





دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

فصلنامه علمی آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

سال سوم - شماره ۱ - شماره پیاپی ۹ - بهار ۱۴۰۳

Vol.3, No.1, Issue 9, Spring 2024

شاپا الکترونیکی: ۲۳۳۹-۲۸۲۱

Online ISSN: 2821-2339

صاحب امتیاز:

دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

مدیر مسئول:

دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله

سر دبیر:

دکتر سید محمد تقی علوی

فصلنامه علمی آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، دارای مجوز به شماره: ۹۴۶۹۷ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و مستند به مصوبه بیست و هفتمین جلسه کمیسیون تعیین اعتبار نشریات حوزه علوم انسانی و هنر دانشگاه آزاد اسلامی است و در ارزیابی نشریات علمی دانشگاه آزاد اسلامی، در سال ۱۴۰۲ حائز رتبه الف گردید.

سازمان الکترونیکی: jcl.d.lahijan.iau.ir

رایانامه فصلنامه: jcl.d1401@gmail.com

اعضای هیأت تحریریه، به ترتیب الفبائی:

دکتر مریم آقایی بجنستانی

(دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد سمنان)

دکتر جمال بیگی

(دانشیار گروه حقوق جزاء و جرمشناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه)

دکتر بابک پور قهرمانی

(دانشیار گروه حقوق جزاء و جرمشناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه)

دکتر محمد حسن حائری یزدی

(استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد)

دکتر حسن حاجی تبار فیروزجائی

(دانشیار گروه حقوق جزاء و جرمشناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائمشهر)

دکتر محمد روحانی مقدم

(دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد سمنان)

دکتر مرتضی رهبر طارمیری

(استاد گروه پزشکی قانونی دانشگاه علوم پزشکی گیلان)

دکتر عباس شیخ الاسلامی

(دانشیار گروه حقوق جزاء و جرمشناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد)

دکتر حسین صابری

(استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد)

دکتر محمود عرفانی

(استاد گروه حقوق دانشگاه تهران)

دکتر سید محمد تقی علوی

(استاد گروه حقوق دانشگاه تبریز)

دکتر حمید مسجد سرایبی

(استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی سمنان)

دکتر حسین ناصری مقدم

(استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد)

ارزیابان علمی مقالات این شماره به ترتیب الفبائی:

دکتر مریم آقایی بجزستانی

(دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد سمنان)

دکتر هرمز اسدی کوه باد

(دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد رامهرمز)

دکتر جمال بیگی

(دانشیار گروه حقوق جزاء و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه)

دکتر عباس تقوایی

(استادیار گروه معارف اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان)

دکتر احمد پور ابراهیم

(استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد رشت)

دکتر محسن جعفری بهزاد کلائی

(استادیار گروه حقوق دانشگاه پیام نور گیلان)

دکتر حسن حاجی تبار فیروزجائی

(دانشیار گروه حقوق جزاء و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائمشهر)

دکتر کاظم خسروی

(استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد)

دکتر محمد رضا داداشی نیاکی

(استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد رشت)

دکتر مجتبی فرح بخش

(استادیار گروه حقوق دانشگاه شاهد)

دکتر نغمه فرهود

(استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد اندیمشک)

دکتر سمیرا گلخندان

(استادیار گروه حقوق جزاء و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد خمین)

دکتر امین نجفیان

(استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه شهید محلاتی)

ضوابط ارسال مقالات علمی پژوهشی

الف) نویسنده

- هر مقاله می‌تواند دارای چند نویسنده باشد. نشریه، فردی را نویسنده مسئول (نویسنده اول) مقاله می‌شناسد که عضو هیأت علمی دانشگاه و یا مدرس حوزه علمیه و دارای رتبه استادیاری و بالاتر و یا هم‌تراز آن است؛ از این رو، دانشجویان محترم مقاطع تحصیلی دکترا، کارشناسی ارشد و کارشناسی دانشگاه‌ها و نیز طلاب محترم سطوح مختلف حوزه‌های علمیه، از نوشتن نام خود در بخش نویسنده مسئول (نویسنده اول) خودداری ورزند؛ البته، طلاب و دانشجویان محترم می‌توانند خود را عهده‌دار مکاتبات (و نه نویسنده مسئول) معرفی کنند.

- افرادی که نام آنان در برگه مشخصات نویسندگان مقاله، کنار نویسنده مسئول، نوشته می‌شود، نویسنده همکار به شمار می‌آیند.

ب) ساختار مقاله

- زبان نشریه، فارسی است و نشریه، تنها، مقالاتی را دریافت می‌دارد که به زبان فارسی نگارش می‌یابند.

- رعایت قواعد ادبی نگارش فارسی، الزامی است.

- رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، سجاوندی (، . ؛ - - « ») و نیم فاصله میان واژه‌ها و وندها، الزامی است. در سجاوندی، نشانه‌ها، از واژه پیش از خود، بدون فاصله، و از واژه پس از خود، دارای فاصله هستند.

- به جهت فارسی بودن زبان مقاله، از به کارگیری واژه‌های خارجی در صورت وجود معادل فارسی آن و نیز از آوردن جملات و عبارات غیر فارسی، در تمامی بخش‌های مقاله، اجتناب گردد؛ جز در مواردی که استناد به عین الفاظ عبارت غیر فارسی، لازم و ضروری است. در صورت نقل مستقیم و استشهاد به ترجمه عبارات خارجی، در متن مقاله، عین عبارت خارجی، در پاورقی، آورده شود.

- برای مشخص کردن قسمت‌های مختلف مقاله، از به کارگیری واژه‌های: فصل، بخش و... پرهیز گردد و تنها، از شیوه شماره گذاری عناوین اصلی و فرعی، از راست به چپ: ۱-۱، ۲-۱، ۱-۲، ۲-۲ و... استفاده شود.

- هر مقاله، باید دارای: عنوان، چکیده، واژه‌های کلیدی، مقدمه، متن اصلی، نتیجه‌گیری و کتاب‌شناسی (فهرست منابع) باشد.

- عنوان مقاله باید دقیق، گویای اندیشه اصلی مذکور در مقاله، جذاب و در صورت امکان کوتاه، بین ۱۰ تا ۱۵ واژه باشد.

- چکیده، شامل: هدف، روش گردآوری و تحلیل اطلاعات (و نه عنوان روش تحقیق) و دست‌آورد و نتیجه است که به دو زبان فارسی (حداکثر ۲۵۰ کلمه) و زبان انگلیسی (حداکثر ۳۰۰ کلمه) نگارش می‌یابد.

- واژگان کلیدی فارسی و انگلیسی حداقل ۳ و حداکثر ۵ مورد ذکر و با درنگ نما (،) از یکدیگر جدا شوند.

- محتوای مقدمه شامل توضیحات مقدماتی، بیان مسأله، هدف اصلی، پرسش‌ها و یا فرضیه‌ها، و مرور پیشینه است. تمام این موارد باید همچون تکه‌های جورچین کنار هم قرار گیرند به گونه ای که خواننده مقاله، تصویری کلی از تمامی اطلاعات مقاله، به دست آورد. چنانچه برای مرور و ارائه‌ی پیشینه، به بخشی مجزا نیاز است، پس از مقدمه، مرور پیشینه، به صورت بخشی مستقل آورده می‌شود.

- رعایت اصل مستند نویسی در بیان مطالب مقاله، الزامی است؛ از این رو، پس از نقل مطلب، بلافاصله، منبع آن، داخل (هلالین) نوشته و ارجاع می‌شود. نقل قول‌های مستقیم، داخل کمانک‌های کوچک « » قرار می‌گیرد و نقل قول‌های غیر مستقیم، به صورت بندهای مطالب متن مقاله، نوشته می‌شود.

- در صورت لزوم، معادل خارجی (لاتین و عربی) واژگان تخصصی داخل (هلالین) و در متن مقاله ذکر گردد و یادداشت‌های توضیحی در پاورقی آورده شود.

- در صورت مسأله محور بودن مقاله، از آوردن نام اشخاص به هر گونه آن، جز در صورت ضرورت، اجتناب گردد و در صورت شخص محور بودن مقاله، از به کارگیری القابی مانند: دکتر، پروفیسور، مهندس، علامه، شیخ، آیت الله، حجت الاسلام و ... چه در متن و چه در کتاب‌شناسی، خودداری شود؛ مگر در مواردی که این القاب، جزئی از نام شخص به شمار می‌آیند؛ مانند: شیخ طوسی، علامه حلی، شیخ الاسلامی، آیت اللهی.

- آیات و احادیث، همواره، و اعلام و اصطلاحات، در صورت لزوم، چه در متن و چه در پاورقی، با ضبط کامل آورده شود.

- از نگارش بندهای بلند و طولانی پرهیز شود و در هر صفحه، حداقل سه بند، نگارش یابد.

- کتاب‌شناسی (فهرست منابع)، در پایان مقاله، با رعایت ترتیب الفبائی، بر مبنای روش استناددهی بین‌المللی APA نگارش یابد. تمامی ارجاعات درون مقاله، باید در بخش فهرست، مذکور و با آن، یکسان باشد و از ذکر منبع فاقد ارجاع، اجتناب گردد. همچنین باید اطلاعات همه منابع ذکر شده در کتاب‌شناسی، به انگلیسی برگردانده و در انتهای چکیده انگلیسی آورده شود. اطلاعات منابعی که نام انگلیسی آن‌ها وجود ندارد، به صورت فارسی انگلیسی (فینگلیش) نگارش می‌یابد. در ترجمه چکیده و کتاب‌شناسی از مترجم‌های خودکار، مانند: google Translate اجتناب شود.

- کتاب‌های دارای ارجاع، به صورت: نام خانوادگی، نام، (سال انتشار)، **عنوان کتاب**، نام و نام خانوادگی مترجم، مصحح یا محقق، محل نشر، نام ناشر، نوبت چاپ، در کتاب‌شناسی، فهرست شوند.

- مقاله‌های انتشار یافته در نشریات و دارای ارجاع در مقاله، به صورت: نام خانوادگی، نام، (تاریخ انتشار مقاله)، **عنوان مقاله**، دوره مجله، صفحه آغاز و انجام مقاله مورد استناد، در کتاب‌شناسی، فهرست شوند.

- مقالات انتشار یافته در مجموعه مقالات و یا دایرة المعارف‌ها که دارای ارجاع در مقاله هستند، به صورت: نام خانوادگی و نام نویسنده مقاله، (تاریخ انتشار)، **عنوان مقاله**، نام مجموعه یا دایرة المعارف، نام و نام خانوادگی گردآورنده، ویراستار یا مترجم، محل نشر، نام ناشر، نوبت چاپ، در کتاب‌شناسی، فهرست گردند.

- پایان نامه و رساله دارای ارجاع در مقاله، به صورت: نام خانوادگی، نام نویسنده، (سال انتشار)، **عنوان پایان نامه یا رساله**، مقطع و رشته تحصیلی، نام دانشگاه و شهر، در کتاب‌شناسی، فهرست شود.

- تارنماها (website) و شبکه‌ها، پایگاه‌ها و سامانه‌های رایانه‌ای، دارای ارجاع، به صورت: نام خانوادگی، نام، (تاریخ مطلب)، **عنوان مطلب**، تاریخ دریافت، نام و نشانی تارنماکده، شبکه، پایگاه و سامانه رایانه‌ای، در کتاب‌شناسی، فهرست شود؛ برای نمونه: عباسی، مصطفی (۱۳۹۰/۱۱/۱۰)، **تعدد معنوی در جرایم تعزیری**، تاریخ دریافت: ۱۴/۰۵/۱۳۹۹، <http://mostafaabasi2.blogfa.com/post-11.aspx>.

- منابع فارسی و عربی، اعم از کتاب، مقاله، پایان نامه و رساله، توأمان در کتاب‌شناسی فهرست می‌شوند و منابع خارجی (غیر عربی) دارای ارجاع، اعم از کتاب و مقاله، پس از فهرست توأمان منابع فارسی و عربی، تحت عنوان: منابع خارجی، در بخش کتاب‌شناسی فهرست می‌گردد. ترتیب شماره این بخش، ادامه شماره منابع فارسی و عربی است. تارنماها و قوانین و بخشنامه‌ها، جداگانه و در پایان کتاب‌شناسی، فهرست می‌شوند.

- در فهرست منابع فارسی و عربی، برای تعیین سال قمری، حرف: « ق » و برای سال میلادی، حرف: « م » پس از نگارش تاریخ ذکر گردد و برای سال شمسی، چیزی نوشته نشود.

- در صورت فقدان برخی از مشخصات در شناسنامه منابع، از واژه‌های: « بی جا »، برای بدون محل نشر، « بی نا »، برای بدون ناشر، « بی تا » برای بدون تاریخ نشر استفاده شود.

- کتب و مقالات ترجمه شده دارای ارجاع، به نام نویسنده و نه مترجم، در کتاب‌شناسی فهرست می‌گردند.

- در صورت ارجاع به چند اثر از یک نویسنده، به هنگام فهرست آن آثار در کتاب‌شناسی، نام نویسنده با رعایت ترتیب آثار در ردیف الفبایی، پشت سر هم، تکرار می‌گردد و از به کارگیری خط تیره برای عدم تکرار نام نویسنده، پرهیز می‌شود.

- حجم کل مقاله با لحاظ چکیده و کتاب‌شناسی، باید حداقل ۶۰۰۰ و حداکثر ۹۰۰۰ واژه نگارش یافته با قلم بی لوتوس (B Lotus)، در قالب نرم افزار کلمه (Microsoft Word) ۲۰۰۷ و یا ۲۰۱۰ در بستر

برگه قطع وزیری (A 4) با حاشیه سفید از بالا ۵، از پایین ۶ و از سمت راست و چپ ۴ سانتی متر، با رعایت فاصله یک سانت (Single) بین خطوط و تورفتگی ۰,۷، آغاز بندهای دوم به بعد هر عنوان باشد. در نگارش چکیده انگلیسی و ترجمه انگلیسی کتاب نامه، از قلم نیو تایمز رومن (Times New Roman) استفاده شود.

- در نگارش مقاله، اندازه قلم عنوان مقاله ۱۵ پر رنگ (Bold)، عناوین اصلی مقاله ۱۴ پر رنگ، عناوین فرعی ۱۳ پر رنگ، مطالب متن ۱۳ ساده، مطالب پاورقی ۱۰ ساده، عنوان انگلیسی ۱۳ پر رنگ، متن چکیده فارسی و انگلیسی، کتاب‌شناسی و ترجمه انگلیسی آن ۱۱ ساده است.

پ) استناددهی

با توجه به پیروی فصلنامه از روش «استناد درون متنی»، رعایت شرایط ذیل لازم است:
- ارجاع به منابع فارسی و غیر فارسی در متن مقاله، به صورت: نام خانوادگی نویسنده، سال انتشار، شماره جلد، شماره صفحه (انصاری، ۱۴۲۰، ۱/۱۴) انجام یابد. در ارجاع توأمان به بیش از یک منبع، منابع، با نقطه درنگ نما (؛) از یکدیگر جدا می‌شوند؛ (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۵/۱۲؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۷/۴۲).

- در صورت تشابه نام خانوادگی نویسندگان و یکسانی سال نشر، نام آنان نیز ذکر گردد.
- در صورت ارجاع به چند کتاب از یک نویسنده با تاریخ انتشار یکسان، برای تعیین منبع، یا نام کتاب و یا حروف الفباء (الف، ب و ...)، پس از ذکر تاریخ، آورده شود. در صورت اخیر، باید حرف الفباء ذکر شده در ارجاع درون متنی، کنار منبع فهرست شده در کتاب‌شناسی نیز ثبت شود.
- در صورت ارجاع به کتاب و مقاله فارسی و غیر فارسی که دارای دو نویسنده است، نام هر دو نویسنده با حرف عطف و او، در ارجاع درون متنی نوشته می‌شود و در صورتی که نویسندگان سه نفر و بیشتر باشند، نام نویسنده اول به همراه عبارت: «و دیگران»، در ارجاع درون متنی نوشته می‌شود. در هر صورت، به هنگام فهرست این منبع در کتاب‌شناسی، نام همه نویسندگان، به طور کامل ثبت می‌گردد.
- در صورت ارجاع مکرر و بی‌فاصله به یک منبع، از به کارگیری واژه «همان»، پرهیز گردد و ارجاع دهی به صورت کامل انجام یابد.
- در صورت استناد دهی به تارنماها، پایگاه‌ها، سامانه‌ها و شبکه‌های رایانه‌ای، تاریخ مراجعه به شبکه و سامانه نیز ذکر شود.

- ارجاع به آیات شریف قرآن کریم، به صورت: نام سوره مبارکه، شماره آیه شریفه (بقره، ۱۲) و ارجاع به نهج البلاغه، با ذکر شماره خطبه، نامه، کلمات قصار و صفحه (نهج البلاغه، خطبه ۳، ۲۵) انجام یابد.
- در صورت ارجاع به منابع خارجی، آن بخش از متن منبع خارجی ارجاع شده در مقاله، جداگانه و به صورت ضmann مقاله، از طریق بارگزاری، به نشریه ارسال گردد.

- در صورت قابل دسترس بودن منبع اصلی، از ارجاع و استناددهی به ترجمه و یا نقل با واسطه، پرهیز شود.

ت) ارسال مقاله

- نگارش کامل نام و نام خانوادگی نویسنده یا نویسندگان، میزان تحصیلات، رتبه علمی، گروه آموزشی، رشته تحصیلی و دانشگاه محل خدمت یا تحصیل، به زبان های فارسی و انگلیسی، تعیین نویسنده مسئول در مقالات دارای چند نویسنده، نشانی رایانامه نویسنده یا نویسندگان، شماره تماس، کد پستی و نشانی نویسنده یا نویسندگان، به هنگام بارگزاری مقاله در سامانه نشریه، الزامی است.

- نویسنده مسئول، پس از عضویت در مجله، متن نگارش یافته مقاله را در قالب نرم افزار کلمه (Microsoft Word) به همراه تکمیل کاربرگ تعارض منافع و کاربرگ تعهد نامه، مبنی بر اصیل بودن مقاله، عدم انتشار تمام یا بخشی از مقاله، در نشریه‌های دیگر و عدم ارائه همزمان مقاله، به چند نشریه، در سامانه مجله، بارگزاری می‌کند.

- نویسنده مسئول، نسخه بدون نام مقاله و نیز برگه مشخصات نویسندگان را در سامانه بارگزاری می‌کند. - در برگه مشخصات نویسندگان، نام و نام خانوادگی، رتبه علمی، گروه آموزشی، نام و مکان دانشگاه محل خدمت یا تحصیل (شهر، کشور)، تعیین نویسنده مسئول و نشانی رایانامه نویسندگان، به دو زبان فارسی و انگلیسی نگاشته می‌شود.

- مقاله، تنها با یک نام کاربری در سامانه نشریه به نشانی: jcl.d.liu.ac.ir ثبت گردد.

- از ارسال مقاله، به رایانامه نشریه، سردبیر، هیأت دبیران (هیأت تحریریه) و سایر اعضاء و ارکان مجله پرهیز گردد؛ از این رو، نویسنده مسئول، مقاله را تنها از طریق بارگزاری در سامانه نشریه، برای سردبیر ارسال و کد مقاله را دریافت می‌دارد. دفتر نشریه، هیچ گونه مسئولیتی برابر مقالاتی ندارد که از طریق سامانه به نشریه، ارسال نمی‌شوند.

- تمامی قسمت‌های مربوط به نویسندگان مقاله و همچنین چکیده انگلیسی، فارسی، واژگان کلیدی و ... در سامانه به دقت تکمیل گردد.

- در صورتی که اطلاعات نویسندگان در سامانه با برگه ارسال شده مشخصات نویسندگان مغایر باشد، مقاله، بایگانی می‌شود؛ بنابراین، چنانچه در برگه مشخصات نویسندگان مقاله، نام سه نفر مذکور است، باید در سامانه نیز نام همان سه نفر به همراه مشخصات علمی آنان، به طور کامل، ثبت شود.

- تنها مرجع پاسخگویی در خصوص مقالات ارسالی به نشریه، دفتر نشریه است. برای مشاهده وضعیت مقاله، به صفحه شخصی خود مراجعه کنید و در صورت ضرورت پیگیری وضعیت مقاله از دفتر نشریه، از طریق سامانه، پیغام و درخواست خود را به رایانامه نشریه، ارسال کنید.

- نشریه، در پی دریافت مقاله، از صدور گواهی دریافت مقاله، معذور است و ثبت کد مقاله ارسالی در صفحه شخصی نویسنده، به معنای دریافت مقاله است.
- نویسندگان محترم، با لحاظ صرف زمان شش ماه برای بررسی و تعیین تکلیف نهایی مقاله ارسالی، به انتخاب این نشریه و بارگزاری و ارسال مقاله خود اقدام کنند.
- مقالات پذیرفته شده، در نوبت چاپ قرار می‌گیرند و نویسندگان مقالات پذیرفته شده، می‌توانند گواهی پذیرش مقاله را از سامانه نشریه، دریافت دارند.
- نویسندگان محترم، از ارسال همزمان دو یا چند مقاله به نشریه، پرهیز دارند و در صورت تمایل ارسال مقالات متعدد به نشریه، با رعایت طوالی زمانی، مقالاتی به نشریه ارسال گردد که موضوع آن‌ها با چشم اندازهای نشریه دارای مطابقت است.
- تنها، مقالاتی به کمیته علمی ارسال می‌گردند که با رعایت ضوابط تدوین مقالات علمی پژوهشی نگارش یافته‌اند، نویسنده مسئول آن‌ها، دارای رتبه استادیاری و بالاتر و یا هم‌تراز آن است و موارد بیان شده در این راهنما، در آن، رعایت شده است؛ از این رو، مقالاتی که در آن‌ها، موارد مذکور، مراعی نیست، به محض دریافت، بایگانی می‌شوند و به کمیته علمی ارسال نمی‌گردند.
- ترجمه متون بیگانه در قالب مقاله، قابل پذیرش نیست.
- مقاله‌های برگرفته از پایان نامه‌ها و رساله‌های دانشجویی، با مسئولیت استاد راهنما قابل دریافت و بررسی است.
- در مقالات برگرفته از پایان نامه و رساله، طرح پژوهشی و یا ارائه شفاهی همایش، به ترتیب، ذکر کامل عنوان پایان نامه و رساله، نام استاد راهنما، تاریخ دفاع و نام دانشگاه محل تحصیل؛ ذکر کامل عنوان طرح، تاریخ اجراء، همکاران طرح و سازمان مربوطه؛ ذکر کامل عنوان همایش، تاریخ و سازمان مربوطه، الزامی است.
- مقاله باید اصیل، حاصل مطالعات، تجربه‌ها و پژوهش‌های نویسنده و متضمن دستاورد علمی جدید باشد. نشریه، تنها مقالات علمی پژوهشی را نشر می‌دهد؛ از این رو، از ارسال مقالات گردآوری شده، به نشریه، پرهیز شود.
- مقاله، نباید در نشریه دیگری چاپ و یا همزمان به نشریه دیگری ارسال شده باشد.
- مجله در ویرایش علمی و ادبی مقالات، آزاد است.

فهرست مقالات

سیاست‌گذاری ایران در مبارزه با قاچاق کالا و ارز در آینه تحلیل و نقد

احمد پور ابراهیم؛ مهدی حقیقت جو

صفحه ۱-۲۲

اجرای احکام مدنی خسارات روحی در حقوق ایران و انگلستان

علیرضا حراج؛ اباست پور محمد؛ اکبر بشیری

صفحه ۲۳-۴۲

واکاوی رویکردهای نظریه جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم

وحید زارعی شریف؛ مریم پور باقی

صفحه ۴۳-۶۴

بررسی فقهی فناوری سرمایه‌داری و بایسته‌های تقنینی آن

علی محمد پور؛ سید عسگری حسینی مقدم؛ حسین رحیمی واسکسی

صفحه ۶۵-۸۶

حق بر صلح در حقوق ایران و لبنان با تمرکز بر رویه حقوق بشر غربی و اسلامی

حیدر مطلب فائد؛ احمد رضا سلیمان زاده؛ حسین رستم زاده

صفحه ۸۷-۱۰۶

مبانی فقهی حقوقی امکان تحقق عدالت ترمیمی از طریق میانجیگری

حمید رضا مطیع؛ سید مهدی احمدی؛ حسین رحیمی واسکسی

صفحه ۱۰۷-۱۲۴

نقش قیاس فرضی در قاعده‌ی: التعزیر یدرء بالشبهة

مهدی نصرتیان اهور

صفحه ۱۲۵-۱۴۴



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jcl.d.liau.ac.ir>

Vol.3, No.1, Issue 9, Spring 2024, P: 1-22

Receive Date: 2024/01/27**Revise Date:** 2024/02/28**Accept Date:** 2024/03/14**Article type:** Original Research**Online ISSN:** 2821-2339

Iran's Policy-making in Anti-Contraband and Foreign Currency Smuggling in the Mirror of Analysis and Criticism

Ahmad Pourebrahim¹Mahdi Haghighatjoo²

Abstract

The phenomenon of smuggling in Iran's country, in addition to economical bad effects is an important social and the economical challenge. Nowadays, this phenomenon besides as a serious threat on the path of free commerce, is imposing so much expenses on the economical body of country. Must acknowledge the new statute has many innovations and corrects many deficiencies in previous statute; although «Anti-Trafficking Law ratified 1392» had not the sufficient and necessary sanction. Therefore, in new expressions, the sanctions of this statute were fortified from different aspects. On the other hand, the smuggling subjects were ambiguous and sometimes the act of smuggling was considered with title of under invoicing or false statement that in correction of statute, many differences of weight of goods or false statement is considered as smuggling. This article with analytical descriptive method, continues the criminological and preventive approaches in subjects of smuggling goods and foreign currency while surveying existing ambiguities and challenges in this field and analyzed the action and reaction criminal policies for prevention.

Keywords: smuggling of goods and foreign currency, criminal policy of smuggling of goods and foreign currency, prevention of smuggling of goods and foreign currency.

¹. Assistant Professor, Department of Law, Rasht Branch, Islamic Azad University, Rasht, Iran (corresponding author). purebrahim.ahmad@yahoo.com

². Assistant Professor, Department of Law, Rasht Branch, Islamic Azad University, Rasht, Iran. haghghatjoomehdi@yahoo.com



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jclld.liau.ac.ir>

سال سوم - شماره ۱ - شماره پیاپی ۹ - بهار ۱۴۰۳، ص ۲۲-۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۲۴

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۲/۰۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۰۷

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

سیاست‌گذاری ایران در مبارزه با قاچاق کالا و ارز در آیینی تحلیل و نقد

احمد پور ابراهیم^۱

مهدی حقیقت‌جو^۲

چکیده

پدیده‌ی قاچاق کالا در کشور ایران، علاوه بر آثار سوء اقتصادی، یک چالش اقتصادی و اجتماعی حائز اهمیت است. امروزه، این پدیده، علاوه بر اینکه تهدیدی جدی سر راه تجارت آزاد است، هزینه‌های زیادی نیز بر بدنه‌ی اقتصادی کشور تحمیل می‌کند. باید اذعان داشت قانون جدید، نوآوری‌های بسیاری دارد و کم و کاستی‌های زیادی را در قانون قبلی اصلاح کرده است؛ با این وصف، «قانون مبارزه با قاچاق مصوب ۱۳۹۲»، ضمانت اجرای لازم و مکفی نداشت و به همین دلیل، در اصلاحات جدید، از جنبه‌های مختلف، ضمانت اجرای این قانون، تقویت شد. موارد قاچاق هم مبهم است و فعل قاچاق، گاهی، با عنوان کم اظهار یا اظهار خلاف واقع مطرح است که در اصلاح قانون، اختلاف‌های زیاد وزنی کالا یا اظهار خلاف واقع، قاچاق به شمار آمده است. مقاله پیش رو، در پژوهشی به روش توصیفی تحلیلی، تحلیل رویکردهای جرم‌شناسی و پیشگیرانه را در بحث قاچاق کالا و ارز، ضمن بررسی ابهامات و چالش‌های موجود در این حوزه دنبال می‌کند و سیاست‌های کیفری کنشی و واکنشی را جهت پیشگیری، مورد تحلیل قرار می‌دهد.

واژگان کلیدی: قاچاق کالا و ارز، سیاست جنایی قاچاق کالا و ارز، پیشگیری از قاچاق کالا و ارز.

^۱. استادیار گروه حقوق، واحد رشت، دانشگاه آزاد اسلامی، رشت، ایران (نویسنده مسئول). purebrahim.ahmad@yahoo.com

^۲. استادیار گروه حقوق، واحد رشت، دانشگاه آزاد اسلامی، رشت، ایران haghighatjoomehdi@yahoo.com

در حال حاضر قاچاق به نحو عام و قاچاق کالا به نحو خاص از مشکلات بزرگ کشور است. این پدیده چندان ابعاد گوناگونی یافته و چنان تأثیرات منفی و مخرب در اقتصاد کشور داشته که به ناچار بخش چشم‌گیری از امکانات ملی برای مقابله با آن بسیج شده است. بر اساس «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز»، قاچاق کالا به هر فعل و ترک فعلی گفته می‌شود که تشریفات قانونی مرتبط با ورود و خروج کالا از کشور را نقض نماید. در صورتیکه قاچاق در مبادی ورودی کالا در هر نقطه از کشور یا در محل عرضه آن در بازارهای داخلی شناسایی شود، مجازاتی برای فرد مجرم در نظر گرفته می‌شود. قاچاق کالا از جرایمی است که از دیرباز در جوامع بشری وجود داشته و با پدیدار شدن مرزهای سیاسی، مفهوم و رویکرد نوینی پیدا کرده است. قاچاق در نظام اقتصادی کشور از جمله جرایم علیه مصالح عمومی کشور است که با توجه به خالی بودن جایگاه این موضوع در مکاسب محرمه، تبیین اصول فقهی حاکم بر آن، می‌تواند در به وجود آمدن فقه پویا، کمک شایانی کند.

با بررسی منابع فقهی، بر طبق قاعده لاضرر، مصلحت و حکم حکومتی، می‌توان گفت قاچاق یک فعل اقتصادی حرام است و مرتکب آن مستحق تعزیر می‌باشد. پدیده قاچاق کالا امروزه به عنوان یکی از چالش‌های مهم جامعه مدنی و نظام عدالت کیفری مطرح است. این امر به خصوص در قرن حاضر روند رو به رشدی را دنبال کرده است. از این رو دنیای امروز به شدت نیازمند تلاشی همه جانبه و برنامه ریزی شده است تا از این طریق بتوان تا حدود زیادی از شدت این نوع بزهکاری و جرم در جامعه کاست. با توجه به قوانینی که در مورد نحوه فروش کالای قاچاق وجود دارد، به نظر می‌رسد که دولت نقل و انتقال کالاهای قاچاقی را که مالیت دارند، معتبر می‌داند و از باب جریمه فرد متخلف، به فروش آن کالاها اقدام می‌کند؛ چراکه اگر قرار بود نقل و انتقالی صورت نگیرد، می‌بایست کالاها به صاحب قبلی عودت داده شود؛ بنابراین نهی دولت در مورد قاچاق اثر تکلیفی دارد؛ اما اثر وضعی ندارد و موجب فساد معامله نمی‌گردد.

قاچاق کالا و ارز، تهدیدی مهم برای برنامه‌ها و نهادهای اجتماعی و اقتصادی محسوب می‌شود و از این رو، مورد جرم‌انگاری قرار گرفته است. شکل‌گیری جرم قاچاق کالا و ارز، حاصل عوامل متعددی همچون دلایل اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و گاه سیاسی است که در این میان، فقر و بیکاری که از مصادیق بارز عسر و حرج است، جایگاه ویژه‌ای دارد؛ چراکه قاچاق کالا که حجم و ارزش آن دقیقاً مشخص نیست، برنامه‌ریزی‌های اقتصادی را بر هم می‌ریزد و تحقق اهداف اقتصادی دولت را ناممکن می‌گرداند و موجب کسری بودجه و اختلال در اجرای برنامه‌های عمرانی و ایجاد رکود در صنایع داخلی کشور و کاهش تولیدات داخلی و افزایش بیکاری می‌شود. لازم به ذکر است یکی از مهمترین جرائمی

که امنیت کشور را آشکارا، مستقیم و طولانی مدت خدشه دار کرده است، پدیده قاچاق کالا و ارز می‌باشد که بر حوزه‌های مختلف اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و فرهنگی کشور نیز تأثیر منفی گذاشته است. در حال حاضر قاچاق کالا و ارز به یک معضل جدی و تهدید کننده در اقتصاد کشور تبدیل شده است، به گونه‌ای که مبارزه با آن، از اولویت‌های قوای سه‌گانه می‌باشد. با تصویب «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲»، افق‌های جدیدی از جهت پیشگیری و مقابله با پدیده زیانبار قاچاق کالا و ارز گشوده شد؛ لکن با این وجود همواره در امر پیشگیری و مقابله با این پدیده با نقصان و آسیب‌های جدی مواجه هستیم. «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز» که در تاریخ ۱۴۰۰/۱۱/۱۰ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده بود، در تاریخ ۱۴۰۰/۱۲/۰۷ با تأیید نهایی شورای نگهبان در تاریخ ۱۴۰۱/۰۱/۲۳ توسط رئیس‌جمهور به دستگاه‌های اجرایی ابلاغ شد.

۱. تحلیل نوآوری‌ها و تغییرات قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز

۱-۱. واکاوی تغییرات مهم قانون اصلاح قانون مبارزه با قاچاق

بررسی جزئیات قانون جدید نشان می‌دهد، در برخی حوزه‌ها تغییرات مهمی در قانون مبارزه با قاچاق لحاظ شده است. این در حالی است که برخی روندهای تسهیل‌گر در قانون جدید تغییر یافته یا حذف شده است. بر این اساس دستگاه‌های دخیل در امر تجارت خارجی، بایستی چالش‌های خود در مسیر اجرای قانون جدید را مطرح و پیش‌بینی‌های لازم در این خصوص را لحاظ کنند. در قانون امور گمرکی، بعضی مسائل به عنوان تخلف دیده شده؛ اما در اصلاحات قانون مبارزه با قاچاق، بعضاً همان تخلفات را بعنوان قاچاق مطرح کردند. فرق تخلف با قاچاق این است که برای تخلف در همان گمرک اجرایی جرمه لحاظ می‌کنند و بحث کیفری و ضبط کالا وجود ندارد؛ اما وقتی عنوان تخلف تبدیل به قاچاق شد، کالا را ضبط می‌کنند و متخلف هم مجرم است و باید به نهادهای مختلف پاسخگو باشد (بالا پژوه، ۱۳۹۱، ۵۴).

بحث الزام ثبت کالا در سامانه جامع انبارها و صدور قبض و حواله انبار با مشخصاتی که در قانون تعیین شده، یکی از این موارد جدید است. عدم ثبت کالا به این شیوه، ضمانت اجرایی دارد و همچنین اگر انباری کالاهای مشمول شناسه را بدون این ویژگی نگهداری کرده باشد، مشمول مجازات حداقل قاچاق همان کالا می‌شود. بر اساس این قانون، ارائه هرگونه خدمات شامل بیمه، ضمانت، خدمات پس از فروش، تعمیر و غیره به کالاهای مشمول قانون قاچاق مشمول مجازات قرار گرفته است.

۱-۱-۱. شمول قوانین قاچاق کالا با ارائه اسناد جعلی در زمان اظهار یا ترخیص یا خروج

در «قانون اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز»، مطابق بند (پ) ماده ۲ «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز»، اظهار کالا به گمرک و یا «ترخیص» یا «خروج» کالا از اماکن گمرکی با ارائه مجوزها یا اسناد

جعلی و یا مجوزهای باطل یا منقضی یا تکراری یا خلاف واقع یا متعلق به غیر یا تحصیل شده از طریق تبانی و یا تقلب، مشمول مقررات قاچاق خواهد بود. به عبارت ساده‌تر با اظهار کالا به گمرک، با تحقق سایر شرایط، کالا قاچاق می‌شود؛ یعنی به محض اظهار، بحث قاچاق قابل تحقق است.

۱-۱-۲. منشأ ارز

در «قانون اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز»، یک تبصره به ماده ۷ «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز» اضافه شده است. طبق این تبصره، جز در مواردی که به تشخیص شورای امنیت کشور یا شورای عالی امنیت ملی، ضرورت یا مصالح کشور اقتضاء نماید، کلیه واردکنندگان کالا موظف هستند که «منشأ ارز» کالای وارداتی خود را پس از ثبت سفارش و قبل از ترخیص، در سامانه جامع تجارت اظهار کنند. با توجه به اینکه این قانون، نسبت به سایر قوانین و مصوبات مربوطه مؤخر است، به‌عنوان قانون حاکم خواهد بود. به این ترتیب ترخیص کالا بدون (کد رهگیری بانک) در دو مورد بلامانع اعلام شده است: مصوبات شورای امنیت یا شورای عالی امنیت ملی و حکم ماده ۴۲ «قانون امور گمرکی» (صدور حکم). ترخیص درصدی صرفاً زمانی اتفاق خواهد افتاد که کد ساتا اخذ شود. این در حالی است که اگر این کد اخذ شود، صاحب کالا می‌تواند تمام کالای خود را ترخیص کند. به این ترتیب تنها بایستی وزیر اقتصاد به رئیس کل گمرک ایران اعلام کند که کالا بدون کد رهگیری ترخیص شود (جمالی، ۱۳۹۶، ۴۴).

۱-۱-۳. جریمه نقدی و ابطال کارت بازرگانی

طبق «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز»، برای صادرکنندگانی که رفع تعهد ارزی انجام نداده باشند، جرائمی از جمله جریمه نقدی، محرومیت یک تا ۱۰ ساله از فعالیت بازرگانی، ابطال کارت بازرگانی و حبس تعزیری بنا به مورد در نظر گرفته شده است. بر اساس «قانون اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز»، کلیه صادرکنندگان کالا به خارج از کشور موظف هستند که ارز مندرج در پروانه گمرکی یا معادل ارزی آن به سایر ارزها را به بانک مرکزی بفرشند یا با تأیید بانک مرکزی نسبت به فروش آن به سایر اشخاص اقدام یا جهت تأمین ارز واردات کالای خود یا بازپرداخت بدهی تسهیلات ارزی استفاده نمایند. «قانون اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز» در ماده ۲۷ تصریح کرده است: "هر شخص که اقدام به «واردات» یا «صادرات» دارو، مکمل‌ها، ملزومات و تجهیزات پزشکی و قطعات آنها، مواد و فرآورده‌های خوراکی، آشامیدنی، آرایشی و بهداشتی و یا مواد اولیه کلیه اقلام مذکور بدون انجام تشریفات قانونی نماید، به مجازات «کالاهای قاچاق» به شرح زیر، محکوم می‌شود:

الف) اگر کالای مکشوفه، اقلام دارویی، فرآورده‌های زیستی، مکمل‌ها، ملزومات و تجهیزات پزشکی و قطعات آنها و یا مواد اولیه این اقلام باشد، عمل مرتکب مشمول مجازات «قاچاق» کالاهای «ممنوع» موضوع ماده (۲۲) قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز می‌باشد که مجازات‌های سنگینی است؛

ب) اگر کالای مکشوفه شامل مواد و فرآورده‌های خوراکی، آشامیدنی، آرایشی و بهداشتی و یا مواد اولیه اقلام مذکور باشد، از وزارت بهداشت استعلام می‌شود که این اقلام، مصرف انسانی دارد یا خیر؟ اگر وزارت بهداشت برای کالا مجوز برای مصرف انسانی بدهد، مرتکب، مشمول پرداخت جریمه نقدی معادل ۱ تا ۳ برابر ارزش کالا به عنوان کالای مجاز مشروط می‌گردد و رعایت سایر مقررات مثل اخذ ثبت سفارش برای واردات الزامی است؛ اگر وزارت بهداشت مجوز بهداشت برای مصرف انسانی کالای کشف شده را صادر نکند، کالای مکشوفه، کالای تقلبی، فاسد، تاریخ مصرف گذشته و یا مضر به سلامت مردم شناخته شده و مشمول مجازات قاچاق کالاهای ممنوع می‌باشد.

به عبارت ساده‌تر، اگر شخص حقیقی یا حقوقی بدون ثبت سفارش، اقلام بهداشتی پزشکی و خوراکی را وارد کند و کالا در اماکن مراجع تحویل‌گیرنده مثل انبارهای شرکت انبارهای عمومی فرودگاه حضرت امام خمینی تخلیه شود، در صورتیکه اعلام گردد این کالا فاقد مجوز بهداشت است، می‌تواند موضوع پرونده قاچاق شود (سامانی، ۱۳۹۰، ۳۳).

۱-۲. نوآوری‌ها و کارکردهای قانون مبارزه با قاچاق کالا در حوزه رمز ارزها

در ماده نخست این قانون آمده است، هر فعل یا ترک فعلی که موجب نقض تشریفات قانونی مربوط به ورود و خروج کالا و ارز گردد و بر اساس آن قانون و یا سایر قوانین قاچاق محسوب و برای آن مجازات تعیین شده باشد، در مبادی ورودی یا هر نقطه از کشور حتی محل عرضه آن در بازار داخلی کشف شود قاچاق محسوب می‌شود.

در اینجا رویکرد قانون به رمز ارز اهمیت پیدا می‌کند؛ چراکه اگر رمز ارز را کالا بدانیم، ممکن است مشمول این قانون گردد؛ اما اگر صرفاً آن را وسیله پرداخت و نوعی خدمت مالی مجازی بدانیم، آن وقت با توسل به اصول عدم تفسیر موسع قوانین کیفری و نیز تفسیر به نفع متهم، رمز ارز چون ارزی واقعی نیست نمی‌تواند مشمول این قانون گردد؛ چرا که در همان ماده، ارز چنین تعریف شده است: "پول رایج کشورهای خارجی اعم از اسکناس، مسکوکات، حوالجات ارزی و سایر اسناد مکتوب یا الکترونیکی است که در این مبادلات مالی کاربرد دارد."

حال باید دانست نسبت به کالای قاچاق نیز به موجب قانون تعیین شده است و «قانون امور گمرکی» در مقام بیان ذکری از رمز ارزها نداشته است؛ لذا چون اساساً رمز ارز کالا به معنای سنتی آن نیست تا از طریق مبادی گمرکی وارد و خارج شود، باید به این تفسیر قائل باشیم که در «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز» فعلاً رمز ارزها موضوعیت نداشته و تحت شمول آن قانون نیست؛ اما مصوبه شورای عالی مبارزه با پولشویی تا امروز مهمترین موضع‌گیری رسمی دولت ایران در قبال رمز ارز است که به موجب آن موضوع ممنوعیت استفاده از رمز ارزها را به بانک‌ها ابلاغ نموده است و از کلیه بانک‌ها و مؤسسات

مالی و اعتباری و صرافی‌ها خواسته تا از انجام هرگونه داد و ستد ارز دیجیتال و یا انجام هرگونه اقدامی که به تسهیل و یا ترویج آن منجر شود، احتراز نمایند.

در اینجا دو موضوع مهم است؛ یکی اینکه این مصوبه اساساً در مقام تحدید حقوق شهروندان نبوده و مخاطب آن مؤسسات مالی اعتباری و بانک‌ها هستند و دوم آنکه شروع به موجب ماده ۴ «قانون مبارزه با پولشویی» صلاحیت جرم‌انگاری نداشته و صرفاً می‌تواند در قالب پیشنهاد آیین نامه برای هیأت وزیران اقدام نماید؛ لذا عنصر قانونی جرم نشأت گرفته از قانون است و هیچ آیین نامه‌ای نمی‌تواند مبادرت به جرم‌انگاری عملی مباح نماید.

۱-۲-۱. تفکیک مبارزه با تخلفات در حوزه ارزهای دیجیتال از قانون قاچاق کالا و ارز

در متن قبلی «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز» که در کمیسیون تصویب شد، شورای محترم نگهبان نسبت به موضوع رمز ارزها در این قانون ایراد گرفت. از این رو می‌بایست موضوعات مربوط به حوزه رمز ارزها به صورت جداگانه مورد بررسی قرار گیرد؛ چراکه ممکن است گنجانیدن این موضوعات در قانون قاچاق کالا و ارز در تعاریف و محتوا و نحوه رسیدگی‌ها ایجاد اشکال کند (قطبی، ۱۴۰۲، ۱۵۹). با توجه به ایراد اولیه شورای نگهبان و همچنین بررسی‌هایی که در کمیسیون انجام شد، مقرر شد که این موضوع از قانون قاچاق کالا و ارز جدا شود. در این طرح تکالیفی بر عهده مجموعه مبارزه با پولشویی وزارت اقتصاد و بانک مرکزی در ارتباط با صرافی‌هایی که در حوزه رمز ارزها فعالیت می‌کنند، گذاشته خواهد شد که در این راستا باید اذعان داشت، در این طرح تکالیفی برای وزارت نیرو درباره تامین برق رمز ارزها و تکالیفی برای وزارت صمت درباره صدور مجوز فعالیت در حوزه رمز ارزها مدنظر قرار گرفته است. با توجه به دلایل فوق، موضوع مبارزه با تخلفات در حوزه رمز ارزها از قانون قاچاق کالا و ارز جدا شده است که در یک قانون جامع همه احکام مورد نظر می‌بایست آورده شود و مصادیق تخلفات و پولشویی و مصادیق مرتبط با عدم نظارت دولت بر خروجی منابع ارزی را رد قانون جداگانه داشته باشیم.

۲. بررسی آثار اصلاحات قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز

۱-۲-۱. افزایش ضمانت اجرا

«قانون مبارزه با قاچاق مصوب ۱۳۹۲» ضمانت اجرایی لازم و مکفی نداشت. به همین دلیل در اصلاحات جدید از جنبه‌های مختلف ضمانت اجرایی این قانون تقویت شد. در این قانون برای ترک فعل مسئولین هم مجازات در نظر گرفته شده است. از طرف دیگر خود موارد قاچاق هم مبهم بود و فعل قاچاق گهگاه با عنوان کم‌اظهاری یا اظهار خلاف واقع مطرح می‌شد که در اصلاح قانون اختلاف‌های زیاد وزنی کالا

یا اظهار خلاف واقع، قاچاق محسوب شده است. گمرک از تخلف دانستن این مسائل، درآمد داشت؛ اما در قانون جدید، میزان خلاف اظهار واقع شفاف شده و بیش از آن، به عنوان قاچاق شناخته می‌شود. بر اساس این قانون، برای مسئولین الزام ایجاد شد که در جلسات ستاد مبارزه با قاچاق شرکت کنند. در شرایط قبلی، رئیس جمهور در این جلسات شرکت نمی‌کرد یا اعضا دلبخواهی شرکت می‌کردند که این وضعیت نمی‌توانست در شرایط جدید ادامه داشته باشد؛ همچنین در گذشته توزیع کالای قاچاق در فضای مجازی، جرم‌انگاری نشده بود که از این به بعد، همان قوانین ممنوعیت توزیع قاچاق در فضای حقیقی در فضای مجازی نیز اجرا می‌شود.

من حیث المجموع در خصوص سیاست‌های کیفری نوین در عرصه‌ی ضمانت اجرای قاچاق کالا و ارز باید بیان داشت که یکی از اهداف دادرسی کیفری، اجرای به موقع احکام قطعیت‌یافته است و تا زمانی که حکم به موقع اجرا نشود، هیچ‌یک از اهداف اعمال مجازات تأمین نخواهد شد؛ لذا در پیش گرفتن قواعد افتراقی در زمینه‌ی ضمانت اجرا در این حوزه می‌تواند بسیار کارآمد محسوب شود. یکی از این قواعد، امکان وصول جزای نقدی از وثیقه‌تودיעی شخص ثالث می‌باشد، با این توضیح که در پرونده‌های قاچاق کالا و ارز، با توجه به ماده ۵۱ «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز» و مواد ۲۲۱ و ۲۲۴ «قانون آیین دادرسی کیفری» وثیقه‌گذار می‌تواند شخصی غیر از متهم باشد. با توجه به تبصره ۳ الحاقی به ماده ۶۰ «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز» که در سال ۱۴۰۰ پیش‌بینی شده است، امکان وصول جزای نقدی یا جریمه از محل وثیقه‌سپرده‌شده توسط شخص ثالث باید به وی تفهیم شده و در پرونده درج گردد.

مورد بعدی افزایش سقف حبس بدل از جزای نقدی می‌باشد، بدین شرح که با تصویب «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز»، قانونگذار در موضعی سخت‌گیرانه، میزان سقف حبس بدل از جزای نقدی را به‌نحو قابل توجهی افزایش داد و بر اساس ماده ۶۰ قانون، پانزده سال به‌عنوان حداکثر حبس بدل از جزای نقدی در نظر گرفته شد. برخی درخصوص حداکثر حبس بدل از جزای نقدی بر این عقیده هستند که در اعمال آن، حداکثر مجازات حبس مقرر برای همان جرم در متن قانون، ملاک عمل خواهد بود و در صورتیکه وفق مقررات قانونی، حداکثر حبس پیش‌بینی شده برای جرم قاچاق کالا کمتر از پانزده سال باشد، همان حداکثر قانونی هرچند کمتر از پانزده سال مبنای اقدام است و در صورتیکه حداکثر حبس قانونی مقرر برای عمل انتسابی بیش از پانزده سال بوده باشد، وفق سقف زمانی پیش‌بینی شده در ماده ۶۰ «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز»، حبس بدل از جزای نقدی از حداکثر پانزده سال بیشتر نخواهد شد (آقازاده، ۱۳۹۵، ۲۸۶).

بنابر نظر مذکور، در حبس بدل از جزای نقدی، به‌هیچ‌وجه امکان تحمل پانزده سال برای محکومان به قاچاق کالا و ارز وجود ندارد؛ زیرا با دقت در مواد «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز»، مشخص

می‌شود که حداکثر حبس پیش‌بینی شده در قانون پنج سال است؛ بنابراین قانونگذار بدون توجه به این موضوع، سقف زمانی پانزده سال را پیش‌بینی کرده است. بدیهی است این استدلال صحیح نبوده و نمی‌توان آن را مبنای عمل قرار داد. در توضیح باید افزود مبنای تبدیل جزای نقدی به حبس در حال حاضر، هر دو بیست و پنجاه هزار تومان یک روز است و مقصود قانونگذار از پیش‌بینی سقف زمانی ۱۵ سال ناظر به مواردی است که حبس تبدیلی بیشتر از ۱۵ سال است که در این حالت محکوم‌علیه صرفاً باید ۱۵ سال حبس را تحمل نماید و مازاد بر این میزان مشمول حکم تبصره ۲ ماده ۶۰ قرار می‌گیرد. نکته دیگر در رابطه با حبس بدل از جزای نقدی حکم مندرج در تبصره ۲ ماده ۶۰ قانون است که بر اساس این تبصره، جزای نقدی مازاد بر حبس تبدیلی، در صورت شناسایی اموالی از محکوم‌علیه حتی پس از اتمام حبس وصول می‌گردد.

۲-۲. کاهش دپو و فساد کالاهای قاچاق مکشوفه

در شرایط قبلی کالایی که کشف می‌شد تحویل سازمان اموال تملیکی می‌شد؛ اما بر اساس اصلاحات قانون مبارزه با قاچاق مشخص شده که کالاهای قاچاق پس از کشف تحویل کدام دستگاه‌ها بشود. به طور مثال مقرر شده کالای فرهنگی تحویل وزارت ارشاد شود یا کالای تاریخ مصرف گذشته و مشکوک به فساد باید امحا بشود و لزومی به نگهداری آن نیست؛ مگر در مواردی که پرونده تشکیل شده به نحوی باشد که به تشخیص قاضی نیاز به حفظ کالا تا انتهای پرونده باقی باشد.

۲-۳. بهره برداری از کارت بازرگانی غیر

شرایط سختی که در ماده ۳۳ مکرر ۲ این قانون برای بهره‌برداری از کارت بازرگانی دیگران ایجاد شده، مخل تجارت نمی‌باشد؛ اما در ادامه باید اضافه کرد که در قانون جدید افراد می‌توانند با هم در بحث کارت بازرگانی همکاری کنند و برای تجارت مشکلی پیش نمی‌آید. سالهاست در کشور این معضل وجود دارد که عده‌ای سودجو به اسم ضعف، کارت اجاره‌ای تهیه می‌کردند و وقتی حاکمیت می‌خواست با قاچاقچی وارداتی یا افرادی که ارزشان را برنگردانند، برخورد کند، دستش به جایی نمی‌رسید و با افراد ناتوان مواجه می‌شد؛ به همین دلیل بحث کارت‌های بازرگانی هم شفاف شد که از این به بعد کسی نمی‌تواند بصورت اجاره‌ای با کارت بازرگانی تجارت کند؛ اما افراد می‌توانند کارگزار شرکت دارای کارت بشوند و برای آنها کار کنند.

۲-۴. تخلف ارائه خدمات به کالای قاچاق در خدمات سیستمی

تا کنون سرویس دادن به کالای قاچاق جرم تلقی نمی‌شد و به راحتی یک کالای قاچاق که از خارج می‌آمد هم بیمه بود، هم گارانتی دریافت می‌کرد و از سرویس‌های حمل و نقل و مالی استفاده می‌کرد؛ اما این خدمات در قانون جدید جرم‌انگاری شده که ریسک سرویس دهنده هم بالا برود و به کالای قاچاق خدمتی ارائه نشود. ارائه دهنده سرویس حمل و نقل یا انبارش، ممکن بود در جریان قاچاق بودن

محموله نباشد؛ اما با سیستمی شدن تمام امور تجارت کالایی، مکان کالا مشخص می‌شود و قابلیت استعلام برای سرویس‌دهندگان پیدا می‌کند؛ مثلاً در سرویس حمل و نقل و انبارش و بیمه و گارانتی چون سیستمی و شفاف نبوده است، امکان سرویس‌دهی به کالای قاچاق بوده که با اصلاح قانون و عملیاتی شدن تمامی سامانه‌ها، ارائه خدمات به کالای قاچاق به وضوح عامدانه است و سرویس‌دهنده نمی‌تواند تخلف خود را انکار کند.

