

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست مطالب

- ۳ مطالعه تطبیقی رضایت بزه دیده بر ایراد صدمه بدنی در حقوق ایران و آلمان / مهری برزگر
- ۳۳ جایگاه رکن روانی و مسئولیت کیفری در تعریف جرم / فریدون جعفری
- ۶۳ آسیب شناسی بزه تصرف عدوانی با تأکید بر رویه قضایی / محمدحسن حسنی
- ۹۵ پاسخ گذاری ترکیبی در سیاست جنایی بین المللی / شهرداد دارابی
- امکان سنجی قاچاق کالا و ارز در خصوص دستگاه های استخراج رمزارز و مبادلات رمزارزها:
- ۱۲۵ مسائل قانونی و رویه های عملی / زهرا ساکبانی و سیدعباس واعظی
- ۱۵۷ مشروط انگاری حبس ابد اکراه کننده به شروط قصاص؛ ماهیت و پیامدها / داود سیفی قره‌یتاق و قاسم اسلامی نیا
- ۱۹۷ حقوق کیفری خطرمدار در قلمرو بزهکاری تروریستی / فرهاد شاهیده
- ۲۲۹ مجازات های تبعی در قتل / عباس شیری ورنامخواستی
- اهداف و عوامل مؤثر در کیفردهی مرتکبان جنایت علیه میراث فرهنگی در پرتو پرونده المهدی
- ۲۶۱ و رویه دیوان کیفری بین المللی / کیوان غنی و فضل الله فروغی
- ۲۹۵ تأمل فلسفی آلبر کامو در ردّ کیفر مرگ / احمد فلاحی و طاهر توحیدی و شایان اکبری
- ۳۲۷ بررسی فقهی حقوقی قاعده جُبَّار / محمدباقر گرابلی و جواد دلاور
- ۳۴۷ برساخت بزه دیدگی ذهنی: عوامل و آثار آن از منظر جرم شناسی میان کنشی / فاطمه نوری
- ۳۹۶ چکیده های انگلیسی

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.

مطالعه تطبیقی

رضایت بزه‌دیده بر ایراد صدمه بدنی

در حقوق ایران و آلمان*

□ مه‌ری برزگر^۱

چکیده

حقوق کیفری ایران در خصوص رضایت بزه‌دیده بر ایراد صدمه بدنی ساکت است و اغلب گفته می‌شود که رضایت بزه‌دیده بی‌تأثیر است. در مقابل، ماده ۲۲۸ قانون مجازات آلمان، رضایت بزه‌دیده را در صورتی که رفتار خلاف اخلاق حسنه نباشد، مانع کیفر مرتکب می‌داند. از لحاظ مبانی قانون‌گذاری، رویکرد نسبت به رضایت تحت تأثیر یکی از سه اصل محدودکننده مانند اصل ضرر، اصل پدرسالاری و اصل اخلاق‌گرایی حقوقی و حکم عدم تأثیر رضایت، مبتنی بر اصل ضرر و رویکرد حقوق آلمان، مبتنی بر پدرسالاری می‌باشند. در آلمان، علاوه بر رضایت کامل، مواردی مانند رضایت فرضی و مفروض نیز در حکم آن دانسته شده‌اند؛ حال آنکه در حقوق ایران، این موارد معمولاً با ضرورت توجیه می‌شوند. برخی مصادیق رضایت بزه‌دیده بر ایراد آسیب بدنی از سوی افراد عادی شامل اعمال پزشکی و شبه‌پزشکی مانند ختنه و خالکوبی و اعمال ورزشی غیر مجاز

رفتارهای آزارگرانه جنسی است. در حقوق آلمان در صورت وجود شرایط، رضایت، عنصر دوم جرم یعنی غیر قانونی بودن را زائل می‌کند و کنشگر، مسئولیت مدنی نیز نخواهد داشت. برعکس، موضع حقوق ایران در این موارد سکوت است، ولی با توجه به قواعد عمومی، رضایت مجنی علیه تأثیری بر تعزیر مقرر برای جنایت بر عضو ندارد و در خصوص قصاص و دیه گفته شده که مشهور فقها اعتقاد به سقوط قصاص و دیه دارند. به جاست که قانون‌گذار ایرانی موضع صریح‌تری پیرامون رضایت بر ایراد صدمه بدنی اتخاذ نماید و در برخی ابعاد مانند خالکوبی، با قانونمندی‌سازی و در برخی حوزه‌ها مانند ختنه دختران، با جرم‌انگاری صریح، سیاست جنایی مناسبی در پیش گیرد.

واژگان کلیدی: رضایت، صدمه بدنی، جنایت بر عضو، حقوق کیفری آلمان، اخلاق حسنه.

مقدمه

حقوق کیفری، حافظ افراد در برابر تخطی نسبت به حقوق انسانی‌شان است و یکی از مهم‌ترین این حقوق، حق بر تمامیت جسمانی است که ماده ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و بند ۶ اصل دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به آن تصریح می‌کنند. ولی حقوق کیفری وظیفه حمایت از حقوق و آزادی‌های فردی و مراعات حریم خصوصی افراد را نیز برعهده دارد که در ماده ۱۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۱۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و اصل ۲۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر آن‌ها تأکید شده است. جمع میان این دو تکلیف، گاه به سادگی امکان‌پذیر است و گاه در مورد موضوع مقاله، یعنی رضایت بر ایراد صدمه بدنی، به غایت دشوار است.

در این خصوص، از یکسو با مباحث مربوط به بزه‌دیده‌شناسی حمایتی یا ثانویه که در پی کمک‌رسانی به بزه‌دیدگان است، روبه‌رو هستیم (ر.ک: کاریو، ۱۴۰۱: ۴۴) و از سوی دیگر، اصل حداقل بودن حقوق جزا که اتفاقاً زمینه بروز آن را به ادبیات حقوق آلمان و رأیی از دادگاه قانون اساسی این کشور نسبت می‌دهند (ر.ک: غلامی، ۱۳۹۱: ۴۴)، بر جرم‌انگاری حداقلی و احترام به خودمختاری و آزادی رفتارهای افراد تأکید می‌کند.

اگر مبنای مداخله کیفری، محدودسازی جرم‌انگاری به کمترین میزان با توجه به اصل ضرر باشد، اصولاً رضایت فرد بر بزه‌دیده واقع شدن باید مانع کیفردهی مرتکب گردد. اما شاید این رضایت، به دلیل اهمیت آنچه به آن رضایت داده می‌شود یا وجود ایرادی در نفس رضایت، مانند عدم آگاهی کامل از پیامدهای رضایت یا وجود یکی از نقایص رضایت، از دیدگاه حقوقی معتبر دانسته نشود و مصلحت در آن باشد که حکومت به جای رهاسازی فردی که به جرم علیه خویش رضایت داده است، رویکردی حمایتی نسبت به وی در پیش گیرد.

بر اساس آموزه‌های رایج حقوق جزای عمومی، رضایت بزه‌دیده گاه مانع تشکیل یکی از عناصر جرم می‌شود (مانند جرائم علیه اموال) و گاه در موارد مقرر (مانند ماده ۱۵۸ ق.م.ا.) از عوامل موجهه جرم است و در غیر این موارد (از جمله ایراد صدمه بدنی) هیچ تأثیری ندارد (برای نمونه ر.ک: اردبیلی، ۱۴۰۱: ۱۰۶/۱-۱۰۸؛ نوربها، ۱۳۸۷: ۲۸۵-۲۸۶؛ میرمحمدصادقی، ۱۳۹۹: ۳۳۳-۳۳۴). به تعبیر برخی نویسندگان، دو قاعده در مورد رضایت وجود دارد: ۱- رضایت، جرم را ایجاد نمی‌کند و ۲- رضایت قربانی، جرم را توجیه نمی‌کند (صابری و اکرمی، ۱۳۹۹: ۱۵۲). با این حال، این پرسش مطرح است که مبنای هنجاری عدم تأثیرگذاری رضایت چگونه است؟ قانون‌گذار ایرانی به رغم تصریح در قتل (ماده ۳۶۵ ق.م.ا.)، در خصوص صدمه بدنی سکوت کرده و این پرسش را برمی‌انگیزد که آیا این سکوت به معنای رجوع به اصل عدم اثرگذاری است؟ احتمالاً شرایط فراوان مقرر در ماده ۶۱۴ ق.م.ا. برای مجازات‌تعمیری ایراد صدمه بدنی، این رویکرد را تأیید می‌کند. به فرض درست بودن این دیدگاه، مرز عدم تأثیر رضایت تا کجاست؟ شرایط رضایت کدام‌اند؟ آیا رضایت در حقوق ایران، دیه و در حقوق آلمان خسارات مدنی را نیز از بین می‌برد؟ مقاله‌هایی که به تأثیر رضایت بزه‌دیده در حقوق کیفری پرداخته‌اند، بیشتر محدوده بحث را به اعمال جراحی پزشکی و ورزشی محدود کرده و با ذکر اینکه مطابق قاعده، رضایت بزه‌دیده تأثیری بر هیچ‌از عناصر تشکیل‌دهنده جرم، مسئولیت کیفری و مجازات ندارد، از این مبحث رد شده‌اند (ر.ک: دلخون اصل، ۱۳۹۵: ۶۳-۶۴؛ عبدالهی و حسینی، ۱۳۹۵: ۹۳؛ صادقی، ۱۳۸۲: ۵۹). مقاله حاضر می‌کوشد با رویکردی مبنایی به جرم‌انگاری یا عدم جرم‌انگاری صدمات بدنی همراه با رضایت بزه‌دیده بنگرد و در این راستا، حقوق

آلمان را به دلیل نگاه میانه‌رو این کشور نسبت به این مسئله، برای مطالعه تطبیقی^۱ برگزیده است؛ زیرا مشاهده خواهد شد که این کشور، نه به شهروندان آزادی مطلق در اعطای رضایت می‌دهد، آن گونه که در کشورهای اسکاندیناوی و سوئیس، این آزادی اعطا شده است، و نه رضایت شهروندان به کلی بی‌تأثیر است، آن گونه که در کشورهایی همچون ایالات متحده آمریکا (Onoma, 2017; Stein, 2020)، بریتانیا و استرالیا این گونه مقرر شده است.

مقاله پیش رو می‌کوشد از تکرار مباحث مربوط به رضایت که پیشتر بارها تشریح شده‌اند، بپرهیزد. از این رو، مبحث مسئولیت پزشکان در برابر آسیب‌های وارد بر بیمار، از موضوع مقاله خارج است (ر.ک: منصورآبادی، ۱۳۹۵: ۲۷۰-۲۸۴؛ میرمحمدصادقی، ۱۴۰۰: ۳۳۰-۳۳۷). همچنین با توجه به اینکه در مورد قتل از روی ترحم (أتانازی) و نیز خودکشی مساعدت شده پیشتر بحث شده است (ر.ک: میرمحمدصادقی و ایزدیار، ۱۳۹۴)، این مقاله حوزه مطالعه خود را به رضایت بزه‌دیده بر ایراد آسیب بدنی از سوی غیر پزشکان محدود می‌کند. در این راستا، نخستین پرسش هنجاری که مطرح می‌شود، لزوم مداخله یا عدم مداخله دولت‌ها در این امر است. پرسش دیگر، مربوط به معنای رضایت در مفهوم مورد نظر این مقاله می‌شود. این مباحث در بند نخست تبیین می‌شوند و سپس در بند دوم، مصادیق و آثار رضایت بر تشکیل جرم، مجازات و نیز خسارات قابل مطالبه با نگاهی تطبیقی میان حقوق ایران و آلمان بررسی خواهند شد.

۱. مبانی و شرایط رضایت بر ایراد صدمه بدنی

در حقوق روم باستان، دو جمله معروف در خصوص رضایت بزه‌دیده وجود دارد: آسیب بدنی نسبت به فردی که رضایت دارد، به وقوع نمی‌پیوندد^۲ و هیچ کس با

۱. در فایده مطالعات تطبیقی در علوم جنایی گفته شده که علاوه بر ارتقای نظام عدالت، موجب درک بهتر کشور یا فرهنگ خود در آینه دیگران و تدوین و آزمودن نظریه‌های توصیفی می‌شود (ر.ک: نلکن، ۱۳۹۸: ۵۳۲-۵۴۸). در این گونه مطالعات که سابقه‌اش به منتسکیو در کتاب *روح‌القوانین* (۱۷۴۸ میلادی) بازمی‌گردد، باید از شباهت‌های ظاهری فراتر رفت و مینا، جهت و ارزش حقوقی نهاد، اصل یا مفهوم مورد مطالعه را بررسی کرد (ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۸: ۱۴-۱۹).

2. Volenti non fir iniuria.

رضایت خود بی‌عدالتی را تجربه نمی‌کند.^۱ هر دو جمله در کتاب *اخلاق ارسطو* تبیین شده و مبنای این قاعده در حقوق نوین قرار گرفته‌اند (See: Parmanand, 1985: 34). با این حال، با توجه به اینکه کشورها، سیاست‌ها و اولویت‌های تقنینی یکسانی ندارند، جملگی به این قاعده سنتی پایبند نمانده‌اند.

۱-۱. مبانی رویکرد نسبت به رضایت: از آزادی رفتار تا مداخله کیفری

جرم‌انگاری در هر کشوری از اصول و ارزش‌های مشخصی که حکومت در پی حفظ آن‌هاست، پیروی می‌کند. گفته شده که دولت‌ها برای جرم‌انگاری، یکی از سه معیار زیر را مورد توجه قرار می‌دهند: ۱- اصل ضرر؛ ۲- اصل پدرسالاری؛ ۳- اصل اخلاق‌گرایی قانونی (مصطفی‌زاده و کشتگر، ۱۴۰۱: ۷۶).

اصل ضرر شاید نخستین مبنا برای مداخله کیفری باشد و بر این باور است که زمانی که کسی از رفتاری آسیب ندیده است، توجیهی برای مداخله کیفری وجود ندارد. این اصل، کمترین مداخله دولت را تجویز می‌کند و هدفش صیانت از حریم خصوصی در برابر مداخلات دولتی است (هادی‌تبار و متانکالی، ۱۳۹۸: ۲۱۶). در این راستا، جان استوارت میل باور دارد که باید بیشترین حد آزادی و خودمختاری با رعایت حقوق دیگران به افراد داده شود (استوارت میل، ۱۳۹۵: ۱۴-۱۵). بنابراین در فرضی که شخصی با رضایت خود از دیگری می‌خواهد که بر وی آسیب بدنی وارد کند، ظاهراً ضرری وارد نشده یا چون شخص به این ضرر رضایت داشته است، مانند آن است که ضرری وارد نشده است؛ درست همانند فرضی که فردی از دیگری بخواهد مالش را تخریب کند.

با این حال در مورد این اصل، پرسش‌های چالش‌برانگیزی مطرح می‌شوند؛ برای مثال، در پاسخ به اینکه آیا این قاعده شامل ضرر به خود می‌شود، نظریه کلاسیک استوارت میل به ضرر به دیگران اشاره دارد و نسبت به ضرر به خود ساکت است (Herring, 2012: 3-6). به نظر می‌رسد بیشتر فیلسوفان لیبرال با جرم‌انگاری رفتارهایی که فقط متضمن ضرر به خود شخص هستند، موافق نیستند (رستمی، ۱۳۹۹: ۲۴۵). با دقت در قوانین آلمان، حکم ابتدایی آن، پیرامون ایراد آسیب بدنی با رضایت بزه‌دیده، مبتنی بر اصل ضرر است.

1. Nulla iniuria est, quae in volentem fiat.

مبنای قانونی این رویکرد در حقوق آلمان و کشورهای عضو اتحادیه اروپا، ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است که در بند ۱، حق بر احترام به زندگی خصوصی را (که شامل حق بر تمامیت جسمانی نیز می‌شود) و در بند ۲، موارد استثنایی مداخله حکومتی را مقرر می‌کند.^۱ گرچه در اسناد بین‌المللی مرتبط برای ایران، موادی با محتوای تا حدودی مشابه یافت می‌شوند، هیچ یک این گونه دقیق به موضوع مورد بحث مقاله نپرداخته‌اند و قوانین ایران نیز به کلی نسبت به رضایت بزه‌دیده ساکت‌اند.

پدرسالاری قانونی عبارت است از جلوگیری حکومت از آسیب رساندن افراد به خود (محمودی جانکی، ۱۳۸۶: ۱۲۹). در این رویکرد، حکومت همانند والدین برای شهروندان در نظر گرفته می‌شود که آنان را از انجام کارهایی که به مصلحتشان نیست، باز می‌دارد و برای نیل به این هدف، ممکن است اقدام به جرم‌انگاری نماید. بسیاری از قوانین مدنی و کیفری در خصوص افراد مبتلا به بیماری‌های روانی شدید و کودکان نوجوانان^۲ مبتنی بر نظریه فلسفی پدرسالارانه‌اند.

پدرسالاری و اصل ضرر در مواردی با یکدیگر تعارض پیدا می‌کنند: ۱- ضرر به خود و قبول ریسک ضرر به خود از سوی افراد دارای اهلیت؛ ۲- ضرر به اشخاص دیگر با رضایت؛ ۳- افعال بدون ضرر (مصطفی‌زاده و کشتگر، ۱۴۰۱: ۸۳). مورد دوم، که ارتباط کاملی با موضوع مقاله دارد، مبنای مداخله کیفری در حقوق ایران و آلمان در خصوص رضایت بر قتل قرار گرفته است؛ زیرا در آلمان، مطابق ماده ۲۱۶ قانون مجازات،^۳ قتل با درخواست بزه‌دیده ۶ ماه تا ۵ سال حبس به همراه خواهد داشت. در ایران، گرچه هیچ ماده‌ای به طور خاص به رضایت بر قتل نپرداخته است، اما با وحدت ملاک ماده ۳۷۵ ق.م.ا. و اینکه حتی اکراه نیز مجوز قتل نیست، می‌توان با قطعیت گفت که به طریق

۱. ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر: «۱- هر کسی از حق احترام به زندگی خصوصی و خانوادگی و مراسلاتش برخوردار می‌باشد. ۲- در اجرای این حق نباید هیچ مداخله‌ای توسط مقامی دولتی صورت گیرد؛ به استثنای آنچه که مطابق با قانون است و در یک جامعه مردم‌سالار، به دلایل امنیت ملی، امنیت عمومی یا رفاه اقتصادی کشور، به منظور جلوگیری از بی‌نظمی یا ارتکاب جرم، به منظور حفاظت از بهداشت و اخلاقیات یا به منظور حفاظت از حقوق و آزادی‌های دیگران ضروری می‌باشد».

۲. در خصوص کودکان و نوجوانان، قاعده پرنس پاتریا (parens patriae) یا والدگری دولت، نمایانگر همین دیدگاه است.

3. Strafgesetzbuch (StGB).

اولی رضایت بر قتل نیز تأثیری نخواهد داشت.

اخلاق‌گرایی قانونی به معنای مداخله دولت‌ها با ابزار غیر کیفری و کیفری برای ارتقای سطح اخلاق در جامعه است. در این راستا، در علم اخلاق سه نوع اخلاق مذهبی، فردی و اجتماعی مطرح است (همان: ۸۵). رضایت بر آسیب بدنی در حوزه هر سه نوع اخلاق قابل بحث است. مطابق اصول مذهبی اسلامی و نیز مسیحی، ایراد آسیب بدنی بر خود گناه کبیره است و رضایت فرد بر ایراد آسیب بدنی نیز تأثیری بر ماهیت ممنوع این رفتار نخواهد داشت. اخلاق فردی نیز که به رابطه فرد با خودش و تکالیفی که او نسبت به خود دارد، می‌پردازد، مراقبت از جسم را ضروری می‌داند. اخلاق‌گرایی اجتماعی نیز که در صدد ترویج اخلاق در جامعه است، از جرم‌انگاری رفتارهای غیر اخلاقی حمایت می‌کند و یکی از مصادیق رفتارهای غیر اخلاقی، می‌تواند توافق میان افراد بر آسیب زدن به یکدیگر باشد. بنابراین مسلماً اخلاق‌گرایی قانونی در تمامی شاخه‌ها، ایراد آسیب بدنی بر فرد با رضایت وی را مردود می‌داند. اما قانون مجازات اسلامی ایران پیرامون این موضوع صرفاً سکوت کرده است و شاید بتوان گفت که جرم‌انگاری ایراد صدمه بدنی با رضایت بزه‌دیده در حقوق ایران، نه با اصول پدرسالاری یا اخلاق‌گرایی، بلکه با مراجعه به اصول حقوقی و رجوع به اصل عدم جواز در موارد سکوت قانون توجیه شده است. با این حال، رویکرد آلمان در این مورد شایان توجه است. مطابق ماده ۲۲۸ قانون مجازات آلمان:

«هر گاه فردی با رضایت بزه‌دیده به وی آسیب بدنی وارد نماید، تنها در صورتی رفتار غیر قانونی است که به رغم وجود رضایت، اخلاق حسنه را جریحه‌دار نماید».

پیرامون این پرسش که منظور از ماهیت غیر اخلاقی^۱ رفتار دقیقاً چیست، توضیح داده خواهد شد. با این حال، پرسش مبنایی این است که حکم ممنوعیت ایراد آسیب بدنی

۱. Sittenwidrigkeit: این اصطلاح در ماده ۱۳۸ قانون مدنی آلمان نیز در خصوص رباخواری و بطلان قراردادهای مخالف اخلاق حسنه و مواد ۸۱۷ و ۸۱۹ پیرامون قواعد عمومی قراردادها به کار برده شده است. مطابق ماده ۸۲۶ همین قانون، «اگر فردی بر خلاف اخلاق حسنه، عامدانه ضرری به فرد دیگری وارد نماید، مسئول جبران خسارت به اوست». این ماده، در بحث آثار رضایت بر خسارات مدنی بسیار مهم است.

همراه با رضایت بزه‌دیده، مبتنی بر پدرسالاری است یا اخلاق‌گرایی؟ مطابق رأی دادگاه عالی آلمان^۱ در سال ۲۰۰۴، رفتار دیگرآزارانه جنسی تا زمانی که با رضایت طرفین باشد و منجر به خطر مرگ نشود، خلاف اخلاق حسنه نیست (Gropp & Sinn, 2015: 191). با توجه به قسمت آخر استدلال دادگاه عالی، به نظر می‌رسد رویکرد آلمان پیرامون ایراد آسیب بدنی همراه با رضایت، مبتنی بر پدرسالاری و نه اخلاق‌گرایی است. بنابراین با اینکه واژگان ماده ۲۲۸ به صراحت از اخلاق حسنه نام برده‌اند، ماده در واقع در پی حمایت پدرسالارانه از فردی است که به ایراد آسیب بدنی شدید علیه خود رضایت داده است و نه ترویج اخلاق در جامعه.

۲-۱. رضایت و شرایط آن: از رضایت کامل تا بطلان رضایت

زنی که مبتلا به هیپوکسی فیلیا^۲ می‌باشد، با اصرار فراوان از شریکش می‌خواهد که لوله‌ای فلزی وارد دهانش کند. مرد چند بار خطرهای ناشی از این کار را گوشزد می‌کند، ولی در نهایت بر خلاف میل قلبی مانند دفعات پیش تسلیم خواسته زن می‌شود. پس از پایان انجام این کار به روشی که زن درخواست کرده بود، مرد تصور می‌کند که او مانند دفعات پیش به خواب فرو رفته، غافل از اینکه زن در اثر خفگی فوت کرده است (پرونده مطرح در دادگاه عالی آلمان، به نقل از: Bock, 2018: 345-346). فردی که مبتلا به بیماری اختلال هویت تمامیت بدن^۳ است، اشتیاق شدیدی به قطع یکی از اعضای حیاتی بدنش دارد و از یکی از دوستان یا افراد خانواده می‌خواهد که دست یا پایش را قطع کند. دو مثال بالا، پیچیدگی‌های رضایت را نشان می‌دهند؛ زیرا گرچه در کتاب‌های

1. Bundesgerichtshof (BGH).

۲. Hypoxyphilia: اختلالی که در آن فرد از حس خفگی ناشی از کمبود اکسیژن در مغز لذت می‌برد. مبتلایان به این اختلال از وسایلی مانند طناب، کیسه پلاستیکی، استنشاق گاز، فشار دادن سینه و... برای رسیدن به لذت جنسی استفاده می‌کنند. این اختلال که می‌تواند بسیار کشنده باشد، سالانه منجر به مرگ ۲۵۰ تا ۱۰۰۰ تن در ایالات متحده آمریکا می‌شود (See: Coluccia et al., 2016).

۳. Body Integrity Identity Disorder (BIID): اختلالی بسیار نادر که در آن، فرد از عدم هماهنگی میان بدنش و تصویر ذهنی خود از آن رنج می‌برد. مطابق یک مطالعه، ۵۵/۶ درصد مبتلایان به این بیماری علاقه دارند عضوی را که از نظرشان زائد است، قطع کنند و آن‌هایی که موفق به قطع عضو می‌شوند، تنها پیشیمانی‌شان بابت این است که چرا زودتر این کار را انجام نداده‌اند (See: Blom, Hennekam & Damiaan: 2012).

حقوق می‌خوانیم که رضایت بزه‌دیده عبارت است از تمایل قلبی و موافقت بزه‌دیده به اینکه تعرضی بر خلاف قانون علیه حقوق و آزادی‌هایش انجام گیرد (اردبیلی، ۱۴۰۱: ۱۰۵/۱) و امری باطنی است که می‌تواند به صورت اذن در خارج تبلور یابد (مظفری‌نیا و حیدری، ۱۳۹۸: ۵)، شاید در عمل کشف رضایت بزه‌دیده چندان ساده نباشد و یا رضایت به دلیل وجود نقصی در آن معتبر نباشد. این امر به ویژه اگر مانند حقوق آلمان معتقد به تأثیر رضایت باشیم، واجد اهمیت خواهد بود.

۱-۲-۱. رضایت و موارد در حکم رضایت

رضایت بر ارتکاب جرم در حقوق ایران از واژگان مشابهی مانند گذشت پس از ارتکاب جرم، تمایز داده شده و هم‌معنای اذن در حقوق مدنی دانسته می‌شود. برعکس حقوق ایران، در حقوق آلمان، میان رضایت به عنوان زائل‌کننده عناصر مربوط به تعریف جرم و رضایت به مثابه زائل‌کننده عنصر غیر قانونی تفاوت گذاشته می‌شود^۱ و واژگان استفاده‌شده در قانون در این مورد متفاوت‌اند.^۲ در مورد رضایت زائل‌کننده عنصر غیر قانونی نیز این گونه رضایت به رضایت واقعی، رضایت مفروض^۳ و رضایت فرضی^۴ تقسیم شده است. بنابراین علاوه بر مواردی که فرد به طور آزادانه و با آگاهی کامل رضایت به ارتکاب جرمی علیه خود می‌دهد، ممکن است این شرایط مفقود، ولی همچنان رضایتش مفروض باشد.

رضایت مفروض در مواردی مطرح می‌شود که بزه‌دیده به دلیلی مانند بی‌هوشی،

۱. در حقوق بسیاری از کشورها، جرم را به دو عنصر مادی و روانی تقسیم می‌کنند و به دلیل اینکه جرم نشئت گرفته از عنصر قانونی است، آن را عنصری همسطح عناصر مادی و روانی نمی‌دانند. ولی در آلمان، تقسیم‌بندی عناصر جرم، به کلی متفاوت است و به سه سطح تعریف جرم (Tatbestandsmäßigkeit)، غیر قانونی بودن (Rechtswidrigkeit) و تقصیر (Schuld) تقسیم می‌شود. مرحله اول، شامل رفتار نقض قانون، رابطه سببیت و ضرر است. مرحله دوم، با عوامل موجهه جرم قابل رفع است و مرحله سوم شامل مسئولیت مرتکب است (See: Christopher, 2007: 2675-2677).

۲. در قانون مجازات آلمان و کتاب‌های حقوق کیفری، رضایت زائل‌کننده عنصر تعریف جرم Einverständnis، و رضایت زائل‌کننده عنصر غیر قانونی، که مورد بحث مقاله حاضر است، Einwilligung نامیده شده‌اند (See: Bock, 2018: 333; Gropp & Sinn, 2015: 194).

3. Mutmaßliche Einwilligung.

4. Hypothetische Einwilligung.

قادر به ابراز اراده خود نیست. در این حالت، چنانچه با ارزیابی موشکافانه و دقیق اوضاع و احوال موجود در زمان وقوع رفتار، به این نتیجه برسیم که اگر بزه‌دیده قادر به ابراز اراده بود، رضایت می‌داد، رفتار مرتکب موجه خواهد بود (Bohlander, 2009: 88).^۱ مصداق بارز رضایت مفروض، عملیات پزشکی اضطراری است که در حقوق آلمان با رضایت مفروض توجیه می‌شود و در حقوق ایران یادآور بند ج ماده ۱۵۸ ق.ا.م.ا. است که در موارد فوری، اخذ رضایت از بیمار را ضروری نمی‌داند. البته شاید این پرسش مطرح شود که با توجه به عدم وجود رضایت در این شرایط، آیا بهتر نیست گفته شود که این موارد در دسته ضرورت می‌گنجند؟ در حقوق ایران، رضایت مفروض تعریف نشده و بنابراین قواعد ضرورت می‌توانند مورد استناد قرار بگیرند. در حقوق آلمان گاهی پیرامون این پرسش بحث شده است (See: Ibid.: 89). با این حال، در حقوق آلمان ضرورت (موضوع ماده ۳۴ قانون مجازات آلمان)، مبتنی بر تعادل بیرونی منافع حاصل از رفتار است. در واقع، آسیبی که با ارتکاب جرم از آن پرهیز می‌شود، بالاتر از آسیب ناشی از ارتکاب جرم است؛ به گونه‌ای که برخی نویسندگان، دفاع ضرورت را «انتخاب میان شرّها» یا «شرّ کمتر»^۲ نامیده‌اند و حال آنکه رضایت مفروض، مبتنی بر پیش‌فرض رضایت بزه‌دیده است و بدیهی است هر زمانی که بزه‌دیده بتواند اراده‌اش را بیان کند، رضایت مفروض منتفی می‌شود و شاید آنگاه بتوان به دفاع ضرورت استناد نمود.

بر خلاف رضایت مفروض، در رضایت فرضی، بزه‌دیده رضایت واقعی داده است، اما به دلیل کمبود اطلاعات کافی، رضایتش کامل نیست. این نوع رضایت نیز که در عملیات پزشکی بیشتر مطرح می‌شود، ریشه در تکلیف پزشکان به ارائه اطلاعات کامل به بیمار به موجب بند ۲ ماده ۶۳۰ قانون مدنی آلمان دارد (Bock, 2018: 341). در واقع به نظر می‌رسد حقوق آلمان با ابداع این دو نوع رضایت، کوشیده است مسئولیت پزشکان در عملیات جراحی را تا حد امکان محدود نماید و از این لحاظ، قابل مقایسه با حقوق

۱. کتاب فوق به زبان فارسی نیز ترجمه شده است. به دلیل مراجعه نویسنده به متن انگلیسی، به همین متن ارجاع داده شده است (برای مطالعه متن فارسی ر.ک: بوهلاندر، ۱۳۹۲).

2. Choice of evils, lesser evil (See: Dressler, 2015: 248).

ایران است. در بند ب ماده ۲۹۵ ق.م.ا. ۱۳۷۰ با صراحت، یکی از مصادیق جنایت شبه‌عمد را این دانسته بود که «طبیعی مباشرتاً بیماری را به طور متعارف معالجه کند و اتفاقاً سبب جنایت بر او شود». این مصداق در ماده ۲۹۱ ق.م.ا. ۱۳۹۲ تکرار نشده و تنها در صورت وجود تقصیر از سوی پزشک، می‌توان رفتارش را مشمول بند پ این ماده دانست. همچنین ماده ۳۱۹ ق.م.ا. ۱۳۷۰ نوعی مسئولیت مطلق برای پزشک در نظر گرفته بود؛ اما ماده ۴۹۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲ به طور بسیار کامل‌تر به این مبحث پرداخته است. بنابراین به نظر می‌رسد رویکرد کلی در هر دو کشور، تلاش برای یافتن راه‌هایی برای محدود کردن مسئولیت پزشک است و این کار در حقوق آلمان از طریق موارد در حکم رضایت، و در حقوق ایران از طریق شناسایی مسئولیت مبتنی بر تقصیر صورت پذیرفته است. البته رضایت فرضی در اعمال شبه‌پزشکی مانند خالکوبی و پیرسینگ نیز قابل طرح است که قانون‌گذار آلمان نسبت به آن‌ها سختگیری بیشتری کرده و افرادی را که این خدمات را ارائه می‌دهند، ملزم به ارائه اطلاعات کامل به مشتریان نموده است.

۲-۲-۱. شرایط رضایت

رضایت در حقوق ایران، در صورتی که واجد تأثیر باشد، کافی است که از سوی فرد دارای اهلیت و به طور آزادانه و با آگاهی کامل ابراز شود (ر.ک: میرمحمدصادقی، ۱۳۹۸: ۳۳۴). در حقوق آلمان، ممکن است قدرت بر تصمیم‌گیری و رضایت دادن در اطفال موجود و در بزرگسالان مفقود باشد (Gropp & Sinn, 2015: 188). در واقع، اهلیت به رضایت دادن با همان معیارهای حقوق مدنی، مانند محدوده خاص سنی، سنجیده نمی‌شود، بلکه توانایی طبیعی و بینش هوشمندانه در خصوص اوضاع و احوال مهم است و شرایط حقوق مدنی باید به صورت موردی^۱ اعمال شوند (Bohlander, 2009: 84). به نظر می‌رسد چنین رویکردی با توجه به اینکه رشد انسان، فرایند محور و قدرت تصمیم‌گیری متکی بر عناصر زیادی به غیر از سن است، بیشتر با واقعیات همخوانی دارد.

1. Mutatis mutandis.

همچنین رضایت دادن، حقی شخصی و غیر قابل واگذاری به دیگران است (Bock, 2018: 336). در این رابطه، بحث رضایت والدین در خصوص اطفالی که اهلیت تصمیم‌گیری ندارند، مطرح می‌شود. در حقوق آلمان و ایران، والدین و اولیای قانونی از سوی اطفال رضایت می‌دهند. با این حال، انجام تنبیه بدنی و برپایی جشن‌های بیماری^۱ از سوی والدین و رضایت بر انجام عملیات پزشکی غیر مجاز مانند ختنه کردن از چالش‌های اعطای اختیار رضایت به والدین هستند.

در حقوق آلمان، فرد نمی‌تواند به مرگ خود رضایت بدهد و ماده ۲۱۶ قانون مجازات آلمان صراحتاً رفتار قاتلی را که برحسب درخواست بزه‌دیده، اقدام به قتل او می‌کند، مستوجب ۶ ماه تا ۵ سال حبس دانسته است. در حقوق ایران نیز با توجه به سکوت قانون، رضایت بر قتل، مرگ از روی ترحم یا اُتانازی و حتی معاونت در خودکشی به جز دو مورد خاص (ماده ۷۴۳ قانون تعزیرات ۱۳۸۸ و ماده ۱۴ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان ۱۳۹۹)، تأثیری بر مجازات مرتکب نخواهند داشت. از لحاظ مبنایی گفته شده که حیات حق مقدسی است که به دلیل منشأ الهی‌اش، انسان در تعرض به آن اختیاری ندارد. این حق متعلق به فرد نیست، بلکه فراتر از خواست و اراده اوست (صادقی، ۱۳۸۲: ۵۹). بنابراین امکان رضایت دادن به سلب آن وجود ندارد.

رضایت باید پیش از ارتکاب جرم با روشی بیرونی اعلام شود و تا زمان شروع به رفتار و پایان آن ادامه داشته باشد (Bohlander, 2009: 86). البته ابراز رضایت می‌تواند به صورت ضمنی مانند پرداخت پول باشد (Bock, 2018: 351). این شرط، با شرط رضایت به ارتباط جنسی که عامل کلیدی تمایز میان یک رفتار و ارتکاب جرمی سنگین مانند زنا به عنف است، همخوانی دارد. در هر دو مورد، فرد در هر زمانی می‌تواند از رضایت خود عدول کند و رفتارهای بعدی مرتکب، موجه نخواهند بود.

در قانون مجازات آلمان، تنها یک ماده با عنوان رضایت دارد و آن، ماده ۲۲۸ است که شرط غیر قانونی بودن رفتار را عدم مخالفت با اخلاق حسنه می‌داند. بنابراین

۱. Pox party: جشن‌هایی که والدین ظاهراً با قصد ایمن‌سازی اطفالشان در برابر بیماری‌های واگیردار و با دعوت از کسانی که مبتلا به بیماری هستند، برگزار می‌کنند. با شیوع همه‌گیری کرونا، این جشن‌ها میان بزرگسالان نیز در سراسر جهان رواج پیدا کردند و حتی در برخی کشورها جرم‌انگاری شدند.

عدم وجود ماهیت غیر اخلاقی، شرط مهم تأثیر رضایت دانسته شده است. در تعریف این شرط گفته شده که عبارت است از اخلاق حسنه انسان‌های متعارف و متفکر (Gropp & Sinn, 2015: 192). با این حال، همچنان این پرسش مهم مطرح است که در جامعه کثرت‌گرای آلمان، چه رفتارهایی مخالف اخلاق حسنه محسوب می‌شوند؟ هرچند پاسخ دقیقی وجود ندارد، اما رویه دادگاه‌ها و کتاب‌های حقوقی کوشیده‌اند که معنای این واژه را توضیح دهند؛ برای نمونه، به عنوان یک اصل نباید این شرط را به‌طور موسع تفسیر کرد (Bohlander, 2009: 84). اعمال جراحی زیبایی از شمول آن خارج می‌شوند؛ زیرا عدم پذیرش آن از سوی جامعه باید آن‌قدر گسترده باشد که اکثریت افراد متعارف و متفکر، آن را غیر اخلاقی بدانند (Gropp & Sinn, 2015: 192). همچنین شرط عدم ماهیت غیر اخلاقی به جرم برمی‌گردد، نه به رضایت و انگیزه آن (Bock, 2018: 344). رویه دادگاه عالی آلمان در چند مورد، تأییدکننده این تفسیر است؛ از جمله اینکه این دادگاه، آن گونه که توضیح داده خواهد شد، رفتارهای آزارگرانه جنسی را غیر اخلاقی ندانسته است.

وجود این شرط و به کارگیری واژه «اخلاق حسنه» در حقوق آلمان، یادآور شرط «مشروع بودن» عملیات جراحی یا طبی و نیز «مغایر موازین شرعی نبودن» در عملیات ورزشی در حقوق ایران به موجب ماده ۲۵۸ ق.م.ا. است. گرچه نقدهایی بر هر دو مورد به دلیل گنگ بودن شرط، وارد است، می‌توانند با تفسیری به‌جا و عادلانه از سوی دادگاه‌ها مورد استناد قرار گیرند.

۳-۲-۱. نقایص رضایت

نقایص رضایت در حقوق آلمان، تحت عناوین اشتباه، تهدید و فریب بحث شده‌اند (Cf. Bock, 2018: 338; Bohlander, 2009: 86-87) و از این نظر، یادآور ماده ۱۹۹ قانون مدنی ایران در مورد رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه، و ماده ۴۳۸ در مورد خیار تدلیس هستند. همچنین مطابق تبصره ۲ ماده ۲۲۴ ق.م.ا.، رضایت به زنا اگر از طریق اغفال و فریب دادن دختر نابالغ یا از طریق ربایش، تهدید و یا ترساندن زن حاصل شود، در حکم زنا به عنف دانسته شده است. در حقوق آلمان، اشتباه در مورد ماهیت یا

درجه خطر ایجادشده، در نتیجه رضایت مؤثر است؛ اما اشتباه در انگیزه فرد بی‌تأثیر است. در مورد رضایت ناشی از فریب نیز اگر فریب مربوط به حقایق غیر اساسی باشد، تأثیری ندارد. رضایت در نتیجه اجبار یا تهدید نیز اگر آزادی انتخاب فرد را سلب کند، باطل است، بی‌آنکه نیازی باشد که این تأثیر به حد اکراه برسد (Bohlander, 2009: 87-88). یک مثال جالب و به‌روز در مورد تأثیر فریب، در آزمایش‌های انسانی مطرح می‌شود که در آن، به گروه شاهد دارونما داده می‌شود، بدون آنکه بدانند که دارو مصرف می‌کنند یا دارونما. گرچه امروزه مطابق اصول اخلاقی، افرادی که وارد این آزمایش‌ها می‌شوند باید پروتکل‌های رضایت را امضا کنند، ولی این رضایت با آگاهی کامل از شرایط آزمایش نیست. همچنین چه‌بسا برخی پیامدهای آزمایش هنوز ناشناخته باشند. شاید برای پرهیز از پیامدها و کمک به رشد علم بشری، بتوان این نوع رضایت را زیرگروه رضایت فرضی دانست. با توجه به عضویت آلمان در شورای اروپا، این آزمایش‌ها در این کشور تابع کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و زیست‌پزشکی (۱۹۹۷) هستند. هدف این کنوانسیون مطابق ماده ۱، حمایت از کرامت و هویت انبای بشر و تضمین آن در خصوص تمامیت جسمانی و سایر حقوق و آزادی‌های اساسی پیرامون به‌کارگیری زیست‌شناسی و پزشکی بوده است و مواد ۵ تا ۹ آن به رضایت اختصاص داده شده‌اند. در ایران، سند الزام‌آور مشابهی وجود ندارد.

در خصوص مثال‌های ابتدای بحث در مورد بیماری هیپوکسی فیلیا و اختلال تمامیت بدن، شاید بتوان چنین مواردی را جنون موردی محسوب نمود و رضایت ناشی از آن را بی‌اعتبار دانست؛ زیرا به یاد داریم که در خصوص ارتکاب جرم، جنون علاوه بر تقارن باید با جرم تلازم نیز داشته باشد (ر.ک: اردبیلی، ۱۴۰۱: ۱۶۲/۲). بنابراین در بزه‌دیدگی نیز اگر رضایت را مؤثر بدانیم، رضایت باید عاری از نقایص باشد و یکی از نقایص مسلم رضایت، جنون موردی است و فرد مبتلا به چنین بیماری‌های روانی در خصوص جسمش، اهلیت عقلانی رضایت دادن را ندارد.

۲. مصادیق و آثار رضایت

همان‌گونه که گذشت، حیات و سلب آن در حقوق ایران و آلمان قابل رضایت دادن

نیست. در حقوق آلمان، رضایت بر ایراد آسیب بدنی ممکن است؛ زیرا تصور بر این است که وقتی فردی، خود به حمایت از منافعش اهمیت نمی‌دهد، دلیلی ندارد که حقوق به حمایت از منافع وی پردازد (See: Gropp & Sinn, 2015: 187). با این حال، این پرسش همچنان مطرح است که محدوده این رضایت تا کجاست؟ مصادیق آن کدام‌اند؟ پرسش دیگر اینکه رضایت دقیقاً موجب سلب چه چیزی می‌شود؟ از موانع مسئولیت کیفری است یا از عوامل موجهه جرم؟ علاوه بر مجازات، خسارات مدنی/دیات را نیز منتفی خواهد کرد؟

۱-۲. مصادیق رضایت

با توجه به اینکه مقاله حاضر به بررسی رضایت افراد عادی در ایراد صدمه بدنی از سوی افراد عادی (و نه پزشکان) می‌پردازد، شاید این پرسش مطرح شود که مهم‌ترین موارد محدوده این بحث کدام‌اند؟ مهم‌ترین مصادیقی که در آن‌ها رضایت بزه‌دیده مطرح می‌شود، عبارت‌اند از: اعمال پزشکی و شبه‌پزشکی از سوی غیر پزشکان و رفتارهای جنسی و ورزشی.

۱-۱-۲. اعمال پزشکی و شبه‌پزشکی از سوی غیر پزشکان

پیروی از سنت‌ها، مشغله کاری پزشکان و عدم رغبتشان به مشارکت در برخی اعمال شبه‌پزشکی و شاید هزینه پایین‌تر، موجب شده که برخی عملیات پزشکی یا شبه‌پزشکی از سوی افراد عادی انجام شوند. مهم‌ترین مصادیق این اعمال عبارت‌اند از: ختنه و خالکوبی.

البته گونه جدیدی از مصادیق رضایت نیز در ماده ۵۰۰ مکرر ق.م.ا. (الحاقی ۱۳۹۹/۱۰/۲۴) پیش‌بینی شده است. توضیح آنکه با ترویج معنویت‌گرایی و رویگردانی از علم از دهه ۱۹۸۰ میلادی که با عنوان جنبش عصر جدید^۱ معروف شد (ر.ک: وایت و هینز، ۱۳۸۴: ۲۵۷)، به تدریج قشر جدیدی مدعی جانشینی علم پزشکی گردیدند. این افراد ظاهراً با تکیه بر مهارت‌های ماوراء طبیعی اقدام به کارهایی می‌کنند که یکی از

1. New age movement.

مصادیق آن، مداخله در امور پزشکی است. مشتریان این افراد با رضایت و حتی اصرار خود به آنان مراجعه می‌کنند. ولی همان گونه که بند ۱ این ماده مقرر نموده، ممکن است رضایت در اثر آسیب‌رسانی به قدرت تصمیم‌گیری فرد حاصل شده باشد. همچنین، چه بسا بدون آگاهی از پیامدها باشد. آثار این اعمال، که نوعی مداخله در امور پزشکی است، همانند عملیاتی مانند ختنه قابل بررسی است.

ختنه: آلمان، کشوری متنوع از ملیت‌های گوناگون با عقاید مذهبی متفاوت است. در میان این گروه‌ها، مسلمانان و یهودیان مطابق سنت خود، ختنه کردن پسرچه‌ها را ضروری می‌دانند. مسلماً در این موارد به دلیل عدم توانایی تصمیم‌گیری کودک، والدین رضایت خود را از سوی فرزندشان اعلام می‌کنند. در آلمان، این عمل چنانچه از سوی پزشک انجام شود، منعی ندارد و مطابق یک مطالعه در سال‌های بین ۲۰۰۵ تا ۲۰۱۷، بیش از ۱۲۲ هزار عمل ختنه پسرچه‌ها در بیمارستان‌های سراسر آلمان انجام شده است (von Sochaczewski et al., 2021). البته در پرونده‌ای در سال ۲۰۱۲، دادگاهی در ایالت کولون که به مشکلات پزشکی پسرچه‌ای در اثر انجام ختنه رسیدگی می‌کرد، با استناد به اصل دوم قانون اساسی آلمان که حق بر حیات و تمامیت جسمانی افراد را به رسمیت می‌شناسد، انجام این عمل را ایراد آسیب جسمانی (موضوع ماده ۲۲۳ قانون مجازات آلمان) دانست (See: Merkel & Putzke, 2013). با این حال، این رویکرد توسط دادگاه‌های دیگر ادامه نیافت و مدتی بعد در تاریخ ۲۰۱۲/۱۲/۱۲، پارلمان آلمان، قانونی بودن عمل ختنه پسرچه‌ها را به تصویب رساند. با این حال، مشکل اصلی زمانی بروز می‌کند که والدین بنا به سنت‌های خود و عدم اعتماد به پزشکان، به افراد عادی برای ختنه کردن مراجعه کنند. مطابق مصوبه بالا، این عمل تنها در صورتی قانونی است که توسط پزشک انجام شود. در غیر این صورت، ایراد صدمه بدنی محسوب شده و قابل کیفردهی خواهد بود.

در ایران، ماده ۳۲۰ قانون مجازات اسلامی سابق (۱۳۷۰)، به مسئولیت ختنه‌کننده و شرایط آن اشاره داشت. هم‌اکنون با نسخ این قانون و سکوت قانون‌گذار، این پرسش مطرح است که آیا تنها پزشکان حق انجام این عمل را دارند یا افرادی که به طور حرفه‌ای این کار را انجام می‌دهند و واجد مهارت تجربی کافی هستند نیز می‌توانند اقدام به آن

کنند؟ در حال حاضر با توجه به فراوانی پزشکان و دسترسی کافی به پزشک، رجوع به افراد عادی منتفی است و افراد فاقد پروانه پزشکی، حق انجام هیچ گونه درمان یا عمل جراحی ندارند. رفتار اشتغال به امور پزشکی بدون داشتن پروانه رسمی، مطابق ماده ۳ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی (اصلاحی ۱۳۷۹) جرم‌انگاری شده و به نظر می‌رسد شامل ختنه نیز می‌شود. از لحاظ ضمان دیه نیز نمی‌توان رفتار ختنه‌کننده را مشمول مواردی مانند قاعده احسان (موضوع ماده ۵۱۰ ق.م.ا. دانست.

موضوع دیگر، ختنه دختران است. با توجه به تنوع فرهنگی در آلمان به ویژه از زمان یکپارچگی مجدد آلمان و تغییر سیاست‌ها نسبت به مهاجران، این سنت نیز از برخی کشورهای عمدتاً آفریقایی و خاورمیانه‌ای وارد آلمان شده است (برای مطالعه بیشتر ر.ک: سعداوی، ۱۳۵۹: ۸۲-۹۹). در این مورد، ماده ۲۲۶ الف قانون مجازات آلمان، با صراحت معیوب کردن بخش‌های بیرونی اعضای تناسلی زنان را جرم‌انگاری نموده و حسب شدت، آن را مستوجب ۶ ماه تا ۵ سال حبس و یا حداقل ۱ سال حبس دانسته است. در ضمن، اگر ختنه منجر به آسیب بدنی شدید موضوع ماده ۲۲۶ شود، مرتکب مطابق این ماده که مجازات بیشتری در نظر گرفته، قابل کیفردهی خواهد بود. مطابق پژوهشی در سال ۲۰۰۷، نرخ شیوع این پدیده در آلمان، ۱۹۰۰۰ مورد بوده است (EIGE, 2012: 3). مطابق گزارش دویچه وله، با توجه به سیاست‌های جدید مهاجرتی، این نرخ در سال ۲۰۱۷ به ۶۸۰۰۰ مورد رسیده است.^۱ بنابراین با وجود قواعدی مانند به رسمیت شناختن صلاحیت شخصی مبتنی بر بزه‌دیده و عدم لزوم ارتکاب جرم در آلمان، به نظر می‌رسد حمایت کیفری در این زمینه، بدون آموزش و فرهنگ‌پروری کافی نیست.

آمار رسمی در مورد نرخ ختنه دختران در ایران وجود ندارد. مطابق یک پژوهش که از سال ۱۳۸۴ تا ۱۳۹۴ در سراسر ایران راهبری شده است، در برخی استان‌ها نرخ ختنه دختران قابل توجه است (احمدی، ۱۴۰۰: ۶۹-۷۰). این عمل معمولاً در محیطی غیر بهداشتی بر روی دختران خردسال و به دست ختنه‌کنندگان سنتی که هیچ گونه آموزش پزشکی

1. <<https://www.dw.com/en/female-genital-mutilation-report-shows-68000-victims-in-germany/a-53937735>>.

ندیده‌اند، انجام می‌شود (همان: ۶۳). حتی اگر دختری به سن بلوغ رسیده و شرایط رضایت دادن را داشته باشد، رضایتی که در نتیجه فریب و بدون آگاهی از تبعات این عمل ایجاد می‌شود، فاقد اثر حقوقی است.

مسئله در ایران نیز مسائل فرهنگی نقش مهم‌تری در پیشگیری از این پدیده دارند تا قوانین کیفری. با این حال، در قوانین ایران هیچ‌جا به طور مستقیم به ختنه دختران پرداخته نشده و حتی در فصل دیات، دیه مقدری برای آن پیش‌بینی نشده است. مسلماً در این مورد باید به مواد عام قصاص عضو و یا مجازات تعزیری مراجعه نمود. برخی نویسندگان، این رویکرد سکوت قانون‌گذار نسبت به ختنه دختران را نکوهش کرده‌اند (ر.ک: غلامی و مقدمی، ۱۳۹۷). شاید دلیل این انتقاد، دامن زدن به عقایدی باشد که ختنه دختران را مجاز می‌داند. قانون‌گذار با جرم‌انگاری مستقل این رفتار، می‌تواند سوگیری صریحی در مورد این رفتار انجام داده و اقدام به ارزش‌گذاری کیفری نماید.

خالکوبی: در آلمان، خالکوبی رواج بسیاری دارد؛ به طوری که مطابق آمار، بیش از یک‌پنجم جمعیت آلمان لاقول یک خالکوبی دارند (DIN, 2020: 1) و تنها محدودیت در این مورد، خالکوبی نمادهای مربوط به رژیم نازی سابق است. در سال ۲۰۲۰، دستورالعمل استاندارد ۱۷۱۶۹ در خصوص ایمنی و بهداشت خالکوبی^۱ در راستای همسازسازی با استانداردهای اتحادیه اروپا منتشر شد. در این کشور، تاتوکارها باید مجوز رسمی این کار را دریافت کرده باشند و قبل و بعد از خالکوبی، اطلاعات کامل در مورد فرایند آن، نوع جوهر، خطرات و مراقبت‌های بعدی را در اختیار مشتری قرار دهند (KANBrief 4/20)؛ به گونه‌ای که رضایت مشتری با آگاهی از تمامی این اطلاعات باشد.

خالکوبی و پیرسینگ (سوراخ کاری بدن)^۲ در سال‌های اخیر در بخشی از اقلیت جامعه در ایران رواج پیدا کرده است. با این حال، امکان اخذ مجوز رسمی اشتغال به خالکوبی برای افراد وجود ندارد و این امر موجب رشد مراکز زیرزمینی و غیر قانونی خالکوبی شده است. با وجود ممنوعیت انجام اعمال بسیار کم‌خطرتر مانند پیلینگ

1. Cf. <https://nora.kan-praxis.de/fileadmin/normen_pdf/2887344.pdf>.

2. Piercing.

(لایه‌برداری) پوست از سوی افراد عادی و به ویژه در آرایشگاه‌ها، در عمل رشد زیرزمینی مراکز تاتو که خطر بالقوه بیشتری همراه دارند، ادامه دارد. هرچند مشتریان، خود به این مراکز غیر مجاز مراجعه می‌کنند، اما با توجه به عدم آگاهی از پیامدهای خالکوبی و مسائل بهداشتی آن، چه‌بسا رضایتشان کامل و معتبر نباشد. رویکرد کنونی وزارت بهداشت بر این است که انجام خالکوبی باید تحت نظر پزشک باشد، اما پزشکان معمولاً رغبتی به مشارکت در این امر ندارند. به نظر می‌رسد اصلاح رویکرد قانون‌گذار در ایران نسبت به خالکوبی و قانونمندی آن به جای ممنوعیت مطلق، بازارهای زیرزمینی خالکوبی را از بین می‌برد و امکان انجام آن را با رعایت مسائل بهداشتی فراهم می‌کند. توضیح آنکه قانونمندی به معنای پذیرش مطلق یک رفتار از سوی دولت نیست؛ بلکه پیشنهاد تعیین حدود و مرزهای مسئله و ارائه راه حلی عملی برای خروج از بحران است (ر.ک: شمع، ۱۳۹۴: ۸۵). در صورت ضابطه‌مندی می‌توان گفت که رضایت فرد، مسئولیت تاتوکاری را که تمامی مسائل بهداشتی را رعایت نموده و اطلاعات کافی در اختیار مشتری قرار داده است، از بین خواهد برد. هم‌اکنون به ویژه با توجه به ممنوعیت اشتغال به خالکوبی مطابق ماده ۳ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی، امکان شکایت از تاتوکارها بیشتر از جنبه خسارات و جزای نقدی مقرر در ماده ۳ وجود دارد؛ بدون اینکه دادگاه‌ها وارد مباحث جنایت بر عضو شوند.

۲-۱-۲. رفتارهای جنسی و ورزشی

اعمال جنسی دیگرآزارانه: در حقوق آلمان یکی از مصادیق بارز ماده ۲۲۸ قانون مجازات و به رسمیت شناختن رضایت در ایراد آسیب بدنی، اعمال جنسی مبتنی بر دیگرآزاری و خودآزاری^۱ است. با این حال، شمول این ماده بر این رفتارها، دو شرط دارد: نخست اینکه آسیب‌های بدنی وارده شدید نباشند؛ زیرا ایراد آسیب بدنی شدید مطابق ماده ۲۲۶ جرم‌انگاری شده است و دوم اینکه رفتار مرتکب، مخالف اخلاق حسنه نباشد. همان‌گونه که گذشت، با توجه به تفسیر دادگاه عالی آلمان، رفتارهای

1. Bondage, Discipline/Domination, Sadism/Submission, Masochism (BDSM).

جنسی دیگرآزارانه / خودآزارانه، خلاف اخلاق حسنه محسوب نمی‌شوند.

در ایران مانند اکثر پدیده‌های پنهان دیگر، آمار دقیقی در مورد میزان شیوع سادیسم / مازوخیسم وجود ندارد. به نظر می‌رسد چنانچه این امر میان زوجینی که رابطه زناشویی رسمی با یکدیگر دارند، به وقوع بپیوندد، حتی در صورت وقوع آسیب بدنی شدید، چه‌بسا تمایلی به رسیدگی قضایی جدی وجود نداشته باشد. در غیر این صورت، موضوع ظاهراً همانند پرونده‌های دیگر ایراد ضرب و جرح مورد رسیدگی قرار خواهد گرفت.

نکته دیگر اینکه مطابق نسخه پنجم راهنمای تشخیصی و آماری اختلالات روانی^۱، مازوخیسم در صورت وجود علائم بالینی پایدار، به عنوان یکی از اختلالات روانی دسته‌بندی شده است. گرچه بسیاری از اختلالات روانی از لحاظ حقوقی به درجه جنون نمی‌رسند، مسلماً بر قدرت تصمیم‌گیری فرد تأثیرگذارند. با این حال، در پرونده زن مبتلا به هیپوکسی فیلیا، دادگاه نهایتاً مرد را نه به دلیل ماهیت غیر اخلاقی رفتار زوجین یا عدم تعادل روانی زن، بلکه به دلیل خطر بالایی که فرو بردن میله فلزی در گلوی زن ایجاد می‌کرد، محکوم نمود (Bock, 2018: 346). در واقع، استناد دادگاه کیفری آلمان به ماده ۲۲۴ (آسیب بدنی خطرناک) بوده و نه جنون موردی زن بزه‌دیده و عدم اعتبار رضایت وی.

عملیات ورزشی غیر مجاز: پیرامون مبنای عدم مسئولیت ورزشکاران در آسیب‌های بدنی، اختلاف نظر فراوان است. برخی حقوق‌دانان معتقدند که رضایت ورزشکار بر انجام عملیات ورزشی است و نه بر مجروح شدن (نوربها، ۱۳۸۷: ۲۸۶) و برخی دیگر، مبنای آن را اجازه قانون و ناشی از مقبولیت اجتماعی این فعالیت‌ها می‌دانند (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۸: ۳۴۰-۳۴۱؛ همو، ۱۴۰۰: ۳۳۷). برخی نیز تفکیک ناپذیری عملیات ورزشی از حادثه، رضایت و قبول خطر از سوی بزه‌دیده و اجازه قانون را مبنای این حکم دانسته‌اند (آقایی‌نیا، ۱۴۰۱: ۱۰۱-۹۷). بدیهی است که مباحث مربوط به اجازه قانون، در صورت مجاز بودن عملیات ورزشی قابل طرح هستند و اگر ورزش به هر دلیلی

1. Diagnostic & Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5).

غیر مجاز باشد، شاید تنها با استناد به رضایت طرفین بتوان حکم آسیب‌های ناشی از آن را بررسی نمود.

مطابق اصل ۲ قانون اساسی آلمان، هر فردی حق بر حیات و تمامیت جسمانی‌اش دارد. بنابراین ورزش‌های انگشت‌شماری در این کشور به کلی ممنوع هستند.^۱ گاهی ممنوعیت یک ورزش به دلیل انجام آن خارج از قواعد یا در مکان ممنوع بوده است. برای نمونه، دادگاه عالی آلمان در یک مورد، رفتار جوانانی را که با شمشیربازی در خیابان به یکدیگر آسیب زده بودند، در قالب ماهیت اخلاقی/ غیر اخلاقی بررسی کرد و سرانجام به رغم اذعان به اینکه انگیزه این کار ورزش نبوده است، با استناد به تفسیر مضیق، آن را خلاف اخلاق حسنه ندانست (Gropp & Sinn, 2015: 192-193).

در ایران با توجه به ممنوعیت نسبی بیشتر،^۲ بحث پیرامون آسیب‌های ورزشی ناشی از آن نیز اهمیت و شیوع بیشتری دارد. پرسش این است که اگر فردی به یکی از ورزش‌های ممنوع بپردازد و به وی صدمه بدنی وارد شود، آیا با توجه به ممنوعیت ورزش، حقی بر درخواست مجازات یا طلب دیه/ خسارت بدنی دارد؟ با دقت در بند ۳ ماده ۱۵۸ ق.ا.م.ا. به نظر می‌رسد چنین رفتاری جرم محسوب می‌شود و می‌تواند کیفر متناسب مانند قصاص، دیه یا مجازات تعزیری در بر داشته باشد. در واقع، قید «مغایر موازین شرعی» نبودن در بند ۳ ماده ۱۵۸ ق.ا.م.ا. با قید «خلاف اخلاق حسنه» نبودن در ماده ۲۲۸ قانون مجازات آلمان قابل مقایسه و بعضاً قابل انطباق است؛ با این تفاوت که در آلمان، تفسیری مضیق از آن ارائه می‌شود، اما در ایران با توجه به رویه ممنوع‌سازی ورزش‌ها، تفسیر آن بسیار موسع است.

۱. از جمله این ورزش‌ها می‌توان به کریکت اشاره کرد. ممنوعیت این ورزش به سال ۱۸۳۵ بازمی‌گردد که به عنوان نماد امپراتوری استعمارگر انگلیس ممنوع شد و بنا به روایتی در زمان آلمان نازی نیز هیتلر به دلیل طولانی شدن بازی، اعضای تیم را به قتل رساند و کریکت را ممنوع اعلام کرد. هم‌اکنون این ورزش منع قانونی ندارد (Cf. <<https://thesportsground.com/is-cricket-banned-in-germany>>).

۲. هم‌اکنون ورزش‌هایی مانند بوکس، بدنسازی، پاورلیفتینگ، مجاندازی و چند مورد دیگر برای بانوان، و ورزش‌های ریتمیک همچون ابروییک حرفه‌ای، هیپ‌هاپ و بادی‌ریم برای آقایان ممنوع هستند. گرچه دلیل این ممنوعیت‌ها به طور دقیق عنوان نشده است، به نظر می‌رسد آمیزه‌ای از رویکردهای پدرسالاری و اخلاق‌گرایی قانونی در ایجاد آن دخیل بوده‌اند.

۲-۲. آثار رضایت

رضایت بر ارتکاب جرم با تکیه بر اصولی مانند خودمختاری^۱ و اینکه حمایت از حقوق، به معنای حمایت از حریم شخصی افراد نیز هست، توجیه می‌شود و مرتکب، کیفر داده نخواهد شد. با این حال، این پرسش مطرح است که چگونه رضایت منجر به عدم کیفردهی مرتکب می‌شود؟ به عبارت دقیق‌تر، آیا رضایت بر عناصر تشکیل دهنده جرم تأثیرگذار است؟ آیا عامل موجهه جرم است یا مجازات؟ آیا بر خسارات مدنی نیز تأثیر خواهد گذاشت؟ در حقوق ایران با توجه به سکوت قانون پیرامون اثر رضایت، تأثیر آن بر قصاص، دیه و مجازات تعزیری چگونه خواهد بود؟ در این بخش در سه بند به تبیین آثار رضایت بر جرم، مجازات و خسارات مدنی خواهیم پرداخت.

۲-۲-۱. آثار رضایت بر تشکیل جرم

اگر بنا باشد رضایت مانع مجازات مرتکب شود، نخستین پرسش این است که چگونه رضایت مانع مجازات وی می‌شود؟ با توجه به وجود نظام سه‌عنصری تعریف، غیر قانونی بودن، و تقصیر در حقوق آلمان و نظام مبتنی بر عناصر سه‌گانه قانونی، مادی و معنوی در حقوق ایران، مسلماً پاسخ به این پرسش در دو نظام متفاوت خواهد بود. در حقوق آلمان مطابق نظر اکثریت، رضایت عنصر دوم جرم یعنی غیر قانونی بودن را از بین می‌برد. با این حال، امروزه برخی حقوق‌دانان ادعا می‌کنند که رضایت عنصر اول یعنی تعریف جرم را زائل می‌کند. این ادعا مبتنی بر این منطقی است که رضایت فرد در اجرای حق خودمختاری‌اش در اعراض از حق قابل اسقاط است و منجر به این می‌شود که تعریف رفتار قابل مجازات اساساً شکل نگیرد. بر این منطقی، این ایراد وارد شده است که میان حق تخطی از حقوق قانونی و نقض حقوق قانونی، تفاوتی قائل نشده است (Ibid.: 193-194)؛ زیرا حتی در صورت وجود رضایت با شرایط قانونی از سوی بزه‌دیده، همچنان حق وی بر تمامیت جسمانی‌اش نقض می‌شود؛ اما با توجه به رضایت پیشین، این رفتار غیر قانونی نیست.

در ایران، رضایت بر ایراد آسیب بدنی در قانون مجازات تنها در عملیات ورزشی و

1. Autonomieprinzip.

عملیات طبی در ماده ۱۵۸ ق.م.ا. مطرح شده که مطابق ابتدای ماده، این اعمال «قابل مجازات نیست». از واژگان به کاررفته در این ماده نمی‌توان به درستی متوجه شد که آیا در این حالات، جرم به وقوع نمی‌پیوندد و یا عمل همچنان جرم است، ولی مرتکب مجازات نمی‌شود؟ با مراجعه به کتاب‌های حقوق جزای عمومی، رضایت یکی از شرایط اباحه عمل برشمرده شده است (ر.ک: اردبیلی، ۱۴۰۱: ۱۰۹/۱؛ نوربها، ۱۳۸۷: ۲۸۷) که عنصر قانونی جرم را پاک می‌کند؛ یعنی همان اعمالی که قانون‌گذار در مواد دیگر جرم‌انگاری نموده است، در صورت وجود شرایط و با اجازه قانون، جرم محسوب نخواهند شد و در نتیجه قابل مجازات نیز نخواهند بود. گرچه تقسیم‌بندی حقوق آلمان و ایران از عناصر جرم متفاوت است، به نظر می‌رسد رویکرد حقوق ایران به رضایت، بسیار شبیه رویکرد حقوق آلمان در مورد از بین رفتن عنصر غیر قانونی بودن جرم است.

۲-۲-۲. آثار رضایت بر مجازات

با توجه به متن قانون در حقوق آلمان، در صورت وجود شرایط ماده ۲۲۸، رفتار مرتکب هیچ مجازاتی نخواهد داشت. در ایران با توجه به سکوت قانون، تأثیر رضایت بر مجازات بسیار پیچیده‌تر و نیازمند توضیح و تقسیم‌بندی است.

در خصوص قصاص یا دیه، سه دیدگاه فقهی در مورد تأثیر رضایت بر جنایت وجود دارد: دیدگاه اول اینکه رضایت موجب سقوط قصاص و ثبوت دیه می‌شود؛ دیدگاه دوم اینکه رضایت تأثیری ندارد و قصاص ثابت می‌شود؛ دیدگاه سوم، قصاص و دیه هر دو ساقط می‌شوند، و ادعا شده که دیدگاه سوم میان فقهای شیعه مشهورترین است (آقای‌نیا و عالمی طامه، ۱۳۹۰: ۱۱۴-۱۱۷). البته موضوع اصلی مقاله مذکور، جنایت بر نفس بوده و نه جنایت بر عضو که این رویکرد با حکم ماده ۳۶۵ ق.م.ا. پیرامون گذشت مجنی‌علیه پس از وقوع جنایت و پیش از فوت همخوانی دارد. البته شاید بتوان گفت که ماده ۳۶۵ محدود به گذشت «پس از وقوع جنایت و پیش از فوت» است و نباید آن را به طور موسع تفسیر نمود؛ زیرا برای پیش از وقوع جنایت، اسقاط مالم‌یجب و فاقد تأثیر است. این استدلال با توجه به تغییر متن ماده نسبت به ماده ۲۶۸ ق.م.ا. سابق که قید «پس از

وقوع جنایت و پیش از فوت» در آن نیامده بود، قابل توجه است. در برخی منابع دیگر نیز رضایت بر جنایت بر عضو، مسقط قصاص و دیه شمرده شده است (ر.ک: صادقی، ۱۳۸۲: ۶۱). احتمالاً احتیاط در دماء یکی از مهم‌ترین دلایل سقوط قصاص عضو است و طرفداران این نظر با توجه به اینکه مجازات اولیه جنایت عمدی، قصاص است، دیه را نیز منتفی می‌دانند. با توجه به سکوت قانون به نظر می‌رسد اگر ادله فقهی مبتنی بر سقوط قصاص و دیه، آن‌چنان قوی باشند که استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی را توجیه نمایند، می‌توان قصاص عضو و دیه را ساقط دانست و در غیر این صورت باید با توجه به اصل کلی پذیرفته‌شده در حقوق جزا، مبتنی بر عدم تأثیر رضایت عمل نمود.

در خصوص مجازات تعزیری ایراد آسیب بدنی باید گفت که به طور کلی قانون پیرامون این رفتار، رویکردی نسبتاً سهلگیرانه دارد. تنها مواد مرتبط، مواد ۴۰۱ و ۵۶۷ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۶۱۴ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۵ هستند. با توجه به شرایط لازم برای اعمال مجازات ماده ۶۱۴، این ماده تنها شامل ایراد آسیب بدنی شدید می‌شود که مطابق حقوق آلمان نیز اصولاً رضایت به انجام آن، فاقد تأثیر شناخته شده است. با این حال، رویکرد ماده ۴۰۱ که علاوه بر جنایات شدید، جنایات خفیفی مانند صدماتی که موجب تغییر رنگ پوست یا ورم بدن شود را نیز مشمول مجازات ماده ۶۱۴ دانسته، تأمل‌برانگیز است؛ به طوری که برخی حقوق‌دانان این صدمات خفیف را مشمول مجازات نسبتاً شدید ماده ۶۱۴ ندانسته‌اند (آقایی‌نیا، ۱۴۰۱: ۳۴۲). مجازات ماده ۵۶۷ نیز با توجه به تبصره ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری (۱۳۹۹) به نصف کاهش یافته است. بنابراین مجازات تعزیری ایراد صدمه بدنی خفیف، صرف‌نظر از رضایت یا عدم رضایت پیشین بزه‌دیده، بسیار ناچیز است. به نظر می‌رسد با رجوع به قواعد حقوق جزای عمومی و عدم مطرح شدن مباحثی مانند احتیاط در دماء در مجازات تعزیری، باید رضایت بزه‌دیده را بی‌تأثیر دانست.

۲-۳. آثار رضایت بر خسارات مدنی

در حقوق آلمان، دو ماده در قانون مدنی^۱ به خسارات ناشی از آسیب بدنی همراه

1. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

رضایت مربوط می‌شوند. نخست ماده ۸۲۳ این قانون که مقرر می‌دارد:

«هر کس به طور غیر قانونی و ناموجه به عمد یا از روی بی‌احتیاطی به جان، تمامیت جسمانی، سلامتی، آزادی، حقوق و مالکیت یا حق دیگر شخصی دیگر، خسارتی وارد نماید، مکلف به جبران خسارت وارده است».

نکته مهم در این ماده، قید غیر قانونی بودن است. با توجه به اینکه ایراد صدمه بدنی با شرایط ماده ۲۲۸ قانون جزا غیر قانونی نیست، خسارات ناشی از آن نیز قابل مطالبه نخواهد بود و این برداشت با توجه به مبنا و فلسفه جرم‌زدایی از این رفتارها کاملاً منطقی به نظر می‌رسد. همچنین مطابق ماده ۸۲۶:

«اگر فردی بر خلاف اخلاق حسنه، عامدانه ضرری به فرد دیگری وارد نماید، مسئول جبران خسارت به اوست».

تکرار قید مربوط به اخلاق حسنه، تأکیدی بر عدم مسئولیت مدنی مرتکب است. در حقوق ایران، خسارات آسیب‌های بدنی در همان مباحث مربوط به دیه مطرح می‌شوند. مطابق اصول حقوق جزای عمومی، برخی عوامل موجهه جرم مانند دفاع مشروع، مسئولیت مدنی را از بین می‌برند و برخی مانند ضرورت یا اضطرار، تأثیری بر مسئولیت مدنی ندارند؛ مگر آنکه مبنای مداخله، قاعده احسان (ماده ۵۱۰ ق.م.ا.) باشد. قانون در خصوص رضایت به عنوان یک قاعده کلی ساکت است. در مورد اعمال طبی و جراحی، که مصداق رضایت بر ایراد آسیب بدنی هستند، قانون مجازات، صرف رضایت را زائل‌کننده مسئولیت مدنی پزشک ندانسته است (ر.ک: ماده ۴۹۵ ق.م.ا.). همین طور در عملیات ورزشی، حتی در صورت وجود شرایط بند ث ماده ۱۵۸، قانون پیرامون امکان مطالبه خسارات بدنی و دیه ساکت است. با این حال، از یکسو پیرامون منشأ این عملیات بر رضایت اختلاف نظر وجود دارد و از سوی دیگر، امروزه این خسارات از طریق بیمه ورزشی قابل جبران هستند که به طور ضمنی به معنای امکان مطالبه آن است. با این حال، شایسته است که قانون‌گذار با تعیین تکلیف، به سکوت خود پیرامون تأثیر رضایت بر امکان مطالبه دیه یا خسارات مدنی پایان دهد.

نتیجه‌گیری

رضایت بزه‌دیده بر ایراد آسیب بدنی، از مباحثی است که معمولاً بیشتر از بُعد اعمال طبی و ورزشی به آن پرداخته شده و حال آنکه مصادیقی مانند اعمال پزشکی و شبه‌پزشکی از سوی افراد عادی و رفتارهای دیگرآزارانه جنسی با رضایت طرفین، از مصادیق مهم آن هستند. همچنین برخی اختلالات روانی مانند اختلال هویت تمامیت بدن و هیپوکسی فیلیا، امکان رضایت یا حتی اصرار بزه‌دیده بر ایراد آسیب بدنی به وی را بیشتر می‌کنند. همچنین امروزه برخی افراد با احساس آزادی در محدوده فعالیت‌های جنسی و با هدف لذت‌جویی، به رویه‌های خودآزارانه و دیگرآزارانه می‌پردازند که می‌تواند منجر به صدمه بدنی شود.

در قوانین ایران، ایراد صدمه بدنی یا جنایت بر عضو همراه رضایت بزه‌دیده چندان مورد توجه قرار نگرفته است. برعکس در حقوق آلمان، شاید به منظور پرهیز از پرونده‌های فراوان با موضوع سادیسم و مازوخیسم، رویکرد صریحی نسبت به این موضوع اتخاذ شده است. این رویکرد در عین صریح بودن میانه‌رو است؛ زیرا نه شهروندان را به کلی در ایراد آسیب به یکدیگر آزاد گذاشته و نه آن اندازه در حریم شخصی افراد دخالت نموده که هر صدمه بدنی جزئی را مشمول کیفر بداند. اشاره‌ی ماده ۲۲۸ قانون مجازات این کشور به «ماهیت غیر اخلاقی» و اینکه آیا این واژه، ناشی از رویکرد اخلاق‌گرایی قانونی است یا پدرسالاری حقوقی نیز بسیار جالب و با بندهای ت و ج ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی مبنی بر نامشروع نبودن قابل مقایسه است.

با این حال، سکوت قانون‌گذار ایرانی نسبت به این موضوع که شاید دلیل نپرداختن حقوق‌دانان به آن نیز باشد، مورد انتقاد است و معلوم نیست که در صورت رضایت بزه‌دیده بر جنایت بر عضو، چه مجازاتی اعم از قصاص، تعزیر، دیه یا حتی خسارات مدنی در انتظار مرتکب است و آیا اساساً مرتکب قابل مجازات است؟ به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایرانی توجه عمیقی به مباحث رضایت نداشته و عدم قانون‌گذاری در این حوزه، شاید مربوط به بی‌توجهی به آن و ابعاد این قضیه بوده است. با این حال، مواردی مانند خالکوبی و ختنه دختران، نیازمند مداخله قانون‌گذار و موضع‌گیری صریح است.

سکوت پیرامون ختنه دختران، به اعتقاداتی که به اشتباه آن را مشروع می‌دانند، دامن می‌زند و موضع ممنوعیت مطلق خالکوبی با واقعیت‌های اجتماعی همخوانی ندارد. پیش گرفتن رویکردی میانه‌رو در این امر می‌تواند حقوق افراد و جامعه را به بهترین نحو حفظ نماید؛ زیرا از یکسو ممکن است شهروندان با ناآگاهی از پیامدهای امری، به آن رضایت بدهند و عدم حمایت قانونی می‌تواند حقوق آنان را پایمال کند و از سوی دیگر، جرم‌انگاری افراطی در این حوزه، حقوق و آزادی‌های فردی را محدود می‌سازد.

کتاب‌شناسی

۱. آقایی‌نیا، حسین، *حقوق کیفری اختصاصی؛ جرائم علیه اشخاص (جنایات)*، چاپ نوزدهم، تهران، میزان، ۱۴۰۱ ش.
۲. همو، *حقوق ورزشی*، چاپ هیجدهم، تهران، میزان، ۱۴۰۱ ش.
۳. آقایی‌نیا، حسین، و محمد مهدی عالمی طامه، «تأثیر رضایت پیشین مجنی‌علیه در سقوط قصاص و دیه»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال هشتم، شماره ۲۹، تابستان ۱۳۹۰ ش.
۴. احمدی، کامیل، «تبیین اجتماعی علل و پیامدهای ختنه زنان در ایران»، *فصلنامه مطالعات روان‌شناسی و علوم تربیتی*، سال هفتم، شماره ۲، تابستان ۱۴۰۰ ش.
۵. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، جلد ۱، چاپ هفتاد و یکم، تهران، میزان، ۱۴۰۱ ش.
۶. همو، *حقوق جزای عمومی*، جلد ۲، چاپ شصت و یکم، تهران، میزان، ۱۴۰۱ ش.
۷. استوارت میل، جان، *رساله درباره آزادی*، ترجمه جواد شیخ‌الاسلامی، چاپ ششم، تهران، علمی و فرهنگی، ۱۳۹۵ ش.
۸. بوهلاندر، مایکل، *مبانی حقوق کیفری آلمان*، ترجمه اصلی عباسی، تهران، مجد، ۱۳۹۲ ش.
۹. دلخون اصل، سعید، «بررسی اجمالی جایگاه رضایت بزه‌دیده در نظام کیفری ایران»، *نشریه کانون وکلای دادگستری اردبیل*، سال دوم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ ش.
۱۰. رستمی، هادی، *حقوق کیفری و لیبرالیسم؛ بررسی کیفر در سنت فلسفی لیبرال*، تهران، نگاه معاصر، ۱۳۹۹ ش.
۱۱. سعداوی، نوال، *چهره عریان زن عرب*، ترجمه مجید فروتن و رحیم مرادی، تهران، اندیشه‌های نوین، ۱۳۵۹ ش.
۱۲. شمعی، محمد، و سارا شهباز، *جرم‌انگاری حداکثری*، تهران، جنگل، ۱۳۹۴ ش.
۱۳. صابری، گلی، و روح‌الله اکرمی، «تأثیر رضایت مجنی‌علیه بر مسئولیت کیفری»، *فصلنامه قانون یار*، سال چهارم، شماره ۱۶، زمستان ۱۳۹۹ ش.
۱۴. صادقی، محمدهادی، «رضایت به جنایت»، *فصلنامه مدرس علوم انسانی*، سال هفتم، شماره ۱، بهار ۱۳۸۲ ش.
۱۵. عبدالهی، اسماعیل، و سیدکرامت حسینی، «بررسی و تحلیل رضایت قربانی در چارچوب مبانی حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه تحقیقات جدید در علوم انسانی*، سال دوم، شماره ۲، بهار ۱۳۹۵ ش.
۱۶. غلامی، حسین، «اصل حداقل بودن حقوق جزا»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال اول، شماره ۲، زمستان ۱۳۹۱ ش.
۱۷. غلامی، علی، و ندا مقدمی، «جرائم محتمل در ختنه دختران و ضرورت جرم‌انگاری آن»، *فصلنامه حقوق پزشکی*، سال دوازدهم، شماره ۴۵، تابستان ۱۳۹۷ ش.
۱۸. کاریو، روبر، *بزه‌دیده‌شناسی؛ ازگسستن پیوند بین اشخاص تا ترمیم اجتماعی*، ترجمه سیدحسام‌الدین سیداصفهان‌ی، تهران، میزان، ۱۴۰۱ ش.
۱۹. محمودی جانکی، فیروز، «مبنای فلسفی منع حقوقی و کیفری ایراد ضرر به خود؛ مطالعه موردی الزام استفاده از کمربند و کلاه ایمنی در رانندگی»، *فصلنامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی)*، سال سی و هفتم، شماره ۱، بهار ۱۳۸۶ ش.
۲۰. مصطفی‌زاده، فهیم، و امیر کشتگر، «فلسفه و مبانی جرم‌انگاری در نظام‌های حقوق عرفی»، *دوفصلنامه اندیشه‌های حقوق عمومی*، سال یازدهم، شماره ۲ (پیاپی ۲۱)، بهار و تابستان ۱۴۰۱ ش.

۲۱. مظفری‌نیا، سهراب، و حسن حیدری، «اثر رضایت به جنایت بر مسئولیت کیفری»، دومین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های علوم اسلامی فقه و حقوق در ایران و جهان اسلام، ۱۳۹۸ ش.
۲۲. میرمحمدصادقی، حسین، «تأثیر رضایت بر جنایت»، مقاله در: *افق‌های نوین حقوق کیفری (نکوداشت‌نامه استاد دکتر حسین آقایی‌نیا)*، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۲۳. همو، *حقوق جزای عمومی (۱)*، چاپ سوم، تهران، دادگستر، ۱۴۰۰ ش.
۲۴. میرمحمدصادقی، حسین، و علی ایزدیار، «خودکشی مساعدت‌شده پزشکی: از مبانی جرم‌انگاری تا واکنش کیفری»، *فصلنامه حقوق پزشکی*، سال نهم، شماره ۳۲، بهار ۱۳۹۴ ش.
۲۵. نجفی ابرند آبادی، علی حسین، «حقوق تطبیقی و هماهنگ - نزدیک‌سازی نظام‌های حقوقی»، *دیپاچه در: جلوه‌هایی از مطالعه تطبیقی حقوق فرانسه و ایران (مجموعه درس‌گفتارهای نشست بین‌المللی استادان دانشگاه علامه طباطبائی و دانشگاه پواتیه)*، به کوشش بهزاد رضوی‌فرد، تهران، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۸ ش.
۲۶. نلکن، دیوید، «چرا عدالت کیفری را مقایسه می‌کنیم؟»، ترجمه مه‌ری برزگر، مقاله در: *بوس‌وُرت، ماری*، و کارولین هوپل، *جرم‌شناسی چیست؟*، برگردان گروهی از پژوهشگران علوم جنایی، به کوشش حمیدرضا نیکوکار، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۲۷. نوربها، رضا، *زمینه حقوق جزای عمومی*، چاپ بیست و یکم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۲۸. وایت، راب، و فیونا هینز، *مجموعه مطالعات کجروی و کنترل اجتماعی (کتاب دوم: جرم و جرم‌شناسی)*، ترجمه علی سلیمی، قم، پژوهشکده حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۴ ش.
۲۹. هادی‌تبار، اسماعیل، و مریم مهری متانکلایی، «تعارض اصل ضرر و اصل آزادی اراده در جرم‌انگاری سقط جنین»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هشتاد و سوم، شماره ۱۰۵، بهار ۱۳۹۸ ش.
30. Blom, Rianne M. & Raoul C. Hennekam & Damiaan Denys, "Body Integrity Identity Disorder", *PLoS One*, Vol. 7(4):e34702, April 2012, <<https://doi.org/10.1371/journal.pone.0034702>>.
31. Bock, Dennis, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, German Edition, Berlin, Springer, 2018.
32. Bohlander, Michael, *Principles of German Criminal Law*, Oregon, Oxford & Portland, 2009.
33. Christopher, Russell, "Tripartite Structures of Criminal Law in Germany and Other Civil Law Jurisdictions", *Cardozo Law Review*, Vol. 28(6), 2007.
34. Coluccia, Anna & Mario Gabbriellini & Giacomo Gualtieri & Fabio Ferretti & Andrea Pozza & Andrea Fagiolini, "Sexual Masochism Disorder with Asphyxiophilia: A Deadly yet Underrecognized Disease", *Case Reports in Psychiatry*, Vol. 2016, 22 September 2016, <<https://doi.org/10.1155/2016/5474862>>.
35. Dressler, Joshua, *Understanding Criminal Law*, 7th Ed., USA, LexisNexis, 2015.
36. EIGE (European Institute for gender Equality), "Current Situation of Female Genital Mutilation in Germany", 2012.
37. Gropp, Walter & Arndt Sinn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, German Edition, Berlin, Springer, 2015.

38. Herring, Jonathan, *Great Debates in Criminal Law*, 2nd Ed., Uk, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2012.
39. Merkel, Reinhard & Holm Putzke, "After Cologne: male circumcision and the law. Parental right, religious liberty or criminal assault?", *Journal of Medical Ethics*, Vol. 39(7), July 2013, <<https://doi.org/10.1136/medethics-2012-101284>>.
40. Onoma, Anne, "Legal Censure of Unconventional Expressions of Love and Sexuality; Finding a Place in the Law for BDSM", *Hastings Women's Law Journal*, Vol. 28(1), Winter 2017.
41. Parmanand, S. K., "Volenti non fit Iniuria in Roman Law", *Journal for Juridical Science*, Vol. 10(1), 1 May 1985.
42. Stein, Sarah, "Decriminalizing Kink: A Proposal for Explicit Legalization of Sexually Motivated Consensual Harm", National Writing Competition Submission, April 2020.
43. von Sochaczewski, Christina Oetzmann & Jan Gödeke & Oliver J. Muensterer, "Circumcision and its alternatives in Germany: an analysis of nationwide hospital routine data", *BMC Urology*, Vol. 21(1), 7 March 2021, <<https://doi.org/10.1186/s12894-021-00804-9>>.

جایگاه رکن روانی و مسئولیت کیفری در تعریف جرم*

□ فریدون جعفری^۱

چکیده

جرم پایه‌ای‌ترین و اولین رکن از ارکان چهارگانه (جرم، مجرم، ضمانت اجرا و زیان‌دیده) حقوق کیفری است و مبین نگاه اکثریتی به ارزش‌هایی است که به دلیل اعتبار و اهمیت بسیار، نقض آن‌ها نامطلوب و ناهنجار و مستوجب مجازات و واکنش اجتماعی دانسته شده است. در همه قوانین ملی و بین‌المللی، مهم‌ترین تکلیف جرم‌انگاران، تعریف جرم به نحوی است که دربردارنده اجزاء و ارکان متشکله آن به صورت جامع و مانع باشد. رصد سطحی مقررات کیفری ایران از تاریخ مشروطه تا حال حاضر نیز مؤید این تکلیف است؛ زیرا اولین تلاش قانون‌گذاران کیفری نظام‌های مبتنی بر حقوق نوشته، معطوف بر تعریف جرم به صورت کلی و عمومی است. در بررسی تعاریف متعدد و متنوع ارائه‌شده از جرم در همه جای جهان، «رفتار» و «قانون یا همان بیان رسمی» وجه مشترک بوده، اما رکن سوم متعارفی (عنصر روانی یا رکن معنوی) که به عنوان یکی از

اجزای اصلی جرم در کتب متعدد حقوق کیفری مورد اشاره قرار گرفته، در تعاریف، آگاهانه یا مسامحتاً مفقود است. لذا این ابهام اساسی قابل طرح است که بالاخره جرم دو عنصر (قانونی و مادی) دارد یا واجد سه عنصر (قانونی، مادی و معنوی) است. از طرف دیگر، رابطه میان رکن روانی و مسئولیت کیفری در تبیین و تعریف جرم کجاست؟ آیا مسئولیت کیفری همان عنصر روانی است یا مسئولیت کیفری فرع بر مجرمیت بوده و اصولاً مرحله بعد از ارتکاب جرم خواهد بود. این ابهامات کلیدی در این مقاله بررسی شده و نگاه نوینی به مفاهیم سنتی و کلاسیک حقوق کیفری عمومی انداخته شده است. روش تحقیق در این مقاله به صورت تحلیلی و توصیفی بوده و قوانین و مقررات فعلی و سابق و دیدگاه‌های متخصصان در این حوزه بررسی و تحلیل شده است. یافته‌های تحقیق پس از بررسی و تدقیق، حاکی از ضرورت تفکیک مجرمیت از مسئولیت کیفری، با توسل به قابلیت اسنادی است که عنصر روانی نیز می‌تواند در چارچوب آن قابل تبیین باشد. نگاه به مسئولیت کیفری بهتر است متشکل از مجرمیت (ارتکاب رفتار ممنوعه در قانون) و قابلیت اسناد (برخورداری از شرایط کمال در حین ارتکاب جرم) باشد.

واژگان کلیدی: تعریف جرم، رکن روانی، مسئولیت کیفری، قابلیت انتساب، عناصر متشکله، ضمانت اجرا.

درآمد

با پیدایش اجتماعات انسانی و خروج بشر از وضعیت بدوی، بلافاصله تعارض منافع و منابع و اختلافات و ضرورت توسل به قواعد و مقررات تنظیم‌گر زندگی جمعی احساس شد. تقابل میان قدرت و آزادی در میان ابنای بشر عمیق‌تر شده و به همین دلیل، ابزارهای کنترل‌کننده آزادی بی‌قید و شرط و اعمال قدرت مطلقه، جامعه بشری را درنوردید. یکی از این ابزارها که اتفاقاً مهم‌ترین آن‌ها نیز بود و باید اثرگذارترین آن‌ها نیز باشد، استفاده از حقوق کیفری و زرادخانه مجازات و واکنش شدید کیفری در قبال رفتارهای ایجابی یا سلبی است که امنیت، آسایش و رفاه و بالاخص نظم اجتماعی را مختل کرده و بشر را به قهقرا می‌برند.

این رفتارهای مخل حیثیت اجتماع و همزیستی مسالمت‌آمیز با هر مبنای شرعی یا

طبیعی یا تحقیقی و عقلانی و وجدان جمعی یا قرارداد اجتماعی و...، متفق القول جرم نامیده شده و تلاش همه مکاتب و اندیشمندان و مصلحان جامعه انسانی و به ویژه متخصصان حقوق کیفری از بدو پیدایش و در سال‌های اخیر جرم‌شناسان، حول محور کنترل یا محو کامل آن معطوف گشته و حتی یکی از ویژگی‌های مدینه فاضله یا اتوپیای آرمانی را فقدان جرم و رفتارهای مجرمانه در چنین جامعه‌ای در قالب آرمان بشری اعلام نمودند.

متخصصان و متولیان مقابله با جرم، برای تأمین این هدف و در عین حال حفظ حقوق و آزادی‌های فردی مشروع، برای جرم‌انگاری و قرار دادن برخی از رفتارهای زمینی انسان‌ها در دایره الزام اجتماعی، ناچار از تعریف جرم با حدود و دامنه مشخص به صورت جامع و مانع بوده و برای نیل به این مقصود بسیار تلاش کردند. هرچند بنا به نظر کارل مینیجر بدترین جرم ما، جهل نسبت به مفهوم جرم است (3: Fattah, 1997).
به نقل از: عالی‌پور، ۱۳۸۹: ۱۷۸).

سابقه نسخه مدون و امروزی تعریف جرم، به برهه مکتب بکاریا و همفکران ایشان باز می‌گردد که یکی از اصول مستحکم حقوق کیفری را ضرورت بیان پیشینی رفتارهای ممنوعه قابل مجازات اعلام نمودند؛ همان اصلی که امروزه، اصل قانونی بودن جرم و اصل قانونی بودن مجازات نامیده می‌شود،^۱ هرچند که در برخی مذاهب و ادیان از جمله اسلام، سابقه‌ای بس طولانی داشته و قاعده قبح عقاب بلا بیان از مسلمات آن است. مهم‌ترین شرط رعایت این اصل، ضرورت تعریف جرم به صورت عام و اعمال مجرمانه قابل مجازات به صورت خاص است.

تعریف جرم به ویژه از زمان رنسانس در اروپا، متناسب با هر مکتب و نحله فکری، چارچوب و ساختار خود را داشته و هر کسی با نگاه خاص و موردی خویش، برداشتی از آن داشته است و این برداشت‌ها همچنان در حال تغییر و تحول می‌باشند؛ به ویژه که

۱. این اصل در نظام حقوقی روم باستان نیز با عنوان *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* مورد تأیید قرار گرفته و بعداً وارد قانون اساسی و مقررات کیفری بسیاری از کشورهای دارای نظام حقوقی نوشته (civil law) از جمله ایران به شرح اصل ۳۶ قانون اساسی نیز شده است. در این اصل مقرر شده است: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد».

ساحت و قلمرو آن از اواخر قرن بیستم از محدوده مرزها فراتر رفته و گستره‌ای جهانی یافته است. اما جملگی اتفاق نظر دارند که تعریف جرم باید به گونه‌ای باشد که مبین ارکان و اجزای متشکله آن باشد. بدون توجه به تفاوت‌های مندرج در تقسیم‌بندی نظام‌های حقوقی به حقوق نوشته و حقوق عرفی، غالباً جرم را متشکل از سه جزء قانونی (بیان رسمی پیشینی)، مادی (رفتار عینی بیرونی یا بروز خارجی فعل و انفعالات ذهنی مرتکب) و روانی (فعل و انفعالات ذهنی مرتکب) می‌دانند. این موضوع، یکی از اولین و مهم‌ترین موضوعاتی است که در درس حقوق جزای عمومی ۱ در مقطع کارشناسی در دانشگاه‌ها در مواجهه مقدماتی با جرم، از جانب مدرسان و اساتید حقوق کیفری آموخته می‌شود. پرداختن به عناصر متشکله جرم و اشاره اغلب آن‌ها به این مطلب است که «جرم سه عنصر دارد» (قماش، ۱۳۹۲: ۱۲۱) و هر رفتار ممنوعه‌ای که فاقد یکی از این عناصر باشد، مسلماً به دلیل اقتضای اصول کلی حاکم بر حقوق کیفری نمی‌تواند جرم باشد. این برداشت تخصصی اکثریتی در قالب رابطه ساده زیر قابل تبیین است: مجرمیت (عنصر قانونی، عنصر مادی، عنصر روانی) = مجازات.

اما به نظر می‌رسد این کلیشه با توجه به داده‌های نوین و تحولات فکری و نظری و فلسفی جاری، همچنان امری لایتغیر و محتوم محسوب نمی‌شود (عالی‌پور، ۱۳۸۹: ۲۰۵): زیرا صرف نظر از مباحث نظری و فلسفی مرتبط با قبح فعلی و قبح فاعلی برای قابل مجازات محسوب نمودن رفتار مجرمانه و خارج از ارکان جرم دانستن رکن روانی، (قماش، ۱۳۹۲: ۱۲۱-۱۲۲)، اصولاً اولین کسی که باید کلیشه جرم مبتنی بر سه رکن را رعایت کند، حاکمان و قانون‌گذاران در تعاریف کلی و رسمی ارائه‌شده برای جرم هستند.

البته بی‌آنکه بخواهیم به مسئله غامض و مبنایی فلسفه حقوق کیفری و دیدگاه‌های متنوع فایده‌گرایانه لیبرالیستی یا اخلاق‌گرایانه ایده‌آلیستی یا ساختارگرایی و... پردازیم، با التفات به نگاه ضرری صرف به مبنای جرم‌انگاری نیز دو عنصر دانستن جرم، بیشتر با حقیقت جامعه انسانی هماهنگ می‌باشد؛ زیرا وقتی جرم را رفتار مغایر وجدان جمعی و احساسات عمومی و خواست اکثریتی می‌دانیم و در متن و مصوبه رسمی به فهرست نمودن این رفتارها اشاره می‌کنیم (عنصر قانونی)، در حقیقت با وقوع آن‌ها در عالم واقع و در محیط بیرونی اجتماع، نظم عینی همگانی مختل شده است؛ همانند جرم قتل عمد که

با حدوث کشته شدن دیگری در جامعه، این رفتار ممنوعه در قانون، حاصل شده است، اما اینکه آیا مرتکب مادی این رفتار ممنوعه نیز قابلیت مجازات دارد یا خیر، مسئله‌ای است که به مجرمیت حادث شده مربوط نبوده، بلکه به قابلیت ملامت یا سرزنش یا همان قابلیت اسناد و امکان برقراری مسئولیت کیفری در مورد وی باز می‌گردد. به عبارت ساده‌تر، وقتی یک فرد دارای اختلال روانی، انسانی را می‌کشد، نظم عمومی در عالم واقع و عینی مختل شده است و بنابراین می‌توان وی را با لحاظ دو عنصر برای رفتار ممنوعه، مجرم مادی شناخت؛ اما چون جامعه این فرد را مسئول اعمال خویش نمی‌داند و وی را فاقد قابلیت پاسخگویی می‌داند، مسئولیت کیفری را در مورد وی محقق ندانسته و به همین دلیل، قاتل با نگاه مبنایی ضرر آگاهانه در جرم‌انگاری قابل مجازات نخواهد بود. البته در این خصوص، مسئله پذیرش یا عدم پذیرش اراده برای همه افراد صرف نظر از قابلیت ملامت نیز در میان حقوق‌دانان مطرح شده که در تبیین تمایز میان اراده یا اختیار قابل بحث است.

نویسندگان در تبیین این بخش مهم از حقوق کیفری، بدون ورود به موضوعات چالشی و بعضاً حتی بدون توجه به تناقضات نوشتاری، ترجیح داده‌اند که با بدیهی‌انگاری از کنار آن بگذرند. برای نمونه، برخی از نویسندگان متقدم، در این زمینه معتقدند:

«برای تحقق جرم علاوه بر دو عنصر قانونی و مادی، وجود عنصر روانی هم ضرورت دارد... اما با وجود اینکه با عنصر روانی جرم تحقق می‌یابد، ولی برای شمول مجازات، صرف تحقق جرم کفایت نمی‌کند، بلکه نیازمند مسئولیت است» (صانعی، ۱۳۷۴: ۳۰۶-۳۰۵).

اما در تبیین تمایز میان عنصر روانی و مسئولیت، توضیحات ارائه شده وافی به مقصود نبوده و متداخل شده‌اند؛ چنان که ارتکاب جرم توسط مجنون را پذیرفته و برای او قائل به عنصر روانی بوده، ولی وی را به خاطر وضع روانی خاصش مسئول نمی‌دانند (همان: ۳۰۷). اما تشریح نمی‌کنند که چگونه می‌توان دیوانه را دارای حداقل اراده لازم برای انجام فعل محسوب کرد. مگر می‌شود وجود یا فقدان اراده را که باید اصولاً به صورت صفر یا صد باشد، درجه‌بندی کرد. هم‌نوا با برخی از محققان حقوق کیفری که اراده را درجه‌بندی نموده و معتقدند دیوانه یا مجنون، واجد حداقلی از اراده هستند، اما چنانچه

اعلام شد این مطلب در صورتی می‌تواند صحیح باشد و تا حدودی بتواند این تناقض را مرتفع نماید که در واقعیت و عالم بیرون بتوان اراده را درجه‌بندی نمود. چنین امری نیز به نظر می‌رسد محتمل نباشد.

حتی با وجود افزایش چشمگیر تعداد نویسندگان حقوق جزای عمومی در سال‌های اخیر، در آثار اغلب آن‌ها، رابطه میان عنصر روانی و مسئولیت کیفری، یا مورد اشاره قرار نگرفته یا مترادف و همسنگ انگاشته شده یا فقط به تمایز آن‌ها از هم بدون تشریح دقیق آن پرداخته شده است؛ زیرا بسیاری این موضوع را بدیهی و در تقدیر گرفته‌اند. در حقوق کیفری آلمان به عنوان یکی از کشورهای اصلی و تأثیرگذار نظام رومی ژرمنی (داوید، ۱۳۷۵: ۶۴)، این مسئله سال‌ها پیش در سال ۱۹۳۰ توسط هانس ولتزل^۱ در قالب نظریه نهایی رفتار،^۲ به نحو تفصیلی مورد کنکاش حقوق‌دانان واقع شده و مطالب ارزشمندی در این خصوص در منابع مکتوب آن‌ها مشاهده می‌شود.^۳ اما در کشور ما با توسعه حقوق مدرن کیفری به تأسی از حقوق فرانسه، کمتر به این حوزه مبنایی حقوق کیفری عمومی اشاره شده است. سؤال اساسی اینجاست که آیا این تصور غالب، در قوانین و مقررات رسمی هم متجلی شده و مطلب مهم دیگر اینکه پس جایگاه مسئولیت کیفری در این میان کجاست؟ آیا مجرمیت فرع بر مسئولیت کیفری است یا برعکس؟ و نهایتاً رابطه عنصر یا رکن روانی و مسئولیت کیفری چگونه تحلیل می‌شود؟ در این مقاله، در صدد پرداختن به این مسئله با تمرکز بر سوابق پژوهشی و مطالعاتی و مقررات مدون و رسمی مرتبط هستیم. در این راستا پس از تشریح مقدماتی مسئله در مقدمه که بیشتر شامل کلیات پژوهش و تعلیل دلیل ورود به این موضوع کلان و اثرگذار حقوق کیفری می‌شود (بخش اول)، لازم است برای آشنایی با برداشت و نگاه مکاتب مختلف حقوق کیفری به عنصر روانی و مسئولیت کیفری، گریزی هرچند مختصر به تاریخ تحولات حقوق کیفری داشته باشیم (بخش دوم). سپس نقش و جایگاه

1. Hans Welzel.

2. Finalist Theory of Action.

۳. برای مطالعه تفصیلی نظریه فوق، ر.ک.:

<<https://alltheasks.com/2022/07/05/what-is-finalist-theory-of-action>>.

مسئولیت کیفری در تعریف جرم با توجه به سوابق قانون‌گذاری و دیدگاه متخصصان کشور بررسی می‌شود (بخش سوم) و با روشن شدن نقش عنصر روانی یا چالش‌های آن، دو عنوان بسیار مهم در شرایط و ارکان تحقق جرم قابل مجازات، یعنی مسئولیت کیفری و مسئله قابلیت اسناد که در منابع موجود کمتر مورد بررسی قرار گرفته‌اند، در بخش مجزایی مورد بحث قرار می‌گیرند (بخش چهارم) و چون اصولاً هر نوع تفکیکی، در صورتی واجد اثر خواهد بود که آثار یا مبنای معقول داشته باشد، در حوزه مجزای دیگری به اثرات پذیرش یا عدم پذیرش هر کدام از عناوین تشریح شده، از نگاه حقوق کیفری و جرم‌شناسی پرداخته می‌شود (بخش پنجم) و در نهایت از مباحث مطروحه نتیجه‌گیری به عمل آمده و پیشنهاد مرتبط نیز ارائه خواهد شد.

۱. عنصر روانی و مسئولیت کیفری در تنگنای مکاتب حقوق کیفری

با رشد و توسعه خرد انسانی، چه در ابعاد نظری و فلسفی و چه با پیدایش علوم تجربی و کاربردی در تحلیل کنش‌ها و واکنش‌های انسانی، مکاتب مختلف حقوق کیفری با داعیه ارائه راهکاری برای جهان در کنترل و محو جرم به دلیل شناسایی دقیق علت وقوع آن‌ها ایجاد شدند. غالب مکاتب و جنبش‌های حقوق کیفری با در تقدیر گرفتن و بدیهی‌انگاری یا واقعیت مسلّم اجتماعی دانستن آن، بدون اینکه کندوکاو ویژه‌ای بر روی مفهوم و ارکان جرم نموده باشند و بدون تفکیک مسئله رکن روانی از مسئولیت کیفری، بیشتر به تشریح علت اساسی وقوع آن‌ها پرداخته و در صدد ارائه و معرفی ضمانت اجرا و واکنش جزایی متفاوت برآمده‌اند.

یکی از اولین و مهم‌ترین این مکاتب که اتفاقاً پیدایش عنصر معنوی را به آن نسبت می‌دهند، مکتب کلاسیک است که برخی حقوق‌دانان از آن به عنوان مکتب اصالت سودمندی نام می‌برند (اردبیلی، ۱۴۰۱: ۸۲) و برای اولین بار مسئله اراده آزاد و مسئولیت اخلاقی مجرمان را یادآور شد. طبیعی بود برای حقوق کیفری که پیش از آن دیوانه و حتی اشیا و حیوانات و گیاهان را نیز قابل مجازات محسوب می‌نمود (حبیب‌زاده و دیگران، ۱۳۹۸: ۹۷-۹۸) و در تعیین واکنش اجتماعی صرفاً به آثار زیانبار اعمال می‌پرداخت، پذیرش مجازات مبتنی بر میزان مسئولیت اخلاقی، انقلابی محسوب شده و قابل تقدیر

بود. اما در همین مکتب نیز به مسئولیت اخلاقی و ضرورت برخورداری از اراده آزاد به عنوان پیش شرط اعمال مجازات اشاره شده است (پرادل، ۱۴۰۰: ۷۷ به بعد). در نظر بانیان این مکتب، رفتاری جرم محسوب خواهد شد که در کنار آسیب اجتماعی مستتر در ذات آن، همراه با اراده آزاد واقع شده باشد. یعنی برداشت سه رکنی جرم از ابداعات این مکتب مهم حقوق کیفری است.

با تغییر گرایش علوم انسانی از فلسفه اجتماعی (فلسفه الاجتماع) به سوی فیزیک اجتماعی (فیزیک الاجتماع) در آثار و نوشته‌های متفکرانی چون آگوست کنت فرانسوی، نگاه به مسئله جرم و پدیده مجرمانه نیز متفاوت شد و مسئولیت مبتنی بر اراده آزاد مکتب کلاسیک، جای خود را به جبر اخلاقی مکتب اثباتی داد (همان: ۹۷-۹۸)، مجرم مسئول به مجرم مجبور و مادرزاد تبدیل شد و مسئله عنصر روانی کلاً رنگ باخت یا حداقل کم‌رنگ شد. هرچند این نگاه مطلق در همان زمان توسط بسیاری از اندیشمندان مردود اعلام شد، ولی تأثیر علل و عوامل زیستی و روانی در ارتکاب جرم مورد تأیید قرار گرفت. ماحصل این مکتب، نادیده انگاشتن مسئولیت کیفری و اراده آزاد در تعریف و برداشت از جرم شد. برداشت دو رکنی از جرم دقیقاً از ابداعات مکتب اثباتی است؛ زیرا معتقد بودند برخی زاده شده‌اند که مرتکب جرم شوند و این ارتکاب همانند شکل صورت و جمجمه و بلندی و کوتاهی قد و گردن و نحوه چینش ابروان به صورت وراثتی به ارث می‌رسد و مرتکبان نقشی در آفرینش آن ندارند.

با پیدایش نگاه جامعه‌محور به پدیده مجرمانه در قالب دفاع اجتماعی نیز باز مسئله مسئولیت و عنصر روانی، دستخوش دگرگونی‌هایی شد و علت جرم در نهادهای جامعه‌ی متصور شده و نقش انسان و اراده آزاد وی در شکل‌گیری جرم محدود گردید (همان: ۱۱۸)؛ زیرا جرم را محصول کنش‌ها و واکنش‌های اجتماعی محسوب داشته، معتقد بودند که اگر تعارضات و زمینه‌های اجتماعی را محو یا کنترل کرده یا تغییر دهیم، پدیده مجرمانه نیز از بین خواهد رفت.

در خلال این نگاه‌های کلان به پدیده مجرمانه، مکاتب ریز و درشت بسیاری نیز تأسیس شدند که هر کدام از آن‌ها متناسب با نگاه سیاسی یا اقتصادی یا ساختاری و... ریشه ارتکاب جرم را خارج از اراده آزاد مرتکب می‌دیدند. برخی از جمله

مکاتب کمونیستی و چپ‌گرایانه حتی اصل جرم را انکار کرده و ارتکاب جرم را خیزش جامعه ستم‌دیده پرولتاریا علیه سلطه طبقه ثروتمندان و بورژوا به منظور از میان برداشتن علل و عوامل توسعه تبعیض اجتماعی و اقتصادی دانسته و آن‌ها را قهرمان جامعه می‌انگاشتند.

علی‌رغم تفاوت نگاه این مکاتب مختلف حقوق کیفری به جرم و مجرم و همچنین پرداختن به مسئله ضمانت اجرای کیفری و واکنش‌ها به عنوان مهم‌ترین وجه ممیزه مکاتب حقوق کیفری، جملگی در مسئله شخصی دانستن مسئولیت کیفری و پرهیز از نگاه انتزاعی و مفروض به آن هم‌راستا بودند؛ بدین نحو که عنصر روانی را شامل یک دسته ویژگی‌های لازم در شخص مرتکب به هنگام ارتکاب، برای قابلیت سرزنش وی می‌دانستند؛ یعنی فعل و انفعالات ذهنی مرتکب که با بروز خارجی آن‌ها همراه شده باشد. این مسئله حتی با توسل به آموزه‌های دینی و اسلامی و مکاتب مبتنی بر ایدئولوژی‌ها نیز قابل توجیه است؛ زیرا در غالب مذاهب، آنچه واجد اهمیت اساسی است، نیت و وضعیت ذهنی عامل در هنگام ارتکاب تکلیف دینی و الهی است. از همین رو در مکتب اسلام، «الأعمال بالنیات» محسوب گشته‌اند.

۲. عنصر اخلاقی (روانی) در تعریف جرم

عنصر اخلاقی یا رکن روانی^۱ که برخی آن را یکی از بنیادی‌ترین مفاهیم حقوق کیفری نوین می‌دانند (آقایی جنت‌مکان، ۱۳۹۷: ۲۸۳/۲)، با عنوان فعل و انفعال درونی و روانی مرتکب حین یا پیش از ارتکاب جرم است که نشانه پیوند و رابطه ویژه فکری او در مخالفت با مقررات کیفری و قانون‌گذار است (منصورآبادی، ۱۴۰۰: ۲۴۷). برخی این رکن را برگرفته از عبارتی لاتین با این تعبیر می‌دانند که: رفتار فی‌نفسه و به خودی خود مجرمانه نیست، مگر آنکه با ذهن یا نیت مجرمانه انجام شده باشد (عبدالهی، ۱۳۸۹: ۲۶). در حقیقت با توسل به این رکن در صدد برقراری ارتباط منطقی و عقلانی میان رفتارهای ارتكابی افراد با نیت ذهنی و مقاصد آن‌ها هستیم؛ زیرا رفتارهای مجرمانه در صورتی

1. Mens rea (Latin)/ Mental element (English).

قابلیت ملامت و سرزنش خواهند داشت که مقصود و مطلوب مرتکب باشند و طبیعی است رفتاری که بدون اراده و خواست مرتکب محقق شده باشد، حتی اگر منتهی به آسیبی اجتماعی و تضییع حقوق شخصی اعضای جامعه شود، نباید در دنیای متمدن فعلی، واکنش اجتماعی را به دنبال داشته باشد. این نوع برداشت از مفهوم نظری عنصر روانی در میان نویسندگان حقوق کیفری در سطح ملی و بین‌المللی، اختلاف خاصی در بر نداشته و اصل «هیچ رفتاری بدون عنصر روانی جرم نیست» نیز مؤید آن است (کارد، ۱۳۹۲: ۱۸۴). برخی از نویسندگان متقدم حقوق کیفری نوین ایران، در همین خصوص می‌نویسند:

«برای پیدایش جرم، وجود عنصر معنوی ایجاب می‌گردد. مکتب نئوکلاسیک که اساس مجازات را بر مختاریت و آزادی انسان استوار می‌کند و مکتب تحقیقی که جرم را از لحاظ خطرناکی فاعل آن قابل تعقیب می‌داند، عنصر معنوی را یکی از عناصر ضروری جرم دانسته‌اند که بدون آن جرم تحقق پیدا نمی‌کند» (علی‌آبادی، ۱۳۷۳: ۶۰/۱).

در ضرورت اعمال مجازات بر کسی که قاصدانه و آگاهانه اوامر و نواهی قانون‌گذار را که معمولاً ملهم از خواست و احساسات جمعی است، نادیده می‌گیرد، ابهامی وجود ندارد؛ زیرا مجازات آخرین مرحله از فرایند واکنش اجتماعی در قبال پدیده مجرمانه است. اما چنانچه پیشتر نیز اشارتی رفت، خود مجازات فرع بر مسئولیت کیفری و مسئولیت کیفری فرع بر مجرمیت و قابلیت اسناد است. لذا ابهام در جایی مطرح می‌شود که بدون پرداختن به این رابطه‌ها، در صدد عینی‌سازی مفهوم نظری مجردی تحت عنوان عنصر معنوی در عالم خارج برمی‌آییم؛ زیرا وقتی عنصری را مهم‌ترین و از ارکان اساسی تحقق جرم می‌دانیم، باید حدود و ثغور آن را به گونه‌ای تبیین نماییم که برای هر شهروند قانون‌مداری به سهولت قابل تشخیص باشد و بتواند بر اساس آن از حقوق و آزادی‌های فردی خویش دفاع کند. غالب حقوق‌دانان ساحت کیفری در این راستا بدون ارائه تعریفی دقیق و جامع و مانع از عنصر روانی در بیان اجزای آن، صرفاً با اشاره به اراده و قصد و علم و آگاهی و بعضاً داعی یا انگیزه بسنده می‌کنند (همان: ۶۱)؛ بدین توضیح که آیا می‌شود بدون اشاره به فرد و شخص حقیقی یا حتی حقوقی و

بررسی اعمال و افعال او در فضایی عینی، عنصری برای جرم ساخت؟ مگر نه این است که وجود یا فقدان اراده یا قصد باید در مواجهه با کنش‌ها و واکنش‌های افراد تحلیل شود، به طوری که برخی معتقدند اراده نوعی عمل نفسانی توأم با شعور و آگاهی است که مستقیماً منشأ بروز یک رفتار مجرمانه، اعم از فعل یا ترک فعل است (میرسعیدی، ۱۳۹۰: ۱۵۳). اگر چنین تحلیلی پذیرفته شود، تفاوت آن با مسئولیت و تبیین اجزای آن، چه خواهد شد؟ قابلیت اسناد در کجای این تحلیل خواهد بود؟ از طرف دیگر در مباحثات مربوط به حقوق کیفری، حتی وقتی هنوز ارتباط میان یک رفتار ارتكابی ممنوعه در قالب جرم با یک انسان و مرتکب را شناسایی نکرده‌ایم، باز هم این وضعیت را با استعمال عبارت جرم توصیف می‌کنیم؛ یعنی میان جرم و مجرم، هم در تأملات علمی و هم در مباحث غیر علمی تمایز قائل شده و اولی را به عنوان امری انتزاعی و ذهنی صرف نظر از مرتکب انسانی پذیرفته و دومی را به عنوان پدیده عینی و مادی مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌دهیم (فلچر، ۱۳۸۴: ۱۳۷-۱۳۸).

بنابراین می‌توان بر این نظر بود که در لابه‌لای عبارات قانون‌گذار، به دلیل اعطای قوه عاقله و تمییز به انسان‌ها از جانب خالق بر خلاف حیوانات و جمادات که صرفاً بر اساس غریزه رفتار می‌کنند و چون همه افعال و کنش‌های عادی انسان‌ها را حتی در غیر ساحت مجرمانه باید «مقصود» مفروض دانست، مگر خلاف آن ثابت شود، فقط از جرمی سخن به میان آمده که واجد دو عنصر مادی و قانونی بیشتر نیست. وقتی شخصی در اجتماع، مرتکب رفتار مجرمانه‌ای می‌شود که در قانون منع شده یا بر انجام آن تأکید شده است، قانون‌گذار همین میزان را با مفروض فوق‌الاشاره همراه کرده و معتقد به تحقق جرم قابل مجازات می‌باشد. در این صورت می‌توان بر این عقیده بود که دلیل عدم اشاره به عنصر روانی در تعریف جرم در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی ایران با وجود تصریح به عنصر قانونی و مادی، همین ویژگی حیوان ناطق بودن ابنای بشری است که بر خلاف سایر موجودات زنده، بر اساس غریزه رفتار نکرده و کنترل کامل بر اعمال و رفتار و کردار و پندار خود دارند و به همین دلیل، وقتی اقدامی انجام می‌دهند، باید آن رفتار را مرید محسوب داشت تا زمانی که در مرحله اتصال این جرم به یک مرتکب انسانی، وی یا وکیلش در مواجهه با پدیده مجرمانه، خلاف آن را اثبات کند و

به همین دلیل عقیده بر آن بوده که وقتی برداشتی موافق اصل باشد، نیازی به تصریح نداشته و تصریح صرفاً حاوی تأکید مؤکد خواهد بود.

در صورت پذیرش مفروض‌های فوق و برای پرهیز از اختلاف دیدگاه‌های متأثر از مبانی فلسفی و روان‌شناختی یا جامعه‌شناختی و با تأکید بر برداشت صرف مبتنی بر قانون و حقوق کیفری در مقام عمل و قضا، آنچه واجد اهمیت بسیار خواهد بود، نحوه اثبات خلاف این فرض انسانی یا احصای مصادیقی است که با حدوث آن‌ها فرض منقلب می‌شود. به عبارت ساده‌تر، اصل بر این است که انسان عادی و معمولی همواره مرید و قاصد در ارتکاب رفتارها خواهد بود، جز در مواردی که بنا به دلیل وجود عارضه‌ای در مرتکب، این قصد و اراده فاقد اعتبار باشد. البته آنچه در عالم حقوق دارای پذیرش همگانی است، خلاف این فرض است و حقوق‌دانان به تاسی از اصل عدم معتقدند که انسان مرید نبوده، بلکه وجود اراده در ارتکاب اعمال باید حتماً اثبات شود. در تبیین اجزای عنصر روانی به علم و عمد اشاره شده و شرایط لازم برای برخورداری از این قابلیت با عنوان شرایط کمال خوانده می‌شود. لذا انسان کامل همواره متصف به همراه داشتن رکن روانی است تا زمانی که خلاف آن ثابت شود. بنابراین با ارتکاب رفتار مجرمانه مندرج در قانون، مجرمیت کامل حتی در نگاه سه رکنی به جرم محقق شده و اصولاً فرد باید قابل مجازات باشد. اما اگر ثابت شود که مرتکب پیش یا حین ارتکاب، فاقد یکی از شرایط کمال بوده، طبیعی است که در تفکر سه رکنی جرم، مجرمیت زائل شده و به همین اعتبار، مرتکب قابل مجازات نخواهد بود. شرایط کمال همان قابلیت اسنادی است که به رفتارهای انسان‌ها اصطلاحاً روح می‌بخشد. با این استنباط از عنصر روانی، جایگاهی برای مسئولیت کیفری باقی نمانده و مجرمیت مساوی با قابلیت مجازات خواهد بود.

اما در نگاه دو رکنی به جرم باید عنصر روانی را در دل قابلیت اسناد آورده و مجرمیت را منوط به عنصر روانی نکرد، بلکه قابلیت مجازات را منوط به اثبات مجرمیت و قابلیت اسناد دانست. در سطور فوق بیان شد که در تعریف هر شاخه یا موضوعی، اصولاً باید همه ارکان آن به دلیل رعایت جامعیت و مانعیت در تعریف وارد گردد. در تعریف جرم نیز به همین دلیل باید همه عناصر و ارکان متشکله جرم (دو یا

سه عنصر یا رکن) هویدا باشد. در میان تعاریف متعدد ارائه شده از جرم متناسب با علوم مختلف اجتماعی و زیستی و روانی و حتی تعاریف حقوق دانان، در مواجهه با جرم به دلیل تبعات بسیار شدید آن در جامعه و احتمال تحدید حقوق و آزادی‌های فردی، بهترین و قابل استنادترین تعریف، آن تعریفی است که قانون‌گذاران از جرم (به ویژه در کشورهای دارای نظام حقوق نوشته) در مقررات کلی و عمومی ارائه می‌دهند. لذا به تحلیل این مسئله در تعریف رسمی جرم در قانون مجازات ایران با توجه به جایگاه عنصر روانی می‌پردازیم.

مهم‌ترین تعریف قابل استناد از جرم در کشورهای دارای نظام حقوق نوشته، تعریفی است که قانون‌گذار از جرم ارائه داده و این تعریف اصولاً از لحاظ منطقی باید دارای جامعیت و مانعیت بوده و حداقل انتظار از آن در برداشتن ارکان اصلی تشکیل‌دهنده جرم است. حقوق دانان حقوق کیفری نیز غالباً تعاریف حقوقی خود را مبتنی بر همین تعریف قانونی ارائه داده‌اند. اما متأسفانه در سال‌های متعدد قانون‌گذاری ایران، چه در دوره پیش از انقلاب و چه پس از چرخش حاکمیت، سردرگمی و سرگردانی قانون‌گذاران ایران در این خصوص با ملاحظه تلاش‌های متعدد قانون‌گذاری از اولین آن در سال ۱۲۸۶ تا آخرین و مترقی‌ترین اراده و بیان رسمی حاکمیت (۱۳۹۲) کاملاً مشهود است؛^۱ زیرا چنانچه ملاحظه می‌گردد، در تعریف جرم در ماده دوم قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، قانون‌گذاری که فرض بر این است با تجربه حدود صد سال قانون‌نویسی از زمان مشروطه، باید مترقی‌ترین قانون زمان را وضع نماید، مقرر داشته است: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می‌شود».

با ملاحظه سطحی این تعریف درمی‌یابیم که قانون‌گذار فقط به دو عنصر تصریح کرده است: عنصر مادی (رفتار...) و عنصر قانونی (قانون...)، و تصریحی به عنصر سوم (رکن معنوی) یا اثری از آن در این تعریف دیده نمی‌شود. حال ابهام اساسی اینجاست که آیا این عدم تصریح به معنای اعتقاد به صرفاً دو عنصر برای تحقق جرم

۱. برای شرح تفصیلی چالش‌های وارده به تعریف جرم، ر.ک: جعفری، ۱۴۰۰: ۲۲-۷.

بوده و اصولاً عنصر معنوی را از اجزای جرم و مجرمیت نمی‌داند و عنصر روانی را در زمره شرایط و اجزای خارج از تعریف مجرمیت محسوب می‌کند، به شرح قاعده ساده زیر:

مجرمیت (عنصر قانونی، عنصر مادی) + عنصر روانی (با هر نام دیگری) ←
مسئولیت کیفری ← مجازات

یا با عنایت به اینکه مجازات، فرع بر مسئولیت کیفری است، دلیل عدم اشاره به مسئولیت کیفری در این تعریف، به هنگام تصریح به مجازات مشخص نیست. به عبارت ساده، معلوم نیست که آیا باید به مسئولیت کیفری نیز در تعریف و تبیین جرم اشاره داشت یا باید آن را در تقدیر گرفت. لذا باز هم این ابهام مطرح می‌شود که آیا مجرمیت از اجزای مسئولیت است یا برعکس مسئولیت را باید از اجزای مجرمیت بدانیم. با توجه به تأثیر پذیری حقوق ایران از نظام حقوقی فرانسه، در کتاب *حقوق جزای عمومی* تألیف گاستون استفانی و دیگران به عنوان یکی از منابع مهم مکتوب، با اشاره به همین محتوا به بیان دیدگاهی پرداخته شده که مجرمیت را از مسئولیت کیفری مجزا دانسته است و به نظر می‌رسد مجرمیت را صرفاً شامل عنصر مادی و قانونی محسوب نموده و با خارج کردن رکن روانی از دامنه ارکان متشکله جرم و مجرمیت، آن را زیرمجموعه جزء دیگری از اجزای مسئولیت کیفری یعنی قابلیت اسناد محسوب کرده است. در این کتاب، نویسندگان معتقدند که مسئولیت یکی از عناصر متشکله جرم نبوده و بلکه اثر و نتیجه قضایی آن است. نتیجه ساده این استنباط از جرم آن است که جرم را صرفاً متضمن دو رکن بدانیم (استفانی و دیگران، ۱۳۷۷: ۴۸۳/۱ به بعد). در این تحلیل، آنچه مجرمیت را محقق می‌کند، رفتار مادی بیرونی است که در قانون یا بیان رسمی حکومت، ممنوع اعلام و قابل مجازات محسوب شده است. حال وقتی این مجرمیت با اوصاف شخصی مرتکب، که مجرد از جرم نیز قابل رصد و ارزیابی است، یعنی قابلیت پذیرش سؤال یا قابلیت پاسخگویی به سؤال که تحت عنوان شرایط کمال یا اجزای قابلیت اسناد (عقل، بلوغ، اراده (اختیار) و علم) نیز از آن‌ها یاد می‌شود و همواره با کنش‌ها و رفتارهای انسان‌ها همراه هستند، منطبق شوند، مسئولیت کیفری را می‌سازند (همان).

بنابراین با لحاظ این دیدگاه که به نظر می‌رسد بر اساس واژه‌های به کار گرفته شده

در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی، قانون‌گذار ایران هم این دیدگاه را پذیرفته یا ناخواسته این دیدگاه را اتخاذ کرده است، جرم صرفاً متضمن دو عنصر بوده و رکن روانی در تعریف جرم دخالتی نداشته یا حداقل مفروض انگاشته شده و به همین دلیل نیز در تعریف ماده ۲ قانون مجازات اسلامی نیامده است. با چنین دیدگاهی، حتی دیوانه، طفل، مجبور، مست، جاهل و خواب هم می‌توانند مرتکب جرم باشند، اما اینکه آیا می‌توانند قابل مجازات هم باشند، محل چالش می‌باشد؛ زیرا به دلیل عدم برخورداری از قابلیت اسناد و عدم امکان تحقق مسئولیت کیفری در مورد آن‌ها، قابلیت مجازات مختل خواهد بود. البته مسلم است که اگر قابلیت اسناد را امری متفاوت از اراده و اختیار و علم بدانیم و همه این شرایط را زیرمجموعه مجرمیت بدانیم، نظر فوق متفاوت شده و در قالب دیدگاه اعتقاد به جرم سه رکنی قابل تحلیل خواهد بود.

ملاحظه می‌شود که در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در تعریف جرم صرفاً به دو رکن از ارکان متشکله جرم شامل عنصر مادی (هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل...) و عنصر قانونی و ضرورت ذکر آن رفتار ممنوعه در قانون و تعیین مجازات برای آن (... که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است...) اشاره شده و اثری از عنصر روانی در تعریف مشاهده نمی‌شود. به همین دلیل، این ابهامات مطرح می‌شود که آیا با توجه به اینکه قانون‌گذار همواره در مقام بیان بوده و امر لغو و بیهوده از او سر نمی‌زند، مقصود او پذیرش جرم دو رکنی در حقوق کیفری ایران است؟ بدین معنا که قانون‌گذار در تعریف جرم صرفاً نگاه ضرر و آسیب مجرد به جامعه و هنجارهای آن را مدنظر دارد و به همین دلیل عامدانه از اشاره به رکن روانی پرهیز کرده است یا ضرر آگاهانه یا مبتنی بر تقصیر را مدنظر داشته و رکن روانی را در تقدیر گرفته و فرض را بر حصول عنصر روانی در صورت تحقق دو رکن اول گذاشته است؟ متأسفانه نویسندگان حقوق کیفری ایران در آثار خود، متعرض این ابهامات و چالش‌های وارد بر جایگاه رکن روانی در تعریف رسمی جرم نشده و همواره آن را به تأسی از اولین نوشته‌های حقوق کیفری ایران، امری بدیهی و مفروض انگاشته‌اند (محمدخانی، ۱۳۹۵: ۵/۱). برای پی بردن به پاسخ این ابهام‌ها و پرسش‌های مطروحه لازم است به تبیین مفهوم و جایگاه مسئولیت کیفری نیز در تعریف جرم بپردازیم.

۳. مسئولیت کیفری در تعریف جرم

با توجه به اینکه دو برداشت از مسئولیت کیفری همواره در نگاه متخصصان حقوق کیفری مطرح بوده و برخی آن را محدود به اوضاع و احوال پیرامونی عنصر روانی محسوب کرده و برخی نیز به عنوان مهم‌ترین شرط اعمال مجازات یا قابلیت مجازات، متشکل از دو جزء مجرمیت و قابلیت انتساب (چنانچه پیشتر تبیین شد) می‌دانند، در بررسی این بخش مسئله با لحاظ این تفکیک تبیین می‌شود.

۳-۱. مسئولیت کیفری بر محور عنصر روانی

یکی دیگر از مفاهیم کلیدی حقوق کیفری، مسئولیت کیفری^۱ است. مسئولیت به معنای ضرورت پاسخگویی است و مسئول کسی است که از او سؤال می‌شود و وی مکلف به پاسخگویی در قبال کردار، گفتار و حتی پندار خویش است. مسئول کیفری کسی است که از او در قبال ارتکاب رفتارهای مجرمانه سؤال می‌شود و او مکلف به پاسخگویی و پذیرش آثار و تبعات اعمال خویش است.

با وجود اشاره به مسئولیت کیفری به عنوان یکی از اصول بنیادی حقوق کیفری (فلچر، ۱۳۸۴: ۱۵۰)، غالب نویسندگان حقوق کیفری عمومی، تعریفی از مسئولیت نکرده و با اختلاط مفهوم مسئولیت با قابلیت اسناد یا بعضاً با مفهوم عنصر روانی (صانعی، ۱۳۷۴: ۳۰۵/۱)، آن را مجزا از جرم دانسته‌اند. هرچند در تشریح اجزا و مفهوم آن‌ها، عبارات و اصطلاحاتی به کار برده شده که تفاوت چندانی با مفهوم عنصر روانی ندارد،

۱. Criminal responsibility: در ادبیات انگلیسی دو عبارت liability و responsibility را در اشاره به مسئولیت به کار برده‌اند که با وجود معادل‌سازی یکسان در زبان فارسی برای هر دو، در حقوق کامن‌لا این دو واژه تفاوت اساسی دارند. Liability به معنای مسئولیت مبتنی بر قانون است یا مابازاء عدم رعایت ضوابط قانونی است؛ مثلاً اگر در اثر عدم رعایت ضوابط رانندگی، کسی آسیبی به دیگران بزند، از نظر قانونی مسئول (liable) خواهد بود، اما responsibility حاکی از پاسخگویی و احساس تکلیف شخصی است؛ بدین معنا که مثلاً انسان‌ها تکلیف به رانندگی ایمن دارند. به عبارت ساده‌تر، responsibility حاکی از یک تکلیف اجتماعی یا قانونی است، اما liability حاکی از مسئولیت قانونی ناشی از عدم رعایت تکلیف است. با عنایت به ضرورت رعایت معیارهای شخصی در حقوق کیفری، استعمال واژه responsibility در حقوق کیفری بر خلاف حقوق مدنی که معیار عینی را صرفاً مطلق‌نظر دارد، صحیح‌تر به نظر می‌رسد. Accountability قرابت معنایی نزدیک‌تری به responsibility دارد.

چنانچه برخی از نویسندگان معتقدند که هر کس با علم و اطلاع و به قصد ارتکاب جرم، عمل مجرمانه‌ای را انجام دهد، لزوماً مجرم شناخته نمی‌شود، بلکه علاوه بر قصد مجرمانه باید دارای صفات و خصوصیات هم باشد که بتوان عمل مجرمانه را به او منتسب دانست (همو، ۱۳۷۷: ۳/۲)، اما ابهام آنجاست که چگونه می‌توان تصور نمود کسی که فاقد صفات و خصوصیات لازم برای انتساب عمل مجرمانه به اوست، به طوری که حتی قدرت تشخیص خوب و بد را نیز ندارد، می‌تواند واجد علم و اطلاع و قصد ارتکاب محقق‌کننده جرم باشد. به عبارت فلسفی و منطقی، این نوع استدلال دارای ایراد دور و تسلسل است؛ زیرا از طرفی برای داشتن توانایی علم و عمد یا همان قصد مجرمانه، نیازمند صفاتی هستیم که آن‌ها را به شخص قابل انتساب نمایند و از طرف دیگر، اگر کسی فاقد صفات و خصوصیات قابلیت انتساب باشد، نمی‌تواند علم و عمد داشته باشد یا حتی اگر از نظر فلسفی و مفاهیم صرف نظری، وی را دارای علم و عمد بدانند، آن علم و عمد برای تحمیل مجازات معتبر نخواهد بود؛ یعنی این دو، لازم و ملزوم یکدیگر بوده و جدا از هم قابل تصور نیستند. چنانچه باهری از اولین نویسندگان حقوق جزای عمومی، عصاره تقصیر را خواستن و دانستن فرض کرده و عواملی را که در تقصیر مؤثرند، شرایط و اوضاع و احوالی دانسته که این دو از آن‌ها متأثر می‌شوند؛ زیرا به باور وی، علم و عمد به تنهایی مفاهیم مجردی هستند که برای اینکه زمینی شوند، باید با برخی ضوابط قراردادی همانند شرایط و ویژگی‌هایی که خواستن و توانستن را محقق می‌کنند، همراه شوند (همان: ۵).

پیشتر نیز اشاره شد که ظاهراً برای اولین بار مکتب کلاسیک متأثر از اندیشه‌های مکتب عدالت مطلق کانت، مسئولیت را شرط ضروری مجازات قرار داده است؛ هرچند رویکرد کلی مکاتب مختلف حقوق کیفری به مبانی مسئولیت کیفری، عدم تحلیل عناصر و مؤلفه‌های آن و پذیرش این نهاد به صورت امری محتوم و صرفاً توجه به آثار آن‌هاست (موسوی مجاب، ۱۳۹۸: ۱۸۶).

در تحلیل مورد نظر ما در این نوشتار، متأثر از این برداشت که مسئولیت کیفری را بدون وجود جرمی که به یک مرتکب خاص منتسب شده باشد، محقق نمی‌داند (فلچر، ۱۳۸۴: ۱۵۰)، مقصود از مسئولیت کیفری، آن بخش از فرایند مجرمانه است که متشکل

از دو جزء مجرمیت و قابلیت اسناد است که خود شرط اصلی قابلیت مجازات خواهد بود؛ بدین معنا که مسئولیت کیفری مستلزم وقوع رفتار مادی مجرمانه مندرج در مقررات کیفری از جانب شخص خاصی است که در هنگام ارتکاب، واجد کلیه شرایط لازم برای برخورداری از قابلیت اسناد بوده است. در تأیید همین نظر، قانون‌گذار ایران در ماده ۱۴۰ در اشاره به مسئولیت کیفری، آن را تنها زمانی محقق می‌داند که مرتکب حین ارتکاب جرم، عاقل، بالغ و مختار باشد. دقیقاً از این شروط استثنایی قانون‌گذار می‌توان دریافت که در صورت وقوع عنصر مادی رفتار ممنوعه در قانون کیفری توسط شخصی و اثبات رابطه علیت میان نتیجه حاصله از جرم و رفتار مادی مرتکب، اگر ثابت شود که مرتکب در حین ارتکاب جرم دارای شروط بلوغ و عقل و اختیار بوده است، جرم در مفهوم عام به وی منتسب (یعنی آنچه توسط حقوق‌دانان عنصر معنوی نامیده می‌شود، مفروض) و در جرائم عمدی نیز علم وی باید اثبات گردد. مطلب قابل ذکر در این ماده، اشاره به صرفاً سه دسته (حدود، قصاص، تعزیرات) از چهار دسته جرائم و مجازات‌های مندرج در ماده ۱۴ حقوق کیفری ایران است. علت عدم اشاره به دیه علی‌رغم پذیرش آن به عنوان یکی از اقسام جرائم و مجازات‌ها، می‌تواند به دلیل جرم‌ندانستن جرائم مستوجب دیه باشد، تا محکومیت به دیه را مستلزم اثبات مسئولیت کیفری ندانسته و ماهیت جبران غرامات مدنی به آن بدهد.^۱ البته قانون‌گذار در ماده ۱۴۴ و در ذیل فصل اول از بخش چهارم تحت عنوان شرایط مسئولیت کیفری، در تحقق جرائم عمدی، علم مرتکب به موضوع جرم را نیز به شرایط حصول مسئولیت کیفری در جرائم عمدی اضافه نموده و در ادامه به حکمی اشاره دارد که علی‌الظاهر فرض پیش گفته را (مبنی بر اینکه اصل بر وجود عنصر روانی منضم به رفتار مجرمانه

۱. در عدم پذیرش دیه به عنوان یکی از مصادیق جرائم، علی‌رغم پذیرش آن به عنوان یکی از مجازات‌های اصلی ماده ۱۴، می‌توان همچنین به تعریف انواع جرائم در مواد ۱۵ تا ۱۸ قانون مجازات اسلامی اشاره کرد؛ با این توضیح که در تعریف حد (ماده ۱۵) و قصاص (ماده ۱۶) و تعزیر (ماده ۱۸)، در صدر آن‌ها به «مجازات‌های...» اشاره شده، در حالی که در تعریف دیه (ماده ۱۷) بدون اشاره به مجازات یا مفاهیم مشابه، فقط به ذکر عبارت «... مالی است...» بسنده شده است. با عنایت به اینکه اصولاً قانون‌گذار در مقام بیان است، از این نوع واژه‌گزینی می‌توان دیدگاه عدم اعتقاد به جرم محسوب نمودن اعمال و رفتارهای مستوجب دیه توسط قانون‌گذار ایران را برداشت کرد.

