافی عفت غیر زنا در بار سوم و نیز در مرتکب زنا در بار چهارم، همان دلیل قائلان به اعدام در بار سوم مطلقاً و در بار چهارم مطلقاً می‌باشد. لذا ایرادات هر دو قول بر ایشان نیز وارد است.

نتیجه‌گیری

روایت ابوبصیر، که مستند حکم قتل مرتکب جرم منافی عفتِ حدی در مرتبه چهارم است و همچنین صحیحه یونس که مستند حکم قتل مرتکب در مرتبه سوم می‌باشد، هر دو دارای ایرادهای سندی می‌باشند. همچنین آیه‌الله خویی با عدم پذیرش مطلق دیدگاه‌های موجود، قول به تفصیل را برمی‌گزیند و از دلایل هر دو قول بهره می‌برد. لذا مرتکبان گناهان کبیره را طبق خبر یونس از امام کاظم علیه السلام، در بار سوم ارتکاب مجدد جرم، محکوم به اعدام می‌داند. شاید به این دلیل که صحیحه یونس به دلیل عمومیت بار معنایی «أصحاب الكبائر» و شمول همه جزئیات، مجازات مرتکبان کلیه گناهان

۱. «وذلك لما تقدّم فی صحیحة یونس من... ولا دلیل مقید لهذه الصحیحة هنا».

کبیره را در مرتبه سوم قتل می‌داند و جرایم منافی عفت مستوجب حد، که شامل زنا، لواط، مساحقه و قیادت می‌باشد، از جمله گناهان کبیره است؛ لذا مرتکبان آن بنا بر صحیحه مذکور باید در بار سوم کشته شوند. بنابراین عمل نکردن به ظاهر این صحیحه را روا نمی‌داند، جز در صورت وجود دلیلی اقوی از آن، که بتوان این صحیحه را نادیده گرفت و در صورتی که دلیل خاص و اقوی برای تکرار جرم معینی در اختیار نداشته باشیم، باید به اطلاق صحیحه عمل کرد. بنا بر نظر وی، این دلیل خاص در زنا وجود دارد و معتبره ابوبصیر صراحتاً از قتل زانی و زانیه در مرتبه چهارم نام می‌برد. لذا مورد زنا از شمول جریان صحیحه یونس خارج می‌شود و در زنا، روایت ابوبصیر که به قتل در مرتبه چهارم تصریح دارد، مخصوص عموم صحیحه یونس است. بنابراین گرچه وی در زنا نظری مانند فقهای مشهور دارد، اما در غیر زنا نظری بر خلاف مشهور ارائه می‌دهد؛ گرچه که دلایل وی ناتمام است. اما صرف نظر از ایرادات مطرح شده در ادله هر سه قول و لزوم نیاز به حکم شرعی و نیز اجرای حد و عدم تعطیلی آن باید گفت که پذیرش هر یک از اقوال، منوط به طرد ادله اقوال دیگر و ارائه برهان شرعی و عقلی قوی می‌باشد؛ برهانی که رد پای آن در مسئله مذکور، از طرف فقیهان نامی کمتر دیده می‌شود. گرچه صدور حکم اعدام برای افرادی که مرتکب تکرار شرب خمر شدند، اتفاقی کم سابقه است و آخرین مورد آن به سال ۱۳۸۶ برمی‌گردد که البته در آن پرونده که در شعبه ۷۲ دادگاه کیفری استان تهران مطرح شد، حکم به مرحله اجرا نرسید و متهم که برای چهارمین مرتبه به اتهام شرب خمر دستگیر شده بود، مورد عفو قرار گرفت (تابناک‌نیوز، ۱۳۹۱)، لکن واضح است که صدور و اجرای حکم اعدام در صورت تکرار این جرایم، با اصل احتیاط - که بر مبنای آن، هر حکمی که به مرگ یک انسان منجر می‌شود، باید مستند به یک دلیل قطعی و به دور از هر گونه شبهه باشد، که نشانگر محدود بودن مجازات مرگ در اسلام است - مغایرت و ناسازگاری دارد. با وجود اهمیت و تأکید بر این اصل، در قانون‌گذاری و اجرای مجازات در ماده ۱۳۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲ شاید بهتر بود که قانون‌گذار به اجرای اصل احتیاط توجه بیشتری نشان دهد؛ گرچه طبق این ماده، اعدام در مرتبه چهارم می‌باشد و نسبت به اعدام در مرتبه سوم، انساب با احتیاط است و به همین دلیل (احتیاط) است که می‌بینیم فردی که پنج بار به

جرم شرابخواری به تحمل مجازات حد شرعی محکوم شده بود، پس از ارتکاب همین جرم در مرتبه ششم، از سوی دادگاه کیفری یک خراسان رضوی به اعدام محکوم می‌شود. لذا می‌توان گفت که ماده ۱۳۶ ق.ا.م.ا. ۱۳۹۲ که مجازات مرتکبان جرایم حدی را - که شامل جرایم منافی عفت حدی نیز می‌شود- در مرتبه چهارم اعدام می‌داند، با احتیاط سازگارتر است. گرچه به نظر می‌رسد می‌توان مجازات‌های دیگری را نیز جایگزین آن کرد.

کتاب شناسی

۱. آذرنوش، آذرتاش، فرهنگ معاصر عربی-فارسی، چاپ دوم، تهران، نی، ۱۳۸۱ ش.
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابوصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، تصحیح رضا استادی، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین (علیه السلام)، ۱۴۰۳ ق.
۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۵. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۶. سید مرتضی علم الهدی، علی بن حسین موسوی، الانتصار فی انفرادات الامامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۷. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، المقنع، قم، مؤسسه امام الهادی، اعتماد، ۱۴۱۵ ق.
۸. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۱۰. همو، المسوط فی فقه الامامیه، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۱۱. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، تحقیق سیدمحمد کلاتر، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۱۲. همو، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۳. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه، بیروت، الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۱۴. علامه حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تبصرة المتعلمین فی احکام الدین، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۱۵. همو، مختلف الشیعة فی احکام الشریعه، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۶. علی آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، تهران، فردوسی، ۱۳۶۸ ش.
۱۷. کشتی، محمد بن عمر، رجال الکشتی، تصحیح علی اکبر غفاری و محمد آخوندی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۱۸. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الامامیه، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیة، ۱۴۱۸ ق.
۱۹. همو، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۲۰. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، المقنعه، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۲۱. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازمان الی احکام الايمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۲۲. موسوی خوئی، سیدابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.

۲۳. همو، معجم رجال الحديث، قم، مرکز نشر آثار شیعه، ۱۴۱۰ ق.
۲۴. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۲۵. نوروزی فیروز، رحمت الله، حقوق جزای عمومی؛ «مجازات»، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۲۶. نوری طبرسی، میرزا حسین بن محمد تقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، چاپ دوم قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۳۶۸ ش.

واکاوی حکم تعدد جرایم اطفال و نوجوانان در حقوق کیفری ایران*

- امین فلاح^۱
- حسن حاجی تبار فیروزجائی^۲

چکیده

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، حکم خاصی را درباره تعدد جرایم اطفال و نوجوانان پیش‌بینی نکرده است. این سکوت قانون‌گذار سبب اختلاف نظر در میان دکتین حقوق و رویه قضایی شده است. نگارندگان در این نوشتار با به کارگیری روش توصیفی - تحلیلی و کتابخانه‌ای و با هدف ارائه یک راه حل منطقی راجع به حکم تعدد جرایم اشخاص زیر ۱۸ سال، ضمن بررسی دیدگاه‌های گوناگون و با تکیه بر موازین قانونی و اصول کلی حقوق جزا و در پاسخ به این سؤال که آیا مقررات عام تعدد جرم درباره کلیه افراد زیر ۱۸ سال (اعم از اطفال و افراد بالغ زیر ۱۸ سال) از حیث اعمال مجازات و اقدامات

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۰۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۳/۱.

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران
(fallahamin@yahoo.com).

۲. دانشیار گروه حقوق، واحد قائمشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائمشهر، ایران (نویسنده مسئول)
(hajitabar@yahoo.com).

تأمینی قابل اعمال است؟ به این نتیجه دست یافته‌اند که با توجه به صراحت ماده ۱۴۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، دلالت مفهوم مخالف ماده ۱۴۸ این قانون بر اعمال مجازات درباره افراد بالغ، اشاره صریح قسمت اخیر ماده ۹۱ قانون مزبور به واژه «مجازات» درباره افراد بالغ زیر ۱۸ سال تمام شمسی و نیز اطلاق عبارت «یکی از تصمیمات ذیل...» در قسمت صدر ماده ۸۸، مقررات تعدد جرم درباره کلیه افراد بالغ زیر ۱۸ سال تمام شمسی که واکنش اجتماعی علیه آنان از نوع مجازات محسوب می‌شود، قابل اجراست.

واژگان کلیدی: طفل، نوجوان، تعدد جرم، مجازات، اقدامات تأمینی.

مقدمه

یکی از اسباب عام تشدید مجازات، مسئله تعدد جرم می‌باشد. در تعریف تعدد جرم آمده است:

«ارتکاب جرایم متعدد، بدون آنکه علیه متهم برای اتهامات متعدد پیشین خود، محکومیت کیفری قطعی صادر شده باشد؛ خواه جرایم متعدد در فواصل کوتاهی ارتکاب یافته باشد، چندان که زمان برای تعقیب و محکومیت متهم کافی نبوده، خواه متهم متواری بوده و یا جرایم او به دلایل گوناگون کشف نشده باشد» (اردبیلی، ۱۳۹۹: ۱۷۲/۳).

یا تعدد جرم عبارت است از:

«ارتکاب دو یا چند جرم توسط یک نفر در فاصله‌های زمانی مختلف بدون آنکه یکی از اتهام‌های مرتکب به محکومیت قطعی رسیده باشد» (رایجیان اصلی، ۱۳۸۲: ۱۰).

اما با توجه به مواد ۱۳۱ تا ۱۳۴ و ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و نیز ماده ۵۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی، تعدد جرم عبارت است از: ارتکاب دو یا چند جرم از سوی شخصی به گونه‌ای که محکومیت قطعی برای جرم اول یا هر یک از جرایم قبلی وجود نداشته باشد.

در حقوق جزا از یک‌سو، بر مبنای اندیشه طرفداری از اصل فردی کردن مجازات‌ها، این اعتقاد وجود دارد که به اقتضای منطق، عدالت و انصاف و در راستای اصل تناسب مجازات با درجه مجرمیت، سوءنیت، تباهی اخلاقی یا خطرناکی مجرم، باید میان

کسی که یک بار مرتکب جرمی گردیده با کسی که به کرات مقررات اجتماعی را نقض نموده است، به طور یکسان برخورد نشود و در قبال شخص اخیر به لحاظ ارتکاب جرائم متعدد باید قائل به اتخاذ یک نوع سیاست کیفری تشدیدى شد (برای نمونه ر.ک: پیمانی، ۱۳۷۴: ۶؛ الهام، ۱۳۷۲: ۱۲-۱۳). از سوی دیگر، اندیشمندان حقوق کیفری اطفال در کنار اصل تفسیر مضیق، قائل به پذیرش اصل تفسیر کودک مدارانه می باشند؛ یعنی در راستای تأمین مصالح و منافع کودکان، قواعد و مقررات جزایی به ویژه در استناد و احراز جرم و تعیین واکنش اجتماعی (مجازات و یا اقدامات تأمینی) باید به نفع کودک تفسیر شود؛ چرا که هدف از تعیین مقررات کیفری و مجازات درباره اطفال بزهکار، همان اصلاح و درمان است که بر ارباب و مجازات تقدم دارد. اصل تفسیر کودک مدارانه در ماده ۳ از اصول راهبردی سازمان ملل متحد برای پیشگیری از بزهکاری اطفال مصوب ۱۹۹۸ معروف به مجموعه قواعد ریاض نیز مورد پذیرش قرار گرفته است (ر.ک: شاملو، ۱۳۹۰: ۱۰۰؛ عباچی، ۱۳۸۸: ۵۳). به عبارت دیگر، در حقوق کیفری اطفال و نوجوانان از رهگذر آموزه‌ها و یافته‌های حقوق بشری و جرم‌شناسی، پاسخ‌دهی به بزهکاری اطفال و نوجوانان باید مبتنی بر رعایت انصاف (حق بر متفاوت بودن انسان‌ها در فرایند کیفری و جنبه حمایتی داشتن پاسخ به بزهکاری آنان در مقایسه با بزرگسالان بزهکار) و سیاست رواداری کیفری توسط قانون‌گذار کیفری (برخورد مداراگرایانه با اطفال و نوجوانان بزهکار) بوده باشد (نیازپور، ۱۳۹۶: ۱۴-۱۵). این در حالی است که قانون‌گذار ایران در سیر تحولات قانون‌گذاری مختلف، تکلیف این مسئله را مشخص نکرده است که در باب جرائم متعدد ارتكابی توسط اطفال و نوجوانان، از کدام یک از دو اندیشه فکری فوق (یعنی سیاست کیفری تشدیدى یا سیاست تفسیر کودک مدارانه) باید تبعیت کرد؟ به عبارت دیگر، در ادوار قانون‌گذاری مختلف ایران از ابتدا تا کنون یعنی تا آخرین اصلاحات قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۹، هیچ مقرره خاصی درباره حکم تعدد جرائم اطفال و نوجوانان وضع نشده و همین امر باعث ایجاد اختلاف نظر و برداشت‌های گوناگون به ویژه در سطح رویه قضایی شده است.

از این رو، سؤال اساسی پیرامون موضوع این است که آیا مقررات عام تعدد جرم، درباره کلیه اشخاص زیر سال ۱۸ سال (اعم از اطفال و افراد بالغ زیر ۱۸ سال) از حیث

اعمال مجازات و اقدامات تأمینی قابل اعمال است؟ برای پاسخ به این پرسش، ابتدا باید مشخص شود که ماهیت واکنش اجتماعی تعیینی در قبال این اشخاص از سوی قانون‌گذار چیست؟

در این نوشتار با استفاده از روش کتابخانه‌ای و با هدف ارائه یک تفسیر منطقی و غایی از موضوع در پاسخ به سؤالات فوق به منظور ایجاد وحدت رویه قضایی در صدور احکام مربوط به تعدد جرم اطفال و نوجوانان، ابتدا به بیان دیدگاه‌ها در خصوص حکم تعدد جرم در رابطه با اطفال و نوجوانان (اشخاص زیر ۱۸ سال) و دلایلیشان به طور جداگانه که مشتمل بر تبیین دیدگاه حقوقی در خصوص اعمال یا عدم اعمال مقررات تعدد جرم درباره این اشخاص است، پرداخته و سپس به تبیین دیدگاه حقوقی عدم اعمال مقررات تعدد جرم در مورد اشخاص تحت شمول اقدامات تأمینی و تربیتی خواهیم پرداخت.

۱. تاریخچه قانون‌گذاری ایران درباره تعدد جرایم اطفال و نوجوانان

در خصوص سیر تحولات قانون‌گذاری کشور ایران در ادوار مختلف، پیرامون تعدد جرایم اطفال و نوجوانان، می‌توان گفت که در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ صراحتاً در خصوص تعدد جرم، حکم مشخصی پیش‌بینی نشده بود و فقط ماده ۳۸ این قانون، مقررات تکرار جرم را نسبت به اطفال جاری ندانسته بود تا اینکه در تاریخ ۱۲ مهرماه ۱۳۱۲، ماده‌ای در خصوص مقررات تعدد جرم به قانون آیین دادرسی کیفری الحاق گردید.^۱ لیکن در این قانون نیز حکم خاصی درباره تعدد جرایم اطفال و نوجوانان وضع نشده بود. متعاقباً قانون‌گذار در مواد ۳۱ و ۳۲ قانون مجازات عمومی اصلاحی مصوب ۱۳۵۲، مقررات تعدد جرم را پیش‌بینی نمود.^۲

قانون‌گذار ایران در اولین قانون مدون جزایی بعد از انقلاب در مواد ۲۴ و ۲۵ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ و سپس در مواد ۴۶ و ۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، مقررات تعدد جرم را پیش‌بینی نمود؛ لیکن در این قوانین، در

۱. ماده ۲ الحاقی به قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۰.

۲. ماده ۳۲ قانون مجازات عمومی اصلاحی ۱۳۵۲: «... بند ط- مقررات مربوط به تکرار و تعدد جرم درباره اطفال بزهکار رعایت نمی‌شود».

باب حکم تعدد یا تکرار جرم در مورد جرایم اطفال و نوجوانان، هیچ مقررهای وضع نشده بود. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، قانون‌گذار بر خلاف مقررات تکرار جرم (ماده ۱۳۸)، درباره اعمال و یا عدم اعمال مقررات تعدد جرم با لحاظ نوع واکنش اجتماعی (مجازات و اقدامات تأمینی) قابل اجرا و یا کیفیت اعمال آن درباره جرایم اطفال^۱ و نوجوانان^۲ هیچ حکم خاصی را وضع نکرده و همین امر باعث ایجاد اختلاف نظر و برداشت‌های گوناگون به ویژه در سطح رویه قضایی شده است و علی‌رغم اصلاح ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، به موجب ماده ۱۲ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹/۲/۲۳ در جهت رفع این ابهام اساسی حقوقی و قضایی اقدام نکرده است که در ادامه به بیان دیدگاه‌های مختلف در این باره خواهیم پرداخت.

۱. در اصطلاح حقوقی، «طفل» به کسی اطلاق می‌شود که به سن بلوغ نرسیده و کبیر نشده است (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۸: ۲۰۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۴۰۶ و ۴۳۰). در اصطلاح فقهی نیز طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده است (موسوی خمینی، ۱۳۸۳: ۲۰/۳). در حقوق ایران، براساس صراحت تبصره ۱ ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی، «طفل، کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده است». لیکن در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹، در تعریف طفل بیان شده است: «طفل هر فرد که به سن بلوغ شرعی نرسیده است. سن بلوغ به تفکیک جنس در دختران و پسران، به ترتیب نه و پانزده سال تمام قمری است» (مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲).

۲. اگرچه قانون‌گذار ایران، واژه «نوجوان» را در کنار واژه «طفل» در قوانین جزایی از جمله قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به کار برده است، لیکن این دو واژه از همدیگر متفاوت می‌باشند. قانون‌گذار ایران تعریفی از این واژه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ارائه نکرده است، لیکن در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی در تعریف طفل بیان نموده است: «طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده است» و در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ در تعریف طفل بیان شده است: «طفل: هر فرد که به سن بلوغ شرعی نرسیده است». بنابراین می‌توان گفت: نوجوانی با پدیده‌ای به نام بلوغ شروع می‌شود. به عبارت دیگر، در حقوق جزای ایران نوجوانی دوره‌ای بین طفولیت و بزرگسالی است که با توجه مواد قانونی فوق‌الذکر و نیز مواد ۸۸، ۸۹ و ۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، شروع آن از دوره بلوغ (سن نه و پانزده سال تمام قمری به ترتیب نسبت به دختران و پسران) و پایان آن سن ۱۸ سال تمام شمسی در دختران و پسران است. بنابراین بر اساس حقوق جزای ایران، نوجوان به دختر و پسر بالغ زیر ۱۸ سال تمام شمسی اطلاق می‌شود. به عبارت دیگر، دختر بین ۹ سال تمام قمری تا ۱۸ سال تمام شمسی و پسر بین ۱۵ سال تمام قمری تا ۱۸ سال تمام شمسی نوجوان محسوب می‌شود.

۲. گستره اعمال مقررات تعدد جرم راجع به اطفال و نوجوانان در

حقوق موضوعه ایران

درباره امکان و یا عدم امکان شمول مقررات تعدد جرم درباره جرایم اطفال و نوجوانان در حقوق ایران، سه دیدگاه متفاوت وجود دارد: الف- دیدگاه اعمال مقررات تعدد جرم درباره اطفال و نوجوانان؛ ب- دیدگاه عدم اعمال مقررات تعدد جرم درباره اطفال و نوجوانان پ- دیدگاه بینابین. در ادامه، به تبیین هر یک از دیدگاه‌ها و استدلال طرفداران هر یک می‌پردازیم.

۱-۲. شمول مقررات تعدد جرم درباره اطفال و نوجوانان

بر طبق یک دیدگاه، مقررات عام تعدد جرم موضوع ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی^۱ در خصوص اطفال و نوجوانان بزهکار اجرا می‌شود؛ چرا که اولاً، با توجه به اینکه ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اطلاق دارد، قانون‌گذار با پیش‌بینی مطلق آن، زمینه تسری و اعمال آن را به بزهکاری اطفال و نوجوانان فراهم ساخته (توجهی، ۱۳۹۵: ۱۹۵) و تفاوتی بین اطفال و نوجوانان با بزرگسالان قائل نشده است؛ بنابراین حکم عام تعدد جرم درباره این اشخاص نیز اعمال می‌گردد.^۲

۱. ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی مقرر می‌دارد که در تعدد جرایم تعزیری، تعیین و اجرای مجازات به شرح ذیل است: الف- هر گاه جرایم ارتكابی مختلف نباشد، فقط یک مجازات تعیین می‌شود و در این صورت دادگاه می‌تواند مطابق ضوابط مقرر در این ماده که برای تعدد جرایم مختلف ذکر شده، مجازات را تشدید کند. ب- در مورد جرایم مختلف، هر گاه جرایم ارتكابی بیش از سه جرم نباشد، حداقل مجازات هر یک از آن جرایم بیشتر از میانگین حداقل و حداکثر مجازات مقرر قانونی است. پ- چنانچه جرایم ارتكابی مختلف، بیش از سه جرم باشد، مجازات هر یک، حداکثر مجازات قانونی آن جرم است. در این صورت دادگاه می‌تواند مجازات هر یک را بیشتر از حداکثر مجازات مقرر قانونی تا یک‌چهارم آن تعیین کند.

۲. نظریه اکثریت قضات شهر استهبان فارس در نشست قضایی با کد نشست ۱۳۹۷-۴۶/۲۱ مورخ ۱۳۶۹/۱۰/۱۹ منتشر شده در سامانه نشست قضایی مؤید این استدلال و چنین است: «با توجه به اطلاق ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در خصوص اعمال مقررات تعدد جرم نمی‌توان تفکیکی راجع به جرایم اطفال و نوجوانان و سایر مجرمین قائل شد و قانون‌گذار صرفاً مقررات تکرار جرم را راجع به اطفال قابل اعمال ندانسته است و از آنجایی که ممنوعیت صریح قانونی در مورد اعمال مقررات تعدد جرم در خصوص اطفال و نوجوانان وجود ندارد، لذا به نظر می‌رسد ماده ۱۳۴ مذکور اطلاق دارد و اعمال آن در مورد اطفال بلاشکال است» (برگرفته از وبگاه: <<https://www.neshast.org>>، تاریخ ملاحظه: ۱۳۹۸/۱۰/۲۰).

ثانیاً، موضوع تعدد جرم در مورد اطفال و نوجوانان بزهکار در حقوق ایران دارای سابقه تقنینی بوده و قانون‌گذار با آگاهی از این سابقه تقنینی، فقط عدم شمول مقررات تکرار جرم را در ماده ۱۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پیش‌بینی نموده است و اگر نظر قانون‌گذار بر عدم شمول مقررات تعدد جرم در مورد اطفال و نوجوانان بود، همانند ماده ۳۸ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲، صراحتاً این امر را پیش‌بینی می‌نمود و قانون‌گذار با آگاهی از پیشینه تقنینی فقط شمول مقررات تکرار جرم را در مورد اطفال نپذیرفته و هیچ ممنوعیت صریح قانونی در خصوص عدم امکان اعمال مقررات تعدد جرم در خصوص این اشخاص وجود ندارد و عدم شمول حکم تکرار جرم در خصوص اطفال به لحاظ نص قانونی است، ولی در مورد تعدد جرم چنین حکمی وجود ندارد.^۱ ثالثاً، تعدد از جهات تشدید جهت تعدیل است و به نفع این اشخاص است؛ چرا که چند جرم مرتکب می‌شود و تنها یکی از مجازات‌ها یعنی مجازات اشد اجرا می‌شود و با توجه به قاعده جمع مجازات‌ها، پذیرش قاعده حداکثر مجازات‌ها یک کیفیت مخففه محسوب می‌شود (علی‌آبادی، ۱۳۸۵: ۲/۲۷۸). دادنامه شماره ۹۸۱۲۱۵-۹۸۱۲۱۴/۱۲/۲۷-۹۸۰۹۹۷۱۵۱۲۱۰۱۵۶۹ صادره از شعبه ۱۰۸ دادگاه کیفری دو شهرستان ساری در پرونده به شماره بایگانی ۹۸۱۲۱۵-۹۸۱۲۱۴ دلالت بر پذیرش دیدگاه اعمال مقررات تعدد جرم در خصوص نوجوانان بزهکار دارد.^۲ البته در تحلیل آرای مزبور می‌توان گفت که به موجب اصل ۱۶۶ قانون اساسی، حکم دادگاه باید مستند و مستدل

۱. رأی شماره ۸۵۱۵-۱۹/۰۳/۱۳۱۹ یکی از شعب دیوان عالی کشور، مؤید این استدلال است (صانعی، ۱۳۷۶: ۲/۲۷۸).

۲. در متن دادنامه مزبور چنین آمده است: «در خصوص اتهام آقای... فرزند... ۱۵ ساله بازداشت با قرار کفالت دایر بر سرقت ۱۵ رأس گوسفند... و چاقوی قصابی ۲ عدد و مموری و فلش و ساعت متعلق به... و سه عدد ماهی متعلق به... موضوع کیفرخواست شماره ۹۸/۶۸۲۱-۹۸/۲۵-۹۸/۹ دادسرای عمومی و انقلاب شهرستان دادگاه با توجه به شکایت شاکیان و گزارش مرجع انتظامی و اقرارهای متهم به سرقت اموال شاکیان و دادن به فردی دیگر به نام آقای... بزه‌های انتسابی به وی محرز است و به استناد ماده ۶۵۶ و ۶۶۷ قانون مجازات اسلامی و بند پ ماده ۸۹ و ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی متهم را به تحمل سه فقره نگهداری در کانون اصلاح به مدت یک سال و رد اموال فوق به شاکیان و یا مثل با قیمت آن محکوم می‌نماید. این رأی حضوری و پس از ابلاغ ظرف بیست روز قابل اعتراض در دادگاه تجدیدنظر استان مازندران می‌باشد.»

باشد. هرچند در این رأی، مقام قضایی ضمن پذیرش این دیدگاه، مقررات تعدد جرم را از حیث تشدید واکنش اجتماعی اعمال نموده است، لیکن در جهت اجرای قانون و نیز ایجاد تحول در رویه قضایی لازم است که علاوه بر استناد قانونی، رأی صادره مستدل باشد تا مبانی چنین اتخاذ تصمیمی برای مخاطب روشن بوده باشد؛ به ویژه در این فرض که شمول یا عدم شمول مقررات تعدد جرم در قبال اطفال و نوجوانان بزهکار از ابهامات قانونی است؛ چرا که صراحت قانونی درباره اعمال و یا عدم اعمال مقررات تعدد جرم در قبال این اشخاص وجود ندارد؛ زیرا هرچند دادگاه در این دادنامه، اشاره به ماده ۱۳۴ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲ و محکومیت مرتکب به سه فقره مجازات به استناد قسمت صدر ماده مزبور تا قبل از اصلاح این قانون در سال ۱۳۹۹ داشته است و این به منزله پذیرش اعمال مقررات تعدد جرم در این دادنامه می‌باشد، ولی ایراد فنی وارده این است که لازم بود دادگاه در ادامه دادنامه به طور مشخص تصریح می‌کرد که از باب اعمال مقررات تعدد جرم به استناد قسمت اخیر ماده مزبور، فقط مجازات اشد قابل اعمال است. البته شاید بتوان این ایراد را ناشی از روشن نبودن موضع قانون‌گذار در خصوص اعمال یا عدم اعمال مقررات تعدد جرم درباره اطفال و نوجوانان دانست. لذا به نظر می‌رسد سهم مراجع رسیدگی کننده به جرایم این اشخاص در تحول رویه قضایی، آن‌چنان که انتظار می‌رود، نمی‌باشد. از این رو، دلایل وقوع جرم و انتساب جرم به شخص متهم، توجه به مبانی، نحوه و چگونگی تعیین واکنش اجتماعی از سوی مقامات رسیدگی کننده خصوصاً در موارد ابهام، اجمال و سکوت قانون مورد انتظار، جدی است.

۲-۲. عدم شمول مقررات تعدد جرم درباره اطفال و نوجوانان

بر طبق یک دیدگاه دیگر، مقررات تعدد جرم در خصوص اطفال و نوجوانان اجرا نمی‌گردد؛ چرا که اولاً، هرچند قانون‌گذار ایران صراحتاً اعمال مقررات تعدد جرم در مورد اطفال و نوجوانان را پیش‌بینی نکرده است، لیکن این عدم پیش‌بینی ناشی از قصور قانون‌گذار بوده و قانون‌گذار همانند پیش‌بینی عدم شمول مقررات تکرار جرم در مورد اطفال، نظر بر حمایت و ارفاق در مورد اطفال و نوجوانان داشته است (صانعی،

۱۳۷۶: ۲/۲۷۸). ثانیاً، هرچند ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اطلاق دارد، لیکن نظر به عدم تعیین تکلیف از سوی قانون‌گذار و نظر به اینکه قانون‌گذار در خصوص افراد زیر ۱۸ سال به طور جداگانه نسبت به تعیین واکنش اجتماعی در فصلی تحت عنوان «مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی اطفال و نوجوانان» در مواد ۸۸ تا ۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اقدام نموده است و اساساً فلسفه تفکیک مجازات‌های افراد زیر ۱۸ سال از سایر افراد اقتضا می‌کند که مقررات مربوط به تعدد جرم در خصوص این افراد، قابلیت اعمال نداشته باشد، لذا مقررات تعدد جرم در خصوص این اشخاص قابلیت اعمال ندارد (مصدق، ۱۳۹۸: ۲/۸۳). ثالثاً، با توجه به تصریح ماده ۱۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و جاری نبودن مقررات تکرار جرم، اعمال مقررات تعدد جرم در خصوص این اشخاص منتفی است.^۱ رابعاً، با در نظر داشتن این نکته که لزوم تنبیه در تکرار جرم، منظور اصلی قانون‌گذار بوده و با این کیفیت در مورد این قبیل اشخاص، اجرای آن را ممنوع نموده و به طریق اولی مقررات تعدد جرم در خصوص آنان قابل اعمال نبوده و مشمول قاعده کلی تعدد نمی‌گردد و رعایت احکام تعدد در این قبیل موارد، مخالف روح و فلسفه مراتب فوق‌الاشعار می‌باشد.^۲ دادنامه شماره ۱۰۰۲۶/۱۵۱۲۱۰۹۹۷۱۵۱۶/۰۱/۱۳۹۹ صادره از شعبه ۱۰۸ دادگاه کیفری دو شهرستان ساری در پرونده به شماره بایگانی ۹۸۰۶۴۸-۹۸۱۲۸۶-۹۸۱۲۲۷-۹۸، یک

۱. نظریه اقلیت قضات شهر استهبان فارس در نشست قضایی با کد نشست ۱۳۹۷-۴۶/۲۱ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۹ منتشرشده در سامانه نشست قضایی، مؤید این نظر است. نظر اقلیت چنین است: «به نظر می‌رسد مقررات مربوط به تعدد جرم در مورد اطفال و نوجوانان اعمال نمی‌شود؛ همچنان که موضوع تکرار جرم بر اساس ماده ۱۳۸ این قانون در مورد اطفال و نوجوانان منتفی است» (برگرفته از وبگاه: <https://www.neshast.org>، تاریخ ملاحظه: ۱۳۹۸/۱۰/۲۰).