۳. بررسی انتقادات وارده بر قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز بر تجارت رسمی و بازار ارز

۳-۱. انتقادات در حوزه ی تجارت رسمی

۳-۱-۱. ابهام در محدوده تعریف قاچاق

بر اساس تعریفی که «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز» در ماده ۱ ارائه داده، محدوده مفهوم قاچاق منحصر در «نقض تشریفات مربوط به ورود و خروج کالا» است، حال آنکه در برخی مواد این قانون، مصادیقی همچون خرید و فروش غیررسمی ارز و انتقال چوب درختان به نقاط دیگر کشور به عنوان قاچاق ذکر شده که ناقض تعریف ماده ۱ است؛ همچنین مجریان قانون، اقداماتی همچون «فروش کالای داخلی بدون شناسه رهگیری» و «انتقال کالاهای اساسی خارج از شبکه رسمی» را نیز قاچاق محسوب می‌کنند که بیانگر عدم تفاهم در تعریف مفهوم قاچاق و نیازمند تعیین تکلیف اصطلاح در متن قانون است (مقدادی، ۱۴۰۱، ۱۰۴).

۳-۱-۲. ابهام در جرم‌انگاری قاچاق

طبق ماده ۱۸ قانون، برای تمامی مصادیق قاچاق، مجازات در نظر گرفته شده است و به همین دلیل، بر اساس «قانون مجازات اسلامی» تمامی مصادیق قاچاق به لحاظ حقوقی جرم محسوب می‌شود. با وجود این، ماده ۴۴ بین دو گروه از انواع قاچاق تمایز قائل شده و برخی از مصادیق قاچاق را به عنوان تخلف و مرجع رسیدگی به آنها را سازمان تعزیرات در نظر گرفته است. این در حالی است که طبق قانون امور گمرکی، رسیدگی به آنچه «تخلف گمرکی» محسوب می‌شود، بر عهده گمرک جمهوری اسلامی است. ابهام مذکور همچنین در تضاد با معاهدات بین‌المللی پذیرفته شده کشور است که برای قانون شکنی گمرکی و نحوه مبارزه با آن درجات مختلفی در نظر می‌گیرند.

اگر بخواهیم بطور مشخصا به ابهامات و ایرادات لایحه طبق نظرات شورای محترم نگهبان اشاره نماییم باید اذعان داریم که یکی از ابهامات شورای نگهبان در ماده ۱۷، موضوع الحاق ماده ۲ مکرر به قانون بود. در تبصره ۵ این ماده روشن نبود که شرط علم و عمد و قوه قاهره در تخلف از سایر ضوابط ارزی که شورای پول و اعتبار در حدود وظایف قانونی تعیین کرده و فاقد وصف مجرمانه است، لحاظ شده یا نشده است که مقرر گردید پس از رفع ابهام از سوی مجلس محترم اظهار نظر شود.

همچنین در تبصره ۹ آن، مجرم دانستن اشخاص طبق «ضوابط تعیینی شورای پول و اعتبار»، مغایر اصول ۳۶ و ۸۵ «قانون اساسی» شناخته شد؛ چراکه بر اساس اصل ۳۶ «قانون اساسی»، حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد؛ لذا از آنجا که تعیین جرم و مجازات اساساً در صلاحیت نمایندگان مردم در مجلس است و بر اساس اصل ۸۵ «قانون اساسی» نیز سمت نمایندگی، قائم به شخص بوده؛ در نتیجه این صلاحیت قابل واگذاری به نهاد دیگری نظیر شورای پول و اعتبار نیست.

در تبصره ۲ ماده ۴۷، موضوع اصلاح ماده ۵۶ قانون، نیز با توجه به اینکه برای اثبات مالکیت افراد غیر مجرم نسبت به کالای قاچاق، مواعد زمانی خاص مشخص شده است، از این جهت که در صورتی که احیاناً پس از صدور رأی بدوی و گذشت موعد مذکور مالکیت اثبات شود، تکلیف مشخص نشده است، موضوع دارای ابهام تشخیص داده شد.

ابهام در میزان جزای نقدی اشخاص مرتبط در قاچاق سازمان‌یافته مورد دیگری است که خالی از لطف نیست، بدان اشاره نماییم با این توضیح که ماهیت رفتارهای ارتكابی توسط اعضای گروه سازمان‌یافته، ممکن است به صورت مشارکت و یا معاونت در ارتكاب بزه قاچاق کالا و ارز باشد. نکته مهمی که در خصوص مجازات مرتکبین قاچاق سازمان‌یافته وجود دارد، آن است که با توجه به ظاهر مواد ۲۸ و ۲۹ قانون، در صورت تشکیل گروه مجرمانه، صرف نظر از نقش هر یک از مرتکبین (مشارکت و یا معاونت) هر یک بر اساس مجازات‌های مقرر در این مواد محکوم می‌شوند و لیکن نکته مبهمی که وجود دارد، در خصوص میزان جزای نقدی هر یک از اعضای گروه سازمان‌یافته می‌باشد. به موجب مواد ۲۸ و ۲۹ قانون، مرتکب قاچاق سازمان‌یافته، حسب مورد به جزای نقدی مقرر در مواد ۱۸ و ۲۲ نیز محکوم می‌شود و ظاهر این مواد بر این است که هر یک از مرتکبین صرف نظر از نقش آن‌ها در قاچاق سازمان‌یافته به جزای نقدی مقرر محکوم می‌شود. نتیجه این برداشت، آن است که در عمل هر یک از مرتکبین بر اساس ارزش کل کالا و ارز موضوع قاچاق محکوم شوند که با توجه به امکان تبدیل جزای نقدی به حبس حداکثر تا ۱۵ سال می‌تواند زمینه اعمال مجازات‌های نامتناسب را فراهم نماید.

به موجب ماده ۶۶ قانون در بحث جزای نقدی مقرر برای مشارکت در بزه قاچاق، مرجع رسیدگی‌کننده سهم هر یک را شرکا را از کل جزای نقدی تعیین و به پرداخت آن محکوم می‌نماید. هر چند مقرر اخیر نیز دارای ابهامات بسیاری است؛ اما اجمالاً نظر به تسهیم جزای نقدی نسبی مقرر بین شرکا دارد. شاید بتوان این سیاست را در خصوص قاچاق سازمان‌یافته نیز اتخاذ نمود و آن دسته از اعضای گروه سازمان‌یافته که نقش‌شان در قالب شرکت باشد را بر اساس ماده ۶۶ به جزای نقدی محکوم نمود که البته در این حالت دیگر امکان اعمال جزای نقدی در خصوص اعضای که نقش معاونت را ایفا نموده‌اند.

۳-۱-۳. توسعه مصادیق قاچاق گمرکی

موارد پر تکراری از تخلفات گمرکی بر اساس این قانون به عنوان قاچاق شناخته شده است. این توسعه مصادیق باعث «کاهش نقش گمرک در مدیریت اجرای قوانین تجارت و در نتیجه تضعیف حکمرانی گمرکی»، «افزایش روزافزون پرونده‌های تعزیرات و اطاله دادرسی بیشتر» و «تشدید چالش‌های انبارداری در سازمان اموال تملیکی» خواهد شد. ضمن آنکه با دشوارسازی تجارت رسمی، انگیزه بازرگانان برای اقدام به قاچاق را افزایش می‌دهد. به عنوان نمونه، به دلیل تأخیر در صدور کد منشا ارز توسط بانک مرکزی، دپو کالا در بنادر طی سالهای ۱۳۹۷ تا ۱۳۹۹ با افزایش مواجه شد. به همین دلیل گمرک جمهوری اسلامی ایران با استفاده از رویه ترخیص درصدی کالاهای ضروری، این دپو کالا در بنادر را کاهش داد. با اینحال بر اساس قانون اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، استفاده از مصوبه ترخیص درصدی عملاً ناممکن می‌شود.

عدم تفکیک بین استفاده سالم و ناسالم از کارت بازرگانی غیر، هرگونه بهره‌برداری از منافع کارت بازرگانی دیگری، طبق این قانون ممنوع و مشمول مجازات اعلام شده است. جدای از ایرادات شکلی و حقوقی این ماده قانونی، قانونگذار تمایزی بین استفاده سالم از کارت بازرگانی غیر به منظور انجام عملیات قانونی «حق‌العمل‌کاری» با سوء استفاده از این کارت به منظور فرار مالیاتی قائل نشده است.

۳-۱-۴. توسعه جایگاه ستاد مبارزه با قاچاق

«ستاد مبارزه با قاچاق کالا و ارز» طبق قانون مصوب ۱۳۹۲، به صورت یک شورای دربرگیرنده نهادهای دخیل در مبارزه با قاچاق و به منظور هماهنگی اقدامات اجرایی برای کاهش آمار قاچاق شکل گرفت. پس از گذشت نزدیک به یک دهه از تصویب قانون مذکور و با وجود آنکه ستاد مبارزه با قاچاق در کاهش آمار قاچاق ناموفق بوده است، حال طی قانون جدید رکن «دبیرخانه» نیز به صورت رسمی به این نهاد افزوده شده است. به عبارت دیگر ستاد مبارزه با قاچاق به جای آنکه ابزارهای نهادهای اصلی مبارزه با قاچاق شامل گمرک، نیروی انتظامی و نهادهای اطلاعاتی را تقویت کند و بین آنها ایجاد هماهنگی نماید، خود تبدیل به یک نهاد موازی شده است.

۳-۱-۵. تضعیف حکمرانی گمرکی و جایگاه گمرک در پیگیری امور مربوط به قاچاق

گمرک پیش از تصویب «قانون مبارزه با قاچاق» در سال ۱۳۹۲ بازیگر اصلی تشکیل پرونده و نگهداری کالای قاچاق بود. به دلیل ضعف جدی گمرک در ساختار و عملکرد، قانون مصوب ۱۳۹۲ بسیاری از مسئولیت‌های گمرک را سلب و به سایر نهادها واگذار کرد. این در حالی است که مرزبانی اقتصادی کشور و اجرای قوانین مبارزه با قاچاق بر اساس قانون امور گمرکی از وظایف ذاتی این نهاد محسوب می‌شود. قانون جدید، جایگاه گمرک را بیش از پیش تضعیف کرده، در حالیکه تجربه دهه گذشته نشان داده است که تقسیم وظایف گمرک بین نهادهای مختلف راه حل موفقی برای مبارزه با قاچاق نبوده است

و در حال حاضر مبارزه با قاچاق، از نبود یک دستگاه متولی تخصصی در حوزه اجرا رنج می‌برد (عابدیان، ۱۳۹۶، ۶۵).

یکی دیگر از نکات قابل تأمل در این بخش از قانون، عدم توجه به تأمین ضمانت اجرایی آن، به خصوص با حذف ماده مربوط به تدوین آیین نامه اجرایی قانون است. با وجود این، توجه به ظرایف عملیاتی فعالیت‌های تجاری در اجرای این قانون از طریق تصویب یک آیین‌نامه اجرایی مناسب برای جلوگیری از دشواری‌های فرایند ترخیص گمرکی، ضروری به نظر می‌رسد.

۳-۲. انتقادات در حوزه بازار ارز

مدیریت این بازار و برخورد با التهابات و نابسامانی‌ها در این بازار از جمله قاچاق ارز، یکی از مهمترین چالش‌های اقتصادی دولت‌هاست و در همین راستا، قوانینی جهت تعیین مصادیق قاچاق ارز و مجازات آن تدوین و تصویب می‌شود. اولین تجربه قانونگذاری در این زمینه در خلال «قانون مبارزه با قاچاق سال ۱۳۹۲» و بیان مصادیق محدودی از قاچاق ارز شکل گرفت که در خلال اصلاح این قانون در سال ۱۳۹۴ با طرح نمایندگان مجلس با تغییرات جزئی روبرو شد. در سال ۱۳۹۶ با توجه به آغاز التهاب در بازار ارز و وقوع شوک ارزی، بندهایی پیرامون قاچاق ارز و مجازات آن توسط کمیسیون اقتصادی مجلس و با همکاری ستاد مبارزه با قاچاق کالا و ارز، به لایحه اصلاحات این قانون افزوده شد (پارسا، ۱۳۹۷، ۲۲).

قانون جدید از منظر قاچاق ارز، تفاوت‌های بسیاری با قانون پیشین دارد. در قانون جدید، دایره مصادیق قاچاق ارز گسترده شده است. به این ترتیب انواع معاملات مخرب و مخل بازار ارز از جمله معاملات فردایی، «هرگونه معامله از طریق غیر از مراکز مجاز»، «عدم صدور صورت حساب خرید یا صدور صورت حساب مخدوش توسط مراکز مجاز» و «عدم ثبت معاملات ارزی و انجام کارگزاری ارزی در داخل کشور برای اشخاص خارج از کشور که با مشاهده و رصد پرونده‌های مربوط به نابسامانی بازار ارز در سال‌های اخیر شناسایی شده است»، به مصادیق قاچاق ارز افزوده شد. علاوه بر این، «عدم بازگشت ارز صادراتی» نیز تخلف ارزی شناخته و وظایفی در زمینه ایجاد دسترسی برخط صرافی‌ها و مؤسسات مالی مجاز به سامانه ارزی و انتشار لیست صرافی‌های مجاز بر عهده بانک مرکزی گذاشته شد.

به طور کلی هدف از تصویب این قانون، جلوگیری از هدر رفت منابع ارزی کشور و انحراف آن از چرخه تبادلات رسمی و قانونی کشور است. این کار از طریق شفافیت و رصد معاملات، ایجاد ابزارهای قانونی برای قاچاق انگاری معاملات مخرب بازار ارز و توسعه معاملات قانونی در بازار رسمی محقق می‌شود. این تغییرات اگرچه در شرایط کمبود منابع ارزی در سال ۱۳۹۷-۱۳۹۶ پیشنهاد شد؛ اما مختص آن شرایط نیست؛ بلکه به منظور مدیریت منابع و مصارف ارزی ضرورت دارد (محسنی والا، ۱۳۹۸، ۲).

ایجاد ابزارها و ظرفیت‌های خاص کیفری و قانونی برای قاچاق انگاری فعالیت‌های مخرب، ایجاد بستر قانونی جهت شفافیت، قاچاق انگاری بخش وسیعی از معاملات ارزی در بازار غیررسمی از جمله نقاط قوت بخش ارزی این قانون است؛ با اینحال، قانون جدید در کنار مزیت‌های خود، معایب و نقاط ابهامی نیز دارد که می‌تواند بازار ارز را دچار چالش کند. این موارد به‌طور خلاصه به شرح زیر است:

۳-۲-۱. ابهام در تعیین مصداق تخلف ارز

عبارت «تأمین ارز واردات کالای خود» در تبصره ۷ ماده ۲ مکرر این قانون دارای ابهام و تفسیرپذیر است و تطبیق آن بر مصداق واقعی تخلف را با چالش مواجه می‌کند.

۳-۲-۲. عدم شمولیت نسبت به برخی از تبادلات ارزی مخل در بازار ارز

قانونگذار در این قانون تلاش کرده تا اشکال مختلف معاملات ارزی را مشخص کند؛ اما مواردی که در قانون ذکر شده، شامل همه عناوین معاملات و فعالیت‌های مخرب در بازار ارز نمی‌شود؛ از جمله معاملاتی که در آن‌ها ارز وسیله مبادله و جایگزین پول ملی است.

۳-۲-۳. عدم شمولیت نسبت به قاچاق انگاری معاملات طلا و منسوجات آن

در این قانون، نگهداری ارز بیش از اندازه مجاز قانونی قاچاق انگاری شده؛ اما قانون مشابهی برای بازار طلا و منسوجات آن تصویب نشده است. این مسئله از یکسو موجب انتقال نقدینگی از ارز به طلا و از سوی دیگر به علت فروش این ارزها به معامله گران بازار غیررسمی، موجب افزایش حجم بازار غیررسمی شده که با روح این قانون در تعارض است.

۳-۲-۴. کافی نبودن مصوبات شورای پول و اعتبار برای قاچاق انگاری فعالیت‌های ارزی

در این قانون، تشخیص مصادیق ورود و خروج ارز به مصوبات شورای پول و اعتبار موقوف شده است، در حالیکه این شورا مرجع سیاست گذاری پولی و ارزی کشور است. «قاچاق انگاری معاملات مخرب» و «جرم انگاری» مقوله‌ای فراتر از سیاست گذاری است و ماهیت جزایی و کیفری دارد و منوط شدن تشخیص مصداق قاچاق به مصوبات این شورا صحیح نیست (ملایی کندلوس، ۱۴۰۰، ۳۹۰).

۳-۲-۵. دائمی نبودن مجازات وضع شده برای تخلف از مقررات ارز صادراتی

در این قانون الزام به بازگشت ارز صادراتی و وضع مجازات برای تخلف از آن محدود به زمان خاصی شده است، در حالیکه مدیریت ارزهای صادراتی کشور با هدف شفافیت در جریان منابع ارزی و سیاست گذاری دقیق بر فرایند تحصیل و تخصیص ارز در کشور، یک ضرورت همیشگی ولو در شرایط وفور منابع ارزی است. عدم توجه به رصد جریان ریالی در معاملات ارزی، مسأله رصد جریان ریالی معاملات که یکی از روش‌های شفافیت و رصد معاملات در کشور است که در این قانون مغفول واقع شده است.

۳-۲-۶. عدم الزام صرافی‌ها به صدور صورت حساب خرید ارز از اشخاص حقیقی و حقوقی

در این قانون عدم ارائه صورت حساب معتبر توسط صرافانی به مشتری صرفاً در هنگام «خرید ارز توسط مشتری» قاچاق‌انگاری شده و «فروش ارز توسط اشخاص حقیقی یا حقوقی به صرافانی» مشمول این قانون قرار نگرفته است.

۷-۲-۳. عدم توجه به مقررات قاچاق ارز در مناطق آزاد و ویژه اقتصادی

از آنجاکه مناطق آزاد و ویژه اقتصادی دارای مقررات خاص و متفاوت نسبت به سرزمین اصلی هستند، لازم است برای قاچاق‌انگاری فعالیت‌های مخرب ارزی در این مناطق قواعد خاصی تدوین شود که در این قانون مغفول واقع شده است.

۸-۲-۳. تفاوت قائل نشدن میان شدت جرم‌انگاری عوامل مؤثر در معاملات مخرب ارزی

میان شدت عمل و میزان تأثیر عوامل حرفه‌ای و غیرحرفه‌ای در بازار ارز و حجم ارز مورد معامله در فعالیت‌های مخرب، تفاوت وجود دارد. بنابراین شدت جرم‌انگاری و مجازات برای عوامل حرفه‌ای و اثرگذار باید بیشتر از سایر عوامل باشد که این مسأله در این قانون مغفول واقع شده است.

۹-۲-۳. عدم تعیین ضوابط برخورد با صرافانی‌های غیرمجاز و مجازات آن

یکی از مهمترین بسترهای انجام فعالیت‌های مخرب ارزی، صرافانی‌های غیرمجاز است که تأمین بسیاری از تقاضاهای ناسالم در بازار ارز از جمله تقاضای ارز برای قاچاق کالا، سفته‌بازی، خروج سرمایه و ... از این طریق انجام می‌شود. به دلیل سازمان‌یافتگی و تأثیر صرافانی‌های غیرمجاز در بازار غیررسمی ارز، شناسایی و برخورد با این نهادها نیاز به سازوکار قانونی و مجازات مخصوص برای بازدارندگی بالاتر نسبت به سایر فعالیت‌ها دارد؛ اما در این قانون چنین سازوکار و مجازاتی در نظر گرفته نشده و مجازات تعیین شده در سایر قوانین نیز برای مقابله با این نهادها کافی نیست.

۴. ضرورت هوشمندسازی و تغییر ابزارها و شیوه‌های مبارزه با قاچاق کالا و ارز

۱-۴. خروج سرمایه و ارز آسیب جدی قاچاق کالا به اشتغال کشور

مهمترین پیامد این موضوع، خروج سرمایه و ارز از کشور و آسیب‌زدن به موضوع تولید و اشتغال است. گاهی اوقات واردات به صورت قانونی یا قاچاق در زمینه فناوری، کالای اولیه یا واسطه‌ای صورت می‌گیرد که این کالاها طبیعتاً برای اقتصاد ایران آورده به همراه دارد. در واقع مواد اولیه می‌تواند منجر به افزایش تولید و ورود فناوری نیز موجب افزایش بهره‌وری و بازدهی اقتصاد می‌شود حتی اگر این کالاها قاچاق باشد؛ اما از طرفی دیگر صرفاً فقط کالای نهایی یا مصرفی وارد کشور می‌شود درحالی‌که توان و ظرفیت تولید همان کالاها در داخل کشور وجود دارد، این موجب ضربه به اقتصاد کشور خواهد شد، چه این کالاها قانونی وارد شده باشد و چه به صورت قاچاق، در هر دو صورت هم سرمایه و ارز از کشور خارج می‌شود و هم به تولید و اشتغال آسیب وارد می‌شود.

۲-۴. سهم قابل توجه قاچاق در کالاهای مصرفی

وقتی آمار اکتشافات کالاهای قاچاق را بررسی می‌کنیم، متوجه می‌شویم که سهم قابل توجهی از قاچاق مربوط به کالاهای مصرفی و نهایی است، به طور مثال امکان تولید پوشاک، قطعات، لوازم آرایشی و منسوجات در داخل وجود دارد؛ اما حجم زیادی از آنها به صورت قاچاق وارد کشور می‌شوند. لزوم تغییر و تحول در روش کار، مأموریت‌ها و نگاه‌هایی که به ستاد مبارزه با قاچاق کالا و ارز وجود دارد، ضروری است. طبق آمارهای ستاد مبارزه با قاچاق کالا و ارز و مراکز پژوهشی، حجم کالای قاچاق بین ۱۵ تا ۲۰ میلیارد دلار اعلام می‌شود که گاهی اوقات حتی از این رقم نیز فراتر می‌رود.

۳-۴. سازمان یافته بودن قاچاق کالا

بخش قابل توجهی از کالای قاچاق بیشتر از مبادی رسمی کشور به دلیل ضعف نظارت و عدم وجود دستگاه‌های نظارتی مانند X-Ray اتفاق می‌افتد و نمی‌توان این حجم از قاچاق را به کولبری، ته لنجی و مسائلی از این قبیل محدود کرد، در واقع به نظر می‌رسد، این حجم واردات کالای قاچاق از مبادی رسمی کشور، کاملاً سازمان یافته است. قاچاق کالا در حالیکه کشور درگیر جنگ اقتصادی و ارزی است، آسیب‌های مضاعف و دوچندانی را به اقتصاد کشور تحمیل می‌کند؛ بنابراین تبعات پدیده قاچاق در خود این پدیده خلاصه و محدود نمی‌شود و آسیب‌های آن بسیار فراتر از خود مقوله قاچاق است.

بیش از ۲ دهه است که آمارهای حوزه قاچاق، ارقام درشت و قابل توجهی نسبت به مجموع تجارت خارجی، GDP و حجم اقتصاد کشور است و تداوم پدیده قاچاق در کشور نشان‌دهنده وجود بیماری در اقتصاد کشور است، اگر اقتصاد سالم و شفاف باشد امکان واردات این حجم از کالای قاچاق در آن وجود نخواهد داشت. تقریباً سال ۱۳۸۴ اولین آماری که از میزان قاچاق کالا اعلام شد، حدود ۶ میلیارد دلار بود. بعد از آن در اوایل دهه ۹۰ این رقم به ۱۵ تا ۲۲ میلیارد دلار افزایش پیدا کرد، این ارقام درشت قاچاق کالا، لزوم اصلاح و تغییر روند در اقتصاد کشور را بیش از پیش نشان می‌دهد. دولت سیزدهم باید در خصوص مبارزه با مقوله قاچاق نگاه فرابخشی داشته باشد و لزوم تغییر و تحول در روش کار و مأموریت‌های ستاد مبارزه با قاچاق کالا و ارز ضروری است.

۴-۴. ضرورت تکمیل فرآیند هوشمندسازی مبارزه با قاچاق

رئیس جمهور در سال گذشته چندین مرتبه به اهمیت رسیدگی به مسأله قاچاق کالا و ارز تأکید کرده است؛ بنابراین به نظر می‌رسد که اجرایی شدن این توصیه‌ها و دستورات نیازمند ایجاد تحول و تغییر در دستگاه‌های متولی برخورد با قاچاق کالا و ارز است. سامانه جامع تجارت مربوط به حوزه پیشگیری از قاچاق کالا و ارز بوده و در راستای شناسایی شبکه رسمی از غیررسمی و برای صحت و اصالت سنجی کالاها راه‌اندازی شده است؛ اما با وجود هوشمندسازی فرآیند شناسایی قاچاق، هنوز برخی از دستگاه‌ها همکاری خود را با این سامانه کامل نکرده‌اند. بنا بر نظر بسیاری از کارشناسان، پیشگیری و مبارزه با

قاچاق کالا گامی مؤثر در حمایت از تولید و تولیدکنندگان است و حضور میدانی دستگاه‌های نظارتی و انتظامی در کنار نظارت هوشمند بر رویه توزیع کالاها در کشور بسیار حائز اهمیت است.

۵. تحلیل جرم‌شناسانه مبارزه با قاچاق کالا و ارز و پیشگیری از آن

«قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز» به لحاظ وقوف بر ناکارآمدی و حتی زیانبار بودن مجازات‌ها، برای اولین بار یک فصل مستقل طولانی را به پیشگیری اختصاص داده و همسو با کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با فساد، آن را بر تدابیر کیفری مقدم داشته است. راهبردهای پیشگیرانه قانون مبارزه با قاچاق را میتوان در دو محور جامعه‌مدار و موقعیت‌مدار مورد بررسی قرار داد.

۱-۵. پیشگیری جامعه‌مدار

قدر مسلم، هرگاه افراد جامعه نسبت به پدیده قاچاق و ویژگی‌های آن دارای آگاهی و شناخت کامل بوده و از آثار زیانبار تعاقبی آن مطلع باشند، بدون تردید در مقابله با آن می‌کوشند؛ به طوریکه هم از انجام قاچاق خودداری می‌کنند و هم مانع ارتکاب آن توسط دیگران می‌شوند. در نقطه مقابل، اگر فردی از شرکت در امور کشورش کنار گذاشته شود، نسبت به سرنوشت آن نیز بی‌تفاوت خواهد ماند، اگر حکومت حقوق و آزادی‌های فردی را محترم نشمارد، افراد جامعه نیز در مقابل، خود را به رعایت مقررات اجتماعی موظف نخواهند دانست؛ در نتیجه، نظام اجتماعی و نظم و امنیت عمومی مختل می‌شود. قاچاق کالا یکی از پیامدهای نادیده‌گیری حقوق تود هها و نیز تبعیض‌های ناروا در سطح جامعه است. پایین بودن مشارکت اجتماعی در مناطق مرزی، انزوای اجتماعی، پایین آمدن سطح سلامت اجتماعی افراد، تضعیف انسجام اجتماعی از آسیب‌های مهم جامعه هستند که موجبات شکل‌گیری قاچاق کالا در مناطق پیرامونی را فراهم آورده‌اند. بیشک یکی از راهکارهای مبارزه با قاچاق کالا و ارز بهبود وضعیت اجتماعی و ارتقای سطح مؤلفه‌های تأثیرگذار بر آن است و این هدف تا حدودی از طریق راهبردهای اصلاحی و برنامه‌های پیشگیری جامعه‌مدار قابل دستیابی است.

بنابر نظر برخی از فعالان اقتصادی، عملکرد نامناسب برخی از دستگاه‌های متولی برخورد با قاچاق کالا، پیشگیری و مقابله با این پدیده شوم را با چالش مواجه کرده است؛ به عنوان مثال بسیاری از کارشناسان معتقدند که تزلزل و بی‌ثباتی در امر قانونگذاری، عدم تناسب جرایم و مجازات‌ها و رویکرد غیر مستمر در مقابله با قاچاق مهمترین مشکلات این حوزه است. لازم به ذکر است در پایان پیشنهادهایی جهت رفع نواقص این قانون و کارایی بهتر آن ارائه شده است. «تعریف نحوه هماهنگی با قانون پایانه‌های فروشگاهی و سامانه مؤدیان»، «افزایش شمولیت قانون به کلیه فعالیت‌های ارزی مخرب بازار» پیشنهاد حذف زمان‌دار بودن مجازات تخلف از بازگشت ارز صادراتی و دائمی کردن آن، «الزام صرافی‌ها به

صدور صورت حساب خرید و فروش در کلیه معاملات ارزی» و «افزایش شمولیت قانون به جرم‌انگاری تخلف از رفع تعهد ارزی در کلیه روش‌های تأمین ارز واردات» از جمله این موارد است. پیشگیری جامعه‌مدار یا محیطی که قدیمی‌ترین و رایج‌ترین شکل پیشگیری غیرکیفری بوده و مکتب تحقیقی نیز بر آن تأکید کرده است، شامل اقدام‌های اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و پیشگیرنده ای می‌شود که نسبت به محیط‌هایی که فرد در آنها زندگی و کار می‌کند، اعمال می‌شود از منظر پیشگیرانه هدف اصلی در ساحت پیشگیری جامعه‌مدار، سالم‌سازی فرایند شکل‌گیری شخصیت افراد از طریق تأثیر بر محیط‌هایی است که فرد با آنها در تعامل است. در بستر پیشگیری اجتماع محور از رهگذر تدابیر آموزشی و پرورشی، بستری مناسب برای شکل‌گیری درست شخصیت افراد فراهم می‌آید؛ در نتیجه بخش عمده‌ای از این نوع پیشگیری آموزش و پرورش محور می‌باشد.

پیشگیری اجتماع مدار شخصیت محور نیز هست؛ زیرا بر این مبنا استوار می‌باشد که فرایند جامعه پذیری فرد به درستی سپری نشده است و برای رفع خلأهای فردی و شخصیتی باید به برنامه‌های تربیتی و آموزشی تکیه کرد. برنامه‌های آموزشی که در پیشگیری جامعه‌مدار قابل طرح است می‌تواند موارد زیر را پیگیری نمایند: آموزش جامعه و آشناسازی با پیامدهای استفاده از کالاهای قاچاق، آموزش جامعه در راستای پیشگیری و مبارزه با فقر، فساد اقتصادی، آموزش حقوق حمایت از مصرف‌کنندگان، آموزش قوانین و مقررات و رفتارهای صحیح و حرفه‌ای اقتصادی.

۲-۵. پیشگیری موقعیت مدار

پیشگیری وضعی در کنار دیگر شیوه‌های پیشگیری اجتماعی، از اواخر دهه ۱۹۷۰ میلادی مطرح و نظریه‌پردازی شده است. اقدامات پیشگیری وضعی ناظر به اوضاع، احوال و شرایطی است که مجرم را در آستانه ارتکاب جرم قرار می‌دهند. این اوضاع و احوال که در جرم‌شناسی، وضعیت ماقبل بزهکاری یا وضعیت پیش جنایی نام دارند، فرایند گذار از اندیشه به عمل مجرمانه را تحریک یا تسهیل می‌نماید. پیشگیری وضعی به این معناست که قبل از ارتکاب جرم باید کاری کرد تا مجرم از ارتکاب جرم منصرف شود؛ لذا بدین منظور گاهی فرصت از مجرم گرفته می‌شود و گاهی جلوی دسترسی مجرم به وسایل ارتکاب جرم گرفته می‌شود؛ بنابراین این نوع پیشگیری را سلب ابزار و فرصت ارتکاب جرم از مجرم دانسته‌اند.

پیشگیری وضعی دربرگیرنده مجموعه اقدامات و تدابیر غیرکیفری است که از طریق از بین بردن یا کاهش فرصت‌های مناسب برای وقوع جرم، نامناسب جلوه دادن شرایط و موقعیت پیش جنایی از ارتکاب جرم، جلوگیری می‌کند. راهبردهای این شیوه، بر تغییرات محیطی، کنترل بزهکاران و حفاظت از بزه-دیدگان تمرکز یافته است. در راستای پیشگیری از جرم برخی از جرم‌شناسان همواره به اتخاذ تدابیر مناسب و به کارگیری اقدامات لازم به منظور کاهش فرصت‌ها و موقعیت‌هایی که موجب رفتار بزهکارانه

میشود و همچنین تغییر رابطه بین بزه‌کار و بزه‌دیده، تأکید کرده‌اند. با توجه به نظریه الگوی جرم «بنسون» برای شناسایی فرصت‌های ارتکاب جرم سه گام ضروری است: ۱. شناسایی غده‌های جرم‌زا. ۲. پیدا کردن مسیرهایی که فرصت‌ها را برای ارتکاب جرم ایجاد می‌کنند. ۳. تعیین نوع فرصت‌های شکل گرفته. در «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز» تدابیر پیشگیرانه و وضعی به نحو محسوسی بر سایر تدابیر غلبه دارد. مقنن از گذر برنامه‌هایی با کارکرد یکپارچه‌سازی اطلاعات، الکترونیکی کردن اسناد و نظارت فناوریانه بر مبادی ورودی و خروجی و مسیرها، درصدد پیشگیری از قاچاق کالا است. بررسی تدابیر پیشگیرانه فوق نشان می‌دهد که این تدابیر عمدتاً برپایه افزایش تلاش و افزایش خطر ارتکاب جرم قابل تحلیل هستند.

نتیجه‌گیری

قاچاق کالا و ارز، به عنوان یک پدیده شوم اقتصادی و اجتماعی، اثرات بسیار نامطلوبی در زمینه‌های اقتصادی دارد. قاچاق کالا و اهمیت مبارزه با آن، ساماندهی وضعیت مبادلات مرزی، حرکت به سمت اقتصاد شفاف و تطبیق رفتار دستگاه‌های نظارتی، از مهمترین محورهای عملیاتی در جهت مبارزه با قاچاق کالا می‌باشند. معضل قاچاق کالا و ارز دارای آثار و تبعات بسیار بد و عمیقی در جامعه است. این آثار می‌تواند در حوزه‌های مختلف اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و فرهنگی کشور دیده شود؛ به نحوی که این موضوع و جنبه‌های مختلف آن می‌تواند مورد توجه مسئولین مربوط و عموم جامعه شود. در حال حاضر قاچاق کالا و ارز به یک معضل جدی و تهدیدکننده در اقتصاد کشور درآمده، به گونه‌ای که مبارزه با آن حداقل در شعار، جزو اولویت‌های قوای سه‌گانه قرار گرفته است.

با وجود اینکه هم زمان با تصویب قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز افق‌های جدیدی از حیث پیشگیری و مقابله با پدیده زیانبار قاچاق کالا و ارز گشوده شد و نوآوری‌های چشمگیری (مانند سامانه جامع تجارت) در این فرآیند به وقوع پیوست؛ اما همواره عملکرد دستگاه‌های متولی در این حوزه با ابهامات متعدد مواجه است. سیاست جنایی حاکم بر مبارزه با قاچاق کالا و ارز اصولاً بر پایه پاسخ‌های دولتی اعم از کیفری و غیرکیفری استوار است؛ لیکن به جهت چند وجهی بودن این پدیده و ضرورت کاهش آسیب‌های مترتبه، دولت راهی جز توسل به اقدامات پیشگیرانه و مشارکت جامعه مدنی در فرایند پیشگیری و مبارزه با این پدیده ندارد. ستاد مبارزه با قاچاق کالا و ارز به‌عنوان متولی اصلی این حوزه، سیاست‌ها، برنامه‌ها و اقدامات مختلفی در راستای پیشگیری و مقابله با قاچاق کالا و ارز اتخاذ کرده و تا حدودی در مهار این پدیده به دستاوردهای نائل شده؛ لیکن کماکان حجم قاچاق ورودی به و خروجی از کشور بسیار چشم‌گیر و حدود ۱۳ میلیارد دلار برآورد می‌شود که این امر مؤید وجود خلأها، چالش‌ها و موانع جدی در سیاست جنایی متخذه است. با توجه به شیوع گسترده قاچاق کالا و ارز در کشور و مقایسه حجم قاچاق ارتکابی با میزان صادرات و واردات قانونی کالا و آثار اقتصادی و غیراقتصادی سوء

این پدیده، تردیدی در ضرورت مقابله افتراقی با این بزه به‌عنوان یک بزه اقتصادی وجود ندارد؛ لیکن ارتکاب این بزه به شیوه سازمان‌یافته می‌تواند بر دامنه این آسیب‌ها بیافزاید. آمیختگی قاچاق سازمان‌یافته با جرایم دیگر، نظیر جرایم مرتبط با فساد اداری (مانند رشاء و ارتشاء) و جرایم مالی (مانند پولشویی) ضرورت پاسخ‌دهی افتراقی به این جرم را مضاعف می‌نماید. در این راستا قانونگذار برای نخستین بار در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مفهوم قاچاق سازمان‌یافته را وارد ادبیات تقنینی ایران نمود و به‌موجب بند س ماده ۱ قانون مذکور آن را تعریف نمود.

هرچند قانونگذار در «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز» با پیش‌بینی سازوکارهای افتراقی در حوزه سیاست کیفری شکلی و ماهوی سعی در متناسب‌سازی سیاست کیفری با ماهیت قاچاق سازمان‌یافته داشته است؛ لیکن در عمل این سیاست کیفری تفنینی چندان در عرصه سیاست کیفری اجرایی و قضایی نمود نداشته است. آنچه از برآورد حدود ۱۲ الی ۲۵ میلیارد دلاری قاچاق در سال‌های اخیر در کشور برمی‌آید این است که حداقل بخش قابل توجهی از این قاچاق به‌نحو سازمان‌یافته واقع می‌شود و چه بسا مصادیقی مانند: قاچاق کولبری و ته‌لنجی که به ظاهر به‌صورت انفرادی توسط مرز نشینان صورت می‌گیرد، در واقع بخشی از یک فرایند پیچیده باشد که در آن مرز نشینان اجیر گروه‌های سازمان‌یافته قاچاق باشند و این در حالی است که در عمل تشکیل پرونده و رسیدگی به آن تحت عنوان قاچاق سازمان‌یافته بسیار به ندرت رخ می‌دهد. این امر ریشه در عوامل متعددی چون عدم تبیین درست مفهوم قاچاق سازمان‌یافته برای دستگاه‌های کاشف و مراجع رسیدگی‌کننده، عدم تبیین کافی قرائن موجب ظن ارتکاب قاچاق سازمان‌یافته در قانون، عدم اهتمام دستگاه‌های کاشف و مراجع رسیدگی‌کننده برای شناسایی ابعاد پنهان پرونده‌های قاچاق و شتاب‌زدگی مراجع رسیدگی‌کننده در رسیدگی به پرونده‌های قاچاق به‌جهت محدودیت‌های زمانی مقرر در قانون می‌باشد.

علاوه بر مشکلات مذکور، وجود ابهامات متعدد در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز بر ناکارآمدی سیاست کیفری مقابله با قاچاق سازمان‌یافته کالا و ارز افزوده است. در این راستا ضرورت اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز بالاخص در مواردی مانند رفع ابهام از قلمرو مفهومی قاچاق کالا و ارز و شمول آن بر رفتارهایی مانند: حمل، نگهداری، عرضه و فروش و.... حدود نقش‌آفرینی وزارت اطلاعات در پرونده‌های قاچاق کالا و ارز سازمان‌یافته، نحوه تعیین جزای نقدی مرتکبین در قاچاق سازمان‌یافته و... وجود دارد.

کتابشناسی

۱. بالاپژوه، ابراهیم، (۱۳۹۱)، «مبانی فقهی و حقوقی قاچاق در اسلام و آثار آن»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده علوم حدیث.
۲. پارسا، فرزاد، حفیدی، وریا، (۱۳۹۷)، «جرم‌انگاری و مجازات قاچاق کالا و ارز در فقه مذاهب اربعه و قانون»، با تأکید بر قاعده تعزیر، دوفصلنامه مطالعات تطبیقی فقه و اصول، سال اول، شماره ۱، ۱-۱۵.
۳. پارسا، فرزاد، (۱۳۹۷)، «قاعده تعزیرات و تبیین رابطه آن با قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز»، مجله اقتصاد پنهان، سال دوم، شماره ۳-۴، ۹-۲۶.
۴. پورقهرمانی، بابک، (۱۴۰۱)، «مبانی فقهی و حقوقی جرم‌انگاری قاچاق و کالا و ارز در ایران»، مجله آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، دوره ۱، شماره ۲، ۲۱.
۵. جمالی، محمد، (۱۳۹۶)، «قاعده ترجیح منافع عمومی بر منافع خصوصی و دلالت آن در بررسی قاچاق کالا و ارز»، مجله مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی، سال دوازدهم، شماره ۴۷، ۲۵-۴۰.
۶. سامانی، اسماعیل شهاب، (۱۳۹۰)، «احکام کالای قاچاق در فقه امامیه و حقوق ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد.
۷. عابدیان، سید حسن، ارمک، محمدرضا، (۱۳۹۶)، «بررسی احکام فقهی خرید و فروش کالای قاچاق از منظر ایجاد اختلال نظام»، مجله حکومت اسلامی، سال بیست و دوم، شماره ۸۳، ۳۳-۵۸.
۸. قطبی، میلاد، (۱۴۰۲)، «بررسی ظرفیت‌های فقهی در مبارزه با قاچاق کالا و ارز»، مجله اقتصاد پنهان، سال اول، شماره ۲، ۱۵۳-۱۸۰.
۹. محسنی‌الا، رضا، (۱۳۹۸)، «اعتبار و بطلان مصرف کالا و ارز از منظر فقه و حقوق اسلامی»، مجله مطالعات فقهی و فلسفی، سال دهم، شماره ۳۷، ۱-۲۸.
۱۰. مقدادی، محمد مهدی، میرزاده اهری، سید مرتضی، (۱۴۰۱)، «قاعده حرج در حوزه قاچاق کالا و ارز»، مجله فقه حکومتی، سال چهارم، شماره ۷، ۸۳-۱۰۷.
۱۱. ملایی کندلوس، فخرالله، حریری، آرزیتا، ذکائیان، پرویز، (۱۴۰۰)، «بررسی و تحلیل مبانی فقهی حرمت اخلال در نظام اقتصادی و رابطه آن با امنیت اجتماعی و ملی»، مجله پژوهش‌های جامعه‌شناسی سیاسی، سال چهارم، شماره ۱۴، ۳۷۱-۳۸۴.
۱۲. وریایی، سید جواد، (۱۳۹۴)، «آیا جرم در حکومت اسلامی همیشه گناه است؟»، مجله فقه و مبانی شریعت اسلامی، شماره ۴۸، ۱۵۳-۱۸۰.



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jclld.liau.ac.ir>

Vol.3, No.1, Issue 9, Spring 2024, P: 23-42

Receive Date: 2024/01/20**Revise Date:** 2024/04/09**Accept Date:** 2024/04/24**Article type:** Original Research**Online ISSN:** 2821-2339

Execution of Civil Verdicts of Spiritual Damages in Iran and England Law

Alireza Haraj¹Abast Pour Mohammad²Akbar Bashiri³

Abstract

Any damage caused to individuals, should be compensated by the person causing the damage. In addition to material and loss of life damages, there have also been spiritual damages and the legal system of Iran faces many challenges in execution of verdicts of compensation. This research was conducted in an analytical descriptive method and its purpose is to survey and compare the issue of spiritual damages in the two legal systems of Iran and England. The conclusion of research concluded that in England, spiritual damages are linked with material damages and are included for the first-degree relatives of victim. Forensic psychologists determine the severity of spiritual damages and then the judge determines the amount of damage and orders its payment. At the same time, the cost of treatment is objectively compensated, although this type of compensation can only be implemented for a genuine person. In Iran, there is no precise mechanism for determining spiritual damages and usually, the amount of damage is determined while referring to the judicial procedure and Arash, that is determined according to the report of experts, which usually does not explain the justice-oriented principles, therefore, judges mainly try to reach a compromise between the parties. Attention to this fact, revealed the necessity and requirement of complete and accurate determination of rules of this field. The compensation verdict of spiritual damage is sentenced according to criteria of execution judge in determination of accurate amount of damage, which has limited authorities that are not obvious in England Law.

Keywords: spiritual compensation, enforcement verdicts of spiritual compensation, spiritual compensation in England Law.

¹. PhD student in private law, Maragheh Branch, Islamic Azad University, Maragheh, Iran.

aharaj1355@gmail.com

². Assistant Professor, Department of Law, Maragheh Branch, Islamic Azad University, Maragheh, Iran (Responsible Author). dr_a_p20@yahoo.com

³. Assistant Professor, Department of Law, Maragheh Branch, Islamic Azad University, Maragheh, Iran. bshyryakbr3@gmail.com



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jcl.d.liiau.ac.ir>

سال سوم - شماره ۱ - شماره پیاپی ۹ - بهار ۱۴۰۳، ص ۲۳-۴۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۰۵

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۱/۲۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۳۰

شاپا الکترونیکی: ۲۳۳۹-۲۸۲۱

نوع مقاله: پژوهشی

اجرای احکام مدنی خسارات روحی در حقوق ایران و انگلستان

علیرضا حراج^۱

اباست پور محمد^۲

اکبر بشیری^۳

چکیده

هر خسارتی که به اشخاص وارد شود، باید شخص خسارت زنده، آن را جبران کند. در کنار خسارات مادی و جانی، خسارات معنوی نیز وجود دارد که نظام حقوقی کشور ایران در اجرای احکام مربوط به جبران آن، با چالش‌های متعددی مواجه است. مقاله پیش رو، در پژوهشی به روش توصیفی تحلیلی، مترصد بررسی و مقایسه‌ی مسأله‌ی خسارات معنوی و روند حقوقی جبران آن، در دو نظام حقوقی ایران و انگلستان است. نتیجه‌ی تحقیق، نشان می‌دهد: در انگلستان، خسارات معنوی با خسارات مادی پیوند دارد و برای بستگان درجه اول شخص خسارت دیده، لحاظ می‌شود. روانشناسان پزشکی قانونی، شدت خسارت معنوی را تعیین می‌کنند و پس از آن، قاضی، میزان خسارت را تعیین و به پرداخت آن، حکم می‌دهد. در عین حال، هزینه طول درمان نیز به صورت عینی، جبران می‌شود؛ البته، این نوع جبران، تنها برای شخص اصیل، قابلیت اجرا دارد. در کشور ایران، ساز و کار دقیقی برای تعیین خسارات معنوی، وجود ندارد و به طور معمول، میزان خسارت، ضمن استناد به رویه‌ی قضائی و ارشی تعیین می‌شود که کارشناسان، تعیین می‌کنند و معمولاً، این شیوه، اصول عدالت محورانه را تبیین نمی‌کند؛ از این رو، قضات، عمدتاً، در مسیر سازش بین طرفین تلاش می‌کنند. توجه به واقعیت مذکور، ضرورت و نیاز به تعیین دقیق و کامل قواعد این حوزه را نمایان می‌سازد. رای جبران خسارت معنوی، حسب معیارهایی صادر می‌شود که دادورز اجرای احکام، در تعیین میزان دقیق آن خسارت، دارای اختیاراتی جزئی است، این اختیار، در حقوق انگلستان، مشهود نیست.

واژگان کلیدی: جبران خسارت معنوی، اجرای احکام جبران خسارت معنوی، جبران خسارت روحی در حقوق انگلستان.

^۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران aharaj1355@gmail.com

^۲. استادیار گروه حقوق، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران (نویسنده مسئول) dr_a_p20@yahoo.com

^۳. استادیار گروه حقوق، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران bshyryakbr3@gmail.com

یکی از اصلی‌ترین مبانی علم حقوق که در فقه اسلامی نیز جایگاهی ویژه دارد، اصل حفاظت جان و مال تمامی شهروندان از تعرض می‌باشد. براساس این اصل، هیچ کس مجاز به آسیب رساندن به دیگری نبوده و حکومت می‌بایست برای ممانعت از آن اقدامات لازم را انجام دهد. بر این اساس قانون‌گذار کیفری برای آسیب عمدی به جان و مال افراد مجازات قرار داده تا بدین صورت بازدارندگی لازم را ایجاد نماید. جملگی حقوق‌دانان معتقدند که خسارت که به واسطه فعل/ترک فعل غیرعمدی ایجاد می‌شود، مستحق مجازات نبوده و از این رو در حیطه مسائل حقوق خصوصی قابل بحث است. حقوق‌دانان لزوم جبران عین و پرداخت هزینه خسارت را برای خسارت غیرعمدی تعیین نموده‌اند. با این وجود، خسارات جانی به سبب عدم امکان جبران عین، در حیطه مسائل حقوق کیفری قرار داده شده و به این نوع جبران خسارت، «دیه» نام نهاده‌اند (ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی).

برخی از صاحب‌نظران، چنین بیان داشته که جان انسان بسیار باارزش‌تر از آن است که در قبال آسیب به آن پول دریافت شود (بادینی، ۱۳۹۵، ۷۷). با این حال حقوق‌دانان کیفری معتقدند که در صورت عدم لزوم جبران خسارت جانی، بازدارندگی از آن تقلیل می‌یابد (بادینی، ۱۳۹۵، ۷۷). بنابراین لزوم جبران خسارت جانی در نظام‌های حقوقی مختلف جای گرفت. خسارت به جان ممکن است مستقیم به بدن انسان وارد شود و یا از نظر روحی و روانی.

نظام حقوقی ما، حقوق اسلامی است و فقط از رومی ژرمنی الگو گرفته است، لذا استناد قضات به عرف معمولاً دارای چالش می‌باشد (عدم استناد قوی به قوانین موجبات نقض حکم در جریان تجدید نظر را فراهم می‌آورد). به هر حال اصل خسارت معنوی در حقوق کشور ما پذیرفته شده و اصل ۱۷۱ قانون اساسی، ماده ۱۴ آئین دادرسی کیفری و همچنین مواد: ۱، ۲، ۸، ۹ و ۱۰ قانون مسئولیت مدنی، جبران خسارت روحی توسط مقصر را به رسمیت شناخته‌اند. در حال حاضر منابع حقوقی معیار خاصی برای تعیین خسارت روحی تعیین نکرده و تنها اصل آن را به رسمیت شناخته‌اند. بنابراین در نظام حقوقی نوشته کشور ما، تعیین این مهم با عرف است که معمولاً حسب نظر متخصصین معتمد دادگستری تعیین می‌گردد. چنانچه اشاره شد استناد به عرف در نظام حقوقی نوشته همواره با چالش‌هایی همراه بوده است. در نظام حقوقی کامن لای انگلستان، استنادهای حقوقی همواره حسب عرف بوده است. این کشور حتی فاقد قانون اساسی بوده و مسائل حقوق اساسی نیز حسب عرف و سنت‌های سیاسی انجام می‌گیرد. با این حال، در ادبیات حقوقی این کشور، نکات جالبی در خصوص آسیب‌های روحی به چشم می‌خورد. برای مثال اگر فردی به هر دلیل فوت نماید، پدر بزرگ و مادر بزرگ وی می‌توانند به سبب آسیب روحی وارده، طلب خسارت نمایند. با این حال، مشخص است که معیار نوشته‌ای برای تعیین خسارت معنوی در حقوق این کشور وجود ندارد.

باتوجه به موارد مذکور، تعیین معیارهای جبران خسارت روحی در هر دو نظام حقوقی ایران و انگلستان، از مجهولاتی بوده که می‌بایست به آن توجه شود. در این پژوهش محقق بر آن شد که این معیارها را در دو نظام حقوقی مورد مطالعه قرار داده و سپس بررسی تطبیقی بین آنها را نیز انجام دهد.

۱. خسارت معنوی در نظام حقوقی ایران

ابتدا مفاد حقوقی مرتبط ذکر، و سپس رویه قضائی مرتبط که پرکننده خلأ حقوقی می‌باشد، عنوان گردیده و بدین صورت جایگاه واقعی این مهم تشریح گردید. پر واضح است که اصل خسارت معنوی در نظام حقوقی کشورمان به رسمیت شناخته شده، لیکن در جزئیات آن، اختلاف نظرهایی مشهود بوده که با توجه به ماهیت خاص نظام حقوقی نوشته در کشورمان مستلزم تصریح منابع حقوقی می‌باشد.

۱-۱. جایگاه در منابع حقوقی

به موجب مفاد قوانین موضوعه، مطالبه خسارت معنوی در هر مرحله از دادرسی، مشروعیت لازم را دارد. باتوجه به اینکه معیار خاصی برای جبران خسارت معنوی وجود ندارد، اما معمولاً قاضی باتوجه به نظر کارشناسی این میزان را مشخص می‌کند.

اصل ۱۷۱ قانون اساسی امکان جبران خسارت معنوی که به واسطه خطای قاضی ایجاد شده را ممکن دانسته و این مهم در حال حاضر در نظام حقوقی کشورمان اجرا می‌گردد.

مواد: ۲، ۹ و ۱۰ قانون مسئولیت مدنی، ضمن اینکه مسأله خسارت معنوی را به رسمیت می‌شناسد، موجب قرارگیری این مهم در ادبیات حقوق خصوصی گردیده، چراکه برخی معتقدند این خسارت نوعی دیه بوده و در ادبیات حقوق کیفری جای دارد (محقق داماد، ۱۳۹۰، ۳۳).

مواد: ۹ و ۱۴ آئین دادرسی کیفری، اختیارات لازم را به دادگاه کیفری سپرده که همزمان با بررسی کیفری موضوع، خسارت ناشی از ارتکاب جرم را تعیین و حکم مقتضی را صادر نماید. چنانچه در فصل اول اشاره شد، این اختیار به معنای کیفری تلقی شدن موضوع نبوده و جهت بررسی واحد و یکپارچه موضوع، چنین اختیاری اعطاء شده است.

نکته جالب آن است که اکثریت قاطع قوانین کشورها و حتی مقررات بین‌المللی نیز به این حق احترام گذاشته‌اند و آن را قابل مطالبه می‌دانند (بادینی، ۱۳۹۵، ۱۸۵).

۱-۱-۱. خسارت معنوی در قانون مسئولیت مدنی

یکی از احکام مهم مسئولیت مدنی در ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی آمده است که مقرر می‌دارد: «دادگاه میزان زیان، طریقه و کیفیت جبران آن را با توجه به اوضاع و احوال قضیه تعیین خواهد کرد».

جالب‌تر، مواد دیگر این قانون و سایر قوانین است که اختیار قضات را در انتخاب شیوه‌های مختلف جبران باز گذاشته است، اما به این اختیار توجه جدی نمی‌شود. البته، باید به این نکته توجه شود که

وضع قاعده کلی و اعتماد به تشخیص قضایی در امور مدنی به معنای بی‌ضابطه بودن نیست بلکه به معنای توجه به مفهوم متغیر زیان و موسع بودن اختیار قاضی به تجویز قانون‌گذار است (باریکلو، ۱۳۸۵، ۲۵).