ارتكابی توسط شخص دارای کلیه شرایط قابلیت اسناد است)، حداقل در مرحله شکلی و اثبات جرائم عمدی رد می‌کند؛ زیرا مقرر می‌دارد: «... علاوه بر علم... باید قصد او در ارتكاب رفتار مجرمانه احراز گردد». هرچند این بخش از مقررۀ قانونی صرفاً در صدد تبیین شرایط شکلی و مشخص کردن بار اثبات است، اما از همین مقررۀ شکلی می‌توان به نظر قانون‌گذار ایرانی در پذیرش عنصر روانی به عنوان یکی از اجزای مسئولیت کیفری و نه مجرمیت پی برد؛ زیرا این ماده، زیرمجموعه مواد مندرج در فصل مسئولیت کیفری، و حاکی از اجزای مسئولیت کیفری در جرائم عمدی است. مشابه همین برداشت را می‌توان از مفاد ماده ۲۱۷ قانون مجازات اسلامی در اشاره به شرایط تحقق حدود به صورت عمومی نیز استنباط نمود؛ زیرا در این ماده نیز شرایط مسئولیت کیفری در حدود، وجود علم (به موضوع و حرمت شرعی رفتار ارتكابی) و قصد و شرایط مسئولیت کیفری (که احتمالاً مقصود همان قابلیت اسناد باشد) است.

با بررسی تعاریف رسمی از جرم از سال ۱۳۰۴ تا کنون ملاحظه می‌شود که مسئولیت کیفری هرگز در این تعاریف قانونی مورد اشاره واقع نشده و تحقق جرم منوط به اثبات مسئولیت کیفری نشده، بلکه همواره قابلیت مجازات منوط به اثبات مسئولیت کیفری شده است. البته در لایحه قانون مجازات اسلامی که در سال ۱۳۸۶ به مجلس شورای اسلامی تقدیم شده بود، در ماده ۲-۱۱۱ برای اولین بار عبارت «... و از طرف شخص مسئول ارتكاب یابد...» نیز در تعریف جرم اضافه شده بود؛ هرچند مشخص نیست که به چه دلیل در نهایت این لایحه تصویب نشد و ماده ۲ فعلی که در سال ۱۳۹۲ به تصویب مجلس رسید، جایگزین آن شد که در این ماده به شرح تبیین فوق، تصریحی به مسئولیت کیفری همانند رکن روانی نشده است. بنابراین مسئولیت کیفری در قانون مجازات فعلی ایران، از اجزای تعریف جرم یا شرایط تحقق جرم نبوده و صرفاً شرط قابلیت ملامت و سرزنش‌پذیری یا همان مجازات کیفری در صورت اثبات مجرمیت است.

۲-۳. مسئولیت کیفری متشکل از مجرمیت و قابلیت انتساب

یکی دیگر از مفاهیم بنیادین حقوق کیفری «قابلیت انتساب یا اسناد»^۱ است.

۱. در زبان انگلیسی attribution، در حقوق فرانسه imputabilite و در زبان آلمانی zurechnung نامیده می‌شود.

قابلیت انتساب را می‌توان معادل همان مفهومی دانست که در فقه جزایی، شرایط کمال نامیده می‌شود. این اصطلاح برای آن وضع شده است تا بتوان جرم را به مجرم مرتبط ساخته و مجرم را به دلیل ارتکاب جرم مسئول شناخت (همان: ۱۴۹). قابلیت اسناد، عبارت است از امکان تحمیل تقصیر به حساب کسی که آن را مرتکب شده است. قابلیت اسناد فرض آگاهی و اراده آزاد را با خود دارد (استفانی و دیگران، ۱۳۷۷: ۱/۴۸۱). قابلیت انتساب شرایط و حالات و ویژگی‌های شخصی و فردی را در انسان‌ها توصیف می‌کند که با برخورداری افراد از آن‌ها، اعمال و رفتارهای ارتكابی‌شان که در قانون ممنوع اعلام شده، به حساب آن‌ها نگاشته می‌شود. اگر رابطه علیت را مهم‌ترین عامل ارتباط رفتار مادی ارتكابی افراد با نتایج جرم بدانیم، قابلیت انتساب، رابطه علیت اخلاقی یا روانی برای مفروض انگاشتن مسئولیت کیفری نسبت به کسی است که عنصر مادی را انجام داده است. به عبارت ساده‌تر، وقتی کسی رفتار کشنده را نسبت به مقتول انجام می‌دهد، در صورت داشتن شرایط قابلیت انتساب، مسئولیت وی در قبال این رفتار مجرمانه، مفروض محسوب خواهد شد.

در تبیین رابطه میان عنصر روانی و قابلیت اسناد باید معروض گردد مرتکبانی که دارای همه شرایط قابلیت انتساب (عقل، بلوغ، اراده و اختیار و علم در جرائم عمدی) باشند، به محض ارتکاب عنصر مادی رفتارهای ممنوعه در قانون، عنصر روانی مورد نظر حقوق دانان حقوق کیفری بر رفتارهای آن‌ها مفروض انگاشته می‌شود. در این معنا، موضوع تحلیل شده در این مقاله در خصوص سه عنصری دانستن جرم تأیید می‌شود؛ اما عنصر روانی، همان‌گونه که بیان شد، مفروض محسوب می‌شود. ولی اینکه آیا این فرض مورد تأیید اصول حقوق کیفری بوده و مغایر حقوق و آزادی‌های فردی نیست، محل چالش بسیار مهمی در آثار نویسندگان حقوق کیفری است.

در بررسی رابطه میان مسئولیت کیفری و قابلیت انتساب، اغلب مسئولیت کیفری را با مجرمیت و قابلیت اسناد اشتباه می‌کنند (همان)؛ در حالی که این دو متمایز از هم بوده و چنان که پیشتر نیز اشاره شد، قابلیت انتساب از اجزاء تشکیل‌دهنده مسئولیت کیفری است؛ زیرا برای تحقق مسئولیت کیفری باید مجرمیت (ارتکاب تقصیر) اثبات و این تقصیر به مرتکب قابل انتساب باشد. به عبارت ساده‌تر، با عنایت به اینکه مسئولیت

کیفری را به معنای تکلیف به پاسخگویی در قبال اعمال و رفتار و کردار ممنوعه در قانون محسوب کردیم، این تکلیف به پاسخگویی در صورتی واجد معنا خواهد بود که فرد واجد همه شرایط قابلیت انتساب باشد.

۴. آثار و پیامدهای پذیرش یا عدم پذیرش رکن روانی یا مسئولیت کیفری

در تعریف جرم

آثار وابسته کردن جرم به ضرورت تحقق عنصر روانی و پذیرش مسئولیت کیفری در صورت اثبات عنصر روانی به همراه سایر عناصر متشکله جرم، از دو منظر حقوق کیفری و نگاه به اصول و قواعد حاکم بر حقوق کیفری و واکنش‌های اجتماعی مرتبط با آن (الف) و جرم‌شناختی با استفاده از نظریات مطرح جرم‌شناسی (ب) قابل بررسی می‌باشد.

۴-۱. آثار و نتایج وارده بر حقوق کیفری

در صورت اعتقاد به ضرورت اثبات رکن روانی مستقل از قابلیت اسناد و مسئولیت کیفری برای تحقق مجرمیت در کنار دو رکن اساسی مادی و قانونی، نتیجه بدیهی این دیدگاه، عدم تحقق جرم در صورت عدم امکان اثبات عنصر روانی بوده و در چنین شرایطی اصولاً باید مجرمیت زائل گردد؛ همانند عوامل موجهه جرم یا همان اسباب اباحه که در صورت حدوث، مجرمیت را زائل کرده و با زوال آن‌ها، نه تنها امکان اعمال مجازات کیفری میسر نخواهد بود، بلکه حتی مجازات مدنی و جبران غرامات ناشی از جرم نیز قابل مطالبه نخواهد بود. در مقابل، اگر مجرمیت را منوط به تحقق عنصر روانی نکرده و آن را در تبیین اجزای مسئولیت کیفری یا قابلیت اسناد مورد پذیرش قرار دهیم، در این صورت، مجرمیت محقق شده و در صورت عدم اثبات قصد و علم یا عدم پذیرش قصد و علم همراه با رفتار به دلیل عدم اعتقاد به قابلیت برخورداری از علم و عمد، صرفاً مسئولیت کیفری محقق نشده و به همین دلیل اعمال مجازات میسر نیست؛ اما خسارات مدنی و ضرر و زیان ناشی از جرم پذیرفته خواهد شد. تفاوت عمده علل موجهه جرم که در قانون فعلی تحت عنوان موانع عینی تحقق مسئولیت کیفری

نامیده شده‌اند، با علل رافع مسئولیت کیفری که موانع شخصی تحقق مسئولیت کیفری یا علل فقدان قابلیت اسناد نامیده شده‌اند، در همین نکته ظریف است:

عوامل موجهه جرم (زائل کننده مجرمیت) + علل مانع مسئولیت کیفری (فقدان قابلیت اسناد) = عدم امکان تحقق مسئولیت کیفری = عدم امکان تحمیل مجازات

در همین راستا اگر مجرمیت را منوط به عنصر روانی ندانیم، می‌توان قابل به ارتکاب جرم توسط صغیر، مختل روانی، مست و مجبور و جاهل بود و به همین دلیل، آن‌ها را به جبران غرامات و خسارات وارده محکوم کرد یا حتی مشمول تدابیر درمانی و اصلاحی و تربیتی و... قرار داد. قانون‌گذار کیفری ایران در راستای تعریف ارائه‌شده از جرم در ماده ۲ که اشاره‌ای به عنصر روانی در آن نکرده است، در مواد ۸۸ به بعد نیز در اعلام نحوه مواجهه با اطفال و نوجوانان، ضمن پذیرش امکان ارتکاب جرم توسط آن‌ها و رد امکان اعمال مجازات سنتی علیه اطفال به دلیل نداشتن شرایط قابلیت اسناد، آن‌ها را مشمول تصمیمات تزییعی قرار داده است. در حالی که اگر مجرمیت را منوط به تحقق عنصر یا رکن روانی می‌نمود، به دلیل عدم تحقق آن توسط اطفال و نابالغین، نمی‌توانست آن‌ها را مشمول تزییقات و تصمیمات الزامی قرار دهد. بر همین دیدگاه در مواد ۱۴۶ و ۱۴۹ نیز مجدداً تأکید شده و قانون‌گذار در مواجهه با افراد نابالغ و دارای اختلال مشاعر اعلام نکرده که مجرم نیستند، بلکه از عبارت «مسئولیت کیفری ندارند» استفاده کرده است، یا در ماده ۲۹۲ قانون مجازات اسلامی، امکان ارتکاب جرم قتل توسط صغیر و مجنون و خواب و حتی بیهوش را پذیرفته، ولی به دلیل عدم تحقق مسئولیت کیفری مرتکب، آن‌ها را قابل مجازات ندانسته است؛ ولی امکان تحمیل دیه (ما‌بازاء مدنی جنایت) را مجاز شمرده است.

عدم پذیرش عنصر روانی یا مسئولیت کیفری در تعریف جرم، انطباق بیشتری با دیدگاه جرم‌انگاری مبتنی بر ضرر اجتماعی دارد؛ زیرا در هر حال وقتی رفتاری در عالم واقع به وقوع می‌پیوندد که منجر به آسیب به اجتماع یا پدیدآوردنندگان آن می‌شود، مقصود قانون‌گذار از جرم‌انگاری آن رفتار حاصل شده و تحقق جرم نیز چیزی فراتر از آن نیست؛ مثل اینکه صرف نظر از خصوصیت فاعل، وقتی حیات انسانی خارج از حوادث طبیعی و قهری سلب می‌شود یا مال کسی آسیب می‌بیند، جرم اتفاق افتاده

است، اگر این جرم با شرایط و اجزای قابلیت اسناد به انسانی کامل قابل انتساب باشد و وی با علم و قصد آن را مرتکب شده باشد، جرم کیفری و مستوجب ضمانت اجرای کیفری بوده و اگر غیر از آن باشد، جرم مدنی محسوب شده و صرفاً جبران ضرر و زیان و غرامات مادی را سبب می‌شود.

۲-۴. آثار و نتایج جرم‌شناختی

اغلب جرم‌شناسان، به ویژه جرم‌شناسان اروپای قاره‌ای، تولد موضوعی - مفهومی جرم‌شناسی را به مطالعات مکتب اثباتی نسبت می‌دهند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۱۴) و در تفاوت میان جرم‌شناسی و حقوق کیفری، دومی را رشته مطالعاتی هنجارمند و مقابله‌کننده با معلول (جرم و مجرم) و اولی را رشته هنجاری و تجربی علوم جنایی و مقابله‌کننده با علل از گذر شناسایی ساختارهای اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و علت شناختی می‌دانند (همو، ۱۳۹۸: ۷۱۵-۷۱۸). اما همواره یکی از ایرادات مطرح‌مکاتب اولیه جرم‌شناسی، آن بوده که تعریفی از جرم ارائه نداده و جرم را همواره مفروض انگاشته‌اند و مهم‌ترین موضوع مطالعاتی این شاخه مهم علوم انسانی در تبیین مفهوم جرم، وامدار حقوق کیفری و تعریفی است که قانون‌گذاران از جرم ارائه داده‌اند. بنابراین برداشتی که در حقوق کیفری از جرم صورت می‌گیرد، خمیرمایه نظریات جرم‌شناختی را شکل می‌دهد. لذا تلقی جرم دو عنصری یا سه رکنی می‌تواند بر پژوهش‌های جرم‌شناسی نیز در نگاه مدرنیستی به جرم‌شناسی اثرگذار باشد. هرچند که در نگاه پست‌مدرنیستی به جرم، برخی معتقدند که حتی از این برداشت ساده حقوقی نیز باید گذشت و جرم را چیزی ورای نقض قوانین نوشته می‌دانند که از وفاق اجتماعی نشئت گرفته باشند (نجفی ابرندآبادی و گلدوزیان، ۱۳۹۷: ۲۴).

برخی از نویسندگان حوزه حقوق کیفری و جرم‌شناسی در قالب دیدگاهی انتقادی، برای برقراری ارتباط میان مفاهیم و نهادهای حقوق کیفری (مانند عناصر متشکله جرم، قابلیت اسناد و مسئولیت کیفری) با یافته‌های جرم‌شناسی نظری و برقراری تعامل یا تقابل انتزاعی میان آن‌ها، به شاخه جدیدی از جرم‌شناسی با عنوان «جرم‌شناسی حقوقی» متوسل شده‌اند. مهم‌ترین رسالت این شاخه جدید جرم‌شناسی، نقد نهادهای حقوق

کیفری از منظر نظریه‌ها و یافته‌های جرم‌شناسی یا رشته‌های تخصصی آن با هدف روزآمد کردن آن‌هاست (همو، ۱۳۹۱: ۱۸۴۱). اتفاقاً در همین راستا، مشخص کردن جایگاه عنصر روانی و مسئولیت کیفری و قابلیت اسناد در تعریف رسمی ارائه‌شده از جرم، ضروری خواهد بود، زیرا دقیقاً با توسل به همین مفاهیم و از همین دریچه است که جرم‌شناسی وارد ساحت حقوق کیفری شده و رفتارهای انسانی را با نگاه تخصصی خود خارج از صرف انتزاع برخی رفتارها در قالب جرم بر اساس اصل قانونی بودن مورد تحلیل قرار می‌دهد. البته حتی در بیشتر مطالعات جرم‌شناسان حقوقی نیز بدون اینکه به جایگاه عناصر فردی جرم (رکن روانی، قابلیت اسناد و مسئولیت کیفری) در تحقق اصل جرم پرداخته شود، صرفاً به علل و عوامل جرم‌شناختی فقدان قابلیت اسناد و مضامین مشابه پرداخته شده است؛ زیرا در صورتی که فقدان مسئولیت کیفری ناشی از فقدان قابلیت اسناد را از بین برنده مفهوم جرم در نگاه سه عنصری به جرم بدانیم، مسلماً دیگر موضوع مجرمانه‌ای باقی نخواهد ماند تا جرم‌شناسی به تحلیل آن از زاویه دید آسیب‌شناسی رفتارها و کنش‌های انسانی پردازد، در حالی که اگر برعکس جرم را در نگاه دو عنصری صرفاً محدود به ممنوعیت قانونی و رفتار مادی مذکور در قانون نمایم و قابلیت اسناد را نهادی متفاوت از جرم و صرفاً محقق‌کننده مسئولیت کیفری در نظر بگیریم، در آن صورت، جرم‌شناسی و داده‌های آن می‌توانند و باید یاریگر حقوق کیفری سنتی برای محو یا کاهش یا حداقل تثبیت نرخ جرائم باشند.

در رویکرد جرم‌شناسی تحقیقی، جرم‌شناسی علت‌شناختی یا جرم‌شناسی جریان اصلی، جرم و مصادیق و شرایط آن، بدان صورتی که توسط قانون‌گذار تعریف و پیش‌بینی شده، مطالعه گردیده و یک واقعیت هستی‌شناختی است که ضمانت اجرای درخور آن کیفر است. نگاه به جرم و مجرم تا حدودی جبرپندارانه است (همو، ۱۳۹۰: ۱۰۱۶). در چنین نگرشی به جرم نیز مسلماً برای شناخت دقیق مصادیق جرم، ناچار از توجه به عناصر متشکله آن با مراجعه به حقوق کیفری خواهیم بود.

با توجه به ذات جرم‌شناسی که به مطالعه علت‌شناسانه و استخراج علل ارتکاب جرم یا سوق افراد به سمت و سوی جرم می‌پردازد، مفهوم عینی از جرم در جرم‌شناسی واجد اهمیت بوده و چون مفهوم عینی با ارتباط رفتار مجرمانه با افراد و اشخاص معنا می‌یابد،

مسئلاً مجرمیتی که مسئولیت کیفری را در بر داشته و مستوجب مجازات باشد، در کانون توجه اغلب جرم‌شناسان خواهد بود. البته دیدگاه‌ها و نظریات جرم‌شناسی رادیکال را که اصولاً مفهوم متعارف جرم را مورد پذیرش قرار نداده و آن را ابزاری برای تسلط گروه حاکم می‌دانند (سلیمی و دیگران، ۱۳۸۰: ۴۷۴)، از جمله جرم‌شناسان مارکسیست که جرم را ابزار تسلط گروه اقلیت سرمایه‌داران یا بورژواها بر اکثریت پرولتاریا می‌دانند^۱ یا ادوین ساترلند به عنوان یک جرم‌شناس منتقد غیر ایدئولوژیک برپایه تحقیقاتی که انجام داد، غفلت جرم‌شناسان را از مطالعه «بزهکاری یقه‌سفیدها» در کنار «جرایم یقه‌آبی‌ها» به باد انتقاد گرفت و آن را به عنوان نگاه چالشی جدید مطرح کرد، یا جرم‌شناسان رادیکال (منتقد) دهه ۱۹۷۰ که بیشتر تحت تأثیر ملاحظات مارکسیستی بودند و به تعریف جرم در قوانین کیفری، از آن جهت که صرفاً جنبه فنی دارد و فاقد پیام است، اعتراض کردند و جرم را هر گونه نقض حقوق اساسی و بنیادین اشخاص تعریف نمودند (همان: ۱۰۲۴)، باید از این تحلیل مستثنا نمود.

از طرف دیگر و با نگاه به نظریات جرم‌شناختی برچسب‌زنی، تلقی جرم از برخی رفتارها که اصولاً نباید جرم محسوب می‌شد، منجر به چسباندن داغ مجرمانه بر پیشانی انسان‌ها شده و منجر به افتادن افراد در ورطه مجرمانه‌ای می‌شود که خروج از آن سخت و تکرار اقدامات ضد اجتماعی و پذیرش موقعیت جدید را به دنبال خواهد داشت (همان: ۵۴۸). لذا حداقل از این دیدگاه در زدن برچسب مجرمانه به برخی از اعمال و رفتارها باید مراقبت بسیاری صورت گیرد.

در جرم‌شناسی سنتی یا متعارف یا جرم‌شناسی جریان اصلی که جرم‌شناسان منتقد برای آن استعمال می‌کنند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۷: ۲۱)، جرم و عناصر متشکله آن و مفاهیم سنتی همانند مسئولیت کیفری، واجد اهمیت بسیار بالایی است، اما در دیدگاه‌های انتقادی این مباحث فاقد اثر بوده، زیرا آن‌ها خود این عبارات را ساخته و پرداخته نظام عدالت کیفری، قانون‌گذاران، جرم‌انگاران رسمی و کیفرگذاران می‌دانند. با توجه به

۱. جرم‌شناسان مارکسیست که نظریه پردازان تضاد یا تعارض محسوب می‌شوند، در واقع افزایش بزهکاری را به وخامت شرایط اجتماعی طیف وسیعی از مردم در برابر بهبود وضعیت اقتصادی طبقه اقلیت سرمایه‌دار می‌دانند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۰: ۱۰۱۹).

حرکت از جرم‌شناسی به سمت آسیب اجتماعی‌شناسی (همان: ۲۵)، اصولاً باید بر این نظر بود که چون عناصر جرم و مسئولیت کیفری از میان رفته‌اند، ملاحظات جرم‌شناسان منتقد بی‌گمان، حقوق کیفری ماهوی (همانند پیش‌بینی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قوانین) و شکلی (همانند اعطای اختیارات به بزه‌دیده در فرایند کیفری یا پیش‌بینی برنامه‌های عدالت ترمیمی) را در قالب کلی‌تر قضازدایی، جرم‌زدایی و کیفرزدایی متحول کرده‌اند؛ ولی از آنجا که رویکرد آرمان‌گرا داشته و دارند، موفق به ارائه یک طرح جایگزین کلی برای جرم‌شناسی موجود نشدند (همو، ۱۳۹۰: ۱۰۳۱).

حقوق کیفری همچنان بر مدار جرم و عناصر متشکله آن و مسئولیت کیفری چرخیده و پرداختن به مضامین چالشی آن همچنان محل بحث است.

نتیجه‌گیری

در این نوشتار در صدد اثبات این مطلب بودیم که آیا رکن روانی را باید همانند دو رکن اساسی دیگر جرم (مادی و قانونی) از اجزاء و ارکان تعیین‌کننده تعریف جرم بدانیم و اگر چنین است، چرا قانون‌گذار آگاهانه (زیرا همواره در مقام بیان است) آن را در تعریف رسمی و قانونی از جرم نیاورده است. از طرف دیگر در صدد احراز رابطه منطقی میان عنصر روانی و مسئولیت کیفری، چه در مواجهه با تعریف جرم و چه به طور کلی در حقوق کیفری و شرایط قابلیت مجازات بودیم.

نتایج نگاه و برداشت متفاوت نویسنده از کلیشه‌های سنتی و کلاسیک اعتقاد سه رکنی به جرم، استنباط دیدگاه صرف ضررمحور به رفتارهای ممنوعه و غیر مجاز در مرحله جرم‌انگاری در صورت وقوع عینی و مادی یا فیزیکی در دنیای خارج (خارج از ذهن) است؛ بدین معنا که قانون‌گذاران از جمله قانون‌گذاران ادوار ایران، جرم را دو رکنی دیده و رکن روانی را در تعریف جرم جای نداده‌اند، بلکه آن را ضرورت انکارناپذیر اعمال مجازات محسوب داشته‌اند. در این دیدگاه با اعلام پیشینی قانون‌گذار و ارتکاب پسینی رفتار مادی (اعم از فعل یا ترک فعل) جرم محقق شده، ولی هر جرمی قابل مجازات نبوده و صرفاً جرمی قابلیت مجازات می‌یابد که مرتکب آن از شرایط قابلیت استناد (عقل و بلوغ و اراده و اختیار و علم و قصد در جرائم عمدی) برخوردار باشد. از

همین رو در مرحله اثبات نیز دادستان و بازپرس ابتدا باید وقوع جرم (دو رکنی) را بررسی کرده و در صورت اثبات آن، در مرحله دوم به دنبال بررسی امکان استناد این جرم به مرتکب مادی آن باشند. ملاحظه شد که مواد مختلفی از قانون مجازات اسلامی مؤید این دیدگاه و برداشت است.

در بررسی رابطه منطقی میان رکن روانی و مسئولیت کیفری نیز دیدیم که چون مسئولیت کیفری دارای دو جزء مجرمیت و قابلیت استناد بود و چون رکن روانی متشکل از آگاهی و قصد را زیرمجموعه شرایط قابلیت اسناد محسوب داشتیم، رابطه قابل تصور میان آن‌ها از نوع «عموم و خصوص مطلق» خواهد بود؛ بدین توضیح که بدون اثبات عنصر روانی در تبیین قابلیت استناد موردی در مواجهه با هر جرم، مسلماً مسئولیت کیفری محقق نخواهد شد. ولی حتی با وجود اثبات عنصر روانی در احراز همه شرایط قابلیت استناد، ممکن است هنوز مسئولیت کیفری به دلیل ایرادات وارده بر اصل مجرمیت همانند کلیه مصادیق علل موجهه جرم، حاصل نشده و امکان اعمال مجازات میسر نگردد. بهتر است رکن روانی را در تبیین اجزای قابلیت استناد تحلیل کنیم و نه در تحلیل ارکان مجرمیت؛ البته با تفکیک قابلیت استناد به دو جزء کلی (در اشاره به اهلیت جزایی عام) و خاص (در اشاره به حالات موردی مقارن ارتکاب عنصر مادی جرمی خاص). صرفاً در این حالت است که می‌توان الفاظ و عبارات قانون‌گذار را در عدم اشاره به رکن روانی در تعریف جرم و پذیرش ارتکاب جرم توسط نابالغ و مجنون و... توجیه نمود. به نظر می‌رسد اشاره به مسئولیت کیفری در تعریف جرم به همان نحوی که در لایحه سال ۱۳۸۶ قانون مجازات آمده بود، برای رهایی از سردرگمی قضات و سایر فعالان حقوق کیفری، راهکار مطلوبی خواهد بود.

کتاب‌شناسی

۱. آقایی جنت‌مکان، حسین، حقوق کیفری عمومی، چاپ چهارم، تهران، جنگل، ۱۳۹۷ ش.
۲. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، ۱۴۰۱ ش.
۳. استفانی، گاستون، ژرژ لواسور، و برنار بولوک، حقوق جزای عمومی (جلد اول: جرم و مجرم)، ترجمه حسن دادبان، تهران، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۷۷ ش.
۴. پرادل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوازدهم، تهران، سمت، ۱۴۰۰ ش.
۵. جعفری، فریدون، «چالش تعریف جرم در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، مجله پژوهش‌های حقوقی، سال بیستم، شماره ۴۵، بهار ۱۴۰۰ ش.
۶. حسین جانی، بهمن، و محمدجعفر حبیب‌زاده، «اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری و بازشناسی آن از اصول مشابه»، مقاله در: دانشنامه مسئولیت کیفری (مقاله‌های برگزیده همایش ملی تحولات مسئولیت کیفری در نظام حقوقی ایران؛ چالش‌ها و راهکارها (۱۳۹۶))، به کوشش محسن شریفی، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۷. داوید، رنه، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه حسین صفائی، محمد آشوری و عزت‌الله عراقی، چاپ سوم، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۵ ش.
۸. سلیمی، علی، و محمد داوری، مجموعه مطالعات کجروی و کنترل اجتماعی (کتاب اول: جامعه‌شناسی کجروی)، قم، حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۰ ش.
۹. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، جلد اول، چاپ ششم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۴ ش.
۱۰. همو، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷ ش.
۱۱. عالی‌پور، حسن، «ماهیت جرم»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره ۲۸، بهار ۱۳۸۹ ش.
۱۲. عبدالهی، اسماعیل، درس‌هایی از فلسفه کیفری: درآمدی بر مسئولیت کیفری بدون تقصیر در نظام‌های حقوق ایران و انگلستان، تهران، خرسندی، ۱۳۸۹ ش.
۱۳. علی‌آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی (جلد اول: جرم و مسئولیت)، چاپ سوم، تهران، فردوسی، ۱۳۷۳ ش.
۱۴. فلچر، جورج پی، مفاهیم بنیادین حقوق کیفری، ترجمه سیدمهدی سیدزاده ثانی، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۴ ش.
۱۵. قماش‌سی، سعید، «بازکاوی عنصر روانی در جرائم عمدی»، مقاله در: دایرةالمعارف علوم جنایی (مجموعه مقاله‌های تازه‌های علوم جنایی)، کتاب دوم، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۱۶. کارد، ریچارد، «مسئولیت کیفری»، ترجمه نسرین مهرا، مقاله در: دایرةالمعارف علوم جنایی، کتاب دوم، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۱۷. محمدخانی، عباس، عنصر روانی جرم (جلد اول: کلیات عنصر روانی - عنصر روانی جرایم عمدی)، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۱۸. منصورآبادی، عباس، حقوق جزای عمومی ۱، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۱۹. موسوی مجاب، سید درید، «تأثیر اراده بر مسئولیت جنایی»، مقاله در: دانشنامه مسئولیت کیفری (مقاله‌های برگزیده همایش ملی تحولات مسئولیت کیفری در نظام حقوقی ایران؛ چالش‌ها و راهکارها (۱۳۹۶))، به کوشش محسن شریفی، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.

۲۰. میرسعیدی، سیدمنصور، *مسئولیت کیفری (جلد اول: قلمرو و ارکان)*، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۲۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «از جرم‌شناسی تا آسیب اجتماعی‌شناسی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، یادنامه شادروان دکتر رضا نوریها، ضمیمه شماره ۵۶، زمستان ۱۳۹۰ ش.
۲۲. همو، «پیوند حقوق کیفری و جرم‌شناسی»، مقاله در: *افق‌های نوین حقوق کیفری (نکوداشت‌نامه استاد دکتر حسین آقایی‌نیا)*، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۲۳. همو، *تقریرات درس جرم‌شناسی حقوقی (جرم‌شناسی حقوق کیفری عمومی و آیین دادرسی کیفری)*، تهیه و تنظیم سودابه رضوانی و مرضیه‌سادات آقامیرسلیم، دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی، آذر ۱۳۹۱ ش.
۲۴. همو، «درآمدی بر جرم‌شناسی انتقادی و گونه‌های آن»، دیباچه در: *شیری، عباس، دانشنامه جرم‌شناسی محکومان*، تهران، میزان، ۱۳۹۷ ش.
۲۵. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، و حسین گلدوزیان، «جرم‌شناسی پست‌مدرن و رویکرد آن به جرم و علت‌شناسی جنایی»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال ششم، شماره ۲۳، تابستان ۱۳۹۷ ش.
۲۶. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، و حمید هاشم‌بیککی، *دانشنامه جرم‌شناسی*، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۵ ش.

آسیب‌شناسی بزه تصرف عدوانی با تأکید بر رویه قضایی*

□ محمدحسن حسینی^۱

چکیده

آسیب‌شناسی بزه تصرف عدوانی، نشان از وجود برخی چالش‌ها دارد. اختلاف نظر شدید در ابتناء این جرم بر عنصر مالکیت یا سبق تصرف بزه‌دیده، ابهام در تحقق عنصر تعلق به غیر داشتن مال با وجود مالکیت مشاعی مرتکب، تحقق یا عدم تحقق عنصر عدوان در رفتار مستند به قرارداد یا اجرای حق، کیفرگذاری نامتوازن و مبهم، و تردید در جریان مرور زمان کیفری، از آسیب‌های جدی این جرم هستند. هدف این پژوهش با گردآوری و مطالعه داده‌ها از منابع کتابخانه‌ای و آراء قضایی و به گونه توصیفی - تحلیلی، ارائه نظریه و راهکارهای اصلاحی سنجیده در راستای حمایت متوازن از حق مالکیت خصوصی و نظم عمومی است. اثبات تحقق این بزه با وجود هر یک از عناصر مالکیت یا سبق تصرف شاکی، قابلیت تعقیب کیفری تصرف عدوانی ملک مشاع توسط احد از شرکا، تحقق عنصر عدوان در تصرف مستند به قرارداد یا اجرای حق، ضرورت

پیش‌بینی مجازات‌های متنوع و متوازن، از مهم‌ترین یافته‌های این نوشتار هستند.
واژگان کلیدی: تصرف عدوانی، ممانعت از حق، مزاحمت در حق، جرائم
 علیه اموال.

مقدمه

تصرف عدوانی در لغت به معنای اخراج قهری مال از تصرف دیگری است. تصرف عدوانی در اصطلاح حقوقی، اخراج قهری مال غیر منقول از ید دیگری است. در نظام حقوقی ایران، تصرف عدوانی می‌تواند دارای جنبه حقوقی یا کیفری باشد. با نسخ ضمیمه قانون جلوگیری از تصرف عدوانی مصوب ۱۳۵۲^۱، تصرف عدوانی حقوقی موضوع مواد ۱۵۸ به بعد قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹^۲ و تصرف عدوانی کیفری موضوع ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵^۳ است. غیر منقول بودن مال و عدوانی بودن تصرف، از وجوه اشتراک دعاوی حقوقی و کیفری تصرف عدوانی است (خلیل‌نژاد، ۱۴۰۰: ۴۹). مع الوصف دعاوی تصرف عدوانی حقوقی، متشکل از سه رکن سابقه تصرف خواهان، الحاق تصرف خوانده، و عدوانی بودن آن است. در اقامه دعاوی حقوقی تصرف عدوانی، اثبات مالکیت خواهان شرط نیست (نهرینی، ۱۴۰۰: ۲۲۰)؛ اما در اشتراط یا عدم اشتراط اثبات مالکیت شاکی در دعاوی کیفری تصرف عدوانی، ابهام است. منشأ این ابهام، فقدان تعریف صریح قانون‌گذار از این بزه و استعمال عبارت کشدار «متعلق به» و قابلیت حمل آن بر معانی مختلف است. به علاوه، عبارت مزبور موجب تردید در تحقق عنصر تعلق به غیر داشتن مال موضوع این بزه با وجود مالکیت مشاعی متهم است؛ حال آنکه دعاوی حقوقی تصرف عدوانی با وجود مالکیت مشاعی خوانده به تصریح ماده ۱۶۷ ق.آ.د.م. مسموع است. افزون بر آن، درباره عدوانی یا توأم با سوءنیت بودن رفتار مستند به قرارداد یا اجرای حق در رابطه با این جرائم، ابهام وجود دارد. کیفرگذاری

۱. در نسخ یا اعتبار قانون جلوگیری از تصرف عدوانی اختلاف نظر است و استدلال قائلان به نسخ، قانع‌کننده‌تر است (ر.ک: نهرینی، ۱۴۰۰: ۵۵۱).
۲. در این مقاله از حروف اختصاری ق.آ.د.م. برای اشاره به آن استفاده شده است.
۳. در این مقاله از عبارت اختصاری قانون تعزیرات برای اشاره به آن استفاده شده است.

نامتوازن، مبهم و تردید در جریان مرور زمان کیفری، از دیگر چالش‌های این جرائم است. این در حالی است که خصیصه حقوق کیفری ماهوی در تحدید حق و آزادی‌های شهروندان از یکسو و حفظ حقوق و آزادی شهروندان در برابر خودکامگی حاکمیت، مقتضی وضع قوانین شفاف و بدون ابهام، مطابق اصل کیفی بودن قانون است. سکوت قانون اساسی ایران در تضمین این اصل، راه را بر وضع قوانین کیفری مبهم باز کرده است (مؤذن‌زادگان و رهدارپور، ۱۳۹۷: ۱۹۳). عدم توجه به الزامات ناشی از اصل شفافیت قانون خصوصاً در عرصه قانون‌گذاری کیفری، نه تنها شهروندان را از تضمینات حقوقی لازم در مقابل وضع قانون مبهم محروم می‌سازد، موجب بی‌عدالتی ناشی از تفاسیر و آراء قضایی مختلف و گاه ناروا می‌شود. تفاسیر حقوقی متعارض و صدور آراء کیفری متشتت و متهاافت از مفاد ماده ۶۹۰ قانون تعزیرات در بسیاری از محاکم تالی و تجدیدنظر و حتی شعب دیوان عالی کشور، نشان از تعارض این مقررده با اصل کیفیت‌مندی قانون کیفری و به تبع آن سیاست کیفری قضایی سرگردان دارد. آنچه این پژوهش را ضروری می‌نماید، آسیب‌شناسی تصرف عدوانی با استناد به آراء و چالش‌های قضایی و ارائه پاسخ سنجیده و معقول به مسائل کلیدی است که تا کنون پاسخ قاطع به آن داده نشده است. اهم این مسائل عبارت‌اند از: نخست: وقوع بزه تصرف عدوانی منوط به مالکیت شاکی است یا همچون دعوای حقوقی، منوط به سابقه تصرف شاکی است؟ دوم: تصرف ملک مشاع توسط احد از شرکا بدون اذن شرکای دیگر قابل تعقیب کیفری خواهد بود؟ سوم: تصرف ملک دیگری بر مبنای قرارداد موجود بین طرفین یا استیفاء حق، موجب زوال وصف عدوانی بودن رفتار مرتکب است؟ چهارم: کیفرگذاری یگانه تصرف عدوانی، همسو با اصل تناسب جرم و مجازات و اهداف مجازات‌ارزیابی می‌گردد؟ پنجم: کیفردهی رفتار مجرمانه مقدمه ارتکاب جرائم تصرف عدوانی، تابع قاعده تعدد مادی است یا تعدد معنوی؟ در نهایت، آیا مرور زمان کیفری در بزه تصرف عدوانی قابلیت جریان دارد؟

از جمله نوآوری‌های این مقاله، بررسی تحلیلی موضوعات صرفاً پرچالش در فرایند اجرای مقررات قانونی ناظر به جرم مورد تحقیق با استقراء در آراء مراجع کیفری است. فراوانی استناد به آراء دادگاه‌ها و اجتناب از طرح مباحث صرفاً نظری و تجزیه و تحلیل

داده‌ها با نگاه ویژه به رویکردهای قضایی در کلیه مباحث مطروحه، وجه تمایز این نوشتار از سایر آثار مرتبط است.^۱ با توجه به آنکه جرم‌انگاری صرفاً جنبه قانونی دارد، اما در چگونگی واکنش کیفری علاوه بر تدابیر قانونی، ملاحظات قضایی سهیم‌اند، این پژوهش در دو مبحث اصلی تحت عناوین آسیب‌شناسی عناصر جرم‌انگاری و آسیب‌شناسی نحوه کیفرگذاری سامان یافته است. فرجام تحلیل و ارزیابی آسیب‌ها و مسائل حقوقی و قضایی پیرامون آن، ارائه پاسخ یا راهکار سنجیده و اصلاحی است.

۱. آسیب‌شناسی عناصر جرم‌انگاری

جرم‌انگاری به لحاظ مداخله صریح حکومت در آزادی شهروندان، تابع اصولی همچون اصل شفافیت قانون و پرهیز از ایجاد قلمروهای تبعیض‌آمیز و معدّ برداشت‌های گاه ناروا از قانون است. بی‌توجهی به این اصول، موجب برخی چالش‌ها در عناصر جرم‌انگاری تصرف عدوانی شده است. عنصر مالکیت یا سبق تصرف شاکی، عنصر مالکیت مفروز یا مشاعی، عنصر عدوان در رفتار مستند به قرارداد یا اجرای حق، از جمله چالش‌هایی هستند که به ترتیب بررسی می‌گردند.

۱-۱. عنصر مالکیت یا سبق تصرف شاکی

در اشتراط یا عدم اشتراط اثبات مالکیت شاکی در دعوای کیفری تصرف عدوانی، ابهام است. منشأ این ابهام، فقدان تعریف صریح قانون‌گذار از این بزه و استعمال عبارت کشدار «متعلق به» و قابلیت حمل آن بر معانی مختلف اعم از تعلق مالکانه یا تعلق مبتنی بر سبق تصرف است. در رویه قضایی نیز پیرامون اشتراط مالکیت یا سبق تصرف شاکی در شکل‌گیری این جرم، رویکرد واحدی اتخاذ نشده است. دامنه تهاقت آراء قضایی علاوه بر اصل مالکیت یا سبق تصرف، به گونه‌های آن نیز تسری یافته است.

۱-۱-۱. مالکیت شاکی

اغلب محاکم با لحاظ عبارت «متعلق به» در ماده ۶۹۰ قانون تعزیرات، وقوع این

۱. در غیر مواردی که به مأخذ رأی قضایی تصریح شده است، مأخذ سایر آراء قضایی، وبگاه سامانه ملی آراء قضایی است: <<https://ara.jri.ac.ir>>.

جرم را منوط به مالکیت شاکی دانسته و صرف سبق تصرف را کافی نشناخته‌اند.^۱ برای نمونه در برخی آراء قضایی مقرر شده است:

«مفهوم کلمه "متعلق به" در ماده ۶۹۰، ناظر به مالکیت شاکی است نه سبق تصرف».^۲ «احراز مالکیت شاکی از ارکان تحقق بزه تصرف عدوانی است».^۳ «آنچه شاکی را محق طرح دعوی کیفری تصرف عدوانی می‌نماید، مالکیت شاکی نسبت به ملک مورد تنازع است».^۴ «در تصرف عدوانی کیفری، وجود مالکیت شرط اصلی برای طرح شکایت می‌باشد».^۵ «اساس رکن قانونی تحقق جرم تصرف عدوانی را مالکیت شاکی مقرر داشته است».^۶ «ماده ۶۹۰ بر پایه احراز مالکیت استوار است».^۷ «تحصیل مالکیت شاکیه بعد از سوابق تصرفاتی متهم بوده و از طرفی شاکیه اقدام به تقدیم دادخواست خلع ید مشاعی نموده که منتهی به صدور رأی قطعی گردیده و لکن صورت جلسه اجرای حکم ارائه نگردیده تا تصرفات بعدی متهم، عدوانی تلقی شود».^۸ «در خصوص شکایت ستاد اجرایی فرمان حضرت امام علیه السلام دایر بر تصرف عدوانی علیه متهمان با توجه به عدم مالکیت شاکی در پلاک ثبتی مزبور، رأی بر برائت متهمین صادر می‌نماید».^۹ «در شکایت تصرف عدوانی، حق شکایت و ابراز آن، فرع بر مالکیت است».^{۱۰} «اعمال ماده ۶۹۰ منوط به اثبات مالکیت است».^{۱۱} «اعمال ماده ۶۹۰ صرفاً منحصر و محدود به مواردی است که اختلاف در مالکیت مطرح نباشند»^{۱۲} (پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۲: ۸۰).

۱. رأی ۹۳/۵/۱۲ شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی ۹۳/۴/۴-۹۳۰۹۹۷۰۲۷۰۲۰۰۴۳۶ شعبه ۵۷ دادگاه تجدیدنظر تهران؛ رأی ۹۳/۳/۲۷-۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۹۰۰۳۱۵ شعبه ۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی شماره ۹۲/۹/۲۵-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۰۱۳۰۵ شعبه ۲۰ تجدیدنظر استان تهران.
۲. رأی ۹۲/۹/۲۵-۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰۲۰۱۲۸۱ شعبه ۵۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۳. رأی ۹۳/۲/۲۹-۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۰۰۲۲۷ شعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۴. رأی ۹۲/۸/۱۸-۹۲۰۹۹۷۲۱۹۱۲۰۰۶۸۶ شعبه ۱۰۳۰ دادگاه عمومی جزایی تهران.
۵. رأی ۹۲/۸/۱۲-۹۲۰۱۳۴۹ شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی جزایی بخش قرچک.
۶. رأی ۹۱/۱۲/۱۵-۹۱۰۹۹۷۰۹۰۸۴۰۱۱۵ شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور.
۷. رأی ۹۲/۵/۲۲-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۴۰۰۶۴۵ شعبه ۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۸. رأی ۹۲/۶/۳۱-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۴۰۰۸۴۳ شعبه ۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۹. رأی ۹۲/۹/۲۵-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۰۰۱۳۰۵ شعبه ۱۰۳ دادگاه عمومی جزایی شهر قدس.
۱۰. رأی ۹۲/۳/۲۶-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۴۰۰۳۴۹ شعبه ۳۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۱۱. رأی ۹۲/۱۱/۱۲-۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۷۰۱۲۱۶ شعبه ۶۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۱۲. رأی شعبه ۲۹ دیوان عالی.

اداره حقوقی دادگستری^۱ و برخی حقوق‌دانان با تأکید بر عنصر مالکیت شاکی در بزه تصرف عدوانی معتقدند که اتخاذ این رویکرد، مبتنی بر تفکیک دعای حقوقی و کیفری تصرف عدوانی است؛ چه آنکه شرط اقامه دعوی حقوقی صرفاً سبق تصرف و نه مالکیت شاکی است (حبیب‌زاده و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۱: ۱۰۸؛ واحدی، ۱۳۹۴: ۳۱۶/۱). اشاره به کلمه «تصرف» در ماده ۶۹۱ و کلمه «متعلق به» در ماده ۶۹۰، نشان از نیت مقنن در تفکیک این دو واژه و لزوم اثبات مالکیت در دعوی کیفری تصرف عدوانی است و اصل تفسیر مضیق، این دیدگاه را تقویت می‌کند (خلیل‌نژاد، ۱۴۰۰: ۲۰؛ مهاجر، ۱۳۹۷: ۱۷۱/۲). استعمال واژه «خلع ید» در تبصره ۲ ماده ۶۹۰ و مفاد رأی وحدت رویه ۶۷۲-۸۳/۱۰/۱-مبنی بر لزوم مالکیت خواهان در دعوی خلع ید، دلیل دیگری بر شناسایی مالکیت شاکی به عنوان یکی از ارکان بزه تصرف عدوانی قلمداد شده است (خدادادی، ۱۳۹۹: ۲۴۹). اداره حقوقی دادگستری^۲ همسو با این دیدگاه اعلام می‌نماید:

«با توجه به نحوه تنظیم و عبارات به کاررفته در ماده ۶۹۰ قانون تعزیرات که به مالکیت شاکی توجه دارد، شکایت کیفری رفع تصرف عدوانی به استناد ماده ۶۹۰ از غیر مالک قابلیت استماع ندارد».

به عبارت دیگر، دادگاه تنها با توجه به دلایل مالکیت شاکی و بدون مجوز بودن تصرفات متهم، حکم مقتضی صادر می‌کند. قائلان به عنصر مالکیت در بزه تصرف عدوانی، در نوع مالکیت رسمی یا عادی و مالکیت عین یا منافع، رویکرد واحد اتخاذ ننموده‌اند.

۱-۱-۱-۱. مالکیت رسمی یا عادی

آراء قضایی پیرامون اشتراط مالکیت رسمی یا کفایت مالکیت عادی در وقوع بزه تصرف عدوانی، متشتت و منشأ اتخاذ دو رویکرد متضاد است: رویکرد نخست: برخی محاکم تحقق این بزه را منوط به مالکیت رسمی شاکی شناخته‌اند؛ برای نمونه در برخی آراء قضایی مقرر شده است:

۱. نظریه ۱۳۸۴/۷/۱۰-۷/۴۷۷۷.

۲. نظریه ۱۳۸۷/۴/۱۱-۷/۲۱۴۲.

«شکایت کیفری تصرف عدوانی فقط از مالک که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال در دفتر املاک به ثبت رسیده یا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده، پذیرفته می‌شود».^۱ «شکات دلیل و مدرک رسمی که مثبت مالکیت ایشان نسبت به قسمتی که مدعی مالکیت و سبق تصرف هستند، ارائه ننموده‌اند و اسناد عادی استنادی مطابق مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت، قابلیت استناد در محکمه را ندارد».^۲

این دسته از محاکم به هنگام اختلاف در مالکیت بین طرفین فاقد سند رسمی معتقدند که موضوع، فاقد وصف کیفری است و تنها جنبه حقوقی دارد و از موارد صدور قرار اناطه نیست. برای نمونه در برخی آراء قضایی مقرر شده است:

«اختلاف طرفین بر سر موضوع اثبات مالکیت بر ملکی است که فاقد سند رسمی است؛ بنابراین هر یک از طرفین می‌توانند برای اثبات مالکیت خویش، دعوای حقوقی در دادگاه صالحه طرح نمایند».^۳ «با توجه به اختلاف طرفین در مالکیت ملک فاقد سند رسمی، مجرمیت متهم به نظر دادگاه احراز نمی‌گردد».^۴

رویکرد دوم: بنا به دیدگاه برخی محاکم، مالکیت شاکی اعم از رسمی یا عادی از عناصر تحقق این جرم است. برای نمونه در برخی آراء قضایی مقرر شده است:

«احراز مالکیت شاکی، خواه مالکیت رسمی یا غیر رسمی، از ارکان تحقق بزه تصرف عدوانی است».^۵

متهمان، مالک مشاعی پلاک ثبتی‌اند و جهت تخریب و نوسازی آن با سازنده قرارداد منعقد می‌نمایند. در هنگام تقسیم واحدهای ساخته‌شده و اختصاص آن به متهمان، اختلاف رخ می‌دهد و بر اساس سازش طرفین و رأی قطعی دادگاه مورخ ۹۰/۱/۳۰، آپارتمان موضوع شکایت در سهم اختصاصی متهمان قرار گرفته و سند مالکیت رسمی به نام آنان صادر می‌گردد. شاکی با ارائه مبایعه‌نامه عادی مورخ ۸۹/۳/۱۵، ثابت

۱. رأی ۹۲/۱۱/۷-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۵۰۱۵۲۲ شعبه ۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۲. رأی ۹۳/۱۲/۱۰-۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۹۰۱۷۱۹ شعبه ۱۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۳. رأی ۹۲/۳/۲۱-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۴۰۰۲۷۷ شعبه ۱۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۴. رأی ۹۲/۳/۶-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۲۰۰۲۲۲ شعبه ۴۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۵. رأی ۹۳/۲/۲۹-۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۲۰۰۲۲۷ شعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

می‌نماید که سازنده، آپارتمان موضوع شکایت را به شاکی فروخته و تحویل داده است و به علاوه دادگاه احراز می‌نماید که مطابق صورتجلسه مورخ ۸۵/۵/۳۰، آپارتمان واقع در طبقه چهارم به قید قرعه در مالکیت اختصاصی متهمان قرار گرفته است و متهمان نیز آن را امضا نموده‌اند. از سوی دیگر، متهمان در دادگاه اقرار نموده‌اند که چون سازنده به موقع آپارتمان طبقه چهارم را به آنان تحویل نداده، در عوض، آپارتمان طبقه دوم تحویل آنان شده است. در نهایت، دادگاه مقرر می‌دارد:

«با فرض صحت ادعای متهمین، هر گونه اقدام سازنده بعد از فروش آپارتمان موضوع شکایت به شاکی، تصرفات سازنده در ملک مزبور فاقد مشروعیت قانونی است و علی‌رغم انتقال رسمی آپارتمان موضوع شکایت به نام متهمین، با توجه به احراز سبق تصرفات شاکی در آپارتمان متنازع‌فیه و تصرفات لاحق متهم در آن، مجرمیت وی به اتهام تصرف عدوانی محرز است»^۱.

این دسته از محاکم با وقوع اختلاف در مالکیت بین طرفین فاقد سند مالکیت رسمی، قائل به صدور قرار اناطه هستند و این امر دلالت بر آن دارد که مالکیت عادی شاکی نیز برای تحقق این بزه کفایت می‌کند. برای نمونه برخی محاکم مقرر نموده‌اند: «شاکی و متهم، مدعی مالکیت هستند؛ لذا قرار اناطه صادر می‌گردد»^۲. «هر گاه بین شاکی و متهم در مورد مالکیت ملک متنازع‌فیه اختلاف نظر باشد و ادامه رسیدگی نیازمند اثبات مالکیت باشد، در این صورت دادگاه قرار اناطه صادر می‌نماید»^۳. «رسیدگی به ادعای مالکیت متهم جرم تصرف عدوانی، مستلزم صدور قرار اناطه است»^۴. «متهم تصرف عدوانی، مدعی مالکیت بوده و احراز سوءنیت مجرمانه بدون رسیدگی به ادعای مالکیت یا صدور قرار اناطه و تطبیق موضوع با ماده ۶۹۰

۱. رأی ۹۲/۱۲/۱-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۱۰۱۲۷۰ شعبه ۲۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران. مفاد این رأی دلالت بر آن دارد که دارنده سند عادی هم می‌تواند علیه دارنده سند مالکیت رسمی به اتهام تصرف عدوانی، شکایت کیفری نماید و امکان محکومیت متهم در برخی اوضاع و احوال خاص و بدون نیاز به ابطال سند مالکیت رسمی متهم وجود دارد و این در حالی است که مطابق نظریه ۱۳۸۵/۱۱/۱۱-۷/۸۵۷۹ اداره حقوقی دادگستری، دارنده سند عادی نمی‌تواند علیه دارنده سند مالکیت رسمی به اتهام تصرف عدوانی شکایت کیفری کند.

۲. رأی ۹۲/۱۱/۱۲-۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۷۰۱۲۱۶ شعبه ۶۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۳. رأی ۹۱/۲/۳۰ شعبه ۱۰۳۷ دادگاه عمومی جزایی تهران.

۴. رأی ۹۳/۱/۱۸-۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۱۰۰۰۰۳ شعبه ۲۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

قانون تعزیرات، نوعی مجازات غیر متناسب تشخیص می‌شود.^۱

اداره حقوقی دادگستری^۲ و برخی حقوق‌دانان، مالکیت عادی را برای تحقق این جرائم کافی شمرده، معتقدند همان گونه که تحقق جرائم مشابه نظیر تخریب، منوط به مالکیت رسمی نیست، شرط تعقیب و مجازات بزه تصرف عدوانی نیز مالکیت رسمی شاکی نیست (همان: ۲۵۲). به علاوه، منوط کردن استماع شکایت تصرف عدوانی به دارا بودن سند مالکیت رسمی از سوی شاکی، عملاً شمار زیادی از شاکیان را از حمایت کیفری محروم می‌نماید (رضایی، ۱۳۹۸: ۸۸). اداره حقوقی دادگستری در حمایت از این رویکرد، این گونه اظهار نظر نموده است که چنانچه طرفین دعوی نسبت به غیر منقول با ارائه سند عادی ادعای مالکیت داشته باشند، رسیدگی به شکایت کیفری تصرف عدوانی، منوط به رسیدگی به اختلاف در مالکیت و صدور قرار اناطه است.^۳

در مقام داوری، اعتقاد بر آن است که افزون بر دفاع از حقوق مالکانه اشخاص، حمایت از نظم عمومی در قبال تصرفات خودسرانه افراد، مقتضی پذیرش رویکرد دوم است.

۲-۱-۱-۱. مالکیت اعیان یا منافع

در مواجهه با این چالش که تحقق بزه تصرف عدوانی الزاماً منوط به مالکیت اعیان است یا شامل مالکیت منافع نیز می‌شود، محاکم کیفری دو رویکرد متفاوت اتخاذ نموده‌اند:

رویکرد نخست: عنصر مالکیت در این جرم بنا به دیدگاه برخی محاکم، اعم از مالکیت اعیان یا منافع است و مدلول ضمنی برخی آراء قضایی، حکایت از آن دارد. برای نمونه در برخی آراء قضایی مقرر شده است:

«شاکی دلیلی بر تصرفات خویش اقامه نکرده؛ از جمله اجاره‌نامه‌ای که حکایت از

۱. رأی ۹۱۰۰۰۰۷۱۷-۹۱۰۹۹۷۰۹۱۸-۱۰/۱۸-۹۱/۱۰ شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور.

۲. نظریه ۸۴/۷/۱۰-۷/۴۷۸۶.

۳. نظریه ۸۴/۶/۱۳-۷/۳۹۰۷.

مالکیت منافع ملک مذکور داشته باشد».^۱ «ادعای وجود اجاره شفاهی، از موارد صدور قرار اناطه است».^۲

از مفاد رأی مزبور می‌توان این گونه استنتاج نمود که مالکیت منافع شاکی برای تحقق بزه تصرف عدوانی، کافی است؛ برای نمونه، تصرف ملک تجاری استیجاری توسط موجر با وجود حق کسب و پیشه مستأجر، مصداق بزه تصرف عدوانی است. مطابق نظریه اداره حقوقی، عبارت «متعلق به» در ماده ۶۹۰ قانون تعزیرات منحصراً به مالکیت عین یا منفعت نیست و اذن به انتفاع نیز می‌تواند موضوع تعلق قرار گیرد.^۳ چنانچه حکم تخلیه به تاریخ مؤخر صادر گردیده و موجر قبل از صدور حکم تخلیه و قطعیت آن و صدور اجراییه و در تاریخ مقدم، مورد اجاره را بدون مجوز قانونی و به قهر و غلبه متصرف شود، واجد وصف جزایی تصرف عدوانی است (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۲: ۹۹).

رویکرد دوم: در مقابل، برخی محاکم مالکیت متهم بر منافع مال را مانع تحقق بزه تصرف عدوانی شناخته‌اند. برای نمونه دادگاه تجدید نظر استان تهران مقرر می‌دارد: وکیل تجدید نظر خواه مدعی است که منافع مورد نظر به موکل واگذار شده و اسناد واگذاری آن موجود است و موکل متصرف عدوانی نبوده و مالک منافع می‌باشد. دادگاه با قبول تجدید نظر خواهی و نقض دادنامه تجدید نظر خواسته، حکم به برائت تجدید نظر خواه از اتهام تصرف عدوانی صادر می‌نماید.^۴ این رأی تلویحاً دلالت بر این دارد که چنانچه متهم، مالک منافع ملک مورد تصرف باشد، به رغم مالکیت اعیان و سبق تصرف شاکی،

۱. رأی ۹۲/۸/۱۸-۹۲۰۹۹۷۲۱۹۱۲۰۰۶۸۶ شعبه ۱۰۳۰ دادگاه عمومی جزایی تهران.

۲. رأی ۹۳/۴/۱۵-۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۹۰۰۳۸۷ شعبه ۱۹ دادگاه تجدید نظر استان تهران.

۳. نظریه ۶۶/۱۴۶۶/۹۹/۱۰-۷/۱۰-۱۳۹۹/۱۰/۱۰-۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۹۰۰۳۸۷ شعبه ۲۹ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ که حقوق متعلقه اشخاص نسبت به اموال را اعم از مالکیت عین یا منفعت و حق انتفاع و ارتفاق در ملک غیر دانسته است، عبارت «متعلق به» در ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ شامل هر گونه حقی نسبت به مالکیت عین یا منفعت و همچنین اذن در انتفاع می‌شود. بنابراین هر شخص حقیقی یا حقوقی که نسبت به اموال موضوع ۶۹۰ قانون فوق‌الذکر دارای حقوق یادشده باشد، با توجه به ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ حسب مورد در جرایم تصرف عدوانی یا ایجاد مزاحمت یا ممانعت از حق، شاکی خصوصی محسوب می‌شود».

۴. رأی ۹۳/۷/۱-۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۹۰۰۸۴۸ شعبه ۳۹ دادگاه تجدید نظر استان تهران.

بزه تصرف عدوانی قابل تحقق نیست.

در مقام داوری، اعتقاد بر آن است که حمایت از نظم عمومی افزون بر دفاع از حقوق مالک منافع در برابر اقدام و تصرف خودسرانه ملک توسط مالک اعیان، مقتضی پذیرش رویکرد نخست است. مطابق این رویکرد، مالکیت منافع نیز مجوز تصرف خودسرانه ملک تحت تصرف مالک اعیان نخواهد بود.

۲-۱-۱. سبق تصرف شاکی

برخی محاکم مالکیت شاکی را از عناصر این بزه ندانسته و بر احراز سبق تصرف شاکی در ملک متنازع‌فیه تأکید دارند.^۱ برای نمونه در برخی آراء قضایی مقرر شده است:

«احراز سبق تصرف شاکی، از ارکان مادی تحقق بزه تصرف عدوانی است.»^۲ «اقرار صریح متهم مبنی بر اینکه شاکی به عنوان طبابت، هفته‌ای چند ساعت به ملک می‌آمده، حکایت از سبق تصرف شاکی از ملک مورد نظر دارد و ماده ۶۹۰ قانون تعزیرات، بزه تصرف عدوانی را فرع و یا مبتنی بر مالکیت شاکی نمی‌داند و برداشت دادگاه بدوی مبنی بر اینکه آنچه شاکی را محق به طرح دعوی کیفری تصرف عدوانی می‌نماید، مالکیت شاکی نسبت به ملک مورد تنازع است، مقرون به صحت نمی‌باشد.»^۳

«زمین مورد تصرف چنانچه تا زمان تصرف مشتکی عنه بلا تصرف بوده باشد، به لحاظ عدم احراز سبق تصرف شاکی، جرم تصرف عدوانی محسوب نمی‌شود.»^۴ «سبق تصرفات بدون مزاحمت شاکی و عدوانی بودن تصرفات لاحق متهم، شروط تحقق بزه تصرف عدوانی است.»^۵ «احراز سبق تصرف شاکی، از ارکان مادی تحقق بزه تصرف عدوانی است.»^۶ «شاکیه یکی از مالکین مشاعی زمین متنازع‌فیه می‌باشد، ولی به لحاظ نداشتن سبق تصرف، حکم بر براءت متهم صادر و شاکیه به جهت احقاق حق، به طرح دعوی حقوقی ارشاد می‌شود.»^۷ «دلیلی بر سبق تصرف شاکی در املاک متنازع‌فیه ارائه نشده است؛ لذا موضوع مطروحه فاقد وصف جزایی و حکم بر براءت

۱. رأی شعبه ۱۱۰۳/۲۷۰۹۹۷۰۲۹۰۹۲/۸/۹۲ شعبه ۵۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۲. رأی ۱۴۶/۲۲۴۲۰۰۹۹۷۰۹۳/۲/۱۳-۹۳ شعبه ۴۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۳. رأی ۱۴۷۷/۲۲۲۷۰۹۹۷۰۹۲/۱۰/۳۰-۹۲ شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۴. رأی شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی جزایی پیشوا.

۵. رأی ۳۱۵/۲۲۰۹۰۹۹۷۰۹۳/۳/۲۷-۹۳ شعبه ۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۶. رأی ۱۴۶/۲۲۴۲۰۰۹۹۷۰۹۳/۲/۱۳-۹۳ شعبه ۴۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۷. رأی ۱۲۲۶/۲۲۲۳۰۹۹۷۰۹۲/۹/۱۷-۹۲ شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

صادر می‌گردد».^۱ «جرم ممانعت از حق از طریق قفل زدن به درب مشاعات ساختمان معزز نیست؛ زیرا شکات سبق تصرف در ملک موضوع شکایت نداشته‌اند».^۲ «مورث شکات سبق تصرف در ملک مورد ادعا نداشته است و صرف خرید ملک به معنی سبق تصرف تلقی نمی‌گردد»^۳ (پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۲: ۲۲۹). «در تصرف عدوانی موضوع ماده ۶۹۰، احراز سابقه تصرف شاکی و لحوق تصرف متهم ضروری می‌باشد»^۴ (همان: ۶۷۰).

برخی حقوق دانان در حمایت از عنصر سبق تصرف، این گونه استدلال می‌نمایند: تصرف عدوانی قطع نظر از مالکیت متصرف ممنوع است؛ به گونه‌ای که حتی مدعیان مالکیت اجازه ندارند خودسرانه و بدون توسل به مراجع قضایی، اقدام به خارج کردن ملک مورد ادعا از ید متصرف نمایند (مجموعه نشست‌های قضایی، ۱۳۸۲: ۴۷). هدف مقنن از وضع مقررات تصرف عدوانی، احترام به تصرف اشخاص است و نیازی به اثبات مالکیت ندارد (شمس، ۱۴۰۱: ۱۳۱/۱؛ رضایی، ۱۳۹۸: ۸۶). عبارت «متعلق به» در ماده ۶۹۰ به معنای عرفی تصرف است و فلسفه جرم‌انگاری در این مقرره، احترام به تصرف اشخاص و حمایت از آن و جلوگیری از اقدام مستقیم اشخاص در تصرف املاکی است که نسبت به آن‌ها ادعایی دارند (ملکی، ۱۳۹۶: ۲۴). از این رو، مفهوم و ارکان تصرف عدوانی موضوع ماده ۶۹۰ قانون تعزیرات را باید حمل بر مفهوم و ارکان آن در دعوای تصرف عدوانی مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی نمود و از تبدیل دعوای تصرف عدوانی به دعوای مالکیت اجتناب کرد. اداره حقوقی دادگستری با اتخاذ این دیدگاه اعلام می‌نماید:

«دعوای تصرف عدوانی در ماده ۱۵۸ ق.آ.د.م. تعریف شده و دعوای رفع تصرف عدوانی موضوع قسمت اخیر ماده ۶۹۰ از حدود این تعریف خارج نیست. لذا با احراز سبق تصرف شاکی و لحوق تصرف عدوانی مشتکی عنه، صدور حکم به رفع تصرف و محکومیت متهم بلاشکال است و ضرورتاً نیاز به سند مالکیت ندارد».^۵

۱. رأی ۰۳۰۶-۱۵/۴/۹۲ شعبه ۱۱۶۳ دادگاه عمومی جزایی تهران.
۲. رأی ۰۱۶۴۸-۲۲۴۲۰۹۹۷۰۹۳۰۹۳/۱۲/۱۷-۹۳ شعبه ۴۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۳. رأی ۰۲۸۳-۲۳۸۰۰۰۹۹۷۰۹۲۰۹۲/۳/۵-۹۲ شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی جزایی رودهن.
۴. رأی ۰۰۷۸۰-۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۳۰۹۲/۷/۳۰-۹۲ شعبه ۲۹ دیوان عالی.
۵. نظریه ۱۳۹۱/۵/۷/۸۹۲.

از جنبه اثباتی، برخی محاکم کیفری مالکیت شاکی را اماره سبق تصرف شمرده‌اند. برای نمونه در برخی آراء قضایی مقرر شده است:

«در بزه تصرف عدوانی، مالکیت شاکی به عنوان دلیل سبق تصرفات، بخشی از شرایط تحقق بزه است.»^۱ «ارائه سند مالکیت، کاشف از سبق تصرف شاکی است.»^۲ «با احراز مالکیت ملک نیازی به اثبات سبق تصرف نیست.»^۳

شایان ذکر است که طبق ماده ۱۶۲ ق.آ.د.م. در دعاوی تصرف عدوانی و مزاحمت و ممانعت از حق، ابراز سند مالکیت دلیل بر سبق تصرف و استفاده از حق می‌باشد؛ مگر آنکه طرف دیگر، سبق تصرف و استفاده از حق خود را به طریق دیگر ثابت نماید (ابهری و اکبری، ۱۳۹۰: ۷۴). بنا به دیدگاه برخی محاکم، سبق تصرف شاکی منوط به تصرف فیزیکی دائمی نیست. برای نمونه دادگاهی مقرر نموده است:

«منظور قانون‌گذار از تصرف مالک، تصرف و حضور دائم فیزیکی نیست؛ بلکه در اختیار و سلطه بودن مالک است. اقرار متهم مبنی بر به تصرف خریدار ثالث قرار دادن ملک شاکی، به معنای تصرف اولیه آن است و به عبارتی، لازمه تصرف خریدار ثالث، تصرف اولیه و سلطه اولیه متهم است.»^۴

در مقام داوری درباره اشتراط هر یک از عناصر مالکیت یا سبق تصرف در وقوع بزه تصرف عدوانی، به نظر می‌رسد وجود هر یک از عناصر مالکیت یا سبق تصرف شاکی برای تحقق این جرم کافی است. دلیل آن افزون بر اطلاق عبارت «متعلق به» در ماده ۶۹۰ قانون تعزیرات، امتزاج نظریه‌های مختلف مطابق قاعده «الجمع مهمما أمکن اولی من الطرح» و حمایت متوازن از حق مالکیت خصوصی و نظم عمومی است. بدین ترتیب ممکن است شاکی بدون داشتن سابقه تصرف، مالک ملکی باشد که متهم تصرف نموده است. در این صورت می‌توان متهم را با احراز سایر شرایط به ویژه سوءنیت، به اتهام تصرف عدوانی مجرم شناخت. افزون بر آن، چنانچه شاکی بدون داشتن مالکیت،

۱. رأی ۹۳/۵/۱۲-۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۳۰۰۶۷۱ شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
 ۲. رأی ۹۳/۴/۴-۹۳۰۹۹۷۰۲۷۰۲۰۰۴۳۶ شعبه ۵۷ دادگاه تجدیدنظر تهران.
 ۳. رأی ۹۲/۹/۲۶-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۱۰۰۹۵۰ شعبه ۲۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
 ۴. رأی ۹۲/۱۲/۲۴-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۲۰۱۷۶۱ شعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

سابقه تصرف در ملکی داشته باشد که متهم به نحو عدوان تصرف نموده است، در این حالت نیز با احراز سوء نیت متهم می‌توان قائل به وقوع جرم تصرف عدوانی شد. ممکن است این ایراد مطرح شود که اگر کسی تنها سابقه تصرف داشته باشد و مالک بدون توسل به مراجع قضایی، اقدام به تصرف ملک مزبور کند، در این صورت، متصرف و مالک همزمان بزه‌کار خواهند بود؛ متصرف به اعتبار تصرف ملک بدون اجازه مالک، و مالک به اعتبار نادیده گرفتن سابقه تصرف متصرف؛ امری که به هیچ وجه معقول نیست. راهکار برون‌رفت از این چالش، تفکیک بین تصرفات مأذون و غیر مأذون متصرف است: نخست، تصرف متصرف با اذن مالک یا مراجع قانونی ذی‌صلاح باشد و مالک بدون توسل به مراجع قضایی و خودسرانه اقدام به تصرف ملک خود نماید، که مرتکب بزه تصرف عدوانی است. دوم، تصرف متصرف بدون اذن مالک یا مراجع قانونی ذی‌صلاح باشد و مالک بدون توسل به مراجع قضایی و خودسرانه اقدام به تصرف ملک خود نماید، که در این حالت به اعتبار فقدان سوء نیت و عنصر عدوان در رفتار مالک، جرم تصرف عدوانی محقق نمی‌گردد و در مقابل، تنها رفتار متصرف با جمیع عناصر از جمله عنصر عدوان و سوء نیت می‌تواند واجد وصف جزایی تصرف عدوانی باشد.

۲-۱. عنصر مالکیت مفروز یا مشاعی

در رویه قضایی پیرامون اشتراط مالکیت مفروز یا مشاعی متهم در اموال موضوع بزه تصرف عدوانی، رویکرد واحدی اتخاذ نشده است. با تفکیک بین مالکیت مشترک و مالکیت مشاع در این باره بحث خواهد شد.

۱-۲-۱. مالکیت مشترک

مالکیت مشترک یا عمومی نسبت به اموالی مانند اراضی ملی و منابع طبیعی است که متعلق به ملت است و هیچ کس نمی‌تواند بدون مجوز دولت در آن تصرف کند. اموال مشترک می‌توانند موضوع جرم تصرف عدوانی باشند و از این جهت، محاکم اختلاف آراء ندارند. البته تعقیب کیفری مرتکب منوط به شکایت مالک (ارگان دولتی ذی‌ربط) است. برای نمونه در آراء قضایی مقرر شده است:

«با توجه به ملی بودن زمین مورد نزاع و با عنایت به ماده ۶۹۰ قانون تعزیرات که اساس رکن قانونی جرم تصرف عدوانی را مالکیت شاکی مقرر داشته، در حالی که شاکی فاقد مالکیت می‌باشد».^۱ «متهم به اتهام تجاوز و تصرف عدوانی اراضی با شکایت اداره منابع طبیعی محل تحت تعقیب کیفری قرار می‌گیرد و دادگاه با احراز بزهکاری متهم، وی را محکوم می‌نماید».^۲ «متهم به اتهام تصرف عدوانی اراضی ملی با شکایت اداره شاکی مورد تعقیب قرار گرفته و دادگاه وی را مستنداً به ماده ۶۹۰ محکوم می‌نماید».^۳

۲-۲-۱. مالکیت مشاع

مالکیت مشاع، مالکیت دو یا چند نفر در مال به نحو اشاعه است. در توصیف مجرمانه تصرف در مال مشاع توسط احد از شرکا بدون اذن سایر مالکان و مجازات مرتکب وفق ماده ۶۹۰ قانون تعزیرات، آراء محاکم متشتت است. برخی محاکم با این استدلال که متهم در جزء جزء ملک مورد تصرف دارای مالکیت است و تصرف در مال متعلق به غیر شمرده نمی‌شود، موضوع را فاقد وصف کیفری شمرده‌اند. برای نمونه در برخی آراء قضایی این گونه مقرر شده است:

«بزه تصرف عدوانی در مال مشاع توسط شریک، به لحاظ اینکه مالک مشاعی می‌تواند متصرف جزء جزء اموال مشاعی باشد و تصرفات مالکین مشاعی، عدوانی محسوب نمی‌شود، قابل تحقق نیست»^۴ (پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۲: ۶۵۲). «تصرفات متهم در ملک مزبور به جهت مشاعی بودن و بالاخص عدم احراز سوء نیت مجرمانه نیست».^۵ «زمین متنازع‌فیه مشاع بوده و اصولاً هر کس در سهم خود متصرف می‌باشد. فلذا به کیفیت مطروحه، شکایت اعلامی فاقد وصف جزایی است»^۶ (همان: ۸۴۸). «مالک مشاعی می‌تواند در ملک مشاعی و به نحو اشاعه و بدون ضرر دیگری متصرف شود و با وصف موجود، دادگاه اتهام تصرف عدوانی را محرز نمی‌داند».^۷ «حیاط موضوع

۱. رأی ۹۱/۱۲/۱۵-۹۱۰۹۹۷۰۹۰۸۴۰۱۱۵۶ شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور.

۲. رأی ۹۰/۶/۲۹-۰۰۱۰۴ شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی جزایی تهران.

۳. رأی ۹۱/۲/۲۴-۰۰۰۱۵۶ شعبه ۱۰۲ دادگاه عمومی جزایی رضوان شهر.

۴. رأی ۹۲/۷/۲۲-۹۲۰۹۹۷۲۲۱۸۷۰۰۷۷۵ شعبه ۱۰۲ دادگاه عمومی جزایی لواسانات.

۵. رأی ۹۳/۱/۳۱-۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۹۰۰۵۷ شعبه ۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۶. رأی ۹۲/۱۲/۲۴-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۲۰۱۷۵۶ شعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۷. رأی ۹۲/۵/۱-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۹۰۰۶۴ شعبه ۳۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

شکایت، جزء مشاعات بوده و طرفین در تمام حصه‌های آن شریک می‌باشند. استفاده از قسمتی از آن توسط شرکا به نحوی که مانع تصرف سایرین نباشد، جرم نمی‌باشد»^۱ (همان: ۷۲۰). «متهم مالکیت مشاعی نسبت به بخشی از پلاک ثبتی دارد و مالکین مشاعی دیگری وجود دارند و محکوم نمودن تجدیدنظرخواه به کیفیت موصوف وجاهت ندارد».^۲ «ملک متنازع‌فیه مشاعی می‌باشد و در مال مشاعی، اشاعه مالکیت برای هر کدام از شرکا در جزء جزء آن وجود دارد و رأی وحدت رویه شماره ۱۰-۲۱/۷/۱۳۵۰ فقط ناظر به بزه تخریب در مال مشاعی، آن هم مشروط به احراز قصد می‌باشد و در مانحن‌فیه، سهم مفروزی نیز برای هیچ یک از شرکا تعریف و مشخص نشده، بنا به مراتب مذکور، بزه معنونه در اموال مصداق نداشته و موضوع پرونده، فاقد وصف کیفری و صرفاً جنبه مدنی دارد».^۳

در مقابل، برخی محاکم تصرف شریک در مال مشاع بدون اذن سایر مالکان را مصداق بزه تصرف عدوانی شمرده‌اند. برای نمونه در برخی آراء قضایی مقرر شده است:

«ارتکاب بزه تصرف عدوانی یا دعاوی ثلاث در مال مشاعی نیز قابل تحقق است و چنانچه مرتکب با سوء نیت، مانع از استفاده سایر شرکا در مال مشاعی شود که استفاده از آن به همه شرکاء تعلق دارد، جرم موضوع ماده ۶۹۰ می‌تواند محقق شود».^۴ «نصب کانال کولر بر روی دیوار مشترک، مصداق تصرف عدوانی است».^۵ «تصرف عدوانی در قسمت مشاعات بالای راه پله و خرپشته محرز است و متهمین با استناد به ماده ۶۹۰ محکوم می‌شوند»^۶ (همان: ۷۹۲). «بزه تصرف عدوانی در اموال مشاع نیز قابل تحقق است»^۷ (همان: ۵۴۲). «دعوی تصرف عدوانی کیفری در مشاعات قابل رسیدگی است».^۸ «جرم تصرف عدوانی در اموال مشاعی قابل تحقق است».^۹

۱. رأی ۱۳۷۷/۰۲۲۳۹۰/۹۹۷۰۹۹۲۰/۲۱/۱۰/۹۲/۱۰ شعبه ۱۰۵۰ دادگاه جزایی تهران.

۲. رأی ۹۱/۸/۳۰ شعبه ۵۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۳. رأی شماره ۶۰۱۳۷۰-۹۱/۸/۳۰ شعبه ۱۱۶۶ دادگاه عمومی جزایی تهران.

۴. رأی ۱۰۴۹۳/۲۷۰۱۰۰۹۹۷۰۹۳/۵/۱۵ شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۵. رأی ۱۰۳۱۰/۲۲۲۱۰۰۹۹۷۰۹۳/۴/۱۳۹۳/۴ شعبه ۲۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۶. رأی ۱۴۵۸/۲۲۱۴۰/۹۹۷۰۹۹۲۰/۱۱/۷/۹۲/۱۱ شعبه ۱۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۷. رأی ۱۰۱۰۶۵/۲۲۲۰۱۰۹۹۷۰۹۲/۸/۶ شعبه ۲۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۸. رأی ۱۰۸۲۷/۲۲۲۲۰۰۹۹۷۰۹۱۰/۷/۹۱/۷ شعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۹. رأی ۹۱/۲/۳۱ شعبه ۱۱۵۲ دادگاه عمومی جزایی تهران.

«متهم با قفل نمودن درب شوفاژخانه که مشاعی می‌باشد، از ورود شاکی خودداری نموده و انتساب بزه محرز است».^۱ «تجدیدنظرخواه، مالک سه دانگ آموزشگاه بوده که با فوت مالک سه دانگ دیگر آن، مشتکی‌عنهم با تعویض قفل‌های ورودی آموزشگاه، مانع ورود تجدیدنظرخواه گردیده است و بزه انتسابی محرز است».^۲

در مقام داوری احوال به نظر می‌رسد چنانچه مرتکب در بیش از حصه خود متصرف شود و سوءنیت وی محرز باشد، مجرم و قابل مجازات است؛ چه آنکه در این وضعیت، علم اجمالی به نقض حق شریک وجود دارد. جرم‌انگاری صریح سرقت مال مشاع در ماده ۲۷۷ ق.م.ا. و تخریب مال مشاع وفق رأی وحدت رویه شماره ۱۰-۱۳۵۵/۷/۲۱ و ضرورت اتخاذ موضع واحد در کلیه جرائم علیه اموال، مؤید این قول است. افزون بر آن، چنانچه تصرف متهم، زائد بر حصه نباشد، اما نامتعارف و سبب خسارت عرفاً غیر قابل توجیه سایر شرکا شود، واجد وصف جزایی تصرف عدوانی خواهد بود؛ چه آنکه تصرف در بیش از حصه یا کمتر از حصه اما نامتعارف و زیانبار، مخالف قاعده لاضرر و منع استعمال حق به زیان دیگری است و وصف تحصیل نتیجه مجرمانه را که همانا ایراد ضرر به شریک است، مفروض می‌نماید.

۳-۱. عنصر عدوان در رفتار مستند به قرارداد یا اجرای حق

دعوی حقوقی تصرف عدوانی از دعاوی عینی است و علیه کسی که مال غیر منقولی را علی‌رغم سبق تصرف دیگری ولو با حسن نیت متصرف شود، قابل طرح است (طیرانیان، ۱۴۰۰: ۲۲۹). اما در عدوانی شناختن رفتار مرتکب به هنگامی که مستند به قرارداد یا اجرای حق است و قابلیت تعقیب کیفری آن به اتهام تصرف عدوانی، تردید وجود دارد.

۱-۳-۱. رفتار مستند به قرارداد

عدوانی بودن تصرفات لاحق متهم از شروط تحقق بزه تصرف عدوانی است. تصرف هنگامی عدوانی و با سوءنیت است که با آگاهی از تعلق مال به غیر و بدون

۱. رأی ۱۳۳۴/۰۱۷۲۲۰۰۲۲۲۰۹۹۷۰۹۲۰۲۶/۱۲/۹۲ شعبه ۲۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۲. رأی ۱۱۸۹/۰۱۱۸۹۰۲۲۲۰۰۲۲۲۰۹۹۷۰۹۲۰۲۹/۸/۹۲ شعبه ۲۰ تجدیدنظر استان تهران.

اذن مالک یا متصرف قانونی باشد. اما در اینکه تصرف با منشأ قراردادی عدوانی است یا خیر، ابهام وجود دارد. برخی محاکم رأی به غیر عدوانی بودن آن داده‌اند:

«با وجود سابقه قرارداد مشارکت فیما بین شکات و متهم، به طور کلی تصرفات عدوانی نبوده و بنا بر قرارداد موصوف بوده است و رفع تصرف با این وضعیت، جنبه حقوقی دارد نه کیفری».^۱ «متهم از بدایت امر با اذن مالک وقت، متصرف محل مورد نزاع گردید و ادامه تصرف داده و با تغییر مالکیت ادعایی از مالک قبلی به شاکیه، کماکان تصرفات متهم ادامه تصرفات مأذونه می‌باشد. لذا شروع تصرف متهم، بزه تصرف عدوانی نیست».^۲ «چنانچه محکوم به جرم تجاوز به اراضی ملی مدعی است که زمین مورد اختلاف از طریق اصلاحات ارضی به ید ماقبل وی واگذار شده است و تجاوزی انجام نداده است و از این جهت به نظر اداره منابع طبیعی در ملی بودن زمین معترض است، می‌تواند به نظر اداره منابع طبیعی در کمیسیون ماده واحده تعیین تکلیف اراضی اختلافی کمیسیون ماده ۵۴ قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع اعتراض نماید تا پس از صدور رأی به نفع متهم، قابل اعاده دادرسی گردد».^۳ «عدم تحویل مبیع از طرف فروشنده متصرف، خارج از مصادیق تصرف عدوانی است».^۴ «توافق شاکی با شهرداری مبنی بر اینکه در صورت عدم پرداخت هر یک از اقساط، مأموران شهرداری نسبت به تعطیلی محل تجاری یا اداری وی اقدام نمایند، به نظر نمی‌رسد مغایرتی با قواعد آمره داشته باشد؛ زیرا نسبت به مورد خاص و با فرض تحقق شرایط، مورد توافق طرفین است و حداقل در امر کیفری عنصر معنوی بزه ممانعت از حق را متزلزل می‌نماید».^۵

در مقابل، برخی محاکم تصرف مستند به توافق طرفین را مخالف قواعد آمره و

بی‌تأثیر در وصف مجرمانه و عدوانی بودن رفتار متهم شناخته‌اند:

«شاکی اظهار داشته مأموران شهرداری مبادرت به گذاشتن بلوک بتنی مقابل درب پارکینگ و محل کار وی نموده و درب محل کار وی را جوش داده‌اند. در مقابل، متهم به عنوان شهردار با ارائه تصویر اقرارنامه شاکی اظهار داشته شاکی به شهرداری

۱. رأی ۹۳/۲/۹-۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۱۰۱۱۳ شعبه ۴۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۲. رأی ۱۳۹۱/۱۲/۲۰-۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۱۰۱۶۷ شعبه ۳۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۳. رأی ۹۱/۱۲/۱۴-۹۱۰۹۹۷۰۹۰۸۴۰۱۱۳۳ شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور.
۴. رأی ۹۱/۱۰/۹-۹۱۰۹۹۷۰۹۰۷۹۰۰۳۸۳ شعبه ۱۹ دیوان عالی کشور.
۵. رأی ۹۲/۸/۱۴-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۲۰۱۰۸۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

بدهکار است و طبق بند سه اقرارنامه تعهد داده است که در صورت عدم پرداخت هریک از اقساط، شهرداری اختیار تام دارد تا نسبت به تعطیلی محل تجاری یا اداری یا صنعتی یا ممانعت از بهره‌برداری از واحد مسکونی و یا رفع اختلاف از طریق مأمورین خود اقدام نماید. لذا اقدام شهرداری مجاز بوده و هیچ‌گونه مسئولیتی متوجه شهرداری نمی‌باشد. دادگاه با توجه به پذیرش متهم در قرار دادن بلوک توسط کارکنان شهرداری با آمریت وی و با عنایت به اینکه دفاعیات متهم مبنی بر اینکه شاکی به موجب اقرارنامه از خود سلب حق جزئی نموده است، فلذا رضایت به عمل ارتكابی داشته و این امر نشان‌دهنده فقد عنصر روانی جرم است، موجه نمی‌باشد؛ زیرا اولاً با توجه به نص مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی، سلب حق و حریت اشخاص به طور کلی یا جزئی در موارد مغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه، ممنوع و ناقض کرامت انسانی است که در بند ۶ اصل دوم و اصل بیست و دوم قانون اساسی از حقوق ملت در نظر گرفته شده است. ثانیاً موجب سوءاستفاده از نهادهای اجرایی و دولتی و وادار نمودن اشخاص به واگذاری حقوق و حریت خود می‌شود؛ امری که با توجه به فلسفه تشکیل دولت که صیانت از آزادی‌ها و حقوق بنیادین اشخاص است، نقض غرض محسوب می‌گردد. ثالثاً آگاهی، قصد یا نیت به عنوان عنصر جرم در مواردی که کارگزاران عمومی و مقامات اجرایی، مرتکب امری می‌شوند، از وضعیت عینی استنتاج می‌شود. رابعاً درج شرط مندرج در اقرارنامه مورد استناد متهم، وصف مجرمانه عمل را زائل نمی‌کند؛ زیرا شهرداری یا هر شخص حقوقی یا حقیقی دیگر نمی‌تواند برای امری که ضمانت اجرای کیفری یا حقوقی دارد، به صورت یک‌جانبه مبادرت به اعمال ضمانت اجرای خودساخته نماید. این امر مغایر با نظم عمومی، اصول حقوقی از جمله اصل ممنوعیت اشخاص در قضاوت برای خویشتن و همچنین نافی صلاحیت قوای مقننه و قضاییه است»^۱.

۱-۳-۲. رفتار مستند به اجرای حق

گاه متهم به منظور احقاق حق مانند اخذ طلب از مدیون، اقدام به تصرف اموال غیرمنقول بدهکار می‌کند. برخی محاکم انگیزه احقاق حق را مانع تحقق عدوان و سوءنیت مرتکب شناخته‌اند:

«متهم خودش را طلبکار و دارای حق می‌داند و رکن معنوی و سوءنیت برای ارتکاب

۱. رأی ۱۵۳۸-۳۰/۱۰/۹۱ شعبه ۱۰۴۶ دادگاه عمومی جزایی تهران.

جرم اثبات نمی‌گردد».^۱

در مقابل برخی محاکم، انگیزه احقاق حق را موجب زوال وصف عدوان از رفتار مرتکب نشناخته‌اند:

«صرف طلب داشتن از شریک، موجبات ممانعت از حق وی را مهیا نمی‌سازد و موضوع مطالبات و یا حقوق متصوره برای متعاملین از طریق دادخواست حقوقی قابل استیفا می‌باشد. نظر به مراتب فوق، به نظر این دادگاه، موضوع اتهام ممانعت از حق محرز است».^۲

در روابط استیجاری، گاه موجر به دلایلی از قبیل امتناع مستأجر از پرداخت اجاره‌بها یا تخلیه عین مستأجره پس از انقضای مدت اجاره، اقدام به قطع انشعاب آب، برق یا گاز مورد اجاره یا قفل زدن به درب ورودی آن می‌نماید. محاکم کیفری ایجاد مزاحمت یا ممانعت موجر برای مستأجر در استیفای حق خویش تا پیش از انقضای مدت اجاره را ولو به قصد مطالبه اجور معوقه باشد، مصداق عدوانی بودن رفتار و بزه مزاحمت و ممانعت از حق قلمداد نموده‌اند. اما آراء محاکم نسبت به عدوانی بودن انجام این قبیل رفتارها از جانب موجر پس از انقضای مدت اجاره و تخلیه مورد اجاره، خواه به اراده مستأجر یا به حکم مراجع قضایی متشتت است. برخی محاکم رفتار موجر را منوط به عدم انقضا یا تمدید مدت اجاره، عدوانی شمرده‌اند:

«رفتار موجری که در پایان مدت اجاره بدون طرح دعوی تخلیه، مبادرت به ممانعت از حق مستأجر از طریق قفل زدن به درب مغازه می‌نماید، در حالی که قرارداد را شفاهاً تمدید کرده است، مجرمانه می‌باشد».^۳

در مقابل، برخی محاکم انقضای مدت اجاره را مانع عدوانی بودن رفتار موجر تا پیش از اجرای حکم تخلیه از مراجع ذی‌صلاح قانونی نشناخته و حتی فراتر از آن، انقضای مدت اجاره را مانع حکم به رفع مزاحمت و ممانعت موجر ندانسته‌اند:

«شاکی نسبت به بخشی از دادنامه که دادگاه اعلام نموده رفع ممانعت از حق به دلیل

۱. رأی ۹۲/۴/۱۵-۰۰۳۰ شعبه ۱۱۶۳ دادگاه عمومی جزایی تهران.

۲. رأی ۹۲/۶/۳۰-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۴۰۰۸۶۰ شعبه ۳۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۳. رأی ۹۲/۲/۳۱-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۱۰۰۲۰۶ شعبه ۲۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

انقضای مدت اجاره منتفی است، اعتراض داده است و مادامی که ملک در تصرف شاکی می‌باشد و تخلیه نشده، رفع ممانعت ضروری است»^۱.

در مقام داوری به نظر می‌رسد رفتار مستند به قرارداد یا اجرای حق اصولاً مانع تحقق عنصر عدوان در رفتار متهم نیست و بلکه ماهیتاً انگیزه شرافتمندانه است و می‌تواند از کیفیات مخففه مجازات شمرده شود. ضرورت حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات و دادخواهی در مراجع قضایی و اجتناب از رفتارهای خودسرانه و حفظ نظم عمومی، مؤید این دیدگاه است.

۲. آسیب‌شناسی نحوه کیفرگذاری

بررسی بازخورد اجتماعی نهادهای حقوق جزا به ویژه آثار اجرای مجازات‌ها، موضوع علم جامعه‌شناسی کیفری است. جامعه‌شناسی کیفری با ملاحظه اهداف و ملاک‌های تعیین مجازات و بررسی آثار و کارکرد کیفرهای قانونی، قضایی و اجرایی، سهم شایانی در شناخت کارآمدی یا ناکارآمدی نظام عدالت کیفری در کنترل بزهکاری و اصلاح سیاست کیفری تقنینی و قضایی دارد (ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱-۱۳۹۲: ۱۶ به بعد). کیفرگذاری جرائم باید نظام‌مند و منطبق با اهداف و اصولی همچون تناسب جرم و مجازات و فردی کردن مجازات باشد. کیفرگذاری متوازن با مخاطرات و آثار زیانبار اجتماعی جرائم و جهات تشدید یا تخفیف مجازات، از وظایف پرچالش نظام کیفری شمرده می‌شود (حسنی و جلالی، ۱۴۰۰: ۱۰۳). در ایران، مقررات جزایی حاکم، زمینه را برای صرفاً قاضی‌محور بودن فرایند تعیین مجازات (به ویژه بر اساس قسمت اخیر ماده ۱۸ ق.م.ا.م) فراهم نموده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۰: ۳۱). اعطای اختیارات قضایی گسترده و بی‌ضابطه در تعیین میزان مجازات حبس مرتکبان تصرف عدوانی در محدوده حداقل و حداکثر مجازات قانونی و اعمال مجازات تکمیلی و نهادهای ارفاقی همچون معافیت از مجازات، تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط و کیفرهای جایگزین حبس از جهت اتفاقی شدن عدالت کیفری قابل نقد است. در مقابل،

۱. رأی ۰۵۵۵۰۰۲۲۲۱۰۹۹۷۰۹۲۰۹۲/۶/۱۳-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۱۰۵۵۵ شعبه ۲۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

کیفرگزینی رهنمودمحور با ضابطه‌مند نمودن آزادی عمل قاضی و امکان نظارت قضایی بر آن، موجب افزایش شفافیت فرایند کیفردهی، ارتقای اعتماد عمومی به نظام عدالت کیفری، قطعیت مجازات و بازدارندگی آن می‌گردد. با توجه به نقش ویژه کیفرگذاری در پیشگیری کیفری از جرم، آسیب‌شناسی آن در تصرف عدوانی اجتناب‌ناپذیر است. این موضوع تحت سه عنوان کیفرگذاری نامتوازن، کیفرگذاری مبهم و مرور زمان کیفری بررسی می‌شود.

۱-۲. کیفرگذاری نامتوازن

تصرف عدوانی، حفظ ارزش‌های بنیادین همزیستی مسالمت‌آمیز، رفاه و نظم اجتماعی را دشوار می‌سازد. مجازات این جرم یک ماه تا یک سال حبس است. شدت و ضعف جرم تصرف عدوانی در اوضاع و احوال مختلف و ضرر و زیان حاصله، کیفرگذاری یگانه و یکسان آن را نامعقول و نامتوازن می‌نماید. الحاق تصرف عدوانی املاک خصوصی به فهرست جرائم قابل گذشت، وفق ماده ۱۱ قانون کاهش حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ و کاهش مجازات آن به نصف و الزام قانونی به اعمال مجازات جایگزین حبس وفق ماده ۶۶ ق.م.ا.، چالش قطعیت و بازدارندگی مجازات آن را در پی دارد. حمایت از نظم عمومی، مبنای جرم‌انگاری و حاکمیت اصل گذشت‌ناپذیر بودن جرائم است. گذشت‌پذیری جرائم، امری استثنایی و محدود به جرائم خُرد است. افراط در گذشت‌پذیر ساختن جرائم و تعمیم آن به جرائم سنگین همچون تصرف عدوانی، در تعارض با جنبه عمومی این جرم و اهداف مجازات اعم از سزاگرایی یا غایت‌گرایی و حتی عدالت ترمیمی است. افزون بر آن، خصوصی‌سازی این جرم از طریق قابل گذشت‌شناسی آن، موجب چالش‌های دیگری همانند تضعیف پیام اخلاقی جرم، تبدیل جرم به یک کالای قابل معامله و فشار و مزاحمت طرفین پرونده برای یکدیگر است (رستمی، ۱۴۰۰: ۳۴۲). برای گذر از این چالش دست کم می‌توان قابل گذشت شمردن بزه تصرف عدوانی را صرفاً از موجبات کاهش قانونی مجازات یا اعمال سایر نهادهای ارفاقی همچون تعلیق مجازات شمرد و از این طریق، مانع از آن شد که بزه‌دیده با ترجیح منافع شخصی، منافع عمومی تعقیب دعوای عمومی را نادیده انگارد (روستائی و رحمانیان، ۱۴۰۰: ۱۶۴).

تلفیق و تأمین اهداف مجازات با توجه به اوضاع و احوال خاص هر پرونده با الهام از آموزه حسابگری کیفری کلاسیک با هدف بازدارندگی و ناتوان‌سازی، متضمن اتخاذ سیاست کیفری سرکوبگر و آموزه نئوکلاسیک یا عدالت استحقاقی مبتنی بر منصفانه، کرامت‌مدار و فردی بودن واکنش کیفری و پیوند میان اصول تناسب جرم و مجازات و فردی نمودن کیفرها، مقتضی پیش‌بینی طیف متنوع از مجازات‌های اصلی مالی، بدنی، سالب آزادی و حقوق اجتماعی، و پیش‌بینی کیفیات قانونی متنوع تخفیف و تشدید مجازات است. اتخاذ سیاست کیفرگذاری ترکیبی و مدرج، نقش بسزایی در بازدارندگی عام و خاص، شرمسازکنندگی، اصلاح‌پذیری و بازاجتماعی محکوم‌علیه خواهد داشت (حاجی‌ده‌آبادی و سلیمی، ۱۳۹۸: ۱۰۱؛ جوان‌جعفری و دیگران، ۱۳۹۵: ۵۹؛ غلامی و جوادی حسین‌آبادی، ۱۳۹۸: ۳۵۱). از این رو بایسته است قانون‌گذار با پیش‌بینی مجازات مالی (جزای نقدی) به عنوان مجازات پایه برای این جرم و پیش‌بینی طیف متنوع کیفرها و کیفیات قانونی تشدید مجازات و اعطای اختیارات مقتضی به مقامات قضایی در اعمال تخفیف مجازات، زمینه اتخاذ سیاست کیفری سنجیده در حوزه کیفرگذاری این بزه را فراهم آورد. افتراقی‌سازی و مدرج نمودن کیفر ارتکاب این جرم نسبت به اموال خصوصی و عمومی و در اوضاع و احوال مختلف از قبیل تعدد مرتکبان، تعدد بزه‌دیدگان، نوع املاک مشتمل بر مسکونی، تجاری یا زراعی، ویژگی‌ها یا موقعیت فاعل جرم مشتمل بر ارتکاب جرم توسط کارکنان دولت حین انجام وظیفه یا به سبب آن، توسل به قهر و غلبه فیزیکی یا تهدید، سازمان‌یافتگی جرم، ارتکاب جرم در شب یا با حمل سلاح، مدت‌زمان استمرار رفتار مجرمانه، گام بلندی در جهت تحقق کیفرگذاری متوازن و کارآمد قلمداد می‌گردد. به‌علاوه، ماهیت مستمر این جرم، مقتضی اتخاذ مشوق‌هایی به منظور انصراف ارادی بزهکار از اقدام مجرمانه در کوتاه‌ترین زمان ممکن است. از جمله این مشوق‌ها، معافیت از مجازات با پیش‌بینی مهلت انصراف از ادامه رفتار مجرمانه در کمتر از هفت شبانه‌روز در تصرف عدوانی و ۲۴ ساعت در مزاحمت و ممانعت از حق، پیش‌بینی انصراف ارادی از تداوم جرائم مزبور تا پیش از صدور کیفرخواست یا حکم دادگاه به‌عنوان یکی از کیفیات معاف‌کننده یا مخففه قانونی و الزام‌آور ساختن اعمال سایر نهادهای ارفاقی همانند تعلیق تعقیب و تعویق صدور حکم است.

۲-۲. کیفرگذاری مبهم

گاه جرمی، مقدمه ارتکاب بزه تصرف عدوانی است. تصرف عدوانی هدف غایی مرتکب است؛ اما برای نیل به آن، ناگزیر از انجام رفتاری است که مستقلاً واجد وصف مجرمانه است. این وابستگی موجب نام‌گذاری آن‌ها به جرائم مرتبط شده است. گاه جرمی منتج به نتیجه مجرمانه دیگری می‌شود؛ مانند تصرف عدوانی که منتج به مزاحمت یا ممانعت از حق می‌گردد. ابهام در نحوه کیفرگذاری جرائم مرتبط و تعدد نتایج تصرف عدوانی را می‌توان در این مقوله مورد بحث قرار داد.

۱-۲-۲. کیفرگذاری جرائم مرتبط

حقوق دانان و محاکم کیفری در نحوه مجازات جرائم مرتبط، دو رویکرد متفاوت اتخاذ کرده‌اند. واحدانگاری یا تعددانگاری معنوی، اولین رویکرد در این زمینه است. مطابق این رویکرد، وقتی جرمی مقدمه ضروری یا از لوازم عرفی جرم غایی است، مجموعاً جرم واحدی را تشکیل می‌دهند. این رویکرد را می‌توان در آراء برخی محاکم ملاحظه نمود:

«تخریب قفل به لحاظ اینکه عمل انتسابی، مقدمه اجرایی قصد مجرمانه و تصرف عدوانی است، جرم مستقلی محسوب نمی‌گردد».^۱ «به جهت تلقی موضوع از باب تعدد معنوی جرم و مقدمه بودن تخریب قفل ورودی برای تصرف عدوانی، متهمان را به تحمل شش ماه حبس تعزیری درجه ۵ محکوم می‌نماید».^۲ «تخریب درب و ورود به عنف، هرچند دارای عناوین مجرمانه مستقل می‌باشند، لکن مقدمه تصرف عدوانی‌اند؛ زیرا بدون تخریب و ورود به عنف به منزل، امکان تصرف وجود ندارد. لذا این دو مورد، مقدمه تصرف عدوانی می‌باشند و به تنهایی قابل مجازات نیست».^۳ «تجدیدنظرخواه از جهت سرقت اموال منزل شاکی و تصرف عدوانی به مجازات مقرر محکوم گردیده است؛ اما جرم تصرف عدوانی تجدیدنظرخواه با توجه به اینکه توأم با سرقت بوده، جرم مستقل نمی‌باشد و تبرئه می‌گردد».^۴ «مجموع اقدامات متهم

۱. رأی ۹۳/۲/۱۳-۹۳۰۹۹۷۲۱۸۵۶۰۰۰۶۷ شعبه ۱۰۰۶ دادگاه عمومی جزایی تهران.
۲. رأی ۹۳/۶/۳۰-۹۳۰۹۹۷۰۲۶۹۶۰۰۸۱۸ شعبه ۵۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۳. رأی ۹۲/۹/۲۳-۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۶۰۰۱۲۲ شعبه ۵۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۴. رأی ۹۲/۲/۲-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۱۰۰۰۷۲ شعبه ۴۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

از جمله تخریب دیوار و نصب درب و ممانعت از رفت و آمد شاکی، مقدمه و نتیجه تصرف عدوانی است و تخریب و ممانعت از حق در این زمینه، جرم علی‌حده محسوب نمی‌شوند.^۱ «تجدیدنظرخواه به اتهام آمریت در تصرف عدوانی و تخریب عمدی ملک مشاع موضوع شکایت مستنداً به مواد ۶۷۷ و ۶۹۰ قانون تعزیرات و مواد ۱۵۹ و ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی به سه سال حبس و در خصوص آمریت در تخریب عمدی به یک سال حبس و رفع تصرف عدوانی محکوم گردیده است. حال اینکه بزه تصرف عدوانی، مقدمه و لازمه بزه تخریب بوده و هم‌اکنون نیز ملک مورد ترافع در تصرف تجدیدنظرخواه نیست؛ لذا در این خصوص، بزه تصرف را نمی‌توان جرم مستقلی قلمداد نمود».^۲

دومین رویکرد، تعددانگاری مادی است. مطابق این رویکرد، جرم مقدمه مستقل از جرم غایی و مصداق تعدد مادی جرم است. برخی محاکم جرائم مرتبط را مصداق تعدد مادی شناخته‌اند:

«در خصوص اتهام آمریت متهم در تصرف عدوانی و تخریب عمدی ملک مشاع، دادگاه بزه انتسابی را محرز تشخیص، مستنداً به مواد ۶۷۷ و ۶۹۰ قانون تعزیرات و ۱۵۹ ق.م.ا. متهم موصوف را با رعایت ماده ۱۳۴ به سه سال حبس و در خصوص آمریت در تخریب عمدی به یک سال حبس محکوم می‌نماید و مجازات اشد قابل اجراست».^۳

در مقام داوری به نظر می‌رسد اصل احتیاط و پیوستگی عرفی بین جرائم مقدمه و غایی، مقتضی واحد یا متعدد معنوی شناختن آن است؛ به ویژه در مواردی که جرم مقدمه از عناصر جرم غایی یا کیفیات مشدده آن باشد.

۲-۲-۲. کیفرگذاری تعدد نتایج

تعدد نتایج مجرمانه تصرف عدوانی، موجب چالش چگونگی کیفر آن به ویژه تا پیش از تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ است. برخی محاکم آن را مصداق تعدد مادی و موجب تجمیع مجازات‌ها شناخته‌اند:

۱. رأی ۹۳/۱۲/۴-۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۵۰۱۵۷۷ شعبه ۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۲. رأی ۹۳/۱۲/۱۱-۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۱۰۱۶۱ شعبه ۴۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۳. رأی ۹۳/۵/۲۷-۰۰۴۷۶ شعبه ۱۰۳۲ دادگاه عمومی جزایی تهران.

«در خصوص اتهام متهم دایر بر تصرف عدوانی و ممانعت از حق، وی را در ارتباط با تصرف عدوانی به تحمل ۵ ماه حبس تعزیری و رفع تصرف، و در ارتباط با ممانعت از حق به تحمل ۹۱ روز حبس و رفع ممانعت از حق محکوم می‌نماید».^۱

برخی محاکم نتایج مجرمانه تصرف عدوانی را مستقلاً واجد وصف کیفری شناخته یا دست کم مصداق تعدد معنوی و موجب مجازات واحد اشد قلمداد نموده‌اند:

«در خصوص اتهام متهم دایر بر تصرف عدوانی نسبت به مشاعات پلاک ثبتی، دادگاه با احراز بزهکاری وی، حکم به محکومیت صادر می‌نماید. در خصوص اتهام دیگر متهم دایر بر ممانعت از حق، با توجه به اینکه ممانعت از حق، نتیجه بزه تصرف عدوانی است، فعل مستقل مجرمانه تلقی نمی‌گردد».^۲ «هرچند دادگاه بدوی، تجدیدنظرخواه را بابت تصرف عدوانی و ممانعت از حق و از باب قاعده تعدی مادی محکوم می‌نماید، تعدد مادی نبوده و تعدد معنوی تلقی می‌گردد؛ چون اگر تصرف عدوانی و ایجاد مزاحمت و ممانعت از حق نسبت به یک ملک غیر منقول واقع شوند و نتیجه آن، ورود ضرر به مالک باشد، باید یک جرم فرض کرد».^۳ «ممانعت از حق، نتیجه بزه تصرف عدوانی است و فعل مستقل مجرمانه تلقی نمی‌گردد».^۴ «در مورد اتهام مزاحمت با توجه به مستتر بودن در تصرف عدوانی، دادگاه قرار منع تعقیب صادر و اعلام می‌نماید».^۵

در حال حاضر ق.م.ا. ۱۳۹۲ ضمن شناسایی صریح تعدد نتیجه به عنوان یک نوع مستقل از تعدد جرم در بند چ ماده ۱۳۴، حکم به مجازات اشد در جرائم تعزیری نموده است. بنابراین لازم است محاکم ضمن تعیین مجازات مستقل برای فعل و نتایج مجرمانه آن، حکم به اجرای مجازات اشد دهند و صدور حکم به مجازات تجمیعی یا برائت از نتایج مجرمانه و قابل مجازات نشناختن آن غیر قانونی است.

۱. رأی ۱۰۳۹۳/۱۰۴/۹۲/۴ شعبه ۱۱۷۱ دادگاه عمومی جزایی تهران.

۲. رأی ۱۰۳۴-۱۰۳۰/۸/۳۰/۹۰ شعبه ۱۱۲۴ دادگاه عمومی جزایی تهران.

۳. رأی ۱۰۳۸۷-۱۰۳۳۹۰۲۲۳۹۰۹۹۷-۹۲/۱۰/۲۱-۹۲ شعبه ۳۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۴. رأی ۱۰۳۴-۱۰۳۰/۸/۳۰/۹۰ شعبه ۱۱۲۴ دادگاه عمومی جزایی تهران.

۵. رأی ۱۰۷۲۲-۹۳۰۷۲۲/۶/۹۳ شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی جزایی لواسانات.

۳-۲. چالش مرور زمان کیفری

ماهیت مستمر جرم تصرف عدوانی، موجب ابهام در جریان مرور زمان کیفری اعم از مرور زمان شکایت، تعقیب و صدور حکم نسبت به آن شده است. وفق ماده ۱۰۴ ق.ا.م.ا.، جرائم مندرج در ماده ۶۹۰ قانون تعزیرات نسبت به املاک خصوصی قابل گذشت است. بنابراین مرور زمان شکایت کیفری مقرر در ماده ۱۰۶ ق.ا.م.ا. تنها در تصرف عدوانی املاک خصوصی قابل طرح است. به علاوه، اطلاق قابل گذشت بودن جرم موضوع ماده ۶۹۳ قانون تعزیرات، شامل اراضی و املاک دولتی نمی شود.^۱ مبدأ مرور زمان شکایت کیفری، تاریخ اطلاع شاکی از وقوع جرم است. از این رو، ماهیت مستمر تصرف عدوانی، مانع مرور زمان شکایت نخواهد بود. برای نمونه در پرونده‌ای مقرر شد:

«دادگاه با ملاحظه ماده ۱۰۶ ق.ا.م.ا. و اینکه از زمان وقوع بزه تصرف عدوانی، بیش از یک سال گذشته است، قرار موقوفی تعقیب صادر می نماید».^۲

در مقابل، اداره حقوقی دادگستری معتقد است:

«سقوط حق شکایت کیفری مذکور در ماده ۱۰۶ ق.ا.م.ا.، مربوط به جرائم آنی است و نه جرائم مستمر. بنابراین در جرایم مستمر نظیر ترک انفاق و تصرف عدوانی، مادام که مرتکب در حال ارتکاب عنصر مادی جرم است، حق تعقیب کیفری برای شاکی و متضرر از جرم کماکان باقی است و مشمول مرور زمان تعقیب شکایت به استناد ماده یادشده نخواهد شد».^۳

با توجه به مبدأ محاسبه مرور زمان تعقیب کیفری (تاریخ وقوع جرم) از یکسو و ماهیت مستمر تصرف عدوانی از سوی دیگر، برخی محاکم این بزه را مشمول مرور زمان تعقیب شناخته‌اند:

«با عنایت به زمان طرح شکایت و مطابق بند ت ماده ۱۱ و ماده ۱۹ و بند ت از ماده ۱۰۵ ق.ا.م.ا. و تصریح قانون‌گذار و احصاء موارد استثناء مشمول مرور زمان در ماده

۱. نظریه ۹۹/۴/۲۸-۷/۹۹/۶۴۰.

۲. رأی ۱۳۹۳/۹/۱۱-۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۲۰۱۱۳۲ شعبه ۴۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۳. نظریه ۹۹/۴/۲-۷/۹۹/۲۸۰.

۱۰۹ و به جهت اینکه جرایم تعزیری درجه شش با انقضای مدت پنج سال مشمول مرور زمان می‌گردد، قرار موقوفی تعقیب مشتکی عنه صادر و اعلام می‌گردد»^۱.

در مقابل، برخی محاکم مرور زمان را مانع تعقیب کیفری ندانسته‌اند: «تصرف طولانی مدتِ چهل ساله متهم در اراضی ملی، در مقابل سند مالکیت رسمی منابع طبیعی تاب مقاومت ندارد و مانع از تعقیب و محکومیت کیفری نیست»^۲.

با توجه به مبدأ محاسبه مرور زمان صدور حکم (تاریخ آخرین اقدام تعقیبی یا تحقیقی) از یکسو و ماهیت مستمر تصرف عدوانی از سوی دیگر، برخی محاکم جریان مرور زمان صدور حکم نسبت به این بزه را پذیرفته‌اند:

«تصرف عدوانی از جرایم مستمر است و طبق رأی وحدت رویه، تا عدم قطع تصرف عدوانی مستمر است. طبق مدلول ماده ۱۰۵ ق.م.ا. در صورتی مورد، مشمول مرور زمان است که از تاریخ آخرین اقدام تعقیبی یا تحقیقی تا انقضای این مواعد که در قانون معین شده است، به صدور حکم قطعی منتهی نگردیده باشد؛ در صورتی که به حکایت محتویات پرونده، طرفین دعوی به موجب اظهاریه صادره مضبوط در پرونده برای روز ۱۳۸۹/۴/۳۱ دعوت به رسیدگی شده‌اند و متعاقباً نیز طرفین برای ۱۳۹۲/۳/۵ دعوت به رسیدگی شده‌اند و در روز تعیین شده هم دادگاه اقدام به تنظیم صورت‌مجلس نموده و از حاضرین در جلسه تحقیق و اظهارات آنان در صورت‌مجلس قید گردیده است و با این اوصاف، موضوع مشمول مرور زمان نمی‌گردد»^۳.

از مفهوم مخالف این رأی، قابلیت تسری مرور زمان صدور حکم به جرم تصرف عدوانی استنباط می‌گردد.

نتیجه کلام آنکه با لحاظ مبدأ محاسبه انواع مرور زمان کیفری، ماهیت مستمر تصرف عدوانی، مانع جریان مرور زمان نسبت به این جرم نیست.

نتیجه‌گیری

اصل اباحه، جرم‌انگاری را به عنوان شدیدترین شکل مداخله در حق آزادی شهروندان،

۱. رأی ۰۳۴۱-۳۰/۴/۹۲ شعبه ۱۰۲ دادگاه عمومی جزایی شهرستان قدس.
۲. رأی ۰۳۷۸-۱۵/۴/۹۲ شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی جزایی لواسانات.
۳. رأی ۰۷۹۹-۲۲۴۸۰۰۲۲۴۸۰۰۹۹۷-۲۶/۶/۹۲ شعبه ۴۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

تابع اصولی از جمله اصل شفافیت قانون می‌نماید. توجه ناکافی به اصل مزبور موجب اجرای ناعادلانه قانون کیفری در پوشش تفاسیر قضایی گاه ناروا و کاهش قدرت اخلاقی آن است. آسیب‌شناسی تصرف عدوانی، نشان از برخی چالش‌ها دارد. تردید در ابتدای این بزه بر عنصر مالکیت یا سبق تصرف بزه‌دیده، ابهام در تحقق عنصر تعلق به غیر داشتن مال با وجود مالکیت مشاعی مرتکب، ابهام در تحقق عنصر عدوان در رفتار مستند به قرارداد یا اجرای حق، کیفرگذاری نامتوازن، مبهم و تردید در جریان مرور زمان کیفری، از آسیب‌های جدی این جرم شمرده می‌شوند. معاینه بالینی تصرف عدوانی و نضج نظریه‌ها و آراء قضایی متشتت از درون پیکره این جرم در وقایع کاملاً مشابه، نشان از ضرورت مراقبت ویژه و درمان در اتاق خرد جمعی دارد. پایبندی به اصول تفکیک قوا و کیفیت قانون، مقتضی بازنگری قانون‌گذار و جرم‌انگاری و کیفرگذاری شفاف و انسداد باب هر گونه سوء برداشت و اجرای تبعیض‌آمیز بزه تصرف عدوانی بر اساس یافته‌ها و راهکارهای ذیل است:

نخست: اطلاق عبارت «متعلق به» در ماده ۶۹۰ قانون تعزیرات و حمایت متوازن از حق مالکیت خصوصی و نظم عمومی، مقتضی آن است که وجود هر یک از عناصر مالکیت (اعم از عادی، رسمی، اعیان و منافع) یا سبق تصرف شاکی برای تحقق این جرم، کافی شناخته شود. این نظریه موجب پیشگیری از اقدامات خودسرانه افراد و حمایت کارآمد از نظم عمومی است.

دوم: چنانچه مالک مشاع بدون اذن شرکا در بیش از حصه خود متصرف شود یا علی‌رغم تصرف به مقدار حصه، موجب خسارت نامتعارف یا مزاحم و مانع اعمال حق شریک شود، با احراز سوءنیت مجرم قابل مجازات است.

سوم: رفتار مستند به قرارداد یا اجرای حق، اصولاً مانع تحقق عنصر عدوان در رفتار متهم تصرف عدوانی نیست و بلکه ماهیتاً انگیزه شرافتمندانه است و می‌تواند از کیفیات مخفیه مجازات شمرده شود. اجتناب از رفتارهای خودسرانه و حفظ نظم عمومی، مؤید این دیدگاه است.

چهارم: شدت و ضعف وقوع جرم تصرف عدوانی در اوضاع و احوال مختلف و نتایج زیانبار متفاوت آن، مستلزم کیفرگذاری متوازن و کارآمد با پیش‌بینی طیف متنوع

از مجازات‌ها و کیفیات مخففه و مشده است.

پنجم: اصل احتیاط و پیوستگی عرفی بین جرائم مقدمه و غایی، مقتضی واحد یا متعدد معنوی شناختن آن است؛ به ویژه در مواردی که جرم مقدمه از عناصر جرم غایی یا کیفیات مشده آن باشد.

ششم: مرور زمان شکایت کیفری تنها نسبت به جرائم مورد نظر در املاک خصوصی قابل جریان است. استمرار بزه تصرف عدوانی مانع از جریان مرور زمان کیفری شکایت، تعقیب و صدور حکم نیست و بلکه با توجه به مبادی متفاوت انواع مرور زمان کیفری، می‌تواند مشمول آن شود.

هفتم: معایب رسیدگی مستقیم دادگاه کیفری دو به پرونده‌های بزه تصرف عدوانی املاک خصوصی وفق ماده ۱۱ قانون کاهش حبس تعزیری و ماده ۳۴۰ ق.آ.د.ک. بیش از مزایای آن است و افزون بر آنکه سبب تداخل مراحل تحقیقات مقدماتی و محاکمه می‌شود، موجب تراکم پرونده‌ها در محاکم، اطاله دادرسی و افزایش نرخ اشتباهات قضایی است.

کتاب‌شناسی

۱. «آراء قضایی محاکم کیفری و شعب دیوان عالی کشور»، قابل دسترس در وبگاه سامانه ملی آراء قضایی به نشانی <https://ara.jri.ac.ir>.
۲. ابهری، حمید، و مریم اکبری، «آیین دادرسی مربوط به دعاوی تصرف عدوانی»، *دوفصلنامه حقوق خصوصی*، سال هشتم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۰ ش.
۳. پژوهشگاه قوه قضاییه، *مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عالی کشور (کیفری)*، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۲ ش.
۴. جوان جعفری، عبدالرضا، زهرا فرهادی آلاشتی، و سیدمحمدجواد ساداتی، «بازدارندگی و سنجش آن در فلسفه کیفری»، *دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری*، سال هفتم، شماره ۲ (پیاپی ۱۴)، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ ش.
۵. حاجی ده‌آبادی، محمدعلی، و احسان سلیمی، «مبانی، اصول و سازوکارهای اجرایی مدل کیفرگذاری هدفمند»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال هشتم، شماره ۲۹، زمستان ۱۳۹۸ ش.
۶. حبیب‌زاده، محمدجعفر، و کاظم کوهی اصفهانی، «بررسی و تحلیل ارکان جرم تصرف عدوانی در حقوق ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی (فصلنامه حقوق سابق)*، سال چهل و دوم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۱ ش.
۷. حسینی، محمدحسن، و علیرضا جلالی، «آسیب‌شناسی حمایت کیفری از حق آزادی شخصی در حقوق کیفری ماهوی ایران»، *فصلنامه مجلس و راهبرد*، سال بیست و هشتم، شماره ۱۰۷، پاییز ۱۴۰۰ ش.
۸. خدادادی، ابوالقاسم، «واکاوی جرائم سه‌گانه (تصرف عدوانی، مزاحمت و ممانعت از حق) در پرتو تفاسیر پراکنده محاکم دادگستری»، *مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی*، سال هشتم، شماره ۱۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۹ ش.
۹. خلیل‌نژاد، احسان، *بررسی جرائم تصرف عدوانی، مزاحمت و ممانعت از حق در حقوق ایران*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه دامغان، ۱۴۰۰ ش.
۱۰. رستمی، هادی، «گذشت‌پذیری جرائم در پرتو مبانی حقوق کیفری»، *دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، سال پنجاه و یکم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۰ ش.
۱۱. رضایی، علی، «نقش مالکیت در تحقق تصرف عدوانی»، *فصلنامه رأی: مطالعات آرای قضایی*، سال هشتم، شماره ۲۶، بهار ۱۳۹۸ ش.
۱۲. روستائی، مهرانگیز، و حامد رحمانیان، «مدنی‌سازی حقوق کیفری در پرتو قانون کاهش مجازات حبس تعزیری»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هشتاد و پنجم، شماره ۱۱۳، بهار ۱۴۰۰ ش.
۱۳. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی*، چاپ شصت و سوم، تهران، دراک، ۱۴۰۱ ش.
۱۴. طبرانیان، غلامرضا، *دعاوی تصرف*، چاپ پنجم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۴۰۰ ش.
۱۵. غلامی، حسین، حسین جوادی حسین‌آبادی، «جرم‌شناسی تلفیقی: روایت چالش‌ها، به‌گزینی راهکارها»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، سال شانزدهم، شماره ۱۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۸ ش.
۱۶. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، *مجموعه نشست‌های قضایی ۲*، قم، قضا، ۱۳۸۲ ش.
۱۷. ملکی، مریم، *تحلیل نهادهای متناظر در قلمرو حقوق مدنی و کیفری*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شاهد، ۱۳۹۶ ش.
۱۸. مؤذن‌زادگان، حسنعلی، و حامد رهدارپور، «"اصل شفافیت قانون" و جایگاه آن در رویه قضایی دیوان

اروپایی حقوق بشر و حقوق کیفری ایران»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، سال بیست و سوم، شماره ۸۱، بهار ۱۳۹۷ ش.

۱۹. مهاجری، علی، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، تهران، فکرسازان، ۱۳۹۷ ش.
۲۰. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، تقریرات درس جامعه‌شناسی کیفری، دوره دکتری، گردآوری و تصحیح سمیرا گل‌خندان و مجید صادق‌نژاد، دانشگاه تهران - پردیس قم، ۱۳۹۱-۱۳۹۲ ش.
۲۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، و غلامحسین آماده، «واکاوای اختیار قاضی در تخفیف مجازات»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۵، تابستان ۱۳۹۰ ش.
۲۲. «نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه»، قابل دسترس در وبگاه اداره کل حقوقی قوه قضاییه به نشانی <https://edarehoquqy.eadl.ir>.
۲۳. نهرینی، فریدون، آیین دادرسی مدنی (جلد اول - بخش اول: مراجع قضایی و حدود صلاحیت آن)، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۴۰۰ ش.
۲۴. واحدی، قدرت‌الله، آیین دادرسی مدنی، کتاب اول، چاپ ششم، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.

پاسخ‌گذاری ترکیبی در سیاست جنایی بین‌المللی*

□ شهرداد دارابی^۱

چکیده

توسعه بزهکاری در سطح بین‌المللی و قلمروزدایی از جرایم جهانی شده از یکسو و همگرایی جامعه بشری در ساحت‌های مختلف فرایند جهانی شدن از سوی دیگر، ضرورت نزدیک شدن سیاست جنایی دولت‌ها را در بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاری در عرصه ملی و فراملی بیش از پیش نمایان می‌سازد. سیاست جنایی ترکیبی که مبتنی بر فرایند آگاهانه و هدفمند تلفیق متغیرها با استفاده حداکثری از ظرفیت‌های دولتی - جامعه‌ی ملی و بین‌المللی برای کنترل پدیده جنایی است، در عرصه بین‌المللی نیز به معنای هم‌افزایی متقارن دولت‌ها و جامعه بین‌المللی است که با تصدیق منافع مشترک جامعه جهانی و عدم تمرکز صرف بر پاسخ‌های کیفری و تأکید بر پویایی و تنوع پاسخ‌گذاری و چگونگی پاسخ‌دهی، الگوسازی نوین را در عرصه بین‌المللی نوید می‌دهد. تأکید بر صلاحیت تکمیلی دیوان بین‌المللی کیفری در رسیدگی به جنایات چهارگانه، تدابیر سازمان ملل متحد در مهندسی

الگوها برای عدالت کیفری و پیشگیری از جرم در چارچوب کنگره‌های پنج‌سالانه پیشگیری از جرم و عدالت کیفری، ارائه اصول راهبر ارشادی - الزامی، شاخصه‌هایی از تلاش متولیان در راستای پاسخ‌گذاری ترکیبی در سیاست جنایی بین‌المللی برای تأمین امنیت جهانی است.

واژگان کلیدی: پاسخ‌گذاری ترکیبی، سیاست جنایی بین‌المللی، بزه‌انگاری، امنیت بین‌المللی.

مقدمه

امروزه استحاله حاکمیت مطلق دولت‌ها در مفهوم امنیت جهانی موجب شده است شاخصه‌های مشترک ناشی از زیست جهانی بر ساحت‌های مختلف اجتماعی، سیاسی، اقتصادی، فرهنگی کشورها سایه افکنده و دولتمردان را به سمت همسویی با اراده و خرد منطقه‌ای و جهانی رهنمون سازد. بر این ابنا، پارادایم بین‌المللی جامعه جهانی امن، کانون توجهات قرار گرفته و موجبات اجماع حداکثری متولیان سیاست جنایی را در قبال پدیده بزهکاری با خصایص بین‌المللی و جهانی فراهم ساخته است.

روشن است که دامنه و جغرافیای جرایم نیز در آغاز سده بیست و یکم به وسعت جهانی گسترش یافته است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۱۶). از این رو، جرایم در شکل‌های نوینی ظهور یافته‌اند. در واقع، رویارویی قاطبه کشورها با جرایم تروریستی، ریزومیک شدن جرایم، جرایم سازمان‌یافته ملی و فراملی و جهانی شدن بزهکاری، منجر به پویایی بیش از پیش الگوهای سیاست جنایی داخلی در انطباق با موقعیت‌های حادث فراروی کشورها شده است.

بی‌شک پاسخ به جرم، موضوعی انسانی است که دارای ابعاد مختلف در قلمروهای ملی و بین‌المللی می‌باشد (غلامی، ۱۳۹۹: ۱۱). در جامعه بین‌المللی نیز همانند سایر جوامع، کنشگران متعددی وجود دارند که می‌توانند قواعد حاکم بر جامعه را تنظیم و تسبیق نمایند. دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی دولتی، سازمان‌های بین‌المللی غیر دولتی، شرکت‌های فراملی، نهضت‌ها و... در تلاش هستند تا قواعد ناظر بر جامعه بین‌المللی را به نفع خود تغییر دهند.

در سال‌های اخیر، شاهد ابتکارهای منطقه‌ای و جهانی متمایل به تقویت همکاری

بین دولت‌ها در زمینه کنترل جرم هستیم که هدف آن‌ها، هماهنگ‌سازی و همگرایی مداخله پیشگیرانه و سرکوبگرانه در برابر بعضی جرایم است (دولاکواستا، ۱۳۹۵: ۶۷۵). از این رو، صیانت از ارزش‌های مشترک جامعه بین‌المللی، مستلزم تولد و شکل‌گیری مقررات لازم‌الاتباع فراملی و به کارگیری مساعی و هم‌افزایی همه دولت‌ها در راستای هماهنگ‌سازی و نزدیک‌سازی سیاست‌گذاری جنایی است؛ آن‌چنان که زیست امن جامعه بین‌المللی، منوط به تنظیم و تدوین سیاست جنایی بین‌المللی جهت مهار پدیده بزهکاری در سطح جهانی است. بنابراین به رغم تفاوت نسبی مقررات داخلی دولت‌ها، قرابت، سازگاری و تکوین تدریجی بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاری در عرصه بین‌المللی، از اهمیت بسزایی برخوردار است.

تحوالات و مداخلات نهادهای مختلف سازمان ملل متحد از جمله شورای امنیت و پذیرش نوعی نقش قضایی برای آن در جریان تشکیل دادگاه‌های کیفری بین‌المللی و ظهور ادبیات کیفری - جرم‌شناختی داخلی در متون اساسنامه‌ها و مقررات آیین دادرسی و ادله محاکم بین‌المللی، نشانگر ترسیم تدریجی مختصات یک سیاست جنایی بین‌المللی است (رضوی‌فرد، ۱۳۹۰: ۱۷۲). بدین سان در تناظر با سیاست جنایی داخلی که متضمن بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاری پدیده بزهکاری در کشورهاست، علت‌شناسی جرایم بین‌المللی و مهندسی راهبردهای پیشگیرانه بین‌المللی در کنار سازوکارهای حقوقی متوازن دولت‌ها، زمینه‌های روی‌آوری به سیاست‌گذاری جنایی ترکیبی در عرصه بین‌المللی بوده است. سیاست جنایی بین‌المللی شامل هنجارگذاری و اتخاذ پاسخ‌های کنشی یا واکنشی در قبال بزهکاری بین‌المللی خواهد بود. بی‌تردید این مهم منبعث از راهبرد مطلوب سازمان ملل متحد در پاسخ‌گذاری در قبال بزهکاری است و تنوع پاسخ‌ها، توسعه و تکثر ابزارها را در قلمرو سیاست جنایی دولت‌های عضو در بر داشته است.

در این میان، سیاست جنایی ترکیبی به معنای استفاده از همه ظرفیت‌های دولتی و جامعه‌ای ملی و بین‌المللی برای کنترل اجتماعی بزهکاری است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۵، ۴۷۴). عدم تمرکز بر پاسخ‌های کیفری بین‌المللی و تأکید بر پویایی و تکثر پاسخ‌های اتخاذی از جانب متولیان سیاست جنایی بین‌المللی با استفاده از راهبرد ترکیبی، پهنه بزه‌انگاری، پاسخ‌گذاری و فرایند دادرسی را به بدیل‌های تلفیقی رهنمون ساخته و

الگویی جامع را در سیاست جنایی بین‌المللی ارائه می‌نماید.^۱ از این رو، پاسخ‌گذاری در اسناد بین‌المللی، مراجع قضایی و در حوزه اجرایی سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی، با تأکید بر نقش محوری سازمان ملل متحد و هم‌افزایی دیگر سازمان‌ها و انجمن‌های بین‌المللی تلاش می‌نماید تا دولت‌های عضو با تأثیرپذیری از اصول راهبر، اسناد الزام‌آور و ارشادی، نسبت به تنظیم، تدوین، ارزیابی و هماهنگ‌سازی ابزارهای اقماعی و اجباری خود در مقابله با پدیده بزهکاری اقدام نموده و با بهبود نظام پیشگیری از جرم و اصلاح مجرمان معمول در کشورها، جلوگیری از بی‌کیفرمانی و پیشگیری از نقض اصول و هنجارهای جامعه بین‌المللی توسط کشورهای عضو را رقم زنند.

بر این اساس، تلاش شد تا به گونه‌شناسی انواع پاسخ‌های ممکن کنشی - واکنشی به جرم و تنوع گسترده این پاسخ‌ها در سطح بین‌المللی (زادخانه پاسخ‌شناسی بین‌المللی) پرداخته شود. لذا مطالعه راهبرد ترکیبی در سیاست جنایی بین‌المللی، ضرورت نگارش این نوشتار بوده است. پرسش اساسی آن است که مهم‌ترین سازوکارهای پاسخ‌گذاری ترکیبی در سیاست جنایی بین‌المللی چیست؟ برای پاسخ به این پرسش با رعایت روش توصیفی - تحلیلی در گفتار اول، پاسخ‌های کنشی در سیاست جنایی بین‌المللی، و در گفتار دوم، پاسخ‌های واکنشی در سیاست جنایی بین‌المللی بررسی می‌شود.

۱. پاسخ‌های کنشی

امروزه برقراری و ثبات امنیت داخلی و بین‌المللی منوط به هماهنگ شدن حداکثری سیاست جنایی دولت‌ها با یکدیگر و تعامل بیش از پیش متولیان سیاست جنایی بین‌المللی در پرتو تعهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی است که در ساحت‌های هنجارگذاری و پاسخ‌گذاری فراملی عینیت می‌یابد.

بی‌شک در برابر تهدیدهای مجرمانه بین‌المللی، راهکارهای جهانی شده سیاست

۱. بدین‌سان، متغیرهای متعدد در پهنه سیاست جنایی داخلی، قابلیت جمع هدفمند را دارند، همان‌گونه که بدیل‌های رابطه جرم و پاسخ‌های دولتی در راهبرد ترکیبی می‌تواند پاسخ‌های اداری - انضباطی، صنفی یا اجتماعی باشد (دارابی، ۱۴۰۱: ۱۳۳).

جنایی ضروری می‌نماید (همو، ۱۳۹۹: ۷۳). بر این ابتن، حمایت از حیثیت و منزلت انسانی و التزام دولت‌ها به اتخاذ تدابیر پیشگیرانه کرامت‌مدار با تفوق اقدامات توان‌افزای کنشی حقوق بشرمدار نسبت به تدابیر توان‌گیر تدافعی یا واکنشی در سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی، جنبه و جلوه عملی می‌یابد.

مطالعات بین‌المللی، مبین رویه‌های مختلف در پاسخ‌گذاری نسبت به بزهکاری با اهداف یکسان است (ابراهیمی، ۱۳۹۰: ۱۹). بدین‌سان، اگرچه پارادایم آزادی، برابری و قدرت، تعیین‌کننده الگوی غالب سیاست جنایی دولت‌ها قلمداد می‌شوند، اما سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی با تکرر بزه‌انگاری اعم از جرم‌انگاری، تخلف‌انگاری از یکسو، و تنوع پاسخ‌گذاری و آیین دادرسی از سوی دیگر، تجمیع مطلوب متغیرها و نوسانات پیش‌بینی‌شده در سیاست جنایی کشورها را با تأسی از سیاست جنایی بین‌المللی ترسیم می‌نماید؛ آن‌چنان که موجبات فرایند‌گذار از پاسخ‌های کیفری صرف را تسریع نموده و موجبات استحاله آن را در هماهنگ‌سازی راهبردهای پیشگیرانه و توسعه پاسخ‌هایی با ماهیت دیگر تسهیل می‌نماید.

همان‌گونه که حقوق به عنوان یک رشته مطالعاتی، با اخلاقیات، عرف، آموزه‌های علمی و ماهیت نظام سیاسی هر جامعه ارتباط تنگاتنگ دارد و به نوعی ارزش‌های اساسی هر جامعه محسوب می‌شود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۸: ۱۴)، سامانه پاسخ‌دهی سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی نیز مشتمل بر تدابیر پیشگیرانه و سرکوبگرانه است که در عین پاسداشت تکثرگرایی حقوقی کشورها، اصول مشترک پاسخ‌گذاری ترکیبی را بدون انحصار در حقوق کیفری بین‌المللی، در راستای همگرایی حداکثری دولت‌ها استوار می‌نماید؛ آن‌چنان که در راستای تأمین امنیت بین‌المللی و برای تضمین حق‌ها و آزادی‌های افراد، هنجارمندی تدابیر پیشگیرانه و تنوع پاسخ‌های واکنشی را از طریق مراجع و نهادهای بین‌المللی سامان می‌بخشد.

بی‌تردید، پاسخ‌گذاری در سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی به معنای تحدید اختیارات دولت‌ها در پاسخ‌دهی به بزهکاری نخواهد بود، بلکه تأثیرپذیری متولیان سیاست جنایی کشورها به ویژه در دولت‌های مردم‌سالار از سیاست جنایی ترکیبی بین‌المللی که منبعث از یافته‌های علوم جنایی تجربی ملی و فراملی در چارچوب حقوق بشر است، می‌تواند

در عمق بخشی به موفقیت پاسخ‌های ترکیبی کنشی و واکنشی در ساحت بین‌المللی
بیش از پیش مؤثر باشد.

با این همه، تعیین اولویت‌ها، اثربخشی و میزان تحقق اهداف در پاسخ‌گذاری
کنشی در سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی، مستلزم مطالعه پاسخ‌های کنشی توان‌افزا و
توان‌گیر در عرصه فراملی است.