۲. رأی اصراری شماره ۲۵-۲۰۰۱/۱۲/۱۳۲۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مؤید این استدلال است. رأی اصراری مزبور چنین است: «با توجه به اینکه در تاریخ تصویب قانون مجازات عمومی، اثرات تعدد جرم که فعلاً مورد رعایت می‌باشد، وجود نداشته و با التفات به ماده ۳۸ قانون مزبور که اجرای احکام تکرار جرم را در مورد اشخاصی که کمتر از ۱۸ سال تمام دارند، ممنوع نموده و در نظر داشتن این نکته که لزوم تنبیه و تنبیه در تکرار جرم منظور اصلی قانون‌گذار بوده و با این کیفیت در مورد این قبیل اشخاص اجرای آن را ممنوع نموده و به طریق اولی در مورد تعدد، نظر قانون‌گذار بر تشدید مجازات این طبقه نمی‌باشد و رعایت احکام تعدد در این قبیل موارد، مخالف روح و فلسفه مراتب فوق‌الاشعار می‌باشد و حکم فرجام‌خواسته از این جهت مخدوش است و...» (متن، ۱۳۸۲: ۹۴).

نمونه از دادنامه‌ای است که دلالت بر پذیرش دیدگاه عدم امکان اعمال مقررات تعدد جرم در خصوص اطفال و اشخاص تحت شمول اقدامات تأمینی و تربیتی دارد.^۱ این دسته از آرای صادره از دادگاه نیز از ضعف استدلال رنج می‌برند؛ در حالی که شایسته است دادگاه‌ها در هنگام صدور رأی علاوه بر استناد قانونی، به لزوم مستدل بودن آن از حیث توجه به مبانی و اصول حاکم بر حقوق جزا، نحوه و چگونگی تعیین واکنش اجتماعی از سوی مقامات رسیدگی‌کننده خصوصاً در موارد ابهام، اجمال و سکوت قانون در باب تعدد جرایم اطفال و نوجوانان توجه و اشاراتی داشته باشند.

از حیث بیان مبانی نظری و دلایل توجیهی پذیرش این دیدگاه مبنی بر عدم اعمال مقررات تشدید درباره اطفال و نوجوانان می‌توان به موارد ذیل استناد جست:

الف) عدم برچسب‌زنی: از دیدگاه نظریه برچسب‌زنی:

«... بزهکار بودن مجازات را نمی‌طلبد، بلکه مستلزم اقدامات اصلاحی و تربیتی و مراقبتی است و به این لحاظ طفلی که جرمی را انجام می‌دهد، -هرچند اگر از سوی بزرگسالان ارتکاب یابد، مستحق مجرمیت و مجازات است-، نباید آن‌ها را به این عنوان خطاب نمود؛ زیرا طبق نظریه برچسب‌زنی، موقعیت این اطفال به خطر خواهد افتاد، ... ضمن اینکه اعمال واکنش اجتماعی می‌تواند در افزایش رفتار جنایی مؤثر باشد و همچنین وابستگی به خودباوری مجرمانه را افزایش می‌دهد...» (عباچی، ۱۳۸۸: ۶۱).

بنابراین آنچه از دیدگاه طرفداران نظریه برچسب‌زنی قابل استنتاج خواهد بود این است که لااقل از اعمال مجازات درباره مجرمان، چه اطفال و نوجوانان و چه

۱. در متن دادنامه مزبور چنین آمده است: «در خصوص شکایت... علیه آقای... فرزند... ۱۱ ساله دایر بر تهدید کارکنان آن مرکز با چاقو و بنزین و نیز شکایت آقای... علیه متهم دایر بر سرقت گوشی آقای... و وجه نقد آقای... از داخل مغازه به مبلغ ۲۷۰ هزار تومان و نیز سرقت ۴۰ هزار تومان وجه نقد از داخل تاکسی آقای...، دادگاه صرف‌نظر از اعلام رضایت شکات و با توجه به شکایت اولیه آن‌ها و گزارشات مرجع انتظامی و اظهارات اقرارگونه متهم، بزه‌های انتسابی به وی را محرز دانسته و به استناد مواد ۶۱۷ و ۶۵۶ قانون تعزیرات و بند ث ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی، متهم را به سه فقره نگهداری سه ماه در کانون اصلاح و تربیت محکوم و اعلام می‌نماید با توجه به اخذ رضایت شکات، به استناد ماده ۹۳ آن قانون، تمامی حبس وی به سه فقره ۲۲ روز یعنی ۶۶ روز تقلیل می‌یابد و با توجه به سابقه بازداشت وی در کانون، به مدت ۶۸ روز نگهداری وی مستهلک گردید. این رأی حضوری و پس از ابلاغ ظرف بیست روز قابل اعتراض در دادگاه تجدیدنظر استان مازندران می‌باشد.»

بزرگسالان، به دلیل اثرگذاری منفی بر شخصیت آنان و سوق دادن به سمت بزهکاری ثانویه، اجتناب شود. وانگهی، طرفداران این نظریه به جای مجازات، بر به کارگیری تدابیر و اقدامات تأمینی درباره مجرمان در کنار توصیه‌ها و راهکارهای دیگر تأکید داشته‌اند که این امر یعنی اعمال اقدامات تأمینی درباره مجرمان به ویژه اطفال و نوجوانان، امروزه با رویکرد فلسفی و نظری حاکم بر نحوه پاسخ‌دهی به بزهکاری آنان مبتنی بر جنبه اصلاحی - درمانی و حمایتی بخشیدن به تدابیر اتخاذی در برابر رفتارهای بزهکارانه اطفال و نوجوانان، کاملاً با اصل تفسیر کودک‌مدارانه از قوانین جزایی منبث از اسناد بین‌المللی (از جمله ماده ۳ از اصول راهبردی سازمان ملل متحد برای پیشگیری از بزهکاری اطفال مصوب ۱۹۹۸ معروف به مجموعه قواعد ریاض) نیز همسویی دارد.

ب) آسیب‌پذیر بودن کودکان و نوجوانان: آنان به خاطر شرایط خاص جسمی، سنی، روانی و اجتماعی که در آن قرار دارند، در مقایسه با بزرگسالان آسیب‌پذیرتر بوده و بیشتر در معرض خطر بزه‌دیدگی قرار دارند (زینالی، ۱۳۸۸: ۱۴). به عبارت دیگر، آسیب‌پذیری اطفال و نوجوانان در مقایسه با بزرگسالان از لحاظ روحی، روانی و جسمانی به ویژه در برخی از جرایم خاص شدید بوده و از این رو، باید مورد مراقبت‌های اصلاحی و درمانی قرار گیرند (عباچی، ۱۳۸۸: ۴۷). مقصود این است که پذیرش و تسری سیاست کیفری تشدید مبنی بر اعمال مقررات تعدد جرم درباره اطفال و نوجوانان، با شرایط خاص روحی، عاطفی و جسمانی آنان و نیز ضرورت اصلاحی و درمانی بودن ماهیت پاسخ‌دهی به بزهکاری این افراد مغایرت خواهد داشت.

پ) اقتضای اصل تفسیر کودک‌مدارانه: همان طور که در مقدمه این نوشتار اشاره شده است، اقتضای اصل تفسیر کودک‌مدارانه از قوانین جزایی راجع به اطفال و نوجوانان و لزوم برخورد مداراگرایانه با آنان به عنوان اشخاص آسیب‌پذیر و نیز اتخاذ اصل انصاف در پاسخ‌دهی به بزهکاری آنان از طریق متفاوت انگاشتن این دسته از افراد بزهکار در مقایسه با بزرگسالان بزهکار و جنبه حمایتی بخشیدن به پاسخ‌های ناظر بر بزهکاری افراد زیر ۱۸ سال نیز چنین است که از اتخاذ رویکرد تشدید مبنی بر اعمال مقررات تعدد جرم درباره آنان اجتناب شود (برای آگاهی بیشتر، ر.ک: شاملو، ۱۳۹۰: ۱۰۰؛

عباچی، ۱۳۸۸: ۵۳؛ نیازپور، ۱۳۹۶: ۱۴-۱۵).

ت) شاو و مکی حتی فراتر از آن قائل به عدم توسل به پاسخ کیفری درباره بزهکاری اطفال و نوجوانان هستند. آنان پس از انجام تحقیقاتی راجع به بزهکاری نوجوانان در شهر شیکاگو و تبیین علل افزایش بزهکاری آنان، در خصوص پاسخ کیفری (مجازات) به جرایم نوجوانان به نتیجه مشابهی دست یافته و نشان دادند که پاسخ کیفری به جرایم در چنین وضعیتی نه تنها فایده ندارد، بلکه تالی فاسد هم دارد؛ زیرا تکیه بر مجازات برای اصلاح و درمان مجرمان در واقع به این معناست که بزهکاران خود را با الگوهای جامعه سازگار کنند و حال آنکه قبل از رفتن به زندان، این الگوها یا نبوده و یا اگر هم بوده، دچار نوعی از هم پاشیدگی بوده است. وانگهی، برنامه‌های اصلاحی زندان و کانون‌های اصلاح بیشتر صورتگرایی است و اساسی و ریشه‌ای نیست. بنابراین آن‌ها به جای مجازات، پیشنهاد پیشگیری می‌کنند و دو نکته را بیان می‌دارند: اولاً، پیشگیری باید از ساماندهی محله‌ها و گروه‌ها شروع و به مرمت و عمران محله‌ها ختم شود. ثانیاً، پیشگیری از جرم باید با کمک اعضای محله انجام شود (جعفری، ۱۳۸۷: ۳۰۴-۳۰۵).

۳. دیدگاه بینابین

طرفداران قائل به این دیدگاه معتقدند که باید میان اطفال و افراد بالغ زیر ۱۸ سال (نوجوانان) به شرح توضیحاتی که در پی می‌آید، تفاوت قائل شد. با توجه به اینکه مقررات تعدد جرم ناظر بر مجازات است و مجازات یکی از انواع واکنش‌های اجتماعی در قبال رفتارهای مجرمانه ارتكابی از سوی اشخاص می‌باشد و شامل اقدامات تأمینی و تربیتی نمی‌شود، پرسش قابل طرح آن است که ماهیت واکنش‌های اجتماعی در قبال این اشخاص خصوصاً تصمیمات قیدشده در ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در قبال دختران بالغ زیر ۱۵ سال چیست؟ آیا مجازات محسوب می‌شود یا اقدامات تأمینی؟ در این قسمت، ابتدا به این پرسش و سپس به بیان دیدگاه عدم اعمال تعدد در مورد اشخاص تحت شمول اقدامات تأمینی و تربیتی خواهیم پرداخت.

۳-۱. ماهیت واکنش اجتماعی در قبال اطفال و نوجوانان

قانون‌گذار ایران در ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، واکنش اجتماعی در قبال اشخاص ۹ تا ۱۵ سال شمسی در صورت ارتکاب جرایم تعزیری را بدون تعیین جنسیت مشخص نموده و در ماده ۱۴۶ بیان داشته است که افراد نابالغ، مسئولیت کیفری ندارند و در ماده ۱۴۷، سن بلوغ در دختران را ۹ سال قمری و در پسران را ۱۵ سال قمری تعیین نموده است و به دلالت ماده ۱۴۸ در مورد اشخاص نابالغ اقدامات تأمینی و تربیتی اعمال می‌گردد. لذا این سؤال به ذهن متبادر می‌شود که ماهیت تصمیمات قیدشده در ماده ۸۸ در قبال دختران بالغ زیر ۱۵ سال چیست؟ آیا مجازات است یا اقدامات تأمینی؟ به طور کلی، درباره این ابهام اساسی حقوقی و قضایی، دو برداشت و دیدگاه ذیل وجود دارد:

نخست: بر طبق یک برداشت، می‌توان چنین ادعا نمود که ماهیت واکنش اجتماعی قیدشده در ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ برای دختران ۹ تا ۱۵ سال شمسی، اقدامات تأمینی و تربیتی می‌باشد (شمس‌ناتری و دیگران، ۱۳۹۶: ۲۳۱/۱)؛ زیرا اولاً، قانون‌گذار در عنوان فصل، از عبارت «مجازات‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی» استفاده نموده است و اگر نظر قانون‌گذار بر مجازات بودن واکنش‌های تعیینی در قبال این اشخاص بود، همانند ماده ۸۹ از واژه «مجازات» استفاده می‌کرد، در حالی که چنین نکرده و از واژه «تصمیمات» استفاده نموده است. ثانیاً، تبصره ۳ ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و اجازه تجدیدنظر در تصمیمات موضوع این ماده نشانگر آن است که تصمیمات موضوع ماده ۸۸ از نوع اقدامات تأمینی است؛ چرا که اقدامات تأمینی و تربیتی بر خلاف مجازات‌ها، از ویژگی بنیادی تجدیدنظرپذیری متناسب با حالت خطرناک و محو آن تبعیت می‌کند (اردبیلی، ۱۳۹۹: ۴۴/۳). ثالثاً، صحت این ادعا با توجه به درج عبارت «... یکی از تصمیمات زیر...» و «... مجازات‌های زیر...» در مواد ۸۸ و ۸۹ قانون مجازات اسلامی به ترتیب درباره اطفال و نوجوانان ۹ تا ۱۵ سال و ۱۵ تا ۱۸ سال تمام شمسی و نیز دقت در نوع و طبیعت واکنش‌های اجتماعی مورد اشاره در هر یک از این دو ماده قانونی مذکور و دلالت آن تدابیر از لحاظ ماهیت به ترتیب بر اقدامات تأمینی و مجازات به ویژه با توجه به قید

«مجازات‌های زیر» در ماده ۸۹ و عدم اشاره به آن در ماده ۸۸ و نیز تصریح قانون‌گذار به واژه «مجازات» در ماده ۱۳۴ این قانون، و جهات دیگر قابل درک است. رابعاً، عدم پذیرش چنین دیدگاهی با این واقعیات که افراد تازه به سن بلوغ رسیده، دارای رشد عقلانی تمام و کامل نبوده و سن در راستای تحقق و تشخیص مسئولیت کیفری صرفاً طریقیست دارد، در تضاد است (مؤذن‌زادگان و دیگران، ۱۳۹۲: ۶). خامساً، مواد ۸۸ تا ۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ حاکی از رویکرد جدید قانون‌گذار نسبت به کیفیت مسئولیت کیفری اشخاص کمتر از ۱۸ سال است که در طول قانون‌گذاری بعد از انقلاب بی‌سابقه بوده است (شمس‌ناتری و دیگران، ۱۳۹۶: ۱/۲۲۶) و اساساً قانون‌گذار در ماده ۸۸ این قانون، فرقی بین پسر و دختر قائل نشده است. سادساً، اقدام قانون‌گذار در تعیین واکنش اجتماعی بدون در نظر گرفتن جنسیت در راستای همسویی و انطباق با اسناد بین‌المللی، آن هم در جرایم تعزیری، رویکرد جدیدی بر خلاف قوانین سابق پذیرفته و سن شروع به تعقیب را به صورت مساوی در دختران و پسران پذیرفته است و اسناد بین‌المللی تأکید بر برابری سن شروع به مسئولیت کیفری بدون تبعیض جنسی^۱ و نیز تعیین حداقل سنی دارد که پایین‌تر از آن نتوان افراد اعم از پسر یا دختر را دارای قابلیت نقض قوانین کیفری دانست.^۲ وانگهی، پذیرش این نظر با توجه به شرایط و خصوصیات آسیب‌پذیرتر بودن آنان در مقایسه با افراد ۱۵ تا ۱۸ سال و قاعده تفسیر کودک‌مدارانه و با اهداف و اصول حاکم بر اقدامات تأمینی و تربیتی (از جمله تجدیدنظرپذیر بودن اقدامات تأمینی) و نیز اختیار حاکم در تعیین نوع اقدامات در جرایم تعزیری (التعزیر بما یراه الحاکم) در مقایسه با جرایم مشمول حد و قصاص و نیز اسناد بین‌المللی همسویی دارد.

دوم: بر طبق یک برداشت دیگر، که نگارندگان نیز بدان قائل هستند، بنا به استدلال‌های ذیل می‌توان گفت که ماهیت واکنش اجتماعی قیدشده در ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ برای دختران ۹ تا ۱۵ سال شمسی، مجازات محسوب می‌شود؛ زیرا اولاً، این اشخاص مسئولیت کیفری دارند که در این فرض، ماهیت واکنش

۱. ماده ۲ کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹.

۲. ماده ۴۰ کنوانسیون حقوق کودک و قاعده ۴-۱ مقررات پکن مصوب ۱۹۸۵.

اجتماعی از نوع مجازات می‌باشد (مصدق، ۱۳۹۸: ۴۰۲/۱). ثانیاً، در صورت قائل نبودن به این نظر که ماهیت واکنش اجتماعی از نوع مجازات نمی‌باشد، بلکه اقدامات تأمینی و تربیتی می‌باشد، با مواد ۱۴۰ و ۱۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ سازگار نمی‌باشد. ثالثاً، هرچند قانون‌گذار در ماده ۸۸ از لفظ مجازات همانند ماده ۸۹ استفاده نکرده، لیکن از واژه اقدامات تأمینی و تربیتی نیز استفاده نکرده است و اگر نظر قانون‌گذار این بود که در قبال این اشخاص ماهیت واکنش اجتماعی، اقدامات تأمینی محسوب می‌شود، صراحتاً همانند عنوان فصل، از واژه اقدامات تأمینی و تربیتی به جای قید تصمیمات استفاده می‌نمود. رابعاً، اقدام قانون‌گذار در به کار بردن واژه تصمیمات، از سر غفلت و مسامحه نبوده، بلکه با ظرافت خاص و آگاهانه اقدام نموده و از لفظ اقدامات تأمینی به جای تصمیمات استفاده نکرده است؛ چرا که اشخاص موضوع حکم متفاوت می‌باشند؛ یعنی اشخاص دارای مسئولیت کیفری (دختران ۹ تا ۱۵ سال) و اشخاص فاقد مسئولیت کیفری (پسران ۹ تا ۱۵ سال). خامساً، تعیین سن مسئولیت کیفری در حقوق ایران بر اساس موازین فقهی و شرعی می‌باشد و چنین اشخاصی از نظر فقهی دارای مسئولیت کیفری می‌باشند و عدم پذیرش چنین نظری، با مبانی فقهی و اصول حقوقی مبنی بر تعیین مجازات برای اشخاص دارای مسئولیت کیفری مغایر می‌باشد که البته اصل چهارم قانون اساسی دلالت بر این امر می‌نماید که کلیه قوانین از جمله قوانین جزایی باید بر اساس موازین اسلامی باشد. سادساً، قانون‌گذار در قسمت اخیر ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، از عبارت «در جرائم موجب حد و قصاص، هر گاه افراد بالغ کمتر از هجده سال، ... حسب مورد با توجه به سن آنها به مجازات‌های پیش‌بینی شده در این فصل محکوم می‌شوند...» استفاده کرده است. بنابراین عبارت «یکی از تصمیمات ذیل...» در ماده ۸۸ این قانون اطلاق دارد و نه تنها شامل اقدامات تأمینی که شامل مجازات - دربارۀ دختر بالغ زیر ۱۵ سال - نیز می‌شود. وانگهی، این رویکرد قانون‌گذار در قسمت اخیر ماده ۹۱ کاملاً با مفاد مواد ۱۴۰ و ۱۴۶ تا ۱۴۸ قانون مجازات اسلامی مطابقت دارد که دلالت صریح بر پذیرش مسئولیت کیفری و اعمال مجازات در قبال افراد بالغ از جمله دختر ۹ تا ۱۵ سال دارد. سابعاً، طبق صراحت تبصره ۳ ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، اجازه تجدیدنظر در

تصمیمات تنها ناظر به بندهای الف و ب این ماده است و شامل دیگر بندها نخواهد شد. لذا تعمیم اجازه تجدیدنظرپذیری به تمام اقدامات مذکور در ماده ۸۸ بر خلاف نص صریح قانون است. ثامناً، با توجه به صراحت قسمت اخیر ماده ۹۱ و مواد ۱۴۶ تا ۱۴۸ قانون مجازات اسلامی، ماهیت واکنش‌های پیش‌بینی شده در ماده ۸۸ این قانون را بر حسب طفل (اقدام تأمینی) و یا نوجوان بودن (مجازات) باید متفاوت دانست. گرچه ممکن است که نوع برخی از آن‌ها دلالت بر اقدام تأمینی بودن داشته باشد، ولی باید گفت که ملاک و ضابطه تعیین ماهیت هر یک از تصمیمات مذکور در ماده ۸۸، تلقی قانون‌گذار است که همان طوری که بیان داشتیم، از نظر قانون‌گذار شخصی که دارای مسئولیت کیفری باشد، مستحق مجازات است.

۲-۳. عدم اعمال مقررات تعدد در مورد اشخاص تحت شمول اقدامات

تأمینی و تربیتی

بر طبق این دیدگاه، مقررات تعدد جرم در خصوص اشخاصی (اطفال) که اقدامات تأمینی و تربیتی درباره آنان اعمال می‌گردد، قابل اعمال نمی‌باشد؛ چرا که اولاً، اطفال مسئولیت کیفری ندارند و برای این اشخاص اقدامات تأمینی تعیین می‌گردد (زرعت، ۱۳۹۲: ۲/۲۱۳). ثانیاً، مطابق ماده ۱۳۸، اطفال از شمول تکرار جرم مستثنا شده‌اند و در بند ط ماده ۳۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۵۲ نیز به عدم اعمال مقررات تعدد و تکرار درباره اطفال تصریح گردیده است. زمانی که قانون‌گذار در تکرار جرم که به مراتب سنگین‌تر از تعدد بوده و اقتضای واکنشی سختگیرانه‌تری دارد، اطفال را استثنا می‌کند، روح حاکم بر مقررات ناظر به جرایم اطفال و ملاحظه انگیزه و وضعیت جسمی و روحی اطفال، اقتضا دارد که به طریق اولی از شمول تعدد نیز خارج گردند (توجهی، ۱۳۹۵: ۱۹۵). ثالثاً، برای اشخاص زیر ۹ سال در جرایم تعزیری، هیچ‌گونه واکنش اجتماعی (مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی) تعیین نشده و نظر به نسخ قانون اقدامات تأمینی مصوب ۱۳۳۹/۲/۱۲ به موجب ماده ۷۲۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و با توجه به قید عبارت «جرایم موجب تعزیر...» در ماده ۱۳۴ این قانون و به کار بردن واژه «مجازات» در این ماده، این برداشت وجود دارد که مقررات تعدد

جرم ناظر بر مجازات است و شامل اقدامات تأمینی و تربیتی نمی‌شود که نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه مؤید این استدلال است.^۱

بر این اساس و با توجه به تبیین و تعیین ماهیت واکنش اجتماعی مقرر در ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی به شرح مذکور در قسمت قبل، نگارندگان نیز بر این عقیده‌اند که مقررات تعدد در جرایم تعزیری صرفاً درباره افراد بالغ زیر ۱۸ سال تمام شمسی، اعم از پسر و دختر قابل اجراست؛ زیرا ماهیت تصمیمات قیدشده در ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ برای اشخاص بالغ زیر ۱۵ سال یعنی دختر و پسر به ترتیب بالای سن ۹ و ۱۵ سال تمام قمری، از نوع مجازات است و طبق ماده ۱۴۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، افراد نابالغ مسئولیت کیفری ندارند و همچنین بر اساس مفاد ماده ۱۴۸ این قانون درباره افراد نابالغ، اقدامات تأمینی اعمال می‌گردد. بنابراین، نتیجه برخورداری شخص از مسئولیت کیفری، اعمال مجازات درباره وی است. به علاوه قانون‌گذار در قسمت اخیر ماده ۹۱ قانون مزبور، از عبارت «در جرایم موجب حد و قصاص هر گاه افراد بالغ کمتر از هجده سال، ... حسب مورد با توجه به سن آن‌ها به مجازات‌های پیش‌بینی شده در این فصل محکوم می‌شوند...» استفاده کرده است. بنابراین عبارت «یکی از تصمیمات ذیل...» در ماده ۸۸ قانون مذکور اطلاق دارد و نه تنها شامل اقدامات تأمینی که شامل مجازات درباره دختر بالغ زیر ۱۵ سال نیز می‌شود. گرچه در یک نگاه، پذیرش این رویکرد تشدیدگرای قانون‌گذار ایران مبنی بر اعمال مقررات تعدد جرم درباره افراد بالغ زیر ۱۸ سال، با مبانی نظری پاسخ‌دهی به بزهکاری اطفال و نوجوانان از جمله اصل تفسیر کودک‌مدارانه، اصل انصاف (برخورد مداراگرایانه)، نظریه برچسب‌زنی و... در تعارض است.

پیرو پذیرش دیدگاه اخیر، این سؤال اساسی قابل طرح است که در فرض جاری نبودن

۱. نظریه مشورتی به شماره ۱۳۹۵/۱۲/۱۵-۷/۹۵/۳۲۶۰ چنین است: «مقررات تعدد جرم، ناظر به مجازات است و در خصوص اطفال، در صورت ارتکاب جرم طبق ماده ۱۴۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ اقدامات تأمینی و تربیتی اعمال می‌شود، نه مجازات؛ در حالی که در خصوص نوجوانان، با عنایت به ماده ۸۹ قانون مذکور، مجازات تعزیری تعیین می‌شود. لذا قواعد تعدد در خصوص اطفال، قابل اعمال نیست، ولی در خصوص جرایم تعزیری ارتکابی توسط نوجوانان، قابل اعمال است» (شاه‌حیدری‌پور و تحصیل‌دوست، ۱۳۹۶: ۸۰).

مقررات تعدد جرم درباره اطفال، تکلیف قاضی در صورت ارتکاب جرایم تعزیری متعدد از سوی آنان چیست؟ در پاسخ به این سؤال دو برداشت ذیل متصور است:

نخست، که نگارندگان نیز با آن موافق می‌باشند، این است که قاضی مخیر به تعیین واکنش اجتماعی برای هر یک از جرایم بین حداقل و حداکثر قانونی بوده و صرفاً از لحاظ تشدید واکنش اجتماعی در قبال این اشخاص منع می‌باشد؛ یعنی منع الزام به تعیین حداکثر و یا بیش از آن در فرض تعدد مانع تعیین واکنش‌های متعدد برای جرایم مختلف نمی‌باشد؛ لیکن فقط یک مجازات یعنی مجازات اشد اجرا می‌شود که رأی وحدت رویه ۳۵-۱۰/۹/۱۳۶۰ هیئت عمومی محترم دیوان عالی کشور در پذیرش رأی شماره ۲۷۴-۸-۲۳/۶/۵۹ شعبه هشتم دیوان عالی کشور مؤید این استدلال است. این نظر با عدالت جزایی و تعیین مجازات جداگانه برای هر یک از جرایم ارتكابی در دادنامه نیز هماهنگ است. در رأی وحدت رویه مزبور چنین بیان شده است: نظر به اینکه بند ۱ ماده ۳۳ قانون مجازات عمومی (بند ط ماده ۳۲ قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲ که در این رأی به اشتباه بند ۱ ماده ۳۳ قانون مجازات عمومی قید گردیده) صرفاً اعمال مقررات مربوط به تکرار و تعدد جرم را از لحاظ تشدید کیفر درباره اطفال بزهکار منع کرده و تسری به تعیین کیفر متعدد برای جرایم مختلف ندارد. لذا تعیین مجازات قانونی برای هر یک از جرایم متعدد اطفال بدون رعایت تشدید کیفر و به موقع اجرا گذاردن مجازات قطعی موافق موازین قانونی تشخیص می‌گردد و رأی شعبه هشتم دیوان عالی کشور^۱ که بر این اساس صدور یافته صحیح است. این رأی به موجب ماده واحده قانون وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸ در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.^۲

۱. متن رأی شعبه هشتم دیوان عالی کشور: «... از طرف محکوم علیه فرجام‌خواه و قیم او اعتراض موجهی به عمل نیامده تا مورد نظر قرار گیرد؛ ولی اشکالی که بر دادنامه فرجام‌خواسته وارد است اینکه محکوم علیه دارای دو اتهام هتک ناموس به عنف و قتل عمد بوده و دادگاه با احراز هر دو فقره از اتهام انتسابی، او را فقط به یک فقره مجازات حبس (بدون تعیین نوع حبس) محکوم کرده است و حال آنکه وظیفه داشته با توجه به سن محکوم علیه بدون رعایت مقررات مربوط به تعدد جرم برای هر یک از اتهامات انتسابی، مجازات علیحده تعیین کند و مجازات اشد قابل اجرا باشد و چون دادنامه مزبور بدون توجه به مراتب فوق صدور یافته، مخدوش بوده و نقض می‌شود و به تجویز ماده ۴۳۰ قانون آیین دادرسی کیفری، رسیدگی مجدد به شعبه دیگر دادگاه عمومی قزوین ارجاع می‌گردد» (روزنامه رسمی، شماره ۱۰۷۵۶-۱۱/۷-۱۳۶۰).

۲. همان.

دیگری، تعدد جرم ارتكابی مشمول قاعده کلی نبوده و قاضی دادگاه، یک واکنش اجتماعی وفق مواد ۸۸ تا ۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تعیین می‌نماید، بدون آنکه همین واکنش اجتماعی را تشدید نماید؛ یعنی منع اعمال مقررات تعدد جرم علاوه بر منع تشدید واکنش اجتماعی بزهکار، تسری به تعیین واکنش اجتماعی متعدد در جرایم مختلف دارد که رأی شماره ۳۹۴۳-۴/۶/۷-۶۰/۶ شعبه چهارم دیوان عالی کشور مضبوط در رأی وحدت رویه ۳۵-۱۰/۹/۱۳۶۰ هیئت عمومی محترم دیوان عالی کشور مؤید این استدلال است.^۱

نتیجه‌گیری

قانون‌گذار ایران بر خلاف مقررات تکرار جرم درباره اطفال که حکم خاصی بیان نموده است، در خصوص حکم تعدد جرم در مورد اطفال و نوجوانان سکوت کرده که همین امر موجب پیدایش دیدگاه‌های مختلف شده است.

برخی اعتقاد به اعمال مقررات تعدد جرم در خصوص اطفال و نوجوانان به استناد عموم و اطلاق ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی و عدم ممنوعیت قانونی در این باره - بر خلاف تکرار جرم در خصوص اطفال - دارند. برخی دیگر اعتقاد به عدم شمول مقررات تعدد جرم در خصوص اطفال و نوجوانان به طور مطلق دارند. دیدگاه سوم که نگارندگان با آن موافق‌اند، عدم شمول مقررات تعدد جرم در خصوص اشخاصی است که اقدامات تأمینی و تربیتی درباره آنان اعمال می‌گردد. به نظر می‌رسد دیدگاه اخیر با اصول کلی حقوق جزا و روح حاکم بر قانون مجازات اسلامی سازگاری بیشتری دارد. البته در خصوص شمول مقررات تعدد جرم نسبت به گروه سنی بالغ زیر ۱۵ سال تمام شمسی، یک ابهام اساسی وجود دارد.

۱. متن رأی شعبه چهارم دیوان عالی کشور: «... گرچه از طرف فرجام‌خواه اعتراض مؤثری نشده است ولی بر حکم فرجام‌خواسته این اشکال متوجه است که دادگاه با رعایت به این نکته که ارتکاب جرم‌های متعدد به متهم نسبت داده شده، او را به مجازات متعدد محکوم نموده و حال اینکه با توجه به بند ط ماده ۳۲ قانون کیفر عمومی تعیین کیفرهای متعدد موردی نداشته است، بنابراین رأی فرجام‌خواسته به تجویز ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی کیفری نقض می‌شود و رسیدگی مجدد به شعبه دیگر دادگاه عمومی قزوین (جانشین دادگاه اطفال) محول می‌گردد» (همان).