۱-۲-۱. خسارت معنوی در آئین دادرسی کیفری

آئین دادرسی کیفری، از چند جهت بر قلمرو خسارات معنوی و عدم نفع تأثیرگذار بوده است. از یک سو، دامنه مسئولیت مدنی اشخاص در قبال خسارات معنوی وارد به زیان دیده گسترش یافته است، توضیح اینکه به موجب ماده: ۱۴ قانون مذکور، لطمه به هر دو قسم سرمایه معنوی و صدمات روحی، موجب مسئولیت مدنی فاعل زیان می‌گردد. از سوی دیگر، قلمرو قابلیت جبران خسارات معنوی و عدم نفع و به تعبیری، قلمرو مسئولیت مدنی اشخاص به شدت کاهش یافته است (محمد زاده آلمالو، ۱۳۹۲، ۱۸). بدین توضیح در مواردی که دیه پرداخت و یا تعزیر منصوص شرعی به اجرا گزارده می‌شود، این دو قسم خسارت، قابلیت جبران ندارند. قانون‌گذار در خسارات عدم نفع، پا را از این هم فراتر گذاشته و خسارات مذکور را صرفاً در صورتی قابل جبران دانسته که بر این دسته از خسارات، اتلاف صدق کند. نهایتاً قلمرو و طرق جبران خسارت معنوی گسترش یافته و به موجب تبصره ۱ ماده ۱۴ آئین دادرسی کیفری، خسارات معنوی هم از طریق مالی و هم از طریق غیرمالی قابل جبران است.

مهم‌ترین هدف مسئولیت مدنی آن است که خسارت زیان‌دیده به صورت کامل جبران شود و تا آنجا که امکان دارد، باید تلاش کرد تا زیان‌دیده به وضعیت پیش از زیان بازگردد. به بیان دیگر، هدف آن است که زیان‌دیده در وضعیتی قرار گیرد که گویی فعل زیان‌بار صورت نگرفته است.

آئین دادرسی کیفری، هرچند با تصویب ماده ۱۴ این هدف را دنبال نموده و توجه کامل خود به جبران خسارت زیان‌دیده را نمایان کرده است، اما متأسفانه با وضع تبصره ۲ ماده مذکور این اقدام قابل‌تمجید خود را زیر سؤال برده و استثنائات غیر قابل توجیهی بر اصل جبران کامل خسارت وارد آورده است. ماده ۱۴ قانون مذکور، به زیان‌دیده حق داده است کلیه خسارات مادی و معنوی و منافع ممکن الوصول ناشی از جرم را از عامل زیان مطالبه کند، با توجه به صدر تبصره ۲ این ماده، چنین استنباط می‌شود که جبران مالی خسارت معنوی و مطالبه عدم نفع در مواردی که صدق اتلاف نماید، به عنوان یک قاعده کلی در نظام حقوقی ایران پذیرفته شده است و اختصاصی به ضرر و زیان ناشی از جرم نیز ندارد؛ ولی قسمت اخیر تبصره ۲ ماده مذکور، با پیش‌بینی استثنائاتی در باب تعزیرات منصوص شرعی و دیات، قلمرو اصل جبران کامل خسارات را کاهش داده است.

می‌توان ادعا کرد با توجه به استثنائات مقرر در تبصره ۲ ماده ۱۴ آئین دادرسی کیفری، وصف کیفری عمل زیان‌بار، قلمرو مسئولیت مدنی ناشی از آن را کاهش می‌دهد. در واقع، قلمرو قابلیت جبران خسارات معنوی و عدم نفع در افعال زیان‌باری که جرم تلقی می‌شود، محدودتر از قلمرو خسارات معنوی و عدم

نفع در افعال زیان باری است که جرم تلقی نمی‌شود. توضیح مطلب اینکه برای قابل مطالبه بودن خسارت عدم نفع در افعال زیان باری که جرم نیست، صرف اینکه خسارت مذکور صدق اتلاف نماید (اتلاف به معنای عام)، کافی خواهد بود، اما در افعال زیان باری که جرم تلقی می‌شود، عدم نفع در صورتی قابل جبران است که اولاً، این خسارات صدق اتلاف داشته باشد. ثانیاً، در زمره مواردی نباشند که تعزیر منصوص شرعی به اجرا گذارده می‌شود. ثالثاً، در زمره جرائمی نباشند که برای آن دیه مشخص شده است (فیض، ۱۳۷۲، ۱۸۸). نتیجه‌ای که با هیچیک از موازین حقوقی سازگار نیست، حتی در نظام‌های حقوقی که جبران زیان معنوی را به‌عنوان یک قاعده نپذیرفته‌اند، در جبران زیان معنوی ناشی از جرم تردید ندارند؛ بنابر این، به نظر می‌رسد آئین دادرسی کیفری، با وجود ظاهر فریبنده، به نوعی از قلمرو مطالبه خسارات معنوی در جرائم کاسته است.

۱-۱-۳. چالش‌های دادرسی خسارت معنوی

از دیدگاه فقهی، مانعی برای اعمال خسارت معنوی وجود ندارد. با توجه به تاکید قانون مسئولیت مدنی، امکان صدور احکام جبران خسارت معنوی وجود دارد. قاعده عقلی لاضرر بر جبران همه زیان‌های مادی و معنوی تأکید دارد و از نظر عقلی زیان معنوی هم نوعی «زیان» است و هر زیانی باید جبران شود؛ بنابر این، مشکل، مبنای قانونی، شرعی و عقلی این حق نیست بلکه مشکل نحوه جبران بوده که اصل حق را تحت الشعاع قرار داده است (قاسم زاده، ۱۳۹۸، ۱۵۵).

۱-۲. صلاحیت دادرسی دعاوی جبران خسارت

همان طور که بیان شد، طرح هر دعوی خصوصی در دادگاه انجام شده که دعاوی جبران خسارت نیز در همین دسته از دعاوی جای دارند (ماده ۱۰ آئین دادرسی مدنی). به موجب ماده یازدهم همین قانون، «دعوا باید در دادگاهی اقامه شود که خوانده، در حوزه قضایی آن اقامتگاه دارد و اگر خوانده در ایران اقامتگاه نداشته باشد، در صورتی که در ایران محل سکونت موقت داشته باشد، در دادگاه همان محل باید اقامه گردد و هرگاه در ایران اقامتگاه و یا محل سکونت موقت نداشته ولی مال غیرمنقول داشته باشد، دعوا در دادگاهی اقامه می‌شود که مال غیرمنقول در حوزه آن واقع است و هرگاه مال غیرمنقول هم نداشته باشد، خواهان در دادگاه محل اقامتگاه خود، اقامه دعوا خواهد کرد».

عدم صلاحیت دادگاه، بعدها و در جریان تجدیدنظر رأی صادره، دست‌آویزی برای ابطال حکم بدوی خواهد بود. لذا در دعاوی جبران خسارت، می‌بایست به محل اقامت خوانده توجه نمود و تسلیم دادخواست را به دادگاه محل اقامت وی اقامه کرد.

از متن ماده ۱۲ همین قانون نیز چنین مشخص است که اگر خسارت در محلی اتفاق افتد که با محل اقامت خوانده متفاوت است، می‌بایست بازهم در محل اقامت خوانده دادخواست را تسلیم نمود. هرچند که رسیدگی به وضعیت خسارت مستلزم رجوع به حوزه قضایی دیگر است، اما می‌توان نیابت

قضائی را از دادگاه صالح درخواست نمود. همان‌طور که بیان شد، دقت در انتخاب دادگاه صالح، امکان ابطال آن در جریان تجدیدنظرخواهی را از بین می‌برد.

اما در مورد مسئولیت قراردادی، ماده سیزدهم اشعار دارد که «در دعاوی بازرگانی و دعاوی راجع به اموال منقول که از عقود و قراردادهای ناشی شده باشد، خواهان می‌تواند به دادگاهی رجوع کند که عقد یا قرارداد در حوزه آن واقع شده است یا تعهد می‌بایست در آنجا انجام شود».

از بطن این ماده می‌توان چنین برداشت کرد که در تعهدات قراردادی که دعوی جبران خسارت در مورد آن صورت گرفته است، می‌توان از محل ایجاد خسارت که نقض تعهد نیز از عوامل آن است، درخواست شکوائیه داد. اما در تعهدات غیرقراردادی به موجب ماده دوازدهم، می‌بایست در محل اقامت خواننده درخواست را تسلیم کرد و در صورت ارائه نیابت قضائی به دادگاه محل بروز خسارت مراجعه کرد. احتمال صدور حکم نیابت قضائی بالاست؛ چراکه به موجب ماده چهاردهم درخواست تأمین دلایل و امارات از دادگاهی می‌شود که دلایل و امارات مورد درخواست در حوزه آن واقع است. طبیعتاً دادگاه خارج از محل بروز خسارت، قادر به تحقیق و یا تأمین نمی‌باشد.

اما دعوی اضافه که به موجب ماده ۹۸ آئین دادرسی مدنی، به رسمیت شناخته شده، در صورتی قابل پیگیری بوده که عناصر دعوا به یکدیگر مرتبط باشند. در غیر این صورت براساس اشعار ماده ۱۶ آئین دادرسی مدنی، هرگاه یک ادعا راجع به خوانندگان متعدد باشد که در حوزه‌های قضائی مختلف اقامت دارند یا راجع به اموال غیرمنقول متعددی باشد که در حوزه‌های قضائی مختلف واقع شده‌اند، خواهان می‌تواند به هریک از دادگاه‌های حوزه‌های یادشده مراجعه نماید. لذا طرح دعاوی متعدد در قالب یک پرونده زمانی ممکن است که منشأ آن‌ها یکسان باشند. اما در صورت متفاوت بودن محل بروز خسارت، می‌بایست درخواست‌های متعددی را ارائه داد.

اما اگر دعوی جبران خسارت جدید در اثنای دعوی اصلی مطرح شد، به آن دعوی طاری گفته شده و به موجب ماده هفدهم، این دعوا اگر با دعوی اصلی مرتبط یا دارای یک منشأ باشد، در دادگاهی اقامه می‌شود که دعوی اصلی در آنجا اقامه شده است. اگر در حین دادرسی مشخص شد که بررسی و تحقیق نیازمند اقدامات دادگاه در حوزه دیگر می‌باشد، به موجب ماده ۱۹ خواهان مکلف است ظرف یک ماه در دادگاه صالح اقامه دعوا کند و رسید آن را به دفتر دادگاه رسیدگی‌کننده تسلیم نماید، در غیر این صورت قرار رد دعوا صادر می‌شود و خواهان می‌تواند پس از اثبات ادعا در دادگاه صالح مجدداً اقامه دعوا نماید. ممکن است در جریان صدور محکومیت برای خسارت زننده، وی ادعای اعسار نماید. در این صورت به موجب ماده ۲۴ صلاحیت رسیدگی به طور کلی با دادگاهی است که صلاحیت رسیدگی نخستین به دعوی اصلی را دارد، یا ابتدا به آن رسیدگی نموده است.

ممکن است در جریان صلاحیت دادگاه‌ها، اختلاف نظرهایی پیش آید که در این صورت حسب ماده ۲۷ در صورتی که دادگاه رسیدگی کننده خود را صالح به رسیدگی نداند، با صدور قرار عدم صلاحیت، پرونده را به دادگاه صلاحیتدار ارسال می نماید. دادگاه مرجوع الیه، مکلف است خارج از نوبت نسبت به صلاحیت اظهار نظر نماید و چنانچه ادعای عدم صلاحیت را نپذیرد، پرونده را جهت حل اختلاف به دادگاه تجدیدنظر استان ارسال می کند. رأی دادگاه تجدیدنظر در تشخیص صلاحیت لازم الاتباع خواهد بود. در صورت فاحش بودن اختلافات در مورد صلاحیت، به موجب مواد: ۲۹ و ۳۰ آئین دادرسی مدنی، رسیدگی به قرارهای عدم صلاحیت در دادگاه تجدید نظر استان و دیوان عالی کشور، خارج از نوبت خواهد بود و هرگاه بین دیوان عالی کشور و دادگاه تجدید نظر استان و یا دادگاه تجدید نظر استان با دادگاه بدوی در مورد صلاحیت اختلاف شود، حسب مورد، نظر مرجع عالی لازم الاتباع است.

حین دعاوی جبران خسارت، معمولاً کمتر این مورد حادث شده که درخواست تأمین، صورت پذیرد؛ چراکه قرائن اولیه دال بر خسارت احتمالی به نسبت دعاوی مالی کمتر است. در این صورت، به موجب ماده ۱۱۱ درخواست تأمین از دادگاهی می شود که صلاحیت رسیدگی به دعوا را دارد. در مورد فوری بودن رسیدگی به موضوع نیز ماده ۳۱۵ اشعار می دارد که تشخیص فوری بودن موضوع درخواست با دادگاهی می باشد که صلاحیت رسیدگی به درخواست را دارد.

۳-۱. ماهیت رأی دادگاه در دعاوی خسارت

در برخی از موضوعات حقوقی، طرفین دعوا بر سر موضوعی اختلاف دارند و به دادگاه مراجعه می کنند. اما مبنای اختلاف آن‌ها پیش از صدور حکم مشخص است. مثلاً یکی از دیگری مبلغی را طلبکار است. در این مورد، دادگاه، پس از اینکه به دعوی میان دو طرف رسیدگی کرد، بدهی یکی از طرفین به دیگری را احراز می کند یا تشخیص می دهد؛ بنابر این، حکمی که در این مورد صادر می شود، حکم اعلامی می گویند (داراب پور، ۱۳۷۷، ۱۱). به این دلیل که حکمی که توسط دادگاه صادر شده است، سبب ایجاد یک وضعیت حقوقی جدید نشده است. در عالم واقع، یکی به دیگری بدهکار بوده و دادگاه تنها این وضعیت را اعلام می کن؛ یعنی چیزی که از قبل وجود داشته است را به طرفین اعلام می کند که در این خصوص، مدین را ملزم به پرداخت آن در حق طلبکار می کند. یا اینکه دادگاه حکم به رفع تصرف عدوانی حقوقی می دهد که در واقع در این خصوص هم تصرفی که از قبل وجود داشته است، به موجب حکم دادگاه اعلام می شود (حسینی نژاد، ۱۳۸۹، ۹۵).

رأی دادگاه، در دعاوی خسارت، اعم از قراردادی و غیرقراردادی، اعلامی است؛ زیرا زمانی که دادگاه متعهد متخلف یا فاعل فعل زیانبار را محکوم به پرداخت خسارت می کند، میزان خسارت را که بر عهده متخلف یا فاعل فعل زیانبار قرار گرفته است، مشخص و اعلام می کند، نه اینکه آن را در ذمه مسئول ایجاد و محقق سازد؛ لذا از تاریخ اعلام، با احراز سایر شرایط خسارت تاخیرتادیه، مستقر می شود.

۴-۱. رویه قضائی

به عقیده حقوق دانان برجسته، نظام حقوقی نوشته هیچ گاه نمی‌تواند جزئیات حقوقی را به طور کامل ذکر نماید و در عین حال نیز می‌بایست حداقل اختیاراتی برای قضات در نظر گرفت. بنابر این، عرف نیز در نظام حقوقی نوشته کارایی داشته و پرکننده خلأهای قانونی خواهد بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۷۴). در این قسمت ضمن ذکر چند مثال حقوقی در خصوص ماهیت عرفی خسارت معنوی بحث گردیده است.

در یک مثال حقوقی، در سال ۱۳۸۹ در شهرستان کرمانشاه، آقای «پ.ن» به دادگاه عمومی شهرستان مراجعه و چنین عنوان کرد که وی با خانم «س.م» (دخترخاله‌اش) نامزد بوده و قرار عروسی گذاشته بودند. خانواده‌ها در مورد عروسی توافق کرده بودند و لیکن به دلیل عرف منطقه، مراسم عقد، یک روز پیش از عروسی انجام می‌گیرد؛ اما پدر این خانم با برهم زدن این مراسم، دختر خود را به نامزدی فردی دیگر به نام «ش.ق» داده و قرار ازدواج با آنان گذاشته است و علت این کار به نظر شاکی، اختلافات پیشین خانوادگی و عدم رضایت قلبی پدر دختر بوده است (دادمرزی، ۱۳۹۷، ۴۰).

دادگاه با بررسی‌های محلی انجام شده، شاکی را محق دانسته و چنین بیان کرده که هرچند برهم زدن نامزدی و ازدواج با شخص دیگر، به موجب قانون مدنی، حق طرفین است، اما دخالت در ازدواج دختری که قول عروسی به فرد دیگر داده، خلاف عرف عمومی و نکوهیده است. بر این اساس، به موجب مواد ۱۰۳۵، ۱۰۳۷ ق.م و ماده سوم قانون مسئولیت مدنی، خانواده زوجه، ملزم به جبران تمامی خسارات به آقای «پ.ن» شامل: مبلغ ۲,۵۰۰,۰۰۰ تومان از جهت هدایا، مبلغ ۲,۰۰۰,۰۰۰ تومان از بابت اجبار ازدواج و مبلغ ۳,۲۰۰,۰۰۰ تومان از بابت خسارات معنوی به ایشان، مجموعاً، به مبلغ ۷,۷۰۰,۰۰۰ تومان خسارت مادی و معنوی به ایشان، محکوم، و از جهت جرم عمومی این واقع به پرداخت مبلغ ۱,۰۰۰,۰۰۰ به صندوق دولت محکوم می‌شود. در مورد ازدواج افراد، هیچ الزامی وجود نداشته و بنا به مفاد ماده ۱۰۳۷ قانون مدنی، به اختیار هر یک از طرفین سپرده می‌شود. این رأی قابل تجدید نظرخواهی در دادگاه تجدیدنظر استان می‌باشد.

از این مثال، چنین برداشت شده که خسارت معنوی به موجب عرف عمومی و بدون ارجاع به کارشناس تعیین شده است. بحث در خصوص حقوق و تکالیف زوجه خارج از پژوهش کنونی می‌باشد؛ اما این نکته قابل توجه است که فعل زیان‌بار خانواده زوجه این بود که خلاف عرف و اخلاق، بدون اطلاع قبلی به «پ.ن»، در خصوص فسخ نامزدی، وعده ازدواج را به دیگری داده بودند. در عین حال، پدر و مادر زوجه در امر ازدواج بین دو نفر، دخالت کرده بودند. این مهم فعل زیان‌بار دانسته شد که به واسطه آن خسارات مادی و معنوی به «پ.ن» وارد گردید؛ از این رو، مسئولیت معنوی جبران هر دو نوع خسارت بر عهده خانواده زوجه خواهد بود.

در خصوص وارد شدن خسارت روحی به «پ.ن»، دادگاه مبلغ مادی در نظر گرفت. این میزان حسب احکام پیشین و به استناد عرف عمومی صادر گشته بود. قضات در این خصوص، اختیارات داشته و در صورتی که عرف مقدر شده باشد، می‌توان به احکام پیشین استناد کرد. به هر حال، از جهت ورود خسارت روحی به آقای «پ.ن»، مبلغی تعیین شده که لازم به پرداخت می‌باشد.

نحوه استناد قاضی به تعیین خسارت معنوی، قابل تأمل است. ارجاع به کارشناس یکی از روش‌های حقوقی تعیین خسارت می‌باشد؛ اما نکته قابل تأمل اینکه کارشناس رسته روانشناسی وجود ندارد که بتواند این میزان خسارت را تعیین کند. در عین حال، پزشکی قانونی نیز به نظر، تخصص کافی در این خصوص را ندارد.

اما استناد به احکام متعدد به مانند نظام کامن لا و همچنین ذکر عنوان عرف عمومی در وضعیتی که قانون مصرحی در این خصوص وجود ندارد، امری کاملاً حقوقی محسوب می‌گردد.

در یک مثال حقوقی دیگر، در شهرستان اصفهان، دختری به نام: «س.س» در سال ۱۳۸۹ در سن ۲۰ سالگی با یکی از اقوام دور خود، دارای اصالت یزدی که مقیم تهران می‌باشد، نامزد کرده و تا سال ۱۳۹۳، این نامزدی ادامه داشت. داماد اعلام کرده بود که مالک چندین باب مغازه در تهران است. در هنگام عقد که در تهران در سال ۱۳۹۳، انجام شد، با وجود اینکه مبلغ ۲۰,۰۰۰,۰۰۰ تومان از طرف پدر دختر به پسر از حیث خرید جهیزیه داده شده بود، اما متوجه فقدان جهیزیه شدند و پس از تحقیق متوجه شدند که داماد هیچ دارایی نداشته و چهار سال فریبکاری کرده است؛ لذا دادگاه تهران صلاحیت خود را در رسیدگی احراز کرده رأی به ۱۷ ماه حبس برای داماد، ضمن اعلام فسخ نکاح داد. در عین حال، ضمن استناد به گزارش پزشکی قانونی، میزان ۲۵ میلیون تومان خسارت معنوی را برای فریبکار در نظر گرفت (نعمتی، ۱۳۹۵، ۳۶).

این مثال حقوقی، علاوه بر مسائل نکاحی، کلاهبرداری محسوب شده و لذا دادگاه به موجب عمل کلاهبرداری، چنین حکمی داد. فسخ نکاح (خارج از طلاق) رأی دادگاه بوده که به سبب اجرای آن، ازدواج از اول اتفاق نیافتاده بود. اما عدم پرداخت خسارت به خانواده دختر، نکته قابل توجهی در این حکم بود. تنها به پرداخت مبلغ جهیزیه و مجازات زندان اشاره شده و خسارات مادی و معنوی در اینجا لحاظ نشد. به نظر می‌رسد که عدم پیگیری دقیق خانواده دختر، دلیلی بر عدم استناد به قانون مسئولیت مدنی بود.

۲. خسارت معنوی در نظام حقوقی انگلستان و تطبیق آن با وضعیت مشابه در ایران

ابتداء، مسائل شکلی، پس از آن، مسائل ماهوی مورد بررسی قرار گرفته و در بخش بررسی ماهوی، جزئیات بررسی قضائی خسارت معنوی در انگلستان ذکر شده است. ضمن بیان مسائل شکلی و ماهوی،

زمینه برای بررسی وجوه اشتراک و افتراق با نظام حقوقی کشورمان فراهم گشته و در نهایت، نقاط قوت و ضعف این مهم ذکر گردید و در لا به لای مباحث، به سؤالات پژوهش پاسخ داده شد.

۱-۲. مسائل شکلی رسیدگی به خسارات معنوی

خلاف نظام حقوقی فرانسه که تفکیکی از شعب دادگاه برای امورات کیفری و جزائی مشهود نمی‌باشد، در انگلستان با وجود عرفی بودن نظام حقوقی، چنین تقسیم‌بندی مشهود بوده و در عین حال، رتبه‌بندی هر دادگاه نیز وجود داشته (بل و همکاران، ۲۰۰۸، ۱۴) و از این حیث، به نظام حقوقی کشورمان شباهت دارد. با این حال، قضات این کشور در هر شعبه دادگاه در زمان دریافت پرونده، حق رسیدگی همزمان به مسائل کیفری و حقوقی داشته و در صورت نیاز می‌توانند به صورت مستقل، نسبت به تحقیقات اقدام نمایند (برمان و همکاران، ۲۰۰۸، ۷۷). به مانند نظام حقوقی کشورمان، درخواست خسارت معنوی می‌تواند به صورت خواسته به دادگاه حقوقی ارسال شود و یا اینکه در لوای شکایت کیفری در دادگاه‌های کیفری مورد رسیدگی قرار گیرد؛ بنا بر این، از نظر شکلی، دو مسیر برای خواسته خسارت معنوی وجود داشته که هر دو مورد بررسی قرار گرفته‌اند.

۱-۱-۲. شکایت کیفری

بسته به شدت جرم، شکایت کیفری در دادگاه‌های چهارگانه کیفری اقامه شده و هر یک حق رسیدگی به موضوع خسارت معنوی ناشی از جرم را دارند.

۱-۱-۲-۱. دادگاه های صلح

در مواردی که جرم نسبتاً کوچکی اتفاق افتاده باشد، طرح شکایت در این دادگاه انجام شده و حتی به فرض عدم ذکر خواسته خسارت، دادگاه در حین بررسی خسارات مادی و معنوی را تعیین و حکم مقتضی را صادر می‌نماید. دادگاه کیفری که شکایت به آن واصل شده حتی بدون ذکر صریح جبران خسارت، به آن رسیدگی خواهد نمود.

۱-۱-۲-۲. دادگاه های شاهی

در مواردی که جرم در حد ساده نباشد، طرح خواسته در این دادگاه انجام شده که می‌تواند به مسائل خسارت نیز توجه نماید.

۱-۱-۲-۳. مرجع قضایی تجدید نظر

شکایات به صورت مستقیم به این دادگاه ارسال نشده و تنها آرای صادره از دادگاه‌های شاهی مورد بررسی قرار گرفته‌اند.

۱-۱-۲-۴. مرجع تجدیدنظر اعیان

شکایات مستقیم نیز به این دادگاه ارسال نمی‌گردد.

۲-۱-۲. خواسته حقوقی

در تقسیم‌بندی، دادگاه‌های حقوقی، خود از دادگاه عالی بخش،^۱ دادگاه‌های عالی،^۲ دادگاه پژوهشی حقوقی و کمیته مجلس اعیان تشکیل شده است.

۲-۱-۲-۱. مرجع قضایی بخش

در صورتی که مبلغ خسارت مطالبه کمتر از پنج هزار پوند باشد، مرجع قضایی مذکور به آن رسیدگی کرده و در ابتدای امر برای صلح و سازش تلاش می‌نماید. ممکن است خواهان تنها درخواست خسارت مادی را طرح نموده و در حین بررسی حکم به پرداخت خسارت معنوی نیز صادر گردد (بنو و برینگ، ۲۰۲۰، ۷۹۰)؛ بنابر این، صرف ارائه خواسته به‌صورت کلی کفایت داشته و دادگاه خود را صالح به رسیدگی به موضوعات مرتبط می‌بیند.

۲-۲-۱-۲. مراجع قضایی عالی

دادگاه‌های تجدید نظر متشکل از سه دسته و در محل دادگاه‌های تجدید نظر ساکن هستند؛ البته، در موردی نیز در شهرهای دیگر تأسیس شده‌اند. بخش‌های سه‌گانه دارای صلاحیت برابر با یکدیگر هستند. در این بند، به تعریف موارد پرداخته شده است. این بخش‌ها شامل موارد ذیل می‌باشند:

الف) دادگاه ملکه^۳

ب) دادگاه انصاف^۴

ج) دادگاه خانواده^۵

بسته به ارتباط موضوعی، خواسته خسارت در هر یک از دادگاه‌های مذکور طرح و به آن رسیدگی می‌گردد (زگولد، ۲۰۲۰، ۴۰۲).

۲-۲-۱-۳. مرجع حقوقی پژوهشی

صلاحیت رسیدگی به آراء دادگاه‌های عالی بخش، و تجدید نظر بر عهده این نوع دادگاه قرار دارد. در واقع، مرجع فرجام‌خواهی دادگاه‌های با درجه پایین‌تر بر عهده این نوع دادگاه می‌باشد. طرح خواسته نخستین در این دادگاه انجام نمی‌شود.

۲-۲-۱-۴. مجلس اعیان

یکی از مهم‌ترین سیستم‌های اداری و سیاسی انگلستان، مجلس اعیان یا لردهاست. در بخش حقوقی، این نهاد، دارای یک کمیته حقوقی است که به عنوان عالی‌ترین رأس هرم سیستم قضایی این کشور، فعالیت دارد. طرح خواسته نخستین در این دادگاه انجام نمی‌شود.

¹. Country court.

². High Court.

³. Queens Bench.

⁴. Chancery court.

⁵. Family court.

۲-۲. رسیدگی ماهوی به خسارات معنوی

پس از وصول خواسته در دادگاه های انگلستان، رسیدگی ماهوی به موضوع انجام خواهد شد. کامن لای انگلستان در خصوص خسارات معنوی معمولاً جبران مالی را در پیش گرفته و دیگر طرق جبران که پیش تر در این خصوص توضیح داد بی توجه مانده است (الیوت، ۲۰۰۱، ۱۸).

این طریقه جبران خسارات معنوی در نظام های حقوقی غرب که تجربه طولانی تری در این زمینه دارند جایگاهی وسیع یافته است. در این نظام ها قوای مقننه با تصویب قوانین متعدد و صریح روش های مطلوبی را جهت جبران خسارات معنوی به روش مادی مقرر داشته اند. محاکم قضائی به ویژه دادگاه های عالی نیز بر ضرورت جبران خسارت معنوی از طریق پرداخت پول یا اموال مادی تاکید دارند. علاوه بر این ها محققین غربی تحقیقات جامع الاطرافی در این مورد انجام داده اند (جیسن، ۱۹۸۸، ۴۸).

ممکن است خسارات مادی به طرق دیگر جبران شوند، اما خسارات معنوی به جز درمان، راه حل جبران عینی نداشته و از این رو اکثر کشورهای غربی جبران به پول را در این مورد پیش بینی نموده اند.

۲-۲-۱. اختیارات پزشکی قانونی

معمولاً، شعب دادگاه حقوقی یا کیفری با تشخیص اصل ورود خسارت روحی و روانی، خواهان/ شاکی را نزد پزشکی قانونی فرستاده و سپس گزارش ارسالی را ضمیمه پرونده می نمایند. پزشکی قانونی تنها وضعیت روانی و شدت آن را تشخیص داده و در خصوص میزان خسارت، اظهارنظری بیان نمی دارند. تاکنون مشهود نبوده که بدون گزارش پزشکی قانونی، حکم به جبران خسارت معنوی صادر شود (استرارک، ۱۹۷۳، ۱۱۴)، مگر در خصوص خسارت معنوی وارده به بستگان که در ادامه در این خصوص مطالب بیشتری ذکر گردیده است.

بنابر این، در جریان رسیدگی به پرونده های مستوجب جبران خسارت معنوی، نخستین اقدام دادرس، درخواست گزارش از پزشکی قانونی در خصوص وضعیت خسارت معنوی وارده بوده که در واقع اطمینان از وضعیت خسارت معنوی می باشد. در صورتی که پزشکی قانونی اعلام دارد که خسارت وارده به روح و روان جزئی بوده و یا اینکه خسارتی به روان وارد نگردیده است، خواسته خسارت معنوی رد شده و دیگر به آن رسیدگی نخواهد شد.

پزشکی قانونی در انگلستان منشأ خسارت روانی را نیز مشخص می نماید. البته، قابل ذکر است که روانشناسان شاغل در سازمان پزشکی قانونی این کشور دوره های تحقیقات قضائی را گذرانده و در واقع به مانند بازجو نیز رفتار نموده و گزارش کارشناسی خود را بیان می دارند (زراعت، ۱۳۹۷، ۱۲۵).

۲-۲-۲. یافتن پرونده مشابه

در نظام حقوقی انگلیس دعاوی مربوط به لطمه به احساسات و رنج روحی ناشی از ترس و اضطراب و تحقیر، از دست دادن توانایی سازش با شرایط زندگی و تجاوز به شخصیت و حقوق مربوط به شخص،

مورد پذیرش قرار گرفته است. به طور مشخص از قرن نوزدهم، جبران این گونه خسارت‌ها در ابعاد مختلف از جمله صدمات جسمی و درد و رنج بدنی پیش بینی شده و رأی دادگاه استیناف در سال ۱۹۹۲ و مجلس اعیان در سال ۱۹۶۴، مبنای جبران خسارت معنوی در صدمات روحی و از دست دادن تعادل فیزیکی محسوب می‌شود (شکوه زاده، ۲۰۲۰، ۹۰). در نظام حقوقی این کشور صرف صدمات روحی، قابل جبران نیست و جبران خسارت را تنها در شکست‌های عصبی و اختلالات روانی مجاز می‌داند. بنابر این، هر صدمه روحی و عصبی یا غم و اندوه عادی، ضرر قابل جبران به حساب نمی‌آید و تنها، لطمات روحی و عصبی قابل جبران هستند که از سنگینی ویژه‌ای برخوردار باشند، به نحوی که از نظر روانپزشکی براساس اسناد و مدارک ارائه شده در حد بیماری روحی و روانی به شمار آید. این خسارات، برای هر کس به طور جداگانه با توجه به عوامل متعددی مانند سن و شخصیت اجتماعی و با توجه به نظر کارشناس در نظر گرفته می‌شود (کارتویچ و هسلینک، ۲۰۰۸، ۳۵).

۲-۲-۳. خسارت به بستگان

در جریان ورود هر نوع خسارت (مادی یا معنوی) به هر فرد، ممکن است اطرافیان وی نیز از این جهت، دچار خسارت روحی گردند. در کامن لای انگلستان، معمولاً، این نوع خسارت برای اقوام درجه یک شامل: پدر، مادر، پدر بزرگ، مادر بزرگ، همسر، فرزند و خواهر و برادر به عنوان بستگان درجه یک محسوب شده که استحقاق دریافت خسارت معنوی از حیث خسارت به خواهان/ شاکی را دارند. در این دسته بندی نوه به عنوان عامل دریافت کننده خسارت معنوی لحاظ نگردیده است (توجهی و ابراهیم وند، ۱۳۹۶، ۴۳). در این نوع تعیین خسارت نیاز به درخواست صریح نبوده و تنها به تشخیص قاضی، و پیگیری اشخاص واجد صلاحیت که به پزشکی قانونی معرفی شده‌اند، این نوع خسارت تعیین می‌گردد. قابل ذکر است که عدم مراجعه افراد تعیین شده برای پیگیری امور، موجب سقوط حق دریافت خسارت خواهد شد (کوسارت و همکاران، ۲۰۱۷، ۳۱۹).

۲-۲-۴. خسارت طول مدت درمان

خسارات معنوی که تاکنون در این خصوص بحث شد، نوعی دیه در قبال آسیب به روان می‌باشد. اما برای شخص اصیل، خسارت طول درمان نیز تعیین گردیده که پزشکی قانونی در این خصوص اظهار نظر می‌نماید. بنابر این، اختیارات پزشکی قانونی معمولاً در استعلام دوم می‌باشد. در استعلام اول اصل خسارت روحی تعیین شده و در استعلام دوم در تعیین محل درمان می‌باشد؛ بنابر این، قاضی، میزان خسارت طول درمان را در حکم قید نموده و تنها محکوم را ملزم به مراجعه به مرکز معرفی شده توسط پزشکی قانونی می‌نماید. در این صورت، وی در خصوص نحوه پرداخت هزینه درمان با مرکز درمانی به توافق خواهد رسید و گزارش آن به دادگاه ارسال خواهد شد (قیصری و همکاران، ۲۰۲۰، ۶۹).

۲-۲-۵. پیوند به خسارات مادی و جانی

چنانچه بیان شد، مسأله خسارت به بستگان شخصی که به هر نحو آسیب‌دیده، عمدتاً در مواردی بوده که خسارت مادی یا جانی به اصیل وارد گردیده که در این صورت گاه خود اصیل مستحق جبران خسارت معنوی نبوده و این نوع خسارت به بستگان تعلق دارد؛ بنابر این، مثال‌های حقوقی این حوزه در این قسمت بیان شده و مفصلاً نیز در این خصوص بحث گردیده است.

در حقوق انگلستان، چنین مطرح شده که هرگونه صدمه به فرد، می‌بایست آثار آن، توسط کارشناس تعیین شده و مسئول جبران آن، شخص صدمه زنده است (بنو و برینگ، ۲۰۲۰، ۷۹۲). در واقع، مبلغ مشخص تعیین نشده و این مهم، عمده وجه افتراق با حقوق ایران است. البته، این مورد، مزیت نیز محسوب می‌شود؛ چراکه برخی جرائم تعیین شده در طول سالیان دراز، بدون لحاظ نرخ تورم ثابت مانده و لیکن در قانون انگلستان، این مهم در تمامی اعصار قابل اجرا است (قیصری و همکاران، ۲۰۲۰، ۶۹).

۲-۳. بررسی وجوه اشتراک با نظام حقوقی کشورمان

آنچه اهمیت دارد، رسمیت خسارات معنوی در نظام حقوقی هر دو کشور می‌باشد. ممکن است در نظام‌های حقوقی کم کاربرد در کشورهای دور افتاده، این نوع از خسارات به رسمیت شناخته نشده باشد. با وجود تفاوت‌های اساسی بین دو نظام حقوقی ایران و انگلستان، لزوم جبران خسارات معنوی در هر دو کشور پذیرفته شده است. کامن لای انگلستان، در پرونده‌های متعدد، نسبت به این مورد، حکم صادر کرده که نشان از رسمیت آن در ادبیات حقوقی این کشور می‌باشد. در کشور ما نیز به موجب چند ماده حقوقی مهم به آن رسمیت داده شده است؛ بنابر این، حقوق‌دانان هر دو کشور معتقد هستند که خسارات معنوی به هر نحو ممکن می‌بایست جبران شده تا اصول کلی عدالت برقرار گردد.

نظام‌های حقوقی از نوع نوشته، در زمان خلأ حقوقی نیز به عرف مراجعه کرده و در این وضعیت، با نظام حقوقی کامن لای، دارای اشتراک می‌باشند. در وضعیتی که خسارت معنوی در کشور ما تنها به رسمیت شناخته شده و منبع حقوقی برای تعیین میزان آن وجود ندارد، قضات می‌بایست به مانند آنچه در نظام کامن لای، وجود دارد عمل کرده و حکم مقتضی را حسب عرف تعیین نمایند؛ بنابر این، تا زمانی که منبع حقوقی مستقل حاوی قواعد تعیین خسارت معنوی وجود نداشته باشد، استناد به عرف کامن لایی از نقاط اشتراک دو نظام حقوقی ایران و انگلستان در خصوص خسارت معنوی محسوب می‌گردد. با وجود عرفی بودن تعیین خسارت معنوی در دو نظام حقوقی ایران و انگلستان، معیارهای تخصصی روانشناسی در تعیین میزان خسارت نقشی مهم داشته و در صورتی که قضات به صورت مستقیم به قضیه ورود نمایند، می‌بایست مطابق معیارهای روانشناسی خسارت را تعیین نمود. طبیعتاً، در صورت لزوم ارجاع امر به متخصص، کارشناسان روانشناسی مرتبط‌ترین تخصص به این مسأله محسوب می‌گردند.

در هر دو نظام حقوقی ایران و انگلستان رسیدگی به موضوع خسارت معنوی می‌تواند توسط هر دو دادگاه حقوقی و کیفری انجام شود. با وجود تفکیک دادگاه‌های حقوقی و کیفری در هر دو کشور، باز هم رسیدگی به خسارت مادی و معنوی در دادگاه‌های کیفری ممکن است. در کشور ما این مورد را می‌توان تنها استثنائی بر تفکیک دادگاه‌ها دانست. در انگلستان نیز با وجود تفکیک دادگاه‌ها، دامنه دخالت دادگاه‌ها بر نوع دیگر دادگاه بیشتر است، با این حال، در لوای رسیدگی به جرائم می‌توان نسبت به مسأله خسارت نیز اظهار نظر نمود.

۲-۴. بررسی وجوه افتراق با نظام حقوقی کشورمان

اگر از دیدگاه شکلی به قضیه نگریسته شود، ماده مهم دوم آئین دادرسی مدنی که دادگاه‌های حقوقی را تنها به شرط ارائه خواسته توسط ذی نفع، مجاز به ورود به دعوی کرده، در انگلستان، تنها، ورود جزئی ابتدایی دادگاه به قضیه، اختیار تعیین خسارت را به شعبه خواهد داد. ممکن است دعوا با ماهیت جداگانه در دادگاه طرح شده باشد و لیکن دادگاه در صورت تشخیص بروز خسارت، حق ورود به قضیه را خواهد داشت.

از نظر ماهوی، هزینه روان‌کاوی شخصی که دچار آسیب روحی شده و همچنین خسارت به بستگان درجه اول، تنها در کامن لای انگلستان مشهود بوده و این مهم در ادبیات حقوقی کشورمان جایگاهی نداشته و ابتکار نظام حقوقی انگلستان محسوب می‌گردد.

حقوق انگلستان بر پایه اصل کلی، حقوقی را درباره جنایت منافع، تعیین کرده است. قانون‌گذار این کشور، کلیات دیه منافع را مطابق با فقه و حقوق ایران، بیان داشته و مسأله زوال منافع و دیه آن را به رسمیت شناخته است (فرح زادی و فهیم، ۱۳۹۵، ۱۹۷). در کلیات قانون نیز اشتراکات وجود دارد. اما کامن‌لا انگلستان، میزان دیه‌ها براساس نوع را مشخص نکرده و این مورد در کشور ما، به صورت خاص، مشخص شده است. فقهای اسلام و حقوق ایران موارد زوال منافع را برشمرده و برای آن دیه مشخص تعیین کرده‌اند. اما چنین موضوعی در حقوق انگلستان یافت نمی‌شود (توانگر و فروغی، ۱۳۹۵، ۱۸۵).

تنها نفس قوانین معتبر بوده و میزان آن قابل تعیین نیست. حقوق انگلستان چنین قانونی وضع کرده که تنها آثار حقوقی زایل شدن را در نظر گرفته و بر مبنای احکام مشترک از پرونده‌های پیشین، حکم صادر می‌کند. میزان این دیه‌ها گاه از دیه کامل فراتر رفته و گاه بسیار ناچیز (محقق داماد، ۱۳۹۰، ۱۳).

میزان دیات در یک مورد خلاصه نشده و به دیه درمان، هزینه‌های پس از درمان، هزینه‌های آسیب روحی و روانی و دیه بستگان منتهی می‌شود. در کشور ما، تنها یک دیه برای آن تعیین شده و در قانون مصرح است. هیچکدام از دیات، از دیه کامل فراتر نرفته و قانون، برای آن یکسان است (رحیمی، ۱۳۹۱، ۱۷).

بنابراین توجه به خسارت روحی اطرافیان خسارت دیده، یکی از مهم‌ترین وجوه افتراق بحث خسارت معنوی در دو نظام حقوقی ایران و انگلستان می‌باشد.

اگر از دیدگاه کیفری به قضیه نگاه شود، خسارت معنوی می‌تواند جزء دیه محسوب گردد. به عقیده حقوقدانان کیفری مجازات دارای اهداف متعددی بوده که بازدارندگی از ارتکاب جرم یکی از مهم‌ترین این اهداف می‌باشد (رحیمی، ۱۳۹۱، ۳۳). به نظر می‌رسد که خسارت معنوی در انگلستان به واسطه تعیین هزینه درمان و لزوم جبران خسارت روحی اطرافیان، موجب بازدارندگی بهتر از ارتکاب اعمال منتهی به خسارت گردیده و این مهم به سبب حقوقی تلقی شدن موضوع خسارت معنوی در کشور ما، مورد توجه قرار نگرفته است.

۳. اجرای احکام

در کشور ما ممکن است حکم به خسارت معنوی حسب قواعد و معیارهای خاص تعیین شود که در این صورت مأمور اجرای احکام مدنی می‌بایست میزان دقیق خسارت را تعیین و مطابق هر دین دیگر در جهت وصول آن اقدام نماید. ممکن است میزان دقیق خسارت (در موارد نادر) در حکم اصلی ذکر شود که در این صورت دادورز در این خصوص فاقد اختیارات لازم می‌باشد. در انگلستان نهاد اجرای احکام تنها معاونتی زیر نظر شعبه دادگاه بوده و تمامی احکام اجرائی با دستور خود قاضی صادرکننده رأی انجام می‌گردد، لذا امورات اجرایی نیز زیر نظر خود دادگاه می‌باشد (الیوت، ۲۰۰۱، ۲۵)؛ اما در کشور ما جدایی بخش اجرای احکام موجب بروز مشکلاتی در تشخیص مسائل شکلی و ماهوی گردیده است؛ از این رو، نیاز است که میزان خسارت به نوعی تعیین شود که اختیارات دادورز در محاسبه آن محدود گردد.

نتیجه گیری

بر مبنای بحث‌های مطروحه، نتایج ذیل حاصل شده‌اند:

رسمیت خسارت معنوی از وجوه مشترک بین نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان می‌باشد. جبران خسارت معنوی اقوام درجه یک، خسارت دیده، شاخصه اصلی نظام حقوقی انگلستان بوده که از وجوه افتراق با نظام حقوقی کشورمان محسوب می‌گردد.

در کشور ما خسارت طول درمان مشکلات روحی لحاظ نشده و این مهم در کامن‌لای انگلستان مورد حمایت قرار گرفته است.

اختیار دادگاه کیفری برای تعیین خسارات مادی و معنوی، از وجوه اشتراک دو نظام ایران و انگلستان می‌باشد.

در کشور ما با وجود رسمیت خسارات معنوی، سازوکار آن به درستی مشخص نبوده و از این رو قضات عمدتاً سعی در سازش بین طرفین دارند.

در انگلستان دعوی اضافه بدون نیاز به ثبت آن، توسط دادگاه پیگیری خواهد شد و این در حالی است که دادگاه های حقوقی کشورمان تا زمان وصول دادخواست، به هیچ دعوی رسیدگی نمی نمایند. در انگلستان روان شناسان معتمد، به مانند بازجو عمل کرده و نقش مهمی در کشف حقیقت ایفا می نمایند. این در حالی است که مرجع دقیق شناسایی خسارات معنوی در کشور ما هنوز مشخص نیست. جبران عینی و بی کم و کاست در انگلستان بیشتر مصداق داشته و بدون ذکر میزان هزینه درمان، خسارت زننده ملزم به توافق با مرکز درمانی از جهت طول درمان بیمار خواهد بود. اصول عدالت محورانه در جریان جبران خسارات معنوی در انگلستان، به نحوی بهتر مشهود است. ارتباط بین خسارات مادی و معنوی در کشور ما مورد توجه قرار نگرفته و این در حالی است که در انگلستان دارای رویه قضائی می باشد.

در کامن لای انگلستان، شدت و طول مدت خسارت روحی بر تعیین خسارت روحی اثرگذار است. در کشور ما قاعده ارش مبنای تعیین خسارت می باشد که حقوقدانان خصوصی به آن ایراد گرفته اند. در کشور ما مامور اجرای احکام در تعیین خسارات معنوی تا حدودی دارای اختیارات می باشد، چراکه رای صادره معمولاً معیارهایی برای شناسایی تبیین نموده است.

کتابشناسی

۱. بادینی، حسن، (۱۳۹۵)، فلسفه مسئولیت مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲. باریکلو، علیرضا، (۱۳۸۵)، مسئولیت مدنی، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
۳. توانگر، زهرا؛ فروغی، فضل الله، (۱۳۹۵)، بررسی حکم تداخل دیه منافع در جنایت بر اعضاء، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، شماره: ۸ (۲)، ص ۱۸۳-۲۱۳.
۴. توجهی، عبدالعلی؛ ابراهیم وند، حسام، (۱۳۹۶)، کیفرگذاری و کیفردهی در حوزه سلب آزادی در حقوق ایران و انگلستان، دیدگاه های حقوق قضائی، شماره: ۱ (۷۷)، ص ۴۱-۹۰.
۵. رحیمی، نرجس خاتون، (۱۳۹۱)، جنایت بر منافع اعضاء بدن در فقه امامیه و حقوق ایران، دانشگاه فردوسی مشهد، پایان نامه کارشناسی ارشد.
۶. زراعت، عباس، (۱۳۹۷)، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی بخش قصاص، تهران، انتشارات جنگل جاودانه.
۷. فرح زادی، علی اکبر؛ فهیم، نرگس، (۱۳۹۵)، تداخل اسباب دیه در فقه امامیه، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره: ۸ (۱۴)، ص ۱۹۵-۲۱۴.
۸. فیض، علیرضا، (۱۳۷۲)، منافع بشری و جنایت بر آن، تهران، انتشارات وزرات فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۹. قاسم زاده، سید مرتضی، (۱۳۹۸)، مبانی مسئولیت مدنی، تهران، نشر میزان.

۱۰. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۹۰)، جنایت بر اعضای بدن از دیدگاه فقه و حقوق اسلامی، فصلنامه فقه پزشکی، شماره: ۲ (۵)، ص ۱۱-۳۵.

۱۱. نعمتی، حسن، (۱۳۹۵)، بررسی تطبیقی دیه اعضاء در مذاهب اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، پایان نامه کارشناسی ارشد.

12. Bell, J; Boyron, S & Whittaker, S, (2008), **Principles of French law**, oxford university Press.
13. Bermann, G, A & Picard, E (Eds), (2008), **Introduction to French law**, Kluwer Law International BV.
14. Bueno, N & Bright, C, (2020), **Implementing Human Rights Due Diligence Through Corporate Civil Liability**. International & Comparative Law Quarterly, 69(4), 789-818.
15. Cartwright, J & Hesselink, M, (Eds), (2008), **Precontractual liability in European private law**, Cambridge University Press.
16. Cossart, S ; Chaplier, J & De Lomenie, T. B, (2017), **The French law on duty of care: A historic step towards making globalization work for all**, Business and Human Rights Journal, 2(2), 317-323.
17. Elliott, C, (2001), **French criminal law**, Routledge.
18. Ghaisary, S, A, Yousefzadeh, M & Habib, M, (2020), **Preventive civil liability and its educational principles in the high school social studies textbook**, Revista Conrado, 16(76), 68-78.



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jclld.liau.ac.ir>

Vol.3, No.1, Issue 9, Spring 2024, P: 43-64

Receive Date: 2024/01/02**Revise Date:** 2024/02/28**Accept Date:** 2024/03/10**Article type:** Original Research**Online ISSN:** 2821-2339

Analysis of Approaches of Theory of Post-post Modernism Criminology

Vahid zsharif¹Maryam Poorbaghi²

Abstract

Post-post Modernism Criminology or Trans Modernism Criminology surveys the effective factors in crime occurrence depends on the expanded theoretical subjects from Modernism Criminology meditation following Post Modernism Criminology with criticism from criminological approaches of Modernism and Post Modernism as the end of Modernism meditation. In this research, we follow to find the response of this question that how are the approaches of Post-post Modernism Movement of thought in dealing with the phenomena of crime, criminalization and discovering the causes of crime occurrence? even the answer to other question based on that whether Post-post Modernism Criminology in preventing from crime and correction of an offender besides criticism to Modernism and Post Modernism Criminology, access its critical objects? This research with analytical and descriptive method, has surveyed the old theories of criminologists and data of valid scientific internal and external law articles and has searched the obstacle criminalization, intentional crime, two-dimensional absolutism, objectivism, religionist, alienation and rationalism are principal factors of Post-post Modernism Criminology in contrast with essentialism, unaware mind of Trans Modern offender, rationalism, mentalism, nihilism, self-depended reason and formalism are fundamental elements of Modernism and Post Modernism Criminology, besides the comparative study of mentioned measures determines the relative success of Trans Modernism Criminology in achievement of critical purposes. Furthermore, the necessity of perception in approaches Post-post Modernism Criminology about solving legal vacuum and determining judges' liberties in the status of legislation or interpretation of law, adjudicate or implementation of verdict in criminal courts that has dominant role in assumption of preventive or punitive dispositions in opposition with criminal phenomena.

Keywords: Post-post Modernism criminology, Trans Modernism criminology, criticism of criminological approaches, criticism of Post Modern criminology.

¹ Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Lahijan Branch, Islamic Azad University, Lahijan, Iran (corresponding author). dr.zsharif@gmail.com

² PhD student of Criminal Law and Criminology, Lahijan Branch, Islamic Azad University, Lahijan, Iran. porbaghi1362@gmail.com



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jclld.liau.ac.ir>

سال سوم - شماره ۱ - شماره پیاپی ۹ - بهار ۱۴۰۳، ص ۶۴-۴۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۲۰

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۲/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۱۲

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

واکاو رویکردهای نظریه‌ی جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم

وحید زارعی شریف^۱

مریم پورباقی^۲

چکیده

جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم یا جرم‌شناسی ترنس مدرنیسم، به بررسی عوامل مؤثر در وقوع جرم، مبتنی بر مباحث نظری توسعه یافته از تفکر جرم‌شناسی مدرنیسم، به دنبال ایدئولوژی جرم‌شناسی پست مدرنیسم، با انتقاد از رویکردهای جرم‌شناسانه مدرنیته و پست مدرنیته با اعلام پایان تفکر مدرنیسم می‌پردازد. نوشتار حاضر، به دنبال یافتن پاسخ به این پرسش است که رویکردهای جنبش فکری پسا پست مدرنیسم، در مواجهه با پدیده‌ی مجرمانه، جرم‌انگاری‌ها و کشف علل وقوع جرم چگونه است و اینکه آیا جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم در پیشگیری از وقوع بزه و اصلاح بزهکار، ضمن انتقاد از جرم‌شناسی مدرنیسم و پسا مدرنیسم، به اهداف خود دست یافته است؟ پژوهش گزارش شده در این مقاله، به روش توصیفی تحلیلی، با واکاو و اپسین نظریه‌های جرم‌شناسان و یافته‌های حقوقی داخلی و خارجی، به این نتیجه دست یافته است که جرم‌انگاری مانع، عامدانه بودن بزهکاری، مطلق‌گرایی دو وجهی، عنیت‌گرایی، دین‌گرایی، از خود بیگانگی و واقعیت‌گرایی، از مؤلفه‌های بنیادین جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم، در تقابل با ذات‌گرایی، ذهن‌نا آگاه، نسبی‌گرایی، ذهنیت‌گرایی، پوچ‌گرایی، عقل‌خودبین و شکل‌گرایی برگرفته از دستاوردهای جرم‌شناسی مدرنیسم و پست مدرنیسم است؛ مضافاً به اینکه بررسی تطبیقی شاخصه‌های مذکور، بیانگر موفقیت نسبی جرم‌شناسی ترنس مدرنیسم در تحقق اهداف انتقادی است؛ از این رو، ضرورت ژرف‌نگری در رویکردهای جرم‌شناسی پسا پست مدرن، راجع به رفع خلأهای قانونی و تعیین اختیارات قضات، در مقام وضع یا تفسیر قانون، صدور یا اجرای رأی در محکمه کیفری و اتخاذ تدابیر پیشگیرانه یا سرکوبنده، در مقابله با پدیده جنایی، مورد تأکید قرار دارد.