۱-۱. پاسخ‌های کنشی توان‌افزا

روشن است که برای مقابله با جرایم جهانی، تدابیر و اقدامات پیش‌بینی شده توسط
دولت‌ها در سیاست جنایی ملی کافی نیست و صیانت از صلح و امنیت بین‌الملل،
مستلزم افزایش تعاملات منطقه‌ای و جهانی میان دولت‌های مختلف و نهادهای فراملی
در پرتو ترکیب راهبردهای مختلف بین‌المللی است. بر این اساس، مواد ۵۵ و ۵۶
منشور ملل متحد در راستای ایجاد ثبات و آسایشی که برای تأمین روابط مودت‌آمیز
بین‌الملل لازم است، کشورها را بر اساس احترام به اصل تساوی حقوق آن‌ها و حق
اقوام در تعیین آزادانه سرنوشت خود و جهت ایجاد موجبات ترقی و توسعه امور
اقتصادی، اجتماعی و حل مسائل بین‌المللی، به همکاری با سازمان ملل متحد تشویق
نموده است.

تأسی از اصل مداخله کمینه‌ای حقوق کیفری مبنی بر تعیین قلمرو حقوق کیفری و
سطح مجاز مداخله آن به عنوان شدیدترین نوع مداخله (غلامی، ۱۳۹۶: ۱۵)، تأمین امنیت
جهانی را نخست از رهگذر پیشگیری و سپس اقدامات واکنشی مطالعه می‌کند؛
آن‌چنان که سیاست جنایی مشارکتی سازمان ملل نیز جایگاه مهمی را برای مشارکت
مردم و نهادهای مردمی در پیشگیری مشارکتی اختصاص داده است (جمشیدی، ۱۳۹۰:
۱۰۷). بر این اساس، تضمینات حقوق بشری که در حمایت‌های سیاست جنایی
بین‌المللی ترکیبی در قوانین داخلی تجلی یافته و تابعی از نظام‌های سیاسی حاکم،
روابط بین‌المللی دولت‌ها و میزان نهادینگی دموکراسی در کشورهاست، اهرمی
بازدارنده جهت جلوگیری از خودکامگی دولتمردان در حوزه تدابیر کنشی در برابر جرم
است.

به عبارت دیگر، تعهد دولت‌ها به مبارزه با جرم و پیشگیری از آن در چارچوب منشور بین‌المللی حقوق بشر معنا می‌یابد (ابراهیمی، ۱۳۹۶: ۱۵۲). تأکید بر ایجاد و قبول تعهدات پیشگیرانه برای دولت‌ها به منظور پیشگیری از نقض حق‌های بشر با مروری بر دستور کار کنگره‌های پیشگیری از جرم و عدالت کیفری به خوبی قابل رؤیت است (بارانی، ۱۳۹۳: ۴۴). راهبرد کنشی در سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی به دنبال همکاری و مساعدت منسجم و بلندمدت کشورها، با اولویت کنش بر واکنش و بهره‌مندی از طیف وسیعی از اقدامات توان‌افزای جامعه‌مدار و یا حسب مورد، تدابیر توان‌گیر موقعیت‌مدار برای کشورها خواهد بود.

بدین سان تلاش‌های بین‌المللی، متوجه تنظیم، تصویب و نشر مفاهیم مشترک و شناخته‌شده جهانی در زمینه حقوق انسان‌ها و لزوم رعایت آن‌ها به صورت سندی بین‌المللی است که در بردارنده ایجاد سازوکارهایی برای تضمین اجرای این مفاهیم و موازین در قالب حقوق پیشگیری از جرم بوده است.

از زمان تأسیس سازمان ملل متحد تا کنون، اسناد متعدد حقوق بشری تحت عناوین اعلامیه، توصیه‌نامه، قطعنامه، کنوانسیون یا معاهده به عنوان اسناد بین‌المللی الزام‌آور و ارشادی که ترکیبی از آموزه‌های رشته‌های مختلف علمی، مشارکت بخش‌های متعدد، همکاری‌های جدی گروه‌های اجتماعی و سازمان‌های غیر دولتی با متولیان حاکمیت و بین‌المللی بوده است، با تأکید بر «پیشگیری عادلانه» مطمح نظر قرار گرفته است؛ برای نمونه، در بند ۸ قطعنامه سازمان ملل ۱۹۹۶ در خصوص راهکارهایی برای پیشگیری از جرم به توسعه اجتماعی و اقتصادی تصریح شده است:

«ملاحظات پیشگیری از جرم باید در کلیه سیاست‌ها و برنامه‌های اقتصادی و اجتماعی مرتبط، از جمله برنامه‌های مربوط به اشتغال، آموزش و پرورش، بهداشت، مسکن و برنامه‌ریزی شهری، فقر، حاشیه‌نشینی و طرد اجتماعی لحاظ شده و تأکید ویژه روی اجتماعات، خانواده‌ها، کودکان و نوجوانان در معرض خطر انجام گیرد».

در اصول راهنمای سازمان ملل متحد (ریاض ۱۹۹۵) در زمینه پیشگیری با تأکید بر مرتفع نمودن عوامل موجد جرم و بهره‌مندی از تدابیر حمایتی و توان‌افزا

تصریح شده است.^۱

در کنوانسیون مبارزه با فساد مریدا نیز مواد ۵ تا ۱۳ این کنوانسیون به موضوع پیشگیری اختصاص یافته‌اند؛ یعنی قبل از آنکه کنوانسیون از ماده ۱۴ به بعد، عنوانین مجرمانه را نام ببرد و پیش از آنکه سیاهه جرایم مشمول عنوان فساد را احصا نماید، ابتدا تدابیر پیشگیرانه را مطرح نموده که این مهم، واجد پیام تقدم پیشگیری بر مجازات در حوزه مبارزه با فساد برای دولت‌ها در سیاست جنایی بین‌المللی است.

اگرچه اعلامیه جهانی حقوق بشر حالت الزام‌آور نداشته است، اما با پیش‌بینی گزیده‌ای از حقوق انسان‌ها و جنبه‌های مختلف آن موجب شده است که از ارزش و اعتبار نسبتاً معتابهی برخوردار باشد. مذاقه در این اعلامیه مبین آن است که سه مؤلفه حیثیت ذاتی، کرامت انسانی و حقوق فردی اشخاص در آن تبلور یافته است. حق آزادی تفکر و اجرای مراسم مذهبی، حق بهره‌مندی از امنیت اجتماعی، حق اشتغال و برخورداری از دستمزد عادلانه، حق برخورداری از سطح زندگی قابل قبول و تأمین اجتماعی در کنار برخورداری از آموزش و پرورش و دیگر حق‌های بشری، مصادیقی حمایتی است که نقش مؤثری در پیشگیری از جرایم دارد.

بی‌تردید، راهبرد ترکیبی در سیاست جنایی بین‌المللی، اجرای یک برنامه واحد پیشگیری از جرم را در تمام مناطق جهان دنبال نمی‌کند؛ بلکه شناسایی و نهادینه‌سازی توصیه‌های اسناد بین‌المللی را در قوانین و مقررات پیشگیرانه کشورها نوید می‌دهد.

۱. بر این ابتدا، دولت‌ها باید مقررات مربوط به فرصت‌های تحصیلی و نیازهای متنوع جوانان را مدنظر قرار داده و شاخصه‌های حمایتی را برای صیانت از پیشرفت نوجوانان و جوانان به ویژه آن‌هایی که در معرض خطر اجتماعی بوده و نیازمند مراقبت ویژه و حمایت هستند، در نظر بگیرند. در مواد ۱۰ و ۱۱ آن به فرایند اجتماعی شدن و ضرورت استفاده از راهبردهای پیشگیری اجتماعی و سازگاری اطفال از طریق خانواده، جامعه و مدارس از یکسو، و ارتقای رفاه خانواده‌ها با رفع نیازهای آنان از سوی دیگر تأکید شده است. افزون بر این در ماده ۳ اعلامیه مبارزه با خشونت علیه زنان سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۳، به حقوق زنان مبنی بر بهره‌مندی و حمایت از کلیه حقوق و آزادی‌های بنیادین در زمینه‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و مدنی به شرح حق حیات، حق بهره‌مندی از مساوات و برابری، حق حمایت برابر به موجب قانون، حق آزاد بودن از کلیه اشکال تبعیض، حق بهره‌مندی از بالاترین استاندارد ممکن بهداشت جسمی و روانی، حق بهره‌مندی از شرایط عادلانه و مناصب کاری، و حق مصونیت از شکنجه و سایر رفتارها و مجازات‌های غیر انسانی یا تحقیرکننده تصریح شده است.

بنابراین بررسی علمی پدیده مجرمانه در سطح بین‌المللی و اتخاذ تدابیر کنشی فراملی برای پیشگیری از جرائمی که مرزهای ملی را درنوردیده و به یک معضل جهانی تبدیل شده‌اند، اولویت می‌یابد (بابایی، ۱۳۹۰: ۱۲۴). لذا سیاست جنایی ترکیبی بین‌المللی به دنبال ارائه راهکارهای مشترک و ایجاد زمینه‌های ظهور همگرایی و قرابت جهانی در سطح جوامع است. با این همه، اگرچه سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی بر پایه متنوع نمودن رویه‌ها و اقدامات عملی با تأکید بر کنش‌های حمایت‌گرایانه، خط مشی کلی و اصول برنامه‌های خود را از رهگذر پیشگیری عادلانه و کرامت‌مدار نشر و بسط می‌دهد، اما در کنار پاسخ‌های کنشی حمایتی، پاسخ‌های تحدیدگر نیز در سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی، واجد اهمیت است که بررسی می‌شود.

۲-۱. پاسخ‌های کنشی توان‌گیر

از آنجا که گستره رفتارهای خلاف هنجار، واجد طیف متنوعی است، هنگامی که الزام‌های اجتماعی به هنجار قانونی تبدیل نشده‌اند، با پاسخ‌های جامعوی مواجه می‌شوند و اگرچه دولت‌ها به طور غیر مستقیم با کنترل سازمان‌های مردم‌نهاد، انجمن‌ها و مجامع از طریق شناسایی منفعت عمومی و صدور جواز تأسیس آن‌ها، کنترل قواعد و مقررات صنفی - اداری آن‌ها، تعامل و اثرگذاری متقابل را ایجاد می‌نمایند، اما تا زمانی که کزروی‌ها به مرحله ضمانت اجراگذاری نرسند، دولت‌ها تنوع رفتارها را تحمل می‌نمایند.

با این همه، هنجارگذاری و ساماندهی به مقوله بزهکاری در سیاست جنایی داخلی کشورها، منبعث از بافت سیاسی حاکم و مبین اهداف و نتایج مورد انتظار از اجرای آن خواهد بود. اما روشن است که در سده معاصر، تحولات جرم‌شناختی درباره زمینه‌ها و پدیده‌های مجرمانه، به همراه ایجاد محیط‌های امن برای تبهکاران، فرصت‌های جدیدی را برای آن‌ها در بر داشته است. این امر، نقش بسزایی در شکل‌گیری و تغلیب تدابیر تدافعی موقعیت‌مدار با تأکید بر دفع خطر ارتکاب جرم از طریق مداخله در موقعیت‌های بلاواسطه با جرم داشته و همگرایی کشورها را در اتخاذ سازوکارهای منسجم نظام بین‌المللی در بر داشته است.

برای نمونه، رویکرد مدیریت ریسک در خصوص جرایم فراملی، به ویژه جرایم مالی - اقتصادی، مورد توجه جامعه بین‌المللی قرار گرفته است (شاملو و خلیلی پاجی، ۱۳۹۹: ۱۲۹). همچنین در راستای سالم‌سازی نظام اقتصادی دولت‌ها، وجود شفافیت مالی از اهمیت بسزایی برخوردار است که منجر به شکل‌گیری سازمان بین‌المللی شفافیت^۱ به‌عنوان متولی امر مبارزه با فساد شده است. افزون بر این، بند ۴ ماده ۷ و ماده ۱۲ کنوانسیون ملل متحد علیه فساد مالی، وضع مقررات و آیین‌نامه را جهت جلوگیری از تضاد منافع و تقویت سازوکارها جهت هر چه شفاف‌تر شدن و جلوگیری از تضاد منافع ترغیب می‌نماید. در کنوانسیون منع تروریسم هسته‌ای مصوب ۲۰۰۵ در راستای پیشگیری از حملات تروریستی و محافظت از تأسیسات هسته‌ای، شاخصه‌هایی همچون ردیابی و کشف سلاح‌های هسته‌ای، محافظت فیزیکی از مواد و تأسیسات هسته‌ای، کنترل مرزها و کنترل مواد مدنظر قرار گرفته است.

همچنان که برابر ماده ۱۷ کنوانسیون سرکوب قاچاق اشخاص و بهره‌کشی از زنان ۱۹۴۹ طرف‌های کنوانسیون متعهد شده‌اند:

- ۱- مقررات لازم را برای حفاظت از مهاجران به داخل یا خارج به ویژه زنان و کودکان در محل مقصد، عزیمت و در مسیر راه وضع کنند؛
- ۲- تبلیغات مناسب را جهت هشدار به عموم مردم در معرض خطرهای قاچاق ترتیب دهند؛
- ۳- تدابیر مقتضی را برای تضمین نظارت بر ایستگاه‌های راه‌آهن، فرودگاه‌ها، بندر و مسیر راه و دیگر اماکن عمومی جهت پیشگیری از قاچاق بین‌المللی اشخاص به منظور جلوگیری از ورود ایشان به فحشا اتخاذ نمایند.

همچنین اجرای راهبرد ده‌گانه پیشگیری از جرم در سائوپائولوی برزیل که در سند مرکز بین‌المللی پیشگیری از جرم مونترال کانادا در سال ۲۰۰۸ مورد تصریح و تصدیق قرار گرفته است، به الگویی مفید و کارآمد در حوزه پیشگیری از جرم با تأکید بر تقویت آماج، مراقبت و جامعه تحت کنترل تبدیل شده است:

- ۱- ایجاد تشکیلات جدید در شهرداری جهت اشراف به امنیت عمومی و اجتماعی

1. Transparency international organization.

در مناطق جرم خیز؛

۲- هماهنگی نیروهای انتظامی در شهر (مأموران نظامی، شهرداری و نیروهای غیر نظامی

مردمی)؛

۳- وضع مقررات جدید مبنی بر تعطیلی همه مراکز فروش مشروبات الکلی از

ساعت ۱۱ شب تا ۶ صبح؛

۴- تشکیل انجمن فعال وابسته به شهرداری در راستای پیشگیری از جرم و تأمین امنیت؛

۵- افزایش هفتاد درصدی نیروهای پلیس شهری و ایجاد پلیس محلی؛

۶- راه اندازی طرح های جذب و آموزش نوجوانان (به عنوان بزه دیدگان بالقوه)؛

۷- طراحی محیطی و اجتماعی جهت احداث مجتمع های مسکونی ضد سرقت؛

۸- نصب دوربین های مراقبتی؛

۹- پایش، نظارت، بازدیدهای مرتب و اجرای قانون؛

۱۰- راه اندازی سه پویش بزرگ شامل:

الف) پویش وضع قانون خلع سلاح های جنگی؛

ب) پویش جمع آوری سلاح های اسباب بازی (شبه سلاح واقعی) از میان اطفال؛

ج) پویش آگاهی رسانی پیرامون آثار مصرف الکل و مواد مخدر (شاه، ۱۳۹۴: ۱۸۵).

روشن است که اقدامات موقعیت مدار به علت شناسی جرم و مطالعه عوامل بزهکاری

از منظر مشکلات اجتماعی، اقتصادی توجهی نداشته و صرفاً به دنبال اتخاذ اقداماتی است

که در تصمیم بزهکاران بالقوه تأثیر گذاشته و در شرایط مادی و فیزیکی ماقبل ارتکاب

جرم مؤثر واقع شود و به موجب توسعه شبکه نظارتی و افزایش محدودیت ها، با کاهش

برخی حقوق و آزادی های شهروندان همراه خواهد بود. اما تغییر الگوی بزهکاری و

پیدایش جرایم نوین، متولیان سیاست جنایی بین المللی را به سمت و سوی مهندسی این

قسم از پیشگیری رهنمون ساخته است.^۱

۱. افزون بر این، منشور اروپایی اخلاق حرفه ای در زمینه استفاده از هوش مصنوعی در نظام قضایی مصوب

۲۰۱۸ که جنبه ارشادی دارد و رهنمودهایی به کنشگران دولتی و خصوصی متصدی طراحی، توسعه و

به کارگیری هوش مصنوعی ارائه می دهد، اصول پنج گانه رعایت حقوق بنیادین، شفافیت، مدیریت هوش

مصنوعی توسط استفاده کننده، عدم تبعیض و امنیت را معرفی می نماید (ابراهیمی، ۱۴۰۱: ۴۵).

به هر رو، دولت‌ها در عرصه داخلی، نقض ارزش‌های هنجارگذاری شده را که منبعث از مفاد قانون اساسی، فرهنگ، واقعیت‌های اجتماعی و نظم عمومی آن کشور است، جرم‌انگاری نموده و برای حمایت از ارزش‌های برتر جامعه، از کیفرگذاری به‌عنوان آخرین حربه استفاده می‌کنند. پاسخ‌های واکنشی در سیاست جنایی ترکیبی بین‌المللی معمولاً تابع برهم‌کنش مقنن داخلی و متولیان سیاست جنایی بین‌المللی است که جامعه جهانی نظام‌های داخلی را به پذیرش هنجارهای فراملی حقوق بشری رهنمون می‌سازد.

۲. پاسخ‌های واکنشی

نقض هنجارهای بین‌المللی همواره و در ابتدا با پاسخ‌های توان‌گیر کیفری همراه نیست و معمولاً سازمان ملل متحد و نهادهای متولی با اتخاذ پاسخ‌های ملایم‌تر سعی در همراه نمودن کشور متخطی دارند. این امر با استنباط از آنچه که به‌عنوان تخلف به ذهن متبادر می‌شود، قابل استنباط است؛ اگرچه استعمال این لفظ در معنای بزه‌انگاری آن نیز مصطلح است. در این راستا، نگارنده با امعان‌نظر به رویه حاکم در عرصه بین‌المللی پاسخ‌های انتظامی ترکیبی نسبت به کشورهای ناهمسو با جامعه ملل را در قالب واکنش‌های انتظامی و با رویکرد موسع قلمداد نموده است و از آنجا که عرصه حقوق بین‌الملل، غالباً از حیث جرم‌انگاری و کیفرگذاری بیشتر تابع عرف بین‌الملل بوده است (رضوی‌فرد، ۱۳۹۲: ۶۳۰)، بنابراین دولت‌ها به‌عنوان متولیان سیاست جنایی بین‌المللی در حوزه تخلفات، با تاب‌آوری بیشتری با کشور متخلف مواجه می‌شوند و با صدور بیانیه یا قطعنامه در راستای تقبیح و سرزنش دولت مربوطه برمی‌آیند.

باید اذعان داشت که امروزه با اتکا به تبدیل اصول، قواعد و معیارهای حقوق بشر به قواعد آمره و عرف بین‌المللی، موجبات تغییرات بنیادین در این نظریه که حقوق بین‌الملل مبتنی بر اراده تابعان خود است، فراهم شده است (زینالی، ۱۳۹۴: ۴۶۷)؛ آن‌چنان که زمینه الزام‌های مادی و معنوی دولت‌ها را در جهت صیانت از نظم و عدالت جامعه جهانی در راستای شکل‌گیری یک حقوق کیفری انسان‌مدار با جرم‌انگاری در سیاست جنایی ترکیبی بین‌المللی رقم زده است.

از آنجا که جهانی شدن، قلمروهای نوینی را برای بزهکاران فراهم نموده و روش‌های ارتکاب جرایم را متحول ساخته است (Keenan, 2006: 507)، عناوین مجرمانه سنتی نیز جلوه جدیدی به خود گرفته‌اند. نفی نگاه منطقه‌ای به مقوله بزهکاری با ریزومیک شدن جرایم و گسترش سیال، متکثر، نامکانی و زنجیره‌ای شدن جرایم انفرادی یا سازمان‌یافته بین‌المللی با امعان نظر به وابستگی فزاینده انسان‌ها به فناوری‌های اطلاعاتی متأثر از فضای سایبری، نظریه کانون جرم را در اقصی نقاط دنیا به محاق برده است.^۱

افزون بر این، دیگر صرفاً دولت‌ها منشأ تهدید تلقی نمی‌شوند، بلکه ممکن است کل جامعه بشری اعم از افراد، نهادهای بین‌الملل و دولت‌ها سبب بروز تهدیدات سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، نظامی و زیست‌محیطی تلقی شوند (اشرفی، ۱۳۹۳: ۸۷). لذا جرم‌انگاری در سیاست جنایی ترکیبی بین‌المللی نه تنها مانع مداخلات مشروع و سازمان‌یافته بین‌المللی نیست، بلکه به منزله برقراری صیانت از حاکمیت ملی و نظم عمومی کشورها قلمداد می‌شود. این مهم، بایستگی سیاست جنایی بین‌المللی را در راهبرد ترکیبی بزه‌انگاری جرایم بین‌المللی سامان می‌بخشد.

بر این اساس، رسالت اصلی حقوق بین‌الملل کیفری به عنوان بازوی مسلح نظام حقوقی بین‌المللی، مجازات اشخاصی است که نظم عمومی بین‌المللی را مختل می‌کنند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۳: ۱۷۱). با این وصف، فراز ششم دیباچه اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در راستای جلوگیری از بی‌کیفرمانی، دولت‌ها را مکلف به اعمال صلاحیت کیفری نسبت به مرتکبان جنایات بین‌المللی چهارگانه، اعم از نسل‌زدایی، جنایت علیه بشریت، جنایات جنگی و تجاوز دانسته و دیوان را مکمل محاکم کیفری ملی خوانده است.

آن‌چنان که جامعه بین‌المللی در سال‌های اخیر، در کنار تجربه ایجاد دادگاه‌های کیفری بین‌المللی موقت و دیوان کیفری بین‌المللی، تجربه تشکیل دادگاه‌های کیفری مختلط یا بین‌المللی شده مانند دادگاه سیرالئون، دادگاه کامبوج و کمیسیون‌های حقیقت‌یاب و

۱. تلفیق زندگی مدرن امروزی با ریزومیک شدن جرایم در فضای سایبر می‌تواند هر یک از افراد جامعه را در سراسر جهان در معرض بزهکاری یا بزه‌دیدگی قرار دهد؛ آن‌چنان که منجر به پیدایش مفهوم جرائم یقه‌مجازی و بزهکاران یقه‌مجازی شده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۸: ۱۶).

آشتی را نیز در کارنامه خود دارد (همو، ۱۳۹۷ الف: ۲۶). بدین‌سان، همان‌گونه که سیاست جنایی ترکیبی در عرصه ملی به دنبال علت‌شناسی مظاهر بزهکاری و تفویض برخی وظایف حقوق کیفری رسمی به دیگر رشته‌های حقوق از جمله حقوق اداری، مدنی، صنفی با پاسخ‌های غیر سرکوبگر و قضایی است، در عرصه بین‌المللی نیز راهبرد ترکیبی متضمن مطالعه عوامل موجد جنایات بین‌المللی و اتخاذ طیفی از پاسخ‌های داخلی و بین‌المللی نسبت به جنایات بین‌المللی در پرتو رویکردهای جرم‌شناختی است.

مجازات کردن مجرمان بین‌المللی، مبتنی بر این انگاره است که مجازات به‌خودی‌خود سنجه است و همین که در برابر چنین جرمی، مجازاتی صورت می‌گیرد، به معنای اجرای تعهد ناظر به لزوم مجازات نمودن مجرمان جرایم بین‌المللی است (رضوی‌فرد و فرجی، ۱۳۹۶: ۱۳) و از آنجا که با ورود یک عنصر فراملی به حوزه بزهکاری، چالش‌های متعددی از قبیل تعارض در صلاحیت رسیدگی، آثار ناشی از احکام دادگاه‌های بیگانه، استرداد، نیابت قضایی بین‌الملل و... به ذهن متبادر شود، بنابراین هم‌افزایی متولیان نظام عدالت کیفری دولت‌ها با پاسداشت حق حاکمیت آن‌ها جهت فراهم نمودن مقدمات تعقیب و مجازات مجرمان بین‌المللی از یکسو و اجرای عدالت و امنیت جامعه بین‌الملل با تأکید بر ظرفیت دیوان بین‌المللی کیفری مبنی بر بزه‌انگاری و کیفرگذاری از سوی دیگر، رهاورد ترکیبی در سیاست جنایی بین‌المللی است.

با این همه، اگرچه مقررات حقوق کیفری اختصاصی بین‌المللی در گذار از حقوق کیفری داخلی به سوی سیاست جنایی بین‌المللی فراگیر و جنبشی پویا جهت جهانی شدن حقوق کیفری رهنمون شده است، اما تنظیم پاسخ‌های واکنشی ترکیبی در سیاست جنایی بین‌الملل همواره مطمح‌نظر است.

۱-۲. پاسخ‌های کیفری - ترمیمی

بی‌تردید پاسخ به مقوله بزهکاری، موضوعی انسانی است که در اضلاع مختلف فرهنگی، سیاسی، اقتصادی و اجتماعی در عرصه ملی و بین‌المللی مدنظر است. بر این ابنتا، نقض نظامی از ارزش‌ها در سیاهه قوانین کیفری کشورها تبلور یافته و کیفرگذاری این مهم ضامن بقا و دوام آن است. افزون بر این، بزه‌انگاری و ضمانت اجراگذاری در

سیاست جنایی بین المللی مبتنی بر شاخصه‌های حقوق بشری است که اقتدارگرایی حاکمان نمی‌تواند در برابر آن مقاومت نموده و ایجاد انسداد نماید.

اگرچه سیاست جنایی ترکیبی، متضمن استحاله حقوق کیفری به نفع دیگر رشته‌ها از قبیل حقوق اداری، حقوق صنفی - انضباطی، حقوق پزشکی و... است، اما همچنان هسته مرکزی سیاست جنایی داخلی و بین المللی، حقوق کیفری است. همان گونه که حقوق کیفری به عنوان گرانگاہ سیاست جنایی، ارتباط پیوسته با سیاست‌های عمومی نظام سیاسی هر کشور دارد، از یکسو حق‌ها و آزادی‌های اشخاص را به نام و برای تحقق بخشیدن به حق جامعه بر داشتن امنیت در قالب جرم‌انگاری و کیفرگذاری‌ها محدود می‌کند و از سوی دیگر، چگونگی اجرای آن‌ها را با رعایت حق اشخاص بر داشتن تأمین در چارچوب مقررات آیین دادرسی عادلانه تعریف می‌نماید (نجفی ابرندآبادی، ۱۴۰۱: ۱۰۹۵). سیاست جنایی ترکیبی نیز در ساحت بین المللی، تنوع پاسخ‌گذاری در عرصه بین المللی را با بهره‌مندی از ظرفیت‌های کنشی - واکنشی، دولتی - جامعه‌وی ملی - بین المللی در قبال جرایم و تخلفات مربوطه با هدف ارتقای هر چه بیشتر کارآمدی در تأمین امنیت جامعه جهانی رقم می‌زند.

در واقع، همان گونه که حقوق کیفری با جرم‌انگاری و کیفرگذاری اعمال، رفتارها و گفتارها، به دنبال حمایت یا ساماندهی حمایت از ارزش‌ها و مصالح خاص جامعه است (همو، ۱۳۹۷: ۴۵۷)، تدابیر واکنشی در سیاست جنایی بین المللی ترکیبی با امعان نظر به استانداردهای جهانی حقوق بشری در نظام ارزشی جهانی شده از یکسو، و اعمال تضمیناتی از قبیل محکومیت، صدور قطعنامه، حمله نظامی، بازداشت و محاکمه برای ناقضان هنجارها از سوی دیگر، با تأکید بر بهره‌گیری از ترکیب همه ظرفیت‌ها در پیوستار طیف‌های مختلف پاسخ‌های واکنشی شکل می‌گیرد.

بدین سان، آن گونه که بزهکاری و خشونت‌های شهری موجب توسعه طبیعی قلمرو فعالیت و حیات بزهکاران در یک کشور است (گسن، ۱۳۹۹: ۸۶)، تسری جرایم بزهکاران فراملی نیز به خارج از قلمرو کشورهای خویش موجب برهم خوردن موازنه امنیت بین المللی و گسترش فضای ناامنی در سراسر جهان می‌شود. با این همه، اگرچه عدالت کیفری به معنای وسیع آن، به عنوان بازوی قهرآمیز و سرکوبگر سیاست جنایی بین المللی

ترکیبی محسوب می‌شود، اما تلاش حداکثری جهت خروج هر چه بیشتر افراد از نظام عدالت کیفری بین‌المللی با تأثیرپذیری از اعمال نهادهای مختلف حقوق کیفری بین‌المللی و در عین حال متحول آن، پیشنهاد و توصیه می‌شود؛ فرایندی که به دنبال تحدید آثار زیانبار مداخله‌های کیفری و کاهش هزینه‌های تحمیلی به جامعه بین‌المللی است.

در این میان، اهمیت تقویت ارتباطات افقی دولت‌ها جهت نظارت غیر رسمی از یکسو و ادغام عمودی بین دولت‌ها و نهادهای ناظر برای کنترل رسمی و بازسازی روابط اساسی دولت‌ها از سوی دیگر (گرامکو و دیگران، ۱۴۰۰: ۶۱)، در عرصه سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی از اهمیت بسزایی برخوردار است.^۱ برای نمونه، در خصوص همکاری‌های بین‌المللی با دیوان کیفری بین‌الملل در مقابله با جنایات بین‌المللی و مبارزه با بی‌کیفرمانی، دولت‌های عضو اساسنامه معمولاً متعهد به همکاری با دیوان در حوزه تحقیقات از جنایات بین‌المللی هستند و دولت‌های غیر عضو نیز بر اساس بندهای ۵ تا ۷ ماده ۸۷ اساسنامه^۲ یا با سازوکاری دیگر از جمله ورود شورای امنیت به یک وضعیت ناقض صلح و امنیت بین‌المللی، ملزم به همکاری کیفری با دیوان می‌شوند (رضوی‌فرد، ۱۳۹۵: ۴۹۷). لذا سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی در کنار راهبردهای کنشی متعدد، از متغیرهای واکنشی اعم از پاسخ‌های قهرآمیز کیفری، انتظامی و میانجیگری استفاده می‌نماید.

اگر ارزش‌های بنیادین جامعه بین‌المللی نقض شوند، با پاسخ‌های کیفری به عنوان آخرین حربه مواجه می‌شوند. بر این اساس، با مذاقه در سیاست جنایی بین‌المللی می‌توان آن را متأثر از الگوی آزادی‌مداری دانست که سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی نیز توجیه حداکثری جهت دست یازیدن به مداخله کیفری را مطمح نظر قرار می‌دهد و

۱. همان گونه که کنترل‌های بیرونی ممکن است رسمی و توسط نهادهای عدالت کیفری یا اداری - دولتی به عمل آید و کنترل‌های غیر رسمی توسط خانواده و جامعه مدنی محقق می‌شود (شیری، ۱۳۹۷: ۱۱۶).
 ۲. کوتاهی، قصور یا امتناع دولت‌ها از همکاری با دیوان بین‌المللی کیفری می‌تواند منجر به تصمیم شورای امنیت طبق فصل هفتم منشور باشد (اردبیلی، ۱۳۸۶: ۳۵). دیوان می‌تواند هر یک از دولت‌های غیر عضو اساسنامه را دعوت به مساعدت بر اساس قرارداد یا توافقنامه‌ای نماید. در صورت امتناع دولت غیر عضو، دیوان می‌تواند موضوع را به اطلاع مجمع دولت‌های عضو یا شورای امنیت برساند.

حقوق انسانی مورد نظر توسط قوانین ملی و بین المللی به رسمیت شناخته شده و ابقا می گردند.^۱

به هر رو، وجود معیارها و ویژگی های جرم انگاری و کیفرگذاری از منظر اسناد بین المللی حقوق بشر در راهبرد ترکیبی سیاست جنایی بین المللی می تواند به عنوان بهترین و مؤثرترین ابزار حمایت از تضمین حقوق و آزادی های اساسی انسان ها باشد. در این شرایط، متولیان سیاست جنایی بین المللی با بهره مندی از راهبرد ترکیبی، صرفاً زمانی به جرم انگاری متوسل می شوند که با دلایل قطعی بتوانند ثابت نمایند که راهی جز مجازات برای تأمین امنیت جامعه بین المللی متصور نیست. لذا جرم انگاری حداقلی و تقلیل جرایم در بند ۲۰ هشتمین کنفرانس سازمان ملل متحد در قسمت مدیریت جزایی و تهیه خط مشی های تعیین مجازات به عنوان یکی از اهداف نظام عدالت کیفری فراملی مطرح نظر قرار گرفته است.

اگرچه مشارکت جامعه بین المللی با نظام قضایی کشور محل وقوع جنایات بین المللی در راستای مقابله هر چه بیشتر با بی کیفر ماندن مجرمان بین المللی رو به گسترش است، اما امروزه با شکل گیری دیوان بین المللی کیفری باید به جای عدالت کیفری بین المللی که با دادگاه های نورنبرگ و توکیو و دادگاه های کیفری بین المللی اختصاصی (موقت) متجلی می شوند، عدالت کیفری جهانی را به کار برد (همو، ۱۳۹۰: ۱۸۰). به عبارت دیگر، پویایی فعالیت های مجرمانه در عرصه بین المللی در قالب جنایات بین المللی و یا جرایم فراملی نظیر قاچاق مواد مخدر، قاچاق انسان، قاچاق اسلحه، پولشویی، تروریسم و... ضرورت تأمین عدالت کیفری جهانی را از نظر شکلی و ماهوی نمایان ساخته است.

در این میان، ارتباط و همزیستی دادگاه های مختلط (بین المللی شده) و دیوان کیفری بین المللی از بیشترین اهمیت برخوردار است. هدف آن است که الگوی مختلط و ترکیبی

۱. در میان اسناد بین المللی می توان به اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، اعلامیه حمایت از تمامی افراد در برابر شکنجه و سایر مجازات ها یا رفتارهای خشن، غیر انسانی یا تحقیرکننده، اعلامیه سازمان ملل متحد در خصوص الغاء تمامی انواع تبعیض نژادی، کنوانسیون بین المللی سرکوب و مجازات جرم آپارتاید، کنوانسیون پیشگیری و مجازات نسل کشی، قواعد استاندارد حداقل در زمینه رفتار با زندانیان و کنوانسیون روابط کنسولی وین اشاره نمود.

بتواند با رفع خلأهای موجود در عدالت کیفری بین‌المللی و داخلی به عنوان یک مکمل مناسب و توسعه‌دهنده (و نه به عنوان یک شیوه جایگزین) برای دیوان کیفری بین‌الملل و محاکم ملی در جهت مقابله با بی‌کیفرمانی عمل کند (میرمحمدصادقی و رحمتی، ۱۳۹۷: ۲۸). اما به همان موازات استانداردها و هنجارهای سازمان ملل متحد در زمینه عدالت کیفری، با اعلام قواعد ترکیبی بین‌المللی، اجرای بی‌طرفانه آن‌ها را از دولت‌ها خواستار شده است. بر این ابنا، ماده ۵۷ اولین کنفرانس سازمان ملل متحد در زمینه پیشگیری از جرم و درمان مجرمان، ژنو ۱۹۹۵، در خصوص نحوه برخورد با زندانیان و حبس‌گرایی حداقلی اشعار می‌دارد:

«زندانی کردن و سایر تدابیری که نتیجه آن، قطع ارتباط مجرم با دنیای خارج است، شخص را از حق تعیین سرنوشت خود از طریق محرومیت از آزادی محروم می‌کند و این واقعیتی بسیار زیانبار است. بنابراین مجازات زندان جز در موارد استثنایی از قبیل مواردی که لازمه منطقی آن، توجیه‌پذیر شدن تفکیک و جداسازی محکومان از دنیای خارج است، یا بقای نظم مقتضی آن است، نباید به حبس منجر شود».

بی‌شک اجرای این مقررته توسط کشورها منجر به کاهش جمعیت کیفری و حمایت از جامعه علیه جرم با اجرای مجازات حبس در موارد استثنایی خواهد بود.^۱ در این میان بر اساس ماده ۹۴ قواعد و اصول مذکور سازمان ملل متحد در خصوص محبوسان ناشی از محکومت‌های مالی، بر عدم محدودیت یا فشار زائد بر آن‌ها تأکید و تصریح شده است که نحوه تعامل با آن‌ها نباید از اشخاص زندانی محاکمه‌نشده (افرادی که در بازداشت موقت به سر می‌برند)، نامطلوب‌تر باشد... بر این اساس، ماده ۵ قانون نحوه اجرای محکومت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴، بر تفکیک محکومان مالی از محکومان کیفری تصریح نموده و زمینه انجام فعالیت‌های اقتصادی و درآمدزا را برای محبوسان متقاضی از طریق همکاری قوه قضاییه و دولت پیش‌بینی نموده است.

۱. ماده ۶۵ نیز تصریح می‌دارد: «نحوه تعامل با اشخاصی که به کیفر حبس یا سایر تدابیر محکوم شده‌اند، با توجه به اینکه مدت محکومیت به چه میزان، امکان اعمال آن را فراهم می‌کند، باید با توجه به اهداف اجرای آن، زندانیان را به سوی رعایت قانون و خودگردانی زندگی شخصی پس از آزادی سوق دهد و آن‌ها را برای این کار آماده نماید. این تعامل باید به مواردی از قبیل تشویق وی به تقویت حس احترام و شأن برای خود و تقویت احساس مسئولیت‌پذیری متمرکز گردد».

افزون بر این، بند ۱۱ از اصول کلی مجموعه قواعد استاندارد حداقل توکیو در زمینه تدابیر غیر بازداشتی، ترویج استفاده از جایگزین‌های سلب آزادی اعم از بازداشت و حبس، تضمین‌های حداقل برای اشخاص موضوع جایگزین‌های زندان و استحاله عدالت تنبیهی به نفع سازوکارهای عدالت ترمیمی، رویکرد کیفرزدایی و جرم‌زدایی را به مناسبت در سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی رقم می‌زند.

در بندهای ۱ و ۲ از ماده ۸ قواعد موصوف تصریح شده است که مقام قضایی حسب تشخیص خود، در جاتی از تدابیر غیر سالب آزادی را به شرح آتی در اختیار خواهد داشت تا در تصمیم‌سازی راجع به نیازهای بازپروری مجرم، حمایت از جامعه و منافع بزه‌دیده که وی در مواقع مناسب مورد مشورت نیز قرار می‌گیرد، مدنظر قرار دهد. الف- ضمانت اجرای شفاهی از قبیل وعظ، توبیخ، هشدار؛ ب- آزادی مشروط؛ پ- کیفرهای مناسب وضعیت ویژه فرد؛ ت- ضمانت اجراهای شفاهی از قبیل جریمه نقدی و جریمه نقدی روزانه؛ ث- مصادره یا دستور سلب مالکیت؛ ج- پرداخت غرامت به قربانی یا دستور جبران خسارت؛ چ- مجازات تعلیقی یا تعویقی؛ ح- تعلیق مراقبتی و نظارت قضایی؛ خ- دستور به خدمات اجتماعی؛ د- ارجاع به یک مرکز حضور؛ ذ- حبس در منزل؛ ر- سایر رفتارهای غیر سالب آزادی؛ ز- ترکیب تدابیر فهرست شده فوق.

همچنین راهبرد سیاست جنایی ترکیبی در عرصه بین‌المللی به دنبال توسل به سایر پاسخ‌های ترمیمی و دیگر اقدامات با تأثیرپذیری از راهبرد ترکیبی بین‌المللی است. اعمال نظرات و ملاحظات بزه‌دیدگان توسط نمایندگان قانونی ایشان با استناد به بند ۳ ماده ۶۸ اساسنامه دیوان در مراحل مختلف دادرسی که توسط دیوان کیفری بین‌المللی مناسب تشخیص داده می‌شود، به نحوی که منافی یا معارض حقوق متهم و دادرسی بی‌طرفانه و منصفانه نباشد، مبین حق مشارکت بزه‌دیده در فرایند دادرسی با زمینه‌های ترمیمی است^۱ (غلامی و رستمی غزالی، ۱۳۹۲: ۴۸). افزون بر این، شناسایی دولت‌ها در کنار محکوم علیه به عنوان جبران‌کنندگان خسارت و امکان صدور حکم بر محکومیت دولت‌ها

۱. مفهوم بزه‌دیده در دیوان کیفری بین‌المللی، با پذیرش بزه‌دیدگان غیر مستقیم در قلمرو قربانیان، در مقام مقایسه با دادگاه‌های اختصاصی توسعه یافته است و میزان فاصله از خاستگاه بزه‌دیدگی، بر شناسایی یک شخص به عنوان بزه‌دیده بی‌تأثیر است (رضوی فرد و دیرباز، ۱۳۹۲: ۷۵).

در جبران خسارت بزه‌دیده نیز در سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی مدنظر قرار می‌گیرد. بدین‌سان، اکنون برنامه‌های ترمیمی در بسیاری از کشورها در قالب نشست‌های گروهی خانوادگی، میانجیگری، آشتی‌سازی مجدد، شرمساری بازپذیرنده و... به مورد اجرا گذارده می‌شود. در کانادا، استرالیا، نیوزیلند و بسیاری از کشورهای اروپایی و دیگر کشورها، برنامه‌های ترمیمی به مورد اجرا گذارده می‌شود (غلامی، ۱۳۹۸: ۱۷۶). در جمهوری اسلامی ایران نیز شکل‌گیری شوراهای حل اختلاف با تأثیرپذیری از آموزه‌های دینی مبنی بر اهمیت جایگاه مصالحه و رفع خصومت و تأکید قانون آیین دادرسی کیفری بر جهد قاضی در راستای اصلاح ذات‌البین با رویکرد ترمیمی قرابت دارد.

بدین‌ترتیب، سیاست جنایی سازمان ملل متحد برای تدارک و تنظیم اصول اساسی و جهت‌گیری‌های اصلی سیاست جنایی دولت‌های عضو، ترویج آن در سطح بین‌المللی و ارتقای همکاری هماهنگ دولت‌ها نسبت به تهیه اسناد بین‌المللی اقدام نموده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۵: ۲۹۴). بی‌تردید پیشبرد و استفاده از مفاد این اسناد در طراحی و تدوین سیاست جنایی ترکیبی دولت‌ها در راستای حصول همکاری‌های بین‌المللی جهت مبارزه مؤثر علیه جرم و پیشگیری از بزهکاری و در نتیجه بهبود کارایی راهبرد دولت‌ها در مهار پدیده بزهکاری مطمح نظر خواهد بود.

بدین‌سان، راهبرد ترکیبی در سیاست جنایی بین‌المللی که به صورت قطعنامه، توصیه‌نامه، اعلامیه و... عینیت می‌یابد، از یکسو نظام کیفری را به عنوان مرکز ثقل کنترل بزهکاری در نظر دارد، اما از سوی دیگر استفاده از سایر نظام‌های حقوقی را در کنار ضرورت مشارکت جامعه غیر رسمی اعم از مردم و سازمان‌های مردم‌نهاد در سیاست جنایی به جامعه بین‌المللی و دولت‌های عضو سازمان ملل متحد توصیه نموده است. بی‌شک صیانت از هنجارهای بین‌المللی مستلزم دگردیسی سیاست جنایی در توسعه دامنه ارزش‌گذاری و ضمانت اجراگذاری در قالب سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی ساختارمند است که می‌تواند منتج به دستاوردهای حداکثری در قبال بزهکاری شود (دارابی، ۱۳۹۹: ۷۳). از این رو، استفاده از ظرفیت‌های بین‌المللی در پاسخ‌گذاری دولت‌ها نسبت به مراعات اصول دادرسی عادلانه در رسیدگی‌های غیر کیفری، شبه‌قضایی و غیر قضایی از اهمیت بسزایی برخوردار است که تبلور این مهم در قلمرو

کیفری سیاست جنایی بین‌المللی به اشکال متنوع است.

۲-۲. پاسخ‌های در حکم کیفری

راهبرد ترکیبی در سیاست جنایی بین‌المللی به دنبال بهره‌مندی از سازمان‌های بین‌المللی و سازمان‌های مردم‌نهاد بین‌المللی در ایجاد الزام معنوی یا عینی برای دولت‌ها در تخطی از ارزش‌های مشترک بین‌المللی اعم از هنجارگذاری شده (قوام‌یافته) یا قوام‌نیافته است؛ آن‌چنان که در راستای اعمال اصول دادرسی عادلانه، محدوده مقوله‌های کیفری و مقوله‌های غیر کیفری (در حکم کیفری) را با ضمانت اجراهای تحدیدگر و سرکوبگر در بر می‌گیرد. بدین‌سان، قلمرو کیفری که در رویه قضایی اروپایی، حاصل تعامل حقوق کیفری کلاسیک با مقوله‌های حقوق بشر است و جنبه حمایت از حقوق و آزادی‌های افرادی را دارد که به مناسبت ارتکاب بزه باید محاکمه شوند، شامل ضمانت اجراهای سرکوبگر غیر کیفری، به ویژه ضمانت اجراهای اداری نیز هست (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۱۷) و ضمانت اجراهای غیر کیفری را از منظر رعایت حقوق دفاعی متهم در آیین دادرسی کیفری همسان با مقوله کیفری می‌پندارد.

دیوان اروپایی حقوق بشر نیز با استناد به ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، عدول از حق برخورداری افراد از یک دادرسی منصفانه توسط دولت‌های متعاقد را تخلف‌انگاری نموده و تضمینات لازم را برای جلوگیری از تضييع حقوق افرادی که تحت حاکمیت آن‌ها به سر می‌برند، پیش‌بینی می‌نماید.

برای نمونه، در خصوص حق دسترسی برابر به دادگاه و رعایت اصل برابری سلاح‌ها^۱ دیوان اروپایی حقوق بشر، تفسیر موسعی از حق دریافت کمک قانونی در پرونده‌های مدنی ارائه نموده است؛ به طوری که در پرونده استیل و موریس^۲ علیه دولت بریتانیا، فقدان کمک‌های قانونی را تخطی از ماده ۶ کنوانسیون محسوب نموده و در پرونده دینت^۳ علیه دولت فرانسه، غیر علنی بودن دادرسی در خصوص پرونده‌های انتظامی پزشکی را در مرحله بدوی تخلف قلمداد نموده و رسیدگی علنی به آن در مرحله

1. Equality of arms.
2. Steel & Morris.
3. Diennet.

تجدیدنظر را جبران‌کننده تضييع حقوق متهم ندانسته است (مهديوي، ۱۳۹۳: ۶۵). لذا نقش رويه قضايي ديوان اروپايي حقوق بشر با تفسيري موسع از ماده ۶ کنوانسيون در پرتو مؤلفه‌هايي مانند كيفري تلقی نمودن تخلف ارتكابي در حقوق داخلي، ماهيت و آثار ضمانت اجراي غير كيفري از يكسو، و در سطح جهاني تفاسير كلي كميته حقوق بشر به عنوان نهاد نظارتي ميثاق بين‌المللي حقوق مدني و سياسي ۱۹۶۶ به عنوان منبع ارشادي از سوي ديگر، در توسعه مرزهاي پاسخ‌گذاري تركيبی سياست جنايي بين‌المللي از حقوق كيفري تا مصاديق در حکم كيفري حائز اهميت است.

بدین‌سان، گسترش تضمینات دادرسی کیفری به رسیدگی‌های اداری بر مبنای شباهت کارکردی با دادگاه‌های قضایی و ماهیت همسان در برخی ضمانت‌اجراهای تعیین‌شده توسط آن‌ها با مجازات‌های کیفری توجیه می‌گردد. در برخی موارد، آثار مالی، محرومیت، ممنوعیت و همچنین آثار غیر مستقیم یک مجازات اداری یا انضباطی می‌تواند دارای اهمیت بیشتری نسبت به برخی مجازات‌های کیفری برای شخص در معرض این مجازات‌ها باشد (بابایی، ۱۳۹۲: ۶۱). تردیدی نیست که حمایت از حقوق و آزادی‌های اساسی شهروندان در مرحله نخست، از آن مراجع قضایی ملی است؛ لکن تخلف از این مهم و سوء عملکرد دادگستری و مراجع داخلی به این تخلف، سبب شده است که شهروندان کشورهای عضو آن کنوانسیون، با احساس تضييع حقوق یا آزادی‌های خود و عدم رسیدگی در مراجع داخلی، به سوی ديوان اروپايي حقوق بشر روانه شوند (آشوري و ديگران، ۱۳۹۵: ۳۲۷). با این وصف، راهبرد ترکیبی در سياست جنايي بين‌المللي تخلف دولت‌ها را در نادیده انگاشتن حقوق دفاعی متهم با پاسخ فراملی هنجارگذاري نموده است؛^۱ آن‌چنان که تلاش دولت‌ها برای به ظاهر جرم‌زدایی و اداری قلمداد نمودن اعمالی که ضمانت اجرای تحدیدگر و سرکوبگر داشته را در

۱. سازمان عفو بین‌الملل نیز با فعالیت در زمینه حقوق بشر، از پایمال شدن حقوق انسان‌ها در سراسر دنیا جلوگیری می‌کند و در نهایت خواستار برقراری عدالت درباره افرادی می‌شود که حقوق ایشان به هر نحوی پایمال شده است. اعتراض گروهی از فعالان حقوق بشر عضو سازمان عفو بین‌الملل به وضعیت زندگی زندانیان در بازداشتگاه گوانتانامو، با متوجه نمودن افراد به مسائل حقوق بشر و معیارهای جهانی، تا حد ممکن فشار را بر دولت‌هایی که اجازه سوءاستفاده در کشور خود را می‌دهند، افزایش می‌دهد (Ron & Ramos & Rodgers, 2005: 574).

پوشش رسیدگی‌های غیر کیفری و اداری - انتظامی برتابیده است، به نحوی که دیوان اروپایی حقوق بشر به عنوان مرجع رویه‌ساز منطقه‌ای با وضع عنوان «قلمرو کیفری» در رویه قضایی خود رعایت تشریفات دادرسی منصفانه را در رسیدگی‌های اداری - انضباطی به دولت‌ها تکلیف کرده است.^۱

بدین‌سان، اکنون اصل قانونمندی شکلی و رعایت تضمین‌های حقوق کیفری در رسیدگی‌های اداری هم رعایت می‌شود (دلما س مارتی، ۱۳۹۸: ۸۳). در این میان، مراجع اختصاصی بین‌المللی خارج از سازوکارهای قضایی تشکیل شده در کشورها، رسیدگی به اختلافات و شکایات شهروندان را از تخلفات دولت‌ها در ساحت‌های قضایی از یکسو، و تخلف دولت‌ها را در سایر حوزه‌های سیاسی اقتصادی از سوی دیگر، پاسخ‌گذاری می‌نمایند.

موضوع پاسخ‌های انتظامی و قلمرو کیفری در سیاست جنایی بین‌المللی، ترکیبی از دو وجه قابل بررسی است؛ از یکسو واکنش‌های سرکوبگر غیر کیفری است که در عرصه بین‌المللی نسبت به متخپیان اعمال می‌شود، و از سوی دیگر ضرورت صیانت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین است که گاهی دولت‌های متعاهد بدون جرم‌انگاری و کیفرگذاری یک رفتار، آن را بزه‌انگاری اداری، انضباطی می‌کنند تا از اعمال دادرسی منصفانه و تضمین حقوق دفاعی متهم که در آیین دادرسی کیفری معمول است، خودداری ورزند.

بدین ترتیب از دیدگاه دیوان اروپایی، دادگاه مفهومی مستقل و فراتر از تعاریف ملی به خود می‌گیرد و می‌تواند به دادگاه‌های نظامی، نهادهای انضباطی، زندان‌ها یا نهادهای انضباطی حرفه‌ای نیز اطلاق شود؛ زیرا در مورد آن‌ها آنچه مدنظر است،

۱. از میان اسناد بین‌المللی تعهدآور، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر از جایگاه مهمی برخوردار است که به دلیل وجود برخی ویژگی‌های مهم آن مانند: وجود ارگان قضایی کنترل رعایت مقررات کنوانسیون به وسیله کشورهای عضو، امکان اعتراض و شکایت مستقیم افراد نزد دیوان اروپایی، سازوکار اجرای مؤثر تصمیمات دیوان و وجود رویه قضایی بسیار غنی آن در تبیین حدود و ثغور تضمینات یادشده و همچنین قلمرو دعاوی مشمول آن، بررسی مباحث مربوط به دادرسی منصفانه در رسیدگی‌های غیر کیفری براساس کنوانسیون و آراء دیوان اروپایی حقوق بشر برای ابهام‌زدایی از بایسته‌های رسیدگی‌های غیر کیفری راهگشا خواهد بود (بابایی، ۱۳۹۲: ۵۹).

عملکرد قضایی این مراجع است، بدون توجه به دیگر وظایف و عملکردهایی که می‌توانند داشته باشند. لذا دادگاه لزوماً به یک مرجع قضایی مصطلح اطلاق نمی‌شود و آنچه مناط اعتبار است، کارکرد و عملکرد قضایی آن است که این مهم در راهبرد ترکیبی سیاست جنایی بین‌الملل، متضمن الزام معنوی و حسب مورد مادی برای دولت‌های ناقضی است که در مراعات حق دادرسی عادلانه مطابق بند ۱ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به عنوان گرانگه تضمینات آیین دادرسی کیفری، مرتکب قصور یا تقصیر شده‌اند.

افزون بر این، تأثیر نهادهای نظارتی بین‌المللی و اتخاذ پاسخ‌های غیر قهرآمیز در ساحت‌های مختلف همچون تحقق مسئولیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل،^۱ حقوق محیط زیست، خسارات تنبیهی در حقوق بین‌الملل، تعلیق عضویت، تعلیق حق رأی، اخراج و... بازدارندگی معتنا بهی دارند.

برای نمونه، ضمانت اجراهای انتظامی در عرصه حقوق بین‌الملل متضمن مجازات‌هایی مانند تعلیق عضویت، تعلیق حق رأی و اخراج است که در حوزه صلاحیت‌های سازمان‌های بین‌المللی قرار می‌گیرد (توحیدی‌فر، ۱۳۸۱: ۱۲). بدین‌سان، این قسم از واکنش‌های ترکیبی که با رعایت تقدم و تأخر نسبت به میزان نقض تعهدات رفتاری دولت متخطی اتخاذ می‌شود، می‌تواند جلوه‌ای از اقتدار سازمان‌ها و راهکاری بازدارنده برای صیانت از نظم جامعه بین‌المللی محسوب شود.

در نهایت، هر عضو ملل متحد که بر نقض و تخطی از اصول مطروحه در منشور ملل متحد تأکید ورزد، به موجب ماده ۶ با تصمیم مجمع عمومی و توصیه شورای امنیت می‌تواند از سازمان اخراج شود. بدیهی است متولیان سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی نیز با تأسی از فرایند آگاهانه و هدفمند، تلفیق انواع پاسخ‌ها را با استفاده حداکثری از ظرفیت‌های غیر قهرآمیز با تأکید بر حفظ روحیه همکاری دولت‌ها مطمح نظر داشته و با رعایت ترتب تدابیر کنشی افزایشی به اقدامات واکنشی توان‌گیر در

۱. از جمله عوامل بازدارنده نقض مقررات بین‌المللی، مفهوم مسئولیت دولت است که خود از سازوکارهای نظم عموم در حقوق بین‌الملل است و ناشی از فعل یا ترک فعلی است که منتهی به نقض یک تعهد یا تکلیف بین‌المللی می‌شود و قابل انتساب به یک دولت است (مافی، ۱۳۹۴: ۱۳۳).

ساحت بین المللی دست می یازند.

بنابراین همان گونه که در نظام عدالت کیفری داخلی، ناتوان سازی مجرمان به کارکرد کیفی های بدنی محدود نیست و گستره گوناگونی از ضمانت اجراهای کیفری همچون تعلیق مراقبتی، صلاحیت زدایی، خدمات عمومی رایگان و... نیز می توانند ناتوان سازنده باشند (رایجیان اصلی، ۱۴۰۱: ۱۷۵)، در عرصه بین المللی نیز تنوع و ترکیب راهبرد مطلوب سازمان ملل متحد برای دولت های عضو ناسازگار منجر به توسعه ابزارهای تنبیهی و جهت گیری های بدیع در قلمرو سیاست جنایی بین المللی ترکیبی بوده است.

با این همه، لازم است سازوکارهایی جهت رسیدگی عادلانه به تخلفات دولت های متخطی در سیاست جنایی بین المللی ترکیبی جهت جلوگیری از خودکامگی یا استبداد برخی دولت ها در تصمیم گیری، که از قدرت بیشتری در عرصه بین المللی برخوردارند، مناط اعتبار قرار گیرد.

نتیجه گیری

اگرچه لازمه تحقق حکمرانی و استقلال کشورها، عدم تفوق مرجع برتر از حاکمیت دولت هاست و این مهم، فرایند بین المللی شدن سیاست جنایی بین المللی را در برخی حوزه ها تحت الشعاع قرار می دهد، اما وضع قواعد حقوقی توأم با ضمانت اجرا در عرصه حقوق بین الملل و سیاست جنایی بین المللی، دستاورد یک روند انکارناپذیر و تکاملی در بستر زمانی بوده است. در این میان، راهبرد ترکیبی در پهنه سیاست جنایی بین المللی می تواند با ترویج اسناد و اندیشه های بین المللی که متضمن پاسداشت کرامت انسانی و آموزه های حقوق بشری در قالب اقدامات کنشی است از یکسو، و بهره مندی از ظرفیت نهادهای الزام آور و مداخله کننده در اعمال متغیرهای کیفری از سوی دیگر، به پاسخ دهی به پدیده بزهکاری بین المللی پردازد.

بازاندیشی در خصوص مفهوم سیاست جنایی بین المللی با تأکید بر راهبرد ترکیبی، به معنای تضعیف ماهیت سیاست جنایی داخلی و حاکمیت کشورها نیست؛ بلکه این مهم متضمن مشارکت همه ملل در مقابله با پدیده بزهکاری بین المللی به عنوان یک

جامعه واحد می‌باشد. روشن است که رعایت قاعده از سهل‌تر به سهل و از سخت به سخت‌تر رفتن در حوزه پاسخ‌گذاری ترکیبی در سیاست جنایی بین‌المللی مناط اعتبار بوده است؛ آن‌چنان که در ماده ۲(۳) منشور سازمان ملل متحد، بر تکلیف دولت‌ها به حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی جهت جلوگیری از به خطر افتادن صلح و امنیت بین‌المللی و عدالت کیفری تصریح شده است و منع توسل به زور نیز در روابط بین‌المللی به عنوان یک قاعده آمره در عرصه حقوق بین‌الملل مطرح نظر قرار گرفته است.^۱ لذا عدم تمرکز بر پاسخ‌های کیفری بین‌المللی و تأکید بر پویایی و تکثر پاسخ‌های اتخاذی از جانب متولیان سیاست جنایی بین‌المللی با استفاده از راهبرد ترکیبی مطرح گردیده و پهنه بزه‌انگاری، پاسخ‌گذاری و فرایند دادرسی را به بدیل‌های تلفیقی با الگویی جامع در سیاست جنایی بین‌المللی رهنمون ساخته است.

راهبرد سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی به دنبال مقابله با بزهکاری ملی و فراملی به ویژه جنایات چهارگانه مندرج در اساسنامه دیوان بین‌الملل کیفری، جرایم تروریستی، جرایم سازمان‌یافته، جرایم اقتصادی، پولشویی، قاچاق مواد مخدر، قاچاق انسان، تأمین مالی تروریسم^۲ و... می‌باشد که ترسیم براین تفکر دولت‌ها نسبت به پدیده بزهکاری و مهندسی این مهم را به نحو شایسته سامان می‌بخشد.

سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی از حیث انطباق با الگوهای مرجع سیاست جنایی، انطباق حداکثری با الگوی مردم‌سالار دارد^۳ که با استحالته هسته مرکزی سیاست جنایی بین‌المللی یعنی حقوق کیفری، به نفع متغیرهای متنوع بدیل، کشورها را به سوی برهم‌کنش ایجابی و توان‌افزا در برابر بزهکاری معطوف می‌نماید. در این میان،

۱. اگرچه در پایان قرن نوزدهم و به ویژه پس از جنگ جهانی اول، جامعه بین‌المللی عزم خود را بر کیفردهی مرتکبان جرایم بین‌المللی جزم کرد، در دهه‌های اخیر، روند بین‌المللی شدن حقوق کیفری شتاب بیشتری یافته است (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۱: ۱۹).

۲. مشهورترین گروه‌های تروریستی که اقدام به تأمین مالی خود از راه‌های پولشویی و جذب حمایت مالی از افراد، نهادها و دولت‌ها می‌نمایند، عبارت‌اند از: داعش، طالبان، القاعده، جبهه النصره که با انجام فعالیت‌های رسانه‌ای در کشورهای غربی - اروپایی، موفق به جذب نیرو و کمک‌های مالی از این کشورها شده‌اند (وزیری و حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۹: ۱۷۵).

۳. همان گونه که سیاست جنایی داخلی دولت‌ها به یک یا چند الگوی سیاست جنایی قربت پیدا کرده و ارجاع می‌دهد (لازرژ، ۱۴۰۰: ۹۰).

پاسخ‌دهی به نحو همگراییِ سلبی و توان‌گیر میان واضعان سیاست جنایی بین‌المللی و داخلی در خصوص جرایمی که مورد وفاق دولت‌ها از حیث شدت و دامنهٔ آسیب به جامعهٔ ملل است، مورد تصدیق و تأیید قرار می‌گیرد^۱ که زمینهٔ پیشگیری علمی از جرم، مراعات حقوق دفاعی متهم، مساعد نمودن توسل به اقدام‌های غیر سالب آزادی، ضمانت اجراهای انتظامی، علت‌شناسی بزهکاری، بازپذیرسازی بزهکاران و در نهایت مجازات را حسب مورد در پیوستار سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی تجویز می‌نماید. اهمیت جایگاه بزه‌دیده نیز در راهبرد ترکیبی بین‌المللی فزونی یافته و در مراحل مختلف محاکمات کیفری بین‌المللی توجه بیشتری به آن می‌شود.

بی‌شک آموزه‌های حقوق بشری و فرایند جهانی شدن منجر به استحالهٔ حاکمیت ملی شده است؛ لذا بی‌توجهی کشورها در انطباق مقررات داخلی با اسناد بین‌المللی و رهیافت‌های علمی سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی، منجر به افول سیاست جنایی ملی و ناکارآمدی نظام عدالت کیفری در عرصهٔ ملی و فراملی خواهد بود. همچنین همسویی نسبی در چارچوب مقررات و آموزه‌های فرهنگی، سیاسی و اجتماعی داخلی، شرایط پویایی و پایایی کشورها را در روابط با سایر ملل و جامعهٔ داخلی از یکسو و مهار پدیدهٔ بزهکاری از سوی دیگر فراهم می‌سازد.

۱. بر این ابتدا، کنوانسیون‌ها، قطع‌نامه‌ها، اصول راهبر و قواعد و مقرره‌های بین‌المللی به دنبال ایجاد نوعی توازن میان حقوق بزهکاران، حقوق بزه‌دیدگان و نیازهای امنیتی جوامع هستند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۹: ۲۴۸).

کتاب‌شناسی

۱. آشوری، محمد، حسین بشیریه، سیدمحمد هاشمی، و عبدالمجید یزدی، *حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت*، زیر نظر محمد آشوری، تهران، خرسندی، ۱۳۹۶ ش.
۲. ابراهیمی، شهرام، «پیشگیری از تکرار جرم از طریق هوش مصنوعی؛ مقتضیات و محدودیت‌ها»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره نوزدهم، شماره ۲۳، بهار و تابستان ۱۴۰۱ ش.
۳. همو، *جرم‌شناسی پیشگیری*، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۴. همو (برگردان)، *مجموعه رویه‌های بین‌المللی پیشگیری از جرم*، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۵. اردبیلی، محمدعلی، «همکاری دولت‌ها با دیوان کیفری بین‌المللی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، سال دهم، شماره ۴۵، بهار و تابستان ۱۳۸۶ ش.
۶. اشرفی، داریوش، «تفسیر جدید از صلح و امنیت بین‌المللی و تأثیر آن بر مفهوم حاکمیت ملی»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، سال پانزدهم، شماره ۴۲، بهار ۱۳۹۳ ش.
۷. بابایی، احسان، *رسیدگی‌های غیرکیفری در پرتو اصول دادرسی منصفانه؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و رویه دیوان اروپایی حقوق بشر*، به راهنمایی علی حسین نجفی ابرندآبادی، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۲ ش.
۸. بابایی، محمدعلی، «جهانی شدن جرم: ضرورتی پیش روی مطالعات و تحقیقات جرم‌شناسی»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، سال هشتم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۰ ش.
۹. بارانی، محمد، *پیشگیری از جرایم جهانی؛ تعهد بین‌المللی دولت‌ها*، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۱۰. توحیدی‌فر، محمد، *ضمانت اجراهای کیفری منشور ملل متحد*، تهران، وزارت امور خارجه، ۱۳۸۱ ش.
۱۱. جمشیدی، علیرضا، *سیاست جنایی مشارکتی*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۱۲. دارابی، شهرداد، «راهبرد ترکیبی در مدل‌های مردم‌سالار و اقتدارگرای فراگیر سیاست جنایی»، *فصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری*، سال سیزدهم، شماره ۱ (پیاپی ۲۵)، بهار و تابستان ۱۴۰۱ ش.
۱۳. همو، «سیاست جنایی ترکیبی ایران در برابر بزهکاری زیست‌محیطی»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، سال هفدهم، شماره ۱۹، بهار و تابستان ۱۳۹۹ ش.
۱۴. دل‌ماس - مارتی، می‌ری، *نظام‌های بزرگ سیاست جنایی*، برگردان علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۱۵. دولاکواستا، خوزه لوئیس، «سیاست جنایی اروپا: نمونه‌ای از بین‌المللی شدن حقوق کیفری در سطح منطقه‌ای»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، مقاله در: *علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)*، چاپ ششم، تهران، سمت، ۱۳۹۶ ش.
۱۶. رایجیان اصلی، مهرداد، *کلیات جرم‌شناسی: محتوا و تحول؛ از دیروز تا امروز*، تهران، نگاه معاصر، ۱۴۰۱ ش.
۱۷. رضوی‌فرد، بهزاد، «بازتولید اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق کیفری بین‌المللی»، در: *دایرة‌المعارف علوم جنایی (مجموعه مقاله‌های تازه‌های علوم جنایی)*، کتاب دوم، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش.
۱۸. همو، «حقوق بین‌الملل کیفری و زمینه‌های شکل‌گیری یک سیاست جنایی بین‌المللی»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، سال هشتم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۰ ش.
۱۹. همو، «محدوده‌ها و جلوه‌های همکاری با دیوان کیفری بین‌المللی با نگاهی به موقعیت جمهوری

- اسلامی ایران»، مقاله در: علوم جنایی تطبیقی در پرتو همکاری های بین المللی (مجموعه مقالات نکوداشت دکتر سیلویا تانیاخ)، به کوشش حسین غلامی، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۲۰. رضوی فرد، بهزاد، و محمد فرجی، «بایستگی جرم انگاری جرایم بین المللی و الگوهای آن»، فصلنامه راهبرد، سال بیست و ششم، شماره ۸۲، بهار ۱۳۹۶ ش.
۲۱. رضوی فرد، بهزاد، و مرضیه دیرباز، «حمایت های حقوقی دیوان کیفری بین المللی از بزه دیدگان»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره ۳، بهار و تابستان ۱۳۹۲ ش.
۲۲. زینالی، امیر حمزه، جهانی شدن حقوق کیفری (در قلمرو حمایت از کودکان در برابر بزه دیدگی)، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۲۳. شاملو، باقر، و عارف خلیلی پاچی، «رویکرد ریسک مدار سیاست جنایی در برابر پولشویی»، دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری، سال یازدهم، شماره ۱ (پیاپی ۲۱)، بهار و تابستان ۱۳۹۹ ش.
۲۴. شاو، مارگارت، «الگوهای بین المللی پیشگیری از جرم»، برگردان شهرداد دارابی، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، سال یازدهم، شماره ۳۴، بهار ۱۳۹۴ ش.
۲۵. شیری، عباس، «سیاست گذاری جنایی از کنترل درونی تا کنترل بیرونی جرم»، فصلنامه سیاست گذاری عمومی، سال چهارم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۷ ش.
۲۶. غلامی، حسین، اصل حداقل بودن حقوق جزا، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۲۷. همو، عدالت ترمیمی، چاپ هشتم، تهران، سمت، ۱۳۹۸ ش.
۲۸. همو، کیفرشناسی؛ کلیات و مبانی پاسخ شناسی جرم، دیپاچه هانس یورگ آلبرشت، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.
۲۹. غلامی، حسین، و امید رستمی غازانی، «زمینه های عدالت ترمیمی در اساسنامه دیوان کیفری بین المللی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره ۴، پاییز ۱۳۹۲ ش.
۳۰. گرامکو، هایک پی.، جک گرین، اینک مارشال، و لیزا بارو، حقوق و سیاست گذاری کارآمد (سیاست گذاری جنایی برای جامعه آسیب دیده)، ترجمه حسین غلامی، تهران، انتشارات ریاست جمهوری، ۱۴۰۰ ش.
۳۱. گسن، رمون، جرم شناسی خیزش های اجتماعی (در باره خیزش های اجتماعی خشونت آمیز حومه های حساس شهرهای فرانسه)، برگردان و پژوهش شهرام ابراهیمی، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.
۳۲. لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ نهم، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۳۳. مافی، همایون، «تأملاتی در باب ضمانت اجرا از منظر حقوق بین الملل عمومی»، دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق تطبیقی، سال اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ ش.
۳۴. مهدوی، داور، قلمرو کیفری در حقوق ایران (دادرسی عادلانه در رسیدگی های غیر قضایی)، دیپاچه محمدعلی بابایی، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۳۵. میرمحمدصادقی، حسین، حقوق جزای بین الملل، چاپ هفتم، تهران، میزان، ۱۴۰۱ ش.
۳۶. میرمحمدصادقی، حسین، و علی رحمتی، «ارتباط و همزیستی دادگاه های مختلط (بین المللی شده) با دیوان کیفری بین المللی و محاکم ملی»، دوفصلنامه آموزه های حقوق کیفری، سال پانزدهم، شماره ۱۵، بهار و تابستان ۱۳۹۷ ش.
۳۷. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «از حقوق جنایی تا علوم جنایی»، دیپاچه در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، چاپ ششم، تهران، سمت، ۱۳۹۶ ش.

۳۸. همو، «بین‌المللی - اساسی شدن اصول حقوق کیفری»، مقاله در: *دانشنامه سیاستگذاری حقوقی*، به کوشش لعیا جنیدی و امیرحسین نیازپور، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.
۳۹. همو، «تحولات جرم‌شناسی بزهکاری یقه‌سفیدها»، دیپاچه در: دارابی، شهرداد، *بزهکاری یقه سرخ‌ها*، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.
۴۰. همو، «جرم‌شناسی در آغاز هزاره سوم»، مقاله در: نجفی ابرندآبادی، علی حسین، و حمید هاشم‌بیگی، *دانشنامه جرم‌شناسی*، چاپ پنجم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۷ ش. (الف)
۴۱. همو، «جنایات بین‌المللی و جرم‌شناسی»، دیپاچه در: سمولرز، آلت، و رولف هاومن، *جرم‌شناسی فراملی؛ به سوی جرم‌شناسی جنایات بین‌المللی*، ترجمه گروهی از پژوهشگران علوم جنایی، به کوشش حمیدرضا نیکوکار، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۴۲. همو، «حقوق کیفری آرای سیاست جنایی در پرتو راهبردهای سیاست عمومی»، مقاله در: *حقوق کیفری پویا (مجموعه مقاله‌ها در پاسداشت استاد دکتر محمدعلی اردبیلی)*، به کوشش نسرین مهرا و امیرحسین نیازپور، تهران، میزان، ۱۴۰۱ ش.
۴۳. همو، «سیاست جنایی در برابر بزهکاری اقتصادی»، مقاله در: استادان و پژوهشگران علوم جنایی، *سیاست جنایی در برابر بزهکاری اقتصادی*، به کوشش امیرحسین نیازپور، تهران، میزان، ۱۳۹۷ ش. (ب)
۴۴. همو، «سیاست جنایی سازمان ملل متحد»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۱۸، زمستان ۱۳۷۵ ش.
۴۵. همو، «مسئولیت کیفری بین‌المللی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۱۵، بهار ۱۳۷۳ ش.
۴۶. وزیر، وحید، و محمدعلی حاجی ده‌آبادی، «بررسی جرم‌شناختی تأمین مالی تروریسم»، *فصلنامه پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی*، سال یازدهم، شماره ۴۳ (ویژه‌نامه)، تابستان ۱۳۹۹ ش.
47. Keenan, Patrick J., "The New Deterrence: Crime and Policy in the Age of Globalization", *Iowa Law Review*, Vol. 91(2), January 2006.
48. Ron, James & Howard Ramos & Kathleen Rodgers, "Transnational Information Politics: NGO Human Rights Reporting, 1986-2000", *International Studies Quarterly*, Vol. 49(3), September 2005.

امکان سنجی قاچاق کالا و ارز در خصوص دستگاه‌های استخراج رمزارز و مبادلات رمزارزها: مسائل قانونی و رویه‌های عملی*

- زهرا ساکیانی^۱
- سیدعباس واعظی^۲

چکیده

موضوع رمزارزها و مسائل مرتبط با آن از جمله موضوعاتی است که به دلیل ماهیت ویژه و منافع و هزینه‌های قابل توجهی که دارد، نیازمند تعیین تکلیف در سطح حاکمیتی است. هرچند از سال ۱۳۹۶ و به ویژه از سال ۱۳۹۸، موضوع مقررات‌گذاری درباره رمزارزها در دستور کار قوه مجریه قرار گرفت، اما در شرایط عدم وجود قوانین مدون در این خصوص، نحوه مواجهه با فعالیت‌های مرتبط با این حوزه از جمله استخراج و مبادلات، در حوزه‌های مختلف مقررات‌گذاری و رسیدگی به جرائم و تخلفات با مشکلاتی مواجه شد. مقاله حاضر که با روش توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اسناد موجود صورت گرفته، در صدد است مبتنی بر قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و اصلاحات آن، بعضی

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۱۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۰۸.

۱. دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
(zah.sakiani@gmail.com).

۲. دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (vaeziseyyedabbas@gmail.com).

عناوین مجرمانه‌ای را که در بستر اقدامات فعالان بازار رمزارزها قابلیت تحقق دارند، به صورت شفاف تبیین نماید و رویه‌های عملی شکل گرفته در بعضی شعب تعزیرات در خصوص نحوه مواجهه با اقدامات فعالان این حوزه را تشریح و نقد نماید. یافته‌ها نشان می‌دهند که عدم تصویب قوانین و موضع‌گیری‌های بعضاً متفاوت مقامات قوای مجریه و قضاییه نسبت به موضوع و مغایرت بعضی از مصوبات با قوانین عام موجود، منجر به بروز مشکلاتی در حوزه مبارزه با قاچاق کالا و ارز شده است که ضرورت دارد در سیاست‌گذاری‌های آتی مورد توجه قرار گیرند. نتایج حاکی از آن است که بعضی تخلفات قاچاق کالا در مصوبات قوه مجریه، برخلاف قوانین، مورد تخلف‌زدایی قرار گرفته و موضوع قاچاق ارز به دلیل عدم توجه به تفاوت رمزارزها با مفاهیم مشابه آن، به درستی تبیین نشده است.

واژگان کلیدی: قاچاق کالا، قاچاق ارز، رمزارز، ماینر، استیبل کوین.

مقدمه

استفاده از ارزهای دیجیتال و به صورت خاص رمزارزها در سطح جهانی در حال گسترش روزافزون است. این پدیده به ویژه به دلیل شرایط تورمی بسیاری از کشورها و رشد چشمگیر قیمت بیت کوین که در سال ۲۰۱۷ میلادی اتفاق افتاد، در مرکز توجه قرار گرفت. رمزارزها علی‌رغم اینکه مفهوم نسبتاً جدیدی هستند، مقبولیت زیادی در بازارها پیدا کرده‌اند و به سرعت در حال توسعه هستند. همچنین به عنوان یک شاخه تحقیقاتی و بازار نوظهور، پیشرفت قابل توجهی داشته‌اند (Fang et al., 2022: 1).

در حوزه مقررات‌گذاری در خصوص رمزارزها در سطح بین‌المللی، بعضی کشورها رویکرد ممنوعیت کلی را در پیش گرفته و برخی تنها یک یا چند وجه از ابعاد رمزارز را ممنوع کرده‌اند. برخی نیز با آغوش باز به استقبال این پدیده رفته و بعضی هم موضع خاصی در این خصوص اتخاذ نکرده‌اند (میثمی و بیابانی، ۱۳۹۹: ۲۱). در کشور ما، مقررات‌گذاری در این حوزه از سال ۱۳۹۶ به تدریج آغاز و با کندی به پیش رفت. به دلیل عدم وجود قوانین مشخص در این زمینه، حوزه‌های مختلف مرتبط با رمزارزها از جمله واردات دستگاه‌های استخراج و مبادلات رمزارزها به دلیل ماهیت پیچیده و

هزینه‌ها و منافع قابل توجه این پدیده با واکنش‌های مختلفی مواجه گردیدند. از یکسو با توجه به قابلیت‌هایی که رمزارزها در حوزه‌های اقتصادی ایجاد می‌کنند، از جمله ایجاد اشتغال، امکان درآمدزایی در مدت کوتاه‌تر نسبت به سایر صنایع، فرصت‌هایی که برای کسب درآمد توسط دولت‌ها ایجاد می‌کنند، مانند اخذ مالیات، درآمد ناشی از فروش انرژی، تشویق افراد برای احداث نیروگاه، استفاده در مبادلات بین‌المللی و به ویژه امکانی که به دلیل گمنامی برای استفاده در شرایط تحریم کشور دارند،^۱ حمایت از آن‌ها از سوی برخی در دستور کار قرار گرفت. از سوی دیگر با توجه ابهامات موجود در خصوص آینده این پدیده، خطرات بالقوه‌ای که ایجاد می‌کند، مانند عدم امکان احراز هویت معامله‌گران به صورت کامل و تسهیل وقوع جرائم مختلف از جمله پولشویی، تضعیف پول ملی و کاهش تأثیرگذاری دولت‌ها و بانک‌های مرکزی بر اقتصاد کشورها، با مقاومت برخی دیگر مواجه شد؛ چرا که بدون تردید یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌های قدرت نظام‌های سیاسی، بازیگرانی اقتصادی آن‌هاست (شاملو و خلیلی پاجی، ۱۳۹۹: ۱۴۷) و شناسایی رمزارزها در نظام اقتصادی کشورها می‌تواند چالش‌هایی را در این حوزه به دنبال داشته باشد.

به هر حال، مقررات‌گذاری در این حوزه توسط قوه مجریه آغاز گردید. مصوبه شورای عالی مبارزه با پولشویی (۱۳۹۶/۱۰/۰۹)، اطلاعیه گمرک جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۸/۰۴/۲۲)، آیین‌نامه اجرایی چگونگی استخراج فرآورده‌های پردازشی رمزنگاری شده (۱۳۹۸/۰۵/۱۳)، دستورالعمل صدور جواز تأسیس و پروانه بهره‌برداری برای فعالیت استخراج رمزارز (۱۳۹۸/۰۸/۲۲)، مصوبه هیئت وزیران در خصوص تکلیف دارندگان دستگاه‌های استخراج رمزارز نسبت به ثبت مشخصات هویتی خود و دستگاه‌هایی که تحت مالکیت آن‌ها می‌باشد (۱۳۹۹/۰۴/۰۸)، مصوبه هیئت وزیران در خصوص الحاق یک تبصره به بند ۱ تصویب‌نامه مورخ ۱۳۹۸/۰۵/۱۳ (۱۳۹۹/۰۷/۱۳)،

۱. یکی از مواردی که این کاربرد در مقررات رسمی مورد توجه قرار گرفته است، ماده ۷ آیین‌نامه واردات خودرو ابلاغی ۱۴۰۱/۰۵/۲۶ است که بر اساس آن، «منابع ارزی مورد نیاز این تصویب‌نامه از محل ارز حاصل از صادرات، رمزارزی، ... و سایر منابع مورد تأیید بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تأمین خواهد شد».

دستورالعمل خوداظهاری دارندگان دستگاه‌های رمزارز قاچاق (۱۳۹۹/۰۸/۲۰)، مقررات تأمین برق مراکز استخراج رمزارزها (مصوب آبان‌ماه ۱۳۹۸ و اصلاحی فروردین‌ماه ۱۴۰۰)، اصلاحیه دستورالعمل صدور مجوز فعالیت استخراج رمزارزها (۱۴۰۰/۰۱/۲۵)، آیین‌نامه استخراج رمزارزهایی‌ها (ابلاغی ۱۴۰۱/۰۸/۲۳) و... از جمله مقرراتی بودند که به تصویب نهادهای مختلف از جمله هیئت وزیران، وزارت صنعت، معدن و تجارت، وزارت نیرو و ستاد مبارزه با قاچاق کالا و ارز رسیدند.

چنان که مشخص است، عمده مواردی که ذکر شد، مرتبط با استخراج رمزارزهاست و به نظر می‌رسد تنظیم‌گری فعالیت‌های مرتبط با رمزارزها با نگاهی جامع صورت نگرفته که سبب شده است فعالان بخش‌های مهم دیگری همانند مبادله رمزارزها، صرافی‌ها، بخش عرضه اولیه یا تأمین مالی شرکت‌ها توسط رمزارزها، کسب و کارهای مرتبط و بخش‌های دیگر در سردرگمی به سر برند (مرکز بررسی‌های استراتژیک ریاست‌جمهوری با همکاری مرکز ملی فضای مجازی، ۱۳۹۹: ۱۳). با توجه به عدم تعیین تکلیف در خصوص مسائل مرتبط با رمزارزها در سندی مشخص، تحلیل بعضی جرائم قابل ارتکاب در این حوزه بر اساس مبانی قانونی و رویه‌های عملی موجود ضرورت دارد. در این راستا با توجه به مقررات مصوب هیئت وزیران و ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز و ایرادات و مغایرت‌های احتمالی این مصوبات با قانون مبارزه با قاچاق در حوزه واردات دستگاه‌های استخراج (ماینها)، به نظر می‌رسد امکان‌سنجی انطباق واردات دستگاه‌های استخراج با قوانین عام موجود، امری ضروری باشد. از سوی دیگر، با عنایت به ماهیت رمزارزها و تفاوت‌های آن با مفاهیم مشابه و مفهوم حقوقی ارز، لازم است در خصوص امکان وقوع قاچاق ارز در بستر مبادلات رمزارزها بر اساس قوانین موجود، تحلیل‌هایی صورت گیرد. لذا در مقاله پیش رو، موضوعات مرتبط با واردات دستگاه‌های استخراج و مبادلات رمزارزها بر اساس قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و اصلاحات آن در سال ۱۴۰۰ و قانون امور گمرکی، مورد تحلیل قرار می‌گیرند. به این ترتیب که در ابتدا امکان انطباق عنوان قاچاق کالا بر واردات دستگاه‌های استخراج و جرائم مشابه و مرتبط با قاچاق، و بعضی رویه‌های عملی که به استناد مصوبات قوه مجریه در زمینه دستگاه‌های وارداتی به صورت قاچاق شکل گرفت، بررسی می‌شوند. سپس در خصوص انطباق

عنوان قاچاق ارز بر مبادلات رمزارزها و به صورت گسترده‌تر، ارزهای دیجیتال، تحلیل‌هایی ارائه خواهد شد.

۱. قاچاق دستگاه‌های استخراج رمزارز

استخراج رمزارز فرایندی است که طی آن، تراکنش‌ها تأیید و به زنجیره بلوک اضافه می‌شوند. دستگاه‌هایی که برای محاسبه به کار می‌روند، ماینر^۱ نامیده می‌شوند (Li et al., 2019: 5). قاچاق کالا و ارز نیز به موجب بند الف ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، هر فعل یا ترک فعلی است که موجب نقض تشریفات قانونی مربوط به ورود و خروج کالا و ارز گردد و بر اساس این قانون یا سایر قوانین، قاچاق محسوب و برای آن مجازات تعیین شده باشد. همچنین بر اساس بند الف ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی، یکی از مصادیق جرم قاچاق گمرکی عبارت است از:

«کالایی که از مسیر غیر مجاز یا بدون انجام تشریفات گمرکی به قلمرو گمرکی وارد یا از آن خارج گردد. همچنین کالاهایی که بدون انجام تشریفات گمرکی یا از مسیرهای غیر مجاز وارد کشور شود و در داخل کشور کشف گردد».

بر اساس این بند می‌توان میان دو دسته از ماینرها که تا قبل از تعیین ردیف تعرفه گمرکی در تیرماه ۱۳۹۸ برای ماینرها وارد کشور شدند، تفکیک قائل شد. دسته اول، ماینرهایی بودند که از اسکله‌ها، لنگرگاه‌ها، فرودگاه‌ها و راه‌های غیر مجاز وارد قلمرو گمرکی شدند و دسته دوم، ماینرهایی بودند که تا قبل از تیرماه ۱۳۹۸ از مسیرهای مجاز وارد کشور شدند، اما به دلیل عدم وجود تعرفه گمرکی برای واردات آن‌ها، تحت کدهای تعرفه دیگر از قبیل پردازنده اظهار شدند.

در خصوص این دو دسته باید گفت دسته اول که از مسیرهای غیر مجاز به کشور وارد شدند، به طور قطع مشمول عنوان قاچاق هستند؛ اما در مورد دسته دوم که از مسیرهای مجاز به کشور وارد و تحت عنوان کالاهای دیگر اظهار شدند، با توجه به عدم وجود کد تعرفه مشخص تا تیرماه ۹۸ و عدم ممنوعیت واردات ماینرها، به سختی می‌توان

1. Miner.

آن‌ها را مشمول عنوان مجرمانه قاچاق قرار داد، مگر در موارد مشخصی از جمله بیرون بردن تجهیزات استخراج از اماکن گمرکی به صورت کلی بدون اظهار یا بدون پرداخت یا تأمین حقوق ورودی (بند پ ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی)، همراه بودن دستگاه‌ها با کالاهای اظهارشده چنانچه در اسناد تسلیمی به گمرک ذکرى از آن‌ها نشده باشد و با کالاهای اظهارشده غیر هم‌نوع باشند (بند ج ماده ۱۱۳)، اظهار دستگاه‌ها با ارائه اسناد یا مجوزهای جعلی (بند پ ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز).

به هر روی، حجم انبوه ماینرهای وارداتی و گسترش فراوان مزارع غیر مجاز استخراج رمزارز در چند سال اخیر به ویژه سال‌های ۱۳۹۹ و ۱۴۰۰ که بخشی از مشکلات تأمین برق کشور در ماه‌های تابستان نیز به آن نسبت داده می‌شد، سبب طرح بسیاری از پرونده‌های مرتبط با قاچاق دستگاه‌های استخراج رمزارز در مراجع قضایی و شبه قضایی گردید. با توجه به اینکه به موجب ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، تنها رسیدگی به جرائم قاچاق کالا و ارز سازمان‌یافته و حرفه‌ای، قاچاق کالاهای ممنوع و قاچاق کالا و ارز مستلزم حبس و یا انفصال از خدمات دولتی، در صلاحیت دادسرا و دادگاه انقلاب است و سایر پرونده‌های قاچاق کالا و ارز، تخلف محسوب شده و رسیدگی به آن‌ها در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی است، لذا رسیدگی به قاچاق ماینرها جز در موارد مذکور در ماده فوق، بر عهده سازمان تعزیرات حکومتی است که مرجعی شبه قضایی به حساب می‌آید و زیرمجموعه وزارت دادگستری است.

پس از ارجاع تعداد بسیار زیادی از پرونده‌های مرتبط با قاچاق و نگهداری ماینرهای قاچاق به شعب مختلف تعزیرات حکومتی در سراسر کشور، هیئت وزیران در تیرماه ۱۳۹۹، مصوبه‌ای را به استناد اصل ۱۳۸ قانون اساسی تصویب نمود که بر اساس آن، چنانچه دارندگان دستگاه‌های استخراج رمزارز، ظرف یک ماه از زمان اعلام وزارت صنعت، معدن و تجارت، نسبت به ثبت مشخصات هویتی خود به همراه تعداد و نوع دستگاه‌هایی که در مالکیت آن‌هاست در سامانه‌ای که وزارت صمت تعیین می‌کند، اقدام کنند و کلیه حقوق و عوارض دولتی را پرداخت نمایند، سازمان تعزیرات حکومتی، پرونده‌های موجود را بر اساس دستورالعمل موضوع تصویب‌نامه که ظرف یک ماه به تصویب ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز می‌رسد، تعیین تکلیف می‌کند.

دستورالعمل مذکور نیز در آبان‌ماه ۱۳۹۹ با عنوان «خوداظهاری دارندگان دستگاه‌های رمزارز قاچاق» به تصویب ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز و امضای رئیس‌جمهور رسید و بر اساس آن مقرر شد شعب تعزیرات حکومتی، پرونده‌های قاچاق دارندگان دستگاه‌های قاچاق را که تا یک ماه از تاریخ اعلام وزارت صمت، نسبت به ثبت مشخصات هویتی خود به همراه تعداد، نوع، مشخصات فنی، مدل و شماره سریال دستگاه‌ها در سامانه بهین‌یاب اقدام نموده و حقوق و عوارض دولتی را پرداخت نمایند، مختومه کنند.

۱-۱. نقد مصوبات هیئت وزیران و ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق در خصوص

تخلف‌زدایی از قاچاق ماینرها

اگرچه در صورتی که راهبرد حاکمیت در جهت تسهیل و گسترش استخراج رمزارزها و استفاده از مزیت‌های آن‌ها باشد، مصوبات فوق‌الذکر قابلیت توجیه پیدا می‌کنند،^۱ اما

۱. یکی از بزرگ‌ترین چالش‌های مقررات‌گذاری در حوزه رمزارزها یا رمزداری‌ها نیز همین بده - بستان میان هزینه‌ها و فواید رمزارزهاست. بدیهی است که یکی از مهم‌ترین چالش‌های این حوزه، گمنامی و عدم امکان احراز هویت در معاملات رمزارزها به صورت کامل و امکانی است که برای ارتکاب جرائم مختلف فراهم می‌آورند؛ برای مثال، بیت‌کوین به صورت گسترده به عنوان وسیله‌ای برای انتقال سریع و گمنام پول به کار می‌رود. در شرایط عدم وجود قدرت ناظر مرکزی، نگرانی‌هایی درباره مشروعیت منشأ و نیز مقصد وجوه مورد انتقال وجود دارد (Dupuis & Gleason, 2020: 4). یکی دیگر از ملاحظات اقتصادی مرتبط با رمزارزها این است که در صورت سودآور بودن و صرفه اقتصادی استخراج رمزارزها، افراد زیادی به سمت انجام این فعالیت سوق داده می‌شوند که می‌تواند سبب شود کارگاه‌ها و کارخانه‌های تولیدی به سمت فعالیت‌های استخراج متمایل شوند و ظرفیت تولید حقیقی کاهش یابد. از سوی دیگر باید توجه داشت که صنعت استخراج می‌تواند فرصت‌های زیادی نیز ایجاد کند؛ برای مثال، صنعت استخراج نسبت به سایر صنایع، به زمان کوتاه‌تری جهت انجام امور عمرانی و استقرار راه‌اندازی تجهیزات نیاز دارد و در زمان کوتاه‌تری امکان درآمدزایی را ایجاد می‌کند. همچنین با توجه به اقبال مردم به سرمایه‌گذاری و خرید و فروش در این حوزه، چنانچه استخراج در داخل کشور انجام نشود یا پاسخگوی میزان تقاضای داخلی نباشد، ناگزیر برای خرید آن‌ها باید ارز از کشور خارج شود؛ اما در صورت انجام استخراج در کشور، به جای خروج ارز از کشور، امکان تبدیل ریال به رمزارزها وجود دارد که در این شرایط، احراز هویت خریداران و انجام تدابیر مبارزه با پولشویی نیز ساده‌تر خواهد بود. فرصت‌هایی که جهت کسب درآمد برای دولت ایجاد می‌شود، از قبیل درآمدهای ناشی از اخذ مالیات و درآمدهای ناشی از فروش انرژی و نیز تشویق اشخاص برای احداث نیروگاه‌های جدید و افزایش ظرفیت تولید برق، از دیگر مزایای صنعت استخراج هستند.

نکته اساسی در تصویب این مقررات، مخالفت آن‌ها با نص صریح قانون است. مطابق با ماده ۳ اصلاحی قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مصوبات ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز، به سیاست‌گذاری در حوزه امور اجرایی، پیشگیری و مبارزه با قاچاق کالا و ارز و برنامه‌ریزی، هماهنگی و نظارت در این موارد محدود می‌شود و طبیعتاً نمی‌تواند به صدور مصوباتی مغایر با قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و یا تصویب مصوبات ماهوی پردازد (شاملو، خلیلی پاجی و پرهیزکاری، ۱۴۰۱: ۸۲). همچنین براساس اصل ۱۳۸ قانون اساسی، هیئت وزیران حق دارد برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری، به وضع تصویب‌نامه و آیین‌نامه پردازد. صرف نظر از اینکه آیا تعیین تکلیف پرونده‌ها در شعب تعزیرات حکومتی را می‌توان از مصادیق موارد مقرر در اصل ۱۳۸ دانست یا خیر، در ادامه این اصل مقرر گردیده است که مفاد مقررات مذکور نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد و تأکید شده است که تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولت، ضمن ابلاغ برای اجرا به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی می‌رسد تا چنانچه آن‌ها را بر خلاف قوانین بیابد، با ذکر دلیل برای تجدیدنظر به هیئت وزیران بفرستد.^۱

در خصوص مصوبات هیئت وزیران و ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز، سؤال اساسی که به ذهن می‌رسد این است که آیا هیئت وزیران و ستاد مبارزه با قاچاق کالا و ارز می‌توانند پس از تحقق تخلف یا رفتار مجرمانه - ولو با تعیین شرط پرداخت حقوق و عوارض گمرکی - عنوان قاچاق را زائل کنند؟ به عبارت دیگر، زمانی که دستگاه‌های ماینر از مسیرهای غیر مجاز به قلمرو گمرکی وارد شد، بر اساس بند الف ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی، قاچاق محقق شده است. به موجب تبصره همین ماده، منظور از مسیر غیر مجاز، مسیرهایی غیر از موارد مندرج در تبصره ۱ ماده ۱۰۳ این قانون

۱. رئیس مجلس شورای اسلامی، در نامه شماره ۵۱۴۹/ه‌ب مورخ ۱۴۰۲/۰۱/۲۸، در انجام تکلیف مقرر در اصل ۱۳۸ و با استناد به صدر ماده واحده و تبصره ۴ الحاقی به قانون نحوه اجرای اصل ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اصلاحات بعدی و ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی آن، تبصره ۴ ماده ۲ آیین‌نامه استخراج رمزارایی‌ها را که بر صدور مجوز استخراج رمزارایی توسط وزارت صنعت، معدن و تجارت یا سازمان‌های مناطق آزاد تجاری - صنعتی و ویژه اقتصادی صراحت دارد، مغایر قانون و هرگونه فعالیت مربوط به استخراج رمزارایی را نیازمند اخذ مجوز از بانک مرکزی دانسته است.

است. همچنین دستگاه‌هایی که پس از تعیین تعرفه گمرکی در سال ۱۳۹۸، تا پایان فرصت یک‌ماهه وزارت صمت در بهمن‌ماه ۱۳۹۹، بدون رعایت تشریفات وارد کشور شده‌اند، کالای قاچاق به حساب می‌آیند. حال آیا هیئت وزیران می‌تواند پس از نقض تشریفات قانونی و ورود دستگاه‌ها از مسیرهای غیر مجاز و تحقق قاچاق، با تصویب یک مصوبه، مرتکبان قاچاق را ملزم به پرداخت حقوق و عوارض گمرکی نماید و شعب تعزیرات حکومتی را مکلف کند که در صورت پرداخت حقوق و عوارض دولتی، پرونده‌های قاچاق را مختومه کنند؟

پاسخ به سؤال فوق، منفی به نظر می‌رسد و مصوبات هیئت وزیران نباید برخلاف قوانین باشد و این مصوبات نمی‌تواند از عملی که بر اساس قانون، جرم یا تخلف دانسته شده است، تخلف‌زدایی یا جرم‌زدایی کند و این موارد، نیازمند تصویب قانون هستند. بنابراین این مصوبات علی‌القاعده نباید بتوانند عنوان قاچاق را منتفی نمایند؛ اما به هر روی، این مصوبات به تصویب رسیدند و مورد اشکال قرار نگرفتند. در نتیجه، برخی از شعب بدوی و تجدیدنظر تعزیرات حکومتی، در عمل، بر اساس مقررات فوق عمل نمودند و پرونده‌دارندگان ماینرهای قاچاق که در فاصله زمانی ۱۳۹۹/۱۰/۰۵ تا ۱۳۹۹/۱۱/۰۵ اقدام به ثبت‌نام در سامانه بهین‌یاب و پرداخت حقوق و عوارض دولتی نموده بودند، بر خلاف قانون مختومه شدند.^۱ لازم به ذکر است که بر اساس دستور

۱. برای مثال در یکی از آرای شعبه تجدیدنظر ویژه رسیدگی به امور قاچاق کالا و ارز استان کرمانشاه ذکر شده است: «نظر به اینکه در راستای دستورالعمل موضوع مواد ۴ و ۵ تصویب‌نامه شماره ۳۹۲۲۸/ت/۵۷۳۷۳ ه مورخ ۹۹/۰۴/۱۵ هیئت محترم وزیران در خوداظهاری دارندگان دستگاه‌های رمزارز قاچاق... متهم دقیقاً منطبق بر بخشنامه‌های صادره نسبت به ثبت و پرداخت عوارض به شماره یکتای... اقدام نموده است، اعضای شعبه ضمن نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته به استناد ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲، قرار موقوفی تعقیب صادر و مستنداً به مواد ۱۴۸ قانون موصوف و ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی و رعایت ماده ۵۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، رأی به استرداد عین کالا مثل یا بهای آن به مالکین صادر می‌گردد».

همچنین در رأی دیگر آمده است: «... با توجه به نسخ مجازات جزای نقدی دارندگان دستگاه‌های رمزیاب در صورت پرداخت حقوق و عوارض دولتی موضوع دستورالعمل اجرایی ستاد مبارزه با قاچاق کالا و ارز با شماره ۹۹/۳۳۲۴۸ مورخ ۹۹/۰۹/۰۱ و دستورالعمل اجرایی مواد ۴ و ۵ تصویب‌نامه شماره ۳۹۲۲۸/ت/۵۷۳۷۳ ه ۹۹/۰۴/۱۵ هیئت وزیران... به استناد ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲، قرار موقوفی تعقیب متهم از مجازات صادر می‌گردد».

دادستانی کل کشور در تاریخ ۱۴/۰۷/۱۴۰۰، بخشنامه‌ای خطاب به دادستان‌های سراسر کشور صادر شد که بر اساس آن، هر گونه آزادسازی تجهیزات غیر مجاز استخراج رمزارز که توسط دستگاه‌های نظارتی کشف و ضبط شده و یا در آینده کشف و ضبط می‌شود، تا زمان تصویب لایحه مرتبط با نحوه تأمین برق مراکز مجاز رمزارزها و برخورد با مراکز غیر مجاز در مجلس شورای اسلامی، ممنوع گردید.

به این ترتیب، با پرداخت حقوق و عوارض گمرکی پس از وقوع قاچاق، بعضی شعب تخلفات مذکور را کأن لم یکن تلقی نمودند؛ امری که از سوی قضات شعب تجدیدنظر ویژه رسیدگی به پرونده‌های قاچاق، در تقابل با اصل ۱۷۰ قانون اساسی نیز به حساب می‌آید. قضات شعب تجدیدنظر به منظور اعمال نظارت قضایی بر پرونده‌های قاچاق در سازمان تعزیرات حکومتی، از میان قضات دارای پایه ۹ قضایی و با ابلاغ رئیس قوه قضائیه منصوب می‌شوند. بر اساس اصل ۱۷۰ قانون اساسی، قضات دادگاه‌ها مکلف‌اند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است، خودداری کنند و هر کس می‌تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند.

ممکن است گفته شود که تصویب این مصوبات در صلاحیت قوه مجریه قرار داشته است؛ زیرا در غیر موارد مذکور در ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، یعنی قاچاق سازمان‌یافته و حرفه‌ای، قاچاق کالاهای ممنوع و قاچاق مستلزم حبس یا انفصال از خدمات دولتی، سایر پرونده‌های قاچاق، تخلف محسوب شده و رسیدگی به آن‌ها در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی است. لذا قوه مجریه صلاحیت تخلف‌زدایی از این مقررات را داشته است؛ در حالی که این استدلال پذیرفتنی نیست.

چنانچه گفته شود با واگذاری عمده صلاحیت رسیدگی به سازمان تعزیرات حکومتی، به نوعی قضازدایی صورت گرفته، و با توجه به اینکه پرونده‌های مطرح در شعب سازمان تعزیرات حکومتی، عنوان تخلف (ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز) دارند، به نوعی جرم‌زدایی انجام شده است (اجتهادی و شعبانی ورکانی، ۱۳۹۹: ۵۹)، لذا هیئت وزیران صلاحیت تعیین تکلیف در خصوص این تخلفات را دارد، باید گفت بر اساس ماده ۶۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز اصلاحی، «تمامی احکام و قواعد عمومی مربوط به

جرائم و تخلفات موضوع این قانون به غیر از موارد پیش‌بینی شده، مطابق قانون مجازات اسلامی است». لذا اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها در خصوص تخلفات قاچاق نیز وجود دارد. با توجه به ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی که به موجب آن، «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آن‌ها باید از طریق دادگاه صالح، به موجب قانون و با رعایت شرایط و کیفیات مقرر در آن باشد» و نیز ماده ۶۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز باید گفت حکم به تخلفات موضوع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، به موجب قانون است و لذا تغییر در احکام نیز باید به موجب قانون صورت گیرد، نه مصوبات هیئت وزیران.

چنانچه هیئت وزیران در خصوص تخلفات قابل رسیدگی در قانون‌های مختلف، اختیار تغییر داشت، تصریح مذکور در ماده ۲۸ قانون مجازات اسلامی بلاوجه بود که مقرر می‌دارد:

«کلیه مبالغ مذکور در این قانون و سایر قوانین از تاریخ تصویب آن‌ها در مورد تمام جرائم و تخلفات از جمله مجازات نقدی به تناسب نرخ تورم اعلام شده از سوی بانک مرکزی هر سه سال یک بار به پیشنهاد وزیر دادگستری و تصویب هیئت وزیران تعدیل و در مورد احکامی که بعد از آن صادر می‌شود، لازم‌الاجرا می‌گردد».

زیرا با پذیرش استدلال فوق، هیئت وزیران در خصوص تخلفات قابل رسیدگی در زیرمجموعه‌های خود اختیار مطلق داشت و نیازی به تصریح در خصوص تعدیل جزای نقدی در قانون نبود.

به هر روی، فرصت پرداخت حقوق و عوارض دولتی برای ماینرهایی که به صورت قاچاق وارد کشور شده بودند، خاتمه یافته است و با توجه به مخالفت مصوبه هیئت وزیران و ستاد مبارزه با قاچاق کالا و ارز با قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی، در خصوص ابطال مصوبات فوق در دیوان عدالت اداری شکایت شده، اما هنوز رأی در این خصوص صادر نشده است.

در نهایت در مصوبه شماره ۲۰۴۴۸۳/۰۰/ص مورخ ۱۴۰۰/۱۱/۱۰ ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز، در مورد ماینرهایی که رأی برائت در خصوص آن‌ها صادر شده است مقرر گردید:

«اگر ماینرها دارای استاندارد و سایر مجوزهای قانونی لازم باشند، به مالکین آن مسترد می‌شوند و اگر فاقد مجوزهای لازم باشند، سازمان تا ۳ ماه نسبت به نگهداری ماینرها اقدام و چنانچه مجوزهای لازم از سوی صاحبین کالا ارائه نشود، نسبت به ضبط ماینرها به نفع دولت اقدام می‌گردد. همچنین اگر ماینرها فاقد استاندارد باشند، نسبت به صادرات با اخذ تضمین اقدام می‌شود و اگر در مزایده به شرط صادرات به فروش نرفت، ظرف مهلت ۳ ماه به نفع دولت ضبط می‌گردد»^۱.

سرانجام حجم بالای ماینرهای موجود در انبارهای سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی، سبب گردید به منظور تعیین تکلیف کالاهای مذکور، جلسه کارگروه بند چ ماده ۱۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز تشکیل، و پس از اظهارنظر و تأیید معاونت دادستانی قوه قضاییه، در تاریخ ۱۴۰۰/۱۱/۲۷، شرایط فروش ماینرها در مصوبه ۱۴۰۰/۱۴۰۰/۹۸۴۵۸/۹۰۰ تعیین گردد که با ملاحظه بندهای این مصوبه، فراقانونی بودن آن نیز مشخص می‌شود (شاملو، خلیلی پاجی و پرهیزکاری، ۱۴۰۱: ۷۷).

۲-۱. جرائم مشابه و مرتبط با قاچاق در خصوص دستگاه‌های استخراج

رمزارز

در این قسمت به بیان جرائم پرداخته می‌شود که بر اساس قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، با قاچاق ارتباط دارند، یا قاچاق نیستند، اما تکالیف خاصی برای خرید، فروش، حمل یا نگهداری آن‌ها مقرر شده است و در خصوص دستگاه‌های استخراج قابلیت تحقق دارند.

۱. <<https://blog.bittestan.com/wp-content/uploads/2022/02/minerhay-ghachagh.pdf>>. در خصوص ضبط کالاهایی که رأی براءت درباره آن‌ها صادر شده است، اما مجوزهای قانونی لازم را اخذ نکرده‌اند، علاوه بر اینکه مشخص نیست منظور از مجوزهای لازم دقیقاً چیست، به نظر می‌رسد ضبط اموال و سلب مالکیت با مشکل مواجه باشد؛ چرا که بر اساس اصل ۴۷ قانون اساسی، مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد، محترم است و ضوابط آن را قانون معین می‌کند. با توجه به اینکه نمی‌توان مالکیت مال مشروعی را که از راه مشروع تحصیل شده باشد، از مالک آن سلب کرد، و با عنایت به اینکه با صدور رأی براءت، فرض بر این است که مال و طریق تحصیل آن، دارای مشروعیت هستند، به نظر می‌رسد این مصوبه ستاد مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز خلاف شرع و قانون، و قابل ابطال در دیوان عدالت اداری باشد (برای مشاهده سایر ایرادات حقوقی و موارد مغایرت این مصوبه با قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، ر.ک: شاملو، خلیلی پاجی و پرهیزکاری، ۱۴۰۱: ۶۳-۸۶).

اولین موردی که قابل طرح است، تبصره ۴ ماده ۱۸ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز می‌باشد که بر اساس آن، خرید، فروش، حمل یا نگهداری کالاهایی که موضوع قاچاق قرار می‌گیرند، به صورت تجاری خارج از ضوابط تعیینی دولت، تخلف محسوب می‌شود. به موجب دستورالعمل این تبصره اصلاحی سال ۱۳۹۷، کالای موضوع قاچاق، کالای تولید داخل یا وارداتی است که به صورت تجاری و بر خلاف ضوابط تعیینی دولت، خرید، فروش، حمل یا نگهداری می‌شود؛ یعنی بر اساس این تبصره و دستورالعمل موضوع آن، بعضی کالاهای تولید داخل یا کالاهایی که طبق ضوابط قانونی وارد کشور شده‌اند، باید بر اساس ضوابطی مشخص، خرید، فروش، حمل یا نگهداری شوند و در غیر این صورت، مشمول ضمانت اجرای ضبط و جریمه نقدی خواهند شد.^۱ چنان که مشخص است، در این ماده، تعیین ضوابط خرید، فروش، حمل و نگهداری کالاهای موضوع قاچاق بر عهده دولت گذاشته شده است و بر اساس ماده ۳ دستورالعمل مصوب هیئت وزیران، مصادیق کالاهای موضوع قاچاق و سایر ضوابط اختصاصی هر کالا حسب مورد به پیشنهاد دستگاه مربوط و تأیید ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز تعیین می‌گردد.^۲

بر اساس ماده ۲ این دستورالعمل در سال ۱۳۹۹، ضوابط اختصاصی گروه کالایی لوازم خانگی، برقی و الکترونیک تصویب شد و این کالاها به عنوان یکی از مصادیق کالاهای موضوع قاچاق تعیین گردیدند. به موجب این ضوابط، دستگاه ماینر از جمله

۱. مشخص است که چنانچه کالاهای مذکور در ضوابط، مشمول عنوان قاچاق باشند، حمل، نگهداری و عرضه و فروش آن‌ها مشمول ماده ۱۸ و تبصره ۱ اصلاحی آن می‌باشد و نه مشمول تبصره ۴ ماده ۱۸. این مسئله که بر اساس اصول کلی قابل برداشت است، در ماده ۱۷ ضوابط اختصاصی گروه کالایی کالاهای خانگی، برقی و الکترونیک نیز بدین صورت مورد اشاره قرار گرفته است: «در کلیه موارد تخلف از ضوابط موضوع این مصوبه و نیز سایر ضوابط مربوط به کالاهای موضوع قاچاق در صورت تحقق قاچاق، حمل، نگهداری و یا فروش کالای قاچاق، امکان استناد به تخلف موضوع تبصره ۴ ماده ۱۸ قانون وجود نخواهد داشت».

۲. در خصوص علت تفاوت این کالاها با سایر کالاها و تعیین ضوابط اختصاصی برای خرید، فروش، حمل یا نگهداری آن‌ها به صورت تجاری، برخی معتقدند کالاهای موضوع قاچاق، کالاهایی هستند که به نوعی یارانه دولتی به آن‌ها اختصاص یافته است و یا بیشترین حجم قاچاق کالا را به خود اختصاص داده‌اند (مژده‌پور و میلانی، ۱۴۰۱: ۲۰۲).

کالاهای موضوع قاچاق به حساب آمده است و بر اساس ماده ۳۱ این ضوابط، ضوابط مذکور در این مصوبه برای گروه ج که دستگاه‌های ماینر نیز در آن قرار دارند، ۱۸ ماه پس از ابلاغ (ابلاغ شهریورماه ۱۳۹۹) لازم‌الاجرا می‌باشد. بر این اساس، خرید، فروش، حمل یا نگهداری دستگاه‌های ماینر به صورت تجاری از اول اسفندماه سال ۱۴۰۰ باید با رعایت ضوابط مذکور برای گروه کالایی لوازم برقی و الکترونیک انجام شود و در غیر این صورت، بر اساس تبصره ۴ ماده ۱۸ تخلف محسوب شده و مرتکب علاوه بر ضبط کالای مزبور، حسب مورد به حداقل جریمه نقدی مقرر در ماده ۱۸ محکوم می‌گردد. خرید، فروش، حمل یا نگهداری کالاهای مشمول در صورتی که بیش از حدود متعارف نیاز مصرف شخصی باشند یا انجام این اقدامات توسط اشخاصی انجام شود که یکی از رفتارهای مذکور را حرفه خود قرار داده‌اند و با توجه به شواهد امر از قبیل اینکه ظواهر مرتکب، حجم کالا، نحوه نگهداری یا حمل، زمان و مکان کشف عرفاً برای امر تجاری باشد، تجاری محسوب و مشمول ضوابط فوق‌الذکر خواهند بود.^۱

بر اساس این ضوابط، فروشندگان دستگاه‌های ماینر، ملزم به ثبت اطلاعات فروش در سامانه جامع تجارت هستند و فروش ماینر تنها به اعضای زنجیره تأمین مجاز است که مشخصات آن‌ها در سامانه جامع تجارت ثبت و مورد تأیید قرار گرفته باشد. خریداران نیز ملزم به تأیید خرید در سامانه جامع تجارت هستند و همچنین موظف هستند کالا را با شناسنامه ضمانت (گارانتی) معتبر خریداری کنند و تا زمانی که خریدار، فروش ثبت شده به خود را در سامانه مذکور تأیید نکند، فروش ثبت شده توسط فروشنده بلااثر است. نگهداری کنندگان کالاهای مشمول این ضوابط نیز ملزم به ثبت اطلاعات محل‌های نگهداری (انبارها و مراکز نگهداری)، موجودی اولیه، ورود و خروج کالا بر اساس شناسه کالا و شناسه رهگیری در سامانه جامع تجارت هستند. شرکت‌ها و مؤسسات حمل و نقل و حمل کنندگان کالاهای مشمول نیز دارای وظایفی هستند و حمل کالاها از طریق پست نیز منوط به استعلام اصالت از سامانه جامع

۱. ماده ۳ دستورالعمل اصلاحی هیئت وزیران و تبصره ماده ۱۸ ضوابط گروه کالایی لوازم خانگی، برقی و الکترونیک.

تجارت توسط شرکت‌های پستی است و عدم رعایت هریک از این ضوابط، مشمول ضمانت اجرای مقرر در تبصره ۴ ماده ۱۸ قانون است.

تخلف دیگری که با قاچاق دستگاه‌های استخراج مرتبط است، در تبصره ماده ۶ مکرر ۲ الحاقی به قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز پیش‌بینی شده است. بر اساس این تبصره:

«جز در مواردی که شورای عالی امنیت ملی تعیین می‌کند، ارائه عمدی هر گونه خدمات نظیر بیمه، ضمانت (گاراتی)، نصب، تعمیر و تأمین قطعات به کالاهایی که جرائم و یا تخلفات موضوع این قانون نسبت به آن‌ها ارتکاب یافته است، با علم به وقوع جرم یا تخلف صورت گرفته، تخلف محسوب و در صورتی که در این قانون یا سایر قوانین برای آن ضمانت اجرای شدیدتری تعیین نشده باشد، مستوجب جریمه نقدی معادل یک تا دو برابر ارزش کالای موضوع تخلف است.»

بر اساس این تبصره باید گفت افرادی که اقدام به گاراتی، نصب، تعمیر و تأمین قطعات ماینرهای قاچاق می‌کنند یا این اقدامات را نسبت به ماینرهای موضوع قاچاق انجام می‌دهند که بر اساس ضوابط، خرید و فروش، حمل و نگهداری نشده‌اند، به پرداخت جریمه نقدی معادل یک تا دو برابر ارزش کالای قاچاق محکوم می‌شوند.

۲. قاچاق ارز در مبادلات رمزارزها

پیش از ورود به بررسی این مسئله که آیا می‌توان حکم قاچاق را بر مبادلات رمزارزها بار کرد یا خیر، لازم است به تفاوت‌های موجود میان رمزارزها و مفاهیم مشابه آن اشاره کرد؛ چرا که احکام مرتبط با قاچاق با توجه به تفاوت‌های این موارد متفاوت خواهد بود. لذا در این بخش، تمایزهای میان پول دیجیتال^۱، مجازی^۲ و الکترونیک^۳ با رمزارزها بیان می‌شود.

1. Digital currency.
2. Virtual currency.
3. Electronic money.

۱-۲. تفکیک رمزارزها از مفاهیم مشابه

عدم اجماع در مورد اصطلاحات، تعاریف و طبقه‌بندی‌ها می‌تواند مانعی اساسی برای ایجاد یک چارچوب نظارتی قوی باشد و ممکن است مانع از هماهنگی در بازارهای مالی شود (شاهچرا و دیگران، ۱۴۰۰: ۳۰). با توجه به طبقه‌بندی‌های صورت گرفته، قانون‌گذاران و ناظران می‌توانند با توجه به شباهت‌های هر دسته با مفاهیم سنتی، آن‌ها را در چارچوب‌های مقرراتی و نظارتی موجود قرار دهند و یا با توجه به تفاوت‌های آن‌ها، چارچوب‌های مقرراتی جدیدی را وضع نمایند یا قوانین و مقررات موجود را اصلاح کنند. لذا توجه به این تفاوت‌ها امری ضروری است که باید مورد توجه قرار گیرد.

بر اساس تعریف FATF، پول دیجیتال عنوانی کلی است که می‌تواند به معنای نمود دیجیتال پول مجازی یا الکترونیک باشد و به همین خاطر، گاه به جای این موارد، مورد استفاده قرار می‌گیرد. پول مجازی، یک نمود دیجیتال از ارزش است که امکان مبادله آن به صورت دیجیتال فراهم است و کارکردهای واسطه مبادله، واحد حساب و ذخیره ارزش را دارد؛ اما جایگاه پول رایج قانونی را ندارد. این پول توسط نهادهای رسمی منتشر نمی‌شود و کارکردهای فوق‌الذکر را به واسطه توافق با جامعه کاربران پول مجازی انجام می‌دهد. این در حالی است که پول الکترونیک، یک سازوکار انتقال دیجیتال برای پول رسمی کشورهاست؛ به این معنا که ارزشی را که جایگاه پول رایج قانونی دارد، به صورت الکترونیک انتقال می‌دهد (FATF, 2014: 4). در گزارشی که بانک مرکزی اتحادیه اروپا (ECB) تهیه کرده است نیز تفاوت‌های مبنایی پول مجازی و پول الکترونیک تشریح شده است. بر اساس این گزارش، پول الکترونیک به صورت رسمی و توسط نهادهای قانونی، تحت شمول مقررات قرار می‌گیرد و بر پایه یک ارز سنتی و موجود منتشر می‌شود و کارکردهای پول پایه مانند واحد حساب بودن، پذیرش عمومی، محدودیت در عرضه و تحت کنترل بودن را دارد؛ اما ارز مجازی، به طور کلی، موضوعی جدیدتر است و مقررات‌گذاری نشده است و توسط تعداد محدودی از جوامع دیجیتال پذیرفته می‌شود، حجم عرضه آن بسته به منتشرکننده می‌تواند محدود یا نامحدود باشد، توسط دولت کنترل نمی‌شود و کاربران باید ریسک‌های عملیاتی، قانونی، اعتباری و نقدشوندگی آن را بپذیرند. در این گزارش، مهم‌ترین تفاوت میان پول

الکترونیک و مجازی، این مسئله بیان شده است که در پول الکترونیک، ارتباط میان پول الکترونیک و پول سنتی (مانند دلار آمریکا، یورو و...) وجود دارد، اما در پول مجازی، واحد حساب به واحد مجازی تغییر می‌کند (مانند دلار لیندن، بیت کوین و...) (ECB, 2015: 16). این تفاوت‌ها در بیان احکام مرتبط با قاچاق ارز، تفاوتی اساسی ایجاد می‌کند که در ادامه بیان خواهد شد.

دسته‌بندی پیشنهادی این دو نهاد بین‌المللی (FATF و ECB) تا حدود زیادی مشابه یکدیگر است. بر اساس گزارش ECB، پول‌های مجازی را می‌توان به ارز بسته، یک طرفه و دو طرفه تفکیک نمود که به شرح ذیل بیان می‌شوند (ECB, 2015: 13-14):
 برنامه‌های پول مجازی بسته^۱: این دسته از ارزهای مجازی، ارتباطی با دنیای واقعی ندارند و نمی‌توان از آن‌ها برای مبادله با ارز واقعی استفاده کرد. این دسته از ارزهای مجازی عمدتاً در بازی‌های رایانه‌ای کاربرد داشته و بر اساس جریان بازی، به بازی‌کننده اهدا می‌شوند. از این ارزها تنها می‌توان برای خرید کالاها و خدماتی استفاده کرد که در بازی مشخص شده است.^۲

برنامه‌های پول مجازی با جریان یک طرفه^۳: این دسته از پول‌های مجازی را می‌توان با نرخ صرافی مشخصی با پول واقعی خرید، اما نمی‌توان عکس آن عمل کرد؛ یعنی نمی‌توان با فروش آن‌ها پول واقعی به دست آورد. با استفاده از این پول‌ها می‌توان کالاها و خدمات مجازی و بعضاً کالاها و خدمات واقعی را خریداری کرد.

برنامه‌های پول مجازی با جریان دو طرفه^۴: کاربران می‌توانند با پول رایج، این دسته از پول‌های مجازی را با نرخ‌های تبادل بخرند و بفروشند. این دسته، مشابه پول‌های رایج قابل مبادله هستند و می‌توان با آن‌ها کالاها و خدمات واقعی و مجازی را خریداری نمود. بر اساس تقسیم‌بندی FATF نیز پول‌های مجازی به دو دسته قابل تبدیل (معادل ارز

1. Closed virtual currency schemes.

۲. ارزهای مجازی بسته یا غیر قابل تبدیل صرفاً به صورت متمرکز هستند؛ یعنی یک نهاد مرکزی (مثلاً سازنده بازی) آن را انتشار می‌دهد. ای‌گلد (E-gold) معروف‌ترین مثال از این دسته است (نوری، ۱۳۹۷: ۱۱۳).

3. Virtual currency schemes with unidirectional flow.

4. Virtual currency schemes with bidirectional flow.

مجازی دوطرفه) و غیر قابل تبدیل (معادل ارز مجازی بسته) تفکیک می‌شوند. پول‌های مجازی قابل تبدیل نیز خود به متمرکز و غیر متمرکز تفکیک می‌شوند. ارز متمرکز توسط یک اداره مرکزی کنترل می‌شود و این اداره، پول را منتشر می‌کند و تنظیم قواعد و مقررات مربوط به استفاده و تسویه آن را بر عهده دارد؛ در حالی که ارزهای مجازی غیر متمرکز، فاقد اداره رسمی هستند و اساساً یکی از دلایل محبوبیت آن‌ها این است که از طریق دفتر کل توزیع شده غیر متمرکز، امکان پرداخت را فراهم می‌کنند که به فرایندهای سیاسی یا نظام‌های مقررات‌گذاری دولتی وابسته نیست (Corbet et al., 2020: 1). البته در همه تقسیم‌بندی‌ها به این موضوع اشاره شده است که دسته‌بندی این موارد، کار ساده‌ای نیست؛ چرا که ممکن است درجاتی از هریک را داشته باشند و البته هر لحظه، گونه‌های جدید با ویژگی‌های تازه به وجود می‌آیند. این تفکیک از بعد نظارتی نیز اهمیت دارد و مراجع قانون‌گذار برای مواجهه با رفتارهای مجرمانه و تخلفات هریک از گونه‌ها باید دستورالعمل و مقررات خاصی تهیه نمایند. با توجه به توضیحاتی که ارائه شد، مشخص می‌شود که رمزارزهای بدون پشتوانه عمدتاً در چارچوب ارزهای مجازی قرار می‌گیرند. اما رمزارزهای دارای پشتوانه پول‌های رایج می‌توانند به عنوان پول الکترونیک شناخته شوند.

استیبل کوین‌ها^۱ یکی دیگر از مواردی هستند که لازم است تبیین شوند. استیبل کوین‌ها نوعی دارایی رمزنگاری شده هستند که هدف آن‌ها ثابت کردن ارزش با استفاده از سازوکارهای خاص است. استیبل کوین‌ها با توجه به سازوکاری که برای ثبات قیمتی دارند، به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند؛ استیبل کوین‌های الگوریتمی و استیبل کوین‌های مرتبط با دارایی^۲. استیبل کوین‌های مبتنی بر الگوریتم، ثبات ارزشی را از طریق پروتکل‌هایی حفظ می‌کنند که عرضه استیبل کوین را متناسب با تغییرات در تقاضا افزایش یا کاهش می‌دهند (Financial Stability Board, 2020: 9).

استیبل کوین‌های مرتبط با دارایی طراحی شدند تا با پیوند ارزش آن‌ها با یک دارایی (برای مثال پول‌های رایج مانند دلار و یورو، فلزات گرانبها یا سایر دارایی‌های

1. Stablecoin.

2. Asset-linked and algorithmic.

رمزنگاری شده)، ثبات قیمتی بیابند (Hampl & Gyönyöróvá, 2021: 1). دارایی پشته‌ای استیبل کوین‌ها می‌تواند متفاوت باشد. اگرچه بعضی از استیبل کوین‌ها ماهیتاً کمتر مستعد ابتلا به حباب‌های سوداگرایانه هستند (مثلاً دارای پشته‌ای از پول‌های دولتی یا سبدهی از دارایی‌ها هستند)، اما ارزش بازار آن‌ها همچنان می‌تواند با خریدها و بازخریدهای سرمایه‌گذاران افزایش یا کاهش یابد (Arner, Auer & Frost, 2020: 103). لازم به ذکر است که میزان پشته‌ای رمز ارزهای مختلف، متفاوت است. بعضی از آن‌ها به طور کامل دارای وثیقه و پشته‌ای هستند و بعضی به صورت جزئی (Chohan, 2019: 3). در حال حاضر، محبوب‌ترین استیبل کوین موجود، تتر است که عمدتاً به عنوان ابزاری برای حفاظت از دارایی معامله‌کنندگان رمز ارزها به کار می‌رود. ادعا شده است که تتر، یک رمز ارز با پشته‌ای کامل است؛ یعنی ارزش آن به صورت یک به یک با یک پول سنتی (دلار آمریکا) معادل‌سازی شده است و صادرکننده باید اندوخته‌ای مازاد یا حداقل برابر با ارزش سکه‌های در گردش نگاه دارد. هرچند در خصوص تتر ادعا می‌شد که ذخیره‌ای بیش از رمز ارزهای در گردش دارد، اما عدم شفافیت، منجر به بروز مناقشاتی در این زمینه گردید (Ibid.: 4) و بر خلاف ادعای صادرکننده تتر مبنی بر اینکه هر تتر به صورت صد درصد با ارزهای رایج پشتیبانی می‌شود، در سال ۲۰۱۹، دادستان عمومی نیویورک، این اتهام را مطرح کرد که تتر حداقل ۷۰۰ میلیون دلار به پلتفرم بیتفینکس^۱ قرض داده است که یک پلتفرم معاملاتی وابسته مبتنی بر دارایی‌های رمزنگاری شده^۲ است (Arner, Auer & Frost, 2020: 110).

سایر استیبل کوین‌های دارای پشته‌ای پیوندخورده با دلار که در سطحی گسترده مورد استفاده هستند و سطوح متفاوتی از بازرسی‌های مالی درباره آن‌ها وجود دارد، عبارت‌اند از: یواس‌دی کوین، دلار بایننس، ترویواس‌دی و دلار پکسوس^۳ (Liao & Caramichael, 2022: 3).

1. Bitfinex.

۲. Affiliated crypto-asset trading platform: پلتفرم بیتفینکس و تتر، هر دو زیرمجموعه یک شرکت مادر به نام ifinex هستند و ادعا شده که صرافی بیتفینکس برای جبران کمبود دلاری خود، اقدام به استفاده از ذخیره دلاری کرده است که قرار بود برای پشتیبانی از استیبل کوین تتر کنار گذاشته شود.

3. USD Coin, Binance USD, TrueUSD, and Paxos Dollar.

مسئله قابل توجه در خصوص استیبل کوین‌های دارای پشتوانه، این است که ثبات قیمتی آن‌ها مستلزم آن است که ۱۰۰ درصد ارزش آن، دارای پشتوانه باشد و دارایی‌های پشتوانه، نقدشونده باشند. این در حالی است که دارایی‌های نقدشونده مانند ارزهای خارجی، منفعتی ندارند یا منفعت آن‌ها اندک است. لذا مسئله اصلی یک صادرکننده استیبل کوین، سودآوری است. به همین خاطر، صادرکننده استیبل کوین کاملاً خارج از زنجیره^۱ همواره در معرض این وسوسه قرار دارد که در بانکداری ذخیره کسری^۲ وارد شود که تفاوت چندانی با بخش سنتی بانکداری ندارد (Berentsen & Schär, 2019: 69). بانکداری ذخیره کسری، به سیستمی از بانکداری گفته می‌شود که در آن، تنها بخشی (کسری) از سپرده‌های مشتریان به عنوان ذخیره و برای بازپس دادن و جبران موجودی حساب‌های مشتریان توسط بانک نگهداری می‌شود و بیشتر واریزی‌ها به بانک به بیرون قرض داده می‌شوند و بانک با وام دادن وجوه، کسب سود می‌کند. لذا علی‌رغم وجود بازرسی‌های ادعایی، ممکن است صادرکننده استیبل کوین، بخشی از ذخیره پشتیبان را جهت کسب سود مورد استفاده قرار دهد.

۲-۲. تعریف ارز و امکان‌سنجی اطلاق آن بر رمزارزها

با توجه به تعریف و ویژگی‌های ارز که در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ذکر شده است، باید این مسئله را مورد بررسی قرار داد که آیا می‌توان رمزارزها را نوعی ارز تلقی کرد و خرید و فروش آن‌ها را مصداق قاچاق ارز دانست؟ بند پ ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در تعریف ارز بیان می‌دارد:

«پول رایج کشورهای خارجی اعم از اسکناس، مسکوکات، حوالجات ارزی و سایر اسناد مکتوب یا الکترونیکی است که در مبادلات مالی کاربرد دارد.»

با توجه به بند پ فوق‌الذکر، برخی معتقدند که خرید و فروش رمزارزها، مشمول عنوان قاچاق ارز است. به اعتقاد این دسته شاید بتوان بیت‌کوین را به عنوان مصداقی برای اسناد الکترونیکی دارای کاربرد در مبادلات مالی معرفی نمود و آن را به عنوان ارز

1. A fully off-chain stable coin.
2. Fractional reserve banking.

موضوع بند پ ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در نظر گرفت (سیاه‌بیدی کرمانشاهی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۶۵). لذا خرید و فروش آن را می‌توان مصداق قاچاق ارز تلقی کرد. به اعتقاد برخی دیگر، معامله ارزهای مجازی از سوی اشخاص و صرافی‌ها به استناد مصوبه شورای عالی مبارزه با پولشویی در تاریخ ۱۳۹۶/۱۰/۹ ممنوع گردیده است. این مصوبه، به کارگیری ابزار بیت‌کوین و سایر ارزهای مجازی را در تمام مراکز پولی و مالی کشور ممنوع کرده است. بنابراین معاملات رمزارزها، مصداق معامله با ارزهای غیر مجاز^۱ و قاچاق ارز به حساب می‌آید (جوادیان، خسروآبادی و آزادفر، ۱۳۹۸: ۱۰۸).

اما توجه به مفهوم اقتصادی و ماهیت ارز که در بند پ فوق‌الذکر نیز به آن اشاره شده است، می‌تواند استدلال‌های فوق‌الذکر را با ایراد مواجه کند. ارز، پول رایج کشورهای خارجی است. لذا مقدمه قاچاق محسوب کردن خرید و فروش رمزارزها، این است که اساساً بتوان رمزارزها را ارز تلقی کرد. این در حالی است که دقت در مفهوم ارز، در نظر گرفتن رمزارزها به عنوان یکی از مصادیق ارز را با مشکل مواجه می‌کند. توضیح اینکه «سایر اسناد مکتوب یا الکترونیکی که در مبادلات مالی کاربرد دارند»، به عنوان قسیم اسکناس، مسکوکات و حوالجات ارزی مطرح شده‌اند و تمام این موارد باید از انواع پول رایج کشورهای خارجی باشند تا بتوان آن‌ها را ارز به حساب آورد. این در حالی است که بیت‌کوین و سایر رمزارزها را نمی‌توان پول رایج کشورهای خارجی تلقی کرد. در واقع در خصوص هر یک از این موارد درباره رمزارزها - یعنی پول بودن، رایج بودن و خارجی بودن - تردیدهایی وجود دارد.

در ادبیات اقتصادی مرسوم، سه کارکرد اصلی برای پول ذکر می‌شود؛ پول (۱) وسیله مبادله، (۲) واحد محاسبه و (۳) وسیله ذخیره ارزش در نظر گرفته می‌شود. مهم‌ترین ویژگی پول این است که به عنوان وسیله مبادله کالاها و خدمات مورد استفاده قرار بگیرد. بر این اساس، کارکرد دیگر پول این است که به عنوان واحدی برای سنجش و محاسبه کالاها و خدمات به شمار می‌رود که ارزش نسبی کالاها و خدمات را نشان

۱. بر اساس ماده ۲۷ دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها مصوب ۱۳۹۳ شورای پول و اعتبار: «صرافی مجاز به انجام معامله با کلیه ارزها می‌باشد، مگر اینکه بانک مرکزی، معامله یک یا چند ارز را ممنوع اعلام کرده باشد».

می‌دهد. ذخیره ارزش نیز به این معناست که ارزش پول در طول زمان تا حدودی حفظ گردد تا امکان ذخیره آن برای پرداخت‌های آتی بدون کاهش ارزش وجود داشته باشد که در شرایط تورمی، این کارکرد کم‌رنگ می‌گردد (نوری، ۱۳۹۷: ۱۲۳). در خصوص کارکردهای رمزارزها، نگاه جوامع مختلف، متفاوت بوده است. برای مثال، بعضی رمزارزها از قبیل بیت کوین، اتریوم و... توسط بعضی از شرکت‌ها به عنوان وسیله پرداخت پذیرفته شده‌اند؛ مانند استفاده از بیت کوین توسط مایکروسافت، آمازون، اپل، دل، ویکی‌پدیا و... (خادمان، کوشا و نوری، ۱۴۰۰: ۳۵۳). اما چنین کارکردی در کشور ما چندان متداول نیست و از نظر قانونی نیز با مانع مواجه است. در خصوص کارکرد سنجش ارزش، رمزارزها می‌توانند به عنوان واحد محاسبه یا سنجش ارزش مورد استفاده قرار گیرند؛ اما عملاً شرکت‌ها و کسب و کارهایی که کالاها و خدمات خود را با رمزارزها ارزش گذاری می‌کنند، محدود هستند. در خصوص وسیله حفظ و ذخیره ارزش نیز باید گفت با توجه به نوسانات شدید قیمت رمزارزها به نظر می‌رسد که این کارکرد با مشکل مواجه باشد؛ زیرا تا زمانی که انگیزه سفته‌بازی برای نگهداری رمزارزها بیشتر از انگیزه مبادلاتی باشد و به رمزارزها به عنوان کالایی برای سرمایه‌گذاری توجه شود که می‌توان از نوسانات قیمتی آن‌ها کسب سود کرد، این نوسانات گسترده ادامه دارند؛ برای مثال، قیمت بیت کوین پس از رسیدن به اوج خود یعنی حدود ۲۰/۰۰۰ دلار، به حدود ۳۰۰۰ دلار در سال ۲۰۱۸ کاهش یافت، سپس در مارس ۲۰۲۰ به کمی بیش از ۴۰۰۰ دلار افزایش و پس از آن، در نوامبر ۲۰۲۱ به شکل چشمگیری افزایش و به بیش از ۶۷/۰۰۰ دلار رسید و ماه بعد از آن، ۲۳ درصد کاهش یافت (Allen, Gu & Jagtiani, 2022: 5).

در بسیاری از کشورها نیز رمزارزها به عنوان دارایی به حساب می‌آیند نه پول؛ برای مثال، مرکز درآمدهای داخلی^۱ ایالات متحده آمریکا (مقررات‌گذار امور مالیاتی آن کشور)، بیت کوین را یک مایملک و دارایی می‌داند که قوانین و مقررات مربوط به

۱. در زمان نگارش این مقاله (آوریل ۲۰۲۳ / فروردین ۱۴۰۲) قیمت بیت کوین در سایت [coinmarketcap](https://coinmarketcap.com/currencies/bitcoin/) حدود ۲۸/۰۰۰ دلار گزارش شده است (<https://coinmarketcap.com/currencies/bitcoin>).

2. Internal Revenue Service (IRS).

دارایی در مورد آن جاری است. بانک مرکزی چین نیز ماهیت ارز و پول بودن بیت کوین را رد می‌کند. از دید دولت چین، بیت کوین یک کالای مجازی خاص است که جایگاه حقوقی‌ای معادل ارز ندارد و نمی‌تواند و نباید به عنوان ارز در بازار جریان یابد؛ زیرا توسط یک مرجع پولی منتشر نمی‌شود (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۳: ۲).