بر طبق یک دیدگاه که نگارندگان با آن موافق‌اند، ماهیت واکنش اجتماعی قیدشده در ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ برای دختران ۹ تا ۱۵ سال شمسی، مجازات محسوب می‌شود. برخی دیگر معتقدند که ماهیت واکنش اجتماعی قیدشده در ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ برای اشخاص ۹ تا ۱۵ سال شمسی، اقدامات تأمینی و تربیتی می‌باشد. اما به اعتقاد نگارندگان، مقررات تعدد جرم درباره کلیه اشخاص بالغ زیر ۱۸ سال تمام شمسی قابل اجراست؛ زیرا ماهیت تصمیمات قیدشده در ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ برای دختران بالغ زیر ۱۵ سال، از نوع مجازات است. این ادعا با توجه به صراحت مفاد ماده ۱۴۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، دلالت مفهوم مخالف ماده ۱۴۸ قانون مذکور بر اعمال مجازات درباره افراد دارای مسئولیت کیفری (بالغ)، اشاره صریح قسمت اخیر ماده ۹۱ قانون مزبور به واژه «مجازات» درباره افراد بالغ زیر ۱۸ سال تمام شمسی و نیز اطلاق عبارت «یکی از تصمیمات ذیل...» در قسمت صدر ماده ۸۸ این قانون، قابل درک و دفاع است. در فرض جاری نبودن مقررات تعدد در جرم درباره اطفال و نوجوانان، قاضی مخیر به تعیین واکنش اجتماعی برای هر یک از جرایم بین حداقل و حداکثر قانونی بوده و صرفاً از لحاظ تشدید واکنش اجتماعی در قبال این اشخاص منع می‌باشد؛ یعنی منع الزام به تعیین حداکثر و یا بیش از آن در فرض تعدد مانع تعیین واکنش‌های متعدد برای جرایم مختلف نمی‌باشد، لیکن فقط یک نوع واکنش اجتماعی (موردی که از بقیه اشد باشد) اجرا می‌شود.

در پایان، پیشنهاد می‌گردد که قانون‌گذار با الحاق دو بند به ماده ۱۳۴ ق.م.ا. و یا در قالب دو تبصره به شرح ذیل، صراحتاً حکم تعدد جرم در خصوص اطفال و نوجوانان و نحوه اعمال آن در فرض تعدد جرم ارتكابی را مشخص نماید:

۱- مقررات تعدد جرم در خصوص اطفال قابل اجرا نیست و قاضی مخیر به تعیین واکنش اجتماعی برای هر یک از جرایم بین حداقل و حداکثر قانونی بوده لیکن فقط یک نوع واکنش اجتماعی (اشد) اجرا می‌شود.

۲- مقررات تعدد جرم درباره کلیه افراد بالغ زیر ۱۸ سال تمام شمسی، مطابق ماده ۱۳۴ ق.م.ا. اصلاحی ۱۳۹۹ قابل اجرا خواهد بود.

کتاب‌شناسی

۱. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، چاپ بیستم، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.
۲. الهام، غلامحسین، مبانی قهقی و حقوقی تعدد جرم، تهران، بشری، ۱۳۷۲ ش.
۳. پیمانی، ضیاءالدین، بررسی تاریخی و تطبیقی قاعده تعدد جرم، قم، مجتمع آموزش عالی قم، ۱۳۷۴ ش.
۴. توجهی، عبدالعلی، آسیب‌شناسی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، چاپ سوم، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۵ ش.
۵. جعفری، مجتبی، مختصر جرم‌شناسی، تقریر مباحث علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، فروردین ۱۳۸۷ ش.، دسترس‌پذیر در: <http://lawtest.ir>.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ دهم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸ ش.
۷. زراعت، عباس، حقوق جزای عمومی ۳، تهران، جاودانه، جنگل، ۱۳۹۲ ش.
۸. زینالی، امیرحمزه، ابعاد حقوقی و جرم‌شناختی حمایت از کودکان و نوجوانان در معرض خطر، تهران، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۸ ش.
۹. شاملو، باقر، عدالت کیفری و اطفال، تهران، جنگل، ۱۳۹۰ ش.
۱۰. شاه‌حیدری‌پور، محمدعلی، و فریدون تحصیل‌دوست، قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲/۲/۱) و نظریه‌های مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه، به اهتمام معاونت حقوقی قوه قضائیه، چاپ دوم، تهران، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۶ ش.
۱۱. شمس‌ناتری، محمدابراهیم و دیگران، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۱۲. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، چاپ هفتم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.
۱۳. صفایی، سیدحسین، و سیدمرتضی قاسم‌زاده، حقوق مدنی (اشخاص و محجورین)، چاپ بیست و ششم، تهران، سمت، ۱۳۹۸ ش.
۱۴. عباچی، مریم، حقوق کیفری اطفال در اسناد سازمان ملل متحد، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۸۸ ش.
۱۵. علی‌آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، چاپ دوم، تهران، فردوسی، ۱۳۸۵ ش.
۱۶. متین، احمد، مجموعه رویه قضایی (قسمت کیفری)، چاپ دوم، تهران، رهام، ۱۳۸۲ ش.
۱۷. مصدق، محمد، شرح قانون مجازات اسلامی، تهران، جنگل، ۱۳۹۸ ش.
۱۸. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، تحریر الوسیله، ترجمه علی اسلامی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۳ ش.
۱۹. مؤذن‌زادگان، حسنعلی، فرشاد چنگایی، و حامد رهدارپور، «مسئولیت کیفری نقصان‌یافته اطفال و نوجوانان در جرایم تعزیری مصوب قانون مجازات اسلامی ۹۲»، ارائه شده در: کنفرانس ملی سیاست کیفری ایران در قبال بزهکاری و بزه‌دیدگی کودکان و نوجوانان، ۱۳۹۲ ش.
۲۰. نیازپور، امیرحسین، حقوق کیفری کودکان و نوجوانان (فرایند پاسخ‌دهی به بزهکاری کودکان و نوجوانان)، چاپ دوم، تهران، میزان، بهار ۱۳۹۶ ش.

تضمین‌های حمایت از حق بر مالکیت در توقیف و ضبط وسیله جرم*

□ حسن قاسمی مقدم^۱

چکیده

مقنن برای توقیف و تملک دولتی مال به عنوان وسیله جرم، اصل شفافیت قانون و تضمین‌های ماهوی و شکلی حداقلی را رعایت نکرده است. این تحقیق با روش توصیفی تحلیلی به بررسی وضع موجود در قوانین داخلی و مقایسه آن با قوانین سایر نظام‌ها پرداخته و راهکارهای اصلاحی را تبیین می‌نماید. در قوانین جاری نه تنها مصادیق و معیارهای روشنی برای توقیف و تملک مال به عنوان وسیله جرم بیان نشده است، بلکه در این قوانین، «گفتمان ضبط وسیله جرم» بر پایه فرض خیالی مجرمیت مال و با توجیه پیشگیری از تکرار جرم، اصل‌های ضرورت، تناسب، جبران خسارت، استقلال و بی‌طرفی مقامات رسمی، به رسمیت شناختن سمت مالک و لزوم تسریع در فرایند رسیدگی را نادیده گرفته و حق بر مالکیت را در معرض خطر جدی قرار داده است. به عنوان نتیجه تحقیق می‌توان گفت که دلایلی همچون اهداف کیفری تملک مال، ویژگی‌های بنیادین

کیفر در این ضمانت اجرا و مالکیت مشروع مالک تا زمان ارتکاب جرم، نشان می‌دهد که تملک دولتی مال به عنوان وسیله جرم، یک کیفر مالی است. پیشنهادات اصلاحی عبارت‌اند از اینکه نظام حقوق داخلی جهت اعمال کیفر مصادره، علاوه بر لزوم رعایت تضمین‌های ماهوی اعم از اصل حداقل بودن، اصل قانونی بودن، لزوم عنصر روانی معاونت در جرم، فردی بودن مسئولیت کیفری و منع مجازات غیر انسانی، باید تضمین‌های شکلی کیفری اعم از فرض بی‌گناهی و سایر حقوق دفاعی متهم را پاس بدارد.

واژگان کلیدی: وسیله جرم، مالکیت، توقیف، ضبط، مصادره.

مقدمه

از منظر موازین حقوق بشری، نه تنها دولت‌ها نباید حق بر مالکیت را بدون دلیل موجه مورد تعرض قرار دهند، بلکه بر مبنای «حکمرانی خوب» باید این حق را مشمول حمایت قانونی خود نمایند (European Court of Human Rights, 2019: 29). یکی از عناوینی که موجب توجیه اعمال تدابیر محدودکننده یا سلب مالکیت از سوی دولت‌ها تلقی می‌شود، عنوان «وسیله جرم» است. وسیله جرم در یک چارچوب کلی‌تر، ذیل «اموال و اشیاء مرتبط با جرم» قرار می‌گیرد. اموال و اشیاء مرتبط با جرم، اعم از:

- ۱- موضوع جرم مانند کالای قاچاق،^۲ وسیله جرم مانند وسیله نقلیه قاچاق کالا،
- ۳- اموال و اشیاء اختصاص داده شده برای استفاده در جرم مانند مواد شیمیایی جهت ساخت مواد مخدر صنعتی،^۴ دلیل جرم مانند وجوه پرداختی، و^۵ عواید ناشی از جرم مانند وجوه دریافتی است (دلیر، ۱۳۹۰: ۳۷). وسیله جرم عرفاً منصرف از مکان است و اصطلاحاً مال منقول یا شیئی است که در حین ارتکاب جرم، به عنوان ابزار ارتکاب عنصر مادی جرم مورد استفاده قرار گرفته است.

مال یا شیئی را می‌توان وسیله جرم دانست که میان آن مال با جرم مورد نظر، ارتباط اساسی وجود داشته باشد. اگر ارتباط، یک ارتباطی فرعی باشد، مثلاً وسیله نقلیه‌ای که قاتل به واسطه آن به صحنه قتل منتقل شده است، نمی‌توان عنوان وسیله جرم را صادق دانست. از این منظر، وسیله مورد نظر نه تنها باید شرط لازم برای ارتکاب جرم باشد، بلکه در رابطه علیت و استناد عرفی جرم به مرتکب باید عامل اساسی باشد. در ایالات

متحدہ آمریکا طبق مادہ (3)(c) 18.983 US.C، دولت برای ضبط یک مال به عنوان وسیله جرم باید ثابت کند کہ میان جرم ارتکابی و مال مورد نظر، ارتباط اساسی وجود داشته است (Doyle, 2013: 11). در همین راستا می‌توان به نظریه مشورتی شماره ۷/۳۷۶۶ مورخ ۱۳۷۴/۶/۲۶ اداره حقوقی قوه قضائیه اشاره نمود کہ بر مبنای آن، صرف به همراه داشتن مقداری مواد مخدر توسط یکی از سرنشینان معتاد، موجب صدق عرفی عنوان حمل مواد مخدر با وسیله نقلیه نمی‌شود.

در فرایند کیفری، تدابیر محدودکننده یا سالب مالکیت نسبت به وسیله جرم معمولاً در قالب توقیف، ضبط و مصادره طراحی و به اجرا گذاشته می‌شود. از این منظر، توقیف به معنای محدودسازی موقت اعمال مالکیت توسط مقام قضایی در فرایند کیفری است کہ به موجب آن، کنترل مال تا تصمیم‌گیری قطعی درباره آن، در اختیار مقام قضایی قرار می‌گیرد. ضبط و مصادره، هر دو به معنای محرومیت دائمی از مالکیت وسیله جرم و تملک آن از سوی دولت است. منتها با توجه به متن مادہ ۱۹ قانون مجازات اسلامی و تبصره ۵ آن، مصادره یک مجازات است؛ اما مقنن، ضبط وسیله جرم را مجازات نمی‌داند. از آنجا کہ نظام‌های حقوقی مختلف و از جمله نظام حقوقی ایران، امکان گسترده‌ای برای محدودسازی و سلب حق بر مالکیت با استناد به «وسیله جرم» بودن مال، برای دولت‌ها در نظر گرفته‌اند. بررسی تضمین‌های حمایت از حق بر مالکیت در مقابل توقیف، ضبط و مصادره وسیله جرم حائز اهمیت است.

بنیادی‌ترین تضمین برای حمایت از حق بر مالکیت، حاکمیت قانون است. مفهوم حاکمیت قانون به این معناست کہ حکومت نباید دلبخواهی باشد، بلکه باید مطابق قواعد عام قانونی عمل کند. از این رو، هیچ کس نباید به نحو غیر قانونی متحمل مجازات بدنی یا مالی گردد (مرکز مالگیری، ۱۳۹۴: ۳۷). برای مجازات کردن، صرف وجود قانون کافی نیست، بلکه قوانین کیفری باید دارای کیفیت باشند؛ یعنی شفاف و بدون ابهام وضع شوند، به گونه‌ای کہ تابعان قانون، حقوق و تکالیف خود را به خوبی باز شناسند و قضات به درستی قانون کیفری را اعمال کنند. بدین ترتیب اصل شفافیت قانون یکی از لوازم حاکمیت قانون است (مؤذن‌زادگان و رهدارپور، ۱۳۹۷: ۲۱۷). درباره ضبط مال، مقنن معنا و ماهیت ثابتی برای آن در نظر نگرفته است؛ گاه ضبط را دارای ماهیت

مجازات دانسته و گاه بدون لحاظ چنین ماهیتی، آن را درباره اموال مختلفی قابل اجرا دانسته است. اگرچه در برخی قوانین مانند ماده ۷۰۹ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ درباره اسباب قمار و در تبصره ۱ ماده ۵ قانون «نحوه رسیدگی به تخلفات و مجازات فروشندگان لباس‌هایی که استفاده از آن‌ها خلاف شرع است و یا عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند» مصوب ۱۳۶۵، ضبط وسایل جرم به عنوان جریمه (مجازات) عمل در نظر گرفته شده است. تبصره ۵ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی صراحتاً ضبط وسایل جرم را مجازات ندانسته است. در متن این ماده صرفاً به مصادره کل اموال به عنوان مجازات اشاره شده و ضبط مال اصولاً مجازات تلقی نشده است. ناگفته پیداست که شفاف بودن موضع مقنن در قبال مجازات بودن یا نبودن ضبط وسایل جرم، چه تأثیرات مهمی در قواعد ماهوی و شکلی ناظر بر حقوق مالک خواهد داشت.

ابهام قانونی دیگر، در موضع مقنن درباره مصادیق وسایل قابل ضبط است. در ماده ۱۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری، قاعده‌گذاری کلی برای قابل ضبط دانستن تمامی وسایل جرم‌های مختلف وضع نشده است. در عین حال، اشاره‌ای هم به لیست جرایمی نشده که وسایل به کار رفته در آن‌ها قابل ضبط است. این در حالی است که نظام‌های حقوقی پیشرفته، موضع شفافی در این باره اتخاذ کرده‌اند؛ مثلاً در حقوق آلمان به موجب ماده (4) 73 از قانون جزا، قاعده کلی این است که کلیه اموال مجرم که به‌عنوان وسیله جرم استفاده شده و یا اموال شخص دیگری که مال خود را برای تسهیل ارتکاب جرم و یا با علم به رفتار مجرمانه در اختیار مجرم قرار داده است، مشمول ضبط قرار می‌گیرد. اما در حقوق ایالات متحده آمریکا، در مواد 981, 982 US.C.18.981 صراحتاً لیست جرایمی که وسایل به کار رفته در آن‌ها قابل ضبط است، بیان شده است. ابهام موجود در قانون ایران و پراکندگی مواد قانونی در قوانین مختلف، نه تنها قضات را دچار سردرگمی می‌کند، بلکه با نقض دسترس‌پذیری قوانین، زمینه تعرض به حق بر مالکیت افراد را فراهم می‌سازد.

در خصوص مصادره اموال، مقنن در قانون مبارزه با مواد مخدر، اموال ناشی از جرم را مشمول مجازات مصادره دانسته و این تصور را ایجاد نموده است که «مصادره در مقام سلب مالکیت از درآمدهای نامشروع حاصل از جرم در حقوق ایران به کار رفته

است» (جعفریان، ۱۳۹۶: ۶۴۳). با وجود این، مقنن در قوانین مختلف دیگری از جمله ماده ۴ قانون مجازات اخلاالگران در نظام اقتصادی، از اصطلاح «ضبط مال» هم برای تملک اموال نامشروع استفاده نموده است. در نقد رویکرد مقنن به مصادره اموال باید گفت نخست اینکه چرا مقنن در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی تنها مصادره کل اموال را در زمره مجازات‌های تعزیری قرار داده است؟ این در حالی است که مصادره قسمتی از اموال که ناشی از جرم بوده، به تصریح بند ۴ ماده ۴، بندهای ۴ تا ۶ ماده ۵ و بند ۶ ماده ۸ قانون مبارزه با مواد مخدر، مجازات محسوب می‌شود. دوم اینکه در مقایسه با اموال ناشی از جرم، چه خصوصیتی در وسایل جرم وجود دارد که تبصره ۵ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی ضبط آن‌ها را مجازات ندانسته است؟

در این تحقیق، به سؤال‌های فوق به عنوان پرسش‌های مقدماتی پاسخ داده خواهد شد. اما سؤال اصلی این تحقیق آن است که شهروندان از چه تضمین‌هایی برای حمایت شدن در برابر توقیف، ضبط و یا مصادره اموال خود به عنوان وسیله جرم باید بهره‌مند باشند؟ درباره موضوع تحقیق تا کنون مقاله‌ای منتشر نشده است. در کتاب حقوق مصادره به طور جنبی به چالش‌های حقوق بشری ضبط و مصادره اموال به طور کلی اشاره شده است (دلیر، ۱۳۹۰: ۳۰۴). اما به طور خاص به موضوع وسیله جرم پرداخته نشده است. در اینجا ابتدا تضمین‌های ماهوی و شکلی ناظر بر توقیف و «گفتمان ضبط وسیله جرم» بررسی شده و سپس تضمین‌های ناظر بر مجازات مصادره وسیله جرم و تحدید آن مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱. تضمین‌های ناظر بر توقیف و «گفتمان ضبط وسیله جرم»

در این قسمت، ابتدا رویکرد مقنن تحت عنوان «گفتمان ضبط وسیله جرم» مفهوم‌شناسی می‌شود، سپس تضمین‌های ماهوی و شکلی لازم‌الرعایه در رویکرد قانون‌گذار بررسی خواهد شد.

۱-۱. مفهوم‌شناسی «گفتمان ضبط وسیله جرم»

منظور از «گفتمان ضبط وسیله جرم» این است که در نظام حقوقی ایران، سلب

مالکیت از وسیله جرم، علی‌القاعده مجازات محسوب نشده و مبتنی بر مجرمیت مالک آن وسیله نیست. این واقعیت در تبصره ۵ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی منعکس شده است. این تبصره، ضبط وسیله جرم را از شمول ماده ۱۹ مذکور درباره انواع مجازات‌های تعزیری خارج نموده است. شعبه ۴۶ دیوان عالی کشور با صدور رأی شماره ۹۹۰۹۹۷۰۹۳۷۰۰۰۵۱۶ در پرونده شماره ۹۹۰۹۹۸۰۳۷۰۰۰۴۰۰ بیان نموده که ضبط یک دستگاه خودرو، مصادره (کیفری) محسوب نمی‌شود. ضبط وسیله جرم در قوانین جاری، نوعی تملک دولتی است که نه تنها مستلزم رعایت فرایند کیفری نسبت به مالک نیست، بلکه حتی قواعد دادرسی مدنی نیز به طور کامل درباره مالک به اجرا گذاشته نمی‌شود؛ دادخواستی علیه وی طرح نشده و ابلاغیه‌ای برای اطلاع‌رسانی به وی ارسال نمی‌شود.^۱ فقط در صورتی که خودش از ماجرا مطلع شود و نسبت به ضبط مال خود اعتراض کند، آنگاه بدون تعیین سقف زمانی، بدون تعیین وقت رسیدگی، بدون الزام به حضور وی نزد دادگاه و در ضمن رسیدگی به جرم موضوع پرونده، به اعتراض وی نیز رسیدگی می‌شود. بدین ترتیب می‌توان شاهد «برساخته‌ای حکومتی» بود که با ترویج ابزار واژگانی «ضبط»، سازوکاری را برای تملک اموال افراد نهادینه نموده که متضمن تضمین‌های کامل ماهوی و شکلی ناظر بر دعاوی کیفری و حتی مدنی نیست.

البته مشابه این گفتمان در نظام‌های حقوقی دیگر نیز وجود دارد. در ایالات متحده آمریکا، مفهوم «ضبط مدنی»^۲ بیانگر سازوکار مشابهی است. ضبط مدنی معمولاً نتیجه یک رسیدگی مدنی است که مجرمیت مالک در آن تأثیری ندارد. فقط کافی است که مال مورد نظر در جرمی که مشمول ضبط مدنی است، به شیوه‌ای که قانون مقرر نموده، دخالت داشته باشد. این نوع ضبط مبتنی بر تئوری «مجرمیت مال» است (Doyle, 2013: 5). این تئوری که به موجب قانون منسوخ «دئوداند» از قرن یازدهم

۱. به همین علت، شعبه دو دادگاه انقلاب شهرستان یزد با صدور دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۰۳۰۳۱۰۰۶۳۹ در پرونده ۹۹۰۹۹۸۰۳۰۴۳۰۰۰۶۱ بدون ارسال ابلاغیه برای مالک، تصریح نموده است که به علت عدم مراجعه فردی که به عنوان مالک معرفی شده، با انقضای ۶ ماه و با توجه به صدور بیمه‌نامه به نام متهم اصلی حمل، او خودش مالک وسیله تلقی می‌شود.

2. Civil forfeiture.

میلادی تا سال ۱۸۴۶ میلادی در انگلستان لازم‌الاجرا بوده، مبتنی بر این فرض بوده که مال دارای شخصیتی مستقل از مالک خود است. به همین علت در انگلستان، وسیله‌ای که موجب مرگ انسانی می‌شد، صرف‌نظر از مجرمیت مالک آن، به نفع شاه ضبط می‌شد (Ross, 2000: 261).

امروزه گفتمان ضبط وسیله جرم، صرف‌نظر از نظریه مجرمیت مال، بر اساس هدف پیشگیری از تکرار جرم توجیه می‌شود. در این راستا، تغییر دیدگاه از یک عدالت کیفرمدار به یک عدالت پیشگیرانه و بازدارنده، لازم تلقی شده و دلایل متعددی برای تبیین ضرورت نهادینه‌سازی این گفتمان بیان شده است. از جمله: ۱- عدم امکان شناسایی مالک واقعی، ۲- امکان متواری بودن مالک وسیله و عدم امکان صدور حکم محکومیت کیفری (King, 2013: 3)، ۳- فوت مالک، ۴- وجود مصونیت قضایی برای مالک، ۵- عدم وجود دلایل کافی برای محکومیت کیفری مالک، ۶- وجود قرار منع تعقیب یا رأی برائت برای مالک، ۷- عدم امکان استرداد مالک از کشور دیگر (Council of Europe, 2013: 8). دلایل فوق‌الذکر در چارچوب «گفتمان ضبط» و مبتنی بر لزوم پیشگیری از جرم از طریق سلب دسترسی به وسیله جرم‌اند. در حقوق ایران، ضبط وسیله جرم، از جنس اقدامات تأمینی دانسته شده، اما با توجه به نسخ قانون اقدامات تأمینی و تربیتی، از عنوان «اقدام احتیاطی» برای توصیف آن استفاده شده است (شاکری و قلی‌زاده، ۱۳۹۸: ۱۷۵).

به رسمیت نشناختن عنوان مجازات برای تملک دولتی وسیله جرم، نباید به معنای عدم وجود تضمین‌های ماهوی و شکلی برای حمایت از حق بر مالکیت مالک تلقی شود؛ همچنان که نظام‌های حقوقی مختلف، تضمین‌های متعددی در این رابطه در نظر گرفته و به طور مداوم آن‌ها را اصلاح نموده‌اند؛ از جمله ایالات متحده آمریکا، «قانون اصلاح ضبط مدنی اموال»^۱ را در سال ۲۰۰۰ میلادی برای اصلاح و تقویت این گونه تضمین‌ها تصویب نموده است. اگرچه تضمین‌های مربوط به حمایت از حق بر مالکیت تا زمانی که تملک دولتی وسیله جرم، به عنوان یک مجازات به رسمیت شناخته نشود، دربردارنده تضمین‌های کیفری کامل و کافی نخواهند بود، بررسی، نقد و اصلاح

1. Civil Asset Forfeiture Reform Act, 2000.

تضمین‌های غیر کیفری به عنوان تضمین‌های حداقلی برای احقاق حقوق مالکان «وسایل جرم» لازم و ضروری است.

۲-۱. تضمین‌های ماهوی حداقلی

تضمین‌های ماهوی لازم‌الرعایه در قالب «گفتمان ضبط وسیله جرم» عبارت‌اند از: ضرورت، تناسب، تأثیر بی‌تقصیری ذی‌نفع و جبران خسارت، که به ترتیب به تبیین آن‌ها پرداخته می‌شود.

۱-۲-۱. ضرورت

با توجه به مبانی حق بر مالکیت، اصولاً تعرض به این حق در فرایند کیفری باید تنها در موارد ضروری و به عنوان آخرین حربه باشد (Krane, 2010: 115). در اتحادیه اروپا طبق بند دوم از ماده اول پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، تعرض به حق بر مالکیت تنها در موارد ضروری برای مصالح عمومی به موجب قانون تجویز شده است (European Court of Human Rights, 2019: 21). مبنای اصلی برای ضرورت توقیف وسیله جرم، لزوم جمع‌آوری و حفظ دلایل اثباتی جهت کشف حقیقت جرم و انتساب آن به معجرم واقعی است. اما مبنای اصلی در خصوص ضبط وسیله جرم به عنوان یک اقدام احتیاطی، پیشگیری از تکرار استفاده از وسیله برای ارتکاب جرم است. با توجه به قاعده تراحم و وحدت ملاک از ماده ۱۳۹ قانون آیین دادرسی کیفری، معیارهای مشترکی برای توجیه ضرورت توقیف و یا ضبط می‌توان در نظر گرفت. این معیارها در قالب اهم بودن توقیف و یا ضبط مال، نسبت به حق بر مالکیت، حق بر حریم خصوصی، حق بر اشتغال، حق بر آزادی بیان، و حق بر جبران خسارت بزه‌دیده قابل بررسی‌اند. در حقوق ایالات متحده طبق ماده (1)(f) 18.983 US.C، ذی‌نفع مال، مستحق رفع توقیف فوری از مال است، مشروط بر اینکه دارای یک حق متصرفانه مانند حق انتفاع از آن مال باشد، یا به علت داشتن علقه‌های کافی با جامعه محلی حوزه قضایی مربوطه، به نحوی تضمین شود که آن مال در زمان محاکمه در دسترس خواهد بود، یا توقیف مال موجب عسر و حرج قابل توجهی نظیر ممانعت از اشتغال شود، و یا عسر و حرج احتمالی ذی‌نفع، خسارات بیشتری نسبت به احتمال تخریب، مفقود نمودن،

مخفی یا منتقل نمودن آن مال داشته باشد.

در نظام حقوقی ایران، ماده ۱۴۷ قانون آیین دادرسی کیفری، به اصل ضرورت توقیف مال بر مبنای «ارتباط آن با کشف جرم یا اقرار متهم» اشاره نموده، اما ماده ۱۴۸ این قانون، هیچ اشاره‌ای به ضرورت ضبط وسیله جرم نکرده است. به هر حال هیچ کدام از دو ماده فوق، معیارهای احراز ضرورت مذکور را بیان نکرده‌اند. این در حالی است که توقیف و ضبط مال به عنوان وسیله جرم، زمانی مشروعیت می‌یابد که انجام این امور برای حفظ منافع عمومی مورد نظر ضرورت داشته و نسبت به حقوق فردی فوق‌الذکر مهم‌تر باشند. بر همین مبنای ماده ۶۷۹ قانون مذکور، توقیف داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی را که موجب لطمه جانی یا خسارات مالی شدید به اشخاص شود، علی‌القاعده ممنوع نموده و فقط توقیفی را استثنائاً مجاز دانسته که برای موضوع اهم مانند حفظ امنیت کشور ضرورت داشته باشد (طهماسبی، ۱۳۹۴: ۲/۲۴۷).

حق بر حریم خصوصی به لحاظ اسناد بین‌المللی در مواد ۱۲ و ۱۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، و به لحاظ حقوق داخلی در اصل ۲۲ قانون اساسی و ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری به رسمیت شناخته شده است. توقیف اموال نه تنها گاه مستلزم نقض حریم خصوصی است، بلکه به طور کلی به علت استیلای مأموران و مقامات رسمی بر اموال توقیفی، همواره زمینه نقض حریم خصوصی مالک را فراهم می‌کند. حمایت از حق بر حریم خصوصی در کنار حق بر مالکیت، مستلزم خاتمه فوری توقیف مال و استرداد آن به مالک پس از رفع ضرورت است. از این رو، پیش‌بینی معیارهای ضرورت توقیف مال به عنوان وسیله جرم، از جهت اهم بودن منافع عمومی کشف جرم نسبت به حق بر حریم خصوصی، امری ضروری است.

طبق ماده ۵۷ قانون آیین دادرسی کیفری، یکی از قواعد ناظر بر تفتیش اماکن در جرایم غیر مشهود که نشان‌دهنده توجه مقنن به معیار اهم بودن منافع عمومی توقیف مال نسبت به حریم خصوصی افراد است، «منع ضابطان از توقیف اموالی است که تهدیدکننده امنیت و آسایش عمومی جامعه نباشند». ماده مذکور به قاعده‌ای برای رفع تراحم میان حق بر حریم خصوصی و منافع عمومی ناشی از کشف جرم اشاره می‌کند.

تزامم میان دو امر مذکور ممکن است برای مقامات قضایی هم پیش آید؛ مثلاً اگر متعاقب شکایت شاکی از شخص متهم و وفق ماده ۶۷۱ قانون مذکور، ظن قوی به کشف ادله جرم توهین از طریق توقیف سامانه رایانه‌ای متهم و تفتیش محتویات آن وجود داشته باشد و متهم بلافاصله به ارتکاب توهین اقرار نماید، ضرورتی برای توقیف وجود ندارد. با وجود این، هیچ گونه قاعده‌گذاری خاصی در قانون درباره رعایت حریم خصوصی از سوی مقامات قضایی در تجویز توقیف وجود ندارد.

حق بر اشتغال در ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی و اصل ۲۸ قانون اساسی به رسمیت شناخته شده است. به موجب این اسناد، دولت باید امکانات و زمینه‌های اشتغال را برای افراد فراهم نماید. توقیف مال فرایندی برای تکمیل تحقیقات است و ممکن است در پایان رسیدگی معلوم شود که مال مورد نظر قابل ضبط نیست. از این رو دولت نباید در طول زمان توقیف، مانع از اشتغال صاحب وسیله و کارگران مربوطه شود. در همین راستا در حقوق فرانسه، به موجب بند ۱ از ماده ۳۲۶ قانون گمرک، هر گاه کالای توقیف‌شده، از جمله کالاهای ممنوعه نباشد، باید یک قرار آزادی وسیله نقلیه از سوی مرجع توقیف‌کننده صادر شود که به موجب آن، ضامن یا وثیقه معتبری برای تضمین ارزش مالی آن پذیرفته شود. در حقوق ایران، درباره اولویت حق بر اشتغال، گرچه ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری جلوگیری از فعالیت امور خدماتی، تولیدی و... را ممنوع دانسته است که می‌تواند شامل وسایل مورد استفاده در امور فوق باشد، اما قاعده‌ای کلی که شامل تمامی مصادیق حق بر اشتغال باشد، وضع نشده است. علاوه بر این، توقیف روزنامه به عنوان وسیله جرم، علاوه بر نقض حق اشتغال، ناقض آزادی بیان است، مگر اینکه ضرورت مهم‌تری ایجاب کند (European Court of Human Rights, 2019: 39).