واژگان کلیدی: جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم، جرم‌شناسی ترنس مدرنیسم، نقد رویکردهای جرم‌شناسانه، نقد

جرم‌شناسی پسا مدرن

^۱ استادیار گروه فقه و حقوق، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران (نویسنده مسئول). dr.zsharif@gmail.com

^۲ دانشجوی دکتری حقوق جزاء و جرم‌شناسی، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران. porbaghi1362@gmail.com

جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم یا جرم‌شناسی ترنس مدرنیسم، بیانگر دوره یا جهت‌گیری نظری در جرم‌شناسی است که پس از دوره پست مدرنیسم، اغلب به نقد ساختارهای بزرگ نظری، زیر سؤال بردن حقایق مطلق و تأکید بر نسبیت و تفسیرهای چندگانه در فهم جرم و کنترل جرائم می‌پردازد. ترنس مدرنیسم، الگویی انتقادی در حال پیشرفت بر اساس پارادایم‌های مدرنیسم و پست مدرنیسم است (Cole, 2008, 68). این دوره تا حد زیادی بر پیچیدگی‌های فرهنگی و اجتماعی در تعریف و واکنش به جرم تمرکز دارد و با تأکید بر شبکه‌های اجتماعی، انعطاف‌پذیری هنجاری و نقدهای ایدئولوژیک بر سیاست‌ها و رویکردهای جنایی‌شناختی، در حال تکوین است؛ هرچند که عناصر دقیق آن، کماکان موضوع بحث و تحقیق است و به‌ندرت به‌صورت مشخص در جرم‌شناسی، شناسایی شده است.

ترنس مدرنیسم، بدون هرگونه التزام تمامیت‌گرایانه به پست مدرنیسم یا پیشا مدرنیسم، پیشرفت‌های علمی و دستاوردهای انقلاب فناوریانه و صنعتی و دوره روشنگری را رد نمی‌کند (Inayatullah, 2005, 573)؛ مع الوصف، می‌کوشد تا فراسوی پارادایم‌های پست مدرن حرکت کند و شامل رویکردهای تازه‌تری باشد: بازگشت به برخی حقایق و استانداردهای عینی و تلاش برای یافتن زمینه‌های مشترک یا اصولی که فراتر از نسبی‌گرایی پست مدرنیستی بوده و می‌تواند مبنایی برای فهم جرم و عدالت کیفری ارائه شوند؛ استفاده از فناوری و داده‌ها و بهره‌گیری از فناوری‌های نوین و تحلیل داده‌های بزرگ برای درک بهتر پدیده‌های جرم‌شناختی و رفتار مجرمانه؛ توجه به مقوله‌های جهانی‌شدن و فراملیت و پرداختن به جرائمی که از مرزهای جغرافیایی تجاوز می‌کنند، مانند جرائم سایبری و جرم‌انگاری‌های مرتبط با محیط زیست؛ و دیدگاه‌های متنوع فرهنگی، به معنای درک چند فرهنگی و جهانی از جرائم و پاسخ‌های جامعه به آنها.

نظریه پسا پست مدرنیسم، به بررسی سنت و مدرنیسم به جهت دگرگونی به سمت مدرنیته کردن سنت‌ها پیش از تخریب یا جایگزینی آنها می‌پردازد و علیرغم انتقاد از مدرنیسم و پست مدرنیسم، اغلب برخی دیدگاه‌های این دو نظام فکری را می‌پذیرد (Yerba, 2018, 515)؛ اما به عنوان یک تحول فکری جدید در عصر دیجیتال، می‌کوشد تا الهام‌بخش مباحث متعددی در زمینه فلسفه، فرهنگ، سیاست، حقوق و علوم اجتماعی بوده و با بررسی ابعاد گونه‌گون تحولات اجتماعی و وقایع و رویدادها، به ایده‌آل‌های فراتر از مدرنیسم بپردازد و علیرغم اینکه به عنوان نومدرنیسم و یکی از اقسام جرم‌شناسی انتقادی، دیدگاه تعارض را پذیرفته و هنگام بررسی جامعه به طور کل و مشکل وقوع جرم به طور خاص به بررسی تعارضات می‌پردازد؛ با این حال، جامعه بشری را متشکل از اختلافات و نزاع‌های مردمی می‌داند که به رقابت در منافع فردی و گروهی می‌پردازند

(Chamberlain, 2019, 149) و تمایل به رویارویی با این سؤال دارد که چه چیزی عامل رفتارهای جنایی سستی یا مدرنیته است و چگونه می‌توان به بهترین نحو از این رفتارها پیشگیری کرد یا آن‌ها را کنترل نمود؟ کما اینکه هسته مفاهیم آنالیزی در جرم‌شناسی‌های انتقادی اخیر مبتنی بر نژاد، جنسیت و طبقه‌بندی است که به صورت همزمان، ماهیت و ساختار نظریات منتقدانه را تشکیل می‌دهند و پیشرفت‌های نظری اخیر در دیدگاه انتقادی به جرم، در قالب تدابیر سیاست جنایی جهت کاهش جرائم سستی یا مدرنیته ارائه می‌گردند (Karmer, 1984, 252).

از طرفی، جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم، برگرفته از انتقادهای فراوان به نظریه‌های پست مدرنیسم است: عدم سازگاری با استانداردهای علمی مدرن، محوریت ایدئولوژیک خاص، بازی با عقاید متنوع، باورهای مبهم و فشرده، انتقادهای نا بهنجار از نظریه‌های مدرن، فقدان نظریه بنیادین، فقدان بینش جامع در ارتباط با جامعه، دیدگاه بدبینانه به امور جامعه‌ی و تمایل مفرط به تفاوت داشتن و متمایز بودن ضمن عدم توجه به مسائل روز جامعه و جهان شمولی است.

بنا بر این، می‌توان گفت که واکاوی دقیق مختصات نظریه‌های پسا پست مدرن در قبال پدیده مجرمانه و تدابیر کیفری و غیرکیفری مورد پیشنهاد آن‌ها، باید مبنای پژوهش‌های جرم‌شناسی قرار گیرد؛ وگرنه کوتاهی و اهمال در آن، از موجبات تأخیر در بومی سازی علوم انسانی خواهد شد.

۱. چیستی شناسی پسا پست مدرن و تاریخچه نظریه پردازی آن

۱-۱. مفهوم پسا پست مدرن

ترنس مدرن یا ترامدرن در لغت، به معنای فرارفتن از مدرن است و به پرورش ایده‌های انتقادآمیز از مدرنیته و پست مدرنیته می‌پردازد (Goizueta, 2000, 183). ترنس مدرنیسم، به معنای انتقال افراد از یک وضعیت به وضعیت دیگر یا انتقال جوامع از یک مسیر فکری به مسیر دیگر است. ترنس مدرنیسم با نظرات انریکه دوسل، فیلسوف و مورخ آرژانتینی مکزیکی، گره خورده است که چهره اصلی جنبش فلسفی فلسفه‌رهای بخشی، تلقی شده و به نقد ساختارهای استعمارگرا، نظام سلطه، جهانی سازی، نژادپرستی و تبعیض جنسیتی می‌پردازد.

انریکه دوسل، معتقد بود که پست در پست مدرنیته، اروپا محوری را کنار نمی‌گذارد؛ اما اروپا در بسط تمدن خود و به دنبال آن حذف فرهنگ‌های مقدم بر خود و نیز تمدن‌های معاصر که از نظر فرهنگ غرب فاقد ارزش هستند، خود را ذی حق دانسته است (Dussel, 2012, 28). ترنس مدرنیسم، در واقع، فرآیند انتقال شناختی و ناظر به زمان و تاریخ تحولات فرهنگی و ایدئولوژیکی مؤثر بر سیاست‌های کیفری، رویکردهای جرم‌شناختی، مقررات قانونی و قواعد حقوقی ناظر بر فرآیند دادرسی کیفری می‌باشد. ترنس مدرنیسم یا پسا پست مدرنیسم با هدف بهبود زندگی فرهنگی،

حقوقی، اجتماعی، سیاسی و اقتصادی اعضای جامعه ضمن انتقاد به راهکارهای جرم‌شناختی مدرنیسم و پست مدرنیسم، به ترویج ارزش‌های اخلاقی و هنجارهای اجتماعی منحصر به فرد دوره ترنس مدرنیسم در مقابله با پدیده مجرمانه می‌پردازد.

مؤلفه اصلی نظریه مدرنیسم ذات‌گرایی، اثبات‌گرایی، اندیشیدن و درک وقایع از طریق حواس بشر است؛ بنا بر این، توسل به عقل بشری یا عقل خود بنیان که با دکارت، آغاز شد و با کانت، به اوج رسید و سیر تطور علمی بی‌نیاز از خدا و کلام وحی شد که دین (مسیحیت و اسلام) را خرافه می‌پنداشت (عباسی، ۱۳۸۰، ۳۰). در عصر مدرنیسم، پیچیدگی روز افزون و آسیب پذیری از گزاره‌های اصلی بود؛ اما بشر دارای ابعاد عاطفی و روح‌گرایی بود که با کارکرد عقل خود بنیان اقناع نمی‌شد.

نظریه پست مدرنیسم، معتقد به تکمیل امانیسم یا انسان محوری ضمن تلاش برای ساده نمودن ساختارهای پیچیده مدرنیسم بود و به عقل خود بنیان، طبقه بندی و نظم یکپارچه جامعه و پیچیدگی امور در عصر مدرنیسم انتقاد کرد؛ اما هیچ‌گونه بدیل و جایگزینی برای برنتابیدن نظم و انضباط مدرنیسم نداشت که منجر به هرج و مرج، خلأ و بی‌نظمی شد؛ بنا بر این، به دنبال انتقادات گسترده به پست مدرنیسم و پیدایش و کیوم قدرت، نیل به ترنس مدرنیسم موضوعیت یافت.

تعالی‌گرایی در قالب آمیزه متنوعی از ایده‌ها و ارزش‌های مدرن، سنت و موجودات نا متعارف و غیرمادی است (Takanashi, 2009, 67). نظریه پسا پست مدرنیسم، در انتقاد به عقل‌گرایی مدرنیسم، با راز زدایی و افسون زدایی مقابله نمود؛ زیرا عقل خود بنیان، متوسل به حس تجربه می‌شود و از پرداختن به عالم اسرارآمیز غیب، اجتناب می‌کند که ترنس مدرنیسم به انتقاد افسون زدایی مدرنیسم می‌پردازد. تفکر پسا پست مدرنیسم در انتقاد به خلأ و بی‌نظمی پست مدرنیسم، با ایجاد سلسله مراتب و انضباط اجتماعی در ساعات کار یا تحصیل، منجر به ایجاد حس خستگی بشر شد؛ زیرا انحصار بشر در چهار چوب زمان و نظم، منجر به زندگی ماشینی و خستگی بشر شد و در نهایت، منجر به روی آوردن به الکل، مواد مخدر، خشونت و ارتکاب جرم شد.

۱-۲. نظریه پردازان پسا پست مدرن

ژیل لپووتسکی،^۱ معتقد است که ما نه در بدتر و نه در بدترین جهان زندگی می‌کنیم و مُد نه فرشته و نه شیطان است؛ اما افراد نخبه باید از مُد اجتناب نمایند. او به پدیده‌های مُد، لیبرالیسم، دموکراسی و پسا مدرنیسم انتقاد می‌نماید و معتقد است که مُد یا نیروی خیزش فردیت به افراد طبقه پایین، توان ابراز خودشان را در پوشش و لباس اقشار بالاتر جامعه می‌دهد؛ بنا بر این، در ارتباط تنگاتنگ با افزایش فردگرایی در جامعه است. عاملیت و توانایی بازاندیشی، دو ویژگی فاعل شناسا است که

نظریه جرم‌شناسی انتقادی جدید به هیچ وجه از آن چشم پوشی نمی‌کند؛ زیرا نقش وجود فرد و احساسی که به عنوان یک خود، در تعلق به طبقه‌اش دارد، بسیار مهم است (Gottlieb, 1993, 153).

پل ویریلیو،^۱ معتقد است که دوران پست مدرن، پایان جهان مدرن و انتقال به جهانی جدید است که این دوران جدید و مبهم را ترنس مدرن می‌نامند که مدرنیسم را دگرگون می‌نماید؛ البته تمام معیارهای مدرن را رد نمی‌کند؛ اما از دیدگاه واکنش‌گرایی به آینده اجتناب می‌نماید. او معتقد است که امکان استفاده از عبارات دیگر نیز جهت توصیف این دوره نوین مطرح است؛ اما عبارت ترنس مدرن، معادل معقول‌تر و رضایت‌بخش‌تری می‌باشد. نظریه جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم، نه کاملاً به گذشته وفادار و از تحولات زمانه عقب است و نه کاملاً هم‌رنگ جماعت و غیرپایبند به اصول جامعی است (Jedlick, 1990, 53).

مارک لیل،^۲ معتقد است که ترنس مدرن به عنوان جانبداری نوین از جهان شمولی، هنجارهای عقلانی در اخلاق و سیاست، حمایت از حقوق بشر که در راستای بازسازی اهمیت لیبرالیسم تلاش می‌نماید. روح این تفکر و تمدن ترنس مدرن، قابل توصیف با اصطلاحات متعددی است که عبارت‌اند از: روح شادی بخش، تمایل به عقل‌گرایی، توجه به مذهب و ایده‌های معنوی، بازیافتن اهمیت حقیقت و زیبایی و خوبی و همگونی، ارتباط با سادگی و بلوغ و درک متعادل از تجربه؛ بنا بر این، تمایز با ایدئولوژی‌های موجود را شامل می‌شود که از سنت پیشا مدرن به عنوان نوعی تفکر آنالیزی بیش از هر مکتب فکری دیگر متمایز می‌گردد. اندیشه نظریه پردازان انتقادی جدید بر اساس سه خواسته است: نیاز به بازگشت به سنت اولیه، احیاء اندیشه‌های و تفکر آرمان‌شهری و انتقاد از اندیشه توجیه‌گر سلطه (Kompridis, 2006, 6).

۳-۱. فلسفه پسا پست مدرن و ارتباط مفهومی آن با جرم‌شناسی

تئوری حقوق کیفری بر مبنای مفاهیم فلسفی است که از اواخر قرن بیستم، نخستین پروژه توصیفی در حوزه جرم‌شناسی در متدهای انتقادی خود بر ناهمواری‌های فلسفه سیاسی سایه افکنده است. شناخت مشکلات تأمین عدالت کیفری در جامعه به واسطه بی‌عدالتی ساختاری به عنوان یک ویژگی مستمر و با اهمیت در جرم‌شناسی، حقوق و فلسفه معین شده است (Murphy, 1973, 220). بی‌عدالتی و نا برابری در دیدگاه‌های اجتماعی نسبت به گروه‌های خاص، از نظر خانوادگی، تحصیلات، مراقبت پزشکی، جنسیت، موقعیت اجتماعی، اقامتگاه و استخدام مؤثر بر نظم اجتماعی و ارتکاب جرم است.

1. Paul Virilio

2. Mark Lilla

دو سؤال اساسی فلسفی در حقوق کیفری مطرح می‌گردد: یکی، تعدیل مجازات قانون و دیگری، استانداردهای مناسب مسئولیت کیفری (Lefkowitz, 2020, 250) که باید محکومان در جرائم کیفری مجازات شوند؛ زیرا آن‌ها سزاوار مجازات هستند یا باید مجازات آن‌ها را تهدید کند یا سایر اعضای جامعه را از ارتکاب اعمال کیفری در آینده بازدارد یا باید تمایل جامعه به انتقام را اقناع نماید. مفهوم بی‌عدالتی موضوع مرکزی تجزیه تحلیل فلاسفه عهد باستان تا عهد معاصر است که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در عدالت کیفری منعکس می‌گردد؛ بنا بر این، خشونت، تبعیض، سوء استفاده، نابرابری و محرومیت در فلسفه پسا پست مدرنیسم در پیدایش جرم مؤثر است.

پسا پست مدرنیسم یک جنبش فلسفی و فرهنگی است که فیلسوف آرژانتینی مکزیکی، به نام انریکه دوسل، آن را مطرح کرده است. او، یک منتقد پست مدرنیسم است که خود را یک متفکر ترنس مدرنیست می‌داند و انتقاداتش از نظریه پست مدرنیسم را در قالب مقالات متعدد در راستای دفاع از فلسفه پسا پست مدرنیسم به عنوان توسعه فکری به دنبال پست مدرنیسم و پرورش یافته از تفکر مدرنیسم ضمن انتقاد به مدرنیسم و پست مدرنیسم بیان کرده است و ترنس مدرنیسم را پایان تفکر مدرنیسم می‌داند (Ricoeur, 2019, 67).

۲. رهیافت‌های نظری جرم‌شناسی پسا پست مدرن

۲-۱. از خود بیگانگی

از خود بیگانگی، به عنوان یکی از عوامل جرما در جرم‌شناسی نظری، در تفکرات پسا پست مدرنیسم قابل بررسی است. در تمام ادوار مدرن (تکریم تمایلات تمام بشر)، پست مدرن (تکریم تمایلات فردی بشر) و ترنس مدرن (تکریم تمایلات شیطانی بشر) بعد از دوران سنتی، مبحث امانیسم (انسان محوری) مطرح بود. از خود بیگانگی، در دو گروه جرم‌شناسی انتقادی و جرم‌شناسی جریان فکری به صورت متعارض قابل بررسی است. جرم‌شناسان انتقادی، رفتار مجرمانه و قانون و مجازات‌های تحمیلی را در نا برابری عمیق قدرت و منابع موجود در جامعه می‌دانند.

بیگانگی شغلی، مفهومی نوپا در مطالعات سازمانی است که در آثار دورکیم (تقسیم کار اجتماعی)، ماکس وبر (قفس آهنین) و مارکس (نظام سرمایه‌داری) به کار رفته است (رستگار خالد و همکاران، ۱۳۹۲، ۴۴۰). اولین رویکرد از خود بیگانگی، به جرم‌شناسی رادیکال یا جرم‌شناسی فلسفی انتقادی ارجاع می‌گردد که در آن، جرم به عنوان نتیجه از خود بیگانگی و عدم توانایی قشر کارگر قابل تعیین است؛ قشر کارگری که به واسطه کاپیتالیسم دچار توحش شدند که در واقع هم به واسطه ایجاد ارزش‌های متوحشانه و هم به واسطه کنترل مأموران قانونی و حقوقی که با جرم‌انگاری ارزش‌های قشر کارگر و حمایت از خودشان محقق بود. مارکس و انگلس، جرم را محصول بی‌عدالتی

و از خود بیگانگی ناشی از شرایط اجتماعی می‌دانستند که به معنای جدال شخص از خود بیگانه و تنها علیه شرایط جاری است.

دومین رویکرد از خود بیگانگی، به جرم‌شناسی جریان فکری یا مطالعات تجربی آمریکایی ارجاع می‌گردد که در آن، از خود بیگانگی، به عنوان وضعیت روانشناسی فرد بیش از عوامل اجتماعی قابل بررسی است. سیمون، معتقد بود که از خود بیگانگی، از نظر شخصی و دیدگاه روانشناسی اجتماعی قابل واکاوی است و دارای ۵ مؤلفه به عبارت زیر است: فقدان قدرت (عدم توانایی)، فقدان معنا (بی معنایی)، فقدان استاندارد، تنهایی (کناره‌گیری) و غربت (بیگانگی) که متمرکز بر ارزش‌ها و انتظارات شخصی است (Marx & Engels, 1965, 100)؛ البته، او اهمیت شرایط اجتماعی را در ایجاد حس درونی از خود بیگانگی تحت عنوان وضعیت آگاهی شخصی (فاعلی) یا شرایط عینی (مفعولی) در جامعه بررسی می‌نماید که شامل مؤلفه‌های تئوری و تجربی به قرار زیر می‌شود:

انسان از خود بیگانه که عنان اختیار خویش را در دست دیگری می‌نهد، تعادل شخصی‌اش بر هم خواهد خورد؛ زیرا در واقع، شخصیت دیگری را بر شخصیت اصیل خویش نشانده است که افعال، حرکات، عقاید و گرایش‌های خاص و ناسازگار با شخصیت اولیه را دارد (صادقی حسن‌آبادی و گنجور، ۱۳۸۹، ۸۳). از خود بیگانگی شخصی یا پیشگویی و مداخله در رفتارهای جنایی یا جرائم خیابانی می‌باشد که ارتباط وقوع جرم و مشکلات اجتماعی را بررسی می‌نماید؛ مانند: خشونت با اسلحه گرم و قتل عام در مدرسه، کشتارهای ننگ‌آور خانوادگی، مصرف بیش از حد و زیر سن قانونی مشروبات الکلی، تجاوز به عنف، استفاده از زبان رگ و نا بهنجار، مدرسه‌گریزی، تخریب گرای، سرقت، جنایات دسته جمعی، ترک تحصیل، خودکشی، خشونت خانگی، افسردگی، روابط جنسی عارضی و اتفاقی.

در اندیشه مارکس، دولت نیز یکی از عوامل از خود بیگانگی انسان است که واسطه میان انسان‌ها و آزادی بشر است (لوئیس، ۱۳۵۸، ۸۶). از خود بیگانگی عینی یا ساختارهای عینی از خود بیگانگی منجر به وقوع جرائم در ثروت، قدرت، نقض حقوق بشر، بی‌عدالتی، جرائم یقه سفید، خشونت، مهاجرت، جرائم علیه اطفال یا محیط زیست می‌باشد که به دلیل از خود بیگانگی از شرایط اجتماعی، اقتصادی، نژادی، فقر یا ناتوانی می‌باشد که نا برابری در عوامل مذکور بر ارتکاب جرم مؤثر خواهد بود. مقایسه از خود بیگانگی عینی و شخصی منجر به بررسی جرائم فقرا و ثروتمندان می‌گردد؛ یعنی هر زمان از خود بیگانگی به عنوان یک وضعیت شخصی در نظر گرفته شود، پژوهش باید شامل حوزه‌های محیطی عینی نیز باشد (Marx & Engels, 1965, 120).

۲-۲. بزهکاری عامدانه

از منظر بزهکارشناسی در جرم‌شناسی نظری، اگر ذهن آگاه نتواند راهی برای نمود بیرونی نیروهای غریزی‌اش بیابد که منطبق با معیارهای مقبول جامعه یا مقررات قانونی باشد، با انجام رفتارهای هنجارشکن و غیرقانونی، تبدیل به یک بزهکار می‌شود. آگاهی فرامردن در ارتباط با متضادهای نسبی‌گرایی و مطلق‌گرایی، هویت فردی و جهان شمولی، پوچ‌گرایی و معناگرایی، بدبینی و اعتماد، طبیعت‌گرایی و جرم‌انگاری مانع در جرم‌شناسی پسا پست مدرن، بیانگر حرکت فرد بین قطب‌های مخالف نسبی‌گرایی و مطلق‌گرایی جهت تحقق یکپارچگی در تفکر ترنس مدرن به واسطه تعامل و تفسیر دو سویه پژوهش است. بر اساس نظرسنجی انجام شده در سراسر جهان، بشر امروز شاهد ظهور پارادایمی جدید و تغییر در چهار چوب آگاهی جهانی است (Ghisi, 2006, 43).

ذهن آگاه ترنس مدرن، روش جدیدی از تفکر در ارتباط با متضادهای ایدئولوژیک گذشته را ارائه می‌دهد و به ماهیت وقایع در چهار چوب صلح و بازیافت مفاهیم در محیط پیرامون برگشته است که قبلاً توسط مدرنیسم و پست مدرنیسم نقض شده بود؛ بنا بر این، ترنس مدرنیسم به واسطه علم با ایجاد دیدگاه مثبت در مطلق‌گرایی به دستاوردهای رو به رشد معاصر و رویکردهای مفهومی و عاقلانه علیه دیدگاه منفی در نسبی‌گرایی دست یافته است (ابراهیمی‌پور و حسینی، ۱۳۹۹).

۲-۳. مطلق‌گرایی دو وجهی

مبانی جرم‌انگاری در جرم‌شناسی نظری، در بررسی تقابل نسبی‌گرایی و مطلق‌گرایی به عنوان یکی از شاخصه‌های مباحثات در حقوق کیفری ملی و حقوق بشر بین‌المللی، قابل بررسی است. عدالت کیفری بین‌المللی، ماهیتی غربی، سفید و آنگلساکسونی دارد و از منظر نسبی‌گرایی، جرائم علیه بشریت و ژنوساید همواره تحت عنوان جرائم جنگی در محاکم کیفری بین‌المللی قابل محاکمه هستند؛ اما تجاوز به عنف یا قتل عمد گاهی به دلیل شرایط محیطی و امنیتی، یک جرم بین‌المللی محسوب می‌شوند؛ بنا بر این، عوامل جرم‌زا نسبی هستند و هیچ عاملی به تنهایی جرم‌زا یا علت تامه جرم نیست. اصل نسبیت‌گرایی بیانگر مجموعه عوامل جرم‌زای درونی و بیرونی مؤثر در وقوع رفتار مجرمانه است. در دیدگاه پست مدرنیسم، نسبی‌گرایان در بُعد اعتقادی معتقدند که حقیقت، واقعیت عینی ندارد؛ بلکه خود انسان آن را وضع می‌کند و در بُعد فرهنگی معتقدند که هیچ حقیقتی وجود ندارد (خالقی‌نژاد و همکاران، ۱۳۹۴، ۱۷).

نظر مطلق‌گرایان، تأکید بر امر جهانی، فرامکانی و فرازمانی بودن حقوق بشر است (امینی و همکاران، ۱۴۰۰، ۳۲۳). مطلق‌گرایی ریشه در تفکرات طبیعت‌گرایان دارد که نخست از نظرات ارسطو و سوفسطائیان آغاز گشت و سپس در اندیشه‌های رواقیون دوره رومی‌ها گسترش یافت و در سده‌های اخیر با ظهور عصر روشنگری اروپا و مکتب حقوق طبیعی به ویژه در فرانسه جرقه زد و با انقلاب

فرانسه ۱۷۸۹، شعله‌ور شد. ژان ژاک روسو، وکتر و جان لاک از فیلسوفان نامدار مکاتب مذکور بودند و در عصر معاصر نیز پاپ ژان پل دوم، نوام چامسکی و مارتا نوسبام طرفداران نظریه مذکور بودند. مطلق‌گرایان بر این باورند که اساس اعلامیه و معاهدات جهانی مانند: کنوانسیون منع هرگونه تبعیض علیه زنان ۱۹۷۹، بر اساس درک خالص از سرشت و بنیان آدمی استوار است که تفاوت‌های جنسیتی بر اساس دین یا آداب و رسوم به آن راهی ندارد و منجر به اتخاذ تدابیر قانونی از جمله وضع قانون در قالب تعیین ضمانت اجرای تضمین‌کننده رفع تبعیض علیه زنان می‌شود (ماده ۱ کنوانسیون جهانی ۱۹۷۹).

مطلق‌گرایی به معنای آن است که حسن و قبح افعال به هیچ امری خارج از ذات آن موضوع و آثار واقعی‌اش وابسته نیست و چنانچه موضوعی متصف به حسن و قبح باشد، تنها، به خاطر ذات موضوع و آثار واقعی مترتب بر آن است (میرهاشمی، ۱۳۸۹، ۱۰۰). مطلق‌گرایان، جرم را واجد ذات و ماهیت لایتغیر و لایتخلف می‌دانند که باعث می‌شود با گذشت زمان یا تغییر مکان، این جرائم ماهیت خود را در جوامع از دست ندهند؛ مانند: قتل، سرقت و زنا با محارم. به طور مثال، قتل، عملی نادرست است، نه به دلیل آنکه خداوند یا قانون‌گذار آن را مردود دانستند؛ بلکه زشتی این عمل در خود ماهیت قتل نهفته است و بشر قادر است یا قدرت تعقل خود به قبیح بودن آن به سهولت پی ببرد (فعال و صادقی، ۱۳۹۶، ۱۱۵).

در جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم، مطلق‌گرایی دو وجهی از منظر جرم‌انگاری مصلحت‌اندیشانه در جرم‌شناسی نظری قابل واکاوی است. جرم‌شناسی پسا پست مدرن، با انتقاد به یک وجهی بودن جرم‌شناسی مدرن (مطلق‌گرایی) و چند وجهی بودن جرم‌شناسی پست مدرن (نسبی‌گرایی)، عاری از حزب اعتدال و میانه است و به بررسی تضاد دو حد مطلق، مانند: مطلق خیر و مطلق شر یا مطلق حلال و مطلق حرام می‌پردازد؛ بنا بر این، جرم قتل، بر مبنای جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم، هم جرم است و هم جرم نیست که در پرتو جرم‌انگاری مصلحت‌اندیشانه در برخی جوامع، بر مبنای سیاست، مصلحت عمومی یا مصالح خمسه (دین، عقل، نفس، مال و عرض) شکل می‌گیرد؛ به طور مثال، اگر وقوع قتل به مصلحت عمومی جامعه لطمه بزند، جرم است و در صورت عدم مغایرت با مصالح جامعه‌ی، جرم نیست؛ در نتیجه، قتل هم جرم است و هم جرم نیست که بیانگر فاصله گرفتن تفکرات پسا پست مدرنیسم از مطلق‌گرایی مدرن و نسبی‌گرایی پست مدرن به سمت مطلق‌گرایی دو بعدی است.

۲-۴. عینیت‌گرایی

در جرم‌شناسی نظری، عینیت‌گرایی به عنوان مبانی جرم‌انگاری و در فلسفه حقوق کیفری، دو دسته تئوری عینیت‌گرایی و ذهنیت‌گرایی در مرکزیت مباحثات حقوقی قرار دارند. تأکید معیار ذهنی بر

حالت و وضعیت ذهنی و روانی مرتکب (قصد بزه‌کار) و تمرکز معیار عینی بر حالت و وضعیت خارجی و بیرونی مرتکب (رفتار بزه‌کار) است. نظریه پردازان ذهن‌گرایی انتخاب، معتقدند که آن دسته از جرائم را می‌توان به مرتکب نسبت داد که محصول انتخاب خودش باشد؛ اما نظریه پردازان ذهن‌گرایی شخصیت، معتقدند که مبانی مسئولیت را باید در خصایص شخصیتی مرتکب جستجو نمود (آقایی‌نیا و منتی‌نژاد، ۱۳۹۳، ۲۵).

گستره عینیت‌گرایی علاوه بر علوم حقیقی شامل علوم هنجاری (فقه، اخلاق و حقوق) هم می‌شود. بازتاب عینیت‌گرایی در تصویب، اجرا و تفسیر قانون از قضاوت تا اجرای قانون قابل بررسی است (واعظی، ۱۴۰۰، ۱۰). عینی‌گرایی قانون، به معنای وضع قانون تابع مصالح عقلانی است که واقعیت امور، لزوم موجودیت قانون را توجیه می‌نماید؛ اما اگر تنها، قدرت و اراده صاحبان قدرت جهت توجیه لزوم بایسته بودن قانون مطرح شود، هدف اصلی وضع قانون، منافع حکام و قانون غیرعینی است. عینی‌گرایی شکلی قانون، به لحاظ غیرجانبدارانه بودن و تعمیم به همه افراد در تقابل با دلبخواهی و خاص بودن مطرح می‌شود.

نفی عینیت متافیزیکی در قانون و اعتقاد به ذهنی‌گرایی محض، در حکومت‌های به شدت استبدادی قابل تصور است که اراده و خواست پادشاه، قانون است و وضع و تفسیر قانون چیزی جز اراده و امیال ملوکانه نیست (Karmer, 2007, 7). عینی‌گرایی تفسیر قانون، بیان‌کننده فهم صحیح و به دور از مداخله‌های ذهنی مفسر در فهم قانون است. عینی‌گرایی متافیزیکی قانون، موجودیت قانون را مستقل از ذهن و باور اشخاص می‌پذیرد و جرم به عنوان واقعیت حقوقی را فارغ از تشخیص قضائی در بستر نظام حقوقی، دارای پاسخ معین می‌داند. عینی‌گرایی استدلال قانون، در فرآیند فهم قانون و تطبیق بر موضوع خاص ایجاد می‌شود که به استدلال بین‌الذهان و میان‌فردی اعتبار می‌بخشد که در جرائم سنگین و پرونده‌های پیچیده یا قوانین مبهم و مجمل به سختی میسر می‌گردد.

جان آستین، در نظریه حقوقی خود، هر قانون را یک فرمان می‌داند که مرجع صاحب اقتدار، صادر کرده و از ضمانت اجرا برخوردار است (Austin, 1995, 21). نظام حقوقی عینی‌گرا در نظریه پسا پست مدرنیسم، شامل قوانین مصوب و استانداردهای اجرایی قابل پیش‌بینی و معین و آگاهی افراد از اعمال ممنوعه جهت انجام تعاملات قانونمند اجتماعی تأثیرگذار خواهد بود؛ زیرا مطلع از کیفرهای متناسب با جرائم احتمالی در نظام حقوقی عینیت‌گرا خواهند بود؛ بنابراین با نفی عینیت‌گرایی حقوقی (وضع و تفسیر قانون، قضاوت و دادرسی کیفری) ظرفیت پیش‌بینی‌پذیری نظام حقوقی و قضائی از بین می‌رود و واضع یا مفسر قانون طبق فهم و درک شخصی خود به وضع و اجرای قانون می‌پردازد و محوریت اشخاص بر محوریت قانون ارجحیت می‌یابد؛ بنا بر این، در ترنس مدرنیسم، قانون تعیین‌کننده فرآیند دادرسی کیفری و هدایت‌کننده تصمیمات قضات کیفری

است تا مانع در خدمت گرفتن قانون توسط سویه‌های ذهنی یا رویکردهای درونی قضات شود که لازمه برپایی عدالت قضائی است.

۲-۵. دین‌گرایی

یکی از مبانی جرم‌انگاری در جرم‌شناسی نظری را به نهیلیسم یا هیچ‌انگاری به معنای بی‌ارزشی ارزش‌ها در دوران مدرنیسم و پست مدرنیسم تعبیر کرده‌اند. پوچ‌گرایی مدرنیسم، یعنی: حقیقتی وجود ندارد، جز این حقیقت که حقیقتی وجود ندارد. پوچ‌گرایی پست مدرنیسم، یعنی: حقیقتی وجود ندارد، حتی این حقیقت که حقیقتی وجود ندارد. ترا نوگرایی یا ترنس مدرنیسم، پس از دوران پسا نوگرایی، یا پست مدرنیسم شکل گرفت که بر اثر پوچ‌گرایی در دوران پست مدرنیسم، به عنوان جنبش مردمی به سمت نیروی ماوراء به شکل دین‌گرایی یا شیطان‌گرایی بروز کرد. شیطان‌گرایان به جای اطاعت از قوانین خدایی یا طبیعی و اخلاقی، با اجتناب از باورهای دینی، بیشتر گرایش‌های خودپرستانه دارند که به مکاتب ماده‌گرایی، خود محوری و جادو محوری شبیه هستند (امامیان و رفیعی، ۱۴۰۲، ۱۱۸).

پارادایم ترنس مدرنیسم تا اندازه‌ای تحت تأثیر فعالیت‌های سرّی و رازآلود برخاسته از دوران رنسانس به سرعت در حال ریشه دواندن و اعلام استقلال است (یعقوبی و همکاران، ۱۳۹۷، ۱۳۷). جهت‌گیری ترنس مدرنیسم در انتقاد به خلأ عقل خودبنیان، به سمت گزاره‌های اسرارآمیز در دو طبقه بندی قابل بررسی است: اسرار الهی (خداپرستی) و اسرار غیر الهی (شیطان‌پرستی). در نظریه ترنس مدرنیسم، باطن و راز درونی هر پدیده در تقابل با ظاهر و صورت امور بررسی می‌شود. رجعت غرب ترنس مدرن از ظاهر به باطن امور و بازگشت به شرایط ماقبل مدرنیسم، منجر به پذیرش عالم غیب گردید که دو رویکرد متفاوت دین‌گرایی (عالم غیب الهی و غیر الهی) را شامل گردید. در جوامع غرب، نیاز به ماوراء و عالم غیب به عنوان دیدگاه مذهبی نه بر مبنای پیچیدگی اسرار الهی بلکه بر مبنای ساده عملی اسرار غیر الهی از جمله شیطان‌گرایی رواج یافت.

پوشش، علائم، حرکات، طرز فکر و رفتار خاص شیطان‌گرایان ترنس مدرن، در نفی خرد خودبنیان و ظاهرگرا منجر به انحطاط تمدن غرب در بحران انتقال شناختی جامعه است. شیطان‌گرایی مدرن از نیمه قرن شانزدهم آغاز شد که کاترین دو مدیچی، از خانواده یهود، بازتولید آیین قربانی انسان بدوی را در تقدیم به شیطان بنیان نهاد. در قرن نوزدهم، طبق نظر چارلز هاکس، شیطان را صادقانه‌تر و بیشتر از گذشته پرستش کردند. در قرن بیستم، آلیستر کرولی، با ابداع انجمن شیطان برای شیطان، آیین شیطان پرستی جدید رواج یافت (مظافری، ۱۳۸۹، ۵۲). در عصر معاصر نیز شیطان پرستی به واسطه نمادها و آیین‌های شیطانی در قالب کتاب‌ها و سینمای شیطانی بر افکار اقشار مختلف جامعه سایه گسترده است.

۶-۲. واقعیت‌گرایی

تاریخچه واقع‌گرایی حقوقی به طور کلی به جنبش فلسفی قرن نوزدهم و نیمه نخست قرن بیستم باز می‌گردد، واقع‌گرایی، نوعی واکنش انکاری در مقابل مکتب شکل‌گرایی آستین، بتام، میل و هیوم بود (ابدالی، ۱۳۹۳، ۲۳۱). شکل‌گرایان حقوقی، با تأکید بر ضرورت یقین و قابلیت پیش‌بینی معانی قواعد حقوقی سعی در به حداقل رساندن عنصر انتخاب در تفسیر عبارات مندرج در قواعد حقوقی دارند. صورت‌گرایان حقوقی، معتقد به ساختار منسجم عقاید منطقی در سطح زیرین قانون هستند که منتظر آشکار شدن است؛ بنا بر این، قضات قادر به استنتاج قواعد خاص از قواعد کلی هستند.

واقعیت از دو بخش تشکیل می‌شود: واقعیت بالفعل، که در محیط واقعی رخ می‌دهد و واقعیت تجربی، که زیر مجموعه واقعیت بالفعل و مبنای مستقیم یا غیرمستقیم همه دانش‌هاست (خوزه لویز و رهادوست، ۱۴۰۲، ۲۶۵). واقع‌گرایی در انتقاد به عدم قدرت پاسخگویی صحیح مجموعه قواعد حقوقی ثابت و غیرپویا به مباحث حقوقی جدید و پویا شکل گرفت. تصمیمات قضات از منظر واقع‌گرایان، در پرونده‌های کیفری بدون در نظر گرفتن ملاحظات زمانی، مکانی، اقتصادی، سیاسی و اخلاقی ضمن تأکید صرف بر قواعد و مقررات حقوقی نخواهد شد و تنها به فصل خصومت می‌انجامد (نوریان و محمد نسل، ۱۳۹۹، ۱۱۷). نارسایی قوانین، شخصیت فردی و اجتماعی قاضی، نگرش قاضی و مصلحت‌سنجی قضایی بر گرایش به واقع‌گرایی تأثیرگذار هستند.

واقع‌گرایی حداقلی مدعی است که چیزی به طور عینی و مستقل از تصور ما وجود دارد، واقع‌گرایی علمی نیز معتقد است که نمونه‌های بیشتر از انواع علمی از وجود عینی برخوردارند، واقع‌گرایی معتدل نیز بیانگر آن است که دست کم برخی امور که باورهایمان حاکی از آنهاست، عینی هستند (موزر و فتحی‌زاده، ۱۳۸۲، ۷۸).

واقع‌گرایان علیرغم انتقادات فراوان به انحصار قضاوت منصفانه و عادلانه به قواعد و ادله حقوقی، با تأکید بر واقعیت‌های موجود در پرونده کیفری، تمایل به انکار حاکمیت قانون ندارند؛ زیرا نقش قضات، به عنوان مجریان اراده مقنن را تحت تأثیر قواعد حقوقی به چالش کشیدند تا قضات در رسیدگی به پرونده کیفری، به مستندات مکتسبه از حقایق پرونده نیز بپردازند و تنها به استناد استدلال و قواعد حقوقی رأی ندهند. قضات واقع‌گرا، ضمن قدرت استدلال و مهارت تفسیر قانون، مجاز در ارزیابی جرائم و مجازات‌ها جهت مداخله در فرآیند دادرسی کیفری در راستای اعتدال‌گرایی در تقابل با جرم‌انگاری غیرضروری یا ابهام و اجمال در قانون‌گذاری هستند.

۷-۲. آسیب‌شناسی جرم

برای پاسخ‌دهی به بزهکاری و جبران آسیب‌های ناشی از جرم، مجموعه‌ای از سیاست‌های کیفری به کار گرفته می‌شود (شیری، ۱۳۹۷، ۱۶۲). هنگامی که مجرم به مکافات عمل خود می‌رسد، درد و رنج

قربانی التیام می‌یابد و آسیب‌های فردی و اجتماعی، ترمیم می‌گردد. تغییر سیاست کیفری از رویکرد سخت‌گیرانه به ترمیمی و بازپرورانه جهت پیشگیری از بزهکاری و بزه‌دیدگی، کاهش هزینه‌های اقتصادی و اجتماعی ناشی از اجرای مجازات‌های سالب آزادی و حیات، عدم توسل حداکثری به جرم‌انگاری کیفری، تقلیل اعمال مجازات‌های جسمانی و حبس، اعمال اقدامات تأمینی با رویکرد اصلاحی تربیتی، تنوع ساز و کارهای جایگزین مجازات و افزایش حساسیت امنیت قضائی تحت تأثیر سیاست‌گذاری‌های نظام عدالت کیفری ناشی از آسیب‌شناسی در دوره پسا پست مدرنیسم هست.

ارزیابی آسیب‌شناختی نظام عدالت کیفری، حاکی از تأخر پارادایمی در توجه به بزه‌دیدگان و پیشگیری از بزه‌دیدگی مکرر یا بزهکاری آنان است (غلامی، ۱۳۹۰، ۹). عدم توجه مراجع سیاستگذار به ایجاد نهادها و راهکارهای پیشگیری از بزه‌دیدگی می‌تواند جایگاه بزه‌دیده را در نظام حقوقی قضائی دگرگون سازد؛ بنا بر این، تدوین برنامه‌های حمایتی برای کاهش آسیب‌های ناشی از بزه‌دیدگی و جبران خسارات وارده در نظام عدالت کیفری گریز ناپذیر است؛ چه بسا بزه‌دیدگانی که به سبب غفلت قانون‌گذاران و مجریان نظام قضائی کشور، خود در زمره بزهکاران جامعه ستیز قرار گرفته‌اند که این فاجعه به سبب عدم جبران کافی آسیب‌های وارده بر بزه‌دیدگان یا عدم درمان اختلالات روانی، حیثیتی و شخصیتی آن‌ها می‌باشد.

۲-۸. تمرکز بر بزه‌دیده شناسی

از منظر حقوق بشر، بزه‌دیده به عنوان عضوی از جامعه انسانی و فردی آسیب دیده از رفتار مجرمانه، سزاوار حمایت است تا به این وسیله کرامت انسانی وی حفظ شود (نیازپور، ۱۳۹۱، ۳۵۰). اگر حمایت از بزه‌دیده، اصلح است؛ بنابراین پیشگیری از بزه‌دیدگی نیز اصلح‌تر خواهد بود. بزه‌دیده شناسی پیشگیری، در جرم‌شناسی نظری، به بررسی راهکارهای جلوگیری از بزهکار شدن بزه‌دیده می‌پردازد تا طبق تدابیر پیشگیری ثالث، بزه‌دیده تبدیل به عامل جرمزا یا یک بزهکار نشود. پیشگیری ثالث در مبحث عدالت ترمیمی، با ترمیم بزه‌دیده در ممانعت از بزهکاری او بسیار مؤثر است.

بزه‌دیده در جرم‌شناسی نظری، یکی از ارکان پیش جنایی و مؤثر در ارتکاب جرم است که در تصمیم‌گیری بزهکار برای به فعلیت درآوردن اندیشه مجرمانه یا گذار از اندیشه مجرمانه به رفتار مجرمانه، ایفای نقش می‌کند، این دیدگاه نخستین بار توسط هانس فون هنتینگ مطرح شد (گسن، ۱۳۹۲، ۱۹۶). با توجه به رشد آگاهی عمده، بزه‌دیدگی در جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم، بر مبنای تقصیر است؛ یعنی بزه‌دیدگان مقصر، از منظر جرم‌شناسان پسا پست مدرن، بزهکار هستند و مسئولیت کیفری بزه‌دیدگان بزهکار، طبق قاعده فقهی اقدام، قابل بررسی است.

رفتار و گفتار تحریک آمیز بزهکار ناشی از تقصیر آگاهانه بزه‌دیده، توانایی به فعلیت رساندن اندیشه مجرمانه را تحت عنوان شتاب‌دهندگی بزه‌دیده دارد. بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی و تقصیر بزهکار در انجام افعال تحریک کننده، موجب تخفیف مجازات بزهکار و تقلیل حمایت بزه‌دیده می‌گردد که تحت تأثیر دستاوردهای نوین جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم، به عنوان یکی از ابزارهای سیاست فردی کردن مجازات، در نظر گرفته می‌شود که دلیل آن نقش شتاب دهنده بزه‌دیده در ارتکاب جرم است (جوان جعفری و شاهیده، ۱۳۹۲، ۱۳۲).

بزه‌دیده بزهکار، فردی است که به دنبال کنشی بزهکارانه علیه دیگری به عنوان یک عامل محرک و تسهیل کننده، موجبات تحقق جرم علیه خودش را فراهم می‌کند و قربانی جرم می‌شود (سلیمی و داوری، ۱۳۹۴، ۳۲۶). بسیاری از بزه‌دیدگان امروز، می‌توانند بزهکاران فردا باشند، مگر آنکه با اتخاذ سیاست‌های تأمین عدالت کیفری، از تکرار بزه‌دیدگی یا تبدیل بزه‌دیده به بزهکار اجتناب گردد که نیازمند بررسی نقش بزه‌دیده در تحقق پدیده مجرمانه است. تسهیل دسترسی به مراجع تظلم خواهی، ارتقاء آگاهی بزه‌دیده از حق قانونی خود، مداخله نهادهای حمایتی از حقوق بزه‌دیده، رعایت کرامت انسانی بزه‌دیده و اجرای تدابیر پیشگیرانه از بزهکار شدن فرد بزه‌دیده در جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم، مورد تأکید بوده است.

۳. رویکردهای کاربردی جرم‌شناسی پسا پست مدرن

۳-۱. جرم انگاری مانع

جرم انگاری فرآیندی است که به موجب آن حکومت اعمالی را از فضای آزاد رفتار شهروندان به قلمرو تحت سلطه و کنترل خود منتقل می‌کند و مرتکب آن را به تحمیل درد و رنج تهدید می‌نماید (فرح‌بخش، ۱۳۹۱، ۱۰). جرم‌شناسی پیشگیری، به عنوان شاخه‌ای از جرم‌شناسی کاربردی، با بهره‌مندی از تدابیر کیفری از جمله جرم انگاری مانع، به پیشگیری از ارتکاب جرم می‌پردازد. یکی از شاخصه‌های جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم، جرم انگاری مانع در انتقاد به ذات‌گرایی است. کارکرد جرائم مانع در جوامع دارای سیاست کیفری عدالت محور، پیشگیری و در جوامع دارای سیاست کیفری امنیت محور، امنیت‌گرایی است.

جرم، حقیقتی است بیرون از اراده قانون‌گذار که ماهیت اجتماعی و وجودی ثابتی دارد و شاید به دلیل فطرت واحد افراد بشر است (مظفری، ۱۳۹۲، ۶). طرفداران گرایش ذات باور برای جرائم نوعی واقعیت عینی قائل هستند و به مطلق‌گرایی در جرائم معتقد هستند که تحولات زمان و مکان در این جرائم در تقابل با نسبی‌گرایی بی‌تأثیر است. نظریه پردازان ذات‌گرایی معتقد هستند بخشی از جرائم فی‌نفسه و به لحاظ طبع و ماهیت خود عمل، زشت و جرم هستند. ذاتی بودن حسن و قبح

برخی احکام حقوقی و ارزش‌های اخلاقی غیرقابل تغییر است؛ مانند: خوب بودن عدل و بد بودن ظلم یا پسندیده بودن حق یا مذموم بودن باطل که در تمام ادوار تاریخ ماهیتی تغییر ناپذیر داشتند. جرائم مانع که با عناوین جرائم فرعی، جرائم مساعد کننده، جرائم خطر آفرین، جرائم پیشگیری یا بازدارنده در مباحث جرم‌شناسی نامیده می‌شوند، بیانگر جرائمی هستند که فی نفسه، قبح اجتماعی ندارند یا اعمال مباح حامل بار خنثی هستند یا اعمال اجتماعی ساده و نوعی کژروی می‌باشند که استمرارشان فرد را در معرض خطر شدیدتر قرار می‌دهد (همراهی و همکاران، ۱۳۹۶، ۲۴۲). اگرچه جرم مانع، بار منفی اجتماعی ندارد، اما موجب تسهیل وقوع جرم می‌شود که قانون‌گذار جهت پیشگیری از ارتکاب جرائم پیشرو به جرم انگاری مقدمات جرم پرداخته است.

در نظام حقوق کیفری ایران، جرم انگاری اعمال مقدماتی در قالب جرائم مانع علی الخصوص در حوزه جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی حاکی از سیستم امنیت محور است (عالی‌پور، ۱۳۹۲، ۶۰). تبانی و تحریک علیه نظام، طراحی براندازی حکومت، جمع‌آوری اطلاعات و ارائه به غیر، نگهداری و حمل سلاح، شرب خمر و بی‌حجابی از اقسام جرائم مانع هستند که در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، جهت حفظ امنیت و صیانت از حاکمیت، جرم انگاری شده‌اند.

۲-۳. اتخاذ تدابیر پیشگیرانه درمانی، حمایتی، اصلاحی و تربیتی

جرم‌شناسی انحراف، یکی از شاخه‌های جرم‌شناسی کاربردی، به بررسی انحراف، متمایز از جرم می‌پردازد که یکی از ویژگی‌های جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم نیز می‌باشد. انحراف، یعنی: رفتارهایی که از هنجارهای اجتماعی دور می‌شوند و جرم، یعنی: رفتارهایی که از هنجارهای حقوقی دوری می‌گزینند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۹، ۱۱۷۴). جرم، به معنای رسیدن به آستانه خطر، و انحراف، به معنای توقف در اعداد منفی بالاتر از آستانه خطر است؛ البته، معیار سنجش انحراف بر مبنای آستانه خطر نسبی است و به تناسب شرایط زمان و مکان تغییر خواهد؛ یعنی: رفتاری که قبلاً در حقوق کیفری، جرم نبوده به دلیل بالا رفتن آستانه خطر، تبدیل به جرم یا برعکس می‌شود که این ویژگی در جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم بررسی می‌گردد.

حقوق به عنوان رشته‌ای آرمان‌گرا و ابزار هنجاری با هدف یک دست کردن رفتارها از نظر هم‌نوايي با قوانین و موزون سازی آن‌ها در جامعه است. انحراف، در مطالعات جرم‌شناسی به لحاظ رفتارهای حاکی از عدم هم‌نوايي با هنجارهای اجتماعی و رفتارهای معقول و متناسب جمعی در حد متوسط جامعه، حالت خطرناک را در مجرم تداعی می‌کند (میرخلیلی، ۱۳۸۹، ۲۸). رفتارهای انحرافی اطفال و نوجوانان از قبیل: فرار از مدرسه، عدم هم‌نوايي با مقررات مدرسه و گروه همسالان، مشارکت در گروه‌های نامتعارف اجتماعی، عدم تقید به الگوهای رفتاری خانواده، فرار از منزل و ترک تحصیل،

رفتارهای خلاف اخلاق و عفت عمومی می‌باشد که در جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم، حکایت از عدم هم‌نواپی شخص منحرف با هنجارهای اجتماعی و باورهای مردمی دارد.

۳-۳. اتخاذ رویکردهای عدالت ترمیمی

کیفر، ابزار سنتی جوامع بشری در زمینه پاسخ‌دهی به بزه‌کاران است که با کارکردهای متعدد به دنبال اصلاح مجرمین و ارعاب آنان و دیگران بوده است (قلعه‌قوند، ۱۳۹۵، ۴). عدالت کیفری سزادهنده، هر فرد متعرض به قانون جزا را مستحق کیفر می‌داند و هر عملی را که علیه منافع و مصالح عمومی جامعه باشد، به شدت سرکوب می‌کند. جرم‌شناسی مدرنیسم در پرتو عدالت کیفری مکافات‌گرا، به تجزیه تحلیل رفتارهای ضد اجتماعی و ضد اخلاقی بزه‌کار می‌پردازد؛ در حالی که جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم در پرتو عدالت کیفری اصلاح‌گرا، به واکاوی رفتارهای انحرافی و نا بهنجار اجتماعی بزه‌کار توجه می‌نماید.

پارادایم‌های عدالت کیفری، عدالت سزادهنده و عدالت ترمیمی است (شیری، ۱۳۸۵، ۲۱۳). نارضایتی جرم‌شناسان انتقادی از نظریه عدالت کیفری سزادهنده در دهه‌های پایانی سده بیستم به پیدایش عدالت ترمیمی ختم شد. عدالت ترمیمی با ایجاد تعادل بین بزه‌کار، بزه‌دیده و جامعه به عنوان ارکان اصلی نظام عدالت کیفری، به ترمیم و بازسازی روابط انسانی و اجتماعی مختل شده می‌پردازد. در واقع، مشارکت اعضای دخیل در واقعه مجرمانه در حل تعارضات و منازعات، امکان خسارت زدایی مادی و معنوی را در اسرع وقت فراهم می‌کند. همان قدر که عدالت سزادهنده بر استحقاق بزه‌کار در تحمل کیفر و اعمال مجازات‌های سخت تأکید دارد، بر عکس در عدالت ترمیمی به اصلاح آسیب‌های ناشی از بزه منجر به بزه‌دیدگی توجه می‌شود.