در نظام حقوقی ایران، قوانین خاصی در خصوص ماهیت رمزارزها به تصویب نرسیده است و این بلا تکلیفی در مقررات موجود نیز وجود دارد؛ به گونه‌ای که در آیین‌نامه استخراج رمزارزهایی با ابلاغی ۱۴۰۱/۸/۲۲ مصوب هیئت وزیران، به جای اصطلاح رمزارز (که در آیین‌نامه فرایند استخراج فرآورده‌های پردازشی رمزنگاری شده مصوب مردادماه ۱۳۹۸ مورد استفاده قرار گرفته بود)، از اصطلاح «رمزدارایی» استفاده شده است و بر اساس ماده ۱۱ آن، رمزدارایی نوعی محصول معرفی شده است^۱ که این امر، پول تلقی کردن آن را با مشکل مواجه می‌کند. اما در بند ۴ ماده ۱، پس از ارائه تعریفی از رمزدارایی^۲، کارکردهای رمزدارایی، ذخیره ارزش، واسطه مبادله و سنجش ارزش معرفی شده‌اند که کارکرد اول آن بر کارکردهای دوم و سوم غلبه دارد. کارکردهایی که برای رمزدارایی در این بند ذکر شده‌اند، چنان که ذکر شد، کارکردهایی هستند که اقتصاددانان غالباً از آن‌ها به عنوان کارکردهای پول یاد می‌کنند. لذا به نظر می‌رسد همچنان در خصوص ماهیت رمزارز یا رمزدارایی در نظام حقوقی کشور، نمی‌توان نظر قطعی ارائه داد؛ هرچند شاید بتوان گفت که قراین مربوط به پذیرش آن‌ها به عنوان دارایی قوی‌تر است.

علاوه بر مشکل بودن اطلاق پول بر رمزارزها طبق مقررات موجود، در رایج و خارجی بودن آن‌ها نیز تردید وجود دارد؛ چرا که حتی با فرض پول تلقی کردن رمزارزها به منظور ارز تلقی کردن آن‌ها باید اولاً در کشورهای خارجی رواج داشته باشند و ثانیاً

۱. مراکز استخراج رمزدارایی در صورتی که محصول خود را صادر و ارز حاصل از آن را بر اساس ضوابط بانک مرکزی به چرخه اقتصادی کشور بازگردانند، مشمول مزایای مقرر در قوانین و مقررات مالیاتی خواهند شد.

۲. نوعی ارز رقوم (دیجیتالی) که الگوی ساخت نشان حساب و خلق و تسویه ارزش رقوم (دیجیتالی) بر پایه فناوری دفتر کل توزیع شده می‌باشد و قیمت آن بر مبنای پول رایج کشورها، ثابت یا متغیر بوده و نرخ آن در بازارهای متمرکز یا غیر متمرکز داخلی یا بین‌المللی تعیین می‌شود.

انتشار یافته دولت خارجی باشند. حتی اگر رواج رمزارزها در کشورهای خارجی را بپذیریم، با توجه به اینکه توسط دولت‌های خارجی انتشار نمی‌یابند، باز هم ارز تلقی کردن آن‌ها با مانع مواجه است.^۱

متأسفانه برداشت نادرست نسبت به ماهیت رمزارزها در یکی از استدلال‌های هیئت تخصصی مالیاتی و بانکی دیوان عدالت اداری نیز مطرح شده است. این هیئت که براساس بند ب ماده ۸۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری به شکایت از مصوبه مورخ ۱۳۹۸/۰۵/۱۳ هیئت وزیران رسیدگی کرده، در بخشی از دادنامه شماره ۶۶۰-۶۴۸-۱۰۶۰۶۰۹۹۷۰۹۰۶ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۱۶ چنین آورده است:

«به موجب بند خ ماده ۲ و تبصره ۳ ماده ۷ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲، دولت از اختیار تعیین ضوابط و مقررات مربوط به استفاده از ارز برخوردار است و با توجه به تعیین ماهیت ارز برای رمزارزها در تصویب‌نامه مورد شکایت، منع استفاده از آن در مبادلات داخل کشور در چهارچوب اختیارات دولت می‌باشد».^۲

این در حالی است که به نظر می‌رسد استفاده از واژه «رمزارز» در مصوبه مذکور، اراده معنای حقوقی ارز در خصوص رمزارزها نبوده و این واژه در معنای عرفی و جاافتاده خود در میان عموم، در مصوبه مذکور نیز مورد استفاده قرار گرفته است؛ چنان که در مصوبه جدید هیئت وزیران نیز نام آن به «رمزدارایی» تغییر یافته است.

۲-۳. انطباق قاچاق ارز بر انواع مختلف ارزهای دیجیتال

تا بهمن‌ماه سال ۱۴۰۰، قاچاق ارز به موجب بند خ ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، «عدم رعایت ضوابط تعیین‌شده از سوی دولت یا نداشتن مجوزهای لازم از

۱. یکی دیگر از مفاهیم مشابه با رمزارزها، پول دیجیتال بانک مرکزی (Central Bank Digital Currency (CBDC)) است. پول دیجیتال بانک مرکزی، رمزارز به حساب نمی‌آید؛ زیرا به صورت متمرکز و توسط بانک‌های مرکزی انتشار می‌یابد. این پول‌ها عموماً به عنوان یک جایگزین قانونی و امن‌تر نسبت به رمزارزها به حساب می‌آیند و ممکن است مبتنی بر دفتر کل توزیع‌شده باشند یا نباشند (Paesano & Siron, 2022: 26). با توجه به این تعریف، مشخص می‌شود که با ایجاد پول‌های دیجیتال بانک‌های مرکزی کشورها می‌توان آن‌ها را ارز به حساب آورد و چنان که در بند بعدی خواهد آمد، مبادلات آن‌ها خارج از ضوابط مقرر را قاچاق ارز محسوب کرد.

2. <<https://divan-edalat.ir/nht-detail/13245>>.

بانک مرکزی برای ورود، خروج، خرید، فروش یا حواله ارز» تعریف شده بود. در بهمن‌ماه سال ۱۴۰۰ و با اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، موارد قاچاق ارز در ماده ۲ مکرر الحاقی به این قانون احصا گردید. به موجب بندهای الف و ب این ماده، ورود ارز به کشور یا خروج ارز از کشور یا هر گونه اقدام به خروج ارز از کشور بدون رعایت ضوابط مربوط که در حدود اختیارات قانونی توسط شورای پول و اعتبار تعیین می‌شود، قاچاق ارز است و بر اساس بند پ همین ماده، انجام معامله ارزی در کشور تحت هر عنوان نظیر خرید، فروش، حواله، معاوضه یا صلح، قاچاق تلقی می‌شود؛ مگر آنکه حداقل یکی از طرفین معامله، صراف، بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری دارای مجوز از بانک مرکزی باشد و حکم این بند شامل مواردی است که در زمان انجام معامله، حداقل یکی از طرفین در کشور باشد.

با توجه به آنچه ذکر شد و با عنایت به مفهوم اقتصادی و قانونی ارز، شمول عنوان قاچاق بر خرید و فروش رمزارزها (پول مجازی) با مانع مواجه است؛ زیرا نمی‌توان آن‌ها را ارز به معنای پول رایج خارجی تلقی کرد، مگر اینکه قوانین خاصی در این زمینه تصویب شود. البته لازم است به تفاوت‌های موجود در میان رمزارزهای مختلف نیز توجه داشت. برای مثال، در صورتی که استیبل کوین‌ها واقعاً دارای پشتوانه ارزهای رایج باشند، به نظر می‌رسد بتوان خرید و فروش آن‌ها را مشمول عنوان قاچاق ارز دانست؛ زیرا در این صورت، رمزارزهای مذکور در واقع شکلی دیجیتال از ارز یا پول رایج کشورهای خارجی می‌باشند. البته باید به این مسئله نیز توجه داشت که ممکن است این پشتوانه، ادعایی باشد؛ برای مثال، چنانچه ارز یواس‌دی‌سی به صورت کامل با ذخیره دلاری پشتیبانی شود، ممکن است بتوان معاملات آن را نوعی قاچاق ارز دانست.

بر خلاف ارزهای مجازی که خرید و فروش آن‌ها طبق قوانین موجود، مشمول عنوان مجرمانه قاچاق ارز نمی‌شود، و با توجه به تفاوت پول و ارزهای الکترونیکی با ارزهای مجازی که بیان گردید، باید گفت معاملات ارزهای الکترونیکی، مشمول عموماً تعریف ارز در بند پ ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق می‌شوند؛ زیرا چنان که گفته شد، پول الکترونیکی، ارزش پول رایج را به صورت دیجیتال منتقل می‌کند و به عبارت دیگر، شکل دیجیتال پول است که تحت نظارت نهاد مرکزی خلق می‌شود.

پول الکترونیکی طبق تعریف کمیسیون اروپا، پولی است که به صورت الکترونیکی بر روی ابزارهای الکترونیکی نظیر کارت‌های تراشه‌دار یا حافظه رایانه ذخیره می‌شود، از سوی سایر مؤسسات به غیر از مؤسسه منتشرکننده آن به عنوان وسیله پرداخت پذیرفته می‌شود و به منظور استفاده کاربران به عنوان جایگزین الکترونیکی مسکوکات و اسکناس و اجرای انتقال الکترونیکی پرداخت‌های اندک تولید می‌شود. با توجه به این تعریف، پول الکترونیکی، ارزش ذخیره‌شده یا سازوکار پیش‌پرداخت‌شده است؛ بدین معنا که اطلاعات مربوط به وجوه یا ارزشی (پول) که در اختیار مشتری قرار دارد، در ابزار الکترونیکی ذخیره می‌شود. این ارزش الکترونیکی که از سوی مصرف‌کننده خریداری می‌شود، با هر بار انتقال مستقیم وجوه به دیگر ابزارها و خرید از طریق پایانه‌های فروش یا شبکه‌های رایانه‌ای نظیر اینترنت کاهش می‌یابد. انواع پول‌های الکترونیکی -برخلاف بسیاری از کارت‌های تک‌منظوره پیش‌پرداخت‌شده مانند کارت‌های تلفن- برای پرداخت‌های چندمنظوره و عمومی ایجاد شده‌اند (چمبرز، ۱۳۸۴: ۱۷۵-۱۷۶). در واقع، پول الکترونیکی نماینده دیجیتال پول‌های قانونی کشورهاست. بر این اساس به نظر می‌رسد پول‌های خارجی ذخیره‌شده در کارت‌های پیش‌پرداخت‌شده و مبتنی بر نرم‌افزارهای رایانه‌ای مانند ویزاکارت، مسترکارت، پرفکت‌مانی، وب‌مانی و... که از سوی مؤسسات و بانک‌های کشورهای دیگر به رسمیت شناخته شده‌اند، می‌توانند به عنوان سایر اسناد الکترونیکی دارای کاربرد در مبادلات مالی مذکور در بند پ ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز شناسایی شوند. لذا کیف پول‌هایی مانند وب‌مانی و پرفکت‌مانی و کارت‌های پیش‌پرداخت‌شده را که در بردارنده ارزشی ارزی از قبیل دلار و یورو هستند، می‌توان مصداق ارز دانست و در نتیجه انجام معاملات آن‌ها در کشور تحت هر عنوان نظیر خرید، فروش، حواله، معاوضه یا صلح، در صورتی که حداقل یکی از طرفین در ایران باشد، قاچاق تلقی می‌شود؛ مگر آنکه حداقل یکی از طرفین معامله، صرافی، بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری دارای مجوز از بانک مرکزی باشد.

مجازات خرید و فروش و سایر معاملات نسبت به ارز قاچاق نیز در بند ت اصلاحی ماده ۱۸ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز تعیین شده است که به موجب آن، ضبط ارز انجام نشده و تنها معادل بهای ریالی ارز، به عنوان جریمه نقدی اخذ می‌گردد.

با پذیرش ارزش‌های الکترونیک به عنوان ارز باید گفت معاملات آن‌ها در صورتی که با برنامه‌ریزی و هدایت گروهی و تقسیم کار توسط گروه نسبتاً منسجم متشکل از سه نفر یا بیشتر انجام شود و یا بیش از سه بار توسط شخص انجام شود، اعم از اینکه در هر مرتبه تعقیب شده یا نشده باشد و ارزش ارز در هر مرتبه، بیش از یکصد میلیون ریال باشد، می‌تواند مشمول عناوین قاچاق سازمان‌یافته یا حرفه‌ای گردد. بنابراین به نظر می‌رسد خرید و فروش این گونه ارزها توسط صرافی‌های برخط را بتوان با وجود سایر شرایط، مصداق قاچاق حرفه‌ای یا قاچاق سازمان‌یافته دانست.^۱

نتیجه‌گیری

علی‌رغم استقبال گسترده نسبت به رمزارزها، اتخاذ موضع قانونی نسبت به حوزه‌های مختلف مرتبط با این پدیده با کندی پیش می‌رود. این در حالی است که طی چند سال اخیر، مقررات متعددی در قوه مجریه در ارتباط با این پدیده به تصویب رسیده‌اند. همچنین قوه قضاییه در مواردی در قالب رسیدگی به اعتراضات نسبت به مصوبات واحدهای دولتی در دیوان عدالت اداری، نسبت به موضوعات مرتبط با این حوزه اظهارنظر کرده و دادستانی کل کشور نیز در قالب حفظ حقوق عامه و کارگروه مذکور در بند چ ماده ۱۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، نسبت به موضوع ورود داشته است. نکته قابل توجه این است که رویکردهای اتخاذشده توسط نهادهای مختلف در قوای مجریه و قضاییه، در بعضی از موارد با یکدیگر ناسازگار است و به نظر می‌رسد مقررات تصویب‌شده توسط قوه مجریه نیز بعضاً با قوانین عام‌الشمول مصوب قوه مقننه مغایرت‌هایی دارد. هرچند رئیس مجلس شورای اسلامی و هیئت بررسی و تطبیق مصوبات دولت با قوانین در مواردی مانند ضرورت اخذ مجوز از بانک مرکزی به جای وزارت صنعت، معدن و تجارت برای استخراج رمزارزی‌ها (آیین‌نامه استخراج

۱. لازم به ذکر است در خصوص وب‌مانی، بخشنامه‌ای با عنوان ممنوعیت خرید و فروش وب‌مانی با استفاده از ابزارهای شبکه پرداخت در تاریخ ۱۴۰۰/۱۱/۱۹ صادر شده است. در بخش‌نامه شرکت شاپرک اعلام شده است که هر گونه خرید و فروش پول مجازی تحت عنوان وب‌مانی با استفاده از ابزارهای شبکه پرداخت ممنوع است.

رمزدارایی‌ها مصوب هیئت وزیران ابلاغی (۱۴۰۲/۰۸/۲۲) نسبت به مصوبات حوزه رمزارزها ورود کرده است، اما در خصوص مصوبه مربوط به مختومه کردن پرونده‌های قاچاق ماینرها با پرداخت بعدی حقوق و عوارض دولتی، اظهارنظری نکرده است. در مواردی نیز موضوع هم از حیث قانون‌گذاری و هم از حیث تنظیم مقررات مسکوت مانده است.

در مقاله حاضر، دو حوزه واردات دستگاه‌های استخراج و مبادله رمزارزها، از منظر قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز اصلاحی سال ۱۴۰۰ مورد بررسی قرار گرفت و مشخص گردید که بعضی تخلفات مرتبط با قاچاق دستگاه‌های استخراج بر اساس بعضی از مصوبات قوه مجریه و بر خلاف عموماً مذکور در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و قانون امور گمرکی، مورد تخلف‌زدایی قرار گرفته‌اند. همچنین موضوع قاچاق ارز در مبادلات ارزهای دیجیتال به دلیل عدم توجه به تفاوت‌های دسته‌بندی‌های مختلف در این حوزه، چندان مورد توجه نبوده است. در خصوص مصوبات قوه مجریه در حوزه واردات ماینرها و تخلف‌زدایی از موارد قاچاق با پرداخت بعدی حقوق و عوارض دولتی در مصوبات هیئت وزیران و ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز باید توجه داشت که هرچند به لحاظ اقتصادی، حل و فصل موضوعات با هزینه‌های کمتر، راهکار کاراتر و مناسب‌تری به حساب می‌آید، اما نمی‌توان اقدامات خلاف قانون و خارج از صلاحیت مقام مقررات‌گذار را نادیده گرفت. چنانچه سیاست نانوشته حاکمیت در راستای گسترش استخراج و استفاده از مزایای رمزارزها باشد، هرچند تصویب مقررات مورد بحث، به پیشبرد این سیاست کمک می‌کند، اما ممکن است در درازمدت، آثار نامطلوبی بر جای گذارد و موجب کاهش بازدارندگی قوانین شود.

در خصوص مبادلات رمزارزها نیز باید به تفکیک مفاهیم مشابه در خصوص ارزهای دیجیتال توجهی ویژه داشت؛ چرا که بر هر یک از این عناوین، احکام خاص و متفاوتی بار می‌شود. در خصوص مبادلات ارزهای مجازی، با توجه به ارز نبودن آن‌ها در معنای حقوقی، تصویب موادی در دستور کار مجلس شورای اسلامی قرار داشت تا این مبادلات، قاچاق ارز تلقی شوند که به نتیجه نهایی نرسید. بر اساس ماده ۱۷ لایحه اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز که نمایندگان مجلس در اردیبهشت‌ماه ۱۳۹۹ با

آن موافقت کرده بودند، «تمام رمزارزها (ارزهای رقومی) در حکم ارز موضوع این قانون هستند و جرائم، تخلفات، ضمانت‌اجراها و نیز تمامی احکام و مقررات مربوط به ارز در این قانون در مورد آنها نیز اجرا می‌شود». این تبصره در آذرماه ۱۳۹۹ با این ایراد شورای نگهبان مواجه شد که «تسری احکام ارز به رمزارزها، با توجه به عدم تعریف و روشن نبودن احکام رمزارزها به ویژه از این جهت که تسری بعضی از احکام ارزها به حوزه مذکور ممکن نیست، ابهام دارد، پس از رفع ابهام اظهارنظر خواهد شد». سرانجام پس از چندین رفت و برگشت میان مجلس و شورای نگهبان در خصوص این ماده و رفع ایرادات شورای نگهبان، این ماده از متن قانون اصلاحی حذف گردید. با توجه به ماهیت ارزهای الکترونیک و نیز استیبل کوین‌های دارای پشتوانه ارزهای رایج و پول‌های دیجیتال بانک‌های مرکزی کشورها به نظر می‌رسد بتوان معاملات آنها را در صورتی که هیچ یک از طرفین معامله، صرافی، بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری دارای مجوز از بانک مرکزی نباشد، قاچاق ارز به حساب آورد؛ اما در این موارد نیز تصویب قوانین خاص ضروری به نظر می‌رسد.

کتاب‌شناسی

۱. اجتهادی، سید عبدالمجید، و علیرضا شعبانی ورکانی، «سازوکارهای پیشگیری و کاهش جمعیت کیفری در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز»، *فصلنامه اقتصاد پنهان*، دوره جدید، شماره‌های ۲۲-۲۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۹ ش.
۲. جوادیان، سیدمحمدحسن، امیرحسین خسروآبادی، و محمدصادق آزادفر، «تحلیل حقوقی تعاریف و مصادیق قاچاق ارز و تخلفات ارزی در ایران»، *فصلنامه کارآگاه*، سال دوازدهم، شماره ۴۶، بهار ۱۳۹۸ ش.
۳. چمبرز، سی. بی. یانگ، «مسائل قانونی و مقرراتی پول الکترونیکی»، ترجمه لیلا آرمیان، *فصلنامه روند*، سال پانزدهم، شماره ۴۷، زمستان ۱۳۸۴ ش.
۴. خادمان، محمود، ابوطالب کوشا، و فاطمه نوری، «شناسایی ماهیت حقوقی رمزارزها با تحلیل ساختاری آن‌ها در نظام حقوقی ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هشتاد و پنجم، شماره ۱۱۵، پاییز ۱۴۰۰ ش.
۵. سیاه‌بیدی کرمانشاهی، سعید، ایمان رحیمی نیت، و ریحانه ملک‌زاده رودبند، *حقوق کیفری اقتصادی*، تهران، جنگل، ۱۳۹۷ ش.
۶. شاملو، باقر، و عارف خلیلی پاچی، «چالش‌های حقوقی - اقتصادی ارزهای مجازی برای نظام‌های سیاسی در پرتو نظریه جایگزینی»، *فصلنامه رهیافت‌های سیاسی و بین‌المللی*، سال دوازدهم، شماره ۱ (پیاپی ۶۳)، پاییز ۱۳۹۹ ش.
۷. شاملو، باقر، عارف خلیلی پاچی، و سمیه پرهیزکاری، «امکان‌سنجی شمول قواعد امحاء بر ماینرها (دستگاه استخراج رمزارز)»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، سال بیست و پنجم، ویژه‌نامه حقوق و فناوری، بهمن ۱۴۰۱ ش.
۸. شاهچرا، مهشید، ماندانا طاهری، و مرجان فرجی، «چهارچوب مقررات‌گذاری رمزارزها در ایران: بررسی رویکردهای بین‌المللی و ارائه پیشنهاد»، گزارش کارشناسی پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۴۰۰ ش.
۹. مرکز بررسی‌های استراتژیک ریاست‌جمهوری با همکاری مرکز ملی فضای مجازی، «تحلیلی بر سیاست‌گذاری استخراج رمزارزها در ایران و ارائه پیشنهادها سیاستی» (گزارش)، ۱۳۹۹ ش.
۱۰. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «بیت‌کوین؛ ابزاری نوین در نظام پرداخت‌های الکترونیکی» (گزارش)، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۳ ش.
۱۱. مزدهی‌پور، ابوالفضل، و علیرضا میلانی، «سیاست جنایی حاکم بر نهاد متولی پیشگیری و مبارزه با قاچاق کالا و ارز در حقوق ایران»، *فصلنامه دیلگاه‌های حقوق قضایی*، سال بیست و هفتم، شماره ۹۹، پاییز ۱۴۰۱ ش.
۱۲. میثمی، حسین، و زینب بیابانی، «تحلیل ماهیت، استخراج و مبادله انواع رمزارزها و توکن‌ها از منظر فقه اسلامی و قوانین کشور»، گزارش کارشناسی پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۹ ش.
۱۳. نوری، مهدی، «تحلیل ماهیت پولی رمزارزها در اقتصاد؛ با تأکید بر مقایسه نوسانات رمزارزهای منتخب با نوسانات یورو - دلار و طلا»، *فصلنامه اقتصاد دفاع*، سال سوم، شماره ۱۰، زمستان ۱۳۹۷ ش.

14. Allen, Franklin & Xian Gu & Julapa Jagtiani, "Fintech, Cryptocurrencies, and CBDC: Financial Structural Transformation in China", *Journal of International Money and Finance*, Vol. 124, 30 January 2022.
15. Arner, Douglas & Raphael Auer & Jon Frost, "Stablecoins: risks, potential and regulation", University of Hong Kong, Faculty of Law, Research Paper No. 2021/57, 2020, Available at: <https://repositorio.bde.es/bitstream/123456789/14233/1/Stablecoins_en.pdf>.
16. Berentsen, Aleksander & Fabian Schär, "Stablecoins: The quest for a low-volatility cryptocurrency", in: Antonio Fatás (Ed.), *The Economics of Fintech and Digital Currencies*, 2019.
17. Chohan, Usman W., "Are Stable Coins Stable?"; *Notes on the 21st century (CBRI)*, 2019.
18. Corbet, Shaen & Douglas J. Cumming & Brian M. Lucey & Maurice Peat & Samuel A. Vigne, "The destabilising effects of cryptocurrency cybercriminality", *Economics Letters*, Vol. 191(C), June 2020.
19. Dupuis, Daniel & Kimberly C. Gleason, "Money laundering with cryptocurrency: open doors and the regulatory dialectic", *Journal of Financial Crime*, forthcoming (accepted for publication), 3 July 2020.
20. Fang, Fan & Carmine Ventre & Michail Basios & Leslie Kanthan & David Martinez-Rego & Fan Wu & Lingbo Li, "Cryptocurrency trading: a comprehensive survey", *Financial Innovation*, Vol. 8(1), December 2022.
21. Financial Stability Board (FSB), "Regulation, Supervision and Oversight of 'global Stablecoin' Arrangements: Final Report and High-Level Recommendations", 13 October 2020.
22. Hampl, Filip, & Lucie Gyönyörová, "Can Fiat-backed Stablecoins Be Considered Cash or Cash Equivalents Under International Financial Reporting Standards Rules?", *Australian Accounting Review*, Vol. 31(3), 9 June 2021.
23. <<https://divan-edalat.ir/nht-detail/13245>>.
24. <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>>.
25. <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf>>.
26. Li, Jingming & Nianping Li & Jinqing Peng & Haijiao Cui & Zhibin Wu, "Energy consumption of cryptocurrency mining: A study of electricity consumption in mining cryptocurrencies", *Energy*, Vol. 168(C), 2019, Available at: <<https://sci-hub.se/10.1016/j.energy.2018.11.046>>.
27. Liao, Gordon Y. & John Caramichael, "Stablecoins: Growth Potential and Impact on Banking", *International Finance Discussion Papers (IFDP)*, Number 1334, Washington,

Board of Governors of the Federal Reserve System, January 2022, Available at:
<<https://www.federalreserve.gov/econres/ifdp/files/ifdp1334.pdf>>.

28. Paesano, Federico & Dorothy Siron, “Working Paper 38: Cryptocurrencies in Asia and beyond: law, regulation and enforcement”, *Basel Institute on Governance Working Papers*, Vol. 38, 2022.

مشروط‌انگاری حبس ابد اکراه‌کننده

به شروط قصاص؛

ماهیت و پیامدها*

- داود سیفی قره‌یتاق^۱
- قاسم اسلامی نیا^۲

چکیده

بر اساس نظر مشهور فقهای امامیه، کیفر «مکره» حبس ابد است؛ اما راجع به ماهیت آن کیفر از حیث حدّ یا تعزیر بودن و حق الناس یا حق الله بودن اختلاف نظر وجود دارد و پذیرش هر یک از این نظریه‌ها، موجب آثار متفاوت فقهی و حقوقی (از حیث مصالحه و یا تبدیل به مجازاتی دیگر و...) است. قانون‌گذار در ماده ۳۷۶، نظریه حق الناس را انتخاب و برای نخستین بار حبس ابد را مشروط به وجود شرایط قصاص در اکراه‌کننده نمود. ابهامات ماده و عدم سابقه تقنینی، سبب برداشت‌های مختلف از ماده گردیده و چالش‌های متعددی را در مقام تفسیر و اجرا ایجاد کرده است؛ برای مثال، در مواردی کیفر معاون از مباشر قتل فراتر می‌رود و یا معلوم نیست که شروط برابری در قصاص را باید در رابطه بین مقتول و اکراه‌کننده سنجید یا در رابطه بین مکره و مکره، و یا با توجه به

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۲۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۰۸

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه زابل (نویسنده مسئول) (dseify@uoz.ac.ir).

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه زابل (eslaminia@uoz.ac.ir).

مشروط بودن حبس ابد به تقاضای ولی دم، آیا در حین اجرای حبس ابد در صورت اراده ولی دم، مجازات منتفی می‌گردد و یا همانند سرقت حدی، آن مجازات تبدیل به حق الله می‌گردد و انصراف ولی دم تأثیری بر انتفاء آن ندارد؟ از سوی دیگر نسبت تبصره ۶ ماده ۱۹ با ماده ۳۷۵ در حاله‌ای از ابهام قرار دارد. مقاله حاضر با روش توصیفی - تحلیلی و در پرتو مراجعه به منابع فقهی و حقوقی، در صدد تحلیل چستی کیفر «مکره» برآمده است. نتایج پژوهش نشان داد که منظور از شروط در ماده ۳۷۶، صرفاً شرایط ثبوتی قصاص (عمدی بودن اکراه، تساوی در دین و عقل و انتفاء ابوت) است و از حیث ماهیت، نظریه تعزیری بودن حبس ابد در اکراه در قتل با اصول حاکم بر جرائم و مجازات‌ها، سیاست جنایی کارآمد و حفظ حقوق اولیای دم، انطباق بیشتری دارد. از این رو می‌توان گفت که با تصویب ماده ۶ الحاقی ۱۳۹۹، حبس ابد مکره، تبدیل به حبس درجه یک شده است. همچنین با توجه به استثنایی بودن حکم ماده ۳۷۶، مسلمان معتاد به اکراه به قتل کافر، محکوم به حبس ابد نمی‌شود؛ بلکه طبق ماده ۳۷۶، مجازات معاونت در قتل در فراز آخر ماده ۳۷۶ بر او اعمال می‌گردد. در مجموع، ابهامات و چالش‌های فوق‌الذکر مقتضی آن است که مقنن برای جلوگیری از تضییع حقوق متهمان و حفظ اعتبار آرای قضایی، اقدام به اصلاح ماده ۳۷۶ نماید.

واژگان کلیدی: اکراه در قتل، حبس ابد، مشروط‌انگاری، مجازات مکره.

مقدمه

قداست نفس انسانی و اصل تساوی جان‌ها در برابر یکدیگر ایجاب می‌کند که اکراه در قتل، مجوز سلب حیات از دیگری نباشد؛ حتی در صورتی که تهدید به کشتن بیش از یک نفر وجود دارد، باز اکراه‌شونده نمی‌تواند شخصی را برای رهایی دادن چند نفر از مرگ، به قتل رسانده و با استناد به اکراه از قصاص بگریزد. در این خصوص، مقنن با تأسی از نظر مشهور فقها، در ماده ۳۷۵ ق.م.ا. اشعار می‌دارد:

«مرتکب (مکره) قصاص و اکراه‌کننده به حبس ابد محکوم می‌گردد».

چنین حکمی که ناظر به حالت کمال اهلیت (بلوغ و عقل) اکراه‌شونده است، باوجود حمایت حداکثری از حق حیات و بازدارندگی مطلوب، چالش‌های متعددی را در مقام اجرا به وجود آورد؛ برای مثال هر گاه مباشر به دلیل عفو و مصالحه اولیای دم یا

فقدان شرایط قصاص (نظیر انتفاء ابوت و تساوی در دین و تساوی در عقل)، از مجازات قصاص رهایی یابد، محکومیت اکراه‌کننده به حبس ابد، نوعی بی‌تناسبی غیر قابل توجیه بین مجازات اکراه‌کننده با اکراه‌شونده به وجود می‌آورد؛ در حالی که شدت عمل مکره از مباشر بسیار کمتر است.

علاوه بر این، اکراه در قتل در فروض مختلفی (اکراه به خودکشی، اکراه به قتل خود تهدیدکننده) اتفاق می‌افتد که قانون سابق صرفاً حکم یک فرض را بیان کرده و نسبت به بقیه موارد سکوت اختیار کرده بود. از سویی، دیدگاه‌های قابل اعتنای دیگری نیز در فقه وجود دارند که اکراه را مؤثر در مجازات قتل می‌دانند. این چالش‌ها در نهایت مقنن را بر آن داشت تا در اصلاح قانون مجازات در سال ۱۳۹۲، تغییراتی را در باب اکراه پیش‌بینی کند. با نگاهی به قانون، دو تغییر عمده به چشم می‌خورد:

۱- مشروط‌انگاری مجازات حبس ابد به وجود شرایط قصاص در اکراه‌کننده و حق الناس دانستن آن؛ ۲- امکان قصاص اکراه‌کننده در فرض اکراه به خودکشی (ماده ۳۷۹).

۱. به صراحت ماده ۳۷۹ ق.ا.م.ا: «هر گاه کسی دیگری را به رفتاری اکراه کند که موجب جنایت بر اکراه‌شونده گردد، جنایت عمدی است و اکراه‌کننده قصاص می‌شود». از دیدگاه حقوق‌دانان، زمانی که اکراه به رفتاری باشد که نوعاً برای مکره کشنده هست، جنایت به تهدیدکننده منتسب می‌گردد. بنابراین در حالتی که اکراه‌کننده، فرد را به خودکشی اکراه کند نیز قتل قابل انتساب به وی خواهد بود. ضمن اینکه اکراه‌کننده با اکراه بر رفتاری (از جمله خودکشی و دیگر رفتارها) موجب وقوع جنایت شده است و بر این اساس با توجه به ماده ۳۷۹ در فرض اکراه به خودکشی، قانون‌گذار قائل به ضمان مکره می‌باشد. همچنین می‌توان به بند الف ماده ۲۹۰ مبنی بر عمدی بودن جنایت به هنگامی که مرتکب با انجام کاری به قصد کشتن، کسی را بکشد، استناد نمود؛ زیرا عبارت عام انجام کار در این ماده، شامل اکراه به خودکشی نیز می‌گردد (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۹: ۳۲۳؛ الهی‌منش و مرادی اوجقاز، ۱۳۹۲: ۴۴۳). در مقابل، برخی معتقدند که ماده ۳۷۹ به صراحت حالت اکراه به خودکشی را در بر نمی‌گیرد و مقنن در این باره ساکت است. به اعتقاد آنان در فرض اکراه به خودکشی، گاهی عمل تهدیدکننده موجب انتساب قتل اکراه‌شونده به تهدیدکننده و قصاص او خواهد بود و گاهی قتل به خود می‌چینی علیه منتسب می‌شود و ضمانی بر مکره نیست؛ برای مثال در جایی که تهدیدشونده با آگاهی کامل و یقین به کشنده بودن رفتاری که از او خواسته‌اند، مرتکب آن می‌شود، بدون آنکه خودکشی مناسب با شدت خطر باشد (کلاتری و هادی‌زاده، ۱۳۹۵: ۸۸). به نظر می‌رسد دیدگاه نخست با اصول حقوقی سازگارتر است؛ ضمن اینکه دیدگاه دوم هم در نهایت پذیرفته است که طبق ماده ۳۷۹ در فرض اکراه به خودکشی، در حالات مختلفی امکان قصاص مکره وجود دارد. افزون بر این، رویه قضایی نیز از دیدگاه ما حمایت می‌کند و معتقد است که ماده ۳۷۹ شامل اکراه به خودکشی می‌گردد و از باب سبب اقوی از مباشر، مکره قصاص می‌گردد (صورت جلسه نشست قضایی یزد، مورخ ۹۸/۱۱/۶، <<https://www.neshast.org>>).

نخستین پرسشی که در خصوص این نوآوری‌ها مطرح می‌شود، این است که آیا تغییرات جدید، از سابقه فقهی برخوردار بوده و به مبانی شرعی محکمی اتکا دارد یا از جنس امور مستحدثه به شمار می‌رود که مقنن می‌خواهد با سیاست جنایی مصلحت‌مدار و بازدارنده، آن را توجیه کند؟ به دیگر سخن، آیا مجازات مکره همانند ممسک در قتل از جنس مجازات تعزیری است یا حدی؟ و نظر فقها و حقوق‌دانان درباره ماهیت مجازات مکره چگونه است؟ اجمالاً می‌دانیم که فقها درباره ماهیت مجازات مکره دیدگاه واحدی ندارند. برخی از فقهای متقدم، حبس ابد را کیفری حدی می‌دانند که تابع احکام حاکم بر حد خواهد بود. اما بعضی از فقها، آن را از جنس تعزیری تلقی می‌کنند. حال سؤال این است که چه مبانی‌ای قانون‌گذار را به انتخاب نظری غیر مشهور سوق داده است؟ حتی می‌توان ادعا کرد که با توجه به عدم صراحت ماده ۳۷۶، باز رویکرد مقنن درباره ماهیت مجازات مکره دقیقاً مشخص نیست.

افزون بر این، قانون‌گذار در قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹، مجازات حبس ابد را لغو و به حبس تعزیری درجه یک تبدیل نموده است که شمول تبصره ماده ۱۹ بر کیفر حبس ابد در قتل مشخص نیست؛ بدین شرح که آیا ماده ۳۷۶ نسخ ضمنی شده و از این پس مکره به حبس درجه یک محکوم می‌گردد یا مجازات مقرر در ماده ۳۷۶ همچنان به قوت خود باقی است؟ پاسخ به این پرسش، ریشه در ماهیت کیفر مکره دارد. به علاوه این امر سبب شد که دادگاه‌های ما، برداشت‌های مختلفی را از مواد بنمایند که از یک جهت به برخوردهای سلیقه‌ای و تبعیض‌آمیز با متهمان می‌انجامد و اعتبار آرای قضایی را از بین می‌برد و از طرفی با احتیاط در دماء و حقوق و آزادی‌های فردی در جامعه سازگاری ندارد. به طور کلی، ابهامات مشروط‌انگاری مجازات مکره به این مباحث ختم نمی‌شود و ابعاد حقوقی و آثار مختلفی دارد که در این جستار سعی می‌شود تا حد توان به آن‌ها پاسخ داده شود. خاطرنشان می‌گردد که در ادبیات کیفری ما، تحقیق مستقلی در این باره انجام نیافته است. برای بیان مطالب، مقاله در سه بخش تنظیم شده است؛ در بخش نخست بعد از ذکر مقدمه، به بررسی مفهوم و شروط مقرر در ماده ۳۷۶ پرداخته شده است. سپس با توجه به آنکه ماهیت کیفر حبس ابد، اعم از حد یا تعزیر بودن و حق الناس یا حق الله بودن آن، در تفسیر و گستره

محدوده ماده ۳۷۶ تأثیر مستقیمی دارد، به تبیین رویکردهای مختلف در آن زمینه‌ها ورود پیدا نموده است. در گام سوم نیز پیامدهای حوزه مشروط‌انگاری مجازات اکره کننده در فروض مختلف مورد بررسی قرار گرفته است.

۱. مشروط بودن حبس ابد به شرایط قصاص در اکره کننده

بر خلاف قانون سابق، قانون‌گذار در ماده ۳۷۶، مکره را در صورتی محکوم به حبس ابد می‌کند که شرایط قصاص در او جمع باشد و اگر «اکره کننده به هر علت به حبس ابد محکوم نشود، به مجازات معاون در قتل محکوم می‌گردد». بدین ترتیب قانون‌گذار تعیین مجازات حبس ابد برای اکره کننده را منوط به وجود شرایط عمومی قصاص در مواد ۳۰۱ تا ۳۱۰ ق.م.ا. دانسته است.

۱-۱. ابهام در مفهوم و قلمرو شروط لازم

لازم به ذکر است که قانون‌گذار شرایط قصاص را نه در قاتل واقعی و قتل اتفاق افتاده بلکه در شخص تهدیدکننده می‌جوید. به موجب قوانین برای ثبوت قصاص، پنج شرط لازم است: عمدی بودن جنایت، تساوی در دین، تساوی در عقل، فقدان رابطه پدری، محقون‌الدم بودن. شرط نخست به ماهیت قتل و ذهن مرتکب ارتباط دارد و سه شرط دیگر هم در رابطه بین قاتل و مقتول سنجیده می‌شود.

در قتل اکره‌ای که سه نفر یعنی مقتول، مباشر و تهدیدکننده دخالت دارند، این پرسش مطرح می‌شود که تساوی را با کدام یک از افراد می‌سنجند؟ از ظاهر ماده برداشت می‌شود که شروط سه‌گانه را باید در رابطه بین تهدیدکننده با مباشر سنجید؛ زیرا اکره کننده رفتار مجرمانه خود را بر روی تهدیدشونده انجام داده و معاونت عملی عاریتی از فاعل اصلی است. اما برداشت دیگر هم دور از ذهن نیست؛ یعنی اینکه شرایط قصاص در رابطه بین مقتول و اکره کننده سنجیده می‌شود؛ مثلاً مسلمانی که دیگری را تهدید نموده است، در صورتی حبس می‌گردد که مقتول مسلمان باشد نه تهدیدشونده.

پذیرش هر کدام از این برداشت‌ها به نتایج متفاوتی ختم می‌شود؛ برای مثال، اگر

مسلمانی یهودی را تهدید کند تا مسلمانی را به قتل برساند، طبق برداشت نخست، اکراه‌کننده مطابق قاعده نفی سبیل به خاطر تهدید اهل ذمه، حبس ابد نمی‌گیرد؛ لکن در برداشت دوم، چون اکراه‌کننده با مقتول در دین مساوی هستند، به حبس ابد محکوم خواهد شد.

ابهام دیگر اینکه معلوم نیست گستره شروط قصاص در شخص اکراه‌کننده فقط شروط ثبوتی قصاص (مواد ۳۰۱ تا ۳۱۱) را در بر می‌گیرد یا علاوه بر شرایط ثبوتی، احراز شروط اجرایی قصاص (چون تقاضای ولی دم برای صدور حکم و اجرای حبس ابد، استیذان از مقام رهبری، پرداخت تفاضل دیه و...) هم برای حکم به حبس ابد ضرورت دارد. به نظر ما، از عبارت «در اکراه‌کننده» مستفاد می‌شود که منظور قانون‌گذار شروط ثبوتی قصاص بوده است نه شروط اجرایی آن؛ یعنی برای محکومیت مکره، نیازی به استیذان از رهبری نیست و هر گاه اولیای دم جهت قصاص اکراه‌شونده (مباشر) ملزم به پرداخت تفاضل دیه باشند، محبوس کردن اکراه‌کننده منوط به پرداخت شدن مابه‌التفات به قاتل نخواهد بود.

با این حال ممکن است گفته شود که شروط با اطلاق خود شامل هر نوع شرط می‌گردد. به علاوه، قانون‌گذار در قانون جدید، رویکرد حمایتی از مرتکب و سیاستی سختگیرانه در اجرای حبس ابد اتخاذ نموده است. چنین امری اقتضا می‌کند همه شروطی که برای قصاص مجرم ضرورت دارد، به اکراه‌کننده تعمیم داده شود.

در پاسخ باید گفت که منظور مقنن از عبارت «شروط قصاص در اکراه‌کننده»، آن دسته از شرایط و اوصافی است که در شخص اکراه‌کننده وجود دارد که شامل عامد بودن، تساوی در دین، کمال عقل و یا فقدان ابوت می‌گردد و شرایط اجرایی مانند استیذان از امام و پرداخت تفاضل دیه، اوصافی نیستند که در شخص وجود داشته باشند؛ بلکه تکلیفی بیرونی هستند و اصلاً منطقی نیست که حبس ابد موکول به شرایط اجرایی قصاص گردد. افزون بر این، هیچ یک از فقها معتقد به لزوم استیذان از رهبری برای اعمال حبس ابد نیستند؛ اما در خصوص شکایت و تقاضای اولیای دم، از آنجا که مقنن حبس ابد را حق الناس می‌داند، لذا از جهت حق الناس بودن، این شرط لازم است.

۲-۱. عدم تأثیرپذیری حبس ابد مکره از غیر عمدی بودن قتل نسبت به

اکراه‌شونده

در مواردی که شخصی با تهدید یا تطمیع، درخواست انجام جرم از دیگری می‌نماید، بدون آنکه در عملیات اجرایی شرکت کند، موضوع ذاتاً از مصادیق معاونت در جرم خواهد بود و قاعده نیز این است که عمد و غیر عمد بودن جرم اصلی، بر مجازات معاون تأثیر بگذارد؛ یعنی هر گاه عمل مباشر غیر عمد باشد، معاون به مجازات معاونت در جرم غیر عمدی محکوم می‌شود. حال در اکره در قتل این سؤال مطرح می‌شود که حبس ابد مکره ملازمه با عمدی بودن قتل دارد یا خیر؟ آیا به صرف عمد نبودن قتل، جنایت به اکره کننده مستند می‌شود و او به جای حبس، قصاص خواهد شد یا این امکان وجود دارد که مرتکب از حیث ارتکاب جرم شبه عمدی یا خطایی، به پرداخت دیه و مکره به حبس ابد محکوم گردد؟ در پاسخ باید گفت برای استناد قتل به کسی، عوامل متعددی مانند سن و جنس، تهدید صورت گرفته، نوعاً کشنده و غیر کشنده بودن رفتار خواسته شده و شرایطی که مرتکب در آن قرار دارد، مؤثر هستند و ممکن است عرفاً جنایت به اکره شونده مستند باشد که در این صورت به قصاص یا پرداخت دیه (در صورت توافق) محکوم خواهد شد. بر این اساس، در حالتی که مرتکب به دلیل شبهه یا وجود عوامل رافع مسئولیت، قابل قصاص کردن نیست، باز جنایت می‌تواند به اکره شونده مستند باشد. با این حال در برخی موارد، در صورت فقدان عنصر روانی قتل عمد در اکره شونده، ممکن است جرم به اکره کننده مستند شده و مجازات او به جای حبس ابد، به قصاص ارتقا یابد. یکی از این موارد را خود قانون‌گذار در تبصره ۲ ماده ۳۷۵ بیان نموده است؛ جایی که تهدیدشونده، غیر ممیز و فاقد قصد مجرمانه است. مورد دیگر، وجود جهل موضوعی با اکره در قتل است. علامه حلی می‌نویسد:

«در صورتی که مباشر، به انسان بودن کسی که مورد هدف قرار گرفته، جاهل باشد، قصاص بر عهده اکره کننده است» (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۹۰/۳).

در قانون مجازات ما، جهل موضوعی مطابق ماده ۲۹۵، باعث تبدیل قتل به شبه عمد می‌شود. از این رو، دیدگاه علامه حلی زمانی صحیح می‌باشد که اکره کننده

به انسان بودن هدف عالم، و تهدیدشونده به این امر جاهل باشد تا به دلیل اقوی بودن سبب از مباشر، بتوان قتل اکراهی را به سبب منتسب نمود نه مباشر.

به طور کلی با توجه به اینکه عمدی نبودن قتل توسط اکراه‌شونده، ملازمه با استناد قتل به اکراه‌کننده ندارد، در جایی که قتل مستند به اکراه‌شونده به دلیل فقدان عنصر روانی یا حصول شبهه، شبه عمد شناخته می‌شود، به نظر می‌رسد امکان حبس ابد اکراه‌کننده وجود دارد و معافیت مکره از قصاص، موجب عدم اعمال ماده ۳۷۵ قانون مجازات اسلامی در مورد اکراه‌کننده نیست؛ نظیر اکراه طفل ممیز به قتل که با وجود شبهه عمد بودن قتل و عدم قصاص مباشر، مجازات اکراه‌کننده با توجه به تبصره ۲ این ماده، حبس ابد است (کلاتری و هادی‌زاده، ۱۳۹۸: ۲۱۵). مشاهده می‌شود که تبصره ماده ۳۷۵ به روشنی بر خروج اکراه در قتل از برخی قواعد معاونت در جرم دلالت دارد؛ هرچند مقنن در فراز اخیر ماده خواسته است عمل اکراه‌کننده را به معاونت وصل کند.

۳-۱. لزوم عمدی بودن عمل اکراه

قصاص مجازات اصلی جنایات عمدی است و ظاهر عبارت ماده ۳۷۶ مبنی بر «وجود شرایط قصاص در اکراه‌کننده» ایجاب می‌نماید که حبس ابد منوط به عمدی بودن نفس قتل گردد؛ زیرا وقتی مقنن می‌گوید باید شرایط قصاص در اکراه‌کننده موجود باشد، منظور وجود همه شرایط از جمله عمدی بودن جنایت است. اما به نظر می‌رسد برداشت مزبور که از شیوه نادرست قانون‌نویسی نشئت می‌گیرد، با موازین قانونی ما سازگار نیست؛ زیرا همچنان که اشاره شد، ملازمه‌ای بین مجازات اکراه‌کننده با نوع قتل ارتكابی تهدیدشونده وجود ندارد و مفهوم مخالف تبصره ۱ به وضوح بر این نظر دلالت دارد. بنابراین برای محکومیت اکراه‌کننده باید به عنصر روانی در نفس عمل تهدید توجه داشت و حبس ابد را ناظر به جایی دانست که اکراه‌کننده، عمد در فعل اکراه داشته باشد. از نظر غالب حقوق‌دانان، محکومیت اکراه‌کننده به حبس ابد در قانون جدید، به وجود عنصر روانی در وی یعنی قصد واقع شدن قتل یا حداقل علم به کشنده بودن رفتار خواسته‌شده بستگی دارد؛ چه عبارت «اکراه مجوز قتل نیست» در ماده ۳۷۵ و منطوق روایت زراره، دلالت بر لزوم وجود قصد قتل در اکراه‌کننده دارد

که به صورت داشتن توجه و آگاهی به وقوع قتل نیز قابل تعمیم است. اگر مکره برای مثال از وضعیت خاص بزه‌دیده ناآگاه باشد و با تهدید دیگری، رفتاری نوعاً کشنده نسبت به بزه‌دیده را از او بخواهد، در صورت وقوع قتل، محکومیت اکره کننده به حبس ابد (به جهت فقدان آگاهی از نوعاً کشنده بودن)، امکان‌پذیر نخواهد بود. همچنین از آنجا که وحدت قصد بین مباشر و معاون جرم شرط است، اعمال مجازات معاونت در قتل عمد بر اکره کننده نیز در این حالت ممکن نیست (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۱: ۴۳۶).

حقوق دانان درباره اعمال تبصره ۲ ماده ۱۲۷ (که مجازات معاون را در صورت عدم اجرای قصاص مباشر تا دو درجه تخفیف می‌دهد)، نسبت به حبس ابد مکره اختلاف عقیده دارند. پاره‌ای از آنان در حالتی که اکره‌شونده به هر دلیلی قصاص نشود، اعمال حبس ابد بر اکره کننده را ترجیح داده‌اند. آنچه این دیدگاه را تقویت می‌کند، خاص بودن حکم ماده ۳۷۵ و عدم تفکیک بین دو حالت قصاص شدن مرتکب با عدم قصاص وی در روایت زراره و در دیدگاه فقهاست. علاوه بر این می‌توان به محتوای ماده ۳۷۶ که مجازات حبس ابد مکره را حق اولیای دم و منوط به تقاضای آن‌ها دانسته است، استناد نمود (همان: ۳۲۶). اما پاره‌ای صاحب نظران برای احتراز از شدیدتر بودن کیفر معاون (حبس ابد) و تبعیض ناروا بین مجازات او با مباشر (حبس معین)، به سمتی رفته‌اند تا حبس ابد را منتفی و مکره را به دو درجه حبس کمتر از مباشر محکوم نمایند که نشانگر تعزیری دانستن مجازات مکره توسط این دسته از حقوق دانان می‌باشد (اردبیلی، ۱۴۰۱: ۵۸/۲؛ آفایی‌نیا، ۱۴۰۱: ۱۰۶-۱۰۷). در بخش بعد، این دیدگاه به تفصیل خواهد آمد.

۴-۱. لزوم تساوی در دین

فقهای امامیه با استناد به آیه شریفه نفی سبیل ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ و روایات وارده معتقدند که مسلمان در برابر کافر (ذمی و غیر ذمی) قصاص نمی‌شود. اما اگر مسلمان به قتل غیر مسلمان (ذمی، مستأمن و معاهد) عادت کرده باشد، در این صورت محکوم به اعدام (به استناد ادله قصاص و یا افساد فی الارض)

می‌گردد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۸۹/۴). شرط همتایی در هنگام وقوع قتل ملاک می‌باشد؛ یعنی قاتل و مقتول اگر در زمان وقوع جرم هم‌دین باشند، قاتل قصاص خواهد شد. البته به صورت استثنایی، اگر قاتل کافر پس از کشتن کافر مسلمان شود، قصاص منتفی خواهد شد. با توجه به این مطالب و به صراحت ماده ۳۷۶ در صورتی که اکراه‌کننده و مقتول در دین تساوی نداشته باشد، مکروه قصاص نمی‌گردد؛ برای مثال، اگر شخص مسلمانی، مسلمانی را تهدید کند تا مسلمان دیگری را بکشد، به دلیل اینکه بین هر سه نفر در دین همتایی برقرار است، مکروه به حبس ابد محکوم می‌گردد. به طریق اولی در جایی که غیر مسلمانی، مسلمان یا کافری را تهدید به قتل مسلمان کند، شکی در حبس ابد اکراه‌کننده وجود ندارد. همچنین در حالتی که اکراه‌کننده یهودی، یک مسیحی را به قتل مسیحی اکراه کند و سپس اکراه‌کننده بعد از قتل، مسلمان گردد، همانند حالت اسلام آوردن مباشر، اینجا نیز حبس ابد منتفی می‌گردد.

اما در صورتی که مکروه مسلمان و اکراه‌شونده غیر مسلمان و مقتول مسلمان باشد، حکم قضیه محل تأمل است که در اینجا تساوی دین بین اکراه‌کننده و مقتول، مقتضی حبس ابد است، اما به دلیل برتری دین اکراه‌کننده بر دین تهدیدشونده، نمی‌توان حکم به حبس ابد داد؛ بلکه به موجب فراز اخیر ماده ۳۷۶، اکراه‌کننده به مجازات معاون در قتل عمدی یعنی حبس تعزیری درجه دو یا سه محکوم می‌گردد (ماده ۱۲۷ ق.م.ا.).

۵-۱. تساوی در عقل

در اینکه اکراه‌کننده همانند جانی در قصاص، باید عاقل و بالغ باشد، تردیدی نیست؛ زیرا کمال عقل و اختیار در مرتکب، شرط مسئولیت کیفری در هر جرمی به شمار می‌رود و اکراه به قتل نیز از این قاعده مستثنا نیست. در نتیجه هر گاه یکی از این شرایط موجود نباشد، قتل در حکم خطای محض محسوب می‌شود که قصاص ندارد و فقط دیه بر عهده عاقله قرار می‌گیرد. با این حال، یکی از شرایط قصاص، تساوی بین قاتل و مقتول در کمال عقل می‌باشد؛ به این صورت که اگر فرد عاقل، فرد مجنونی را به قتل برساند، عاقل را قصاص نمی‌کنند. در مسئله اکراه در قتل نیز هر گاه اکراه‌کننده، شخصی را تهدید کنند که فرد مجنونی را بکشد، همان گونه که مباشر قصاص نمی‌شود،

محکومیت اکره کننده به حبس ابد نیز غیر شرعی خواهد بود؛ اما در عکس این قضیه (یعنی قتل عاقل توسط مجنون)، هرچند قصاص ساقط می‌شود، لکن دلیل آن خطای محض محسوب شدن قتل می‌باشد (ماده ۲۹۲)، نه عدم تساوی در کمال عقل بین قاتل و مقتول. در مسئله حاضر نیز هر گاه مجنونی دیگری را تهدید به قتل انسانی نماید، اکره کننده قطعاً به حبس ابد محکوم نمی‌گردد و حتی تعزیر هم نمی‌شود؛ زیرا جنون در زمان ارتکاب جرم از عوامل رافع مسئولیت کیفری می‌باشد.

۱-۶. انتفاء ابوت و محقون‌الدم بودن مقتول

ماده ۳۰۱ با اقتباس از فقهای امامیه، صریحاً انتفاء ابوت را برای ثبوت مجازات قصاص لازم می‌داند. صاحب‌جوهر در این خصوص اشعار می‌دارد از شرایط قصاص آن است که قاتل پدر نباشد؛ بنابراین اگر پدر یا جد پدری فرزندش را بکشد، به خاطر این قتل کشته نمی‌شود و بر این حکم مخالفتی یافت نمی‌شود؛ بلکه علاوه بر وجود نصوص، اجماع فقها از هر دو قسم منقول و محصل بر اثبات این حکم دلالت دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۰۸/۳؛ موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۷۴؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۱: ۲۵۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۵۰). بنابراین در اکره در قتل نیز اگر پدر و جد پدری با تهدید نمودن دیگری، سبب قتل فرزندش شود، چون اکره کننده پدر مقتول به حساب می‌آید، محکوم به حبس ابد نخواهد شد؛ همان گونه که اگر او مباشرتاً فرزندش را به قتل می‌رساند، محکوم به قصاص و حبس ابد نمی‌شد و صرفاً تعزیر می‌گشت. در اینجا نیز به طریق اولی باید قائل به سقوط حبس ابد بود. اما سابقاً در زمان اجرای قانون مصوب ۱۳۷۰، هر گاه پدری، دیگری را اکره می‌کرد تا فرزند اکره کننده را به قتل برساند، مکره به حبس ابد محکوم می‌گشت و این امر در عمل منجر به یک چالش اساسی می‌شد؛ به این صورت که اگر پدر مباشرتاً فرزندش را می‌کشت، به حبس تعزیری ۱۰ تا ۱۵ سال محکوم می‌گشت، اما اگر به شکل معاونت (اکراه) در قتل فرزندش دخالت می‌نمود، حبس مؤبد می‌گردید که بسیار شدیدتر از مجازات مباشر بود. در واقع، این ناسازگاری‌های غیر منطقی از جمله دلایل قانون‌گذار برای پیش‌بینی ماده ۳۷۶ و نوآوری در آن بود که گرچه این چالش را برطرف ساخت، لیکن خود چالش‌های دیگری پدید آورد.

پرسش دیگر اینکه هر گاه پدری با تهدید فرزندش از او بخواهد که انسان دیگری را بکشد، آیا اکراه کننده مستحق حبس ابد است یا خیر؟ در پاسخ می‌توان گفت که چون اکراه کننده رابطه پدری با قاتل دارد، به دلیل فقدان شرط قصاص (انتفاء ابوت)، حبس ابد منتفی می‌گردد. به علاوه، تفسیر به نفع متهم و قاعده «تدرأ الحدود بالشبهات» نیز مؤید این نظر می‌باشد.

نکته آخر اینکه بر خلاف قصاص که اهمیت خون مقتول، قانون‌گذار را بر حذر می‌داشت تا معافیت پدر از قصاص را به مادر (وقتی فرزندش را به قتل می‌رساند)، تعمیم دهد، به نظر حداقل در حبس ابد با توجه به اعمال قصاص بر مباشر و باطل نشدن خون مقتول، قانون‌گذار می‌تواند به تفاوت حکم بین پدر و مادر پایان دهد و به سمت پذیرش نظراتی فقهی برود که فقدان رابطه والدی را شرط قصاص می‌داند (ابن جنید اسکافی، ۱۴۱۶: ۳۶۹).

۷-۱. مهدورالدم نبودن مجنی علیه

اگر کسی انسانی را به قتل فردی اکراه کند که به عللی چون ارتداد یا سب نبی، خونش مباح است، مباشر قصاص نمی‌شود (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۲۰۱/۴) و مکره نیز حبس ابد نمی‌گیرد.

۸-۱. نظریه اشتراط حبس ابد به وجود شرایط قصاص در مکره (مباشر)

برخی فقها فارغ از حد شناختن حبس ابد، معتقدند که صحیحه زاره در این ظهور دارد که ثبوت حکم حبس ابد بر آمر، تنها در صورتی صحیح است که مباشر در قتل، هم مرد باشد و هم قابلیت قصاص او به سبب قتل وجود داشته باشد. در غیر این صورت، اگر مباشر زن باشد یا مردی باشد که امکان قصاص او برای قتل وجود نداشته باشد، آمر به حبس ابد محکوم نیست.

ایراد وارد بر این نظر آن است که حکم حبس در مورد آمر به صورت مطلق بیان شده است و امکان قصاص کردن مباشر در فرض سؤال در روایت، از خصوصیات مورد سؤال است و این سبب تقیید حکم حبس به شروط قصاص درباره مباشر نمی‌شود. در پاسخ گفته‌اند که ملاک در قاعده اصولی «العبرة بعموم الوارد لا بخصوص المورد»،

فرضی است که نخست قاعده و اصلی به صورت کلی بیان شده باشد و اطلاقی شکل بگیرد و سپس شک در عمومیت آن ایجاد شود در این صورت به مقتضای قاعده، تطبیق در مورد خاص سبب مقید شدن دلیل نمی‌شود؛ ولی در فرضی که قاعده‌ای بیشتر از سؤال بیان نشده است، نمی‌توان حکم را آزاد از قیود مورد سؤال تصور کرد. بنابراین چون مورد روایت زراهر، فرضی است که قاتل قابلیت قصاص دارد و افزون بر قصاص قاتل، به حبس ابد نیز حکم شده است، مسانخت بین مقتول و قاتل در مورد حکم مفروض است و بی‌شک احتمال دخالت آن در حکم به حبس ابد اکراه‌کننده نیز وجود دارد (قائینی و دستجرد، ۱۳۹۷: ۴۴-۴۵). در نتیجه اگر فرد مسلمانی به کافری برای قتل فرد دیگری (مسلمان یا کافر) امر کند، با توجه به قاعده مستفاد از روایت، افزون بر قصاص مباشر، امر نیز محکوم به حبس ابد است یا اگر پدری دیگری را به قتل فرزند خود امر کند، در صورت امکان قصاص مباشر، پدر نیز حبس می‌شود، همان‌گونه که اگر به قتل غیر فرزند خود امر کرده باشد؛ زیرا عنوان رجل برای آمر اطلاق دارد و شامل پدر و غیر پدر می‌شود (همان: ۴۷).

مشاهده می‌گردد که این دیدگاه درست در نقطه مقابل ماده ۳۷۶ قرار دارد؛ زیرا براساس نظر قانون‌گذار در مثال اخیر، از آنجا که شرایط قصاص در اکراه‌کننده «یعنی انتفاء ابوت» وجود ندارد، لذا پدر به جای حبس ابد به مجازات حبس تعزیری درجه دو یا سه محکوم می‌گردد. به نظر می‌رسد اقدام مقنن در مقید کردن حبس ابد به «شروط قصاص در اکراه‌کننده» در ماده ۳۷۶ با دیدگاه غالب فقها، چه آنان که حبس ابد را حد می‌دانند یا آنان که به تعزیری بودن آن نظر داده‌اند، همخوانی ندارد و سابقه فقهی برای آن نمی‌توان یافت. در واقع قانون‌گذار بنا به مصلحتی که تشخیص داده، خود حکم جدیدی را در اکراه در قتل وضع نموده است. حتی از سخن فقهای که راجع به حق الناس بودن حکم حبس ابد بحث نموده‌اند، نمی‌توان چنین برداشت کرد که حبس ابد در نظر آن‌ها منوط به وجود شرایط قصاص در اکراه‌کننده است؛ زیرا شرایط قصاص با گذشت و تقاضای اولیای دم، دو امر متفاوت است. برای مثال، اجرای حد قذف منوط به شکایت مقذوف است، ولی اجرای حد نیازی به شرایط قصاص در قاذف ندارد.

۲. ماهیت مجازات حبس ابد: حد یا تعزیر یا شبیه قصاص

فقهها به اتفاق آراء با استناد به روایات معتقدند که مجازات مکره حبس ابد است. اما در اینکه چه ماهیتی دارد، بین فقیهانی که متعرض مسئله شده‌اند، اختلاف نظر وجود دارد؛ هرچند بسیاری از آنان در فرض بحث، اتخاذ موضع نکرده و تنها به بیان حکم مکره و ناظر اکتفا کرده‌اند. در هر حال به نظر می‌رسد می‌توان در تعیین ماهیت مجازات مکره، دو گونه تقسیم‌بندی را لحاظ کرد: تقسیم نخست بر پایه حق‌الله یا حق‌الناس بودن حکم، و تقسیم دوم مبتنی بر حدّ یا تعزیر بودن کیفر مکره.

۱-۲. نظریه حق‌الله و حدّ بودن

۱-۱-۲. جایگاه نظریه و ادله

مطابق این دیدگاه، حکم اکراه‌کننده حق‌الله است؛ یعنی مثل حد شرعی است که در اختیار ولیّ دم نیست و یا شبیه تعزیراتی است که از جنس حقوق عمومی جامعه به حساب می‌آید. مکره و ناظر مثل شارب خمرند که قابل عفو یا مستحق اسقاط حد نیستند. غالب فقهای متقدم بر این نظر گرایش دارند و در هیچ یک از مباحث قتل به امکان عفو مکره و اثر توبه بر حبس وی و حتی وجود شرایط قصاص در اکراه‌کننده اشاره نکرده‌اند. شیخ طوسی و ابن ادریس، اعمال حبس ابد را از وظایف امام و حاکم اسلامی به شمار آورده‌اند. کلام ایشان در حق بودن قصاص برای ولیّ دم و حد بودن حبس آمر است؛ از این رو، اجرای حبس ابد به دست امام سپرده شده است (طوسی، بی‌تا: ۷۴۷؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۰۹: ۳/۳۴۱).

در بین فقهای معاصر نیز دیدگاه حدّی بودن، طرفداران بسیاری دارد. از جمله قائلان به این قول، سیدمحمدسعید حکیم می‌باشد که بیان می‌دارد:

«ظاهر این است که مجازات معاونت بر قتل عمد، در ردیف حقوق‌الله قرار داشته و از سنخ حدود است، آن‌چنان که مقتضای اطلاق ادله نیز همین است؛ زیرا اقتضای اطلاق روایات، عدم منوط بودن عقوبات مذکور به مطالبه و خواست اولیای دم است. بنابراین، چنین نیست که اعمال این مجازات، حق ولیّ دم محسوب شود» (طباطبایی حکیم، ۱۴۲۷: ۱۹۵).

در تعلیل حد بودن گفته شده است که حبس آمر نه از جهت قصاص، بلکه به دلیل کوتاه کردن دست اکراه‌کننده از فساد و افساد در زمین است؛ حسب آنچه در تفسیر آیه محاربه از نفی محارب و مفسد فی الارض آمده است که به معنای حبس می‌باشد. شکی نیست که آمر از آنجایی که به کشتن دیگری جرئت می‌دهد و انگیزه قتل را ایجاد می‌کند، مفسد محسوب می‌شود. او از کسانی است که اگر آزاد باقی بماند، به این رفتار و نظایر آن ادامه می‌دهد (خالصی، ۱۴۱۳: ۶۵).

از دیدگاه میرزا جواد تبریزی نیز مجازات مکره از نوع حدود و حقا لله است و حق ولی دم نیست. لذا اگر ولی دم قاتل را عفو کرده باشد، حدود مکره ساقط نمی‌شود (گنجینه آرای فقهی قضایی، سؤال ۵۷۴۷). موسوی اردبیلی علی‌رغم طرفداری از نظریه حد بودن مجازات مکره، معتقد است که گرچه عفو قاتل توسط اولیای دم اصولاً تأثیری در کیفر مکره و ناظر و معاون ندارد، لکن به جهت احتیاط در جان افراد، از باب «تدرأ الحدود بالشبهات» می‌تواند حد را از میان بردارد. ایشان می‌نویسد:

«ظاهر این است که مجازات مکره و ناظر از قبیل حقوق الله است نه حق الناس. در عین حال، اگر آن‌ها نیز مورد عفو قرار گیرند، بعید نیست از باب «الحدود تدرأ بالشبهات» حدشان برداشته شود» (موسوی اردبیلی، ۱۳۷۷: ۳۳۱/۱).

برخی فقها گفته‌اند مطابق ادله‌ای که بر وجوب اقامه حد دلالت دارد، مستفاد از فعل «یحبس» در روایت زراره، وجوب می‌باشد.^۱ در واقع، این عده مجازات مکره را از نوع حق الله و حدی می‌شناسند و به همین جهت، حاکم شرع را ملزم به اجرای حبس می‌دانند (محسنی، ۱۴۲۹: ۱۸۷/۲).

پاره دیگری از اندیشمندان با آنکه صریحاً حق الناس بودن حبس ابد در ماده ۳۷۶ قانون مجازات را فاقد دلیل شرعی دانسته و بدین جهت رویکرد قانون‌گذار را به باد انتقاد می‌گیرند، اما خودشان نیز درباره ماهیت کیفر دقیقاً موضع خود را مشخص نکرده و از هر دو اصطلاح حد و تعزیر برای توصیف نوع مجازات مکره استفاده می‌کنند. پر واضح است که هر دو وصف تعزیر و حد در یک مجازات نمی‌گنجند. با این حال،

۱. «إن كان فعل "یحبس" بمعنى الإنشاء فهو، وإلا يستفاد الوجوب مما يأتي من وجوب إقامة الحدود».

به نظر می‌رسد منظور نویسنده این است که هر دو نظریه حد یا تعزیر بودن قابل دفاع هستند، لکن حبس ابد به هیچ وجه نمی‌تواند حق الناس تلقی شود.

فقیه مزبور در بحث عقوبت آمر به قتل می‌نویسد:

«همان طور که در مواردی که مباشر حبس می‌شود (مثل عبد مأمور) و همچنین در مورد ناظر...، عقوبت‌های مذکور حق ولیّ دم نیست، بلکه حد و تعزیر است، چون در هیچ کدام از این ادله، دلالتی بر اینکه این امور از حقوق اولیای دم است، وجود نداشت، در مورد قصاص دلیل قطعی داریم که حق است. به علاوه، ارتکاز عام هم حق بودن قصاص است و لذا حتی اگر دلیل قطعی بر حق بودن آن هم نداشتیم، اطلاق مقامی اقتضا می‌کرد که قصاص از باب حق بودن ثابت است و این به خلاف عقوبت مثل حبس و کور کردن و... است... موضوع قابل تعجب آنکه از دید برخی علما، حبس در این موارد هم حق اولیای دم است، با اینکه در کلام خود آن‌ها هم هیچ دلیلی بر آن اقامه نشده است. محتوای قانون مجازات جدید در ماده ۳۷۶ نیز از موارد همین ادعای بدون دلیل است و به نظر ما، ظاهر از این ادله این است که حبس یا کور کردن و... حدود و تعزیرات حکومتی است» (فائنی نجفی، ۱۳۹۶: ۲).

با توجه به مطالب بالا، دو دلیل می‌توان بر حد بودن حبس آمر بیان کرد:

۱- طبق صحیح زراره، امر معصوم به حبس آمر دارای اطلاق لفظی است. اطلاق حکم به حبس ابد، بر ثبوت آن برای وی فارغ از درخواست یا گذشت ولیّ دم، دلالت دارد.

۲- در صورت نپذیرفتن اطلاق لفظی صحیح زراره، مقتضای روایات دیگر در کتب فقهی، شکل‌گیری اطلاق مقامی در خصوص حد بودن حبس ابد است؛ زیرا در ارتکاز عقلا، قصاص به عنوان یک حق جلوه دارد و گذشتن از آن، تحسین ایشان را به دنبال دارد. افزون بر این در مجموعه ادله شرعی، شرط درخواست ولیّ دم و قابلیت عفو بیان شده است؛ ولی برای حبس آمر، نه ارتکاز عقلایی بر حق بودن آن وجود دارد و نه شرط و قیدی در ابواب فقه برای آن بیان شده است. این اطلاق مقامی، مقتضی حد و نامشروط بودن به درخواست ولیّ دم است.

بنابراین هرچند حبس آمر، مشروط به قابلیت مباشر برای قصاص است، ولی به معنای این نیست که اگر ولیّ دم خواهان قصاص نباشد و قصاص از مباشر ساقط شود،

حبس آمر نیز ساقط شود؛ زیرا ثبوت حکم قصاص در صحیحه زراره، فرع بر امکان داشتن قصاص برای قاتل است و وجود آن شرط برای ثبوت حبس ابد بر آمر است. حال پس از تحقق شروط برای ثبوت حبس ابد و پذیرش حد بودن آن، اجرا نشدن قصاص بر مباشر، مانع از اجرای حد بر آمر نیست (قائینی و دستجرد، ۱۳۹۷: ۵۰-۵۱). به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان نیز هرچند ماده ۳۷۵ بر حق الناس بودن تصریح می‌کند، اما مجازات حبس ابد مشمول عنوان تعزیرات نیست (آقایی‌نیا، ۱۴۰۱: ۲۳۴). رویه قضایی صراحتی بر حد بودن ندارد؛ ولی پاره‌ای از آراء نشانگر گرایش برخی به نظریه حدی می‌باشد (نشست قضایی اصفهان، مورخ ۹۶/۸/۱). استدلال دیگر در تقویت نظریه حدی این است که حبس ابد اکراه‌کننده، هم نوعی حمایت کیفری از مقتول است و هم نوعی حمایت کیفری از اکراه‌شونده؛ زیرا اکراه باعث گردیده که اکراه‌شونده نیز در معرض قصاص قرار گیرد. به عبارت دیگر، اکراه در اینجا باعث دو قتل گردیده است؛ قتل به ناحق مقتول و قتل اکراه‌شونده به خاطر اجرای قصاص. از این رو، موکول کردن حبس ابد تنها به خواست و اراده ولی دم مقتول، به نوعی نادیده گرفتن حق اکراه‌شونده است و این امر با هدف شارع همسویی کامل ندارد.

۲-۱-۲. امکان حد بودن حبس ابد به جهت رابطه قصاص با حد

ممکن است گفته شود که وقتی مجازات حبس ابد را به قتل و قصاص ملحق کنید، از آنجا که برخی قصاص را حد تلقی می‌کنند، می‌توان این ویژگی قصاص (حد بودن) را به مجازات مکره نیز تعمیم داد؛ آن‌چنان که فقهای اهل سنت قصاص را در شمار حدود قرار داده‌اند (زحیلی، ۱۴۰۱: ۱۳/۶). در پاسخ باید گفت که بیشتر فقهای امامیه، قصاص را در شمار حدود ندانسته‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۴/۳۲۵)؛ همچنان که آنان و بسیاری از فقهای اهل سنت، در منابع فقهی در مبحث حدود به موضوع قصاص پرداخته و آن را در بابی جداگانه آورده‌اند (نجفی، ۱۳۶۷: ۴۱/۲۵۳؛ عوده، بی‌تا: ۷۸/۱). علاوه بر این، وجود اشتراک بین حد و قصاص، مقتضی تعمیم همه قواعد حد به

۱. اکثریت قضات در رد اعمال ماده ۴۲۲ ق.آ.د.ک. بر حبس ابد استدلال کرده‌اند: «تعزیری بودن حبس ابد هم خود محل نزاع است. به فرض هم که حبس ابد تعزیری محسوب شود...»، عبارت «به فرض» نشان می‌دهد که قضات تمایل به تعزیری دانستن حبس ابد ندارند.

قصاص نیست؛ برای مثال، توبه در قصاص پذیرفته نمی‌شود و ادله ثبوتی حد از حیث تعداد در اقرار و شهود و از حیث نوع ادله قانونی، تفاوت زیادی با قصاص دارد. این تفاوت‌ها در الحاق مجازات حبس ابد به مجازات حدی، تردید جدی ایجاد می‌کنند. ضمن اینکه حدی شمردن حبس ابد، با منافع متهم سازگاری ندارد.

۲-۲. نظریه حق‌الناس و شبیه قصاص بودن (ماده ۳۷۶)

برخی از فقیهان معاصر به صراحت بر این نکته تأکید کرده‌اند که مجازات مکره هماهنگ با قتل و از نوع حق‌الناس بوده و در نتیجه قابل اسقاط است؛ یعنی ولی دم باید تصمیم بگیرد که مطالبه کند تا حکم اجرا شود یا عفو کند (مقتدایی، ۱۳۹۶: ۳۳۰-۳۳۲؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۲: ۹۷/۱۰). غالب فقها در استفتائاتی که در این زمینه صورت گرفته است، از این قول حمایت کرده‌اند. مکارم شیرازی می‌گوید:

«چنانچه اولیای دم از کره صرف نظر کنند، اجرای احکام مزبور علیه او دلیلی ندارد و شبیه حکم قصاص است، ظاهر این است که این امور نیز حق ورثه مقتول می‌باشد و حکم قصاص را دارد؛ یعنی اجرای آن موقوف به مطالبه آن‌هاست» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۳۷۶).

بر اساس نظر آیات عظام بهجت، فاضل لنکرانی و گلپایگانی هم اجرای مجازات حبس مکره مانند قصاص، حق اولیای دم بوده و منوط به تقاضای آن‌هاست (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۸: ۱۵۰۹/۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷: ۳۶۰/۲؛ گنجینه آرای فقهی، ۱۳۷۹: ۲۸۶۰ و ۵۷۴۷). از نظر مبنایی می‌توان دیدگاه فوق را چنین توجیه نمود که وقتی در روایات، مجازات مکره در کنار مجازات قصاص بیان می‌شود، نشانگر تشابه و همسانی در نوع و ماهیت دو مجازات است و چون قتل در زمره حق‌الناس به شمار می‌آید که با گذشت اولیای دم قصاص ساقط می‌شود، در نتیجه مجازات مکره نیز قابل گذشت و مصالحه می‌باشد. از نظر حقوق دانان بر مبنای اصول حاکم بر مجازات‌ها، عمل معاون قتل نظیر مکره تابع جرم اصلی (قتل) است و در قابل مطالبه و گذشت بودن از آن تبعیت می‌کند؛ اگرچه میزان مجازات آن از نوع تعزیرات منصوص می‌باشد و از سوی قاضی تغییرناپذیر و تبدیل‌شدنی نیست، لکن به اعتقاد برخی، این مجازات نه حد

است و نه تعزیر، بلکه از فرع قصاص است و به همین دلیل قابل گذشت می‌باشد. درباره تعطیل و تبدیل آن به مجازات دیگر، به این دلیل که از احکام حکومتی است، قانون‌گذار می‌تواند آن را به جهت رعایت مصلحت تغییر دهد (حسینی یمین، ۱۳۹۰: ۱).

به نظر می‌رسد قانون‌گذار در ماده ۳۷۶ به این دیدگاه تمایل داشته باشد؛ چرا که آشکارا از حق اولیای دم در مطالبه و عفو حبس سخن رانده و اما هیچ اشاره‌ای به تعزیری بودن آن نکرده است و قید و نشانه‌ای هم به نفع تعزیر بودن در ماده یافت نمی‌شود؛ بلکه برعکس، ذکر حبس ابد در کنار قصاص و منوط کردن اجرای آن به شروط قصاص حاکی از آن است که قانون‌گذار ماهیت آن را از جنس قتل و قصاص می‌داند، و الا مقید کردن آن به شرط قصاص بیهوده خواهد بود. به بیان دیگر، منطقی نیست که قانون‌گذار حبس ابد را حد یا تعزیر بشناسد، اما اجرای آن را منوط به شرایط قصاص در مجرم بداند. نظریه عاریتی در معاونت هم مؤید این دیدگاه می‌باشد.

البته پذیرش این نظر، این پیامدهای منفی را در پی دارد که حکم مقرر در ماده ۱۹ ق.م.ا.، بر ماده ۳۷۶ تسری نیابد؛ یعنی حبس ابد مکره باقی مانده و به حبس درجه یک تبدیل نگردد. مگر اینکه اولیای دم از آن بگذرند که در اینجا هم حبس درجه یک اعمال نخواهد شد، بلکه مجازات ماده ۶۱۲ تعیین می‌گردد. به علاوه در رد این دیدگاه می‌توان گفت بر اساس اصول حقوق جزا، اکره‌شونده نباید مجازات گردد و تنها استثنا مربوط به قتل است. حال که ناگزیر از استثنا هستیم، لازم نیست که مجازات اکره‌کننده از اکره‌شونده تبعیت نماید؛ مثلاً اگر اکره‌شونده به خاطر شرایط مطلوب خود، مستحق عفو از طرف اولیای دم بود، نباید ایراد گرفته شود که در اینجا اکره‌کننده در وضعیت بدتری قرار گرفته است؛ زیرا اصل بر این است که اکره‌کننده، یا تمامی مسئولیت ناشی از جرم اکره‌شونده را بر عهده بگیرد و یا لااقل مجازات او شدیدتر از اکره‌شونده گردد.

۲-۳. نظریه حق‌الناس و تعزیر بودن حبس اکره‌کننده

صرف نظر از اینکه مجازات مکره به حق‌الناس یا حق‌الله ملحق گردد یا حتی به تبعیت از اصل عمومی بودن جرائم و تعریف ذاتی جرم به عنوان رفتار ضد منافع جامعه،

وصف حق عمومی بر آن بار شود، برخی اندیشمندان به این سمت گرایش پیدا کردند که کیفر مکره را از نوع مجازات تعزیری و تابع اراده حاکم اسلامی معرفی کنند. از جمله مکارم شیرازی با عدول از نظر سابق در پاسخ به استفتای زیر بیان می‌دارد:

«[سؤال: آیا حبس ابد اکراه کننده در قتل، تعزیری بوده یا حدی است یا هیچ کدام نبوده و عنوان خاصی در فقه دارد؟ اگر تعزیری است، در زمره تعزیرات منصوص شرعی است یا غیر منصوص؟

[جواب: حبس ابد یک نوع تعزیر منصوص است] (مکارم شیرازی، ۱۴۰۱: ۲).

یکی دیگر از فقها نیز به رغم ردّ حق الناس بودن، در نهایت مجازات اکراه کننده را تعزیرات منصوص شرعی دانسته است (قائمی نجفی، ۱۳۹۶: ۲). شیخ حرّ عاملی در *وسائل الشیعه* به صراحت حبس ابد در اکراه در قتل را در زمره تعزیرات منصوص شرعی آورده است (حرّ عاملی، ۱۳۸۸: ۱۹/۲۶۸).

۲-۳-۱. قضایای بودن روایات

پاره‌ای از اندیشمندان معتقدند که اگر روایت وارده در باب مجازات ناظر و مکره، در شمار روایات قضایی باشد، احتمال تعزیری بودن آن و امکان پیش‌بینی کیفرهایی متفاوت با حبس ابد دور از ذهن نیست. بر اساس نظر برخی فقها، چنانچه تعبیراتی مانند «جعل» یا «قضی» به امام علیه السلام نسبت داده شود، بعید نیست که بتوان گفت احکام صادره در زیر این عبارت، در شمار احکام حکومتی بوده و بر اساس رعایت مصلحت صادر شده‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۱۴: ۸۶)؛ یعنی چنین تعبیراتی، کاشف از جعل و انشای حکم از سوی معصوم علیه السلام بوده و دالّ بر این است که حکم صادره به اتکای منصب و با توجه به اختیارات امام علیه السلام در پرتو مصالح جامعه شکل گرفته است. در موضوع حاضر، در دو نوع روایتی که با اکراه ارتباط دارد، در صحیح محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام، عبارت «جعلت» ذکر شده است (حرّ عاملی، ۱۳۸۸: ۱۶/۲۳۴). یکی از فقها در بحث از قتل اکراهی به این نکته اشاره می‌کند و می‌نویسد:

«ورویتهم وارده فی موردها» می‌باشد؛ زیرا امیرالمؤمنین حاکم بودند «وبما راه الحاکم» عمل کرده‌اند... به دلیل اینکه امام علی علیه السلام به «قضی امیر المؤمنین» تعبیر می‌نمایند. اگر قضاوت فرمودند، در این مورد حکمتی بوده که حضرت این چنین قضاوت

فرموده‌اند. حکمت علت نیست که در موارد مشابه بتوان بر آن استناد کرد. لذا در مسئله مذکور، اکراه کننده قصاص می‌شود و بر مکره چیزی نیست» (مرعشی شوشتری، ۱۳۸۴: ۲۷/۱).

به نظر حقوق دانان:

«حمل این گونه کیفرها بر تعزیر و کاستن از دامنه حد با اصول و مبانی و حتی لحاظ متن همه روایات موجود در این زمینه سازگارتر به نظر می‌رسد. مراتب تأثیر اکراه در نتیجه قتل یکسان نیست. لذا تعیین مجازات ثابت برای جرمی که به لحاظ عنصر مادی و معنوی می‌تواند به صورت‌های گوناگون و شدید یا ضعیف ارتکاب یابد، برخلاف اصل تناسب جرم و مجازات است. این اصل به نوعی به اصل عدالت و انصاف بازمی‌گردد که تا جای امکان باید آن را رعایت کرد. به همین ترتیب، دشوار است بتوان به روایتی عمل کرد که برای ناظر و دیده‌بان قتل، کیفر کور کردن چشم را پیش‌بینی کرده است. جدا از ضعف روایت موجود در این باره، حمل کردن این گونه مجازات‌های رایج بر حد و تلقی آن‌ها همچون قانون ابدی شرع بسیار بعید است» (نوبهار، ۱۳۹۲: ۲۲۴-۲۲۵).

۲-۳-۲. حصری بودن مصادیق حد و عدم ذکر مجازات مکره در ردیف حد توسط فقهای متقدم و مؤخر

دیدگاه مذاهب گوناگون درباره مصادیق جرائم مستوجب حد یکسان نیست. درباره برخی مصادیق (مانند زنا، سرقت، قذف، شرب خمر و محاربه) اتفاق نظر وجود دارد؛ ولی درباره شماری دیگر (از جمله لواط، مساحقه، قوادی، ارتداد و بغی) اختلاف نظر هست. بیشتر منابع فقهی اهل سنت، مصادیق قطعی حدود را هفت مورد دانسته‌اند؛ اما هیچ یک از مذاهب در بحث از مصادیق، حتی اشاره‌ای به مجازات مکره نکرده‌اند (ابن حجر عسقلانی، ۱۳۰۱: ۴۹/۱۲؛ جزیری، ۱۴۰۴: ۲۷/۵). محقق خوبی نیز تعداد جرائم حدی را شانزده مورد ذکر نموده، اما نامی از مکره به میان نیاورده است (موسوی خوبی، ۱۴۲۲: ۲۰۳). از جمله اسباب اختلاف در شمارش جرائم حدی، مستقل ندانستن پاره‌ای جرائم (مانند راهزنی در برابر سرقت) و تعزیری به شمار آوردن برخی جرائم (مانند ارتداد) است.

۲-۳-۲. تردید و توقف علامه حلی در مجازات حبس ابد اکراه‌کننده

حبس آمر و اکراه‌کننده در بین فقیهان موضوع اتفاقی نیست. برخی از فقها هنگام بحث از اکراه، از طرح مجازات اکراه‌کننده خودداری ورزیده‌اند. این امر نشان می‌دهد که کیفر مکره در نگاه آنان در جایگاه و مقام حد قرار ندارد؛ چرا که اگر حبس ابد را مجازات شرعی مقدر می‌شمردند، بعید بود در مقام بیان، نسبت به آن سکوت پیشه کنند. محقق حلی در شرائع می‌فرماید مباشر قتل کشته می‌شود، اما در مورد حکم آمر چنین تعبیر می‌کند: «در روایت علی بن رثاب آمده که مکره حبس ابد دارد» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۸۴/۴). از دیدگاه شهید ثانی، انتساب حکم به روایت، مشعر بر این است که محقق در این حکم توقف داشته است که آیا واقعاً حکم آمر به قتل، حبس ابد است یا نیست. بر این توقف ایرادی وارد نیست؛ زیرا روایت مزبور یک روایت صحیح می‌باشد (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۵/۸۴). در واقع، وجه توقف این است که در برابر روایت زراره، روایت صحیح حریز قرار دارد که با آن معارض است. مطابق روایت حریز: «مخلّد در زندان نیست به جز سه دسته و طایفه؛ ممسک در قتل، زن مرتد، سارق که برای بار سوم سرقت می‌کند».

مشاهده می‌گردد که مصادیق حبس ابد، جنبه انحصاری دارد و شامل مورد چهارم نمی‌شود. اما روایت زراره می‌گوید که مورد چهارم، اکراه‌کننده به قتل می‌باشد. از آنجا که هر دو روایت صحیح‌اند، در نتیجه محقق به جهت عدم امکان ترجیح یکی بر دیگری توقف می‌کند. صاحب جواهر در پاسخ می‌گوید به دلیل صحیح بودن روایت زراره، عمل به آن اشکالی ندارد؛ به علاوه اصحاب به روایت عمل کرده‌اند (نجفی، ۱۳۶۷: ۴۲/۴۸). ایراد دیگری که بر حدیث زراره وارد می‌شود، ضعف سندی آن به خاطر وجود شخصی به نام سهل بن زیاد در سلسله راویان می‌باشد. با این حال، مشهور فقها معتقدند که با عمل فقها و شهرت فتوایی، ضعف سند جبران شده است (مرعشی شوشتری، ۱۳۸۴: ۱۱۶/۱).

۲-۳-۴. وحدت ملاک از تعزیری بودن اکراه در جرائم حدی مانند زنا

قائلان به نظریه شبیه قصاص، بر آن بودند که ذکر مجازات مکره و مباشر در سیاق واحد، دلالت بر ماهیت یکسان دارد و به علاوه طبق اصول حقوقی، مجازات معاون از

جرم اصلی تبعیت می‌کند. این متابعت علاوه بر میزان کیفر در ماهیت هم برقرار است. در پاسخ به نظر می‌رسد در نظام کیفری ما، هیچ ملازمه‌ای بین نوع و ماهیت اکراه (معاونت) با جرم اصلی وجود ندارد؛ برای مثال، اگر جرمی ذاتاً حدی باشد، اکراه به ارتکاب جرم حدی، لزوماً حدی نخواهد بود. طبق نظر فقیهان امامیه، هر گاه شخصی دیگری را به شرب خمر یا زنا اکراه کند، گرچه مباشر حد نمی‌خورد، اما شخص مکروه نیز به شلاق حدی محکوم نخواهد شد؛ بلکه نهایتاً به «ما یراه الحاکم» تعزیر می‌گردد. این امر نشان می‌دهد که در جرائم حدی، ملازمه‌ای بین ماهیت عمل معاون با مباشر جرم وجود ندارد. با تنقیح مناط از مورد اکراه در حد و با توجه به اینکه برخی مذاهب، اصولاً قصاص را از سنخ حد می‌شناسند، در بحث اکراه در قتل نیز می‌توان گفت که مجازات مکروه از ماهیت عمل مباشر یعنی قتل تبعیت نمی‌کند و ماهیت تعزیری دارد؛ هرچند قانون‌گذار میزان و نوع تعزیر را دقیقاً مشخص کرده باشد.

در خصوص حکم اکراه در جرائم حدی، ماده ۱۵۲ مجازات مرتکب را به قوانین مربوط ارجاع داده و حکم خاصی را بیان نکرده است و می‌توان این گونه تفسیر کرد که در این موارد با توجه به اینکه مشمول هیچ یک از عناوین حدی موجود نمی‌شود، باید به سراغ عموماً تعزیر رفت؛ زیرا مجازات حدی باید از نظر کمیت و کیفیت در شرع تعیین شده باشد. اما از آنجا که فرد مکروه مرتکب عمل حرام دارای مفسده شده است، به نظر می‌رسد که تعزیر وی بلاشکال باشد. در واقع، تنها مجازات قابل اعمال بر وی، مجازات تعزیری بید الحاکم خواهد بود. پس اگر قرار باشد مجازاتی برای اکراه بر جرائم حدی از جمله اکراه بر شرب مسکر، قوادی و زنا ثابت باشد، باید از سنخ مجازات تعزیری باشد. در تأیید این امر می‌توان به استفتائاتی که از مراجع تقلید معاصر به دست آمده است، اشاره کرد. در این استفتائات که البته موضوع آن اکراه بر زنا بوده، مراجع قائل به تعزیر شده‌اند (مجموعه استفتانات جدید، ۱۳۷۵: ۳۵۱/۱). برخی حقوق‌دانان نیز بر آن‌اند که برای مجازات اکراه به جرائم حدی باید به مواد ۱۲۷ و ۱۲۸ استناد نمود (الهام و برهانی، ۱۳۹۶: ۲۸۴/۱) که همه آن‌ها مجازات تعزیری هستند. بنابراین با الغای خصوصیت از حد، در بحث اکراه در قتل نیز می‌توان حکم به تعزیری بودن حبس ابد کرد و حتی برای تأیید نظر می‌توان به طریق اولی استناد نمود.

۲-۳-۵. قاعده مصلحت

مطابق اصول حاکم بر جرم‌انگاری، مجازات واکنشی است که در جهت ایجاد نظم و مصلحت جامعه وضع شده و مصلحت‌سنجی آن به دست حاکم است. با پذیرش این رهیافت، بعید نیست که بتوان مجازات مکره را در زمره جرائم تعزیری برشمرد و احکام خاص تعزیرات را در مورد آن جاری دانست.

از طرفی، مجازات مقرر در شرع برای دیده‌بانی و اکراه شامل میل داغ کشیدن به چشم‌ها یا حبس ابد در مقایسه با مجازات‌های مقرر در ماده ۱۲۷ ق.م.ا.، برای سایر مصادیق معاونت در قتل بسیار شدید است و اجرای آن در شرایط کنونی، چندان عملی و به مصلحت نیست. ضمن اینکه ممکن است بعضی از مصادیق معاونت مانند دادن اسلحه به قاتل، نقش بیشتری از تهدید در وقوع قتل داشته باشد و اعمال مجازات اخف نسبت به آن قابل تأمل است؛ زیرا در فرض مزبور، معاون به حبس تعزیری درجه دو یا سه محکوم می‌شود و امکان کاهش آن تا سه درجه برخوردار از نهاد عفو رهبری و سایر نهادهای ارفاقی هم وجود دارد، ولی مکره به مجازات ثابت اشد محکوم می‌گردد که مغایر با عدالت کیفری و اصل تناسب در جرم‌انگاری به نظر می‌آید.

لازم به ذکر است که حتی آن دسته از فقهای که حکم مکره را از سنخ حقوق‌الله و در زمره حدود می‌دانند، معتقدند در فرضی که حاکم جامعه بر اجرای کیفر و حق عفو تسلط داشته باشد، می‌تواند بنا به مصالح جامعه و صلاح‌دید خویش، نوع و میزان کیفرها را وضع و اجرا نماید. همچنین اگر ملاک عقوبت را نهی از منکر بدانیم، باز امکان تغییر مجازات موجود بوده و در این صورت به مقداری که با آن برای مجرم تنبه حاصل شود، اکتفا می‌گردد (طباطبایی حکیم، ۱۴۲۷: ۱۹۶).

به نظر می‌رسد در تعزیرات منصوص نیز دست جامعه اسلامی باز است تا از انواع دیگر تعزیرات استفاده کند؛ زیرا تعزیرات مقرر قرینه است بر اینکه ملاک، اصلاح مجرم و باز داشتن جامعه از گناه است و نوع خاصی مد نظر نیست و انواع منصوص، طریقت دارند و نه موضوعیت. روشن است که همه بزه‌کاران در همه زمان‌ها با یک نوع مجازات اصلاح نمی‌شوند و از این رو، جامعه اسلامی حسب مورد باید بهترین و مؤثرترین را برگزیند (صافی گلپایگانی، ۱۳۸۰: ۷۵-۷۰؛ منتظر قائم، ۱۳۹۹: ۲۲۵).

پذیرش این نظریه در مقایسه با نظریه شبه قصاص، ثمرات مختلفی دارد: نخست آنکه بدون مشکل می‌توان ماده ۳ قانون کاهش را حاکم بر ماده ۳۷۶ دانست و حکم داد که حبس ابد تبدیل به حبس درجه یک شده است. دوم آنکه قانون‌گذار بنا به شرایط اجتماعی می‌تواند درباره میزان کیفر مکرر و تبدیل و تخفیف و برخورداری آن از نهاد آزادی مشروط، تعلیق و عفو خصوصی، تصمیمات متفاوتی بگیرد. ناگفته نماند که پذیرش این نظر، منافاتی با حق اولیای دم ندارد؛ زیرا در جرائم تعزیری متعددی که قابل گذشت شناخته شده‌اند، تعقیب و عفو به دست شاکی می‌باشد؛ اما بعد از صدور حکم، مجازات را مصلحت جامعه و اصل اصلاح و بازسازی مجرمان اداره می‌کند، نه خواست و اراده مطلق بزه‌دیده.

۲-۳-۶. انحصار حد به حق الله و کیفر بدنی و غلبه تعزیرات به حق الناس

حد در لغت به معنای منع است و شرعاً مجازاتی را می‌گویند که اندازه‌اش را شارع مشخص کرده و بر بدن وارد می‌شود و در جرائم حق‌اللهی ثابت می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۳۲۷/۴). فقهای اهل سنت نیز معتقدند که حد به مجازات‌هایی اطلاق می‌شود که حق‌الله باشند یا چنین حقی در آن‌ها غالب باشد. لذا به قصاص حد اطلاق نمی‌شود؛ چون حق‌الناس در آن غلبه دارد (ابوزهره، بی‌تا: ۵۹). بر اساس این مفهوم، حبس ابد اکراه‌کننده که به جای بدن بر حق آزادی رفت‌وآمد محکوم اعمال می‌شود، مفهوماً در معنای حد قرار نمی‌گیرد.

بعضی از فقها می‌گویند در مواردی که ارتکاب معصیت موجب آزار دیگران می‌شود و مصداق پایمال شدن حق‌الناس است، تعزیر در موارد نامنصوص نیز جایز است (اردبیلی، ۱۴۱۶: ۱۳/۱۵۶؛ صافی گلپایگانی، ۱۳۵۳: ۱۳۹). در قانون مجازات اسلامی، قسمت تعزیرات مصوب ۱۳۷۵، نیز مواردی هستند که بر اساس تعزیر و بر مبنای حق‌الناس جرم‌انگاری شده‌اند. جرائم مندرج در قسمت اخیر مواد ۵۹۶، ۶۰۸، ۶۲۲، ۶۳۲، ۶۳۳، ۶۴۲، ۶۴۸، ۶۶۸، ۶۶۹، ۶۷۶، ۶۷۷، ۶۷۹، ۶۸۲، ۶۸۴، ۶۸۵، ۶۹۰، ۶۹۲، ۶۹۴، ۶۹۷، ۶۹۸، ۶۹۹ و ۷۰۰ از این قبیل هستند. تمامی این جرائم گذشت‌پذیرند. اگرچه حق‌الناس در حدود (سرقت و قذف) هم جریان یافته است، لکن غالب محرماتی که

حق الناسی را تضييع می کنند، به سنخ تعزیرات ملحق شده اند. بنابراین هر جا جرمی از جنس حق الناس دانسته شود، ولی درباره ماهیت آن‌ها تردید باشد، باید اصل را بر تعزیری بودن آن گذاشت.

۲-۳-۷. فقه اهل سنت

بین علمای اهل سنت در باب مجازات مکروه و مستکروه چهار قول وجود دارد: حنفیه و اقلیت شافعیه با پذیرش تأثیر اکراه معتقدند که فقط اکراه کننده قصاص می شود و مباشر تعزیر می گردد (کاسانی، ۱۴۰۶: ۱۹۰/۶-۱۹۱). بنا بر نظر جمهور فقهای حنابله و مالکیه و نظر اصح در شافعیه، هر دو قصاص می شوند (ابن قدامه مقدسی، ۱۳۸۸: ۲۳۹/۷؛ مرداوی، بی تا: ۴۵۳/۹؛ دردیر، ۱۹۷۲: ۳۴۲/۴؛ خرسی، ۱۳۱۷: ۹۰/۸؛ خطیب شربینی، ۱۳۷۷: ۱۱/۷؛ رملی، ۱۴۰۴: ۲۴۶/۷). مطابق قول سوم، هیچ کدام از آن‌ها قصاص نمی شود؛ بلکه مکروه ملزم به پرداخت دیه می شود و جایز است که حاکم آنان را تعزیر کند، چون مرتکب فعل حرام شده اند (ابن حزم اندلسی، بی تا: ۵۰۸/۱۰؛ شمس الدین سرخسی، ۱۴۱۴: ۷۵/۲۴). اما بعضی دیگر از فقیهان مذاهب اربعه مانند زفر، طحاوی و سفیان ثوری عقیده دارند که مباشر قصاص می شود و اکراه کننده^۱ تأدیب می گردد (نووی، بی تا: ۲۲۱/۱۷). ملاحظه می گردد که از میان نظریات چهارگانه، دو قول بر تعزیری بودن مجازات مکروه تأکید دارند و هیچ یک از مذاهب به حبس ابد برای اکراه کننده رأی نداده است. در سایر مصادیق معاونت در قتل نیز نظریه تعزیری طرفدارانی دارد؛ برای مثال از شافعی نقل شده است که ممسک در قتل بر حسب تشخیص حاکم تعزیر می شود؛ چرا که غرض، تأدیب اوست و استمرار مجازات تا زمان موت مقصود نیست (جزیری، ۱۴۰۴: ۴۴۲-۴۴۳).

۳. پیامدهای مشروط‌انگاری در ماده ۳۷۶

۳-۱. حبس ابد مسلمانی که عادت به اکراه در قتل کافر دارد

برخی فقها کشته شدن مسلمانی را که اعتیاد به کشتن غیر مسلمان دارد، از باب

۱. «فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ، أَنَّهُ يُعْزَرُ لَا غَيْرَ نَصَّ عَلَيْهِ وَقَدَّمَهُ فِي الْفُرُوعِ وَالرَّغَائِبِ وَالْحَاوِي وَغَيْرِهِمْ».

قصاص و برخی از باب حدود می‌دانند و معتقدند که اگر مسلمانی به کشتن اهل ذمه معتاد گردد، بعد از رد فاضل دیه، قصاص وی جایز است (مفید، ۱۴۱۰: ۷۳۹؛ عاملی جبعی، ۱۴۰۳: ۵۷/۱۰؛ طوسی، بی‌تا: ۷۴۹؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۹: ۵۹۳؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۱۴۵/۴۲؛ موسوی خویی، ۱۴۳۴: ۶۲/۲). قانون مجازات اسلامی در این مورد ساکت است و حکمی را وضع نکرده است. اما با توجه به اطلاق ماده ۳۰۱ ق.م.ا. چون یکی از شرایط ثبوت قصاص، تساوی در دین می‌باشد و فرقی بین تعداد مقتول کافر نگذاشته است، حکم به قصاص فاقد نص قانونی است و به خاطر اختلافی بودن امر بین فقها، رجوع به فقه وفق اصل ۱۶۷ ق.م.ا. در این خصوص موجب تشتت آراء خواهد بود.^۱ در مورد اکراه‌کننده مسلمانی که عادت به اکراه در قتل کافر دارد، به تجویز اصل ۱۶۷ باید به منابع فقهی مراجعه نمود. منتها با مراجعه، حکمی در خصوص مورد یافت نمی‌شود؛ چون که فقها اصولاً متذکر این نکته نشده‌اند. از یک طرف، «معتاد بودن به قتل کافر» شرط برای قصاص مسلمان است و با توجه به ظاهر ماده ۳۷۶، زمانی که شرایط قصاص در اکراه‌کننده از جمله شرط مزبور فراهم گردید، قاعدتاً دادگاه مجاز به حکم به حبس ابد خواهد بود. از طرف دیگر، حبس ابد باید مجوز شرعی داشته باشد و با توجه به سکوت فقها در این قضیه، محکومیت اکراه‌کننده مسلمان در قتل کافر، حتی اگر عادت به این کار داشته باشد، فاقد مبنای شرعی است. به نظر ما، دیدگاه اخیر با اصل قانونی بودن و تفسیر به نفع متهم سازگارتر است. در نتیجه در این فرض، اکراه‌کننده تنها به مجازات معاونت در قتل عمد (حبس درجه دو یا سه) محکوم می‌گردد.

۲-۳. نسبت ماده ۳۷۶ با تبصره ۶ ماده ۱۹ الحاقی از قانون کاهش حبس

تعزیری

قانون‌گذار در سال ۱۳۹۹ به موجب ماده ۳ قانون کاهش مجازات حبس‌های

۱. با توجه به ماده ۲۸۷ ق.م.ا. این امر می‌تواند مشمول مفسد فی الارض شود. در این ماده، جنایت گسترده علیه تمامیت جسمانی افراد، از مصادیق مفسد فی الارض تلقی شده است و در این مورد با توجه به اطلاق افراد، فرقی بین مسلمان و غیر مسلمان نیست. بنابراین جنایت گسترده علیه غیر مسلمان از سوی مسلمان، مشمول ماده فوق بوده و از باب مفسد فی الارض قابل اعدام است و در این خصوص باید تابع نظر فقهای دسته اول بود.

تعزیری، یک تبصره به ماده ۱۹ قانون ق.م.ا. الحاق نمود که مقرر می‌دارد تمام حبس‌های ابد غیر حدّی مقرر در قانون، به حبس درجه یک تبدیل می‌شوند. اکنون این پرسش مطرح می‌شود که تبصره ۶، حبس ابد مقرر برای بزه اکراه در قتل را دربر می‌گیرد یا خیر؟ در پاسخ، میان حقوق‌دانان و رویه قضایی تشتت آراء وجود دارد. حتی اداره حقوقی از ارائه نظر درباره ماهیت حبس ابد مکروه، اظهار ناتوانی کرده است. در ادامه به این مهم می‌پردازیم.

۳-۲-۱. نظریه نسخ ضمنی و تبدیل به حبس درجه یک

عده‌ای با استناد به عدم تصریح به حدی بودن مجازات مذکور در بسیاری از منابع فقهی و قابلیت تبدیل آن به مجازات معاونت در قتل عمدی که تعزیری است، مجازات حبس ابد در این موارد را مشمول ماده ۳ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری دانسته‌اند (به نقل از: ملاکریمی، ۱۴۰۰: ۷۳).

این دیدگاه در رویه قضایی نیز قائلانی دارد؛ برای مثال، محاکم سمنان اتفاق دارند که صرفاً حبس‌های ابد حدّی که در شرع مقرر شده‌اند، مانند مجازات حبس ابد برای ممسک، از شمول تبصره ۶ الحاقی به ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ خارج است؛ اما موضوع ماده ۳۷۵ قانون مجازات اسلامی یعنی مجازات مکروه در قتل، حبس ابد حدّی نیست تا بتوان آن را از شمول مقرر مزبور خارج دانست. در نتیجه، مجازات مکروه در قتل نیز مطابق قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، به حبس درجه یک تبدیل شده است (نشست قضایی شماره ۸۱۲۵-۱۴۰۰ سمنان، مورخ ۱۳۹۹/۴/۱۸). دیدگاه حاضر، از این نظرگاه که حبس ابد را قابل تبدیل می‌شناسد، شایسته دفاع و موافق با تفسیر به نفع متهم می‌باشد؛ اما از آن حیث که میان مجازات مکروه با ممسک در جرم واحد قتل تمایز می‌گذارد، نادرست جلوه می‌کند. به علاوه، بر این مشکل صحه می‌گذارد که برداشت متعارض محاکم، تا چه میزان می‌تواند حقوق و آزادی متهمان را تهدید کند و به عدالت کیفری لطمه وارد سازد، مگر اینکه دیوان عالی وحدت رویه ایجاد کند.

۳-۲-۲. نظریه عدم تبدیل به حبس درجه یک

پاره‌ای از حقوق‌دانان معتقدند به دلیل ماهیت غیر تعزیری حبس ابد اکراه‌کننده،

ماده ۳۷۶، مستثنا از تبصره ۶ ماده ۱۹ می‌باشد و حبس ابد مندرج در آن، همچنان به قوت خود باقی است. بر این اساس، یکی از اساتید در جایی که مباشر قتل به هر دلیل قصاص نشود، اعمال مجازات حبس ابد بر مکره را نسبت به حبس تعزیری یک تا دو درجه پایین‌تر از مجازات مباشر (ماده ۱۲۷) ترجیح داده است (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۱: ۳۲۶؛ پژوهشکده تحقیقات راهبردی مجمع، ۱۳۹۹: ۱۱-۱۴). یکی دیگر از آنان می‌نویسد:

«مجازات مزبور به طور خاص در شرع و نیز از سوی فقهای امامیه تجویز شده است و در نتیجه کیفر غیر تعزیری است؛ چرا که قانون‌گذار اگر قائل به تعزیری بودن مجازات حبس ابد برای اکراه‌کننده بود، باید آن را مشمول ارفاق‌های قانون از قبیل تخفیف و تبدیل و یا تعلیق مجازات یا آزادی مشروط می‌دانست؛ در حالی که هم‌اکنون تنها قابلیت شمول تبصره ۲ ماده ۲۷۸ ق.م.ا. می‌تواند مدنظر باشد» (اعتمادی و زالی‌پور مداب، ۱۴۰۰: ۲۳۲).

برخی دیگر از حقوق‌دانان، اگرچه حبس مکره در قتل را از مصادیق تعزیر منصوص شرعی قلمداد می‌کنند، اما با استناد به نظریه صاحب جواهر، آن‌ها را در کیفیت و نحوه اجرا، شبیه حد می‌شناسند که قابل تغییر و تقلیل نیست و شفاعت در آن جایز نمی‌باشد (زجاجی و مالمیر، ۱۳۹۸: ۱۶۱-۱۶۳). نویسندگان مزبور هرچند از موضوع ارتباط ماده ۳۷۶ و ۱۹ قانون، سخن نگفته‌اند، اما لازمه پذیرش این نظریه، عدم نسخ ضمنی ماده ۳۷۶ به موجب قانون کاهش خواهد بود.

در رویه قضایی، پاره‌ای محاکم صراحتاً از این دیدگاه حمایت می‌کنند. هیئت عالی نشست قضایی با رد نظریه اتفاق قضات، اشعار داشته است: «حبس ابد مجازات اکراه‌کننده در قتل، حبس تعزیری محسوب نمی‌شود»، بنابراین از شمول ماده ۱۹ خارج است (نشست قضایی شماره ۸۱۲۵ سمنان، مورخ ۱۳۹۹/۴/۱۸). اداره حقوقی در نظریه مشورتی در خصوص این ابهام که آیا جرائم قتل ناشی از اکراه، از جمله جرائم مستوجب حبس ابد تعزیری محسوب می‌شوند؟ از پاسخ استنکاف می‌نماید و اصل ۱۶۷ را پیش می‌کشد که نشان می‌دهد تمایلی به تأیید موضوع سؤال ندارد. در این نظریه می‌خوانیم: «اولاً، حبس ابد سرقت در مرتبه سوم موضوع بند پ ماده ۲۷۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با عنایت به تصریح ماده مذکور، مجازات حدی است و لذا مشمول تبصره ۶ ماده ۳ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ نیست. ثانیاً،

قانون‌گذار در خصوص حدی یا تعزیری بودن مجازات حبس ابد برای اکره‌کننده در قتل (ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) و نیز برای ممسک در قتل عمدی به صراحت تعیین تکلیف نکرده است و لذا طبق اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و با لحاظ ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی، مراجعه دادرس به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر ضروری است که از وظایف این اداره کل خارج است» (نظریه مشورتی ۷/۹۹/۶۸۴ مورخ ۱۳۹۹/۷/۹، قابل دسترس در وبگاه <<https://edarehoququy.eadl.ir>>).

۳-۳. نسبت حبس ابد مکره با تبصره ۲ ماده ۲۷۸

تبصره ۲ ماده ۲۷۸ ق.ا.م.ا. اختیار عفو یا تبدیل مجازات محکومان به «حبس‌های غیر تعزیری» را به شرط توبه و مصلحت‌سنجی، به مقام رهبری واگذار کرده است. این تفویض اختیار در حبس‌های تعزیری غیر مقدر مانند حبس مقرر در جرائم مالی به عنوان عفو خصوصی، مطلق است؛ اما در مجازات‌های منصوص با توجه به جنبه حق‌اللهی آن، بحث‌پذیر است.

تردیدی نیست که عبارت «سایر حبس‌هایی که مشمول عنوان تعزیر نیست»، شامل حبس‌هایی است که از باب حدود برای مرتکب در نظر گرفته شده‌اند؛ مانند حبس ابد در سرقت، نفی محارب، تبعید در زنا و حبس ابد زن مرتد. اما برداشت دیگر این است که اطلاق ماده علاوه بر حبس حدی، شامل حبس‌هایی هم می‌شود که زیر عنوان مجازات منصوص شرعی قرار دارند. در نتیجه، ممسک در قتل اگر توبه کند، از ارفاق مزبور برخوردار خواهد شد. همچنین از دیگر حبس‌های غیر تعزیری مورد نظر در تبصره ۲ ماده ۲۷۸، مجازات حبس ابد مکره است. به اعتقاد اینان، تبدیل کیفر توسط رهبری، منافاتی با حق‌الناس بودن ندارد (اعتمادی و زالی‌پور مداب، ۱۴۰۰: ۲۳۲)؛ اما به اعتقاد برخی با توجه به اینکه حبس ابد مکره مشمول عنوان تعزیرات نیست (یعنی حدی است)، مقام رهبری با شرایطی می‌تواند مرتکب را در صورتی که در حال تحمل کیفر حبس باشد، مورد عفو قرار دهد یا مجازات او را تبدیل به تعزیرات دیگر نماید (آقایی‌نیا، ۱۴۰۱: ۲۳۴).

به اعتقاد ما، به احتمال قوی منظور قانون‌گذار، نهاد عفو رهبری در توبه در حدود

است که قانون‌گذار به جای عفو کامل خواسته است تبدیل را هم مجاز بشمارد؛ لکن به لحاظ شکلی و نوشتاری نتوانسته مقصود را برساند. از طرف دیگر، اگر حبس ابد مکره را مجازات تعزیری قلمداد کنیم، در آن صورت نه تنها رهبری می‌تواند در قالب عفو خصوصی، مجازات او را بکاهد و تبدیل کند، بلکه امکان برخورداری مرتکب از سایر نهادهای ارفاقی چون آزادی مشروط وجود دارد. این امر، نافی حق الناس اولیای دم هم نیست؛ زیرا در جرائم تعزیری قابل گذشت نیز بعد از درخواست مجازات توسط شاکی، جامعه حق دارد در شیوه اعمال و زمان پایان آن تصمیم بگیرد و همان گونه حق اولیای دم در گذشت از مجازات در حین اجرا و مختومه ساختن آن، همچنان محفوظ می‌باشد.

در آخر، اشاره به این نکته خالی از فایده نیست که رویه قضایی نسبت به شمول ماده ۳ قانون کاهش بر حالتی که اعدام در پرونده تجاوز به عنف، طبق رأی کمیسیون عفو مجازات، به حبس ابد تبدیل گردد، نظریاتی دارند که نشانگر رویکرد آنان درباره ماهیت حبس ابد جایگزین کیفر حدی است و می‌تواند مؤیدی بر ماهیت تعزیری حبس ابد مکره باشد. هیئت عالی در این خصوص اشعار می‌دارد:

«با لحاظ اعمال عفو نسبت به مجازات حدی (اعدام)، مجازات تخفیف یافته هر چند به علت ارتکاب جرم حدی تعیین می‌گردد، اما فی نفسه مجازات حدی محسوب نمی‌گردد (دون حد است). بنابراین در خصوص مجازات اخیر، اعمال نهادهای ارفاقی در صورت وجود شرایط قانونی فاقد منع قانونی است... ضمناً به نظر می‌رسد با لحاظ تفسیر قوانین جزایی به نفع متهم، اعمال مقررات ماده ۳ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ در خصوص محکوم علیه در اجرای بند ب ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قابل توجیه باشد» (نشست قضایی شماره ۱۴۰۰، مورخ ۱۳۹۹/۷/۳).

اکثریت قضات فارس نیز از این رویکرد پیروی می‌کنند؛ چون که موارد حبس ابد به عنوان مجازات حدی در قانون و شرع احصا شده و با این تبدیل مجازات نمی‌توان همچنان حبس ابد را به تبع مجازات اعدام حدی دانست. در خصوص شمول ماده ۳ قانون کاهش مجازات حبس با توجه به اینکه ماده فوق بیان کرده: «حبس‌های ابد غیر حدی مقرر در قانون»، در حالی که حبس ابدی که کمیسیون با تبدیل مجازات

اعدام رأی داده، حبس ابد مقرر در قانون نبوده، بلکه به نوعی مجازات قضایی است، لذا در فرض غیر حدی بودن نیز مشمول ماده ۳ قانون فوق نمی‌گردد و تبدیل به حبس درجه یک نمی‌شود.

بر اساس مبانی این نظریات، ملازمه‌ای بین ماهیت کیفر جایگزین با نفس جرم ارتكابی وجود ندارد؛ یعنی یک جرم حدی ممکن است کیفری تعزیری ایجاد کند. بنابراین با تنقیح مناط، در مسئله اکراه در قتل نیز می‌توان ماهیت مجازات مکره را که از سالب حیات به حبس ابد تخفیف یافته، از قصاص جدا دانست. در مقابل، اقلیت قضات حبس ابد بدل از کیفر حدی را به دلیل آنکه منشأ آن یک جرم حدی است، حدی می‌دانند؛ لذا قابل تبدیل به حبس تعزیری درجه یک نیست. با وحدت ملاک از این نظر، حبس ابد در اکراه در قتل نیز تابع قصاص بوده و مجازات تعزیری تلقی نمی‌شود تا مشمول تبصره ۶ ماده ۱۹ ق.ا.م.ا. گردد.

نکته دیگری که در امکان عفو حبس ابد مکره باید در نظر گرفت، حدود اختیارات حاکم اسلامی در وضع قوانین از جمله تغییر و تخفیف در مجازات علی‌الخصوص حدی است. قول صائب این است که حاکم در صورتی که مصلحت اقتضا کند، می‌تواند از باب احکام ثانوی یا اصالتاً دست به تبدیل مجازات بزند. در واقع بر مبنای همین رویکرد بود که قانون‌گذار مجازات سنگسار را در مواردی به اعدام تبدیل نمود. حال وقتی تغییر مجازات در جرائم حدی عملاً وقوع یافته و شاکی نیز می‌تواند به سهولت از حبس ابد مکره بگذرد، چرا نتوان حکم ماده ۲۷۸ درباره حبس ابدی را که در ماهیت آن اختلاف است، اعمال نمود.

۳-۴. مجازات اکراه‌کننده در فرض قصاص مباشر (مکره)

چالشی فراروی مجازات اکراه‌کننده در ماده ۳۷۶ در فرض قصاص اکراه‌کننده، زمانی به وجود می‌آید که پدر یا جد پدری، دیگری را برای قتل عمدی فرزند خود تهدید می‌کند. در اینجا با توجه به صدر ماده ۳۷۵، اکراه‌شونده به عنوان مباشر به قصاص نفس محکوم می‌گردد؛ اما اکراه‌کننده به سبب داشتن رابطه پدری با مقتول و بالتبع فقدان شرایط عمومی قصاص در او، به جای حبس ابد، طبق نص صریح ماده

۳۷۶، مجازات معاونت در قتل عمدی یعنی حبس تعزیری درجه دو یا سه (بند الف ماده ۱۲۷) را خواهد داشت. چنین کیفری برای پدری که به طور غیر مستقیم در قتل فرزندش مداخله می‌کند، از موردی که به طور مستقیم فرزندش را به قتل می‌رساند، از حیث میزان شدیدتر است؛ زیرا در هنگامی که شخصاً فرزندش را به قتل می‌رساند، به دلیل سقوط قصاص و صرفاً در صورت فراهم بودن شرایط ماده ۶۱۲ ق.م.ا.، به ۳ تا ۱۰ سال حبس محکوم می‌شود. برای توجیه این بی‌تناسبی می‌توان گفت در فرضی که پدر ابراهیم‌کننده است، در واقع سبب مرگ دو نفر شده است: یکی فرزندش و دیگری مباشر قتل؛ چون پدر با وادار ساختن مباشر به قتل فرزند، عملاً باعث شد که مباشر در مقام اجرای قصاص، جانش را از دست بدهد. بدیهی است مجازات کسی که سبب مرگ دو نفر می‌شود، باید از مجازات کسی که یک نفر را می‌کشد، شدیدتر باشد. به نظر می‌رسد چنین توجیهی خالی از ایراد نیست؛ زیرا احتمال دارد که مباشر قتل به دلایلی چون گذشت اولیای دم و فقدان شرایط عمومی قصاص، در عمل اعدام نشود که در این صورت، مبنای استدلال فوق موضوعاً منتفی می‌گردد. به نظر نگارندگان، در اینجا راهی جز اصلاح قانون پیش روی مقنن وجود ندارد.

۳-۵. مجازات ابراهیم‌کننده در حالت فقدان شرایط قصاص

مطابق قسمت دوم ماده ۳۷۶، اگر ابراهیم‌کننده به هر دلیلی قصاص نشود، برای مثال پدری شخص دیگر را ابراهیم‌کننده به قتل فرزندش کند، به مجازات معاونت در قتل محکوم می‌شود. در تعیین مجازات مکره باید دو فرض را از هم تفکیک نمود:

- ۱- مباشر قتل قصاص می‌شود. در اینجا ابراهیم‌کننده وفق بند الف ماده ۱۲۷ به حبس تعزیری درجه دو یا سه محکوم می‌شود و با توجه اینکه یک مجازات تعزیری است، در تخفیف، تعلیق و برخورداری از نهادهای ارفاقی منطقی تابع احکام تعزیرات خواهد بود.
- ۲- ابراهیم‌شونده به هر دلیلی (مانند گذشت اولیای دم، پدر بودن) قصاص نشده و به دیه و مجازات مذکور در ماده ۶۱۲ (۳ تا ۱۰ سال) محکوم شود. در این حالت، مجازات مکره با توجه به مجازات قاتل اصلی تعیین می‌گردد که بر اساس تبصره ۲ ماده ۱۲۷، یک تا دو درجه پایین‌تر از ابراهیم‌شونده (یعنی حبس درجه ۵ یا ۶) خواهد بود.

حالت سوم آنکه اکراه کننده شرایط قصاص را دارد، ولی مباشر به هر دلیلی مانند گذشت اولیای دم قصاص نمی‌شود. در این فرض، عقاید مختلف است؛ دیدگاه نخست: مکره به حبس ابد محکوم می‌شود (صادق، ۱۴۰۱: ۳۲۶). دیدگاه دوم: مباشر به مجازات تعزیری مقرر در ماده ۶۱۲ قانون تعزیرات (حبس ۳ تا ۱۰ سال) محکوم خواهد شد و با توجه به تبصره ۲ ماده ۱۲۷ ق.ا.م.ا، مجازات اکراه کننده مجازات معاونت در قتل عمدی نیست، بلکه یک تا دو درجه پایین‌تر از مجازات مباشر یعنی حبس درجه ۵ یا ۶ خواهد بود (آقایی‌نیا، ۱۴۰۱: ۲۳۴).

نظر اخیر نسبت به نظر نخست، اقوی و با اصول حقوقی سازگارتر است؛ زیرا با پذیرش دیدگاه نخست، مجازات مباشر که جرم شدیدتری مرتکب شده، از مجازات معاون یعنی اکراه کننده اخف خواهد بود که با عدالت کیفری و تناسب مجازات‌ها همخوانی ندارد. از سوی دیگر، ماهیت عمل مکره با معاونت انطباق دارد و قاعده نیز این است که در معاونت، مجازات معاون از مجازات مباشر اصلی تبعیت می‌کند.

۴. مجازات اکراه برای معاونت در قتل و اکراه برای اکراه در قتل

حکم ماده ۳۷۶ قابل تسری به اکراه برای معاونت در قتل عمدی نیست. در صورت تحقق باید به قاعده عام اکراه مراجعه نمود و تهدیدکننده را مسئول دانست. برای مثال، اگر الف، شخص ب را تهدید به قتل نماید تا اسلحه‌ای در اختیار ج قرار دهد و ب در نتیجه تهدید، اسلحه را بدهد، در صورت وقوع قتل عمدی، شخص ب به دلیل آنکه عملش ناشی از اکراه بوده است، وفق ماده ۱۵۲ مسئولیت کیفری نخواهد داشت و الف به عنوان مکره به مجازات معاونت در قتل عمد محکوم خواهد شد.

با توجه به استثنایی بودن حکم ماده ۳۷۶ به نظر می‌رسد در مواردی که رفتار مرتکب منجر به حصول نتیجه یعنی قتل نشود، باید به قاعده عام اکراه مراجعه نمود و به جای مباشر باید اکراه کننده را به مجازات شروع به جرم قتل محکوم نمود؛ مثلاً اگر الف شخص ب را به کشتن انسانی اکراه نماید، ولی ب هنگام آماده شدن برای شلیک دستگیر شود، چون عمل شروع ناشی از اکراه بوده است، به دلیل اقوی بودن سبب، به اکراه کننده منتسب می‌شود. بنابراین او مستحق کیفر شروع به قتل است، ضمن اینکه از

مجازات حبس ابد معاف است؛ زیرا مجازات حبس ابد (یا حبس درجه یک) ناظر به جرم تام وقوع قتل می‌باشد (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۱: ۳۲۵).

فرض دشوار، اکراه برای اکراه در قتل است. حقوق‌دانان متذکر این حالت نشده‌اند و آن موردی است که شخصی، دیگری را به قتل تهدید می‌کند که برود فرد دیگری را برای کشتن انسان بی‌گناهی اکراه کند. تهدیدشونده دوم نیز اقدام به کشتن مقتول می‌نماید. در این فرض معلوم نیست که کیفر حبس درجه یک (یا حبس ابد) بر چه کسی اعمال می‌شود؛ تهدیدکننده اول یا تهدیدکننده دوم یا هر دو؟ حصول شرایط قصاص در کدام یک شرط می‌باشد؟ در پاسخ، به نظر می‌رسد با توجه به اینکه اکراه در قتل جایز نیست، لذا تنها کسی که مباشر قتل را تهدید نموده است (مکره دوم)، قابلیت حبس ابد مطابق ماده ۳۷۶ را دارد و اکراه‌کننده نخست را نباید اکراه‌کننده واقعی قتل به شمار آورد و او را می‌توان معاون ساده برای قتل به شمار آورد و به مجازات معاونت در قتل غیر عمد محکوم کرد؛ حتی اگر همه شرایط قصاص در او جمع باشد.

نتیجه‌گیری

از مجموع مطالب برمی‌آید که قانون‌گذار به هنگام مشروط‌انگاری حبس ابد مکره در ماده ۳۷۶، توجه کافی و دقیق به مبانی و سابقه فقهی موضوع مبذول نداشته و ظاهراً با الهام از دیدگاه برخی فقهای معاصر، کیفر را از سنخ حق‌الناس شمرده است. این در حالی است که در خصوص ماهیت حبس ابد، تهافت آراء وجود دارد. بر اساس یک نظر، حبس ابد کیفری حدی است که قابل تبدیل و تقیید نیست و بیشتر در بین فقهای متقدم طرفدار دارد و حتی فقهای معاصر زیادی به این رویکرد گرایش دارند. طبق قول دوم، مجازات مکره شبیه قصاص و همانند آن، منوط به مطالبه اولیای دم می‌باشد. دیدگاه سوم و چهارم نیز معتقدند که چه حبس ابد را حق‌الله بدانیم یا حق‌الناس، ماهیت تعزیری آن بر دیگر جنبه‌ها غلبه دارد. به نظر می‌رسد که رویکرد مقنن در ماهیت حبس ابد دقیقاً مشخص نیست و از میان نظریات فوق، تعزیری بودن در فقه امامیه ارجحیت دارد. ادله متعددی از این رویکرد حمایت می‌کند؛ از جمله اینکه اصل در مجازات بر

تعزیری بودن است و حد کیفر استثنایی و انحصاری محسوب می‌شود که دقیقاً مصادیق آن در شرع تعیین شده است و هیچ یک از فقهای امامیه در بحث از مصادیق حدود، اشاره‌ای به حبس ابد مکره نکرده‌اند. به علاوه، جامعه و حاکم اسلامی حق دارد نوع و میزان واکنش به جرم به مثابه رفتاری ضد اجتماعی را تعیین و تنظیم کند و اگر صلاح را در کیفر ندیدن مرتکب یا تبدیل و کاهش آن دید، با مانعی مواجه نشود؛ حتی بتواند در صورتی که مصلحت اقتضا کند، جرم‌زدایی نماید. ضمن اینکه تعزیر دانستن حبس ابد، برخی از چالش‌های ناظر به ماده ۳۷۶ را برطرف می‌سازد و دیگر بر خلاف حالت حد و فرض ثابت شناختن حبس ابد، در این نگاه، مجازات معاون (اکراه‌کننده) شدیدتر از مباشر قتل نخواهد بود.

نکته دیگر اینکه قانون‌گذار به موجب ماده ۳ قانون کاهش، حبس ابد غیر حدی را لغو و به حبس تعزیری درجه یک تبدیل نمود. به اعتقاد ما، به دلیل لاحق بودن تبصره ۶ الحاقی و غیر حدی بودن حبس ابد، ماده ۳۷۶ نسخ ضمنی شده و از این پس مکره به حبس درجه یک محکوم می‌گردد. در رویه قضایی نیز دیدگاه فوق صائب دانسته شده است. با این حال، همان‌گونه که گفته شد، بین محاکم در تفسیر ماده ۳۷۶ تشتت آراء وجود دارد و این امر منجر به آسیب به حقوق و آزادی‌های افراد و محکومان می‌شود و با ایجاد تشتت آراء و در نتیجه بی‌عدالتی، اعتماد به دستگاه قضا و اعتبار آراء قضایی نزد مردم از بین می‌رود.

سایر نتایج به شرح ذیل می‌باشند:

۱- شرایط قصاص در ماده ۳۷۶ دارای ابهام مفهومی و مصادیقی است. به نظر می‌رسد شروط ثبوتی قصاص مدّ نظر قانون‌گذار است. بنابراین لزومی به شروط اجرایی نظیر استیذان از مقام رهبری و تأدیه تفاضل دیه نیست و از طرف دیگر، شرط در رابطه اکراه‌کننده با مقتول سنجیده می‌شود.

۲- در اکراه به قتل برای اکراه به قتل که منجر به وقوع قتل می‌شود، حبس ابد (یا حبس درجه یک) بر اکراه‌کننده دوم اعمال می‌شود و اکراه‌کننده نخست به مجازات معاونت در قتل عمدی (حبس درجه دو یا سه) محکوم می‌گردد. ضمن اینکه اکراه برای معاونت در قتل، تابع قواعد عام اکراه می‌باشد نه ماده ۳۷۶.

پیشنهادها

به منظور ایجاد عدالت کیفری و منطبق سازی قوانین با موازین شرعی، پیشنهاد می شود قانون گذار ماده ۳۷۶ را اصلاح نماید و بر ماهیت تعزیری آن تصریح کند تا محکوم از برخی قوانین ارفاقی بهره مند شود.



کتاب شناسی

۱. آقایی نیا، حسین، حقوق کیفری اختصاصی؛ جرائم علیه اشخاص، تهران، میزان، ۱۴۰۱ ش.
۲. ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد کاتب، مجموعه فتاوی ابن جنید، تصحیح علی پناه اشتهازدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۳. ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی، فتح الباری شرح صحیح البخاری، بیروت، دار المعرفه، ۱۳۰۱ ش.
۴. ابن حزم اندلسی، ابو محمد علی بن احمد بن سعید، المحلی، بیروت، المكتبة التجارية، بی تا.
۵. ابن قدامه مقدسی حنبلی، موفق الدین عبدالله بن احمد بن محمد، المغنی، قاهره، مكتبة القاهرة، ۱۳۸۸ ق.
۶. ابوزهره، محمد، العقوبة فی الفقه الاسلامی، بیروت، دار الفکر العربی، بی تا.
۷. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۸. اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، ۱۴۰۱ ش.
۹. اعتمادی، امیر، و مهران زالی پور مداب، «مصلحت گرایی در عفو یا تبدیل مجازات محکومان به حبس های غیر تعزیری»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال نهم، شماره ۳۴، بهار ۱۴۰۰ ش.
۱۰. الهام، غلامحسین، و محسن برهانی، درآمدی بر حقوق جزای عمومی (جلد اول: جرم و مجرم)، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۱۱. الهی منش، محمدرضا، و محسن مرادی اوجقاز، حقوق کیفری اختصاصی ۱؛ جرائم علیه اشخاص، تهران، مجد، ۱۳۹۲ ش.
۱۲. پژوهشکده تحقیقات راهبردی مجمع تشخیص مصلحت نظام، «حبس زدایی بدون ضابطه»، گروه علمی پژوهشی حقوق قضایی، ۱۳۹۹ ش.
۱۳. جزیری، عبدالرحمن بن محمد عوض، الفقه علی المذاهب الاربعه، استانبول، بی تا، ۱۴۰۴ ق.
۱۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، تهران، المكتبة الاسلامیه، ۱۳۸۸ ق.
۱۵. حسینی روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق علیه السلام، چاپ سوم، قم، دار الکتب، ۱۴۱۲ ق.
۱۶. حسینی یمین، سیدمجتبی، تحلیل جرم انگاری و کیفرگذاری امساک و دیده بانی در پرتو قاعده حرمت اعانت بر اثم و نظریه معاونت در جرم، به راهنمایی سیدمنصور میرسعیدی، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۹۰ ش.
۱۷. خالصی، محمدباقر، احکام المحبوسین فی الفقه الجعفری، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. خرسی مالکی، ابو عبدالله محمد بن عبدالله بن علی، شرح الخرشی علی مختصر سیدی خلیل، چاپ دوم، بیروت، دار الفکر، ۱۳۱۷ ق.
۱۹. خطیب شریینی، شمس الدین محمد بن محمد، مغنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج، قاهره، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ۱۳۷۷ ق.
۲۰. دردیر، ابوالبرکات احمد بن محمد بن احمد، الشرح الصغیر علی اقرب المسالک الی مذهب الامام مالک، قاهره، دار المعارف، ۱۹۷۲ م.
۲۱. رملی، شمس الدین محمد بن احمد بن حمزه، نهاية المحتاج الی شرح المنهاج فی الفقه علی مذهب الامام الشافعی، بیروت، دار الفکر، ۱۴۰۴ ق.
۲۲. زجاجی، حمیدرضا، و محمود مالمیر، «مطالعه تعزیرات منصوص شرعی در فقه و حقوق کیفری ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال هفتم، شماره ۲۷، تابستان ۱۳۹۸ ش.

۲۳. زحیلی، وهبه مصطفی، *الفقه الاسلامی وادلتہ*، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۱ ق.
۲۴. شمس‌الدین سرخسی، ابوبکر محمد بن احمد بن ابی سهل حنفی، *کتاب المبسوط*، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۱۴ ق.
۲۵. صافی گلپایگانی، لطف‌الله، *تعزیرات در اسلام*، قم، دفتر تنظیم و نشر آثار آیه‌الله صافی گلپایگانی، ۱۳۸۵ ش.
۲۶. همو، *جامع الاحکام*، قم، انتشارات حضرت معصومه (س)، ۱۴۱۷ ق.
۲۷. طباطبایی حکیم، سیدمحمدسعید، *مسائل معاصره فی فقه القضاء*، نجف، دار الهلال، ۱۴۲۷ ق.
۲۸. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن بن علی، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، قم، قدس محمدی، بی تا
۲۹. عاملی جعبی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، تعلیق سیدمحمد کلاتر، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ ق.
۳۰. همو، *مسائل الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۱. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه*، قم، دار الفکر، ۱۴۱۱ ق.
۳۲. علامه حلّی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۳. عوده، عبدالقادر، *التشريع الجنائي الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی*، قاهره، مکتبه دار التراث، بی تا.
۳۴. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *جامع المسائل*، قم، امیر قلم، ۱۳۸۸ ش.
۳۵. فخرالمحققین حلّی، ابوبال محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۹ ق.
۳۶. قائنی نجفی، «درس خارج فقه»، ۶ دی ۱۳۹۶ ش. قابل دستیابی در وبگاه معظم‌له به نشانی <http://www.qaeninjafi.ir/component/k2/item/100-feqh-050-1396-10-06.html>.
۳۷. قائینی، محمد، و محمدابراهیم دستجرد، «آمر به قتل، محکوم به قصاص یا حبس ابد»، *دوفصلنامه پژوهش‌های فقهی تا اجتهاد*، سال دوم، شماره ۳، بهار و تابستان ۱۳۹۷ ش.
۳۸. کاسانی حنفی، علاء‌الدین ابوبکر بن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۶ ق.
۳۹. کلاتری، کیومرث، و رضا هادی‌زاده، «بررسی تطبیقی قلمرو تأثیر اکراه در قتل عمد در حقوق کیفری ایران و انگلستان»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال هشتم، شماره ۲۹، زمستان ۱۳۹۸ ش.
۴۰. همان‌ها، «حکم اکراه منجر به فوت اکراه‌شونده در حقوق ایران»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، سال سیزدهم، شماره ۱۱، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
۴۱. محسنی، محمدآصف، *حدود الشریعة (جلد ۲: الواجبات)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۹ ق.
۴۲. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۴۳. مرداوی، علاء‌الدین ابوالحسن علی بن سلیمان، *الانصاف فی معرفة الراجح من الخلاف علی مذهب الامام احمد بن حنبل*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۴۴. مرعشی شوشتری، سیدمحمدحسن، *دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام*، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۴۵. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقنعه*، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.

۴۶. مقتدایی، مرتضی، «دروس خارج فقه سال ۸۸-۸۹»، اصفهان، مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان، ۱۳۹۶ ش.

۴۷. مکارم شیرازی، ناصر، *استفتائات جدید*، چاپ دوم، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۴۲۷ ق.

۴۸. ملاکریمی، امید، *جزوه حقوق جزای اختصاصی ۱؛ جرائم علیه اموال و مالکیت*، ۱۴۰۰ ش. قابل دستیابی در <https://www.mollakarimi.ir/wp-content/uploads/Private-Criminal-law-1.pdf>.

۴۹. منتظر قائم، مهدی، «تعزیرات منصوص و کاستی‌های آن»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، سال بیست و پنجم، شماره ۹۰، تابستان ۱۳۹۹ ش.