افزون بر این‌ها، اصل بر تقدم جبران خسارت بزه‌دیده نسبت به تملک دولت است. این اصل در بند ۲ از ماده ۱۴ و ماده ۵۷ کنوانسیون مریدا منعکس گردیده و در حقوق داخلی، مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون آیین دادرسی کیفری بر پایه آن وضع شده‌اند. اخیراً نیز مقنن در ماده ۲۶ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ به طور خاص به این اصل تصریح نموده است. در بسیاری از کشورها مانند هلند، سوئیس و انگلستان،

مقررات توقیف و ضبط مال به بهای از بین رفتن حقوق بزه‌دیده اجرا نمی‌شود (دلیر، ۱۳۹۰: ۴۷). اصل مذکور در واقع مانع از تحمیل بدهی مضاعف بر مرتکب و به نوعی حمایت از حقوق مالی وی نیز هست. در استان اوتاریو کانادا از سال ۲۰۰۳ تا ۲۰۱۱ تقریباً ۸۰ میلیون دلار در اثر ضبط مدنی اموال مرتبط با جرم به دست آمده که بیش از ۳۰ میلیون دلار آن به پروژه‌های مربوط به ترمیم خسارات بزه‌دیدگان اختصاص یافته است (Council of Europe, 2013: 49). در ایالات متحده آمریکا طبق ماده (6)(e) US.C.18.981 دادستان کل فدرال یا وزیر خزانه‌داری می‌توانند اموال ضبط‌شده را به عنوان جبران خسارت به هر بزه‌دیده‌ای از جرم مربوطه مانند جرم پولشویی بدهند. در ایران می‌توان سازوکاری جهت امکان تغییر توقیف وسیله جرم به قرار تأمین خواسته کیفری و یا جبران خسارت بزه‌دیدگان از مال موضوع ضبط پیش‌بینی نمود.

از مطالب پیش‌گفته می‌توان نتیجه گرفت که توقیف و ضبط هر وسیله جرمی به هر قیمتی قابل قبول نیست؛ بلکه باید اهم بودن منافع عمومی این اقدامات نسبت به حقوق اشخاص، مدّ نظر قرار گرفته و احراز گردد.

۲-۲-۱. تناسب

توقیف و ضبط وسیله جرم نه تنها باید به عنوان آخرین حربه و محدود به موارد ضروری باشد، بلکه در موارد ضروری باید کمترین زحمت و مداخله را علیه حقوق مالکان به همراه داشته باشد (حبیب‌نژاد، ۱۳۹۵: ۶۶). در واقع باید میان ارزش مالی وسیله مورد نظر با وخامت جرم و ارزش موضوع جرم تناسب وجود داشته باشد. در غیر این صورت، مداخله‌ای اضافی و نامتناسب نسبت به حق مالکیت انجام شده است. در بسیاری از کشورها از جمله آلمان به اصل تناسب توجه شده است. ماده 74b قانون جزای آلمان اصل تناسب را در قالب توجه به وخامت جرم و میزان تقصیر مالک مورد تصریح قرار داده است. در آفریقای جنوبی، دادگاه قانون اساسی این کشور در سال ۲۰۱۷ در پرونده Mohunram v. NDPP حکم به ضبط مدنی کارخانه‌ای را که در آن ۵۷ دستگاه ماشین بازی فاقد مجوز نگهداری شده بود، به علت نامتناسب و شدید بودن نقض کرد. در ایالات متحده آمریکا طبق ماده (g) US.C.18.983 به مالک، حق

تقاضای تعدیل قضایی میزان مال مورد ضبط داده می‌شود. دادگاه با در نظر گرفتن شدت جرم و تقصیر مالک، درباره نامتناسب (اضافی) بودن ضبط، مطابق با اصلاحیه هشتم قانون اساسی تصمیم‌گیری می‌کند (Doyle, 2013: 12).

در حقوق داخلی، مقنن به اصل تناسب تصریح نکرده است. در جرایم مواد مخدر، طبق ماده ۳۰ قانون مبارزه با مواد مخدر و نظریه مشورتی شماره ۷/۴۴۶۱ مورخ ۱۳۷۳/۷/۴ اداره حقوقی قوه قضاییه، کمی یا زیادی محموله و ارزش وسیله نقلیه، تأثیری در حکم ضبط آن ندارد (محمدی، ۱۳۹۰: ۲۲۶). اما در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، به نوعی به این اصل توجه شده است. طبق مواد ۲۰ و ۲۳ قانون مذکور، ضبط وسیله نقلیه برای حمل کالای قاچاقی که ارزش آن، کمتر از ۱۰۰ میلیون ریال باشد، متناسب نیست. در خصوص قاچاق کالای ممنوع، اگر ارزش کالا بیش از مبلغ مذکور باشد، بدون توجه به نوع وسیله نقلیه و ارزش مالی آن، حکم به ضبط آن صادر می‌شود. اما درباره قاچاق کالای غیر ممنوع، طبق ماده ۲۰ قانون مذکور، به نوع وسیله نقلیه از نظر سبک یا سنگین بودن توجه می‌شود.

در نقد رویکرد مقنن باید گفت: نخست اینکه چرا مقنن فقط وسیله نقلیه را در قاچاق کالا مشمول متناسب‌سازی قرار داده است؟ حتی اگر حق بر اشتغال با وسیله نقلیه، مورد نظر مقنن بوده باشد، وسایل شغلی دیگر هم قابل ذکر بوده‌اند؛ مانند دستگاه‌های بسته‌بندی کالا که طبق تبصره ۳ ماده ۲۲ قانون مذکور توقیف و ضبط می‌شوند. البته در مواد ۲۰ و ۲۳ مذکور، فقط به وسیله نقلیه مخصوص اشتغال اشاره نشده، بلکه متناسب‌سازی درباره تمامی وسایل نقلیه اعم از شغلی و غیر شغلی اعمال شده است. پس باید قاعده عامی برای کلیه وسایل جرم وضع نمود. دوم اینکه سیاست متناسب‌سازی نسبی مقنن در قبال وسایل قاچاق کالای ممنوعه و عدم رعایت تناسب در وسایل جرایم مواد مخدر قابل انتقاد است. اگرچه شاید مبنای این تفاوت‌گذاری، وخامت بالاتر جرایم مواد مخدر بوده باشد، با توجه به سیاست جدید کاهش مجازات‌ها، عقل سلیم ضبط یک دستگاه تریلی را برای حمل پانصد گرم تریاک متناسب نمی‌داند. سوم اینکه با توجه به نرخ تورم، لازم است معیار تناسب به جای ارزش ریالی کالا، بر مبنای ارزش نسبی وسیله نسبت به ارزش کالای قاچاق تنظیم شود.

۳-۲-۱. تأثیر بی‌تقصیری ذی‌نفع

اگرچه مبنای اصلی گفتمان ضبط وسیله جرم، تئوری مجرمیت مال است و طبق مواد قانونی متعددی از جمله ماده ۲۰ قانون مبارزه با مواد مخدر، تبصره ماده ۵۶۸ قانون تعزیرات و تبصره ماده ۶۱۷ قانون مذکور، اصل بر ضبط است، استفاده مقنن از تعابیری مانند «بدون اذن و اطلاع مالک» در برخی از مواد قانونی مانند ماده ۳۰ قانون مبارزه با مواد مخدر، نشان‌دهنده توجه قانون‌گذار به تأثیر بی‌تقصیری مالک در عدم ضبط وسایل جرمی مانند وسایل نقلیه است که ذاتاً خطرناک نیستند؛ گویی تقصیر مالک در تسهیل ایراد خسارت مالی ناشی از قاچاق، مبنایی برای جبران خسارت وارده به منافع عمومی تلقی شده است. البته تفاوت‌هایی در تعابیر مختلف قانونی میان ماده ۳۰ مذکور با تبصره ۴ ماده ۲۰ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (علم و اطلاع مالک) و تبصره ۳ ماده ۲۲ قانون اخیرالذکر (عامداً) و ماده ۶۵ این قانون (عدم اقدام بازدارنده مالک) وجود دارد که علت آن مشخص نیست و در بخش بعدی به تفسیر آن در قالب مفهوم معاونت در جرم پرداخته می‌شود. به طور کلی، رویه قضایی مراجع رسیدگی‌کننده به قاچاق کالا و ارز، اصل را بر عدم اطلاع مالک ثالث گذاشته، حکم به رفع توقیف و عدم ضبط وسیله می‌دهند. برای مثال شعبه ۵۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، رأی شعبه بدوی مبنی بر ضبط کامیون حامل مشروبات الکلی قاچاق را به علت ثبت سند مالکیت به نام شخص ثالث، با صدور دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۶۰۰۲۵۶ نقض نمود. این رویه در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۸۰۰۸۹۹ از شعبه ۳۸ و دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۲۰۰۰۸۰ از شعبه ۳۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز قابل مشاهده است.^۱

در ایالات متحده آمریکا، طبق ماده US.C.18.983(d)(2)(A) عبارت «مالک بی‌تقصیر» شامل دو دسته افراد می‌شود؛ نخست اشخاصی که در زمان ارتکاب جرم موجب ضبط، مالک یا ذی‌نفع مال بوده‌اند. اینان باید ثابت کنند که از جرم ارتكابی بی‌اطلاع بوده و یا تمام تلاش خود را برای ممانعت از ارتکاب آن جرم به عمل

۱. برای آگاهی بیشتر ر.ک: وبگاه پژوهشگاه قوه قضاییه به نشانی <http://www.ijri.ir>.

آورده‌اند. دوم، اشخاصی که بعد از ارتکاب جرم، با حسن نیت و بدون اطلاع از وضعیت آن مال، آن را خریداری نموده‌اند (Doyle, 2013: 11). در نظام حقوقی مذکور، ذی‌نفع می‌تواند مرتهن و یا مستأجر مال باشد. به علاوه بدون اشاره به تعبیر (عامدانه)، مرز واضحی میان ضبط مدنی و معاونت در جرم ترسیم شده است. همچنین حقوق خریداران بعدی با حسن نیت مورد حمایت قرار گرفته است.

۴-۲-۱. جبران خسارت

طبق قاعده عام مندرج در اصل ۱۷۱ قانون اساسی ایران، اگر در اثر اشتباه قاضی در توقیف یا ضبط مال به عنوان وسیله جرم، خسارت مادی یا معنوی متوجه شخصی گردد، در صورت تقصیر، مقصر ضامن است و در غیر این صورت، خسارت به وسیله دولت جبران می‌شود. مطابق ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، خسارت مادی شامل منافع ممکن‌الحصول نیز می‌شود و بر اساس تبصره ۱ این ماده، خسارت معنوی شامل هتک حیثیت و اعتبار شخصی و اجتماعی است. مقنن در ماده ۲۵۵ قانون مذکور صرفاً سازوکار جبران خسارات متهمان بازداشت‌شده بی‌گناه را پیش‌بینی نموده است (برای آگاهی بیشتر ر.ک: خالقی، ۱۳۹۹: ۲۵۹/۱). در کشورهای دیگر مانند ایالات متحده آمریکا به موجب ماده US.C.28.2468(b) اگر دلایل متعارفی برای توقیف مال وجود نداشته باشد و ذی‌نفع، محکوم‌له واقع شود، دولت ایالات متحده مسئول پرداخت هزینه‌های دادرسی نظیر حق الوکاله وکیل و نیز سودهایی است که از محل سرمایه‌گذاری پول یا مال، عاید دولت شده است. در حقوق داخلی، وجود یا عدم وجود دلایل متعارف، تأثیری در حق بر جبران خسارت ندارد؛ یعنی حتی اگر دلایل متعارفی برای توقیف مال وجود داشته باشد، اما بعداً اثبات شود که متهم بی‌گناه بوده است، او مستحق جبران خسارت است. درباره منافع ممکن‌الحصول طبق تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون مذکور باید صدق اتلاف منافع وجود داشته باشد. توقیف یا ضبط وسایل نقلیه باربری یا مسافربری، امری مشابه توقیف راننده بوده، به علت مانعیت در تحصیل منافع ممکن‌الحصول، مشمول حکم تبصره ۲ مذکور است. تأکید بر طراحی و اجرای سازوکارهای جبران خسارت، موجب پیشگیری از احساس سلطنت مقامات قضایی بر اموال مردم خواهد شد.

۳-۱. تضمین‌های شکلی حداقلی

دادرسی منصفانه تنها برای متهمان کیفری لازم‌الرعایه نیست. حتی اگر تملک دولتی اموال به عنوان وسیله جرم، یک مجازات تلقی نشود، مالکان آن‌ها مستحق رعایت دادرسی منصفانه‌اند. این حق در ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مورد اشاره قرار گرفته است (یاوری، ۱۳۸۳: ۲۵۵). ماده ۶ کنوانسیون اخیرالذکر، دادرسی منصفانه را شامل دو دسته حقوق می‌داند. حقوقی مانند استقلال و بی‌طرفی مقام قضایی و تسریع در رسیدگی، وفق بند اول این ماده در تمامی دعاوی اعم از کیفری و غیر کیفری لازم‌الاجراست. اما حقوقی مانند اماره بی‌گناهی، طبق بندهای دوم و سوم ماده مذکور فقط شامل دعاوی کیفری می‌شود (پرادل، ۱۳۹۳: ۵۱۱).

۱-۳-۱. استقلال و بی‌طرفی

علاوه بر مبانی دادرسی منصفانه، در حقوق داخلی از نظر مبانی شرعی، طبق بیانیه هشت ماده‌ای امام خمینی هر گونه دخل و تصرف و خلع ید از اموال تا قبل از تعیین تکلیف در دادگاه، نامشروع است (محمدی، ۱۳۹۰: ۷۵). همچنین نظریه شماره ۴۹۷۶ مورخ ۱۳۷۲/۹/۱۱ شورای نگهبان درباره ممنوعیت شرعی توقیف مال از سوی بازپرس، نشان‌دهنده لزوم صدور حکم و یا تنفیذ قرار از سوی دادگاه صالح است. مهم‌ترین ویژگی قاضی دادگاه طبق ماده ۳ قانون آیین دادرسی کیفری، استقلال و بی‌طرفی اوست.

با وجود این، طبق قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، به شعب تعزیرات حکومتی، اختیار توقیف و ضبط وسایل جرم داده شده است. هیچ‌یک از این شعب، دادگاه نبوده و یک قاضی متصدی آن‌ها نیست. اصولاً طبق ماده ۱ آیین‌نامه سازمان تعزیرات حکومتی، این سازمان زیر نظر وزیر دادگستری تشکیل می‌شود و زیرمجموعه قوه مجریه است. این در حالی است که استقلال دادگاه باید در مقابل قوه مجریه حفظ شود. دیوان اروپایی حقوق بشر، اداره‌ای را که تحت نظارت دولت، صلاحیت صدور حکم به جزای نقدی در امور خلافی دارد، نسبت به قوه مجریه مستقل نمی‌داند (پرادل،

۱۳۹۳: ۵۲۷). دیوان اروپایی با در نظر گرفتن مصالح تشکیل مراجع شبه قضایی، معتقد است که تنها اگر حق اعتراض و تشکیل جلسه در مرحله بالاتری توسط مرجع قضایی مستقل و بی طرف وجود داشته باشد، می توان از عدم استقلال مرجع بدوی اغماض نمود (یوری، ۱۳۸۳: ۲۴۳). اما احکام صادره از شعبات رسیدگی به قاچاق کالا و ارز، طبق تبصره ۲ ماده ۵۰ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲، قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری شمرده نشده است.

بی طرفی نیز به تبع عدم رعایت استقلال شعب تعزیرات حکومتی مخدوش می شود. اما درباره رعایت شرط بی طرفی باید گفت که این شرط فقط متوجه مقامات قضایی نیست؛ بلکه در صورتی که زمینه های تعارض منافع در توقیف و ضبط اموال وجود داشته باشد، رعایت بی طرفی برای تمامی مقامات رسمی دخیل و به ویژه ضابطان دادگستری نیز لازم است. منظور از تعارض منافع، وضعیتی است که در آن، منافع شخص تصمیم گیرنده با منافع عمومی متعارض باشد (وکیلیان و درخشان، ۱۳۹۹: ۲۷۳). سازوکارهایی مانند پرداخت حق الکشف از محل اموال ضبط شده، به وضوح موجب احتمال سوگیری در عملکرد پلیس می شود (Blumenson & Nilsen, 2001: 96). در ایران علاوه بر پرداخت حق الکشف که طبق تبصره ماده ۷۷ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز تجویز شده، وسایل نقلیه حامل مواد مخدر وفق ماده ۱۷ آیین نامه اجرایی قانون مبارزه با مواد مخدر، و وسایل نقلیه حامل قاچاق کالا به شرط درگیری مسلحانه طبق ماده ۵۹ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، در اختیار سازمان کاشف قرار می گیرد. برای رفع زمینه تعارض منافع می توان تمامی عواید ناشی از ضبط وسایل جرم را به صندوق عمومی دولت اختصاص داد. در ایالت نیومکزیکو از ایالات متحده آمریکا، از همین راه حل برای تأمین بی طرفی مقامات دخیل استفاده می شود (Milliron, 2018: 1404).

۱-۳-۲. به رسمیت شناختن سمت ذی نفع ثالث

در مواردی که وسیله جرم، متعلق به شخصی غیر از مرتکب جرم است، مقدمه لازم برای دفاع ذی نفع از حقوق خود، به رسمیت شناختن سمت قانونی وی در دعوای

مطروحه است. اگرچه طبق ماده ۴۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی که در آن به کلمه دادگاه انقلاب اشاره شده است، اعتراض ثالث در دعوی کیفری قابل رسیدگی است و رویه محاکم در پرونده‌های ضبط وسیله جرم به ویژه در حمل مواد مخدر، رسیدگی در قالب اعتراض ثالث غیر مالی است،^۱ این امر به معنای به رسمیت شناختن تمامی حقوق شخص ثالث در این گونه دعوی نیست؛ زیرا امکان اعتراض به توقیف وسیله جرم در قالب دعوی ورود ثالث و با رعایت اصول و تشریفات دادرسی مربوطه در حین رسیدگی در دادگاه بدوی وجود ندارد. برخی نویسندگان با تأکید بر لزوم اصلاح قانون برای امکان ورود شخص ثالث در دعوی کیفری و از جمله در توقیف اموال، ماده ۵۰ «قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه» مصوب ۱۳۹۵ را الگوی مناسبی برای اصلاح فرایندهای مشابه می‌دانند (صابرو خلیق آذر، ۱۳۹۶: ۲۳۷).

ماده ۵۰ مذکور، مراجع قضایی رسیدگی کننده را مکلف نموده که صندوق تأمین خسارات بدنی یا شرکت بیمه مربوطه را از طرح دعوی علیه مسبب حادثه مطلع نموده، زمان تشکیل جلسات رسیدگی را به آن‌ها اعلام کرده، نسخه‌ای از رأی صادره را به آنان ابلاغ نموده و حق ورود یا اعتراض ثالث را برای آنان به رسمیت بشناسند. با وجود این، توقیف و ضبط وسیله جرم، به صورت عینی و مستقیماً حق مالکیت را محدود یا سلب می‌نماید. از این رو باید تضمین‌های قوی‌تری را در نظر گرفت. در ایالات متحده طبق ماده US.C.18.983(a)(1)(A)(i) پس از توقیف وسیله جرم، مرجع توقیف کننده مکلف به ارسال اخطاریه برای ذی‌نفع در اسرع وقت و حداکثر تا ۶۰ روز از زمان توقیف است. در غیر این صورت باید مال را به ذی‌نفع قانونی مسترد نماید و در آن پرونده، حق ضبط مال را از دست می‌دهد.

۱. البته درباره نحوه تنظیم دادخواست اعتراض ثالث در میان قضات محاکم اختلاف نظر وجود دارد؛ برای مثال در پرونده شماره ۹۹۰۹۹۷۰۳۰۴۶۰۱۸۷۵ شعبه نهم دادگاه تجدیدنظر استان یزد، یکی از قضات معتقد بود که دادخواست مذکور باید به طرفیت مرجعی که وسیله نقلیه به نفع آن ضبط شده، مطرح شود. اما دو قاضی دیگر، چنین اعتقادی نداشتند. با توجه به قواعد آیین دادرسی مدنی به نظر می‌رسد که نظر این دو قاضی محترم درست نیست.

۱-۳-۳. رعایت اصل تسریع در رسیدگی

علاوه بر رسیدگی‌های کیفری، تأخیر در اجرای عدالت در دادرسی‌های مدنی نیز نقض عدالت محسوب می‌شود. اصل تسریع در رسیدگی، یکی از شاخص‌های کیفیت دادرسی است (الماسی و حبیبی درگاه، ۱۳۹۱: ۵۲). بلا تکلیفی در گذر زمان که موجب استرس و ضرر مالی برای مالک است، در مورد توقیف وسایل نقلیه مسافربری و یا باربری، آثار مخرب‌تری به همراه دارد. برای مقابله با اطاله رسیدگی، دیوان اروپایی حقوق بشر با توجه به سه معیار اعم از پیچیدگی پرونده، رفتار عمدی شخص و عملکرد مقامات قضایی، حکم به جبران خسارت صادر نموده است (پرادل، ۱۳۹۳: ۵۹۱). در حقوق مصر به موجب بند ۴ از ماده ۲۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری، توقیف محموله‌های پستی، نامه‌ها و نشریات نباید بیش از ۳۰ روز به طول انجامد (بسیونی و وزیر، ۱۹۹۱: ۳۷۴). در ایران گرچه ماده ۶۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری به تعیین تکلیف درباره توقیف سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی مرتبط با جرایم رایانه‌ای در مهلت متناسب و متعارف اشاره نموده است، اما مواد ۱۴۸ و ۱۵۲ قانون مذکور، اشاره‌ای به تسریع رسیدگی و تعیین سقف زمانی و جبران خسارت از مالک نکرده‌اند.

۲. تضمین‌های ناظر بر مجازات مصادره وسیله جرم و تحدید آن

بنیادی‌ترین مصداق نقض حقوق بشر در ضمانت اجراهای مالی، این است که ضمانت اجرایی که ماهیتاً مجازات است، به عنوان یک اقدام غیر کیفری تلقی و از طریق یک فرایند غیر کیفری تجویز شود. اگر ماهیت کیفری تملک وسایل جرم به رسمیت شناخته نشود، تضمین‌های ماهوی ناظر بر مجازات‌ها لازم‌الاجرا نخواهد بود (Simonato, 2017: 373). مقنن در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی و تبصره ۵ آن برای تأکید بر گفتمان ضبط، صرفاً مصادره را مجازات دانسته است. دیوان عالی کشور نیز در رأی وحدت رویه شماره ۶۲۵ مورخ ۱۳۷۷/۲/۸ ضبط آلات و ادوات جرم را امری جزایی ندانسته، بلکه آن را به تبع امر جزایی توصیف نموده است (هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۲: ۹۳/۴). در ادامه به نقد این گفتمان از طریق تبیین ماهیت کیفری مصادره وسیله جرم و تضمین‌های ماهوی و شکلی مربوطه پرداخته می‌شود.

۱-۲. مصادره وسیله جرم به عنوان یک کیفر مالی

برای اثبات این امر که تملک دولتی وسیله جرم، یک کیفر مالی است، ابتدا به تبیین اهداف مجازات در مصادره وسایل جرم پرداخته شده، سپس ویژگی‌های بنیادین مجازات در مصادره این گونه وسایل مورد بررسی قرار گرفته و در نهایت به طبقه‌بندی وسایل جرم استدلال خواهد شد.

۱-۱-۲. اهداف مجازات مصادره وسیله جرم

مجازات‌ها ممکن است دارای اهداف پیامدگرا اعم از بازدارندگی و بازسازگاری اجتماعی و توان‌گیری، و هدف غیر پیامدگرا یعنی سزادهی باشند (بولک، ۱۳۸۷: ۲۹). افزون بر آنچه در مطالب قبل درباره وجود اهداف بازدارنده و توان‌گیرانه در ضبط وسایل جرم بیان شد، هدف سزادهی نیز در این رابطه مورد توجه بوده است؛ برای نمونه در ایالات متحده، دیوان عالی این کشور در سال ۱۹۷۴ میلادی در پرونده کالرو - تولدو بر هدف سزادهی در قبال مالک وسیله تأکید نموده و حکم به مصادره وسیله نقلیهٔ حامل مواد مخدر را تأیید کرده است (Fried, 1988: 386). حقیقت این است که هدف سزادهی در کنار سایر اهداف در مصادره وسیله جرم وجود داشته است. به همین علت، ایالت‌های کارولینای شمالی، نیومکزیکو و نبراسکا، ضبط وسایل جرم را تنها از طریق فرایند کیفری به عنوان مجازات امکان‌پذیر دانسته و ۱۳ ایالت دیگر، وجود حکم محکومیت کیفری را برای فرایند ضبط مدنی لازم می‌دانند (Teigen & Bragg, 2018: 2). در ایران، تصریح به تعابیری مشابه مبنی بر شکستن کمر قاچاقچیان از طریق ضبط اموال آنان، که توسط رئیس قوه قضاییه و وزیر کشور تکرار می‌شود،^۱ نشان‌دهنده اهداف توان‌گیری و سزادهی بوده که جملگی اثبات‌کننده مجازات بودن این گونه تدابیر است.

۲-۱-۲. ویژگی‌های بنیادین مجازات در مصادره وسیله جرم

رنج‌آوری و رسواکنندگی را می‌توان از ویژگی‌های بنیادین مجازات‌ها دانست

۱. برای آگاهی بیشتر از بیانات رئیس قوه قضاییه ر.ک: <<https://www.mehnews.com/news/5017270>>

و درباره وزیر کشور ر.ک: <<https://www.entekhab.ir/fa/news/423400>>.

(اردبیلی، ۱۳۹۹: ۳۳/۳). قطعاً مصادره یک اتوبوس مسافربری که موجب قطع امرار معاش مالک یا مالکان مشاعی، رانندگان و کارگران آن می‌شود، به اندازه کافی رنج‌آوری و رسواکنندگی دارد تا بتوان آن را مجازات دانست. به علاوه با توجه به عواقب سنگینی که ضبط اموال گران‌قیمتی مانند هواپیما، کشتی و یا خودروهای سنگین دارد، این نوع سلب مالکیت مرتبط با تسهیل جرم را باید مجازات دانست (Council of Europe, 2013: 31). در حقوق فرانسه، ضبط وسایل جرم از مصادیق کیفرهای مالی‌اند (بولک، ۱۳۸۷: ۶۶). دیوان عالی کشور کانادا در پرونده Canada v. Industrial Acceptance Corp. Ltd. در سال ۱۹۵۳ میلادی تصریح نموده که مصادره وسیله نقلیه حامل مواد مخدر ذاتاً مشمول حقوق کیفری است (Krane, 2010: 45).

۳-۱-۲. طبقه‌بندی وسایل جرم

به لحاظ نوع ارتباط میان یک وسیله و ارتکاب یک جرم می‌توان سه نوع وسیله جرم را در نظر گرفت. نخست، وسیله‌ای که صرفاً کاربرد مجرمانه دارد، مانند وافور جهت استعمال مواد مخدر. مقنن در ماده ۲۰ قانون مبارزه با مواد مخدر، صرف نگهداری این وسایل جرم را مستقلاً به عنوان موضوع مجرمانه، مشمول ضبط دانسته است. دوم، وسیله‌ای که نوعاً برای ارتکاب جرم استفاده می‌شود، مانند شمشیر و قمه. البته این وسایل ممکن است برای دفاع مشروع استفاده شوند. از این رو، قانون‌گذار در تبصره ۱ ماده ۶۱۷ قانون تعزیرات صرفاً حمل، واردات، تولید و عرضه آن‌ها را مستوجب ضبط دانسته است.^۱ سوم، وسیله‌ای که نه نوعاً، برای ارتکاب جرم استفاده نمی‌شود، بلکه ممکن است کاربرد مجرمانه و یا غیر مجرمانه داشته باشد، مانند وسیله نقلیه.

سیاست کیفری ایران، قواعد متناسب و جامعی درباره نحوه رفتار با وسایل مختلف

۱. «تبصره ۱ ماده ۶۱۷ قانون تعزیرات (الحاقی) ۱۳۹۶/۹/۲۹- حمل قمه، شمشیر، قداره و پنجه بوکس در صورتی که صرفاً به منظور درگیری فیزیکی و ضرب و جرح انجام شود، جرم محسوب و مرتکب به حداقل مجازات مقرر در این ماده محکوم می‌گردد. واردات، تولید و عرضه سلاح‌های مذکور ممنوع است و مرتکب به جزای نقدی درجه شش محکوم و حسب مورد، این سلاح‌ها به نفع دولت ضبط یا معدوم می‌شود».

مجرمانه ندارد. البته تبصره ۵ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، بدون تقسیم‌بندی انواع وسایل جرم، اصرار بر مجازات نبودن ضبط وسایل جرم دارد. شاید بتوان ضبط وسایل ذاتاً خطرناک را برای حفظ نظم و امنیت عمومی جامعه ضروری دانست (دلیر، ۱۳۹۰: ۱۴۷) و این گونه استدلال نمود که صرف نگهداری این اموال حتی قبل از ارتکاب جرم، غیر قانونی و به تعبیری نامشروع بوده است. اما نمی‌توان این حقیقت را نادیده گرفت که دسته سوم از وسایل فوق‌الذکر، موضوعات مجرمانه مستقلی نیستند و تملک این اموال تا زمان ارتکاب جرم، امری قانونی و مشروع بوده است. سلب مالکیت از مال مشروع، به علت تسهیل ارتکاب جرم، تنها به عنوان مجازات مالی برای معاونت در جرم امکان‌پذیر است.

بدین ترتیب باید گفت قدر متیقن این است که تملک دولتی وسایلی که ذاتاً خطرناک نبوده و به عنوان موضوع مجرمانه مستقلی، مشمول ضبط اموال قرار ندارند، قطعاً دارای ماهیت کیفری بوده و به عنوان یک کیفر مالی باید دربردارنده تضمین‌های ماهوی و شکلی مربوط به مجازات‌ها باشند. در واقع، استفاده مقنن از تعبیر مصادره در ماده ۱۹ قانون فوق‌الذکر برای اشاره به ماهیت کیفری تملک دولتی اموال، و عدم شمول آن بر تملک وسایل جرم، امری قابل انتقاد است. تبصره ۵ ماده مذکور صراحتاً ضبط وسایل جرم را از شمول ماده ۱۹ مذکور، یعنی انواع مجازات‌های تعزیری خارج دانسته است. اما تملک اموال و درآمدهای نامشروع حاصل از جرم، به علت نامشروع بودن آن اموال، در مقایسه با تملک وسایلی که مالکیت آن‌ها حداقل تا زمان ارتکاب جرم مشروع بوده، نیاز کمتری به توجیهی به نام کیفر دارد.

۲-۲. تضمین‌های ماهوی محدودکننده مصادره وسیله جرم

علاوه بر تضمین‌های حداقلی در گفتمان ضبط، و فراتر از آن‌ها در مصادره وسیله جرم باید تضمین‌های ماهوی کامل‌ناظر بر مجازات‌ها رعایت شود.

۲-۲-۱. اصل حداقل بودن مصادره

مداخله کیفری باید به عنوان آخرین حربه و در حداقل موارد ضروری صورت گیرد. در اینجا رعایت اصل ضرورت، از حساسیت بیشتری نسبت به گفتمان ضبط

برخوردار است؛ زیرا برخی از قوانین ناظر بر تشدید مجازات قاچاق نه تنها فاقد اثر بازدارنده‌اند، بلکه با افزایش هزینه‌های مجازات شدن، زمینه مباشرت بیشتر قاچاقچیان جهت افزایش کسب سود و جبران ضررهای احتمالی ناشی از تحمل مجازات را فراهم می‌آورند (غلامی، ۱۳۹۱: ۴۶). تا زمانی که از شکل‌گیری علل اصلی قاچاق کالا و مواد مخدر پیشگیری نشود، مصادره وسیله نقلیه باعث داغ‌تر کردن تجارت قاچاق می‌شود. باندهای قاچاق از امکانات بیشتری بهره خواهند برد و در نتیجه صف‌آرایی‌هایی عظیم‌تری به طور مستمر میان پلیس و قاچاقچیان روی خواهد داد. یک تحقیق علمی در بازه سال‌های ۲۰۰۰ تا ۲۰۱۳ میلادی نشان داده که افزایش ضبط اموال مرتبط با مواد مخدر، تأثیر کمی در کاهش جرایم مربوطه داشته است. زمانی که ارزش اموال توقیف‌شده، دو برابر شده، میزان دستگیری‌های مرتبط با مواد مخدر فقط ۰/۰۵۳ درصد کاهش داشته است (Gius, 2018: 13).