اقوام آسیایی و آفریقایی به علت قدمت فرهنگ و تمدن سنتی، از پیشگامان سنت‌های مبتنی بر عدالت ترمیمی، مانند: میانجی‌گری و دیگر روش‌های حل و فصل اختلافات به روش‌های سنتی هستند (عباسی، ۱۳۸۲، ۸۸). اندیشه‌های نوین در قلمرو حقوق کیفری در راستای توجه به حقوق بزه‌کار، خطر بزه، منافع بزه‌دیده و مصالح جامعه در مراحل دادرسی کیفری منجر به ظهور عدالت ترمیمی شد و هر شخص مؤثر در وقوع جرم را به مشارکت فعال و احیاگر جهت رفع معضلات کیفری دعوت می‌نماید تا علیرغم احیاء بزه‌دیده، به ترمیم گسست‌های اجتماعی و تعارضات انسانی بپردازد (پورباقی، ۱۳۹۸، ۱۰۶).

جرم‌شناسان انتقادی پسا پست مدرنیسم، با تأکید بر عملکرد و رفتارهای جرمزای نظام عدالت کیفری موجود و نهادهای حقوقی مرتبط، با آنکه به نوعی به تقویت ساختار نا برابر در جامعه می‌انجامد، خواهان اصلاحات ساختاری و ریشه‌ای جهت کاستن از نرخ بزه‌کاری، تکرار جرم و بی‌عدالتی نهفته در نظام عدالت کیفری هستند (ایرانی و همکاران، ۱۳۹۴، ۷۲). جبران خسارت مالی

و عاطفی، خدمات عام المنفعه، باز اجتماعی نمودن بزه‌کار، ترمیم آسیب‌های وارده بر بزه‌دیده، احیاء موقعیت اجتماعی و ارتباطی طرفین دعوا ضمن بهره‌مندی از امکانات و تسهیلات جامعه از ویژگی‌های بارز عدالت ترمیمی در ارجحیت بر عدالت سنتی است. عدالت کیفری، یک قاعده سنجیده و بی‌نقص است که اخیراً، به منظور ارزیابی، یکسان سازی و استاندارد کردن معیارهای حقوقی دچار تحوّل شده است (Franks, 2009, 168).

نتیجه‌گیری

در دوران پس از پست مدرنیسم، دوران جدیدی آغاز شد که عصر پسا پست مدرنیسم (ترنس مدرنیسم) نامیده شد که همانند دوران مدرنیسم و پست مدرنیسم، ناشی از رویکرد انسان محوری بود که تمایلات شیطانی انسان، محوریت رفتارهای فردی و اجتماعی آن را تشکیل می‌دهد. تفکرات پسا پست مدرنیسم با انتقاد بر نظریه پست مدرنیسم به شرح زیر شکل گرفت: شکست پست مدرنیسم در سازگاری با استانداردهای علمی، ایدئولوژی محور بودن پست مدرنیسم، عقاید مبهم و غیرقابل پیوند به جامعه، نا بهنجاری انتقادهای نظریه پردازان پست مدرنیسم از جامعه مدرن که به بدبینی عمیق منتهی گردید.

جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم، ایدئولوژی‌های اصلی خود را بر نظریه یکپارچگی به معنای تلفیق برخی رویکردهای مدرنیته و پسا مدرنیته بنیان می‌نهد. پسا پست مدرنیسم از منظر جرم‌شناسی نظری، بدبینی، عقل خود بنیان، پوچ‌گرایی، نسبی‌گرایی، پوچ‌گرایی، ضد روشنگری، ذات‌گرایی، نا آگاهی مجرم و بی‌گناهی بزه دیده را مورد انتقاد قرار داده و در حد معقول از خوش بینی، از خود بیگانگی، دین‌گرایی، مطلق‌گرایی دو وجهی، عینیت‌گرایی، دین‌گرایی، واقعیت‌گرایی، جهان شمول-گرایی، تقدیر فرهنگی، جرم‌انگاری مانع، عامدانه بودن جرم و تقصیر بزه‌دیده استقبال می‌نماید و از منظر جرم‌شناسی کاربردی به واکاوی جرم‌شناسی انحراف، جرم‌شناسی انحراف و جرم‌شناسی عدالت کیفری ترمیمی می‌پردازد.

نتیجه‌ی این پژوهش، بیانگر اثبات فرضیه اول مبنی بر پاسخ به پرسش ابتدائی تحقیق است که به دنبال یافتن چگونگی تأثیر رویکردهای جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم در پاسخ به رفتارهای غیر قانونی و نا بهنجار اجتماعی می‌باشد. رویکردهای جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم در دو طبقه بندی جرم‌شناسی نظری و جرم‌شناسی کاربردی مورد تحلیل قرار گرفت که تدابیر پیشگیرانه و سرکوبنده هر دو دیدگاه به طور منحصر به فرد و نسبی به اهداف مذکور دست یافته‌اند. دستاوردهای جرم‌شناسی پسا پست مدرن از منظر جرم‌شناسی نظری در واقع، بررسی از خود بیگانگی به عنوان شاخصه‌ای از سبب شناسی در وقوع جرم یا انحراف است. از خود بیگانگی شغلی یا اجتماعی بر مبنای ناسازگاری

شخصی یا عینی فرد با شرایط محیطی و اجتماعی مؤثر بر ویژگی‌های شخصیتی و فردی او به عنوان عاملی جرم‌زا قابل واکاوی در عصر ترنس مدرن می‌باشد.

در بررسی یکی دیگر از رویکردهای جرم‌شناسی پسا پست مدرن از منظر جرم‌شناسی نظری، بزه‌کارشناسی با تمرکز بر ذهن آگاه مجرم ترنس مدرن، توجه سیاست‌گذاران کیفری را به عامدانه بودن ارتکاب بزه جلب نموده است تا در اتخاذ تدابیر سرکوبنده در راستای جرم‌انگاری یا کیفرگذاری مؤثر در کاهش آمار واقعی جرائم پسا پست مدرنیسم، در نظر گرفته شود. در واکاوی مبانی جرم‌انگاری عصر ترنس مدرنیسم به عنوان رویکرد نهایی جرم‌شناسی پسا پست مدرن از منظر جرم‌شناسی نظری، در شاخصه‌های مطلق‌گرایی دو وجهی، عینیت‌گرایی، دین‌گرایی و واقعیت‌گرایی چگونگی دیدگاه‌های جرم‌شناسان و حقوقدانان در تعیین نوع جرم و میزان مجازات مشخص گردید که قطعاً بررسی آسیب‌های فردی و جامعه‌ی از منظر آسیب‌شناسی ضمن واکاوی نقش بزه‌دیده محرک و تسهیل‌کننده وقوع جرم در قابلیت سرزنش بزه‌کار ترنس مدرن ایجاد تحول خواهد نمود.

در این پژوهش، فرضیه دوم در پاسخ به این سؤال که امکان‌سنجی اهداف انتقادی جرم‌شناسی پسا پست مدرنیسم در پیشگیری از وقوع بزه یا انحراف و نیز امکان اصلاح و بازپروری بزه‌کار ضمن توجه به حقوق تضییع شده بزه‌دیده نیز اثبات شد؛ زیرا با بررسی رویکردهای جرم‌شناسی پسا پست مدرن از منظر جرم‌شناسی کاربردی، در رویکرد نخست به فرآیند جرم‌انگاری مانع در اتخاذ تدابیر کیفری در پیشگیری از جرم و نیز در رویکرد دیگر به جرم‌شناسی انحراف در اعمال سیاست پیشگیرانه در هنگام رسیدن مجرم به آستانه خطر قبل وقوع جرم پرداخته است؛ ضمن اینکه در رویکرد نهایی نیز با تأکید بر اهداف عدالت کیفری ترمیمی در عصر ترنس مدرن به تبیین هدف متعالی دستگاه قضاء در تحقق عدالت کیفری ضمن اصلاح و بازپروری مجرم یا منحرف پرداخته است.

کتاب‌شناسی

۱. ابدالی، مهرزاد، (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی، تهران، انتشارات مجد، چاپ دوم.
۲. ابراهیمی‌پور، احمد؛ حسینی، مالک، (۱۳۹۹)، «پوچ‌گرایی پسا مدرن»، فصلنامه حکمت و فلسفه، دوره شانزدهم، شماره: ۶۳، ص ۸۷-۱۱۲.
۳. امامیان، سید حسن؛ رفیعی، احمد، (۱۴۰۲)، «تحلیل شیطان‌گرایی مدرن از فضای مجازی»، مجله بین‌المللی زندگی خالص، شماره: ۱۲، ص ۱۱۵-۱۴۶.
۴. امینی، یحیی؛ شریفی، ارکان؛ عبداللهی، جوانمیر؛ روحی، عباد، (۱۴۰۰)، «حقوق بشر؛ مطلق‌گرایی در گفتار، نسبی‌گرایی در کردار»، ماهنامه علمی جامعه‌شناسی سیاسی ایران، دوره پنجم، شماره: ۴، ص ۳۳۲-۳۳۷.
۵. ایرانی، امیر؛ نجفی حاجیور، معصومه؛ نجیبیان، علی، (۱۳۹۴)، «تحلیل میزان بازتاب اندیشه‌های جرم‌شناسی انتقادی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، نشریه اندیشه‌های حقوق کیفری، سال اول، شماره: ۱، ص ۵۷-۸۲.

۶. آقای‌نیا، حسین؛ متنی‌نژاد، صادق، (۱۳۹۳)، «کاربرد معیارهای عینی و ذهنی در عوامل موجهه جرم»، فصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره اول، شماره: ۱، ص ۲۳-۳۶.
۷. پورباقی، مریم، (۱۳۹۸)، «عوامل خارج از پرونده مؤثر بر تصمیمات قضات در امور کیفری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه پیام نور استان البرز، واحد کرج.
۸. جوان جعفری، عبدالرضا؛ شاهیده، فرهاد، (۱۳۹۲)، «رفتار و گفتار تحریک‌آمیز بزه‌دیده در قوانین و مقررات کیفری و رویه قضائی ایران»، فصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری، دوره جدید، شماره: ۵، ص ۱۲۷-۱۵۴.
۹. خالقی‌نژاد، سید علی؛ ملکی، حسن؛ حکیم‌زاده، رضوان، (۱۳۹۴)، «نقد دیدگاه پست مدرنیسم در برنامه درسی با شاخص‌های مبانی فلسفی تربیت اسلامی»، نشریه پژوهش‌های کیفی در برنامه درسی، دوره اول، شماره: ۱، ص ۴۱-۶۰.
۱۰. خوزه لوپز، گاری پاتر؛ رها دوست، بهار، (۱۴۰۲)، «پسا پست مدرنیسم در هزاره نو»، نشریه زیبا شناخت، شماره: ۱۲، ص ۲۵۷-۲۷۲.
۱۱. رستگار خالد، ا؛ کاوه، م؛ محمدی، م، (۱۳۹۲)، «بررسی عوامل جامعه شناختی مرتبط با بیگانگی شغلی»، مطالعات و تحقیقات اجتماعی در ایران، شماره: ۲(۳)، ص ۴۳۹-۴۶۷.
۱۲. سلیمی، علی؛ داوری، محمد، (۱۳۹۴)، جامعه‌شناسی کجروی، تهران، انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۱۳. شیری، عباس، (۱۳۸۵)، «پارادایم‌های عدالت کیفری: عدالت سزادهنده و عدالت ترمیمی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره: ۷۴، ص ۲۱۳-۲۴۵.
۱۴. شیری، عباس، (۱۳۹۷)، «سیاست‌گذاری جنائی درباره حقوق بزه‌دیدگان»، فصلنامه علمی پژوهشی سیاست‌گذاری عمومی، دوره چهارم، شماره: ۱، ص ۱۶۱-۱۷۵.
۱۵. صادقی حسن‌آبادی، مجید؛ گنجور، مهدی، (۱۳۸۹)، «خدا باوری، خود یابی یا از خود بیگانگی»، نشریه الهیات تطبیقی، دوره اول، شماره: ۱، ص ۷۷-۹۶.
۱۶. عالی پور، حسن، (۱۳۹۲)، «امنیت ملی و عدالت کیفری»، فصلنامه مطالعات راهبردی، سال شانزدهم، شماره: ۳، ص ۸۸-۵۷.
۱۷. عباسی، حسن، (۱۳۸۰)، غرب‌شناسی عمومی، ترنس مدرنیسم، کانون اندیشه جوان و مجتمع فرهنگی ۱۳ آبان.
۱۸. غلامی، حسین، (۱۳۹۰)، «درآمدی بر آسیب‌شناسی سیاست‌گذاری جنایی»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره جدید، شماره: ۱، ص ۱۸۳.
۱۹. فرح بخش، مجتبی، (۱۳۹۱)، جرم‌انگاری فایده‌گرایانه، تهران، انتشارات میزان، چاپ اول.
۲۰. فعال، طیب؛ صادقی، محمد هادی، (۱۳۹۷)، «ماهیت جرم»، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی، دوره: ۴، شماره: ۱، ص ۵۵-۷۶.
۲۱. قلعه قوند، محمد، (۱۳۹۵)، «جلوه‌های کیفرزدایی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، دانشگاه پیام نور، واحد کرج، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی.
۲۲. گسن، ریموند، (۱۳۹۲)، جرم‌شناسی نظری، مهدی کی‌نیا، تهران، نشر مجد، چاپ پنجم.
۲۳. لوئیس، کوزرو، (۱۳۵۸)، زندگی و اندیشه بزرگان جامعه‌شناسی، محسن ثلاثی، تهران، انتشارات علمی.
۲۴. مظفری، حمیدرضا، (۱۳۸۹)، «نگاهی تاریخی به شیطان پرستی»، مجله رشد قرآن، معنویت‌های ساختگی، دوره هشتم، شماره: ۱، ص ۴۶-۵۱.

۲۵. مظفری، میثم، (۱۳۹۲)، «بررسی تخلفات انتظامی و جرائم مرتبط با شغل و وظیفه مقامات قضائی در حقوق ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی.
۲۶. موزر، پال؛ فتحی‌زاده، مرتضی، (۱۳۸۲)، «واقع‌گرایی، عینیت و شک‌گرایی»، نشریه ذهن، شماره: ۱۴، ص ۷۷-۱۰۶.
۲۷. میرخلیلی، سید محمود، (۱۳۸۹)، «بازپژوهی تجری در آموزه‌های اسلامی با نگاهی به حالت خطرناک»، مجله حقوق تطبیقی، شماره: ۱۹، ص ۲۵-۴۲.
۲۸. میرهاشمی، سید محمد، (۱۳۸۹)، «مطلق‌گرایی در اخلاق»، انتشارات مؤسسه بوستان کتاب، چاپ اول.
۲۹. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، (۱۳۷۹)، «تقریرات سیاست جنایی»، تقریرات دوره دکتری، دانشگاه شهید بهشتی.
۳۰. نوریان، ایوب؛ محمد نسل، غلامرضا، (۱۳۹۹)، «واقع‌گرایی در تصمیم‌گیری کیفری»، مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره هشتم، شماره: ۱۶، ص ۱۱۳-۱۳۴.
۳۱. نیازپور، امیرحسین، (۱۳۹۱)، «نقش بزه‌دیده در چگونگی پاسخدهی به بزهکاران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره: ۵۷، ص ۳۴۷-۳۸۴.
۳۲. واعظی، احمد، (۱۴۰۰)، «عینی‌گرایی در حقوق و تشخیص قضایی»، فصلنامه علمی تخصصی فلسفه حقوق دانشگاه باقراعلوم (ع)، دوره اول، شماره: ۱، ص ۹-۲۹.
۳۳. همراهی، راضیه؛ جعفری، جلال؛ قنبری، محمد، (۱۳۹۶)، «تحلیل جرم‌شناختی کارکردهای جرائم مانع در حقوق شهروند مدار و حقوق امنیت محور با تأکید بر حقوق کیفری ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، دوره دهم، شماره: ۳۸، ص ۲۳۷-۲۶۰.
۳۴. یعقوبی، مهدی؛ فرهنگی، علی اکبر؛ طیبی، جمال‌الدین، (۱۳۹۷)، «تحلیل گفتمان انتقادی فیلم مرد پولادین با تکیه بر مباحث متافیزیکی پارادایم ترنس مدرنیسم»، نشریه مطالعات رسانه‌ای، شماره: ۴۰، ص ۱۳۵-۱۵۱.
35. Austin, John, (1995), **Province of Jurisprudence Determined**, ed by Wilfrid rumble, Cambridge university press.
36. Chamberlain, John Martyn, (2019), **Criminological Theory in Context**, Loughborough University, Sage Publications Ltd.
37. Cole, Mike, (2008), **Psychology Press**, p. 68.
38. Dussel, Enrique, (2012), **Transmodernity and Interculturality: An Interpretation from the Perspective of Philosophy of Liberation**, Metropolitan University.
39. Franks, George Robert, (2009), **Graduates' perceptions of the Criminal Justice Degree as Preparation for a career in law Enforcement**, Texas A&M University, Doctoral dissertation.
40. Ghisi, M. L, (2006), **Transmodernity and Transmodern Tourism**. Keynote at the 15th Nordic Symposium in Tourism and Hospitality Research: Visions of Modern Transmodern Tourism, 19th-22nd of October, Savonlinna, Finland, p. 43.
41. Goizueta, R, (2000), **Locating the Absolutely Absolute Other: toward a Transmodern Christinity. Thinking from the underside of history: Enrique Dussel's philosophy of liberation**, In eds Alcoff, M. & Mendieta, E. (Eds.). New York: Rowman and Littlefield Publishers. 81-193.
42. Gottlieb, Roger, (1993), **History and Subjectivity new jerky**, Humanity press.
43. Inayatullah, S, (2005), **Spirituality as the Fourth Bottom Line?** Futures, 37 (6), 573-579.
44. Jedlick, Jrzy, (1990), **Heritage and Collective Behavior in Ian Maclean and Peter Winch edited, The political responsibility of intellectuals**, cam bridge University press.

45. Karmer, Ronald. C, (1984), **Critical Criminology, Traditional Crime and Public Policy**, Western Michigan University, The Journal of Sociology & Social Welfare, Volume 11, Issue 2, 251-293.
46. Karmer, Mathew, (2007), **Objectivity and the Rule of Law**; Cambridge University press.
47. Kompridis, Nikolas, (2006), **Critique and discourse: Critical Theory in ethics and politics**, Massachusets, MIT press.
48. Lefkowitz, David, (2020), **Philosophy of Crime and Punishment**, 247-804.
49. Marx, Karl; Engels, Ferederick, (1965), **The German Ideology**, London: Lawrence & Wishart.
50. Murphy, J, (1973), **Marxism & Retribution**, 2 Philosophy & Public Affairs, 217-243.
51. Ricoeur, Paul, (2019), **Arundhati Roy as a Transmodern Intellectual**, Anglistica AION, 23(2), 67-81, issn: 2035-8504.
52. Takanashi, Y, (2009), **Emerson and Zhu Xi: the Role of the Scholar in Pursuing Peace**, The Japanese Journal of America Studies, p. 67.
53. Yerba, Jose Maria, (2018), **Transmodern Motion or the Rhizomatic Updated in a Strange Room**, University of California, Santa Barbara Authenticated, De Gruyter, 136(3): 508-529.



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jcl.d.liau.ac.ir>

Vol.3, No.1, Issue 9, Spring 2024, P: 65-86

Receive Date: 2024/01/06**Revise Date:** 2024/02/28**Accept Date:** 2024/03/14**Article type:** Original Research**Online ISSN:** 2821-2339

Jurisprudence Examination of Cryonics Technology and Its Legislative Compulsories

Ali Mohammadpour¹Seyyed Asgari Hosseini Moghadam²Hossein Rahimi Vasaksi³

Abstract

Cryonics is an innate desire among all humans. Based on this desire, some difficult to cure or incurable patients are brought to a cold life in the hope that in the coming years, with the progress of medical science, regarding the treatment of difficult to cure or incurable patients, they will be able to revive and with their treatment find new life. This opinion is not possible from the point of view of the public at large. This research with analytical descriptive method, surveys the jurisprudence nature of Cryonics. Opinions and reasons of each opponents and supporters have been presented and according to the opinion of the esteemed president of jurists, this mechanism is correct under certain conditions. Before person's action, for entering the cold storage, should determines and organizes the acquittal from obligations and civil and criminal responsibilities. Furthermore, the difficulty to cure and incurability of disease should be proved. In this case, he has entered into the cry biotic process and despite many similarities to death, the state of absence and incapability is the most similar for the patient. In this case, can take over the management of the patient's by appointing a trustee. The status of divorce of the wife and permission to marry for a daughter, will also be done according to the rules of the absent person. Setting a specific period and providing financial resources for the process of Cryonics is one of the important features that is necessary to be considered in the legislation based on jurisprudence opinions.

Keywords: Cryonics, jurisprudence foundations of Cryonics, legislature compulsories of Cryonics, legal status of Cryonics.

¹. PhD student in Islamic jurisprudence and Principles of Islamic law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran. am@gmail.com

². Assistant Professor of Jurisprudence and Principles of Islamic Law Department, Islamic Law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran (Responsible Author). dhoseini@gmail.com

³. Assistant Professor of Jurisprudence and Principles of Islamic Law Department, Islamic Law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran. hoseinrahimi542@ gmail.com



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jcl.d.liiau.ac.ir>

سال سوم - شماره ۱ - شماره پیاپی ۹ - بهار ۱۴۰۳، ص ۸۶-۶۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۲۴

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۲/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۱۶

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

بررسی فقهی فناوری سرمازیستی و بایسته‌های تقنینی آن

علی محمد پور^۱

سید عسگری حسینی مقدم^۲

حسین رحیمی واسکسی^۳

چکیده

سرمازیستی (کریونیک) تمایلی ذاتی بین تمامی انسان‌ها است. بر مبنای همین تمایل، برخی از بیماران صعب‌العلاج و یا لاعلاج، به زندگی سرمایی وارد می‌شوند، به این امید که در سال‌های آتی، با پیشرفت علم پزشکی در خصوص درمان بیماری صعب‌العلاج و یا لاعلاج آنان، مجدداً، به زندگی بازگردند و با درمان خود، زندگی دوباره‌ای یابند. این عقیده، از دیدگاه عموم مردم، شدنی نیست. نوشتار حاضر، به روش توصیفی تحلیلی به بررسی ماهیت فقهی سرمازیستی می‌پردازد. دیدگاه و دلایل هر یک از مخالفان و موافقان را بیان می‌دارد و وفق نظر جمهور فقهای اسلام، این اقدام، تحت شرایطی خاص، صحیح است. پیش از اقدام شخص، برای فرآیند سرمازیستی، وی باید وضعیت براءت ذمه خود را نسبت تعهدات و مسئولیت‌های مدنی و کیفری خود، معین و به سامان رساند. همچنین، باید صعب‌العلاج بودن بیماری او نیز به اثبات رسیده باشد، در این صورت، به فرآیند سرمازیستی وارد می‌شود. به جهت شباهت‌های فراوان سرمازیستی با مرگ، بیماری که در وضعیت سرمازیستی قرار می‌گیرد، بیشترین شباهت‌ها را به وضعیت غیبت و حجر دارد؛ در این صورت، می‌توان با تعیین امین، اداره امور بیمار را در دست گرفت. وضعیت طلاق همسر و اجازه ازدواج دختر وی نیز به موجب احکام شخص غایب انجام می‌یابد. تعیین مدت زمان و تأمین منابع مالی برای فرآیند سرمازیستی، از ویژگی‌های مهمی است که باید به هنگام قانونگذاری، بر پایه نظرات فقهی، مورد توجه قرار گیرند.

واژگان کلیدی: سرمازیستی، مبانی فقهی سرمازیستی، بایسته‌های قانونگذاری سرمازیستی، وضعیت حقوقی سرمازیستی.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران. am@gmail.com

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران (نویسنده مسئول). dhoseini@gmail.com

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران. hoseinrahimi542@gmail.com

در سال‌های اخیر با توجه به پیشرفت علم و علاقه بشر به جاودانگی، بسیاری از محققین علم پزشکی تلاش دارند که به نوعی مرگ آدمیان را به تأخیر بیندازند؛ لذا روش‌هایی برای افرادی که دچار بیماری لاعلاج هستند ابداع گردیده است که بدن انسان را منجمد می‌کنند تا بتوانند در آینده او را احیا نمایند. کسانی که در این نوع شرکت‌های انجماد کار می‌کنند معتقدند که علم بشر تا صد سال دیگر قادر خواهد بود افراد منجمد شده را به راحتی به زندگی طبیعی بازگرداند و عمل کاشت مغز را انجام دهد.

سرمازیستی^۱ دانشی نوین است که در آن، با پایین آوردن دمای بدن انسان یا جانوران، سعی در سالم نگهداشتن بدن برای آینده می‌کنند. در این روش، تمام خون بدن را تخلیه و آن را منجمد می‌کنند. در این روش، برگشت به زندگی برای بیمار ممکن نیست و این کار تنها برای آینده و فناوری آینده انجام می‌شود (ستوده روش و وزیری، ۱۳۹۹، ۳۷۷).

یکی از فناوری‌های جدید که وارد حوزه پزشکی و مهندسی ژنتیک شده است، فناوری کرایونیک می‌باشد. کرایونیک تاکنون فقط در برخی کشورها در حال انجام است، اما با توجه به سرعت پیشرفت‌های علمی به نظر می‌رسد که در سال‌های آینده ورود این فرایند و فناوری‌های راجع به آن، به کشورهای مختلف از جمله کشورهای اسلامی اجتناب ناپذیر است. در نتیجه، با توجه به اهمیت این موضوع، لازم است که مفاهیم و عناوین فقهی، مانند: خودکشی، مرگ، حیات غیرمستقر، قتل از روی ترحم، و ... که با فرایند کرایونیک چالش ایجاد می‌کنند، مورد تحلیل و بررسی قرار داده شود.

طباطبایی و همکاران (۱۳۹۶) حکم تکلیفی سرمازیستی بیمار لاعلاج از منظر فقه شیعه را بررسی کرده و در این مقاله تنها به بیان حکم مشروع یا غیرمشروع بودن آن بسنده کردند. تنها به ذکر مستندات جدید فقهی بسنده شد. قائلین به جواز کرایونیک نیز به آیه: من احیا الناس، روایاتی در این زمینه و حکم عقل، تمسک جسته‌اند که با توجه به ادله، قول به جواز کرایونیک بیمار لاعلاج از قوت بیشتری برخوردار است. در اقدامی مشابه نیز بصیرزاده و ادیبی (۱۳۹۶) در مقاله تحقیقاتی، به بررسی جواز سرمازیستی براساس آیات و احادیث پرداخته و در نهایت نسبت به جواز این عمل نتیجه گرفتند. چنین نظر داده شد که این عمل، مناسب آینده خواهد بود. میل به جاودانگی، اساس تحقیق بود که حسب تفسیر موسع احادیث، چنین به اثبات رسید که جاودانگی به هر طریق می‌بایست مورد حمایت قرار گیرد؛ از این رو، انجام تحقیق ضرورت دارد.

افضلی (۱۳۹۳) در مقاله تحقیقاتی، مرگ مغزی از منظر فقه شیعه و طب جدید را مورد واکاوی قرار داده و اقدام برای جاودانگی را خواسته مشروع انسانی دانست. در این پژوهش نیز ادله دیگری بر مشروعیت

^۱. Cryonics

این فرآیند ارائه شد. دانش پزشکی مرگ مغزی را پایان زندگی انسان تلقی می‌کند. اما قرآن بدن را مرگ قطعی می‌داند. هدف در این تحقیق، بررسی و مقایسه نظرات پزشکان و فقها شیعه در این مسأله بود. در راستای بررسی موارد مذکور با موانع و محدودیت‌هایی روبرو بوده که مهم‌ترین آن مستحذته و جدید بودن مسئله کرایونیک است. از این رو فقهای متقدم به این مسئله صراحتاً اشاره‌ای ندارند و می‌بایست از ادله و فحوای کلام آن‌ها حکم کرایونیک را استنباط کرد. فقهای متأخر و معاصر نیز بعضاً حکم مسئله را موضوعی دانسته و تشخیص آن را به عهده مکلفین قرار داده‌اند. برخی نیز صراحتاً حکمی نداده‌اند و جواز یا عدم جواز کرایونیک را منوط به صدق عنوان مرگ دانسته‌اند. از این رو استنباط نظر فقها امری مشکل می‌نماید. از این رو محقق در این پژوهش درصدد بررسی این مهم می‌باشد.

۱. سرمازیستی

سرمازیستی دانشی نوین است که در آن، با پایین آوردن دمای بدن انسان یا جانوران، سعی در سالم نگهداشتن بدن برای آینده می‌کنند. در این روش، تمام خون بدن را تخلیه و آن را منجمد می‌کنند. در این روش، برگشت به زندگی برای بیمار ممکن نیست و این کار تنها برای آینده و فناوری آینده انجام می‌شود (ستوده روش و وزیری، ۱۳۹۹، ۳۷۷).

سرمازیستی، معادل فارسی عبارت لاتین: کرایونیک می‌باشد. در منابع فارسی، به کرات از عنوان کرایونیک استفاده می‌شود، لیکن با توجه به تعیین معادل فارسی برای آن، صلاح است که با هدف پاسداشت زبان فارسی، از واژه سرمازیستی استفاده شود. معنای واژه سرما، کاملاً بدیهی بوده و نیازی به تعریف ندارد. زیست به معنای حیات، زندگی و زندگانی آمده است؛ بنا بر این، سرمازیستی به معنای زندگی و حیات انسان است که در سرما به سر می‌برد. معنی لغوی این فرآیند از پیچیدگی خاصی برخوردار نمی‌باشد.

تعلیق و هوای یخی، یک فناوری نسبتاً جدید برای کسانی که می‌توانند و استطاعت این شانس را برای احیاء در آینده زمانی که زندگی آن‌ها به پایان می‌رسد، ارائه می‌دهد؛ اما در این میان، استدلال‌هایی وجود دارد که بر پایه طبیعت و مفهوم مرگ را تغییر دادن استوار است (مولوی فر، ۱۳۹۵، ۵۵).

سرمازیستی، آمیخته شدن یک علم فانتزی داستانی با یکی دیگر از تولیدات فوق العاده قوی خیالی بوده که یک چشم انداز جدید برای تأمین امنیت جاودانگی است.

در حال حاضر، تنها کشور اروگوئه برای سرمازیستی قانون تصویب کرده و با توجه به تصویب نخستین قانون رمز ارز در جهان توسط این کشور، اروگوئه به عنوان پیشگام در رسمیت شناسی مسائل جدید حقوقی محسوب می‌شود.

پس از تعاریف متعدد از سرمازیستی یا همان منجمد سازی، می‌توان مسائل ذیل را در نظر گرفت:

سرمایزستی شاخه‌ای از علم فیزیک است که به مطالعه و تحلیل واکنش ارگانسیم‌ها و پروتئین‌ها و اتم‌ها در زمانی می‌پردازد که در دماهای بسیار پایین قرار دارند، اما از سال‌های ۱۹۶۰ یکی از زیرشاخه‌های این علم مورد توجه دانشمندان و رسانه‌ها قرار گرفت که ادعا می‌شود کلید رهایی از مرگ و رفتن به سوی جاودانگی باشد (زمان زاده، ۱۳۹۶، ۲۵).

در جای دیگر، در تعریف آن آمده است که سرمایزستی یک نوع محافظت از انسان‌ها یا حیوانات اهلی عرفاً، مرده در دمای بسیار پایین است (زیر ۱۳۰ درجه سانتی‌گراد دماهای برودتی) به این امید که تکنولوژی آینده آن‌ها را جوان و سالم به زندگی برگرداند (افضلی، ۱۳۹۳، ۲۲۵).

همان طوری که در تعریف اخیر ملاحظه شد، سرمایزستی به لحاظ قانونی فقط می‌تواند نسبت به شخصی به کار برده شود که توسط یک متخصص سلامت مجاز، مرده قلمداد شود. اما باید به این نکته توجه داشت که ملاک و معیار برای مرگ تقریباً همیشه توقف ضربان قلب است. این در حالی است که پزشکی امروز، ایست قلبی را مرگ قطعی نمی‌داند و تنها معیار و ملاک برای مرگ قطعی انسان، مرگ مغزی عنوان شده است.

اما امروزه، این ملاک در طبی که پیشرفت کرده، تغییر یافته است. پزشکان امروز، اغلب می‌توانند افراد را بعد از توقف تنفس و گردش خون و گاهی اوقات حتی بعد از یک ساعت یا بیشتر پس از توقف ضربان قلب و تنفس به هوش آورند؛ بنا بر این، به عقیده دانشمندان سرمایزستی، افراد منجمد شده به هیچ عنوان نمی‌توانند مرده تلقی شوند.

اگر این فرض پذیرفته شده است که امروزه، بیماران منجمد شده، مرده نیستند، بنا بر این، روح یک بیمار سرمایزستی در همان وضعیتی است که روح جنین فریز شده انسان در آن وضعیت قرار دارد. همچنین به همین وضعیت است، روح شخصی که در حالت کما یا بیهوشی به سر می‌برد (طباطبائی و همکاران، ۱۳۹۶، ۲۵).

۲. بررسی فقهی

ذیل این قسمت، دیدگاه‌های فقهی مرتبط با بحث از دو جنبه مخالفت و موافقت بررسی شده است.

۱-۲. دیدگاه مخالفان

باتوجه به مطالبی تاکنون پیرامون سرمایزستی ذکر گردید، می‌توان بیان داشت که این عمل دارای انواع مختلفی بوده که مهمترین آن انجماد انسان است و بحث‌های مختلفی پیرامون آن وجود دارد.

در حال حاضر و در سطح پیشرفت کنونی علم فیزیولوژی منجمد کردن انسان‌ها در دمای پایین به امید زنده ماندن سلول‌های بدن برای سال‌های طولانی و سپس امکان بازگشت حیات در آینده و پس از گذشت سال‌ها، از مصادیق (القاء النفس فی التهلكه) است که آیه از آن نهی کرده است. ولو اینکه این انسان مبتلا به

بیماری صعب‌العلاج باشد و مادامی که علم فیزیولوژی پیشرفت نکرده که نتایج قطعی و یا مورد اطمینان در مورد سرمازیستی به انسان بدهد و همتای تخصص‌های پزشکی کنونی در پیشرفت و داده‌ها نشود، به طوری که فریز کردن انسان همانند بی‌هوش کردن او برای مدتی نشود، نمی‌توان جان انسان که اشرف مخلوقات است و حرمت جان او نزد خدا به حدی است که می‌فرماید: «بدین سبب بر بنی اسرائیل حکم نمودیم که هر کس نفسی را بدون حق و یا بی‌آنکه فساد و فتنه‌ای در زمین کرده، بکشد مثل آن باشد که همه مردم را کشته، و هر کس نفسی را حیات بخشد (از مرگ نجات دهد) مثل آن است که همه مردم را حیات بخشیده. و هر آینه رسولان ما به سوی آنان با معجزات روشن آمدند سپس بسیاری از مردم بعد از آمدن رسولان باز روی زمین بنای فساد و سرکشی را گذاشتند»^۱ (مائده، ۳۲).

قائلین به عدم جواز سرمازیستی بیمار لاعلاج بر این عقیده‌اند که در حال حاضر و در سطح پیشرفت کنونی علم فیزیولوژی، منجمد کردن انسان‌ها در دمای پایین به امید زنده ماندن سلول‌های بدن برای سال‌های طولانی، سپس امکان بازگشت حیات در آینده، از مصادیق «القاء النفس فی التهلكه» است که خداوند در قرآن کریم به آن اشاره می‌فرماید و مورد نهی واقع شده است (عبده، ۱۴۰۰، ۲۸/۱)؛ بنا بر این، هرچند که انسان مبتلا به بیماری صعب‌العلاج باشد، اما تا زمانی که علم فیزیولوژی پیشرفتی نداشته باشد که نتایج قطعی و یا مورد اطمینان در مورد سرمازیستی حاصل شود، نمی‌توان جان انسان که اشرف مخلوقات است را در معرض خطر قرارداد. یکی از مبانی فقهی مخالفت با این فرآیند، فرض میت بودن بیمار است. قائلین به عدم جواز سرمازیستی بیمار لاعلاج بر ادله‌ای از کتاب، روایات معصومین (ع) و عقل استناد کرده‌اند. که جهت اطاله کلام تنها به گزیده آن‌ها اشاره شده است.

۲-۱-۱. کتاب

خداوند در آیه‌ی شریفه‌ی ۱۹۵ سوره‌ی مبارکه‌ی بقره می‌فرماید: «و (از مال خود) در راه خدا انفاق کنید (لیکن نه به حد اسراف)، و خود را به مهلکه و خطر در نیفکنید، و نیکویی کنید که خدا نیکوکاران را دوست می‌دارد»^۲.

مستفاد از این آیه‌ی شریفه این است که اقدام به اموری که خطر جانی دارد، از آنجا که باعث هلاکت جان می‌شوند، حرام خواهد بود و در سرمازیستی نیز کسی که خود را منجمد می‌نماید، در واقع اقدام به عملی نموده است که برای او خطر جانی داشته و ممکن است سبب هلاکت جانش شود که مصداق القاء در مهلکه و منهی است؛ بنا بر این، مطابق مفاد آیه‌ی شریفه شخص جایز نیست خود را فریز نماید (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲، ۳۵۱/۱).

۱. من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفسٍ أو فساداً في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً ولقد جاءتهم رسلنا بالبينات ثم إن كثيراً منهم بعد ذلك في الأرض لمصرفون.

۲. وأنفقوا في سبيل الله ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا إن الله يحب المحسنين.

از این آیه‌ی شریفه استفاده می‌شود که اقدام به اموری که خطر جانی داشته باشد حرام است؛ چراکه این‌گونه امور باعث هلاکت جان می‌شوند؛ بنا بر این، در سرمایه‌دستی هم کسی که خود را منجمد می‌کند در واقع اقدام به عملی نموده است که برای او خطر جانی داشته و ممکن است سبب هلاکت جاننش شود، لذا طبق این آیه‌ی شریفه شخص جایز نیست خود را فریز کند.

خدای متعال در آیه‌ی شریفه‌ی ۹۵ سوره‌ی مبارکه‌ی نساء می‌فرماید: «هرگز مؤمنانی که بدون عذر از جهاد باز نشستند با آنان که به مال و جان در راه خدا جهاد کنند، یکسان نخواهند بود، خدا مجاهدان (فداکار) به مال و جان را بر بازنشستگان (از جهاد) بلندی و برتری بخشیده و همه (اهل ایمان) را وعده پاداش نیکو فرموده، و خداوند مجاهدان را بر بازنشستگان به اجر و ثوابی بزرگ برتری داده است»^۱.

استدلال این آیه به این شرح است اگرچه هر نفسی محترم است، زیرا که حق حیات به‌عنوان یک حق طبیعی برای هر فرد محفوظ می‌باشد، اما شریعت اجازه هرگونه تصرف در نفس را به انسان نمی‌دهد و برخی امور را محدود می‌نماید. ازجمله این امور آسیب رساندن به بدن و خودکشی است. بنابراین کسی که خود را به دستگاه انجماد می‌سپارد، به‌نوعی اقدام به خودکشی کرده است که خداوند آن را حرام نموده است. همچنین اگر شخصی اقدام به انجماد فرد دیگری کند او نیز مرتکب قتل شده است که این نیز حرام می‌باشد. بنابراین منجمد کردن، اگر به درخواست خود بیمار تحقق یابد، خودکشی محسوب شده و اگر از جانب دیگری باشد، قتل نفس به غیر حق خواهد بود که در هر دو صورت جایز نمی‌باشد (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ۱/ ۲۴۵).

مستفاد از آیه این که نفس انسان محترم است و هر اقدامی که به نفس ضرر وارد نماید، جایز نخواهد بود (سنهوری، ۱۴۱۷، ۱/ ۱۲۴) و از آنجا که سرمایه‌دستی قطعیت نداشته و ممکن است به انسان آسیب برساند، بنا بر این، منجمد نمودن انسان خلاف فرمان الهی و مصداق قتل نفس از سوی خود شخص و یا دیگری خواهد بود.

همچنین در آیه‌ی شریفه‌ی ۹۳ سوره‌ی مبارکه‌ی نساء می‌فرماید: «و هر کس مؤمنی را به عمد بکشد مجازات او (آتش) جهنم است، که در آن جاوید (معدّب) خواهد بود و خدا بر او خشم و لعن کند و عذابی بسیار شدید بر او مهیا سازد»^۲.

منجمد کردن، اگر به درخواست خود بیمار باشد، خودکشی و اگر از جانب دیگری باشد، قتل نفس به غیر حق، به حساب می‌آید و در هر دو صورت جایز نمی‌باشد.

۱. لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى

الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَكُلًّا وَعَدَّ اللَّهُ الْحُسْنَى وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا

۲. وَ مَنْ يُقْتَلْ مُؤْمِنًا مَتَعْمَدًا فِجْرَاؤُهُ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا وَعَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعْنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا

بر پایه نص صریح قرآن کریم هر نفسی محترم است. حق حیات چه در ادیان الهی و چه در کتاب‌های حقوقی محترم شمرده شده است. اصلاً قوانین وضع می‌شوند تا این حق طبیعی برای هر فرد محفوظ باقی بماند. در عین حال با احترام به اراده و اختیار افراد باید دانست که در برخی مواقع چه شرع و چه قانون اجازه هر کاری را حتی با نفس خود به افراد نداده و برخی امور را برای افراد محدود کرده است. از جمله این امور آسیب رساندن به بدن و خودکشی است. کسی که خود را به دستگاه انجماد می‌سپارد به نوعی اقدام به خودکشی کرده است که در اسلام از آن نهی شده است و خداوند آن را حرام کرده است. همچنین اگر شخصی اقدام به انجماد فرد دیگری کند او نیز نفسی را از بین برده است و این نیز حرام می‌باشد. از جمله آیات و احادیثی در این باره وجود دارد که بر حرمت خودکشی و قتل نفس به غیر حق دلالت می‌کند.

از این آیه این گونه استفاده می‌شود که نفس انسان محترم است و هر چیزی که به نفس ضرر بزند، جایز نیست؛ از آنجا که سرمازیستی قطعیت نداشته و ممکن است به انسان آسیب بزند؛ بنا بر این، منجمد کردن جایز نیست. در قتل عمد و تحقق جنایت چند شرط لازم است:

- ۱) هنگام عمل متوجه باشد.
 - ۲) وسیله از جمله آلات و ابزاری باشد که ممکن است قتل بر آن مترتب شود.
 - ۳) عمل نیز بر حسب عادت سبب قتل شود (خوئی، ۱۴۱۲، ۹۸/۱).
- چنانچه این شرایط محقق نشود جنایت صورت نمی‌گیرد آیه اقدام به قتل مسلمان را مقتضی خلود در دوزخ معرفی نموده است. هم چنانکه عبارت (آتش سوزاننده است) مفادش این است که در آتش اقتضاء سوزانیدن است، ولی ممکن است موانعی اثر آن را خنثی نماید.
- کلمه متعمد، به معنای آن است که قصد کنی عملی را به همان عنوانی که دارد انجام دهی، و چون فعل اختیاری خالی از قصد عنوان نیست، تصور دارد که یک عمل دارای چند عنوان باشد، و در نتیجه ممکن است که یک فعل از جهتی عمدی باشد و از جهتی دیگر خطایی، مثلاً کسی که از دور شبحی می‌بیند و می‌پندارد آهو و یا گورخر است، در حالی که در واقع انسانی است که دارد چیزی از زمین جمع می‌کند بیننده به خیال شکار آن را هدف قرار می‌دهد و می‌کشد تیر اندازی او به سوی شکار عمدی است، ولی انسان کشتنش خطایی است. خدای عز و جل در این آیه شریفه چنین قاتلی را به سختی تهدید کرده و به او وعده خلود در آتش داده است.

حال اگر سرمازیستی قتل محسوب شود و کسی که فرد را منجمد کرده، قاتل؛ پس حکم قتل عمد بر آن بار می‌شود اما اگر فرد خود را با رضایت کامل به دستگاه انجماد بسپارد این نوعی خودکشی محسوب می‌شود که در میانی اسلام از هر دو (قتل عمد و خودکشی) نهی شده است.

۲-۱-۲. سنت

علاوه بر آیاتی که پیشتر ذکر شد، روایاتی هم در این زمینه وجود دارد از جمله آنکه از امام باقر (ع) روایت شده است که خود را به خطر می‌فکنید و با کسانی که از شما نیرومندترند مجنگید (اردبیلی، بی‌تا، ۴۱۱/۲). در حدیث شریف وارد شده: «کلیه مؤمنین نظیر یک نفس و یک شخص می‌باشند»؛ یعنی: نباید شما مسلمین یکدیگر را بکشید. از اطلاق این آیه این‌طور به دست می‌آید که احدی از مسلمین حق ندارد مسلمان دیگری را به قتل برساند (طبرسی، ۱۳۳۸، ۸۷/۱).

پس دلیل قتل افراد مسلمانی که واجب القتل می‌شوند از آیات و اخبار دیگری ثابت می‌گردد. جامعه توحیدی به منزله یک پیکر است؛ در این جامعه کشتن دیگران به حکم کشتن خویشان است؛ لذا قتل دیگران قتل خود انسان شناخته شده است. در روایات اهل بیت (ع) این قسمت از آیه خویشان به مهلکه انداختن و جنگ کردن با اشخاصی که قدرت مقابله با آن‌ها نیست، تفسیر شده است.

ذیل آیه، مردم را از قتل نفس باز می‌دارد و ظاهر آن به قرینه جمله: «إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا» خداوند نسبت به شما مهربان است؛ نهی از خودکشی و انتحار می‌باشد؛ یعنی: خداوند مهربان نه تنها راضی نمی‌شود دیگری شما را به قتل برساند، بلکه به خود شما هم اجازه نمی‌دهد که با رضایت خود، خویشان را به دست نابودی بسپارید. در روایات اهل بیت (ع) نیز آیه فوق به همین معنی انتحار تفسیر شده است.

روایاتی از پیامبر نقل شده است که ایشان فرمودند: «هر کس به وسیله‌ی آهنی خودکشی کند، در آتش جهنم داخل می‌شود در حالی که آهن را به دست داشته و آن را در شکمش فرو می‌برد و تا ابد در آن می‌ماند و هر کس که با خوردن سم، خود را بکشد، در جهنم وارد می‌شود در حالی که سم در دست دارد و آن را می‌خورد و تا ابد در آتش جهنم خواهد ماند و هر کس که خود را با پرتاب کردن از کوه بکشد، در آتش جهنم پرت می‌شود و تا ابد در آنجا خواهد ماند»^۲ (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ۶۳/۱).

با توجه به مطالب گفته شده، انجماد بیمار اگر به درخواست خود فرد باشد، مصداقی از خودکشی است و اگر از جانب دیگری باشد، مصداقی از قتل نفس به غیر حق می‌باشد و بر اساس آیات و روایات فوق جایز نیست.

با توجه به مطالب ذکر شده (قتل نفس و خودکشی) و همچنین استفتائات انجام شده مبنی بر صدق خودکشی بر سرمایه‌یستی، بعضی از مراجع عظام نیز خاتمه دادن به زندگی را از مصادیق قتل و خودکشی می‌دانند که حرام و از گناهان کبیره است و در هیچ حالتی جایز نیست.

۱. المؤمنون کنفس واحدة

۲. من قتل نفسه بحدیة، فحدیدته فی یده، یتوجأ بها فی بطنه فی نار جهنم خالدا مخلدا فیها أبدا، و من شرب سما، فقتل نفسه، فهو یتحساه فی نار جهنم خالدا مخلدا فیها أبدا، و من تردى من جبل، فقتل نفسه، فهو یتردى فی نار جهنم خالدا مخلدا فیها أبدا.

از امام صادق (ع) نقل شده: «هر کس عمداً خودکشی کند همیشه در آتش جهنم خواهد بود» و از امام باقر (ع) روایت شده: «شخص مؤمن به هر بلائی گرفتار می‌شود و به هر مرگی ممکن است بمیرد ولی خودکشی نخواهد کرد».

۲-۲. دیدگاه موافقان

در مقابل قائلین به عدم جواز سرمایه‌یستی، برخی دیگر از فقهای شیعه معتقد به جواز سرمایه‌یستی بیمار لاعلاج، می‌باشند و این امر را جلوه‌ای از جلوه‌های حقوق انسان در اسلام می‌دانند، آسمانی که در زمین در درجه عظیمی از مصونیت است و برای اثبات جواز به قرآن، سنت و عقل استدلال نموده‌اند (بهوتی، ۱۹۶۹، ۱/ ۶۹). در این راستا از قرآن کریم به آیه سی‌ودو مائده استدلال نموده‌اند که بیان می‌دارد.

«بدین سبب بر بنی اسرائیل حکم نمودیم که هر کس نفسی را بدون حق و یا بی‌آنکه فساد و فتنه‌ای در زمین کرده، بکشد مثل آن باشد که همه مردم را کشته، و هر کس نفسی را حیات بخشد (از مرگ نجات دهد) مثل آن است که همه مردم را حیات بخشیده. و هرآینه رسولان ما به‌سوی آنان با معجزات روشن آمدند سپس بسیاری از مردم بعد از آمدن رسولان باز روی زمین بنای فساد و سرکشی را گذاشتند»^۱.

استدلال «ومن أحياء» نه به معنی زنده کردن مرده است، زیرا که آن کار خدا است، بلکه مراد کسی است که در معرض هلاکت باشد یا به غرق یا به هدم یا مرض مهلک یا چنگال ظالم گرفتار آمده و او را نجات دهی مثل این است که تمام مردم را نجات داده باشی (خویی، ۱۴۲۲، ۱/ ۲۵۹).

ادله اصلی موافقان، این است که سرمایه‌یستی به‌عنوان یک‌راه درمان است. لذا باهدف نجات جان یک انسان، می‌بایست هر کاری را انجام داد. ذیلاً به ادله این نظریه پرداخته شده است.

۲-۲-۱. کتاب

قرآن کریم احیای یک نفس را به منزله احیای همه دانسته است (مائده، ۳۲). به عقیده برخی، «و من أحياء» نه به معنای زنده کردن مرده است؛ آن، کار خدا است؛ بلکه مراد کسی است که در معرض هلاکت باشد یا به غرق یا به هدم یا مرض مهلک یا چنگال ظالم ... او را نجات دهی مثل این است که تمام ناس را نجات داده باشی.

احیاء، متعدی، از حیات گرفته شده به معنای زندگی و دمیدن روح است چه در آغاز و چه بقاء آن در هر لحظه فعل پروردگار است؛ بدین نظر مراد از آیه احیاء به نظر عرف است و از جمله رفع خطر می‌باشد مانند کمک به زیردستان و نجات دادن کسی از غرق و هلاکت و یا شخصی که در عقیده منحرف و گمراه شده او را هدایت و رهبری کند به همه این موارد احیاء گفته می‌شود و دارای مراتب بی‌شمار است؛ مثلاً

۱. مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ

کمک به زیردستان مرتبه نازلی از احیاء و رفع خطر فقر از تهیدستان به‌طور موقت است، ولی هدایت شخص گمراه به دین اسلام و با تعلیم و آموزش معارف و اخلاق فاضله احیاء همیشگی او است (بحر العلوم، ۱۴۰۳، ۱/۱۴).

و من أحيائها و هر که مردم را با قوای عالیه خود را از هلاک و مرگ طبیعی نجات دهد یا دعوت به هدایت کرده و با حیات انسانی و ایمانی آن را احیاء کند. «فكأنما أحيأ الناس جميعا» گویا که همه مردم یا قوای عالیه خود را زنده ساخته است (بجنوردی، ۱۳۷۲، ۱/۷۱۴).

پس به حکم این آیه، کسی که گمراهی را به سوی ایمان راهنمایی کند، او را زنده کرده است، چنان است که گویی همه مردم را زنده کرده است؛ یعنی: خداوند به سبب عملش پاداش کسی را به او می‌دهد که تمام مردم را زنده کرده باشد؛ زیرا این شخص در نیکی کردن به مردم به خاطر نجات برادر مؤمن آنان به منزله کسی است که هر یک از مردم را نجات داده و زنده کرده است.

حقیقت داشتن قتل یا احیای نفس به‌منزله قتل با احیای همه مردم برای این است که نظام جهان خلقت به اندازه‌ای محکم و تمام است که حتی ذره‌ای نتوان کم و زیاد کرد. مانند نظمی که در مدینه ساعت و یا کارخانه و یا موتور موجود است، و گاهی دیده می‌شود که کم و یا زیاد شدن یک چیز بسیار کوچک در مدینه ساعت، موجب اختلال در نظم او شده و از میزان معین خود خارج و یا از کار می‌ماند (انصاری، ۱۴۱۴، ۱/۱۲۱).

و منظور از احیاء، زنده نگهداشتن و مانع شدن از مردن است. پس قتل به‌طور مسلم اختلال در تکوین و ایجاد اختلال در نظام است؛ چنانکه احیاء ابقاء و حفظ کردن نظام تکوین خواهد بود.

پس از ذکر داستان فرزندان آدم یک نتیجه‌گیری کلی و انسانی در این آیه شده است. نخست می‌فرماید: «به خاطر همین موضوع بر بنی اسرائیل مقرر داشتیم که هرگاه کسی انسانی را بدون ارتکاب قتل، و بدون فساد بر روی زمین به قتل برساند، چنان است که گویا همه انسان‌ها را کشته است و کسی که انسانی را از مرگ نجات دهد گویا همه انسان‌ها را از مرگ نجات داده است».

همچنین کسی که به خاطر نوع دوستی و عاطفه انسانی دیگری را از مرگ نجات بخشد این آمادگی را دارد که این برنامه انسانی را در مورد هر بشر دیگری انجام دهد، او علاقه‌مند به نجات انسان‌های بد است و از این نظر برای او این انسان و آن انسان تفاوت نمی‌کند و باتوجه به اینکه قرآن می‌گوید: «فكانما» استفاده می‌شود که مرگ و حیات یک نفر اگرچه مساوی با مرگ و حیات اجتماع نیست اما شباهتی به آن دارد. در این آیه کشتن یک نفر به منزله‌ی کشتن همه مردم مطرح شده است.