۵۰. موسوی اردبیلی، عبدالکریم، *استفتائات*، قم، نجات، ۱۳۷۷ ش.

۵۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *بدائع الدررفی قاعده نفی الضرر*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۴ ق.

۵۲. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۳۴ ق.

۵۳. میرمحمدصادقی، حسین، *حقوق کیفری اختصاصی ۱؛ جرائم علیه اشخاص*، تهران، میزان، ۱۴۰۱ ش.

۵۴. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

۵۵. نوبهار، رحیم، «جستاری در مبانی تقسیم‌بندی حد - تعزیر در فقه کیفری اسلام»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۶۳، پاییز ۱۳۹۲ ش.

۵۶. نووی، ابوزکریا محیی‌الدین بن شرف، *المجموع شرح المهدب*، بیروت، دار الفکر، بی تا.

57. <https://www.neshast.org>.

حقوق کیفری خطرمدار در قلمرو بزهکاری تروریستی*

□ فرهاد شاهیده^۱

چکیده

امروزه تروریسم به عنوان یکی از چالش‌های اصلی امنیت جوامع به شمار می‌رود. تروریست‌ها از طریق انجام رفتارهای خشونت‌بار تروریستی، در واقع از یکسو ظرفیت و استعداد مجرمانه بالایی دارند و از سوی دیگر از توانایی ارتکاب رفتارهای خشن برخوردارند. ارتکاب جرایم متعدد تروریستی موجب خطرمداری سیاست‌گذاران جنایی در حوزه کنترل بزهکاری و تحول پارادایمی در حقوق کیفری شده است. به عبارت دیگر، حالت خطرناک تروریست‌ها به ویژه تروریست‌های دینی، موجب ظن‌گرایی سیاست‌گذاران جنایی و عدم اطمینان آن‌ها به اصلاح و درمان این دسته مجرمان شده است. در رویکرد خطرمدار، هدف، تأمین دفاع اجتماعی با حذف مرتکبان جرایم تروریستی به عنوان «دیگرانی» است که از «ما» نیستند و برای شهروندان خطرناک هستند. بدین‌سان، گسترش فرهنگ کنترل جرم و سرکوبگرایی به بهانه تأمین امنیت، زمینه دور شدن از

عدالت کیفری قاعده‌مند بکاربایی و توسعه شکل افراطی مکتب دفاع اجتماعی در قالب تأمین دفاع از جامعه از طریق انسانیت‌زدایی، احتیاط‌نگری، پیش‌دستانگی و... در اشکال مختلف مانند اقدامات تأمینی، کیفردهی نامعین، بازپروری و در نهایت پایش پساکیفری، از نتایج رویکرد خطرمدار حقوق کیفری ماهوی ضد تروریسم است.

واژگان کلیدی: تروریسم، خطرمداری، جرم‌شناسی امنیتی، حالت خطرناک.

مقدمه

تروریسم، تهدید یا استفاده از خشونت برای ایجاد ترس با اهداف مختلف و عمدتاً با انگیزه‌های سیاسی و دینی^۱ است و صرف‌نظر از اینکه جرم به چه اندازه شدت دارد، موجب ایجاد ترس در جامعه می‌شود. حال اگر ترس از جرم برای مدت زیادی در جامعه ماندگار شود، می‌تواند منجر به از بین رفتن اعتماد عمومی به توانایی دولت برای حفاظت از شهروندان خود شود. در این میان، گرانگه‌گاه تروریسم به عنوان رفتاری هراس‌افکن با سوءاستفاده از مؤلفه نیرو/زور و با هدف از بین بردن شماری از شهروندان، هراس‌افکنی و خشونت نیز قابل ملاحظه است؛ زیرا همین ویژگی، نشان‌دهنده ویژگی‌های متفاوت و خطرناک در مرتکبان جرایم تروریستی است و تلاش برای نابودسازی تعداد زیادی از شهروندان، نشانه‌ای از بالا بودن سطح زیان بخشیدن به دیگران، بی‌تفاوتی عاطفی، خودبینی و ستیزه‌جویی و در واقع ظرفیت جنایی گسترده در مرتکبان این پدیده است.

بر همین اساس، از یکسو خطر تروریسم همیشه وجود دارد و پُررنگ شدن مفهوم امنیت شهروندان موجب حساسیت جوامع به خطرات بالقوه شده است و از سوی دیگر، ناکارآمدی نظام عدالت کیفری کشورهای مختلف در زمینه مهار پدیده‌های

۱. دین یکی از مهم‌ترین عوامل مؤثر بر رفتارهای انسانی است و مشروعیت بخشی اعمال تروریستی از طریق آموزه‌های دینی، مؤید آن است که تفسیرهای نادرست، موجب حرکت برخی عقاید به سمت ارتکاب جرم می‌شود. بر همین اساس، آغاز سده بیست و یکم با پدیده تروریسم سیاه که مبتنی بر خوانش‌های سیاسی خاص خشونت‌آمیز از دین از جمله قرائت‌های سلفی - تکفیری است، همراه شد (برای مطالعه بیشتر ر.ک: بخشی شیخ احمد، ۱۳۹۴).

تروریستی نشان می‌دهد که باید برای مقابله با این پدیده به صورت اساسی عمل کرد. بدین‌سان، ماهیت خاص جرایم تروریستی که نشئت گرفته از ایدئولوژی سیاسی و دینی است، موجب افول سزاگرایی در حقوق کیفری شده است؛ به نحوی که بسیاری از تروریست‌ها به دلیل ایدئولوژی خاص خود به دنبال مرگ هستند و حالت خطرناک^۱ تعداد زیادی از افراط‌گرایان تروریست که در زندان هستند، همچنان بالاست؛ به نحوی که صراحتاً اعلام می‌کنند که پس از آزادی مجدد، مرتکب اعمال تروریستی شدیدتری خواهند شد (van der Heide & Geenen, 2015: 169). از همین رو می‌توان گفت که احتمالی بودن، پیش‌بینی‌ناپذیری جرایم تروریستی، گسترش آن به نحوی که ارتکاب جرم تروریستی در هر زمان و مکانی توسط هر شخصی امکان‌پذیر شده است، خطرناکی بالای مجرمان تروریست، توجه افراطی به بزه‌دیدگان تروریسم و هراس‌افکنی شدید در جامعه، رویکرد خطرمدار حقوق کیفری را گریزناپذیر نموده است. به عبارتی، حقوق کیفری به سمت احتمال‌گرایی، پیش‌بینی خطرهای نامعین و غیر قطعی در حال حرکت است. در این میان، با توجه به اینکه «خطرناکی» مفهومی جرم‌شناختی است، لذا نباید از تأثیر جرم‌شناسی امنیتی بر حقوق کیفری غافل شد. علاوه بر تمام دلایل پیشین، آموزه‌های امنیت‌مدار جرم‌شناسی موجب دگرگونی کارکرد حقوق کیفری شده است. جرم‌شناسی امنیتی، یک گروه از مجرمان یا جرایم را دشمن جامعه و خطرناک می‌داند و مشمول مقررات کیفری و رویکرد خاصی در جرم‌شناسی می‌نماید (مهدوی‌پور و شهرانی کرانی، ۱۳۹۳: ۱۶۱). این رویکرد می‌تواند برگرفته از یک راهبرد سیاسی نیز باشد؛ زیرا اصطلاح خطرناکی و خطر بالقوه، به برجسب سیاسی برای کنترل و کیفر افرادی اشاره می‌کند که تهدیدی برای جامعه تلقی می‌شوند (McCulloch & Pickering, 2009: 628-645).

۱. از نظر جرم‌شناختی، رافائل گاروفالو نخستین بار مفهوم حالت خطرناک را ایده‌پردازی کرده است. به باور وی، حالت خطرناک دارای دو بعد «ظرفیت و استعداد جنایی» یعنی وضعیتی که به واسطه اقتران عوامل جرم‌زا در فرد پدید می‌آید، و «سازگاری اجتماعی» به معنای درجه انطباق و جامعه‌پذیری مجرم است (نجفی ابرندآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۹۷: ۱۲۱). حالت خطرناک دارای مفهومی نسبی است و تعریف آن به نوع سیاست‌گذاری جنایی در حوزه کنترل جرم برمی‌گردد. هرچند در خصوص ماهیت حالت خطرناک، اختلاف نظرهایی وجود دارد، اما وجود این حالت در مرتکبان جرایم تروریستی، امری اجماعی است.

بر اساس گفتمان خطرمدار حقوق کیفری، سیاست کنترل جرم باید به صورت هدفمند بر تعداد کمی از افراد خطرناک متمرکز شود؛ زیرا از جنبهٔ رویکرد هزینه/فایده، نظارت بر تعداد زیادی از افراد که احتمال ارتکاب جرم توسط آنان پایین است، هزینه‌های مبارزه با جرایم تروریستی را بالا می‌برد. به همین دلیل، اگر آغاز فرایند عدالت کیفری، جرم‌انگاری، و پایان آن تحمیل کیفر به مرتکب فرض شود، جرایم جنبه پیش‌دستانه پیدا کرده‌اند (در برابر جرایم مرسوم که جنبه پسینی دارند)^۱، اقدامات تأمینی جنبه سلبی و امنیتی یافته‌اند (در برابر اقدام تأمینی و تربیتی)، میزان و شدت مجازات‌ها در زمان صدور حکم کیفری قطعی نیست (در برابر مجازات‌های معین)، کنترل تکرار جرم و بازپروری واقع‌بینانه‌تر شده است (در برابر بازپروری آرمانگرا)، و در آخر به دلیل ظن بی‌پایان سیاست‌گذاران جنایی نسبت به محکومان تروریست، پایش رفتارهای آن‌ها پس از تحمل کیفر نیز ادامه می‌یابد. بدین‌سان در رویکرد خطرمدار به بزهکاری تروریستی، هیچ چیز قطعی نیست و ظن محوری چه بر آسیب‌های بالقوه و چه بر امکان از بین رفتن حالت خطرناک در محکومان تروریست حاکم است. بر همین مبنا، اولویت با اداره مؤثر و کارآمد نظام عدالت کیفری است و تمرکز نه بر بازاجتماعی کردن بزهکاران، بلکه «افزایش ضریب امنیت اجتماعی» از طریق ناتوان‌سازی شماری از پرخطرترین طیف‌های مرتکبان تروریست است (پاک‌نهاد، ۱۳۹۴: ۱۸). به عبارت دیگر، مجرمان و مظنونان خطرناک تروریست باید مشمول تدابیر ناتوان‌ساز کیفری و نظارت به مثابه یک اقدام تأمینی امنیتی قرار گیرند و سیاست‌گذاران جنایی برخی کشورها با پذیرش آموزه‌های جرم‌شناسی امنیتی، با تأکید بر مفاهیمی چون امنیت جامعه، مدیریت خطر، بزهکاران خطرناک، اقدامات تأمینی و... هرچند به بهای نادیده گرفتن اصول اخلاقی و انسانیت‌زدایی از حقوق کیفری، به دنبال کنترل جرایم تروریستی هستند.

۱. جرم‌انگاری پیش‌دستانه یکی از جلوه‌های افزایش مداخلهٔ حقوق کیفری است که استفاده از اصل حداقلی و کمیته حقوق جزا را نقض می‌کند. جرم‌انگاری پیش‌دستانه بدین معناست که قانون‌گذار، رفتاری را که سابقهٔ ارتکاب ندارد و هنوز رخ نداده، اما احتمال ارتکاب آن در آینده هست، ممنوع می‌سازد. جرم‌انگاری اعمال مقدماتی و عضویت در گروه‌های تروریستی از این قبیل است (برای مطالعه بیشتر ر.ک: شاهیده و نیازپور، ۱۳۹۹). با توجه به اینکه در منبع پیشین، جرم‌انگاری پیش‌دستانه توسط نویسنده بررسی شده است، لذا در نوشتار حاضر از تحلیل بیشتر آن خودداری گردید.

بر این اساس، این پرسش‌ها مطرح می‌شوند که مبانی رویکرد خطرمدار حقوق کیفری نسبت به جرایم تروریستی کدام‌اند؟ و جلوه‌های آن در حقوق کیفری ماهوی چه هستند؟ در نهایت، آنچه ضرورت انجام این پژوهش را توجیه می‌کند، این است که تا کنون رویکرد خطرمدار حقوق کیفری در حوزه تروریسم در مطالعات علوم جنایی کشور تا حدودی مغفول مانده است. از این رو، مقاله حاضر به دنبال آن است تا با تبیین ماهیت خطرمداری حقوق جزا، جلوه‌های آن را در نظام کیفری ایران با مطالعه تطبیقی حقوق کیفری برخی کشورها مانند فرانسه و انگلستان بررسی نماید. روش تحقیق، توصیفی - تحلیلی است و به لحاظ هدف، کاربردی می‌باشد. جمع‌آوری اطلاعات به روش کتابخانه‌ای و تجزیه و تحلیل داده‌ها به روش کیفی از نوع استدلال استنتاجی است. در این جستار، ابتدا مبانی حقوق کیفری خطرمدار در قالب احتیاط‌نگری، انسانیت‌زدایی و رویکرد دوگانه دشمن/شهروند بررسی می‌شود. سپس جلوه‌های حقوق کیفری خطرمدار، یعنی کارکرد تأمین‌ی مجازات‌ها، کیفرهای نامعین، کنترل تکرار جرایم تروریستی و پایش پساکیفری محکومان تروریست تبیین خواهد شد.

۱. مبانی حقوق کیفری خطرمدار در حوزه تروریسم

با توجه به گسترش جرایم تروریستی در آغاز سده بیست و یکم، می‌توان از جهانی شدن خطر تروریسم سخن گفت؛ به نحوی که سیاست‌گذاران جنایی کشورهای مختلف تلاش می‌کنند تا امنیت از دست‌رفته را به جوامع بازگردانند. بدین‌سان برای شناخت بهتر جلوه‌های حقوق کیفری خطرمدار، ابتدا باید مبانی این رویکرد از حقوق کیفری تبیین شود.

۱.۱. احتیاط‌نگری

گسترش جرایم تروریستی به ویژه در هزاره سوم به عنوان یک مشکل جهانی به مثابه یک چالش اساسی، امنیت شهروندان را به شکل جدی به خطر انداخته است. در این میان، ظهور ریسک‌های اجتماعی، فنی، فناورانه و زیستی به تدریج در ادبیات جامعه‌شناسی، طرح نظریه جامعه مخاطره‌آمیز^۱ را در پی داشت. این نظریه و مفاهیم مرتبط با آن مانند

1. Risk society.

اصل احتیاط، هرچند که در آغاز پیدایش خود بیشتر به منشور زیست‌محیطی شبیه بود، اما به تدریج مورد توجه پژوهشگران حوزه علوم جنایی نیز قرار گرفت. ورود به عرصه سیاست جنایی و الگوهای پاسخ‌دهی و واکنش‌های اجرایی - قضایی، خود مستلزم بازتعریف مفهوم جرم در جامعه مخاطره‌آمیز است و این تعریف، خود باعث تأثیر قرار گرفتن جهت‌دهی‌های حقوقی شد و رویکرد خطرمدار به خصوص در حوزه جرایم تروریستی ظهور یافت. احتیاط‌گرایی سیاست‌گذاران جنایی موجب شکل‌گیری حقوق کیفری خطرمدار در برابر جرایم تروریستی شد. به عبارت دیگر، احتیاط‌نگری موجب شد تا آن‌ها برای رویارویی با جرایم تروریستی، دست خود را باز نگه دارند تا با اغماض نسبت به برخی محدودیت‌های حقوقی و اخلاقی، صرف وجود یک خطر تروریستی بالقوه را برای واکنش کیفری کافی انگارند. آنچه از وصف احتیاط‌نگری در خصوص حقوق کیفری خطرمدار می‌توان برداشت کرد آن است که: ۱- عدم قطعیت حمله تروریستی، توجیهی برای انفعال حقوق کیفری در برابر خطرهای شدید محسوب نمی‌شود؛ ۲- عدم وجود دلیل کافی برای خطر، دلیل بر فقدان خطر نیست؛ ۳- امکان ارتکاب جرم در هر زمان و مکان و توسط هر شخصی از یکسو و گسترش خشونت در سراسر جهان از سوی دیگر، موجب محتاط شدن قانون‌گذاران و در نتیجه توجه بیش از حد به احتمال ورود آسیب به امنیت و شهروندان شده است؛ ۴- رویکرد خطرمدار به دنبال خنثی‌سازی آسیب‌های احتمالی و کنترل خطر، قبل از ارتکاب جرم اصلی تروریستی است. حقوق کیفری با منطق احتیاط‌نگری، چه در حوزه جرم‌انگاری‌های پیش‌دستانه و چه در سنجش میزان حالت خطرناک محکومان تروریستی که در حال تحمل کیفر زندان هستند و در نهایت، پایش آن‌ها در مرحله پسانداند، کارکرد خطرمدار خود را حفظ می‌کند. این رویکرد در تضاد آشکار با قواعد حقوق بشری قرار دارد؛ به نحوی که برای تأمین امنیت جامعه، تدابیر توان‌گیرانه جای سازوکارهای بالینی را گرفته و آزادی‌های فردی شهروندان با محرومیت‌هایی روبه‌رو می‌شود. منطق احتیاطی عدالت کیفری ناظر بر کنترل تروریست‌های خطرناک است. به همین جهت است که کنترل‌گرایی مضاعف کیفری، شدت نسبی یافتن پاسخ کیفر و گسترش و تداوم نظارت بر مجرمان خطرناک در قالب کنترل کیفری تبلور می‌یابد (صیقل، ۱۳۹۷: ۲).

به عبارتی دیگر، احتمال وجود خطر یا از بین نرفتن حالت خطرناک بر مبنای احتیاط‌نگری موجب شده تا اصل برائت متزلزل شده و سایه ظن‌گرایی بر حقوق کیفری افکنده شود. با توجه به آنچه در خصوص اصل احتیاط و آثار آن بر عدالت کیفری بیان شد، می‌توان گفت هنگامی که امنیت‌گرایی سرلوحه قانون‌گذاری یک کشور قرار بگیرد، آنگاه بر اساس اصل احتیاط که احتمال وجود خطر را گوشزد می‌کند، بی‌اعتمادی به تمام اعضای جامعه گسترش می‌یابد و در نتیجه، حریم خصوصی آن‌ها در معرض تضییع قرار می‌گیرد.

۲-۱. انسانیت‌زدایی از بزهکاران تروریست

یکی از مبانی روی‌آوری به خطرمداری، از بین رفتن برخی مفاهیم انسانی و حقوق بشری از حقوق کیفری است. این ایده که با کمی تفاوت، برای نخستین بار توسط سزار لومبروزو^۱ جرم‌شناس فرانسوی در نیمه سده نوزدهم مطرح شد، مؤید این نکته است که در قبال بزهکاران خطرناک و به باور لومبروزو «مجرم بالفطره»، می‌توان ایده حذف بزهکار را طرح و اجرا کرد. به عبارت دیگر، طرح حذف بزهکار در عمل موجب نقض حقوق فردی و کرامت انسانی می‌شود؛ زیرا مهم‌ترین راهبرد در این حوزه، از بین بردن بزهکار و بسترهای وقوع جرم با تأکید بر شخصیت اوست.

با توجه به شکست اندیشه مجرم‌مادرزاد/بالفطره لومبروزو، رویکرد انسانیت‌زدایی^۲ در اعمال کیفر نیز از بین رفت تا اینکه رشد امنیت‌گرایی و شکل‌گیری جرایم شدیدتری همچون تروریسم موجب شد تا در عمل، برخی از ایده‌های مدنظر لومبروزو احیا شود. با این تفاوت که در دوره فعلی، آنچه موجب اتخاذ سیاست حذف بزهکار و انسانیت‌زدایی می‌شود، فطرت بزهکاری در افراد نیست؛ بلکه وجود حالت خطرناک و تدابیر امنیتی از مهم‌ترین دلایل اتخاذ این راهبرد محسوب می‌شوند. بر این اساس، در قبال جرایم تروریستی یک رویکرد انسانیت‌زدا مدنظر قرار گرفته است که با نفی ایده اصلاح و درمان در مورد تروریست‌ها، در صدد انزوای اخلاقی و به حاشیه راندن آن‌هاست.

1. Lombroso.

2. Dehumanization.

به همین دلیل، امروزه ادبیات انسانیت‌زدایی در مورد بزهکاران جرایم تروریستی، به حقوق کیفری نفوذ کرده است. انسانیت‌زدایی در رویکرد خطرمدار به معنای انکار صفاتی است که به ماهیت انسانی افراد برمی‌گردد. از همین رو، در رویکرد انسانیت‌زدایی با حذف اندیشه‌ها و رویکردهای انسانی، با بزهکاران جرایم تروریستی به عنوان یک حیوان رفتار می‌شود (Castano & Giner-Sorolla, 2006: 809). به باور باندورا^۱ از آنجا که انسانیت‌زدایی با گسست اخلاقی مخاطب توجیه می‌شود، لذا با توجیحات اخلاقی همراه است (Demoulin et al., 2009: 7). به عبارت بهتر، زمانی که رویکردهای انسانی از فردی سلب شود، از یکسو احتمال تعرض نسبت به وی افزایش می‌یابد و از سوی دیگر، جامعه اتخاذ سیاست دشمن‌مدار بر مبنای خطرناکی را در قبال وی قابل توجیه می‌داند. این رویکرد از آنجا عبور از موانع حقوق بشری و کرامت‌مدار انسانی را مجاز می‌شمارد که حاکمیت قانون برای سایر افراد جامعه اجتناب‌ناپذیر است.

بدین ترتیب در مورد بزهکاران تروریست، تفکر اصلی آن است که آن‌ها با ارتکاب جرم، رابطه اخلاقی و پیوند عاطفی با جامعه را از بین برده‌اند؛ به ویژه که ارتکاب جرایم تروریستی مستلزم وجود یک روحیه خشونت‌بار است. بدین سان، تروریست‌ها با پس زدن احساسات اخلاقی و مسئولیت‌های فردی، در واقع مرزهای اخلاقی و انسانی جامعه را نادیده گرفته‌اند و به همین دلیل، عضوی از اعضای جامعه محسوب نمی‌شوند. به عبارت دقیق‌تر، با توجه به آنکه فرایندهای اخلاقی انسانی توسط مرتکبان جرایم تروریستی نقض می‌شود، رویکرد انسانیت‌زدایی از آن‌ها شکل می‌گیرد. این امر آغازگر اتخاذ سیاست‌های جنایی سختگیرانه در قبال مرتکبان جرایم تروریستی است. با این حال، انسانیت‌زدایی در قبال بزهکاران نه تنها اعمال کیفرهای ظالمانه را شامل می‌شود، بلکه حذف برنامه‌های اصلاحی را نیز در بر می‌گیرد. بر این اساس، تروریست‌ها در رویکرد انسانیت‌زدا مشمول برنامه‌های اصلاحی قرار نمی‌گیرند؛ زیرا پیش‌فرض رویکرد انسانیت‌زدایی آن است که افراد با ارتکاب جرایم تروریستی و نقض مسائل اخلاقی، در عمل انسانیت خویش را از دست داده‌اند و به همین دلیل نمی‌توانند و بلکه نباید

1. Bandura.

مشمول برنامه‌های اصلاحی شوند. همزمان، اتخاذ رویکرد انسانیت‌زدایی موجب تجویز مجازات‌های بدنی، شدید و خشن همچون اعدام، گاه بر مبنای وجود یا پایداری خطرناکی مرتکبان می‌شود. در مقابل باید گفت که یکی از رسالت‌های اصلی حقوق جزا حفظ کرامت انسانی است که برای تمام انسان‌ها یکسان است. علاوه بر این، اصول مترقیِ حداقلی حقوق جزا و تناسب جرم و کیفر، سیاست‌گذاران جنایی را مکلف به واکنش‌های کرامت‌مدار حتی در برابر بزهکاران تروریست می‌نماید.

۳-۱. رویکرد دوگانه دشمن/شهروندمدار

واژه شهروندی دارای مفهومی مهم در مطالعات اجتماعی و حقوقی است. این مفهوم اگرچه در حقوق کیفری کمتر مورد توجه است، اما در توصیف و شرایط حاکم بر آن اثرگذار است. مفهوم «شهروندی» موجب می‌شود که نظریه‌های هنجاری حقوق کیفری با تأکید بر شخصیت انسان مدنظر قرار گیرد. به همین دلیل، در حقوق کیفری با تأکید بر حقوق اساسی کشورها غالباً تمایزی میان شهروند و غیر شهروند وجود ندارد و هر کس مرتکب جرم شود، در صورت وجود شرایط قانونی باید کیفر شود (Dubber, 2015: 56). با این حال، به باور یاکوبس^۱ بعد از واقعه ۱۱ سپتامبر سال ۲۰۰۱ م.، حقوق کیفری دشمن‌مدار جایگزین حقوق کیفری شهروندمدار شد؛ زیرا در این دوره و متعاقب اهمیت فزاینده مسئله امنیت، مقابله با بزهکاران جرایم تروریستی به مثابه مهم‌ترین عامل خطر در دستور کار دولت‌ها قرار گرفته است. بر این اساس، از دیدگاه وی می‌توان برداشت کرد که یک رویه قانونی برای حذف دشمنان که ویژگی خطرناکی دارند، ضروری است. از همین رو، «دشمن‌مداری» ارتباط مستقیمی با حقوق کیفری ندارد، بلکه یک سیاست است که سیاست‌گذاران جنایی را به سوی امنیتی کردن اقدامات رهنمون می‌سازد. به عبارت دیگر، دو حقوق کیفری وجود ندارد؛ بلکه حقوق کیفری یک مجموعه واحد است که در همان، تمرکز بیشتر بر دشمنان است و برای رسیدن به اهداف افراطی، سیاست‌گذاران جنایی باید سنجه‌های حقوق بشری را نادیده بگیرند. یاکوبس با مطرح نمودن حقوق کیفری دشمن‌مدار در خصوص اعمال مجازات با رد

1. Jakobs.

اصل تناسب میان جرم و مجازات، بر اتخاذ مجازات‌های شدید و سرکوبگر در این حوزه تأکید می‌کند. ایده اساسی وی در این قلمرو آن است که با شناسایی بزهکاران جرایم تروریستی باید شدیدترین مجازات را اعمال کرد؛ زیرا آن‌ها دشمنان خطرناک جامعه هستند و نظم و امنیت جامعه را مختل کرده‌اند. به همین دلیل، بر اساس نظر یاکوبس و برگرفته از ایده توان‌گیری، مرتکبان جرایم تروریستی باید به حبس دائم محکوم شوند (Mythen et al., 2013: 384). دلیل این امر، تأکید بر مفهوم ماندگاری واقعی^۱ حکم مجازات در آرای یاکوبس است.

هرچند سیاست‌گذاران جنایی تنها با این رویکرد روبه‌رو نیستند و نظرات مختلفی برای رویارویی با بزهکاری تروریستی ارائه شده است. در قلمرو نحوه مجازات بزهکاران جرایم تروریستی، برتشنایدر^۲ قائل به اتخاذ رویکرد شهروندمدار است. این در حالی است که یاکوبس ایده دشمن‌مداری را در این حوزه ارائه می‌دهد و در نهایت، آنتونی داف^۳ با رد رویکرد شهروندمدار، چالش اصلاح یا جنگ را مدنظر قرار می‌دهد. به باور برخی متخصصان، بزهکاران جرایم تروریستی مانند مرتکبان جرایم جنسی در زمره مجرمان سرسخت قرار دارند که نمی‌توان با تأکید بر اصول قانونی دموکراسی، آن‌ها را اصلاح کرد. وی با رویکردی دوگانه به تروریست‌ها، آن‌ها را قابل اصلاح نمی‌داند. در خصوص ایده اصلاح و بازپروری بزهکاران جرایم تروریستی با دیده شک و تردید نگاه می‌کند؛ زیرا به زعم وی، از یکسو مشخص نیست که تروریست‌ها بخشی از جامعه‌ای هستند که در آن جرم ارتکاب یافته یا به مثابه مهمان محسوب می‌شوند و از سوی دیگر با شکل‌گیری ایده جنگ با تروریسم، چطور می‌توان بزهکاران را اصلاح کرد؟ (Dubber, 2015: 209). ایده یاکوبس در این حوزه، مؤید آن است که نظام حقوقی نمی‌تواند در جهت اصلاح بزهکاران جرایم تروریستی گام بردارد. به همین دلیل، وی با تأکید بر عدول از اصل قانونمندی بر این نظر است که می‌توان با تاسی از رویکرد دشمن‌مدار حقوق کیفری و توسل به برخی راهکارهای استثنایی همچون

1. Real Perpetuity.
2. Brettschneider.
3. Antony Duff.

شکنجه، در جهت ارتقای عملکرد نظام کیفری گام برداشت (Zedner, 2010: 339). در جدال دوگانه شهروند/دشمن در حقوق کیفری، مرتکبان جرایم تروریستی، اشخاصی غیر از شهروندان هستند که امروزه با افکار بنیادگرایانه مرتکب جرم می‌شوند. با این حال، با توجه به آنکه نمی‌توان این افراد را به درستی اصلاح کرد و به جامعه بازگرداند، باید با استفاده از ابزارهای نظارتی و کنترلی، توان ارتکاب جرم را از آنها سلب کرد. بدین‌سان گرانیگاه نظریه یاکوبس، خنثی‌سازی و توسل به رویکرد دشمن‌مدار در قبال مرتکبان جرایم تروریستی است؛ زیرا از نظر او، اگر بزهکاران بالقوه در این حوزه به حال خود رها شوند، امکان ارتکاب جرم تروریستی توسط آنان زیاد است. به همین دلیل، یاکوبس ایده دشمن‌مداری را در این حوزه با تأکید بر گفتن امنیت‌مدار توجیه می‌کند. به باور او، اتخاذ رویکرد دشمن‌مدار در قبال تروریست‌ها، از یکسو با ایده جنگ با ترور هماهنگ است و از سوی دیگر، نظم و امنیت جامعه را تأمین می‌کند (Mythen et al., 2013: 392). در هر حال، رویکرد دشمن‌مدار حقوق کیفری نباید به الگویی دائمی برای سیاست‌گذاران جنایی تبدیل شود، بلکه حداکثر باید آن را حقوق کیفری استثنایی و اضطراری تلقی کرد که با رعایت موازین اساسی حقوق بشر، سختگیری‌هایی را نیز در خصوص تروریست‌ها پیش‌بینی می‌نماید تا به یک قلمرو حقوقی ضد انسانی متهم نشود.

۲. جلوه‌های حقوق کیفری خطرمدار در حوزه تروریسم

ضرورت مقابله با تروریسم از یک طرف و شکست حقوق کیفری کلاسیک در برابر جرایم و مجرمان تروریست از طرف دیگر، افتراقی‌سازی سیاست‌گذاری را نه تنها پذیرفتنی که ضروری ساخته است. بنابراین اتخاذ سیاست‌های کنشی و واکنشی، تابع ضوابط خاص شده است. از همین رو می‌توان از سیاست جنایی افتراقی^۱ یا سیاست

۱. عدالت اقتضا می‌کند که حقوق کیفری در اصول، رویکرد و پاسخ‌های خود بر اساس تحولات موجود در سده بیستم بازنگری کند و بسیاری از آن‌ها را در پرتو متنوع شدن جرایم، مجازات‌ها، مجرمان و... بازتعریف نماید. فرایند افتراقی‌سازی سیاست جنایی، ضمن متحول کردن اصول و راهبردهای آن، به متکثر شدن گفتن سیاست کیفری قانون‌گذار - مفهوم مضیق سیاست جنایی - در قلمرو حقوق کیفری ماهوی و شکلی انجامید (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۵: ۵۵ و ۵۹).

جنایی ترکیبی^۱ در برابر بزهکاری تروریستی سخن به میان آورد. این سیاست جنایی خاص با اتخاذ سیاست‌های مجزا و خاص، از تمام ظرفیت‌های دولتی و جامعه‌ی ملی و بین‌المللی برای کنترل اجتماعی مصادیق بزهکاری تروریستی استفاده می‌کند. تأکید بیش از پیش بر شخصیت بزهکار و خطرناکی او، میزان و نوع مجازات (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۶: ۵۶۶)، بخش‌هایی از این سیاست جنایی افتراقی را در بر می‌گیرند. لازم به ذکر است که مفهوم خطرناکی از جرم‌شناسی بالینی رویگردان شده و امروزه با تقدم امنیت بر آزادی و شدت عمل با جرم، جنبه امنیتی یافته است. یکی از این دسته سیاست‌های افتراقی، طراحی عدالت کیفری بر مبنای خطر است. در رویکرد خطرمدار، بسیاری از بنیان‌ها متحول شده است؛ به نحوی که در راستای احتمال‌گرایی و امکان وجود خطرات بالقوه، حقوق کیفری جنبه غیر قطعی یافته و پیش‌بینی خطر پُررنگ شده است.

۱-۲. مجازات به مثابه اقدام تأمینی توان‌گیر

نظریات آینده‌نگر و فایده‌گرا بر بازدارندگی کیفر تأکید داشتند و در ادامه همان نظریات، پیش‌بینی اقدامات تأمینی برای حالت خطرناک به عنوان دستاورد مکتب تحقیقی، به سالم‌سازی اجتماع اشاره داشت. حالت خطرناک در جرم‌شناسی بالینی، حالتی است که به دلیل وجود عوامل جرم‌زا، احتمال ارتکاب جرم توسط شخص را در آینده بالا می‌برد. تمرکز اصلی اقدامات تأمینی و تربیتی، بر درمان حالت خطرناک بزهکاران است. این اقدامات که دارای ماهیت تأمینی، احتیاطی و پیشگیرانه هستند، برخلاف قاعده تقصیر در حقوق کیفری، بر شخص تحمیل می‌شوند (آقایی جنت‌مکان، ۱۳۹۷: ۲۴۴/۲). با این حال، امروزه ایدئولوژی امنیت‌گرای جرم‌شناسی با تأکید بر قاعده سنتی «جرم، دولت و سرکوب» و بزرگ‌نمایی احساس عدم امنیت، به شدت واکنش کیفری خطرمدار روی آورده است و به اذهان شهروندان چنین القا می‌نماید که بزهکاران تروریست با خطرناکی شدید در کمین نشسته‌اند و در صورت سرکوب نشدن، نسل شهروندان را تباہ خواهند کرد (حاجی ده‌آبادی و خاقانی اصفهانی، ۱۳۹۲: ۱۰۹). بدین سان هرچند در نگاه اول، احترام به آزادی شهروندان مانع از آن است که کیفر با خاصیت

1. Combinatory criminal policy.

تأمینی و طردکننده عمل کند، اما سیاست‌گذاران جنایی برخی کشورها مانند فرانسه، اقدام تأمینی را متحول کردند. رویکرد امنیت‌گرایی و حاکمیت فرهنگ احتیاط، از کنترل خطرناکی اشخاص به سوی پیش‌بینی خطرناکی آن‌ها و با هدف خنثی‌سازی آسیب‌های آینده در حرکت است (نجفی ابرندآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۹۷: ۱۲۲). بدین‌سان، سیاست‌گذاران جنایی فرانسه با سلب آزادی از مجرمان خطرناک جنسی در قالب توقیف تأمینی، به رویارویی با مرتکبان جنسی برآمدند. تصویب قانون ۲۵ فوریه ۲۰۰۸ م. با عنوان نگهداری تأمینی، به قاضی کیفری این اختیار را می‌دهد تا در صورت احراز خطرناکی جرم‌شناختی، آزادی شخص را برای مدت نامحدود سلب نماید. در همین جهت، در ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ قانون مجازات اسلامی کشور ایران، به حالت خطرناک و نگهداری تأمینی مجرمان دارای اختلال مشاعر اشاره شده است.

از این رو، اقدامات تأمینی دچار تحولات بنیادین شده است. به عبارت دیگر، هرچند ماهیت اصلی این اقدامات، اصلاحی و درمانی است، اما در قلمرو جرایم تروریستی با جنبه متفاوتی از آن مواجه می‌شویم. در سیاست جنایی افتراقی در برابر جرایم تروریستی، سیاست‌گذاران جنایی به اقدامات تأمینی امنیتی توان‌گیر (و نه اقدامات تأمینی و تربیتی) تمایل بیشتری پیدا کرده‌اند. به عبارت دیگر، همان‌طور که حالت خطرناک در قالب اعمالی که صرفاً عمل مقدماتی هستند، از طریق جرم‌انگاری پیش‌دستانه وارد متون کیفری کشورها شده است، به مسئله کیفر نیز نفوذ کرده است. بر این اساس در عرصه کنترل جرم، نوعی گفتمان جنگ و سختگیری و شدت عمل با جرم تروریستی در اولویت قرار دارد. در همین راستا، سیاست جنایی در برابر جرایم تروریستی از درون دوگانه شده است و زوج خطرناکی/اقدام تأمینی که به زوج مجرمیت/کیفر افزوده شده، نشانگر تحول سیاست جنایی به سمت الگوی اقتدارگراست.

بدین‌سان اگر برنامه‌های بازپروری کارساز نشده باشد و یا به طور کلی حالت خطرناک مجرم تروریست همچنان وجود داشته باشد، بسته به میزان خطرناکی وی، به تدابیری که جنبه تأمینی دارند، محکوم می‌شود. در این راستا، جرم‌شناسی بالینی به‌عنوان ابزاری جهت سنجش خطرناکی افراد برای ارتکاب یا تکرار جرم تروریستی تبدیل می‌شود. سنجش میزان خطرناکی عمل ارتكابی و احتمال تکرار جرم توسط

محکومان تروریست، از ابتدای صدور قرار تأمینی تا اجرای حکم کیفری و حتی پس از آن انجام می‌شود. بر این اساس، آن‌ها تحت سخت‌ترین سازوکارهای مدیریت خطر قرار می‌گیرند و به عبارتی، زندان به یک کیفر تأمینی تبدیل می‌شود. قاضی کیفری نیز با بررسی سابقه شخص و بر اساس معیارهای تکرار جرم تروریستی و طبق نظر کارشناسان بالینی، چه در مرحله صدور حکم و چه در پایان حکم - جهت آزادی یا تمدید مدت محکومیت- عمل می‌کند. بدین سان، رویکرد سنتی که قائل به تناسب جرم و مجازات است، به چالش کشیده شده و به جای تأکید بر ماهیت جرم، به میزان خطرناکی توجه می‌شود. این رویکرد موجب ظهور گونه‌ای از کیفرشناسی نو با عنوان کیفرشناسی خطرمدار شده است. در گفتمان خطرمدار، درجه خطرناکی نقش مؤثری در ماهیت و تعیین کیفر دارد. گرچه در خصوص معیارهای سنجش خطرناکی بزهکاران، متغیرهای مختلفی شناسایی شده است، اما در برخی نظام‌های کیفری بر شاخص میزان ضرر و مقیاس ماهیت ظالمانه رفتار تروریست‌ها تأکید می‌شود. با این حال، سیاست‌گذاران جنایی آمریکا برای سنجش این وضعیت، بر شدت نسبی جرم، میزان خسارات وارد شده به بزه‌دیده و میزان سرزنش‌پذیری بزهکار تأکید کرده‌اند (Abrams, 2005: 1125).

در همین راستا، وقایع تروریستی سال‌های گذشته در اروپا، سیاست‌گذاران جنایی برخی کشورها به ویژه انگلستان را بر آن داشته است تا با تغییر نگرش در ماهیت کیفر، در مدت محکومیت مجرمان تروریست بازبینی نمایند و آزادی آن‌ها را بر اساس میزان خطرناکی به تأخیر بیندازند. از همین روست که بوریس جانسون،^۱ نخست وزیر این کشور، بر اهمیت آزاد نکردن مجرمان خطرناک تروریست تأکید کرد و اظهار داشت: «ما می‌خواهیم، مجازات جرایم خطرناک و خشونت‌آمیز را تشدید کنیم. من همواره گفته‌ام که آزاد کردن خودسرانه کسانی که به جرائم خشونت‌آمیز مرتکب می‌شوند، همچنین تخفیف مجازات آن‌ها... درست نیست».^۲

بر این اساس، طبق ماده ۱ قانون مجرمان تروریستی مصوب ۲۰۲۰ م. انگلستان:^۳

1. Boris Johnson.
2. <<https://www.telegraph.co.uk/politics>>.
3. Terrorist Offenders Act 2020.

«چنانچه فردی مدت محکومیت به حبس را بگذارند و با این حال، شرایط و اوضاع و احوال نشان دهد که وی در آینده مرتکب جرایم پیش‌بینی شده در قانون ضد تروریسم سال ۲۰۰۸ م. خواهد شد، از ترخیص زودهنگام وی ممانعت به عمل می‌آید».

با وجود آنکه در ماده ۱، امکان تمدید مجازات تحت شرایط خاص پیش‌بینی شده است، اما بررسی مجموع مواد یادشده در این قانون ثابت کرد که مدت زمان مشخصی به عنوان حداکثر مدت تمدید مجازات مطرح نشده است. بدین‌سان در ماده ۶ قانون پیشین آمده است:

«... تصمیم برای آزادی فرد محکوم، بسته به نظر قاضی و بعد از رفع حالت خطرناکی است».

با این حال، بر اساس ماده ۷ این قانون، قاضی پس از در نظر گرفتن شرایط محکوم و دست یافتن به این نتیجه که مجرم اصلاح شده است، پس از تأیید وزیر کشور، مجوز خروج وی از زندان را صادر می‌کند. رویکرد خطرمدار حقوق جزای انگلستان، بیانگر کنترل و نظارت بر مجرمان تروریست برای خنثی‌سازی و توان‌گیری از آنهاست. در این گفتمان، کیفرها جنبه اقدام تأمینی به خود می‌گیرند و مدت کیفر زندان که معمولاً در این حوزه سازگاری بیشتری دارد، به درجه خطرناکی مجرم بستگی دارد. همچنین سنجش شدت حالت خطرناک در جرم‌شناسی امنیتی، نه با هدف اصلاح مجرم خطرناک تروریست، بلکه بیشتر برای تأمین امنیت شهروندان از طریق طرد وی از جامعه است. بر این اساس، در حالی که کیفر پاسخی به جرم است، اقدام تأمینی پاسخ به حالت خطرناک بزهکار است. لذا منطق آزادی پس از رفع کامل حالت خطرناک که نشان‌دهنده احتیاط سیاست‌گذار جنایی است، از جنبه مجازات خارج می‌شود و جای خود را به اقدامات تأمینی می‌دهد؛ زیرا گرچه اقدامات تأمینی جنبه اصلاحی دارند، اما رویکرد اصلی آنها مدیریت ریسک و سلب توان بزهکاری از مجرمان خطرناک است.

با وجود آنکه تأمینی شدن کیفرهای مجرمان تروریستی، در عمل همسو با اندیشه‌های مدیریت خطر و در راستای امنیت‌گرایی نظام کیفری است، اما به نظر می‌رسد که این تحول در اقدامات تأمینی و مجازات‌ها، در برخی موارد مبتنی بر حدس و گمان،

غیر عادلانه، ناقض کرامت انسانی مجرم، مجازات مضاعف و فاقد بازدارندگی باشد. مهم‌ترین انتقاد وارد بر تأمینی شدن کیفر، احتمال اشتباه در آن است. دلیل این امر بیشتر به عدم دقت و عدم قطعیت در مدیریت خطر جرم برمی‌گردد. با این حال، نقطه ضعف اساسی ماهیت تأمینی کیفرهای تروریستی آن است که تصمیم‌گیری در آن بر اساس برآوردها، احتمالات و امور غیر یقینی است و از این رو، احتمال خطا و اشتباه در آن زیاد است.

۲-۲. کیفرهای نامعین در تقابل با پایداری حالت خطرناک

در حقوق جزا، اصل بر وجود کیفرهای معین^۱ است و بر اساس آن، مجازات باید با جرم متناسب باشد. در این اصل که مبتنی بر جنبش سزادهی و عدالت استحقاقی است، توجه کیفر بر اساس استحقاق بزهکار صورت می‌پذیرد. در رویکردهای سزاده، تناسب مجازات با شدت جرم مطرح است. رویکردهای تناسب‌محور کیفر بر این اندیشه است که بزهکاران مستحق کیفر هستند و شدت مجازات بسته به شدت جرم و سرزنش‌پذیری بزهکار است. بنابراین چنانچه مرتکب جرم خُرد به کیفرهای بدنی سخت محکوم شود، اصل تناسب رعایت نشده است. با وجود اصل مرسوم تناسب جرم و مجازات، شرایط امنیتی حاکم بر کشورها موجب شده است که نظام کیفرهای نامعین^۲ با توجه به پایداری خطرناکی محکومان تروریست، جایگزین کیفرهای معین شود. نکته مهم در قلمرو کیفرهای نامعین آن است که در این رویکرد، مجازات به صورت قطعی تعیین نمی‌شود. البته این امر بدان معنا نیست که فرد از مجازات خود هیچ اطلاعی نداشته باشد. بر این اساس، قاضی پس از احراز درجه خطرناکی، مجرم را برای مدت زمان مشخص به مجازات حبس محکوم می‌کند. با این حال، غیر معین بودن و عدم قطعیت مجازات پس از پایان مدت زمان حبس مشخص می‌شود. در این مرحله، قاضی با توجه به شرایط و اوضاع و احوال و سنجش دقیق وضعیت بزهکار در طول مدت حبس، در خصوص وجود یا زوال حالت خطرناک در فرد مجرم تصمیم می‌گیرد. در این شرایط، اگر مرتکب

1. Determinate sentencing regime.

2. Indeterminate sentencing regime.

از نظر قاضی اصلاح شده باشد، دستور ترخیص وی از زندان را صادر می‌کند؛ اما اگر به این نتیجه برسد که مجرم در برنامه‌های اصلاحی موفق نبوده و حالت خطرناک وی به قوت خود باقی است، می‌تواند دوباره وی را به زندان اعزام نماید (Diab, 2011: 23). در واقع در این شرایط، تمدید کیفر مؤید تأمینی شدن کیفر و به طور مشخص حبس است. در این شرایط، کیفر حبس کارکرد اولیه خود را که سلب آزادی است، از دست می‌دهد و به عنوان یک نهاد تأمینی در نظر گرفته می‌شود. در نظام مجازات‌های نامعین، پس از پایان مدت زمان حبس و تمدید آن، مجرمیت جای خود را به مفهوم خطرناکی می‌دهد و به همین دلیل، بزهکار به انسان خطرناک تبدیل می‌شود. بدین ترتیب، تمدید مجازات‌ها پس از پایان محکومیت، برگرفته از حالت خطرناک برای تضمین امنیت جامعه است.

در خصوص مدت زمان تمدید کیفر، قضات بیشتر به اصل قانونمندی و اصل تناسب خطر توجه می‌کنند. بدین سان، از یکسو بر اساس اصل قانونمندی، میزان مجازات اولیه را مشخص، و از سوی دیگر با پایان یافتن این بازه، بر اساس تناسب خطر، مدت زمان تمدید حکم را تعیین می‌کنند. هرچند برخی با رویکردی احتیاط‌آمیز نسبت به حقوق زندانیان معتقدند که قاضی در صورتی می‌تواند مدت زمان اجرای مجازات را بر اساس اصل تناسب خطر تمدید کند که احتمال ارتکاب تکرار جرم توسط مجرم بیش از ۵۰ درصد باشد، با این حال، احتمال کمتر از ۵۰ درصد به معنای رها کردن مرتکب نیست؛ زیرا در این شرایط نیز قاضی می‌تواند بر اساس اصل تناسب خطر، راهکارهایی چون نظارت الکترونیکی، منع اشتغال، حضور در محل معین، منع از اقامت در محل معین و... را مدنظر قرار دهد (Slobogin, 2011: 23). لایحه تعیین کیفر و ضد تروریسم^۱ انگلستان که در سال ۲۰۲۰ م. توسط وزارت دادگستری این کشور ارائه شد، با در نظر گرفتن دغدغه‌های کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تهیه شده است. بر اساس ماده ۲ لایحه پیشین، در صورت وجود خطر مرتکبان جرایم تروریستی، قاضی پرونده می‌تواند مدت زمان مجازات حبس را تمدید کند. این امر علاوه بر آنکه نظام

1. Sentencing and Anti-Terrorism Act 2020.

آزادی خودکار بزهکاران را از بین می‌برد، موجب افزایش و تمدید مجازات می‌شود. در این بازه، مدت زمان اضافه‌شده، به عنوان مجازات در نظر گرفته نمی‌شود؛ بلکه به مثابه نهادی انگاشته می‌شود که در آن تلاش می‌شود تا توان ارتکاب جرم بر اساس میزان خطرناکی وی سلب شود. همچنین مقرر مهمی که در این حوزه در نظام کیفری آمریکا وجود دارد، امکان تمدید مجازات قانونی بر اساس اصول راهنمای تعیین کیفری است. به عنوان مثال، در پرونده ایالات متحده علیه مسکینی،^۱ دادگاه اعلام کرد که پس از پایان مدت مجازات، وضعیت بزهکار را مورد بررسی قرار می‌دهد. بعد از پایان مدت زمان حبس، قاضی با ملاحظه وضعیت بزهکار، حبس وی را به مدت سه سال دیگر تمدید کرد.^۲

سیاست‌گذاران جنایی کشور فرانسه نیز همانند رویه‌ای که برای مجرمان جنسی در قالب توقیف تأمینی پیش گرفته‌اند، در پرتو توجه به اصل ماندگاری واقعی کیفر و در راستای حمایت از جامعه و مدیریت خطر بزهکاران جرایم تروریستی، طبق بند ۵ ماده ۷۲۰ قانون آیین دادرسی کیفری، امکان تمدید مجازات را برای بزهکاران جرایم تروریستی به رسمیت شناخته‌اند. بر اساس این ماده، چنانچه قاضی بعد از پایان مدت حبس به این نتیجه برسد که فرد همچنان دارای حالت خطرناک است، می‌تواند مجازات وی را برای یک بازه زمانی سه ساله تمدید کند. نکته اساسی و مهم در این حوزه آن است که قاضی بر حسب معیارهای مختلف اقدام به تمدید مجازات می‌کند. در گام نخست، قاضی باید به این امر توجه کند که آیا مجرم پس از آزادی، نظم عمومی را مختل می‌کند؟ سپس نظر بزه‌دیدگان را در خصوص احتمال اصلاح مجرم بررسی می‌کند و سه کارشناس پزشکی، درجه خطرناکی مجرم را ارزیابی و نظرشان را اعلام می‌کنند. در نهایت، قاضی با جمع‌بندی نکات فوق، به تمدید یا عدم تمدید مجازات حکم می‌دهد. خطرمداری به وضوح در قوانین جزایی فرانسه مشاهده می‌شود؛ زیرا احکام صادره در خصوص بزه‌های تروریستی جنبه غیر قطعی دارند. بر این اساس، محکوم به مجازات حبس برای یک بازه زمانی مشخص روانه زندان می‌شود، اما خاتمه

1. Meskini.

2. United States v. Meskini, 319 F. 3d 88, 91-92, 2003.

این مدت به معنای آزادی وی نیست؛ زیرا بعد از پایان مدت حبس، قاضی با بررسی شرایط و اوضاع و احوال خاص حاکم بر پرونده، در صورتی به فرد اجازه آزادی می‌دهد که خطرناکی او رفع شده باشد و به عبارتی، اصلاح و درمان وی برای قاضی ثابت شود. به عبارت دیگر، رفع حالت خطرناک فرد، تلاش برای حفظ امنیت جامعه و سلب توان بزهکاری، از مهم‌ترین مسائلی هستند که تمدید مجازات را توجیه می‌کنند. سیاست‌گذاران جنایی ایران، بر خلاف نمونه‌های قبل، سازوکاری برای تأمین کردن کیفر پیش‌بینی نکرده‌اند و به عبارت دیگر، مجرم پس از پایان مدت حبس، از زندان آزاد می‌شود. تنها ابزاری که مقام قضایی در خصوص این دسته محکومان دارد، استفاده از مجازات‌های تکمیلی مقرر در ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مانند اقامت اجباری در محل معین یا منع از اقامت در محل معین است که نمی‌تواند خطرناکی اشخاصی را که مدت محکومیتشان تمام شده است، به صورت کامل خنثی نماید و صرفاً محدودکننده آزادی است و مانند کشورهای پیشین، سازوکار سالب آزادی با محوریت خطرناکی محکوم به کیفر حبس پیش‌بینی نشده است.

۲-۳. بازپروری خطرمدار: واقعیت‌گرایی در قبال محکومان تروریست

در حالی که سیاست‌گذاران جنایی بسیاری از کشورهای جهان، نگرانی خود را از تکرار جرایم تروریستی اعلام کرده‌اند، اما در خصوص احتمال واقعی تکرار جرم توسط بزهکاران تروریست، مباحث زیادی مطرح شده است. بر اساس آمار اداره اطلاعات آمریکا، گرچه احتمال تکرار جرم در این حوزه بالاست، اما نمی‌توان یک آمار دقیق و منسجم در این حوزه ارائه کرد (LaFree et al.: 2018: 239). همچنین با وجود آنکه نرخ محکومیت به حبس در جرایم تروریستی در کشور فرانسه زیاد است، اما یافته‌های مطالعات نشان می‌دهد که ۶۰ درصد زندانیان در پنج سال نخست آزادی خود به دلیل محکومیت مجدد به زندان باز می‌گردند. این بدان معناست که شمار بسیاری از زندانیان به ویژه بنیادگرایان دینی، ممکن است افراط‌گرایی را در پشت میله‌های زندان ادامه دهند و حالت خطرناک آن‌ها رفع نشده باشد. البته نکته اساسی آن است که سنجش نرخ تکرار جرم در مورد جرایم تروریستی با برخی چالش‌های روش تحقیقی

مواجهه است که مهم‌ترین آن‌ها، الگوهای تبعیض آمیز در نمونه‌گیری، دخالت عوامل ارزشی و در نهایت، فقدان مطالعات طولی می‌باشد. علاوه بر آن، عده‌ای بر این باورند که دسترسی به اطلاعات قابل اطمینان در قلمرو نرخ تکرار جرایم تروریستی بسیار پایین است (Clubb & Tapley, 2018: 2056). شاید دلیل این امر، بالا بودن نرخ تکرار جرایم تروریستی و جلوگیری از تشدید ترس از جرم در جامعه باشد. با این حال، از دیدگاه جرم‌شناسی نو و کیفرشناسی نو، کارکرد پیامدگرای طرد، خنثی‌سازی و توان‌گیری کیفر، بیش از کارکرد درمانی - اصلاحی آن مورد توجه است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۳: ۷۲۶).

به رغم تلاش عده‌ای برای گسترش کارکرد بالینی زندان و دوری جستن از افکار اندیشمندانی مانند یاکوبس که اعتقاد به اصلاح‌ناپذیری محکومان تروریست داشتند، ممکن است این سؤال مطرح شود که اگر فردی اعمال تروریستی را شرط رفتن به بهشت بداند یا در نتیجه ارتکاب جرم تروریستی، تعداد زیادی از شهروندان بزه‌دیده شوند، آیا باز هم می‌توان از سیاست‌های اصلاح و درمان سخن گفت؟ در پاسخ باید گفت که هرچند بازپذیرسازی اجتماعی و درمان مجرمان تروریستی ممکن است در برخی موارد مؤثر واقع شود، اما به نظر می‌رسد جرم‌شناسی بالینی نمی‌تواند در تمام موارد، پاسخگوی تأمین امنیت در برابر خشونت‌های افراطی ناشی از جرایم تروریستی باشد. گاه میزان خطرناکی مجرمان تروریست به حدی بالاست که قابلیت اصلاح و درمان ندارند و حتی برخی محکومان در انتظار اتمام مدت کیفر حبس و تکرار جرایم تروریستی پس از آزادی هستند. در کنار این چالش‌ها، عوام‌گرایی کیفری و تقاضای واکنش‌های سختگیرانه و بدون هر گونه تسامح از سوی افکار عمومی از یکسو، و مسئله شکست جرم‌شناسی بالینی از سوی دیگر، اصلاح و درمان محکومان تروریست را به شدت به چالش کشیده است. بدین‌سان در اعمال تروریستی که مرتکب به شوق مرگ مرتکب جرم می‌شود (ترور انتحاری) و یا اینکه بزه‌دیدگی به شکل جمعی صورت می‌گیرد، امکان تحقق اهداف کیفر کم‌رنگ می‌شود. بر این اساس، اگر اهداف نظام‌های کیفریِ امروزی را که حسب مورد به صورت واحد یا تلفیقی دنبال می‌شود، سزادهی، بازدارندگی، اصلاح و درمان و سلب توان بزهکاری در نظر بگیریم، در جرایم تروریستی، هر ضمانت اجرایی که موجب منع، محدودیت و یا غیر ممکن ساختن

ارتکاب جرم شود، به عنوان «سالب توان بزهکاری» می‌تواند مؤثر باشد. برای نمونه می‌توان به ابوعبدالله به عنوان معمار بمب‌گذاری‌های داعش در عراق که به اعدام محکوم شد، اشاره کرد. در حملاتی که توسط او مدیریت شد، حداقل ۱۰۰ نفر به دست وی و همدستانش کشته شدند. از دیدگاه او، دولت اسلامی می‌آید و خلافت یک واقعیت است. وی در فرایند دادرسی و به رغم گذشت ۱۱ ماه از بازداشت در زندان‌های عراق، با بی‌تفاوتی نسبت به آثار گسترده اعمال تروریستی ارتكابی، هیچ‌گاه ابراز پشیمانی نکرد و معتقد بود که آنچه انجام داده، وظیفه الهی او بوده است و مرتکبانی که در حملات تروریستی کشته شدند نیز مورد قبول خداوند قرار خواهند گرفت.^۱ از این رو می‌توان بزهکاران تروریست را بر اساس میزان خطرناکی تقسیم‌بندی کرد.

در رویکرد بازپروری خطرمدار، هدف اصلی سیاست‌گذاران جنایی، اصلاح و درمان نیست؛ بلکه مدیریت خطر محکومان تروریست است. در همین راستا، شواهد نشان می‌دهد که در صورت عدم مدیریت خطر در فرایند اصلاح بزهکاران تروریست که میزان خطرناکی کمتری دارند، پس از آزادی از زندان، دوباره به بنیادگرایی و خشونت افراطی روی می‌آورند و از این جهت، مرتکب جرایم تروریستی شدیدتر می‌شوند (Hettiarachchi, 2017: 23). از همین رو، الگویی طراحی شده است تا بدون اندیشه‌های آرمان‌گرایانه اصلاحی، بازپروری جنبه عملی و کاربردی پیدا کند. پس می‌توان گفت که در بازپروری نیز رویکردی دوگانه به وجود آمده است. بدین ترتیب که بزهکاران تروریست بسیار خطرناک مانند ابوعبدالله باید مشمول اقدامات توان‌گیرانه قرار بگیرند و برای مجرمانی که خطر کمتری دارند، برنامه‌های اصلاح و درمان اجرا شود. البته بازپروری دسته دوم، بستگی به میزان خطرناکی، نیازهای جرم‌زا و تأثیرپذیری محکومان تروریست از سازوکارهای اصلاحی دارد. این موضوع در ادبیات جرم‌شناختی به یک الگو تبدیل شده است. در الگوی بازپروری «خطر، نیاز، تأثیرپذیری» (RNR)^۲ تأکید بر ارزیابی خطر و اصلاح و درمان است. بدین‌سان، سه اصل در این

1. <<https://www.theguardian.com/world/2015/aug/31/isis-mastermind-15-suicide-bombers-baghdad-islamic-state>>.

2. Risk-need-responsivity model.

الگوی بازپرورانه خطرمدار وجود دارد: ۱- اصل خطر: سطح هماهنگی شدت برنامه‌های بالینی با شدت خطر جرم مجرم تروریست؛ ۲- اصل نیاز: بعد از اینکه تشخیص داده شود که شخص خطر پایینی دارد، نیازهای جرم‌زایی که عدم تأمین آن در ارتکاب جرم تروریستی تأثیرگذار بوده است، بررسی و تأمین می‌شود؛ ۳- اصل تأثیرپذیری: هماهنگی روش مداخله در یادگیری و توانایی‌های شخص (Andrews et al., 2011: 24). بر این اساس، در الگوی RNR ضمن مدیریت خطر محکومان تروریست، نیازهای زیستی و اجتماعی آنان بررسی می‌شود. بررسی پیشینه و مصاحبه با محکوم تروریست نشان می‌دهد که دلایل ارتکاب جرم تروریستی توسط وی چه بوده است؛ برای نمونه، انگیزه‌های سیاسی و شکست دولت حاکم بوده است یا انگیزه‌های دینی.

با این رویکرد، تروریست‌هایی که خطر بالاتری داشته باشند، تحت نظارت و برنامه‌های توان‌گیر شدیدتر قرار می‌گیرند و مرتکبان با خطر پایین‌تر، با محدودیت‌های کمتری مواجه‌اند و همزمان برنامه‌های بالینی نیز اجرا می‌شود. به عبارت دیگر، اعتماد سیاست‌گذاران جنایی به این دسته از محکومان تروریست بیشتر است. در این الگو، به مواردی مانند بهداشت جسمی و روانی، آموزش و... توجه زیادی می‌شود و تلاش می‌شود تا با تأمین نیازهای مجرم تروریست، عوامل جرم‌زا در خصوص وی را به عوامل غیر جرم‌زا تبدیل نمایند. در نهایت، میزان تأثیرپذیری تروریست‌ها از برنامه‌های اجرایی ارزیابی می‌شود. به عبارت دیگر برای مدیریت خطر آنان، درجه خطر ارزیابی می‌شود تا میزان موفقیت برنامه مشخص شود. هرچند می‌توان این انتقاد را به رویکرد بازپروری خطرمدار وارد کرد که آیا این برنامه‌ها که تا حدودی هیبت زندان را برای مجرمان تروریست تضعیف می‌نمایند، می‌توانند جنبه پیشینی داشته باشند و اینکه اگر این برنامه‌های پرهزینه نیز با شکست مواجه شوند، چه جایگزینی وجود دارد؟ همچنین علاوه بر نیازهای جرم‌زا باید به متغیرهای زیستی، اجتماعی و روان‌شناختی نیز توجه شود؛ زیرا تمایزهای سنی، جنسیتی، نژادی، قومیتی و... نیز در ارتکاب جرم تأثیرگذار هستند.

۲-۴. پایش پساکیفری به مثابه نظارت بی‌پایان بر محکومان تروریست

مرحله پساکیفری، ناظر بر زمانی است که تروریست مجازات شده باشد و سپس با

الگوی بالینی، در دوره معینی بر دوران نقاهت فرد نظارت شود (واقفی، ۱۳۹۰: ۱). بر همین اساس، این مرحله با تسامح در فرایند دادرسی کیفری قرار گرفته است. بر مبنای خطرمداری حقوق کیفری، مرتکب تروریست حتی پس از تحمل مجازات نیز همچنان خطرناک فرض می‌شود و از گذر نظارت‌های محسوس و نامحسوس باید به دنبال پیشگیری از تکرار جرم بود.

۲-۴-۱. اهداف پایش‌های پساکیفری

اجرای برنامه‌های مرحله پساکیفری، اهداف خاصی را دنبال می‌کند که از آن جمله می‌توان به اصلاح اجتماعی مرتکب، حمایت از نظم و امنیت عمومی، کاهش جمعیت کیفری، پیشگیری از تکرار جرم، کاهش ترس از جرم و جلوگیری از تکرار بزه‌دیدگی و در نهایت کاهش نرخ جرم اشاره کرد. بر اساس برخی نظرات، هدف اولیه اجرای این برنامه‌ها آن است که مانع تکرار جرم توسط تروریست‌ها شود (Ahmed, 2017: 60). این امر از یکسو، از زندانی شدن مجدد محکوم جلوگیری می‌کند و از سوی دیگر، هزینه‌های نظام عدالت کیفری را کاهش می‌دهد. همزمان عدم ورود مجدد فرد محکوم به زندان، از اثرات منفی زندان و برجسب مجرمانه ممانعت به عمل می‌آورد. با این حال، هدف دوم اجرای مرحله پساکیفری آن است که امنیت اجتماعی را با اجرای نظارت مشدد و استفاده از روش‌های توان‌گیرانه با تأکید بر مفهوم مدیریت خطر ارتقا بخشد و فرصت‌های تکرار جرم را به حداقل برساند. بر همین اساس، سیاست‌گذاران جنایی با توجه به آنکه ماهیت جرایم تروریستی توأم با ایدئولوژی‌های دینی و سیاسی است، به صرف اجرای مجازات، مرتکب را به حال خود رها نمی‌کنند؛ زیرا ممکن است که فرد در اثر اجرای مجازات، اصلاح نشده باشد و به همین دلیل، مرتکب تکرار جرم تروریستی شود. بدین‌سان با پیش‌بینی نظارت پساکیفری، در صدد کاهش خطر تکرار جرم تروریستی هستند.

با اینکه نظارت‌های پساکیفری بر مرتکبان تروریست که کیفرشان را تحمل کرده‌اند، خلاف حقوق بشر و در تعارض با اصل منع مجازات‌های مضاعف است، اما برخی معتقدند که نظام‌های کیفری می‌توانند از طریق اصل قانونمندی مجازات‌ها، میزان

مجازات جرایم تروریستی را افزایش دهند و از این گذر ضمن پابندی به اصل قانونمندی، مجازات مضاعف را به محکوم تحمیل نکنند. در نقطه مقابل، موافقان معتقدند که نظارت پساکیفری در تعارض با قاعده منع مجازات مضاعف نیست؛ زیرا نظارت پساکیفری مجازات محسوب نمی‌شود، بلکه تنها یک راهکار تأمینی خطرمدار برای در نظر گرفتن رفتار محکومان جرایم تروریستی است. همچنین نظارت پساکیفری نافی اصل قانونمندی مجازات نیست؛ زیرا از یکسو کیفر محسوب نمی‌شود و از سوی دیگر، اعمال این شکل از نظارت به حکم قانون صورت می‌گیرد (Norman, 2017: 26). بنابراین نظارت پساکیفری با اصل قانونمندی و قاعده منع مجازات مضاعف در تعارض نیست.

۲-۴-۲. معیار اجرای نظارت پساکیفری

ظرفیت جنایی و خطرناکی برخی مرتکبان تروریست، اقتضا دارد که حتی پس از دوران مجازات، بر آن‌ها نظارت شود. ثبت اطلاعات مجرمان تروریست خطرناک به منظور رؤیت‌پذیری و دسترسی بیشتر و تشکیل بانک اطلاعاتی و ثبت اطلاعات هویت ژنتیکی آن‌ها در راستای مقابله با ناشناختگی بزهکاران، از جمله روش‌های نظارتی است (رضوانی، ۱۳۹۶: ۲۶۰-۲۶۷). بدین ترتیب، نظارت پساکیفری بخشی از فرایند کیفری است که در آن کنشگران کیفری تلاش می‌کنند تا خطر تکرار جرم را کاهش دهند. به همین دلیل، مرحله پساکیفری در حوزه تروریسم را می‌توان در راستای برنامه‌های افراط‌زدایی دانست. علاوه بر آن، بررسی پرونده‌های بسیار در کشور آمریکا و انگلستان نشان می‌دهد که تروریست‌ها در مرحله تعیین کیفر با ابزار پشیمانی غیر واقعی موجب شده‌اند که مقام قضایی مجازات کمتری را در خصوص آن‌ها اعمال کنند. با این حال، همین افراد پس از آزادی، مرتکب جرایم شدیدتر تروریستی شده‌اند (Lipsey & Cullen, 2007: 297). بدین سان، توانایی بزهکاران تروریست در تغییر احکام جزایی از طریق نقش‌آفرینی و تظاهر به اصلاح و پشیمانی، در عمل این تجربه را برای کشورها به همراه داشته است که به محض اتمام مجازات‌ها، مرتکبان به حال خود رها نشوند و نظارت بر آن‌ها ادامه یابد. با این حال، سیاست‌گذاران جنایی موافق با نظارت‌های پساکیفری، گاه برخی

معیارهای مبهم را تعیین می‌کنند تا شاید از انتقادات حقوق بشری در امان بمانند (Hart, 2013: 432). بر این اساس، طرح معیار «شدید بودن» جرایم تروریستی به طور کلی، این شبهه را ایجاد می‌نماید که آیا جرم تروریستی غیر شدید هم وجود دارد؟ عدم تعریف دقیق از جرایم تروریستی به این چالش مهم دامن زده است. با این حال به نظر می‌رسد که واقعه ۱۱ سپتامبر، وقایع لندن، مادرید و پاریس، در زمره جرایم تروریستی شدید قرار گیرند. ابهام‌گویی در خصوص جرایم تروریستی شدید، در سیاست‌گذاری جنایی آمریکا قابل مشاهده است؛ زیرا طبق بخش ۱۱۳ مجموعه قوانین کیفری فدرال در اصلاحات سال ۲۰۰۲ م.، پس از واقعه تروریستی ۱۱ سپتامبر، محکومان جرایم تروریستی شدید، مشمول نظارت پساکیفری قرار می‌گیرند. با وجود عدم تعریف دقیق این مفهوم، عده‌ای بر این باورند که ماهیت قاعده‌گذاری در جرایم تروریستی اقتضا دارد که متن قانون قدری مبهم باشد تا از این طریق، نظام‌های کیفری در برخورد با بزهکاران و محکومان جرایم تروریستی، آزادی عمل داشته باشند (Baltes et al., 2016: 352).

بدین سان شاید سیاست‌گذاران آمریکا به صورت عامدانه از این اصطلاح استفاده کرده باشند تا در موارد لزوم بتوانند با تفسیر موسع، افراد را مشمول نظارت پساکیفری قرار دهند. در این راستا می‌توان گفت که اتخاذ رویکرد امنیت‌گرا در برخی کشورها مانند آمریکا در خصوص بزهکاران خطرناک موجب شده است که نقض نظارت پساکیفری با واکنش کیفری شدیدی روبه‌رو شود. همچنین در این مرحله نیز سلب آزادی اشخاص با احتمال تکرار جرم ادامه دارد. بر این اساس، مشخص نشده است که صرف احتمال بر چه اساس و معیاری سنجیده می‌شود؟ به عبارت دقیق‌تر، معیارهای خطر جرم و تخمین بزهکاری مورد توجه قرار می‌گیرند یا صرف احتمال تکرار جرم کافی است تا نظارت پساکیفری نقض شود؟

سیاست‌گذاران جنایی فرانسه نیز با اصلاحات ۳ ژوئن سال ۲۰۱۶ م. در جهت پیشگیری از تکرار جرایم تروریستی و خنثی‌سازی مرتکبان جرایم این حوزه، در ماده ۱۱ قانون مورد اشاره و ماده ۷-۴۲۱ قانون مجازات، اقدامات نظارتی پساکیفری را در قالب دوره تأمین پیش‌بینی کرده‌اند. بر این اساس، محکومان جرایم تروریستی ممکن است پس از اتمام محکومیت، از انجام مشاغل خاص، حضور در فعالیت‌های اجتماعی یا

مدیریت و کنترل مستقیم و غیر مستقیم شرکت‌های تجاری منع شوند. حداکثر مدت زمان پیش‌بینی شده برای دوره نظارت پساکیفری، ده سال است. این دوره نظارتی مبتنی بر جرم جدید نیست، بلکه ناشی از ظن بی‌پایان سیاست‌گذاران جنایی به وجود حالت خطرناک در بزهکاران تروریست است. عدم آزادی محکومان تروریست پس از اتمام کیفر حبس، نشانگر نظارت پساکیفری مبتنی بر خطر است. این نوع مراقبت در کنار کیفرهای خنثی‌کننده، حقوق کیفری را از کارکرد اصلاحی و ترمیمی دورتر می‌سازد و در مقابل با رویکردی پیشگیرانه، بسیاری از حقوق انسانی مرتکب تروریست را نقض می‌کند. مشابه این رویکرد، در مقطع زمانی محدودی، در قالب نظارت بر مجرمان خطرناک در قوانین کیفری ایران نیز پیش‌بینی شده بود. در این راستا، ماده ۴۸ مکرر قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ (نسخ‌شده)^۱ با توجه به جرم‌شناسی امنیتی و با تأکید بر حالت خطرناک، به نظارت بر برخی مجرمان سابقه‌دار اشاره کرده بود. این نظارت که نوعی تدبیر تأمینی بود، برای پیشگیری از تکرار جرم نسبت به مجرمان خطرناک و مکرر پس از تحمل کیفر اصلی اعمال می‌شد. هرچند این سازوکار صرفاً جنبه نظارتی داشت و قاضی کیفری ایران نمی‌توانست به مجازات‌های جدیدی حکم دهد، اما می‌توانست با مدیریت خطر برخی بزهکاران، دستوراتی توان‌گیر یا کنترلی صادر کند. از این رو با توجه به نسخ ماده ۴۸ قانون مجازات اسلامی (بیشتر از جنبه نظارت توان‌گیرانه) و قانون اقدامات تأمینی و تربیتی مصوب ۱۳۳۹ (بیشتر از جنبه نظارت بازپرورانه)، نظارت پساکیفری بزهکاران تروریست دچار سرگردانی شده است.

با این حال، سیاست‌گذاران جنایی ایران تلاش کردند تا با تصویب «دستورالعمل اجرایی کنترل مجرمان حرفه‌ای و سابقه‌دار» مصوب ۱۳۹۷، این خلأ را از بین ببرند. در مقدمه این دستورالعمل، به «شناسایی، تشکیل بانک اطلاعاتی روزآمد، اطلاع از آخرین وضعیت حبس، رهایی و آزادی، اشراف اطلاعاتی و رصد اقدامات و سلب

۱. «کسانی که به دلیل ارتکاب جرم عمدی، حداقل دو بار سابقه محکومیت مؤثر داشته باشند، در صورت ارتکاب جرم عمدی دیگر، دادگاه رسیدگی‌کننده ضمن صدور حکم می‌تواند به تناسب سوابق و خصوصیات روحی و اخلاقی و شخصیت محکومان و علل وقوع جرم، آنان را برای مدتی که از دو سال متجاوز نباشد، به اجرای یک یا چند دستور از دستورات موضوع ماده ۲۹ این قانون ملزم نماید...».

هر گونه تحرک و اقدام سوء، پیشگیری از تکرار جرم و افزایش هزینه ارتکاب جرم مجدد در راستای اصلاح رفتارهای مجرمانه مجرمان سابقه‌دار، حرفه‌ای و خطرناک و ایجاد هماهنگی بین سازمان‌ها و نهادهایی که با این مجرمان در ارتباط هستند^۱، اشاره شده است. بر اساس مواد ۱۲ و ۱۳ این دستورالعمل، ضابطان دادگستری می‌توانند با اجازه قضایی نسبت به پایش^۱ مجرمان اقدام کنند و در صورت وجود دلایل و قرائن کافی مبنی بر اینکه مجرمان در صدد ارتکاب جرم هستند، مراتب را باید به دادستان گزارش کنند و با اقدامات پیشگیرانه، فرصت ارتکاب جرم را از آنان سلب نمایند. در هر حال، هر چند این دستورالعمل تا حدی می‌تواند نظارت بر بزهکاران تروریست را در مرحله پساکیفری تأمین نماید، اما ضروری است که سیاست‌گذاران جنایی ایران با رویکردی افتراقی نسبت به تروریسم و از گذر استفاده از تجربیات سایر کشورها، ضمن مشخص کردن معیارهای خطرناکی مجرمان تروریست و مدت نظارت در مرحله پساکیفری، به پیشگیری از تکرار این دسته جرایم اهتمام ویژه نمایند. البته باید در نظر داشت که نظارت‌های پساکیفری در راستای مدیریت قانونمند بر مرتکبان تروریست است تا حداقل مانع از اقدامات سلیقه‌ای و غیر قانونی در خصوص آن‌ها شود. با این حال، اعتقاد بر ظن بی‌پایان خطرناکی مرتکبان تروریست و عدم امکان اصلاح و درمان آن‌ها از سوی سیاست‌گذاران جنایی بسیاری از کشورها، یکی از جدی‌ترین انتقادات وارد بر رویکرد خطرمدار عدالت کیفری در حوزه تروریسم است.

نتیجه‌گیری

با اتخاذ سیاست جنایی افتراقی در برابر تروریسم، مسئله بازتعریف مفهوم‌های حقوقی مانند حالت خطرناک مطرح می‌شود. بر این اساس، اگر حالت خطرناک/خطرناکی که دارای شاخص‌های ذهنی است، به عنوان گرانیگاه حقوق کیفری باشد، آنگاه حقوق متهمان یعنی امنیت حقوقی - قضایی تحت تأثیر امنیت‌گرایی سیاست‌گذاران

۱. بر اساس بند د دستورالعمل مذکور، منظور از پایش، مجموعه اقدامات پیشگیرانه‌ای است که در مرحله بعد از اتمام محکومیت مجرمان، حسب ضرورت در چارچوب دستور مقام قضایی توسط ضابطان اعمال می‌گردد.

جنایی قرار می‌گیرد. در این میان در کنار مجازات اعدام که در برخی کشورها جریان دارد، بسیاری از کشورها با پیش‌بینی حبس‌های طولانی‌مدت، تا حد زیادی اهداف خود را تأمین می‌نمایند. با این حال، همواره این نگرانی وجود دارد که پس از پایان مدت محکومیت حبس، چگونه می‌توان به خنثی‌سازی مرتکبانی که همچنان حالت خطرناک دارند، ادامه داد. تأمین کردن کیفرها، مهم‌ترین راهکار برنامه‌ریزان جنایی در این حوزه است؛ به طوری که اگر مرتکب همچنان دارای حالت خطرناک باشد، می‌توان از گذر کیفردهی نامعین، همچنان از آزادی وی جلوگیری کرد. بر این اساس، حتی پس از کیفرهای طولانی‌مدت حبس نیز مرتکبان تروریست‌ها نمی‌شوند و تا حد ممکن در جامعه محدود و منزوی می‌شوند. این راهبرد دقیقاً بر خلاف آموزه‌های جرم‌شناسی اصلاح و درمان است که تلاش می‌کند محکومان با تدابیر حمایتی پس از آزادی به جامعه برگردند.

پس از تحلیل سیاست‌گذاری جنایی کشورهای مختلف مشخص شد که کشورهای پیش‌تاز در مبارزه با جرایم تروریستی، به رویکرد خطرمدار روی آورده‌اند. در این راستا، با ظهور راهبردهای امنیت‌مدار و سرکوبگر در سیاست‌گذاری‌های جنایی افتراقی، اصول اقتصادی، رفاهی و اجتماعی دولت‌های رفاه، جای خود را به گسترش سرکوب و هراس‌افکنی داده است. از این رو، یکی از آسیب‌های جدی خطرمحوری در حقوق کیفری، بی‌ثباتی و افول دولت‌های قانونمند است که حقوق شهروندی و آزادی‌های اشخاص، همواره از اولویت‌های آن‌ها بوده است. رویکرد افتراقی مدیریتی و به عبارتی دیگر، تقسیم مجرمان به دو گروه پرخطر و کم‌خطر، بر اساس مبانی و ویژگی‌های عدالت کیفری زودآماست. بدین معنا که سیاست‌گذاران جنایی می‌توانند بر اساس معیارهایی مانند سابقه کیفری مرتکبان جرایم تروریستی و شدت جرم تروریستی و با تفریدزدایی، به حداکثر کارایی دستگاه عدالت کیفری و کنترل جرایم تروریستی دست پیدا کنند. از همین رو، جرم‌شناسی و حقوق کیفری از جایگاه علت‌شناختی و سزادهی دور شده و به خدمت سیاست‌گذاران جنایی برای تأمین امنیت عمومی جامعه درآمده‌اند.

در راهبرد خطرمدار حقوق کیفری، پاسخ‌های کیفری در بسیاری از موارد، عوام‌گرا

و در فضای احساسی و هیجانی طراحی می‌شوند و بر این اساس، سیاست‌گذاران جنایی از رهگذر تدابیر کیفری شدید به دنبال آن هستند که پدیده‌های مجرمانه را در کوتاه‌ترین زمان ممکن کنترل کنند. این رویکرد با هدف کسب مشروعیت برای سیاست‌های مبارزه با جرم، افکار مردم را به نوعی جهت می‌دهد تا از حمایت‌های مردمی برای سیاست‌های توسعه‌طلبانه در مبارزه با جرایم تروریستی برخوردار شود. گسترش مفهوم «دیگری» تحت تأثیر آموزه‌های جرم‌شناسی امنیتی در خصوص مجرمان تروریست و اعلام جنگ با آن‌ها علاوه بر ایجاد دوگانگی در جامعه، موجب رویه شدنِ رویکردهای خطرمدار سیاست‌گذاران جنایی می‌شود. ایجاد تصویر غیر انسانی از بزهکاران، گسترش فرهنگ ترس از جرم، نقض حریم خصوصی، عدم تسامح با هرگونه رفتار مشکوک به جرم تروریستی حتی رفتارهای بسیار دور از عنصر مادی جرم اصلی و نقض حقوق متهمان در فرایند دادرسی کیفری، از جمله تلاش‌هایی هستند که الگوی خطرمدار سیاست جنایی را در برابر جرایم تروریستی به سمت اقتدارگرایی پیش می‌برند.

نظام‌های کیفری با توجه به مدیریت خطر، اصل تناسب میان جرم و مجازات به عنوان ابزار اصلی سزاگرایی را رد کرده و تناسب خطر را با تأکید بر مدیریت مجرمان خطرناک مدنظر قرار می‌دهند. بدین‌سان، سرگردانی سیاست کیفری در قبال برخورد با بزهکاران جرایم تروریستی در عمل ممکن است موجب نقض حقوق مجرمان شود؛ زیرا از یکسو، اصل بر منع مجازات مضاعف است و از سوی دیگر، فرض اساسی در حقوق کیفری آن است که محکوم بعد از آزاد شدن، بدهی خود را به جامعه ادا کرده و به همین دلیل باید به زندگی عادی برگردد. در نهایت، تعیین حالت خطرناک به عنوان ملاک پایان یا تمدید کیفر به منظور خنثی‌سازی مرتکبان تروریست، نمونه‌ی مسئولیت کیفری مضاعف نیز هست که قابل توجیه نمی‌باشد.

رویکرد سیاست‌گذاری جنایی ایران در برابر بزهکاری تروریستی، امنیتی و توسعه‌مدار است؛ هرچند رویکرد مدیریت کیفری خطر چندان مورد توجه قرار نگرفته و برای رویارویی با بزهکاران تروریست، راهبرد افتراقی پیش‌بینی نشده است. عدم وجود الگوی منسجم، چه در پاسخ‌های کنشی و چه در پاسخ‌های واکنشی در سیاست جنایی

ایران، موجب وجود خلأهای قانونی در مبارزه با تروریسم شده است. بر همین اساس، در یک سیاست‌گذاری جنایی افتراقی اثربخش، رویدادها و تدابیر گذشته علت‌شناسی می‌شوند تا زمینه‌ها و بستر ارتکاب جرم‌های تروریستی از بین رفته و یا به کمترین میزان خود کاهش یابد. بدین‌سان، هر چه سیاست‌ها سنجیده، دانش‌بنیان، کارآمد و به دور از عوام‌گرایی و سیاست‌زدگی باشند، میزان موفقیت آن‌ها نیز بیشتر خواهد بود. همچنین همان‌گونه که تلاش‌های ملی و بین‌المللی برای مبارزه با جرم لازم است، تبدیل نشدن الگوهای سختگیرانه مانند خطرمداری کیفری به الگوی دائمی و غالب و جلوگیری از انسانیت‌زدایی از حقوق جزا، نیازمند تلاش جرم‌شناسان و طرفداران حقوق بشر است. در این راستا، قلمرو جرم‌شناسی امنیتی که بیشتر نتیجه افکار سیاسی است، در حقوق کیفری باید محدودتر شود. هرچند حقوق کیفری برای مبارزه با جرایم تروریستی باید رویکردی افتراقی در پیش گیرد، اما رویکردی هدفمند و مدیریت‌شده که تا حد ممکن اصول انسانی و اخلاقی و حقوق متهمان تروریستی را نقض نکند.

در حقوق کیفری خطرمدار در حوزه تروریسم، گستره وسیعی از رفتارها جنبه جزایی می‌یابند. بر همین اساس باید بین حقوق افراد و تأمین امنیت در جامعه، همگرایی و تعادل ایجاد کرد. در همین راستا، رویکرد خطرمدار سیاست‌گذاران جنایی در برابر اعمال تروریستی، یافته‌های کرامت‌مدار حقوق کیفری را کم‌رنگ نموده است؛ اما نباید «حق بر تأمین» به فراموشی سپرده شود.

هرچند خود پدیده تروریسم، حقوق کیفری بر پایه مدیریت خطر را اجتناب‌ناپذیر نموده است، اما چه در مرحله وضع قانون و چه در مرحله اجرای آن، تا حد ممکن موازین حقوق کیفری مانند اصل قانونی بودن، اصل تناسب جرم و مجازات و اصل رعایت کرامت انسانی رعایت شود و شخصیت انسانی مظنونان تروریستی به فراموشی سپرده نشود. همچنین از آنجا که رویکرد حقوق کیفری ایران به جرایم تروریستی مانند سایر جرایم است و به سازوکارهای خطرمدار توجه چندانی نشده است، لذا بررسی قانونمند میزان خطرناکی بزهکاران تروریست، بازپروری افتراقی آن‌ها و در نهایت نظارت‌های پساکیفری بر این دسته محکومان ضروری است.

کتاب‌شناسی

۱. آقای جنت‌مکان، حسین، حقوق کیفری عمومی، چاپ سوم، تهران، جنگل جاودانه، ۱۳۹۷ ش.
۲. بخشی شیخ احمد، مهدی، *ایدئولوژی گروه‌های تروریستی تکفیری - وهایی، از القاعده تا داعش*، تهران، جهاد دانشگاهی، ۱۳۹۴ ش.
۳. پاک‌نهاد، امیر، *سیاست جنایی ریسک‌مدار*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۴. حاجی ده‌آبادی، محمدعلی، و مهدی خاقانی اصفهانی، «گونه‌شناسی سیاست کیفری فنی در قبال جرم رمزنگاری اطلاعات از منظر آزادی‌گرایی و امنیت‌گرایی»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، سال دهم، شماره ۵، بهار و تابستان ۱۳۹۲ ش.
۵. رضوانی، سودابه، *مفهوم خطرناکی در گستره علوم جنایی*، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۶. شاهیده، فرهاد، و امیرحسین نیازپور، «جرم‌انگاری پیش‌دستانه اعمال تروریستی»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، سال هفدهم، شماره ۱۹، بهار و تابستان ۱۳۹۹ ش.
۷. صیقل، یزدان، *مطالعه حقوقی - جرم‌شناختی جرم در جامعه مخاطره‌آمیز*، به راهنمایی رحیم نوبهار، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی تهران، ۱۳۹۷ ش.
۸. مهدوی‌پور، اعظم، و نجمه شهرانی کرانی، «امنیتی شدن جرم‌شناسی: راهبردها و آثار آن بر حقوق کیفری»، *دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری*، سال پنجم، شماره ۹، بهار و تابستان ۱۳۹۳ ش.
۹. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «سیاست جنایی: از مدل‌ها تا جنبش‌ها»، *دیپاچه در: دلماس - مارتی، می‌ری، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی*، برگردان علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۱۰. همو، «سیاست جنایی»، مقاله در: *استادان و پژوهشگران علوم جنایی سراسر کشور، دانشنامه علوم جنایی اقتصادی*، به کوشش امیرحسین نیازپور، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۱۱. همو، «کیفرشناسی نو - جرم‌شناسی نو: درآمدی بر سیاست جنایی مدیریتی خطرمدار»، مقاله در: *تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)*، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۱۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، و حمید هاشم‌بیگی، *دانشنامه جرم‌شناسی*، چاپ پنجم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۷ ش.
۱۳. واقفی، مریم، *مطالعه حقوقی - جرم‌شناختی مرحله پساکیفری در فرایند کیفری*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه مفید قم، ۱۳۹۰ ش.
14. Abrams, Norman, "The Material Support Terrorism Offenses: Perspectives Derived from the (Early) Model Penal Code", *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 1(5), 2005.
15. Ahmed, Sameer, "Is History Repeating Itself? Sentencing Young American Muslims in the War on Terror", *The Yale Law Journal*, Vol. 126(5), March 2017.
16. Andrews, Donald A. & James Bonta & J. Stephen Wormith, "The Risk-Need-Responsivity (RNR) Model: Does Adding the Good Lives Model Contribute to Effective Crime Prevention?", *Criminal Justice and Behavior*, Vol. 38(7), June 2011.
17. Baltes, Joanna & Karen J. Greenberg & Hon. Gerald Bruce Lee & Robert Timothy Reagan & Stephen I. Vladeck, "Convicted Terrorists: Sentencing Considerations and Their Policy Implications", *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 8, 2016.
18. Castano, Emanuele & Roger Giner-Sorolla, "Not quite human: Infrahumanization in

- response to collective responsibility for intergroup killing”, *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 90(5), May 2006.
19. Clubb, Gordon & Marina Tapley, “Conceptualising de-radicalisation and former combatant re-integration in Nigeria”, *Third World Quarterly*, Vol. 39(11), April 2018.
 20. Demoulin, Stéphanie & Brezo P. Cortes & G. Tendayi Viki & Armando P. Rodríguez & Ramon T. Rodríguez & Maria Paola Paladino & Jacques-Philippe Leyens, “The role of in-group identification in infra-humanization”, *International Journal of Psychology*, Vol. 44(1), February 2009.
 21. Diab, Robert, “Sentencing of Terrorism Offences After 9/11: A Comparative Review of Early Case Law”, Presented in: CIAJ (Canadian Institute for the Administration of Justice) 2011 Annual Conference - Terrorism, Law and Democracy: 10 years after 9/11, October 2011.
 22. Dubber, Markus Dirk, *The Sense of Justice: Empathy in Law and Punishment*, New York, New York University Press, 2015.
 23. Hart, Hornell, “Predicting Parole Success”, *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 14(3), 2013.
 24. Hettiarachchi, Malkanthi, “Sri Lanka’s Rehabilitation Program: A New Frontier in Counter Terrorism and Counter Insurgency”, *PRISM*, Vol. 4(2), 2017.
 25. Lafree, Gary & Michael A. Jensen & Patrick A. James & Aaron Safer-Lichtenstein, “Correlates of violent political Extremism in the United States”, *Criminology*, Vol. 56(2), May 2018.
 26. Lipsey, Mark W. & Francis T. Cullen, “The Effectiveness of Correctional Rehabilitation: A Review of Systematic Reviews”, *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 3(1), 2007.
 27. McCulloch, Jude & Sharon Pickering, “Pre-Crime and Counter-Terrorism: Imagining Future Crime in the ‘War on Terror’”, *The British Journal of Criminology*, Vol. 49(5), May 2009.
 28. Mythen, Gabe & Sandra Walklate & Fatima Khan, “‘Why Should We Have to Prove We’re Alright?’: Counter-terrorism, Risk and Partial Securities”, *Sociology*, Vol. 47(2), 2013.
 29. Slobogin, Christopher, “Prevention as the Primary Goal of Sentencing: The Modern Case for Indeterminate Dispositions in Criminal Cases”, *San Diego Law Review*, Vol. 48(4), 2011.
 30. van der Heide, Liesbeth & Jip Geenen, “Preventing Terrorism in the Courtroom – The Criminalisation of Preparatory Acts of Terrorism in the Netherlands”, *Security and Human Rights*, Vol. 26, 2015.
 31. Zedner, Lucia, “Security, the State, and the Citizen: The Changing Architecture of Crime Control”, *New Criminal Law Review*, Vol. 13(2), 2010.

مجازات‌های تبعی در قتل*

□ عباس شیرینی و رنامخواستی^۱

چکیده

مجازات‌های تبعی، به تبع ارتکاب جرم، علاوه بر مجازات اصلی به مرتکب تحمیل می‌شود. مجازات تبعی بر اساس اصل قانونی بودن مجازات‌ها، مستلزم پیش‌بینی در قانون است. در قتل عمدی، مرتکب از ارث اموال و دیه، و در قتل‌های شبه عمدی و خطای محض، از ارث دیه محروم می‌شود. در صورت وجود علل موجهه جرم مانند دفاع مشروع و حکم قانون، این مجازات در حق مرتکب اعمال نمی‌شود. ولی در موارد عوامل رفع مسئولیت کیفری مانند قتل توسط صغیر و مجنون، مکره، قتل در حال خواب، بیهوشی و قتل ناشی از اشتباه، مرتکب از ارث دیه محروم می‌شود. اعمال محرومیت در ارث محدود به مورث نیست و امکان اعمال آن در مورد موصی، حاجب و معاون در قتل نیازمند بررسی است. محرومیت از ارث در صورت قتل، نوعی اقدام پیشگیرانه از وقوع قتل است تا افرادی که به طمع رسیدن به ماترک متوفی، مرتکب قتل می‌شوند، از

ارتکاب آن خودداری نمایند.

واژگان کلیدی: مجازات تبعی، قتل عمدی، قتل غیر عمدی، محرومیت از

ارث، موصلی، حاجب، معاون در قتل، سقط جنین، دیه.

مقدمه

مجازات‌های تبعی همان گونه که از نام آن پیداست، به تبع و پیرو مجازات اصلی، خودبه‌خود به بزهدار تحمیل می‌شود و نیازی به تصریح در حکم دادگاه ندارد.^۱ طبق اصل قانونی بودن مجازات‌ها، باید این مجازات‌ها در قانون پیش‌بینی گردد؛ مانند محرومیت از ارث توسط قاتل عمدی که در ماده ۸۸۰ قانون مدنی آمده است یا محرومیت از حقوق اجتماعی که در ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) پیش‌بینی گردیده است. همچنین این نوع مجازات‌ها ممکن است ناظر به صلاحیت و اهلیت لازم جهت تصدی مشاغل خاصی باشد، همان گونه که در ضمن ماده ۲۶ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) تحت عنوان مصادیق حقوق اجتماعی احصا شده است.^۲

ماده ۴۵۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) نیز مجازات تبعی در قتل غیر عمدی، اعم از خطای محض یا شبه عمدی را در خصوص منع از ارث دیه پیش‌بینی نموده است. حق طبیعی هر فرد، برخورداری از حقوق اجتماعی یا مدنی است. حق حیات، تابعیت، ازدواج، آزادی رفت‌وآمد، انتخاب شغل، تمتع از حقوق مدنی مانند وصیت، ارث، مشارکت در سرنوشت سیاسی و نظایر آن‌ها، از حقوق بنیادین و طبیعی هر انسان،

۱. طبق ماده ۱۳۲-۱۷ قانون مجازات فرانسه (۱۹۹۲): «هیچ مجازاتی قابل اعمال نیست، مگر مجازاتی که به صراحت توسط دادگاه مورد حکم قرار گیرد». بر اساس ماده مذکور حقوق دانان فرانسوی معتقدند که مجازات‌های تبعی جز مواردی معدود، دیگر در حقوق فرانسه وجود ندارد. «بر مبنای نظر شورای قانون اساسی فرانسه، مجازات تبعی مغایر با اصل فردی کردن مجازات‌ها و همچنین مغایر با ماده ۸ اعلامیه حقوق بشر و شهروندی فرانسه است» (کُلب و لوترمی، ۱۳۹۸: ۴۳۹؛ نیز برای آگاهی از مصادیق مجازات‌های تبعی حفظ‌شده در حقوق فرانسه، ر.ک: استفانی، لواسور و بولوک، ۱۳۸۳: ۲/۶۶۸-۶۹۹).

۲. لازم نیست که مجازات‌های تبعی، فقط در قوانین جزایی پیش‌بینی گردد. قوانین مختلف مربوط به احراز صلاحیت، نظیر مقررات استخدامی، اداری، انتخاباتی، شغلی، حرفه‌ای و... شرایط خاصی را تعیین می‌کنند که از جمله عدم محکومیت کیفری است. همه این موارد از مصادیق مجازات‌های تبعی محسوب می‌شوند. به همین جهت، ماده ۲۶ ق.م.ا. (۱۳۹۲) مصادیق حقوق اجتماعی را احصا نموده است تا موقعیت اصل قانونی بودن مجازات در مجازات‌های تبعی را استحکام بخشیده و مانع تفسیر به رأی در مراجع مربوطه گردد.

صرف نظر از نژاد، مذهب، دین، جنسیت، سن و مانند این‌هاست. فصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به تفصیل این حقوق را مورد توجه قرار داده است. اصل ۲۰ قانون یادشده مقرر می‌دارد:

«همه افراد ملت اعم از زن و مرد، یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند».

ماده ۹۵۸ قانون مدنی نیز صراحتاً بیان می‌دارد: «هر انسان، متمتع از حقوق مدنی خواهد بود...». فقط در صورت ارتکاب جرم، ممکن است که شخص از حقوق اجتماعی برای مدت معین یا نامحدود با توجه به نوع جرم ارتكابی محروم شود.

مجازات‌های تبعی بر اساس اهداف شناخته‌شده مجازات‌ها توجیه می‌شود. در این باره، رویکرد بازدارندگی عام و خاص نقش پررنگ‌تری دارد؛ به ویژه محرومیت‌های اجتماعی، هزینه ارتکاب جرم را برای مرتکبان افزایش می‌دهد. بزهکار با محاسبه زیان ناشی از محرومیت‌های اجتماعی، ممکن است از ارتکاب جرم صرف‌نظر نماید. لذا روش مناسبی برای کاهش جرم و پیشگیری از تکرار آن است؛ به ویژه برای بزهکارانی که در نهادهای دولتی و عمومی مشغول به کار هستند. آنان از ترس اخراج یا انفصال از خدمات دولتی و با توجه به موقعیت اجتماعی خویش، ممکن است از ارتکاب جرم صرف‌نظر نمایند. افرادی که در سنین استخدامی و دریافت مجوزهای شغلی هستند نیز به همین جهت ممکن است از ارتکاب جرم صرف‌نظر نمایند. مجازات تبعی مربوط به نظم عمومی است و تابع اراده بزه‌دیده از جرم نمی‌باشد. به همین جهت، حتی در صورت گذشت بزه‌دیده یا شمول عفو، بر مرتکب تحمیل می‌شود. موارد استثنایی مستلزم پیش‌بینی در قانون است. در غیر این صورت، اصل بر اجرای آن است. همچنین صرف‌نظر از تابعیت بر مرتکب تحمیل می‌شود. حتی در مورد ارث که از احوال شخصیه است و تحت قواعد خاصی اجرا می‌شود، قتل موجب محرومیت از ارث خواهد شد.^۱

۱. «حرمان قاتل، قاعده‌ای مربوط به نظم عمومی است، نه وضع و اجرای آن به دلیل نفرت مورث است و نه با بخشندگی و رحمت او از بین می‌رود. در نتیجه، اگر بیگانه‌ای در ایران مرتکب قتل مورث شود، دادگاه او را ممنوع از ارث می‌سازد، هرچند که قانون دولت متبوع او یا مورث به گونه‌ای دیگر حکم کند» (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۲۳۰).

پرسش اصلی، این است که مجازات تبعی در قتل چیست و علاوه بر قتل‌های عمدی، آیا شامل قتل‌های غیر عمدی نیز می‌شود؟ روش پژوهش در این مقاله، تحلیلی با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و میدانی در خصوص رویه قضایی بوده است. این مقاله در ۳ بند تنظیم گردیده است. در بند ۱ مجازات‌های تبعی در قتل عمدی، و در بند ۲ در قتل غیر عمدی مورد بحث قرار می‌گیرد. بند ۳ اختصاص به محرومیت از ارث در غیر از قتل مورث دارد.

۱. مجازات‌های تبعی در قتل عمدی

بر اساس بند الف ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) در قتل عمدی، در صورت عدم قصاص قاتل، به هر علت از تاریخ توقف اجرای حکم قصاص، قاتل به مدت ۷ سال از حقوق اجتماعی محروم می‌گردد.

قتل عمدی همچنین موجب محرومیت از ارث می‌شود. علامه حلی دلیل آن را احتیاط در حفظ جان مسلمان‌ها، هدر نشدن خون آنان و عدم تجاوز مردم از حقوقشان در جایی که حقی ندارند، عنوان می‌کند؛ زیرا ممکن است برخی از وراثت به طمع رسیدن به ارث، مرتکب قتل مورث خویش شوند (علامه حلی، ۱۴۱۹: ۶۶-۶۵/۹). استدلال مذکور بسیار قابل توجه است و منع از ارث را در قلمرو حقوق کیفری توجیه می‌نماید و در واقع، نوعی اقدام پیشگیرانه از وقوع قتل است. «علاقه وارث در رسیدن به دارایی مورث ممکن است گاه او را برانگیزد که مورث خود را به قتل برساند تا از ترکه او برخوردار گردد. از نظر اخلاق اجتماعی، وارثی که مورث خود را عمداً می‌کشد، شایستگی دست یافتن به ترکه او را ندارد» (امامی، ۱۳۷۵: ۲۰۰/۳).

در این زمینه همچنین می‌توان به قاعده فقهی: «من استعجل الشیء (شیئاً) قبل أوانه، عوقب بحرمانه» (سیوطی، ۱۴۱۱: ۱۶۹؛ برای بحث بیشتر درباره این قاعده، رک: حیدر، ۱۴۲۳: مقدمه، ماده ۹۹) استناد نمود. شهید اول این قاعده را چنین آورده است:

«المعارضة بنقیض المقصود، واقعة فی مواضع؛ کحرمان القاتل من الإرث» (عاملی جزینی، بی‌تا: ۲۸۰/۱، قاعده ۹۵)؛ قرار دادن خلاف مقصود در برابر مقصود، در مواردی واقع می‌شود؛ مانند محرومیت قاتل از ارث.

بدین توضیح که قاتل، مورث خود را به قصد تصاحب مالش می‌کشد، ولی شارع او را از ارث محروم می‌کند و بدین وسیله او به مقصود خود نمی‌رسد. بر اساس قاعده مذکور، محرومیت قاتل از ارث مورث، حاجب، وصی و معاون در قتل توجیه می‌شود. حتی در صورت گذشت شاکه، قاتل عمدی از ارث به عنوان مجازات تبعی محروم می‌شود. فقیهان امامیه^۱ و اهل سنت در این مورد اتفاق نظر دارند. ماده ۸۸۰ ق.م. که بر اساس دیدگاه اجماعی فقیهان امامیه تنظیم یافته، در این باره مقرر می‌دارد:^۲

«قتل از موانع ارث است. بنابراین کسی که مورث خود را عمداً بکشد، از ارث او ممنوع می‌شود؛ اعم از اینکه قتل بالمباشره باشد یا بالتسیب، و منفرداً باشد یا به شرکت دیگری» (برای آگاهی از انواع مباشرت و تسبیب در قتل، ر.ک: شیری، ۱۳۹۸: ۱۷۷-۲۰۸).

مشهور فقیهان تفاوتی بین مباشرت و تسبیب در قتل قائل نیستند و معتقدند که موجب محرومیت از ارث می‌شود^۳ (عوده، بی‌تا: ۲۲۴/۲). مباشرت مانند اینکه مورث خویش را خفه کند یا با ضربات چاقو به قتل برساند. تسبیب مانند اینکه سم در غذایش بریزد یا مانعی در مسیرش قرار دهد تا با اصابت به آن کشته شود یا اقدام به ادای شهادت دروغ علیه وی نماید و بر اثر این شهادت، حکم قصاص یا حد قتل درباره وی اجرا گردد. تفاوتی در این خصوص بین وراثت نیست. هر کدام از وراثت سببی و نسبی که مرتکب قتل مورث خویش شود، از ارث وی محروم می‌گردد.

محرومیت از ارث فقط در موارد قتل اعمال می‌شود و شامل شروع به جرم قتل و جرم محال یا عقیم نمی‌شود؛ زیرا تا زمانی که فرد زنده است، موجبات ارث ایجاد

۱. صاحب‌جوهر در این باره معتقد است: «قاتل از ارث بردن محروم می‌شود و در این موضوع بین فقها اختلافی نیست و بر آن اجماع شده است. محرومیت از ارث موجب حفظ جان از تعجیل وراثت [در تصاحب ماترک] می‌باشد». وی همچنین محرومیت از ارث را به عنوان مجازات قاتل می‌داند: «عقوبة القاتل بحرمانه من الإرث» (نجفی، ۱۳۶۳: ۳۹/۳۶). مبنای نظر فقیهان، روایات متعدد از رسول اکرم صلی الله علیه و آله و سلم و امامان علیهم السلام است. پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم در حدیثی فرمود: «لا میراث للقاتل» (حرّ عاملی، ۱۳۸۸: ۱۷/۳۸۸).
۲. تمام مذاهب چهارگانه اهل سنت با استناد به احادیث پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم قاتل عمد را از ارث محروم می‌دانند. در خصوص قتل‌های شبه عمد و خطای محض، مانند فقهای امامیه با یکدیگر اختلاف نظر دارند (در این باره ر.ک: عوده، بی‌تا: ۲۲۲/۲-۲۳۰).
۳. ابوحنیفه معتقد است که تسبیب عمدی در جنایت موجب محرومیت از ارث نمی‌شود (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۸: ۴۸۸/۸-۵۰۰).

نمی‌شود. در صورتی که فرد قبلاً مرده باشد و وارث به تصور اینکه وی زنده است، به قصد قتل مثلاً تیری به قلب او شلیک کند (جرم محال)، قاتل محسوب نمی‌شود و در نتیجه از ارث محروم نمی‌شود؛ زیرا ماده ۸۸۰ قانون مدنی و ۴۵۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) ناظر به تحقق قتل است. در مورد سقط جنین نیز محرومیت از ارث ایجاد می‌شود. چنانچه وارث به نحو مباشرت یا تسبیب مرتکب سقط جنین شود، از ارث محروم می‌شود. ماده ۸۵۲ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد:

«اگر حمل در نتیجه جرمی سقط شود، موصی به به ورثه او می‌رسد، مگر اینکه جرم مانع ارث باشد».

ماده مذکور ناظر به کشتن جنین توسط وارث است.

در صورتی که ارتکاب جرم، به علل وجود جهات قانونی مباح و مجاز تلقی شود، مرتکب مشمول هیچ کدام از انواع مجازات‌های اصلی و تبعی نخواهد شد.^۱ این موارد تحت عنوان علل موجهه جرم و معافیت‌ها یا معاذیر قانونی قرار دارد که به تفکیک مورد بحث قرار می‌گیرد.

منظور از علل موجهه جرم، عواملی است که سبب زوال عنصر قانونی و در نتیجه

۱. مجازات تبعی نیز مانند سایر مجازات‌ها، تابع اصل شخصی بودن است و نمی‌توان آن را در حق سایر بستگان و آشنایان مرتکب اعمال نمود. به همین جهت، ماده ۸۸۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اولاد و اقوام کسانی که به موجب ماده ۸۸۰ ممنوع می‌شوند، محروم از ارث نمی‌باشند. بنابراین اولاد کسی که پدر خود را کشته باشد، از جد مقتول خود ارث می‌برد، اگر وارث نزدیک‌تری باعث حرمان آنان نشود». در واقع، گویا قاتل وجود ندارد و فوت کرده است. در نظریه شماره ۵۵/۹۶/۷ مورخ ۱۳۹۶/۱/۲۰ اداره حقوقی قوه قضاییه آمده است: «در فرض سؤال که در حادثه رانندگی، همسر و تنها فرزند مقصر حادثه فوت نموده است و فوت فرزند پس از فوت همسر بوده است، با عنایت به ماده ۴۵۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مقصر حادثه از دیه همسر و فرزند متوفی ارث نمی‌برد، اما چون دیه همسر به فرزند می‌رسد، مقصر حادثه به اقتضای اصل از آن ارث می‌برد. اما چون قانوناً ممنوع از ارث بردن از دیه فرزند می‌باشد، دیه فرزند به وراثت دیگر می‌رسد و در این حالت که فرزند در طبقه اول، وارث دیگری ندارد، دیه به وراثت طبقه دوم می‌رسد و چون در طبقه دوم، ابویین ابی و امی وی قرار دارند، دیه به نسبت سهم الارث برابر ذیل ماده ۹۲۳ قانون مدنی بین آن‌ها تقسیم می‌شود. بدیهی است سایر اموال فرزند متوفی به مقصر حادثه می‌رسد». در نظریه شماره ۱۶۸۵/۹۵/۷ مورخ ۱۳۹۵/۷/۱۸ اداره حقوقی مذکور نیز آمده است: «در صورتی که مرتکب قتل شبه عمد، مادر مقتول باشد و مادر و پدر و تنها ورثه مقتول باشند، نظر به اینکه بر اساس ماده ۴۵۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، قاتل (مادر) در هر حال از دیه مقتول خود ارث نمی‌برد، طبق ماده ۹۰۶ قانون مدنی، تمام دیه به پدر می‌رسد».

عدم مجازات مرتکب می‌گردد.^۱

تحلیل مجازات تبعی در موارد فوق توجیه‌پذیر نیست. ماده ۸۸۰ قانون مدنی بعد از بیان محرومیت از ارث در قتل عمدی، موارد اباحه قتل را مورد توجه قرار داده و مقرر می‌دارد:

«در صورتی که قتل مورث به حکم قانون یا برای دفاع باشد، مفاد ماده فوق مجری نخواهد بود».

در این ماده، دفاع مشروع و حکم قانون، از مصادیق علل موجهه ذکر شده است. سایر موارد علل موجهه، در ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) ذکر شده است. موارد دیگری نیز وجود دارد که علی‌رغم جرم تلقی شدن رفتار ارتكابی، از مجازات مرتکب به عللی صرف نظر می‌شود؛ مانند قتل در فراس. این موارد از مصادیق معاذیر یا معافیت‌های قانونی است که به تفکیک مورد بحث قرار می‌گیرد.

۱-۱. دفاع مشروع

چنانچه کسی عمداً مورث خود را در مقام دفاع بکشد، از ارث محروم نخواهد شد؛ زیرا در دفاع مشروع، کشتن دیگری جرم و مستوجب مجازات نخواهد بود. در گذشته، بین مقررات جزایی مانند ماده ۶۱ ق.م.ا. (۱۳۷۰) و ماده ۸۸۱ ق.م. هماهنگی وجود داشت. به همین جهت کاتوزیان در این باره می‌نویسد:

«نبايد ماده ۸۸۱ ق.م. (اصلاحی ۱۳۶۱) را ویژه دفاع از نفس پنداشت. منتها لزوم تناسب میان تجاوز و دفاع باعث می‌شود تا قتل متجاوز محدود به مواردی شود که در دید عرف و اخلاق، ارزش قتل دیگران را دارد؛ به عنوان مثال، دفاع از ناموس یا آزادی گاه همپایه قتل و تجاوز به نفس یا شدیدتر از آن است، ولی دفاع از مالی اندک چنین اقتضایی ندارد»^۲ (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۲۳۴).

۱. اضطراب، دفاع مشروع، ارتکاب رفتار به حکم یا اجازه قانون، ارتکاب رفتار برای اجرای قانون اهم، امر آمر قانونی، تأدیب متعارف والدین، اولیای قانونی، سرپرستان صغار و مجانین، عملیات ورزشی و عمل جراحی یا طبی مشروع، از مصادیق علل موجهه محسوب می‌شوند (برای بحث بیشتر در این باره ر.ک: شیری، ۱۳۹۹-۱۴۰۰).

۲. صاحب‌جوهر دفاع از مال را امری جایز دانسته، ولی معتقد است که اگر شخص در مقام دفاع از مال، کسی را بکشد، از ارث محروم نمی‌شود (نجفی، ۱۳۶۳: ۳۶/۳۹).

بدین ترتیب مطابق دیدگاه یادشده، در مواردی که تناسب بین دفاع و قتل وجود ندارد، مجازات تبعی محرومیت از ارث بر قاتل تحمیل می‌شود. ولی تحولات قانونی مربوط به دفاع مشروع برای پذیرش دیدگاه یادشده مستلزم بررسی است.

در بند ۱ ماده ۶۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰) آمده بود: «دفاع با تجاوز و خطر متناسب باشد». این شرط در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) حذف گردید و به جای آن عبارت: «با رعایت مراحل دفاع» ذکر شد. به همین جهت، این ابهام ایجاد شد که آیا قانون‌گذار شرط تناسب بین دفاع و تجاوز را حذف نموده و یا اینکه همان معنا را با عبارت دیگری بیان کرده است. تحول دیگر در تبصره ۲ ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) بدین شرح پیش‌بینی شده است:

«در مورد بند ت، چنانچه نفس دفاع صدق کند، ولی از مراتب آن تجاوز شود، قصاص منتفی است؛ لکن مرتکب به شرح مقرر در قانون، به دیه و مجازات تعزیری محکوم می‌شود».

اکنون این ابهام وجود دارد که چنانچه قتل مؤرث، منطبق بر تبصره مذکور باشد، آیا مجازات تبعی محرومیت از ارث یا بند ۱ ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) بر وی تحمیل خواهد شد؟ پاسخ به این پرسش، مستلزم بررسی دقیق‌تری است. در خصوص مجازات تبعی تعزیری منطبق بر بند ۱ ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، منعی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا در تبصره ۲ ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، امکان تحمیل مجازات تعزیری پذیرفته شده است. در این باره در قانون، دو مجازات تعزیری پیش‌بینی شده است؛ مجازات تعزیری تبعی بر اساس بند ۱ ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) و مجازات تعزیری موضوع ماده ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) که امکان تحمیل هر دو مجازات بر مرتکب وجود دارد. ولی در خصوص محرومیت از ارث در این موارد، قوانین موضوعه ساکت است. می‌توان از وحدت ملاک تبصره ۲ ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، و تجویز تعزیر مرتکب استفاده کرد که این نوع قتل‌ها، از مصادیق قتل‌های نامشروع است. بدیهی است چنانچه قتل مشروع قلمداد شود، امکان تحمیل هیچ نوع مجازات تعزیری از جمله مجازات تبعی یعنی محرومیت از ارث وجود ندارد. فقیهان در بحث محرومیت از ارث، قیدی را با عنوان «ظلمًا» به قتل

اضافه کرده‌اند. محقق حلّی در این باره می‌نویسد:

«فیمنع القاتل من الإرث إذا كان عمداً ظلمًا، ولو كان بحق لا یمنع» (محقق حلّی،

۱۴۰۳: ۷/۴).



بنابراین قتل عمدی که از روی ظلم واقع شده باشد، موجب محرومیت از ارث می‌شود و اگر مرتکب حق کشتن مورث را داشته باشد، از ارث محروم نمی‌شود. لذا به نظر می‌رسد در مواردی که اصل دفاع محرز، ولی مرتکب از مراتب دفاع تجاوز می‌کند، باید از ارث مال و دیه محروم شود.

۲-۱. قتل به حکم قانون

گاهی کشتن دیگری، به حکم قانون اجازه داده می‌شود؛ مثلاً اولیای دم حق قصاص قاتل عمدی یا عفو وی را دارند (مواد ۳۴۷-۳۶۷ ق.م.ا. ۱۳۹۲). چنانچه اولیای دم علی‌رغم امکان عفو، اقدام به قصاص قاتل نمایند، از وی ارث می‌برند؛ زیرا اعمال حق قصاص، از مصادیق قتل ظالمانه و غیر حق نیست و عملی مشروع قلمداد می‌گردد. ماده ۸۸۱ قانون مدنی نیز با عبارت: «به حکم قانون»، آن را مجاز شمرده است. در خصوص امکان قصاص مورث، قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) ساکت است. طبق اطلاق مواد قانونی مربوط در مورد حق قصاص، منعی در این باره وجود ندارد؛ هرچند از نظر فقهی موضوع اختلافی است.^۱

۱. مشهور فقیهان امامیه معتقد به عدم امکان قصاص پدر هستند: «ولو قتل الرجل زوجته، وکان له ولد منها، فهل یثبت حقّ القصاص لولدها؟ المشهور عدم الثبوت وهو الصحیح» (موسوی خویی، بی‌تا: ۷۴/۲). علت نظر مشهور، اطلاق ادله مربوط به حق قصاص است؛ زیرا روایاتی که این حق را تخصیص زده، ناظر به موردی است که پدر یا جد پدری فرزند خود را می‌کشد. در سایر موارد، به اطلاق ادله حق قصاص استناد می‌شود. شهید ثانی بر خلاف دیدگاه مشهور، معتقد به عدم قصاص است و تفسیر متفاوتی از حدیث: «لا یقاد والد بولده» ارائه داده، می‌نویسد: باء در حدیث یادشده به معنای سببیت است؛ یعنی پدر به سبب قتل فرزند قصاص نمی‌شود و این اعم از موردی است که مشهور معتقدند (یعنی قتل فرزند) و موردی که فرزند حق قصاص را به ارث برده و از این طریق می‌خواهد پدر خود را قصاص نماید. در این صورت، اگر از این حق استفاده نماید، سبب قصاص پدر خود شده است (عاملی جبعی، بی‌تا: ۱۵۹/۱۵). نظریه شهید ثانی مورد نقد صاحب جواهر قرار می‌گیرد و تفسیر ایشان را از باء سببیت نمی‌پذیرد و معتقد است که حتی اگر باء به معنای سببیت در نظر گرفته شود، باز شامل مورد متنازع‌فیه نمی‌شود و منظور حدیث این است که پدر در صورت قتل فرزند قصاص نمی‌شود. چون حدیث خلاف اصل است، باید به قدر متیقن اکتفا نمود و آن را محدود به قتل فرزند توسط پدر یا جد پدری دانست و از تسری آن به سایر موارد خودداری کرد (ر.ک: نجفی، ۱۳۶۳: ۱۴۲/۴۲).

در کلیه مواردی که به نوعی مقتول به ناحق کشته نشده است نیز مجازات تبعی محرومیت از ارث بر مرتکب تحمیل نمی‌شود. فرض کنید فردی مأمور نیروی انتظامی است و موژت وی از افراد سارق مسلح و یا قاچاقچی مواد مخدر است که به هنگام درگیری با یکدیگر، مأمور در اجرای وظایف قانونی، اقدام به قتل موژت خویش می‌نماید. در این صورت، قتل مهاجم مسلح به حق تشخیص داده می‌شود و مرتکب مشمول احکام مجازات تبعی و محرومیت از ارث نخواهد شد.^۱ در صورتی که مأمور بر اساس مقررات عمل نماید و تخلفی نکند، مسئولیتی نسبت به جنایت ایجاد شده نخواهد داشت. به همین جهت ماده ۱۲ قانون به کارگیری سلاح توسط مأموران نیروهای مسلح در موارد ضروری مصوب ۱۳۷۳ مقرر می‌دارد:

«مأمورینی که با رعایت مقررات این قانون، مبادرت به بکارگیری سلاح نمایند، از این جهت هیچ گونه مسئولیت جزایی یا مدنی نخواهند داشت».

در همین ارتباط، ماده ۴۷۳ ق.م.ا. (۱۳۹۲) مقرر می‌دارد:

«هر گاه مأموری در اجرای وظایف قانونی، عملی را مطابق مقررات انجام دهد و همان عمل موجب فوت یا صدمه بدنی کسی شود، دیه بر عهده بیت‌المال است».

ولی در صورتی که مأمور مطابق مقررات عمل نکرده و از حدود قانونی تجاوز نماید و عمداً یا غیر عمد موژت خویش را بکشد، حسب مورد قاتل عمد یا شبه عمد محسوب شده و از ارث محروم می‌شود؛ مثلاً در ماده ۴۸۵ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) آمده است:

«هر گاه محکوم به قصاص عضو یا تعزیر یا حد غیر مستوجب سلب حیات در اثر اجرای مجازات کشته شود یا صدمه‌ای بیش از مجازات مورد حکم به او وارد شود، چنانچه قتل یا صدمه، عمدی یا مستند به تقصیر باشد، مجری حکم حسب مورد به

۱. صاحب جواهر جنگ با اهل بغی را مثال می‌زند. در مورد کسی که موژت خود را در نبرد با اهل بغی بکشد، از ارث محروم نمی‌شود؛ زیرا «لأنه قتله بحق» (همان: ۳۶/۳۹). البته به شرطی که مرتکب از اهل حق بوده باشد، وگرنه در نبرد دو گروه مسلح که به ناحق با هم می‌جنگند، هر کس کشته شود، از مصادیق قتل به ناحق است. در یکی از روایت‌های وارده در این باب آمده است: گروهی از مؤمنان با یکدیگر به جنگ پرداختند، در حالی که یکی از آن گروه‌ها اهل بغی و گروه دیگر اهل حق (عادل) بودند. یکی از اهل عراق، پدر، فرزند، برادر و اهل خانواده‌اش را در حالی که اهل بغی بودند، کشت. از امام باقر^{علیه السلام} سؤال شد که آیا از آنان ارث می‌برد؟ حضرت فرمود: «نعم لأنه قتله بحق» (طوسی، ۱۳۶۵: ۳۸۱/۹).

قصاص یا دیه محکوم می‌شود. در غیر این صورت در مورد قصاص و حد، ضمان منتفی است و در تعزیرات، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود».

ولی چنانچه عمد یا تقصیری متوجه مأمور نباشد، ضمان منتفی خواهد بود و از ارث نیز محروم نخواهد شد.

مورد مذکور ناظر به مباشرت است. در موارد تسبیب در قتل نیز همین حکم جاری است؛ مثلاً قاضی بر خلاف حق، مورث خویش را به حد قتل یا قصاص نفس محکوم می‌کند. در این صورت، وی به نحو تسبیب قاتل عمدی محسوب می‌شود و علاوه بر مجازات قصاص، از ارث اموال و دیه مورث خویش محروم می‌شود. در مواردی هم که بر اثر اشتباه قاضی، حکم حد قتل یا قصاص نفس صادر نمود، تسبیباً مشمول قتل شبه عمدی محسوب می‌شود و علاوه بر پرداخت دیه از ارث دیه مورث خویش محروم می‌شود. مثال دیگر آن، امر به شکنجه منجر به فوت است. شکنجه امری نامشروع و برخلاف قانون است. به همین جهت، اصل ۳۸ قانون اساسی آن را به طور مطلق ممنوع کرده و در ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵)، آن را جرم و مرتکب را مسئول دانسته است. در انتهای ماده یادشده آمده است:

«... اگر متهم به واسطه اذیت و آزار فوت کند، مباشر مجازات قاتل و آمر مجازات آمر قتل را خواهد داشت».

در رأی اصراری شماره ۵ مورخ ۱۳۸۵/۶/۲۶ مأمور شکنجه‌دهنده، دادنامه صادره در مورد حکم قصاص مأمور تأیید گردیده است.

قتل فرزند توسط پدر یا جدی پدری از مصادیق قتل به حکم قانون محسوب نمی‌شود. به دلیل روایات وارده، پدر قصاص نمی‌شود، ولی به عنوان مجازات تبعی از ارث محروم می‌شود؛ زیرا کشتن فرزند از مصادیق قتل ظالمانه است. به همین جهت، پدر یا جدی پدری در صورت قتل فرزند تعزیر می‌شود.^۱

۱. در روایتی از امام باقر یا صادق علیهما السلام در این باره آمده است: «لَا يَرِثُ الرَّجُلُ إِذَا قَتَلَ وَكَلْدَةً أَوْ وَالِدَةً وَكَلْبًا يَكُونُ الْمِيرَاثُ لَوَرَثَةِ الْقَاتِلِ» (طوسی، ۱۳۶۵: ۳۷۸/۹؛ حرّ عاملی، ۱۳۸۸: ۳۸۹/۱۷)؛ اگر مردی فرزندش یا مادر وی را بکشد، از او ارث نمی‌برد، ولی میراث به ورثه قاتل می‌رسد. شهید اول در این باره می‌نویسد: «فلا يقتل الوالد وإن علا بانه ويعزّر ويكفر وتجب الدية».

۳-۱. اضطرار

مورد دیگر مربوط به حالت اضطرار است. بر اساس ماده ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، در حالت اضطرار در صورت تحقق شرایط قانونی، رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، قابل مجازات نیست. این مورد شامل مجازات‌های تبعی نیز می‌شود. لذا اگر کسی از روی اضطرار مرتکب قتل مؤرت خویش شود، از او ارث خواهد برد. قوانین موضوعه در این باره ساکت است. اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری، عدم محرومیت از ارث را توجیه می‌نماید.

۴-۱. تأدیب

تأدیب یکی از مصادیق علل موجهه است که در بند ت ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) پیش‌بینی شده است:

«اقدامات والدین و اولیای قانونی و سرپرستان صغار و مجانین که به منظور تأدیب و یا حفاظت آن‌ها انجام می‌شود، مشروط بر اینکه اقدامات مذکور در حدّ متعارف و حدود شرعی تأدیب و محافظت باشد».

منظور از حدّ متعارف و حدود شرعی، عدم آسیب جسمانی به صغار و مجانین است. لذا اگر طفل یا مجنون در صورت تأدیب کشته شوند، تابع احکام عمومی جنایات خواهد بود و حسب مورد، حکم قصاص یا دیه به عنوان مجازات اصلی بر مرتکب تحمیل می‌شود. آیا در موارد یادشده، مجازات تبعی محرومیت از ارث شامل قاتل می‌شود؟ مطابق ماده یادشده، تأدیب به طور مطلق از علل موجهه محسوب نمی‌شود و مشروط به رعایت حدّ متعارف و حدود شرعی تأدیب است. کشتن، خارج از حدّ متعارف و حدّ شرعی است (صدوق، ۱۳۶۳: ۴/۳۲۰-۳۲۱). این گونه قتل‌ها مشروع نیست و ظالمانه محسوب می‌شود؛ لذا مرتکب از ارث اموال و دیه محروم می‌شود. قوانین موضوعه در این باره ساکت است. شیخ صدوق از قول فضل بن شاذان نیشابوری نقل می‌کند که اگر کسی فرزندش را به ضرب غیر مسرف (یعنی متعارف) به قصد تأدیب بزند و فرزندش به سبب این ضرب کشته شود، پدر از فرزندش ارث می‌برد و کفاره هم نباید بدهد؛ زیرا پدر وظیفه تأدیب فرزندش را دارد. ولی چنانچه فرزندش را خارج از

حدّ متعارف بزند و وی بمیرد، از او ارث نمی‌برد و کفارّه هم باید بدهد.^۱

۵-۱. معالجه و درمان

ممکن است پزشک اقدام به معالجه و درمان موّث خویش نماید و او به سبب این درمان فوت کند، در این صورت با توجه به بند ج ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، پزشک قابل مجازات نیست. آیا نامبرده از ارث به عنوان مجازات تبعی محروم خواهد شد؟ به دلیل حاکمیت قاعده احسان و مشروع بودن رفتار ارتكابی، نمی‌توان قتل مذکور را از مصادیق قتل ظالمانه و غیر حق دانست؛ به همین جهت، مرتکب از ارث محروم نخواهد شد. همین حکم درباره سایر اشخاصی که برای معالجه اقدام می‌کنند، نیز صادق خواهد بود. فقیهان امامیه در مورد پدر یا هر کس دیگری که اقدام به معالجه و درمان موّث خویش نماید و متعاقباً وی فوت کند، مرتکب را میرا از مسئولیت دانسته و در نتیجه معتقدند که مرتکب محروم از ارث نیز نخواهد شد (ر.ک: همان: ۳۲۰/۴).

دیوان عالی کشور نیز مواد ۴۹۵ و ۴۹۶ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) را منحصر به پزشک ندانسته است. در قسمتی از رأی صادره آمده است:

«... با عنایت به مواد ۴۹۵ و ۴۹۶ قانون مذکور، چنانچه جراحات موصوف با رعایت مقررات پزشکی و موازین قانونی ایجاد شده باشد، معالجه‌کننده اعم از پزشک یا پرستار و مانند آن نیز مسئولیتی برای پرداخت دیه یا ارش در قبال آن ندارد» (رأی وحدت رویه شماره ۸۰۴ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور).

مبنای رأی صادره، مشروع تلقی شدن رفتار پزشک و سایر افرادی است که به قصد معالجه و درمان اقدامی انجام می‌دهند که نهایتاً منجر به مرگ شخص می‌شود؛ مثلاً فردی بر اثر تصادف، متحمل خونریزی شدید می‌شود. یکی از عابران به قصد درمان وی، اقدام به بستن زخم‌ها و سپس اعزام او به بیمارستان می‌کند، ولی مصدوم به علت شدت جراحات وارده فوت می‌کند. در این صورت، چون کار عابر به قصد کمک انجام پذیرفته است، نمی‌توان او را مسئول قتل دانست.

۱. علامه حلّی نیز همین دیدگاه را مطرح می‌کند و در این باره می‌نویسد: «ولو أنّ رجلاً ضرب ابنه ضرباً غیر مبرح یرید به تأدیه فمات من ذلك الضرب، ورثه الأب ولا تلزمه الکفّارة، لأنّ ذلك للأب وهو مأمور بتأدیب ولده، فإن ضربه ضرباً مسرفاً لم يرثه» (علامه حلّی، ۱۴۱۹: ۶۶/۹).

۶-۱. قتل در فراش

طبق ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵):

«هر گاه مردی همسر خود را در حال زنا با مرد اجنبی مشاهده کند و علم به تمکین زن داشته باشد، می‌تواند در همان حال آنان را به قتل برساند و در صورتی که زن مکره باشد، فقط مرد را می‌تواند به قتل برساند...».

قتل در فراش از مصادیق قتل عمدی است. هرچند در صورت ارتکاب قتل، مرتکب مجازات نمی‌شود، ولی این موضوع به معنای مشروعیت کشتن نیست؛ بلکه امری نامشروع توسط شوهر واقع شده که قانون‌گذار بر اساس موازین فقهی، از مجازات قصاص وی صرف‌نظر کرده است.^۱ به همین جهت، مرتکب از ارث موثر خویش محروم می‌شود:

«کسی که زوجه خود را با مرد اجنبی ببیند و آن‌ها را بکشد، از آنان ارث نمی‌برد؛ زیرا قتل مزبور قتل عمد است و مانند دفاع و قتل به حکم قانون مورد استثنا قرار نگرفته است» (امامی، ۱۳۷۵: ۲۰۳/۳).

۷-۱. قتل ناشی از عملیات ورزشی

طبق بند ۱ ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، در عملیات ورزشی و حوادث ناشی از آن، مرتکب مجازات نخواهد شد؛ مشروط بر اینکه سبب حوادث، نقض مقررات مربوط به آن ورزش نباشد و این مقررات هم مغایر موازین شرعی نباشد. عدم مسئولیت کیفری مرتکب، محدود به مجازات تعزیری است و حق دریافت دیه برای اولیای دم محفوظ است. به عبارت دیگر، مرتکب به طور مطلق از همه مسئولیت‌ها مبرا نمی‌باشد. هرچند رفتار ارتكابی در صورت رعایت شرایط مقرر قانونی قابل مجازات نمی‌باشد، ولی این گونه قتل‌ها مشروع تلقی نمی‌شود.

در یک پرونده واقعی مربوط به مسابقه فوتبال، یکی از بازیکنان اقدام به زدن شوت می‌کند و در نتیجه توپ به دست بازیکن حریف اصابت نموده و موجب آسیب به وی

۱. مرتکب مذکور، طبق ماده ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) قابل تعزیر است. اطلاق تبصره ۱ ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) نیز مؤید همین دیدگاه است.

می‌شود. دادگاه بدوی با استناد به بند ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، حوادث ناشی از عملیات ورزشی را قابل مجازات ندانسته، ولی مرتکب را به پرداخت دیه محکوم می‌نماید (دادنامه شماره ۶۰۷۶۷ مورخ ۱۳۹۲/۷/۲۰، شعبه...). به دنبال اعتراض محکوم علیه، شعبه ۳۷ دیوان عالی کشور در این باره، بدین شرح اعلام نظر می‌کند:

«... ماده ۱۵۸ (بند ۱) قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در مقام توجیه عمل و زائل دانستن وصف مجرمانه بودن، وضع شده و منظور از اینکه قابل مجازات نمی‌باشد، ناظر به مجازات‌های تعزیری است که در بخش کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) پیش‌بینی گردیده و نافی حق خصوصی افراد و سلب مسئولیت مدنی مرتکب که از حیث سببیت با رابطه مستقیم به عهده مرتکب گذاشته می‌شود، نخواهد شد...» (دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۲۵۲۰۳۳۶۷ مورخ ۱۳۹۳/۸/۲۰، شعبه ۳۷ دیوان عالی کشور).

ولی بر خلاف دیدگاه یادشده، برخی دادگاه‌ها با صدور حکم برائت یا قرار موقوفی تعقیب، تقاضای اولیای دم یا مجنی علیه مبنی بر مطالبه دیه را رد کرده‌اند:

«... دادگاه از توجه به موضوع شکایت که ایراد صدمه حین عملیات ورزشی بوده و نقض مقررات نیز از سوی طرفین و متهم صورت نگرفته و با توجه به تأیید اظهارات مربی ورزشی حاضر در محل و مستنداً به ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، قرار موقوفی تعقیب صادر و اعلام می‌گردد» (دادنامه شماره ۱۹۴۰ مورخ ۱۳۹۲/۹/۲۱، شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی جزایی شهرستان قرچک).^۱

۲. محرومیت از ارث در قتل‌های غیر عمدی

آیا در قتل‌های غیر عمدی (شبه عمد و خطای محض)، محرومیت از ارث به عنوان مجازات تبعی قابل اعمال است؟ این موضوع از دیرباز مورد اختلاف فقها بوده است. در این بند، ابتدا نظریه‌های مختلف مورد بحث قرار می‌گیرد و سپس به ارتباط محرومیت از ارث در قتل غیر عمدی و عوامل رافع مسئولیت کیفری خواهیم پرداخت.

۱. دادنامه صادره به موجب دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۸۰۳۳۴ مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۹ شعبه ۴۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران ابرام گردیده و نهایتاً موقوفی تعقیب به منع تعقیب، به دلیل جرم نبودن عمل ارتكابی اصلاح گردیده است. در دادنامه مشابه دیگری به شماره ۱۶۷۸ مورخ ۱۳۷۷/۹/۲۲ شعبه ۱۰۲ دادگاه عمومی تهران، همین دیدگاه ترجیح داده شده و متهم تبرئه گردیده است.

۱-۲. نظریه‌ها

سه نظریه کلی در این باره مطرح است؛ منع، جواز، و نظریه‌ای که محرومیت از ارث دیه را می‌پذیرد، ولی شامل اموال نمی‌داند.

۱-۱-۲. نظریه عدم محرومیت از ارث

مشهور فقیهان امامیه معتقدند که در قتل‌های خطایی (اعم از شبه عمد و خطای محض)، محرومیت از ارث ایجاد نمی‌شود. محقق حلی در این باره می‌نویسد:

«ولو كان القتل خطأ، ورث علی الأشهر»^۱ (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۷/۴)؛ اشهر بین اقوال فقیهان این است که در قتل‌های خطایی، [قاتل] ارث نمی‌برد.

فقیهان در این زمینه به بعضی از روایات استناد می‌کنند که منع از ارث را به قتل عمدی محدود می‌کند. صاحب‌جوهر به اطلاق ادله ارث اعم از کتاب و سنت استناد می‌کند که اصل بر توارث است و موارد مانعیت برای ارث، استثنایی بر قاعده است که باید آن را محدود به موارد قتل عمدی دانست. محقق این نظر را اشبه (به لحاظ دلایل و قواعد) می‌داند.

۲-۱-۲. نظریه محرومیت از ارث دیه و اموال

گروهی از فقیهان، منع از ارث دیه و اموال را شامل کلیه قتل‌های خطایی اعم از شبه عمد و خطای محض می‌دانند (نجفی، ۱۳۶۳: ۳۷-۳۶/۳۹). برخی نیز بین قتل شبه عمد و خطای محض تمایز قائل شده، معتقدند که در قتل عمد و شبه عمد، محرومیت از ارث ایجاد می‌شود. شهید اول این نظر را به ابن ابی‌عقیل نسبت می‌دهد و از قول وی می‌نویسد:

«یمنع قتل الخطأ الإرث مطلقاً، لئلا يتوصل مدعی الخطأ إلى استعجال الإرث بالقتل»^۲ (عاملی جزینی، بی‌تا: ۲۸۰-۲۸۱)؛ قتلی خطایی از ارث‌بری به طور مطلق [خواه از دیه و خواه از اموال] جلوگیری می‌کند؛ به جهت آنکه مدعی قتل خطایی برای شتافتن به سوی ارث به قتل توسل نجوید.