اگرچه برای حداقل نمودن مصادره باید ابتدا به سراغ حداقل نمودن حقوق جزا در قبال جرایم اصلی قاچاق کالا و مواد مخدر رفت، در قبال وسایل جرمی که صرف نگهداری آن‌ها موضوع جرم مستقلی نیست، می‌توان به معیار «اختصاص یافتگی» وسیله برای ارتکاب جرم اشاره نمود. توجه به کارگیری این معیار، توان‌گیری از مالکی است که کاربری مال خود را به وسیله دائمی ارتکاب جرم تبدیل نموده و با تکرار جرم، خود را مستحق سزادهی از طریق مصادره آن مال نموده است. البته این معیار به عنوان قاعده کلی در نظام حقوقی ایران مورد تصریح قرار نگرفته است، اما با توجه به برخی مواد قانونی مانند ماده ۸ قانون مبارزه با قاچاق انسان که به این معیار تصریح نموده‌اند و برخی مواد قانونی دیگر مانند تبصره ماده ۱۰ قانون استفاده از بی‌سیم‌های اختصاصی و غیر حرفه‌ای که به معیار تکرار جرم اشاره نموده‌اند،^۱ می‌توان معیار مذکور را در تفسیر ماده ۳۰ قانون مبارزه با مواد مخدر مورد عنایت قرار داد و بر لزوم اصلاح سایر قوانین و قاعده‌گذاری کلی بر مبنای این معیار تأکید نمود.

۱. «تبصره- در موارد مندرج در این ماده در صورت تکرار جرم، دستگاه فرستنده نیز به نفع دولت ضبط خواهد شد.»

۲-۲-۲. اصل قانونی بودن جرم و مصادره

لازمه رعایت اصل قانونی بودن این است که مقنن بپذیرد که مصادره وسیله جرم، یک مجازات است. آنگاه بر اساس اصل ۳۶ قانون اساسی می‌توان بر لزوم وجود قانون برای مجازات کردن تأکید نمود. رعایت اصل قانونی بودن، موجب تفسیر مضیق و عطف بما سبق نکردن قانون است. بدین ترتیب برای مصادره هر وسیله‌ای باید نص قانونی خاصی وجود داشته باشد (شاکری و قلی‌زاده، ۱۳۹۸: ۱۸۰) و نمی‌توان از ماده ۱۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری، تفسیری موسع جهت ضبط تمامی وسایل جرایم مختلف ارائه داد. همچنین اگر قانون جدیدی برای مصادره وسیله یک جرم تصویب شود، طبق اصل ۱۶۹ قانون اساسی نمی‌توان حکم آن را به موارد سابق بر وضع آن قانون معطوف نمود. دیوان اروپایی حقوق بشر در پرونده Welch علیه انگلستان استدلال نمود که تدابیر قانونی جدید جهت مصادره اموال مرتبط با جرایم مواد مخدر، متضمن نوعی مجازات است و طبق ماده ۷ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، قابل عطف بما سبق نبوده است (Simonato, 2017: 369).

۳-۲-۲. عنصر روانی معاونت در جرم

اگر مالک وسیله، شخصی غیر از مرتکب جرم اصلی باشد، طبق تبصره ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی، وجود وحدت قصد میان مالک و مرتکب در قالب رابطه میان معاون و فاعل جرم لازم است. این امر در تبصره ۴ ماده ۲۰ و بند ب ماده ۲۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (با تعبیر: عامداً برای ارتکاب قاچاق در اختیار قرار دادن) و ماده ۸ قانون مبارزه با قاچاق انسان (با تعبیر: عالماً عامداً به امر قاچاق اختصاص دادن) مورد تصریح قرار گرفته است. رویه مراجع رسیدگی‌کننده مبنی بر «استعلام اشتها» راننده وسیله نقلیه به قاچاق نیز مؤید لزوم قصد معاونت در جرم است. با وجود این، در ماده ۳۰ قانون مبارزه با مواد مخدر صرفاً به اذن و اطلاع مالک اشاره شده است. اگرچه شاید بتوان بر اساس تئوری قصد غیر مستقیم، در ماده ۳۰ مذکور، علم به وقوع نتیجه یعنی ارتکاب جرم اصلی را برای مالک مفروض دانست. اما با توجه به خلاف اصل بودن چنین فرضی و با تأکید بر اصل شفافیت قانون درباره ماده ۳۰ مذکور و سایر

مواد مرتبط و اینکه در برخی از قوانین مانند تبصره ۱ ماده ۳ لایحه قانونی مجازات صید غیر مجاز از دریای خزر و خلیج فارس مصوب ۱۳۵۸، مالک آلات و ادوات جرم، بدون اشاره به عنصر روانی وی، مستحق ضبط وسایل دانسته شده است، اصلاح کلیه قوانین مربوطه بر اساس قاعده وحدت قصد لازم است.

اصولاً تملک دولتی وسیله نقلیه متعلق به غیر مرتکب جرم اصلی، سابقه چندانی در قوانین داخلی نداشته است. ماده ۱۱ قانون اصلاح قانون منع کشت خشخاش و استعمال تریاک مصوب ۱۳۳۸، وسایل نقلیه موتوری حامل مواد مخدر را تنها در صورتی قابل توقیف می‌دانست که متعلق به مرتکب جرم باشند. بر همین مبنا، رویه قضایی مراجع قضایی از جمله هیئت عمومی شعب کیفری دیوان عالی کشور در رأی اصراری شماره ۲۰۷ مورخ ۱۳۴۹/۲/۱۶، وسایل نقلیه متعلق به غیر مرتکب را قابل توقیف نمی‌دانست (هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۶۸: ۷۸/۲). برای نخستین بار تبصره ماده ۵۰ اصلاحی قانون مجازات مرتکبین قاچاق در سال ۱۳۵۳، وسیله نقلیه متعلق به غیر مرتکب را به شرطی قابل ضبط دانست که «مالک با علم به استفاده از آن به منظور ارتکاب قاچاق، آن را در اختیار مرتکب قرار داده باشد». در حال حاضر، قانون مذکور به موجب ماده ۷۷ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ نسخ شده و تصریح به عامدانه بودن رفتار مالک در تبصره ۴ ماده ۲۰ و بند ب ماده ۲۳ قانون اخیرالذکر، جایگزین تعبیر مذکور در تبصره ماده ۵۰ قانون سابق الذکر شده است. از این رو، مبنای تملک وسیله نقلیه متعلق به غیر مرتکب، تنها در چارچوب مفهوم و معیار معاونت در جرم قابل تحلیل است.

به لحاظ امکان جمع میان مجازات معاونت در جرم و مصادره مال، مقنن اخیراً در تبصره ماده ۲۴ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹، حکم به چنین جمع مجازات‌هایی در جرایم مربوطه داده است. اگرچه در توجیه این اقدام مقنن، ممکن است گفته شود که معاون دانستن مالک، مستلزم کیفردهی بر اساس معیارهای ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی و وضع مجازات تکمیلی و تحمیل شدن مجازات تبعی بر مورد اوست. با وجود این، جمع میان مجازات معاونت بر مبنای مذکور و مصادره مال مالک، اقدامی بیش از حد تشدیدآمیز به نظر می‌رسد. چه اینکه علی‌القاعده هیچ یک

از مجازات‌های تکمیلی، اجازه تملک مال را نمی‌دهند. به نظر نگارنده بهتر است رفتار مالک را یک معاونت خاص دانست که مجازات خاص آن از سوی مقنن، صرفاً مصادره مال او در نظر گرفته شده است.

۴-۲-۲. فردی بودن مسئولیت کیفری

در نظام حقوقی کنونی، طبق بند الف ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری، فوت محکوم علیه موجب موقوفی اجرای حکم به جزای نقدی است؛ اما موجب موقوفی ضبط وسیله جرم نمی‌شود (محمدی، ۱۳۹۰: ۱۷۲). اگرچه قائل شدن به این نظر نتایج نامعقولی در پی دارد، درستی این تفسیر از قانون، مبتنی بر این واقعیت است که مقنن «ضبط وسیله جرم» را مجازات ندانسته است. از این رو، ایراد متوجه قانون است. رعایت اصل فردی بودن مسئولیت کیفری، مستلزم ممنوعیت تعرض به حقوق وراثت بعد از فوت محکوم علیه است. علاوه بر این به نظر نگارنده، کاهش آثار مخرب اقتصادی مصادره نسبت به خانواده مالک، مقتضی این است که برای تحقق توأمان اهداف پیشگیرانه و رعایت اصل شخصی بودن آثار مجازات‌ها، در موارد ضروری وسیله جرم از تصرف مالک خارج و توسط دولت اداره شود و ماهیانه مبلغی به عنوان اجرة‌المثل به مالک و خانواده او پرداخت گردد. در حال حاضر، تبصره ۵ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی صراحتاً مستثنا نمودن هزینه‌های متعارف زندگی محکوم را شامل ضبط وسیله جرم ندانسته است.

۵-۲-۲. منع مجازات غیر انسانی و شمول نهادهای ارفاق‌آمیز

اصلی‌ترین هدف حمایت از حق بر مالکیت، تسهیل ارضای نیازهای مالک از طریق تصرف در مال خویش است. طبق ماده ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر، هیچ انسانی نباید تحت مجازات غیر انسانی یا مجازاتی قرار گیرد که موجب تنزل کرامت انسانی گردد. از این رو، مجازات مصادره نباید بدون توجه به مستثنیات دین اعمال گردد. طبق ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری، مستثنیات دین از قبیل مسکن و وسایل کار نمی‌توانند محل اجرای حکم به جزای نقدی تلقی گردند. مقنن در تبصره ۵ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، حتی درباره مصادره اموال ناشی از جرم که ذاتاً

نامشروع بوده‌اند، هزینه‌های متعارف زندگی محکوم و افراد تحت تکفل او را مستثنا نموده؛ اما در گفتمان ضبط وسایل جرم، به بحث مستثنیات دین توجه نکرده است. افزون بر این، مشمولان مجازات مصادره، بر اساس اصل فردی‌سازی، مستحق بهره‌مندی از نهادهای ارفاق‌آمیزند. در حال حاضر، امکان تخفیف مجازات (موضوع مواد ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات اسلامی)، صدور حکم به معافیت از کیفر (موضوع ماده ۳۹ قانون مذکور)، تعویق صدور حکم (موضوع ماده ۴۰ این قانون)، تعلیق اجرای مجازات (موضوع ماده ۴۶ قانون اخیر) درباره مجازات جزای نقدی وجود دارد. اما گفتمان ضبط، مانع از متناسب‌سازی مصادره وسیله جرم بر مبنای شرایط ارفاق‌آمیز موجود در پرونده است. بدین ترتیب در راستای تحقق اهداف فردی‌سازی، لازم است مصادره اموال نیز مانند سایر مجازات‌ها، در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مشمول درجه‌بندی قرار گیرد تا بر مبنای آن بتوان نهادهای تخفیفی را اعمال نمود.

۲-۳. تضمین‌های شکلی ناظر بر فرایند کیفری

درباره رعایت تضمین‌های شکلی ناظر بر ضمانت اجرای سرکوبگر، صرف‌نظر از اینکه عنوان مجازات بر آن‌ها اطلاق شده یا نشده باشد، دیوان اروپایی حقوق بشر، مفهوم «قلمرو کیفری» را ایجاد نموده است. قلمرو کیفری عبارت از مجموعه معیارهایی است که با توجه به آن‌ها، تضمین‌های دادرسی کیفری منصفانه باید درباره ضمانت اجرای غیر کیفری سرکوبگر هم اعمال شوند. در این باره علاوه بر توصیف کیفری یا غیر کیفری از بزه ارتكابی، به ماهیت بزه و شدت ضمانت اجرا توجه می‌شود (دل‌ماس مارتی، ۱۳۹۵: ۹۴). مهم‌ترین معیار برای تعیین قلمرو کیفری، ماهیت سرکوبگرانه ضمانت اجراست. این ملاک حتی درباره حکم به جریمه‌های نقدی نیز قابل اعمال است (بابایی، ۱۳۹۱: ۱۱۶). بدین ترتیب برای صدور حکم به این گونه ضمانت اجراها حتی در مراجع غیر قضایی مانند شعب تعزیرات حکومتی باید کلیه موازین دادرسی کیفری منصفانه رعایت شود.

البته با توجه به دلایلی که برای مجازات بودن تملک دولتی وسیله جرم بیان شد، نیازی به استدلال به مفهوم قلمرو کیفری وجود ندارد. بلکه برای جلوگیری از

تفسیرهای مختلف و در راستای پاسداشت شفافیت قانون، باید مجازات بودن مصادره وسیله جرم در قانون به رسمیت شناخته شود تا علاوه بر تضمین‌های دادرسی مدنی منصفانه نظیر استقلال و بی‌طرفی دادگاه صالح، تضمین‌های خاص دادرسی کیفری منصفانه نیز نظیر فرض بی‌گناهی، تفهیم اتهام، حق سکوت و اعمال قاعده درأ در ارزیابی ادله رعایت شوند.

بنیادی‌ترین حق و تضمین‌کننده سایر حقوق دفاعی متهم، فرض بی‌گناهی است که در حقوق ایران غالباً با عنوان اصل برائت شناخته می‌شود. بر این اساس، تا زمانی که اتهام متهم با استناد به ادله متقن و فراتر از هر شک و شبهه معقولی اثبات نگردد، وی را باید بی‌گناه دانست. برخی از قوانین نظیر تبصره ۴ ماده ۲۰ و بند ب ماده ۲۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، بر خلاف فرض بی‌گناهی، سابقه مرتکب جرم اصلی را به‌عنوان دلیلی برای اثبات عنصر روانی مالک تلقی نموده‌اند. افزون بر این، حق تفهیم اتهام و ادله اتهام به مالک، تحت عنوان معاونت خاص در جرم قاچاق یا سایر جرایم مربوطه، زمینه مهمی را برای تدارک دفاع از سوی وی فراهم می‌سازد. در عین حال، چنین متهمی طبق ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی کیفری، حق سکوت خواهد داشت و علاوه بر حق بر بهره‌مندی از مشاوره وکیل، از سایر حقوق دفاعی نظیر تفهیم حقوق متهمان برخوردار خواهد بود.

در ارزیابی ادله اثبات جرم همواره باید قاعده درأ را مطابق با ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی مورد توجه قرار داد. بدین ترتیب، هر شبهه معقولی موجب تبرئه متهم می‌گردد و این همان وجه فارق اصلی ادله در دعاوی کیفری و مدنی است. در ایالات متحده با کنار گذاشتن معیار «فراتر از هر شک معقول»،^۱ یک دعوای کیفری مصادره وسیله جرم، تبدیل به دعوای ضبط مدنی می‌شود. در دعوای ضبط مدنی، اکثر ایالت‌ها از معیار «برتری ادله»^۲ به عنوان معیار ادله مدنی استفاده می‌کنند. اما اخیراً برخی از ایالت‌ها حتی در ضبط مدنی، با افزایش سطح ارزیابی، به جای معیار «برتری ادله»،

۱. beyond reasonable doubt. معیار اصلی در اثبات دعوای کیفری، به معنای یقین به مجرمیت است.
 ۲. preponderance of the evidence، معیار اصلی در اثبات دعوای مدنی، به معنای احتمال صحت ادعا، بیش از ۵۰ درصد است.

معیار «ادله واضح و اقناع کننده»^۱ را به عنوان معیاری سختگیرانه‌تر مورد استفاده قرار می‌دهند (Milliron, 2018: 1392). اگرچه در حقوق داخلی، طبقه‌بندی دقیق و لازم‌الاجرائی مشابه سه معیار ادله فوق‌الذکر وجود ندارد، از آنجا که مالک باید متهم تلقی شود، اعمال قاعده درآ در ارزیابی ادله در مورد وی لازم‌الرعايه است. در مقابل، معکوس نمودن بار اثبات دلیل و پیش‌بینی اماره مجرمیت در مورد اموال مشکوک در جرایم سازمان‌یافته، مانند ماده ۳۰ قانون مبارزه با مواد مخدر، مخالف موازین حقوق بشری درباره فرض بی‌گناهی و حق بر مالکیت بوده و صرفاً جلوه‌ای از الگوی کنترل جرم در برابر الگوی دادرسی منصفانه است که هدفش تضمین محکوم نمودن متهمان و تأمین نتیجه کمی از فرایند کیفری است (قبانچی، ۱۳۹۱: ۱۷۷).

نتیجه‌گیری

قوانین کنونی درباره توقیف و تملک دولتی وسایل جرم به ویژه وسایل نقلیه، فاقد شفافیت و به دور از عدالت‌اند. این قوانین نه تنها موجب افزایش خودکامگی می‌شوند، بلکه زمینه‌های فساد مالی را در دستگاه قضایی گسترش داده و امنیت اقتصادی جهت توسعه اقتصادی را دچار اختلال می‌کنند. زمینه اصلی برای اصلاح این وضعیت این است که در قوانین مربوطه، لزوم صدور قرار مستقلی برای توقیف وسیله جرم پیش‌بینی شده و علاوه بر تصریح به لزوم ابلاغ آن به مالک مال در زمان معین، با تشکیل جلسه در مرجع قضایی به اعتراض مالک به صورت علنی رسیدگی شود.

تضمین‌های ناظر بر حمایت از حق بر مالکیت، زمانی به طور کامل اعمال خواهند شد که نخست، ماهیت کیفری مصادره وسیله جرم به رسمیت شناخته شود. دوم، تعریف واضح و عامی از وسیله جرم و انواع آن در قانون ذکر شود. سوم، اگر در جرایم مشهود، اقتضائات جلوگیری از فرار متهم و سایر مصالح تحقیقات مقدماتی، مستلزم مداخله ضابطان دادگستری باشد، اعطای حقوقی مشابه حقوق مرحله «تحت نظر» به مالکان اموال توقیفی لازم به نظر می‌رسد. از این طریق، حق بر تفهیم اتهام و ادله آن،

۱. clear and convincing evidence، معیاری مشترک میان دعاوی کیفری و مدنی، به معنای ظن قوی به صحت ادعاست. این معیار، بالاتر از معیار برتری ادله و پایین‌تر از معیار فراتر از هر شک معقول است.

حداکثر زمان توقیف، لزوم ثبت مشخصات اموال در مرکز واحد، حق بر مشورت با وکیل و تفهیم حقوق متهمان برای مالک تضمین می‌شود. افزون بر این، در تملک دائمی مال باید اصول و قواعد حقوق کیفری همچون اصل قانونی بودن، لزوم عنصر روانی معاونت در جرم، درجه‌بندی مصادره برای امکان بهره‌مندی از نهادهای ارفاق‌آمیز و فرض بی‌گناهی متهم بر موضوع حاکم گشته و مانع از تضییع حقوق مالکان شود. اما تا قبل از پذیرش ماهیت کیفری مصادره وسیله جرم از سوی مقنن، اصلاح قوانین فعلی در چارچوب «گفتمان ضبط وسیله جرم» برای رعایت تضمین‌های ماهوی حداقلی نظیر اصل ضرورت، اصل تناسب و جبران خسارت از یک سو، و الزامات شکلی حداقلی مانند استقلال و بی‌طرفی مرجع رسیدگی‌کننده و اصل تسریع در رسیدگی از سوی دیگر، امری ضروری است.

در پایان، تأکید بر دو نکته ضروری است: ۱- لزوم جرم‌انگاری مستقل توقیف و یا مصادره غیر قانونی وسیله جرم؛ در وضعیت فعلی برای توقیف غیر قانونی انسان، در ماده ۵۸۳ قانون تعزیرات، جرم‌انگاری مستقلی وجود دارد. در صورتی که برای توقیف و یا مصادره غیر قانونی اموال به طور عام و وسیله جرم به طور خاص، جرم‌انگاری مستقلی انجام شود، باشد که مقامات رسمی درباره نحوه رفتار با اموال اشخاص، احتیاط بیشتری نمایند. ۲- لزوم نظارت افکار عمومی بر فرایند توقیف و یا مصادره وسیله جرم؛ تملک اموال افراد ملت از طریق ضبط و مصادره، با جرایم سیاسی مشابهت دارد؛ زیرا در هر دو مورد، دولت مستقیماً ذی‌نفع است. از این رو، پیش‌بینی سازوکارهایی مانند حضور هیئت منصفه جهت نظارت مردم بر فرایندهای مذکور، امری لازم به نظر می‌رسد.

کتاب‌شناسی

۱. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، چاپ هفدهم، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.
۲. الماسی، نجادعلی، و بهنام حبیبی درگاه، «درآمدی بر کیفیت دادرسی در فرایند دادرسی کارآمد»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دوره هفدهم، شماره ۵۸، تابستان ۱۳۹۱ ش.
۳. بابایی، محمدعلی، و داور مهدوی، «قلمرو کیفری و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره نهم، شماره ۳، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش.
۴. بسیونی، محمود شریف، و عبدالعظیم وزیر، *الاجراءات الجنائیه فی النظم القانونیه العربیه و حمایه حقوق الانسان*، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۹۹۱ م.
۵. بولک، برنار، *کیفرشناسی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ هشتم، تهران، مجد، ۱۳۸۷ ش.
۶. پرادل، ژان، *حقوق کیفری شورای اروپا*، ترجمه محمد آشوری، تهران، خرسندی، ۱۳۹۳ ش.
۷. جعفریان، حسن، «ضبط و مصادره اموال»، *دانشنامه علوم جنایی اقتصادی*، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۸. حبیب‌نژاد، احمد، «شرایط اعمال تحدید حقوق و آزادی‌ها با تأکید بر تحدید به نام نظم عمومی»، *دوفصلنامه حقوق تطبیقی*، جلد ۱۲، شماره ۱ (پیاپی ۱۰۵)، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
۹. خالقی، علی، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ چهل و یکم، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۹ ش.
۱۰. دلماس مارتی، می‌ری، *نظام‌های بزرگ سیاست جنایی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۱۱. دلیر، حمید، *حقوق مصادره*، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۱۲. شاکری، ابوالحسن، و بهروز قلی‌زاده، «ضبط اموال در حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دوره بیست و چهارم، شماره ۸۷، پاییز ۱۳۹۸ ش.
۱۳. صابر، محمود، و سمیه خلیق آذر، «مداخله شخص ثالث در دادرسی کیفری؛ جلوه‌ها و موانع»، *دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دوره چهارم، شماره ۲ (پیاپی ۹)، پاییز و زمستان ۱۳۹۶ ش.
۱۴. طهماسبی، جواد، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۱۵. غلامی، حسین، «اصل حداقل بودن حقوق جزا»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال اول، شماره ۲، زمستان ۱۳۹۱ ش.
۱۶. قبانچی، حسام، و حمیدرضا دانش‌ناری، «الگوهای دوگانه فرایند کیفری کنترل جرم و دادرسی منصفانه»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره نهم، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ ش.
۱۷. محمدی، حمید، *ضبط، مصادره، استرداد و اخذ اموال حاصل از جرم*، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش.
۱۸. مرکز مالمری، احمد، *حاکمیت قانون؛ مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها*، چاپ دوم، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۹۴ ش.
۱۹. مؤذن‌زادگان، حسعلی، و حامد رهدارپور، «اصل شفافیت و جایگاه آن در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دوره بیست و سوم، شماره ۸۱، بهار ۱۳۹۷ ش.
۲۰. وکیلان، حسن، و داور درخشان، «راهکارهای پیشگیری و مدیریت تعارض منافع در نظام قضایی با رویکرد تطبیقی»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۱۰۹، بهار ۱۳۹۹ ش.

۲۱. هیئت عمومی دیوان عالی کشور، مذاکرات و آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۷، چاپ دوم، تهران، اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۲ ش.
۲۲. همو، موازین قضایی هیئت عمومی دیوان عالی کشور، چاپ دوم، تهران، حسینیه ارشاد، ۱۳۶۸ ش.
۲۳. یآوری، اسدالله، «حق برخورداری از دادرسی منصفانه»، فصلنامه حقوق اساسی، سال دوم، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۳ ش.
24. Blumenson, Eric & Eva Nilsen, "The Next Stage of Forfeiture Reform", *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 14(2), October 2001.
25. Council of Europe, "Impact Study on Civil Forfeiture", Belgrade, 2013, Available at: <<http://rm.coe.int/impact-study-on-civil-forfeiture-en/1680782955>>.
26. Doyle, Charles, "Crime and Forfeiture", Congressional Research Service 7-5700, May 2013.
27. European Court of Human Rights, "Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights: Protection of Property", 2019 Available at: <http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf>.
28. Fried, David J., "Rationalizing Criminal Forfeiture", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 79(2), 1988.
29. Gius, Mark, "The Effects of Civil and Criminal Forfeiture on Drug-Related Arrests", *Justice Policy Journal*, Vol. 15(1), 2018.
30. King, Colin, "Civil Forfeiture and Article 6 of the ECHR: Due Process Implications for England & Wales and Ireland", *Legal Studies*, Vol. 34(3), July 2013.
31. Krane, Joshua Alan, *Civil Forfeiture and the Canadian Constitution*, A master of Laws thesis, Faculty of Law, University of Toronto, 2010.
32. Milliron, Kelly, "Addressing Due Process Concerns: Evaluating Proposals for Civil Asset Forfeiture Reform", *Florida Law Review*, Vol. 70(6), 2018.
33. Ross, David Benjamin, "Civil Forfeiture: A Fiction That Offends Due Process", *Regent University Law Review*, Vol. 13, 2001.
34. Simonato, Michele, "Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains", *ERA Forum; Journal of the Academy of European Law*, Vol. 18(3), 19 September 2017.
35. Teigen, Anne & Lucia Bragg, "Evolving Civil Asset Forfeiture Laws", *Legis Brief*, Vol. 26(5), February 2018.

سقوط حکم اعدام مرتد فطری در فرض توبه و مشروعیت استتابه توسط قاضی*

□ حمید مؤذنی بیستگانی^۱

چکیده

مطابق فتوای مشهور فقهای امامیه، مجازات مرتد فطری اعدام است؛ ضمن آنکه استتابه - یعنی دعوت وی به توبه - از سوی حاکم شرع جایز نیست. مهم‌ترین مستند، روایاتی هستند که نهی از استتابه مرتد نموده‌اند. از دیگر سو میان عدم جواز دعوت وی به توبه و عدم پذیرش توبه تلازم برقرار کرده‌اند؛ در نتیجه توبه مرتد را پذیرفته نمی‌دانند. بر اساس یافته‌های این پژوهش که به روش توصیفی تحلیلی به نگارش درآمده است، اساساً اخباری که نهی از استتابه و دعوت مرتد به توبه نموده‌اند، ظهور در حرمت ندارند؛ بلکه در مقام توهم و جوب صادر شده‌اند. لذا ظهور در ترخیص دارند و یا لاقلاً مجمل هستند و این اجمال، به مشتبه شدن حکم می‌انجامد. ضمناً احتمال می‌رود که موضوع در اخبار ناهیه، از حیثیت تقییدی برخوردار باشد؛ در نتیجه عدم پذیرش توبه، منوط به بقای عنوان مرتد باشد. ضمناً استصحاب حکم اعدام که مربوط به زمان ارتداد بوده است، با تأملاتی اصولی

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۱۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۳/۱.

۱. دانش‌آموخته سطح ۴ حوزه علمیه قم و دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان
(moazzeni62@gmail.com)

از قبیل تبدیل موضوع مواجه است. از این رو به نظر می‌رسد دعوت مرتد به توبه از سوی حاکم منعی ندارد و چنانچه عنوان مرتد از وی سلب گردد، ترتب حکم اعدام محل تأمل است.

واژگان کلیدی: حقوق کیفری، مرتد فطری، توبه، استتابه مرتد فطری.

مقدمه

در نظام فقه شیعی، احکام مرتد فطری در برخی جهات، متفاوت از دیگر اقسام مرتد است. مرتد فطری به کسی گفته می‌شود که از والدین مسلمان متولد شده و خودش نیز بر آیین اسلام بوده است، سپس از اسلام روی برگردانده و آن را انکار می‌نماید (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۲۱/۱۳)؛ بر خلاف مرتد ملی که از آغاز مسلمان نبوده است، سپس مسلمان می‌شود و آنگاه اسلام را انکار می‌کند (همان: ۳۱۸/۱۳).

مرتد فطری در برخی احکام با کافر اصلی مشترک است؛ مثل اینکه کشتن هیچ کدام از آن‌ها موجب قصاص مسلمان نمی‌گردد (همان: ۳۱۹/۱۳). در برخی دیگر از احکام با مرتد ملی اشتراک در حکم دارد؛ مثل اینکه هر دو محکوم به وجوب قتل هستند (همان). اما در این میان، حکم مختصی نیز دارد که او را از دیگر اقسام مرتد به لحاظ قوانین کیفری و جرم‌شناسی متمایز می‌سازد. تفاوت وی در این است که بر پایه دیدگاه مشهور فقها، استتابه مرتد جایز نیست؛ یعنی حاکم اسلامی نباید وی را دعوت به توبه نماید، بلکه بدون دعوت به توبه و بی‌آنکه در این جهت درنگی نماید، لازم است که وی را بکشد (یزدی، ۱۴۱۵: ۱۶۶/۴). این فتوا آن‌چنان شیوع دارد که برخی آن را مورد اجماع فقها دانسته (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۳۸۰) و برخی دیگر با تعبیر عدم خلاف، به گستردگی این فتوا اشاره کرده‌اند (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۱۴/۱۱). فقهایی که جایگاهی برای استتابه مرتد به رسمیت نمی‌شناسند، گاهی بدین شکل فتوا داده‌اند که ارتداد را سبب وجوب قتل دانسته‌اند، بی‌آنکه سخن از دعوت وی به توبه به میان آورده‌اند (مفید، ۱۴۱۳: ۸۰۰؛ ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۳۱۱؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۴۲۴). برخی نیز صریحاً فتوا به عدم جواز استتابه داده‌اند (علامه حلی، بی‌تا: ۷/۵؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۶۶۶؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۳۸۰؛ بیهقی کیدری، ۱۴۱۶: ۴۶۵؛ قطب‌الدین راوندی، ۱۴۰۵: ۲۰۴/۲؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۴: ۱۵/۱۶؛ بحرانی

آل عصفور، ۱۴۰۵: ۱۴/۱۱؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۷۰۷/۲؛ ابن سعید حلی، ۱۴۰۵: ۵۶۷).

البته در این میان نقل شده که ابن جنید (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۲۶/۱۳) و اسکافی (بیزدی، ۱۴۱۵: ۱۶۶/۴)، استنباطه مرتد را به شکل مطلق واجب می‌دانستند. فقیه نامداری چون شهید ثانی نیز گرچه این دیدگاه را مخالف مشهور فقها توصیف می‌کند، لکن تصریح می‌کند که ادله معتبر به نفع همین دیدگاه است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۵/۱۵). فیض کاشانی نیز در کتاب *مفاتیح الشرائع* در عین اینکه این دیدگاه را شاذ توصیف می‌کند، لکن آن را احوط می‌داند (فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۰۴/۲) و در کتاب دیگر خود می‌نویسد: «احوط آن است که مرتد فطری، دعوت به توبه شود» (همو، ۱۴۱۸: ۵۵).

بنابراین با وجود مخالفت صریح ابن جنید و اسکافی و نیز روی آوردن فیض به احتیاط و عدم تصریح به فتوا در مسئله، ادعای اجماع - به معنای اتفاق جمیع فقها در جمیع اعصار - در این مسئله را دشوار می‌سازد؛ ضمن آنکه راه را برای انجام تحقیقات جدید هموارتر می‌سازد، گوآنکه این فرع را نمی‌توان از ضروریات یا شبه ضروریات مذهب برشمرد.

از آنجا که کیفیت جرم‌انگاری ارتداد مرتد فطری و مجازات‌شناسی آن، پیوسته یکی از مباحث چالش‌برانگیز فقه بوده که مخالفان و گاه روشنفکران دینی را به تأمل پیرامون آن و یا حتی انکار حکم ارائه‌شده از سوی فقهای عظام امامیه وادار ساخته است و نیز نظر به ارتباط آن با بحث دماء - که احتیاط در آن، بسی مورد تأکید شارع مقدس است -، تحقیقاتی از سوی برخی محققان طی برخی مقالات و کتب صورت گرفته است. لکن به نظر می‌رسد تنها راه بررسی و واکاوی این فرع مشهور فقهی، ارزیابی درون‌دینی با محوریت فقه، اخبار و روش اصول فقه است. از این جهت ضروری به نظر رسید تا طی یک بازپژوهی مجدد، به بررسی اخبار این مسئله و کیفیت استنباط حکم از آن اخبار با نگاه تحلیلی پرداخته شود.