یک انسان می‌تواند سرچشمه‌ی یک نسل باشد پس قتل او به منزله‌ی قتل یک نسل است. به نظر می‌رسد این احتمال بهتر است در روایات آمده است: فانی شدن تمام دنیا نزد خداوند، از کشتن یک مؤمن آسان‌تر است (امینی و آیتی، ۱۳۹۳، ۶۵).

احترام به حیات در نزد شرایع آسمانی و به ویژه اسلام به حیات این شخص یا آن شخص منحصر نیست. بلکه حیات هر کس که باشد، محترم است با هر خصوصیت و تفاوت. کشتن یک فرد مانند کشتن همه‌ی افراد و نقض غرض خداست؛ و من اَحیاءا نیز همین است؛ مراد از احیا زنده کردن عرفی است مانند نجات از غرق شدن یا زندان و یا گرفتاری و یا تربیت یتیم و نظیر آن (سنه‌وری، ۱۹۹۸، ۲۱۱/۱).

مراد از قتل و احیا، معنوی است و نه مادی. اماتة همانند احیا، کار خداست؛ اما قتل، ابزار کار است؛ از این رو، به بشر اسناد داده شده است. احیا دو قسم است: معنوی و مادی.

احیا مادی نجات دادن انسان از حریق یا غرق و مانند آن است و احیای معنوی، زنده کردن از راه تعلیم کتاب و حکمت و تزکیه روح است و این احیاء هیچ قیدی ندارد.

با توجه به تفاسیر متعدد و متفاوت بیان شده گفته می‌شود که آیه به موضوعاتی از قبیل: احیاء پرداخته است؛ حال اگر سرمازیستی (با توجه به توضیحات و اصل مسأله منجمد سازی و خارج کردن از انجماد برای درمان از مصادیق) احیاء دانسته شود؛ پس با استناد به این آیه، جواز آن اثبات می‌شود و می‌توان گفت مراد از آیه همه این موارد می‌باشد و آیه تمامی آن‌ها را در بر می‌گیرد.

۲-۲-۲. سنت

علاوه بر آیاتی که بر جواز سرمازیستی دلالت می‌کند، روایاتی نیز در این باب وارد شده است؛ از جمله: به ابوعبدالله صادق (ع) گفتم: خداوند کار شمارا به اصلاح آورد، اجازه سؤال می‌دهید؟ ابوعبدالله گفت: بلی. من گفتم: پیش از این شور و نشاطی داشتم و اینک آن شور و نشاط را ندارم. پیش از این به روستا می‌رفتم و یک نفر دو نفر زن یا مرد را به آئین حق دعوت می‌کردم و خداوند هر که را خواسته بود از ضلالت و گمراهی نجات می‌داد. اما اینک کسی را دعوت و تبلیغ نمی‌کنم.

ابوعبدالله گفت: حرجی بر تو نیست که از دخالت میان خدا و بندگان خدا دست بکشی؛ زیرا خداوند هرکسی را که بخواهد از تاریکی به نور می‌کشاند. ابوعبدالله گفت: و اگر کسی را جویای حق و آماده هدایت بیابی و برخی حقائق مکتب را با او در میان نهی بازهم حرجی بر تو نخواهد بود.

من گفتم: از معنی کلام خدا که می‌گوید: ... و کسی که یک نفر را از مرگ حتمی نجات بخشد به منزله آن است که همه مردم را از مرگ حتمی نجات بخشیده است با خبرم سازید. ابوعبدالله گفت: یعنی از شعله آتش و یا سیلاب مرگ نجاتش بدهد. ابوعبدالله صادق لحظه‌ای سکوت کرد و سپس گفت: تأویل والاتر آیه آن است که او را به حق دعوت کند و او بپذیرد.

به ابوعبدالله صادق (ع) گفتم: کلام خدا که می‌گوید: کسی که یک تن از مردم را به نا حق بکشد، به منزله آن است که همه مردم را کشته باشد و کسی که یک نفر را از مرگ حتمی نجات بخشد، به منزله آن است که همه مردم را از مرگ حتمی نجات بخشیده باشد، چگونه تفسیر می‌شود؟

ابوعبدالله گفت: یعنی کسی که یک نفر را از بادیه حیرت و ضلالت به راه هدایت بکشاند، به منزله آن است که به او حیات و هستی بخشیده است و کسی که یک نفر را از مسیر هدایت منحرف کند و به وادی ضلالت و گمراهی بکشاند، جان او را گرفته است (نراقی، ۱۴۱۵، ۱۱۲/۱).

از امام صادق (علیه‌السلام) نقل شده است: هر کس در مکانی که آب در آنجا موجود است (به دیگری) آب دهد، مانند کسی است که برده‌ای را آزاد کرده است. و هر کس در مکانی که آب در آنجا وجود ندارد به دیگری آب دهد، مانند کسی است که نفسی را زنده داشته است. و هر کس نفسی را زنده بدارد، گویی همه مردم را زنده داشته است (نراقی، ۱۴۱۵، ۱۱۲/۱).

ابی بصیر گفت: از ابی جعفر (ع) سؤال کردم، گفت: هر کس که خارج کند کسی را از کفر به سوی ایمان است.

صالح بن عقبه از نصر بن قابوس از ابی عبدالله شنیدم که گفت: قطعاً اطعام مومن دوست داشتنی‌تر است نزد من از آزاد کردن ۱۰ بنده و ۱۰ حج. گفتم: ۱۰ بنده و ۱۰ حج. پس گفت: ای نصر! اگر کسی را اطعام نکنی می‌میرد؛ پس می‌آید به سوی دشمن و از او درخواست می‌کند و مرگ بهتر است برای او از درخواست از دشمن. ای نصر! کسی که زنده کند مومنی را پس قطعاً زنده کرده است همه مردم را پس اگر اطعام نکند او قطعاً او را کشته است و اگر اطعام کند قطعاً او را زنده کرده است.

سماعة بن مهران گوید: به امام صادق (ع) گفتم این سخن خدا در قرآن: «من قتل نفساً بغير نفس، أو فساد فی الأرض، فکانما قتل الناسَ جَمیعاً، و من أحيها فکلما أحيأ الناسَ جَمیعاً» هر کس شخصی را جز برابر کشتن شخصی دیگر یا تبه‌کاری در زمین بکشد، گویی چنان است که همه مردمان را کشته باشد، و هر کس که جانی را زنده کند، گویی چنان است که همه مردمان را زنده کرده باشد، یعنی چه؟ امام صادق (ع) گفت: «هر که جانی را از گمراهی به راه یافتگی برآورد، بدان ماند که آن را زنده کرده است. و هر که جانی را از راه یافتگی به گمراهی بیرون برد، در حقیقت آن را کشته است.

امام باقر علیه‌السلام فرمود: در زمان حکومت امیر مؤمنان (علیه‌السلام) جسد کشته‌ای را در خرابه‌ای یافتند در جایی که مردی با کارد خونین بر بالین او بود وی را دستگیر کردند تا نزد علی (ع) بیاورند و مرد هم گفت: من کشته‌ام در این هنگام شخص دیگری از راه رسید و گفت: این مرد را رها کنید، قاتل این کشته منم، او را هم دستگیر کردند و هر دو را نزد امیرالمؤمنین (ع) آوردند، و تمام قصه را بازگفتند، حضرت به مرد اولی گفت: چه چیز سبب شد که تو اقرار بکشتن او کردی؟

گفت: یا علی من مردی قصابم، در کنار خرابه، گوسفندی ذبح کردم و به خرابه رفتم برای قضای حاجت که مصادف با این قضیه شدم و با در دست داشتن کارد خونین و وضع ظاهرم هیچ چاره‌ای نداشتم و فایده‌ای در انکار نمی‌دیدم. ناچار شدم بگویم کار من است تا از آزار قبل از اثبات جنایت در امان باشم. حضرت رو به دیگری کرده گفت: تو چه می‌گویی؟ جواب داد: من او را کشته‌ام.

حضرت فرمود: داوری را نزد پسر حسن ببرید تا او چه حکم کند، نزد حضرت مجتبی (ع) رفته، واقعه را بازگفتند. فرمود: مرد اول که گناهی ندارد، اما قاتل چون همان طور که یکی را کشته است، دیگری را هم از مرگ نجات داده و خداوند هم می‌فرماید: من أحياءها فكأنما أحيأ الناس جميعاً، هر کس کسی را از مرگ نجات دهد، مانند آن است که همه مردم را نجات داده است، پس بر هیچیک از این دو چیزی نیست و از بیت المال دیه مقتول به اولیاء وی پرداخت شود.

البته چون طبق قواعد حق قصاص برای ولی دم باقی است، باید روایت را حمل بر این کرد که ولی دم راضی به دیه شده باشد.

با توجه به مطالب گفته شده به آیه نهی از القاء در مهلکه که از دلایل عدم جواز به شمار می‌آید، این‌گونه پاسخ داده می‌شود که در تفسیر و بیان این آیه احتمالات متعددی در تفاسیر مختلف بیان شده است از جمله: تهلکه چیزی است که به هلاکت و نابودی می‌کشاند. آیه ترک اتفاق را موجب هلاکت جامعه دانسته است نه سبب آمدن عذاب الهی.

برای سببیت است یا زاید است؛ برای سببیت، یعنی: با دستان خود جانتان را به هلاکت نیندازید به طوریکه هلاکت مالک شما شده و زمامتان در اختیار او باشد.

در صورت دوم دستانتان را به هلاکت نیندازید؛ دست کنایه از نفس یا قدرت است؛ یعنی مسلمانان باید قدرتی را که خدا به آنان عطا کرده است از نابودی حفظ کنند.

چنانچه با هزینه کردن اتفاق و وجوه شرعی، مشکلات مالی نظام اسلامی برطرف نشود، بر امت اسلامی واجب کفایی است با پرداختن مالیات، مشکلات مانده را برطرف سازند، وگرنه خویش را به هلاکت انداخته‌اند.

به معنی انداختن و تعبیر باید یکم اشاره به اینکه از روی اختیار خودتان چنین نکنید و مراد از تهلکه اعم از هلاکت دنیوی و اخروی است و مراد از القاء به تهلکه اقدام به هر عملی است که موجب وقوع در هلاکت انسان یا ترک عملی که باعث هلاکت آدمی گردد، مثلاً، عملی که مریض انجام دهد و باعث زیادتای مرض یا موت او گردد مانند پرهیز نکردن و خوردن خوراک‌هایی که برای مرض او مضر است و یا اینکه معالجه نکند و دارو استعمال ننماید و به این سبب موجب هلاکت خود گردد، هر دو القاء در تهلکه می‌باشد. و لا تلقوا، عطف به جواب شرط ضمنی است: اگر از اتفاق خودداری کنید دچار هلاکت می‌شوید و نباید به دست خود، خود را به هلاکت افکنید.

اگر فرد بیمار خود را به دستگاه انجاماد بسپارد اقدام به عملی کرده است که برای وی خطر جانی داشته و ممکن است سبب هلاکت جان وی شود پس عمل او القاء تهلکه به حساب می‌آید و حرام است. اما اگر خود را فریز نکند درواقع با این کار خود را در معرض خطر قطعی قرار داده است. و در اینجا هم مصداق القا تهلکه به حساب می‌آید و حرام است.

حال در این شرایط وظیفه فرد با توجه به اصل: اذا تعارض التحريمان وجب ترجيح الأخف و ترك الأقوی. ترك حرام قوی‌تر (مرگ) و انجام حرام خفیف‌تر (احتمال زنده ماندن) است.

۳. بایسته‌های تقنینی

در خصوص اقسام اداره مال توسط غیر شامل قیم، ولی قهری و یا امین، حسب مفاد قانون مدنی و تفسیر آن می‌توان بیان داشت که این افراد در جهت منافع اصیل می‌بایست گام بردارند. برای مثال: قیم طفل صغیر می‌بایست در کمال دلسوزی نسبت به نگهداری مال وی اقدام کرده تا در زمان مناسب آن را به صاحب اصلی تحویل دهد. اگر اقدام وی، عرفاً، خلاف این مصالح تلقی شود، طفل در زمان رسیدن به سن بلوغ حق اعاده حقوق خود را از قیم خواهد داشت؛ برای مثال، اگر قیم با بی‌مبالاتی برخی املاک طفل را به فروش رسانده و موجب از دست رفتن پول آن شده باشد، می‌بایست در آینده به طفل پاسخگو بوده و قانون نیز وی را به سبب اقدامات خارج از عرف مسئول می‌داند؛ بنا بر این، عرف عمومی و حقوقی آن است که ولی قهری یا قیم تنها به اداره مال پرداخته و مال را نفروشد.

تفسیر مذکور برای امین نیز صادق است؛ بنا بر این، در صورتی که مال بیمار سرمایه‌یست توسط امین اداره می‌شود، عرفاً، نمی‌توان حق واگذاری مالکیت توسط وی را به رسمیت شناخت، بلکه وی تنها در اداره عادی این اموال اختیار دارد.

در خصوص فرم قراردادی و اثر یکسان سازی شکلی نیز می‌توان چنین بیان کرد که در صورت تکرر اعمال سرمایه‌یستی در کشور، می‌توان قراردادهای وکالت و اداره اموال را به صورت متحد الشکل تنظیم نمود. در حال حاضر، عرف خاصی در این خصوص شکل نگرفته، اما به مرور زمان می‌توان آن را جزء عقود معین نیز طبقه بندی نمود. در این صورت با اثر شکلی ایجاد شده، بسیاری از مشکلات محتمل قابل رفع است.

برای بیمار سرمایه‌یست، فرض موت قابل قبول نیست و در عین حال به سبب عدم توانایی وی بر انجام امورات حقوقی، محجور محسوب می‌شود. الگوی جدید کشور اروگوئه به نوعی عمل کرده که در برخی موارد، حیات، و در برخی موارد، موت بیمار را به رسمیت شناخته و در این الگو تعارض وجود دارد. در صورتی که بخش‌هایی از این الگوی جدید که با فرض موت نگاشته شده، با فرض حجر اصلاح شود و در عین حال اصول فقهی حاکم بر برخی تأسیسات حقوقی نظیر وکالت و ارث به درستی رعایت شود، می‌توان این الگو را در کشور ما اجرایی نمود.

۳-۱. تعریف تخصصی

بخش نخست هر ماده قانونی به تعاریف مرتبط اختصاص دارد. این تعاریف بعدها معیار شمول قانون محسوب شده و از این جهت، این تعاریف می‌بایست با دقت ذکر شود. برای مثال تعریفی که از مصرف

کننده در قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده ذکر شده، موردانتقاد بسیاری از حقوقدانان قرار گرفته و از این رو، بسیاری از چالش‌های حمایت از حقوق مصرف‌کننده را به ذکر نا صحیح تعریف این مهم در قانون نسبت داده‌اند. در مباحث کیفری، تعریف جرم در مواد ابتدایی قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ ذکر گردید که آثار بسیار قابل توجهی در مسائل کیفری به همراه داشت. بر این اساس، بسیاری از مواردی که پیش‌تر جرم تلقی می‌شود، امروزه جرم محسوب نشده و بالعکس. در خصوص سرمازیستی، نیاز است که ابتدا از فرد سرمازیست تعریف دقیقی ذکر شود. تاریخ ورود و خروج از سرمازیستی نیز نیاز به تصریح دارد. پزشک و مرکز بستری نیز می‌بایست به طرز صحیح تعریف شده و از این حیث، بعدها مبنای بسیاری از مسائل حقوقی قرار خواهد گرفت. به نظر می‌رسد که جامع‌ترین تعریف سرمازیست آن است که بیماری که خواهان ورود به زندگی منجمد بوده و از زمان آغاز به فرآیند که توسط مرکز تعیین می‌گردد، زندگی خود را آغاز می‌نماید. خواه این بیمار مرده باشد یا زنده، توانایی اعمال انسانی را نداشته و از این حیث، به محجورین شباهت دارد. در ادامه نیاز است که وضعیت حیات بیمار تصریح شود که در مسائل نا نوشته حقوقی، تعیین‌کننده خلأها خواهد بود.

۲-۳. صلاحیت‌ها

پس از تعاریف مرتبط معمولاً شرایط موجود که بدان اهلیت گفته می‌شود بیان شده که این معیارها بعدها ملاک مشروعیت یا عدم مشروعیت یک عمل حقوقی محسوب می‌گردد. تعیین اهلیت بیمار سرمازیست می‌بایست ضمن مشورت با خبرگان تخصصی تعیین شود. بر این اساس نیاز است که این موضوع در کمیسیون بهداشت مجلس بررسی شده و مسائل تخصصی نیز بدان اضافه شود. چنین به نظر رسیده که برای ورود به سرمازیستی ابتدا می‌بایست پزشکان معتمد، غیر قابل درمان بودن بیماری را تأیید کرده و پس از اطمینان از این موضوع، شخص سرمازیست به رضایت خود به این فرآیند وارد شود. از آنجا که سرمازیستی نوعی قرارداد بین بیمار و کلینیک می‌باشد، نیاز است که تمامی شرایط صحت قرارداد مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی در این باره ذکر شده و همچنین با توجه به زنده بودن قطعی بیمار قبل از ورود به فرآیند، وی به این موضوع رضایت داده و قراردادی با مرکز منعقد نماید. بنا بر این، نیاز به رضایت افراد دیگر وجود ندارد، مگر در حالت محجوریت فرد؛ لذا با رضایت واقعی و همچنین داشتن اهلیت، به این فرآیند وارد شده و عملیات آغاز می‌گردد.

برای صلاحیت کلینیک سرمازیستی نیز می‌بایست صلاحیت‌های تخصصی تعیین شده که لازم است در همین قانون به آن اشاره شود. در خصوص مجوزهای کسب و کار بحث فراوان است. از یک سو نیاز است که حکومت اسلامی بر کسب و کارها نظارت کند، از طرف دیگر مجوزها نباید به مافیا مبدل شده و انحصاراتی در این خصوص پدید آورد. در حال حاضر دولت سیزدهم در اقدامی صحیح، درگاه ملی مجوزها

را طرح ریزی نموده تا مانع از فساد و رانت در این خصوص گردد. نیاز است که وزارت بهداشت ضمن اتصال به درگاه مذکور، زمینه برای نظارت سالم بر فرآیند سرمایه‌گذاری را فراهم نماید.

۳-۳. تعیین قید زمانی

چنانچه بیان شد، دولت اروگوئه برای فرآیند سرمایه‌گذاری سقف زمانی تعیین کرده و این به معنای آن است که این فرایند نمی‌تواند به طور طولانی مدت ادامه یابد. چنانچه بیان شد، پایان زندگی بیماران سرمایه‌گذاری مصداق قتل بوده و بعید است که فقهای محترم چنین عملی را مشروع بدانند. قانون‌گذار جمهوری اسلامی نیز در این خصوص تابع نظر فقها بوده و شورای نگهبان بر این مسأله رضایت دارد. اما با توجه به جواز مرگ بیمار مرگ مغزی، به نظر می‌رسد که بتوان تحت شرایطی برای این مهم سقف زمانی تعیین نمود. با توجه به عدم صراحت نظر فقها در این خصوص، نمی‌توان نظر قطعی را اعلام نمود؛ اما از نظر فنی نیز نگهداری بدن منجمد مستلزم صرف هزینه‌های گزاف بوده که ممکن است موجب تضییع حق افراد زنده گردد.

بنا بر این، به نظر می‌رسد که برای تعیین سقف زمانی سرمایه‌گذاری نیاز است که منتظر نظر فقهای محترم بوده تا نظر جمهور آن‌ها را در قانون‌گذاری آتی قرار داد؛ بنا بر این، قانون‌گذاری این حوزه می‌بایست با تمرکز بر این امور انجام شود: نظر اکثریت فقها، توجه به امکانات عمومی کشور، مسائل اخلاقی، مطالبات اجتماعی، برآیند تمامی موارد فوق در قانون‌گذاری آتی لحاظ می‌گردد.

۳-۴. تعیین محدودیت‌های مالی

چنانچه بیان شد، ورود به فرآیند سرمایه‌گذاری مستلزم صرف هزینه‌های هنگفت بوده که تعیین محل تأمین این درآمد جای بحث دارد. در قانون‌گذاری اروگوئه، چنین ذکر شده که بیمار با تمکن مالی مناسب مجاز به ورود به این فرآیند خواهد بود. در عین حال، آینده اقتصادی هیچ کشوری قابل پیش بینی نیست و پس از چند سال ممکن است منابع مالی معرفی شده جوابگوی تأمین هزینه‌های سرمایه‌گذاری نباشد. در قانون‌گذاری اروگوئه به صراحت نسبت به پایان زندگی بیمار در صورت عدم تأمین منابع مالی مربوطه سخن گفته شده و این مهم در کشور ما ممکن نیست.

از یک طرف، تأمین هزینه نگهداری بیماران سرمایه‌گذار حقی است بر عهده کلینیک و وظیفه بیمار است. اما از طرف دیگر نمی‌توان به سبب مسائل مالی جان یک انسان را گرفت. در این باره می‌تواند مشکلاتی برای کلینیک ایجاد گردد. به نظر می‌رسد که رفع ریسک‌های این حوزه می‌تواند توسط نهاد بیمه مرتفع گردد. در صورتی که شرکت‌های بیمه تحت نظارت دولت‌ها، ضمن دریافت حق بیمه، ریسک‌های آتی را تضمین نمایند، این مهم از نظر شرعی و حقوقی پذیرفته شدنی است. در این باره می‌توان به نهاد بیمه اجباری شخص ثالث اشاره کرد. در صورتی که طی تصادفات رانندگی شخص ثالث زیان ببند، ممکن است به سبب

اعسار خسارت زنده، نسبت به جبران اقدام نگردد؛ از این رو، قانون‌گذار بیمه شخص ثالث را اجباری دانسته تا بدین صورت جبران خسارت شخص ثالث در هر شرایطی تضمین گردد.

می‌توان بیمه بیمار سرمایه‌زیست را الزامی نمود تا در صورت بروز مشکلات اقتصادی و عدم توانایی تأمین هزینه‌ها، شرکت بیمه ضمانت تأمین مالی سرمایه‌زیستی را تا مدت مشخص بر عهده داشته باشد.

۳-۵. وضعیت اداره اموال

در خصوص اداره اموال بیمار سرمایه‌زیست بحث‌های مربوطه ذکر شد. پیشنهاد وکالت، قیّم و امین ارائه شد که از این بین گزینه امین دارای بیشترین مشروعیت فقهی و حقوقی بود. وکالت به سبب فقدان نظارت موکل نمی‌تواند گزینه صحیحی تلقی شود. محجوریت به سبب عدم اطلاع خود بیمار سرمایه‌زیست نیز نمی‌تواند صحیح تلقی شود. در این بین بهترین گزینه امین بوده که بتواند نسبت به اداره اموال شخص سرمایه‌زیست که در این وضعیت غایب محسوب می‌شود، نظارت داشته و در کمال دلسوزی و امانت‌داری، و البته با نظارت دادستان نسبت به اداره اموال اقدام کرده و در صورت لزوم نسبت به فروش آن‌ها اقدام نماید. در صورت وضعیتی همچون اجازه ازدواج دختر بیمار سرمایه‌زیست نیز همین حق محرز است. تحت این شرایط دادگاه صالح نسبت به صدور حکم ازدواج اقدام خواهد نمود.

به موجب ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده، اگرچه بیش از ۱۸ سال تمام داشته باشد متوقف به اجازه پدر یا جد پدری او است هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او شوهر کند و شرایط نکاح و مهری که بین آن‌ها قرار داد شده به دفتر ازدواج مراجعه و توسط دفتر مزبور مراتب را به پدر یا جد پدری اطلاع می‌دهد و بعد از پانزده روز از تاریخ اطلاع دفتر مزبور می‌تواند نکاح را واقع سازد. ممکن است اطلاع مزبور به وسایل دیگری غیر از دفتر ازدواج، به پدر و یا جد داده شود، ولی باید اطلاع مزبور مسلم شود.

در ماده ۱۰۴۴ نیز ذکر شده که در مورد ماده قبل اجازه را باید شخص پدر یا جد پدری بدهد و اگر پدر یا جد پدری دختر به علتی تحت قیومت باشد اجازه قیّم او لازم نخواهد بود.

به نظر می‌رسد که اجازه دختر بیمار سرمایه‌زیست می‌بایست با اجازه دادگاه صالح صورت گرفته و این مهم در قانون جدید نیز ذکر گردد.

نیاز است که قانون‌گذار صراحتاً، شباهت سرمایه‌زیست با فرد غایب را ذکر کرده تا بدین صورت تمامی احکام مرتبط با فرد غایب برای ایشان جاری شود. در این صورت، احکام جدایی همسر بیمار سرمایه‌زیست نیز ذیل همین ماده قانونی قابل احراز است.

۳-۶. تسویه حساب‌های مدنی و کیفری

در تمامی ارگان‌ها، پیش از خروج کارمند یا هر فرد دیگر مرتبط با آن، فرآیند تسویه حساب انجام شده تا بدین صورت از فقدان مشکلات خاص، اطمینان حاصل شود. ورود بیمار به سرمایه‌زیستی به معنای محرومیت

وی از تمامی امورات اجتماعی بوده و در بازگشت وی به زندگی نیز تردید فراوان وجود دارد. ممکن است بیمار از دیدگاه مدنی نسبت به دیگر اشخاص دارای دیونی بوده و در عین حال، از دیدگاه کیفری نیز ممکن است به مجازات‌هایی محکوم شده باشد که در صورت ورود وی به سرمایه‌گذاری دستگاه قضائی قادر به احقاق حقوق دیگران نسبت به وی نبوده و این مهم اصل عدالت را زیر سؤال می‌برد. نیاز است که لزوم تسویه حساب‌های مدنی و کیفری بیمار ذکر شده و در صورت وجود پرونده مفتوح در دادگستری، از ورود وی به سرمایه‌گذاری ممانعت نمود. حتی آگهی ورود به سرمایه‌گذاری برای اطلاع تمامی طلبکاران ضرورت دارد. در عین حال، نیاز است که در آئین دادرسی مدنی و کیفری برای پیگیری امورات قضائی نسبت به این افراد اقداماتی لحاظ نمود. این موارد در قانون‌گذاری جدید سرمایه‌گذاری می‌تواند لحاظ گردد. مشکل در این است که در صورت طرح دعاوی علیه این افراد، حق دفاع از خود برای آن‌ها ساقط است؛ چراکه قادر به حضور در دادگاه نمی‌باشند. در این خصوص با توجه به تردیدها نسبت به بازگشت به زندگی این افراد، می‌بایست قواعد میت لحاظ شود و پیگیری‌های قضائی علیه بیمار با فرض میت بودن وی صورت پذیرد، در عین حال، ورود به سرمایه‌گذاری با مجوز تسویه حساب‌های مدنی و کیفری انجام شود تا این فرآیند راهی برای فرار از قانون محسوب نگردد.

نتیجه‌گیری

ضمن بررسی ادله موافقان و مخالفان سرمایه‌گذاری، چنین بیان شد که نظر جمهور فقها، مشروعیت سرمایه‌گذاری تحت شرایطی خاص است؛ بنا بر این نمی‌توان سرمایه‌گذاری را عملی نامشروع دانست؛ از این رو، با لحاظ شرایطی، این فرآیند مشروعیت فقهی و حقوقی خواهد داشت.

در خصوص بایسته‌های آتی تقنینی این حوزه صحبت شد. نیاز است برای ورود به این فرآیند مجوزهایی تهیه و تنظیم شده و افراد دارای صلاحیت به این فرآیند وارد شوند و منابع مالی این فرآیند برای درازمدت مشخص باشد. مهم‌ترین دغدغه تقنینی، حفظ حقوق عامه و حقوق شخصی افراد می‌باشد. در صورتی که نخستین فرد سرمایه‌گذار به جهان بازگشته و زندگی عادی خود را آغاز نماید، می‌توان به عمر طولانی مدت و همچنین زندگی جاودانه امید داشت؛ بنا بر این، اثر مهم توسعه سرمایه‌گذاری، تلاش‌های جاودانگی انسان است.

در نهایت اینکه فرآیند سرمایه‌گذاری عملی صحیح از نظر شرعی تلقی شده که از دیدگاه حقوقی نیز از جهت تطابق آن با اصول اجتماعی، نیازمند قانون‌گذاری می‌باشد.

حسب نظر جمهور فقها، عمل سرمایه‌گذاری دارای مشروعیت لازم می‌باشد. در برخی موارد می‌توان سرمایه‌گذاری را با مرگ یکسان دانست و در برخی موارد به مثابه شخص غایب. ایده محجوریت برای بیمار سرمایه‌گذار ضعیفی دارد و لیکن در صورت عدم وضع وکیل یا امین، می‌توان به حکم محجوریت با وی برخورد نمود. تعیین سقف زمانی برای سرمایه‌گذاری ضرورت دارد. برای بیمار سرمایه‌گذار می‌توان تا

زمان مرگ قطعی امین تعیین نمود. حق طلاق همسر بیمار سرمایه‌زست به موجب احکام شخص غایب می‌باشد. لازم است پیش از ورود به سرمایه‌زستی تسویه حساب‌های مدنی و کیفری انجام شود. اجازه ازدواج دختر بیمار سرمایه‌زست پس از درخواست امین با کسب اجازه از دادگاه صالح خواهد بود. در صورت قصور کلینیک که منجر به مرگ واقعی بیمار سرمایه‌زست شود مسئولیت مدنی کلینیک محرز است. مالکیت معنوی بیمار سرمایه‌زست توسط امین و در نهایت دلسوزی و امانت‌داری قابل احراز است. در صورت آسیب به جسد بیمار سرمایه‌زست، قواعد دیه به مانند شخص عادی زنده محرز است. تعیین بیمه خسارت برای سرمایه‌زستی از ضروریات ورود به این فرآیند است. می‌بایست مجوزهایی برای ورود به سرمایه‌زستی لحاظ گردد.

کتابشناسی

قرآن کریم

۱. اردبیلی، احمد بی محمد، (بی‌تا)، *زبدة البیان فی احکام القرآن*، تهران، کتابفروشی جعفریه.
۲. افضلی، محمد علی، (۱۳۹۳)، *مرگ مغزی از منظر فقه شیعه و طب جدید*، مجله دانشگاه علوم پزشکی مازندران، شماره: ۲۴ (۱۳)، ص ۲۲۲-۲۳۳.
۳. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۴ق)، *رسائل فقهیه*، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۴. بجنوردی، سید محمد (۱۳۷۲)، *قواعد فقهیه*، تهران، مؤسسه عروج.
۵. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، (۱۴۰۳ق)، *بلغة الفقیه*، تهران، منشورات مکتبه الصادق.
۶. بصیرزاده، شهناز؛ ادیبی، سارا، (۱۳۹۶)، *بررسی جواز کرایونیک بر اساس آیات و احادیث*، مجله حقوق و علوم قضایی، شماره: ۲۲ (۱)، ص ۲۵-۳۶.
۷. بهوتی، منصور بن یونس، (۱۹۶۹م)، *کشاف القناع عن متن الإقناع*، بیروت، عالم الکتب.
۸. خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۲ق)، *مصباح الفقاهة*، قم، انتشارات داوری.
۹. خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۴۲۲ق)، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه احیاء آثار خوئی.
۱۰. زمان زاده، سلمان، (۱۳۹۶)، *دعوی خصوصی ناشی از جرم در قانون آئین دادرسی کیفری و رویه قضایی سال ۹۲*، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، نراق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق.
۱۱. ستوده روش، ندا؛ وزیری، مجید، (۱۳۹۹)، *کرایونیک: رضایت برای ادامه حیات یا خودکشی*، مجله علمی پژوهشی حقوق پزشکی، شماره: ۱۴ (۱)، ص ۳۷۵-۳۸۹.
۱۲. سنهوری، عبدالرزاق احمد، (۱۴۱۷ق)، *مصادر الحق فی فقه الاسلامی*، بیروت، انتشارات حلبی.
۱۳. سنهوری، عبدالرزاق احمد، (۱۹۹۸م)، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، بیروت، انتشارات حلبی.
۱۴. طباطبائی، سیده فاطمه؛ محمد حسین زاده، عبدالرضا؛ مولوی فر، سمیه، (۱۳۹۶)، *حکم تکلیفی کرایونیک بیمار لاعلاج از منظر فقه شیعه*، مجله علمی پژوهشی فقه پزشکی، شماره: ۹ (۳۱)، ص ۲۱-۳۲.
۱۵. طبرسی، فضل بن حسن، (۱۳۳۸)، *مجمع البیان*، تهران، کتابفروشی علمیه.

۱۶. طواف، مجتبی، (۱۳۹۳)، مشروعیت انجماد بیمار لاعلاج از نظر مذاهب فقهی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، قم، دانشگاه مذاهب اسلامی.

۱۷. عبده، سید عبدالمطلب، (۱۴۰۰ق)، التأمین علی الحیاة، قاهره، دارالکتب اسلامیة.

۱۸. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۲)، کتاب النکاح، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).

۱۹. مولوی فر، سمیه، (۱۳۹۵)، کرایونیک از منظر فقه شیعه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، کرمان، دانشگاه شهید باهنر.

۲۰. میرزای قمی، ابوالقاسم، (۱۴۱۳ق)، جامع الشتات، تهران، مؤسسه کیهان.

۲۱. نراقی، احمد بن محمد مهدی، (۱۴۱۵ق)، مستند الشیعة، قم، مؤسسه آل‌البیت (ع).



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jcl.d.liau.ac.ir>

Vol.3, No.1, Issue 9, Spring 2024, P: 87-106

Receive Date: 2023/12/02**Revise Date:** 2024/04/09**Accept Date:** 2024/04/24**Article type:** Original Research**Online ISSN:** 2821-2339

The Right to Peace in Iran and Lebanon Law with a Focus on Western and Islamic Human Rights Precedent

Haider Matal Faed¹Ahmed Reza Suleimanzadeh²Hossein Rostamzad³

Abstract

The need to live in peace and tranquility is the anxiety of every human being, for which the duty of its provision is the responsibility of the government. This research by analytical descriptive method, has surveyed and compared the right to peace in Iran and Lebanon Law. The Islamic Republic of Iran has adopted the precedent of Islamic human rights, which is depended on the doctrine of velayat al-faqih. But at the same time, the internal security of the country is facing problems that are considered as practical weaknesses. Strengthening of military and security forces, adoption of correct cultural policies in order to unite the country's ethnic groups and religions, centralization of power in governance, non-reliance on outsiders and political participation within the framework of religious authority have finally provided the four pillars of the right to peace for Iranian citizens. The Democratic Republic of Lebanon used western human rights only with the aim of ending internal wars and no explicit legislation was made regarding the right to peace. In the doctrine of Western human rights, compromise is recommended, which the Lebanese parties try to take as a model for forced compromise. The influence of foreigners through parties, lack of strengthening of security and military forces, caused many insecurities in this country, which has completely destroyed the security of the citizens and is still ongoing.

Keywords: right to peace, human rights, Islamic human rights, right to peace in Lebanon law.

1. PhD student of International Law, Maragheh Branch, Islamic Azad University, Maragheh, Iran.
haeidarmotalleb@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of International Law, Maragheh Branch, Islamic Azad University, Maragheh, Iran (Responsible Author). darssoleimanzad@gmail.com

3. Assistant Professor, Department of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.
rostamzad@yahoo.com



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jcl.d.liau.ac.ir>

سال سوم - شماره ۱ - شماره پیاپی ۹ - بهار ۱۴۰۳، ص ۸۷-۱۰۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۰۵

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۱/۲۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۱۱

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

حق بر صلح در حقوق ایران و لبنان با تمرکز بر رویه حقوق بشر غربی و اسلامی

حیدر مطلب فاند^۱

احمد رضا سلیمان زاده^۲

حسین رستم زاد^۳

چکیده

نیاز به زندگی در صلح و آرامش، دغدغه‌ی هر انسانی است که وظیفه‌ی تأمین آن، بر عهده‌ی حکومت است. نوشتار حاضر، در پژوهشی به روش توصیفی تحلیلی، به بررسی و مقایسه‌ی حق بر صلح، در حقوق ایران و لبنان می‌پردازد. جمهوری اسلامی ایران، رویه‌ی حقوق بشر اسلامی را در پیش گرفته است که بر دکتترین ولایت فقیه، استوار است؛ اما در عین حال، امنیت داخلی کشور با مشکلاتی مواجه است که از نقاط ضعف عملکردی به شمار می‌آید. تقویت قوای نظامی و امنیتی، اتخاذ سیاست‌های فرهنگی صحیح، جهت پیوند اقوام و مذاهب کشور، تمرکز قدرت در حاکمیت، عدم اتکاء به بیگانگان و مشارکت سیاسی در چهار چوب ولایت فقیه، در نهایت، ارکان چهارگانه حق بر صلح را برای شهروندان ایرانی فراهم کرده است. جمهوری دموکراتیک لبنان، تنها، با هدف پایان جنگ‌های داخلی، حقوق بشر غربی را به کار برد و قانون‌گذاری صریحی نیز در خصوص حق بر صلح انجام نشد. در دکتترین حقوق بشر غربی، سازشی توصیه شده است که احزاب لبنانی با الگوی برداری از آن، سعی در سازش اجباری دارند. نفوذ بیگانگان از طریق احزاب، عدم تقویت قوای امنیتی و نظامی، موجب بروز نا امنی‌های متعددی در این کشور شده است که امنیت شهروندان را کاملاً از بین برده است و هنوز نیز ادامه دارد.

واژگان کلیدی: حق بر صلح، حقوق بشر، حقوق بشر اسلامی، حق بر صلح در حقوق لبنان.

۱. دانشجوی دکترای حقوق بین الملل، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران. haeidarmotalleb@gmail.com

۲. استادیار، گروه حقوق بین الملل، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ایران (نویسنده مسئول). darsoleimanzad@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق، واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. rostamzad@yahoo.com

یکی از ضروریات زندگی هر انسان، امنیت است. در سایه امنیت می‌توان برای دیگر مسائل زندگی برنامه ریزی نمود. دغدغه دولتمردان، تأمین امنیت برای شهروندان می‌باشد. عامل برهم زنده امنیت، جنگ است که می‌تواند در صحنه داخلی و یا خارجی در جریان باشد. نقطه مقابل جنگ نیز صلح می‌باشد. در سایه رفع مشکلات با معاندین، انگیزه برهم زندگی امنیت، خودبه‌خود از بین خواهد رفت؛ لذا در سایه صلح است که امنیت برقرار بوده و زندگی روزمره شهروندان بدون مشکل خواهد بود. اما برخی در تفسیر واژه صلح، آن را با سازش یکسان دانسته و چنین فرض کرده که با تسلیم شدن در مقابل قدرت‌ها، می‌توان به صلح و امنیت دست یافت. غافل از اینکه توافق با دشمنان در زمانی که جایگاهی قدرت بالاتری دارند، موجب تسلط آنان بر کشور شده که این مهم خود عامل برهم زنده امنیت است. در اینجا تقابل دیدگاه‌های حقوق بشر غربی و اسلامی در خصوص صلح نمایان می‌شود.

پیشتر به تقابل حقوق بشر و صلح بر یکدیگر اشاره شده و به جدایی مفهوم سازش و صلح نیز اشاره گردید. سپس به جایگاه حق بر صلح در منشور ملل متحد با نگاهی به عملکرد شورای امنیت اشاره شد. از جنبه تحقیقات خارجی، به تفاوت مفهوم صلح در اسلام با حقوق بشر غربی اشاره کردند.

تحقیقات مذکور تنها به تفاوت مفهوم صلح اشاره کرده و هیچیک در خصوص تفاوت دیدگاه‌های حقوق بشر غربی و اسلامی در خصوص مفهوم صلح مطلبی بیان نکرده‌اند. تنها این نکته مشترک بوده که حق بر صلح، جزئی از نسل سوم حقوق بشر بوده و می‌بایست به هر طریق ممکن برای شهروندان تأمین شود. نوآوری تحقیق کنونی مقایسه حق بر صلح در دو کشور ایران و لبنان بوده که تقابل نظریات دو نوع حقوق بشر را نشان می‌دهد. سؤال تحقیق اینکه وجوه اشتراک و افتراق دو نظام حقوقی ایران و لبنان در خصوص حق بر صلح به چه صورت است؟ چنین به نظر می‌رسد که نظام حقوقی لبنان بر پایه حقوق بشر غربی، حق صلح را به رسمیت شناخته که در عمل برای این کشور نا کارآمد بوده است؛ اما در جمهوری اسلامی ایران، حقوق بشر اسلامی بر پایه قواعد فقهی به کار گرفته شده که حاصل آن امنیت در کشورمان می‌باشد. تا پیش از آنکه جمهوری اسلامی ایران حق صلح را در قالب حقوق بشر اسلامی در سیاست‌های خود منعکس نماید، کمتر کسی به کارآمدی این سیاست امید داشت و چنین مفهومی از صلح برای جهانیان ناشناخته بود؛ اما پس از گذشت چند دهه، کارآمدی این سیاست به همگان نشان داده شد و بنا بر این، نیاز است که اجزای این سیاست از دیدگاه حقوقی بررسی شود. در این پژوهش پس از معرفی حق بر صلح، این مهم در حقوق ایران و لبنان بررسی شده و سپس به مقایسه آن‌ها پرداخته شده است.

۱. حقوق بشر

به طور خلاصه، حقی که هر فرد به واسطه انسان بودن از آن بهره‌مند است، حقوق بشر نام دارد. به زبان دیگر، حقوق بشر، حقوق انسانی می‌باشد؛ اما مبنای اختصاص این حق مورد بحث حقوقدانان و سیاستمداران بوده است. حقوق بشر غربی، تقریباً، با رویه یکسان و با الهام از اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸ در کشورهای اروپائی و آمریکایی به اجرا درآمد. مبنای این حقوق، حمایت مطلق از حقوق انسانی می‌باشد؛ اما دین مبین اسلام ضمن به رسمیت شناختن این حقوق، مبنای فقهی برای آن، قرار داده است. جمهوری اسلامی ایران همین مبنا را در نظام تقنینی وارد کرده که در مواردی با حقوق بشر غربی در تناقض است. دین مبین اسلام، صراحتاً، اعلام داشته که آزادی به این معنا نیست که هر کس هر کاری دلش بخواهد انجام دهد، اما در نظام حقوق بشر غربی ضمن افراط در این خصوص، از دیگر جنبه‌ها حقوق بشر نادیده انگاشته شده است.

بنا بر این، دو نظریه حقوق بشر غربی و اسلامی در مواردی دارای تناقض با یکدیگر می‌باشند. برخی کشورهای اسلامی نظیر لبنان، به دلایل مختلف از حقوق بشر غربی الگو برداری نموده و هم اکنون در نظام تقنینی این کشور جای دارد. در دوران پیش از انقلاب اسلامی ایران، به سبب جایگاه مذهب در نزد مردم، ورود مصادیق حقوق بشر غربی به شکور با مخالفت‌های زیادی مواجه می‌شود. در این پژوهش منظور حقوق بشر غربی، رویه یکسانی است که از برخی منابع حقوق بین‌الملل نظیر اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸ سرچشمه گرفته و در حال حاضر در کشورهای اروپائی و آمریکایی اجرائی شده و برخی کشورها همچون لبنان نیز از آن الگو برداری نموده‌اند.

۲. جایگاه حق بر صلح برای شهروندان

صلح در لغت به معنای آشتی و سازش، سازش و آرامش و سلامت و صفا آمده است. در معنای اصطلاحی، صلح، متضاد کلمه جنگ است؛ بدین معنا که اگر در یک جامعه جنگ وجود نداشته باشد، صلح حاکم است. به نظر می‌رسد که معنی آرامش، نزدیکی بیشتری به معنای صلح دارد. در مواردی که پایان منازعات با توافق انجام می‌شود، آن قرارداد را پیمان صلح می‌نامند؛ اما اگر در حالت عادی، جامعه‌ای در وضعیت صلح خوانده شود، به معنای وضعیت آرامش و بدون جنگ است. منظور از حق بر صلح آن است که شهروندان هر کشور حق زندگی در آرامش و بدون جنگ را دارند.

ایجاد یک صلح پایدار در کره زمین، شرط اولیه برای حفظ تمدن و ابقاء بشر می‌باشد و حفظ زندگی مسالمت آمیز وظیفه‌ی مقدس هر دولتی است و همه‌ی مردم سیاره‌ی زمین یک حق مقدس به صلح دارند و هر دولتی تعهد اساسی بر صلح و ارتقای اجرای آن دارد. بدیهی است که تضمین اعمال حق مردم بر صلح مستلزم این است که سیاست‌های دولت‌ها، باید به سمت از ازاله هرگونه تهدیدی علیه صلح، به خصوص سلاح‌های کشتار جمعی، هرگونه استفاده از زور در روابط بین‌الملل، حل و فصل

مسالمت آمیز اختلافات بین المللی بر اساس منشور ملل متحد، مهمتر از همه تأکید بر تحقق، حقوق و آزادی‌های اساسی همه افراد بشر مصرحه در اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر باشد (کوفونه^۱ و همکاران، ۲۰۲۰، ۸۰).

در این میان، سازمان ملل به عنوان مرکزی برای هماهنگ ساختن فعالیت‌های ملل متحد، در راستای حفظ صلح و امنیت بین المللی به عنوان ارزشمندترین نیازهای بشری به شمار می‌رود. حقوق بشر بر صلح ماوراء ممنوعیت محض جنگ و ماوراء خلع سلاح است. در حالی که شورای امنیت در صدد تحقق اشتغال اولیه‌ی خود، تضمین صلح بین المللی است، مجمع عمومی، شورای اقتصادی، اجتماعی، شورای حقوق بشر و کلیه‌ی ارگان‌های فرعی نیز تعهد برای تحقق صلح دارند (ساعد و کیل، ۱۳۹۱، ۱۱۵).

بدین خاطر که صلح هدف آرمانی ملل متحد است و کلیه‌ی فعالیت‌های سازمان می‌بایست در جهت تحقق این هدف غایی به کار روند، آشکار است که صلح فقط منع کاربرد زور نیست. صلح، همچنین متضمن ارتقای شرایط عدالت اجتماعی، تحقق حق بر توسعه، دستیابی به ضرورت‌های زندگی، از جمله آب سالم، محیط زیست سالم می‌باشد. صلح شرط بهره‌مندی کامل از فرهنگ و هویت است و با اندکی اغماض شاید بتوان گفت که صلح و کرامت بشری دو روی یک سکه هستند.

در خصوص حق بر صلح، تعاریف مختلفی بیان شده و مسائل مشترک در کتب حقوقی مختلف در خصوص تعریف حق بر صلح، به صورت چهار رکن زیر ارائه شده است:

(۱) نداشتن وضعیت جنگی داخلی یا خارجی کشور؛

(۲) نداشتن نزاع بین قبایل مختلف داخل کشور؛

(۳) تمرکز قدرت نزد دولت و تأمین امنیت داخلی؛

(۴) جایگاه بازدارندگی مناسب حکومت در سطح جهان.

با این اوصاف، صلح و امنیت هر دو در یک نسل از حقوق بشر جای دارند (زگلر^۲ و همکاران، ۲۰۲۱، ۱۲۵).

صلح منفی که به معنای فقدان مخاصمه است و صلح مثبت که زمانی موجود است که علاوه بر فقدان مخاصمه، موازین حقوق بشر و خصوصاً قواعد دموکراسی نیز رعایت گردد. در واقع، صلح مثبت زمانی در جامعه‌ای برقرار می‌گردد که خشونت ساختاری - و نه صرفاً درگیری مسلحانه - در آن جامعه وجود نداشته باشد. با این توضیح کوتاه و ساده دریافته که جایگاه صلح مثبت بسی بالاتر از صلح منفی است، بی آنکه از ارزش و اهمیت برقراری صلح منفی کاسته شود؛ بنا بر این، بدیهی است که جامعه بین المللی و در پی آن، دول عضو این جامعه، پس از دستیابی به هدف برقراری صلح منفی، یعنی: فقدان

1. Cofone
2. Zeigler

جنگ - هرچند به نحوی نا کامل - رویای دستیابی به صلح مثبت را وجه اهتمام خود قرار دهند. در این راستا، بدیهی‌ترین سؤالی که به ذهن متبادر می‌شود، این است که آیا رعایت حقوق بشر پیش شرط برقراری صلح است؟ روی دیگر این سؤال، این است که آیا رعایت حقوق بشر موجب ممانعت از بروز جنگ و خشونت می‌گردد؟

برقراری صلح منفی از لحاظ تاریخی پیش از رعایت حقوق بشر مورد توجه بشر بوده و به عنوان یک ارزش شناخته شده است؛ کما اینکه جامعه بین‌المللی همواره محق بوده است، برابر دول متجاوز و آغازگر جنگ واکنش نشان دهد، ولی تا سال‌های آخر قرن بیستم حق نداشت در خصوص دولت‌هایی که حقوق اتباعشان را نقض می‌کردند، عکس‌العملی نشان دهد؛ چون موضوع رعایت حقوق بشر تا همین اواخر یک امر داخلی تلقی می‌گردید و حتی امروزه نیز دخالت در امور دولتی که حقوق اتباعش را نقض می‌کند (تحت عنوان مداخله بشر دوستانه) با پیش شرط‌های متعددی رو به رو است (زگلر و همکاران، ۲۰۲۱، ۱۲۸).

۳. جایگاه حق بر صلح در سیاست‌های حکومتی

تأمین صلح برای شهروندان، وظیفه مسئولین کشور است. معمولاً، مسأله صلح در سیاست‌های کلان کشور جای داشته و به عملکرد دولت‌ها وابسته است؛ بنا بر این، در نگاه نخست می‌توان صلح را مسأله‌ای سیاسی و نتیجه اعمال سیاسی یک حکومت دانست، اما جایگاه تقنینی صلح و اثر قانونگذاری بر آن را نمی‌توان نادیده انگاشت؛ در واقع، قانونگذاران کشورها می‌توانند با اعمال برخی محدودیت‌ها، مانع از بروز خشونت در کشور شده و با اعمال برخی قوانین دیگر، زمینه برای تمرکز قدرت سیاسی را فراهم نمایند که یکی از اجزای صلح است. نظام جمهوری اسلامی ایران بر پایه ولایت فقیه بوده و مبنای قانونگذاری و همچنین اتخاذ سیاست‌های کلان و خرد نیز ولایت فقیه است؛ بنا بر این، وضعیت صلح و ثبات امروزی، اثر مستقیم نظام تقنینی و سیاست‌های حکومتی بوده است.

۳-۱. دکترین حکومتی

در تعالیم اسلامی، صلح جایگاهی ویژه داشته که نظر حقوق بشر اسلامی در خصوص صلح را تبیین می‌نماید. قرآن کریم در آیه ۴ سوره قریش می‌فرماید: «همان‌خدایی که به آن‌ها هنگام گرسنگی طعام داد و از ترس و خطراتشان ایمن ساخت»^۱ از برخی روایات به دست می‌آید که این سوره در تعقیب سوره فیل بوده و آن دو را یک سوره دانسته‌اند. بر این اساس، مضمون کلی این دو سوره این است: ما جریان شکست اصحاب فیل را پیش آوردیم تا قریشیان به حمایت و دفاع ما از شهر مکه و خانه خود مطمئن شوند و آنان که در پناه ما جای گرفته‌اند، احساس آرامش کنند و گردهم جمع شوند و زمستان و تابستان

۱. الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِنْ جُوعٍ وَأَمَّنَّهُمْ مِنْ خَوْفٍ.

برای کار تجارت به یمن و شام کوچ کنند. آنان باید به پاس این نعمت، پروردگار این خانه را پرستش کنند. همان خدایی که زمینه شکوفایی اقتصادی آنان را فراهم ساخت و از گرسنگی نجاتشان داد و احساس نا امنی آنان را تبدیل به امنیت کرد (ابن اثیر، بی تا، ۲۶/۱). جریان بازدارندگی حکومت که با اقتدار نظامی به دست می‌آید، از این مفهوم مستخرج است.

همچنین، قرآن کریم موضوع امنیت را به عنوان مَنّی بزرگ بر مؤمنان تحت ستم و آزار کافران یاد کرده و در آیه ۲۶ سوره انفال می‌فرماید: «و به یاد آرید زمانی که عده قلیلی بودید که شما را ضعیف و خوار در زمین (مکه) می‌شمردند و از مردم (مشرک) بر خود ترسان بودید که مبادا شما را (از روی زمین) برچینند، بعد از آن، خدا شما را در پناه خود آورد و به یاری خود نیرومندی و نصرت به شما عطا کرد و از پاکیزه‌ترین (غنائم و) طعام‌ها روزی شما فرمود، باشد که شکر به جای آرید»^۱.

در این آیه، موضوع امنیت پیش از اقتصاد و امور معیشتی مطرح شده، ولی در سوره ایلاف امر معیشت پیش از آن آمده است. شاید بتوان گفت اگر امنیت در حوزه مسائل داخلی منظور باشد، اقتصاد و اصلاح امر معیشت از پایه‌های امنیت داخلی و مقدم بر آن است؛ زیرا جرم و جنایت از صاحبان شکم‌های گرسنه، کاری دور از انتظار نیست. اگر امنیت در حوزه تهدیدات خارجی مورد نظر باشد، وضعیت معیشت مردم، چندان در آن، تعیین کننده نیست، بلکه وجود امنیت و نبود تهدید خارجی، تأمین کننده زمینه مساعد برای رشد و شکوفایی اقتصادی و مقدم بر آن است؛ بنا بر این، رکن سوم حق بر صلح در اینجا مشخص است. حکومت می‌بایست با هدف حکمرانی، تمرکز قدرت داشته باشد و امنیت داخلی را برای همه شهروندان تأمین نماید (ابن بابویه، ۱۴۰۴، ۱۲۶/۱).

در حوزه تأمین امنیت داخلی، جمهوری اسلامی ایران دارای عملکرد مطلوبی نبوده و این مهم در سال‌های پس از ۱۳۹۷ (تشدید بحران اقتصادی پس از تحریم غرب علیه کشورمان) شدت یافت؛ بنا بر این، حسب دکترین ولایت فقیه که تأمین امنیت از وظایف اصلی حکومت بر شمرده شده، دولت به صورت صد درصد موفق عمل ننموده است. منظور از امنیت داخلی، آمارهای سرقت، زورگیری و نا امنی اجتماعی می‌باشد؛ اما در صحنه عمومی و کلان، حکومت مرکزی قدرتمند کشور را اداره کرده و اقدامات موازی اداره کشور به هیچ وجه تحمل نشده و توسط نیروهای امنیتی به شدت پاسخ داده می‌شود؛ بنا بر این، نیاز است که با هدف تکمیل امنیت کشور، نسبت به ارتقای امنیت عمومی نیز تلاش نمود.