۱. فقیهان در این خصوص به روایت عبدالله بن سنان از امام صادق علیه السلام استناد می‌کنند: «سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ قَتَلَ أُمَّهُ أَيْرِثُهَا؟ قَالَ: إِنْ كَانَ خَطَأً وَرِثَهَا، وَإِنْ كَانَ عَمْدًا لَمْ يَرِثَهَا» (حرّ عاملی، ۱۳۸۸: ۳۹۲/۱۷).

۲. علامه حلی این نظر را به ابن ابی‌عقیل نسبت می‌دهد (علامه حلی، ۱۴۱۹: ۶۷/۹).

۲-۱-۳. محرومیت از ارث دیه

در مقابل قول اشهر،^۱ بر اساس نظریه‌ای دیگر بین ارث اموال و دیه تفکیک می‌شود و قاتل خطایی (اعم از شبه عمد و خطای محض) از ارث دیه محروم می‌شود، ولی از اموال ارث می‌برد. در روایتی از امام صادق علیه السلام آمده است:

«لَا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِوَلَدِهِ إِذَا قَتَلَهُ وَيُقْتَلُ الْوَلَدُ بِوَالِدِهِ إِذَا قَتَلَ وَالِدَهُ وَلَا يَرِثُ الرَّجُلُ أَبَاهُ إِذَا قَتَلَهُ وَإِنْ كَانَ خَطَاً».

مطابق این روایت، قتل‌های خطایی نیز مانع ارث است و با روایات دیگر، که این گونه قتل‌ها را مانع ارث نمی‌داند، معارض است.^۲ روایت دیگری هم از امام صادق علیه السلام نقل شده است که فرمود: «لَا يَرِثُ الرَّجُلُ أَبَاهُ إِذَا قَتَلَهُ وَإِنْ كَانَ خَطَاً» (حرّ عاملی، ۱۳۸۸: ۳۵/۲۶). شیخ طوسی در خصوص جمع روایات مذکور و رفع تعارض، بین ارث اموال و دیه تفکیک نموده و روایات را به منع از ارث دیه محدود نموده است.^۳ علامه حلّی روایت مذکور را شاذ دانسته که فقیهان به آن عمل نکرده‌اند (علامه حلّی، ۱۴۱۹: ۶۴/۹). لذا معتقد است که در قتل‌های خطایی (شبه عمد و خطای محض)، قاتل از ارث مال و دیه محروم نمی‌شود.

شیخ مفید معتقد است که در قتل‌های خطایی، قاتل از ارث اموال محروم نمی‌شود، ولی از دیه ارث نمی‌برد.^۴ ماده ۴۵۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) از این نظریه تبعیت

۱. «صاحب جواهر و مانند ایشان وقتی می‌خواهند چیزی را تقویت کنند، می‌گویند: "أشهر بل المشهور"، از أشهر به مشهور ترقی می‌کنند؛ چون مشهور بالاتر از أشهر است. أشهر این است، «بل المشهور» یعنی آن قول مقابل شهرتی ندارد، آن قول مقابل نادر است» (جوادی آملی، ۱۳۹۹/۱۰/۱۵).

۲. شیخ طوسی درباره این روایت می‌نویسد: «هذا خبر مرسل مقطوع الإسناد، ومع ذلك يحتمل أن يكون الوجه فيه... أنه لا يرث القاتل خطأ من ديته و يرثه ممّا عدا الدية، والمتعمّد لا يرثه شيئاً، لا من الدية ولا من غيرها» (طوسی، ۱۳۶۵: ۳۸۰/۹). بررسی راویان حدیث نشان می‌دهد که روایت مرسله است؛ زیرا در روایت آمده: «مُعَلَّى بن مُحَمَّد عن بعض أصحابه» و نام این اصحاب را ذکر نکرده است. از طرف دیگر مقطوع‌السند است؛ زیرا فضیل بن یسار با امام صادق علیه السلام فاصله دارد.

۳. شیخ طوسی در این باره می‌نویسد: «... وإن كان خطأ فإنه لا يرث من ديته و يرث ممّا سواها» (همو، ۱۴۰۷: ۲۸/۴) و همین دیدگاه را در کتاب مبسوط نیز پذیرفته است (همو، ۱۳۹۳: ۷۹/۴).

۴. محقق در شرایع، نظریه شیخ مفید را «حسن» توصیف می‌کند و صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۶۳: ۳۷/۳۹) در شرح عبارات ایشان این نظریه را قوی دانسته و بسیاری از علمای تراز اول از جمله شهید اول، علامه حلّی، شیخ طوسی و دیگران را مدافع این نظر معرفی می‌کند.

نموده است:

«در صورتی که قاتل از ورثه مقتول باشد، چنانچه قتل عمدی باشد، از اموال و دیه مقتول و در صورتی که خطای محض یا شبه عمدی باشد، از دیه وی ارث نمی‌برد. در موارد فقدان وارث دیگر، مقام رهبری وارث است».

علت عدم محرومیت قاتل غیر عمدی (اعم از شبه عمد و خطای محض) از ارث اموال این است که این گونه قتل‌ها به تعبیر سید مرتضی معذور و غیر مذموم تلقی نمی‌شود؛ به همین جهت، سزاوار مجازات محرومیت از ارث اموال نمی‌باشد.^۱ در موارد قتل‌های غیر عمدی، میزان تقصیر مرتکب در قتل، تأثیری در موضوع ندارد و به هر میزان که تقصیر وی احراز شود، موجب محرومیت وی از ارث خواهد شد.^۲

عده‌ای از اساتید با استناد به ماده ۸۸۰ قانون مدنی معتقدند که محرومیت از ارث، محدود به قتل عمدی است و شامل قتل‌های غیر عمدی نمی‌شود:

«در صورتی که قتل غیر عمد باشد؛ مانند آنکه پسر برای پاک کردن تفنگی که تصور می‌نموده، خالی است، آن را در دست بگیرد و دست او به ماشه آن بخورد و تفنگ در برود و پدرش هدف گلوله قرار گیرد و کشته شود و یا آنکه پدری پسر خود را به قصد تأدیب بزند و در اثر ضربه، پسر بمیرد. همچنین است شخصی که در خواب، سبب قتل دیگری شود؛ چنان که مادر در حال شیر دادن کودک خود خوابش ببرد و کودک خفه شود، در این صورت مادر از کودک خود ارث می‌برد» (امامی، ۱۳۷۵: ۳/۲۰۰-۲۰۱).

ماده ۸۸۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ نیز بر همین اساس مقرر می‌داشت:

«در صورتی که قتل مؤثر غیر عمدی یا به حکم قانون یا برای دفاع باشد، مفاد ماده فوق مجری نخواهد بود».

۱. سید مرتضی این دیدگاه را مختص امامیه دانسته و به اجماع و ظاهر آیات ارث استناد کرده است (شریف مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۳۰۷-۳۰۸).

۲. در نظریه شماره ۷/۹۹/۱۸۹۶ مورخ ۷/۲۴/۱۳۹۹ اداره حقوقی قوه قضاییه در همین ارتباط آمده است: «طبق ماده ۴۵۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در قتل از نوع خطای محض یا شبه عمدی، چنانچه قاتل از ورثه مقتول باشد، از دیه وی ارث نمی‌برد و کل دیه متوفی به دیگر ورثه غیر از وارث مقصر می‌رسد و میزان درصد تقصیر وراثت، تأثیری در قضیه ندارد. بنابراین در فرض سؤال نیز وراثت مقصر از دیه‌ای که سایر مقصرین پرداخت می‌کنند، ارث نمی‌برند».

ماده یادشده در تاریخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ بدین شرح اصلاح شد:

«در صورتی که قتل عمدی موّرث به حکم قانون یا برای دفاع باشد، مفاد ماده فوق مجری نخواهد بود».

عبارت غیر عمدی در اصلاح ماده ۸۸۱ حذف شد. این حذف دلالت بر گرایش قانون‌گذار به اعمال قواعد منع از ارتث در قتل غیر عمدی داشت؛ هرچند صراحتاً بر این موضوع دلالت نداشت. ولی متعاقباً ماده ۴۵۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) چنین برداشتی را تأیید نمود.

۲-۲. محرومیت از ارتث در صورت تحقق عوامل رافع مسئولیت کیفری

منظور از عوامل رافع مسئولیت کیفری، مواردی است که بر عنصر معنوی اثر گذاشته و موجب زوال آن می‌شود؛ مانند مستی، صغر سن، جنون، اکراه، جهل و اشتباه که مؤثر بر عنصر معنوی و مسئولیت کیفری است. چنانچه در فردی یکی از عوامل فوق وجود داشته و مرتکب قتل شود، عمل ارتکابی مشمول احکام قتل عمدی از نظر قصاص یا مجازات تعزیری نخواهد شد. در ادامه، اهمّ موارد مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲-۲. ارتکاب قتل توسط صغیر و مجنون

طبق بند ب ماده ۲۹۲ ق.م.ا. (۱۳۹۲) جنایت‌های ارتکاب یافته توسط صغیر و مجنون، خطای محض محسوب می‌شود و پرداخت دیه بر عهده عاقله آنان خواهد بود.

آیا در موارد فوق، مرتکب قتل از ارتث نیز محروم نخواهد شد؟

اطلاق ماده ۴۵۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) شامل حال صغیر و مجنون نیز می‌شود؛ زیرا مقرر داشته است:

«در صورتی که قاتل از ورثه مقتول باشد... در صورتی که خطای محض یا شبه عمدی باشد، از دیه وی ارتث نمی‌برد...».

عبارات یادشده براساس نظر گروهی از فقیهان تنظیم یافته که معتقدند در قتل‌های غیر عمدی (اعم از خطای محض و شبه عمد)، مجنون یا صغیر از اموال مقتول ارتث

می‌برد، ولی از دیه ارث نمی‌برد.^۱ صاحب جواهر در این باره می‌نویسد:

«وعمد الصبیّ والمجنون بحکم الخطأ، فیرثان ممّا عدا الدیة» (نجفی، ۱۳۶۳: ۴۰/۳۹).

ایشان در نظریه یادشده بین ارث اموال و دیه تفکیک قائل شده و در دیه، محرومیت از ارث را در مورد جنایات صغیر و مجنون پذیرفته است. ولی محقق حلی در این باره معتقد است:

«ولو كان القتل خطأ ورث علی الأشهر» (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۷/۴).

طبق دیدگاه فقیهان یادشده، تفاوتی بین قتل شبه عمد و خطای محض دیده نمی‌شود. ولی در این باره معتقد است که در شبه عمدی محرومیت از ارث دیه ایجاد می‌شود، ولی در خطای محض محرومیت از دیه و اموال وجود ندارد.

تفاوتی بین صغیر ممیز و غیر ممیز در قوانین موضوعه دیده نمی‌شود. ولی برخی از حقوق دانان معتقدند که صغیر غیر ممیز از ارث محروم نمی‌شود، ولی صغیر ممیز محروم می‌شود^۲ (امامی، ۱۳۷۵: ۲۰۲/۳). اطلاق ماده ۴۵۱ ق.م.ا. (۱۳۹۲) شامل صغیر ممیز و غیر ممیز می‌شود.

۲-۲-۲. قتل در حال خواب و بیهوشی

طبق بند الف ماده ۲۹۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، قتل در حال خواب، بیهوشی و مانند آن‌ها، از مصادیق قتل خطای محض محسوب می‌شود. در این صورت، طبق ماده ۴۵۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، مرتکب از دیه محروم می‌شود؛ ولی از سایر اموال ارث می‌برد. ولی چنانچه مرتکب آگاه و متوجه باشد که اقدام او نوعاً موجب جنایت بر دیگری می‌گردد، جنایت وی طبق تبصره ماده یادشده عمدی محسوب و در نتیجه از ارث دیه و اموال محروم می‌گردد.

۱. بر اساس دیدگاه یادشده، در نظریه ۱۶۱۶/۷ مورخ ۱۳۷۳/۶/۵، اداره حقوقی قوه قضاییه آمده است: «اگر دیوانه‌ای همسر خود را بکشد، چون عمل او قتل خطایی محسوب می‌شود، نه قتل عمد، طبق فتوای مشهور از مآثرک ارث می‌برد، ولی از دیه‌ای که عاقله پرداخت می‌کند، ارث نمی‌برد».

۲. برای آگاهی از نظرات فقهای اهل سنت در این خصوص ر.ک: طاهرزاده، ۱۳۸۶: ۱۴۲-۱۴۳.

۲-۳. قتل ناشی از اشتباه

ممکن است به علت جهل و اشتباه، کسی مرتکب قتل مورث خود شود؛ مثلاً به قصد شکار تیراندازی کند و اشتبهاً به مورثش اصابت کند و موجب فوتش گردد. این قتل طبق ماده ۲۹۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، از مصادیق قتل خطای محض محسوب می‌شود. طبق تبصره ماده یادشده، چنانچه قتل‌های مذکور عمدی محسوب شود، مرتکب از ارث دیه و مال محروم می‌شود. ولی چنانچه مرتکب آگاهی و توجه نداشته باشد که انسان بی‌گناهی کشته می‌شود، قتل خطای محض است و طبق ماده ۴۵۱ ق.ا.م.ا. (۱۳۹۲)، مرتکب فقط از ارث دیه محروم می‌شود.

قتل به اعتقاد مهدورالدم نیز از مصادیق اشتباه موضوعی است.^۱ طبق ماده ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، اگر مرتکب اثبات نماید که با اعتقاد به مهدورالدم بودن مجنی علیه، وی را کشته است، قصاص نمی‌شود؛ ولی باید دیه بپردازد و طبق ماده ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) تعزیر می‌شود. قتل مذکور، قتل ظالمانه و غیر حق است، چون مجنی علیه مستحق مرگ نبوده است؛ بنابراین مرتکب با توجه به بند ب ماده ۲۹۱ و ۴۵۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) از دریافت دیه محروم می‌گردد.^۲

۲-۴. قتل ناشی از اکراه

بر اساس نظریه مشهور فقیهان امامیه و ماده ۳۷۵ ق.ا.م.ا. (۱۳۹۲):

«اکراه در قتل مجوز قتل نیست و مرتکب قصاص می‌شود و اکراه‌کننده به حبس ابد محکوم می‌شود».

بدین ترتیب این قتل، نامشروع و بر خلاف حق تلقی می‌شود. لذا قاتل از ارث

۱. در رأی اصراری شماره ۱۰ مورخ ۱۳۷۵/۴/۲۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، قتل به اعتقاد مهدورالدم را از مصادیق شبهه موضوعیه یعنی اشتباه موضوعی عنوان نموده است. بند ب ماده ۲۹۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) این دیدگاه را تأیید نموده است.

۲. این نوع قتل، در واقع از مصادیق قتل عمدی محسوب می‌شود؛ به همین جهت مرتکب باید از ارث اموال نیز محروم گردد. ولی بند ب ماده ۲۹۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، این نوع جنایت را شبه عمدی محسوب نموده است. به همین جهت فقط از دیه ارث نمی‌برد و از اموال ارث می‌برد. این نظریه با تفسیر مضیق قوانین کیفری سازگارتر است؛ هرچند عدالت اقتضا می‌کند که چون از مصادیق قتل ظالمانه محسوب می‌شود، مرتکب از ارث اموال نیز محروم شود.

محروم می‌شود. در صورتی که شخص اکراه‌شونده اقدام به قتل اکراه‌کننده نماید، قتل مشروع و مجاز تلقی می‌شود. ماده ۳۸۰ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) در این باره مقرر می‌دارد:

«اگر شخصی برای دفاع و رهایی از اکراه با رعایت شرایط مقرر در دفاع مشروع، مرتکب قتل اکراه‌کننده شود یا آسیبی به او وارد کند، قصاص، دیه و تعزیر ندارد».

بدیهی است چنین شخصی به دلیل مشروعیت فعل ارتكابی از دیه محروم نمی‌شود.

۲-۳. تحلیل رویه قضایی درباره محرومیت از ارث در قتل‌های غیر عمدی

رویه قضایی در خصوص محرومیت از ارث در قتل‌های غیر عمدی، دچار تشتت آراء در تصادفات رانندگی شده است. محدود نمودن منع از ارث به قتل عمدی، در آرای از دادگاه‌ها و در تأیید این دیدگاه صادر شده است. این آراء مرتبط با قتل‌های غیر عمد ناشی از تصادفات رانندگی است. عقد بیمه بین بیمه‌گر و بیمه‌گزار و تعهدات شرکت‌های بیمه مبنی بر پرداخت خسارت، صرف‌نظر از تقصیر یا عدم تقصیر بیمه‌گذار، موجب گردیده که برخی از دادگاه‌ها پرداخت دیه به راننده مقصر را مانع از دریافت دیه سرنشینان ندانند. در یک پرونده، راننده مقصر سبب مرگ همسر و فرزند خویش می‌شود، در حالی که تنها وارث آنان است. دادگاه رسیدگی‌کننده با استناد به ماده ۸۸۰ قانون مدنی و قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری (تبصره ۶ ماده ۱ قانون مذکور مصوب ۱۳۸۷؛ یا بند ۱ ماده ۱ قانون مذکور مصوب ۱۳۹۵)، شرکت بیمه را محکوم به پرداخت دیه در حق راننده مقصر می‌نماید (دادنامه شماره ۱۰۶۱ مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۹، شعبه ۲۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران).

ولی دادگاه تجدیدنظر، استدلال‌های مذکور را نمی‌پذیرد و حکم صادره را بدین شرح

نقض می‌نماید:

«... با عنایت به اینکه بر اساس قرارداد منعقد فیما بین شرکت بیمه به قائم‌مقامی آقای ح. الف. عهده‌دار پرداخت خسارت یا دیه به شخص ثالث می‌باشد، قائل شدن به تفسیر این قرارداد به اینکه ایشان به عنوان وارث مقتولین شخص ثالث است و مقصر بودن وی مانع از دریافت دیه به عنوان شخص ثالث نمی‌شود، خلاف روح قرارداد است و از طرف دیگر با توجه به ماده ۴۵۱ از قانون مجازات اسلامی، در چنین

مواردی وقتی قاتل تنها وارث است، حق مطالبه دیه را نخواهد داشت...» (دادنامه شماره ۱-۵-۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۴۰۱ مورخ ۱۳۹۳/۷/۲۹، شعبه ۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

در رأی صادره، ماده ۴۵۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) مبنای صدور رأی قرار گرفته و آن را به تصادفات رانندگی و تعهدات شرکت‌های بیمه هم تسری داده است؛ در حالی که در پرونده‌های مشابه، تعهد شرکت بیمه به پرداخت دیه صرف‌نظر از تقصیر راننده پذیرفته شده است:

«اولاً به موجب ماده ۸۸۰ قانون مدنی صرفاً قتل عمد مورث توسط وارث از موانع ارث دانسته شده و نمی‌توان دامنه استثناء یادشده را به قتل عمد و غیره تسری داد و با فرض وجود صراحت قانونی به موجب ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، موجبی برای مراجعه به فتاوا و اقوال فقهای عظام وجود ندارد. فلذا ارتکاب قتل غیر عمدی همسر تجدیدنظرخواه به جهت بی‌احتیاطی در امر رانندگی از جانب ایشان، مانع استیفای حقوقی که به موجب قرارداد بیمه مصون از تعرض باقی مانده برای نامبرده متصور است، نمی‌باشد. ثانیاً... منظور از تبصره یادشده این است که راننده مقصر حادثه نمی‌تواند به استناد قرارداد بیمه، خسارات وارده ناشی از صدمات به خود را مطالبه نماید و در مانحن‌فیه دلیلی که حکایت از پرداخت سهم‌الارث تجدیدنظرخواه داشته باشد، ارائه نشده و بر فرض پرداخت آن به دیگران، موجب برائت ذمه بیمه‌گر در مقابل تجدیدنظرخواه نمی‌باشد. بر همین اساس به نظر دادگاه، تجدیدنظرخواهی به عمل آمده موجه تشخیص مستنداً به بند د ماده ۳۴۸ و ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته مستنداً به ماده ۵ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری فوق‌الاشاره، تجدیدنظرخوانده را به پرداخت سهم‌الارث تجدیدنظرخواه از دیه مقدر مربوط به همسر متوفیه ایشان و پرداخت خسارت دادرسی مربوط محکوم نموده اعلام می‌دارد»^۱.

قضات صادرکننده رأی، استنباط دیگری از تبصره ۶ ماده ۱ قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل اشخاص ثالث مصوب ۱۳۸۷ (بند ث ماده ۱ قانون ۱۳۹۵) ارائه می‌نمایند و آن این است که راننده مقصر، فقط

۱. دادنامه شماره ۱۰۴۳۵-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۴ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۸، شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مندرج در کتاب: مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) سال ۱۳۹۲، ۱۳۹۶: ۲۰۱-۲۰۰.

در مورد خسارات وارده به خودش حقی ندارد. ولی از جهات دیگر، از جهات دیه مورثان خود منعی وجود ندارد. برخی دیگر از آراء شعب دیوان عالی کشور در تعارض با آراء دیگر شعب، معتقدند که امکان پرداخت دیه به راننده مقصر وجود دارد.^۱

فردی به علت بی احتیاطی در رانندگی، مرتکب قتل غیر عمدی همسرش می‌شود. شرکت بیمه سهم دیه بقیه وراثت زوجه را پرداخت می‌نماید، ولی از پرداخت سهم دیه زوجه به علت تقصیر وی در وقوع قتل استنکاف می‌نماید. متعاقب شکایت راننده علیه شرکت بیمه مبنی بر مطالبه دیه همسرش، دادگاه با استناد به تبصره ۶ ماده ۱ قانون بیمه اجباری خسارت وارده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه (۱۳۸۷)،^۲ شکایت وی را وارد ندانسته، اعلام می‌دارد با توجه به اینکه خواهان مسبب حادثه بوده است، از پرداخت دیه محروم می‌باشد و مستحق دریافت نصف دیه (سهم زوج) نمی‌باشد؛ زیرا زیان‌رساننده نمی‌تواند دریافت‌کننده خسارت باشد (دادنامه شماره ۱۲۳۴ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۳۰، شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی تهران).

بدیهی است چنانچه دادگاه معتقد به عدم استحقاق راننده مقصر در دریافت سهم خویش از دیه باشد، باید سهم وی بین بقیه وراثت تقسیم گردد، نه اینکه به هیچ کس پرداخت نگردد. ضمن اینکه دادگاه رسیدگی کننده، به ماده ۴۵۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) نیز توجه نکرده است. دادگاه تجدیدنظر، استدلال شعبه بدوی را در خصوص عدم استحقاق دریافت دیه تأیید می‌نماید، ولی سهم وی را داخل در ترکه و متعلق به حق بقیه وراثت اعلام می‌دارد. در دادنامه صادره آمده است:

«... مرحومه س.ص. که همسر تجدیدنظرخواه ردیف اول بوده است، در حادثه رانندگی فوت نموده است. راننده مقصر [فوت] مشارالیه بوده و شرکت بیمه با این استدلال که مطابق تبصره ۶ ماده ۱ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری، چون مقصر و مسبب حادثه بوده، زیان‌رساننده نمی‌تواند دریافت‌کننده خسارت باشد. نسبت به

۱. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۷۸۰۰۷۲۱ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۷، شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور، مندرج در کتاب: مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور (حقوقی) اسفند ماه ۱۳۹۲، ۱۳۹۵: ۶۹۱.

۲. مفاد بند یادشده در قانون اصلاحی مصوب ۱۳۹۵/۲/۲۰ بدین شرح تکرار شده است: «شخص ثالث هر شخصی است که به سبب حوادث موضوع این ماده، دچار خسارت بدنی یا مالی شود، به استثنای راننده مسبب حادثه».

پرداخت نصف دیه کامل به والدین متوفی اقدام و مقصر که پنجاه درصد از سهم بیمه به ایشان تعلق می‌گیرد را نپرداخته است. این دادگاه استدلال مذکور را مطابق قانون یادشده موجه تشخیص، و به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ضمن نقض دادخواست تجدیدنظرخواهی در خصوص آقای م. ر. ح.، دادنامه تجدیدنظرخواسته در این خصوص تأیید می‌گردد. تجدیدنظرخواهی والدین متوفی نسبت به صدور حکم بطلان وارد است؛ زیرا در مانحن‌فیه مقدار دیه‌ای که به وارث متوفی تعلق می‌گیرد، دیه کامل بوده که همسر متوفی از آن سهمی نمی‌برد و تمام مبالغ متعلقه دیه در بین سایر وراثت تقسیم می‌گردد، نه اینکه دیه وی تنصیف گردد. فلذا به استناد تنقیح مناط از اعتبار مواد ۹۰۵، ۹۰۶ و ۹۱۳ قانون مدنی و ماده ۳۵۸ قانون صدرالذکر ضمن نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته در این خصوص، حکم به پرداخت (مابقی) نصف کامل دیه در حق ابویین متوفی آقای م. ص. و خانم ع. ک از طرف شرکت بیمه صادر و اعلام می‌گردد...» (دادنامه شماره ۱۰۳۷/۲۲۱۶۰۲۲۱۶۰۹۹۷۰۹۳ مورخ ۱۳۹۳/۸/۲۷، شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

مطابق رأی یادشده، در قتل‌های غیر عمدی نیز مرتکب از دریافت دیه محروم می‌گردد و سهم وی بین سایر وراثت تقسیم می‌شود؛ دیدگاهی که مطابق با ماده ۴۵۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) می‌باشد.

۳. محرومیت از ارث در غیر از قتل مورث

غیر از قتل مورث، مواردی وجود دارد که شخص ممکن است به قصد رسیدن به اموال کسی از طریق ارث، در قتل مداخله نماید؛ مانند قتل حاجب و موصی که با کشته شدن آن‌ها، امکان دسترسی قاتل به اموالی از طریق ارث فراهم می‌شود. در حالی که با وجود آن‌ها، وی ارث نخواهد برد. یا معاون در قتل که شخصاً مرتکب قتل نمی‌شود، ولی در تحقق قتل معاونت می‌نماید. این موارد به تفکیک مورد بحث قرار می‌گیرد.

۳-۱. قتل حاجب

حاجب به کسی گفته می‌شود که اگر زنده باشد، از شخصی ارث می‌برد و در صورت فوت او، ارث به شخص دیگری می‌رسد؛ مثلاً با بودن پدر، فرزند وی از جد پدری خویش ارث نمی‌برد. در صورتی که پدر خود را عمداً بکشد، از وی ارث نمی‌برد؛

ولی آیا از جد پدری خویش بعد از فوت وی ارث می‌برد؟ چون پدر حاجب ارث بردن پسر از جد پدری است، آیا تفاوتی در حاجب کل یا بعض ارث^۱ وجود دارد؟ قوانین موضوعه در این باره ساکت است. دو دیدگاه در این ارتباط مطرح شده است: دیدگاه اول معتقد است که اطلاق ادله منع قاتل از ارث، شامل قتل حاجب هم می‌شود. کاتوزیان معتقد است از ماده ۸۸۰ قانون مدنی نمی‌توان استنباط نمود که محدود به قتل مورث است؛ بنابراین منعی برای اعمال آن در مورد حاجب نیز وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۱۱۴). این دیدگاه با قاعده تفسیر مضیق قوانین کیفری سازگار نیست؛ ولی با توجه به تأثیر آن در پیشگیری از وقوع قتل قابل قبول به نظر می‌رسد.

ولی امامی معتقد است که هر گاه جنین به عنوان حاجب به قتل برسد تا قاتل بتواند از مورث جنین ارث ببرد، نمی‌توان قاتل به ممنوعیت ارث شد (امامی، ۱۳۷۵: ۲۰۱/۳). مبنای دیدگاه یادشده، اصل بر ارث بردن است. موارد استثنایی محرومیت از ارث نیازمند تصریح است.

۲-۳. قتل موصی

چنانچه موصی له (کسی که به نفع او وصیت شده است)، اقدام به قتل موصی نماید، آیا از وصیت محروم می‌شود؟ یا اگر شخصی، دیگری را مجروح نماید و مجنی علیه قبل از فوت با علم به اینکه شخص قصد قتل او را داشته، با این حال به نفع او وصیت کند، آیا این وصیت صحیح است؟ به عبارت دیگر، آیا چنین قاتلی از وصیت بهره‌مند می‌شود؟ قوانین و رویه قضایی ایران در این خصوص ساکت است. طبق قواعد عمومی مربوط به وصیت و اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری، منعی در این باره وجود ندارد. از طرف دیگر، قانون برای صیانت از جان و مال انسان‌ها، باید راه‌های احتمالی

۱. «مثال قتل حاجب از تمام ارث مانند آنکه کسی پدر خود را بکشد تا جدش که می‌میرد از ترکه او بهره‌مند شود. مثال قتل حاجب از بعض ارث مانند آنکه زوجه فرزند منحصر شوهر خود را بکشد تا در صورت فوت زوج، ربع از ترکه او را ببرد، و یا بالعکس، زوج فرزند منحصر زوجه‌اش را بکشد که پس از فوت زوجه، تمامی ترکه نصیب او شود» (امامی، ۱۳۷۵: ۲۰۱-۲۰۰/۳). مثال دیگر: «هر گاه شخصی به قتل پدر بزرگ خود اقدام کند و دارایی پدر بزرگ پس از مرگش به تنها فرزندش که پدر قاتل است، انتقال یابد و پدر قاتل نیز پس از چندی فوت نماید، در این حالت، قاتل وارث دارایی به جامانده از پدر خود خواهد بود، هر چند بخش عمده‌ای از دارایی به جای مانده از پدر، ترکه پدر بزرگ باشد» (طاهرزاده، ۱۳۸۶: ۱۲۶).

رسیدن به اموال از طریق قتل نامشروع دیگران را مسدود سازد. یکی از این راه‌ها، قتل موصی است و مانند ارث، مستلزم منع از ارث می‌باشد. «باید موصی‌له را به دلیل قتل عمدی، از تملک موصی‌به محروم ساخت» (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۸۵). مبنای دیدگاه یادشده، همان قواعد «المعارضه بنقیض المقصود، واقعة فی المواضع» و «من استعجل الشیء قبل أوانه، عوقب بِجرمانه» می‌باشد. به همین جهت، برخی فقیهان محرومیت از وصیت را پذیرفته‌اند. شهید اول با استناد به همین قاعده می‌نویسد:

«ولو أوصی للقاتل قبل الجرح أو بعده، ففيه وجه، والفرق، فیرث إذا تقدّمت الجراحة الوصیة، دون العکس».

یعنی اگر شخصی به نفع قاتل قبل یا بعد از جراحت وصیت کند، در آن وجهی است (برای مقابله با نقیض مقصود قاتل) بین موردی که جراحت قبل از وصیت باشد یا بعد از آن. در صورتی که جراحت بعد از وصیت باشد، در این صورت، وصیت صحیح است و قاتل از موصی‌له محروم نمی‌شود؛ زیرا موصی با علم به جرح، اقدام به وصیت کرده است. ولی اگر وصیت قبل از جراحت باشد، در این صورت، وصیت باطل و قاتل از ارث محروم می‌شود. علامه حلی نیز معتقد است که قاتل نصیبی از وصیت ندارد. به همین جهت نظریه شیخ طوسی (طوسی، ۱۳۹۳: ۴۲/۴)^۱ را در عدم جواز وصیت به نفع فرزندان قاتل هم باطل می‌داند (علامه حلی، ۱۴۱۹: ۳۷۶/۶). در واقع با ارتکاب قتل موصی، اثری بر وصیت مترتب نخواهد شد. یکی از شرایط برای موصی‌له، اهلیت تمتع ذکر شده است و گفته شده که فقدان اهلیت تمتع موصی‌له در زمان انشای وصیت شرط است و در صورت عدم اهلیت، وصیت باطل است.^۲

۱. ایشان در این باره می‌نویسد: «القاتل تصحّ له الوصیة وفیه خلاف». شیخ طوسی در این باره به اطلاق آیات وصیت (بقره / ۱۸۰؛ نساء / ۱۲) استناد می‌کند.

۲. «در موردی که موصی‌له وصی را بکشد، از موصی‌به محروم نمی‌شود؛ زیرا ماده بر این امر موجود نیست و ممنوعیت قاتل از ارث، استثناء از قاعده توارث است و در مورد نص باید اجرا شود و نمی‌توان از نظر وحدت ملاک، حکم ماده ۸۸۰ قانون مدنی را در مورد قتل حاجب و موصی جاری نمود» (امامی، ۱۳۷۵: ۲۰۱/۳). ولی کاتوزیان در این باره می‌نویسد: «در صورتی که موصی‌له به انگیزه تملک موصی‌به، موصی را بکشد، وصیت باطل می‌شود تا او از این نیت پلید سود نبرد» (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۱۹۶). جعفری لنگرودی نیز همین عقیده را دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۲۸۲).

در روایتی منسوب به پیامبر ﷺ آمده است: «لَيْسَ لِلْقَاتِلِ وَصِيَّةٌ» (منبجی، ۱۴۱۴: ۷۹۲/۲). بر اساس حدیث فوق، اهل سنت معتقدند در صورتی که موصی له قاتل موصی باشد، مطابق رأی حنفیه و حنابله محروم از وصیت می‌باشد. همچنین بر این باورند که چنانچه موصی له اقدام به جرح کسی بنماید، سپس بعداً مجروح به نفع وی وصیت کند و آنگاه فوت کند، وصیت باطل است. چنانچه قتل بعد از وصیت واقع شود، مانع استحقاق وصیت می‌شود. یعنی قتل مانع صحت وصیت از ابتدا و از ادامه است (ابتدائاً و استمراراً). طبق نظر ابویوسف، تنفیذ وصیت توسط ورثه یا عدم تنفیذ آنان، تأثیری در مانعیت از وصیت ندارد. ولی ابوحنیفه معتقد است که اگر ورثه وصیت را تنفیذ کنند، وصیت صحیح است.^۱

در خصوص نوع قتل هم اختلاف نظر وجود دارد. حنبلی‌ها هر نوع قتل به غیر حق، اعم از عمد یا خطایی، مباشرتاً یا تسبیحاً را مانع میراث و ابطال وصیت می‌دانند؛ زیرا معتقدند که ارث تأکید شده‌تر از وصیت است. پس وصیت اولی است. ولی حنفیه معتقدند که در صورتی قتل مانع از وصیت و ارث می‌شود که از طرف شخص بالغ و عاقل، عدواناً به غیر حق یا عذر شرعی، مباشرتاً یا تسبیحاً اعم از عمد یا خطا صادر شده باشد.

در صورتی که قتل از طرف صغیر یا مجنون یا قتل به حق مانند قصاص یا حد یا به سبب بغی، دفاع از نفس و آبرو و قتل بالتسبیب، یا راهنمایی قاتل باشد (معاون)، مانع ارث و وصیت نمی‌شود. حنفیه به طور کلی معتقدند که قتل بالتسبیب، مانع ارث و وصیت نمی‌شود. ولی شافعیه معتقدند وصیت بر این قاتل صحیح است، حتی اگر از روی عدوان (تعدیاً) باشد (در این باره ر.ک: عوده، بی‌تا: ۲۲۸-۲۳۰؛ زحیلی، بی‌تا: ۱۸۷/۱۰).

۳-۳. محرومیت معاون در قتل از ارث

در قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) و قانون مدنی، نص صریحی درباره محرومیت از ارث معاون در قتل وجود ندارد. طبق اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری، محرومیت ارث بر معاون در قتل عمدی تحمیل نمی‌شود. به همین جهت، برخی معتقدند که معاون در قتل عمدی از ارث محروم نمی‌شود. ولی برخی حقوق دانان معاونت در قتل

۱. «برابر ماده ۲۲۳ قانون مدنی، وصیت محمول به صحت است تا فساد آن اثبات شود» (همان: ۲۸۱).
 ماده ۲۲۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در هر معامله که واقع شده باشد، محمول بر صحت است، مگر آنکه فساد آن معلوم شود».

را موجب محرومیت از ارث می‌دانند.^۱ در یکی از نشست‌های قضایی، با تفسیر موسع مفهوم مرتکب و شریک در ماده ۳۵۷ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، معاون در قتل را محروم از ارث دانسته‌اند.^۲

یکی از مصادیق خاص معاون در قتل، اکراه‌کننده است که طبق ماده ۳۷۵ ق.م.ا. (۱۳۹۲)، مجازاتش حبس ابد است. در صورت گذشت اولیای دم، طبق ماده ۳۷۶ ق.م.ا. (۱۳۹۲) اکراه‌کننده به مجازات معاون در قتل محکوم می‌شود. چنین شخصی نیز باید از ارث محروم شود تا به طمع دستیابی به میراث، کسی را وادار به قتل مورث خویش نکند. اهمیت این بحث وقتی بیشتر می‌شود که اکراه‌کننده از اولیای دم بوده و خواستار قصاص اکراه‌شونده شود؛ زیرا با پذیرش نظریه محرومیت از ارث درباره معاون، نامبرده فاقد هر گونه حق از جمله حق قصاص خواهد بود.

۴. قتل ناشی از خطای بزه‌دیده

قتل در مواردی، ناشی از خطای بزه‌دیده است. فن هتتیک در این باره معتقد است: «همه بزه‌دیدگان را نمی‌توان کاملاً مصون از اشتباه دانست؛ گاهی از اوقات آن‌ها نقش یک عامل تحریک‌کننده را ایفا می‌کنند» (دورنر، ۱۳۹۳: ۱۴۱۰).

ماده ۵۳۷ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) در این باره مقرر می‌دارد: «در کلیه موارد مذکور در این فصل، هر گاه جنایت منحصرأ مستند به عمد و یا تقصیر مجنی علیه باشد، ضمان ثابت نیست. در مواردی که اصل جنایت مستند به عمد یا تقصیر مرتکب باشد، لکن سرایت آن مستند به عمد یا تقصیر مجنی علیه باشد، مرتکب نسبت به مورد سرایت ضامن نیست».

تبصره ماده ۵۲۳ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) مقرر می‌دارد:

۱. «شخصی که با تطمیع دیگری موجب قتل مورث خود شود، محروم از ارث خواهد شد» (همو، ۱۳۶۳: ۱۰۶/۱). کاتوزیان نیز معتقد است: «در دید عرف، او را قاتل می‌شمرند. در این اختلاف، پیروی از دید عرف ترجیح دارد؛ به ویژه که حکمت قانون نیز مؤید آن است» (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۲۳۱).
۲. ر.ک: نشست قضایی استان اصفهان - شهرستان اردستان، مورخ ۱۳۹۷/۱۰/۲۴، کد نشست ۱۳۹۹-۷۲۵۵. به نقل از سامانه نشست‌های قضایی به نشانی: <https://www.neshast.org>; همچنین ر.ک: اداره کل حقوقی قوه قضاییه، نظریه شماره ۲۹۸۵/۷ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۸ و ۴۴۲۶/۷ مورخ ۱۳۸۱/۵/۱۵.

«در مواردی که آسیب مستند به مصدوم باشد، مانند آنکه واردشونده بدانند حیوان مزبور خطرناک است و اذن‌دهنده از آن آگاه نیست و یا قادر به رفع خطر نمی‌باشد، ضمان منتفی است.»

بدین ترتیب در موارد تقصیر بزه‌دیده، دیه به وی تعلق نخواهد گرفت و مسئله ارث از دیه منتفی خواهد بود. با توجه به عدم پیش‌بینی از ارث اموال در این باره، با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، مرتکب از ارث اموال به دلیل مجازات تبعی محروم نمی‌شود.

نتیجه‌گیری

مجازات‌های تبعی، سازوکار مناسبی جهت پیشگیری از وقوع جرم است؛ به ویژه در مواردی که شخص با وقوع جرم، از منافی در آینده برخوردار می‌شود. افراد ممکن است به جهت رسیدن به مال مورث خویش، اقدام به قتل نمایند. محرومیت از ارث، سازوکار مناسبی برای پیشگیری از وقوع قتل توسط مورث به صورت مباشرت یا تسبیب می‌باشد. مبنای محرومیت از ارث در این باره اقتضا می‌کند سایر افرادی هم که به نوعی از طریق قتل دیگری منتفع می‌شوند، از ارث محروم شوند. ممکن است کسی به تنهایی توانایی کشتن مورث خویش را نداشته باشد و با کمک دیگری اقدام به قتل نماید، که در این صورت وی معاون در قتل محسوب می‌شود. محرومیت معاون در قتل از ارث مقتول، سازوکار مناسبی جهت پیشگیری از وقوع قتل است.

نارسایی‌های جدی در این قسمت در قوانین و رویه قضایی ایران در این باره وجود دارد. لازم است مواد قانونی مرتبط بازمینی شود و به عنوان یک قاعده کلی، محرومیت از ارث شامل کلیه مصادیق آن از قبیل معاون، حاجب و موصی‌له نیز بشود.

ابهامات قانونی در خصوص اضطرار، تأدیب، معالجه و درمان، قتل در فراش، قتل ناشی از عملیات ورزشی نیز در این باره وجود دارد که لازم است در اصلاح قوانین مرتفع شود. در خصوص ارتکاب قتل توسط صغیر و مجنون، قتل‌های ناشی از بی‌ارادگی مانند خواب، بیهوشی، مستی، اکراه و نظایر آنها نیز موضوع محرومیت از ارث با ابهامات قانونی روبه‌روست. لذا لازم است در این بخش نیز اصلاحات قانونی صورت پذیرد تا از تشتت آراء در رویه قضایی جلوگیری شود.

کتاب‌شناسی

۱. ابن نجیم مصری حنفی، زین الدین بن ابراهیم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بی جا، بی نا، ۱۴۱۸ ق.
۲. استفانی، گاستون، ژرژ لواسور، و برنار بولوک، حقوق جزای عمومی (جلد دوم - ضمانت اجرایی: مجازات‌ها و اقدامات تأمینی)، ترجمه حسن دادبان، چاپ دوم، تهران، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۳ ش.
۳. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ دوازدهم، تهران، کتابفروشی اسلامیة، خرداد ۱۳۷۵ ش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی؛ وصیت، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۰ ش.
۵. همو، دوره حقوق مدنی، ارث (جلد اول)، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۳ ش.
۶. جوادی آملی، عبدالله، «درس خارج فقه، کتاب الارث، موانع الارث، مانعیت قتل»، ۱۳۹۹/۱۰/۱۵ ش، قابل دسترس در وبگاه مدرسه فقهات به نشانی <eshia.ir>.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، تهران، المكتبة الاسلامیه، ۱۳۸۸ ق.
۸. حیدر، علی، درر الحکام، شرح مجلة الاحکام، ریاض، دار عالم الکتب، ۱۴۲۳ ق.
۹. دورنر، ویلیام جی.، دانشنامه بزرگ‌دیده‌شناسی و پیشگیری از جرم، جلد دوم، ویراستاران متن لاتین: بونی اس. فیشر و استیون پی. لب، ترجمه اساتید حقوق کیفری و جرم‌شناسی سراسر کشور، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۱۰. زحیلی، وهبة بن مصطفى، الفقه الاسلامی و ادلته، چاپ چهارم، دمشق، دار الفکر، بی تا.
۱۱. سیوطی، جلال‌الدین عبدالرحمن بن ابی‌بکر، الاشباه والنظائر، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۱ ق.
۱۲. شریف مرتضی علم‌الهدی، علی بن حسین موسوی بغدادی، الانتصار فی انفرادات الامامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۱۳. شیری، عباس، درس‌گفتار حقوق جزای اختصاصی - جنایات، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، نیمسال دوم ۱۳۹۹-۱۴۰۰ ش.
۱۴. همو، «رابطه سببیت و انواع آن»، مقاله در: افق‌های نوین حقوق کیفری (نکوداشت‌نامه استاد دکتر حسین آقایی‌نیا)، تهران، میزان، پاییز ۱۳۹۸ ش.
۱۵. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۶۳ ش.
۱۶. طاهرزاده، احمدعلی، «شرایط قتل مانع ارث و مطالعه تطبیقی آن در فرق اسلامی»، مجله الهیات و حقوق (آموزه‌های حقوق کیفری جدید)، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، سال هفتم، سال چهارم، شماره ۲۳، بهار ۱۳۸۶ ش.
۱۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۹۳ ق.
۱۸. همو، تهذیب الاحکام فی شرح المقنعة للشیخ المفید رضوان الله علیه، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵ ش.
۱۹. همو، کتاب الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲۰. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، بی جا، بی نا، بی تا.
۲۱. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، القواعد و الفوائد (فی الفقه و الاصول و العربیة)، بی جا، بی نا، بی تا.

۲۲. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.

۲۳. عوده، عبدالقادر، *التشريع الجنائي الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی*، بیروت، دار الکتب العربی، بی تا.

۲۴. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث، چاپ سی و یکم*، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.

۲۵. کُلب، پاتریک، لورانس لوترمی، *درس‌هایی از حقوق جزای عمومی فرانسه*، ترجمه محمود روح‌الامینی، کرمان، دانشگاه شهید باهنر کرمان، ۱۳۹۸ ش.

۲۶. *مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) سال ۱۳۹۲*، چاپ دوم، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۶ ش.

۲۷. *مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور (حقوقی) اسفند ماه ۱۳۹۲*، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۵ ش.

۲۸. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۰۳ ق.

۲۹. منبعی، ابومحمد علی بن زکریا، *اللباب فی الجمع بین السنة و الکتب*، تحقیق محمد فضل عبدالعزیز مراد، چاپ دوم، بیروت - دمشق، دار القلم - الدار الشامیه، ۱۴۱۴ ق.

۳۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، نجف، مطبعة الآداب، بی تا.

۳۱. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۳ ش.

اهداف و عوامل مؤثر در کیفردهی مرتکبان جنایت علیه میراث فرهنگی در پرتو پرونده المهدی و رویه دیوان کیفری بین‌المللی*

- کیوان غنی^۱
- فضل‌الله فروغی^۲

چکیده

میراث فرهنگی همواره به عنوان اهدافی جذاب در راستای نیل به مقاصد اقتصادی، مذهبی و سیاسی، مورد نظر مجرمان سازمان‌یافته و تروریست‌ها در مخاصمات مسلحانه داخلی منطقه‌ای و بین‌المللی بوده است. بنابراین حمایت از این میراث با توجه به اینکه در سطح بین‌المللی مورد احترام جامعه جهانی و بشری است، همواره مورد اجماع، تأیید و تأکید بوده است و این حمایت هرچند به صورت ناقص، در ابعاد مختلف حقوقی و قضایی، سیاسی و ایدئولوژیک انعکاس یافته است. یکی از نهادهای تأثیرگذار که دارای ظرفیتی مؤثر در راستای حمایت از این آثار در سطح بین‌المللی است، دیوان کیفری بین‌المللی است.

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۰۸

۱. دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران (نویسنده مسئول)
(keyvan.ghani@gmail.com)

۲. دانشیار حقوق جزا و جرم‌شناسی، گروه حقوق، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران
(forughi@shiraz.ac.ir)

هرچند به صورت صریح، امکان طرح دعاوی شامل موضوعات حمایت از میراث فرهنگی جهانی در دیوان قید نشده، ولیکن بررسی رویه موجود مؤید صلاحیت دیوان در رسیدگی به این موضوعات است. یکی از پرونده‌های مهم در این خصوص در دعوی دادستان دیوان علیه المهدی انعکاس یافته که بررسی آن سازمان‌دهنده نظامی مطلوب مشتمل بر اهداف و مؤلفه‌های مؤثر در کیفردهی مرتکبان جنایات علیه میراث فرهنگی خواهد بود. این مقاله به دنبال تبیین اهداف و مؤلفه‌های مؤثر در کیفردهی مرتکبان جنایت علیه میراث فرهنگی در دیوان کیفری بین‌المللی است و بیان می‌دارد که به علت نبود الگوی کیفردهی یکسان در رویه دیوان، حفاظت کارآمد از میراث فرهنگی با تکیه بر اهداف سنتی مجازات مانند سزادهی، بازپروری و بازدارندگی کافی نبوده و اهدافی دیگر مانند مرمت و بازاحیای بناهای تاریخی و فرهنگی و جبران آلام روحی بزه‌دیدگانی که دارای پیوند تاریخی و مذهبی با این اماکن هستند، بیش از جنبه سنتی اهداف مجازات اهمیت داشته و نظام سزادهی کیفری باید مبتنی بر این موضوعات سامان یابد.

واژگان کلیدی: میراث فرهنگی، دیوان کیفری بین‌المللی، کیفردهی، کارکرد نوین کیفر، المهدی.

مقدمه

حق بر کیفردهی^۱ مبتنی بر بنیادهای منصفانه، یکی از حقوق اساسی هر فرد در جامعه انسانی تلقی می‌شود. بر این مبنا، هر فردی که دارای مسئولیت کیفری است، حق دارد به گونه‌ای منصفانه و درست کیفر ببیند. حق مجازات مجرمان، یک حق کلی است که هر دادگاه اعم از داخلی یا بین‌المللی در وهله اول از آن برخوردار است که می‌توان از آن به حق بر کیفردهی یا مجازات تعبیر نمود و فرایندی است که در مفهوم عام آن از مرحله تقنین تا تعیین و اجرای کیفر را در بر می‌گیرد. هرچند که در مفهوم خاص آن و با توجه به تصویب مقررات بین‌المللی شامل مراحل تعیین (کیفرگذاری) و اجرای کیفر (کیفردهی) می‌گردد، ولیکن در نظام بین‌الملل، همه نظام‌های کیفری می‌پرسند که معیارهایی مرتبط با مجازات منصفانه، به قاعده و درست کدام‌اند. بدون

1. The right to be punished.

معیارهای روشن و مشخص، هر کس می‌تواند با تفاسیر شخصی خود، کیفرهای تحمیلی را یا دادگرایانه و یا ظالمانه بینگارد. هر پرونده خاص و نیز هر کیفری، ویژگی‌های خاص خود را دارد. ایجاد نظام کیفری شفاف با رهنمودهای عام که بتوان آن‌ها را در همه پرونده‌ها و برای هر نوع کیفر اعمال کرد، امکان‌پذیر است و این کار را فقط با طراحی نظامی شفاف می‌توان انجام داد که در آن، اعمال کیفر نه به شکل تصادفی، بلکه بر مبنای نوعی آموزه حقوقی عام، فراگیر، قطعی و استوار و مبتنی بر اصول پذیرفته‌شده عام‌الشمول اعمال می‌شود (هالوی، ۱۳۹۴: ۳۰۳).

طراحان اساسنامه و سایر مقررات دیوان کیفری بین‌المللی نیز با آگاهی از این مهم، بر ضرورت وجود نظام منسجم و شفاف کیفردهی که منطبق با اهداف عام و اصول تعیین مجازات از جمله تناسب جرم با مجازات تحمیل شده است، تأکید دارند. بنا بر بند ۱ ماده ۷۸ اساسنامه رم، دیوان در تعیین مجازات باید عواملی همچون شدت جنایات و همچنین شرایط و اوضاع و احوال شخصی محکوم‌علیه را در نظر بگیرد. قاعده ۱۴۵ آیین دادرسی و ادله نیز در مقام تبیین عوامل مورد اشاره در ماده ۷۸ اساسنامه، موارد متعددی را برشمرده است که دیوان در زمان کیفردهی باید آن‌ها را لحاظ نماید. در نتیجه، شعب دیوان ابتدا باید عوامل مزبور را شناسایی و ارزیابی نموده و سپس به این عوامل توازن ببخشند و در نهایت مجازات متناسبی را با رعایت احتیاط قابل ملاحظه برای جرم ارتكایی تعیین نمایند. دیوان کیفری بین‌المللی از اوایل تأسیس خود در مقام کیفردهی مرتکبان جنایات بین‌المللی سعی کرده که مبتنی بر فرایند پیش‌گفته (شناسایی و ارزیابی عوامل مؤثر بر کیفردهی، توازن‌بخشی میان عوامل و تعیین مجازات) اقدام نماید. دیوان کیفری بین‌المللی در سپتامبر ۲۰۱۶ در یک دادرسی که تنها سه روز به طول انجامید، احمد الفقی المهدی را به دلیل ارتكاب جنایت جنگی هدایت عمدی حملات علیه میراث فرهنگی جهانی تیمبوکتو در کشور مالی، به تحمل نه سال حبس و جبران خسارات وارده محکوم نمود؛ محکومیتی که علی‌رغم باور شعبه به شدت آن، با احراز پنج عامل مخففه و در غیاب کیفیات مشدده حاصل گردید.

دیوان کیفری که برای نخستین بار جنایت علیه میراث فرهنگی را به صورت انحصاری و نه در کنار سایر جنایات بین‌المللی مورد پیگیری قرار می‌داد، این فرصت

تاریخی را داشت که طرح یا نظامی مطلوب از جمله مشتمل بر اهداف و مؤلفه‌های مؤثر در کیفردهی مرتکبان جنایات علیه میراث فرهنگی را پی‌ریزی نماید تا رهنمودی برای خود و همچنین دیگر محاکم بین‌المللی و ملی در رویارویی‌های آتی با رفتارهای زیانبار ارتكابی علیه میراث فرهنگی باشد. محاکمه مهدی توسط دیوان کیفری بین‌المللی و تصمیم صادرشده توسط دیوان، موضعی محکم در حمایت از به رسمیت شناختن ارزش میراث فرهنگی برای مردم، جامعه بین‌المللی و خود بشریت و لزوم پیگرد قانونی تخریب میراث فرهنگی است (Pinton, 2020: 354).

اینکه آیا تلاش دیوان برای نیل به هدف مزبور همراه با کامیابی بوده است یا خیر، موضوع این نوشتار است. با توجه به مطالب فوق، تبیین اهداف و عوامل مؤثر در کیفردهی دیوان در جرایم داخل در صلاحیت خود، مقدمه و پیش‌شرط لازم برای بررسی امکان تعمیم آن عوامل و اهداف در رسیدگی به جرایم علیه میراث فرهنگی خواهد بود و از آنجایی که پرونده المهدی نیز اولین پرونده بررسی شده در این حوزه بوده است، لذا بازخوانی ظرفیت‌های موجود از رویه‌های قبلی دیوان در این خصوص بسیار راهگشا خواهد بود. در این راستا نیز نگارندگان تلاش نموده‌اند تا نوشتار حاضر را در دو قسمت اهداف کیفردهی مرتکبان جنایت علیه میراث فرهنگی، و عوامل مؤثر در تعیین کیفر برای ایشان با تأکید بر پرونده المهدی و با نگاهی به رویه قضایی بین‌المللی به ویژه رویه دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در تعقیب، محاکمه و مجازات مرتکبان جنایت جنگی علیه میراث فرهنگی در مخاصمه مسلحانه بالکان، و بررسی تأثیر آن بر نظام حفاظت و حمایت مؤثر از میراث فرهنگی تبیین و تحلیل نمایند.

۱. اهداف کیفردهی مرتکبان جنایت علیه میراث فرهنگی

اهداف مجازات مرتکبان جنایت علیه میراث فرهنگی را می‌توان در دو رویکرد سنتی و نوین مورد بررسی قرار داد. فارغ از اهداف کیفر اعم از سنتی و یا نوین، آنچه مهم است، «ارزیابی و ارزشیابی» نوع پاسخ‌ها و بررسی میزان کارآمدی پاسخ‌ها در راستای تحقق اهداف خواهد بود. در واقع بررسی اینکه آیا مجازات و پاسخ کیفری نقش و تأثیر بازدارنده، بازپرورانه، سالب توان بزهکاری و پاسخگو نمودن بزهکار را

داراست یا نه، در مقام ارزیابی مجازات در راستای اهداف خواهد بود (غلامی، ۱۴۰۱: ۲۴).

۱-۱. اهداف سنتی کیفردهی

اساسنامه و سایر مقررات دیوان کیفری بین‌المللی، تصریحی بر اهداف قابل انتظار کیفرهای قابل اعمال بر مرتکبان جنایت بین‌المللی ندارد. ارکان مختلف دیوان همچون دفتر دادستانی و شعب بدوی و تجدیدنظر از آغاز فرایند تعقیب، محاکمه و مجازات مرتکبان جنایت مزبور تلاش نموده‌اند با تفسیری منطبق با ماهیت و فلسفه کیفر از اساسنامه رم و بهره‌گیری از رویه قضایی محاکم کیفری بین‌المللی، اهداف کیفر را شناسایی و بر مبنای آن، کیفر مناسبی را برای اشخاص محکوم تعیین نمایند که افزون بر برآورده ساختن اهداف، بازتاب‌دهنده شدت جنایت و میزان مجرمیت آنان باشد. به بیان دیگر و به منظور تحقق تمامی اهداف، باید رویکردهای کنشی و واکنشی را در نظر گرفت. در مقام ارزیابی و ارزش‌گذاری پاسخ‌ها در مورد جرایم علیه میراث فرهنگی جهانی، مانند بسیاری از جرایم بین‌المللی دیگر، ظرفیت و کارنامه نسبی عدالت کیفری بین‌المللی در کاهش نرخ جرم و جنایت علیه صلح و امنیت جهانی نیز جامعه بشری و پژوهشگران را به رویکرد مطالعاتی علت‌شناسی جنایی و راهکاریابی کنشی، افزون بر راهکارهای واکنشی کیفری معمول سوق داده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶ الف: ۱۹). شعب بدوی و تجدیدنظر دیوان از رهگذر تفسیر و تبیین مقررات دیباچه اساسنامه مبنی بر اینکه «شدیدترین جنایت موجب نگرانی جامعه بین‌المللی به عنوان یک کل نباید بی‌کیفر بماند» و همچنین اراده جدی دولت‌های عضو برای پایان دادن به بی‌کیفرمانی مرتکبان جنایت بین‌المللی و مشارکت در اتخاذ تدابیر پیشگیرانه، «سزادهی»^۱ و «بازدارندگی»^۲ را اهداف اصلی و بنیادین کیفرهای مقرر در اساسنامه می‌دانند.^۳ سزادهی منعکس‌کننده موضع جامعه بین‌المللی است که چنین جرایمی

1. Retributive.

2. Deterrence.

3. ICC, Situation in the Central African Republic in the Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 21 June 2016, para. 10.

مجازات می‌شوند و بی‌کیفری رواج نخواهد داشت (صادقی و زمانی، ۱۳۹۹: ۸۱). این مهم در رویه قضایی دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق^۱ و دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا^۲ نیز تثبیت شده است. برای نمونه، دادگاه اخیر در پرونده کامبندا مقرر نمود:

«مطابق آنچه بیان گردید، واضح است که اهداف مجازات تحمیلی بر متهمانی که مجرمیت آنان از سوی این محکمه احراز شده است، باید از یکسو سزادهی متهمان باشد تا ببینند که جنایتشان مجازات شده است و از سوی دیگر بازدارندگی است؛ یعنی بازداشتن اشخاصی که قصد ارتکاب چنین جنایتی در آینده دارند از رهگذر نشان دادن این واقعیت به آن‌ها که جامعه بین‌المللی دیگر توان تحمل و بردباری نسبت به نقض‌های شدید حقوق بین‌المللی بشردوستانه و حقوق بشر را ندارد»^۳.

با این حال، اگرچه اسناد ایجادکننده محاکم کیفری بین‌المللی گذشته، تصریحی در خصوص اهداف و کارکرد مجازات ندارند، اما بررسی فعالیت‌های مقدماتی همانند اعلامیه‌های طرف‌های درگیر و به ویژه مواردی که مربوط به اعضای شورای امنیت است، این باور را به وجود آورده که کارکرد سزادهی، جایگاه مهمی در سامانه بین‌المللی کیفرها دارد. در زمان معاصر نیز به هنگام تشکیل دادگاه‌های کیفری بین‌المللی مورد بحث، نمونه‌های بسیاری یافت می‌شود که سرشار از تفکر سزادهی نسبت به افرادی است که به خاطر نقض شدید حقوق بین‌المللی بشردوستانه محکوم گردیده‌اند.^۴ با توجه به اینکه در نظام فعلی مجازات‌های بین‌المللی، با بررسی انواع مجازات‌ها مشخص می‌شود که مهم‌ترین مجازات در نظر گرفته‌شده برای مرتکبان جنایات

1. ICTY, Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Case No. IT-00-39-A, Judgment, 17 March 2009, para. 775.
2. ICTR, Jean De Dieu Kamuhanda (Appellant) v. The Prosecutor (Respondent), Case No. ICTR-99-54A-A, Judgment of the Appeals Chamber, 19 September 2005, para. 351.
3. ICTR, The Prosecutor v. Jean Kambanda Case No. ICTR 97-23-S, Judgment and Sentence, 4 September 1998, para. 28.
۴. برای نمونه در دادگاه نورنبرگ از ۲۲ نفر متهم محاکمه‌شده، ۱۲ نفر محکوم به اعدام با دار، ۱۳ نفر حبس جنایی ابد، ۲ نفر حبس تا ۲ سال و یک نفر به ۱۵ و دیگری ۱۰ سال حبس محکوم و ۳ نفر تبرئه شدند. در دادگاه توکیو، ۷ نفر به اعدام و ۱۶ نفر به حبس ابد و دو نفر به حبس غیر دائم محکوم شدند.

بین‌المللی، کیفر حبس است، به نظر می‌رسد که از لحاظ تناسب، کارکرد و تأثیر این مجازات آن گونه که شایسته جنایت بین‌المللی است، منظور نشده است.

در این راستا، دفتر دادستانی و شعبه بدوی دیوان کیفری بین‌المللی در مقام رسیدگی به جنایت ارتكابی المهدی، بر اهداف فوق‌الذکر تأکید نمودند. دفتر دادستانی در اظهارات خود راجع به تعیین مجازات مناسب برای المهدی، با اشاره به رویه قضایی دیوان، بر سزادهی و بازدارندگی کیفر پای فشرده؛ با این اعتقاد که جنبه سزادهندگی مجازات نه تنها محکومیت مرتکب و اعمالش توسط جامعه را ابراز می‌کند، بلکه اعلام درد و رنج بزه‌دیدگان نیز به شمار می‌رود و خصیصه بازدارندگی کیفر متناسب نیز احتمال ارتكاب مجدد جنایت از سوی متهم در آینده را کاهش داده (بازدارندگی خاص) و دیگران را از ارتكاب جنایت مشابه باز می‌دارد (بازدارندگی عام)^۱. شعبه بدوی نیز در رویکردی همسو با دفتر دادستانی، سزادهی را نه میل به انتقام‌جویی، بلکه اعلام محکومیت جهانی این جنایت می‌داند که از رهگذر تعیین مجازات متناسب، به صدمات واردشده بر بزه‌دیدگان پرداخته و احیای صلح و سازش را ترویج می‌نماید و بازدارندگی را نیز ابزاری برای ممانعت از تکرار جرم توسط مرتکب و انصراف سایر اشخاص از ارتكاب احتمالی جنایت مشابه محسوب نموده است.^۲

با این حال، تردیدی نیست که کیفر، اهداف دیگری غیر از سزادهی و بازدارندگی نیز دارد که هیچ محکمه‌ای از جمله دیوان کیفری بین‌المللی نمی‌تواند در تعیین کیفر آن‌ها را نادیده انگارد. «اصلاح و بازپروری»^۳ مرتکب از جمله اهداف مجازات است که در مورد امکان اعمال آن بر مرتکبان جنایت بین‌المللی اختلاف نظر وجود دارد. به باور عده‌ای، بحث اصلاح و درمان و بازپروری با توجه به نوع و ماهیت جرایم بین‌المللی به ویژه دامنه وسیع آن، حاکی از خبث طینت واضح و آشکار مرتکب بوده و به دلیل

1. ICC, Situation in the Republic of Mali in the Case of the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Case No. ICC-01/12-01/15, Public Redacted Version of "Prosecution's Submissions on Sentencing", 22 July 2016, para. 11.
2. ICC, Situation in the Republic of Mali in the Case of the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Case No. ICC-01/12-01/15, 27 September 2016, para. 67.
3. Rehabilitation.

غیر قابل اصلاح بودن چنین مرتکبی در این حوزه قابلیت اجرا ندارد (جعفری، ۱۳۹۲: ۹۱). در مقابل این رویکرد که به طور کلی امکان بازپروری مرتکبان جنایت بین‌المللی را منتفی می‌داند، دفتر دادستانی دیوان کیفری بین‌المللی در پرونده المهدی، بازپروری را به عنوان یکی از اهداف شناخته‌شده مجازات که نمی‌توان در کیفردهی آن را به فراموشی سپرد، شناسایی نموده است؛ با این قید که در مواردی که جنایت بسیار شدید ارتکاب می‌یابد، نباید اهمیتی بی‌مورد و نابه‌جا به آن داد. هرچند افرادی که مجرمیت خود را می‌پذیرند، در واقع تمایل به مواجهه با نادرستی رفتار خود و آسیبی که وارد کرده‌اند، نشان می‌دهند و بنابراین احتمال اینکه از فرصت‌های ترمیمی حبس بهره‌مند شده و پس از آزادی بتوانند با موفقیت به جامعه بازگردند، برای آن‌ها بیشتر است.^۱ شعب رسیدگی‌کننده نیز با اعتقاد به اینکه بازپروری را نمی‌توان هدف اولیه در حقوق بین‌المللی کیفری محسوب کرد، مخالف اعطای اعتبار و وزن بیش از اندازه به اصلاح و درمان مرتکبان جنایت بین‌المللی در زمان کیفردهی هستند؛ چرا که مجازات فی‌نفسه نمی‌تواند بر بازپذیری اجتماعی محکوم اطمینان دهد،^۲ و اینکه اهداف و رای مجازات نیز با «اعمال کیفر عادلانه و متناسب و نه بیشتر» محقق خواهد شد؛ و مجازات آن گونه که در ماده (a)(۲) ۸۱ اساسنامه و ماده (۱) ۱۴۵ آیین دادرسی و ادله مقرر شده است، باید با جنایت و مجرمیت محکوم‌علیه تناسب داشته باشد.^۳

تردید نیست که عدم اعتقاد به اصلاح و بازپروری مرتکبان جنایت بین‌المللی و در نتیجه عدم توجه به این مؤلفه در کیفردهی، بر خلاف یافته‌های جرم‌شناسی فراملی در خصوص گونه‌شناسی مرتکبان جنایت بین‌المللی است.

ابتنای مبانی حمایت کیفری از میراث فرهنگی بر وجه «بازدارندگی» کیفر نیز وضعیت چندان مطلوب‌تری از ویژگی «سزادهی» ندارد. بررسی پیشینه تاریخی و مجازات مرتکبان تخریب، غارت و قاچاق میراث فرهنگی از زمان جنگ جهانی اول

1. ICC, Case No. 01/12-01/15-139, op. cit., para. 13.

2. ICC, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on Sentence Pursuant to Article 76 of the Statute, 23 May 2014, para. 38.

3. ICC, Case No. 01/12-01/15, op. cit., para. 67.

تاکنون، بیانگر ناکارآمدی جنبه ارعایی مجازات در حمایت از میراث فرهنگی است. با توجه به این واقعیت، برخی ادعا کرده‌اند که گرچه تخریب اموال فرهنگی و مذهبی، رقت‌انگیز و اسفناک است، اما محاکمه المهدی تأثیر بازدارنده چندانی بر تخلقات آینده نخواهد داشت؛ برای نمونه، غیر محتمل است که یک شبه‌نظامی داعشی در سوریه پیش از تخریب یک محوطه تاریخی، پیامدهای حقوق بین‌الملل اعمال خویش را در نظر بگیرد. در واقع، وقتی طالبان تندیس‌های بودای بامیان افغانستان را تخریب نمود، ترس از تعقیب کیفری در محضر محکمه بین‌المللی توانست مانع از انجام این کار شود. در پاسخ به این ایراد گفته شده است این انتقاد که پرونده المهدی فاقد هر گونه اثر بازدارنده واقعی است، می‌تواند در مورد هر تعقیب دیگری نزد دیوان نیز گفته شود. مفسران مدت‌ها این گونه استدلال کرده‌اند که تأثیر بازدارندگی دادگاه‌های کیفری بین‌المللی، یک بحث جنبی بوده و در میزان کاهش خشونت در مخاصمات و کاهش تعداد بحران‌های بشردوستانه در سرتاسر جهان، تأثیر فراوانی نداشته است. ضمن اینکه صلاحیت تکمیلی و شدت جرم به موجب ماده (b)(۱) ۵۳ اساسنامه، از اجزای مرتبط با قابلیت پذیرش دعوی در دیوان کیفری تلقی می‌شوند. از این منظر، صلاحیت تکمیلی و شدت جرم به صورت توأمان مدّ نظر قضات قرار گرفتند تا به موجب آن، دادستان در ابتدای تحقیقات به بررسی قابل پذیرش بودن دعوی به موجب ماده ۶۰ اساسنامه پردازد که واجد صلاحیت تکمیلی و اهمیت جرم به صورت همزمان است (صالحی، ۱۳۹۷: ۶۶۵). با این حال، مطالعات اخیر نشان می‌دهد که در واقع وجود دیوان و خطر تعقیب کیفری می‌تواند بر موارد سوءاستفاده از حقوق بشر که تحت صلاحیت این دیوان قرار دارند، اثرات تعدیل‌کننده قابل اثبات داشته باشد. اینکه چرا پیگرد تخریب اموال فرهنگی به عنوان یک جنایت جنگی از سوی دیوان، متخلفان را به نوعی کمتر از دیگر جنایات تحت صلاحیت دیوان از ارتکاب به جرم باز می‌دارد، یک نوع توضیح تجربی یا علی لازم دارد. افزون بر این با توجه به متأخر بودن این پرونده، ارزیابی این مطلب که آیا تأثیر بازدارنده برای این نوع جنایت وجود دارد یا خیر، نیازمند زمان است. اگر این دیوان همچنان متعهد به تعقیب نمونه‌های تخریب اموال فرهنگی در روند آتی خود بماند، کاملاً طبیعی و منطقی است که تأثیر بازدارنده مشابهی داشته باشد؛ مگر اینکه بتوان

به صورت تجربی یا علی، آن را به گونه‌ای دیگر توضیح داد (Jayaraman, 2017: 15). تردید دیگر در مورد اثر بازدارندگی پرونده المهدی، به جایگاه وی در سلسله مراتب آمران و مرتکبان تخریب میراث جهانی تیمبوکتو بنا بر معیار مورد نظر شعبه اول مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی در مقام بررسی درخواست دادستان برای صدور قرار جلب توماس لوبانگا به اتهام جنایت مشمول صلاحیت دیوان بازمی‌گردد. شعبه مزبور اشعار داشت که معیار آستانه شدت، دیوان را ملزم می‌نماید که تنها «رده بالاترین رهبران مظنون به داشتن مسئولیت به علت ارتکاب جنایت» تحت پیگرد قرار گیرند و اینکه «تنها با تمرکز بر این افراد می‌توان تأثیرات بازدارندگی این دیوان را به حداکثر رساند». بنا بر این طبق یافته‌های این شعبه، اگر افراد عالی‌رتبه مظنون به داشتن مسئولیت به علت ارتکاب جنایت مشمول صلاحیت دیوان، به این محکمه کشانده شوند، ممکن است دارای تأثیر بازدارندگی باشد. در صورت پذیرش این حکم باید بیان داشت که چون المهدی در مقایسه با رهبران و اعضای رده بالای گروه انصارالدین و القاعده، شبه‌نظامیان اسلام‌گرا که کنترل شمال مالی را در دست داشتند و دستور صریح تخریب میراث جهانی را به المهدی صادر نمودند، رده بالا محسوب نشده، بنابراین محاکمه و مجازات وی تأثیری در بازدارندگی سایر افراد از ارتکاب جنایت علیه میراث فرهنگی نخواهد داشت. در مقابل باید گفت که استثنا کردن گروهی از مرتکبان، ماهیتاً منجر به بیشترین میزان بازدارندگی نخواهد شد؛ چرا که با این روال، مرتکبان رده پایین‌تر مطمئن خواهند شد که خطر فراخواندنشان در محضر دیوان کیفری بین‌المللی وجود ندارد و دیگر نمی‌توان به صراحت گفت که آن‌ها از ارتکاب جنایت مشمول اساسنامه منع شده‌اند. افزون بر این، وضع معیارهای سختگیرانه بر مبنای اشخاص عالی‌رتبه، نه منجر به مجازات می‌شود و نه پیشگیری از جرم را محقق می‌سازد.

عامل دیگری که اثربخشی مجازات المهدی در بازدارندگی از ارتکاب جنایت علیه میراث فرهنگی را با تردید مواجه می‌سازد، تلقی و رویکرد در مورد شدت جنایت علیه

1. ICC, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest. Article 58, 10 February 2006, para. 54-55.

اموال است. شعبه هشتم دادرسی دیوان بیان می‌دارد:

«آقای المهدی بر خلاف متهمان دیگری که توسط این دیوان محکوم شده‌اند، متهم به ارتکاب جنایت علیه اشخاص نبوده، بلکه به ارتکاب جرم علیه اموال متهم است. از نظر این شعبه، جرایم علیه اموال اگرچه ذاتاً هم شدید باشند، به طور کلی، شدت کمتری نسبت به جنایت علیه اشخاص دارند»^۱.

به خاطر رواج گسترده تخریب عمدی میراث فرهنگی در مخاصمات مسلحانه، واضح است که بازدارندگی امری مطلوب به شمار می‌رود. از آنجا که مصونیت از مجازات برای این نوع جرایم، امری عادی محسوب شده است، مرتکبان تخریب اموال فرهنگی هیچ تهدید واقعی برای تحت پیگرد قرار گرفتن را در مقابل خود ندیده‌اند (Johnsen, 2017: 27). اما محاکمه همراه با کامیابی المهدی، هشدار برای این گونه اشخاص بود که در صورت ارتکاب جنایت علیه میراث فرهنگی، نظام عدالت کیفری بین‌المللی با تمامی ابزارهای در دسترس خود به رویارویی با آن‌ها برخواهد خواست. دیگر کارکرد سنتی کیفر، یعنی اصلاح و بازپروری اغلب مرتکبان جنایت علیه میراث فرهنگی نیز امری بیهوده و انتظاری بی‌سرانجام است. مرور تاریخی آنچه در طی سالیان اخیر بر میراث فرهنگی گذشته است، نشانگر وجود ماهیت مذهبی تبعیض‌آمیز ورای رفتارهای زیانبار ارتكابی علیه میراث فرهنگی است.

۲-۱. اهداف نوین کفردهی

محاکمه مرتکبان جنایت بین‌المللی علیه میراث فرهنگی، بیش از آنکه مبتنی بر اهداف سنتی مجازات برای سزادهی باشد، به این جهت است که جامعه بین‌المللی دارای ارزش‌های مشترکی است که تعدی به این ارزش‌ها برای جامعه بشری تحمل‌ناپذیر است. از طرف دیگر باید توجه نمود که کارکرد ترمیمی مجازات از رهگذر مرمت، احیا و بازسازی اماکن تاریخی و مذهبی تخریب‌شده و جبران آلام روحی و روانی بزه‌دیدگانی که دارای پیوند تاریخی، ملی، مذهبی و هویتی با این اماکن و اموال هستند، بیش از سزادهی و بازپروری و حتی بازدارندگی اهمیت دارد.

1. Al Mahdi (ICC-01/12-01/15), Judgment and Sentence, 27 September 2016, para. 77.

در واقع در مدل کیفرگذاری هدفمند، به اهداف ترمیمی مجازات توجه شده و ترمیم خسارات وارده بر مجازات تقدّم دارد؛ به این معنا که در مواردی که بتوان اوضاع بزه دیده و جامعه را به اوضاع ما قبل بزه بازگرداند، باید بین مجازات و اعاده وضع سابق، اولویت را به اعاده وضع سابق داد و با تمهید سازوکاری مشخص برای اعاده وضع سابق، مجرم را در مجازات نشدن یاری کرد (حاجی ده‌آبادی و سلیمی، ۱۳۹۸: ۱۰۸).

۱-۲-۱. کارکرد بیانی مجازات

نظام عدالت کیفری بین‌المللی مبتنی بر کارکرد بیانی است. مجازات بیش و پیش از هر چیز جنبه نمادین و کارکرد بیانی دارد. پیام‌محور بودن حقوق کیفری، به آن کارکرد و رسالت آموزشی می‌بخشد. نظریه بیانی، بر بازدارندگی حقوق کیفری از رهگذر آموزشی تأکید می‌کند. در واقع، این نظریه بر اساس این ایده و باور استوار است که بهترین راه برای پیشگیری از جرایم، نه سزادهی و ارباب بیرونی بلکه درونی‌سازی هنجارها و ایجاد تبعیت و پیروی درونی است. در اینجا بیش از آنکه آثار فوری مترتب بر ارباب و سزادهی مجازات مورد نظر باشد، بر تأثیرات هنجارساز و آموزشی حقوق کیفری در درازمدت تأکید می‌شود. این ویژگی با شاخصه دائمی بودن دیوان کیفری بین‌المللی نیز سازگار است.

دیوان نهادی دائمی است و پایایی آن فرصتی است برای پویایی‌اش در هنجارسازی در جامعه جهانی و پیشگیری از ارتکاب جنایت بین‌المللی از رهگذر آموزش (ذاکر حسین، ۱۳۹۸: ۹۸). محکومیت المهدی وجهه این دیوان را به عنوان نهادی برای تعقیب جنایتی که وجدان بشریت را جریحه‌دار می‌کند، مثل تخریب اماکن یونسکو تقویت می‌کند. محکومیت فرد متهم به تخریب مشابه در یک دولت عضو دیوان، نشانه این است که تخریب میراث فرهنگی یک جنایت جنگی است که برای جامعه بین‌المللی، ایجاد دغدغه قانونی می‌نماید. دیوان نشان داد که پاسخگویی به خاطر جنایت علیه میراث فرهنگی امکان‌پذیر است و مهم‌تر از همه، این محکمه خشم جهانی ناشی از تخریب میراث فرهنگی جهانی را ابراز نمود (Sterio, 2017: 68).

در شرایطی که آتش مخاصمات مسلحانه به جان تخریب اماکن تاریخی و مذهبی

افتاده است، پرونده المهدی جرم هدایت عمدی حملات علیه میراث فرهنگی را برجسته‌تر کرد و در مورد پیامدهای قانونی آن هشدار داد. این پرونده، رویه حقوقی منحصر به فردی را به وجود آورد و چنین اعمال تخریبی ارتكابی در دیگر مخاصمات مسلحانه در سراسر جهان به عنوان جنایت جنگی و برخورد با آن‌ها را مشروع و قانونی کرد (Lostal, 2017: 58).

ارتقاء حمایت از میراث فرهنگی به اموال و ضوابط لازم‌الرعاية حقوق بین‌الملل، یک هدف مشترک است که محققان، سیاستمداران و مقامات بین‌المللی از آن حمایت می‌کنند. با وجود این، پرونده المهدی نمونه کنونی این تلاش‌ها را به حد کمال رسانده و به عنوان برجسته‌ترین و مؤثرترین بازدارنده برای چنین اعمال مجرمانه عمل می‌کند. دیوان بدون شک می‌داند که تلاش‌هایش در رابطه با پرونده المهدی، حمایت از میراث فرهنگی را بهبود می‌بخشد؛ همان‌طور که پرونده لوبانگا توجهات بسیاری را به جرم استفاده از کودکان به عنوان سرباز جلب کرد. دادستان بنسودا ابراز امیدواری کرد که چنین تلاش‌هایی مانع از ارتكاب جرایم مشابه در آینده خواهد شد (Cole, 2017: 451). این پیگرد، ناقضان و مجرمان بالقوه را آگاه ساخته و به جامعه بین‌المللی، با وعده پایان مصونیت‌ها و فراهم آوردن پاسخی بین‌المللی ورای رسواسازی عمومی توسط یونسکو و دیگر طرف‌ها و افراد، خواهد گفت که عدالت اجرا خواهد شد.

۲-۲-۱. کارکرد ترمیمی مجازات

مهم‌ترین تکلیف جامعه جهانی، چنانچه به هر دلیلی نتواند با توسل به اقدامات تأمینی، رفتارها و اعمال زیانبار ارتكابی علیه میراث فرهنگی را ممانعت یا متوقف نماید، همانا اتخاذ اقدامات و تدابیر ترمیمی برای مرمت و بازسازی میراث مزبور است. توجه به جنبه‌های ترمیم‌مدارانه مجازات، در طول فرایند دادرسی طی فرایندی هم‌راستا با اهداف جبرانی نظام عدالت کیفری که از آن در ادبیات حقوقی به عدالت ترمیمی تعبیر می‌شود، امکان‌پذیر است که با مشارکت فعال بزه‌دیده در فرایند کیفری و تعیین گونه، میزان و نحوه پاسخ به جرم، با همکاری و گفتگو با مرتکب، مبنای مفهوم‌سازی و حقوقی‌سازی عدالت ترمیمی، به عنوان بدیل یا مکمل عدالت کیفری کلاسیک واقع

گردید (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ب: ۸۰۱). با مشارکت فعال، کارآمدترین شیوه درمان آلام روحی بزه‌دیدگان این جنایت که بنا بر اهمیت میراث تخریب‌شده می‌تواند جامعه محلی، ملی یا جهانی باشد، احیای مجدد آن‌هاست؛ چرا که ویرانه‌ها و بقایای به جا مانده، اگر تا جایی که مقدور است ترمیم نشود، آثار تخریبی باقی‌مانده از آن همواره در یاد مانده و موجب آزار جامعه بشری خواهد شد. در اساسنامه دیوان و سند قواعد دادرسی و ادله، هیچ گونه اصولی برای جبران خسارت بزه‌دیدگان تعیین نشده و این مهم بر اساس قسمت اول ماده ۷۵ اساسنامه به قضات دیوان سپرده شده است (سیدزاده ثانی و فرهادی آلاشتی، ۱۳۹۸: ۱۱۹). شعبه اول دادرسی در جلسه تعیین مجازات میودراگ جوکیچ، تخریب اماکن و بناهای تاریخی و فرهنگی را این گونه توصیف کرد:

«مرمت ساختمان‌های این‌چنینی در صورتی که امکان‌پذیر باشد، هرگز نمی‌تواند آن‌ها را به وضعیت پیش از حمله بازگرداند؛ چرا که مقدار مشخصی از مصالح اصلی و معتبر تاریخی تخریب شده و بنابراین ارزش ذاتی این بناها را تحت تأثیر قرار داده است»^۱.

حال اگر ماهیت غیر قابل جایگزین بناهای ارزشمند تاریخی را بتوان با بازسازی و مرمت فنی جبران کرد، آیا می‌توان انتظار داشت که با تکیه بر ویژگی سزادهی مجازات، آن‌ها را در برابر رفتارهای زیانبار حفاظت کرد؟ در این خصوص باید توجه نمود که هرچند امکان احیای کامل بناهایی که به طور کامل تخریب شده‌اند، به صورت اول وجود ندارد، ولیکن اقداماتی جهت حفاظت و نگهداری از سایر اماکن و جلوگیری از تکرار مجدد این اقدامات مخرب و جبران خسارات و آلام روحی ایجاد شده با تعیین مجازات مناسب در کنار سایر اهداف ترمیمی اجتناب‌ناپذیر خواهد بود. لذا هدف سزادهی و ترمیمی به نوعی مکمل و مقوم یکدیگر، در فرایند رسیدگی به جنایات علیه میراث فرهنگی باید مورد توجه باشد.

پس لزوم حفاظت از میراث فرهنگی و باززنده‌سازی آن ایجاب می‌نماید که در مجازات مرتکبان جنایت علیه آن، بیش از آنکه به کارکردهای سزاگرایانه تمرکز کرد، به جنبه‌های ترمیمی مجازات توجه و مرتکب را به جبران خسارات وارده و پرداخت

1. ICTY, Prosecutor v. Jokić, IT-1-42-s, para. 52.

هزینه‌های مرمت این میراث محکوم و ملزم نمود. این هدفی است که عدالت ترمیمی به دنبال تحقق آن است. جبران خسارت بزه‌دیدگان از جمله بسترهای عدالت ترمیمی در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی می‌باشد. با بررسی مقررات حاکم بر تعیین مجازات در این اساسنامه مشخص می‌شود که در کنار اهداف سنتی، هدف ترمیمی نیز برای مجازات در نظر گرفته شده است (غلامی و رستمی‌غازانی، ۱۳۹۲: ۵۰). در این راستا، شعبه هشتم دیوان کیفری بین‌المللی، اهداف دادرسی در پرونده المهدی را جبران خسارت مادی و معنوی، تسکین آلام ایجاد شده توسط جنایت جنگی تخریب آرامگاه‌ها، بقاع متبرکه و مساجد واجد وصف میراث جهانی تیمبوکتو، جلب توجه المهدی به پیامد عمل متخلفانه بین‌المللی‌اش، ایجاد امکان برای اعاده کرامت بزه‌دیده‌دیدگان، پیشگیری از ارتکاب تخلفات مشابه در آینده و مساعدت در پیشبرد صلح و آشتی میان بزه‌دیدگان جنایت، جوامع متأثر از جمله جامعه مالیایی و جهانی و شخص المهدی ذکر نمود.^۱ در این پرونده، نمایندگان حقوقی بزه‌دیدگان به نمایندگی از سوی ۱۳۹ نفر متقاضی جبران خسارت، خواستار اتخاذ تدابیر ترمیمی جمعی برای نگهداری، مرمت و نوسازی ساختمان‌های تحت حمایت تخریب شده از سوی المهدی گردیدند^۲ که این موضوع مورد مخالفت وکیل متهم قرار گرفت. به باور وی، شعبه دادرسی در صدور دستور جبران خسارت برای مرمت این ساختمان‌ها باید به این حقیقت توجه نماید که این بناها از سوی یونسکو مرمت و بازسازی شده‌اند.^۳ با این حال، شعبه مزبور استدلال وکیل را در خصوص بازسازی بناها توسط یونسکو در فاصله بین تخریب و صدور قرار جبران خسارت نپذیرفت؛ چرا که از نظر شعبه، بازسازی بناها از سوی یونسکو و سایر اشخاص حقیقی و حقوقی، تأثیری بر مسئولیت المهدی به خاطر خسارت وارده ندارد. در واقع، اقدامات مرمتی توسط شخص ثالث در فاصله بین تخریب و صدور قرار جبران خسارت، میزان خسارت مادی و معنوی را که در اصل از طرف مقصر به وجود آمده و افکار جامعه جهانی را مخدوش و باعث آزار آن شده است، تغییر نمی‌دهد و مخالف

1. ICC, Prosecutor v. Al Mahdi, ICC-01/12-01/15-236, Judgment, para. 28.

2. ICC, Prosecutor v. Al Mahdi, ICC-01/12-01/15-190-Red-tENG, para. 110.

3. ICC, Prosecutor v. Al Mahdi, ICC-01/12-01/15-191-Red-tENG, p. 23.

اصل شخصی بودن جرم و مجازات نیز تلقی می‌گردد.

در مورد انواع و شیوه‌های جبران خسارت با توجه به اینکه بناهای مزبور به کل جامعه تیمبوکتو تعلق داشته است، شعبه معتقد بود که بهترین نوع جبران خسارت باید از رهگذر اتخاذ اقداماتی جهت حفاظت و نگهداری بناها تأمین شود و ناظر به جبران آسیب‌های ناشی از تخریب ایجاد شده باشد. این شعبه با ذکر اقدامات مرمتی صورت گرفته از سوی یونسکو، این نکته را مورد توجه قرار داد که روش مناسب و صحیح جبران خسارت، اقداماتی خواهد بود که با هدف احیای اماکن تحت حمایت و تضمین عدم تکرار حملات علیه آن‌ها انجام می‌پذیرد.^۱ در نهایت، شعبه المهدی را به پرداخت هزینه‌های مرمت میراث جهانی تیمبوکتو محکوم نمود.

۲. عوامل مؤثر در کیفردهی مرتکبان جنایت علیه میراث فرهنگی در

پرتو رویه دیوان کیفری بین‌المللی

برای نیل به اهداف بنیادین حقوق بین‌الملل که شامل برقراری عدالت و نظم و آرامش در جهان است، اصول صریح و روشنی وجود دارد که با در نظر گرفتن مجموعه آن‌ها می‌توان به این مهم دست یافت. اما متأسفانه در رویه موجود در حقوق بین‌الملل کیفری و به ویژه در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، بسیاری از این اهداف و اصول، مغفول مانده و در عادلانه بودن آن‌ها تردید جدی وجود دارد.

مؤلفه‌های مؤثر در کیفردهی مرتکبان جنایت بین‌المللی در ماده ۷۸ اساسنامه و قاعده ۱۴۵ آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی به نحو غیر حصری ذکر شده است. رویه دیوان کیفری بین‌المللی نشان می‌دهد که دفتر دادستانی در اظهارات خود راجع به تعیین کیفر و شعب بدوی و تجدیدنظر در زمان صدور کیفر، از الگوی یکسانی در بیان مؤلفه‌های مزبور پیروی نکرده‌اند که این موضوع در پرونده دادستانی علیه المهدی نیز قابل مشاهده است. دفتر دادستانی در اظهارات خود راجع به تعیین کیفر المهدی اشعار داشت: «مجازات متناسب باید شدت جنایت، اوضاع و احوال شخصی

1. ICC, Prosecutor v. Al Mahdi, ICC-01/12-01/15-236, para. 67.

متهم و کیفیات مخفیه و مشدده را منعکس نماید» و در این راستا ماهیت جرم، مدت زمان طولانی ممنوعیت بین‌المللی تخریب میراث فرهنگی، میزان خسارات وارده و شرایط مربوط به روش، زمان و مکان را به عنوان عناصر شدت جنایت، میزان مشارکت و قصد متهم و سن، تحصیلات و شرایط اجتماعی و اقتصادی وی را در ذیل بحث اوضاع و احوال شخصی المهدی و در نهایت پذیرش مجرمیت، ابراز ندامت و همکاری با دادگاه را به عنوان عوامل مخفیه و سوءاستفاده از قدرت و اختیارات رسمی، ماهیت تبعیض‌آمیز رفتار ارتكابی و وجود قربانیان متعدد را از عوامل تشدید کیفر محسوب نمود. در نهایت، دیوان اقدام به تعیین مجازات حداقل نه سال حبس برای المهدی نمود و پرونده او به عنوان اولین و تنها مجرم بین‌المللی شناخته شد که در یک دادگاه بین‌المللی، نه به اتهام جرایم علیه اشخاص، بلکه صرفاً و منحصرأً به خاطر جرایم علیه اموال یعنی جنایت جنگی (جنایت علیه میراث فرهنگی) مورد محاکمه قرار گرفت (سلیمی، ۱۳۹۹: ۵۸).

با این حال، شعبه بدوی با ذکر این اصل بنیادین کیفردهی در محاکمات کیفری بین‌المللی، که هر عاملی که در احراز شدت جرم یا اوضاع و احوال شخصی متهم لحاظ شده باشد، نباید به عنوان کیفیات تشدید یا تخفیف کیفر در نظر گرفته شود، از الگوی تفصیلی مؤلفه‌های مؤثر در تعیین کیفر دفتر دادستانی پیروی ننموده و خود طرحی نو در انداخته است. با توجه به تطابق بیشتر رویکرد دفتر دادستانی با رویه پیشین فرایند کیفردهی دیوان کیفری بین‌المللی و اینکه شعبه بدوی راجع به بعضی از موارد مورد اشاره دادستانی به نحو سلبی یا ایجابی اظهار نظر ننموده است، الگوی دفتر دادستانی درباره مؤلفه‌های مؤثر در کیفردهی مرتکبان جنایت علیه میراث فرهنگی با ذکر عواملی که شعبه بدوی به تشخیص خود در تعیین مجازات لحاظ نموده است، مبنای بحث نگارندگان در تبیین و تحلیل بحث مؤلفه‌های کیفردهی خواهد بود.

۱-۲. شدت جنایت ارتكابی

بند ۱ ماده ۷۸ اساسنامه رم مقرر داشته است که دیوان در تعیین مجازات باید شدت جنایت را در نظر بگیرد.

دادستان دیوان کیفری بین‌المللی در گزارش ۱۶ ژانویه ۲۰۰۳ راجع به «وضعیت مالی» که در راستای بند ۱ ماده ۵۳ اساسنامه تهیه نمود، در مقام احراز معیارهای آستانه شدت با بیان اینکه هدایت عمدی حملات علیه بناهای تاریخی تیمبوکتو، نقض حمایت خاص اعطاشده به این آثار مقرر در پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو است و با استناد به تفسیر کمیته بین‌المللی صلیب سرخ مبنی بر اینکه میراث فرهنگی و معنوی اشیایی هستند که ارزش آن‌ها از مرزها فراتر رفته و ویژگی منحصر به فردی داشته و با تاریخ و فرهنگ بشریت مرتبط می‌باشند، چنین نتیجه گرفت:

«تخریب محوطه‌های تاریخی و مذهبی تیمبوکتو آن‌چنان شدید به نظر می‌رسد که اقدامات بیشتر توسط این دیوان را توجیه می‌نماید».^۱

پس از تأیید اتهامات المهدی از سوی شعبه مقدماتی، دادستانی در اظهارات خود راجع به تعیین مجازات اعلام نمود که ماهیت جنایت ارتكابی، نشان‌دهنده شدت آن است.

از نظر دادستانی، المهدی متهم به ارتكاب هدایت عمدی حملات علیه ده مورد از مهم‌ترین و مشهورترین اماکن فرهنگی تیمبوکتو است که علاوه بر اختصاص داشتن به مذهب، آثار تاریخی نیز بوده و اهداف نظامی محسوب نمی‌شوند؛ افزون بر اینکه تخریب آن‌ها به هیچ عنوان منطوق و مزیت نظامی یا امنیتی نداشته و تهاجمی مستقیم به هویت مذهبی، تاریخی و فرهنگی مردم تیمبوکتو بوده است.^۲ شعبه هشتم دادرسی نیز رویکرد مشابهی را در رسیدگی خود اتخاذ نمود.

بدیهی است که این رویکرد، جرایم علیه میراث فرهنگی را به زیرمجموعه‌ای از جرایم علیه اموال تنزل داده است؛ در حالی که باید توجه داشت که تخریب یک محوطه میراث فرهنگی که از قرن‌ها پیش بر جای مانده است و بخش مهمی از هویت یک گروه به شمار می‌رود، به اندازه تخریب یک بیمارستان مدرن ناخوشایند است.

-
1. Prosecutor of the International Criminal Court, Situation in Mali, Article 53(1) Report, 16 January 2013, paras. 155 and 160.
 2. Al Mahdi (ICC-01/12-01/15-13), Public redacted version of "Prosecution's submissions on sentencing", 22 July 2016, para. 17.

البته اگر به این موضوع توجه شود که هرچند هر دوی این ساختمان‌ها نقش‌های مهمی را ایفا می‌کنند، اما جایگزین کردن یکی از آن‌ها بسیار سخت‌تر و حتی غیر ممکن‌تر از دیگری است (Mucci, 2016: 420).

به باور دفتر دادستانی، حقوق بین‌الملل از ابتدای قرن بیستم میلادی، اموال فرهنگی را برای کل بشریت ارزشمند دانسته و حمله به آن را منع کرده است که این حمایت طولانی‌مدت حقوق بین‌الملل از اموال فرهنگی در جریان مخاصمات مسلحانه، شدت این جرم را مورد تأکید قرار می‌دهد. همسو با نظر دادستان دیوان کیفری بین‌المللی باید بیان داشت که حقوق بین‌الملل عرفی، متضمن مسئولیت کیفری شخصی به دلیل هدایت عمدی حملات علیه اموال فرهنگی در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و داخلی است. ممنوعیت تخریب اموال فرهنگی، افزون بر عرف بین‌المللی، در مواد ۲۷ و ۵۶ کنوانسیون لاهه راجع به مقررات و عرف جنگ زمینی مصوب ۱۹۰۷، ماده ۵ کنوانسیون لاهه در خصوص بمباران نیروهای دریایی در زمان جنگ مصوب ۱۹۰۷، کنوانسیون حمایت از اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه مصوب ۱۹۵۴ و پروتکل‌های الحاقی به آن، مواد ۵۳، ۷۷ و ۸۵ پروتکل الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو راجع به حمایت از قربانیان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی مصوب ۱۹۷۷ و ماده ۱۶ پروتکل الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو راجع به حمایت از قربانیان مخاصمات مسلحانه داخلی مصوب ۱۹۷۷ نیز مقرر و پیش‌بینی شده است.

دفتر دادستانی بنا بر قاعده (ج)(۱) ۱۴۵ آیین دادرسی و ادله، آسیب واردشده به بزه‌دیدگان، ماهیت رفتار غیر قانونی و وسیله به کار گرفته‌شده در ارتکاب جنایت را نیز در قالب مؤلفه «میزان خسارت وارده»، از عوامل نشانگر شدت جنایت ارتكابی المهدی تلقی نمود. تخریب بناهای مذهبی و تاریخی نه تنها آسیب به قلب مذهب، تاریخ، فرهنگ و هویت مردم تیمبوکتو که به دلیل دارا بودن ارزش استثنایی جهانی، خسارانی برای بشریت محسوب شد.

در نهایت، روش، زمان و مکان ارتکاب جنایت جنگی هدایت‌عامدانه حملات علیه میراث جهانی تیمبوکتو به شدت آن افزود. این حمله در روشنایی روز طی یک دوره تقریباً دو هفته‌ای صورت گرفت که این امر نه تنها حاکی از این است که حمله

به طور هدفمند و با قصد و نیت قبلی اتفاق افتاده است، بلکه ماهیت طراحی شده حمله نیز درد و رنج مردم متأثر را که مجبور بودند شاهد ویرانی اماکن دیگر باشند، طولانی‌تر نمود؛ در حالی که آن‌ها به خاطر اماکن تخریب شده در روزهای قبل داغدار بودند.

۲-۲. اوضاع و احوال شخصی متهم

اوضاع و احوال شخصی متهم به عنوان عاملی بسیار مهم در تعیین کیفر بر مبنای نتایج حقوقی و موضوعی هر پرونده تعیین می‌گردد.^۱ دفتر دادستانی میزان مشارکت و قصد المهدی و همچنین سن، تحصیلات، شرایط اجتماعی و اقتصادی وی را به عنوان عامل اوضاع و احوال فردی در کیفردهی محسوب نمود.

در باب میزان مشارکت در ارتکاب جنایت، المهدی به عنوان رئیس نهاد حسبه در تمامی مراحل این حمله از جمله شناسایی اماکنی که مردم فرایض فرهنگی و دینی منع شده از سوی اشغالگران تیمبوکتو را انجام می‌دادند، پذیرش و اجرای دستور تخریب آرامگاه‌ها، تعیین ترتیب تخریب ساختمان‌ها، حضور در کلیه اماکن موضوع تخریب، نظارت بر مرتکبان جنایت مورد اتهام، تهیه ابزار لازم برای تخریب همچون بیل و کلنگ، استفاده از بودجه حسبه برای خرید تجهیزات مورد نیاز، تدارک غذا و نوشیدنی مرتکبان، مشارکت فیزیکی در حداقل پنج مورد از تخریب اماکن مذهبی، تعیین شیوه تخریب، حمایت معنوی از تخریب و در نهایت توجیه دلایل آن در رسانه‌های گروهی، دارای نقش فعال بوده است که این امر بیانگر مجرمیت المهدی بوده و باید در مجازات وی منعکس شود.^۲ افزون بر این به باور دادستانی، المهدی بنا بر مدارک موجود با قصد و علم کامل مبادرت به تخریب اماکن مذهبی نموده است. اینکه المهدی خود یکی از بومیان تیمبوکتو بوده و رصد فرایض مذهبی در گورستان‌های محلی پیش از حمله و تحقیقات او در زمینه مسائل حقوقی مربوط، تردیدی بر جای نمی‌گذارد که از مقاصد مذهبی ساختمان‌ها آگاهی داشته است. اظهارات علنی یا

1. Katanga (ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 23 September 2013, p. 61.
2. Al Mahdi (ICC-01/12-01/15-13), Public redacted version of "Prosecution's submissions on sentencing", 22 July 2016, paras. 43 and 44.

عمومی متهم در زمان تخریب که بیش از دو هفته به طول انجامید و وی فرصت بازنگری در افکار و اهداف خود و در نتیجه توقف عملیات را دارا بود، برای تأیید و توجیه آن‌ها یکی از علم و قصد وی است.

افزون بر این، بنا بر قاعده (ج) (۱) ۱۴۵ آیین دادرسی و ادله، دیوان هنگام تصمیم‌گیری در مجازات باید «سن، تحصیلات، شرایط اجتماعی و اقتصادی» متهم را لحاظ نماید. از نظر دادستانی، سن و شرایط اقتصادی المهدی تأثیر فراوانی بر مجرمیت وی ندارد؛ اما تحصیلات مجرمیت آمر را شدیدتر می‌سازد. المهدی شخصی کاملاً باسواد بوده که توانایی درک عواقب رفتار خویش را داشته است. در مورد شهرتش به عنوان محقق اسلامی همین قدر بس که رهبران گروه‌های مسلح به محض اشغال تیمبوکتو در جستجوی وی برآمده و راجع به تأسیس نهاد حسبه و دادگاه اسلامی با او مشورت نمودند. دفتر دادستانی در مورد شرایط اجتماعی وی نیز خاطرنشان ساخت که او متأهل و دارای فرزندان متعددی است که از این لحاظ، شرایط وی قابل مقایسه با دیگر متهمانی است که وضعیت خانوادگی‌شان تأثیر چندانی بر مجازات نداشته یا بی‌اثر بوده است. چنان که ملاحظه می‌شود، دفتر دادستانی فقط سطح تحصیلات المهدی را در میزان کیفر او مؤثر دانست و اعتباری برای سن، شرایط اقتصادی و اجتماعی قائل نگردید.

۳-۲. کیفیات مخفیه کیفر

بنا بر قاعده ۱۴۵ آیین دادرسی و ادله، دیوان باید در هنگام تصمیم‌گیری راجع به کیفر مرتکبان جنایت بین‌المللی، کیفیات مخفیه را لحاظ نماید.

در این راستا، شعبه دادرسی باید بر اساس معیار اثباتی «توازن احتمالات» که مبتنی بر رواداری با متهمان است، از وجود عوامل تخفیف کیفر اطمینان یابد. بنابراین همین که احتمال وجود کیفیات مزبور از احتمال نبود آن پیشی گیرد، حکم به وجود عوامل تخفیف کیفر داده خواهد شد.

کیفیات مخفیه لزوماً در ارتباط مستقیم با جرم ارتكابی نیست، هرچند در هر حال باید به طور مستقیم با شخص متهم مرتبط باشد.

۲-۳-۱. پذیرش مجرمیت

پذیرش مجرمیت یا معامله اتهام، فرایندی است که بر اساس آن دادستان پیشنهاد تبدیل عنوان اتهامی به اتهام مناسب‌تر یا کاهش شمار اتهام‌ها یا کاهش کیفر را به متهم یا وکیل وی می‌دهد و در برابر، متهم انجام رفتار بزهکارانه‌ای را که به وی نسبت داده شده است، به گردن می‌گیرد (عباسیان و عالیپور، ۱۳۹۴: ۷۰۰). پذیرش مجرمیت یا معامله در اتهام به عنوان یکی از کیفیات تخفیف کیفر، از نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا وارد سایر نظام‌های حقوقی ملی و سپس نظام حقوقی بین‌المللی گردیده است. پذیرش مجرمیت، جایگاه و نقش مهمی در فرایند کیفردهی مرتکبان جنایت بین‌المللی در محاکمات دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق ایفا کرده است (حصاریولادی و همکاران، ۱۳۹۶: ۹۴).

شعبه دوم دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی نیز در رسیدگی به اتهامات جرمن کاتانگا، پذیرش مجرمیت را به عنوان عاملی که به طور مستقیم با جرم مورد اتهام مرتبط نیست، از کیفیات مخففه محسوب نمود.^۱

با این حال، پرونده المهدی نخستین پرونده‌ای است که در آن، متهم مجرمیت خود را پذیرفت. شعبه بدوی از فرصت پدیدآمده استفاده کرد و برای نخستین بار در محاکمات صورت گرفته در دیوان کیفری بین‌المللی، منشأ و اهداف نهاد اقرار به مجرمیت موضوع ماده ۶۵ اساسنامه را تشریح نمود. این شعبه در ادامه برای ارزیابی این موضوع که آیا «پذیرش مجرمیت مبتنی بر واقعیت پرونده است» یا خیر، شهادت سه تن از شهود را استماع و اسناد و مدارک تکمیلی ارائه‌شده از سوی دادستان را که مورد قبول متهم بود، مورد بررسی قرار داد و توجه خاصی به این موضوع مبذول داشت که آیا این ادله صرف نظر از پذیرش متهم، می‌تواند واقعیات پرونده را اثبات نماید یا خیر؟ افزون بر این، شعبه متذکر گردید که المهدی به صورت شفاهی و کتبی تأیید نموده که ماهیت جرم انتسابی و نتایج ناشی از پذیرش مجرمیت را که داوطلبانه و پس از مشورت

1. ICC, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on Sentence Pursuant to Article 76 of the Statute, 23 May 2014, para. 32.

کافی با وکیل مدافعش صورت گرفته است، درک و از حقوق خود راجع به انکار مجرمیت و درخواست از دادستان برای اثبات اتهامات و رای هر گونه شک و تردید در محاکمه عمومی، عدم اقرار به مجرمیت و اختیار سکوت، طرح دفاعیات برای رد مسئولیت کیفری و ابراز ادله قابل استماع در محاکمه عمومی، تحقیق از شهود مقابل خود و تجدیدنظر از محکومیت یا مجازات مشروط بر اینکه مجازات از میزان توصیه شده فراتر نرود، صرف نظر نموده و مسئولیت کیفری شخصی اش را به دلیل اتهام وارده می پذیرد.^۱ در نهایت، این شعبه پذیرش مجرمیت را عامل تخفیف محسوب نموده و برای آن اهمیت و اعتبار اساسی قائل گردید.

۲-۳-۲. همکاری با دفتر دادستانی و دادگاه

همکاری با دادستان همواره در محاکم کیفری بین المللی از موجبات تخفیف کیفر محسوب شده است. از نظر دادستانی، مطابق رویه قضایی دادگاه کیفری بین المللی برای یوگسلاوی سابق، همکاری باید «اساسی، کامل و بی قید و شرط» باشد و به همکاری کمتر از میزان اساسی در هنگام تعیین کیفر، اهمیت ناچیزی باید داده شود. بنابراین متهم کاتانگا مستحق تخفیف مجازات نیست؛ چرا که رفتار وی در فرایند دادرسی، امری عادی است که از هر شخصی که در محضر دادگاه حضور می یابد، انتظار می رود. در مقابل، شعبه بدوی با اذعان به اینکه بر خلاف آیین دادرسی و ادله دادگاه مزبور که تصریح به همکاری اساسی متهم با دادگاه برای برخورداری از تخفیف کیفر دارد، قاعده ۱۴۵ قواعد دادرسی و ادله دیوان، اساسی بودن همکاری را شرط نمی داند، مقرر داشت که همکاری چنانچه اساسی هم نباشد، موجب تخفیف در کیفر است، گرچه هر میزان که این همکاری اساسی تر باشد، تأثیر بیشتری در بهره مندی متهم از تخفیف مجازات خواهد داشت.^۲

1. ICC, The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15, Judgment and Sentence, 27 September 2016, paras. 29-30.
2. ICC, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on Sentence Pursuant to Article 76 of the Statute, 23 May 2014, paras. 122-126.

تردیدی در «اساسی بودن» همکاری المهدی با دفتر دادستانی که تبیین زوایای گوناگون جنایت ارتكابی در شمال مالی و تعقیب مرتکبان آن در دیوان کیفری بین‌المللی^۱ از جمله نتایج آن می‌باشد، نیست.

۳-۳-۲. ابراز ندامت و همدلی با بزه‌دیدگان

رویه قضایی بین‌المللی، ابراز پشیمانی و ندامت از ارتكاب جنایت بین‌المللی و همدلی با بزه‌دیدگان این جنایت را از کیفیات تخفیف کیفر دانسته است. با این حال بنا بر رویه این دادگاه، ابراز ندامت باید واقعی و صادقانه باشد تا موجب تخفیف در کیفر گردد.^۲ مهم می‌تواند ندامت صادقانه خود را بدون پذیرش نقش و مشارکتش در ارتكاب جنایت ابراز دارد.^۳ دیوان کیفری بین‌المللی نیز در احتساب ندامت صادقانه و احساس همدلی با بزه‌دیدگان به عنوان عامل تخفیف، رویکرد مشابهی اتخاذ نموده است. شعبه بدوی این دیوان در رسیدگی به اتهامات کاتانگا مقرر داشت که در باب

۱. برای نمونه، پیرو اطلاعات به دست آمده از المهدی در مورد هویت مرتکبان جنایت جنگی تخریب میراث فرهنگی تیمبوکتو، در ۲۷ مارس ۲۰۱۸ قرار جلب «الحسن العبد و العزیر» صادر و وی در ۴ آوریل ۲۰۱۸ در نزد قاضی شعبه مقدماتی حاضر گردید.

(ICC, The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18, Transmission to the Presidency of the Record of the Proceedings, Including the Decision on the Confirmation of Charges Against Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 20 November 2019).

در قضیه دادستان علیه الحسن، شعبه مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی در تأیید اتهامات وارده توسط دادستانی اعلام داشت که بر اساس مدارک تقدیم شده، دلایلی قوی مبنی بر ارتكاب جنایت جنگی هدف قرار دادن میراث فرهنگی تیمبوکتو توسط اعضای گروه مسلحانه انصارالدین و القاعده وجود داشته است. شعبه مقدماتی اعلام داشت که این اعمال در چهارچوب یک مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی ارتكاب یافته است.

(To Read More Cf. Cour Penal International, Le Procureur C. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 13 November 2019, para. 976).

2. ICTY, Prosecutor v. Jokić, IT-01-42/1-A, Appeals Judgment, 30 August 2005, para. 89.
3. ICTY, Prosecutor v. Mitar Vasiljević, IT-98-32-A, Appeal Judgment, 25 February 2004, para. 177.

کیفیات مخففه، عواملی همچون ابراز ندامت صادقانه را که به طور مستقیم با جنایت مرتبط نیستند، مدنظر قرار خواهد داد. افزون بر این از نظر شعبه:

«در حالی که احساس همدلی با بزه‌دیدگان همچنین می‌تواند در زمره کیفیات مخففه باشد،^۱ اما باید در نظر داشت که این عامل همسنگ ندامت صادقانه نیست؛ موضوعی که در ذهن شعبه باقی خواهد ماند تا در هنگام کیفردهی وزن و اعتبار کمتری به آن اعطا نماید».

به همین دلیل به باور شعبه، اظهارات کاتانگا منجر به همدلی با بزه‌دیدگان نشده، بنابراین نمی‌تواند به عنوان عامل مخففه محسوب شود.^۲ دفتر دادستانی در پرونده المهدی تنها به ابراز ندامت صادقانه اشاره کرد که در جریان پذیرش مجرمیت می‌تواند اقدام مهمی در جهت شناسایی و کفایت مذاکرات برای بزه‌دیدگان محسوب شده و صلح و آشتی را ترویج نماید. نهاد مزبور در رویکردی متفاوت با دادگاه یوگسلاوی سابق بیان نمود:

«ابراز همدردی و تأسف بدون پذیرش مسئولیت یا تقصیر، از شرایط تخفیف در نظر گرفته نمی‌شود؛ گرچه ممکن است ملاحظاتی در تعیین کیفر را موجب گردند».

و در نهایت، شناسایی ابراز ندامت به عنوان عامل مخففه را منوط به درخواست المهدی نمود. علی‌رغم این امر، شعبه دادرسی ابراز ندامت و احساس همدردی المهدی با بزه‌دیدگان را عامل مهم و اساسی در تخفیف مجازات دانست. این شعبه، پیشنهاد جبران هزینه‌های مربوط به مرمت درب مسجد از سوی المهدی به امام جمعه مسجد سیدی یحیی را نشانه‌ای بر احساس همدردی با بزه‌دیدگان تلقی و در تعیین

۱. شعبه تجدیدنظر دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در پرونده اشتروگار مقرر داشت: «غیر از بیان ندامت، متهم ممکن است همچنین همدلی خود را با بزه‌دیدگان جنایتی که متهم به ارتکاب آن است، ابراز دارد. گرچه این امر منجر به ندامت نمی‌گردد، با این حال می‌تواند به عنوان عامل مخففه در نظر گرفته شود. ابراز احساس همدلی در رویه این دادگاه و دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا به عنوان کیفیت مخففه کیفر پذیرفته شده است» (Strugar, 2005, para. 366).

2. ICC, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on Sentence Pursuant to Article 76 of the Statute, 23 May 2014, paras. 32 and 121.

مجازات لحاظ کرد.^۱

۲-۳-۴. اکراه در ارتکاب جرم و روش اجرا

بند ۲ قسمت الف قاعده ۱۴۵ آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی، اکراه در ارتکاب جرم به عنوان «کیفری که خفیف‌تر از درجه‌ای هستند که مانع مسئولیت کیفری شوند» را از عوامل تخفیف کیفر محسوب کرده است. در این راستا، شعبه بدوی دیوان، بی‌میلی اولیه المهدی در تخریب آرامگاه‌های تاریخی تیمبوکتو را اکراه درونی تلقی کرده و در تعیین کیفر به آن اعتبار بخشید. در واقع از نظر دیوان، خود شخص المهدی رضایت به انجام تخریب نداشته، ولی شرایط حاکم بر رویکرد تفکر، او را علی‌رغم میل درونی به این کار وادار نموده است. به بیان دیگر، عدم رضایت اولیه او به نوعی اکراه درونی بوده که ناشی از فشار بیرونی و خواسته عمومی همفکران او منجر به اقدام مخربانه علیه اماکن مورد نظر شده است. از نظر شعبه:

«المهدی علی‌رغم پذیرش تصمیم اتخاذشده برای تخریب اماکن و نقش تمام و کمال وی در ارتکاب آن، در ابتدا تمایلی به تخریب آن‌ها نداشته است. این شعبه یادآوری می‌کند که بنا بر یافته‌هایش، المهدی با مشاهده اعمال مردم تیمبوکتو اظهار نموده است که حتی اگر جامعه اسلامی به طور گسترده بپذیرد که این اعمال ممنوع هستند، باز ترجیح بر این است که آرامگاه‌ها تخریب نشوند تا روابط حسنه با مردم تیمبوکتو حفظ شوند».^۲

شعبه مزبور افزون بر اکراه، روش ارتکاب جنایت جنگی تخریب میراث جهانی تیمبوکتو را نیز موجب تخفیف در کیفر دانست. المهدی به جز تخریب درب مسجد سیدی یحیی که پیشنهاد استفاده از بولدوزر را مطرح کرد، در تمام اماکن دیگر با کاربرد بولدوزر مخالف بود تا به مقبره‌های نزدیک آرامگاه‌ها آسیب نرسد. بنابراین توصیه وی به عدم استفاده از بولدوزر باید عامل مخففه در نظر گرفته شود.^۳

به نظر می‌رسد رویکرد شعبه بدوی در تلقی بی‌میلی اولیه المهدی در تخریب اماکن

1. Al Mahdi (ICC-01/12-01/15), Judgment and Sentence, 27 September 2016, paras. 101-10.

2. Ibid., para. 89.

3. Ibid., para. 93.

مذهبی تیمبوکتو با توصیه به عدم استفاده از بولدوزر به عنوان کیفیات مخففه که دفتر دادستانی در اظهارات خود راجع به تعیین مجازات، ذکری از آن‌ها به میان نیاورده بود، بر خلاف حقایق موضوع پرونده و ناشی از تمایل شدید شعبه برای صدور مجازات سبک به لحاظ پذیرش مجرمیت و همکاری اساسی المهدی است؛ وگرنه خطبه‌ها و سخنرانی‌های پرشور المهدی به عنوان رئیس نهاد حسبه در باب لزوم تخریب آرامگاه‌های تاریخی و ممانعت از حضور مردم در این اماکن به بهانه ممنوعیت بت‌پرستی در شریعت اسلام، اکراه در ارتکاب جنایت را به ذهن متبادر نمی‌سازد.

۲-۴. کیفیات مشدده کیفر

کیفیات تشدید کیفر عواملی هستند که با جنایت مورد اتهام یا شخص متهم ارتباط مستقیم دارند. معیار اثبات وجود این کیفیات، حصول علم قطعی، یقینی و اقناع‌کننده در دادرس محکمه است؛ معیاری که در حقوق کامن‌لا از آن با عنوان «به دور از هر گونه شک معقول»^۱ یاد می‌شود. دفتر دادستانی در اظهارات خود راجع به تعیین مجازات، سه فقره عامل تشدید را احراز نمود.

دفتر دادستانی بنا بر قاعده (۱)(ب)(۲) ۱۴۵ آیین دادرسی و ادله که «سوءاستفاده از قدرت یا موقعیت شغلی» را از جمله کیفیات تشدید کیفر می‌داند،^۲ معتقد بود که متهم المهدی به عنوان یک بومی تیمبوکتو که اهمیت مذهبی، تاریخی و فرهنگی قابل ملاحظه ساختمان‌های مورد حمله قرارگرفته را درک می‌کرد، به تصمیم تخریب آرامگاه‌ها و درب مسجد سیدی یحیی گردن نهاده و از مقام خود برای سازمان‌دهی و اجرای حمله و نیز توجیه عمومی آن استفاده کرده و مشارکت وی به عنوان مقام مذهبی مورد احترام و رئیس نهاد حسبه، موجب حمایت معنوی مرتکبان شده است. بنابراین رفتار متهم

1. Beyond reasonable doubt.

۲. شعبه تجدیدنظر دیوان در پرونده لوبانگا مقرر داشته است: «صرف داشتن موقعیتی با قدرت و اختیارات کافی، موجب مجازات بیشتر نیست؛ با این حال، شخصی که از اختیارات خود سوءاستفاده نموده یا به‌طور غیر صحیح اعمال می‌کند، مستحق مجازات شدیدتری است»

(ICC, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 A 5, Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014, para. 82).

برای اینکه اعمال ناصحیح اختیارات محسوب شود، فراتر از داشتن موقعیتی با اختیارات مربوط بوده و شعبه رسیدگی کننده باید آن را به عنوان عامل مشدده در نظر بگیرد. در قضیه المهدی، شعبه درباره گستردگی عمل تأکید می‌کند که در مجموع ۱۰ مکان به طور کامل تخریب شده که حملات به نحو دقیق برنامه‌ریزی شده و ۱۰ روز زمان برده و همراه با انعکاس رسانه‌ای گسترده بوده است (سلیمی، ۱۳۹۸: ۱۸۳).

با این حال، شعبه بدوی هیچ کدام از عوامل مشدده مورد نظر دادستانی را نپذیرفت. این شعبه در هماهنگی با رویه قضایی شعبه تجدیدنظر اظهار داشت صرف اینکه المهدی در این مقام و جایگاه، دست به ارتکاب جنایت زده است، نمی‌تواند به عنوان عامل تشدید در نظر گرفته شود. افزون بر اینکه وی به عنوان رئیس نهاد حسبه، ابتدا با تخریب ساختمان‌های مذهبی تیمبوکتو مخالف بوده است. تأثیر گسترده جرم ارتكابی و ماهیت مذهبی حملات نیز به دلیل اینکه در ارزیابی از شدت جنایت لحاظ شده بود، به عنوان کیفیات تشدید در کیفردهی المهدی محاسبه نگردید.^۱ این امر منطبق با رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی است. بنا بر این رویه، عواملی که در زمان ارزیابی شدت جنایت لحاظ می‌گردند، نباید به عنوان کیفیت مشدده نیز در نظر گرفته شوند.^۲

نتیجه‌گیری

حقوق بین‌الملل برای خود شیوه و الگویی خاص در صدور احکام مجازات پدید نیاورده است و ناگزیر باید از تجربه نظام‌های قضایی داخلی الهام بگیرد. در مقام تحمیل مجازات، لازم است که دادگاه حتماً تأمین اهدافی چون سزادهی و تنبیه، حفاظت از جامعه، تشفی خاطر و ترمیم خسارت مجنی‌علیهم، بازدارندگی عمومی و نیز انگیزه ارتکاب جرم را مورد توجه قرار دهد. جامعه جهانی هزینه و نیروی انسانی زیادی را برای محاکمه و مجازات جنایتکاران بین‌المللی صرف می‌کند و از اعمال مجازات، اهدافی بسیار متعالی را مدنظر دارد که همگی در مجموع در راستای برقراری

1. Ibid., paras. 86-88.

2. ICC-01/05-01/08-3399, para. 14; ICC-01/04-01/07-3484, para. 35; ICC-01/12-01/15, para. 70.

عدالت و نظم و آرامش در جهان هستند. در مورد اهداف کیفر در حوزه جرایم علیه میراث فرهنگی می‌توان دو رویکرد سنتی و نوین را در کیفردهی به ویژه در سطح بین‌المللی مورد توجه قرار داد. هرچند که توجه به هر دو رویکرد، امری مهم و بااهمیت محسوب می‌گردد، ولیکن اهداف نوین با توجه به خصیصه‌های حاکم بر میراث فرهنگی، قابل توجه‌تر خواهد بود. اهداف کیفر در رویکرد سنتی شامل سزادهی، بازدارندگی و بازپروری، و اهداف کیفر در رویکرد نوین شامل کارکردهای بیانی و پیام‌محور بودن کیفر و همچنین کارکرد ترمیمی و جبرانی آن توجه می‌شود. هرچند که اهداف سنتی ارکان مختلف دیوان همچون دفتر دادستانی و شعب بدوی و تجدید نظر از آغاز فرایند تعقیب، محاکمه و مجازات مرتکبان جنایات بین‌المللی تلاش نموده‌اند با تفسیری منطبق با ماهیت و فلسفه کیفر از اساسنامه رم و بهره‌گیری از رویه قضایی محاکم کیفری بین‌المللی، اهداف کیفر را شناسایی و بر مبنای آن برای اشخاص محکوم کیفر مناسبی را تعیین نمایند که افزون بر برآورده ساختن اهداف، بازتاب‌دهنده شدت جنایت و میزان مجرمیت آنان باشد، کارکرد و هدف سزادهی مهم‌ترین جایگاه را در سامانه کیفرها در محاکم کیفری بین‌المللی از جمله دیوان کیفری بین‌المللی داشته و سزادهی نسبت به افرادی که به خاطر نقض شدید حقوق بین‌الملل بشردوستانه محکوم گردیده‌اند، اندیشه و رویه غالب است. در این راستا، دفتر دادستانی و شعبه بدوی دیوان در مقام رسیدگی به جنایات ارتكابی المهدی، بر این دو هدف تأکید نمودند. در خصوص تعیین کیفر و تأثیر کیفیات مخففه و مشدده کیفر نیز دیوان کیفری بین‌المللی، ماهیت جرم، مدت‌زمان طولانی ممنوعیت بین‌المللی تخریب میراث فرهنگی، میزان خسارات وارده و شرایط مربوط به روش، زمان و مکان را به عنوان علل تشدید در نظر گرفته و میزان مشارکت و قصد متهم و سن، تحصیلات و شرایط اجتماعی و اقتصادی وی را در ذیل بحث اوضاع و احوال شخصی متهم، و در نهایت پذیرش مجرمیت، ابراز ندامت و همکاری با دادگاه را به عنوان عوامل مخففه در نظر گرفته است.

رویه دیوان کیفری بین‌المللی نشان می‌دهد که دفتر دادستانی در اظهارات خود راجع به تعیین کیفر و شعب بدوی و تجدید نظر در زمان صدور کیفر، از الگوی یکسانی

در بیان مؤلفه‌های مزبور پیروی نکرده‌اند که این موضوع در پرونده دادستانی علیه المهدی نیز قابل مشاهده است. با این حال، شعبه بدوی با ذکر این اصل بنیادین کیفردهی در محاکمات کیفری بین‌المللی که «هر عاملی که در احراز شدت جرم یا اوضاع و احوال شخصی متهم لحاظ شده باشد، نباید به عنوان کیفیات تشدید یا تخفیف کیفر در نظر گرفته شود»، از الگوی تفصیلی مؤلفه‌های مؤثر در تعیین کیفر دفتر دادستانی پیروی ننموده و خود طرحی نو در انداخته است. مهم‌ترین تکلیف جامعه جهانی، چنانچه به هر دلیلی نتواند با توسل به اقدامات تأمینی، رفتارها و اعمال زیانبار ارتكابی علیه میراث فرهنگی را ممانعت یا متوقف نماید، همان اتخاذ اقدامات و تدابیر ترمیمی برای مرمت و بازسازی میراث مزبور است. به دیگر سخن، نظام عدالت کیفری بین‌المللی نباید به تعقیب، محاکمه و مجازات مرتکبان جنایت بین‌المللی علیه میراث فرهنگی بسنده کرده و مأموریت خود را خاتمه‌یافته بداند.

کتاب‌شناسی

۱. جعفری، فریدون، «ارزیابی چالش‌های نظری و فلسفی دیوان کیفری بین‌المللی»، *فصلنامه مطالعات راهبردی سیاستگذاری عمومی*، سال چهارم، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۹۲ ش.
۲. حاجی ده‌آبادی، محمدعلی، و احسان سلیمی، «مبانی، اصول و سازوکارهای اجرایی مدل کیفرگذاری هدفمند»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال هشتم، شماره ۲۹، زمستان ۱۳۹۸ ش.
۳. حصارپولادی، فاطمه، مهین سبحانی، و مجتبی جانی‌پور، «بررسی شرایط و آثار معامله اتهام در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، سال چهاردهم، شماره ۱۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۶ ش.
۴. ذاکر حسین، محمدهادی، «نظریه "تعقیب موضوعی" به عنوان معیار سنجش شدت و اهمیت موضوع قابل تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی»، *دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، سال چهل و هشتم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۷ ش.
۵. سلیمی، صادق، «عوامل تخفیف مجازات در آرای دیوان بین‌المللی کیفری»، *دوفصلنامه پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی*، سال هشتم، شماره ۱۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۹ ش.
۶. همو، «عوامل تشدید مجازات در آرای دیوان بین‌المللی کیفری»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، سال شانزدهم، شماره ۱۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۸ ش.
۷. سیدزاده ثانی، سیدمهدی، زهرا فرهادی آلاشتی، «جبران خسارت تخریب میراث فرهنگی در دیوان کیفری بین‌المللی با نگاهی به پرونده المهدی»، *دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، سال چهل و نهم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۸ ش.
۸. صادقی، مهدی‌رضا، و سیدقاسم زمانی، «رویکرد دیوان کیفری بین‌المللی نسبت به اهداف مجازات»، *دوفصلنامه پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی*، سال هشتم، شماره ۱۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۹ ش.
۹. صالحی، جواد، «اعمال صلاحیت تکمیلی دیوان بین‌المللی کیفری در خشونت‌های داخلی در بستر بی‌ارادگی دولت کنیا»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، سال چهل و هشتم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۷ ش.
۱۰. عباسیان، عطیه، و حسن عالیپور، «ظرفیت‌های تعمیم نهاد معامله اتهام به نظام کیفری ایران»، *دوفصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، سال ششم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ ش.
۱۱. غلامی، حسین، *کیفرشناسی: کلیات و مبانی پاسخ‌شناسی جرم*، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۴۰۱ ش.
۱۲. غلامی، حسین، و امید رستمی غازانی، «زمینه‌های عدالت ترمیمی در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال دوم، شماره ۴، پاییز ۱۳۹۲ ش.
۱۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «بسترهای اجتماعی و حقوقی عدالت ترمیمی در ایران»، مقاله در: *دانش‌نامه عدالت ترمیمی*، مجموعه مقاله‌های همایش بین‌المللی عدالت ترمیمی و پیشگیری از جرم، زیر نظر محمد فرجیها، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش. (الف)
۱۴. همو، «جنایات بین‌المللی و جرم‌شناسی»، *دیباچه در: سمولرز، آلت، و رولف هاومن، جرم‌شناسی فراملی؛ به سوی جرم‌شناسی جنایات بین‌المللی*، ترجمه گروهی از پژوهشگران علوم جنایی، به کوشش حمیدرضا نیکوکار، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش. (ب)
۱۵. هالوی، گابریل، *کیفردهی آموزه‌ای مدرن*، ترجمه علی شجاعی، تهران، دادگستر، ۱۳۹۴ ش.

Books & Articles:

16. Jayaraman, Shiva, "The Destruction of Cultural Property at the International Criminal Court: The Prosecutor v. Al Mahdi", *International Immersion Program Papers*, V. 50, 2017.

17. Johnsen, Sandra Yvonn Ruud, *Wilful Destruction of Cultural Property as the Principal Charge before the ICC: The Al Mahdi Case and the Gravity Threshold for Admissibility*, Master thesis, The University of Bergen, 2017.
18. Lostal, Marina, "The Misplaced Emphasis on the Intangible Dimension of Cultural Heritage in the Al Mahdi Case at the ICC", *Inter Gentes - The McGill Journal of International Law & Legal Pluralism*, Vol. 1(2), 2017.
19. Mucci, Federica, "Short and Quickly Delivered, Yet Quite Full of Meaning: The International Criminal Court Judgment about the Intentional Destruction of Cultural Heritage in Timbuktu", *Italian Journal of Public Law*, Vol. 8(2), 2016.
20. Pinton, Simona, "The ICC Judgment in Al Mahdi: Heritage Communities and Restorative Justice in the International Criminal Protection of Cultural Heritage", *Seattle Journal for Social Justice*: Vol. 19(1), Fall 2020.
21. Sterio, Milena, "Individual Criminal Responsibility for the Destruction of Religious and Historic Buildings: The Al Mahdi Case", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 49(1), 2017.

Documents & Cases:

22. Cour Penal International, Le Procureur C. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 13 November 2019.
23. ICC, Situation in the Central African Republic in the Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 21 June 2016.
24. ICC, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest. Article 58, 10 February 2006.
25. ICC, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on Sentence Pursuant to Article 76 of the Statute, 23 May 2014.
26. ICC, Situation in the Republic of Mali in the Case of the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Case No. ICC-01/12-01/15, Judgment and Sentence, 27 September 2016.
27. ICC, Situation in the Republic of Mali in the Case of the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Case No. ICC-01/12-01/15, Public Redacted Version of "Prosecution's Submissions on Sentencing", 22 July 2016.
28. ICC, The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18, Transmission to the Presidency of the Record of the Proceedings, Including the Decision on the Confirmation of Charges Against Al Hassan Ag Abdoul

- Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 20 November 2019.
29. ICC, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 A 5, Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014.
 30. ICTR, Jean De Dieu Kamuhanda (Appellant) v. The Prosecutor (Respondent), Case No. ICTR-99-54A-A, Judgment of the Appeals Chamber, 19 September 2005.
 31. ICTY, Prosecutor v. Jokić, IT-01-42/1-A, Appeals Judgment, 30 August 2005.
 32. ICTY, Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Case No. IT-00-39-A, Judgment, 17 March 2009.
 33. Strugar, IT-01-42-T, Appeal Judgment, 31 January 2005, para. 366.

تأمل فلسفی آبر کامو در ردّ کیفر مرگ*

- احمد فلاحی^۱
- طاهر توحیدی^۲
- شایان اکبری^۳

چکیده

روود درد و رنج بر جسم و روان انسان و تبلور آن در تحمیل کیفر و شکل خاصی از آن به نام «اعدام»، همواره در گذر دوران، موضوع تأملات فلسفی در حوزه‌های مختلف بوده است؛ اینکه آیا ایراد شدیدترین حالت درد و رنج بر دیگری - در قالب کیفر مرگ - امری اخلاقی و موجه است؟ پاسخ به این پرسش در بیشتر موارد با تکیه بر کارکردهای این کیفر بیان شده یا چون «شرّی ضروری»،

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۳۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۰۸.

۱. استادیار حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان (نویسنده مسئول) (a.falahi@uok.ac.ir).
۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (tohidilaw@gmail.com).
۳. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (shayan.akbari@ut.ac.ir).

به کار بردن آن از روی ناچاری اعلام شده و درستی اخلاقی ماهیت آن، کمتر مورد توجه قرار گرفته است. آلبر کامو از جمله ادیبان و فیلسوفانی است که به این موضوع پرداخته و این مایه‌های انتقاد به مبانی حقوقی - اخلاقی کیفر مرگ را می‌توان در آثار متعدد او به نظاره نشست. در این مقاله با روشی استقرایی و با استفاده از روش تحلیل محتوا، دیدگاه انتقادی کامو به این کیفر بیان شده است. از نگاه او، اعدام قتل دگربار و این بار زیر لوای قانون بوده و نمی‌تواند مبنای حقوقی مستدل و قابل اعتمادی داشته باشد؛ به ویژه که چنین کیفری به گواهی تاریخ، ناتوان از تحقق کارکردهای توجیهی خویش بوده است. از دیدگاه کامو، ناروایی کیفر مرگ، به سبب ناسازگاری آن با مبانی فلسفی - اخلاقی حیات، عدم بررسی سنجه‌های دخیل در ارتکاب جنایت، تعارض با اصل شخصی بودن کیفر و غیر اخلاقی بودن ایراد درد و رنج بر انسان می‌باشد. کامو تحمیل تعددی درد و آزارِ برتافته از نمایش اعدام را به منزلهٔ سازماندهی مجدد «کشتن» دانسته و کیفرزدایی از آن را گامی در جهت حمایت از حیات انسانی می‌داند.

واژگان کلیدی: کامو، هستی، نیستی، رنج، اعدام.

مقدمه

صحبت درباره کیفر، بحث از یک صدمه است و کسی که آن را اجرا می‌کند نیز آگاه است که آسیبی را بر جسم و روان فرد محکوم به کیفر وارد می‌کند. همان گونه که بیان شده است، کیفر در ماهیت خود سزادهنده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۱: ۶۴۶) و کیفر با هر هدفی کیفرگذاری یا اجرا شود، یکی از ویژگی‌های آن، دردآوری و رنج‌دهندگی است. در میان کیفرها، اعدام شدیدترین حالت ایراد درد و رنج بر آدمی است. نظریه‌های مختلف، دلایل متعددی را برای توجیه این کیفر ذکر کرده‌اند که از آن جمله می‌توان به پیامدگرایی و سزاگرایی اشاره کرد؛ هر دو، توجیه این کیفر را از منظر اهداف و کارکردهای آن مورد بررسی قرار داده و به اخلاقی بودن یا نبودن ماهیت آن کمتر توجه کرده و ورود چنین رنجی را با تحمیل درد و رنج پیشینی محکوم بر افراد بی‌گناه، یا بر اساس پیامدهای نیک آن در تحقق خیر عمومی توجیه نموده‌اند. با توجه به اینکه اعدام، شدیدترین واکنش در ورود درد و رنج بر جسم و جان آدمی است، توجیه واقعی آن فراتر از هر احتمال و تردیدی، ضروری است. با اعدام، فرد از زمان پایان حیات خویش

آگاه شده و مجریان نیز آن را به نام قانون روا می‌دارند و همین امر، ضرورت استدلال معتبر فراتر از شک و گمان را می‌طلبد و به دیگر سخن، چنین اقدامی به استدلالی نیاز دارد که توان توجیه گذر از حیات آدمی را داشته باشد. جواز سلب حیات به نام قانون، از سوی نهادی که اعطاکننده حیات به انسان نبوده و یا حتی با توسل به نظریه کارگزاری، به سادگی قابل توجیه نیست، به شدت جای تأمل و پرسش دارد؛ چه اینکه جامعه، ودیعه‌دهنده گوهر حیات به آدمی نبوده، تا توان بازستانی آن را «به نام قانون» و در «پیمانی باهمادی» - که خود آماج شبهات و حجمه‌های متعدد قرار گرفته - داشته باشد.

از جمله اندیشمندانی که در قالبی ادبی - فلسفی به تحلیل مبانی کیفرگذاری و کیفردهی اعدام پرداخته است، آلبر کامو است.^۱ او یکی از برجسته‌ترین روشنفکران سده بیستم میلادی بوده که در اغلب آثار مکتوب خویش به ردّ مقوله «کشتن - سلب حیات» در تمام قالب‌های توجیهی آن برآمده است؛ به گونه‌ای که می‌توان گفت او به بازاندیشی قتل در لوای قانون پرداخته است. رد نمودن موضوع «کشتن» و تلاش کامو برای نقد کیفر گیتین، بدان جهت از اهمیت برخوردار است که او با توسل به همان موارد ادعایی موافقان اعدام، به ردّ منطقی آن همت گمارده است که این امر، نشان‌دهنده قدرت ادبی بزرگ است که به قول «ریچارد کمبر» توانسته بود با موفقیت، اندیشه‌های فلسفی را در قالب ادبی بریزد و بدین ترتیب شعور اخلاقی خوانندگان را بیدار سازد (کمبر، ۱۳۹۹: ۱۴). تلاش عمیق در ردّ کشتنی که زیر قبای قانون، بر مرتکب وامانده در حال اجرا بوده است، موجب شده که کامو با برشمردن نقایص فردی و فرافردی این کیفر، به انتقاد از آن همت گمارد. کامو به درستی با طرح پرسش، ذهن را به تکاپو انداخته و در صدد شنیدن پاسخ آن از زبان موافقان اعدام برآمده است:

«آیا جامعه، دست‌کم تا حدودی، مسئول جنایتی نیست که خود با این قاطعیت تنبیه می‌کند؟» (کامو، ۱۳۹۹ الف: ۴۸-۴۹).