پرسش‌های پیش رو در این تحقیق عبارت‌اند از اینکه مدارک این مسئله کدام‌اند؟ استنباط و استظهار چنین حکمی بر پایه کدامین مبنا و روش اصولی است؟ سیر در پیش گرفته‌شده جهت استنتاج این حکم بر پایه یافته‌های دانش اصول و آورده‌های دانش

حقوق، با چه اشکالاتی مواجه است؟ در این راستا به برخی تأملات فقهی که به نظر می‌رسد در این مسئله وجود دارد، اشاره کنیم.

پیش از ورود به اصل بحث تأکید می‌گردد که اصل اینکه اعدام، مجازات مرتد فطری باشد، محل بحث ما در این تحقیق نیست؛ بلکه محل بحث، آن است که آیا استتابه مرتد فطری و دعوت به توبه توسط حاکم شرع و قاضی ممنوع است؟ به عبارت دیگر، آیا واجب است که مرتد فطری بی‌آنکه دعوت به توبه شود، اعدام شود یا اینکه استتابه مرتد بر قاضی واجب نیست، لکن قاضی می‌تواند و مجاز است که او را به توبه دعوت نماید تا چنانچه در نتیجه استتابه و یا حتی بدون استتابه توبه نمود، توبه او مقبول و از عوامل سقوط مجازات شمرده شود؟ سیر بحث با بیان مستندات فقهی مشهور - مبنی بر عدم جواز استتابه مرتد فطری - آغاز و در ادامه مورد ارزیابی تحلیلی قرار خواهد گرفت. جهت بیان پیشینه تحقیق و وجه نوآوری این پژوهش، لازم به ذکر است که پس از تأمل در مقالات متعددی که در این زمینه به نگارش درآمده است (برای نمونه ر.ک: موسویان، ۱۳۸۳: ۱۸۷-۲۰۹؛ معدنی و امام، ۱۳۸۵: ۸۳-۱۰۱؛ جمشیدی راد و امانی‌فر، ۱۳۹۴: ۹۷-۱۲۲)، در مقایسه تفصیلی میان تحلیل‌های موجود در این جستار با آنچه تا کنون انجام شده است، به خوبی آشکار می‌گردد بسیاری از تأملاتی که در این تحقیق مورد ملاحظه قرار گرفته، برای اولین بار طرح می‌شود. تأمل در حیثیت‌های تعلیلی و تقییدی اخبار ارتداد و مقارنه تطبیقی میان اخبار امامیه و اخبار اهل سنت، از نوآوری‌های این تحقیق است. افزون بر این‌ها، اغلب آنچه در مقتضای اصول عملیه به نگارش درآمده است، هیچ‌گاه در مقالاتی که پیش از این به نگارش درآمده، مورد اشاره قرار نگرفته است.

۱. مقتضای ادله لفظیه

ادله لفظیه‌ای که در این باب به کار گرفته می‌شود، منحصر در اخبار است؛ چرا که بحث از اعدام مرتد و استتابه و توبه وی، در هیچ آیه‌ای از آیات قرآن مورد تصریح قرار نگرفته است. از این رو مهم‌ترین ادله مشهور بر این فتوا، پاره‌ای از اخبار آحاد است که در ادامه مورد اشاره قرار خواهد گرفت. البته گاهی سخن از اجماع فقها بر این فتوا به میان آورده می‌شود که فارغ از تحقق چنین اجماعی، نظر به مدرکی بودنش، اعتبار و

رتبه آن متأخر از اخبار خواهد بود.

۱-۱. مستندات روایی

۱- حسن بن سعید گزارش می‌کند که دیدم فردی برای امام علی بن موسی علیه السلام چنین نوشت که اگر مسلمانی که بر اسلام تولد یافته، مرتد گردد، آیا دعوت به توبه می‌شود یا اینکه بدون دعوت به توبه به قتل می‌رسد؟ امام فرمود: «به قتل می‌رسد» (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۵۴/۴).

۲- بنا بر نقل عمار ساباطی، امام صادق علیه السلام فرمود:
«اگر مسلمانی از اسلام روی برگرداند و پیامبر را انکار نماید، خوش مباح است... بر امام واجب است که او را بکشد، بی آنکه وی را دعوت به توبه نماید (همو، ۱۴۰۷: ۱۳۷/۱۰).

۳- امیرالمؤمنین علیه السلام فرمان کشتن مرتدی را صادر کرد و آنگاه فرمود:
«هر آنکس که تولدش بر اسلام بوده و آیین خویش را تغییر دهد، باید کشته شود، بدون آنکه دعوت به توبه گردد (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۱۶۴/۱۸).

مهم‌ترین بلکه تنها ادله بر اینکه حاکم شرع نمی‌تواند مرتد فطری را دعوت به توبه کند، بلکه باید وی را بدون دعوت به توبه اعدام نماید، اخباری است که گذشت. لکن به نظر می‌رسد که دلالت حکم مذکور قابل تأمل باشد و همان طور که برخی فقهای امامیه مدعی شده‌اند، مرتد فطری نیز قابل استتابة باشد.

۲-۱. وجود اخبار معارض

قبل از بیان تأمل در فتوای مشهور، لازم به ذکر است که اخبار مذکور، خالی از معارض نیستند، بلکه با معارض مواجه‌اند. بر پایه خبر موثقه‌ای که عباد بن صهیب از محضر امام جعفر صادق علیه السلام نقل کرده است:
«لازم است که مرتد به توبه دعوت شود. در صورت توبه آزاد می‌شود، وگرنه به قتل خواهد رسید» (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۴/۱۰).

ابن محبوب نیز گزارشی به همین مضمون از محضر امام صادق علیه السلام دارد (حرّ عاملی،

۱۴۰۹: ۳۲۷/۲۸).^۱ مطابق این دو خبر، استتابة مطلق مرتد - اعم از فطری و غیر فطری - واجب است.

۳-۱. مدلول‌شناسی اخبار دال بر عدم جواز استتابة

چنانچه تعارض اخبار مذکور را بپذیریم، لازم است که به قواعد باب تعادل و تراجیح مراجعه شود. لکن چنانچه بتوان در دلالت یکی از دو دسته از اخبار خدشه کرد و دلالت آن‌ها - به گونه نصّ یا ظهور - را مردود ساخت، دیگر تعارضی باقی نخواهد ماند تا مراجعه به قواعد باب تعارض لازم باشد. قواعد باب تعارض، مخصوص فرضی است که هر دو دلیل بر دلالت ظنی خود باقی باشند و مفید ظن نوعی باشند، وگرنه از مقام تعارض خارج خواهند شد.

حال به نظر می‌رسد اساساً اخبار دالّ بر عدم جواز استتابة، ظهور در حرمت استتابة نداشته باشند؛ زیرا گرچه اخبار مذکور مشتمل بر الفاظی نظیر «لا یستتاب» هستند، لکن امکان برخی تأمل‌ها در دلالت این اخبار بر حرمت وجود خواهد داشت که در ادامه مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

۱-۳-۱. تأمل اول: در مقام توهم وجوب بودن اخبار ناهیه

مروری بر اخبار وارد شده در منابع اهل سنت و نیز دیدگاه‌های موجود در بین ایشان به خوبی حکایت از آن دارد که وجوب استتابة واقعاً مورد توهم بوده است؛ چرا که مشهور فقهای اهل سنت بر پایه بسیاری از اخبار خود، فتوا به وجوب استتابة مرتد فطری داده‌اند. در چنین ظرفی، بی‌تردید توهم وجوب استتابة می‌رود؛ لذا ادعای اینکه اخبار ناهیه، در مقام توهم وجوب استتابة صادر شده‌اند، ادعای گزافی نخواهد بود. نگاهی به اقوال فقهای اهل سنت، حاکی از آن است که مشهور ایشان استتابة را در مطلق مرتد - اعم از ملی و فطری - واجب می‌دانند، بی‌آنکه حکم این دو را از این جهت متفاوت بدانند. به احمد، اسحاق، شافعی، سفیان ثوری، اوزاعی، مالک، ابراهیم نخعی، عطاء بن ابی‌ریاح و نیز اصحاب رأی، نسبت داده شده که همگی بر همین فتوا یعنی وجوب

۱. «فی المرتد یُسْتَتَابُ فَإِنْ تَابَ وَإِلَّا قُتِلَ».

استتابه در مطلق مرتد بوده اند (ر.ک: ابن منذر نیشابوری، ۱۴۲۵: ۵۳/۸).

البته دیدگاه شاذی نیز در مقابل مشهور ایشان وجود دارد که اعدام مطلق مرتد را واجب دانسته اند، بی آنکه سخنی از استتابه به میان آورده باشند؛ یعنی اعدام‌انگاری مجازات مرتد فطری را بدون وساطت استتابه به رسمیت شناخته‌اند. به طاووس و عبید بن عمیر نسبت داده شده که بر این دیدگاه شاذ بوده‌اند. برخی دیگر نیز رأی شاذ دیگری در مقابل مشهور برگزیده‌اند و آن اینکه فتوا به استحباب استتابه داده‌اند (همان). احمد بن حنبل بر پایه یکی از دو فتوایی که از وی گزارش شده، بر این دیدگاه بوده است (ابویعقوب مروزی، ۱۴۲۵: ۴۶۴۹/۹). البته دیدگاه شاذ سومی نیز وجود دارد. از عطاء بن ابی‌ریاح نقل شده که مرتد چنانچه مسلمان باشد و از مسلمان متولد شده باشد، آنگاه مرتد گردد، دعوت وی به توبه جایز نیست؛ اما اگر مشرک بوده، آنگاه اسلام آورده و سپس به ارتداد روی آورده است، دعوت وی به توبه واجب است (ر.ک: ابن منذر نیشابوری، ۱۴۲۵: ۵۳/۸).

بدیهی است که تعارض‌های فتوایی، به جهت اخبار متعارضی است که در منابع اهل سنت وارد شده است. مطابق برخی اخبار، کشتن مرتد به شکل مطلق واجب است، بی آنکه بحثی از استتابه در میان باشد.^۱ اما اخبار فراوان دیگری حکایت از لزوم استتابه مرتد دارند.

بر پایه یکی از گزارش‌های موجود در منابع اهل سنت، از امیرالمؤمنین علی علیه السلام نقل شده که ایشان فرمود: «باید مرتد را تا سه روز دعوت به توبه نمود» (ابوبکر بن ابی‌شیبه، ۱۴۰۹: ۴۴۱/۶). بر پایه گزارش دیگر:

۱. خبر اول: «بر پایه گزارش عثمان، پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم فرمود: خون مسلمان حلال نخواهد بود، مگر به سبب کفر پس از اسلام، زنا، محصنه، قتل، که قصاص نباشد» (ترمذی، ۱۳۹۵: ۴۶۰/۴). خبر دوم: «معاذ با شخصی یهودی مواجه شد که اسلام آورده و پس از دو ماه به دین خود برگشته بود. عرض کرد: والله نخواهم نشست تا آنکه گردش را بزنم. خدا و رسولش حکم کرده‌اند که هر کس از دین برگشت، او را بکشید» (ابن حنبل شیبانی، ۱۴۲۱: ۳۳۴/۳۶). خبر سوم: «عکرمه گوید: علی علیه السلام گروهی را که مرتد شده بودند، به آتش سوزاند. ماجرا به ابن عباس رسید. وی گفت: من هرگز آنان را نمی‌سوزاندم؛ زیرا پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم فرمود: به شکل عذاب‌های الهی عذاب ندهید. اگر من بودم آنان را به قتل می‌رساندم؛ چرا که رسول خدا صلی الله علیه و آله و سلم فرمود: هر کس که دین خود را تغییر داد، او را بکشید. ماجرا به علی علیه السلام رسید. ایشان فرمود: وای بر ابن عباس! (سجستانی ازدی، بی‌تا: ۱۲۶/۴).

«خلیفه دوم به یکی از مجاهدان گفت: آیا فلان شخص را می‌شناسی؟ پاسخ داد: بلی! به کفر گروید. عمر پرسید: با وی چه کردید؟ گفت: گردنش را زدیم. خلیفه دوم گفت: چه شد شما را که به وی سه روز اسکان و غذا ندادید تا او را دعوت به توبه نمایید؟ ... خدایا! من هرگز در این قتل شریک نبوده‌ام، به دستور من صورت نگرفته و پس از رسیدن گزارش آن به من، هرگز به آن راضی نیستم» (بیهقی، ۱۴۲۴: ۳۵۹/۸).

همچنین بر اساس نقل عبدالله بن مسعود، برای خلیفه سوم نامه‌ای نوشته شد تا درباره گروهی که مرتد شده بودند، کسب تکلیف شود. وی پاسخ داد: «آیین حق و گواهی لاله الا الله را بر آنان عرضه نمایید: اگر پذیرفتند که رهایشان سازید، وگرنه آنان را به قتل برسانید» (متقی هندی، ۱۴۰۱: ۵۴۸/۱۴).

آنچه مورد عمل مشهور فقهای اهل سنت قرار گرفته است، همین اخبار لزوم استتابه است. بنابراین با وجود چنین اخباری که مستند مشهور فقهای اهل سنت قرار گرفته و نیز با توجه به رأی و فتوای حاکم بر جامعه اهل سنت که چون اکثریت مطلق هستند دیدگاهشان، دیدگاه حاکم بر جهان اسلام شمرده می‌شود، جایی برای تردید در این مهم باقی نخواهد ماند که وجوب استتابه کاملاً مورد توهّم و باور بوده است. بنابراین می‌توان مدعی شد اخبار ناهیه‌ای که در منابع امامیه وارد شده و نهی از استتابه نموده‌اند، در مقام توهّم وجوب صادر شده و ظهور در حرمت نخواهند داشت. بنابراین وجهی برای ظهور اخبار ناهیه در حرمت باقی نخواهد ماند؛ زیرا «نهی در صورتی ظهور در مولویت دارد که در مقام توهّم وجوب صادر نشده باشد» (مدرسی بزدی، ۱۳۸۳: ۵۲۷/۳) و «خود وقوع نهی در مقام توهّم وجوب، از قرائن لفظیه‌ای شمرده می‌شود که قرینه بر عدم حرمت خواهد بود» (حسینی شیرازی، ۱۴۲۱: ۲۶۰/۲).

نه تنها دلالت چنین نواهی بر حرمت محل تأمل است، بلکه برخی مدعی شده‌اند که «چنین نواهی، دال بر رخصت هستند» (ر.ک: تهرانی نجفی، ۱۳۲۰: ۶۵/۱). برخی از این فراتر رفته و بر این باورند که «چنانچه نهی، در موردی صادر شده باشد که توهّم وجوب برود، ظهور اقوی در رخصت دارد» (کلباسی، بی‌تا: ۹۱۴). این اقوی بودن نسبت به نهی است که پس از امر صادر شده باشد؛ یعنی اگر بر فرض که نپذیریم نهی پس از

امر، دال بر رخصت است، لکن نهی در مقام توهم امر، اقوی در رخصت است. از این رو، «ای چه بسا برخی قائل شده‌اند که امر در مقام توهم وجوب، دال بر رخصت است؛ حال آنکه چنین دلالتی را برای نهی پس از امر نپذیرفته‌اند» (همان).

اما به هر حال، بر فرض که ظهور این اخبار در رخصت را نپذیریم، لااقل باید حکم به اجمال آن‌ها شود. تردیدی نیست که اجمال دلیل، منجر به مشتبه شدن حکم می‌گردد و همان طور که اصولیان تصریح نموده‌اند، خاستگاه شبهه حکمی، گاهی فقدان دلیل، گاهی معارض داشتن دلیل و گاه اجمال دلیل است. یکی از مواردی که جزء اجمال دلیل به رسمیت شناخته شده، وجود قرائنی است که کلام محفوف به آن باشد و مانع از ظهور در حرمت باشد. یکی از این قرائن مانع، در مقام توهم وجوب بودن نهی است (بروردی نجفی، ۱۴۱۷: ۲۶۲/۳؛ مدنی تبریزی، ۱۴۲۹: ۲۴).

بنابراین اساساً اخبار ناهیه فاقد دلالت بر حرمت خواهند بود؛ در نتیجه به عنوان معارض شناخته نخواهند شد.

۱-۳-۲. تأمل دوم: احتمال تقییدی بودن حیثیت در اوامر ناهیه

قبل از بیان تأمل دوم، به تبیین حیث تعلیلی و تقییدی می‌پردازیم. گاهی موضوع دلیل و یا متعلق موضوع، از حیث تعلیلی برخوردار است. در این صورت، بقای عنوان موضوع، شرط جریان حکم نخواهد بود؛ بلکه معنوی شدن موضوع و یا متعلق به عنوان خاصی، سبب اجرای حکم شده است، حتی در فرضی که عنوان مذکور سلب گردد. اما اگر حیثیت تقییدی عنوان مورد لحاظ باشد، حکم مذکور مادامی جریان خواهد داشت که عنوان همچنان محفوظ باشد (ر.ک: سبحانی تبریزی، ۱۴۲۴: ۲۲۷/۱)؛ برای مثال، چنانچه خودرویی به مدیر یک مجموعه اعطا گردد، چنانچه حیثیت مدیریت را حیثیت تعلیلی بدانیم، خودروی مذکور به ملکیت شخص درمی‌آید و این ملکیت، مقید به بقای عنوان مدیریت نخواهد بود؛ بلکه معنوی بودن آن شخص به عنوان مدیریت، سبب شده که وی مستحق چنین عطایی گردد. در نتیجه پس از مدیریت نیز همچنان مالک خواهد ماند.

اما اگر حیثیت مدیریت را حیث تقییدی بدانیم، خودروی مذکور به ملکیت حقیقی

آن شخص در نخواهد آمد؛ بلکه متعلق به حیثیت حقوقی اوست؛ یعنی مالکیت وی، مقید به بقای عنوان مدیریت است و پس از سلب عنوان مذکور، دیگر وجهی برای مالکیت باقی نخواهد ماند.

مثال رایجی که در مباحث اصولی و فقهی زده می‌شود، این است که اگر به مقتضای ادله، آبی که اوصاف ثلاثه‌اش تغییر یافته است، نجس می‌شود، چنانچه تغییر را حیث تعلیلی بدانیم، پس از زوال اوصاف، همچنان حکم نجاست باقی است؛ اما اگر تغییر را حیث تقییدی بدانیم، نجاست مذکور دائرمدار بقای عنوان تغییر است؛ مادامی که تغییر باقی است، آب مذکور نجس است، اما چنانچه تغییر زائل گردید، نجاست نیز برطرف خواهد شود (همان).^۱

حال در بحث حاضر، اخبار مذکور را از دو جهت می‌توان بررسی نمود. جهت اول، همان بود که گذشت؛ یعنی بینیم که آیا اخبار ناهیه دال بر حرمت استتابه هستند؟ تأملی را که در مقام مدلول‌شناسی آن داشتیم، ارائه نمودیم. جهت دومی که می‌توان تعارض اخبار مذکور را در آن جهت مورد تأمل قرار داد، این است که آیا به محض ارتداد، حکم به وجوب اعدام مرتب می‌گردد یا اینکه می‌توان حکم به وجوب اعدام را منوط و مشروط به عدم تحقق توبه دانست؟ تحقق توبه می‌تواند پس از استتابه و دعوت مرتد به توبه باشد؛ همچنان که می‌تواند ابتدائاً و بدون استتابه وی صورت پذیرد. اخباری که بحث از استتابه را مطرح کرده‌اند، بالاتزام دال بر عدم ترتب حکم بلاواسطه اعدام خواهند بود. در مقابل، اخباری را که بحث از استتابه را مطرح نکرده‌اند، دال بر ترتب حکم قطعی اعدام دانسته‌اند.

به نظر می‌رسد در این جهت دوم نیز تأملی فقهی قابل طرح باشد و آن اینکه اگر مطابق برخی اخبار، حکم به لزوم قتل مرتد فطری شده است، به همین مقدار نمی‌توان بسنده کرد تا فتوا به وجوب اعدام داد و در آیین دادرسی، جایی برای آن به عنوان یکی از عوامل اسقاط مجازات اعدام به رسمیت نشناخت؛ چه آنکه ای بسا عنوان مرتد در دلیل، به نحو حیث تقییدی - و نه تعلیلی - اخذ شده باشد.

۱. «ومرجع الشك إلى أن التغير في الدليل هل هو حیثیة تقییدیة فتدور النجاسة مدار وجودها، أو حیثیة تعلیلیة فیکفی وجود التغير آناً ما؟».

توضیح آنکه چنانچه بگوئیم عنوان مرتد، با حیثیت تعلیلی موضوع دلیل قرار گرفته است، یک لحظه تحقق عنوان جهت ترتب حکم کفایت می‌کند؛ بنابراین به محض تحقق ارتداد، حکم وجوب اعدام مترتب خواهد شد. اما چنانچه بگوئیم عنوان مرتد، با حیثیت تقییدی موضوع دلیل قرار گرفته است، ترتب حکم به وجوب قتل، مادامی خواهد بود که عنوان مرتد باقی باشد؛ بنابراین چنانچه مرتد ابتدائاً اقدام به توبه نماید و یا پس از استتابه توبه نماید، وجهی برای ترتب حکم باقی نخواهد ماند.

حال در اینجا، حکم مشهور باید طبق مفروض دانستن تعلیلی بودن حیثیت مرتد در ادله باشد، حال آنکه ادله از این جهت اجمال دارند و امکان تقییدی بودن حیثیت در ادله مذکور وجود دارد.

ضمناً قواعد و ملاکات دقیقی نیز جهت تمیز بین حیثیت تعلیلی و تقییدی وجود ندارد. گاهی گفته می‌شود که باید به دلیل شرعی رجوع نمود؛ زیرا کیفیت اخذ حیثیت در حکم، در دست شارع است و این، دلیل شرعی است که کاشفیت از اراده شارع دارد؛ برای مثال، چنانچه دلیلی با این بیان ارائه شود که «الماء إذا تَغَيَّرَ تَنَجَّسَ» (آب آنگاه که تغییر نمود، نجس می‌شود)، می‌فهمیم که تغییر از حیث تعلیلی برخوردار است؛ اما اگر با عبارتی نظیر «الماء المتغیِّر متنجِّس» (آب تغییر یافته نجس است)، ارائه شود، دانسته می‌شود که تغییر از حیث تقییدی برخوردار است. به همین ترتیب است عباراتی نظیر: «قَلَدَ الْعَالِمُ» (از عالم تقلید کن) و «قَلَدَهُ إِنْ كَانَ عَالِمًا» (از او تقلید کن، اگر عالم باشد) (صدر، ۱۴۱۷: ۱۱۹/۶).

حال بر این مبنا، مراجعه به متن اخبار حکایت از آن دارد که در باب مرتد فطری، بیانات و خطابات به شکل واحدی صادر نشده‌اند تا بتوان حیثیت خاصی را از اخبار استظهار نمود. برخی اخبار به شکل عبارت اول صادر شده‌اند؛ مثل خبر علی بن جعفر از امام کاظم علیه السلام: «سَأَلْتُهُ عَنْ مُسْلِمٍ ارْتَدَّ. قَالَ: يُقْتَلُ وَلَا يُسْتَتَابُ» (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۵۴/۴). این عبارت، نظیر عبارت «الماء إذا تَغَيَّرَ تَنَجَّسَ» است که ظهور در تعلیلی بودن حیثیت دارد و صرف تحقق ارتداد، سبب ترتب حکم قتل می‌گردد. برخی دیگر از اخبار به شکل عبارت دوم صادر شده‌اند؛ نظیر خبر محمد بن مسلم: «سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ علیه السلام عَنِ الْمُرْتَدِّ. فَقَالَ: ... قَدْ وَجِبَ قَتْلُهُ» (همو، ۱۴۰۷: ۱۳۶/۱۰). این عبارت که گویی امام

فرموده است: «المرتدّ قد وجب قتله»، نظیر عبارت «الماء المتعیر متنجس» خواهد بود. بنابراین از کیفیت صدور اخبار، حیثیتی که مورد نظر شارع بوده است، قابل استظهار نیست. در نتیجه، حکم به اجمال دلیل می‌گردد؛ چرا که اگر حیث را تقییدی بدانیم، حکم به وجوب قتل، مادامی است که مرتد بر ارتداد خود باقی است. اما چنانچه مرتد از ارتداد خود دست بکشد و عنوان مذکور سلب گردد، وجهی برای بقای حکم باقی نخواهد ماند. البته لازم به ذکر است که در برخی از این اخبار، از تعبیر «لَا تَوْبَةَ لَهُ» (همان) بهره گرفته شده که الزاماً ناظر به مجازات کیفری دنیوی نیست، بلکه ممکن است ناظر به پذیرش توبه از سوی پروردگار و ترتب آثار اخروی آن باشد.

۴-۱. ثمره تأمل مذکور

ثمره چنین تأملی در مقام مدلول شناسی اخبار ناهیه، آن خواهد بود که اگر بگوییم اخبار ناهیه دلالت بر حرمت دارند، اساساً قاضی حق استتابة مرتد را ندارد و واجب است که بی‌هیچ تأملی، حکم اعدام وی را صادر نماید و اگر مرتد را دعوت به توبه نمود و به جهت توبه وی، از صدور حکم اعدام استتکاف نمود، حکم الهی را معطل ساخته است.

اما چنانچه دلالت این اخبار بر حرمت مورد خدشه قرار گیرد و بگوییم که این اخبار صرفاً در مقامی توهم وجوب استتابة مرتد صادر شده‌اند، در این صورت مستفاد از اخبار مذکور صرفاً آن خواهد بود که استتابة مرتد بر قاضی واجب نیست؛ اما اینکه قاضی حق استتابة مرتد را نداشته باشد، از اخبار مذکور قابل استفاده نخواهد بود.

بنابراین بر فرض که استتابة مرتد جزء الزامات آیین دادرسی کیفری و از وظایف قاضی شمرده نشود، لکن چنانچه قاضی قصد استتابة مرتد را نمود، حرمتی متوجه وی نخواهد بود. در نتیجه، ای بسا قاضی می‌تواند به عنوان عملی نیک، مرتد را دعوت به توبه نماید تا اگر موفق به توبه شد، از چنین مجازاتی رهایی یابد؛ دقیقاً مشابه آنچه در باب قصاص وجود دارد که در آنجا گفته می‌شود دعوت صاحب دم به عفو، واجب نیست، اما شایسته و مستحب است که قاضی و دیگران، صاحب دم را از درخواست قصاص منصرف سازند و بدین ترتیب راه را برای ادامه حیات نفس محترمی باز نگه دارند.

در فرض محل بحث نیز بر قاضی واجب نخواهد بود که مرتد را دعوت به توبه نماید؛ اما چنانچه دعوت به توبه نمود و مرتد از انکار خویش بازگشت و توبه نمود و یا اینکه ابتدائاً و بی آنکه دعوت به توبه شود، خودش توبه نمود، مجالی برای صدور حکم اعدام باقی نخواهد ماند.

۲. مقتضای اصل عملی

تأملاتی که ارائه شد، پیرامون مقتضای اصل لفظی در مسئله بود. اما چنانچه با تمسک به اصول عملیه‌ای نظیر استصحاب، ادعا شود که به محض تحقق ارتداد، حکم وجوب قتل مترتب می‌گردد و پس از توبه، استصحاب حکم قبل می‌شود، ادعایی قابل تأمل خواهد بود. برخی از تأملاتی که در این باره می‌توان بیان نمود، عبارت‌اند از:

تأمل اول: در جایی که شخص مرتد از ارتداد خود دست بکشد، اصطلاحاً تلبس وی به مبدأ اشتقاق، منقضی گشته است. حال باید ببینیم که در فرض انقضاء تلبس مشتق، آیا استصحاب حکم قبلی جایز است؟ گرچه برخی اصولیان بزرگ تصریح می‌کنند که اگر انقضاء، قبل از انشاء حکم باشد و شک ما در شمولیت حکم، به جهت شک در معنای مشتق باشد، باید بر طبق اصل برائت عمل نمود؛ مثل اینکه مولا بگوید: «أُكْرَمُ الْعُلَمَاءِ» و پیش از صدور و انشاء این حکم، مبدأ اشتقاق از برخی افراد منقضی شده باشد. اما چنانچه انقضاء تلبس، پس از انشاء حکم باشد، بر طبق استصحاب عمل می‌شود (ر.ک: آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۴۵).

اما به نظر می‌رسد که در این جهت، تفاوتی میان انقضاء تلبس، قبل از انشاء حکم و بعد از آن وجود نداشته باشد؛ همان طور که محقق خوبی در مقام نقد دیدگاه فوق - که متعلق به محقق خراسانی است - به همین مطلب اشاره می‌کند (موسوی خوبی، ۱۴۱۷: ۲۵۷/۱-۲۵۸). اگر انشاء حکم پس از انقضاء تلبس باشد، رجوع به برائت واضح است؛ چرا که شک در حدوث حکم است. اما در جایی که انقضاء تلبس، پس از انشاء باشد نیز رجوع به برائت واضح است؛ زیرا بقای موضوع محرز نیست و شبهه در این صورت، مفهومی خواهد بود؛ زیرا امر دائر خواهد بود بین اینکه موضوع له، خصوص متلبس یا اعم از آن باشد. در این صورت، وحدت قضیه متیقنه و مشکوکه محرز نیست؛ در نتیجه

جای استصحاب نخواهد بود.

البته شاید بتوان به نوعی نزاع را لفظی تلقی نمود و مدعی شد که حتی محقق خراسانی نیز دیدگاه مخالفی ندارد؛ زیرا به نظر می‌رسد وی این نظر را پیرامون ادله‌ای ارائه نموده که موضوع و یا متعلق موضوع در آن‌ها از حیثیت تعلیلی برخوردار هستند. توضیح آنکه معمولاً اصولیان مواردی نظیر «الماء إذا تغیر نجس» را حیث تعلیلی می‌دانند و در نتیجه، حکم به جواز استصحاب حکم کلی می‌کنند و در جایی که قبل از صدور حکم، مشتق متلبس به مبدأ بوده و پس از صدور حکم، تلبس آن به مبدأ منقضی شده باشد، حکم به جواز استصحاب می‌کنند؛ چرا که بقای حکم مقید به بقای عنوان نیست، بلکه یک لحظه تحقق عنوان جهت ترتب حکم کفایت می‌کند. شهید صدر در مقام بیان فرق میان دو حکم نجاست ماء متغیر و وجوب اکرام عالم، اولی را ظاهر در حیث تعلیلی و دومی را ظاهر در حیث تقییدی می‌داند؛ لذا حکم به جواز استصحاب کلی در صورت اول می‌کند، اما خود وی در بحث از استصحاب حرمت اکل حی، از آنجا که عنوان «حی» را ظاهر در حیث تقییدی می‌داند، استصحاب کلی پس از زوال حیات را جایز نمی‌داند و می‌نویسد:

«حرمت حی به عنوان حیات، حیثیت حیات، یک حیثیت تقییدی است. بنابراین حرمت کلیه‌ای که مورد استصحاب قرار گرفته است، در تمام تقادیر برای ذات حیوان ثابت نخواهد بود؛ چرا که با اشکال تبدل موضوع مواجه خواهد بود» (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۱: ۲/۴۰۶).

بنابراین در جایی که مرتد از ارتداد خود دست کشیده و تلبس وی به مبدأ منقضی شده است، جایی برای استصحاب باقی نخواهد ماند؛ خصوصاً که در مباحث پیشین بیان کردیم که احتمال می‌رود حیثیت مرتد در ادله این باب، حیث تقییدی باشد که حتی امثال شهید صدر که استصحاب را پس از زوال تلبس جایز می‌دانند، در چنان مواردی که حیثیت تقییدی است، اجرای استصحاب را جایز نمی‌دانند.