^۱. وَأَذْكُرُوا إِذْ أَنْتُمْ قَلِيلٌ مُسْتَضْعَفُونَ فِي الْأَرْضِ تَخَافُونَ أَنْ يَتَخَطَّفَكُمُ النَّاسُ فَآوَاكُمْ وَأَيَّدَكُمْ بِنَصْرِهِ وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ

قرآن کریم نا امنی را از عوامل امتحان مؤمنان دانسته و در آیه ۱۵۵ سوره بقره می‌فرماید: «و البته، شما را به پاره‌ای از سختی‌ها چون: ترس و گرسنگی و نقصان اموال و نفوس و آفات زراعت بیازماییم، و صابران را بشارت و مژده بده».^۱

برخی از مفسران مقصود از محنت‌ها و مصیبت‌های مذکور در آیه را در مورد مجاهدان دوره نخستین اسلام شمرده‌اند و آن را نوعی تمهید و آماده سازی برای آنان دانسته‌اند تا بر مصائب و سختی‌های جنگ و جهاد شکیبیا باشند و سستی و ضعف از خود نشان ندهند. مرحوم طبرسی، منشأ خوف را تصمیم مشرکان بر عداوت با مؤمنان ذکر کرده است، گرچه برخی دیگر آن را به طور عام معنا کرده‌اند.

روح تعالیم فقهی در خصوص حقوق بشر اسلامی، عدم سازش با دشمنان، به جز برخی شرایط خاص می‌باشد، چنانچه حضرت امام (ره) این رویه را تا پایان عمر مبارکشان در پیش گرفتند. قاعده فقهی «نفی فی سبیل» نیز جزئی از همین قواعد بوده که در بند هشتم اصل ۴۳ و اصل ۱۵۳ قانون اساسی منعکس شده است. در حقوق بشر غربی، چنین حساسیتی نسبت به بیگانگان مشاهده نشده و استقرار نظامیان بیگانه در کشورها، امری عادی تلقی می‌شود. همکاری‌های نظامی بین کشورهای غربی به گونه‌ای است که تقریباً، جایی برای طبقه بندی اسناد باقی نمانده و در مواردی تبادل اطلاعات بین سازمان‌های اطلاعاتی آن‌ها مشهود است. سپردن میدان‌های نفتی مهم ایالات متحده آمریکا به شرکت «بریتیش پترولیوم»^۲ با تابعیت بریتانیا، نمونه مهمی از تسلط بر منابع طبیعی حیاتی یکدیگر می‌باشد؛ بنا بر این، شاخصه بارز تفاوت حقوق بشر غربی و اسلامی را می‌توان در خصوص اعتماد به بیگانگان خلاصه نمود. یکی از شاخصه‌های حقوق بشری اسلامی، عدم اعتماد به دشمنان و عدم تسلیم در مقابل آنان است. این مفهوم از همین آیه دریافت شده و در تفسیر آن بیان گردیده که نباید ترس و خوف از ناامنی موجب شود به هر خواسته دشمن تن در داد، بلکه حکومت می‌بایست با افزایش اقتدار خود، برای اقدام دشمنان بازدارنده باشد (اردبیلی، بی تا، ۱/۱۸۵). رکن چهارم حق بر صلح از این آیات قابل استخراج است.

در تفسیر این مهم می‌توان به جنگ ایران و عراق اشاره کرد. علت طولانی شدن جنگ، آن بود که ایران قصد داشت موقعیت نسبتاً برتری نسبت به عراق داشته باشد تا ضمانتی بر پایان دائمی جنگ باشد و این مهم محقق شد. در صورتی که جنگ، در همان سال‌های ابتدایی پایان می‌یافت، ضمانتی برای پایان اشغال توسط عراق وجود نداشت. عملکرد جمهوری اسلامی ایران در آن جنگ، اکنون قدرتی بازدارنده برای دشمنان کنونی می‌باشد (مسائلی و ارفعی، ۱۳۷۳، ۵۸).

از مقابله خوف با از دست دادن سایر سرمایه‌ها، به دست می‌آید که مقصود از آن، از دست دادن امنیت جانی است، و از قرار گرفتن آن در صدر موارد یاد شده استفاده می‌شود که امنیت، به ویژه در بعد

۱. وَلَنَبْلُوَنَّكُمْ بِشَيْءٍ مِّنَ الْخَوْفِ وَالْجُوعِ وَنَقْصٍ مِّنَ الْأَمْوَالِ وَالْأَنْفُسِ وَالثَّمَرَاتِ وَبَشِّرِ الصَّابِرِينَ

جانی آن، بر سایر نعمت‌های الهی مقدم است و از کف دادن آن نیز مصیبتی بزرگ‌تر نسبت به از دست دادن سایر نعمت‌های مادی خداوند به حساب می‌آید.

قرآن کریم در آیه ۸ سوره تکوین می‌فرماید: «آن گاه در آن روز از نعمت‌ها شما را باز می‌پرسند»^۱. حضرت امام صادق (ع) درباره این آیه کریمه فرمودند: «مقصود از نعمت‌ها که در قیامت از انسان درباره آن سؤال می‌شود، امنیت و سلامتی و ولایت حضرت علی (ع) است».

از این عبارات، چنین دریافت شده که چون امنیت یک نعمت برای همه محسوب می‌شوند، می‌بایست به پاس قدردانی از آن، مراقبت نمود. با همین هدف، نیاز است که به وضعیت جنگی داخلی و خارجی پایان داد و نزاع بین قبایل مختلف با صلح مرتفع نمود. در این باره، سیاست‌های فرهنگی حائز اهمیت بوده و نیاز است به صورت دائم دغدغه وجود صلح در کشور دنبال شود. در وضعیت کنونی اقوام و مذاهب مختلف در کشور، در کنار یکدیگر زندگی کرده که از افتخارات کشورمان محسوب می‌شود. این مهم، در سایه اقدامات فرهنگی متناوب حاصل شده که بخشی از حق بر صلح محسوب می‌گردد. با توجه به اینکه این مهم از آیات قرآنی استخراج شده است، می‌توان جایگاه حق بر صلح را در حقوق بشر اسلامی تبیین نمود. رکن اول و دوم حق بر صلح در حقوق بشر غربی نیز از این آیات قابل استخراج بوده و می‌توان آن را جزئی از حقوق بشر اسلامی قلمداد کرد.

در بخش «ج» مقدمه قانون اساسی لبنان آمده که «لبنان جمهوری دموکراتیک و پارلمانی است که بنیاد آن بر پایه احترام به آزادی‌های عمومی و در رأس آن‌ها آزادی عقیده و مسلک و برقراری عدالت اجتماعی و برابری در حقوق و وظایف، میان کلیه اتباع، بدون هیچ تبعیض و تمایزی، استوار می‌باشد. همچنین در بخش «ی» آمده است که مشروعیت هر قدرتی که با منشور همزیستی در تضاد باشد به رسمیت شناخته نمی‌شود.

در بحث دکترین حکومتی می‌توان چنین بیان داشت که جمهوری اسلامی ایران دکترین ولایت فقیه در خصوص حق بر صلح را سرلوحه سیاست‌های خود قرار داده و این در حالی است که جمهوری دموکراتیک لبنان بر پایه آنچه بند «ج» مقدمه قانون اساسی بیان کرده است، به هیچ‌وجه حکومت مبتنی بر اسلام نیست. هرچند که اکثریت جمعیت لبنان را مسلمانان تشکیل می‌دهند، اما نظام سیاسی این کشور کاملاً بر پایه دموکراسی غربی می‌باشد. بر این اساس نخستین تفاوت حق بر صلح در جمهوری اسلامی ایران و جمهوری دموکراتیک لبنان پایه‌های اسلامی و غربی آن است.

۲-۳. ساختار قدرت

شیوه تقسیم قدرت و اداره هر کشور توسط قانون اساسی مشخص می‌شود. در واقع، ساختار سیاسی هر کشور، حسب سیاست‌های خاص تدوین شده و جهت رسمیت قانونی می‌بایست به تأیید اکثریت

^۱. ثُمَّ لَتَسْأَلَنَّ يَوْمَئِذٍ عَنِ النَّعِيمِ

شهروندان برسد. بر پایه نظام ولایت فقیه، در کشور ما احزاب و انجمن‌ها در چارچوب قوانین اسلام آزادی عمل دارند. در اصل ۲۶ قانون اساسی ذکر شده که احزاب، جمعیت‌ها، انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته شده آزادند، مشروط به اینکه اصول استقلال، آزادی، وحدت ملی، موازین اسلامی و اساس جمهور اسلامی را نقض نکنند. هیچکس را نمی‌توان از شرکت در آن‌ها منع کرد یا به شرکت در یکی از آن‌ها مجبور ساخت.

سیاست مداران غربی همچون رؤسای جمهور سابق ایالات متحده آمریکا، رئیس جمهور سابق فرانسه ژاک شیراک، نخست وزیر سابق بریتانیا تونی بلر و ... بارها به این رویه کشورداری از ایران (اصل ۲۶ قانون اساسی) ایراد وارد کرده و خواهان آن هستند که به مانند دیگر کشورهای غربی و تابعان آن‌ها، احزاب در ایران از آزادی کامل برخوردار باشند (طلائی و پورسعید، ۱۳۹۲، ۱۰۰)؛ اما اصل مذکور هوشمندانه در چهار چوب دکترین ولایت فقیه مصوب شده که لزوم نظارت رهبری عاقل و شایسته را توصیه کرده و اقدامات سیاسی را تحت نظارت ولی فقیه، مجاز می‌داند.

قانون احزاب لبنان در سال ۱۹۹۰ به تصویب رسید و تقسیم بندی احزاب بر پایه مذهب را پیش بینی کرده و حسب جمعیت، تعداد کرسی لحاظ نمود. همچنین توافق بر سر مذهب مقامات ارشد همچون رئیس مجلس، نخست وزیر و ... را مجدد در این قانون ذکر کرد. چنین تقسیم بندی قدرت، به محل اختلاف مبدل شده که در طول تاریخ، موجب عدم تشکیل دولت حتی تا یک سال نیز شده است (اویدو، ۲۰۲۰، ۴۳). به نظر می‌رسد که قانون‌گذار لبنان سعی داشته که نظام سیاسی کشور را به دموکراسی غربی نزدیک‌تر نماید که باتوجه به ساختار مذهبی این کشور، این اقدام شتاب دهنده اختلافات فرقه‌ای محسوب می‌شود و برای صلح و ثبات این کشور خطرناک است.

رویه کنونی جمهوری اسلامی در خصوص احزاب، حذف اختلافات بین آن‌ها بوده و قدرت اصلی را از مسائل سیاسی دور نگاه داشته است. همین مسأله یکی از مهمترین عوامل تمرکز قدرت و تأمین امنیت داخلی بوده که در رکن سوم حق بر صلح نیز ذکر شده است. در وضعیت کنونی، تمرکز قدرت موجب شده که جریان رقابت‌های سیاسی در مسیر سالم قرار گیرد و بدین صورت، امنیت سیاسی تأمین شود که خود رکن سوم حق بر صلح محسوب می‌شود.

جمهوری دموکراتیک لبنان، از یک طرف، سیاست نزدیکی به غرب را پیش گرفته و از طرف دیگر، خواهان ادامه توافق صلح بین احزاب پس از جریان جنگ داخلی بوده است. این دو سیاست با یکدیگر تناقض داشته و حاصل آن تفکیک قدرت بین احزاب بوده که سابقه خشونت علیه یکدیگر را داشته‌اند. این مهم کاملاً در تناقض با شاخص سوم حق بر صلح است. اگر تمرکز قدرت تا حد کنونی توسط حزب الله لبنان انجام نمی‌شود، بارها و بارها این کشور به جنگ داخلی لبنان ورود کرده بود.

۳-۳. سیاست خارجی

جریان غربی فرانسه و انگلستان در لبنان حضور داشته که عمدتاً، با حاکمیت و دولت رابطه مناسبی داشته و نتیجه آن داشتن اثر حقوقی بر نگاشت قوانین است؛ بنا بر این، قوانین این کشور تا حدی بر پایه دخالت غرب نگاشته شده است (فرد^۱ و هاریس^۲، ۲۰۲۱، ۲۰۰). نفوذ ایران و عربستان در این کشور جریان غیر حقوقی را طی کرده و با وجود حضور نیروهای نیابتی هر دو کشور در دولت و مجلس لبنان، باز هم نتوانسته بر نظام حقوقی این کشور اثرگذار باشد.

قانونگذار جمهوری اسلامی ایران، فصل دهم قانون اساسی مشتمل بر چهار اصل را به اصول سیاست خارجی اختصاص داده است. بر اساس تفسیر موسع از چهار اصل مذکور، می‌توان بیان داشت که اصول حاکم بر سیاست خارجی جمهوری اسلامی ایران به شرح ذیل است:

(۱) نفی هرگونه سلطه و اعلام استقلال کشور، مقابل بیگانگان؛

(۲) محافظت از منافع کشور، مقابل بیگانگان؛

(۳) ارتباط ویژه با مسلمانان جهان؛

(۴) پرهیز از تنش غیرضروری در مناسبات بین‌المللی.

بنا بر این، دکترین ولایت فقیه ضمن احترام کامل به تمامی قدرتهای جهان، سیاست نفی سلطه را در پیش داشته و در حین حال به رابطه با کشورهای اسلامی به طرز ویژه می‌نگرد. منع هرگونه تعهد خارجی که حاصل آن تسلط بیگانگان بر منابع حیاتی کشور باشد (قاعده نفی فی سبیل) اقدامی مهم در جهت تمرکز سیاسی محسوب می‌گردد. در واقع، حاکمیت کامل جمهوری اسلامی ایران داخل مرزها، رکن تمرکز قدرت، داخل کشور بوده که شاخص سوم حق بر صلح است؛ بنا بر این، جمهوری اسلامی ایران، روابط خارجی خود را اولاً، بر پایه احترام متقابل، ثانیاً، بر پایه حفظ استقلال سیاسی خود قرار داده که کاملاً پسندیده است. طول حیات ۴۳ ساله جمهوری اسلامی ایران، غربی‌ها که سیاست نفوذ در ایران را شکست خورده پنداشتند با عصبانیت وارد عمل شده و دست به تهدید جمهوری اسلامی ایران زدند که در نهایت با شکست رو به رو گردیدند.

قانون اساسی لبنان هیچ قاعده‌ای را بر سیاست خارجی این کشور تعیین نکرده است؛ اما بر پایه نظریات سیاسی، حکومت این کشور، سیاست نزدیکی به غرب، به خصوص فرانسه را در برنامه خود داشته و با توجه به نبود قاعده‌ای که محدود کننده سیاست خارجی باشد، موجب حضور وسیع فرانسه در کشور شده است. با توجه به اینکه لبنان زمانی در قیومت فرانسه بوده و این کشور سابقه استعمار لبنان و سوریه را دارد، روابط بی‌قاعده با این کشور غربی برای استقلال لبنان، خطرناک ارزیابی شده که

1. Fried

2. Harris

در نهایت می‌تواند به واسطه عدم تمرکز سیاسی قدرت، موجب تهدید امنیت لبنان شود (مسلورین،^۱ ۲۰۲۰، ۱۷۷). در بحث رابطه با رژیم صهیونیستی، اگر مخالفت‌های حزب الله لبنان نبود، دولت لبنان بر اساس دکترین خود بارها با این رژیم که سابقه اشغال بیروت را دارد، رابطه برقرار کرده بود که امنیت سیاسی این کشور را نیز به طور کامل سلب نموده بود؛ بنا بر این، اصول سیاست خارجی لبنان که تصمیم‌گیری آن بدون هیچ محدودیت حقوقی بر عهده رئیس جمهور لبنان قرار دارد، خود زمینه نفوذ بیگانگان به کشور است و در نهایت می‌تواند امنیت این کشور را خدشه دار کند (کتوب^۲ و آنتیپا^۳، ۲۰۲۰، ۵۲).

۳-۴. سیاست دفاعی

در مقدمه قانون اساسی کشورمان آمده است که در تشکیل و تجهیز نیروهای دفاعی کشور توجه بر آن است که ایمان و مکتب، اساس و ضابطه باشد، بدین جهت ارتش جمهوری اسلامی و سپاه پاسداران انقلاب در انطباق باهدف فوق شکل داده می‌شوند و نه تنها حفظ و حراست از مرزها بلکه با رسالت مکتبی، یعنی: جهاد در راه خدا و مبارزه در راه گسترش حاکمیت قانون خدا در جهان را نیز عهده دار خواهند بود (و اعدوا لهم ما استطعتم من قوة و من رباط الخیل ترهبون به عدو الله و عدوكم و آخرین من دونهم).

علاوه بر آن، قانون اساسی مبحث دوم را به ارتش و سپاه پاسداران انقلاب اسلامی اختصاص داده و بر لزوم حفظ امنیت کشور، مقابل تهاجم بیگانگان تاکید نموده است. مبتنی بر این مفاد قانونی، سیاست‌های دفاعی کشور شکل گرفت و کشور ما پس از تلاش‌های طاق‌فرا طی چند دهه توانست که در صدر قدرت‌های موشکی، قدرت برتر دریایی، قدرت برتر پدافندی، قدرت برتر جنگ‌های نامنظم و چند پارامتر نظامی دیگر دست یابد. تنها در خصوص نیروی هوایی انتقادهایی وارد است که باز هم تولید چند جنگنده بومی، نشان از پیروی جمهوری اسلامی ایران از سیاست‌های دفاعی مستقل بوده است. اثر این سیاست، آنکه جمهوری اسلامی ایران در اوج قدرت توانسته امنیت مرزهای خود را تأمین نماید.

سیاست‌های دفاعی لبنان تحت هیچ قانونی قرار نداشته و برای آن، چهار چوب مشخصی وجود ندارد. سیاست مداران این کشور نیز تاکنون اقدام مثبتی در جهت تقویت بنیه دفاعی این کشور انجام نداده و در عمل، صلح و ثبات این کشور متزلزل شده که در چنین خلأ امنیتی، این حزب الله لبنان است که موجب تقویت نظامی این کشور و حراست از آن شده است (هالپرین^۴ و اسپوری^۵، ۲۰۲۰، ۲۶۲). در

1. McLaurin
2. Kotob
3. Antippa
4. Halperin
5. Schori

حال حاضر نیروی دفاعی لبنان بدون لحاظ حزب الله، نمی‌تواند برای دشمنان این کشور قدرت بازدارنده محسوب شود و از این جهت، رکن چهارم حق بر صلح در حقوق این کشور مخدوش شده است.

۴. جایگاه حق بر صلح در نظام حقوقی

همان‌طور که بیان شد، قانونگذاری نا صحیح می‌تواند روزنه بروز نا امنی تلقی شود. در بخش پیشین به ارتباط بین سیاست‌های اتخاذی و نظام تقنینی اشاره شد. جنگ داخلی لبنان نمونه بارزی از حذف کامل امنیت در این کشور بود. پایان این جنگ، با پیمان طایف همراه بود و اکثر منابع حقوقی لبنان پس از آن اصلاح گردید. دیدگاه اکثریت به این سمت بود که با ننگاشت پیمان صلح و توافق بین گروه‌های مختلف لبنانی، صلح بر این کشور حکمفرما شده و بر پایه الگوی حقوق بشر غربی، می‌توان این صلح را ادامه داد. اما وقایع سه دهه پس از انعقاد پیمان طایف نشان داد که این رویه نیز اشتباه از آب درآمد و این کشور روزهای سخت نا امنی را تجربه کرده که حاصل اتکا به حقوق بشر غربی برای استمرار صلح و ثبات بود. ذیلاً، به بحث حقوقی در این خصوص پرداخته شده است. ذیل این قسمت اثر سیاست‌های تقنینی هر دو کشور بر صلح و ثبات بررسی شده است.

۴-۱. قانون تأسیس نیروهای امنیتی

در کشور ما نهادهای امنیتی متعددی وجود داشته که معمولاً، دشمنان بنا به منافع خود، به آن، انتقاد وارد کرده‌اند؛ اما وجود چنین نهادهایی هدفی جز تأمین امنیت نداشته که خود بخشی از حق بر صلح است. پیشتر بیان شد که مبحث دوم از قانون اساسی به ارتش و سپاه پاسداران اختصاص داشته و این دو نیروی مهم نظامی در قانون اساسی تعریف شده و مسئولیت‌های آنان نیز تشریح شد است. توجه قانونگذار به ذکر این نهادهای مهم در قانون اساسی نشان از توجه سیاستمداران جمهوری اسلامی ایران به اهمیت بنیه دفاعی دارد.

ماده سوم قانون تأسیس نیروی انتظامی، هدف از تشکیل این نیروها را استقرار نظم و امنیت و تأمین آسایش عمومی و فردی و نگهبانی و پاسداری از دستاوردهای انقلاب اسلامی در چهار چوب این قانون در قلمرو کشور جمهوری اسلامی ایران دانسته است.

قانون تأسیس وزارت اطلاعات نیز به طور کلی کشف توطئه‌ها خلاف امنیت کشور را از وظیفه این نهاد دانسته و نیروهای مسلح را نیز ملزم به همکاری و هماهنگی با این وزارتخانه دانسته است.

ماده یکم اساسنامه سپاه پاسداران نیز چنین بیان می‌دارد که سپاه پاسداران انقلاب اسلامی نهادی است تحت فرماندهی عالی مقام رهبری که هدف آن نگهبانی از انقلاب اسلامی ایران و دستاوردهای آن و کوشش مستمر در راه تحقق آرمان‌های الهی و گسترش حاکمیت قانون خدا طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران و تقویت کامل بنیه دفاعی جمهوری اسلامی از طریق همکاری با سایر نیروهای مسلح و

آموزش نظامی و سازمان دهی نیروهای مردمی می‌باشد. ارتش جمهوری اسلامی نیز وظیفه حفاظت از مرزهای کشور را عهده دار است.

قانون تأسیس نیروهای امنیتی و انتظامی، به صورت یک قانون واحد در لبنان مصوب شد (قانون تشکیل نیروهای امنیتی و دفاعی کشور، مصوب ۱۹۹۵). در اهداف این نهادها، تبعیت از حاکمیت و مقابله با توطئه‌های امنیتی پیش بینی شده است. در اهداف این سازمان‌ها به هیچ وجه به وظیفه تأمین امنیت و ثبات توجه نشده و مسأله فرمانبرداری و سرسپردگی بیشتر مد نظر قرار گرفته است. اجرای احکام حقوقی نیز در این قانون پیش بینی شده است (ضابط دادگستری بودن). پلیس ضد شورش در هر استان به صلاحدید استاندار مختار به سرکوب نا امنی‌ها می‌باشد. بر این اساس، نیروهای امنیتی و انتظامی لبنان که تحت یک قانون تأسیس آن‌ها اعلام شده و تاکنون جدایی بین آن‌ها انجام نشده است. همین مسأله موجب ضعف سازمان‌های امنیتی لبنان گردیده و در عمل قادر به رصد و کشف مسائل بر ضد امنیت خود نمی‌باشند.

در وضعیت کنونی، حزب الله لبنان به عنوان سازمانی مستقل، تا حد زیادی مسئولیت‌های امنیتی در این کشور را عهده دار است (سندوال^۱، ۲۰۲۰، ۴۳۱). می‌توان چنین بیان داشت که سیاستمداران لبنانی توجه خاصی به مسائل امنیتی نداشته و این مسأله از نحوه قانون‌گذاری آن‌ها مشخص است. عدم توجه چندان به امنیت داخلی، عملاً رکن سوم حق بر صلح را نقض می‌نماید.

از مجموع مطالب فوق، ارگان‌های مختلف در ایران، ضمن الزام به همکاری و هماهنگی، مسئولیت تأمین امنیت را بر عهده داشته که همگی تحت یک فرماندهی قرار دارند. اهداف و دکترین این نهادها همگی بر تأمین امنیت تمرکز داشته که خود بخشی از حق بر صلح است. این نهادها تنها به حکم قانون فعالیت داشته و همگی در مقابل قانون برابر هستند. تعیین چنین چهار چوب حقوقی برای نیروهای امنیتی، گامی مهم در جهت تأمین حق بر صلح شهروندان است (مسائلی و ارفعی، ۱۳۷۳، ۱۴۷)؛ اما نظام حقوقی لبنان چندان به انسجام نیروهای امنیتی که وظیفه تأمین امنیت این کشور را دارند، توجه ننموده‌اند که خود عامل برهم زنده صلح شهروندان است.

۲-۴. منشور حقوق شهروندی

منشور حقوق شهروندی نیز منبع حقوقی مهم در کشور است که بخش پایانی آن به حق بر صلح شهروندان اشاره دارد. به موجب ماده ۱۱۶ این منشور، حق شهروندان است که از سیاست خارجی شفاف و صلح طلبانه در چهار چوب منافع و امنیت ملی، برخوردار باشند، دولت با رعایت اصول عزت، حکمت و مصلحت، برقراری، حفظ و ارتقای روابط و مناسبات پایدار با کشورها و سازمان‌های بین‌المللی را دنبال می‌کند و با استفاده از ابزارهای دیپلماتیک و روش‌های خردمندانه برای ترویج و تقویت گفت‌وگو

صلح، صیانت از حقوق بشر و کرامت انسان‌ها، مبارزه با خشونت و افراطی‌گری و دفاع از حقوق مظلومان تلاش می‌کند. این ماده حقوقی با بند ۱۶ اصل سوم، اصول یازدهم، یکصد و پنجاه دوم و یکصد و پنجاه چهارم قانون اساسی، قانون وظایف وزارت امور خارجه، مصوب ۱۳۶۴ و ماده ۲۱۰ قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۸۹ همخوانی کامل دارد.

به موجب ماده ۱۱۷، دولت برای حمایت از حقوق ایرانیان خارج از کشور و بهبود وجهه بین‌المللی ایران، برنامه ریزی و اقدام خواهد نمود. این ماده با اصل ۱۵۲ قانون اساسی همخوانی دارد.

به موجب ماده ۱۱۸ منشور، شهروندان حق دارند از امنیت، استقلال، وحدت، تمامیت ارضی و اقتدار ملی برخوردار باشند. این مهم در ماده ۲۱۰ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۸۹ و قانون وظایف وزارت امور خارجه مصوب ۱۳۶۴ نیز ذکر شده و منطبق بر رکن چهارم حق بر صلح می‌باشد.

در ماده ۱۱۹ منشور نیز ذکر شده که دولت موظف است با برنامه ریزی‌های لازم و تخصیص منابع کافی در جهت بازدارندگی راهبردی و ارتقای توانمندی دفاعی کشور اقدامات لازم به ویژه تجهیز و تقویت نیروهای مسلح را به عمل آورد. این مهم در بند (ج) اصل دوم قانون اساسی، بند ۱۱ اصل سوم قانون اساسی، اصل یکصد و چهل و سوم قانون اساسی، اصل یکصد و پنجاه قانون نیز ذکر شده است. این مسأله علاوه بر اینکه رکن چهارم حق بر صلح را تأمین می‌نماید، رکن نخست را نیز پوشش داده است.

از بررسی حق بر صلح در منشور حقوق شهروندی می‌توان چنین استنباط کرد که تمامی ارکان چهارگانه حق بر صلح به رویه خاص، در منشور منعکس شده و با وجود آنکه این ارکان در ایران محقق گردیده، اما رویه و روش آن متفاوت بوده که آن هم متأثر از حقوق بشر اسلامی می‌باشد. تنها به عملکرد نیروی انتظامی در خصوص افزایش آمار جرم و جنایت طی سه سال اخیر انتقادهایی وارد است که از نظر جرم‌شناسی، این مسأله ریشه در تورم و افزایش جمعیت زیر خط فقر داشته و نیاز است در دراز مدت برای حل اساسی این مشکلات، تصمیمات مقتضی اتخاذ گردد.

در آئین‌نامه وزارت آموزش و پرورش لبنان، تفکیک مدارس حسب مذهب پیش بینی شده و در حال حاضر حدود ۷۰ درصد مدارس این کشور از نظر مذهبی تفکیک شده است. همین مسأله می‌تواند به اختلافات مذهبی دامن بزند. ضمن آنکه مدارس مسیحیان به دلیل حمایت از سوی فرانسه، از کیفیت بسیار بالاتری برخوردار بوده و مدارس اهل سنت، به دلیل عدم حمایت، معمولاً، کیفیت پائین‌تری دارد. مدارس اهل تشیع، از وضعیت بهتری برخوردار است (دودا، ۲۰۲۰، ۲۶۰). چنین تفکیک بندی مدارس

در عمل، به صلح و ثبات لبنان آسیب می‌زند. رکن دوم حق بر صلح که به عدم نزاع قبایل و مذاهب مختلف مرتبط است، تحت این شرایط کاملاً نقض می‌گردد.

در واقع، می‌توان نتیجه گرفت که صرف قانون‌گذاری در خصوص شاخص‌های چهارگانه حق بر صلح، نمی‌تواند برای تحقق آن‌ها کافی به نظر رسد و می‌بایست جزئیات خاص آن نیز در قانون تشریح شده و در سیاست‌های کشور جای گیرد. در جمهوری اسلامی ایران، این اصول، کاملاً مشخص شده و قانون‌گذار با هوشمندی متوجه اثر تفکیکی برخی موارد را در نظر گرفته و مانع از آغاز اختلاف افکنی به واسطه تفکیک شده است. متأسفانه، تفکیک مذهبی در نظام حقوقی لبنان، خود، عاملی بر بروز اختلافات می‌باشد.

۵. بایسته‌های حق بر صلح

جایگاه حق بر صلح در حقوق ایران و لبنان بررسی شده و جلوه‌های حقوق بشر اسلامی و غربی در قوانین مورد بررسی برجسته بود. در این قسمت، به راهکارهای رفع نقاط ضعف این حوزه توجه شده است.

۱-۵. تحدید و تصریح تقنینی

حق بر صلح در دو نظام حقوقی اشتراکات بسیار اندکی داشتند. تنها به لزوم و اهمیت حق بر صلح برای شهروندان تأکید شده که در کل، این مهم، تنها وجه اشتراک دو نظام حقوقی در خصوص حق بر صلح است. تشکیل سازمان‌های نظامی و امنیتی در دو کشور با هدف تأمین امنیت انجام شده و سیاست‌های خارجی نیز مطابق قانون اساسی، می‌بایست بر همین مبنا باشد. البته، قابل ذکر است که ساختار سیاسی دو کشور به کلی تفاوت داشته و طبیعی است که نظام تقنینی دو کشور در خصوص حق بر صلح، اشتراکات چندانی نداشته باشند. همان‌طور که اشاره شد، در لبنان به علت عدم تصریح برخی پارامترهای امنیتی در قانون، اختیارات حکومت در این حوزه، بالا بوده که می‌تواند زمینه ساز مخدوش شدن صلح باشد؛ مثلاً، عدم تصریح تقنینی سیاست‌های خارجی و دفاعی نمونه آن است؛ بنا بر این، هر جا روزنه بروز نا امنی در کشور باشد، می‌بایست در این خصوص، قانونی خاص تدوین کرد و وظایف عاملان اجرایی را به درستی مشخص نمود.

در اصل هفتم قانون اساسی لبنان ذکر شده که تمامی مردم لبنان، قبال قانون با هم برابر می‌باشند. آن‌ها همچنین از حقوق مدنی و سیاسی یکسان برخوردار و به یک میزان مسئولیت‌ها و وظایف عمومی را بدون هیچ تبعیضی عهده دارند. این اصل از قانون اساسی بدون هیچ‌گونه رویه اجرایی مصوب شد. در عین حال، به لزوم تأمین ثبات برای مردم این کشور پرداخته نشد و موجب شد که در عمل با دخالت بیگانگان، تناسب قدرت و ثروت به هم ریزد. در حال حاضر، با دخالت برخی کشورهای غربی، مسیحیان

لبنان، از جایگاه معمولاً، بالاتری از نظر ثروت و رفاه برخوردار بوده و همین مسأله، به نوبه خود، عاملی در جهت برهم خوردن ثبات این کشور شد (گروتیوس، ۱۳۹۵، ۲۱۱).

اصل دهم قانون اساسی لبنان بیان می‌دارد که آموزش و پرورش به صورتی که در نظم عمومی اخلاص ایجاد نماید و منافاتی با شئون اخلاقی و اسائهای به کرامت هیچیک از ادیان نداشته باشد، آزاد می‌باشد. به موجب مقررات کلی مربوط به آموزش عمومی ابلاغی دولت، حقوق جوامع مبنی برداشتن و تأسیس مدارس خاص نباید خدشه‌دار شود. همان طور که در ادامه بیان شده، آئین‌نامه اجرایی آموزش و پرورش این کشور، عملاً، این اصل را نادیده گرفته و به افزایش درگیری‌های فرقه‌ای کمک کرده است. به موجب اصل پنجاه و دوم، هرگاه منافع کشور و امنیت دولت اجازه دهد، دولت مجلس نمایندگان را از این امر مطلع می‌نماید. قراردادهایی که موجب تعهدات مالی دولت می‌شود، قراردادهایی تجاری و کلیه قراردادهایی که امکان فسخ آن‌ها در پایان هر سال وجود ندارد، فقط با توافق مجلس نمایندگان تنفیذ می‌شود.

این سال، به معنای تساوی قدرت بین احزاب است و در عمل، به محلی برای بحث‌های بی‌حاصل مبدل شده است. در لا به لای این بحث‌ها صلح و ثبات سیاسی این کشور خدشه دار خواهد شد. قابل ذکر است که تساوی قدرت بین احزاب، بخشی از حقوق بشر غربی محسوب می‌گردد که حکومت لبنان نیز به تبع آن، چنین وضعیت را در قوانین خود قرار داد که به علت عدم لحاظ دیگر مسائل در قانونگذاری، در عمل این مسأله دستاورد چندانی نداشت.

به موجب اصل شصت و پنجم قانون اساسی لبنان، بازنگری قانون اساسی، اعلام وضعیت فوق العاده و ختم آن، اعلان جنگ و صلح، اعلام بسیج عمومی، توافقی‌نامه‌ها و عهدنامه‌های بین المللی، بودجه کل کشور، برنامه‌های توسعه فراگیر و دراز مدت، انتصاب کارمندان عالی رتبه و هم‌تایان آن‌ها، تجدید نظر در تقسیمات اداری، انحلال مجلس نمایندگان قانون انتخابات، قانون تابعیت، قوانین مربوط به احوال شخصی، برکنار کردن وزیران، از اختیارات نخست وزیر می‌باشد. همچنین، وی بر اجرای قوانین و آیین‌نامه‌ها مراقبت و بر عملکرد تمامی سازمان‌های دولتی بدون هیچ استثنایی، اعم از ادارات و مؤسسات کشوری، لشکری و امنیتی اعمال نظارت می‌نماید.

ذکر چنین ماده‌ای در قانون اساسی از جهتی قابل تقدیر است؛ چراکه نظام پارلمانی کشور را بر نظام ریاستی برتری داده و از این جهت، بیشتر به سمت دموکراسی نزدیک‌تر شده است؛ اما با توجه به توافقی‌نامه اولیه در پیمان طایف، این مسأله می‌تواند به درگیری‌های فرقه‌ای کمک نماید.

۲-۵. وجود دکترین استقلال

در جمهوری اسلامی ایران، قاعده فقهی «نفی فی سبیل» علاوه بر اینکه در قوانین کشور به نوعی بیان شده، در اصول سیاست‌های داخلی و خارجی کشور جای گرفته و نظارت دائمی نظام ولایت بر آن است

که هر اقدام دولت، موجب نفوذ بیگانگان به کشور نشود. بر این اساس، روابط خارجی و سیاست‌های دفاعی کشور به گونه‌ای تنظیم شده که بدون توسل به کشورهای بیگانه، اقتدار کشور در جهان به تثبیت رسیده و قدرت بازدارندگی کشور به جهانیان اثبات شود. نظام حقوق بشر غربی بیشتر بر پایه توافق جمعی استوار بوده که نظر جمع را حتی به فرض غلط بودن لازم الاجرا می‌داند.

این رویه، در لبنان اجرا شد و گروه‌های مختلف لبنانی که روزگاری با یکدیگر در حال جنگ بودند، امروز برای آینده لبنان تصمیم‌گیری می‌نماید، غافل از این‌که این رویه حقوقی سیاسی، بیشتر موجب بروز اختلاف و همچنین نفوذ بیگانگان می‌شود. هر کشور برحسب منافع خود از یک گروه سیاسی حمایت کرده که حاصل آن مبدل شدن لبنان به میدان جنگ‌های نیابتی است؛ البته، پیشینه جنگ داخلی لبنان زمینه تمرکز قدرت در این کشور را از بین برده و قوانین اصلاحی همگی بر پایه دموکراسی غربی تدوین شد که حاصل آن وجود نظام پارلمانی با اختلاف فراوان است. در غیاب تمرکز قدرت، سیاست‌های کلان کشور به درستی تعیین نشده و بنا بر این، سیاست‌های اجرایی غیرهدفمند تنظیم شده و حاصل آن نا هماهنگی در بخش‌های دفاعی، امنیتی و انتظامی است.

در کشور ما، بر پایه نظام ولایت فقیه، سیاست‌های کلان تبیین شده و در بخش اجرا، هماهنگی خاصی قابل مشاهده است. اثر مستقیم این مهم آن است که جمهوری اسلامی ایران توانست بدون وابستگی به کشورهای بیگانه، به امنیت دفاعی دست یابد و جمهوری دموکراتیک لبنان با اجرای نا هماهنگ سیاست‌های اجرایی جزئی، زمینه ساز مبدل شدن به میدان جنگ‌های نیابتی شد. ارکان چهارگانه حق بر صلح در سایه سیاست‌های جمهوری اسلامی ایران محقق شد، اما نظام تقنینی لبنان اصولی کاملاً متضاد با این ارکان مصوب کرده است. وجود منابع متعدد حقوقی در خصوص سازمانی نظامی و امنیتی در کشورمان نشان از توجه قانون‌گذار به تبیین چهار چوب‌های کلی امنیت دارد و این مهم حتی در حقوق شهروندی نیز رعایت شده است. قانون اساسی نیز طی اصولی، حکومت جمهوری اسلامی را به تأمین امنیت برای شهروندان ملزم کرده تا بدین صورت، حق بر صلح جایگاه حقوقی خود را دریابد. در کشور لبنان، اصول حقوقی که به ظاهر بر پایه دموکراسی تنظیم شده است، در عمل، مخالف با ارکان چهارگانه حق بر صلح می‌باشند.

نتیجه‌گیری

خلاف تصور عمومی که صلح و آرامش را در تنش زدایی به واسطه تسلیم برابر دشمنان می‌دانند، جمهوری اسلامی ایران بر پایه تئوری ولایت فقیه، چهار چوب حقوقی حق صلح را به گونه‌ای مشخص کرد که بدون اتکا به بیگانگان، موفق به ارتقای توان امنیتی انتظامی نظامی شده و همین امر موجب تأمین امنیت برای شهروندان گردیده که ارکان چهارگانه حق صلح نیز برای ایرانیان قابل احراز است. تنها به

عملکرد نیروی انتظامی در سیاست‌های جرم‌زدایی انتقادهایی وارد بوده که پیشنهاد می‌شود برنامه جامع اصلاحی آن تهیه و تنظیم و در قالب قانون، مصوب گردد.

جمهوری دموکراتیک لبنان که تمرکز خود را به پایان جنگ داخلی پانزده ساله گذاشته بود، کاربرد حقوق بشر غربی را راه حل صلح و سازش در لبنان دانست؛ اما در عمل، به جنبه‌های حق بر صلح در نظام تقنینی توجه ننموده و با باز شدن روزنه نفوذ بیگانگان، آتش فرقه‌های مذهبی هر از چند گاهی در حال شعله‌ور شدن بوده که عملاً، هیچ دستاورد خاصی برای صلح و آرامش شهروندان لبنانی نداشته است.

کتابشناسی

۱. ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد، (بی‌تا)، *النهاية في غريب الحديث و الأثر*، قم، انتشارات اسماعیلیان.
۲. ابن بابویه قمی، محمد بن علی، (۱۴۰۴ق)، *من لایحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد، (بی‌تا)، *زبدة البیان فی أحكام القرآن*، تهران، کتابفروشی جعفریه.
۴. امینی نیا، عاطفه، (۱۳۸۸)، *جایگاه حق بر صلح در منشور ملل متحد با نگاهی به عملکرد شورای امنیت*، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره: ۶ (۱)، ص ۱۳۱-۱۵۹.
۵. ساعد وکیل، امیر، (۱۳۹۱)، *حقوق بشر صلح و امنیت بین المللی*، تهران، نشر میزان.
۶. طلائی، فرهاد؛ پورسعید، فرزانه، (۱۳۹۲)، *بررسی تأثیر متقابل حقوق بشر و صلح بر یکدیگر*، دوفصلنامه بین المللی حقوق بشر، شماره: ۸ (۲)، ص ۸۵-۱۲۲.
۷. علیخانی، حمید، (۱۳۹۷)، *صلح و امنیت بین الملل*، تهران، قانون یار.
۸. فلسفی، هدایت الله، (۱۳۷۹)، *حق صلح و منزلت انسانی، تأملاتی در مفاهیم قاعده حقوقی، ارزش اخلاقی و بشریت*، مجله حقوقی بین المللی، شماره: ۱۹ (۲۶)، ص ۵-۱۳۰.
۹. گروتیوس، هوگو، (۱۳۹۵)، *حقوق ملل و نکاتی اساسی در باب حکومت و سیاست*، ترجمه: حسین پیران، تهران، شهر دانش.
۱۰. مسائل، محمود؛ ارفعی، عالی، (۱۳۷۳)، *جنگ و صلح از دیدگاه حقوق و روابط بین الملل*، تهران، وزارت امور خارجه.

11. Avellaneda Hernández, S. L & Pardo Morcote, S. M, (2020), *Educating for peace: a study from the rural educational institutions of the Sarna Páramo in Boyacá, Colombia*.

12. Cofone, I & Turriago Betancourt, C, (2020), *The Right to be Forgotten in Peace Processes. The Right to be Forgotten: A Canadian and Comparative Perspective* (Routledge: London, 2020), 76-102.

13. Dastafkan, R, Salehi, H, & Hooshmand, M. M, (2020), *Provision of Peace and Right to Health through Sanctions: Threats and Opportunities*. *Archives of Iranian medicine*, 23(4Suppl1), S43-S48.

14. Dauda, K. O, (2020), *Islamophobia and Religious Intolerance: Threats to Global Peace and Harmonious Co-Existence*. *Qudus International Journal of Islamic Studies (QIJIS)* Volume, 8, 257-292.

15. Fried, A, & Harris, D. B, (2021), *Chapter Seven. Making Peace with Government*. In: *At War with Government* (pp. 197-218). Columbia University Press.

16. Halperin, E, & Schori-Eyal, N, (2020), Towards a new framework of personalized psychological interventions to improve intergroup relations and promote peace. *Social and personality psychology compass*, 14(5), 255-270.
17. Hosseini, S. M, Hajizadeh, M, & Firozabadian, M. A. H. D. I, (2021), the capacities of Arbaeen pilgrimage as an Islamic human right at peace building. *Jornal of Eslamic Human Rights*, 9(2), 275-292.
18. Kotob, M, & Antippa, V, (2020), Peace Education: A Case Study of a Montessori School in Lebanon. *Millennium Journal of Humanities and Social Sciences*, 44-68.
19. McLaurin, R. D, (2020), Peace in Lebanon. In *Middle East Peace Plans* (pp. 159-207). Routledge.
20. Oviedo, Á. M. B, (2021), *Weaponizing Gender: The Campaign Against 'Gender Ideology' in the Colombian Peace Plebiscite* (Doctoral dissertation, University of Delaware).
21. Sandoval, C, Cruz, M, & Ruiz Segovia, C, (2020), Victims' participation in times of Covid-19 in transitional justice accountability mechanisms: what is needed for virtual hearings to fulfil this right? The case of Colombia and the special jurisdiction for peace.
22. Zeigler-Hill, V., Besser, A., & Andrews, D. (2021). The social worldviews of Israelis and attitudes toward peace with the Palestinians: The mediating roles of ideological attitudes and perceptions of threat. *Peace and Conflict: Journal of Peace Psychology*, 27(3), 393.

اساسنامه سپاه پاسداران انقلاب اسلامی، مصوب ۱۳۶۱.

اعلامیه حقوق بشر، مصوب ۱۹۴۸.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۵۸، بازنگری شده در سال ۱۳۶۸.

قانون اساسی جمهوری دموکراتیک لبنان، مصوب ۱۹۹۰.

قانون تأسیس وزارت اطلاعات جمهوری اسلامی، مصوب ۱۳۶۲.

قانون نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۶۹.



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jeld.liau.ac.ir>

Vol.3, No.1, Issue 9, Spring 2024, P: 107-124

Receive Date: 2024/01/20**Revise Date:** 2024/03/09**Accept Date:** 2024/03/11**Article type:** Original Research**Online ISSN:** 2821-2339

Jurisprudential Basis of the Possibility of Realizing Restorative Justice through Mediation

Hamidreza Motie¹Sayyed Mahdi Ahmadi²Hossein Rahimi Vasaksi³

Abstract

Restorative justice is a model that tries to influence the elements of criminal justice, including the victim, the criminal, and society based on a restorative approach, a model that seeks the active participation of everyone around the case to create balance and equilibrium, an evocation that considered the collective ways of individuals that goes around the crime to confront with the effects caused by the crime and to repair the damages and create resiliency for the criminal. The realization of restorative justice, which is closer to human dignity, requires development and expansion of methods that follow the maximum agreements and health of the people of the society, the methods that are based on the socialization of relationships. Mediation is one of the methods of implementing restorative justice, which tries to discuss the causes, effects and results of the attributed crime and the ways to compensate for the resulting damages with the management of the mediator and if necessary, with the presence of other effective persons, in a suitable environment and achieved successful results to lead to the correction and restoration of relationships. In Islamic jurisprudence, the criteria of restorative justice and mediation based on the reform of Zat al-Bin, have been recommended and emphasized. Criteria for improving relationships between people, which are moral virtues. In this article, the possibility of achieving restorative justice through mediation based on jurisprudence foundations will be surveyed.

Keywords: mediation, restorative justice, jurisprudence foundations of restorative justice, legal foundations of mediation.

¹. PhD student of jurisprudence and principles of Islamic law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran. hamidrezamotie667@gmail.com

². Assistant Professor, Department of Legal Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran, (corresponding author). Dr.ahmadi4545@gmail.com

³. Assistant Professor, Department of Legal Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran. hoseinrahimi542@gmail.com



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jcl.d.liau.ac.ir>

سال سوم - شماره ۱ - شماره پیاپی ۹ - بهار ۱۴۰۳، ص ۱۲۴-۱۰۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۲۰

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۲/۱۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۳۰

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

مبانی فقهی حقوقی امکان تحقق عدالت ترمیمی از طریق میانجیگری

حمید رضا مطیع^۱

سید مهدی احمدی^۲

حسین رحیمی واسکسی^۳

چکیده

عدالت ترمیمی الگویی است که تلاش می‌کند ارکان عدالت کیفری، اعم از بزه دیده، بزه‌کار و جامعه را بر اساس رویکرد ترمیمی، تحت تأثیر قرار دهد؛ الگویی که به دنبال مشارکت فعال همه‌ی اطراف دعوا، برای ایجاد توازن و تعادل است؛ فراخوانی که طرق جمعی اشخاص پیرامون جرم را می‌پیماید تا با تأثیرات ناشی از جرم، مقابله و خسارات وارده را ترمیم و باز پذیری را برای بزه‌کار، ایجاد کند. تحقق عدالت ترمیمی، عدالتی که با کرامت انسانی قریب‌تر است، مستلزم توسعه و گسترش روش‌هایی است که جمع حد اکثری توفیقات و سلامت افراد جامعه را دنبال می‌کند؛ روش‌هایی که مبتنی بر اجتماعی سازی روابط است. میانجیگری از جمله روش‌های اجرای عدالت ترمیمی است که تلاش دارد در فضای مناسب، علل، آثار و نتایج جرم انتسابی و راه‌های جبران خسارات ناشی از آن را با مدیریت میانجیگر و در صورت ضرورت، با حضور سایر اشخاص مؤثر، به گفتگو بنشینند و توفیقاتی حاصل کند که به اصلاح و ترمیم روابط منتج گردد. در فقه اسلامی، معیارهای عدالت ترمیمی و میانجیگری، مبتنی بر اصلاح ذات‌البین، توصیه و تأکید شده است؛ معیارهایی برای اصلاح روابط بین افراد که خود از فضائل اخلاقی است. در این مقاله، امکان تحقق عدالت ترمیمی، از طریق میانجیگری، مبتنی بر مبانی فقهی حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

واژگان کلیدی: میانجیگری، عدالت ترمیمی، مبانی فقهی عدالت ترمیمی، مبانی حقوقی میانجیگری

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران. hamidrezamotie667@gmail.com

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران (نویسنده مسئول). Dr.ahmadi4545@gmail.com

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران. hoseinrahimi542@gmail.com

مقدمه

انسان، در منظر قرآن کریم برای عبودیت و پرستش خلق شده است، خلقتی برای تکامل و سعادت ابدی، خلقتی که پروردگارش به نوع کریم از او یاد نموده است. خلقتی که به ما می‌آموزد چگونه باید با انسان رفتار کرد و مناسبت‌ها و اتفاقات مستحدثه را بر اساس کرامت او تعریف نماید. انسانی که اجتماعی زندگی می‌کند و وقایع و اختلافات موجوده در ادوار زندگی او نیز با نگرش بر اجتماعی سازی روابط، زیبایی و کمال را تصویر می‌کند، جلوه‌ای که منبعث از آموزه‌های دینی است. همواره یکی از موضوعات مهم مورد توجه ادیان و جوامع بشری، موضوع انسان، کرامات انسانی و حقوق اشخاص و به تعبیر امروزی حقوق بشر است، حقوقی که برای مهمترین رکن آفرینش هستی در نظر گرفته شده است.

خصومت و نزاع در مسیر زندگی انسان‌ها که از ویژگی‌های متفاوتی برخوردارند، محتمل و ممکن است، مشکلاتی که در زندگی روزمره اشخاص به دلائل و انحاء مختلف ظهور و بروز نموده و اجتناب ناپذیرند و روند طبیعی زندگی را تحت الشعاع قرار می‌دهند، لیکن حل و فصل خصومت و نزاع و طریق آن حائز اهمیت است. چگونگی مواجهه، رسیدگی و تعیین تکلیف جرائم مسأله است، آیا اجرای عدالت کیفری و استفاده از مجازات‌های خشک و غیرقابل انعطاف بر پایه سزادهی در تمامی جرائم و خصومت‌ها می‌تواند بازدارنده باشد؟ می‌تواند ضمن تأدیب، کرامت انسان و بازگشت مناسب به جامعه به روش ایجابی مورد توجه قرار دهد؟

میانجیگری روشی است که می‌کوشد گفت‌وگو بین طرفین نزاع را حاکم کند، در صورت لزوم افراد تأثیرگذار در مسأله و جامعه محلی را مشارکت دهد و میانجیگر را که مستعد برای مدیریت و تسهیل امور است به کارگیرد. روشی که حل اختلاف را به صورت مسالمت آمیز و از طریق گفتگو کار ویژه خود قرار داده تا ضمن جبران خسارات و تعیین حقوق و تعهدات طرفین، روابط آن‌ها با یکدیگر و جامعه را نیز ترمیم دهد. به درستی باید گفت: قدمت بسیاری از رفتارها و پدیده‌های اجتماعی به اندازه عمر بشر است. میانجیگری نیز همین گونه است، از زمانی که اراده برای حل اختلاف وجود داشته است و انسان قادر به سخن گفتن و انجام مذاکره بوده است، از زمانی که افراد خود را موظف به رفع اختلافات دیگران می‌دیدند این موضوع نیز با کمیت و کیفیت‌های متنوع نیز وجود داشته است (سودانی سادری، ۱۳۹۹، ۳۰).

تا قبل از تصویب قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، روش‌های جایگزین حل و فصل دعوا و مشخصاً میانجیگری در قالب مضامین و مفاهیمی همچون مصالحه و تلاش برای رسیدن به آن از طریق نهادهایی همچون اصلاح ذات البین، قاضی تحکیم، شوراهای حل اختلاف و غیره آمده است (صبحی، ۱۳۹۴، ۶۱)؛ اما بحث میانجیگری کیفری در حقوق ایران با توجه به ق.آ.د.ک و ق.م.ا که هر دو مصوب سال ۱۳۹۲ می‌باشند، جایگاه ویژه‌ای پیدا کرده است (سودانی سادری، ۱۳۹۹، ۳۱).

میانجیگری در منابع فقهی با عنوان شفاعت به معنای وساطت شخص ثالث برای عفو و بخشش آمده است، امری که در جرائم حق الناسی منع نشده و هدف آن، کیفر زدایی و اصلاح ذات البین است، اصلاح خصومت‌ها و برقراری روابط صمیمانه توأم با احترام و حفظ کرامت که شایسته انسان است. غایت تفکر و تدبیر میانجیگر و شفیع و تلاش برای اصلاح ذات البین است، اصلاحی برای تحقق عدالت ترمیمی، عدالتی که بر تعادل و توازن بین تمامی ارکان جرم تأکید دارد و می‌کوشد ضمن بهبود وضعیت بزه‌دیده و مسئولیت‌پذیری بزه‌کار، ارتباط اشخاص درگیر در جرائم و خصومت‌ها را ترمیم و اصلاح نموده و بازپذیری اجتماعی بزه‌کار و برگشت بزه‌دیده به روند طبیعی زندگی را محقق نماید.