۱. مُندوی الجزایر در نوامبر ۱۹۱۳ میلادی، شاهد تولد خالقِ افسانه سیزیف و برنده جایزه جهانی نوبل ادبیات، «آلبِر کامو» بود؛ الجزایر، سرزمین آفتاب و دریا، که علی‌رغم ثروت عظیمش، گرفتار طاعون فقر و اسیر چنگال استثمار فرانسه بود. مرگ پدر و ناشنوایی مادر، از همان اوان زندگی تا به دوران جوانی، سختی زندگی در تنهایی را به کامو آموختند. وی در ۱۹۵۷ به دریافت نشان نوبل نائل آمد و سه سال بعد و در همان اوان که در جستجوی پدر برآمده بود، در تصادف فاقد معنای ۱۹۶۰ میلادی جان باخت.

این پرسش، عطف به این عبارت کامو است:

«در وجود هر فرد گناهکاری، سهمی از بی‌گناهی هست و این حقیقتی است که هر محکومیت به مرگی را تحمل ناپذیر می‌کند» (همان: ۱۰).

آنچه واقعیت این امر را آشکار می‌سازد، این است که اهمیت مفهوم «همبستگی» نمایان گشته و «مسئولیت»، با زنده گشتن مفهوم «نقش در گناه مشترک و فقد معصومیت مطلق»، بر دوش تمام آنانی خواهد افتاد که تا کنون در طاق نسیان وارها شده بودند.

بررسی نوشته‌های کامو از منظر رویکرد فلسفی - کیفرشناختی دلایل متعددی دارد؛ نخست اینکه او همچون بسیاری دیگر از ادیبان، دغدغه‌ای اجتماعی دارد که با کارکردهای قانون به طور عام و قانون کیفری به صورت خاص، به سان پدیده‌ای اجتماعی پیوند می‌یابد؛ به ویژه آنکه «کارکرد ادبیات داستانی در حوزه حقوق و جرم‌شناسی به نگاه نقادانه به مسائل جامعه و کمبودها و کاستی‌های آن دامن می‌زند» (رستمی و مولایی، ۱۳۹۷: ۱۱۶)؛ امری که موجب می‌شود قانون‌گذاران در پرتو یک سیاست کیفری اخلاقی و کارآمد، اقدام به کیفرگذاری نمایند. همچنین نگاه کامو در برخی موارد به مقوله اعدام، از منظری جرم‌شناختی است. او بر این باور است که مرتکب، جرم را تحت تأثیر عواملی انجام می‌دهد و باید آن را علت‌شناسی کرد و به جای کیفر، علت ارتکاب جرم را از بین برد. در عین حال، او نگاهی کیفرشناختی نیز دارد و در *افسانه سیزیف*، به بی‌نتیجه بودن حبس و بیهودگی ناشی از اجرای آن اشاره می‌کند؛ اینکه فرد هر روز از بامدادان تا شامگاهان، کاری را انجام دهد که غیر از روزمرگی چیزی از آن منتج نیست. همچنین نوع نگاه کامو به واقعیت اجتماعی کیفر مرگ، دربرگیرنده اندیشه‌های جامعه‌شناختی کیفری است و جامعه‌شناسی کیفری، «شناسایی جایگاه اجتماعی نهادهای کیفر در اندیشه و درون مردمان جامعه و شناسایی پیامدهای کاربست این نهادها در زندگی اجتماعی است» (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۵: ۳-۱). در همین راستا، کامو به نقد کارکردهای اجتماعی کیفر مرگ از منظر طرفداران آن می‌پردازد. نقد و آسیب‌شناسی «نهادهای عدالت کیفری، نظام مجازات‌ها و روش‌های پاسخگویی در برابر جرم» (رستمی و جعفریان، ۱۳۹۷: ۱۴۲)، از دیگر موضوعات مورد توجه

در شناسایی رویکرد کیفی کامو به مجازات اعدام است. تأکید بر فرد و کاستن از درد و رنج انسان و پرسش از خشونت، هسته‌ی اساسی نوشته‌ها و تأملات کامو را تشکیل می‌دهد. او «همیشه پرسش‌هایی را از قبیل اینکه خشونت در چه حالتی موجه است و اینکه خشونت چه اهدافی را به صورت مشروع می‌تواند حمایت کند، طرح کرده است» (Davis, 2007: 108).

در راستای تحلیل دیدگاه فلسفی - اخلاقی کامو در ارتباط با کیفر مرگ، این نوشتار با اتکا به روشی استقرایی و بر اساس روش توصیفی - تفسیری و توجه به شیوه‌ی تحلیل محتوا، نوشته‌های او را بررسی کرده است. به همین منظور، نخست به مسئله‌ی اساسی گریز از نیستی در اندیشه‌ی کامو پرداخته خواهد شد؛ موضوعی که پایه‌ی نگاه او در عشق به هستی و هستندگی و مخالفت او با اعدام در آن نهفته است. سپس نقدهای اساسی کامو به دلایل نظریه‌های طرفدار کیفر مرگ بیان شده و ردیه‌ی او بر این کیفر، تبیین و نظریه‌ی الغاگرایانه‌ی او در این باب بیان خواهد شد، و در نهایت، تحلیل اندیشه‌ی او با نظری بر مبانی فلسفی و حقوقی ایده‌های این ادیب بزرگ، در مقال حاضر از نظر خواهد گذشت.^۱

الف) گریز از «نیستی» و خلق مفهوم «هستی» در اندیشه‌ی کامو

گریز از نیستی، موضوع محوری اندیشه‌ی کامو را بنیان نهاده که در نهایت، به خلق مفهوم هستی و زیستن منجر گشته و همین راستی، قوام آرای کامو را عیان می‌سازد. در تمام آثار کامو، نفی خشونت و پرهیز از کشتن همواره متجلی است. بیشترین توجه کامو در نفی اندیشه‌ی اعدام، به عدم تناسب کنش و واکنش برمی‌گردد؛ بدان معنا که نشان دادن واکنش تعمدی از پیش اندیشیده، هرگز مماثلت و یا همسانی تقریبی با ارتکاب رفتار آنی فاعل جرم (با لحاظ عوامل دخیل در انجام کنش) ندارد. طعنه‌ی مثال‌زدنی کامو را در این عبارت می‌توان دریافت:

«کسی برای ما داستان تعریف نکند، کسی درباره‌ی محکوم به مرگ نگوید که دینش را به جامعه ادا می‌کند، بلکه بگوید گردنش زده می‌شود» (کامو، ۱۳۹۹ الف: ۹).

۱. لازم به ذکر است موضوع این مقاله ارتباطی با حق قصاص نفس که در اختیار اولیای دم است، ندارد.

نظر کامو بر آن استوار است که هر امری که باعث ایجاد گسست در روابط طبیعی انسانی گردد و از در انکار مفهوم همبستگی به در آید، باید از میان برداشته شود و زین روی، صدور فرامین اعدام شیاطین و گناهکاران و یا فریاد تصنعی طرفداران نیستی به بهانه صیانت از موجودات و با توجیحات فارغ از نشان بازپروری، ارعاب و اصلاح -در فقد اثبات تاریخی آن-، محکوم به بطلان بوده و در جهانی که سراسر رنج است، باید به جهاد در مقابل منکران همبستگی انسانی تن داد؛ چرا که به زعم کامو، صدور هر حکم مرگی برای فرد، زنجیره همبستگی انسانی را در جهان سراسر رنج خواهد گسست. نفی حکم مرگ در اندیشه کامو، از مبنای مستحکم تقلیل رنج آدمی و تقویت همبستگی انسانی و اصالت وجود، قوام خویش را باز می‌یابد و تأمل درباره گیتوین نیز در امتداد همین سیر تفکر، قابل کندوکاو حقوقی خواهد بود. برای کامو، نقد کیفر مرگ، بخشی از مسئولیت اوست و «دعوت به مسئولیت از جانب او، نوعی از به رسمیت شناختن آنانی بود که رنج می‌کشیدند یا در حاشیه جامعه قرار داشتند» (Sleasman, 2011: 138). عشق به زندگی و روی آوردن به زیبایی و دوری از تنفر، در کنش و واکنش‌های دوران و دست یازیدن به عدالتی نسبی، موجب گردیده تا او نظر بر نفی هر آنچه نیستی را جار زند، داشته باشد و با دنبال نمودن چنین بنیانی در سیر تفکر کاموست که به توصیف گویای «دوست داشتن، حد و مرزی ندارد» (کامو، ۱۳۸۹: ۶۸)، خواهیم رسید.

ب) نفی حکم مرگ؛ بازتعریف فلسفی مفهوم اصالت وجود در اندیشه کامو

درد و رنج ذاتی نهان در دل کیفر و تحمیل عامدانۀ «درد بر فرد از سوی دولت، اساس کیفر را پی می‌افکنند» (Farmer, 2020: 1). بنابراین هر نوع کیفردهی، «دست کم دربرگیرنده [ایراد] صدمه عمدی» (Boonin, 2008: 17) بر جان و روان محکوم‌علیه است. حکم بر کشتن انسان زنده و با رعایت الزامی قواعد قالبی، که مبدا شرمی را متوجه اجتماع متمدن انسانی نماید، صادر و به منصفه ظهور درآمده و محکوم مستأصل، با

تقدیم جاننش، از سر درماندگی^۱ و با کتف بسته و چشمان از حدقه بیرون آمده، دینش را ادا نموده و گویی که عدالت به اجرا درآمده است. به دیگر بیان، آنچه در یک آن و غالباً بدون سبق اندیشه ارتکاب یافته بود، با اندیشیدن پیشینی و توجیه قانونی ماه‌ها و بلکه سالیان کارگزاران دولتی، پاسخ داده می‌شود و باید به حق، آن را قتل عمدی در قبال قانون نامید.

ضرورت نفی حکم مرگ، مستلزم بازتعریفی از مفهوم زیستن است که بر همبستگی میان آدمیان مهر تأیید می‌نهد. رنج تحمیلی زیر نام کیفر مرگ آدمی، مشروعیت آن را از میان خواهد برد و کامو در این میان، با تاسی به همان موارد ادعایی طرفداران نیستی، به ردّ وجاهت اعدام می‌پردازد. تأکید کامو بر عدم معصومیت و یا گناهکاری مطلق آدمی و تصریح بر وجود مسئولیت مشترک انسان در قبال رفتار ارتكابی محکوم را باید در مفهوم عمیق همدلی به عنوان یکی از مهم‌ترین فضیلت‌های زندگی جمعی کاوید. توجه کامو به مقوله مسئولیت‌پذیری اجتماعی، زیربنای این دل‌نگرانی است؛ چرا که «چیزهای زیادی هستند که در عمل هیچ کس نمی‌تواند دغدغه آن‌ها را نداشته باشد» (فرانکفورت، ۱۳۹۵: ۶۷) و از جمله آن‌ها، در عشق به ممنوع و زیستن اوست.

بازتعریف مفهوم اصالت وجود، بدون اینکه قصدی در تحمیل وجه انگزستانسیالیستی^۲ آن بر کامو داشته باشیم. مستلزم زنده نمودن معنای مسئولیت‌پذیری خواهد بود. رفتن به تماشای سر از تن برکندن و نابودی روان آدمی و برگشتن بدون احساس خطر از رویداد،

۱. به قول هانا آرنت، مرگ در تجربه آدمی، حد نهایی تنهایی و ناتوانی است (آرنت، ۱۳۹۴: ۱۰۲).
 ۲. ژان پل سارتر انگزستانسیالیسم را کوششی برای استخراج کلیه آثار و نتایج مترتب بر وضعی منسجم، بی‌اتکاء به واجب‌الوجود می‌داند (سارتر، ۱۳۸۹: ۸۰). در مورد وجه پیوند کامو با این مکتب باید گفت انگزستانسیالیسم «در آغاز با تجربه‌های ذهنی سروکار دارد؛ خوانندگان را به فراخواندن به تأمل در تجربه زندگی خود دعوت می‌کند» (Cruikshank, 2010: 15). به همین جهت، نقد با رویکردی «انگزستانسیالیستی به نهادهایی که درد فرد را [در سیاست‌گذاری و اجرا] نادیده می‌گیرد، در آثار کامو به طور آشکار مشاهده می‌شود» (Francev, 2014: 267). باید در نظر داشت «تجربه رنج، هسته اساسی زندگی و کار یک فرد اخلاق‌گراست؛ به همین جهت برای کامو، پاسخ به این پرسش که آیا زندگی، ارزش زیستن را دارد یا نه، به منزله پاسخ‌دهی به پرسش اساسی فلسفه است» (Zaretsky, 2013: 9). معنای آزادی نیز در پذیرش مسئولیت‌پذیری نهفته است و بدون دریافت مفهوم مسئولیت، فهم آزادی ممکن نخواهد گشت. زندگی به خودی خود ارزشی ندارد و بازنمایی چنین پنداری را در افسانه سیزیف و محکومیت انسان به تحمل رنج زندگی می‌توان ملاحظه نمود.

فاجعه‌ای خواهد بود که از بی‌تفاوتی انسان پرده برمی‌دارد. به جَدّ باید در چنین بینشی تردید نمود و صد البته شاید بزرگ‌ترین تأثیر آن در ایجاد مفهوم بی‌تفاوتی در نهاد انسان نسبت به نابودی هم‌نوع خویش باشد. کامو با اشاره به نوعی بی‌احساسی در رؤیت مرگ دیگران و واقعیت عجیب رفتن و نظاره‌مردن، چنین می‌نگارد:

«آن زن در حال مردن، اما هنوز زنده بود که دخترش جامه‌گور به او پوشانید. چنین می‌نماید که این کار تا اندام‌های انسان خشک نشده، آسان‌تر باشد؛ اما در ضمن جای شگفتی است که ما در میان آدم‌هایی چنین شتاب‌زده زندگی می‌کنیم» (کامو، ۱۳۸۹: ۷۴).

مبایت اجرای کیفر مرگ با اخلاق نظری کامو در رؤیت آزار و در تعاقب با آن نیز تحمیل رنج بر آدمی را بدترین خطا دانستن، تا بدان میزان عیان است که «زار و زبون شدن زمانه را غایت افراط در فضیلت و نه بزرگی اشتباهات» می‌داند (همو، ۱۳۹۷: ۷۷). انکار کشتن در قالب درانداختن پرسشی استفهامی نیز مهر تأییدی بر درستی بینش کامو خواهد نهاد؛ در آنجا که بیان می‌دارد:

«آیا حق داشتیم به کشتار انسان دست یازیم و مجاز بودیم بر فلاکت این جهان بیفزاییم؟» (همو، ۱۳۷۲: ۶۸).

پاسخ پرسش و بنیان نظر، عیان است و نتیجه قهری چنین تفکری، همانا زنده گشتن مفهوم مسئولیت خواهد بود و گستره چنین مفهومی، بالاترید افزایش بهره‌مندی انسان از حیات را نیز در بر خواهد گرفت. ارزش حیات و منزلت انسان، اصل اساسی رویکرد فلسفی - ادبی کامو را تشکیل داده است. او در این راستا اظهار می‌دارد:

«در جهان، فقط [انسان] معنا دارد و اگر می‌خواهیم تصویری را که از زندگی ساخته‌ایم، نگاه داریم، باید بشر نجات یابد. این نجات، مثله نکردن انسان و ارزانی داشتن امکانات بر خورداری از عدالت، که تنها بشر قادر به درک آن است، به اوست» (همان: ۹۴).

با در میان آمدن چنین نگرشی، «مرگ دری بسته است. مرگ گامی برداشتنی نیست؛ بل واقعه‌ای است ناگوار و پلید. انزجار از مرگ، سراپا زاییده شوق زیستن است» (همو، بی‌تا: ۶۱-۶۳). در چنین پنداشتی، مسئولیت معنای راستین خویش را باز خواهد

یافت و بازیابی چنین مفهومی از هستی و عیان گشتن علقهٔ ناگسستگی آن با مسئولیت، در نهایت بر ردّ نگرش خواستاران نیستی در قالب‌های متعدد توجیهی خواهد انجامید. سخن راندن آسان از مرگ دیگری بعد از رؤیت دهشتناکی سر از تن برکندن هم‌نوع خویش، به منزلهٔ رنگ باختن زیبایی، گم‌گشتگی آدمی، افراط در فضیلت ادعایی، جایگزینی مفهوم بی‌تفاوتی به جای مسئولیت‌پذیری و مفاهیمی زین‌شمار می‌باشد.

پ) ردیهٔ کامو بر اعدام زیر نام پرطمطراق حکم مرگ قانونی

ردیهٔ آبر کامو بر اعدام را باید در قالب موارد متعددی مورد توجه قرار داد که هر کدام به لحاظ حقوقی - ادبی شایان توجه است. اهمیت چنین نگرشی بدان امر باز خواهد گشت که کامو بر شفافیت کلام و فارغ از بحث‌های خشک و جزمی حقوقی تصریح دارد. او کیفر مرگ را «چون سرطانی در بدن سیاست می‌داند» (Ohana, 2016: 51). دغدغهٔ کامو برای محکومان به مرگ، فراتر از مباحثی است که برخی حقوق‌دانان از وجهی فنی یا فلسفی در مقام مخالفت با این مجازات بیان می‌کنند. حتی مخالفت او از این جهت نیست که اعدام می‌تواند از جهاتی مورد نقد رویکردهای اخلاقی باشد. آنچه او بیان می‌دارد، در عشق‌ورزی عمیق او به انسان و زندگی انسان نهفته است.^۱ کندوکاو فلسفی - ادبی کامو و ابراز انزجار از سناریوی مرگ شهروندان زیر نام اعدام، به اعلان ردّ صریح چنین کیفری منتهی گردیده که اکنون جامعه آن را زیر عنوان اجرای حکم مرگ قانونی، به تابعان شناسانده است. در این راستا می‌نویسد:

«... نه از سر میل به رسوا کردن و نه به گمانم از گرایشی بیمارگونه در سرشت و ذاتم، قصد شفاف سخن گفتن دارم و چاره‌ای نیست جز اینکه واضح حرف بزنیم و وقاحتی را که در پشت حجاب کلمات پنهان است، آشکار کنیم» (کامو، ۱۳۹۹ الف: ۱۷).

او طرفداری مردم از این کیفر را به عنوان دلیلی بر توجیه استفاده از آن نپذیرفته و به نقش اندیشمندان در اصلاح ساختارهای بیگانه از حقوق بشر توجه دارد. وی با بیان عجز طرفداران اعدام در دفاع مستدل و درست از لزوم وجود آن بیان می‌دارد:

۱. کانت یکی از زیباترین و عمیق‌ترین اندیشه‌ها را در این حوزه بیان کرده است؛ انسانیت، شایستهٔ احترام است و حتی اگر کسی، شخص خوبی نباشد، باز هم انسانیت در او شایستهٔ احترام است (کانت، ۱۳۸۸: ۲۰۷).

«مجازات اعدام، اجتماع ما را آلوده [به انتقام و خشونت] می‌کند» (همان: ۱۹-۴۹).

و طرفداران این کیفر باید نقش جامعه را در قربانی‌سازی مرتکبان جرائم محکوم به اعدام روشن نمایند و جامعه را سرزنش کنند.

همان گونه که پیداست، سزاگرایی، ارعاب عام و جنبه پیشگیرانه اعدام و مفید بودن آن برای جامعه، از مهم‌ترین اظهارات طرفداران اجرای این کیفر بوده که در قالب ضرورت عبرت‌آموزی و ابراز الگوی رعب‌آور مطرح شده و نتیجه چنین هراسی در دل تابعان، نیل به پیشگیری از ارتکاب جرم در آتیه است. اگرچه می‌توان تا به ابد در باب نفع و ضرر اعدام، داد سخن پراکند، اما به قول کامو، این کیفر می‌خواهد در اینجا و اکنون نقشش را ایفا می‌کند و ما نیز باید در اینجا و اکنون موضع خود را در برابر جلاد مدرن مشخص کنیم (همان: ۶۳). از منظر هواداران اعدام، هر مورد توجیهی، به صورت سلسله‌وار در تحقق اهداف دیگر مؤثر خواهد افتاد؛ بدان معنا که حتمیت سزاگرایی به ارعاب شهروندان انجامیده و در نهایت هم به پیشگیری از ارتکاب جرم منجر خواهد شد و بر این مدار، امنیت و صلح و نظم برقرار خواهد گشت. از منظری اخلاقی، کیفر دادن یعنی ایراد درد و رنج بر دیگری، بر اساس کارکردها و اهداف فردی یا اجتماعی آن، حتی با وجود انگیزه‌های خیرخواهانه قابل نقد است و نمی‌توان بر پایه غایت نیک به توجیه وسیله رنج‌آور پرداخت. از دیگرسوی، نهادینه کردن انتقام و طبیعی جلوه دادن درد و رنج در قالب مکافات‌گرایی و پاسخ بدی را با بدی دادن، از منظر اخلاقی قابل نقد است.

۱. عشق و احساس درد و رنج هم‌نوع؛ آغازگاه دیدگاه انتقادی کامو به

کیفر مرگ

کامو نقد اعدام را با بازخوانی رؤیت عینی نمایشی زیر نام اعدام از سوی پدر، آغاز و با بیان حالت تهوع چندین روزه پدر به پایان می‌برد.^۱ پدر کامو در مراسم اعدام

۱. باید خاطر نشان ساخت که کامو این وضعیت را از زبان مادر خویش شنیده و خود هرگز به دیدار پدری که در سال ۱۹۱۴ و در نبرد «مارن» در فرانسه کشته شده، توفیقی نیافته است. در ارتباط با این نبرد باید گفت، نبردی در جریان جنگ جهانی اول بود که در ۱۹۱۴ درگرفت و تا ۱۹۱۸ ادامه داشت و نتیجه آن، پیروزی متفقین بر ارتش آلمان بود.

شخصی شرکت می‌کند که در حالت جنون مرتکب قتل شده و در کنار آن با سرقت اموال بزه‌دیدگان قتل، سنگینی پرونده را دوچندان کرده بود؛ موضوعی که موجب شده بود در کنار به قتل رساندن کودکان، دیدگاه عموم مردم را برای دیدن کیفر مرگ مجرم از طریق بریدن سر او برانگیزد (همان: ۱۵). این موضوع بعد از تأمل فراوان، بنیان نگارش عمیق نقادانه کامو بر گیوتین را پی افکنده و با پرهیز از لفاظی مرسوم زمانه، آتش در خرمن طرفداران تراژدی اعدام انداخته است. اگرچه باید گفت هر شهروندی اصولاً باید از نمایش اعدام متأثر شود و صحنه اعدام، کسی را خوشحال نمی‌کند؛ هرچند مناسب آن ممکن است جنبه سرگرمی یا عادت برای مردمان داشته باشد؛ چه اینکه «کیفر مرگ برای جمعی از مردم نمایشی است و برای قلبی، مایه ترحم آمیخته به انزجار» (همو، ۱۳۹۳: ۷۳). کامو با نقل داستان حضور پدر خود در صحنه اجرای اعدام، به معرفی دیدگاه مردم در عادی انگاشتن اعدام می‌پردازد؛ اینکه هیچ یک به خاطر از دست دادن یکی از هموعان خود، دچار حالتی غیر طبیعی نمی‌شوند و تنها پدر اوست که این صحنه رقت‌انگیز را تاب نمی‌آورد. از این منظر، نقدهای کامو از کیفر مرگ، در واقع نقد ساختار اجتماعی - سیاسی‌ای است که در آن، این کیفر طرفدار می‌یابد؛ اینکه چگونه گاهی دولت‌ها از خلال درهم‌تیندن خواست‌های خود با نظریه‌های سزاگرایی و پیامدگرایی، استفاده از ابزار کیفری را در وجهی مبتنی بر خواست مردم اعلام می‌کنند و به همین جهت می‌توان او را در زمره واقع‌گرایان انتقادی قرار داد.^۱

۲. کامو و نقد سزاگرایی؛ ناروایی توجیه انتقام‌جویی جمعی

یکی از نظریه‌های توجیه‌گرایانه کیفر مرگ، مکافات‌گرایی است که بر همانندی میان کیفر و عمل ارتكابی تأکید دارد؛ اگرچه در خوانش نوین از این نظریه، چگونگی وضعیت ذهنی مرتکب جرم نیز مورد توجه قرار می‌گیرد. پر واضح است که هرگز نمی‌توان

۱. واقع‌گرایی انتقادی شامل آثاری است که با نگاهی منتقدانه پا به عرصه وجود گذاشته‌اند. در این آثار، شخصیت‌ها ضمن انتقاد به روابط اجتماعی، در تغییر آن‌ها نیز می‌کوشند (رضوی‌فرد و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۵۰). بر اساس این رویکرد، شناخت دقیق موضوعات این حوزه در صورتی خواهد بود که «با جمع زدن سطوح مختلف واقعیات توسط سازوکارهایی که واقعیات در بستر آن‌ها شکل می‌گیرند، فراهم‌کنند» (باسکار، به نقل از: توانا، ۱۳۹۳: ۴۴).

به سنجشی دقیق از وضعیت مرتکب در حین ارتکاب قتل و احوال ذهنی و روانی حاکم بر وی در زمان قتل دست یافت. بنابراین هر گونه قضاوتی صرفاً ارزشی و بر مبنای احتمالات خواهد بود. در چنین وضعیتی، مفهوم مماثلت به چالش کشیده می‌شود؛ چرا که در اجرای اعدام و یا به عبارتی در مفهوم «بدی را با بدی پاسخ دادن»، لاجرم باید در تمامی جزئیات نیز همین همسانی رعایت گردد.

کامو سزاگرایی را با نام واقعی خود می‌خواند. از نگاه او، سزاگرایی چیزی نیست جز اعتبار بخشیدن به انتقام. آنچه تشبیه می‌کند، ولی مانعی بر سر راه امور نمی‌گذارد، انتقام نام دارد. کامو با زبانی گویا می‌نویسد:

«بیبیم آن را به اسمی صدا کنیم که عاری از هر جنبه انسانی است؛ جز اینکه دست کم حقیقتش را بر ملا می‌کند و به ما امکان می‌دهد آن را چنان که هست، بشناسیم: انتقام» (همو، ۱۳۹۹ الف: ۴۰).

تلافی یا انتقام زیر نام واکنش قانونی، محکوم به بطلان است؛ چرا که واکنش‌هایی چون تلافی که ذاتی و غریزی پنداشته می‌شوند، بر بنیان احساس استوار خواهند گشت و نه قانون برتافته از خرد آدمی. اگر یکی از دلایل توجیهی کیفر در چهارچوب سزادهی بر اساس میل انتقام‌جویانه افراد باشد، فارغ از چگونگی اثبات وجود این میل و اینکه انسان چنین میلی را اساساً داراست یا خیر، «عمل بر اساس امیال انتقام‌جویانه غیراخلاقی است [اینکه اخلاق برخی امیال انسان را الزاماً مورد تأیید قرار نمی‌دهد]، حتی اگر این میل موجب رضایتمندی و یا لذت شود؛ چرا که عمل بر اساس تمایلات دیگرآزارانه از منظر اخلاقی قابل توجیه نیست» (Pereboom, 2014: 158). از آنجا که ما نمی‌توانیم اثبات نماییم که انسان تمایل به ایراد درد و رنج به دیگری دارد یا از سر ناچاری و در بستر اجتماع این را به صورت مستقیم یا غیر مستقیم آموزش می‌بیند و از آنجا که بخشش می‌تواند جامعه را به معنا و آرامش رساند، قانون دست کم نباید گرایش به درد رساندن را با هر توجیهی در جامعه امری عادی و آن را چون امری معقول یا عقلانی بنمایاند. از نظر کامو:

«این ایده که کیفر مرگ در مواردی می‌تواند سزای عمل ارتكابی باشد و حتی اگر از نظرگاه فردی، انتقام امری تا حدودی طبیعی [البته نه به معنای پذیرفتنی بودن] بنماید،

اما برای جامعه و دولت، این پذیرفتنی نیست که کنش و واکنش انتقام‌جویانه را در جامعه مورد تأیید قرار دهند یا نهادینه کنند؛ بل جامعه به گذشت بیشتر نیاز دارد» (Morisi, 2014: 48).

آنچه موجب نقد کیفر سزاگرایانه است، ناسازگاری میان دو نوع نگاه به این موضوع واحد است که مردم در حالت عادی، خشونت را نقد کنند و صدمه رساندن به جسم یا روان فرد را امری غیر موجه تلقی کنند و در حالت کیفردهی، بخواهند آن را موجه بدانند.

دیگر انتقاد کامو به سزاگرایی این است که اعدام چون عدالتی سزاگرایانه شناسانده شود. او با اشاره به فاصله زمانی و درد و رنجی که محکوم به اعدام تحمل نموده، بیان می‌کند که اگر قرار است عدالت در اثر اجرای اعدام اجرا شود، «تنها در صورتی حقیقتاً اجرا می‌شد که قاتل پس از آنکه قربانی را از ماه‌ها قبل، از قتل آگاه می‌کرد، عاقبت یک روز به خانه‌اش وارد می‌شد، او را محکم می‌بست و ساعت مرگش را مشخص می‌کرد و در نهایت، در زمان مقرر او را به تیغ می‌سپرد» (کامو، ۱۳۹۹ الف: ۴۴). درد و رنج و فشارهای روانی ناشی از درماندگی میان مرگ و زندگی، خود مجازات مضاعفی است که قرار است به صورتی اندیشیده و در قتلی دیگر و این بار در لوای قانون به انجام برسد و این مورد نیز ناهمگونی جرم ارتکابی ناگهانی قاتل، با قتل بازاندیشیده قانونی توسط مقامات را آشکار می‌سازد.

۳. بازدارندگی عام و نگاه ابزارگرایانه به محکوم‌علیه

نقد توجیه پیامدگرایانه اعدام و با نام بازدارندگی عام و در پوشش مصلحت و خیر عمومی، از دیگر جنبه‌های خوانش انتقادی کامو از اجرای این کیفر است. در قالب ایده بازدارندگی، کیفر محکوم‌علیه هزینه خوشبختی عموم جامعه فرض شده و «آنان می‌گویند این بهایی است که معدودی عذاب‌دیده باید بپردازند تا سعادت بقیه جامعه تضمین شود؛ یعنی امنیت و آسایش اکثریت مردم با همین عذاب و هراس حاصل می‌شود» (دورفمن، ۱۳۸۵: ۲۱۴). تاریخ هم نشان داده است که بسیاری از حاکمان، از زنجیره اعدام‌ها برای اغراض سیاسی بهره فراوان برده‌اند و این امر همانا فرایند اعمال

قدرت را در خود نهان دارد. نقد کامو با بیان صریح عدم اعتقاد جامعه به آنچه بیان می‌دارد،^۱ شروع شده و با بیان رویکرد انتقال زیرکانه اعدام به پشت در و دیوار زندان‌ها، هجمه را علیه آنچه مطلوب نیست، آغاز کرده و با ریشخند ناب منحصر به فرد خویش بیان می‌دارد؛ امر خوب را [اگر قائل به فایده‌مندی آن هستید]، باید با توسل به قدرت تبلیغات به همه شناساند^۲ و نه اینکه در خفا به اجرا درآورد. در این باره نوشته است:

«جامعه به چیزی که می‌گوید، باور ندارد. اگر باور می‌داشت، سرهای بریده را نشان می‌داد و مراسم اعدام را از نعمت تبلیغات، که معمولاً برای تبلیغ اعطای وام یا برندهای جدید نوشیدنی‌های اشتهاآور به کار می‌گیرد، بهره‌مند می‌کرد» (کامو، ۱۳۹۹ الف: ۲۰).

بر این اساس، پنهان شدن اجرای کیفر، ماهیت آن را تغییر نداده و لزوماً بیانگر آن نیست که نگاه سیاست‌گذاران به آن دچار دگرگونی شده است. گاه این دور ماندن از دیدگان مردم، حتی موجب شده است که شهروندان مستقیماً با درد و رنجی که هم‌نوع متحمل می‌شود، کمتر ارتباط درونی برقرار کرده و میزان آن را به عینیت درک نکنند. در همین ارتباط بیان شده است:

«خشونت در حال حاضر، بیرون از چشم مردم صورت می‌گیرد و افکار عمومی دیگر نمی‌تواند آسیب‌های عمومی ناشی از این درد را تحمل نماید» (رستمی و میرزائی، ۱۴۰۰: ۱۱۱-۱۱۲).

موافقان اثر بازدارندگی اعدام بر این باورند:

«چنانچه تهدید اعدام برچیده شود، [مرتکبان بالقوه] دست به قتل می‌زنند و نرخ جرم سر به فلک خواهد کشید» (کوسترلر، ۱۴۰۱: ۹۱).

۱. چه اینکه باید این مهم را در نظر داشت که بعد انسان‌گرایانه قانون جنایی در سالیان اخیر، به نام تضمین امنیت مردمان، در بیشتر جوامع خدشه‌دار شده است. گاه این رویکرد، خود را در قالب ادعای خشی‌سازی و خلع سلاح برهکاران خطرناک نشان می‌دهد (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۱: ۲۷)؛ پدیده‌ای که خود را در قالب پلیسی شدن و امنیتی شدن حقوق کیفری نشان می‌دهد. در همین ارتباط می‌توان به این نکته اشاره کرد که کامو اعدام را در بخش عمده موضوع جزئی از یک ساختار تمامیت‌خواه می‌داند و در این راستا، او بر شخصیت بدیع آدم کشی تمامیت‌خواه تمرکز می‌کند (Isaac, 1992: 49).
۲. به نظر می‌رسد انتقال اعدام‌ها از علنی به غیر علنی، «گامی به سمت ممنوعیت کامل حذف مجازات‌های بدنی بود» (پرت، ۱۳۹۶: ۲۸).

با وجود آنکه به صورت کلی یا انتزاعی نمی‌توان اثر بازدارنده اجرای کیفر مرگ را انکار کرد، اما این اثر باید در یک جامعه خاص و در یک زمان خاص و نسبت به دسته‌ای از مرتکبان بالقوه مورد سنجش قرار گیرد تا مشخص شود که چه تعداد به علت این کیفر، از تصمیم به ارتکاب جرم منصرف شده‌اند؛ برای مثال، بیشتر قتل‌ها آنی هستند و در کنار این، آنانی که با سبق تصمیم مرتکب قتل شده‌اند، کیفر جرم خود را می‌دانند و با این وصف به ارتکاب آن دست یازیده‌اند. به تعبیری در این موارد، کیفر کارایی خود را از دست داده است و «ارتکاب هر جرم، یعنی اینکه بازدارندگی اثربخشی خود را از دست می‌دهد» (Zaimmerman, 2011: 54). همچنان که در مطالعات کیفرشناختی، جامعه‌شناختی کیفر و نیز جرم‌شناختی بیان شده است که آنچه پیداست، شدت کیفر عاملی در کاهش ارتکاب جرم نخواهد بود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۱: ۶۴۲)؛ چه اینکه با ایراد کیفر، مرتکب هزینه‌فایده کرده و در عین حال با اجرای هر کیفری، بعد از گذشت مدت‌زمانی خاص، روند عادی‌انگاری آن شروع شده و جدای از مسائل اخلاقی، کیفر کارایی خود را از دست خواهد داد؛ همچنان که باید به این آموزه دفاع اجتماعی توجه داشت:

«اگر وظیفه اساسی اعدام یا مجازات جان‌نشین آن، حمایت از جامعه و افراد فرض شود، باید در نظر داشت که در بسیاری از موارد، این منظور به وسیله اقدامات تأمینی بهتر تحقق می‌یابد» (آنسل، ۱۳۵۰: ۱۴۳).

همچنین باید گفت پذیرش بازدارندگی کیفر مرگ در صورتی خواهد بود که بر این باور باشیم بخش عمده‌ای از مردم یا بیشترشان، مرتکب جرم نمی‌شوند؛ چون در اثر هزینه‌فایده‌ای که کرده‌اند، به این نتیجه رسیده‌اند که ارتکاب جرم، از آن میزان ارزش برخوردار نیست که به خاطر آن، خود را به دار اعدام بسپارند و این برای همگان روشن است که چنین نیست و آنچه تضمین‌گر نظم عمومی است، باورهای درونی و اخلاق فردی - اجتماعی و ساختارها و نهادهایی است که فرد را در فرایند مرتکب جرم شدن قرار نمی‌دهد.

کیفر مرگ از نگاه کامو، نوعی «تهدید به مرگ» (کامو، ۱۳۷۴: ۴۶) است؛ تهدیدی که ملازم بازدارندگی است و بازدارندگی نیز همراه با ارباب به عنوان یکی از

کارکردهای تعریف‌شده کیفر است. کامو نوک پیکان نقد خویشتن را بر پیکر ادعای ارباب فرو نشانده و بر دوگانگی در رویکرد و عمل تأکید ورزیده و اعتقاد دارد که جامعه به آنچه از آن دم می‌زند، باوری ندارد. کامو خطاب به قائلان اعدام، بیان می‌دارد:

«حقیقت این است که یا باید در ملأ عام بکشیم یا اقرار کنیم که خود را مجاز به کشتن نمی‌دانیم. اگر جامعه مجازات مرگ را با ضرورت عبرت‌آموزی توجیه می‌کند، باید به تبلیغات نیز اهمیت دهد تا به موجودیت خود مشروعیت بخشد و هر بار هم دست‌های جلاد را به نمایش گذارد» (همو، ۱۳۹۹ الف: ۲۹).

بنابراین باید بیان داشت که در ضرورت وجودی چنین مجازاتی به شدت تردید وجود دارد؛ چرا که اجرای علنی اعدام و تکرار فراوان آن، باعث کاهش شمار قتل‌ها نشده (عدم بازدارندگی) و همچنین هیچ دلیل و یا آمار دقیقی هم در دست نیست که نشان دهد در کشورهای طرفدار چنین مجازاتی، ارتکاب جنایت علیه تمامیت جسمانی، کمتر از کشورهای است که اعدام را در پایگان جزایی خویش حذف نموده‌اند. در همین راستا باید گفت آنانی که به ویژه به علت ارتکاب جرم قتل، اعدام می‌شوند، الزاماً انسان‌هایی خطرناک نیستند و در واقع تعداد افرادی که در یک دعوای ساده یا دعوای خانوادگی یا دعوای میان همسالان یا به خاطر نداشتن مهارت حل مسئله، مرتکب قتل می‌شوند، کم نیستند؛ آن‌چنان که کامو بیان می‌دارد:

«به گواه یک مقام قضایی، اکثریت مطلق قاتلانی که او دیده بود، صبح که صورتشان را اصلاح می‌کردند، نمی‌دانستند که قرار است شب‌هنگام دستشان به خون کسی آلوده شود» (همان: ۲۷).

در این صورت آیا می‌توان گفت که چنین مرتکبی، خطری شدید برای جامعه دارد، به گونه‌ای که باید حیات را از وی گرفت؟! پرسش درمیان آورده‌شده کامو، در این قالب [که آیا مجازات مرگ، ممکن است کسی را بترساند که خود نمی‌داند قرار است آدم بکشد؟]، بالاخره باید جوابی معتبر از جانب موافقان به همراه داشته باشد. هسته اساسی توجیه کیفر مرگ بر پایه بازدارندگی عام، مفروض انگاشتن محکوم علیه چون ابزاری برای ارباب دیگران است. اما آیا جامعه حق دارد که به خاطر بازداشتن شدن

دیگران، مرتکب جرم را به علت بازدارندگی آن اعدام کند؟^۱ بازدارندگی عام، محکوم علیه را به ابزاری برای تحقق یک هدف دیگر تبدیل می کند و فقط در صورتی می شود در قالب این نظریه، «کیفر را موجه ساخت که شخص، این اصل [در واقع این اصل نما و نه اصل به معنای حقوقی آن] را که هدف وسیله را توجیه می کند، بپذیرد و این اصل را تنها در صورتی می توان پذیرفت که ثمربخش بودن یک اقدام، هدف و غایت مطلق در نظر گرفته شود» (همو، ۱۳۹۹: پ: ۶۳).^۲ در درستی چنین سخنی با لحاظ وضع دوران گذشته و امروز، نمی توان و نباید هم تردید نمود. در همان راستا، انتقادات کامو به سویه های پیشگیرانه غیر قطعی و بدون آمار موافقان اعدام ادامه یافته و بیان داشته است:

«هیچ دلیل و مدرکی در دست نیست که ثابت نماید مجازات اعدام، حتی یک قاتل را که تصمیم به قتل گرفته، از عمل بازداشته باشد؛ بلکه برعکس، افسون و جاذبه قتل را برای هزاران جانی صدمه چندان می کند. مجازات اعدام تأثیری نفرت بار و مسموم کننده دارد که پیامدهای آن قابل پیش بینی نیست» (همو، ۱۳۹۹: الف: ۲۰).

در طی قرن ها جرمی غیر از قتل، با مرگ مجازات شده اند و اشد مجازات به رغم تکرار فراوان، نتوانسته هیچ یک از این جرم ها را از میان بردارد. از قرن ها پیش، دیگر این جرم ها با مرگ مجازات نمی شوند و نکته آنکه شمار این جرم ها نه تنها زیاد نشده، که در پاره ای کاهش هم یافته است و «در سی و سه [در حال حاضر ۱۰۵] کشوری که مجازات مرگ لغو شده یا دیگر اعمال نمی شود، شمار مرگ ها افزایشی نداشته است» (همان: ۳۵). جواز قتل و حکم بر روایی کشتن هم نوع و زیر نام قانون حتی در شدیدترین حالت آن، مستلزم حصول یقین و قطعیت است و تکرار یک عمل قابل نکوهش و این بار به نام قانون، که مبنایی هم جز احتمال ندارد، نمی تواند پذیرفتنی باشد. پاسخ جرمی با ابتناء بر احساس، نشانی از پیشگیری ندارد و تنها بازتعریف عدالت سخت و خشونت بار خواهد بود؛ در حالی که طرفداران اعدام، هیچ سنجه مشخصی از فایده

۱. در همین ارتباط بیان شده است که تجربه جوامع به عدم اثرگذاری کیفرها در کم کردن و پیشگیری از جرم تأکید دارد و اجرای اعدام «پیشگیرانه نیست و تجربه کشورهای لغوکننده این مجازات نشان می دهد که بر شمار بزهکاران پس از الغای اعدام افزون نشده است» (رستمی، ۱۳۹۹: ۳۲۴).
۲. به همین جهت می گوید: «نه، نمی توانم قبول کنم که همه چیز تابع هدفی باشد که ما دنبال می کنیم، گاهی وسایل هم موجه نیستند» (کامو، ۱۳۷۲: ۶۳).

مرتبط با روند کاهش جنایت، در گذر زمان به دست نداده و آمارها نیز نشان از آن ندارد که در کشورهای لغوکننده حکم مرگ، میزان قتل بیش از کشورهای قائل به حفظ اعدام در پایگان کیفردهی شان باشد.^۱ اگرچه فایده گرایی نمی‌تواند در مورد ایراد درد و رنج بر دیگری، توجیهی اخلاقی داشته باشد، جز اینکه ابزار را بر مبنای هدف بخواهد توجیه کند. نقدی که می‌توان بر بازدارندگی وارد دانست، این است که «خشونت به کلی از ایجاد قدرت عاجز است و می‌تواند آن را نابود کند» (آرنت، ۱۳۹۴: ۸۷). در واقع قدرت قانون، نه در کیفرها، بلکه در اقتدار و مشروعیت اخلاقی - اجتماعی آن نهفته است و در این راستا نباید قدرت را چون خشونت تلقی و تفسیر کرد.

۴. اجرای اعدام و سلب حق فرصت بر تغییر؛ کامو و نقد باور به جبر در سرنوشت محکوم‌علیه

گاه این گونه بیان می‌شود که برخی بزهکاران بسیار خطرناک بوده و هیچ امیدی برای اصلاح و بازپروری و بازسازی آنان وجود ندارد و به همین دلیل، کیفر مرگ به‌عنوان آخرین چاره و در ارتباط با این دسته از محکومان می‌تواند اجرا شود. در همین ارتباط بیان شده است که از منظر کامو، خشونت فقط به عنوان آخرین راه چاره در برابر یک خشونت دیگر می‌تواند به کار گرفته شود (Ohana, 2016: 50). پذیرش کیفر مرگ در این حالت، در واقع بیانگر آن است که به باور ما، در هیچ شرایطی امکان و احتمال اصلاح کسی که او را فردی خطرناک معرفی می‌کنیم، وجود ندارد و این امر خود، نوعی جبرگرایی در پیشگویی آینده دیگران محسوب می‌گردد. اگر بر این نظر باشیم که فردی از آن میزان حالت خطرناکی برخوردار است که امکان اصلاحش وجود ندارد، به همان میزان با ایراد جدی روبه‌روست که بگوئیم فردی که تا به حال مرتکب هیچ خطا یا جرمی نشده است، هیچ وقت مرتکب جرم یا جرم شدیدی چون قتل نخواهد شد. باید هر انسانی از امکان و فرصت اصلاح و تغییر برخوردار باشد و این تغییر می‌تواند در

۱. تناقض مبنایی برخاسته از اهداف کیفرها در فضایی که بیش از هر چیز، اندیشه درمان و بازپروری بزهکاران را حکمفرما کرده بود و همچنین ناکارآمدی اعدام در پیشگیری از بزهکاری، عمده‌ترین دلایل جنبش الغای کیفر مرگ انگاشته می‌شود (رایجیان اصلی، ۱۳۸۳: ۱۲۰-۱۲۱).

یک لحظه از زمان واقع شود. این موضوع به ویژه نسبت به جوانان و میانسالان از اهمیت بیشتری برخوردار است؛ اگرچه باید گفت کامو بر این باور است که تعداد مشخصی از بزهکاران وجود دارند که در هر محیط اجتماعی خطرناک باقی می‌مانند، و با وجود این، او بر این موضوع پافشاری می‌کند که کیفر مرگ را راه چاره حل مشکلی که توسط این اشخاص ایجاد می‌شود، نمی‌داند؛ بلکه اجرای این کیفر، فقط آن را سرکوب می‌کند (Foley, 2014: 105). کیفر مرگ، تنها کیفری است که هیچ هدفی ناظر بر محکوم‌علیه ندارد؛ نه اصلاح و درمان او مطرح است و نه ناتوان‌سازی او از تکرار جرم، و بر این اساس، تنها هدف ناظر بر محکوم‌علیه به اعدام، به سیاست‌گذاری کیفری مبتنی بر حذف او برمی‌گردد.

نقد دیگر کامو، به عدم خوانش مطلق اعدام با مبانی روان‌شناختی در نهاد آدمیان می‌باشد. مجازاتی که برای ترساندن مردم عادی، حسابگرانه تلقی شده، با مبانی روان‌شناسی همخوانی ندارد. او در این زمینه، اعتقاد به عدم روایی شکنجه و عذاب روحی بر در بند مستأصل مفلوک کتف و پا بسته چشم‌انتظاری دارد که در دوران فکر ماندن و نماندن، هر دم در حال جان‌سپاری است. سکوت برخی محکومان، از غیرت و جرئت درونی آنان نیست و دم برنیاوردن ناشی از استیصال را نباید مردن شجاعانه پنداشت. چنین تسلیمی به زعم کامو به منزله «بی‌سروصدا مردن محکوم بدون خروج از موضع شیء‌شدگی‌اش» است. انسان در مواجهه با مرگ، فارغ از هر مرام و مسلک و عقیده‌ای که دارد، با همه وجودش فروپاشی را لمس می‌کند. احساس تنهایی و عجز محکوم دست و پا بسته در برابر ائتلاف عمومی‌ای که خواهان مرگ اوست، خود شکنجه‌ای غیر قابل تصور است (کامو، ۱۳۹۹ الف: ۴۵، ۴۷ و ۴۸). اثر روانی کیفر مرگ به ویژه در کشورهایی چون فرانسه زمان کامو، که فرایند دادرسی و اجرای حکم با گذشت زمان همراه است، بیشتر هم می‌شود؛ در جایی که محکوم‌علیه چندین سال به تعبیری زیر تیغ اعدام مانده است. کامو به نقل گفته یکی از محکومان به کیفر مرگ می‌پردازد:

«اینکه می‌دانی می‌میری چیزی نیست؛ وحشت و دلهره واقعی این است که نمی‌دانی

زنده می‌مانی یا نه» (همان: ۴۳).

۵. جبران ناپذیری خطای قضایی در اجرای کیفر مرگ در دیدگاه انتقادی کامو

آنچه قاضیان در رأی خود به آن حکم می‌دهند، امری است که بر اساس برداشت خود از موضوع و قانون، به آن اقناع یافته‌اند و در چهارچوب برداشتی انسانی است. بنابراین همراه با محدودیت‌های انسان در کشف واقعیت است. بر همین اساس باید به گونه‌ای به تصویر کشیده شود که امکان جبران خطاهایی که در این فرایند ایجاد می‌شود، وجود داشته باشد. قطعی‌پنداری برداشت از واقعه‌ای که رخ داده و قطعی انگاشتن خوانش خود از قانون و از اینکه محکوم علیه سزاوار کیفر مرگ است، خطاهای متعددی را در فرایند دادرسی کیفری وارد می‌کند. به همین جهت، کامو «بیشتر دل‌نگران اجرای کیفر مرگ در مواردی است که جرم انجام‌شده به شیوه‌ای دیگر قابل جبران است» (Foley, 2014: 105). نقد کامو از کیفر مرگ مبتنی بر «بازنگری جدی و مستمر تجربه تاریخی [در ارتباط با اجرای این کیفر] ساختارشکنی در فلسفه متافیزیکی‌ای است» (Isaac, 1992: 11) که این کیفر توجیه خود را از آن اخذ می‌کند. به تصریح کامو، زندگی هر فرد یک استثناست. وجود احتمالات و فروض متعدد و نیز احتمال رخداد اشتباهی ولو جزئی در تحلیل علمی خاطرآسودگان صادرکننده آرای مرگ آدمیان نباید از نظر نماند. کامو طرفداران اعدام را به تأمل و درنگ در استثنا (حیات یکباره آدمی) فراخوانده و در این باره با نقلی از «ویکتور هوگو»ی فرانسوی چنین می‌نگارد:

«... گیوتین برای او، تداعی‌کننده نام «لزورک» است و منظورش این نیست که همه محکومانی که سرشان زیر گیوتین می‌رود، «لزورک» هستند؛ بلکه می‌خواهد بگوید که فقط یک «لزورک» کفایت می‌کند تا گیوتین برای همیشه رسوا و بی‌اعتبار شود» (کامو، ۱۳۹۹ الف: ۵۵).

بدیهی است برگشت‌ناپذیری حیات در قضایای مشابه «لزورک»،^۱ جدی‌ترین نقد وارده از جانب طرفداران الغای اعدام به شمار آمده که هواخواهان نیز پاسخی برای آن بیان نداشته‌اند. کامو با نقل مواردی که بعد از اعدام، بی‌گناهی محکوم مشخص می‌شود،

۱. نام محکوم بی‌گناهی که در ماجرای «کوریه دو لیون»، سرش زیر تیغ گیوتین رفت (کامو، ۱۳۹۹ الف: ۵۵).

بیان می‌دارد:

«هر مجازات دیگری حتی سنگین‌ترین آن، به محکوم این فرصت را می‌داد. مجازات مرگ اما هیچ فرصتی برایش باقی نگذاشت» (همان).

در اجرای اعدام و با در نظر داشتن احتمالات، دیگر هیچ راهی برای جبران اشتباهات قضایی وجود ندارد.

ت) روایتی از سیر مرگ آدمی و بازاندیشی قتلی به نام قانون؛ «نمایش اعدام»

در ادامه باید به تنویر داستان اعدام و شرح روایتی از روند تسهیل مرگ آدمی پرداخت تا بر اساس آن، به بنیان نظر آلبر کامو و تبیین اندیشه‌ی الغاگرایانه‌ی او در باب کیفر مرگ دست یافت و برآمد را از دل شرح روایت تسهیل مرگ انسان و توالی فاسد آن به نظاره نشست. عادت به کیفر دادن و دیدن اجرای کیفر و تکرار روزانه‌ی آن موجب شده که به ماهیت عملکرد و چستی کار نیز دقتی نداشته باشیم و به زبانی ساده، ندانیم که چکار می‌کنیم. در کیفر دادن، انسان کیفر داده شده به بزهکار، و تکرر تعداد آنان نیز به آمار کیفری تبدیل خواهد شد. در این راستا، آنانی که درد و رنج مجازات را تحمل می‌نمایند، در قالب یک عدد پیمایش می‌شوند که نشانگر یک آمار و وضعیت است. پیوند همراه با احساس و ادراک وضعیت محکوم‌علیه، میان مجریان کیفر و کیفرشده، موضوع مهمی است و انگیزه‌ی خیرخواهانه در کیفردهی، ماهیت آن را تغییر نمی‌دهد و «جامعه باید اذعان نماید که آدم می‌کشد، بی‌آنکه بداند چه می‌گوید و چه می‌کند، یا اقرار کند که آدم می‌کشد و همزمان می‌داند که این آیین تهوع‌انگیز فقط میل به جنایتش را زنده می‌کند یا در رعب و وحشتش فرو می‌برد» (همان: ۲۹). به باور کامو، تمامی نظریه‌هایی که به توجیه کیفر مرگ اهتمام می‌ورزند، ماهیت واقعی آن را پنهان می‌کنند یا آن گونه که باید، بیان نمی‌کنند. او می‌گوید برای آنکه ما متوجه حقیقت کیفر مرگ شویم، در ورای وصف حقوقی، آن را به اسم حقیقی‌اش صدا کنیم. کامو با انتقام نامیدن کیفر مرگ، کارکردی دیگر از کیفر را پی می‌گیرد:

«اعدام بدون تردید نوعی قتل است در واکنش به جنایت مرتکب‌شده؛ [اما اعدام نوعی مرگ] سازماندهی شده است که خود منبع رنج‌های روانی دهشتناک‌تر از مرگ است» (همان: ۴۱).

موضوعی که هولناک می‌نماید این است که اجرای کیفر مرگ برای مجریان آن، تبدیل به امری اداری و وظیفه‌ای معمول شود. یکی از مشکلات فراروی آنانی که با حقوق جنایی، چه به عنوان معلم و چه به عنوان قاضی و وکیل و کنشگران امر کیفری درگیر هستند، عادی شدن واژه‌های کیفر، اعدام، حبس و شلاق است. گاه آن گونه می‌نماید که به این واژگان عادت کرده‌ایم و از یاد برده‌ایم که در اجرای هر یک از این واژگان، انسانی محکوم می‌شود، تحمل کیفر می‌کند و کیفر نیز ایراد درد و رنج قصدشده بر انسانی دیگر است. آنکه با حقوق جنایی سروکار دارد، باید مدام احساس خود را در برابر انسان‌ها تلطیف کند تا اینکه به صادر کردن حکم و کیفر دادن عادت نکند و «البته انسان عادت می‌کند و به طور ناپسندی هم عادت می‌کند» (همان: ۱۲).

کامو از «اشتهای مهارناپذیر خود برای زیستن» (همان: ۱۶) صحبت می‌کند و این اشتها در همه انسان‌ها وجود دارد؛ به ویژه آنانی که قرار است در یک لحظه معلوم و در یک روز یا شب و در یک مکان مشخص، حیاتشان پایان یابد. تفاوت میان واژه‌ها، فقط تفاوت ظاهری در ادای آن‌ها نیست؛ بلکه می‌تواند بیانگر نوع نگاه ما به یک موضوع باشد؛ «باشد که درباره ما، چون محکوم به مرگی نگویند: دین خود را به جامعه ادا می‌کند؛ بلکه بگویند: گردنش را می‌زنند. ظاهراً مهم نیست، اما فرق کوچکی دارد» (همان: ۴۴). در ورای این رفت‌وآمد ذهنی واژگان، او می‌خواهد ما را متأملانه با حقیقت عریان کیفر درگیر کند و از یاد نبریم که با هر اجرای اعدامی، انسانی از میان ما می‌رود و همراه با او خیلی‌ها - چون فرزندان فرد معدوم - نیز از بین می‌روند. کامو با نقد اینکه در لحظات قبل از اجرای حکم، کشیشی نزد فرد محکوم به اعدام می‌آید تا برایش از آرامش و زندگی ابدی سخن بگوید و از هول و هراس مرگ بکاهد، می‌گوید:

«خیال می‌کنم بتوانم بگویم برای کسانی که به زودی گشتی هستند، گفت‌وگو درباره زندگی آینده، هیچ اثری ندارد. از کجا معلوم که مدفون شدن در گور، مرحله آخر و پایان کار نباشد» (همو، ۱۳۷۲: ۷۷).

کامو بیان می‌دارد آنانی که در مورد مرگ دیگران به سهولت صحبت می‌کنند، به این علت است که «از تصور مرگ دیگران» (همو، ۱۳۹۹: پ: ۵۹) عاجزند و چون خود تجربه‌ای از آن ندارند، به سادگی آن را بازگو می‌کنند. کامو فرایند اجرای مجازات اعدام را «عمل مناسک گونه می‌نامد» (همو، ۱۳۹۹: الف: ۱۶)؛ گویی این مناسک انجام می‌شود تا وجه بازدارندگی و قطعیت کیفر بیشتر نمایانده شود. درد و رنج ناشی از کیفر، نوع خاصی از تنبیه بدنی و روانی است؛ «تعذیب کیفری^۱ نوع متمایزی از تولید درد است. آیینی است سازمان داده شده برای نشانه‌گذاری قربانیان و نمایش قدرتی که تنبیه می‌کند» (فوکو، ۱۳۹۱: ۴۷). برداشت ما از درد و رنج‌های یک محکوم، برداشتی از دور و غیر دقیق است. «درست و عادلانه آن است که محکوم، بیشتر از سایر انسان‌ها متحمل رنج جسمی [می‌شود]» (همان: ۲۷).^۲

آنچه باید مورد توجه باشد، این است که نمی‌توان برای نیل به اهداف هرچند عادلانه به ابزارهای خشونت‌آمیز متوسل شد و استفاده از کیفر به منظور تحقق اهداف خوب، خود می‌تواند کارکرد آموزشی منفی برای جامعه نیز داشته باشد. در کنار این باید در نظر داشت که «دولت‌ها و نیروهای سیاسی، مجازات را عرصه مفیدی برای انجام فعالیت‌های ایدئولوژیکی یافته‌اند» (گارلند در: موسوی مجاب و مهذب، ۱۳۹۹: ۱۵۶). آنچه در تکنیک کیفر باید مورد توجه باشد، این است که شکل درد رساندن تغییر کرده و نه اینکه ماهیت ایجاد درد و رنج در کیفر، تغییر ماهوی کرده باشد؛ اگرچه امروزه در حکم به کیفر، این گونه بیان می‌شود که «فکر نکنید ماهیت حکم‌هایی که ما قضاوت صادر می‌کنیم، میل به تنبیه کردن است. کیفرها در پی اصلاح کردن، بازپروری و درمان است» (فوکو، ۱۳۹۱: ۱۹). از منظر کامو، اعدام بی‌تردید نوعی قتل است که به مرگ وجهه قانونی می‌بخشد؛ نوعی پیش‌اندیشی شناخته شده و عمومی درباره قربانی بالقوه و بهتر است بگوییم نوعی سازماندهی که خود منبع رنج‌های روانی دهشتناک‌تر از مرگ است (کامو،

۱. جهت بازخوانی تفصیلی «نمایش تعذیب»، ر.ک: فوکو، ۱۳۹۱.

۲. قانون‌گذاران برخی کشورها چون ایالات متحده، عامداً تصمیم و تمایل به تنبیه کردن کیفری دارند. شاید برخی کشورها، از شکل‌هایی از مجازات کردن دور شده باشند، ولی همزمان ازدیاد تعداد زندان‌ها و نیز افزایش جمعیت کیفری زندان‌ها و نیز جرائمی که موجب کیفر حبس می‌شوند، خود حاکی از گرایش آنان به کیفر است (Frost, 2006: 103).

۱۳۹۹ الف: ۴۱). برای کامو اجرای علنی اعدام، بخشی از نمایش فناوری درد و رنج تحمیلی و بازنمایش یک قتل تمام‌عیار است، در واکنش متقابل به جنایتِ واقع‌شده.

ث) تبیین رویکرد الغاگرایانه آلبر کامو به کیفر مرگ

در پنداشت کامو، کیفر مرگ بیهوده و حتی بی‌هیچ تردیدی مضر و خطرناک است. بر همین مبنا، وی عدم ضرورت کیفرگذاری اعدام را با قطعیت بیان داشته است؛ چراکه ضرورت در کیفرگذاری و نیز همزمان ضرورت در جرم‌انگاری، دو قاعده اساسی دخالت کیفری هستند. کیفر مرگ موجب تعمیق عدالت نمی‌شود و به اعتقاد کامو، جامعه در صورتی می‌تواند یکی از اعضایش را مجازات کند که تمام تکالیف خود را در قبال آن انجام داده باشد و به تعبیری در صورتی می‌تواند از او انتظار رعایت مسئولیت اجتماعی خود را داشته باشد که قبل از آن، حقوق آن فرد پاس داشته شده باشد و به همین جهت بیان می‌دارد:

«آیا جامعه دست‌کم تا حدودی، مسئول جنایتی نیست که خود با این قاطعیت تنبیه می‌کند؟» (همان: ۴۸-۴۹).

عدالت کیفری، اگر نمودی از عدالت استحقاقی باشد، در صورتی خواهد بود که عدالت توزیعی - اجتماعی در جامعه رعایت شده باشد و چگونه می‌توان از شخص بینوایی که خود، قربانی عدم رعایت عدالت اجتماعی گردیده و جامعه به او مهارت‌های لازم و فرصت‌های رشد را نداده، انتظار مسئولیت داشت؟ در همین ارتباط باید گفت که اعمال کیفر را نمی‌توان توجیه کرد؛ چرا که اصل بر عدم خشونت و اصل بر نبودن یا کم کردن درد و رنج انسان است و «در برابر تمامی نظریه‌های توجیه‌کننده کیفر، استدلال نقیض آن وجود دارد» (Roebuck, 2011: 74). آنچه کیفر دادن را به واکنشی غیر قابل توجیه تبدیل می‌کند، این است که کیفر، ایراد صدمه بر دیگری می‌باشد.

نگاه کامو به محکومان اعدام، نگاهی از سر دردمندی است و در خلال نقد کیفر مرگ، به موضوعی مهم در اصل قطعیت و عدم قطعیت توجه دارد؛ اینکه ما فردی را مجازات می‌کنیم و به صورت قطعی به او درد و رنجی را وارد می‌کنیم، آن هم با توجیهی همراه با عدم قطعیت در مورد اثر آن کیفر؛ بنابراین کارکرد بازدارندگی صرفاً

یک احتمال است. از نگاه کامو، کیفر مرگ «بر چیزی به جز احتمالی غیر قابل بررسی استوار نیست» (کامو، ۱۳۹۹ الف: ۳۵). در نگاه کامو، تا زمانی که مجازات اعدام از قانون حذف نشود، هیچ صلح پایداری، نه در قلب تک‌تک افراد و نه در بطن زندگی روزمره، ممکن نخواهد بود» (همان: ۷۷). ما حق نداریم دیگران را کیفر دهیم، بلکه این حق را برای خود قائل شده‌ایم و کیفر دادن یک ضرورت مبتنی بر عدم آگاهی ما از راهکارهای اساسی برخورد با پدیده جنایی است. کامو تا بدان میزان با کیفر مرگ مخالف است که بیان می‌دارد:

«نفرت از مجازات اعدام در درجه نخست، نفرت از آدم‌هایی است که به آن اندازه از تقوای خویش مطمئن هستند که جرئت می‌کنند مجازات اعدام را به دیگران تحمیل کنند. آدمی یا باید در زندان‌ها را بگشاید یا بی‌گناهی ناممکن خود را اثبات کند» (همو، ۱۳۷۴: ۳۲-۳۳).

اگر کسی می‌خواهد اعدام را اجرا نماید، نباید خود خطایی داشته باشد و چون «هر انسانی، جنایتکاری است که از جنایتکار بودن خود بی‌خبر است» (همان: ۲۷۰)، بنابراین کسی آن‌قدر از نظر اخلاقی جلا یافته و متعالی نیست که دیگری را محکوم به نیستی کند. کامو خود به این موضوع توجه دارد که در دنیای کنونی، آدمیان چه به نام حق فردی و چه به نام خیر عمومی، حیات دیگری را می‌گیرند؛ «لیکن ما خواهان دنیایی هستیم که در آن، آدم‌کشی مشروع و موجه نباشد؛ چون دنیای ما، دنیایی است که در آن، کشتن مشروع است» (همو، ۱۳۹۹ پ: ۶۰). ارزشمندی حیات انسانی و بازتعریف و یا خلق مفهوم «زیستن» از منظر کامو، تا بدان میزان از اعتبار برخوردار است که نظریات انتزاعی و مستقر بر مدار احتمالات فراوان را در توجیه کیفر مرگ پذیرفته و قتل دگر بار و به نام قانون را مردود می‌شمارد؛ چه اینکه دگر بار باید گفت اگر هدف از همه تئوری‌ها «به‌زیستی» است، آیا می‌توان برای نیل به آن، انسانی را به کام مرگ کشاند و عدالت کیفری، عدالتی‌کننده باشد؟ در ناسازگاری تضمین نظم اجتماعی از طریق اجرای اعدام نیز نباید تردید نمود. در اندیشه کامو، موضوع ناسازگاری پیوند درد و رنج با تأمین نظم از گذر اعمال کیفر مرگ، جایگاه خاص و محوری دارد. در مقدمات تأمل خویش در باب گیوتین، از مقوله اثرگذاری و کارکرد این کیفر شروع می‌کند و چنین می‌نگارد:

«دفاع از این استدلال که هدف مجازات اعدام، به ارمغان آوردن صلح و نظم در جامعه می‌باشد، کاری است سخت دشوار» (همو، ۱۳۹۹: الف: ۱۶).

از جمله مواردی که توجهی ظریف را می‌طلبد، همانا تمایز میان مدلل بودن و موجه بودن است؛ اینکه کسی به من یک سیلی بزند و من نیز در برابر آن به او یک سیلی بزنم، حکایت از این امر دارد که سیلی زدن متقابل به شخص، اگرچه مدلل خواهد بود، اما به لحاظ اخلاقی موجه نیست و نمی‌توان توجهی اخلاقی برای «پاسخ بدی را با بدی دادن» در نظر گرفت. در زبانی کاملاً ادبی، کامو بیان می‌دارد:

«مسئله این نیست که رنج کودک در ذات خویش دلخراش بوده، بلکه مسئله این واقعیت است که رنج توجیه‌پذیر نیست» (همو، ۱۳۷۴: ۸۴).

معمولاً قانون‌گذاران در امر کیفرگذاری، بر مدلل بودن کیفرها تأکید می‌کنند و گاه آن را بر اساس خیر عمومی یا آنچه مصلحت عموم نامیده می‌شود، استوار می‌گردانند و باید گفت: «متأسفانه فرامین به ندرت بر اعمال درست استوارند» (همو، ۱۳۹۹: ب: ۱۱۱).

اگر کیفر به نام نظم عمومی اعمال می‌شود، باید در نظر گرفت که نظم عمومی به وسیله قانون به طور عام و قانون کیفری به صورت خاص ایجاد نمی‌شود؛ بلکه نظم، حالت و وضعیتی است که در جامعه وجود دارد و نهایتاً قانون می‌تواند نظم موجود در جامعه را تضمین کند و البته آن هم در چارچوب ضرورت‌های استفاده از ضمانت اجراها و «نمی‌توان برای تحمیل اراده، به نظم توسل جست؛ زیرا این گونه حل مسئله، کاری است معکوس. نباید فقط برای سهولت در حکمرانی، طالب نظم بود؛ بلکه باید خوب حکومت کرد تا فقط نظم معنادار تحقق یابد. نظم، عدالت را تحکیم نمی‌بخشد؛ عدالت است که نظم را مستحکم می‌سازد» (همو، ۱۳۸۵: ۲۱۵). عدالت نیز بر پایه حمایت از حقوق و آزادی‌ها و حیات و برابری قرار می‌گیرد و «این چه حقی است که انسان‌ها را قادر می‌سازد که هم‌نوع خود را گردن بزنند؟! یقیناً این حق، حقی نیست که حاکمیت و قوانین بر پایه آن استوار باشد» (بکاریا، ۱۳۹۳: ۷۰).

موضوع دیگر قابل توجه در اندیشه کامو، به توالی منفی و آثار غیر قابل کتمان اعدام برمی‌گردد که برابر آموزه‌های کلاسیک حقوق جنایی، در قالب اصل شخصی بودن

کیفرها قابل بحث و بررسی است. بر مبنای اصل شخصی بودن مجازات، فقط می‌توان کیفر را بر محکوم‌علیه اعمال کرد و نباید غیر از مجرم، دیگر افراد کیفر ببینند و یا از آثار آن متضرر گردند. اما واقعیت این است که تمام کیفرها علاوه بر محکوم‌علیه، بر اشخاص بی‌گناه متأثر از وضعیت او نیز تأثیر می‌گذارند و چه بسا اثر کیفر بر سایرین، بیشتر از شخص محکوم باشد. کامو از زبان «دوشس» بزرگ می‌گوید: با مرگ یک انسان خیلی چیزها می‌میرند (کامو، ۱۳۹۷: ۶۶). در همین رابطه عنوان می‌دارد:

«خانواده محکوم نیز به چنان درد و رنجی گرفتار می‌شوند که به شکل ناعادلانه‌ای شکنجه‌شان می‌دهد» (همو، ۱۳۹۹ الف: ۴۷).

صحنه اجرای کیفر مرگ به ویژه در موارد علنی آن، یکی از شدیدترین حالت‌های درد و رنجی است که پدر، مادر، همسر و فرزندان محکوم‌علیه تجربه می‌کنند. کیفر مرگ موجب بی‌سرپرست شدن کودکان و بی‌خانمان شدن تعداد زیادی از آنان می‌شود؛ به ویژه اگر نگاهی به وضعیت اقتصادی محکومان داشته باشیم، این موضوع برجسته‌تر خواهد شد. از نگاه کامو، انگار سیستم دادگستری و حتی مردم و خود محکوم‌علیه قبول کرده بودند که فرایند اعدام، جزئی از یک نظام کلی‌تر نظم است:

«کل رمز و راز نظم و نظام درست در همین است. محکوم به این ترتیب مجبور می‌شد اخلاقاً با این نظم و نظام همکاری کند» (همو، ۱۴۰۰: ۱۱۴).

او با نقد اختراع گیوتین و صحنه اجرای کیفر مرگ اظهار می‌دارد:

«نمی‌دانم چرا برای رسیدن به گیوتین باید از چند پله بالا رفت و به سکو رسید. فکر می‌کنم دلیلش انقلاب ۱۷۸۹ بود. بالا رفتن روی سکو، بالا رفتن به طرف آسمان، چیزی بود که تخیل آدم می‌تواند به آن چنگ بزند. اما باز هم ماشین عدالت همه چیز را خراب می‌کرد. یواشکی می‌گشندت با کمی خجالت و با دقت زیاد» (همان: ۱۱۴-۱۱۵).

باید چنین نگاشت که نظم اجتماعی و برقراری عدالت از طریق چنین مناسک و مناسبات از پیش تعیین شده، نمی‌تواند تأمین و مستقر گردد و بدون تردید حتی در صورت عدم ارتکاب جرائم نیز باید بنیان آن را در ترس نهادینه جستجو نمود و نه اعتقاد درونی شهروندان به عدم تضییع حقوق سایر هم‌نوعان، و بدین ترتیب است که کامو بر موضوع ناسازگاری پیوند درد و رنج با تأمین نظم از گذر اعمال مجازات اعدام تأکید و تصریح دارد.

نتیجه‌گیری

آنچه رویکرد الغاگرایانه کامو در مورد کیفر مرگ بر آن مبتنی است، انگاشت صریح تعهد به مفهوم زندگی و بازتکرار ابداع آن از گذر عشق به حیات و پرهیز از سلب آن چون مبانی فلسفی افکار اوست. نفی استبداد و استثمار، تأکید بر ارزش زیستن و معنادهی به زندگی در عین بی‌معنایی آن، تلاش برای کاستن از رنج زندگی و خدمت راستین به آزادی و عدالت از رهگذر «مسئولیت‌پذیری» آدمی در قبال هموعان و غیره، در زمره مفاهیمی بودند که کامو با مهارت تمام در قالب متون ادبی در صدد بیان آن برآمده بود. در نگاه او، حیات فرد صرف یک حق نیست و فراتر از حق - که مفهومی اعتباری و انتزاعی است - باید در نظر آید و بلکه چون غایت حق‌ها نگریده شود و صیانت از جان آدمی، در آن وادی که مفاهیم بی‌گناهی و گناهکاری دچار جزمیت در تعریف نباشند، ضرورتی انکارناپذیر است. گسستن همدلی میان آدمیان، مهر تأیید نهادن بر نیستی بوده و زین‌روی، در اجتماع انسانی و برای آدمیانی که باید به ضرورت در این اجتماع زندگی کنند، هر رفتاری را که از در نفی مفهوم «زیستن» وارد آید، باید به در افکند. فرایندی که با دیوان‌سالاری انسانی و در نمایشی تمام‌عیار، تمام خشم خویش را بر پیکر محکوم مستأصل مفلوک مسکوت چشم از حدقه درآمده، خالی می‌نماید و این همانا به گسستن همدلی انسان‌هایی می‌انجامد که زندگی را بزرگ‌ترین موهبت می‌دانند.

در نقد نظریه‌های سزاگرایانه و پیامدگرایانه توجیه اجرای کیفر مرگ از منظر کامو باید گفت که آن‌ها از منظری کارکردگرایانه به توجیه اعمال این کیفر پرداخته‌اند؛ در حالی که مسئله اساسی در ارتباط با این واکنش آن است که آیا ایراد درد و رنج بر دیگری، امری اخلاقی است. سزادهی به عنوان مبنای توجیه کیفر مرگ نیز می‌تواند با این نقد همراه باشد که بزه‌دیده حقیقی جرم، جامعه است و نه فرد خاص، و بر این اساس، جامعه نباید پاسخ بدی را با بدی بدهد و کارکرد آموزشی قانون کیفری باید در جهت ترویج و تعمیق عفو و گذشت و بخشش باشد. جامعه نمی‌تواند چیزی را که خود به فرد اعطا نکرده است، از او بگیرد. از نظر کامو، شروع همزیستی و صلح از این

خواهد بود که ما چه به صورت فردی و چه گروهی - اجتماعی، کشتن هر انسانی را ولو در قالب کیفر مرگ، ناپسند بدانیم و به خاطر هیچ هدفی حاضر نباشیم جان انسان را قربانی آن کنیم. گیوتین مصداق برجستهٔ ایجاد درد و رنج بر جسم آدمی در اندیشهٔ کاموست و با انتخاب این واژه، خوانندگان را به تاریخی می‌برد که چگونه به نام آزادی خواهی - و نه آزاداندیشی - کیفری چون اعدام، رنگ حمایت از مصلحت عمومی به خود گرفت. بر این اساس، نقد کامو به کیفر مرگ، هم از این منظر است که به عنوان مصداق بارز ایراد درد و رنج، فی نفسه امر خوبی نیست و افزون بر آن، میزان این درد و رنج با توجه به آثار مثبتی که بر اجرای آن مترتب می‌شود، توجیه‌ناپذیر است. به باور کامو، دستگاه رسمی عدالت کیفری به سودمندی کیفر مرگ باور ندارد و از طرف دیگر، مجازات اعدام در پیشگیری از جرم ناکارآمد است. از نگاه کامو، مردمان یک جامعه، مجازات مرگ را ضرورتی اسفناک می‌دانند و صرف ضرورت را عامل موجه دانستن آن تلقی می‌کنند؛ در حالی که صرف ضرورت نمی‌تواند عاملی مؤثر برای توجیه آن باشد.

کتاب‌شناسی

۱. آرت، هانا، *خشونت و اندیشه‌هایی دربارهٔ سیاست و انقلاب*، ترجمه عزت‌اله فولادوند، چاپ دوم، تهران، خوارزمی، ۱۳۹۴ ش.
۲. آنسل، مارک، *گزارش سازمان ملل متحد دربارهٔ اعدام*، ترجمه مصطفی رحیمی، تهران، پیام، ۱۳۵۰ ش.
۳. بکاریا، سزار، *رساله جرایم و مجازات‌ها*، ترجمه محمدعلی اردبیلی، چاپ هفتم، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۴. پرت، جان، *مجازات و تمدن*، ترجمه هانیه هُزبرالساداتی، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۵. توانا، محمدعلی، «پارادایم واقع‌گرایی انتقادی در فراسوی اثبات‌گرایی و هرمنوتیک: به سوی روش‌شناسی میان‌رشته‌ای»، *فصلنامه مطالعات میان‌رشته‌ای در علوم انسانی*، سال هفتم، شماره ۱، زمستان ۱۳۹۳ ش.
۶. دورفمن، آریل، «آخرین وسوسهٔ ایوان کارامازوف»، ترجمه عبدالله کوثری، *دوماهنامه بخارا*، سال نهم، شماره ۵۵، مهر و آبان ۱۳۸۵ ش.
۷. رایجیان اصلی، مهرداد، «جایگاه کیفر مرگ در جهان»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی (پژوهش و حقوق سیاست سابق)*، سال ششم، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۸۳ ش.
۸. رستمی، هادی، *حقوق کیفری و لیبرالیسم؛ بررسی کیفر در سنت فلسفی لیبرال*، تهران، نگاه معاصر، ۱۳۹۹ ش.
۹. رستمی، هادی، و سیدحسین جعفریان، «گفتمان سیاست جنایی و جرم‌شناسی در "آخرین روز یک محکوم"»، *دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری*، سال نهم، شماره ۱ (پیاپی ۱۷)، بهار و تابستان ۱۳۹۷ ش.
۱۰. رستمی، هادی، و علی مولاییگی، «زُمان "سال‌های ابری" در پرتو آموزه‌های جرم‌شناسی کودکان و نوجوانان»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، سال پانزدهم، شماره ۱۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۷ ش.
۱۱. رستمی، هادی، و فرهاد میرزائی، «تحول در نظام کیفردهی در پرتو فرایند تمدن»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال نهم، شماره ۳۴، بهار ۱۴۰۰ ش.
۱۲. رضوی فرد، بهزاد، *نجمه نظری*، و علی مولاییگی، «تحلیل محتوای رمان همسایه‌ها در حوزهٔ بزهکاری کودک»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، سال هفدهم، شماره ۲۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۹ ش.
۱۳. سارتز، ژان پل، *اگزریستانسیالیسم و اصالت بشر*، ترجمه مصطفی رحیمی، چاپ سیزدهم، تهران، نیلوفر، ۱۳۸۹ ش.
۱۴. فرانکفورت، هری، *دلایل عشق*، ترجمه ندا مسلمی و مریم هاشمیان، تهران، کرگدن، ۱۳۹۵ ش.
۱۵. فوکو، میشل، *مراقبت و تنبیه؛ تولد زندان*، ترجمه نیکو سرخوش و افشین جهانانیده، چاپ دهم، تهران، نی، ۱۳۹۱ ش.
۱۶. کامو، آلبر، *انسان طاعی*، ترجمه مهبد ایرانی‌طلب، تهران، قطره، ۱۳۷۴ ش.
۱۷. همو، بیگانه، *ترجمه خشانبار دیهیمی*، چاپ سی و دوم، تهران، ماهی، ۱۴۰۰ ش.
۱۸. همو، پشت و رو، *ترجمه عباس باقری*، چاپ پنجم، تهران، فرزانه روز، ۱۳۸۹ ش.
۱۹. همو، *تأمل دربارهٔ گیوتین*، ترجمه قاسم رستمی، چاپ دوم، تهران، فرهنگ جاوید، ۱۳۹۹ ش. (الف)
۲۰. همو، *تهداهل قلم*، ترجمه مصطفی رحیمی، چاپ دوم، تهران، نیلوفر، ۱۳۸۵ ش.
۲۱. همو، *چند نامه به دوست آلمانی*، تهران، حوزه هنری سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۲ ش.
۲۲. همو، *در باب شورش و شورشگری*، ترجمه محمدصادق رئیسی، تهران، کتاب پیروز امروز، ۱۳۹۹ ش. (ب)
۲۳. همو، *صالحان*، ترجمه ابوالفضل قاضی، چاپ دوم، تهران، مصدق، ۱۳۹۷ ش.
۲۴. همو، عیش، ترجمه محمدتقی غیاثی، تهران، پیام، بی‌تا.

۲۵. همو، *نه قریبانیان، نه جلدان!*، ترجمه هوشمند دهقان، تهران، رازگو، ۱۳۹۹ ش. (پ)
۲۶. کانت، ایمانوئل، *درس‌های فلسفه اخلاق*، ترجمه منوچهر صانعی دره‌بیدی، چاپ چهارم، تهران، نقش و نگار، ۱۳۸۸ ش.
۲۷. کمبر، ریچارد، *فلسفه کامو*، ترجمه خشایار دیهیمی، چاپ سوم، تهران، فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۹ ش.
۲۸. کوستلر، آرتور، «تأملاتی در باب دار»، در: کوستلر، آرتور، و آلبر کامو، *تأملاتی در باب گیوتین و دار*، ترجمه وحید طباطبایی و مرتضی عسکری، تهران، نیلوفر، ۱۴۰۱ ش.
۲۹. موسوی مجاب، سید درید، و مریم مهذب، *جستارهایی در جامعه‌شناسی کیفری*، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۹ ش.
۳۰. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، *مباحثی در علوم جنایی (از جرم‌شناسی انتقادی تا جرم‌شناسی امنیتی)*، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، دسترس‌پذیر در وبگاه <lawtest.ir>، ۱۳۹۱ ش.
۳۱. همو، *مباحثی در علوم جنایی (جامعه‌شناسی کیفری؛ جامعه‌شناسی زندان)*، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، دسترس‌پذیر در وبگاه <lawtest.ir>، ۱۳۹۵ ش.
۳۲. همو، *مباحثی در علوم جنایی (کنترل اجتماعی جرم و واکنش اجتماعی)*، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه امام صادق (ع)، دسترس‌پذیر در وبگاه <lawtest.ir>، ۱۳۸۱ ش.
33. Boonin, David, *The Problem of Punishment*, New York, Cambridge University Press, 2008.
34. Cruickshank, Emlyn Walter, "Dialogues of Indifference: Albert Camus' 'The Outsider' and Criminal Punishment Theory", *The Australian National University (ANU) College of Law Research*, No. 10-29, 2010.
35. Davis, Colin, "8 - Violence and ethics in Camus", in: Edward J. Hughes (Ed.), *The Cambridge Companion to Camus*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
36. Farmer, Lindsay, "Crime and Punishment", *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 14(2), 2020.
37. Foley, John, *Albert Camus; From the Absurd to Revolt*, London, Routledge, 2014.
38. Francev, Peter (Ed.), *Albert Camus's The stranger :Critical Essays*, UK, Newcastle upon Tyne, Cambridge Scholars Publishing, 2014.
39. Isaac, Jeffrey C., *Arent, Camus and Modern Rebellion*, New Haven, Yale University Press, 1992.
40. Morisi, Ève, "To Kill a Human Being: Camus and Capital Punishment", *South Central Review*, Vol. 31(3), Fall 2014.
41. Ohana, David, *Albert Camus and the Critique of Violence*, Brighton, Sussex Academic Press, 2016.
42. Pereboom, Derk, *Free Will, Agency, and Meaning in Life*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
43. Roebuck, Greg & David Alan Russell Wood, "A Retributive Argument Against Punishment", *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 5(1), 2011.

44. Sleasman, Brent C., *Albert Camus's philosophy of communication: Making Sense in an Age of Absurdity*, New York, Cambria Press, 2011.
45. Zaretsky, Robert, *A Life Worth Living: Albert Camus and the Quest for Meaning*, Cambridge, Massachusetts, Belknap Press of Harvard University Press, 2013.



بررسی فقهی حقوقی قاعده جبار*

- محمدباقر گرایلی^۱
- جواد دلاور^۲

چکیده

از موارد مهم در بحث ضمان، لزوم احراز رابطه سببیت می‌باشد؛ بدین نحو که باید نتیجه زیانبار مستند به رفتار شخص باشد تا بتوان وی را در برابر این نتیجه ضامن دانست. بر همین مبنا، چنانچه صاحب شیئی، هیچ گونه تقصیری در رابطه با آن نداشته باشد، جنایت یا خسارتی که به سبب آن شیء به دیگری وارد می‌شود، منتسب به صاحب شیء نخواهد بود. به عبارت دیگر، صرف مالکیت بر شیء یا عهده‌دار بودن امر آن، برای انتساب جنایت به وی و ضامن بودن او کافی نخواهد بود. این عدم ضمان صاحب اختیار شیء، از منظر فقهی «جبار» نامیده می‌شود. در خصوص این قاعده و مفاد آن، علاوه بر حدیث نبوی جبار که به طور ویژه بدان پرداخته می‌شود، روایات عام دیگری نیز وجود دارد که در صورت عدم قصور یا تقصیر صاحبان اشیایی که بر شیء تحت اختیارشان، تسلط

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۰۸.

۱. عضو هیئت علمی جامعة المصطفی، مشهد (نویسنده مسئول) (bagher_grayly@miu.ac.ir).

۲. فارغ‌التحصیل سطح ۳ مدرسه علمیه عالی نواب (javaddelavar8@gmail.com).

تام داشته‌اند، جنایات و خسارت ارتکاب‌یافته به سبب آن اشیاء را منتسب به صاحبان آن نمی‌داند. در هر حال با توجه به انعکاس مفاد قاعده مذکور در برخی از مواد قانون مجازات اسلامی همچون مواد ۵۰۰، ۵۰۵، ۵۱۱، ۵۱۲ و ۵۲۰، واکاوی قاعده مذکور می‌تواند موارد عرفی عدم استناد جنایت و خسارت به صاحبان اشیاء را ضابطه‌مند سازد.

واژگان کلیدی: جبار، جنایت، تلف، استناد، عدم ضمان.

مقدمه

جبار (بر وزن سُفال) که در لغت به معنای به هدر رفتن خون، بطلان و پایمال شدن آن است (فراهیدی، ۱۳۸۳: ۲۳۷/۱)، در اصطلاح فقهی نیز به معنای هدر و عدم ضمان و مسئولیت به کار رفته است. بنابراین هر گاه فعل آدمی یا غیر او متصف به جبار باشد، بدین معناست که به سبب آن فعل، هیچ ضمانتی به نحو قصاص، دیه و یا غرامت مالی لازم نیست (مجموعه من المؤلفین، ۱۴۲۷: ۸۸/۱۵).

در این رابطه، سرخسی می‌نویسد در زمان جاهلیت هر گاه فردی به سبب سقوط در چاهی هلاک می‌شد، همان چاه را دیه او قرار می‌دادند و هر گاه چهارپایی جراحی را بر شخصی وارد می‌ساخت، همان را دیه جراحی قرار می‌دادند و اگر معدن بر روی شخصی ریزش می‌کرد، معدن را دیه شخص مدفون در آن قرار می‌دادند و درباره عمل به این احکام از رسول خدا صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سؤال شد و ایشان حکم فرمود به اینکه جراحات حیوان و تلف در چاه و معدن هدر است و اگر گنج‌هایی که از اول خلقت زمین در آن هست، یافت شود، باید خمس آن پرداخت شود. چنانچه قاضی ابویوسف از فقهای اهل سنت و هم‌عصر ابوحنیفه نیز به استناد روایت مذکور، در صورتی که شخص با افتادن در چاه و یا به واسطه چهارپا و یا معدن بمیرد، آن چاه و چهارپا و معدن را غرامت وی قرار می‌دهد (منتظری، ۱۴۰۹ الف: ۶۰/۳؛ سبحانی، بی‌تا: ۹۵). ناگفته نماند که دیه قرار دادن چاه، چهارپا و یا معدن به خاطر جراحات وارده به شخص توسط پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، در صورتی است که این موارد متعلق به دیگری و در ملکیت وی نباشد. بدیهی است که در صورت مالک داشتن موارد فوق، حکم به جبار و هدر بودن جراحات و جنایات وارده بی‌مورد خواهد بود.

بر اساس روایت مشهور نبوی «الْعَجْمَاءُ جُرْحُهَا جُبَارٌ وَالْبِئْرُ جُبَارٌ وَالْمَعْدِنُ جُبَارٌ وَفِي الرَّكَازِ الْحُمْسُ» (بخاری، ۱۴۲۲: ۳/۲۳؛ قشیری نیشابوری، بی تا: ۹۴/۹؛ ابن حنبل شیبانی، ۱۴۲۱: ۲۳۹/۲، ۲۵۴، ۲۸۵، ۳۱۹، ۳۲۶، ۴۱۵، ۴۵۴، ۴۵۶ و ۵۰۱؛ دارقطنی، ۱۴۲۴: ۱۱۴/۸، ۱۱۶، ۱۱۷، ۱۱۸، ۱۲۳ و ۳۱۰؛ دارمی، ۱۴۱۲: ۱۵۷/۷، ۲۸۱ و ۲۸۲؛ نسائی، ۱۴۲۱: ۲۳/۲ و ۴۲۴/۳؛ سجستانی ازدی، بی تا: ۳۲۲/۴؛ قزوینی، بی تا: ۲۲۴/۸، ۲۴۵ و ۲۴۶؛ ترمذی، ۱۹۹۸: ۴۲/۳ و ۲۴۵/۵؛ کلینی، ۱۳۸۸: ۳۷۷/۷؛ طوسی، ۱۳۶۴: ۲۲۵/۱۰؛ همو، ۱۳۹۰: ۲۲۵/۴)، هر گونه جنایت و تلفی^۱ که به خود حیوان، چاه یا معدن استناد داده می شود، صاحب اختیارش ضامن آن نیست و آن جنایت یا تلف، محکوم به جبار و هدر است.^۲ بر این اساس، قاعده جبار نیز بیان می دارد که هر گاه عرف، جنایت یا تلف را به خود شیء استناد دهد نه به صاحب اختیار آن، حکم به عدم ضمان صاحب اختیار شیء داده می شود و جنایت و تلف وارد آمده هدر و باطل است. بنابراین هر گاه عرف جنایت و تلفی را به مالک یا صاحب اختیار شیء استناد ندهد، آن جنایت و تلف هدر و باطل خواهد بود (زارعی سبزواری، ۱۴۳۴: ۳۸۰/۲).

در هر حال، قانون گذار ایرانی نیز در صورتی شخص را مسئول نتیجه مجرمانه دانسته

۱. «وَقَالَ شَيْخُنَا فِي شَرْحِ التِّرْمِذِيِّ: وَلَيْسَ ذِكْرُ الْجُرْحِ قَيْدًا وَإِنَّمَا الْمُرَادُ بِهِ إِثْلَافُهَا بِأَيِّ وَجْهِ كَانَ سَوَاءً كَانَ بِجُرْحٍ أَوْ غَيْرِهِ» (ابن حجر عسقلانی، ۱۳۷۹: ۲۵۷/۱۲؛ نیز ر.ک. نووی، ۱۳۹۲: ۱۳۴/۶؛ سیوطی، بی تا: ۱۹۲/۱).

۲. «قَوْلُهُ: جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ، الْعَجْمَاءُ مِنَ الْحَيَوَانَ مَا لَا تُطْلَقُ لَهُ وَهُوَ كُلُّ مَا لَا يَغْفَلُ، وَأَزَادَ بِذَلِكَ الْجُرْحَ الَّذِي لَا صَنَعَ فِيهِ لِأَحَدٍ وَلَا كَانَ بِسَبَبِ أَحَدٍ، وَهُوَ الَّذِي تَصِحُّ إِصْفَاتُهُ إِلَيْهِ عَلَى الْحَقِيقَةِ، فَقَالَ فِيهِ: جُرْحُ الْعَجْمَاءِ، وَأَمَّا مَا كَانَ بِسَبَبِ غَيْرِهِ مِنْ سَائِقٍ أَوْ قَائِدٍ أَوْ سَفَرٍ فَلَا يَخْتَصُّ بِهِ؛ لِأَنَّ لِعَيْرِهِ فِيهِ سَبَبًا، وَقَدْ فَسَّرَ مَالِكٌ الْجُبَارَ بِأَنَّهُ هَدْرٌ، فَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ مَا اخْتَصَّ بِالْعَجْمَاءِ مِنَ الْجِرَاحِ وَالْجِنَايَاتِ بَطْلٌ، وَلَا يُغْضَى مِنْهُ بِدِيَّةٍ وَلَا شَيْءٍ. فَصُلِّ: وَقَوْلُهُ: وَالْمَعْدِنُ جُبَارٌ، الْمَعْدِنُ حَيْثُ يَعْلَمُ النَّاسُ لِإِخْرَاجِ بَعْضِ مَا فِي الْأَرْضِ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْ حَدِيدٍ أَوْ حِجَارَةٍ أَوْ كُحْلٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، فَيَكُونُ فِيهَا الْغَيْرَانُ الْعَظِيمَةُ الَّتِي مَنْ سَقَطَتْ فِيهَا أَوْ سَقَطَتْ عَلَيْهِ، غَلَبَ عَلَيْهِ الْهَلَاكُ، فَأَخْبَرَ بِأَنَّ مَنْ أُصِيبَ بِذَلِكَ دُونَ فِعْلِ أَحَدٍ، فَإِنَّ مَا حَدَثَ عَلَيْهِ بِسَبَبِ ذَلِكَ مِنْ جِنَايَةٍ، فَإِنَّهُ جُبَارٌ يَعْنِي أَنَّهُ مَطْلُورٌ» (باجی، ۱۳۳۲: ۱۰۹/۷)؛ «قَوْلُهُ: الْبِئْرُ جُبَارٌ، حَمَلٌ عَلَى الْبِئْرِ الَّذِي حَفَرَهُ فِي مَلِكَةٍ أَوْ فِي أَرْضٍ مَبَاحٍ لِمَصْلَحَةِ الْمُسْلِمِينَ... قَوْلُهُ: وَالْعَجْمَاءُ جُبَارٌ، وَالْعَجْمَاءُ جُبَارٌ، الْمَشْهُورُ بَيْنَ الْأَصْحَابِ أَنَّ الدُّوَابَّ الَّتِي اعْتَدِيَ إِرسَالَهَا لِلرَّعْيِ لَا يَضْمَنُ صَاحِبُهَا جِنَايَاتِهَا» (مجلسی دوم، ۱۳۶۴: ۴۷۶/۱۶)؛ «فِعْلُ الدَّابَّةِ هَدْرٌ، لِأَنَّهُ غَيْرُ صَالِحٍ بَأَنَّ يَكُونُ مَوْجِبًا عَلَى صَاحِبِهَا وَلَا ذِمَّةَ لَهَا فِي نَفْسِهَا» (شیبانی، ۱۴۳۳: ۷۵/۱۴)؛ «قَوْلُهُ: الْعَجْمَاءُ جُبَارٌ»، أَيْ فِعْلُهَا إِذَا كَانَتْ مُثْقَلَةً» (ابن عابدین، ۱۴۱۲: ۶۰۸/۶)؛ «لَوْ أَتَفَّ مَالٌ إِنْسَانٍ بِهَيْمَةٍ لَا ضَمَانَ عَلَى مَالِكِهَا لِأَنَّ فِعْلَ الْعَجْمَاءِ جِبَارٌ، فَكَانَ هَدْرًا وَلَا إِتْلَافَ مِنْ مَالِكِهَا فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِ» (مجموعه من المؤلفین، ۱۴۲۷: ۴۶/۱).

که این نتیجه مستند به رفتار او باشد. لذا در صورت عدم انتساب نتیجه به رفتار وی، مسئولیتی برای او قابل تصور نخواهد بود. چنان که هیئت عمومی دیوان عالی کشور در یکی از آراء اصراری خود به شماره ۱۳۷۶/۷/۸-۱۰ در حل اختلاف بین شعبه سی و یکم دیوان عالی کشور با دادگاه‌های نظامی یک خوزستان، متهم را به دلیل اینکه در حفر گودال محل سقوط متوفا مداخله نداشته، مقصر ندانست و فوت را به وی مستند نکرد و رأی صادره از شعبه دوم دادگاه نظامی یک خوزستان، مبنی بر براءة از اتهام تسبیب در قتل را به اکثریت آراء ابرام نمود.^۱ بر همین مبنا، قانون‌گذار در ماده ۴۹۲ ق.م.ا. مقرر داشته است:

«جنایت در صورتی موجب قصاص یا دیه است که نتیجه حاصله مستند به رفتار مرتکب باشد؛ اعم از آنکه به نحو مباشرت یا به تسبیب یا به اجتماع آن‌ها باشد».

بر همین مبنا مکرراً در ماده ۵۰۰ قانون مذکور بیان داشته است:

«در مواردی که جنایت یا هر نوع خسارت دیگر مستند به رفتار کسی نباشد، مانند اینکه در اثر علل قهری واقع شود، ضمان منتفی است».^۲

پر واضح است که عرف در صورتی که صاحب اختیار شیء، در نگهداری آن مرتکب تقصیر شده و در اثر آن جنایتی حاصل شود، این جنایت را به صاحب آن شیء مستند می‌سازد. به عبارت دیگر در این مورد، عرف جنایت حاصله را مستند به تقصیر شخص می‌داند نه آن شیء؛ چنان که قانون‌گذار در ماده ۵۲۲ ق.م.ا. مقرر داشته است: «متصرف هر حیوانی که از احتمال حمله آن آگاه است، باید آن را حفظ نماید و اگر در اثر تقصیر او، حیوان مزبور به دیگری صدمه وارد سازد، ضامن است. ولی اگر از احتمال حمله حیوان آگاه نبوده و عدم آگاهی ناشی از تقصیر او نباشد، ضامن نیست».

۱. نیز ر.ک: آراء اصراری هیئت عمومی دیوان عالی کشور شماره ۲۸۵، مورخ ۱۳۵۰/۹/۱۰؛ شماره ۱۵، مورخ ۱۳۷۲/۲/۱؛ شماره ۴۰۷، مورخ ۱۳۷۲/۴/۳۰؛ شماره ۳۶، مورخ ۱۳۷۳/۹/۸؛ شماره ۴۶، مورخ ۱۳۷۳/۹/۲۹.

۲. نیز ر.ک: مواد ۵۰۲، ۵۰۵، ۵۱۱، ۵۱۲، ۵۱۴، ۵۱۶ و ۵۳۰ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲. دیوان عالی کشور نیز در یکی از آراء خود در صورت عدم تخلف راننده، قتل را به وی منتسب ندانسته است؛ چنان که در رأی وحدت رویه شماره ۱۳، مورخ ۱۳۶۲/۷/۶ بیان داشته است: «چنانچه قتل خطئی باشد و کسی که ارتکاب آن به او نسبت داده شده است، هیچ گونه خلاقی مرتکب نشده باشد و وقوع قتل هم صرفاً به لحاظ تخلف مقتول باشد، راننده مسئول نمی‌باشد».

۱. گستره قاعده

قاعده جبار تنها به مواردی که صاحب اختیار شیء فعلاً بر آن مسلط نیست، اختصاص ندارد؛ بلکه مواردی را که فرد بر شیء مسلط بوده و در حفظ یا استفاده از آن تعدی (افراط یا تفریط) نکرده است، نیز در بر می‌گیرد؛ چرا که تعریف و تطبیق موضوع قاعده جبار، عرفی است، نه شرعی و نه عقلی. بنابراین شرع نیز به خاطر تبعیت از عرف در تطبیق موضوع این قاعده بر مواردی که صاحب اختیار شیء تعدی نکرده است، حکم به عدم ضمان خواهد داد. وانگهی در این موارد، موضوع به مثابه علت برای حکم بوده و هر کجا که موضوع حکمی محقق شود و به فعلیت برسد، بی‌درنگ حکمش بر آن حمل می‌شود. بنابراین در این موارد، هرچند فرد ابتدا بر شیء مسلط بوده است، بدین صورت که آتش را در ملکش روشن کرده یا چاه را در مکانی که تصرف در آن بر او مباح است، حفر کرده یا بر حیوان سوار شده است، ولی در ادامه به خاطر عدم تعدی او در ایجاد جنایت یا تلف، عرف در نهایت جنایت و تلف را به خود شیء استناد می‌دهد؛ چنان که در روایات «النَّارُ جُبَارٌ» (سجستانی ازدی، بی‌تا: ۳۲۳/۴؛ نسائی، ۱۴۲۱: ۴۱۳/۳؛ قزوینی، بی‌تا: ۲۴۷/۸؛ دارقطنی، ۱۴۲۴: ۱۲۰/۸) و «الرَّجُلُ جُبَارٌ» (سجستانی ازدی، بی‌تا: ۳۲۲/۴؛ دارقطنی، ۱۴۲۴: ۱۱۸-۱۱۹ و ۱۹۲-۱۹۴؛ نسائی، ۱۴۲۱: ۴۱۲/۳)، برای صحت اسناد لازم است اضافه جنایت و تلف به هریک از اشیاء در تقدیر گرفته شود. در نتیجه، معنا این گونه می‌شود که شرع، جنایت و تلف هر یک از آتش، چاه و پای حیوان را که بدون تعدی صاحبانشان واقع شده‌اند، محکوم به هدر می‌داند و از آنجا که شرع در استناد جنایت و تلف به شیء تنها نظر عرف را تأیید می‌کند، استناد شرعی جنایت یا تلف به خود شیء به این دلیل است که عرف جنایت و تلف شیئی را که صاحبش بر آن مسلط است، ولی در حفظ و نگهداری آن تعدی نکرده است، به خود شیء استناد می‌دهد.

در این رابطه گفتنی است که علامه حلی نیز مستند حکم به عدم ضمان صاحب ملک را به خاطر جنایاتی که بر اجیر هنگام کندن چاه یا ساختن بنای دیگران وارد می‌شود، حدیث جبار قرار داده است.^۱ استناد علامه حلی به حدیث جبار، گویای این مطلب

۱. «ولو استأجر أجيراً ليحفر له في ملكه بئراً أو بني له بناءً، فتلّف الأجير بذلك لم يضمنه المستأجر لقول النبي ﷺ: "البئر جبار، والعجماء جبار، والمعدن جبار"» (علامه حلی، بی‌تا: ۵۴۱/۵).

است که صاحب چاه و بنا هر چند ابتدا در حفر چاه و یا ساختن بنا تسلط تمام داشته است، ولی چون در ایجاد جنایت هیچ دخالتی نداشته است، در نهایت جنایت و تلف صرفاً به چاه یا بنا استناد داده می‌شود. برخی از فقیهان نیز در حکم به عدم ضمان شخصی که به سبب قرار دادن سنگ در ملکش موجب جنایتی بر دیگری شده است، به حدیث جبار استناد کرده‌اند و حکم به جبار را در جنایت اشیایی که صاحب آن‌ها فعلاً بر آن‌ها تسلطی ندارد یا تسلط دارد، ولی در وقوع جنایت دخالتی نداشته است، یکی دانسته‌اند.^۱

از مطالب پیش گفته مشخص می‌شود که معیار در عدم ضمان یکی است و آن همان «استناد جنایت به خود شیء است نه صاحب اختیارش»؛ چنان که برخی از فقیهان نیز تصریح کرده‌اند که جنایت چهارپایان در صورتی که کسی همراه آن‌ها نیست یا هست، ولی جنایت مستند به خود حیوان است نه کسی که همراه آن است، محکوم به جبار و هدر است.^۲ حال چنانچه شخص به گونه‌ای مسلط بر حیوان باشد که نتوان جنایت را به حیوان مستند نمود، مانند اینکه سوار بر حیوان بوده و اختیار آن را در دست داشته باشد، صاحب اختیار آن در قبال صدمات و جنایات وارده مسئولیت خواهد داشت (طوسی، ۱۳۸۷: ۹۲/۳). بر همین مبنا، صاحب جوهر در رابطه با ضامن بودن صاحب حیوانی که کشت و زرع دیگری را در شب از بین برده است، و عدم ضمان وی چنانچه حیوان در روز این کار را انجام داده باشد، تفصیل مذکور در روایات و ملاک قرار دادن شب و روز برای ضمان و عدم ضمان را نپذیرفته است؛ با این استدلال که ملاک در ضامن بودن و نبودن صاحب حیوان، استناد تلف و جنایت به اوست. بنابراین چون عمدتاً در روز، صاحب زرع وظیفه مراقبت از کشت و زرع خود را داشته و در شب، صاحب حیوان وظیفه مراقبت از حیوان را داشته است، این تفصیل در روایت مورد اشاره قرار گرفته است. وانگهی به نظر ایشان، روایات مذکور بیانگر یک امر قضایی

۱. «لو وضع حجراً فی ملکه أو مکان مباح له التصرف فیه بما أراد لم یضمن دية العائر کما صرح به غیر واحد للأصل وما تسمعه من النصوص، بل والنبوی «البئر جبار والقحماء جبار والمعدن جبار» بناء علی کون المراد منه هدر دية الواقع فی مثل البئر المحفورة فی الأراضی المباحة، وكذا من یتلف برکوب دابة أو استخراج معدن» (نجفی، ۱۳۶۲: ۹۸/۴۳).

۲. «جنایة الدابة إذا لم یکن معها سائق ولا راکب ولا قائد أو كانوا معها فبان أن ذلك کان منها دونهم جبار وهو الهدر، لا شیء علی واحد منهم فیهم» (ابن عبدالبرّ نمری قرطبی، ۱۴۰۰: ۱۱۲۵/۲).

است و نه ماهوی؛ بدین صورت که اصل این است که تلف و فساد زرع توسط حیوان در شب به صاحب آن برگردد، مگر اینکه صاحب حیوان عدم تفریط خود را ثابت نماید و اگر این تلف و فساد در روز اتفاق افتاده باشد، اصل عدم ضمان صاحب حیوان است، مگر اینکه تفریط وی ثابت بشود. بنابراین ملاک برای ضمان یا عدم ضمان، تفریط یا عدم تفریط صاحب حیوان بوده که بالتبع در صورت تفریط صاحب حیوان، اتلاف به وی مستند می شود (نجفی، ۱۳۶۲: ۴۰۲/۴۳-۴۰۵؛ نیز ر.ک: موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۳۰۵/۴۲-۳۰۶). بر همین مبنا، چنانچه شخصی درون چاهی افتاده و بمیرد، برخی از فقهای معاصر در صورتی صاحب چاه را ضامن قتل نمی دانند که وی در ملک خود چاه را حفر نموده باشد و اگر حفر چاه در معبر عام باشد، به علت تقصیر وی ضامن خواهد بود (منتظری، ۱۴۰۹: ب: ۱۳۴/۴-۱۳۵). گفتنی است که در بین فقهای اهل سنت نیز شافعی علت ضمان بودن صاحب حیوان در صورتی که تلف و فساد توسط حیوان در شب اتفاق افتاده باشد و عدم ضمان وی در روز را این دانسته است که عرفاً مراقبت از حیوانات در شب بر صاحبان آنها واجب می باشد. این در حالی است که ابوحنیفه در صورتی که همراه حیوان محافظت کننده ای (مثلاً شبان) وجود نداشته باشد، صاحب حیوان را ضامن نمی داند (سیوری حلی، ۱۴۲۵: ۳۷۹/۲).

گفتنی است که مصادیق ذکر شده در روایت جبار نیز هر دو مورد را در بر می گیرد؛ عبارت «عجماء» که به چهار پایانی تعبیر شده است که صاحبشان بر آنها تسلط ندارد و همچنین چاهی که فردی آن را در ملک مباحش حفر کرده^۱ و بر آن تسلط داشته است. لذا بر اساس قرینه وحدت سیاق در همه مصادیق ذکر شده، حکم به عدم ضمان تابع یک معیار و ملاک بوده و آن «استناد جنایت به خود شیء است نه صاحب اختیار آن». چنان که برخی شارحان حدیث نیز نوشته اند مضمون حدیث جبار این است که حیوان چیزی را در روز یا در شب بدون تفریط از جانب مالکش تلف کند یا در حالی

۱. «قال رسول الله ﷺ: البئر جبار والعجماء جبار والمعدن جبار أي هدر لا يضمن لها شيئاً والمراد بالبئر ما كان لله في الصحارى أو في منزله أو في ملكه، وبالعجماء الحيوانات المرسله للرعى، وبالمعدن إذا حصل في الأرض حفر فوق فيها رجل أو لو انهدم على الحافر ولو كان أخيراً لصاحب المعدن فإنه أدخل على نفسه الضرر بقبوله» (مجلسی اول، ۱۴۰۶: ۴۳۸/۱۰).

که کسی همراه آن نیست (بر آن مسلط نیست) چیزی را تلف کند.^۱ بر همین مبناست که قانون‌گذار ما نیز در موارد متعددی به علت عدم برقراری رابطه استناد بین نتیجه مجرمانه و رفتار شخص، حکم به عدم ضمان داده است؛ چنان که در ماده ۵۲۱ ق.م.ا. مقرر داشته است:

«هر گاه شخصی در ملک خود یا مکان دیگری آتش روشن کند و بداند که به جایی سرایت نمی‌کند و غالباً نیز سرایت نکند، لکن اتفاقاً به جایی سرایت نماید و موجب خسارت و صدمه گردد، ضمان ثابت نیست و در غیر این صورت ضامن است».

روشن است که عدم انتساب نتیجه مجرمانه به شخص و عدم ضمان وی، به علت عدم تقصیر وی خواهد بود. همچنان که اگر صاحب شیء یا حیوان در نگهداری آن تقصیری مرتکب شده باشد، در صورت ایراد جنایت از سوی حیوان یا آن شیء، صاحب آن ضامن خواهد بود؛ چنان که در ماده ۵۲۴ قانون مذکور بیان شده است:

«هر گاه کسی که سوار حیوان است، آن را در معبر عمومی یا دیگر محل‌های غیر مجاز متوقف نماید، در مورد تمام خسارت‌هایی که آن حیوان وارد می‌کند و مستند به فعل شخص مزبور می‌باشد، ضامن است و چنانچه مهار حیوان در دست دیگری باشد، مهارکننده به ترتیب فوق ضامن است».

۲. شیوه‌های اصطیاد قاعده

حدیث جبار گرچه به جنایت و تلف حیوان، چاه و معدن پرداخته است، اما این مصادیق، موضوعیت نداشته و می‌توان حکم آن‌ها را به سایر اشیا نیز تسری داد.^۲ برای کیفیت انجام این تسری می‌توان موارد زیر را برشمرد:

۱-۲. الغاء خصوصیت

اولین مورد از شیوه‌های بیان الغای خصوصیت «صدور حکم» می‌باشد؛ بدین معنا

۱. «فَأَمَّا قَوْلُهُ ﷺ: "الْعَجْمَاءُ جُرْحُهَا جُبَارٌ" فَمَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا أَتَلَفْتَ شَيْئًا بِالنَّهَارِ أَوْ بِاللَّيْلِ بَغَيْرِ تَقْرِيطٍ مِنْ مَالِكِهَا، أَوْ أَتَلَفْتَ شَيْئًا وَلَيْسَ مَعَهَا أَحَدٌ، فَهَذَا مَضْمُونٌ وَهُوَ مُرَادُ الْحَدِيثِ» (نوی، ۱۳۹۲: ۱۳۴/۶).

۲. چنان که قانون‌گذار نیز مفاد این حکم را به مصادیق دیگر تسری داده است (برای مثال ر.ک: مواد ۵۱۶، ۵۱۷، ۵۱۸ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲).

که اگر حکم در مورد خاصی از باب تمثیل آورده شود، به دلیل تنقیح مناط قطعی، حکم آن به سایر موارد نیز تعمیم داده خواهد شد؛ برای مثال می‌توان از حکم فقیهان به لزوم اعاده نماز بر کسی که از روی عمد یا فراموشی در لباس نجس نماز خوانده است، نام برد. هرچند آنچه در نصوص آمده، حکم به لزوم اعاده نماز به سبب وجود نجاسات خاصی است، با وجود این، هیچ یک از فقیهان ملتزم به این نشده‌اند که حکم به لزوم اعاده نماز تنها مختص به همراه داشتن نجاسات بیان شده در روایت، هنگام نماز خواندن باشد. به عبارت دیگر، آنان نیز به دلیل اشتراک در علت، حکم را به تمامی نجاسات گسترش داده‌اند (موسوی، ۱۴۲۳: ۸۹).

دومین مورد از شیوه‌های الغای خصوصیت، «عدم ظهور خصوصیت» می‌باشد؛ بدین معنا که مصادیق ذکر شده، از خصوصیتی برخوردار نبوده تا حکم صرفاً بر آن مترتب شود. برای مثال در روایت آمده است که اگر مأوم پیش از امام به رکوع برود، ملزم است برگردد و عملش را با امام هماهنگ کند. حال گرچه این روایت تنها به حکم رکوع پرداخته است، ولی به سبب ظهور نداشتن روایت در خصوص حکم رکوع، فقیهان حکم آن را به سجده نیز توسعه داده‌اند (همان: ۹۲).

بر این اساس، آنچه از حدیث جبار برداشت می‌شود، این است که حکم به جبار در جنایات حیوان، چاه و معدن از باب تمثیل بوده و با الغاء خصوصیت در موارد حکم و عدم ظهور روایت در مورد مصادیق ذکر شده، قاعده جبار به سایر مصادیق نیز تسری پیدا می‌کند. مؤید این مطلب، وجود روایات دیگری است که بر جبار بودن جنایات سایر اشیاء دلالت دارند؛ مانند روایت «النَّارُ جُبَارٌ» (سجستانی ازدی، بی‌تا: ۳۲۳/۴؛ نسائی، ۱۴۲۱: ۴۱۳/۳؛ قزوینی، بی‌تا: ۲۴۷/۸؛ دارقطنی، ۱۴۲۴: ۱۲۰/۸) و «الرَّجُلُ جُبَارٌ» (سجستانی ازدی، بی‌تا: ۳۲۲/۴؛ نسائی، ۱۴۲۱: ۴۱۲/۳؛ دارقطنی، ۱۴۲۴: ۱۱۸-۱۱۹ و ۱۹۲-۱۹۴) که به هدر بودن جنایت آتشی که به صاحب آن استناد داده نمی‌شود یا جنایت پای چهارپایی که به سواره نسبت داده نمی‌شود، اشاره دارد. بنابراین به طور کلی، هر گاه عرف جنایتی را به خود شیء استناد دهد نه به صاحبش، آن جنایت هدر و باطل است.

۲-۲. تخریح مناط^۱

اجتهاد در مناط حکم برای اصطیاد این قاعده از روایات توسط تخریح مناط محقق می‌شود و بر این اساس از روایت نبوی می‌توان برداشت کرد که حدیث جبار ظهوری در انحصار حکم به جبار برای خصوص جنایت یا تلف اشیاء مذکور در روایت ندارد و همان گونه که برخی از فقیهان نیز چنین برداشت کرده‌اند، هیچ یک از موارد مذکور در حدیث، حکم به عدم ضمان صاحب اختیار شیئی را که جنایت به آن استناد داده نمی‌شود، تخصیص نمی‌زند.^۲ بنابراین می‌توان این گونه تخریح ملاک کرد که در قاعده جبار، تنها معیار و ملاک عدم ضمان صاحبان اشیاء، استناد جراحت یا تلف به خود اشیاء است؛ چرا که تنها در این صورت است که صاحب اختیار شیء، جنایت و تلف شیء را ضامن نیست.

۳. مبانی قاعده جبار

فقیهان از میان منابع احکام، تنها به سنت به عنوان مدرک این قاعده تمسک جسته‌اند. اجماع فقیهان نیز درباره عمل به قاعده جبار، تنها در خصوص برخی از موارد آن محقق شده است و از آنجا که اجماع بر خلاف اخبار، دلیل لفظی نیست تا بتوان با الغاء خصوصیت یا تخریح مناط در مضمون آن، قاعده جبار را اصطیاد کرد و باید به قدر متیقن آن اکتفا نمود، بنابراین تنها دلیل این قاعده، روایات می‌باشند.

۳-۱. گونه‌های روایی

در رابطه با قاعده مذکور، روایات مربوطه را به دو دسته می‌توان تقسیم نمود: دسته

۱. تخریح مناط، اجتهادی است در جهت اثبات علت حکمی که نص یا اجماع بر وجود آن دلالت دارد، ولی بر علت آن دلالت ندارد و این اجتهاد با پیمودن مسیرهای به دست آوردن علت مانند مناسبت و یا سب و تقسیم حاصل می‌شود و به علل استنباط شده اختصاص دارد (در این باره ر.ک: آمدی، بی‌تا: ۳/۳۰۳).

۲. «لو وضع حجراً فی ملکه أو مکان مباح له التصرف فیہ بما أراد لم یضمن دية العاثر کما صرح به غیر واحد للأصل وما تسمعه من النصوص، بل والنوی «البئر جبار والقحماء جبار والمعدن جبار» بناء علی کون المراد منه هدر دية الواقع فی مثل البئر المحفورة فی الأراضی المباحة، وكذا من یتلف برکوب دابة أو استخراج معدن» (نجفی، ۱۳۶۲: ۹۸/۴۳).

اول روایاتی هستند که مطلقاً بر عدم ضمان صاحب اختیار شیء دلالت دارند. بر پایه این روایات، صاحب شیء ضامن هیچ یک از جنایت و تلف شیء تحت اختیارش نیست؛ چه در رابطه با آن شیء تعدی کرده باشد و چه نکرده باشد. دسته دوم روایاتی هستند که مجموعاً به منطوق یا مفهوم ذیل آن، تنها در فرض عدم تعدی صاحب اختیار شیء، بر عدم ضمان او دلالت دارند.

۱-۱-۳. عدم ضمان صاحب اختیار شیء مطلقاً

در رابطه با روایاتی که به طور مطلق صاحب شیء را ضامن جنایات مستند به آن نمی دانستند، دو نظر می توان ارائه نمود:

مطابق نظر اول، در این دسته از احادیث به خاطر بیان کلمه «جراحت» در صدر روایت، این کلمه یا به تمامی موارد مذکور در حدیث اضافه شده است و یا اینکه تنها به موارد ابتدای حدیث اضافه شده است و نیازی به تقدیر گرفتن جنایت یا جراحت برای اضافه شدن به سایر موارد وجود ندارد. در این مورد می توان به دو روایت زیر استناد نمود:

۱- «حَدَّثَنَا (مُسْلِمٌ بَنَ الْحَجَّاجِ النَّيْسَابُورِيُّ) مُحَمَّدُ بْنُ زُهَيْرٍ بْنُ الْمُحَاذِرِ أَخْبَرَنَا اللَّيْثُ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ مُوسَى عَنِ الْأَشْوَذِ بْنِ الْعَلَاءِ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «الْبَيْتُ جَرَحُهَا جَبَّارٌ وَالْمَعْدِنُ جَرَحُهَا جَبَّارٌ وَالْعَجْمَاءُ جَرَحُهَا جَبَّارٌ وَفِي الرَّكَازِ الْخُمْسُ» (قشیری نیشابوری، بی تا: ۱۲۷/۵)؛ مسلم [با سند صحیح] از ابوهریره از رسول خدا ﷺ نقل می کند که ایشان فرمود: هر نوع آسیبی که توسط جاه، معدن و حیوان وارد می شود، هدر و بدون ضمان است و خمس گنج های مدفون در زمان جاهلیت باید پرداخت شود.

نووی در شرح این حدیث می نویسد مراد از «عجماء» هر حیوان به جز آدمی است و عجماء را از این جهت که قدرت بر تکلم ندارد، عجماء می نامند و «جبار» به معنای هدر است و اما قول رسول خدا ﷺ که فرمود: «الْعَجْمَاءُ جَرَحُهَا جَبَّارٌ»، بر زمانی حمل می شود که حیوان چیزی را در شب یا در روز بدون تفریط مالکش تلف کند و یا چیزی را تلف کند و کسی همراه آن نباشد و همین معنا مضمون و مراد حدیث است و چنانچه فردی همراه حیوان باشد، اعم از سواره یا کسی که حیوان را می راند یا می کشد، حال چه مالک، مستأجر، مستعیر، غاصب، مودع، وکیل و یا غیر این ها باشد،

در صورتی که حیوان با دست، پا و یا دهان و امثال این‌ها چیزی را تلف کند، فردی که همراه آن است باید خسارت را از مالش بپردازد، مگر اینکه جنایتی را بر انسانی واقع سازد که در این صورت دیه او در مال عاقله شخصی است که همراه حیوان است، چه جنایت به جرح باشد یا غیر آن. اما فرمایش رسول خدا ﷺ: «وَالْمَعْدِنُ جُبَارٌ»، معنایش این است که شخصی در ملکش یا زمین موات، معدنی را حفر کند و انسان یا غیر آن که در آن معدن کار می‌کند، به خاطر ریزش معدن بر سرش بمیرد، که در این باره بر صاحب معدن ضمانتی نیست و مراد از «وَالْيَثْرُ جُبَارٌ» نیز همین است که اگر شخصی در ملکش یا زمین موات، چاهی را حفر کند و انسان یا غیر آن در چاه بیفتد و تلف شود، بر حفرکننده چاه ضمانتی نیست و چنانچه مالک شخصی را برای حفر چاه اجیر کند و چاه بر روی او ریزش کند، بر مستأجر ضمانتی نیست؛ مگر اینکه چاه را در مسیر مسلمانان یا در ملک دیگری بدون اذن مالک حفر کند و انسانی در آن بیفتد و تلف شود که در این صورت، دیه آن را عاقله حافر باید بپردازد و کفاره آن در مال حافر است و اگر غیر آدمی در آن تلف شود، ضمان آن در مال خود حافر است (نوی، ۱۳۹۲: ۱۳۴/۶).

۲- «حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ الْبُخَارِيُّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يُوسُفَ حَدَّثَنَا اللَّيْثُ حَدَّثَنَا ابْنُ شِهَابٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ وَأَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: "الْعَجْمَاءُ جَرْحُهَا جُبَارٌ وَالْيَثْرُ جُبَارٌ وَالْمَعْدِنُ جُبَارٌ وَفِي الرِّكَازِ الْخُمْسُ" (بخاری، ۱۴۲۲: ۳/۲۳؛ قشیری نیشابوری، بی‌تا: ۹۴/۹؛ ابن حنبل شیبانی، ۱۴۲۱: ۲۳۹/۲، ۲۵۴، ۲۸۵، ۳۱۹، ۳۲۶، ۴۱۵، ۴۵۴، ۴۵۶ و ۵۰۱؛ دارقطنی، ۱۴۲۴: ۱۱۴/۸، ۱۱۶، ۱۱۷، ۱۱۸، ۱۲۳ و ۳۱۰؛ دارمی، ۱۴۱۲: ۱۵۷/۷، ۲۸۱ و ۲۸۲؛ نسائی، ۱۴۲۱: ۲۳/۲ و ۴۲۴/۳؛ سجستانی ازدی، بی‌تا: ۳۲۲/۴؛ قزوینی، بی‌تا: ۲۲۴-۲۴۶؛ ترمذی، ۱۹۹۸: ۴۲/۳ و ۲۴۵/۵)؛ بخاری [با سند صحیح] از ابوهریره نقل می‌کند که رسول خدا ﷺ فرمود: هر نوع آسیبی که توسط حیوان، چاه و معدن وارد می‌شود، هدر و بدون ضمان است و خمس گنج‌های مدفون در زمان جاهلیت باید پرداخت شود.

عینی در شرح این حدیث می‌نویسد: «العجماء» مبتدأست و «جرحها» بدل از آن است و خبر آن «جبار» است و «جرح» به فتح جیم، مصدر است و به ضم آن، اسم است و قاضی در شرح این حدیث گفته است: تعبیر به جرح به خاطر اغلب بودن آن است و یا به عنوان مثال برای غیر آن آورده شده است و اما روایتی که در آن، لفظ جرح

ذکر نشده است، معنای از «العجماء» اتلاف آن است که به هر نحو اعم از جراحت و غیر آن محقق شود، جبار است؛ یعنی هدری است که حکمی ندارد و «العجماء» تأنیث «الأعجم» است که همان چهارپاست و ترمذی گفته است: عجماء چهارپایی است که از دست صاحبش فرار کرده است و هر آسیبی را که در این حالت موجب شود، به خاطر آن بر صاحبش غرامتی نیست (عینی، بی تا: ۷۰/۲۴) و معنای «والبئر جبار» این است که شخصی چاهی را در بیابان یا در هر مکانی که حق آبادانی آن را دارد، حفر کند و شخصی در آن سقوط کند یا مالک، شخصی را برای حفر چاه در ملکش اجیر کند و چاه بر سر او ریزش کند، که در این موارد بر هیچ کدام ضمانتی نیست و همین حکم برای شخصی است که دیگری را برای حفر معدن اجیر کرده است و معدن بر سر او ریزش کرده است و آنچه که از صدر حدیث برداشت می شود این است که حدیث مطلق است؛ ولی بر مواردی که حیوان چیزی را در شب یا روز بدون تفریط از جانب مالکش تلف کند یا بدون اینکه شخصی همراه آن باشد (بر آن مسلط باشد) چیزی را تلف کند، حمل می شود و همچنین احتمال دارد که مراد از جرح، جنایت بر بدن ها یا بر اموال باشد و اول اقرب به حق است (همان: ۱۰۲/۹).

مطابق نظر دوم، برخی از شارحان حدیث برای صحت استناد ربط خبر به مبتدا، لزوم تقدیر گرفتن مضافی مانند فعل را به «عجماء» در روایات بیان کرده اند (شمس الدین کرمانی، ۱۳۵۶: ۴۴/۸). گفتنی است که این مطلب، اختصاص به «عجماء» ندارد و برای سایر اشیاء نیز نیاز به تقدیر گرفتن مضاف مرتبط با خبر وجود دارد و از منظر عرف، تقدیر گرفتن جراحت یا فعل برای اضافه به شیء صحیح است؛ برای مثال می توان به این روایات استناد نمود:

۱- «مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ هِلَالٍ عَنْ عُقْبَةَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: كَانَ مِنْ قَضَاءِ النَّبِيِّ أَنَّ الْمَعْدِنَ جَبَّارًا وَالْبُئْرَ جَبَّارًا وَالْعَجْمَاءَ جَبَّارًا» (صدوق، ۱۳۴۳: ۱۵۴/۴)؛ شیخ صدوق... از عقبه بن خالد از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَامُ روایت می کند که فرمود: از جمله قضاوت های رسول خدا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ این بوده است که حکم فرمود به اینکه هر نوع آسیبی که توسط معدن، چاه و حیوان وارد شود، هدر و بدون ضمان است.

علامه محمدتقی مجلسی در شرح این حدیث می‌نویسد: مراد از چاه آن چیزی است که در راه خدا در صحراها وقف شده است یا آنچه که در خانه یا در ملک کسی قرار دارد و مراد از عجماء حیوانات رهاشده برای چرا هستند و مراد از معدن حفره‌ای است که در زمین ایجاد شده یا کسی آن را ایجاد کرده است، ولو اینکه معدن ملک دیگری باشد و حفرکننده با قبول حفر آن، به وارد شدن ضرر بر خود راضی شده است (مجلسی اول، ۱۴۰۶: ۱۰/۴۳۸).

۲- «حَدَّثَنَا (أَبَا دَاوُدَ السَّجِسْتَانِيَّ) عُمَانُ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ يَزِيدَ حَدَّثَنَا سُفْيَانُ بْنُ حُسَيْنٍ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الرَّجُلُ جُبَارٌ» (سجستانی ازدی، بی‌تا: ۳۲۲/۴؛ دارقطنی، ۱۴۲۴: ۱۱۸/۸، ۱۱۹، ۱۹۲ و ۱۹۴؛ نسائی، ۱۴۲۱: ۴۱۲/۳)؛ ابوداود [با سند غیر صحیح (ابن عبدالبز نمری قرطبی، ۱۴۲۱: ۱۴۳/۸)] از ابوهریره از رسول خدا ﷺ نقل می‌کند که فرمود: هر نوع آسیبی را که حیوان با پا وارد می‌کند، هدر و بدون ضمان است.

ابن حزم اندلسی می‌نویسد: دو تفسیر از روایت نبوی «الرَّجُلُ جُبَارٌ» وجود دارد:

۱. مراد از رجل، ضربه‌هایی است که حیوان با پای خود وارد می‌کند.
۲. مراد از آن، ضربه‌هایی است که فرد در حال طواف و غیر آن بدون قصد بر دیگری وارد می‌کند و هر دو تفسیر صحیح می‌باشد؛ چرا که هر دو تفسیر موافق لفظ رسول خدا ﷺ می‌باشد و جایز نیست که یکی از دو تفسیر، دیگری را تخصیص بزند؛ چرا که تخصیص بدون دلیل و برهان است. بنابراین جز در موارد عمد که اجماع بر ضمان وجود دارد، جنایات پای انسان و حیوانات هدر است و غرامت، قصاص و کفاره‌ای ندارد (ابن حزم اندلسی، بی‌تا: ۲۲۱/۱۱).

۳- «حَدَّثَنَا (أَبَا دَاوُدَ السَّجِسْتَانِيَّ) مُحَمَّدُ بْنُ الْمُتَوَكَّلِ الْعَسْقَلَانِيُّ حَدَّثَنَا عَبْدُ الرَّزَّاقِ وَحَدَّثَنَا جَعْفَرُ بْنُ مُسَافِرٍ التَّنِيسِيُّ حَدَّثَنَا زَيْدُ بْنُ الْمُبَارَكِ حَدَّثَنَا عَبْدُ الْمَلِكِ الصَّنْعَانِيُّ كِلَاهُمَا عَنْ مَعْمَرٍ عَنْ هَمَّامِ بْنِ مُنَبِّهٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «النَّارُ جُبَارٌ» (سجستانی ازدی، بی‌تا: ۳۲۳/۴؛ نسائی، ۱۴۲۱: ۴۱۳/۳؛ قزوینی، بی‌تا: ۲۴۷/۸؛ دارقطنی، ۱۴۲۴: ۱۲۰/۸)؛ ابوداود... از ابوهریره نقل می‌کند که رسول خدا ﷺ فرمود: آتشی را که فرد در ملکش ایجاد می‌کند، در صورتی که بدون تعدی از جانب او، آسیب یا خسارتی را بر دیگری وارد آورد، هدر و بدون ضمان است.

ابن حزم اندلسی می‌نویسد: «النَّارُ جُبَارٌ» از رسول خدا ﷺ صحیح و حجت است و بر این اساس، هر آنچه که توسط آتش تلف می‌شود، هدر و باطل است؛ مگر آتشی که اجماع بر ضمان روشن‌کننده آن وجود دارد و آن نیز آتشی است که شخص عمداً برای خسارت زدن به دیگری می‌افروزد و اما جنایت آتشی که شخص برای تعدی به دیگران نیفروخته است، همان‌گونه که رسول خدا فرمود، جبار و باطل است و جایز نیست که این حکم عام جز به وسیله نص و یا اجماعی تخصیص زده شود و همان‌گونه که گفته شد، اجماع بر ضمان تنها در مورد قصد افساد محقق شده است (ابن حزم اندلسی، بی‌تا: ۲۲۱/۱۱).

۳-۱-۲. اعتبار تعدی در حکم به ضمان

مجموع روایات این دسته، شرط ضمان صاحب اختیار شیئی را که صاحبش بر آن تسلط دارد، افراط یا تفریط او در حفظ یا استفاده از آن بیان می‌کنند که در غیر این صورت بر او ضمانی نیست.

۱- «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُغِيرَةَ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ أَبِيهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِيهِ قَالَ: كَانَ عَلِيُّ بْنُ أَبِيهِ لَا يُضْمَنُ مَا أَفْسَدَتِ الْبَهَائِمُ نَهَارًا وَيَقُولُ: عَلِيُّ صَاحِبِ الزَّرْعِ حَفِظَ زَرْعِهِ وَكَانَ يُضْمَنُ مَا أَفْسَدَتِ الْبَهَائِمُ لَيْلًا» (طوسی، ۱۳۶۴: ۳۱۰/۱۰)؛ شیخ طوسی... از سکونی از امام صادق علیه السلام و ایشان از پدرش از علی علیه السلام روایت می‌کند: علی علیه السلام خساراتی را که چهارپایان در روز وارد می‌کردند، ضمانت نمی‌کرد و می‌فرمود حفظ زراعت [در روز] بر عهده صاحب زراعت است؛ ولی خساراتی را که چهارپایان در شب وارد می‌کردند، ضمانت می‌فرمود.

۲- «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنِ الْمُعَلَّى أَبِي عُثْمَانَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام عَنْ قَوْلِ اللَّهِ تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفِثَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ﴾ [انبیاء/ ۷۸] فَقَالَ: لَا يَكُونُ النَّفْثُ إِلَّا بِاللَّيْلِ إِنَّ عَلِيَّ صَاحِبِ الْحَرْثِ أَنْ يَحْفَظَ الْحَرْثَ بِالنَّهَارِ وَلَيْسَ عَلِيُّ صَاحِبِ الْمَاشِيَةِ حَفِظَهَا بِالنَّهَارِ وَإِنَّمَا رَعِيَهَا بِالنَّهَارِ وَإِذَا قُفِئَتْ فَمَا أَفْسَدَتْ فَلَيْسَ عَلَيْهَا وَعَلَى أَصْحَابِ الْمَاشِيَةِ حَفِظَ الْمَاشِيَةَ بِاللَّيْلِ عَنْ حَرْثِ النَّاسِ فَمَا أَفْسَدَتْ بِاللَّيْلِ فَقَدْ صَمِمُوا وَهُوَ النَّفْثُ وَإِنَّ دَاوُدَ حَكَمَ لِلذِّي أَصَابَ زَرْعَهُ رِقَابَ الْعِثَمِ وَحَكَمَ سُلَيْمَانُ الرَّسُلَ وَالنَّلَّةَ وَهُوَ اللَّيْنُ وَالصُّوفُ فِي ذَلِكَ الْعَامِ» (همان: ۲۲۴/۷؛ کلینی، ۱۳۸۸: ۳۰۱/۵)؛ کلینی... از ابوبصیر روایت می‌کند که گفت: از امام صادق علیه السلام درباره

سخن خداوند ﷻ: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَخْتَصِمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ عَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾ سؤال کردم. فرمود: نفش [که همان چرای حیوانات بدون چوپان است،] تنها در شب واقع می‌شود و صاحب زراعت باید در روز از زراعت خود محافظت کند و صاحب حیوان وظیفه ندارد که در روز از حیوان خود محافظت کند و چریدن و روزی حیوانات در روز است و اگر چیزی را از بین ببرند، صاحبانشان ضامن نیستند؛ ولی صاحبان حیوانات باید از آنان در شب محافظت کنند تا به زراعت دیگران آسیبی وارد نسازند. پس اگر حیوانات چیزی را در شب از بین ببرند، صاحبانشان ضامن هستند و نفش همین است و داود عَلَيْهِ السَّلَام حکم کرد که صاحب زراعت از خود گوسفندان به عنوان غرامت بردارد و سلیمان عَلَيْهِ السَّلَام حکم کرد که شیر و پشم یک سال گوسفندان از آن اوست.

۴- «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَنْ أَبِي الْجَوْرَاءِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلْوَانَ عَنْ عَمْرٍو بْنِ خَالِدٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيِّ عَلَيْهِ السَّلَام أَنَّهُ كَانَ يُضَمَّنُ صَاحِبَ الْكَلْبِ إِذَا عَقَرَ نَهَارًا وَلَا يُضَمَّنُهُ إِذَا عَقَرَ بِاللَّيْلِ وَإِذَا دَخَلَتْ دَارَ قَوْمٍ بِأَذْنِهِمْ فَعَقَرَكَ كَلْبُهُمْ فَهُمْ ضَامُونَ وَإِذَا دَخَلَتْ بَعِيرٌ إِذْنِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ» (طوسی، ۱۳۶۴: ۱۰/۲۲۸)؛ شیخ طوسی... از عمرو بن خالد و او از زید بن علی و او از طریق پدرانش از امام علی عَلَيْهِ السَّلَام روایت می‌کند: ایشان به ضمان صاحب سگ هاری حکم می‌فرمود که در روز کسی را بگذرد؛ ولی اگر کسی را در شب بگذرد، صاحبش را ضامن نمی‌دانست و هر زمان که فردی به اذن اهل منزل، وارد منزلشان شود و سگشان او را بگذرد، اهل منزل ضامن هستند و اگر بدون اذن آنان داخل شود، بر آنان ضمانتی نیست.