تأمل دوم: اصولیان در بحث استصحاب حکم مخصص می‌گویند در موردی که دلالت خطاب عام، به جهت تخصیصی که خورده مشکوک گردد، مثل اینکه مولا می‌فرماید: «أكرم العلماء»، آنگاه ببینیم که مولا طی خطاب خاصی مثلاً فرموده:

«لا تکرّم زیّداً یوم الجمعة» که فرد خاص را نسبت به یک روز خاص (مثلاً روز جمعه) از تحت عام خارج نموده است، خطاب خاص نسبت به مابعد روز جمعه ساکت است، در اینجا شک می‌کنیم که در روز شنبه، آیا به عموم عام عمل کنیم یا به حکم خاص؟ اصولیانی نظیر صاحب کفایه، تفصیلی را ارائه می‌کنند و می‌گویند که زمان گاهی به نحو ظرفیت در خطاب مولا اخذ می‌شود؛ در این صورت، یک حکم وجود دارد با یک ظرف زمانی، که البته ادامه و استمرار دارد. گاهی نیز به نحو قیدیت اخذ می‌شود؛ در این صورت، هر زمانی جداگانه موضوع حکم است؛ مثلاً اکرام علما در امروز غیر از اکرام علما در روز قبلی است و به تعداد زمان‌ها، فرد و مصداق اطاعت و عصیان وجود دارد.

با توجه به این نکته، بحث چهار صورت می‌یابد:

۱- زمان در هر دو خطاب عام و خاص به نحو ظرفیت باشد که در این صورت حکم خاص را استصحاب می‌کنیم.^۱

۱. زیرا ارکان استصحاب تمام است. به عموم عام نمی‌توانیم عمل کنیم؛ زیرا استمرار حکم عام در روز جمعه قطع و دلالتش منتفی شده است. ضمناً متعلق عام به تعدد زمان‌ها متعدد نمی‌شود. بنابراین فقط یک فرد از تحت عام خارج شده است. لذا نمی‌توان گفت که شک در تخصیص زائد داریم، به قدر متیقن اکتفا می‌کنیم. البته دلیل خاص بر دو قسم است:

الف) گاهی مدتی به عام عمل می‌کنیم، سپس دلیل خاص، این استمرار را قطع می‌کند؛ مثل اینکه به حکم «أوفوا بالعقود»، وفای به عقد و التزام به آن لازم است. پس از ظهور غبن، دلیل «أوفوا بالعقود» تخصیص می‌خورد. حال اگر شک کنیم که آیا خیار غبن فوری است یا پس از زمان اول، استصحاب بقای خیار می‌کنیم و نمی‌توانیم به عمومیت «أوفوا بالعقود» عمل کنیم، زیرا استمرار آن توسط دلیل خاص قطع شده است.

ب) گاهی دلیل خاص همزمان با دلیل عام صادر می‌شود؛ مثلاً از همان لحظه‌ای که به حکم آیه «أوفوا بالعقود»، وفای به عقد لازم است، دلیل خاصی مثل خیار مجلس یا خیار حیوان نیز مطرح است. حال پس از گذشت سه روز (در خیار حیوان) اگر شک کنیم که خیار داریم یا نه، به عموم عام عمل می‌کنیم؛ زیرا در اینجا استمرار عام قطع نشده است، بلکه از ابتدا همزمان با یکدیگر مطرح بوده‌اند. (در واقع جمع بین دو دلیل به این است که در غیر مواردی که خیار حیوان وجود دارد، از همین ابتدا وفای به عقد لازم است و در مواردی که خیار حیوان وجود دارد، پس از سپری شدن مدت سه روز، وفای به عقد لازم است.)

اینکه گفتیم حکم خاص را استصحاب می‌کنیم و به عام عمل نمی‌کنیم، مربوط به قسم اول است که استمرار عام قطع شده است.

۲- زمان در هر دو دلیل به شکل دوم یعنی به نحو قیدیت اخذ شده باشد که در این صورت نسبت به اکرام زید در روز شنبه و ما بعد آن به حکم عام عمل می‌کنیم.^۱

۳- زمان در خطاب عام به شکل اول یعنی ظرفیت، و در خطاب خاص به شکل دوم یعنی قیدیت باشد که در این صورت نسبت به روز شنبه و ما بعد آن، نه به عمومیت عام تمسک می‌شود و نه به حکم خاص.^۲

۴- زمان در جانب عام قیدیت دارد، ولی در ناحیه خاص ظرفیت دارد که در اینجا نسبت به روز شنبه به حکم عام عمل می‌کنیم.^۳

تمام صور مذکور، صوری است که ثبوتاً درباره هر عام و خاصی که مشمول صورت مسئله مذکور باشد، قابل فرض است و تنها در صورتی می‌توان اثباتاً مسئله را تحت یکی از صور مذکور گنجانند که از قرائن داخلی یا خارجی ادله لفظیه بتوان کیفیت اراده مولا را کشف نمود. از آنجا که اغلب، کشف چنین اراده‌ای دشوار است، حکم به اجمال دلیل می‌گردد و مسئله از موارد شبهه حکمیه تلقی می‌گردد که نظر به اصل محرز بودن استصحاب، گاهی تعارض آن با عامی که دلالت آن مخدوش و مشکوک شده، ارائه حکم نهایی را با چالش مواجه می‌سازد.

در فرض ما، اصل بر حرمت جان و مال هر انسانی است که دلیلی بر محقون‌الدم بودن وی نباشد، مگر آنکه خلاف آن ثابت گردد. حال در جایی که مسلمانی مرتد فطری می‌شود، مهدورالدم می‌گردد. حال چنانچه حاکم شرع وی را به توبه دعوت نماید و یا

۱. زیرا فرض این است که عام دارای عموم ازمایی است؛ یعنی همه زمان‌ها را شامل می‌شود. زمان‌ها هم که هر کدام مستقلاً مشمول حکم عام می‌شوند. زمان جمعه استثنا شده است، لکن ربطی به زمان شنبه ندارد. زمان شنبه مستقلاً مشمول حکم عام می‌گردد. بنابراین استصحاب حکم خاص نمی‌کنیم؛ زیرا طبق فرض، زمان شنبه موضوع و فردی غیر از زمان جمعه است و در استصحاب باید موضوع واحد باشد، وگرنه نام آن قیاس خواهد بود (که حکم یک موضوع را به موضوع دیگر تسری دهیم).

۲. اما به عمومیت عام نمی‌توان عمل کرد؛ زیرا حکم عام منقطع شده است. جای استصحاب خاص نیست؛ زیرا فرض این است که زمان‌ها افراد متعدد هستند. بنابراین موضوع، واحد نیست تا استصحاب کنیم.

۳. زیرا طبق فرض، زمان‌ها افراد متعدد و مستقل هستند که عام هر کدام را مستقلاً در بر گرفته و تنها روز جمعه استثنا شده است، پس روز شنبه به عمومیت عام برمی‌گردیم. جای استصحاب خاص نیست؛ زیرا عام، دلیل اجتهادی است، ولی استصحاب، اصل عملی است و جایی که بتوان به دلیل اجتهادی عمل کرد، جای عمل به اصل نیست.

ابتدائاً و بدون دعوت به توبه، اقدام به توبه نماید، شک می‌کنیم که آیا حکم عام مبنی بر محقون‌الدم بودن وی در حقیقت جاری می‌گردد یا باید استصحاب حکم خاص مبنی بر مهدور‌الدم بودن وی نمود. در اینجا، مورد از موارد شبهه خواهد بود که نظر به لزوم تحفظ بر دماء، اصل بر عدم اجرای حکم اعدام است.

۳. کارکرد نهاد توبه در ارتداد فطری

برابر آیین دادرسی کیفری، نهاد توبه یکی از عوامل تخفیف و گاه از عوامل اسقاط مجازات شناخته شده است. این در حالی است که مطابق دیدگاه مشهور فقها، توبه مرتد فطری پذیرفته نمی‌شود (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۳۷۱/۲). البته در مقابل، اندکی از فقها توبه مرتد فطری را مورد قبول می‌دانند. ابن بزّاج از فقهای قرن پنجم، در عین آنکه استتابه مرتد را واجب نمی‌داند، تصریح می‌کند:

«چنانچه شخص مسلمان به ارتداد روی آورد... باید به قتل برسد، بدون آنکه دعوت به توبه شود» (ابن بزّاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۱۶۱/۲).

لکن در جای دیگر تصریح می‌کند:

«واجب است که مرتد -بی‌آنکه دعوت به توبه گردد- کشته شود؛ اما اگر توبه نمود، کسی حق ندارد متعرض وی شود» (همان: ۵۵۲/۲).

بنابراین علی‌رغم اینکه وی، حاکم شرع را موظف نمی‌داند که مرتد را دعوت به توبه نماید، لکن هیچ ملازمه‌ای میان عدم جواز دعوت به توبه با قبول نکردن توبه مرتد نمی‌بیند. در نتیجه اگر اخبار، سخن از این به میان آورده‌اند که حاکم شرع، مرتد را بدون دعوت به توبه بکشد، هرگز به این معنا نیست که نهاد توبه، فاقد کارکردهای حقوقی و کیفری خود در باب ارتداد باشد. خیر! میان این دو ملازمه‌ای وجود ندارد. محقق شوشتری نیز در شرحی که بر لعمه نگاشته، ابراز می‌دارد:

«تحقیق، آن است که مرتد فطری دعوت به توبه نمی‌گردد؛ لکن چنانچه خود مرتد توبه نمود، توبه وی قبول می‌شود و حکم اعدام از وی ساقط می‌شود» (شوشتری، ۱۴۰۶: ۱۲۹/۱۱).

شهید ثانی پس از آنکه به نقل دیدگاه مشهور می‌پردازد، نظر خلاف آن را با وصف «اقوی» توصیف می‌نماید (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۳۷۱/۲). علامه مجلسی تصریح می‌کند که قبول کردن توبه مرتد فطری، نزد متأخران اظهر است (مجلسی اول، ۱۴۰۶: ۱۸۷/۱). جالب است که آقارضا همدانی پس از بیان اینکه «حق، چنان است که هم ظاهراً و هم باطناً اسلام مرتد فطری باید پذیرفته شود» (همدانی، ۱۴۱۶: ۳۰۷/۸) می‌نویسد: «این مسئله جای تردید ندارد» (همان). محقق اردبیلی نیز می‌نویسد:

«احتمال دارد بگوئیم چنانچه مرتد خودش توبه کند، حکم اعدام وی ساقط گردد» (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۲۸/۱۳).

نظر به تأملاتی که پیرامون کیفیت استظهار مشهور از ادله لفظیه و اجرای اصول عملیه بیان داشتیم، به نظر می‌رسد دیدگاه مشهور با اشکال مواجه باشد و دلیلی بر سلب آثار نهاد توبه در حق مرتد فطری وجود نداشته باشد.

نتیجه‌گیری

طبق نظر مشهور فقهای امامیه، مجازات مرتد فطری اعدام است و دعوت وی به توبه از سوی حاکم شرع جایز نیست. از ابن جنید و اسکافی نقل شده که استتابه مرتد را به شکل مطلق واجب می‌دانستند. شهید ثانی این دیدگاه را مخالف مشهور فقها توصیف می‌کند؛ لکن تصریح می‌کند که ادله معتبر به نفع همین دیدگاه است. فیض کاشانی در عین اینکه این دیدگاه را شاذ توصیف می‌کند، لکن آن را احوط می‌داند.

مهم‌ترین ادله مشهور بر این فتوا، برخی اخبار آحاد است مبنی بر اینکه حاکم شرع نمی‌تواند مرتد فطری را دعوت به توبه کند؛ بلکه باید وی را بدون دعوت به توبه اعدام نماید. در مقابل این اخبار، اخبار دیگری قرار دارند که استتابه مطلق مرتد - اعم از فطری و غیر فطری - را واجب دانسته‌اند. به نظر می‌رسد اساساً اخباری که دال بر عدم جواز استتابه هستند، ظهور در حرمت استتابه ندارند؛ زیرا گرچه اخبار مذکور مشتمل بر الفاظی نظیر «لا یستتاب» هستند، لکن از آنجا که در مقام توهم وجود صادر شده‌اند، ظهور در حرمت نخواهند داشت؛ بلکه ظهور در ترخیص دارند و یا لا اقل مجمل هستند و محل بحث، از موارد شبهه حکمیه خواهد بود. این در حالی است که احتمال تقییدی بودن

حیثیت در اوامر ناهیه نیز می‌رود تا اینکه عنوان مرتد با حیث تقییدی، موضوع دلیل قرار گرفته و ترتب حکم به وجوب قتل، مادامی است که عنوان مرتد باقی باشد. بنابراین چنانچه مرتد ابتدائاً اقدام به توبه نماید و یا پس از استتابه توبه نماید، وجهی برای ترتب حکم باقی نخواهد ماند.

بر پایه این دو تأمل، گرچه استتابه مرتد بر قاضی واجب نیست، اما اینکه قاضی حق استتابه مرتد را نداشته باشد، از اخبار مذکور قابل استفاده نخواهد بود. بنابراین بر فرض که استتابه مرتد جزء الزامات آیین دادرسی کیفری و از وظایف قاضی شمرده نشود، لکن چنانچه قاضی قصد استتابه مرتد را نمود، حرمتی متوجه وی نخواهد بود؛ ضمن آنکه اگر مرتد ابتدائاً و یا پس از استتابه توبه نمود، وجهی برای صدور حکم اعدام باقی نخواهد ماند.

تمسک به استصحاب جهت ابقای حکم اعدام پس از توبه نیز با تأملاتی مواجه است. مهم‌ترین آن‌ها، مخدوش شدن وحدت موضوع است و نیز اینکه استصحاب حکم مخصص در جایی صورت پذیرفته که استظهار کیفیت اخذ موضوع در لسان ادله با اجمال جدی مواجه است.

کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسه آل‌البتیة لإحياء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن یزاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۴. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسيلة الى نيل الفضيلة*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۵. ابن حنبل شیبانی، ابو عبدالله احمد بن محمد، *مسند الامام احمد بن حنبل*، تحقیق شعیب ارنؤوط و عادل مرشد، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۲۱ ق.
۶. ابن زهره حلبی، سیدحمزه بن علی حسینی، *غنية النزوع الى علمى الاصول والفروع*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۷ ق.
۷. ابن سعید حلی، یحیی، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۸. ابن مندر نیشابوری، ابوبکر محمد بن ابراهیم، *الإشراف على مذاهب العلماء*، تحقیق صغیر احمد الانصاری ابوحامد، امارات، مکتبه مکه الثقافیه، رأس الخیمه، ۱۴۲۵ ق.
۹. ابوبکر بن ابی شیبه کوفی عبسی، عبدالله بن محمد، *الکتاب المصنف فی الاحادیث والآثار*، تحقیق کمال یوسف الحوت، ریاض، مکتبه الرشد، ۱۴۰۹ ق.
۱۰. ابوصلاح حلبی، تقی‌الدین بن نجم‌الدین، *الکافی فی الفقه*، تصحیح رضا استادی، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۰۳ ق.
۱۱. ابویعقوب مروزی، اسحاق بن منصور، *مسائل الامام احمد بن حنبل و اسحاق بن راهویه*، المملكة العربية السعودية، الجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة، نشر عمادة البحث العلمی، ۱۴۲۵ ق.
۱۲. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان الى احکام الايمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۱۳. بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۴. بروجردی نجفی، محمدتقی، *نهاية الافکار*، تقریر اباحت آقاضیاء‌الدین عراقی، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۵. بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین، *السنن الكبرى*، چاپ سوم، تحقیق محمد عبدالقادر عطا، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۴ ق.
۱۶. بیهقی کیدری، قطب‌الدین محمد بن حسین، *اصباح الشیعة بمصباح الشریعه*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۶ ق.
۱۷. ترمذی، محمد بن عیسی بن سوره، *سنن الترمذی*، تحقیق احمد محمد شاکر، محمد فؤاد عبدالباقی و ابراهیم عطوة عوض، چاپ دوم، مصر، شركة مکتبه و مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ۱۳۹۵ ق.
۱۸. تهرانی نجفی، هادی بن محمدامین، *محجة العلماء*، تهران، بی‌نا، ۱۳۲۰ ش.
۱۹. جمشیدی راد، محمدصادق، و حیدر امانی فر، «مبانی فقهی ارتداد با رویکرد آزاداندیشی»، *دوفصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، دوره هفتم، شماره ۱۲، بهار و تابستان ۱۳۹۴ ش.
۲۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل‌البتیة لإحياء التراث، ۱۴۰۹ ق.

۲۱. حسینی شیرازی، سید محمد، *الواصلات الى الرسائل*، چاپ دوم، قم، عاشورا، ۱۴۲۱ ق.
۲۲. سیحانی تبریزی، جعفر، *ارشاد العقول الى مباحث الاصول*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.
۲۳. سجستانی ازدی، ابوداود سلیمان بن اشعث، *سنن ابی داود*، تحقیق محمد محیی الدین عبدالحمید، بیروت، المكتبة العصرية، بی تا.
۲۴. شوشتری، محمدتقی، *التجعة فی شرح اللمعة*، تهران، کتاب فروشی صدوق، ۱۴۰۶ ق.
۲۵. صدر، سید محمد باقر، *بحوث فی علم الاصول*، چاپ سوم، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۱۷ ق.
۲۶. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
۲۷. همو، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۲۸. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۲۹. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه*، حاشیه سلطان العلماء، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۳۰. همو، *مسالك الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۱. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، بی تا.
۳۲. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، *النخبة فی الحکمة العملية و الاحکام الشرعیه*، چاپ دوم، تهران، سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۳۳. همو، *مفاتیح الشرائع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
۳۴. قطب الدین راوندی، ابوالحسین سعید بن هبة الله، *فقه القرآن فی شرح آیات الاحکام*، چاپ دوم، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ ق.
۳۵. کلباسی، محمد بن محمد ابراهیم، *رسائل المحقق کلباسی*، قم، بی تا، بی تا.
۳۶. متقی هندی، علاء الدین علی بن حسام الدین، *کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال*، تحقیق بکری حیاتی، تصحیح صفوة السقا، چاپ پنجم، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۰۱ ق.
۳۷. مجلسی اول، محمدتقی، *روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، کوشانپور، ۱۴۰۶ ق.
۳۸. مجلسی دوم، محمد باقر بن محمدتقی، *مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول*، تحقیق سید هاشم رسولی محلاتی، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.
۳۹. مدرسی یزدی، عباس، *نماذج الاصول فی شرح مقالات الاصول*، قم، داوری، ۱۳۸۳ ش.
۴۰. مدنی تبریزی، سید یوسف، *قواعد الاصول*، چاپ دوم، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۹ ق.
۴۱. معدنی، حسنعلی، و سید محمد رضا امام، «ارتداد و احکام آن با رویکردی به مبانی آزادی عقیده در اسلام»، *فصلنامه مقالات و بررسیها*، دوره سی و نهم، شماره دفتر ۸۲، زمستان ۱۳۸۵ ش.
۴۲. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقنعه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۴۳. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *محاضرات فی اصول الفقه*، چاپ چهارم، قم، دار الهادی، ۱۴۱۷ ق.
۴۴. موسویان، سید ابوالفضل، «بختی درباره توبه مرتد فطری»، *پژوهش های حقوق تطبیقی*، ویژه نامه حقوق، دوره هشتم، شماره پیاپی ۳۷، زمستان ۱۳۸۳ ش.

۴۵. نوری طبرسی، حسین بن محمدتقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لاحياء التراث، ۱۴۰۸ ق.
۴۶. هاشمی شاهرودی، سید محمود، اضواء و آراء؛ تعليقات على كتابنا «بحوث في علم الاصول»، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامي بر مذهب اهل بيت عليه السلام، ۱۴۳۱ ق.
۴۷. همدانی، آقارضا بن محمد هادی، مصباح الفقيه، قم، مؤسسه الجعفرية لاحياء التراث و مؤسسه النشر الاسلامي، ۱۴۱۶ ق.
۴۸. يزدي، محمد، فقه القرآن، قم، اسماعيليان، ۱۴۱۵ ق.

موجز المقالات

شبهة قاعدة الدرء فى القانون الإيرانى

□ روح الله أكرمى

□ أستاذ مشارك فى قسم قانون الجزاء والإجرام بجامعة قم

برزت قاعدة الدرء إلى السطح مستأثرة باهتمامات الخبراء والمعنيين لأول مرة فى قانون العقوبات الإسلامى عام ٢٠١٢، بوصفها ضماناً لصيانة المشتبه بهم أمام تحمّل العقوبة فيما إذا كان ارتكابهم الجريمة موضع الشبهة والريب. ربّما تعترض الشبهة الدارئة القاضى أثناء عملية المحاكمة، سواء انتابه الشكّ والترديد فى إجرام المتّهم مباشرة، أو أثارت ادّعاءات المتّهم شبهة. يعانى قانون العقوبات الإسلامى غياب موقف منسجم متطابق من سقوط العقوبة فيما يتعلّق بكفاية محض هذه الادّعاءات أو الظنون. تارة يكتفى بمحض ادّعاء، وأخرى يشترط احتمال مصداقية الادّعاء، من دون أن يحدّد معايير الأمر. قامت هذه المقالة بمسح مصادر الفقه الإمامى على وفق المنهج الوصفى - التحليلى، وخلصت إلى أنّه تستلزم شمولية القاعدة أن يكون إمكان الشبهة بالنسبة إلى المتّهم متصوّراً، وأن يعدّ الأشخاص العاديون هذا الاحتمال معقولاً على وفق المعيار الموضوعى؛

وإن لا ضرورة في قوة الاحتمال ورجحانه. ومن هذا المنطلق يجب أن نأخذ في الحسبان خلفية التشريعات ولا سيما المبادئ الفقهية ضمن الإطار السالف الذكر، حينما نقوم بتفسير ما في القانون من التناقضات الظاهرية الناجمة عن التهاون في عملية التشريع.

المفردات الرئيسية: قاعدة الدرء، الشبهة القضائية، الاحتمال العقلاني للشبهة، إثبات الدعاوى الجنائية، الفقه الجزائي.

قابلية إنفاذ العقد القضائي عبر المصالح العامة بشأن الأشخاص

الاعتبارية في القانون الإيراني (في ضوء القانون الفرنسي)

- عرفان باباخاني (طالب دكتوراه في القانون الجزائي وعلم الإجرام بجامعة باريس نانتر)
- أفشين عبد اللهی (أستاذ مساعد في قسم القانون بجامعة كردستان، سنندج)

يعدّ المشرّعون في مختلف البلدان، تحديد المسؤولية الجزائية للأشخاص الاعتبارية وأنواع العقوبات المتعلقة بها، نجاحاً لأنفسهم؛ إلا أنّ تحديد الشخص الاعتباري بصفة المسؤول، لا يعني اكتمال العملية بمجرد تحديد مدى المسؤولية وأنواع العقوبات، بل تستلزم تقدير فروعاتها ولوازمها كافة، كما هو الحال بشأن الأشخاص الطبيعية؛ وإلا فلن يعدو تحديد العقوبات، كونه مجرد العزف على وتر تلك المواقف التأديبية الزجرية التقليدية البحتة. سعى هذا البحث بالمنهج الوصفي - التحليلي إلى أنّ مجرد تقدير العقوبات الخاصة بالأشخاص الاعتبارية لا يعنى أداء مسؤولية الجهات التشريعية، بل ينبغي للقانون أن يتمتع بالآليات التخفيف والرفق، إلى جانب إنزال العقوبات، في ضوء التسوية بين الأشخاص الاعتبارية والطبيعية وتبني المعايير الأخرى. إحدى هذه الآليات هي العقد القضائي، الذي خضع للدرس والبحث جميع مجالاته وإمكانية تقديره على وفق قواعد النظام الجزائي الإيراني. وأخيراً اقترح الباحثان استلهام القانون الفرنسي تمهيداً لتبني هذه الآليات التي ستفضي من جهة إلى اتخاذ الملاحظة العامة للأشخاص الاعتبارية طابعاً اصطلاحياً تواضعياً، وإلى توفير مصالح الدولة وضمانها من جهة أخرى. وفي هذا السياق، فلا بدّ من إدراج الموضوع ضمن سلطات المدعى العام، ويشمل العقد القضائي نطاقاً أوسع من الجرائم مقارنة بالكيانات الأخرى.

المفردات الرئيسية: العقد القضائي، بديل الملاحظة العامة، الأشخاص الاعتبارية، القانون الإيراني، القانون الفرنسي.

جريمة الغش في الأعمال العلمية

- حسن بورباقراني (أستاذ مشارك في قسم القانون بجامعة أصفهان)
- محمد جواد حيدرمان دولت آبادي (طالب ماجستير في القانون الدولي بجامعة العلوم القضائية)
- علي رضا باقرى قوام آبادي (ماجستير في قانون الجزاء والإجرام بجامعة أرومية)

هناك نقد أساسي يوجّه إلى قانون الوقاية من جريمة الغش ومكافحتها في إعداد الأعمال العلمية. صودق على القانون عام ٢٠١٧م.. إلا أنه يتركز على مواجهة معدّي الأعمال العلمية، دون تجريم تصرفات الزبائن. ونظرًا إلى وجود طرفين اثنين في هذه الجريمة هما الزبون والمعدّد. ولربّما يمثّل الزبون الدور الأبرز في ارتكاب الجريمة، فلا يصحّ أن يكافح المشرّعون الزبون من دون التنصيص على تجريم سلوكه. قد يتصوّر البعض أنّ سلوك الزبون من شأنه أن يُدرج في سياق الإثارة أو الإغراء أو التطميع في ارتكاب الجريمة (المعاونة)؛ إلا أنّ هذا التصوّر يعوزه الصواب في أغلب الحالات، لأنّ المعدّد نفسه، مستعدّ من قبل دون أدنى إثارة من جانب الزبون، وأعدّ نفسه لاستقبال طلبات الزبون. ومن حيث الركن المادّي في الجريمة، فإنّ الغش في إعداد الأعمال العلمية وانتحالها جريمة مطلقة، تحصل فور إعدادها أو عرضها أو تسليمها، باعتباره مهنة أو مكسبًا، وهي مستغنية عن أيّة نتيجة بما فيه انتفاع الزبون بالعمل العلمي المنتحل أو اكتساب النقاط والامتيازات وغيرها. مع ذلك تحتاج هذه الجريمة في حصولها من الناحية النفسية إلى وجود نوايا سيئة خاصّة بقصد الانتفاع. وهذه الجريمة في واقع الحال جريمة مطلقة تحتاج في حصولها إلى نية سوء خاصّة.

المفردات الرئيسية: الانتحال الأدبي، الأعمال العلمية المنتحلة، إعداد الأعمال العلمية المنتحلة، عرض الأعمال العلمية المنتحلة، معاون في إعداد الأعمال العلمية المنتحلة.

سلب حرّيّة المحكوم عليهم بالقصاص في مسار الاستئذان، مقارنة نقدية

- عبد العليّ توجّهي (أستاذة مشاركة بجامعة شاهد)
- رحيمة عليّ آبادي (طالبة دكتوراه في الفقه وقانون الجزاء بجامعة الشهيد مطهرّي)

يستلزم تنفيذ حكم القصاص إذن المرشد الأعلى أو ممثله طبقًا للمادّة رقم ٤١٧

لقانون العقوبات الإسلامية المصادق عليها عام ٢٠١٣. ورغم الأدلة والمبادئ العديدة المذكورة في ضرورة إذن ولي الأمر في تنفيذ القصاص، إلا أنه تترتب على إطالة المحاكمة في مرحلة الاستئذان آثار سلبية، منها مخاوف هروب المحكوم عليهم بالقصاص، وارتفاع سعر الدية فيما إذا لزم دفع فارق الدية من جانب ولي الدم، لأجل تنفيذ القصاص. والأثر الجسيم الذي يخلفه سلب حرّية المحكوم عليهم بالقصاص إلى إبداء رأى المستأذن، يحمل طابعاً كلياً عاماً لا بدّ منه سواء تمت الموافقة على القصاص في مرحلة الاستئذان أم لا. تناولت هذه الدراسة بالمنهج الوصفي التحليلي حبس المحكوم عليهم طوال مرحلة الاستئذان من منور الفقه والقانون، واستنتجت أنّ حبسهم يتعارض مع ما ينصّ عليه الشريعة بشأن القصاص، والدية أو العفو عن المجرمين في الجرائم العمد، ويُعدّ حبسهم عقوبة أخرى لا مسوّغ لها، كما أنّه لا يوجد دليل خاصّ لمشروعية سلب حرّية المحكوم عليهم بالقصاص. ونظرًا إلى هذه النتائج فمن الضروريّ تحديد فترة الاستئذان وتقليصها. وإذا كان حبس القاتل ضرورة تقتضيه مصالح المجتمع، فلا بدّ من تعويض الخسائر بعد تنفيذ القصاص.

المفردات الرئيسية: تنفيذ القصاص، الاستئذان، الحبس، المرشد الأعلى، القاتل، قصاص النفس.

المسؤولية الجنائية الدولية إزاء الجرائم المرتكبة في ميانمار

□ محمّد هادي ذاكر حسين

□ أستاذ مساعد في كليّة القانون والعلوم السياسيّة بجامعة طهران

إنّ أعمال العنف الواسعة النطاق ضدّ المسلمين في ميانمار حبلى بوقوع جرائم دولية متعدّدة. وهذا المقال في عصر الردّ على الجرائم الدولية، بصدد الإجابة عن سؤال مفاده: ما الآليات المتوقّرة للمجتمع الدوليّ من أجل استجواب مرتكبي هذه الجرائم في ميانمار؟ ودوليّاً في نطاق المسؤولية الجنائية الفرديّة تابعت المحكمة الجنائية الدولية الجرائم المرتكبة بحقّ الإنسان في ميانمار، كما أنّ المسؤولية الدولية لحكومة ميانمار إزاء الإبادة العرقية ضدّ المسلمين، قيد المتابعة عبر شكوى رفعتها غامبيا إلى المحكمة الجنائية الدولية أيضاً. إلى ذلك اعتمد مجلس الأمم المتّحدة لحقوق الإنسان آليات

التقصّي عن الحقيقة لرصد وتوثيق وتسجيل انتهاكات حقوق الإنسان في ميانمار. وعلى الصعيد الوطني، فإنّ آليّة الولاية القضائيّة العالميّة تتيح مجالاً للمرافعة فيما يخصّ الجرائم الممارسة في ميانمار، والآليّة الأخيرة تمّ اعتمادها في الأرجنتين. تجربة مكافحة الإفلات من العقوبة في ميانمار تنطوي على دروس لمواجهة الجرائم المرتكبة في الأزمات الأخرى التي تجعل النظر فيها ضرورة قصوى.

المفردات الرئيسة: المحكمة الجنائيّة الدوليّة، محكمة العدل الدوليّة، مجلس الأمم المتّحدة لحقوق الإنسان، الولاية القضائيّة العالميّة، الإبادة العرقية.

تحليل مضمون رواية الجيران (همسايهها) من منظور جرائم الأحداث وجنح القاصرين في ضوء معطيات علم الإجرام

- بهزاد رضويّ فرد (أستاذ مشارك في كليّة القانون والعلوم السياسيّة بجامعة العلامة الطباطبائيّ)
- نجمة نظريّ (أستاذة مساعدة بجامعة بوعلی سینا، همدان)
- عليّ مولايكي (طالب دكتوراه في قانون الجزاء والإجرام بجامعة العلامة الطباطبائيّ)

أحمد محمود كاتب واقعيّ ذو إلمام بالقضايا السياسيّة، والاجتماعيّة والاقتصاديّة. ومن هذا المنطلق ألقى في أعماله بشكل عامّ، وفي روايته المعنونة بـ«الجيران» (همسايهها) بشكل خاصّ، على الجريمة والإجرام نظرة ممعنة وانتقاديّة من جهة، ومن جهة أخرى ألقى الضوء على حياة الأحداث والقاصرين المجرمين المعرّضين للخطر. أثبت تحليل مضمون هذه الرواية بالتركيز على بعض المؤشّرات مثل العمر، والجنس، والمكانة العائليّة والوضع المعيشيّ، والمكانة الاجتماعيّة، ومحلّ السكن و... أنّ نظرة محمود أحمد تركز بشكل خاصّ على الأوضاع الاجتماعيّة للعوائل المستضعفة، الأمر الذي قلّل من مستوى اهتمامها بصغارها. ولذلك انساق القاصرون إلى عالم الإجرام جرّاء مصاحبة أصدقاء السوء، وبالتالي عندما تنكشف جنحهم وجرائمهم يوصّون بوصمة الجريمة من جهة، ومن جهة ثانية تحوّل الإجراءات والقرارات غير اللاتقة للسلطة القضائيّة دون عودتهم إلى عالم عارٍ من الجريمة.