به نظر می‌رسد جمیع این روایات، ظهور در این مطلب دارند که تنها ملاک در ضمان (صاحب اختیاری که بر شیء مسلط است)، تفریط و تقصیر و صحت استناد تلف و جراحت به صاحب اختیار شیء است؛ چرا که تفصیل بین روز و شب در حکم به ضمان صاحب چهارپایان در خساراتی که شبانه وارد می‌کنند و عدم ضمان خساراتی که در روز وارد می‌کنند، در معتبره سکونی و معتبره ابوصیر، جز به دلیل غالب بودن تفریط از جانب صاحبانشان در شب خصوصاً در زمان صدور روایت نیست؛ چه اینکه صاحبان چهارپایان وظیفه حفظ آن‌ها را در شب دارند نه در روز؛ از آن جهت که آن‌ها چهارپایانشان را در روز برای چریدن به چراگاه می‌فرستند و در نتیجه لازم نیست که از آن‌ها محافظت کنند و بر آن‌ها در چراگاه سلطه‌ای ندارند و در نتیجه توان بر منع آن‌ها

از وارد کردن جنایت و فساد ندارند؛ به گونه‌ای که اگر فساد به وجود بیاورند، اسناد فسادشان به صاحب حیوان صحیح نیست (جنایت و فساد مستند به خود حیوان است) و درباره سگ این امر برعکس است؛ چرا که صاحبش می‌تواند مانع گزند آن به دیگران در روز شود و در صورتی که به دیگران آسیبی وارد سازد، ضامن است؛ ولی در شب از آنجا که صاحبش آن را به نگهداری از خانه و کشتزارها و باغ‌ها می‌فرستد، توانایی منع حیوان را از وارد کردن گزند به دیگران ندارد و در صورتی که گزند برساند، وی ضامن چیزی نیست (زارعی سبزواری، ۱۴۳۴: ۲/۳۸۵).

نتیجه‌گیری

قاعده جبار از جمله قواعد اصطیادی است که در باب ضمان کاربرد دارد. مفاد این قاعده بر اساس روایات، مربوط به موردی است که با وجود محافظت و نگهداری صاحب شیء، از سوی آن جنایت یا خسارتی به دیگری وارد شده است. در این مورد، حکم به هدر بودن آن جنایت و عدم ضمان صاحب شیء داده شده است. مبنای حکم مذکور نیز این است که با توجه به عدم تقصیر صاحب شیء، نتیجه به وی مستند نخواهد شد تا زمانی که بر او مترتب بشود.

ناگفته نماند که گرچه در روایت معروف جبار، از مصادیق حیوان، چاه و معدن سخن به میان آمده است، اما با الغاء خصوصیت، حکم مذکور به سایر اشیاء نیز تسری می‌یابد. وانگهی ملاک حکم به عدم ضمان صاحبان اشیاء، عدم تقصیر آنان و بالتبع عدم برقراری رابطه سببیت بوده که این حکم عام بوده و اختصاص به شیء خاصی ندارد. بر همین مبنا، همان طور که قانون‌گذار ما نیز در مواد متعددی از قانون مجازات اسلامی بدان اشاره داشته است، حکم مذکور را می‌توان علاوه بر سایر اشیاء به تمامی رفتارهای مشروع نیز تسری داد. به عبارت دیگر، اگر شخص با وجود رعایت تمام نکات ایمنی و موازین فنی، رفتاری را انجام داده و در اثر این رفتار، خسارت یا جنایتی به دیگری وارد شود، وی در قبال این نتیجه ضامن نخواهد بود. بنابراین صرف مالکیت داشتن بر شیئی یا انجام دادن رفتاری، خسارت یا جنایت ایجادشده را به صاحبان آن اشیاء و ایجادکنندگان آن رفتار مستند نمی‌کند.

کتاب‌شناسی

۱. قرآن کریم.
۲. آمدی، سیف‌الدین ابوالحسن علی بن ابی‌علی بن محمد، *الإحكام في أصول الأحكام*، بیروت، المكتب الاسلامی، بی‌تا.
۳. ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی، *فتح الباری شرح صحیح البخاری*، بیروت، دار المعرفه، ۱۳۷۹ ق.
۴. ابن حزم اندلسی، ابو محمد علی بن احمد بن سعید، *المحلی بالآثار*، بیروت، دار الفکر، بی‌تا.
۵. ابن حنبل شیبانی، ابو عبدالله احمد بن محمد، *مسند الامام احمد بن حنبل*، بیروت، مؤسسة الرساله، ۱۴۲۱ ق.
۶. ابن عابدین، محمد امین بن عمر بن عبدالعزیز دمشقی حنفی، *السدرا المختار و حاشیه ابن عابدین (رد المحتار)*، دار الفکر، چاپ دوم، بیروت، ۱۴۱۲ ق.
۷. ابن عبدالبر نمری قرطبی، ابو عمر یوسف بن عبدالله بن محمد، *الاستدکار*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۱ ق.
۸. همو، *کتاب الکافی فی فقه اهل المدینه المالکی*، چاپ دوم، ریاض، کتابخانه جدید ریاض، ۱۴۰۰ ق.
۹. ابن ماجه قزوینی، ابو عبدالله محمد بن یزید، *سنن ابن ماجه*، بیروت، دار احیاء الکتب العربیه، بی‌تا.
۱۰. باجی، ابوالولید سلیمان بن خلف بن سعد بن ایوب، *المنتقى شرح الموطأ*، بی‌جا، مطبعة السعاده، ۱۳۳۲ ق.
۱۱. بخاری، ابو عبدالله محمد بن اسماعیل بن ابراهیم بن مغیره جعفی، *صحیح الامام البخاری*، بیروت، دار طوق النجاة، ۱۴۲۲ ق.
۱۲. ترمذی، ابو عیسی محمد بن عیسی بن سوره، *الجامع الكبير (سنن الترمذی)*، بیروت، دار الغرب الاسلامی، ۱۹۹۸ م.
۱۳. دارقطنی، علی بن عمر، *سنن الدارقطنی*، بیروت، مؤسسة الرساله، ۱۴۲۴ ق.
۱۴. دارمی، ابو محمد عبدالله بن عبدالرحمن بن فضل بن بهرام، *مسند الدارمی المعروف بسنن الدارمی*، ریاض، دار المغنی، ۱۴۱۲ ق.
۱۵. زارعی سبزواری، عباس علی، *القواعد الفقہیة فی فقه الامامیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۳۴ ق.
۱۶. سبحانی، جعفر، *الاعتصام بالکتاب و السنه*، بی‌جا، بی‌تا.
۱۷. سجستانی ازدی، ابوداود سلیمان بن اشعث، *سنن ابی داود*، صیدا - بیروت، المكتبة العصریه، بی‌تا.
۱۸. سیوری حلّی (فاضل مقداد)، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، قم، مرتضوی، ۱۴۲۵ ق.
۱۹. سیوطی، جلال‌الدین عبدالرحمن بن ابی‌بکر، *شرح سنن ابن ماجه*، کراچی، قدیمی کتب خانه، بی‌تا.
۲۰. شمس‌الدین کرمانی، محمد بن یوسف، *الکواکب الدراری فی شرح صحیح البخاری*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۵۶ ق.
۲۱. شیبانی، ابو عبدالله محمد بن حسن، *الاصول*، بیروت، دار ابن حزم، ۱۴۳۳ ق.
۲۲. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، چاپ پنجم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۴۳ ش.
۲۳. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، چاپ سوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
۲۴. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.

۲۵. همو، تهذيب الاحكام في شرح المقنعة للشيخ المفيد رضوان الله عليه، چاپ چهارم، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ۱۳۶۴ ش.
۲۶. علامه حلی، ابومنصور جمال الدين حسن بن يوسف بن مطهر اسدي، تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الاماميه، مشهد، مؤسسة آل البيت (عليه السلام)، بی تا.
۲۷. عینی، بدرالدین ابومحمد محمود بن احمد، عمدة القاری شرح صحیح البخاری، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۲۸. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، چاپ دوم، قم، اسوه، ۱۳۸۳ ش.
۲۹. قشیری نیشابوری، ابوالحسین مسلم بن حجاج، صحیح مسلم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۳۰. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ سوم، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ۱۳۸۸ ق.
۳۱. مجلسی اول، محمدتقی، روضة المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، مؤسسه فرهنگي اسلامي کوشانپور، ۱۴۰۶ ق.
۳۲. مجلسی دوم، محمدباقر بن محمدتقی، ملاذ الاختیار فی فهم تهذیب الاخبار، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۳۶۴ ش.
۳۳. مجموعه من المؤلفین، موسوعة الفقهية الكويتية، چاپ دوم، کویت، دار السلاسل، ۱۴۲۷ ق.
۳۴. منتظری، حسین علی، دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الاسلاميه، قم، تفکر، ۱۴۰۹ ق. (الف)
۳۵. همو، مبانی فقهی حکومت اسلامی، تهران، کیهان، ۱۴۰۹ ق. (ب)
۳۶. موسوی، سید علی عباس، «إلغاء الخصوصية عند الفقهاء»، مجلة فقه اهل البيت (عليه السلام)، سال هفتم، شماره ۲۷، ۱۴۲۳ ق.
۳۷. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۳۸. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲ ش.
۳۹. نسائی، ابو عبدالرحمن احمد بن شعيب، کتاب السنن الكبرى، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۲۱ ق.
۴۰. نووی، ابوزکریا محیی الدین یحیی بن شرف، المنهاج شرح صحیح مسلم بن الحجاج، چاپ دوم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۹۲ ق.

برساختِ بزه‌دیدگی ذهنی:

عوامل و آثار آن از منظر جرم‌شناسی میان‌کنشی*

□ فاطمه نوری^۱

چکیده

در بسیاری از موارد، بزه‌دیدگی ریشه در تجارب واقعی و عینی ندارد؛ بلکه تنها در ذهن بخش وسیعی از عموم مردم وجود دارد و به طور واقعی تجربه نشده است. این تصویر ذهنی، ناشی از پخش شدن تأثیرات رخدادهای اجتماعی و «همزادپنداری» با بزه‌دیدگان واقعی است که از آن به عنوان «فرایند تکثیر جرم» یاد می‌شود. در چنین شرایطی، افراد جامعه به درک و پردازش مسائل مربوط به جرم می‌پردازند و هر یک تصویری از محیط و جامعه را در ذهن خود می‌سازند. جرم‌شناسی میان‌کنشی به عنوان شاخه‌ای از جرم‌شناسی پست‌مدرن، ضمن برجسته کردن نقش تعاملات و فرایندهای ارتباطی معتقد است که کنشگران بر تصاویر ذهنی خود به مثابه سرمایه حساب باز می‌کنند؛ تصاویری که طی فرایندهای ارتباطی آنان دریافت و تفسیر و به عنوان «معرف جرم» برساخته می‌شوند. این مقاله به دنبال آن است که با تمرکز بر این رویکرد نظری و با استفاده از روش

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۲۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۰۸.

۱. استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه پیام نور، صندوق پستی ۴۶۹۷-۱۹۳۹۵، تهران، ایران
(fatemehnoori90@pnu.ac.ir)

توصیفی - تحلیلی، این مسئله و عوامل و آثار آن را بررسی نماید. نتایج نشان می‌دهد که گفتمان‌های رسمی پلیسی و قضایی و رسانه‌ها، کیفیت تعاملات، میزان آسیب‌پذیری افراد و جدیت رخدادهای مجرمانه، در برساختن هراس اخلاقی و بازتولید اسطوره‌هایی مانند «بزه‌دیدگی ذهنی» تأثیر داشته و پیامد آن نیز شکل‌گیری فضایی از بی‌اعتمادی، انزوای اجتماعی و بی‌نظمی اخلاقی است. می‌باید این گزاره مهم را تقویت نمود که برداشت‌های موجود از واقعیت، «ساخته ذهن» است و به سادگی می‌توان از طریق استحکام پیوندهای اجتماعی و استفاده از ابزارهای رسمی و غیر رسمی کنترل اجتماعی، از آن برساخت‌زدایی نمود.

واژگان کلیدی: بزه‌دیدگی ذهنی، جرم‌شناسی میان‌کنشی، سنجه‌های ذهنی، کاهش اعتماد عمومی، انزوای اجتماعی.

درآمد

بزه‌دیده شخصی است که در پی رخداد یک بزه، متحمل ضرر جسمی - روانی گردیده و در معرض خطر واقع شده یا به یکی از حقوق اساسی او لطمه وارد شده است (رایجیان اصلی، ۱۳۸۴: ۲۰۴). نقش بزه‌دیده در ارتکاب جرم می‌تواند نقش انگیزشی (برانگیختگی، تهییج) یا یک نقش تکمیلی باشد (Diagle, 2013: 2-3). از پیشگامان اصلی بزه‌دیده‌شناسی که به صورت دانشگاهی به مطالعه بزه‌دیده پرداخته است، «هانس فون هنتیگ»^۱ دانشمند آلمانی تبار آمریکایی است. وی در سال ۱۹۴۸ در کتاب خود با عنوان *بزه‌کار و قربانی او*، مفاهیم بنیادین بزه‌دیده‌شناسی، یعنی مفهوم «بزه‌کار و بزه‌دیده»، «بزه‌دیده پنهان» و «رابطه خاص بزه‌کار و بزه‌دیده» را مطرح کرد (لپزوفیلیزولا، ۱۳۷۹: ۵۴). اولین تلاش‌ها در راستای تبیین بزه‌دیدگی در نظریه «شیوه و سبک زندگی»^۲ لارنس کوهن^۳ و مارکوس فلسون^۴ مطرح

-
1. Hans von Hentig.
 2. The theory of lifestyle.
 3. Lawrence Cohen.
 4. Marcus Felson.

شده است.^۱ در این رویکرد، برخی افراد به شیوه‌ای زندگی می‌کنند که امکان بزه‌دیدگی آن‌ها افزایش می‌یابد و در این حالت، برخی سبک‌های زندگی فرصت‌های جرم را ایجاد می‌کنند (Bennett, 1998: 370). سن، نژاد، مجرد یا متأهل بودن، جنسیت و میزان درآمد افراد می‌تواند بر نرخ بزه‌دیدگی آن‌ها تأثیرگذار باشد. نظریه «سبک زندگی» به درستی به این موضوع اشاره دارد که مکان و چگونگی گذراندن زمان کار و فراغت اشخاص، تحت تأثیر ویژگی‌های وضعیتی آن‌ها مانند سن و جنسیت قرار می‌گیرد و الگوهای بزه‌دیدگی آن‌ها را تعیین می‌کند (جمعی از مترجمان، ۱۳۹۳: ۴۸۶/۱). در ادبیات علوم جنایی در خصوص بزه‌دیده واقعی و عینی مطالب زیادی گفته شده است؛ اما در مورد بزه‌دیدگی ذهنی و تعامل بین نمادهای جرم و احساسات، نیاز به بررسی بیشتری است. بزه‌دیدگی ذهنی یک واکنش احساسی و عاطفی است که برآیند جرم یا نمادهای مرتبط با جرم است (Kuran & Sunstein, 1999: 685)؛ واکنشی که مشخصه اصلی آن، احساس ترس، استرس و اضطراب ناشی از تهدید به آسیب فیزیکی و غیر فیزیکی است؛ تهدیدی که فرد، آن را برآیند اشکال مختلف جرم در محیط پیرامونش می‌داند و نوعی ذهنیت و جهت‌گیری روانی در او نسبت به وقوع ناهنجاری‌های اجتماعی یا وجود عوامل تهدیدکننده ایجاد می‌شود. عوامل ایجادکننده ترس، یا ناشی از ویژگی‌های خود فرد است، مانند جنسیت و روابط افراد با یکدیگر، یا تجربه قبلی بزه‌دیدگی، و یا به

۱. کوهن و فلسون، دو جامعه‌شناس آمریکایی در سال ۱۹۷۹، نظریه «سبک زندگی روزمره بزه‌دیدگان» را با الهام از دیدگاه‌های مطروحه در نظریه انتخاب خردگرا (rational choice theory) که با نام عمل خردگرا (rational action theory) نیز مشهور است و چارچوبی برای فهم و اغلب مدل‌سازی رفتارهای اجتماعی و اقتصادی به شمار می‌آید، مطرح کردند (Miller et al., 2006: 81)، که البته پاسخی به نرخ رشد جرایم در ایالات متحده آمریکا در خلال سال‌های ۱۹۴۷ تا ۱۹۷۴ بود (Cohen & Felson, 1979: 588). کوهن و فلسون معتقدند که بزه‌دیدگان بالقوه از طریق سبک زندگی، امکان تحقق جرایم را برای مجرمین علیه خود فراهم می‌کنند؛ زیرا این فرض وجود دارد که تحقق جرم، مستلزم وجود دو عامل بزهکاران بالقوه و آماج‌های حمایت‌نشده در زمان و مکان است. افزایش میزان تبهکاری، متأثر از عوامل انزوای اشخاص، خالی بودن منزل‌ها، هسته‌ای شدن خانواده‌ها و... است؛ چنان که می‌توان گفت سبک زندگی روزمره بزه‌دیدگان (بالقوه یا حقیقی) بیان‌کننده فعالیت جنایی است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۵: ۱۲۹-۱۳۰). عده‌ای این نظریه را نمونه توسعه‌یافته دیدگاه‌های ارائه‌شده در نظریه «مواجهه با زندگی» (life-exposure theory) که در سال ۱۹۷۸ از سوی هیندلانگ، گاتفردسون و گاروفالو (Hindelang, Gottfredson & Garofalo) ارائه شده، می‌دانند (Choi, 2008: 308).

وضعیت جامعه و آماج جرم برمی‌گردد، مانند نحوه طراحی محیط، بی‌نظمی موجود در جامعه، وجود خرده‌فرهنگ‌ها و رسانه‌ها که موجب می‌شود ساکنان شهرهای بزرگ در زمینه برخورد یا چگونگی مواجهه با جرایم پیش رو، دچار نگرانی و ترس‌هایی باشند (نیازی و همکاران، ۱۳۹۶: ۴۹).

گسترش وسایل ارتباط جمعی مانند رادیو و تلویزیون و مطبوعات پرشمارگان، باعث پیدایش جامعه‌ای متمایز شده که در آن همه افراد صرف‌نظر از اینکه در کجا زندگی می‌کنند یا به چه گروه اجتماعی تعلق دارند، از طریق تماس با منابع خبری، از رویدادها و رخدادها آگاه می‌شوند. ابزارهای ارتباطی و رسانه‌ها به طور نامحسوسی شبکه‌هایی از مفاهیم ایدئولوژیک را پایه‌ریزی کرده و به تدریج آن‌ها را وارد گفتمان رایج در جامعه می‌کنند (Stevenson, 1995: 232). بازتاب پدیده‌های جنایی در رسانه‌ها نقش مؤثری در شکل‌گیری این احساس و «بزه‌دیدگی ذهنی» دارد. رسانه‌ها در بازتولید ترس‌های نوین نقشی انکارناپذیر دارند و در برخی موارد با معکوس نمودن سبک جنایی و به تصویر کشیدن جرایم خشونت‌آمیز بر پایه ارزش‌های خبری، این پیام را به مخاطبان خود می‌دهند که «این جهان دیگر امن نیست» و در یک جامعه پرآشوب^۱ و کنترل‌نشده زندگی می‌کنند (پاک‌نهاد، ۱۳۹۲: ۱۷۱). در این صورت، تصویر واقعه و خطر، شکلی شخصی پیدا کرده و باعث تحریک سریع احساس بزه‌دیدگی و ناامنی در مردم می‌شود.

پژوهشگران علی‌رغم چند دهه پژوهش، هنوز بر تعریفی از احساس ناامنی و ترس از جرم به توافق نرسیده‌اند؛ زیرا مسئله عمده در مفهوم‌سازی ترس از جرم، مصادیق فراوان این اصطلاح است.

۱. نظریه آشوب (نظم در بی‌نظمی) با گزاره‌های «آشفته‌ساز»، سویه‌های جرم‌شناسی پست‌مدرن را برجسته می‌کند. این نظریه برای نخستین بار توسط ادوارد لورنز (Edward Lawrence) مطرح شد. این نظریه از رویدادهای مبتنی بر عدم قطعیت سخن می‌گوید. پدیده‌ها و رویدادها حاصل از علل متعددی است که به طور مداوم بر یکدیگر تأثیر می‌گذارند. این نوع پدیده‌ها به شرایط اولیه خود بسیار حساس‌اند و اجزای مختلف آن‌ها مبتنی بر اثر «بال پروانه‌ای»، «خودهماندی»، «سازماندهی پویا» و «جاذب‌های غریب» است که در مجموع گونه‌ای از «نظم در بی‌نظمی» یا وضعیتی «شبه آشفته» را به نمایش می‌گذارند (ر.ک: نودری، ۱۳۹۲: ۱۰۶-۱۲۶).

عبدالهی و یوسفی مراغه (۱۳۹۱) در پژوهشی با عنوان «ترس از جرم و واکنش در برابر آن» نشان می‌دهند که رابطه مستقیمی بین ترس از جرم و واکنش در برابر آن وجود دارد. برخی تلاش می‌کنند از جرایم دوری کنند و برخی راه حمایت از خویش را در پی می‌گیرند و گروهی تصور می‌کنند که اگر دارای آماج مجرمانه نباشند، در امنیت بیشتری خواهند بود. پاک‌نهاد (۱۳۹۲) نیز در پژوهشی با عنوان «احساس ناامنی و ترس از جرم» نشان می‌دهد که ترس از جرم به طور افراطی باعث می‌شود که عموم مردم، خواهان برخورد سرکوبگرانه با مجرمان باشند. نیازی و همکاران (۱۳۹۶) در فراتحلیلی به بررسی عوامل مؤثر بر ترس از جرم پرداخته‌اند. نتایج پژوهش آن‌ها حاکی از آن است که بین ترس از جرم، جنسیت، سن، وضعیت تأهل، تحصیلات، احساس ناامنی، آسیب‌پذیری پایگاه اجتماعی و اقتصادی و اعتماد اجتماعی، رابطه‌ای مستقیم و معنادار وجود دارد. عبدالملکی و همکاران (۱۳۹۶) بیشترین عوامل تبیین‌کننده ترس از جرم را در هفت متغیر «خطر ادراک شده، نگرانی اجتماعی، قومیت، اعتماد اجتماعی، پیوند محله‌ای، احساس بی‌نظمی فیزیکی در محله و خانه‌دار بودن» جمع‌بندی کرده‌اند.

در حوزه تحقیقات خارجی، جکسون (Jackson & Stafford, 2009) نشان داد که ترس از جرم افراد را باید بر اساس آسیب‌پذیری آن‌ها و ارزیابی شان از «احتمال بزه‌دیدگی» تبیین کرد. پریچاتاوانگ و روجیپرگ (Prechathamwong & Rujiprak, 2018) استدلال می‌کنند که ترس از جرم، «جابه‌جایی ناخودآگاه» از ترس‌های دیگر است که بسیار شدیدتر عمل می‌کنند و به این ترتیب، نگرانی‌هایی که شاید فرد نتواند به طور صحیح شناسایی کند، به عنوان طیف وسیعی از «احساسات» با «احتمال قربانی شدن» پیش‌بینی می‌شود. چادی و همکاران (Chadee et al., 2019) اثبات کردند که ترس عمومی با ترس از جرم ارتباط دارد. ترس از جرم یک مشکل مهم است. جرایم فردی علیه اشخاص و اموال همراه با رشد اجتماعی و فناوری تکامل یافته است. پس ترس از جرم و جنایت از طریق «تعامل» و «فرایند اجتماعی» پیچیده رشد می‌کند و «احساس ناامنی» را در میان جامعه ایجاد می‌نماید. پیچیده شدن فزاینده ساختار اجتماعی، بر قدرت «ذهنی‌سازی» افراد می‌افزاید (برزگر، ۱۳۸۸: ۲۹۹).

نظریه‌های پست‌مدرن در جرم‌شناسی با تأکید بر ذهنیت در تبیین بزه‌دیدگی، آن را

یک ساخت‌بندی اجتماعی تلقی می‌کنند و به مطالعه ساختارهای اجتماعی آن می‌پردازند^۱ (Henry, 2009: 6-8). ایده اصلی برساخت‌گرایان این است که برخی پدیده‌های اجتماعی را ساخته ذهن افراد می‌دانند؛ پدیده‌هایی که در عالم خارج هیچ وجود عینی و مادی ندارند و دارای برساخت اجتماعی شده‌اند؛ بدین معنا که اگر انسان آن را در ذهن خود ایجاد نمی‌کرد، آن «چیز» نمی‌توانست وجود داشته باشد و دارای برساخت اجتماعی شود (میرمجیدی و دیگران، ۱۳۹۵: ۱۴۶). بنابراین جریان برساخت‌گرایی و پست‌مدرن قائل به پیچیده بودن انسان و روابط اجتماعی انسان می‌باشد (نجفی ابرنبدآبادی و گلدوزیان، ۱۳۹۷: ۳۱). از نظر میشل فوکو^۲ کردارهای شکاف‌انداز قانونی، برای افراد هویت درست می‌کنند و دیگران هم به همین روش آن‌ها را درک می‌کنند (استنگروم و گاروی، ۱۳۸۹: ۱۵۳)؛ تفاوت‌هایی نظیر بهنجار و نابهنجار، عاقل و دیوانه، مجاز و ممنوع و... در نتیجه به کار بستن این کردارهای شکاف‌انداز است که مردم به دسته‌هایی از قبیل دیوانگان و زندانیان و بیماران روانی تقسیم می‌شوند. این تقسیم‌بندی برای آن‌ها هویتی درست می‌کند که خود را در آینه آن ادراک می‌کنند و دیگران هم به همین روش آن‌ها را درک می‌کنند. به نظر فوکو، قانون به نفع عده‌ای و علیه عده‌ای دیگر نوشته شده و با زبان طبقه فرادست مطابق است و همین نکته موجب ابهام برای طبقه فرودست می‌شود و در دادگاه، یک طبقه حاکم اجتماعی و نه کل جامعه به قضاوت می‌نشیند (هیگس، ۱۳۹۱: ۳۰). نظریه فوکو با نظریه جرم‌شناسان میان‌کنش و برساخت‌گرا همخوانی دارد.

این نوشتار ضمن ارائه طرح‌واره‌ای کلی از جرم‌شناسی میان‌کنشی، به دنبال پاسخگویی به این پرسش است که جرم‌شناسی میان‌کنشی چه تلقی و برداشتی از بزه‌دیدگی ذهنی دارد و چه عواملی را در بروز و تقویت آن مؤثر می‌داند؟

برای پاسخ ابتدا مفهوم جرم‌شناسی میان‌کنشی (۱) و مفهوم بزه‌دیدگی ذهنی (۲)،

۱. پس از افول سیطره نظریه‌های اثبات‌گرایی (positivism) و عینیت‌گرایی (objectivism)، نظریه‌های جدیدی در این زمینه سامان گرفتند که یکی از آن‌ها، نظریه برساخت‌گرایی اجتماعی (social construction) است؛ نظریه‌ای که با بسیاری از رشته‌ها چون جرم‌شناسی در تعامل است (Henry, 2009: 1). برساخت‌گرایی اجتماعی، رابطه ذهن و جامعه را مورد مطالعه قرار می‌دهد و بر وابستگی مفاهیم اجتماعی به رفتارهای ممکن اجتماعی انسان‌ها تأکید می‌کند (Cf. Ibid.: 1-8).

2. Michel Foucault.

سپس رویکرد جرم‌شناسی میان‌کنشی؛ «پارادوکس ذهنی بزه‌دیدگی» به عنوان چارچوب نظری مقاله تبیین می‌شود (۳) و آنگاه مؤلفه‌های بر سازنده این عامل ذهنی و اینکه چه چیزی تفاوت‌های فردی را در حس بزه‌دیدگی توجیه و تبیین می‌کند (۴)، مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد.

۱. مفاهیم بنیادی نظریه جرم‌شناسی میان‌کنشی

جرم‌شناسی میان‌کنشی^۱ بیشتر در قالب نوشتگان انگلیسی، از آغاز سال‌های ۱۹۴۰ بسط و گسترش یافته و به مطالعه تعامل‌ها و میان‌کنش‌های موجود میان فرد و جامعه می‌پردازد. بر اساس این نظریه، نقش جامعه در رفتار افراد، آثار تعیین‌کننده دارد (نجفی ابرندآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۹۵: ۱۷۵). این رویکرد بیشتر به عنوان نظریه انتقادی و ایدئولوژیک مطرح می‌شود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۷: ۱۸). جرم‌شناسی میان‌کنشی با تأکید بر عناوینی چون ساختارگرایی و برساخت‌گرایی، تمرکز اصلی خود را بر تحلیل فرایندهای ارتباطی قرار می‌دهد و در تبیین دیدگاه نوین خود، از آموزه‌های بوم‌شناختی مکتب شیکاگو به‌ویژه تعامل نمادین در روان‌شناسی اجتماعی بهره می‌برد (Atkinson & Housley, 2003: 7) و در واقع، چارچوب اصلی مفاهیم خود را از این رویکرد گرفته و یکی از زیرشاخه‌های آن به حساب می‌آید. البته رویکرد کنش متقابل نمادین که در اوایل قرن بیستم و تحت تأثیر افکار جامعه‌شناس آمریکایی به نام جرج هربرت مید^۲ ایجاد گردید (برای مطالعه بیشتر ر.ک: کوزر، ۱۳۸۵: ۴۹۵)، با وجود اهمیت بسیار در جامعه‌شناسی کجروی^۳ به‌طور مستقل به تبیین کجروی پرداخته است (سلیمی و داوری، ۱۳۸۰: ۵۳۴ و ۵۴۴). تعامل نمادین بدین معناست که اولاً زندگی اجتماعی مستلزم ارتباطی است که تا حد زیادی نمادین شده و ثانیاً در این ارتباط، عمل یک فرد رفتار فرد دیگر را تحت تأثیر قرار می‌دهد (هلاکوبی، ۱۳۵۶: ۷۴/۱-۷۵). انسان از طریق چنین تعاملی جامعه‌پذیر شده و هویت و اعمال خویش را سازماندهی می‌کند. بنابراین می‌توان هویت شخص را به گروه‌هایی نسبت داد

1. Interventional criminology.
2. George Herbert Mead.
3. Deviance Sociology.

که عضو آن است یا دوست دارد باشد (کوزر و روزنبرگ، ۱۳۸۷: ۲۵۲). اما جرم‌شناسی میان‌کنشی، مباحث کلی آن را از روان‌شناسی اجتماعی به جرم‌شناسی وارد ساخت و بدین‌وسیله رئوس عمده نگرش خود را ارائه نمود. اساسی‌ترین دیدگاه در این رویکرد آن است که برداشت ذهنی خود شخص، می‌تواند هویت مثبت و رفتارهای شایسته یا خودانگاره‌ای منفی و اعمال ناشایست را در او بیافریند (تنهایی، ۱۳۹۴: ۴۱۰). این برداشت و پنداره طی میان‌کنش و تعامل خلق می‌شود و فرد می‌تواند با آن خلاقانه و فعالانه برخورد نماید و اعمال خویش را طبق تفکر و ذهن خود شکل دهد؛ اگرچه میزان این خلاقیت در افراد مختلف با انواع ظرفیت‌های زیستی - روانی و اجتماعی متفاوت است. بر این اساس، ذهنیت‌باوری به جای عینی‌گرایی نقش مهمی ایفا می‌کند. طبق این نگرش، معانی و تفاسیری که در مورد آن اعمال می‌کنیم، صرفاً ساخته‌های ذهنی ما هستند که در عالم بیرون واقعیت ندارند و انتزاعی هستند و هیچ وقت نمی‌توانند حقیقت را بیان کنند. از سوی دیگر، جرم‌شناسی پست‌مدرن با پیروی از نظریه ساخت‌یابی آتوننی گیدنز^۱ در عین پذیرش اجتماعی بودن انسان، او را هم در بند ساختارهای اجتماعی و هم شکل‌دهنده ساختارهای اجتماعی تلقی می‌کند و همزمان با تأکید بر ساختارهای اجتماعی، هویت انسان را محصول ارتباط و کنش متقابل اجتماعی و در نهایت اجتماعی بودن انسان می‌داند (Henry & Milovanovic, 1996: 108). این جرم‌شناسان اذعان می‌دارند که «این ساختارها همزمان توسط جرم شکل داده می‌شوند و این موضوع، بخشی از "بازتولید"^۲ است» (Id., 2010: 5). کنش انسانی نیز چون یک رویداد عینی باید بر پایه داده‌های حسی بررسی شود تا قوانین حاکم بر کنش‌های انسانی براساس آن کشف و استنتاج گردند (فریبار، ۱۳۷۳: ۱۷۴). نظریه کنش متقابل نمادین و میان‌کنش در جرم‌شناسی پست‌مدرن به عاملیت انسانی نقش فعال و خلاق می‌دهند. به این صورت که اجتماعی شدن و روابط «فراگرد پویایی»^۳ به شمار می‌آید که به انسان‌ها اجازه می‌دهد تا توانایی اندیشیدنشان را پرورش دهند. مهم‌تر اینکه آن‌ها

-
1. Anthony Giddens.
 2. Reproduction.
 3. Dynamic process.

اجتماعی شدن را فراگرد یک طرفه‌ای نمی‌دانند که طی آن کنشگر تنها اطلاعاتی را دریافت کند و همه آن‌ها را بپذیرد؛ بلکه آن را فراگرد پویایی می‌دانند که کنشگر از طریق آن، اطلاعات به دست آمده را با توجه به موقعیت زمانی و مکانی شکل می‌دهد (تنهایی، ۱۳۹۴: ۲۸۷).

جرم‌شناسی پست‌مدرن، نظریه‌ای است که در آن عامل انسانی جدا از ساختارهایی که خلق می‌کند، در نظر گرفته نمی‌شود؛ بلکه در این نظریه، هم واقعیت کنش متقابل میان عاملان انسانی (مرتکب جرم، بزه‌دیده و کنترل جرم) بررسی می‌شود و هم در همان زمان به این نکته توجه می‌شود که چگونه این واقعیات، خودشان عاملان انسانی را شکل می‌دهند؛ مسئله‌ای که آنتونی گیدنز آن را «دوسویگی»^۱ ساخت می‌نامد. ساخت در عین اینکه «وادارنده و محدودکننده»^۲ است، «تواناساز»^۳ نیز هست (گیدنز، ۱۳۸۷: ۵۵). از این دیدگاه، ساختارهای اجتماعی فقط واقعیات‌های محدودکننده نیستند؛ بلکه شرایط کنش اجتماعی‌اند که از طریق کنش اجتماعی بازتولید می‌شوند. نظریه ساخت‌یابی در بحث کنش متقابل معتقد است که «ساخت» و «عامل»، هیچ کدام به تنهایی تعیین‌کننده نیستند؛ بلکه به طور اجباری در رفتار اجتماعی دخیل‌اند. به این ترتیب، ساخت و کنش انسانی دو ارزش بالایی در رفتار انسان دارند (لک‌زایی، ۱۳۸۹: ۸۲). نظریه میان‌کنشی سعی در دخالت دو مؤلفه «ساخت» و «عامل» دارد و معنا (ذهن) را از عاملان ایجادکننده آن جدا می‌کند و در مورد آن قائل به دوگانگی است؛ یعنی کنش متقابل نمادین راه‌هایی را که در آن کنشگر انسانی برساخت دیدگاه ناظران می‌شود، شرح داده است، اما راجع به اینکه تصاویر ناظران و فهرست رفتار آنان از کجا و چگونه ساخته می‌شود، بسیار کم سخن گفته است. در حوزه علت‌شناسی، جرم‌شناسی «میان‌کنش‌باور»^۴ بر این فرض است که چگونه برخی از نظام‌های برساخته اجتماع می‌توانند توسط فرایند و چیزی که در طی این فرایند ساخته می‌شود، دچار آسیب شوند

1. Duality.
2. Compelling and restrictive.
3. Enabler.
4. Interactionist criminology.

و چگونه می‌توانند بزه‌دیده شوند (Bak, 1997: 24). بنابراین ذهنیت متأثر از ساختار، نهادها، کارگزاران اخلاقی، قانون و... است و در بستر تعاملات اجتماعی و اشتراک معانی نقش می‌بندد (Henry, 2009: 300-302).

۲. مفهوم جرم‌شناختی بزه‌دیدگی ذهنی

از دیدگاه روان‌شناختی، «بزه‌دیدگی ذهنی» به عنوان یک هیجان و احساس ناخوشایند است و چنانچه مقطعی و متناسب در مقابل یک خطر واقعی ارزیابی شود، امری طبیعی است. در غیر این صورت، به این معنا که به عنوان یک ترس مداوم و مستمر باشد، ترس مرضی، ناهنجار و مانند فوبیاست (باچر و همکاران، ۱۳۹۵: ۷۱۳/۲). اختلال فوبیای جرم، مرتبط با استعداد ژنتیکی و روانی شخص مبتلاست و در دسته‌بندی اختلالات روانی قرار می‌گیرد؛ در حالی که پدیده بزه‌دیدگی ذهنی بر اساس آموزه‌های جرم‌شناختی، تابعی از مؤلفه‌های مؤثری همچون نوع جرم، زمان، مکان و نحوه ارتکاب جرم و همچنین نحوه بازتاب اخبار مربوط به پدیده جنایی توسط رسانه‌های جمعی است. بزه‌دیدگی ذهنی در واقع تبیین شرایطی است که به دنبال وقوع پدیده جنایی، منجر به واکنش احساسی شهروندان از جهت احتمال بزه‌دیدگی آنان می‌شود و به طور مشخص با پدیده «نگرانی درباره جرم» متفاوت می‌باشد (نیکوکار و همت‌پور، ۱۳۹۱: ۳۰). برای مثال، وقوع مکرر جرم سرقت مقرون به آزار در یک محدوده جغرافیایی مشخص، منجر به شکل‌گیری و آغاز فرایند ذهنی بزه‌دیدگی در میان ساکنان، به معنای احتمال درگیری آنان با پدیده مجرمانه خواهد شد. برخی نویسندگان در تبیین چرایی بروز این پدیده، آشکار شدن و مشاهده روزمره پدیده جنایی و «بی‌سازمانی اجتماعی» را طرح و بررسی کرده‌اند (فارال^۱ و دیگران، ۱۳۹۲: ۴۸). با این حال، مطالعه علمی بزه‌دیده و توجه به شخصیت او به عنوان یک انسان، بدون توجه به فعلیت یافتن عمل جنایی بر او آغاز شده است. به موجب این گرایش، چشم‌انداز جدیدی از بزه‌دیده‌شناسی ایجاد گردیده است که در آن، آثار فردی - اجتماعی همچون بی‌اعتمادی، از خودبیگانگی، انزوای

1. Farrall.

اجتماعی و فرسایش اخلاق عمومی مورد توجه ویژه قرار گرفته است. همین طرز تلقی به پارادایم‌های نظری جرم‌شناسی نیز راه یافته است که از آن‌ها به عنوان «نظریه‌های معناگر یا شناسا»^۱ یاد می‌شود. هدف این نظریه، توصیف، شناخت و درک معناها و تفسیرهای اجتماعی است که فرد یا گروه‌های افراد به رویدادها و یا اقدام‌های دیگران نسبت می‌دهند. یکی از مهم‌ترین بنیان‌های نظری جرم‌شناسی شناسا یا معناگر، رهیافت میان‌کنش‌باوری است که به تبیین چگونگی و چرایی ذهنیت و معنایی که افراد به خود می‌دهند (خودانگاره/خودپندار)^۲ می‌پردازد (رایجیان اصلی، ۱۳۹۸: ۱۶۷). کانت با تبیین کیفیات ذهن، این گونه نتیجه می‌گیرد که ساختارهای ذهن از طریق «بازنمایی»^۳ چارچوب معرفت را مشخص می‌کند (هیکس، ۱۳۹۱: ۵۲). به این ترتیب، بازنمایی مانعی بر سر انطباق واقعیت برای او ایجاد می‌کند. وی در کتاب *نقد عقل محض* ابتدا با تفکیک جهان عینی و پدیداری (جهانی که بر ما جلوه می‌کند) و جهان ذهنی و معقول (جهانی که در پس نمودهای پدیداری وجود دارد)^۴ معتقد است که ذهن به جای اینکه صرفاً سازوکاری منفعل و واکنشی باشد، سازوکاری فعال، کنشی و برسازنده است (همان: ۵۵-۵۸). ذهن انسان متشکل از ادراکات کلی معناداری است که این ادراکات از طریق تداعی با یکدیگر ارتباط می‌یابد و بدین گونه پدیده‌ها را تفسیر می‌کند (تقی‌زاده، ۱۳۸۶: ۱۲۲). تصاویر ذهنی، ناشی از تعامل و فرایندهای ارتباطی است. فرایند شناختی فرد به واسطه تداعی تصاویر ذهنی تحت تأثیر عوامل مختلف روان‌شناختی، محیطی، فرهنگی و اجتماعی شکل می‌گیرد. بنابراین حس بزه‌دیدگی، چیزی فراتر از پاسخی خودکار به خطر است و اغلب نتیجه تعاملات پیچیده افراد، محیط اجتماعی، فیزیکی و فرهنگی است (علیخواه و نجیبی ربیعی، ۱۳۸۵: ۱۱۲). مطالعات در حوزه جرم‌شناسی نشان داده‌اند که حس بزه‌دیدگی می‌تواند باعث ایجاد محدودیت در مسافرت‌های درون‌شهری و برون‌شهری مردم، ایجاد فشار برای انجام تعهداتی که پذیرفته‌اند و دشوار شدن اموری

1. Meaningful or cognitive theories.
2. Self-image.
3. Representation.

۴. برای مطالعه بیشتر ر.ک: واربرتون، ۱۳۹۱: ۱۷۴-۱۷۵.

شود که افراد برای خود و دیگران میزانی از امنیت را جهت پرداختن به آن‌ها لازم می‌دانند (احمدی و همکاران، ۱۳۹۲: ۲). ممکن است این دیدگاه وجود داشته باشد که «احساس بزه‌دیدگی»، پرداختن به آن و کنترل آن ضرورتی ندارد، اما همین احساس، رفتار مردم و کیفیت زندگی اجتماعی را به شکلی گسترده متأثر می‌کند. در واقع، این احساس چنان دامنه وسیعی دارد که حتی در بسیاری از موارد، از آثار خود جرم وسیع‌تر است (پاک‌نهاد، ۱۳۹۲: ۱۵۶). در بزه‌دیدگی ذهنی یا پارادوکس ذهنی بزه‌دیدگی، فرد به «قضاوت‌پنداری» می‌پردازد و «احساس خطر»ی را تجربه می‌کند که فرایندهای ارتباطی برای او فراهم ساخته است. تایلور و هال (Taylor & Hale, 1986) مدل «بزه‌دیدگی غیر مستقیم» را مطرح کرده‌اند. این مدل مبتنی بر دو قضیه اساسی «امواج ضربه‌ای»^۱ و «مدل آسیب‌پذیری»^۲ است. فرض اصلی امواج ضربه‌ای این است که افرادی که درباره جرم می‌شنوند، به دلیل افزایش میزان ترسشان، بزه‌دیدگان غیر مستقیم جرم‌اند (Ibid.: 13). طبق نظر «اسکوگن» و «مکسفیلد»^۳، بیشتر افراد از طریق تجربه مستقیم از جرایم مطلع نمی‌شوند؛ بلکه آن‌ها برای آگاهی از مسائل و مشکلات خود غالباً بر شبکه‌های اطلاع‌رسانی محلی، گفتگو با دیگران، شایعات یا رسانه‌های جمعی متکی هستند (Clarke, 2006: 27-29)؛ چنان که به بزه‌دیده احساسی شبیه به شوک (ضربه) دست می‌دهد و عباراتی نظیر «نمی‌توانم باور کنم که این اتفاق در جامعه رخ داده است» را به کار می‌برد. عده‌ای تمام ابعاد و جزئیات واقعه جنایی را به ذهن می‌سپارند و برخی تمایل دارند که به صورت نامحدود درباره آن صحبت کنند و حتی بعضی خواب آن واقعه را می‌بینند. مدل آسیب‌پذیری از جرم دارای سه بعد «وجود خطر»، «پیش‌بینی پیامدهای آسیب‌پذیری» و «فقدان کنترل» است. هر سه عامل، منجر به تولید «احساس بزه‌دیدگی» می‌شوند. اختلال استرس پس از آسیب، واکنش شایعی است که انسان‌ها در مقابل رویدادهای آسیب‌زا از خود نشان می‌دهند. رویدادهای متفاوت می‌توانند منجر به اختلال استرس پس از آسیب شوند؛ برای مثال، شنیدن حوادث رانندگی،

1. Shock waves.
2. Vulnerability model.
3. Skogan & Maxfield.

مورد تهاجم قرار گرفتن، در معرض تجاوز جسمی یا جنسی قرار گرفتن، جان سالم به‌در بردن از یک مصیبت مانند سیل یا انفجار، یا شاهد مرگ دیگری بودن، از جمله مواردی هستند که ممکن است منجر به اختلال استرسی پس از آسیب شوند. افراد دچار اختلال استرسی پس از حادثه، تمایل دارند حادثه را به شکل کابوس‌های شبانه نشان دهند. این افراد گاه احساس می‌کنند که «حادثه مجدداً برای خودشان» در حال بروز است. در کودکان خردسال، رویاهای پریشان‌کننده مربوط به رویداد ممکن است ضمن چند هفته به کابوس فراگیر مربوط به تهدید علیه خود تبدیل شود. از این جهت، فردی که تحت تأثیر حادثه‌ای شدیداً استرس‌زا قرار گرفته، ممکن است دچار اختلال در قوای شناختی و آسیب روانی شدید شود؛ به گونه‌ای که احساس کند دائماً در خطر است. در سطح کلان، تفاوت عمده در میزان حس، به میزان «ترس از جرم» و «پوشش رسانه‌ای» جرایم بستگی دارد. جانانان جکسون^۱ عقیده دارد که احساس بزه‌دیدگی را باید بر اساس آسیب‌پذیری آن‌ها و در نتیجه ارزیابی آن‌ها از احتمال بزه‌دیده شدنشان تبیین کرد (Jackson, 2005: 15-17). بزه‌دیدگی ذهنی با مفاهیمی چون اضطراب، نگرانی، احساس ناامنی و هراس اخلاقی، مترادف در نظر گرفته شده است و در واقع، یک واکنش هیجانی و احساسی است که شخص نسبت به «نمادهای جرم» دارد (Ferraro, 1995: 15). [بزه‌دیدگی ذهنی] اسطوره‌ای اجتناب‌ناپذیر است که معمولاً به جنبه منفی آن توجه می‌شود؛ حال آنکه در بسیاری از موارد، این حس کارکرد مثبت دارد و باعث رفتارهای احتیاط‌آمیز می‌شود؛ برای مثال با ورود این حس به ذهن فرد، او را به قفل کردن درب یا واری دزدگیر وادار می‌کند (فارال و دیگران، ۱۳۹۲: ۱۳۴-۱۳۵). اما آن را باید با پژوهش‌های روشمند تجربی مورد ارزیابی قرار داد و پیامدهای آن را سنجید.

۳. رویکرد جرم‌شناسی میان‌کنشی به بزه‌دیدگی ذهنی

جرم‌شناسی میان‌کنشی، قرائتی دیگر از رویکرد کنش متقابل یا تعامل‌گرایی است. این شاخه از جرم‌شناسی، توجه همگان را به وجود پدیده «رقم سیاه» در آمار جنایی و

1. Jonathan Jackson.

مفاهیم «برجسب‌زنی»، «تیپ کلیشه‌ای یا قالبی مجرم» و «انگ‌زنی اجتماعی به فرد» جلب کرده است (نجفی ابرندآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۹۵: ۱۷۵). این نظریه در راستای اعتراض به جرم‌شناسی رایج یا جریان اصلی و با مورد مطالعه قرار دادن نقش و سهم نهادهای عدالت کیفری، کسب هویت بزهکار و پایداری شماری از شهروندان در عرصه بزهکاری ارائه گردید (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۲: ۱۷). جرم‌شناسان میان‌کنش^۱ در تحلیل بزه‌دیدگی ذهنی، از رهیافت‌های روان‌شناختی و پدیدارشناسانه جرم استفاده می‌کنند و تمرکز اصلی خود را بر روی برجسته‌سازی فرایندهای ارتباطی فرد و جامعه در شکل‌گیری رفتار و احساسات قرار می‌دهند. این نظریه‌پردازان معتقدند که جرم، پدیده‌ای اجتماعی است و این جامعه است که هویت انحرافی را پدید می‌آورد؛ بدین‌صورت که اصولاً نظام جزایی و مقامات آن، تعیین‌کننده کنش‌های مجرمانه هستند و مشخص می‌کنند که چه چیزی را باید جرم دانست. هر قدر که حفظ منافع این اشخاص نسبت به حقوق و آزادی‌های افراد از اولویت بیشتری برخوردار باشد، مصادیق اعمال مجرمانه بیشتر خواهد شد. بر اساس این رویکرد، خود جامعه با جرم‌انگاری‌های جدید که بیشتر شامل تنوع و تکثر نحوه زندگی افراد، متفاوت زیستن، فکر کردن آن‌ها نسبت به یکدیگر و حکومتگران می‌شود، قلمرو مداخله نظام کیفری را توسعه می‌دهد. بدین‌سان ضمن محدود کردن فضای آزاداندیشی و آزاد زیستن شهروندان، آن‌ها را در معرض مجرم شدن قرار می‌دهد (محتشمی، ۱۳۹۱: ۳۲). رویکرد میان‌کنش به عامل نهادهای «کنترل اجتماعی»^۲ و «نقش‌پذیری موقعیتی فرد»^۳ و اهمیت آن در کنترل اجتماعی تأکید دارد. در این حوزه، سه گزاره عمده به طور خاص ارتباط دارد:

۱- افراد از این امکان و ظرفیت برخوردارند که با خویشتن به عنوان ابژه^۴ (موضوع) برخورد کنند؛ در نتیجه می‌توانند خود را به عنوان «عوامل در موقعیت»^۵ در نظر بگیرند و به ارزیابی رفتارها، کنش‌ها و خویشتن بپردازند.

1. Interventional criminologists.
2. Social control.
3. Person's situational role play.
4. Object.
5. Factors in the situation.

۲- خودانگاره‌های عاملان و ظرفیت آن‌ها از «نقش‌پذیری با دیگران»^۱ نشئت می‌گیرد. از این رو افراد غالباً به واسطهٔ اخذ نگرش‌های دیگران، غیر مستقیم یاد می‌گیرند و تجربه می‌کنند و تنها از این طریق می‌توانند ابژه‌های خود باشند.

۳- کنترل اجتماعی تا حد زیادی «خودکنترلی»^۲ است. از آنجا که افراد می‌توانند خود را به عنوان دیگران ببینند، کنترل اجتماعی می‌تواند در قالب «خودانتقادی»^۳ عمل کند و خود را صمیمانه و به طور فراگیر بر رفتار فردی تحمیل کند و به یکپارچگی فرد و کنش‌های او با رجوع به فرایندهای اجتماعی سازمان‌یافته و رفتاری که از آن طریق عمل می‌کند، کمک کند (Shott, 2009: 1324). بنابراین واکنش ذهنی به شرایط است که یک رفتار را به مسئلهٔ اجتماعی یا جرم تبدیل می‌کند. از کنشگران رسمی مانند نمایندگان مجلس، اعضای دولت و کارمندان قضایی گرفته تا رسانه‌ها، هر یک ظرفیت‌ها و ابزارهای خاصی برای تثبیت نظام معنایی خود دارند؛ لذا با نظریه «پیوند اجتماعی» هیرشی^۴ و تأکید تایتل^۵ بر «کنترل اجتماعی غیر رسمی» ارتباط تنگاتنگی دارد و با دو پیامد «روان‌شناختی» و «درازمدت» همراه است. پیامد روان‌شناختی آن، «انزوای اجتماعی» و «ازخودبیگانگی» است و پیامد درازمدت آن، «کاهش اعتماد اجتماعی» است.

جرم‌شناسی میان‌کنشی، اصطلاح «نوگرایی ذهنی پست‌مدرنیسم»^۶ را نیز به کار می‌برد و معتقد است که تصویر ذهنی برخاسته از نحوهٔ نمایش رفتارهای فردی - گروهی است که در فرایندهای رسانه‌ای همراه با وحشت بزرگ‌نمایی شده است. شیوه‌های زبانی^۷ و تحلیل گفتمانی^۸ در فرایندهای رسانه‌ای برای تبیین رابطهٔ قدرت و سلطه به کار می‌رود و به طور ضمنی به ساخت معنا و ارزش‌ها و پیش‌فرض‌ها می‌پردازد (رایجیان اصلی، ۱۳۹۸: ۱۹۶). ابزار رسانه توسط صاحبان قدرت در جامعه به عنوان

1. Role play with others.
2. Self-control.
3. Self-criticism.
4. Hirschi.
5. Tytel.
6. Mental modernization of postmodernism.
7. Linguistic.
8. Discourse analysis.

«کارفرمایان اخلاقی»^۱ تولید می‌شود. صاحبان قدرت تولیدکننده ذهنیت، و اعضای جامعه تنها مصرف‌کننده منفعل این ذهنیت هستند. تصاویری که از رخدادهای مجرمانه توسط این ابزار منتشر می‌شود، با او ارتباط برقرار می‌کنند؛ برای مثال، اگر خواننده بخش حوادث روزنامه با فرد بزه‌دیده احساس تشابه کند، در این صورت تصویر بزه‌دیدگی، شکلی شخصی پیدا خواهد کرد (فارال و دیگران، ۱۳۹۲: ۱۶۱). در این راستا، مفهوم «ترس اخلاقی»^۲ برای تحلیل چگونگی تأثیر بزرگ‌نمایی‌های رسانه‌های گروهی بر نگرانی‌های عمومی نسبت به جرم و چگونگی استفاده از این بزرگ‌نمایی‌ها به کار گرفته می‌شود که در شکل‌دهی معانی، نمادها و احساسات القاشده به مصرف‌کنندگان برنامه‌های رسانه‌ای مؤثر است (همان: ۷۱-۷۶). گاهی اوقات نیز از بطن این حس ایجادشده از سوی ابزار رسانه، پدیده دیگری در جامعه و در جریان عدالت کیفری و سیاست‌های کنترل جرایم به ظهور می‌رسد که از آن با عنوان «عوام‌گرایی کیفری»^۳ یاد می‌شود. اتخاذ سیاست‌های عامه‌پسند و همسو با پندارهای عمومی، ناشی از این رویکرد است. به عبارت دیگر، عوام‌گرایی کیفری تلاش برای جهت‌دهی افکار عمومی به سوی خواسته‌های خویش است تا علاوه بر کسب مقبولیت و محبوبیت فردی، سیاست‌های خود را از این طریق القا و تحمیل کند. تمرکز رسانه‌ها بر تأثیر رخدادهای مجرمانه، و جنبه‌های احساسی و هیجانی پدیده‌های مجرمانه و نیز بزرگ‌نمایی آن‌ها، برای جلب مخاطب است؛ زیرا رسانه‌ها در القای این امر به مخاطبان خود که «در مورد چه چیزی باید بیندیشند»، موفق هستند (Cohen, 1963: 13). بر این اساس، واکنش اولیه افکار عمومی نسبت به آن سختگیرانه است و پاسخ‌های عدالت کیفری را بسیار خفیف و ناعادلانه می‌داند. هرچند ایجاد «احساس بزه‌دیدگی» به مثابه یک امر جمعی است، اما نمی‌توان آن را

1. Ethical employers.
 2. Moral panic.
 3. اصطلاح عوام‌گرایی کیفری (penal populism) اولین بار توسط سر آنتونی باتمز (Sir Anthony Bottoms) با عنوان پیامد نظام عدالت کیفری معاصر در جوامع مدرن به کار رفت. این مفهوم در پی به تصویر کشیدن وضعیت سیاستمدارانی است که ضمانت اجرای کیفری را برای نیل به اهداف خود به کار می‌گیرند. عوام‌گرایی معمولاً به شکل «احساس و شهود» برای مردم درمی‌آید؛ برای مثال، گفتگوی روزمره شهروندان پیرامون رخدادهای مجرمانه و احساس ناامنی آن‌ها می‌چرخد (ر.ک: پرت، ۱۳۹۲: ۲۲-۲۳).

به‌طور کلی به نظریه‌های کلانی چون «سبک زندگی» و «فعالیت روزمره» ارجاع داد. بنابراین با استفاده از الگوی نظری برآمده از جرم‌شناسی میان‌کنش، جنبه‌های مختلف مفهوم «بزه‌دیدگی ذهنی» و مهم‌ترین مؤلفه‌های برسازنده آن تبیین می‌شود.

۴. بزه‌دیدگی ذهنی به مثابه برساخت رسانه‌ای

در دنیای متکثر امروزی به ندرت اتفاق می‌افتد که فرد با هجوم رسانه‌ها مواجه نشود. منظور از هجوم رسانه‌ای، توان رسانه است که اطلاعاتی را برای مخاطبان شکل می‌دهد و از طریق امواج خود، انواع تصاویر و معانی را منتشر می‌کند (Ferrell & Hayward, 2008: 123). نورمن دنزین^۱ استعارهٔ جامعه‌شناختی «جامعهٔ نمایشی»^۲ را مطرح می‌کند که از طریق آن، جامعهٔ صحنهٔ نمایش رسانه‌ها می‌شود (Winfrey & Abadinsky, 2003: 305). این رویکرد به برساخت رسانه‌ای تأکید دارد و به تبیین تعاملات چندگانه میان رسانه‌ها، مردم، نقض کنندگان قانون و عوامل کنترل اجتماعی می‌پردازد (صادقی فسایی و پروین، ۱۳۹۰: ۲۳۴). در این تعاملات، برداشت ذهنی شخص از اطلاعات رسانه‌ای می‌تواند «هویتی مثبت» یا «خودانگارهای منفی» را در او بیافریند (تنهایی، ۱۳۹۴: ۴۱؛ کوئن، ۱۳۸۲: ۲۸). چنین پندارهایی که طی تعاملات خلق می‌شوند، همواره قابل ارزیابی مجدد و تعدیل هستند (Zhang, 2006: 28). بنابراین فرد می‌تواند با آن‌ها فعالانه و خلاقانه برخورد نموده و اعمال خویش را طبق تفکر خود و نه قضاوت دیگران شکل دهد؛ اگرچه میزان این خلاقیت در افراد مختلف با انواع ظرفیت‌های زیستی، روانی و اجتماعی متفاوت است. رسانه‌ها با پردازش «وقایع اجتماعی» و «موج‌های جرم»^۳ تصویری از جرم و عدالت کیفری را می‌سازند^۴ (Hayward, 2010: 1-130). این تصویر برساخته نظام‌های بازنمایی رسانه است که

1. Norman Kent Denzin.
2. Dramaturgical.
3. Crime waves.

۴. ارتباط «جرم و رسانه» در جرم‌شناسی فرهنگی مرسوم است، که نقش ساختارهای فرهنگی به ویژه رسانه‌های جمعی در وقوع جرم را بررسی می‌کند و بر مفاهیم و آموزه‌های بنیادینی مثل «جرم به مثابه فرهنگ»، «فرهنگ به مثابه جرم» و «رابطه جرم و رسانه» تأکید نموده و بدین ترتیب رفتار مجرمانه را یک «برساخت رسانه‌ای» در نظر می‌گیرد (برای مطالعه بیشتر ر.ک: آقائی، ۱۳۹۶: ۳۵-۱، همو، ۱۳۹۷: ۱۷-۱۳؛ نیز: پرسدی، ۱۳۹۶: ۳۶-۳۴).

گفتمان و عملکرد نهادهای نظام عدالت کیفری را نیز صورت‌بندی می‌کند. با گزینش اخبار و رویدادهای خاص و ارائه تصاویر نادرست و اغراق‌آمیز، مفاهیمی چون «هراس اخلاقی»^۱ و «شیطان‌های محلی»^۲ سویه‌های منحصر به فرد و پیچیده‌ای پیدا می‌کنند و رسانه از پوشش خبری صرف خارج شده و معنای جرم و انحراف را برمی‌سازد. هراس اخلاقی و شیطان‌های محلی، از یکسو با نظریهٔ برساخت‌گرایی اجتماعی و از سوی دیگر با نظریهٔ جرم‌شناسی میان‌کنشی پیوند می‌خورد. رویکرد برساخت‌گرایی معتقد است که واقعیت همواره با واسطهٔ ذهن نمود پیدا می‌کند و ذهن نیز در یک فرایند اجتماعی برساخته می‌شود. در نتیجه، آنچه ما به عنوان «مسئله اجتماعی» تجربه می‌کنیم، «برساخت اجتماعی واقعیت»^۳ است و پاسخ اجتماعی نیز بر اساس آن صورت‌بندی می‌شود. نظریهٔ میان‌کنشی نیز تباری برساخت‌گرایانه دارد. زبان رسانه‌ها با برساختن هراس اخلاقی، ایجادکننده و یا تقویت‌کنندهٔ فرایندی است که ذهن از طریق آن برساخته می‌شود (ولد و دیگران، ۱۳۸۸: ۳۰۱). بنابراین دو گروه از افراد در فرایند ایجاد هراس اخلاقی، نقش کلیدی دارند: نخست، «کارفرمایان اخلاقی»^۴ یعنی افرادی که هنگام «احساس خطر» به هراس اخلاقی دامن می‌زنند، و دوم، شیطان‌های محلی که متهم به نقض هنجارهای اجتماعی می‌شوند. کارفرمایان اخلاقی که خواستار مقابله با بی‌نظمی و بی‌قانونی هستند، معمولاً اقدامات کنترلی را ناکافی می‌دانند. این کارفرمایان، یک موضوع محلی را به یک «مسئله ملی» و شاخصی برای افول اخلاق در جامعه تبدیل می‌کنند (الله‌وردی و فرجیها، ۱۳۹۳: ۴). رسانه‌ها از طریق پخش گزاره‌های

۱. «هراس اخلاقی» مفهومی پربسامد در مطالعات رسانه و جرم‌شناسی می‌باشد که با رویکردهای مختلف توسعه یافته است. این مفهوم نخستین بار توسط کوهن (Cohen) در کتابش تحت عنوان *شیطان‌های محلی و هراس اخلاقی* ارائه شد (۱۹۷۲). کوهن معتقد است که شیوه‌های پردازش رسانه‌ای انحرافات، در پاسخ‌های عمومی به این انحرافات به سه صورت تأثیر می‌گذارد؛ انتشار (Diffusion) که بر اساس آن واقعه‌ای در مکان دیگری در ارتباط با واقعهٔ اولیه فرض می‌شود. تشدید (Escalation) که خواستار اقدامات شدید برای مقابله با تهدید است و نوآوری (Innovation) که به درخواست افزایش قدرت نظام عدالت کیفری (پلیس و دادگاه) برای رسیدگی به تهدیدات ارجاع می‌دهد (Cohen, 1963: 133).

2. Folk devil.
3. The social construction of reality.
4. Moral entrepreneur.

خبری، تیترو روزنامه‌ها و پردازش اخبار و رویدادهای اجتماعی جرم‌انگاری شده، مرتکبان آن‌ها را منحرف و مجرم می‌خوانند و آگاهی مردم از این رویدادها و «احساس عمومی» نسبت به فعالیت آن‌ها بیشتر از آنکه تحت تأثیر اقدام نهادهای عدالت کیفری باشد، متأثر از «بازنمایی این حوادث» و رویدادها در رسانه‌های گروهی است. در تمام این موارد، صرف نظر از ظرافت و ملاحظات حقوقی، با توجه به معرفی این رفتارها توسط رسانه‌ها، بزه‌دیدگی ذهنی رسانه‌ای اتفاق افتاده است.

۴-۱. کالایی شدن یا شیء‌باوری^۱ احساسات

مفهوم کالایی شدن، ریشه در نظریه «از خودبیگانگی» کارل مارکس^۲ دارد و در کنار مفاهیمی مانند «شیء‌باوری» به کار می‌رود. از نظر مارکس، روابط انسانی ماهیتی «شیء‌انگارانه» به خود گرفته‌اند که از حیطة کنترل خارج شده‌اند (Wisecup et al., 2006: 107). در همین چارچوب، جامعه‌شناس آمریکایی به نام آرلی راسل هاکشیلد،^۳ «شیء‌انگاری احساسات» را به عنوان یکی از بحث‌برانگیزترین مطالعات در حوزه «جامعه‌شناسی احساسات»^۴ به انجام رساند. از نظر هاکشیلد، انسان‌ها احساسات خود را با هنجارهای اجتماعی منطبق می‌کنند. وی آن را «قواعد احساسی»^۵ یا «هنجارهای احساسی»^۶ می‌نامد. این قواعد، افراد را به برقراری ارتباط و رهبری زندگی اجتماعی از طریق «انتظارات هنجاری وابسته به نقش» مجبور می‌کنند که چگونه باید در زمینه‌های مختلف رفتار کند (Hochschild, 1983: 3). احساسات به‌خودی‌خود به وجود نمی‌آیند؛ بلکه کنشگر یاد گرفته است که در ایجاد یا شکل دادن به آن مداخله کند. در این کنش کارکرد خودآگاه «من» احساسات فرد را به عنوان

1. Believable.

2. Karl Marx.

3. Arlie Russell Hochschild.

۴. جامعه‌شناسی احساسات (sociology of emotions) در اواخر دهه ۱۹۷۰ و اوایل دهه ۱۹۸۰ میلادی به صورت یکی از حوزه‌های روان‌شناسی در آمریکا توسعه یافت تا احساسات را از لحاظ جامعه‌شناختی بررسی و تحلیل کند (ر.ک: ربانی خوراسگانی و کیانپور، ۱۳۸۸: ۳۵-۶۴).

5. Emotional rules.

6. Emotion norms.

بخشی از «من» حفظ می‌کند (Ibid.: 36).

تبلور پدیده کالایی شدن احساسات، در پارادایم پوزیتیویستی (اثبات‌گرایی) ردیابی شده و توسط برساخت‌گرایان توسعه یافت. رسانه‌ها در تکنیک‌های خود، اطلاعات زیادی کسب کرده‌اند و به افراد القا می‌کنند که چگونه فکر کرده و چگونه حس کنند. اینکه چگونه ببینند و احساس کنند، به نظر طبیعی و «بخشی از هویت یک فرد»^۱ به نظر می‌رسد. این تغییر روان‌شناختی در ارزیابی تعامل و میان‌کنش است. امروزه حضور افراد در رسانه‌های اجتماعی، بر ایجاد این احساس تأثیرگذار است. دیدن صحنه‌ها و حوادث در رسانه‌های اجتماعی، باعث همزادپنداری فرد با بزه‌دیده می‌شود. سرعت انتشار اخبار و حوادث در این رسانه‌ها سبب می‌شود که فرد به دلیل مواجهه با تجربیات سایر بزه‌دیدگان، خود را نیز در معرض بزه‌دیدگی بداند.

۲-۴. کاشت باورها یا کاشت رسانه‌ای

برساخت‌گرایان رسانه‌ای بیشتر در پی فهم آن هستند که هر پدیده توسط ذهن فرد، به چه صورت ادراک، احساس و تعریف می‌شود. از این منظر، برداشت ما از اینکه چه چیزی واقعیت است و چه چیزی نیست، خود یک محصول رسانه‌ای است. رهیافت برساخت‌گرا باور دارد که اشیا و رویدادها با استفاده از نظام‌های بازنمایی ساخته می‌شوند (هال، ۱۳۹۱: ۳۵۶-۳۵۹). نظام‌های رسانه‌ای به مثابه نظام‌های بازنمایی فقط به بعضی از معانی مشروعیت می‌بخشند. هال معتقد است که رسانه‌ها واقعیت را تعریف می‌کنند و به جای آنکه فقط معناهای موجود را منتقل کنند، از خلال گزینش و عرضه و سپس بازتولید و صورت‌بندی مجدد آن رویداد، برای آن‌ها معنا می‌آفرینند (ویلیامز، ۱۳۸۶: ۱۷۶). از این جهت، برساخت‌گرایان از یکسو بر پایه سنتی مشابه با تحلیل آسیب اجتماعی‌شناسان و از سوی دیگر با اتخاذ رویکرد جرم‌شناسانه، عملکرد صاحبان قدرت و نفوذ در جامعه را به نقد کشیده، معتقدند که بعضی از واقعیت‌ها، نتیجه قواعد ساخته‌شده انسان هستند و از این رو هیچ بنیانی ندارند (هیوارد^۲ و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۴۷-۲۴۸). تصویری که رسانه‌ها

1. Part of a person's identity.

2. Hayward.

از طریق بازنمایی در ذهن مخاطبان ایجاد می‌کنند، انعکاس واقعیت نیست؛ بلکه واقعیت را آن طور که می‌خواهند ساخته یا بر ساخت آن در اجتماع تأثیر می‌گذارند. در واقع می‌توان گفت که بازنمایی، ساخت رسانه‌ای واقعیت است که به انعکاس و بازتاب معنای واقعی پدیده‌ها در جهان خارج نمی‌پردازد؛ بلکه به تولید و ساخت معانی جدید برای آن‌ها بر اساس چارچوب‌های مفهومی خود دست می‌زند و افراد نیز متأثر از این ساخت، واکنش‌های متفاوتی را از خود نشان می‌دهند؛ گاهی بزه‌کاران به سان «شیاطین انسان‌نما» تنزل می‌یابند و گاه هم‌سطح یک «قدیس» قرار می‌گیرند (مگ‌وایر، مورگان و رینر،^۱ ۱۳۹۳: ۲۶۸/۱). افراد به واسطه اطلاعات دریافتی از رسانه‌ها به ارزیابی محیط پیرامون خود می‌پردازند. یکی از این ارزیابی‌های محیطی افراد، احساس بزه‌دیدگی ذهنی است که گربنر^۲ در نظریه «کاشت رسانه‌ای» از آن به عنوان اثرات رسانه یاد می‌کند. این نظریه بر آثار رسانه‌ها در شکل‌گیری تصویر ذهنی مخاطبان از دنیای اطراف و مفهوم‌سازی آنان از واقعیت اجتماعی تأکید دارد. به اعتقاد جرج گربنر، کاشت یک فراگرد بی‌سمت و سو نیست؛ بلکه شبیه فراگرد جاذبه‌ای است (سورین و تانکارد،^۳ ۱۳۹۰: ۳۹۰-۳۹۱). رسانه‌های جمعی در انعکاس‌گزینشی اخبار و وقایع جنایی از طریق به کارگیری عبارات نامأنوسی مانند «خفاش»، «شیطان»، «عنکبوت»، «خون‌آشام» و... باعث کاشت و القای بزه‌دیدگی ذهنی در افراد و جامعه می‌گردند؛ برجسته‌سازی اخباری که بخشی از واقعیت را دارد و نیمه پنهان آن محو شده است. گروه‌های اجتماعی تحت تأثیر القائات رسانه‌ها ارزش‌های تازه‌ای پیدا می‌کنند و در نهایت، رفتاری از خود بروز می‌دهند. حتی در برخی موارد نیز بخش عمده‌ای از گزارش‌های رسانه‌ای توسط خبرنگارانی تهیه و منتشر می‌شود که آگاهی چندانی نسبت به پیامدهای استفاده از روش‌های ژورنالیستی در بازنمایی آن ندارند. بنابراین بزرگ‌نمایی خطر جرایم و عدم ارائه تحلیل کارشناسی در زمینه جرم در رسانه‌ها باعث افزایش ترس و ناامنی می‌شود.

1. Maguire, Morgan & Reiner.
2. Grebner.
3. Surin & Tankard.

۵. بزه‌دیدگی ذهنی به مثابه برساخت اجتماعی

«احساسات» به عنوان «برساخت اجتماعی» توسط آدام اسمیت^۱ نظریه پرداز اخلاق و اقتصاددان قرن هیجدهم در «نظریه عواطف اخلاقی»^۲ و سپس توسط امیل دورکیم^۳ و گنورگ زیمل^۴ مطرح شد و در نهایت در کتاب *عواطف مدیریت شده اخلاقی*^۵ آرلی راسل هاکشیلد^۶ به عنوان رهبر برساخت‌گرایان اجتماعی به کار رفت. بر اساس این رویکرد، کنشگران بر احساسات خود به مثابه سرمایه، حساب باز می‌کنند.

تا مدت‌ها، «جامعه‌شناسی احساسات»^۷ با مباحثاتی بین «پوزیتیویست‌ها» و «برساخت‌گرایان اجتماعی» در کشمکش بود. اثبات‌گرایان معتقد بودند که انسان‌ها به شکل ناگهانی دچار تحریک احساسی می‌شوند. احساسات در نظر آن‌ها به صورت عینی قابل تحقیق‌اند و ریشه بیولوژیکی دارند (Barbalet, 2001: 13). به باور سوزان شات^۸، انسان به بهترین شکل با استفاده از دیدگاه میان‌کنشی قابل فهم است؛ چرا که این نظریه روی «تعاریف» و «تفاسیر» کنشگران و ماهیت «رفتار ساخته‌شده» و «شکل گرفته» آن‌ها تمرکز می‌کند. هر دوی این عوامل به نظر «شات» برای ایجاد یک احساس نزد کنشگر مهم هستند (Shott, 2009: 1321). وی برای اثبات ادعایش مبنی بر اینکه تعریف کنشگر از موقعیت، عامل اصلی برای ایجاد یک احساس مؤثر است، از مطالعات تجربی و آزمایشگاهی دو روان‌شناس به نام‌های «شاختر» و «سینگر»^۹ (۱۹۶۲) استفاده می‌کند. این روان‌شناسان اجتماعی، تزریق آدرنالین را که باعث برانگیختگی فیزیولوژیکی، تخلیه سیستم عصبی و در نتیجه ابراز همدردی در انسان می‌شود، روی افراد مشخص آزمایش کردند. نتیجه آزمایش آن‌ها این بود که یک حالت فیزیولوژیکی یکسان

1. Adam Smith.
2. Theory of Moral Emotions.
3. Emile Durkheim.
4. Georg Simmel.
5. *The Managed Heart: Commercialization of Human Feeling*.
6. Arlie Russell Hochschild.
7. Sociology of emotions.
8. Susan Shott.
9. Schachter & Singer.

می‌تواند به شکل‌های متفاوتی توسط افراد مختلف و در شرایط آزمایشی متفاوت («تفسیر») شود. برای مثال، افرادی که از تأثیر جانبی تزریق دارو بی‌خبر بودند، وقتی کنار کسی قرار می‌گرفتند که رفتارهای شادمانه یا خشمناک از خود نشان می‌داد، به ترتیب حالت‌های احساسی شادی‌انگیز یا خشمگینانه از خود نشان می‌دادند. اما افرادی که از تأثیر جانبی دارو اطلاع نداشتند، برانگیختگی متعاقب آن را به حالت‌های احساسی مجاورشان نسبت نمی‌دادند. شات از نتایج به دست آمده از این آزمایش استفاده می‌کند و می‌گوید که افراد مورد بررسی در این آزمایش با توجه به تعریف و تفسیر «موقعیت»، رفتار احساسی خود را بروز می‌دادند نه تحت تأثیر دارو. به زعم شات، «فعل و انفعالات فیزیولوژیکی» برای ایجاد احساسات لازم هستند، اما به خودی خود تثبیت‌کننده آن‌ها نیستند؛ زیرا این تعاریف و تفاسیر کنشگر است که به فعل و انفعالات فیزیولوژیکی «اهمیت احساسی» می‌دهد (Ibid.: 1324).

پس از اثبات گرایان، کانون توجه رویکردهای برساختی، در مورد «آزمون تأثیرات اجتماعی» بر روی احساسات بود. عموماً برساخت‌گرایان احساسات ابتدایی بیولوژیکی را نادیده گرفته و استدلال می‌کنند که در وهله نخست، احساسات محصول محیط اجتماعی است. هوکشیلد با انتقاد از اثبات‌گرایان که احساس را در حد یک ابزار بیولوژیکی تقلیل می‌دهند، معتقد است که احساس یک نیروی کنترل‌پذیر و قابل مدیریت در دست انسان است. استدلال او شدیداً با دیدگاه‌های برساخت‌گرایانه میان‌کنشی «هیث» و «کمپر»^۱ سازگار است (Wisecup et al., 2006: 103). از نظر کمپر، احساسات اولیه که زمینه روان‌شناختی دارند، از طریق پیوست «تعاریف اجتماعی»، برچسب‌ها و مفاهیم، در شرایط تعاملی متفاوت و سازمان اجتماعی به وجود می‌آیند و احساس بزه‌دیدگی از طریق عوامل جامعه‌پذیری یاد گرفته می‌شود (Thoits, 1989: 321). در واقع، برساخت‌گرایان اجتماعی به جای مفروض تلقی کردن وجود یک «مسئله اجتماعی»، آن را یک «واقعیت اجتماعی» می‌دانند. رویکرد برساخت‌گرایی به لحاظ معرفت‌شناسانه، وجود یک واقعیت را انکار نمی‌کند، بلکه معتقد است که واقعیت همواره با واسطه

1. Heise & Kamper.

«معنا» نمود پیدا کرده است و معنا نیز در یک فرایند اجتماعی برساخته می‌شود. در نتیجه، آنچه ما به عنوان مسئله اجتماعی تجربه می‌کنیم، «ساخت اجتماعی واقعیت»^۱ است.

۱-۵. نقش‌پذیری همدلانه/بازتابی

احساسات از جمله حس بزه‌دیدگی، موضوعی است که تا به حال از دید جرم‌شناسی مغفول مانده است. این احساسات، چه مطالبات شهروندان برای برقراری نظم و امنیت باشد و چه شامل انگیزه مجرم، مانند ترس از جرم، ترس از بزه‌دیده واقع شدن و تأثیر آن، چندان مورد واکاوی قرار نگرفته است. انسان معمولاً دچار حالت‌های احساسی و هیجانی می‌شود، بی‌آنکه بداند چه اتفاقی در درونش در حال وقوع است؛ حالتی که با ابراز واکنش نسبت به رویدادها و حوادث همراه است. این احساسات در قالب واکنش‌های روان‌شناختی وابسته به فرایندهای اجتماعی و جامعه‌پذیری او بوده، به شکل معناداری ذهنی هستند.

در جرم‌شناسی میان‌کنشی، دسته‌ای از احساسات که از آن‌ها با عنوان «احساسات نقش‌پذیری»^۲ یاد می‌شود، اهمیتی بنیادین دارند؛ زیرا بر خلاف دیگر احساسات که فرایند نقش‌پذیری برای برانگیخته شدن ندارند، این احساسات نمی‌توانند بدون قرار گرفتن در موقعیت اجتماعی ایجاد شوند. اگر جامعه‌پذیری فرد به خوبی شکل نگیرد یا ضعیف باشد، فرد نقش‌پذیر شده و هویت‌یابی می‌کند. این نقش‌پذیری خود بر دو نوع است: نقش‌پذیری تأملی (بازاندیشانه)^۳ که معطوف به «خود» بوده و متشکل از گناه، شرم، خجلت، غرور و خودبینی است و نقش‌پذیری تلقینی (همدلانه/بازتابی)^۴ که با قرار دادن ذهنی خود در موقعیت دیگری و احساس آنچه دیگری احساس می‌کند، حاصل می‌شود. در جرم‌شناسی میان‌کنشی بر نقش‌پذیری تلقینی/همدلانه/بازتابی و اهمیت آن در کنترل اجتماعی به ویژه «خودکنترلی»^۵ تأکید می‌شود؛ با این تحلیل که این احساسات

1. The social construction of reality.
2. Role taking emotions.
3. Reflexive role taking emotions.
4. Empathic role taking emotions.
5. Self-control.

تنها با قرار گرفتن فرد در موقعیت اجتماعی و اخذ رویکرد خاص در مقابل دیگران ایجاد می‌شوند. فرد به لحاظ شناختی باید نقش دیگران را برای خودش درونی کند. در واقع، این احساسات با قرار گرفتن ذهنی فرد در موقعیت دیگری و احساس کردن چیزی که دیگری احساس می‌کند، به وجود می‌آید و از این جهت، نقش مهمی در سوق دادن او به سوی رفتارهای اخلاقی و هنجارمند ایفا می‌کند. بنابراین بزه‌دیدگی ذهنی مستلزم «خودانگاره تقویت شده‌ای» است که محصول نقش‌پذیری دیگران تعمیم یافته است. از این جهت، آن را نقش‌پذیری «خودتأییدی اجتماعی» نیز می‌نامند.

اولریش بک^۱ در کتاب *مدرنیته بازنمایی: سیاست و زیبایی‌شناسی در نظم اجتماعی مدرن* (۱۹۹۴) به تحلیل صورت‌بندی نقش‌پذیری در جامعه مدرن می‌پردازد. وی جامعه جدید را جامعه‌ای مخاطره‌آمیز قلمداد نموده و بر رابطه آن با اعتماد تأکید می‌کند. پیچیده‌ترین شکل اعتماد بر مبنای نظریه مرتبط با ذهن و به ویژه اخلاقیات تحلیل می‌شود؛ اینکه چگونه می‌توان از طریق اعتماد، بازنمودهای ذهنی خود را اصلاح نمود؟ گیدنز از این اعتماد به عنوان «امنیت هستی‌شناختی»^۲ (وجودی/روانی) یاد می‌کند. این نوع امنیت در اثر طرح افق‌های جدید شناختی در مطالعات امنیتی در دهه اخیر بر ابعاد امنیت افزوده شده است. منظور از امنیت هستی‌شناختی، اطمینانی است که اغلب موجودات انسانی از پیوستگی و استقرار هویت خود و محیط‌های اجتماعی اطراف خود دارند. به اعتقاد او، امنیت هستی‌شناختی یک پدیده احساسی است و در ناخودآگاه ریشه دارد و در این زمینه باید مراحل و عوامل جامعه‌پذیری مورد بررسی قرار گیرد (گیدنز، ۱۳۸۷: ۶۳-۶۴). به اعتقاد گیدنز در صورت عدم وجود کنش افراد مبتنی بر رویکردهای بدگمانی، بسیاری از افراد در احترامی که به نشانه‌های نمادین و نظام‌های تخصصی نشان می‌دهند، گویی وارد نوعی «چانه‌زنی با مدرنیت» می‌شوند و در نهایت، حاصل این امر حالتی است که وی آن را احساس «ناامنی روانی» می‌نامد (همو، ۱۳۸۰: ۱۰۷). بنابراین اعتماد و امنیت روانی، انطباق تقریبی دارند؛ به این معنا که شرایط اعتماد با شرایط احساس امنیت مطابق است. بررسی اشتقاقی واژگان مربوط به امنیت و اعتماد

1. Ulrich Beck.

2. Ontological security.

در زمان‌های مختلف کم و بیش همین نکته را تأیید می‌کند؛ برای مثال، لفظ امنیت با کلماتی چون امین (قابل اعتماد) و امانت هم‌ریشه است و لفظ security از ریشه لاتینی securus را می‌توان دید که در آن معنای اطمینان خاطر و امانت‌سپاری نیز وجود دارد. ناامنی در سطح اجتماعی، ریسک اعتماد را افزایش داده و دوری از ناامنی، عدم اعتماد و بی‌نظمی را کاهش می‌دهد. این اوضاع بستر مناسبی را برای بروز اختلالات فردی و اجتماعی و دیگر آسیب‌های اجتماعی فراهم می‌کند. فقدان اعتماد موجب گسستن پیوند افراد با یکدیگر می‌شود؛ امری که شرایط اولیه زیست اجتماعی را از میان خواهد برد. اعتماد در فرهنگ پیش‌مدرن با جهان مدرن در تضادی بنیادین است. اعتماد در جوامع نوین اهمیت بیشتری دارد. افراد هر چه فاصله زمانی و مکانی بیشتری از هم داشته باشند، نیاز بیشتری به اعتماد دارند. در جوامع ماقبل نوین که خصلتی بومی و محلی دارند، میان‌کنش افراد در سطح محلی و رودر رو رخ می‌دهد. در روابط اجتماعی، صراحت و شفافیت به چشم می‌خورد که نیازی به اعتماد ندارند؛ زیرا اعتماد به طور طبیعی وجود دارد، اما دنیای مدرن امروز خواهان «عقلانیت ریسک‌پذیر»^۱ است. ریسک‌پذیری بیش از هر چیز نیاز به اعتماد دارد (همو، ۱۳۸۷: ۸۴-۸۶). حس بزه‌دیدگی یا بزه‌دیدگی ذهنی نیز در کاهش اعتماد افراد نسبت به یکدیگر مؤثر است؛ برای مثال در سال‌های اخیر مکرراً دیده شده است که افرادی کنار جاده خود را بیمار معرفی نموده و پس از توقف راننده به وی حمله و خودروآش را سرقت کرده‌اند یا افرادی که خود را نیازمند معرفی کرده و با ورود به منزل صاحب‌خانه و بستن دست و پای وی اموالش را برده‌اند. ترس از چنین حوادث امروزی ضمن کاهش اعتماد عمومی، احسان و کمک به افراد نیازمند را نیز کاهش می‌دهد.

۲-۵. همزادپنداری^۲

هر نوع فعالیت انسانی قانونی را شامل می‌شود که منجر به کاهش رفتارهای جنایی در جامعه می‌گردد. این شیوه در پی مهم‌ترین نوع پیشگیری یعنی «انضباط اجتماعی»

1. Risk taking rationality.
2. Inbreeding.

و «اعتماد متقابل» در جامعه است. «آشنایی با دنیای خارج» که در سنین کودکی آغاز می‌شود، سرچشمهٔ «اعتماد بنیادین» است و موجب شکل‌گیری هویت انسان می‌گردد. «اونور» و «کولن»^۱ در مقاله‌ای با عنوان «همزادپنداری» سعی کردند یک مدل نظری جامع در این خصوص ارائه دهند. توانایی همزادپنداری را گاهی دارای پایهٔ زیستی - عصبی دانسته‌اند و گاهی اجتماعی. اونور و کولن بر این باورند که همزادپنداری داخل یک فرایند زیستی - اجتماعی است؛ به این معنا که علاوه بر ریشه‌های زیست‌شناختی، بر اثر مجموعه‌ای از تصاویر دارای ساخت اجتماعی از جرم شکل می‌گیرد. (Unnever & Cullen, 2009: 283-304). مخاطب تصاویری از بزه‌دیده را که در ذهن دارد، به خاطر می‌آورد که بر توانایی او برای همزادپنداری با بزه‌دیده تأثیر می‌گذارد و منبع عمدهٔ شکل‌دهی به این تصاویر، رسانه است. از طرف دیگر، برخی قالب‌های ذهنی بر اساس تفاسیر شخصی شکل می‌گیرد، آن هم در پرتو نظریه «خودی‌ها و غیر خودی‌ها»؛^۲ خودی‌ها گروه‌های غالب اجتماعی و غیر خودی‌ها گروه‌های خاص و اقلیت هستند (Rabe, 2003: 154). گروه خودی، افراد «تربیت‌شده»،^۳ «مطیع قانون»^۴ و «اکثریت اخلاقی»^۵ است و گروه دیگر، گروه خطرناکی است که باید شناسایی، کنترل، طرد و خنثی شود. اتخاذ این رویکرد با درک جرم‌شناسانه مبنی بر اینکه فقط دیگران نیستند که در معرض خطر این گروه قرار می‌گیرند؛ بلکه خود ما نیز ممکن است با آن‌ها مواجه گردیم. این گونه‌شناسی به شکل دیگری در تقسیم‌بندی گوتتر یا کوبس^۶ به نام گروه «شهروندمدار»^۷ و «دشمن‌مدار»^۸ یاد شده است (صدر توحیدخانه، ۱۳۸۸: ۴۸۱-۴۸۲). حضور کسانی که امنیت روانی شهروندان مطیع قانون را به خطر می‌اندازند، در برخی متون قانونی از جمله «طرح تشدید مجازات اخلال‌کنندگان در امنیت روانی جامعه»

1. Unnever & Cullen.
2. Insiders & outsiders.
3. Civilised.
4. Law-abiding.
5. Moral majority.
6. Gunther Jakobs.
7. Citizen.
8. Enemy.

بیان شده است (مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۷: ۱۰-۱۲). ضمن آنکه برای تهییج مردم در مبارزه با این افراد از عباراتی مانند جنگ نیز استفاده می‌شود. توسل گسترده به واژه جنگ در سیاست‌های «جنگ علیه جرایم»^۱ جهت کنترل جرم و بزه‌دیدگی بوده است (دل‌ماس مارتی، ۱۳۸۸: ۱۰۰۹-۱۰۲۹). بررسی‌ها نشان می‌دهد که بین میزان رضایت از مسئولان قضایی، پلیس و بزه‌دیدگی ذهنی، رابطه معناداری وجود دارد. در واقع، کسانی که رضایت بیشتری از پلیس داشته‌اند، چون اعتماد و اطمینان بیشتری به پلیس در راستای تأمین امنیت خود دارند، ترس کمتری احساس می‌کنند (علیخواه و نجیبی ربیعی، ۱۳۸۵: ۱۲۵). پلیس به عنوان متولی نظم و امنیت در جامعه باید با خوش رفتاری، خویشن‌داری و تکریم مردم، در صدد جلب اعتماد آن‌ها باشد. وظیفه نیروی انتظامی ایجاد آرامش در سطح جامعه است. بنابراین وضعیت نیروی انتظامی باید به شکلی باشد که احساس امنیت و رضایت را در مخاطب ایجاد کند. اما گاه عملکرد این نهاد به شکلی است که موجب شکل‌گیری حس بزه‌دیدگی در شهروندان می‌شود؛ مثلاً استقرار گسترده پلیس در خیابان‌های شهر و بازرسی غیر ضروری خودروی شهروندان نه تنها کمکی به آرامش آن‌ها نمی‌کند، بلکه احساس منفی و دلزدگی نسبت به ضابطان انتظامی را به دنبال خواهد داشت. دلیل این امر نیز دخالت بدون مرز و برخورد نامناسب برخی مأموران پلیس در زندگی خصوصی شهروندان است. برای نمونه با ارتکاب چندین مورد اسیدپاشی در اصفهان،^۲ افزون بر التهاب و فضای اجتماعی آشفته‌ای که ایجاد شد، احساس بزه‌دیدگی به شدت بالا رفت و تحت تأثیر نگرانی عمومی و ترس از بزه‌دیدگی به ویژه در بین زنان که بیشترین قربانیان اسیدپاشی‌های ارتكابی بودند، نوعی احساس ناامنی در سطح کشور ایجاد شد. از طرف دیگر، رسانه‌ای شدن این جرایم و ادعای زنجیره‌ای بودن آن موجب شد که مسئولان قضایی برای پاسخ به این موارد و خاموش کردن التهابات جامعه و احساس بزه‌دیدگی، واکنش نشان دهند و قبل از آنکه

1. War on crimes.

۲. مهرماه ۱۳۹۳، طی چند روز متوالی بر روی ۴ زن اصفهانی که در اتومبیل خود حضور داشتند، از سوی عامل یا عاملانی اسید پاشیده شد. این حادثه احساس امنیت عمومی را در جامعه به شدت کاهش داد (به نقل از: روزنامه مشرق، ۱۳۹۴/۷/۲۵).

صحبت از بررسی ریشه‌های چنین جرایم خشونت‌باری شود و بدون اینکه کمترین ارزیابی علمی و کارشناسی در این زمینه انجام گیرد، بلافاصله از دستگیری و اعمال مجازات‌های سنگین نسبت به عاملان جرم صحبت شد. بنابراین ترس از بزه‌دیدگی و حس بزه‌دیدگی موجب تقویت احساس ناامنی در بین بزه‌دیدگان بالقوه می‌شود. از طرفی نیز افزایش حس بزه‌دیدگی، پیامد مهم بازنمایی رسانه‌ای و تعامل مخاطب با آن است.

نتیجه‌گیری

مفهوم بزه‌دیدگی ذهنی بر خلاف درک ساده‌انگارانه‌ای که در فرهنگ عامه نسبت به آن وجود دارد - مبنی بر اینکه احساسی درونی است که در ضمیر تک‌تک شهروندان نهفته است -، اما در گفتمان جرم‌شناسی، اصطلاحی پرسامد و مفهومی پیچیده و چندلایه است که از میان‌کنش واقعیات اجتماعی، فرهنگ عامه، پلیس و مقامات قضایی و رسانه‌ها بر ساخته می‌شود؛ به ویژه نقش بازنمایی حوادث جنایی در رسانه‌ها و تأثیر آن بر عواطف و احساسات عمومی.

این مقاله تلاشی نظری برای درک جنبه‌های مختلف فرایند برساخته شدن مفهوم «بزه‌دیدگی ذهنی» است. نتایج به دست آمده نشان داد که این مفهوم به عنوان «واقعیت اجتماعی»، محصولی میان‌کنشی است. تفسیر درست یا نادرست از شرایط جامعه همواره حس بزه‌دیدگی را ایجاد می‌کند. گاه رسانه‌ها و گاه ساختار اجتماعی و انتظامی جامعه، افراد را در فضای روانی احساس بزه‌دیدگی قرار می‌دهد. برجسته‌سازی جرایم و حوادث به وسیله رسانه‌ها، ترس از رویدادهای مجرمانه را در محیط زندگی افراد انتشار می‌دهد. محققان بر این عقیده‌اند که شنیدن اخبار مربوط به رویدادهای ناخوشایند، برداشت‌های شخصی از جرم را تحریک می‌کند و در نتیجه بر احساس فردی و متغیرهایی چون آشفته‌گی اجتماعی، ضعف کنترل‌های اجتماعی تأثیر می‌گذارد و این احساس را در مخاطب ایجاد می‌کند که در جامعه پراشوب و کنترل‌نشده زندگی می‌کند و نمی‌تواند اعتماد و تکیه چندانی به نهادهای اجتماعی در کنترل جرم و پیشگیری از آن داشته باشد. البته این به معنای کارکرد ذاتاً منفی رسانه‌ها در مسائل

جنایی نیست. بدیهی است که رسانه‌ها در راستای رسالت خود باید وقایع جنایی را نیز اطلاع‌رسانی نمایند، نه اینکه با حذف اخبار جنایی، جامعه را کاملاً ایمن از هر نوع رفتار مجرمانه و غیر اجتماعی جلوه دهند. رسانه می‌تواند عملکردی مثبت و همراه با امنیت ذهنی برای شهروندان داشته باشد.

جرم‌شناسی میان‌کنشی با انگاره‌های فلسفی خود، بر روی «تعاملات اجتماعی» فرد و فعال بودن انسان در تولید احساساتش تأکید می‌کند. انسان‌ها با توجه به تعریفی که از موقعیت دارند، احساسات خود را کنترل کرده و بروز می‌دهند. بر این اساس، ضروری است با استفاده از ابزارهای نظری جرم‌شناسی میان‌کنشی به بررسی آن پرداخته شود و به نوعی، پاسخ علمی به «مسئله» داده شود. مشکل اصلی بُعد آسیب‌شناختی حس بزه‌دیدگی است. از طرفی، سیاست‌های سرکوبگرانه دستگاه عدالت کیفری در قالب «طرح مبارزه با اراذل و اوباش»، «طرح امنیت اجتماعی» و... یکی دیگر از عوامل ایجاد این احساس است. اگرچه این برنامه‌ها در چارچوب کنترل جرم سازماندهی شده‌اند، اما به صورت غیر مستقیم این احساس را ایجاد می‌کنند که هر نوع تمرکز بر جرایم می‌تواند به صورت بالقوه موجب افزایش اضطراب و نگرانی در جامعه شود. لازم است قبل از اجرای برنامه‌ها، سیاست‌گذاران، مزایای اجرای آن‌ها را با هزینه‌های روانی و اجتماعی اجرای طرح بسنجند. سیاست جنایی متوازن به شهروندان حس مصونیت و امنیت می‌دهد، بی‌آنکه خود امنیت‌گرا باشد. کاهش حس بزه‌دیدگی، جز با مشارکت فعال خود جامعه و افزایش احساس مسئولیت افراد نسبت به وقایع اطرافشان امکان‌پذیر نیست. این مشارکت از یکسو باعث افزایش حس اعتماد در پرتو افزایش نظارت‌های اجتماعی غیر رسمی می‌شود و از سوی دیگر، کاهش «احساس بزه‌دیدگی» و «احتمال بزه‌دیدگی واقع شدن» را به دنبال خواهد داشت.

کتاب‌شناسی

۱. آقائی، سارا، تحلیل جرم در جرم‌شناسی فرهنگی، تهران، میزان، ۱۳۹۷ ش.
۲. همو، «رسانه و جرم از منظر جرم‌شناسی فرهنگی»، دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، سال چهارم، شماره ۱ (پیاپی ۸)، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.
۳. احمدی، حبیب، علی عربی، و بهزاد حکیمی‌نیا، «بررسی رابطه‌ی مصرف رسانه‌ای و ترس از جرم (مورد مطالعه: شهر کرج)»، فصلنامه مطالعات جامعه‌شناختی شهری، سال سوم، شماره ۷، تابستان ۱۳۹۲ ش.
۴. استنگروم، جریمی، و جیمز گاروی، فیلسوفان بزرگ از سقراط تا فوکو، ترجمه ابوالفضل توکلی شاندیز، تهران، پارسه، ۱۳۸۹ ش.
۵. الله‌وردی، فرهاد، و محمد فرجیها، «جرم‌انگاری رسانه‌ای: رمزگذاری و رمزگشایی مستند شوک»، مجله جهانی رسانه، سال نهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۳۹۳ ش.
۶. باچر، جیمز، جیل هولی، و مینکا سوزان، آسیب‌شناسی روانی، ترجمه یحیی سیدمحمدی، چاپ پنجم، تهران، ارسباران، ۱۳۹۵ ش.
۷. برزگر، ابراهیم، روان‌شناسی سیاسی، تهران، سمت، ۱۳۸۸ ش.
۸. پاک‌نهاد، امیر، «احساس ناامنی و ترس از جرم»، دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری، سال دهم، شماره ۵، بهار و تابستان ۱۳۹۲ ش.
۹. پرت، جان، عوامل‌گرایی کیفری (بسترها، عوامل و آثار)، ترجمه هانیه هژیرالساداتی، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۱۰. پرسدی، مایک، جرم‌شناسی فرهنگی و کارناوال جرم، برگردان رویا آسیائی، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۱۱. تقی‌زاده، محمد، ادراک زیبایی و هویت شهر در پرتو تفکر اسلامی، اصفهان، معاونت شهرداری اصفهان، ۱۳۸۶ ش.
۱۲. تنهایی، حسین ابوالحسن، درآمدی بر مکاتب و نظریه‌های جامعه‌شناسی، مشهد، مرنذیز و بامشاد، ۱۳۹۴ ش.
۱۳. جمعی از مترجمان (اساتید حقوق کیفری و جرم‌شناسی سراسر کشور)، دانشنامه بزه‌دیده‌شناسی و پیشگیری از جرم، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، میزان، مرکز تحقیقات کاربردی پلیس پیشگیری ناجا، ۱۳۹۳ ش.
۱۴. دلماس مارتی، میری، «پارادایم جنگ علیه جرم: مشروع ساختن امر غیر انسانی»، ترجمه روح‌الدین کردعلیوند، مقاله در: تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۱۵. رایجیان اصلی، مهرداد، «بزه‌دیدگان و نظام عدالت جنایی»، مجله حقوقی دادگستری، سال شصت و نهم، شماره‌های ۵۲-۵۳، پاییز و زمستان ۱۳۸۴ ش.
۱۶. همو، درآمدی بر جرم‌شناسی، چاپ سوم، تهران، سمت، ۱۳۹۸ ش.
۱۷. ربانی خوراسگانی، علی، و مسعود کیانیپور، «جامعه‌شناسی احساسات»، فصلنامه جامعه‌شناسی کاربردی، سال بیستم، شماره ۲ (پیاپی ۳۴)، تابستان ۱۳۸۸ ش.
۱۸. سلیمی، علی، و محمد داوری، مجموعه مقالات کجروی و کنترل اجتماعی - کتاب اول: جامعه‌شناسی کجروی، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۰ ش.
۱۹. سورین، ورنر جی.، و جیمز تانکارد، نظریه‌های ارتباطات، ترجمه علیرضا دهقان، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۰ ش.

۲۰. صادقی فسایی، سهیلا، و ستار پروین، «جرم: برساخته ذهنیت، گفتمان و قدرت»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی (پژوهش حقوق و سیاست سابق)*، سال سیزدهم، شماره ۳۳، تابستان ۱۳۹۰ ش.
۲۱. صدر توحیدخانه، محمد، «حقوق در چنبره "دشمن": از سیاست آمریکایی "جنگ با ترور" تا نظریه آلمانی "حقوق کیفری دشمنان"»، مقاله در: *تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)*، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۲۲. عبدالملکی، احمد، محمدجواد زاهدی مازندرانی، امیرملکی، و اسماعیل علی‌اکبری، «تیین جامعه‌شناختی ترس از جرم در شهر تهران»، *فصلنامه مطالعات امنیت اجتماعی*، سال هشتم، شماره ۵۱، ۱۳۹۶ ش.
۲۳. عبدالهی، افشین، و مهدی یوسفی مراغه، «ترس از جرم و واکنش در برابر آن»، *فصلنامه کارآگاه*، دوره دوم، سال پنجم، شماره ۲۰، پاییز ۱۳۹۱ ش.
۲۴. علیخواه، فردین، و مریم نجیبی ربیعی، «زنان و ترس از جرم در فضاهای شهری»، *فصلنامه رفاه اجتماعی*، سال ششم، شماره ۲۲، پاییز ۱۳۸۵ ش.
۲۵. فارال، استغن، جانانان جکسون، و امیلی گری، *نظم اجتماعی و ترس از جرم در دوران معاصر*، ترجمه حمیدرضا نیکوکار، دیپاچه حسن غلامی، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۲۶. فریار، اکبر، «مروری بر: پدیدارشناسی و جامعه‌شناسی پدیداری»، *فصلنامه علوم اجتماعی*، سال سوم، شماره‌های ۶-۵، پاییز و زمستان ۱۳۷۳ ش.
۲۷. کوزر، لوئیس آلفرد، *زندگی و اندیشه بزرگان جامعه‌شناسی*، ترجمه محسن ثلاثی، تهران، علمی، ۱۳۸۵ ش.
۲۸. کوزر، لوئیس آلفرد، و برنارد روزنبرگ، *نظریه‌های بنیادی جامعه‌شناختی*، ترجمه فرهنگ ارشاد، تهران، نی، ۱۳۸۷ ش.
۲۹. کوئن، بروس، *مبانی جامعه‌شناسی*، ترجمه و اقتباس غلامعباس توسلی و رضا فاضل، تهران، سمت، ۱۳۸۲ ش.
۳۰. گیدنز، آنتونی، *پیامدهای مدرنیت*، ترجمه محسن ثلاثی، چاپ دوم، تهران، مرکز، ۱۳۸۰ ش.
۳۱. همو، تعجد و تشخیص؛ *جامعه و هویت شخصی در عصر جدید*، ترجمه ناصر موفقیان، تهران، نی، ۱۳۸۷ ش.
۳۲. لیز، ژرار و ژینا فلیزولا، *بزه‌دیده و بزه‌دیدنده‌شناسی*، ترجمه روح‌الدین کردعلیوند و احمد محمدی، دیپاچه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، مجد، ۱۳۷۹ ش.
۳۳. لک‌زایی، شریف، «مبانی اندیشه آنتونی گیدنز، نظریه پرداز ساخت‌یابی»، *فصلنامه رهیافت‌های سیاسی و بین‌المللی*، شماره ۲۴، زمستان ۱۳۸۹ ش.
۳۴. محتشمی، ندا، *نظریه تعامل‌گرایی در جرم‌شناسی و سیاست جنایی*، دیپاچه لمیاء رستمی تبریزی، تهران، مجد، ۱۳۹۱ ش.
۳۵. *مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی*، دوره هشتم، اجلاس اول، جلسه یازدهم، ۱۲ تیرماه ۱۳۸۷ ش.
۳۶. مگوایر، مایک، راد مورگان، و رابرت رینر، *دانشنامه جرم‌شناسی آکسفورد*، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۳۷. میرمجیدی، سپیده، محمدجعفر حبیب‌زاده، محمد فرجیها، و جلیل امیدی، «تحلیل برساخت‌گرایانه فرایند جرم‌انگاری در ایران بر اساس نظریه واقعیت اجتماعی جرم»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال چهارم، شماره ۱۴، بهار ۱۳۹۵ ش.

۳۸. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، *تقریرات درس جرم‌شناسی*، به کوشش شهرام ابراهیمی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۵ ش.، قابل دسترس در وبگاه <www.lawtest.ir>.
۳۹. همو، «جرم‌شناسی در آغاز هزاره سوم»، دیپاچه در: نجفی ابرندآبادی، علی حسین و حمید هاشم‌بیگی، *دانشنامه جرم‌شناسی*، چاپ پنجم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۷ ش.
۴۰. همو، «درآمدی بر پژوهش در نظام عدالت کیفری: فرصت‌ها و چالش‌ها»، در: *بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری (مقالات برگزیده نخستین همایش ملی پژوهش در نظام عدالت کیفری؛ فرصت‌ها و چالش‌ها)*، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۴۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، و حسین گلدوزیان، «جرم‌شناسی پست‌مدرن و رویکرد آن به جرم و علت‌شناسی جنایی»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال ششم، شماره ۲۳، تابستان ۱۳۹۷ ش.
۴۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، و حمید هاشم‌بیگی، *دانشنامه جرم‌شناسی*، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۵ ش.
۴۳. نوذری، حسینی، *صورت‌بندی مدرنیته و پست‌مدرنیته: بسترهای تکوین تاریخی و زمینه‌های تکامل اجتماعی*، چاپ دهم، تهران، نقش جهان، ۱۳۹۲ ش.
۴۴. نیازی، محسن، محمد عباس‌زاده، بهرام بیات، و طاها عشایری، «فراتحلیل بررسی عوامل مؤثر بر ترس از جرم در بین شهروندان»، *فصلنامه پژوهش‌های دانش‌انظامی*، سال ۱۹، شماره ۳ (پیاپی ۷۶)، پاییز ۱۳۹۶ ش.
۴۵. نیکوکار، حمیدرضا و بهاره همت‌پور، *ترس از جرم*، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش.
۴۶. وارپرتون، نایجل، *آثار کلاسیک فلسفه*، ترجمه مسعود علیا، تهران، ققنوس، ۱۳۹۱ ش.
۴۷. ولد، جرج، توماس برنارد، و جفری اسنپس، *جرم‌شناسی نظری (گذری بر نظریه‌های جرم‌شناسی)*، ترجمه علی شجاعی، مقدمه محمد آشوری، تهران، سمت، ۱۳۸۸ ش.
۴۸. ویلیامز، کوین، *درک تئوری رسانه*، ترجمه رحیم قاسمیان، تهران، ساقی، ۱۳۸۶ ش.
۴۹. هال، استوارت، *گزیده‌هایی از عمل بازنمایی*، ترجمه احسان شاه‌قاسمی، تهران، پژوهش‌شکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی، ۱۳۹۱ ش.
۵۰. هلاکویی، فرهنگ، *جامعه امروز (مقدمه‌ای بر جامعه‌شناسی)*، تهران، جلالی، ۱۳۵۶ ش.
۵۱. هیکس، استیون آر. سی.، *تبیین پست‌مدرنیسم (شک‌گرایی و سوسیالیسم از روسوتا فوکو)*، ترجمه حسن پورسفر، تهران، ققنوس، ۱۳۹۱ ش.
۵۲. هیوارد، کیت، شاد مارونا، و جین مونی، *پنجاه متفکر جرم‌شناسی*، ترجمه ایوب اسلامیان، صابره صادقی و احسان احراری، تهران، ثالث، ۱۳۹۷ ش.
53. Atkinson, Paul Anthony & William Housley, *Interactionism (BSA New Horizons in Sociology)*, London, SAGE Publications, 2003.
54. Bak, Andrew, "Constitutive Criminology: An Introduction to the Core Concepts", in: Stuart Henry & Dragan Milovanovic (Eds.), *Constitutive Criminology at work: Applications to Crime and Justice*, 1997.
55. Barbalet, Jack M., *Emotion, Social Theory, and Social Structure: A Macrosociological Approach*, 1st Paperback Edition, Cambridge University Press, 2001.
56. Bennett, Trevor H., "Crime Prevention", in: Michael Tonry (Ed.), *The Handbook of Crime and Punishment*, New York, Oxford University Press, 1998.

57. Chadee, Derek & Nikita K. Ng Ying & Mary Chadee & Linda Heath, "Fear of Crime: The Influence of General Fear, Risk, and Time Perspective", *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 34(6), 2019.
58. Choi, Kyung-Shick, "Computer Crime Victimization and Integrated Theory: An Empirical Assessment", *International Journal of Cyber Criminology*, Vol. 2(1), 2008.
59. Clarke, Kristin Rachele, *A Longitudinal Study of Fear of Crime in Winnipeg*, A Thesis for the Degree of Master of Arts, Department of Sociology, University of Manitoba, March 2006.
60. Cohen, Bernard Cecil, *The Press and Foreign Policy*, New Jersey Princeton, Princeton University Press, 1963.
61. Cohen, Lawrence E. & Marcus Felson, "Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach", *American Sociological Review*, Vol. 44(4), 1979.
62. Diagle, Leah E., *Victimology: The Essentials*, California, Thousand Oaks, SAGE Publications, 2013.
63. Ferraro, Kenneth F., *Fear Of Crime: Interpreting Victimization Risk*, New York, Sunny Press, 1995.
64. Ferrell, Jeff & Keith Hayward, *Cultural Criminology*, Reviewed by Dr. Matt Long, Nottingham Trent University, USA, New York, SAGE Publication, 2008.
65. Hayward, Keith, "Opening the lens: Cultural Criminology and the image", in: Keith Hayward & Mike Presdee (Eds.), *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*, London, Routledge, 2010.
66. Henry, Stuart, "Social Construction of Crime", in J. Mitchell Miller (Ed.), *21st Century Criminology: A Reference Handbook*, Calif., Thousand Oaks, SAGE Publications, 2009.
67. Henry, Stuart & Dragan Milovanovic, *Constitutive Criminology: Beyond Postmodernism*, California, Thousand Oaks, SAGE Publications, 1996.
68. Id., "Constitutive Criminology: The Maturation of Critical Theory", in: Bruce A. Arrigo & Dragan Milovanovic (Eds.), *Postmodernist ant Post-Structuralist Theories of Crime*, UK, Farnham, Ashgate Publishing, 2010.
69. Hochschild, Arlie Russell, *The Managed Heart: Commercialization of Human Feeling*, London, University of California Press, 1983.
70. Jackson, Jonathan, "Validating New Measures of the Fear of Crime", *International Journal of Social Research Methodology*, Vol. 8(4), 2005.
71. Jackson, Jonathan & Mai Stafford, "Public Health and Fear of Crime: A Prospective Cohort Study", *The British Journal of Criminology*, Vol. 49(6), 2009.
72. Kuran, Timur & Cass R. Sunstein, "Availability Cascades and Risk Regulation", *Stanford Law Review*, Vol. 51(4), 1999.

73. Miller, J. Mitchell & Christopher J. Schreck & Richard Tewksbury & J. C. Barnes, *Criminological Theory: A Brief Introduction*, Boston, Pearson/ Allyn & Bacon, 2006.
74. Prechathamwong, Wichien & Veenunkarn Rujiprak, "Causal model of fear of crime among people in Bangkok", *Kasetsart Journal of Social Sciences*, Vol. 40(3), 2018.
75. Rabe, Marlize, "Revisiting 'insiders' and 'outsiders' as social researchers", *African Sociological Review*, Vol. 7(2), 2003.
76. Shott, Susan, "Emotion and Social Life: A Symbolic Interactionist Analysis", *American Journal of Sociology*, Vol. 84(6), 2009.
77. Stevenson, Nick, *Understanding Media Cultures: Social Theory and Mass Communication*, London, SAGE Publications, 1995.
78. Taylor, Ralph B. & Margaret Hale, "Testing Alternative Models of Fear of Crime", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 77(1), 1986.
79. Thoits, Peggy A., "The Sociology of Emotions", *Annual Review of Sociology*, Vol. 15(1), 1989.
80. Unnever, James D. & Francis T. Cullen, "Empathetic identification and punitiveness: A middle-range theory of individual differences", *Theoretical Criminology*, Vol. 13(3), 2009.
81. Winfree, Latham Thomas & Howard Abadinsky, *Understanding Crime: Theory and Practice*, California, Belmont, Wadsworth Thomson Learning, 2003.
82. Wisecup, Allison K. & Dawn T. Robinson & Lynn Smith-Lovin, "Sociology of Emotions", in: Clifton D. Bryant & Dennis L. Peck (Eds.), *21st Century Sociology*, Vol. II, SAGE Publications, January 2006.
83. Zhang, Juyan, "Public diplomacy as symbolic interactions: A case study of Asian tsunami relief campaigns", *Public Relations Review*, Vol. 32(1), March 2006.

an image of the environment and society in mind. Interactive criminology as a branch of postmodern criminology meanwhile illustrious the role of interactions and communication processes believes that actors act on their mental images as account capital. Images that are received and interpreted during their communication processes And they are made as “masses”. This article seeks to investigate this issue and its factors and effects by focusing on this theoretical approach and using the descriptive-analytical method. results show; Official police and judicial discourses and the media, the quality of interactions, the degree of vulnerability of people and the seriousness of criminal events have an effect on creating moral panic and reproducing myths such as “mental victimization” and the consequence of this is the spatial formation It is from mistrust, social isolation and moral disorder. It is necessary to strengthen this important statement that existing perceptions of reality are “made by the mind” and can be easily deconstructed through the strength of social ties and the use of formal and informal means of social control.

Keywords: *Mental victimization, Interactive criminology, Mental measures, Reduce public trust, Social isolation.*



over an object is referred to as “Jobar” in Islamic jurisprudence. Regarding this principle and its implications, in addition to narration articulated by the Prophet Mohammad (Praise of Allah and People be Upon Him) known as “Hadith Jobar”, there are other religious narratives that, in cases where the owners of objects that are fully under their control have not committed any fault or negligence, do not attribute crimes and damages resulting from those objects to their owners. Nevertheless, considering the reflection of the content of this principle in certain articles of the Islamic criminal law code of Iran, such as Articles 500, 505, 511, 512, and 520, an examination of the aforementioned principle can establish criteria for not attributing crimes and damages to the owners of objects based on customary norms.

Keywords: *Jobar, Crime, Damage (loss), Attribution, Not Liable (non-Liable).*

Constructing Mental Victimization: Its Factors and Effects from the Perspective of Interactional Criminology

□ *Fatemeh Noori (Assistant professor of Criminal Law & Criminology at Payamenoor University)*

In many cases victimization is not rooted in real and objective experiences, Rather, it exists only in the mind of a large part of the public and has not been truly experienced. This emotional measure and mental image caused to the spread of the effects of social events And “sympathy” with the real victims This is referred to as the “mass reproduction process”. Under such circumstances, individuals in the community understand and process crime-related issues And each has

of the writer and philosophers who are discussed in this issue. From his point of view, the execution is murder under the name of the law and cannot have a justified legal basis. In particular, such punishment, as evidenced in history, has been unable to fulfill its functions, and the inappropriateness of the death penalty is due to its incompatibility with the philosophical and moral foundations of life, the lack of examination of the parameters involved in committing a crime, the conflict with the principle of the personal nature of punishment, and the immorality of the objection of pain. Intentional infliction of pain resulting from execution shows is a reorganization of “killing” and its depenalization of it, is a step towards protecting human life.

Keywords: *Camus, Existence, Non-existence, Suffering, Death penalty.*

The Jurisprudential and Legal Study of the Jobar Maxim

□ *Muhammad Baqir Gerayeli (An academic member of Al-Mustafa International University)*

□ *Javad Delavar (A graduate of Level 3 from Nawwab Seminary)*

One of the essential factors in the discussion of liability is the necessity of establishing a causal relationship. This requires that the resulting harm must be attributable to the conduct of an individual in order to hold them liable for that consequence. Accordingly, if the owner of an object has no fault in relation to it, any crime or damage caused by that object to another will not be attributed to the owner. In other words, mere ownership of an object or being responsible for it will not be sufficient to ascribe a crime to the owner and make them liable. This lack of liability for the owner's control



perpetrators of crimes against cultural heritage in the International Criminal Court and states that due to the lack of a uniform punishment model in the court's procedure, the efficient protection of cultural heritage relies on the traditional goals of punishment. Such as punishment, rehabilitation and deterrence are not enough, and other goals such as restoration and revival of historical and cultural monuments and compensation for the emotional pain of the victims who have a historical and religious connection with these places, are more important than the traditional aspect of the goals of punishment, and the criminal punishment system should be based on be organized on these issue.

Keywords: *Cultural heritage, International Criminal Court, Punishment, Modern function of punishment, Al-Mahdi.*

Albert Camus's Philosophical Reflection on the Rejection of the Death Penalty

- *Ahmad Falahi (Assistant professor at the University of Kurdistan)*
- *Tahir Tawhidi (PhD student in Criminal Law & Criminology)*
- *Shayan Akbari (PhD student in Criminal Law & Criminology)*

Inflicting pain and suffering on the human and imposition of punishment and special forms of it called execution has always been a philosophical topic in various fields; is imposing the most extreme pain and suffering on another-in the form of the death penalty-moral and justified? The answer to this question has been expressed by relying on the functions of this punishment and moral correctness of its nature has been given less attention. Albert Camus is one

Objectives and Effective Factors in Punishing the Perpetrators of Crimes against Cultural Heritage in the Light of the Al-Mahdi Case and the Procedure of the International Criminal Court

□ *Keyvan Ghani (PhD in Criminal law & Criminology, University of Shiraz)*

□ *Fadlullah Foroughi (Associate professor at the University of Shiraz)*

Cultural heritage has always been an attractive target for achieving the economic, religious and political goals of organized criminals and terrorists in internal, regional and international armed conflicts, so supporting this heritage considering that at the international level It is respected by the world and human society, it has always been a matter of consensus, approval and emphasis, and this support, although incomplete, has been reflected in various legal and judicial, political and ideological dimensions. One of the influential institutions that has an effective capacity to support these works at the international level is the International Criminal Court. Although the possibility of filing lawsuits involving the protection of world cultural heritage in the court is not explicitly mentioned, but the review of the existing procedure confirms the jurisdiction of the court in dealing with these issues. One of the important cases in this regard is reflected in the lawsuit of the court prosecutor against Al-Mahdi, which investigation will be the desired military organizer including the goals and effective components in punishing the perpetrators of crimes against cultural heritage. This article seeks to explain the objectives and effective components in punishing



Subsidiary Punishments in Murder

□ *Abbas Shiri Varnamkhasti (Associate professor at the University of Tehran)*

Subsidiary punishment, based on the principle of the legality of punishments, is imposed on the perpetrator in addition to the main punishment, depending on the commission of the crime. Subsidiary (Consequential) punishment requires a provision in the law. In intentional murder, the perpetrator is deprived of inheriting property and Diye (blood money) and in quasi-intentional murders and sheer mistake, he is deprived of inheriting Diye. If there are justified reasons for the crime, such as legitimate defense and the law, this punishment will not be applied to the perpetrator. However, in the cases of factors that eliminate criminal liability, such as murder by a minor and an insanity, forced, murder in sleep, unconsciousness, and murder by mistake, the perpetrator is deprived of inheritance. The application of exclusion in inheritance is not limited to the heir, and the possibility of applying it to the testator, the heir, and the deputy in the case of murder needs to be investigated. Deprivation of inheritance in case of murder is a preventive measure against the occurrence of murder, so that people who commit murder with greed to reach the deceased's estate, refrain from committing it.

Keywords: *Subsidiary (consequential) punishment, Intentional murder, Unintentional murder, Deprivation of inheritance, Testator, Hajib.*

Risk-Oriented Criminal Law in the Realm of Terrorist Crimes

□ *Farhad Shahideh (An academic member of Islamic Azad University of Mashhad)*

Today, terrorism is considered as one of the main challenges for the security of societies. By carrying out violent terrorist behaviors, terrorists actually have a high criminal capacity and talent on the one hand, and on the other hand, they have the ability to commit violent behaviors. Committing numerous terrorist crimes has caused the risk-orientating of criminal policy-makers in the field of crime control and a paradigm shift in criminal law. In other words, the dangerousness of terrorists, especially religious terrorists, has caused the suspicion of criminal policymakers and their lack of confidence in the reformation and treatment of this category of criminals. In the risk-oriented approach, the goal is to provide social defense by eliminating the perpetrators of terrorist crimes as “others” who are not “us” and are dangerous to citizens. Thus, the spread of the culture of crime control and repression under the pretext of providing security, the context of moving away from the rule-based criminal justice system and the development of the extreme form of the social defense school in the form of providing the defense of the society through dehumanization, caution and preemption and the others in various forms, such as security measures, indeterminate punishment, rehabilitation and finally post-punishment monitoring are the results of the risk-oriented approach of substantive criminal law against terrorism.

Keywords: *Terrorism, Risk-orientation, Security criminology, Dangerousness.*

victim's guardian has no effect on its nullification? On the other hand, the relationship between Clause 6 of Article 19 and Article 375 is in a realm of ambiguity. This article, using a descriptive-analytical method and based on referring to jurisprudential and legal sources, seeks to analyze the nature of the punishment of "Mokreh". The research results indicate that the conditions referred to in Article 376 are merely the evidentiary conditions for retribution (intentional compelling, equality in religion and intellect, and the absence of coercion), and in terms of nature, the theory of punitive life imprisonment in compelling someone to commit murder is more in line with the principles governing crimes and punishments, effective criminal policy, and the preservation of the rights of the victim's family. Therefore, it can be said that with the approval of the supplementary Article 6 in 2020, life imprisonment for compelling someone to commit a crime has been transformed into first-degree imprisonment. Additionally, considering the exceptional nature of the provision in Article 376, a Muslim addict who commits murder under compulsion is not sentenced to life imprisonment; instead, according to the last paragraph of Article 376, the punishment of being an accomplice in murder is applied to them. In summary, the aforementioned ambiguities and challenges necessitate legislative amendments to prevent the violation of the rights of the accused and to preserve the credibility of judicial decisions by amending Article 37.

Keywords: *Duress in murder, Life imprisonment, Conditional interpretation, Retributive punishment.*

Conditional Interpretation of Life Imprisonment in Compelling Conditions for Retribution: Nature and Consequences

- Davood Seifi Gharayetagh (Assistant professor at the Department of Law, University of Zabul)
- Ghasem Eslami Nia (Assistant professor at the Department of Law, University of Zabul)

According to the popular view of Imami jurists, the punishment of “Mokreh” (duessing someone to commit a crime) is life imprisonment. However, there are disagreements regarding the nature of this punishment, whether it is limited or retaliatory, whether it is a right of individuals or a right of God, and accepting any of these theories has different legal and jurisprudential implications (such as reconciliation or transformation into another punishment, etc.). In Article 376, the legislator chose the theory of the right of individuals and conditioned life imprisonment on the presence of retribution conditions for the first time. Ambiguities in the article and its lack of legislative precedent have led to different interpretations and created various challenges in terms of interpretation and implementation. For example, in some cases, the deputy perpetrator of a crime goes beyond the direct perpetrator of the murder, or it is not clear whether equality conditions in retribution should be assessed between the victim and the compelling party or between the direct and indirect compelling parties, or considering the conditional nature of life imprisonment, does the request of the victim’s guardian nullify the punishment during the execution of life imprisonment, or does it, like theft with a specific limit, transform into a right of God, and the withdrawal of the

Feasibility of Smuggling of Goods and Foreign Currency regarding Cryptocurrency Mining Devices and Cryptocurrency Exchanges: Legal Issues and Practical Procedures

□ *Zahra Sakiani (PhD in Criminal Law & Criminology, University of Tehran)*

□ *Sayyed Abbas Vaezi (PhD in Criminal Law & Criminology, University of Tehran)*

The issue of cryptocurrencies and subjects related to it is one of the issues that needs to be determined at the governance level due to its special nature and significant benefits and costs. Although since 1396 and especially since 1398, the executive branch started regulating cryptocurrencies, but in the absence of codified laws in this regard, the way to deal with activities related to this field, including mining and exchanges, in different areas of regulating and handling crimes and violations faced with problems. The present article, which carried out with a descriptive-analytical method and using library resources and available documents, is going to clarify some crimes that can be committed by cryptocurrency market activists based on the Anti-Smuggling of Goods and Currency Act and describe and criticize some procedures formed regarding how to deal with the actions of activists in this area. The results indicate that some of the good smuggling violations have been decriminalized in the executive regulations, contrary to the laws, and the issue of foreign currency smuggling has not been properly explained due to the lack of attention to differences of cryptocurrencies with similar concepts.

Keywords: *Smuggling of goods, Smuggling of currency, Cryptocurrency, Miner, Stablecoin.*

Combinatory Responses in International Criminal Policy

□ *Shahrdad Darabi (Associate professor, Islamic Azad University, Qom branch, Qom, Iran)*

The development of crime at the international level and the deterritorial of globalized crimes and the convergence of human society in different areas of the globalization process, the necessity of approaching the criminal policy of governments in criminalization and response in the field of National and transnational shows more than before. Combined criminal policy, which is based on a conscious and purposeful process of combining variables with the maximum use of government-community, national and international capacities to control the criminal phenomenon, In the international arena, also means the symmetrical synergy of governments and society. A combined international criminal policy with an emphasis on the common interests of the world community and not focusing solely on criminal responses and emphasizing on the dynamics and diversity of response and how to respond, promises new modeling in the international arena. Emphasizing the additional jurisdiction of the International Criminal Court in dealing with the four crimes, United Nations measures in engineering criminal justice models and crime prevention in the framework of the five-yearly congresses on crime prevention and criminal justice, presenting mandatory guiding principles, indicators of the efforts of the guardians of international criminal policy are combined to ensure international security.

Keywords: *Combinatory responses, International criminal policy, Criminalization, International security.*

Pathology of Illegal Possession Offence with Emphasis on Case Law

□ *Muhammad Hasan Hasani (Assistant professor at the University of Damghan)*

Pathology of illegal possession offence shows that there are some challenges. serious different opinions about whether this crime is conditional on the element of ownership or possession of the victim; Ambiguity in the existence of the element of property belonging to another despite the common ownership of the perpetrator; Illegal element presence or absence in the conduct arising from the contract or the execution of right; Disproportionate and vague legal penalties, uncertainty in the implementation of lapse of time are most important shortcomings. Purpose of the research with Collecting and studying data from library sources and judicial decisions and descriptive-analytical method is presenting ideas and reasonable measures based on the balanced protection of private property and public order. The research findings prove that this crime can be committed with elements of ownership or previous possession and with illegal possession of common property by each partner. Presence of illegal element in possession arising from the contract or the execution of right; Necessity to enact proportionate and several punishments are other research findings.

Keywords: *Illegal possession, Causing obstruction, Causing trouble, Offences against property.*



preventive manner. A brief view of Iran's criminal acts from the Constitution era until now, confirms this task, because without any exception, the first attempt of criminal legislatures is to define crime in general. "Actus Reus" and "legal element or official expressions" are common elements of crime in the study of various definitions of crime all over the world, but the third mentioned element that is considered as one of the main components of crime in many books of criminal law (Mens Rea or mental element) consciously or recklessly is missing in crime definitions. Therefore, this basic ambiguity can be raised and, finally, crime has two elements (legal and material) or three elements (legal, material and mental). On the other hand, the relationship between the mental element and criminal responsibility in defining crime is unclear. Is criminal liability the other form of Mens Rea, or is criminal liability a subset of criminality and will essentially be the next stage after committing a crime? These key ambiguities are examined in this article and a new look is taken at the traditional and classical concepts of general criminal law. The research method in this article is analytical and descriptive and current and former acts and regulations and the expert views in this field have been reviewed and analyzed. The result of this study and analysis is the separation of criminality from criminal responsibility by resorting to imputability in which the mental element can also be explained.

Keywords: *Definition of crime, Mens rea, Criminal responsibility, Elements of crime, Punishment.*

the Iranian law these instances are justified via the rules of necessity. Some examples of consent of the victim on bodily harm from non-physicians include medical and semi-medical operations such as circumcision and tattooing, illegal sports and sexual masochistic acts. According to the German law, if all conditions being present, consent dissolves the second element of crime (*Rechtswridigkeit*) and the actor will have no civil responsibility. In Iran, there is no specific ruling, however considering the general rules consent of the victim will have no influence on *Ta'zir*. Speaking of *Qisas* and *Diya*, it has been claimed that most Islamic jurists believe that it will dissolve both of them. It is recommendable that the Iranian Law adopts an explicit point of view on consent on bodily harm. In some dimensions like tattooing, regulating and in some other dimensions like mutilation, explicit criminalization would be a proper criminal policy.

Keywords: *Consent, Bodily harm, German Criminal Law, Common decency.*

The Place of Men's Rea and Criminal Responsibility in the Definition of Crime

□ *Fereydoon Jafari (Assistant professor at Bu-Ali Sina University of Hamadan)*

Crime is the fundamental and first pillar of the four pillars (crime, offender, punishment and victim) of criminal law and it shows the importance of common norms and values so that their violation is considered undesirable and unacceptable and is subject to punishments and reactions. In all national and international systems, one of the main functions of criminal legislatures is to define crime in a way that includes all its components and elements in a comprehensive and

Abstracts

Comparative Study of Consent of the Victim on Bodily Harm in the Law of Iran and Germany

□ *Mehri Barzegar* (Assistant professor at Bu-Ali Sina University of Hamadan)

The Iranian laws are silent on the ruling of consent of the victim on bodily harms and it has often been claimed that it has no effect. However, in Germany Article 228 of StGB bars punishment of the actor in cases of consent of the victim, provided that it would not be against common decency. From legislative foundations perspective, the approach towards consent might be based on one of the harm, paternalism or legal moralism principles, the ineffectiveness of it being based upon the harm principle and the German Approach being based upon paternalism. In Germany, plus full consent, hypothetical and presumed consent are treated as full consent, while in

Table of contents

Comparative Study of Consent of the Victim on Bodily Harm in the Law of Iran and Germany/ Mehri Barzegar	3
The Place of Men’s Rea and Criminal Responsibility in the Definition of Crime Fereydoon Jafari	33
Pathology of Illegal Possession Offence with Emphasis on Case Law Muhammad Hasan Hasani	63
Combinatory Responses in International Criminal Policy/ Shahrdad Darabi	95
Feasibility of Smuggling of Goods and Foreign Currency regarding Cryptocurrency Mining Devices and Cryptocurrency Exchanges: Legal Issues and Practical Procedures Zahra Sakiani & Sayyed Abbas Vaezi	125
Conditional Interpretation of Life Imprisonment in Compelling Conditions for Retribution: Nature and Consequences/ Davood Seifi Gharayetagh & Ghasem Eslami Nia	157
Risk-Oriented Criminal Law in the Realm of Terrorist Crimes/ Farhad Shahideh	197
Subsidiary Punishments in Murder/ Abbas Shiri Varnamkhasti	229
Objectives and Effective Factors in Punishing the Perpetrators of Crimes against Cultural Heritage in the Light of the Al-Mahdi Case and the Procedure of the International Criminal Court/ Keyvan Ghani & Fadlullah Foroughi	261
Albert Camus’s Philosophical Reflection on the Rejection of the Death Penalty Ahmad Falahi & Tahir Tawhidi & Shayan Akbari	295
The Jurisprudential and Legal Study of the Jobar Maxim Muhammad Baqir Gerayeli & Javad Delavar	327
Constructing Mental Victimization: Its Factors and Effects from the Perspective of Interactional Criminology/ Fatemeh Noori	347
English Abstracts	396

صاحب امتیاز: **مجله علمی حقوق کیفری**

مدیر مسئول: رضا دانشور ثانی

سرمدیر: علی حسین نجفی ابرندآبادی

اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر محمد آشوری (استاد دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

دکتر محمدعلی اردبیلی (استاد دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

دکتر گودرز افتخار جهرمی (استاد دانشگاه شهید بهشتی)

دکتر ابراهیم بیگزاده (استاد دانشگاه شهید بهشتی)

دکتر عادل ساریخانی (استاد دانشگاه قم)

دکتر محمدهادی صادقی (دانشیار دانشگاه شیراز)

دکتر حسین غلامی (استاد دانشگاه علامه طباطبائی)

دکتر حسین میرمحمدصادقی (استاد دانشگاه شهید بهشتی)

دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی (استاد دانشگاه علوم اسلامی رضوی)



مشاوران علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر شهرام ابراهیمی / حجة الاسلام دکتر عبدالرضا اصغری / دکتر جمال بیگی /

دکتر سیدحسن جعفریان سوته / دکتر سکینه خانعلی پور واجارگاه / دکتر عارف

خلیلی پاچی / حجة الاسلام دکتر رضا دانشور ثانی / دکتر مهرداد رایجیان اصلی /

دکتر امید رستمی غازانی / دکتر هادی رستمی / دکتر محمدمهدی ساقیان / دکتر

حسین سلیمانی / دکتر صادق سلیمی / دکتر سیدحسام الدین سید اصفهانی / دکتر

فرهاد شاهیده / دکتر محسن شریفی / دکتر جواد صالحی / دکتر مهدی صالحی

مقدم / دکتر حسن طغرانگار / دکتر محمد فرجی / دکتر فاطمه قناد / حجة الاسلام

دکتر محمدباقر گرایلی



تأییدیه علمی پژوهشی:

«مجله آموزه‌های حقوق کیفری» بر اساس مجوز کمیسیون بررسی نشریات کشور

(وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) در تاریخ ۱۳۹۰/۱۲/۲۴ به شماره ۳/۲۷۰۹۶۸

از اسفند ۱۳۹۰ دارای درجه «علمی - پژوهشی» گردیده است.

این فصلنامه در وبگاه‌های زیر قابل دسترسی است:

www.sid.ir و www.noormags.ir و www.magiran.com/razavi

و www.civilica.com و www.isc.gov.ir

«ترتیب مقالات بر اساس حروف الفبای نویسنده اول می‌باشد.»

«آرای نویسندگان مقالات لزوماً دیدگاه مجله نیست.»

«نقل مطالب مجله با ذکر مأخذ بلامانع است.»

آموزه‌های

حقوق کیفری

پاییز - زمستان ۱۴۰۱، شماره ۲۴



جانشین سردیر

دکتر عبدالرضا اصغری

کارشناس مسئول

اسماعیل شفیعی

کارشناس اجرایی

علی برهان‌زهی

نحوه انتشار

به صورت الکترونیکی در وبگاه

<https://razaviac.razavi.ir>

ارتباط با کارشناس

«تماس با ما» در سامانه نشریات

نشانی پستی

مشهد، ص پ ۹۱۷۳۵-۴۶۱

رایانامه

razaviunmag@gmail.com

*The Scientific Research Journal of
Razavi University of Islamic Sciences*

Criminal Law Doctrines

No. 24

Autumn 2022 & Winter 2023



Proprietor:

Razavi University of Islamic
Sciences

Managing Director:

R. Daneshvar Sani

Editor -in- Chief:

A. H. Nadjafi Abrand Abadi

Senior Editor:

A. Asghari

Expert in Charge:

E. Shafiei

Editorial Board:

M. A. Ardebili (*Prof. at Razavi University of Islamic
Sciences*)

M. Ashouri (*Prof. at Razavi University of Islamic
Sciences*)

E. Beigzade (*Prof. at Shahid Beheshti University*)

G. Eftekhar Jahromi (*Prof. at Shahid Beheshti
University*)

H. Gholami (*Prof. at Allameh Tabataba'i University*)

H. Mir Muhammad Sadeghi (*Prof. at Shahid Beheshti
University*)

A.H. Nadjafi Abrandabadi (*Prof. at Razavi University
of Islamic Sciences*)

M. H. Sadeghi (*associate professor at University of
Shiraz*)

A. Sarikhani (*Prof. at University of Qom*)

Address: Iran, Mashhad, P.O. Box: 91735-461

Web Site: <https://razaviac.razavi.ir>

E.mail: razaviunmag@gmail.com