المفردات الرئيسة: أحمد محمود، رواية الجيران (همسايهها)، جرائم القاصرين، الإجرام النظريّ، علم الإجرام السريريّ.

أضواء على مفهوم ومكانة «التصرف المميت غالباً» في القانون الجنائي الإيراني بإلقاء نظرة على القانون الفرنسي

□ محمود روح الأمينى

□ أستاذ مساعد فى قسم القانون بكلية القانون والشريعة بجامعة الشهيد باهنر كرمان

بعد انتصار الثورة الإسلامية عام ١٩٧٩ تبنت المشرع مصطلح «التصرف المميت غالباً» مستلهماً المصادر الفقهيّة بغية أسلمة القوانين الجنائيّة فى «قانون الحدود، والقصاص وقراراته» المصادق عليه عام ١٩٨٢، ويقرّر كون القتل عمداً فى الحالات التى يكون التصرف مميتاً غالباً، وإن لم يتعمد المرتكب القتل. من منظور مسلمات القانون الجنائي، يُعدّ إمكان وقوع القتل العمد ضرباً من المستحيل ما لم يقصد المرتكب القتل. ولذلك، أثار منهج التجريم هذا، انتقادات بعض القانونيين. ممّا حدا بالمشرع إلى تدارك الخطأ عام ٢٠١٣، إلاّ أنّه لا يتمكّن من ذلك. القانون الجنائيّ الفرنسيّ يخلو من هذا المصطلح، لكن تصرفات المرتكب تُعدّ عاملاً لإحراز قصد القتل.

المفردات الرئيسة: قصد القتل، التصرف المميت غالباً، الركن المادى، الركن النفسى.

ابتزاز الفتيات الإلكترونيّ؛ مقارنة جنائيّة

- صادق صادقى (طالب دكتوراه فى القانون الجنائيّ والإجرام بجامعة آزاد الإسلامية، بندرعباس)
- مصطفى فروتن (أستاذ مساعد فى قسم القانون بجامعة آزاد الإسلامية، شيراز)
- شهرام إبراهيمى (أستاذ مشارك فى قسم قانون الجزاء والإجرام بجامعة شيراز)

إنّ التهديدات المحدقة بالفتيات فى العالمين الواقعيّ والافتراضيّ من منظور العلوم المعرفيّة توحى بأنّ العمليّات الذهنيّة أكثر عرضة للخطر. تشي تلك التهديدات بالحالة الخطرة التى تتتاب مرتكبيها، وإنّها بأمرّ الحاجة إلى ردود فعّالة ناجعة على الصعيدين الحكومى والمدنىّ من جهة، والتدابير الفعّالة الجزائيّة السريعة من جهة أخرى. وأدرج التدخّل الجنائيّ المتعلّق بالتهديدات فى العالم الواقعيّ، منذ عام ١٩٦٠، كموضوع لآخذ التدابير الوقائيّة، ليتمّ تجريم التهديدات فى عام ١٩٩٦، كجريمة مستقلة، بيد أنّ الجانب الوقائيّ منها دخل فى طيّ النسيان، والأدهى من ذلك أنّ طورها الإلكترونيّ لم

يحظّ باهتمام المشرّع كما يستحقّ. يمثّل هذا المقال الوصفى - التحليلى محاولة لتسليط الضوء على آراء المحاكم الجنائية، ليعطى صورة ناطقة عن واقع الحال، وابتزاز الفتيات الإلكترونيّ بجميع ألوانه فى الفضاءات التعليميّة، ورصد الثغرات القانونيّة، ودراسة الدوافع والأسباب وطريقة الوقاية من ترجمة الأفكار إلى أرض الواقع والتنفيذ، وانتهى المقال إلى عرض مقترحات وقائيّة فى ضوء الدراسات الإجراميّة.

المفردات الرئيسة: الابتزاز الإلكترونيّ، الفتيات، منع الوقوع ضحيّة، إفشاء الأسرار، الفضاء السيبرانيّ.

عقوبة الإعدام لدى تكرار الجرائم المنافية للحشمة فى ضوء كتاب تكملة المنهاج

□ سمية صفائي بازارجمعة

□ أستاذة مساعدة فى قسم القانون بجامعة آزاد، ميناء أنزلى

حكم مشهور فقهاء الإماميّة بإعدام مرتكبى الأعمال المنافية للحشمة المستحقّة لإنزال الحدود إذا أعادوها للمرّة الرابعة، بالاعتماد على معتبرة أبى بصير، وهناك طائفة قليلة قالت بإعدام المجرم فى المرّة الثالثة، بالاستناد على صحيحة يونس. سلّطت الباحثة الضوء على حكم تكرار الجرائم المنافية للحشمة التى يستحقّ مرتكبها عقوبة الإعدام وفق الحدود الشرعيّة، وعلى أدلة فقهاء الإماميّة بشأن الموضوع. كما أفردت الكاتبة وجهة نظر آية الله الخوئيّ ببحث مستقلّ أوردتها سماحته فى *تكملة المنهاج*؛ حيث قال بتفكيك الرأى فى المرّة الثالثة والرابعة فيما يتعلّق بمختلف حالات هذه الأفعال الإجراميّة، بعد ذلك تناولت الكاتبة أدلة الأقوال بالتفصيل، متحرّية الدقّة فى الأحكام الشرعيّة، وأكدت أنّ أدلة الأقوال الثلاثة كلّها مطعون فيها، وأنّها فى تناقض صارخ مع لزوم الاحتياط فى الدماء، لتخلص بعدئذ إلى أنّ المادّة ١٣٦ من القانون المدنىّ الإيرانيّ المصادق عليه عام ٢٠١٣ تعوزها الوجهة الفقهيّة.

المفردات الرئيسة: تكرار الجريمة، المنافية للحشمة، الإعدام، آية الله الخوئيّ.

حكم تعدّد جرائم القاصرين؛ دراسة تحليليّة في القانون الجنائيّ الإيرانيّ

- أمين فلاح (طالب دكتوراه في القانون الجزائيّ والإجرام بجامعة آزاد الإسلاميّة، ساری)
- حسن حاجي تبار فيروزجائيّ (أستاذ مشارك في قسم القانون بجامعة آزاد الإسلاميّة، قائمشهر)

لزم قانون العقوبات الإسلاميّة المصادق عليه عام ٢٠١٣، الصمت إزاء حكم تعدّد جرائم القاصرين (الأطفال والياfecين). الصمت الذي أسفر عن اختلاف في المواقف بين النظرية القانونيّة والسابقة القضائيّة. سعى الباحثان في هذا المقال من خلال المنهج الوصفيّ التحليليّ ومراجعة المصادر المكتبيّة المتوفّرة إلى الخروج بصيغة حلّ موضوعيّ حول الحكم المتعلّق بتعدّد جرائم القاصرين (دون سنّ ١٨)، ولذلك تناولا سئى المواقف معتمدين على المعايير القانونيّة والمبادئ العامّة لقانون الجزاء ليردّا على سؤال مفاده: أيمن تنفيذ القوانين العامّة المتعلّقة بتعدّد الجريمة في حقّ جميع القاصرين (سواء فيه الأطفال والمراهقون دون سنّ ١٨) من حيث تنفيذ العقوبات والإجراءات الوقائيّة؟ توصل الباحثان إلى أنّه في ضوء تصريح المادّة ١٤٦ لقانون العقوبات الإسلاميّة عام ٢٠١٣، ودلالة المفهوم المعارض للمادّة ١٤٨ في هذا القانون على تنفيذ العقوبة في حقّ الراشدين، والنصّ الصريح في المادّة ٩١ للقانون نفسه باستخدام كلمة «العقوبة» بشأن القاصرين دون سنّ ١٨ عامًا شمسيًا، وأيضًا في ضوء الإطلاق في نصّ القانون «أحد القرارات الآتية...» المذكور في صدر المادّة ٨٨، في ضوء ما مرّ ذكره كلّه، فإنّ التشريعات المتعلّقة بتعدّد الجريمة قابلة للتنفيذ في حقّ جميع المراهقين دون سنّ ١٨ عامًا شمسيًا كاملًا، الذين يُعدّ الردّ الاجتماعيّ عليهم من قبيل العقوبة.

المفردات الرئيسيّة: الطفل، اليافع، تعدّد الجريمة، العقوبة، الإجراءات الوقائيّة.

ضمانات حقّ الملكيّة في ضبط آلات الجريمة

- حسن قاسميّ مقدّم
 - أستاذ مساعد في كليّة القانون والعلوم السياسيّة والتاريخ بجامعة يزد
- لم يولِ المشرّع مبدأ شفافيّة القانون والضمانات الجوهرية والشكليّة الضئيلة، اهتمامًا يُذكر في حالات قيام الحكومة بإيقاف أو ضبط الأموال بوصفها آلات الجريمة. هذه الدراسة الوصفية التحليلية تلقي الضوء على الوضع الراهن في القوانين الوطنيّة وتعدّد

مقارنة بينها وبين سائر الأنظمة القانونية، وبالتالي تقترح حلولاً لإصلاح القوانين. فالقوانين الراهنة لم تسكت عن تحديد الحالات والمعايير الواضحة للاستيلاء ومصادرة الأموال باعتبارها آليات الجريمة فحسب؛ بل إنَّها تجاهلت «خطاب ضبط آليات الجريمة» على أساس الافتراض الخيالي القاضي بإجرامية الأموال، واللجوء إلى تبرير الحد من تكرار الجريمة تجاهلت عدّة مبادئ وأصول، هي: الضرورة، التناسب، تعويض الخسارة، استقلال السلطات الرسمية وحيادهم، الاعتراف بالمالك، وضرورة الإسراع فى حسم المحاكمة، كما عرّضت حقّ الملكية لخطر جاد. وكنتيجة يمكن القول بأنَّ هناك أدلّة تشير إلى أنّ استيلاء الحكومة على الأموال والممتلكات بوصفها أداة للجريمة، يُعدّ عقوبة ماليّة، ومن تلك الأدلّة تجدر الإشارة إلى كلّ من: الأهداف الجزائية المتوخّاة من الاستيلاء على الأموال، السمات الأساس للعقوبة فى ضمان التنفيذ وملكيّة المالك الشرعيّة إلى زمن ارتكاب الجريمة. وهناك حزمة مقترحات تعديليّة كالآتي: من أجل إنزال عقوبة المصادرة، يجب على النظام القانوني الوطنيّ صيانة الضمانات الشكلية الجزائية بما فيها فرضيّة البراءة وغيرها من حقوق المتهّم الدفاعيّة، إضافة إلى لزوم مراعاة الضمانات الجوهرية بما فيها مبدأ الحد الأدنى، ومبدأ الشرعية، ولزوم الركن النفسى للمعاونة فى الجريمة، فريّة المسؤولية الجنائية، وحظر العقوبات غير الإنسانيّة.

المفردات الرئيسة: آلة الجريمة، الملكية، الإيقاف، الضبط، المصادرة.

سقوط حكم الإعدام عن المرتدّ الفطريّ على فرض التوبة،

ومشروعية استتابته للقاضي

□ حميد مؤدّنى بيستكانى

□ خزيج المستوى الرابع فى حوزة قمّ العلميّة و دكتوراه فى الفقه ومبادئ الحقوق الإسلاميّة

طبقاً لفتاوى مشهور فقهاء الإماميّة، يحكم على المرتدّ الفطريّ بالإعدام، ولا يجوز قيام الحاكم الشرعيّ باستتابته. وأهمّ المستندات هو الروايات المأثورة التى تنهى عن استتابة المرتدّ. من جهة أخرى ربط الفقهاء بين عدم جواز الاستتابة ورفض التوبة، وبالتالي لا يُقبَل التوبة من المرتدّ الذى يتوب. وبناء على نتائج هذا البحث الوصفى – التحليليّ فإنّ الروايات التى تنهى عن الاستتابة لا تنصّ من الأساس على الحرمة؛ بل

صدرت فى مقام توهم الوجوب، ولذلك لها ظهور فى الترخيص، أو أنها على أقل تقدير مجملة إجمالاً يفضى إلى تشابه الحكم. أضف إلى أنه يحتمل أن يتمتع الموضوع فى الأخبار الناهية بطابع تقييدى، ونتيجة لذلك يتوقف عدم قبول التوبة على بقاء عنوان المرتد. كما أن استصحاب حكم الإعدام الذى يعود إلى زمن الارتداد، يواجه إشكاليات أصولية من قبيل تبدل الموضوع. وفى ضوء ذلك كله يبدو أنه لا مانع من قيام حاكم الشرع باستتابة المرتد، وإن سقط عن الأخير عنوان المرتد، فإن ترتب حكم الإعدام عليه، موضع تأمل ونقاش.

المفردات الرئيسة: الحقوق الجزائية، المرتد الفطرى، التوبة، استتابة المرتد الفطرى.

According to the famous well-known imamayah jurists' fatwa, the punishment of a murtad fitri (implies to a person has apostated from the faith in which he was born) is capital punishment meanwhile calling for the repentance by the Hākim al-Shar' (Arabic: حاکم الشرع) is not authorized. The most proof is the Islamic traditions which have prohibited calling for the repentance. From the other side, they have established agreement between non-permissibility of calling for repentance and non-acceptance of repentance. Therefore, the apostate (Arabic: مرتد) who repents is not accepted his repentance. Based on the findings of this research which has been adopted in the descriptive-analytic method, basically hadiths which imply to the prohibition of calling for the repentance of the apostate do not mention forbidding but they have issued in the situation of the belief of the obligation, therefore, they present the authorization or at least indicate unclear (mujmal) and this results the ambiguity of hukm (legal ruling). By the way, non-acceptance of repentance depends on the duration -permanence and continuity- of the title "murtad" (the apostate) while istishab (Arabic: استصحاب) the presumption of continuity) of capital punishment decision which is related to period of the apostasy faces with usuli (means usul fiqh) deliberation like the change of subject (mawdu'). Therefore, it seems that there is no obstacle to be requested the apostate to repent by Hākim al-Shar' and if he is not named "murtad" (the apostate) following capital punishment will be thought.

Keywords: *Criminal law, Murtad fitri, Repentance, Calling for the repentance of the apostate.*

prevention of the repeated crime, the principles of necessity, the proportionality, damages, independence and impartiality of the judiciary, the identity of the party and the necessity of speeding up proceedings and the right to property has faced with major risk. as a result of the study It can be said that the evidences such as the criminal aims of the seizure of property, the fundamental characteristics of the punishment in this sanction and the legitimate possession of the owner until the commitment of the crime show that the government seizure of property as instrument of crime is financial penalty. The reformative suggestions are: the domestic legal system for the enforcement of confiscation orders, besides considering substantiative guarantees including the principle of minimizing, the principle of legality, the necessity of mens rea of the abetting offence, the individualization of the criminal liability and prohibition of inhuman punishment, it should respect the procedural criminal guarantees such as the supposition of innocent and the other defendant's rights.

Keywords: *The instrument of crime, Possession-ownership, Confiscation, Seizure, Eminent domain (Expropriation).*

The Abolition (Nonsuit) of the Death Penalty of a Murtad Fitri in the Supposition of the Repentance and the Legality of Calling for the Repentance by the Judge

□ *Hamid Moazzeni Bistgani*

□ *PhD in Jurisprudence & Fundamentals of Islamic Law*

law in the implementation of penalty on mature persons, the explicit implication of the last part of Article 91 of the mentioned law the term “مجازات” (punishment) about mature persons who are under age of 18 years old and the generalizaity of the statement “... یکی از تصمیمات ذیل...” (one of the following decisions...) in the upper part of Article 88, the regulations of the multiple crimes for all mature persons who are under 18 years old that the social reaction against them are of the crimes is enforceable.

Keywords: *Child, Juvenile, Multiple crimes, Security measures.*

Guarantees for Protection of the Right of Possession in Confiscation and Forfeiture of the Crime Instrument from the Criticism of the Expropriation Discourse to the Limitation on Eminent Domain

□ *Hasan Ghasemi Moqadam*

□ *Assistant professor at University of Yazd*

The legislature for confiscation and the government seizure of property as the crime devices has not observed the principle of transparency and minimal substantive and procedural guarantees. This research with descriptive-analytic method has examined the current situation in the national laws and compared it with the laws of other systems and determines reformative policies. In the current laws not only the definite instances and criteria for the confiscation and ownership of assets have not been mentioned but also have been neglected the discourse of the expropriation based on the fictional supposition of the guilty property and with justification of the

of the careful observing in Islamic legal rulings and emphasizing on the imperfection of the evidences of these three opinions and its obvious conflict and disagreement with the precaution in shedding blood, the article 136 of Islamic penal code (1392) is not valid and has no jurisprudential legality.

Keywords: *Repeat crimes, Unchaste, Death penalty, The grand ayatollah Khuei.*

The Analysis of the Multiple Crimes Committed by the Juveniles and Minors in Criminal Law of Iran

□ *Amin Fallah (A PhD student in Criminal Law & Criminology)*

□ *Hasan Hajitabar Firouzjaei (Associate professor at Islamic Azad University)*

The Islamic penal code of Iran enacted 1392 has not predicated a particular ruling for the multiple crimes committed by juveniles and minors. This silence of the legislator makes disagreement between legal doctrine and judiciary. The author with applying the descriptive-analytic and library method and with aim to present a logical resolution for the ruling of the multiple crimes committed by minors, meanwhile studying the different attitudes and with relying on the legal standards and the general principles of the criminal law and for response to this question if the public regulations about all persons under age of 18 years old (including children and mature under the age of 18 years old) from the point of the enforcement of the punishment and security measures can be enforceable it has resulted that with considering the explicitly of Article 146 of the Islamic Penal Code 1392, the indication of the divergent meaning of Article 148 of this

online treats to the girls in the teaching environments it has examined and mentioned the legal vacuums, the causation and the prevention method of passing from thought to action and at the end based on the criminological studies it has presented the preventive suggestions.

Keywords: *Online Threat, Girls, The prevention of crime, Disclosure of information, Cyberspace.*

Punishment for Murder in the Unchaste Repeat Crimes with Emphasizing on Takmelat al-Minhaj (تكملة المنهاج)

□ *Somayeh Safaei Bazarjomeh*

□ *Assistant professor at Islamic Azad University of Bandar Anzali*

The well-known Islamic jurists with adducing to the authentic hadith narrated by abu Basir (Arabic: أبو بصير) have decided murder for the perpetrator of the unchaste hadd offense at the fourth time and a few of the Islamic jurists with adducing to the authoritative hadith of Yunus ibn Abd al-Rahman (Arabic: يونس بن عبدالرحمن) have issued murder at the third times. The author in this paper has tried to study the Islamic legal rule for the unchaste repeat crimes necessitated hadd (Arabic: حد) which its punishment is the execution of the perpetrator and also it has been surveyed the proofs of Imamayeh Fuqaha. From one side, it has been examined the opinion of the grand ayatollah Khuei in Takmelat al-Minhaj (تكملة المنهاج). He believes the differentiation of the decision at the third and forth time between the different instances of these offences. This paper has comprehensively criticized the evidences of the opinions. At the end with the necessity

criticize. in 1392 the legislature planned to reform this fault but it did not achieve this goal. There is no such term in the law of France but the conduct of the perpetrator is regarded the factor for achieving his intent to kill.

Keywords: *Intent to kill, The natural and probable consequences of behavior-victim's death (The behavior likely leading to victim's death), Actus reus, Mens rea.*

The Criminology Approach to Online Threats to Girls

- *Sadeq Sadeqi (A PhD student in Criminal Law & Criminology)*
- *Mustafa Foroutan (Assistant professor at Islamic Azad University of Shiraz)*
- *Shahram Ebrahimi (Associate professor at University of Shiraz)*

Threats to the girls in the real space (physical space) or cyberspace from the view of the cognitive science (meaning the process of the inner of the mind) which embodies the far more vulnerable indicates the dangerous state of the perpetrator and it needs the appropriate action (dynamic) responses from the government and civil society from one side and the criminal immediate reaction measures from the other side. Criminal intervention related to the threats in the real space (physical space) was viewed the subject of the preventive security measures since 1339 and in 1375 it changed to an independent offense but its prevention aspect was neglected but its online type is paid less attention by the legislature. The present paper with analytic-descriptive method and with studying the decisions of the criminal courts: meanwhile determining the various types of the

on the social conditions of the low-income families and this has led them to pay less attention to the children (lack parental care). Therefore, the minors with companying with bad friends come in to contact with crimes. From one side with detecting their crimes, they are stigmatized as being delinquent and from the other side, inappropriate criminal justice system responses are barriers to rehabilitate them to the life without crimes.

Keywords: *Ahmad Mahmoud, The Neighbors, The juvenile crime, Theoretical criminology, Clinical criminology.*

Determining the Concept and Position of the Natural and Probable Consequences of Acts- the Victim's Death in the Penal Code of Iran with a Look to the Law of France

□ *Mahmoud Rouholamini*

□ *Assistant professor at Shahid Bahonar University of Kerman*

After Iran's Islamic Revolution in 1357, in order to Islamize the criminal laws the legislature has applied the term "the natural and probable consequences of acts resulting in victim's death" in the law of hudud and qisas and its regulations enacted 1361 originating from Islamic jurisprudential sources and established in cases that the act likely leads to the victim's death, the murder is intentional killing although the perpetrator doesn't intend to kill. From the perspective of the well-accepted axioms in the criminal law, the possibility of the intentional killing without intending to kill is impossible. For this reason, this method of the criminalization make some law scholars

Also for the investigation and documentation of the human rights violations in Myanmar UN Human Right Council has applied the fact finding mechanism to record this genocide. In the national level, universal jurisdiction has provided a capacity for legal proceeding related to the massacres have been occurred in Myanmar. It has been applied in Argentina. The experience against impunity in Myanmar includes teachings for confronting the committed genocide in other crises that it is necessary to examine them.

Keywords: *The International Criminal Court (ICC), The International Court of Justice (ICJ), UN Human Right Council, Universal jurisdiction, Genocide.*

The Content Analysis of “The Neighbors” in the Area of the Juvenile Crime in the Light of the Criminological Findings

- *Behzad Razavifard (Associate professor at Allameh Tabataba'i University)*
- *Najmeh Nazari (Associate professor at Bu-Ali Sina University of Hamadan)*
- *Ali Molabeigi (A PhD student in Criminal Law & Criminology)*

Ahmad Mahmoud is a realist author with knowledge and familiarity with the political, social and economic issues. From one side he has observed to the crimes and offences with deliberate and critical look at his works specially in the Neighbors (Persian: همسایه‌ها) and from the other side he has investigated the life of the delinquent and vulnerable children (minors). With observing the story of the Neighbors with content analysis and with focusing on the factors such as age, gender, family, economic and social circumstances, place of residence and.... It is cleared that Mahmoud's look has concentrated

or amnesty for prisoners convicted of intentional crimes and the imprisonment of the convicted which is the imposition of another multiplication of the punishment is not permitted. There is no specific reason for the legality of the deprivation of liberty of the convicted to Qişāş. With paying attention to these outcomes, it is necessary to legitimate the time for requesting for authorization and to be reduced. If it is obligation to imprison the murderer for the society's interest and consequently, the Qişāş is implemented, it will be necessary to be provided fair compensation.

Keywords: *The execution of Qişāş, The authorization, Imprisonment, The supreme leader, Murderer, Homicide.*

International Civil Liability for the Committed Crimes in Myanmar

- *Muhammad Hadi Zaker Hussein*
- *Assistant professor at University of Tehran*

A series of ongoing violence against Muslims in Myanmar has followed the innumerable international crimes. In the age of the accountability for the international crimes, this paper aims to answer this question which world community tools make the perpetrators be held accountable for these offences in Myanmar. At the international level, in the area of the individual criminal responsibility, the International Criminal Court (ICC) has prosecuted the crimes against humanity committed in Myanmar and the international liability of Myanmar related to the genocide against Muslims with the Gambia's official complaint in the International Court of Justice (ICJ) is to proceed.

The Critical Approach to the Deprivation of Liberty of the Convicted to Qiṣāṣ in the Process of the Requesting for the Authorization

□ *Abdulali Tavajohi (Associate professor at Shahed University)*

□ *Rahimeh Aliabadi (A PhD student in Jurisprudence & Criminal law)*

Under the article 417 of the penal code of Iran (1392), the authorization of the supreme leader or his representative in the execution of Qiṣāṣ (Arabic: قصاص, Retribution) is essential. Although there has been counted many proofs and several principles for the obligation of the authorization of the Guardianship (wali al-amr) in Qiṣāṣ but the continuation (Prolongation) of the procedure in the stage of the authorization results the effects such as the fear for the escape of the condemned prisoners to Qiṣāṣ and the enhancement of the amount of diya or Diyah (Arabic: دية, A compensation payment to the victim or heirs of a victim -the guardian of the blood-) in the cases of the obligatory of the payment of the difference by the guardian of the blood in order to choose Qiṣāṣ. The important effect of the deprivation of liberty of the convicted to Qiṣāṣ until the pronouncement of the authorized official has a general aspect and whether in the stage of requesting for authorization it is accepted Qiṣāṣ or whether it is not approved, it is inevitable. In this paper with analytic-descriptive method, it has been studied the legal and jurisprudential examination of the imprisonment of the convicted in the stage of the requesting for authorization. The result shows that such imprisonment is incompatible with what have been determined in Islamic law texts about Qiṣāṣ, Diyah

The Fraud Offense in Ordering the Scientific Works

- *Hasan Poorbaferani (Associate professor at University of Isfahan)*
- *M. Javad Heydarian Dolatabadi (An MA student of International Law)*
- *Alireza Bagheri Ghavamabadi (MA of Criminal Law & Criminology)*

The overriding criticism directed to the law of prevention and fighting fraud in producing scientific works enacted 1392 is focusing on combating the producer of the scientific works and has not criminalized the conduct of the consumer. With considering this point that in this offence, there are two parties means client (consumer) and agent (producer) and perhaps the role of client is more noticeable in committing the offense. This legislature's action is not true (rightful) that it confronts the agent but has neglected to criminalize precisely the behavior of the client clearly. It is possible to think that the client's behavior can be introduced in the form of an incitement or allurement and this thought is also in most cases is not true because the agent before and without an incitement of his client is ready to accept the consumers' orders. From the point of actus reus, the fraud offense in ordering the scientific works is a strict liability crime. Just with ordering, supplying and delivering these works as job or profession, the offense is occurred and there is no need to any result such as the usage of the client or granting privilege and etc. but from mens rea point for its occurrence, specific intent (crime) to make profit is necessary. Actually, it is a strict liability crime that it needs a specific intent for its occurrence.

Keywords: *Plagiarism, Fraudulent scientific works, Preparing fraudulent scientific works, Supplying fraudulent scientific works, Abetting in providing fraudulent scientific works.*

But only by the determining the degree of the responsibility and mentioning the instances of the punishments, the recognition of a legal person as accountable does not conclude. But like natural persons it is vital to consider all branches and its requirements. Otherwise only cognizance of the punishment will be the same just and traditional retributivism in the penal code. The following note with descriptive-analytic method is going to prove this object which the only prediction of punishments allocated to legal entities does not bring to end the duty of the legislature. But with observing coequal consideration to natural persons and legal entities and the other criteria, besides punishments, it should be applied the mitigating and aid institutions. One of these institutions is Judicial agreement that in this regard the conditions and the possibility of its prediction with considering the current regulations of Iran's criminal system have been analyzed. At the end it has been suggested that with originating from the law of France such institutions are considered meanwhile implementing the opinions of contracting the public prosecution of legal persons in Iran's criminal system, it also provides the financial interests for the government. With paying attention to this, it should be promoted the authorities of the prosecutor and the judicial agreement considers more penalties to the similar institutions.

Keywords: *Judicial agreement, Alternative to public prosecution, Legal persons, The law of Iran, The law of France.*



about the sufficiency of such claims and minds approach for the abolition of the punishment. Sometimes the Islamic penal code accepts the merely claim and sometimes it stipulates the possibility of the rightness without presenting criterion for it. In this paper with analytic-descriptive method, the sources of Shi'a-Imamiyyah jurisprudence have been investigated. The consequence of this research shows that the inclusion of this maxim requires to assume the possibility of the doubt related to the accused person. And according to the objective standard based on usual (customary) persons' judgment such possibility is logical. A strong possibility is not necessary. Therefore, the apparent contradictions of the regulations which are originated from some negligence in the process of the legislation should be interpreted with considering the precedent and specially the Islamic jurisprudential bases in the aforementioned frame work.

Keywords: *The principle of dar', Judicial doubt, Reasonable possibility of doubt, Proof in criminal cases, Criminal fiqh.*

**The Possibility of
the Enforcement of Judicial Public Interest
Agreement in Relation to Legal Entities
in the Law of Iran with a look to the Law of France**

- *Erfan Babakhani (A PhD student in Criminal Law & Criminology)*
- *Afshin Abdollahi (Assistant professor at University of Kurdistan, Sanandaj)*

The legislatures in the different countries believe that the identifying the criminal liability of the legal entities and determining the different types of crimes is a kind of their success.

Abstracts

Doubt of the Islamic Legal Maxim of Dar' (درا') (Hudud Avoidance in the Case of Doubt) in the Law of Iran

□ *Ruhollah Akrami*

□ *Associate professor at University of Qom*

The principle of Dar' (درا') as a assurance to protect defendants (the accused) from the imposition of punishment in the circumstances of doubt in their guilts. For the first time in the Islamic penal code (1392) in the formation of the canon and comprehensive has been noted. It is possible to be established the doubt of Dar' in the process of the judicial proceeding by the magistrate whether he privately has doubt about the defendant's guilt or a the defendant's claim creates doubt. The Islamic penal code of Iran has not a parallel

Table of contents

Doubt of the Islamic Legal Maxim of Dar' (درا) (Hudud Avoidance in the Case of Doubt) in the Law of Iran/ Ruhollah Akrami	3
The Possibility of the Enforcement of Judicial Public Interest Agreement in Relation to Legal Entities in the Law of Iran with a look to the Law of France Erfan Babakhani & Afshin Abdollahi	29
The Fraud Offense in Ordering the Scientific Works/ Hasan Poorbaferani & Muhammad Javad Heydarian Dolatabadi & Alireza Bagheri Ghavamabadi	59
The Critical Approach to the Deprivation of Liberty of the Convicted to Qiṣāṣ in the Process of the Requesting for the Authorization/ Abdulali Tavajohi & Rahimeh Aliabadi .	81
International Civil Liability for the Committed Crimes in Myanmar Muhammad Hadi Zaker Hussein	117
The Content Analysis of “The Neighbors” in the Area of the Juvenile Crime in the Light of the Criminological Findings/ Behzad Razavifard & Najmeh Nazari & Ali Molabeigi ..	149
Determining the Concept and Position of the Natural and Probable Consequences of Acts-the Victim’s Death in the Penal Code of Iran with a Look to the Law of France Mahmoud Rouholamini	179
The Criminology Approach to Online Threats to Girls Sadeq Sadeqi & Mustafa Foroutan & Shahram Ebrahimi	215
Punishment for Murder in the Unchaste Repeat Crimes with Emphasizing on Takmelat al-Minhaj (تكلمة المنهاج)/ Somayeh Safaei Bazarjomeh	235
The Analysis of the Multiple Crimes Committed by the Juveniles and Minors in Criminal Law of Iran/ Amin Fallah & Hasan Hajitabar Firouzjaei	255
Guarantees for Protection of the Right of Possession in Confiscation and Forfeiture of the Crime Instrument from the Criticism of the Expropriation Discourse to the Limitation on Eminent Domain/ Hasan Ghasemi Moqadam	277
The Abolition (Nonsuit) of the Death Penalty of a Murtad Fitri in the Supposition of the Repentance and the Legality of Calling for the Repentance by the Judge Hamid Moazzeni Bistgani	309
Translation of Abstracts:	
Arabic Translation/ Hamid Abbaszadeh	331
English Translation/ Ali Borhanzahi	354