شناخت دقیق جایگاه میانجیگری و شفاعت در نظام فقهی و حقوقی و اهداف مبتنی بر آن و ایضاً، سایر روش‌های مشابه، در عصر کنونی که روابط اشخاص از پیچیدگی بیشتری برخوردار است و شاهد گسترش بحران در حوزه آسیب‌های اجتماعی، بروکراسی‌های اداری، تراکم پرونده‌ها و حجم کار دادگاه‌های کیفری و قوانین طواری دادرسی از یک سو و تورم جمعیت کیفری از سویی دیگر که به ناچار، دقت در رسیدگی را تحت تأثیر قرار داده، هستیم، می‌تواند با هدف تحقق عدالت ترمیمی، عدالتی که در جستجوی حل مشکل، جرم زدایی، قضازدایی، عدم تعقیب متهم، اصلاح نه مجازات بزه‌کار و انتقام از وی، با ابزارهایی مانند میانجیگری است، جریان سازی نموده و نقش مؤثری در مسیری که فلسفه خلقت انسان و روش تکامل اوست را ایفا نماید. نظم و آرامش بیشتر و صلح پایدار که محصول تدبیری است که اتفاقاً، ریشه در نهادهای کهن جوامع انسانی و طرق حل اختلاف مبتنی بر سنت‌های بومی و مذهبی دارد و التیام و بهبودی بزه‌دیده، ترمیم روابط گسست شده و بازگرداندن توازن و هماهنگی به جریان زندگی افراد پیرامون نزاع را تعقیب می‌کند، برقرار نماید.

۱. میانجیگری

میانجیگری، در لغت، به معنای وساطت، میانجیگری کردن، میانجی شدن و وساطت کردن است (دهخدا، ۱۳۷۷، ۲۱۹۳۹). وساطت، میانجی بودن، شفیع، داور، حکم، مصلح (معین، ۱۳۷۵، ۴۴۸۰). میانجی یا میانجیگر میان دو نفر برای رفع اختلاف و آشتی دادن آن‌ها است. میانجیگری، روشی است که به موجب آن شخص ثالث بی‌طرف به عنوان میانجی از طریق تشکیل جلسات و گفتگو با طرفین و بحث در خصوص موضوع مورد اختلاف و همه راه‌حل‌های احتمالی که برای حل اختلاف متصور است حل و فصل اختلاف را تسهیل می‌کند (سودانی سادری، ۱۳۹۹، ۲۴).

میانجیگری، عبارت است از مداخله یک طرف موجه و بی‌طرف و فاقد تصمیم‌گیری آمرانه در یک اختلاف یا مذاکره به منظور کمک به طرف‌های اختلاف در رسیدن به توافق بر سر مسائل مورد اختلاف به صورت اختیاری (گرشاسبی، ۱۳۸۸، ۲۸). از نیمه دهه هفتاد قرن بیستم میلادی تاکنون میانجیگری به

عنوان قدیمی‌ترین و شایع‌ترین روش‌های اجرای عدالت ترمیمی رشد آرامی داشته است. علی‌رغم تفاوت‌های موجود در اهداف و روش‌های اجرای برنامه‌های میانجیگری، عنصر مشترک در همه آن‌ها مشارکت آزادانه و ملاقات چهره به چهره بزه دیده و بزه‌کار است (غلامی، ۱۳۸۵، ۲۱).

میانجیگری یکی از روش‌های مؤثر برای حل اختلاف بین اشخاص است، که به معنای وساطت کردن و واسطه شدن میان دو نفر برای رفع اختلاف و کشمکش آن‌ها است (فرشی، ۱۳۹۹، ۷).

میانجیگری روشی است که در آن شخص ثالث به عنوان شخص میانجی، از طریق برگزاری جلسات و گفتگو بین طرفین و بحث در خصوص موضوعات مورد اختلاف راه حل و فصل اختلافات را تسهیل می‌کند. اضافه بر این، میانجیگر بدون اینکه همانند قاضی یا داور تصمیم اتخاذ و آن را به طرفین تحمیل کند، آنان را به حل اختلافات تشویق کرده و با روشن ساختن زوایای تاریک موضوع، تبیین منافع واقعی طرفین، شناسایی و محدود کردن موضوعات اختلافی، کشف گزینه‌های محتمل برای حصول توافق، به طرفین در برقراری ارتباط مؤثر با یکدیگر کمک می‌کند (هادی و حاجی پور، ۱۳۹۵، ۸۸).

میانجیگری دارای فوائد بسیاری است که مهمترین آن‌ها عبارت است از اینکه معمولاً، باعث بازگشت خسارت و منتهی به استرداد مال به بزه‌دیده و بازگشت احساس امنیت به او می‌شود و باعث اصلاح و متنبه شدن می‌شود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۰، ۱۹).

در بند الف ماده ۱ آیین نامه میانجیگری در امور کیفری مصوب سال ۱۳۹۵ هیئت وزیران میانجیگری این گونه تعریف شده است: فرآیندی که طی آن، بزه‌دیده و متهم با مدیریت میانجیگر در فضای مناسب در خصوص علل، آثار و نتایج جرم انتسابی و نیز راه‌های جبران خسارات ناشی از آن نسبت به بزه‌دیده و متهم گفتگو نموده و در صورت حصول سازش، تعهدات و حقوق طرفین تعیین می‌گردد.

۲. میانجیگری در قوانین کیفری ایران

میانجیگری کیفری علی‌رغم حضور گسترده در عرف و استفاده رویه‌های قضایی از ظرفیت‌های آن به شیوه‌های گوناگون، برای اولین بار به رسمیت شناخته شده و با الهام از آموزه‌های عدالت ترمیمی و تحت تأثیر اصل موقعیت داشتن تعقیب در قانون آیین دادرسی کیفری جدید در ماده ۸۲ آورده شد (حسینوند، ۱۳۹۷، ۱۲۰).

در ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری آمده است که «مقام قضایی می‌تواند» با شرایط مذکور در ماده به متهم فرصتی برای تحصیل گذشت و جبران خسارت ناشی از جرم بدهد. استفاده از واژه مقام قضایی اعم از مقامات دادرسی و قضات دادگاه‌ها است (سودانی سادری، ۱۳۹۹، ۲۱۷).

از نظر قانونی امر میانجیگری در مواد: ۸۲، ۸۳ و ۸۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ مطرح و مورد تصویب قانون‌گذار قرار گرفته و ماده ۸۴ این قانون مقرر داشته است که چگونگی انجام

کار و ترتیب میانجیگری و شخص یا اشخاصی که برای میانجیگری انتخاب می‌شوند به موجب آیین نامه‌ای خواهد بود که توسط وزیر دادگستری تهیه و پس از تأیید رئیس قوه قضائیه به تصویب هیأت وزیران می‌رسد. آیین‌نامه مذکور توسط وزارت دادگستری تحت عنوان «آیین‌نامه میانجیگری در امور کیفری» در ۳۸ ماده تهیه و در تاریخ ۱۳۹۴/۰۹/۰۸ به تصویب رئیس قوه قضائیه رسید و در روزنامه رسمی منتشر شد. در ماده ۳۸ آیین‌نامه تأکید شده بود که آیین‌نامه از تاریخ تصویب لازم الاجراست؛ اما به جهت تصریح ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی کیفری که تصویب آیین‌نامه را پس از تهیه توسط وزارت دادگستری و تأیید رئیس قوه قضائیه بر عهده هیأت وزیران قرار داده است، تصویب و لازم الاجراء دانستن آن توسط رئیس قوه قضائیه و جاهت قانونی نداشت از این روی آیین‌نامه پیشنهادی وزارت دادگستری مجدداً، پس از تأیید رئیس قوه و با تغییرات و حذفیاتی در مورخه: ۱۳۹۵/۰۷/۲۸ در ۳۴ ماده به تصویب هیأت وزیران رسید (فرشی، ۱۳۹۹، ۸).

۳. میانجیگری در فقه

میانجیگری در نظام فقهی تحت عنوان شفاعت تعریف می‌شود. شفع، به معنای ضمیمه شدن چیزی به چیز دیگر است و شفاعت ضمیمه شدن شخص به دیگری است تا آن دیگری یار و یاور او باشد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۴۵۷).

شفاعت، در اصطلاح خواهش ثانی به سود اول است که جرمی و گناهی کرده است تا از جزای او بگذرند یا تخفیف دهند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۲۲۹۵). شفاعت در اصطلاح عرف به معنای درخواست چیزی از مقام بالاتر برای فرد پائین تر از خود می‌باشد. در شفاعت، فردی که مقام بالاتری دارد و دارای قوت در امری است، فرد ضعیف را جفت و قرین خود می‌کند تا از این طریق به او نفعی برساند؛ اعم از این که دنیوی باشد یا اخروی (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ۶۸۵).

واژه میانجیگری، در دو معنی به کار می‌رود: یکی، وساطت بین دو طرف متخاصم به منظور عفو طرف متجاوز به وسیله قربانی یا زیان‌دیده یا به منظور رفع اختلاف و ایجاد صلح و سازش بین آن دو؛ و دیگری، پایمردی و وساطت نزد حاکم (قاضی) به سود مجرم و گناهکار به منظور عفو، بخشش، خطا یا تخفیف در مجازات وی.

در زبان عرب، واژه: شفاعت، در معنای دوم میانجیگری به کار رفته است. این کلمه از «شفع» به معنای «جفت» گرفته شده است. گویی شفاعت کننده (شفیع) با وسیله قرار دادن حرمت و اعتبار خود نزد حاکم (مشفوع^۱ الیه) و قرار گرفتن در کنار شخص خطارکار (مشفوع^۲ له) شفیع او گشته، در صدد رهایی او از مجازاتی است که در معرض آن، قرار گرفته است.

میانجیگری در اصطلاح فقهی و حقوقی عبارت است از اینکه شخصی دارای شخصیت اجتماعی از قاضی دادسرا بخواهد از تعقیب متهمی که به اتهام ارتکاب جرم حدی تحت تعقیب قرار گرفته خودداری، یا از قاضی محکمه بخواهد از محکوم نمودن او درگذرد و یا از حاکم شرع بخواهد از اجرای محکومیت شخصی که مرتکب جرم حدی شده است، سرباز زده و وی را مورد بخشش قرار دهد (نوبهار، ۱۳۹۳، ۱۰۶).

شفاعت در قرآن، بیشتر در معنای شفاعت اخروی بکار رفته است به نظر می‌رسد تنها یک آیه در قرآن است که در معنای شفاعت دنیوی به کار رفته است و می‌توان ناظر بر شفاعت مجرمان نزد حاکم محسوب نمود و به آن استناد کرد که حاکی از گرایش شارع مقدس اسلام به کیفر زدایی در اسلام است (حسینوند، ۱۳۹۷، ۸۲).

خداوند در آیه شریفه ۸۵ سوره مبارکه نساء می‌فرماید: «مَنْ يَشْفَعُ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِنْهَا وَمَنْ يَشْفَعُ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كُفْلٌ مِنْهَا» (نساء/۸۵)؛ هر کس شفاعت پسندیده‌ای کند، برای وی از آن نصیبی خواهد بود و هر کس شفاعت ناپسندیده‌ای کند، برای او از آن نیز سهمی خواهد بود. خداوند متعال در این آیه به مؤمنین تذکر می‌دهد که به آنچه برایش شفاعت می‌کنند، توجه کنند؛ چون اگر در آنچه شفاعت می‌کنند، شر و فساد باشد، از آن، نصیبی خواهند داشت. آیه از شفاعت سیئه، یعنی: شفاعت اهل ظلم و طغیان و نفاق و شرک و مفسدین فی الارض نهی می‌کند (طباطبایی حائری، ۱۴۲۲، ۲۹/۵).

در منابع روایی فقه امامیه نیز روایات بسیاری پیرامون شفاعت نزد حاکم به نفع مجرم ذکر شده است که پاره‌ای از روایات بر نفی شفاعت در حدود الهی و بعضی بر جواز شفاعت در مواردی که امام، مالک عفو است، دلالت دارند (حسینوند، ۱۳۹۷، ۸۲).

با توجه به آیه و روایت‌های مطرح در این باره و در کنار دیدگاه و آرای فقها درباره آن، این نکته روشن می‌شود که در فقه اسلام بر خلاف حقوق جزا که شدت و ضعف میزان مجازات را مبنای تقسیم بندی جرائم و مجازات‌ها می‌داند، آنچه در درجه بندی مجازات و تقسیم جرائم اهمیت دارد، مسأله حق الله و حق الناس است و بر همین مبنا احکام و آثار گوناگونی بر هر دسته از مجازات‌ها مترتب می‌گردد؛ مانند: شیوه اثبات و امکان صدور حکم غیابی که بین جرائم حق الله و حق الناس در این باره متفاوت است.

یکی از مسائلی که بر مبنای حق الله و حق الناس می‌توان به آن پرداخت، تعیین قلمرو شفاعت در حقوق کیفری است. بر این مبنا، در جرائمی که جنبه حق الناسی دارند، شفاعت در آن‌ها نزد صاحب حق، منع شرعی ندارد، بلکه شفاعت حسنه و مورد تأیید قرآن کریم است؛ اما چون حق الله در واقع، اوامر و نواهی الهی هستند و حکم به اجرای مجازات که به عنوان تکلیفی بر عهده قاضی است و شفاعت

در حق الله به منزله درخواست از قاضی برای عدم اجرای تکلیف شرعی است، مسأله فرق دارد و در نتیجه، در حدودی که جنبه حق الهی دارند، شفاعت بر طبق روایات مردود است (میرخلیلی و دیگران، ۱۳۹۸، ۱۳۴).

با توجه به اینکه طرح و پیگیری دعوی کیفری تا اندازه زیادی در اختیار شاکی خصوصی است، روایات منع از شفاعت، از چنان قوت دلالتی برخوردار نیستند که شفاعت در حدود حق الناسی را نفی کنند. بدین سان وضعیت شفاعت در جرایم حق الناسی تا اندازه قابل توجهی با جرایم حق الهی متفاوت است. معمولاً شفاعت در این دست جرایم به ویژه شفاعت نزد بزه‌دیده برای عفو بزهکار بلامانع است؛ اما در این باره هم محدودیت‌هایی وجود دارد (نوبهار، ۱۳۹۳، ۱۲۶).

۴. میانجیگری و شفاعت جلوه عدالت ترمیمی

میانجیگری یکی از جلوه‌های عدالت ترمیمی است و عدالت ترمیمی ساختاری فلسفی است که نوع دیگری از اندیشه و تفکر نسبت به جرم و عدالت کیفری را عرضه می‌کند، عدالت ترمیمی روش جدید اندیشیدن درباره جرم و هم درباره چگونگی پاسخ به آن است (غلامی، ۱۳۸۵، ۷).

عدالت ترمیمی، رویکرد مبتنی بر حل و فصل جرم است که خود طرف‌های ذی‌نفع و به طور کلی، جامعه را در یک رابطه فعال به نهادهای قانونی پلیسی قضایی مرتبط می‌کند (فروزش، ۱۳۸۶، ۲۳). اصولاً، عدالت ترمیمی، سیاستی است که در پی بسیج امکانات و استعدادهای جامعه و بزه‌دیده و بزهکار و عدالت کیفری برای ترمیم گسست‌ها و شکاف‌های روابط انسانی و ترمیم و درمان لطمات و صدمات متحمل شده از سوی بزه‌دیده و بزهکار و وابستگان آن‌ها و جامعه است و از روشی مسالمت آمیز برای مدیریت بزهکاری بهره می‌برد؛ به گونه‌ای که در عدالت ترمیمی، خود فرایند عدالت، دارای جاذبه‌های انسانی است و خود مبلغ فرهنگ و مدنیت است. عدالتی که می‌خواهد بزهکاران را مستقیم‌تر مورد خطاب قرار دهد و از طرفی، وی را با جامعه، بزه‌دیده، خانواده بزه‌دیده و مقامات دستگاه عدالت کیفری آشتی دهد (عباسی، ۱۳۸۲، ۲۵).

عدالت ترمیمی، فرایندی است که به وسیله آن، تمام اشخاصی که در حادثه مجرمانه دخیل هستند، گرد هم می‌آیند تا با مشارکت یکدیگر در مورد آثار و نتایج عمل مجرمانه و آینده بزه‌دیده و بزهکار و جامعه بعد از وقوع جرم، چاره اندیشی کنند (نجنفی ابرندآبادی، ۱۳۸۰، ۲۲).

اولین اصل عدالت ترمیمی، این است که جرم تعدی و تجاوز به مردم و روابط میان فردی است. این که می‌گوییم جرم نقض قانون جزاست و فاعل جرم مستحق مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی است؛ یعنی: در واقع جرم علیه دولت است و دولت از قانون جزاء حمایت می‌کند.

در عدالت ترمیمی، جرم، نقض روابط فردی می‌باشد که مستلزم جبران است. اگر اصل، بر این باشد که جرم موجب ایجاد اختلال در روابط فردی و میان فردی می‌شود، این امر را نیز باید پذیرفت که بزه‌دیدگان و جامعه‌ی محلی که بزهکار در آنجا زندگی می‌کند نیز حقوقی دارند. در وهله‌ی اول، بزه‌دیده و همسایگان محلی و در درجه دوم، جامعه‌ی محلی باید در اجرای برنامه‌های ترمیمی مربوط به جبران و ترمیم ضرر و زیان ناشی از جرم مشارکت کنند؛ از این رو؛ یکی از تاثیرهای مهمی که یافته‌های بزه‌دیده شناسی بر سیاست جوامع مختلف داشته، حمایت از بزه‌دیدگان و بهبود موقعیت حقوقی آنان بوده است (توجهی، ۱۳۷۸، ۲۷).

عدالت ترمیمی، روش جدید اندیشیدن هم درباره جرم و هم درباره چگونگی پاسخ (واکنش) به آن است (زهر، ۱۳۸۳، ۴۴).

ناگفته پیداست که میانجیگری کیفری، به ویژه میانجیگری کیفری با نظارت قضایی، جلوه‌ای از عدالت ترمیمی است که تا اندازه‌ای عدالت کیفری را به عدالت مدنی (حقوقی) و آیین دادرسی کیفری را به آیین دادرسی مدنی نزدیک می‌نماید و بدین سان مرزهای سنتی بین حقوق کیفری و حقوق مدنی را کم رنگ و حتی گاه، از بین می‌برد؛ مگر نه این است که امروزه، حقوق مدنی در کنار حقوق کیفری - هسته اصلی و مرکزی سیاست جنایی - به یکی از مقوله‌های سیاست جنایی (در مفهوم موسع آن) تبدیل شده است (حسینوند، ۱۳۹۷، ۱۴).

میانجیگری، یکی از برنامه‌های عدالت ترمیمی در مرحله پیش دادرسی است و سابقه‌ای به قدمت خود اختلاف و روش‌های حل آن و قدمت تاریخ باستان دارد. با روش‌های نوین و ساز و کارهای پیشرفته‌تری در بسیاری از کشورهای جهان از جمله، ایران، مصر و انگلیس پا به عرصه وجود گذاشته است (سودانی سادری، ۱۳۹۹، ۱۷).

در واقع، می‌توان گفت: سیاست جنایی اسلام با شفاعت مجرم، محدود کردن دخالت دولت در قلمرو جرم و اجتماعی کردن هر چه بیشتر پاسخ به پدیده مجرمانه را باعث گردیده و زمینه گسترش عدالت ترمیمی را بدین طریق هموار می‌سازد (حسینوند، ۱۳۹۷، ۱۴).

بنا بر این، می‌توان گفت: میانجیگری جلوه‌ای از عدالت ترمیمی و روشی برای تحقق آن است؛ به تعبیری، تلاش میانجیگر برای ایجاد گفت‌وگو و ارتباط بین طرفین دعوی برای دست یافتن به آرمان‌های عدالت ترمیمی است؛ عدالتی که تلاش دارد مقابل عدالت کیفری، که از روش‌های سزادهی و رضایت استفاده می‌کند، به روابط شخصی توجه و اصالت دهد و آن چیزی را دوباره بسازد که موجب تخریب این روابط شده است؛ به گونه‌ای که بزه‌دیده، بزهکار و جامعه‌ی محلی، در آن، داوطلبانه به صورت فعال حضور داشته باشند و در اثر این مشارکت، عدالتی محقق شود که هدف آن، ترمیم روابط است؛ یعنی:

ضرر و زیان ناشی از جرم، جبران و با تحلیل و بررسی علل، آثار و نتایج جرم و مشکلات ناشی از آن، راه حل مناسب در اصلاح روابط پایدار تحصیل شود.

۵. مبانی فقهی حقوقی میانجیگری و شفاعت در تحقق عدالت ترمیمی

اصلی‌ترین هدف عدالت ترمیمی، احیاء موقعیت و ارتقاء جایگاه و نقش بزه‌دیدگان و بزهکاران و اعضای جامعه محلی در اجرا و مدیریت عدالت کیفری است. اولویت اصلی عدالت ترمیمی، این است که بزه‌دیدگان، بزهکاران و جامعه محلی متأثر شده از جرم را به عنوان مشارکت‌کنندگان فعال در فرایند ترمیمی قرار دهد؛ مشارکتی که تلاش دارد با محوریت رویکردهایی همچون میانجیگری و شفاعت، نقش برجسته‌ای در تحقق عدالت ترمیمی ایفا نماید که در ادامه، گذری بر این مبانی خواهیم داشت.

۵-۱. اصلاح ذات البین و ترویج فرهنگ صلح و سازش

واژه‌ی اصلاح و مشتقات آن، ۱۸۰ مرتبه در قرآن به کار رفته است. قرآن، گاه، اصلاح را به عمل نسبت می‌دهد: «فلیعمل عملاً صالحاً» (کهف / ۱۱۰) و گاه، به خود انسان: «و الصالحین من عبادکم و اماءکم» (نور / ۳۲). همچنین، قرآن کریم، گاه، اصلاح میان دو فرد را مطرح می‌کند (اصلاح ذات البین)؛ گاه، در محیط خانوادگی و گاه، در مورد اصلاح فرد (خودسازی) (حق پناه، ۱۳۸۰، ۷).

در باره‌ی صلح، شش آیه آورده شده است: (۱) آیه ۱ سوره انفال: «فَاتَّقُوا اللَّهَ وَ أَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ»؛ (۲) آیه ۱۱۴ سوره نساء: «لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ»؛ (۳) آیه ۱۰ سوره حجرات: «إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ»؛ (۴) آیه ۳۵ سوره نساء: «إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا»؛ (۵) آیه ۹ سوره حجرات: «فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ»؛ (۶) آیه ۱۲۸ سوره نساء: «وَ إِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ».

برخی، ذیل این آیات، شش فائده فقهی یاد کرده‌اند و از آن جمله است: مشروع بودن صلح که حدیث نبوی: «الصلح جائز من المسلمین، إلا ما حرم حلالاً أو حلالاً حراماً»، ناظر به آن و مؤکد آن است؛ و از جمله است اینکه تشریح آن، گرچه به قصد اولی و ذاتی برای قطع تنازع است، لیکن افاده امری زائد نیز از آن ممنوع و غیر مقصود نیست؛ و از جمله اینکه با اقرار و انکار و بر معلوم و مجهول و بر دین و بر عین و بر منفعت و بر اطفاء نائره و حفظ دماء و اصلاح ذات بین و اصلاح میان زوجین بر همه جائز است؛ پس، موضوع صلح، از همه عقود دیگر اعم است و از این رو، در باره‌ی آن، مشهور گشته است که «الصلح سیّد الاحکام» (شهابی، ۱۴۱۷، ۱۲۵/۲).

کاهش توقعات مردم از مراجع قضایی و رشد این تفکر در اذهان که دادگستری تنها و بهترین مرجع حل و فصل خصومت نیست، بلکه رفع اختلاف از طریق کدخدا منشی به صلاح طرفین دعوا و جامعه است (حسینی و دیگران، ۱۳۹۰، ۵۳).

اصلاح ذات البین: آشتی دادن دو یا چند نفری که با هم کینه و دشمنی دارند، مستحب و در موردی که حفظ جان مؤمنی بر آن توقف دارد، واجب است. از موارد مصرف زکات صرف آن برای اصلاح ذات البین است. مستحب است قاضی پیش از داوری، دو طرف دعوا را به صلح و آشتی فراخواند و در صورت خودداری آن دو، حکم را صادر نماید (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ۱/۵۱۳).

اصلاح ذات البین و ایجاد تفاهم و زدودن کدورت‌ها و دشمنی‌ها و تبدیل آن به صمیمیت و دوستی یکی از مهمترین اهداف تعالیم دینی و از برترین عبادات معرفی شده است. این موضوع، در حد یک توصیه اخلاقی نیست و در واقع، یکی از سیاست‌های اصولی نظام قضایی اسلام می‌باشد؛ به طوری که در نظام قضایی اسلام، اصلاح ذات البین مهمتر از احقاق حق با توسل به نظام رسمی دادگستری بوده است و حل و فصل دعاوی با توسل به راه حل‌های غیر رسمی و ترغیب متداعیین به حصول توافق و سازش و ترویج روحیه احسان و اخوت دینی جایگاه ممتازی دارد؛ از این رو، در منابع فقهی در مبحث قضاوت، ابتداء، به مسأله اصلاح ذات البین و استحباب ترغیب دو طرف به صلح و سازش، اشاره می‌شود، آن گاه، در صورت عدم توافق و مصالحه، قاضی می‌تواند به قضاوت و صدور حکم قضایی اقدام نماید (حسینی و دیگران، ۱۳۹۰، ۷۸).

یکی از بهترین و مطلوب‌ترین اخلاقیات اجتماعی، اصلاح ذات بین است. در زندگی اجتماعی، همواره ممکن است کدورت‌ها و ناراحتی‌هایی میان افراد پدید آید. گاهی ممکن است دو برادر بر سر مسائلی با یکدیگر اختلاف پیدا کنند و یا رابطه میان همسایگان و دوستان، به دلایلی سست و سرد شود. در اینجا، یکی از وظایف اخلاقی دیگران این است که آنان را آشتی داده و اجازه ندهند که اختلافی جزئی، به اختلافات ریشه‌ای و عمیق تبدیل شود (شریفی، ۱۴۰۰، ۱۲۹).

این ترغیب به صلح را می‌توان گونه‌ای میانجیگری بین اصحاب دعوی به منظور صلح و سازش میان طرفین دعوی تلقی نمود که از امتیازات آیین دادرسی اسلامی به شمار می‌آید و بدین طریق فضای لازم برای اجرای یکی از روش‌های عدالت ترمیمی ایجاد می‌شود (حسینوند، ۱۳۹۷، ۷۷).

در ماده ۸۲ و ۸۳ قانون آیین دادرسی کیفری و برخی مفاد آیین‌نامه اجرایی مصوب سال ۱۳۹۵ هیأت وزیران، به مسأله سازش بزه‌دیده و بزهکار از طریق فرآیند میانجیگری اشاره شده است.

توصیه قرآن و روایات وارده در منازعات بین افراد، اصلاح ذات البین است؛ به معنای پایان بخشیدن به کدورت‌ها و برقراری صلح و سازش، رویکردی که مبتنی بر سرشت انسان‌ها، آموزه‌های دینی و اخلاقی است؛ به تعبیری می‌توان گفت: اصلاح ذات البین، توصیه فقه و البته، مبانی حقوقی و قانونی، خلاصه‌ای

از تعریف عدالت ترمیمی به تعبیر امروزی است. اصلاح ذات البین، مهمترین مبنای تفکرات و اندیشه‌های راهبرد میانجیگری است که به دنبال اجرای عدالت ترمیمی و تحقق آن است.

۲-۵. قضاودایی، افزایش کارآمدی و اعتماد به نظام عدالت کیفری

قضاودایی، همان‌گونه که از اصطلاح آن، نمایان است، یعنی: سیاستی که بدون پرداختن به قضاوت، به فصل خصومت می‌پردازد (قماشی، ۱۳۷۶، ۲۰۵).

از مشکلات اساسی قوه قضائیه، حجم بالای ورودی پرونده‌های قضایی است که موجب اطاله دادرسی، تراکم کار قضاوت و در نتیجه نارضایتی مردم می‌گردد. بدیهی است که آمار سرسام آور پرونده‌های ورودی کیفیت کار را پایین می‌آورد و از دقت در رسیدگی می‌کاهد و با اولویت بخشی به بالا بودن آمار پرونده‌های مختومه، کیفیت فدای کمیت می‌شود؛ به طور کلی، در جوامع کنونی، تورم حجم پرونده‌های قضایی از مشکلات مهم و دست و پاگیر دستگاه‌های قضایی است.

به دلیل وجود موقعیت‌ها و امکانات جدید و گسترش روابط اقتصادی و اجتماعی و اداری، به طور طبیعی، آمار جرایم و دعاوی حقوقی به صورت تصاعدی افزایش می‌یابد (حسینی و دیگران، ۱۳۹۰، ۵۲).

می‌توان گفت: این راه حل، نوعی سیاست خصوصی کردن امر قضاوت است که در جهت دست یافتن به یک نظام رسیدگی سریع و دقیق، همراه با کاهش هزینه و نیروی انسانی، امری پذیرفتنی و پسندیده است (قماشی، ۱۳۷۶، ۲۰۵).

جریان میانجیگری و امکان احاله بخشی از پرونده‌ها به این فرآیند، افزون بر اینکه بار دستگاه عدالت کیفری را سبک‌تر و جریان اجرای عدالت را تسهیل می‌کند. هزینه اجرای عدالت را تقلیل داده و مدل عدالت کیفری را کارآمدتر می‌نماید. فرآیند میانجیگری کیفری از ابزارهای سرکوبگری که باعث گسست و اختلال بیشتر در جامعه می‌شود، بهره‌ای نمی‌برد و با تمسک به روش‌های غیر کیفری از ایجاد اختلالات و پسماندهای ناشی از آن جلوگیری می‌کند. دستگاه عدالت کیفری با دادن سهمی در اداره دستگاه عدالت کیفری به شهروندان و جامعه مدنی و همچنین با استفاده از ابزارهای کارآمد و جدید در کنار ابزار سنتی و رسمی باعث حصول نتایج بهتر، رضایت خاطر مراجعین و کسب اعتماد و التفات عمومی می‌شود (عباسی، ۱۳۸۲، ۱۰۹).

قضاودایی، افزایش کارآمدی و اعتماد به نظام عدالت کیفری، راهبرد میانجیگری برای تحقق عدالت ترمیمی است. میانجیگری و طرق جایگزین فرآیند رسمی قضایی در تلاش هستند، سیر رسیدگی و تعیین تکلیف پرونده‌ها را با رویکرد ترمیمی دنبال کنند تا ضمن قضاودایی، به کارآمدی و اعتماد نظام عدالت کیفری بیفزایند.

۳-۵. کاهش پرونده‌های قضایی و تسهیل و ترسیع فرایند رسیدگی

یکی از مهمترین فواید میانجیگری کاهش تراکم و حذف پرونده‌ها از دادگستری است. آماری در سال: ۸۱-۸۲، به دست آمده که نشان می‌دهد: ۸۰ درصد پرونده‌ها در ابتداء، در مرحله اثبات جرم و ضابطان دادگستری به صلح و سازش ختم گردیده و در مرحله دوم، در دادسرا و با اختیاراتی که قانون به دادستان داده است، در بحث استفاده از جایگزین‌های تعقیب کیفری، بسیاری از پرونده‌ها، در این مرحله، خارج خواهد شد (حسینوند، ۱۳۹۷، ۱۲۸).

میانجیگری کیفری می‌تواند آمار ورودی پرونده‌ها را کاهش دهد و قسمتی از آمار پرونده‌های وارد شده را از روند رسیدگی رسمی خارج و حل و فصل نماید و از این طریق، کمک بزرگی به کاهش جمعیت کیفری در زندان‌ها نماید (سودانی سادری، ۱۳۹۹، ۶۱).

با ارجاع رسیدگی به میانجیگری و خارج شدن پرونده‌های کیفری از سیستم قضایی، وقت لازم برای بررسی کیفی موارد مهمتر و پرونده‌های جنایی بهتر و نتیجه مطلوب‌تری در کمال آرامش از روند قضایی کیفری حاصل می‌شود. متقابلاً، با تعیین مهلت ۳ ماهه برای میانجیگر و طرفین، آن‌ها را به سرعت در رسیدگی و استفاده از فرصت به وجود آمده، به ویژه برای متهم سوق می‌دهد. تمدید این مدت نیز در دست نماینده جامعه است (حسینوند، ۱۳۹۷، ۱۴۴).

باید گفت: کاهش پرونده‌های قضایی و تسهیل و ترسیع فرایند رسیدگی، از جمله مبانی است که عدالت ترمیمی بدان‌ها توجه دارد، بلکه نتیجه تمسک به نگرش ترمیمی، تحصیل آن‌ها است که به واسطه روش میانجیگری حاصل شده است.

۴-۵. اجتماعی سازی روابط افراد

درمانگری در میانجیگری حالتی دوسویه دارد؛ یعنی: هم بر مسئولیت پذیری بزهکار و تشویق او برای بر عهده گرفتن مسئولیت گرایش دارد و هم به ترمیم خسارت وارد بر بزه‌دیده، ایجاد احساس مسئولیت در بزهکار نقطه عطف کل فرایند است. مسیری است که با گوش دادن به سخنان طرف مقابل آغاز می‌شود، با ایجاد شناخت و آگاهی در وجود بزهکار ادامه می‌یابد و در نهایت، با تمایل برای گفتگو ختم می‌شود. این فرایند، برای بزهکار، امکان ایجاد یک رابطه مجدد اجتماعی را فراهم می‌کند، به اصلاح و درمان او می‌اندیشد و سعی دارد مقابل انتقامجویی شخص بزه‌دیده، از وی محافظت کند (حسینوند، ۱۳۹۷، ۶۱). میانجیگری تلاش دارد با گفتگو و ایجاد حس مسئولیت، نتیجه لازم در برقراری تفاهم بین بزه‌دیده و بزهکار را ایجاد نماید که همانا بهبود روابط اجتماعی و ترمیم مناسبات است.

۵-۵. توسعه مشارکت جامعه محلی در عدالت کیفری

جامعه محلی، یکی از سهامداران جرم است که معمولاً، در دادرسی رسمی، تنها می‌تواند ناظر مجازات شدن یا مجازات نشدن مجرم باشد. جامعه محلی، در این نظام، در بی قدرتی و انفعال کامل به سر می‌برد،

ولی میانجیگری، بر آن است تا از پتانسیل‌های عظیم جامعه حداکثر استفاده را برای کنترل دامنه آسیب و ترمیم آن‌ها ببرد.

با مطالعه در مکاتب مختلف اجرای عدالت کیفری کاشف به عمل می‌آید که جامعه محلی، فاقد هرگونه نقش مؤثر در روند اجرای عدالت بوده و همواره در حاشیه فرآیند اجرای عدالت حضور داشته است، لیکن قریب به سه دهه است که با افول نظام عدالت کیفری سنتی و ظهور مکتب عدالت ترمیمی، فصل نوینی از مداخلات جامعه محلی و نقش بخشی به این نهاد در روند اجرای عدالت گشوده شده است و افراد جامعه محلی که نهایتاً، در حد شاهد یا مجری حکم در اجرای عدالت مداخله داشته‌اند. امروزه، در لوای روش‌هایی همچون میانجیگری، فرصت حضور در کانون اصلی اجرای عدالت را پیدا کرده‌اند. میانجیگری، باید فضای مشارکتی را جهت مداخله جامعه محلی در مذاکرات سازشی و اجرای عدالت فراهم کرده، احساس مشارکت را در این نهاد ایجاد کند و جهت ترمیم گسست‌های اجتماعی ناشی از جرم، ترتیبی اتخاذ نماید (سودانی سادری، ۱۳۹۹، ۵۹).

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، جامعه محلی، اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی، فرض شده است که شامل اشخاصی هستند که یا با متهم یا با بزه‌دیده و یا با اثر جرم در ارتباط بوده‌اند و یا اینکه در مسئولیت پذیر کردن متهم یا جلب نظر بزه‌دیده می‌تواند نقش مثبت و مؤثر داشته باشند. کارکرد جامعه محلی، مسئولیت پذیر کردن متهم است؛ از این جهت که رابطه‌ای بین ایشان وجود دارد که زمینه ساز تاثیرپذیری فرد از آن جامعه محلی می‌شود؛ همانند مدرسه‌ای که فرد در آن، مشغول تحصیل است یا مسجدی که در نزدیکی محل سکونت اوست. همچنین است نسبت به بزه‌دیده و جلب رضایت او می‌توان گفت: نقش جامعه محلی در کنار میانجیگر، کمک به فرآیند میانجیگری و تسهیل حصول توافق است (فرشی، ۱۳۹۹، ۳۸)؛ بنا بر این، پرداختن به فلسفه مشارکت جامعه محلی و اهداف مبتنی بر آن، از جمله مبانی مهمی است که همسو با نگرش عدالت ترمیمی در اصلاح روابط افراد درگیر جرم، مؤثر است.

۵-۶. حل و فصل اختلافات، تنازعات و خصومت‌ها

غالباً و در اکثر پرونده‌های کیفری مطروحه در دادگستری‌ها یا طرفین حق را به جانب خود می‌دانند و یا اینکه به نوعی سعی در توجیه اعمال خلاف قانون خود می‌نمایند. از سوی دیگر، طرفین، طول دادرسی، متحمل مشکلات و هزینه‌ها و اتلاف وقت زیادی می‌گردند و در نهایت، دادگاه‌ها نیز نمی‌توانند وفق مراد طرفین پرونده، رأی صادر نمایند؛ بنا بر این، دو طرف، به نوعی، ناراضی از نتیجه دادرسی می‌باشند و فکر می‌کنند که دادرسی ناعادلانه بوده، بیش از اندازه طول کشیده و وقت زیادی را از آن‌ها اشغال نموده، متحمل هزینه‌های هنگفتی شده‌اند و برخوردها نا مهربانانه بوده، ولی آخر، پس از پایان رسیدگی قضایی نیز دو طرف از هم ناراضی و کدورت به دل دارند و چه بسا، همین امر هم باعث تنش‌ها و

درگیری‌های دیگری در آینده گردد؛ اما مزیت بسیار بزرگ میانجیگری این است که بیشتر مشکلات دادرسی‌های سنتی و قضایی را ندارد و در نهایت، به راه حلی می‌رسد که مورد توافق و قبول طرفین است و لذا طرفین مصالحه نموده و روابط صمیمانه قبلی خود را از سر می‌گیرند و کدورت‌ها به معنی واقعی رفع می‌گردند (سودانی سادری، ۱۳۹۹، ۵۶).

در مبانی اجرای عدالت، اعم از کیفری و یا ترمیمی، حل و فصل اختلافات، تنازعات و خصومت‌ها هدف غائی است، لیکن روش حصول نتیجه، کیفیت و تأثیرات آن، متفاوت است. تنظیم تفاهم‌نامه و صورت مجلس سازشی بر پایه روش میانجیگری، حل و فصل منازعات را مبتنی بر اهداف عدالت ترمیمی متصور است تا پایداری، بهبود و استمرار روابط اصالت داشته باشد.

۷-۵. ترمیم نیازهای بزه‌دیدگان و جبران خسارت آن‌ها

از جمله نتیجه‌های رسیدگی به جرم ارتكابی در دادرسی ترمیمی و استفاده از ساز و کارهای آن، امکان ترمیم و جبران خسارت‌های وارده به بزه‌دیده و احیاء دوباره زندگی وی است. بزه‌دیده در این فرآیند، آثار و پیامدهای مخرب و زیان بار جرم و زیان‌ها و آسیب‌های ناشی از جرم را شرح می‌دهد و بزه‌کار با شنیدن اظهارات بزه‌دیده و پی بردن به عواقب سوء عمل ارتكابی خود، در صدد جبران بر می‌آید. به دلیل اینکه در این فرآیند ترمیمی، طیف گسترده‌ای از خسارات شناسایی و مورد توجه قرار می‌گیرد و از ابزارهای متعددی مانند: اعلام معذرت خواهی و پشیمانی و ندامت، برگرداندن و استرداد اموال از دست رفته، امکان سرویس دهی و انجام کار برای بزه‌دیده و یا اشخاص مورد نظر وی و یا جامعه، مسئولیت پذیری و قبول اشتباه، استفاده می‌گردد. احتمال جبران و ترمیم خسارات بزه‌دیده بیشتر فراهم می‌گردد (عباسی، ۱۳۸۲، ۹۴).

میانجیگری، اصلی‌ترین جلوه عدالت ترمیمی، به دنبال ترمیم نیازهای بزه‌دیدگان است. این نیازها، شامل مواردی می‌شوند از جمله: احیاء و بازسازی و ترمیم شخصیت انسانی و عطفوت بزه‌دیده، ترمیم زیان‌ها و خسارت‌های مالی، ترمیم و درمان لطمات جسمانی و روانی، احیاء و اعاده حقوق و آزادی‌های از دست رفته انسانی بزه‌دیده، بازسازی و احیای نهادهای اجتماعی، مانند: خانواده، مدرسه و محیط‌های کاری و اشخاص حقوقی بزه‌دیده و ترمیم و جبران خسارات و لطمات وارده بر آن‌ها (سودانی سادری، ۱۳۹۹، ۵۳).

۸-۵. مسئولیت پذیری، اصلاح و بازپروری بزه‌کار

خلال فرایندهای ترمیمی، این امکان، فراهم می‌شود که از رهگذر گفتگوهای رو در رو و صحبت‌ها و اظهارات بزه‌دیده و بیان احساسات و رنج‌ها و آثار واقعی و مخرب بزه بر زندگی خود و خانواده وی، بزه‌کار از آثار و عواقب عمل خویش آگاهی یافته، تا وجدان انسانی وی بیدار شود و با قبول بزه و آثار

و مسئولیت‌های آن، به یک احساس همدلی با بزه‌دیده نایل شود که این امر، در جلوگیری از تکرار جرم در آینده بسیار تأثیر گذار خواهد بود.

در واقع، فرایند احیاء و ترمیم، تنها شامل احیاء و ترمیم لطمات وارده و زیان‌ها و از دست رفته‌های بزه‌دیده نیست، بازسازی و ترمیم احساس مسئولیت و احیای ارزش احساسات نیک انسانی بزهکار هم در فرایند احیاء و ترمیم قرار می‌گیرد. بزهکار باید مسئولیت فعل ارتكابی خود را بپذیرد و خسارات وارده در اثر فعل مجرمانه خود را در حق بزه‌دیده جبران نماید.

در مورد خسارات معنوی نیز اقدام به عذرخواهی و طلب بخشش جهت تسلی خاطر و رضایتمندی بزه‌دیده بنماید. در اکثر جرائم بعد از وقوع جرم بزهکار در جریان صدمات و تألمات بزه دید قرار نمی‌گیرد، اما در فرآیند میانجیگری کیفری مذاکرات رو در رو و صحبت‌های مستقیم و بیان احساسات و رنج‌ها و آثار واقعی بزه بر زندگی بزه‌دیده و خانواده وی باعث آگاهی بزهکار از آثار واقعی عمل خویش می‌گردد (عباسی، ۱۳۸۲، ۹۷).

در فرآیند میانجیگری مبتنی بر عدالت ترمیمی، وجدان انسانی بزهکار بیدار گشته و ضمن قبول بزه و آثار و نتایج آن، احساس همدردی و ندامت خود را ابراز می‌نماید و این احساس و ابراز همدردی است که باعث تسلی خاطر و رضایتمندی بزه‌دیده و تأثیر مثبت بر عملکرد آینده بزهکار می‌گردد (سودانی سادری، ۱۳۹۹، ۵۷).

میانجیگری، باعث ایجاد شرایط لازم برای بزهکاران جهت کسب اطلاعات و آگاهی لازم از نتایج وخامت بار جرم و تأثیر آن بر سایر افراد و نیز پذیرش آزادانه مسئولیت‌های ناشی از آن می‌گردد (غلامی، ۱۳۸۵، ۱۲۰).

نتیجه‌گیری

امروزه، در جوامع مختلف، نحوه برخورد با مجرم و بزه‌دیده متفاوت است؛ اما مهمتر از آن، روش مجازات و سزاهمی است. در نظام عدالت کیفری، استفاده از مجازات‌های خشک و غیر قابل انعطاف برای تنبیه بزهکار مرسوم است. وضعیت و آینده بزه‌دیده و احساسات و عواطف افراد و اطراف دعوی، کمتر مورد توجه قرار گرفته و پیچیدگی فرآیندهای کیفری و حجم گسترده وضعیت پرونده‌های مفتوحه بر چالش‌های شرایط موجود افزوده است.

در این مقاله، امکان تحقق عدالت ترمیمی که مبتنی بر فطرت انسانی و مبانی اسلامی و البته، به قدمت تاریخ بشریت است، با استفاده از میانجیگری، روشی که قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری به آن پرداخته و نظامات آن را نیز وضع نموده، بررسی شد. مبانی تحقق عدالت ترمیمی از منظر فقه و حقوق، مورد توجه قرار گرفت. اصلاح ذات البین و ترویج فرهنگ صلح و سازش، مبنایی که در نظام

فقهی و حقوقی بدان تأکید شده و احکام بسیاری، ناظر بر بسط و گسترش آن در مرافعات، ملاحظه می‌شود.

به عنوان یکی از راهبردهای مهم، میانجیگری برای تحقق عدالت ترمیمی تبیین شد و در ادامه مسئولیت پذیری، اصلاح و بازپروری بزهکار، ترمیم نیازهای بزه‌دیدگان و جبران خسارت آن‌ها، از مبانی مورد توجه نظام حقوقی با رویکرد ترمیمی، مورد توجه قرار گرفت.

توسعه مشارکت جامعه محلی در عدالت کیفری، از جمله اصول مبنا محوری است که به حوزه پیرامون افراد، نیز توجه دارد تا تأثیرگذاری لازم در پذیرش مسئولیت‌ها و تأثیرپذیری مبتنی بر آن را اشاعه دهد و در استمرار آن، اجتماعی سازی روابط افراد، را منتج گردد که مبنایی بسیار مهم در ترمیم، بهبود و ارتقاء ارتباطات انسانی است.

قواعدی دیگر همچون: کاهش پرونده‌های قضایی و تسهیل و تسریع فرآیند رسیدگی، قضازدایی، افزایش کارآمدی و اعتماد به نظام عدالت کیفری، به واسطه به کارگیری روش‌های ترمیمی، همچون میانجیگری حاصل شده که در این مقاله به آن‌ها پرداخته شد و نهایتاً، حل و فصل اختلافات، تنازعات و خصومت‌ها، به روش ترمیمی، جمع و نتیجه اجرای روش‌هایی نظیر میانجیگری است.

در عصر کنونی، اتخاذ رویکردهای اصلاحی و مبتنی بر سرشت‌های انسانی که در فقه نیز بدان تأکید شده، ضرورت است و علاج ارتقاء و توسعه روابط اجتماعی سالم، اتفاقاً، در گرو آن است. اهمیت و جایگاه میانجیگری در دعاوی کیفری، علی‌رغم تمهیدات و مقدمات سالیان اخیر، به صورت جدی کاربردی و یا حتی معرفی نشده است. ترویج فرهنگ استفاده از روش‌های جایگزین و مبتنی بر عدالت ترمیمی، از الزامات عصر جدید است.

این مقاله، با هدف توسعه نگرش ایجابی به مقوله میانجیگری در دعاوی کیفری، نگارش شده و امید دارد با مبانی مورد مطالعه، توانسته باشد، ضمن شناخت بیشتر روش میانجیگری در انعکاس رویکردهای ترمیمی و مبانی فقهی و حقوقی مبتنی بر آن و همچنین ترویج و توسعه این نهاد، مؤثر بوده و حمایت بیشتر نظام قضایی از مراجع شبه قضایی و خصوصی و روش‌های مبتنی بر آن، برای برون رفت از وضعیت متراکم پرونده‌های کیفری دادرها و دادگاه‌های جزایی و تقویت نگرش اجتماعی به موضوعات و مصادیق مطرح شده را منجر گردد.

کتاب شناسی

قرآن کریم

۱. توجهی، عبدالعلی، (۱۳۷۸)، سیاست جنایی حمایت از بزه‌دیدگان، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۴.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش.

۳. حسینی، سید محمد؛ صفرزاده، داوود؛ امیرپور، حیدر، (۱۳۹۰)، تحلیل مبانی فقهی و حقوقی شورای حل اختلاف و نهادهای مشابه، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
۴. حسینوند، موسی، (۱۳۹۷)، میانجیگری کیفری در پرتو آموزه‌های عدالت ترمیمی، تهران، انتشارات مجد.
۵. حق پناه، رضا، (۱۳۸۰)، اصلاحات از منظر قرآن کریم، نشریه پژوهش‌های اجتماعی اسلامی، شماره: ۲۸.
۶. دلماس مارتی، مری، (۱۳۸۱)، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، نشر میزان.
۷. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷)، لغت نامه، تهران، دانشگاه تهران.
۸. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲ق)، مفردات الفاظ القرآن، بیروت، دار العلم.
۹. زهر، هوارد، (۱۳۸۳)، کتاب کوچک عدالت ترمیمی، ترجمه: حسین غلامی، تهران، انتشارات مجد.
۱۰. سودانی سادری، بدر، (۱۳۹۹)، میانجیگری کیفری، تهران، انتشارات دادگستر.
۱۱. شریفی، احمد حسین، (۱۴۰۰)، آیین زندگی، تهران، دفتر نشر معارف.
۱۲. شهابی، محمود، (۱۴۱۷ق)، ادوار فقه، تهران، سازمان چاپ و انتشارات.
۱۳. صبوچی، رحمان، (۱۳۹۴)، عدالت کیفری در نظام کیفری موضوعه ایران، تهران، انتشارات مجد.
۱۴. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، (۱۴۲۲ق)، ریاض المسائل فی بیان أحكام الشرع بالدلائل، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۵. عباسی، مصطفی، (۱۳۸۲)، افق‌های نوین عدالت ترمیمی در میانجیگری کیفری، تهران، نشر دانشور.
۱۶. غلامی، حسین، (۱۳۸۵)، عدالت ترمیمی، تهران، انتشارات سمت.
۱۷. فرشی، حمید، (۱۳۹۹)، مباحث حقوقی کاربردی میانجیگری در امور کیفری، تهران، انتشارات چتر دانش.
۱۸. فروزش، روح الله، (۱۳۸۶)، جایگاه عدالت ترمیمی در فقه اسلامی و حقوق ایران، تهران، انتشارات خرسندی.
۱۹. قماش، محمد سعید، (۱۳۷۶)، قاضی تحکیم یا سیاست خصوصی سازی قضاوت (شرح و تفسیر ماده (۶) قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب)، فصلنامه فقه اهل بیت، شماره: ۱۰.
۲۰. گرشاسبی، اصغر، (۱۳۸۸)، هنر و فن میانجیگری، تهران، نشر مهاجر.
۲۱. مطهری، مرتضی، (۱۳۸۰)، عدل الهی (مجموعه آثار)، قم، انتشارات صدرا.
۲۲. معین، محمد، (۱۳۷۵)، فرهنگ فارسی، تهران، تهران، امیر کبیر.
۲۳. میرخلیلی، احمد؛ کلاتری خلیل آباد، عباس؛ دشتی، حسین، (۱۳۹۸)، قلمرو شفاعت در اقسام مجازات، مجله فقه و اصول دانشگاه فردوسی مشهد، شماره: ۱۱۹.
۲۴. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، (۱۳۸۰)، از عدالت کیفری کلاسیک تا عدالت ترمیمی، مجله دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره: ۲.
۲۵. نوبهار، رحیم، (۱۳۹۳)، شفاعت در حدّ و تعزیر، پژوهش حقوق کیفری، شماره: ۷.
۲۶. هادی، سولماز؛ حاجی پور، مرتضی، (۱۳۹۵)، بررسی شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف از منظر حقوق ایران و فقه امامیه، فصلنامه علمی پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره: ۱.
۲۷. هاشمی شاهرودی، سید محمود، (۱۳۸۲)، فرهنگ فقه، مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jclld.liau.ac.ir>

Vol.3, No.1, Issue 9, Spring 2024, P: 125-144

Receive Date: 2023/11/30**Revise Date:** 2024/02/27**Accept Date:** 2024/03/15**Article type:** Original Research**Online ISSN:** 2821-2339

The Role of the Hypothetical Analogy in the Rule of Al-Ta'azir Yodrao Be-Shobhah

Mahdi Nosratian Ahour¹

Abstract

The reported research in this article with descriptive analytical method and sometimes possessing critical description tries to determine the entrepreneur quality of hypothetical analogy in clarification of the idea of necessity or unnecessary of establishing the rule of Al-Ta'azir Yodrao Be-Shobhah. In this article, using the hypothetical analogy method is not aimed to strengthen or reject one of the two theories; but the goal is to show how each of the two reciprocal theories can be documented by hypothetical analogy and how this general method, how and with which of its types could play a role in these two theories. Although, supporters or opponents of the necessity of establishing the rule of Al-Ta'azir Yodrao Be-Shobhah in their speeches, did not mention the use of hypothetical analogy and its types; but it is possible to read their opinions based on the hypothetical analogy. The result of this reading revealed that two reciprocal opinions because of method are in common and use two types of hypothetical analogies, i.e. ideological coding and incomplete coding; but adjustment of these two methods to different premises, has caused the result of applying each of these methods is different from each others. The result of this similarity in the method and the difference in the finding, can help the researchers to focus on the premises of the theorems in the criticism of each of these two theories and not on the used method because the method is in both two rival theories is similar.

Keywords: hypothetical analogy, creative hypothetical analogy, incomplete hypothetical analogy, rule of Al-Ta'azir Yodrao Be-Shobhah.

1. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, University of Quranic and Hadith Sciences, Qom, Iran. mehdi.nosratian@gmail.com



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Homepage: <http://jcl.d.liau.ac.ir>

سال سوم - شماره ۱ - شماره پیاپی ۹ - بهار ۱۴۰۳، ص ۱۲۵-۱۴۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۲۴

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۲/۰۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۰۹

شاپا الکترونیکی: ۲۳۳۹-۲۸۲۱

نوع مقاله: پژوهشی

نقش قیاس فرضی در قاعده‌ی: التعزیر یدرء بالشبهة

مهدی نصرتیان اهور^۱

چکیده

پژوهش گزارش شده در نوشتار پیش‌رو، به روش توصیفی تحلیلی و گاه، برخوردار از تحلیل انتقادی می‌کوشد به تبیین کیفیت نقش‌آفرینی قیاس فرضی، در تبیین اندیشه‌ی ضرورت و یا عدم ضرورت تأسیس قاعده‌ی: التعزیر یدرء بالشبهة، نایل آید. در مقاله حاضر، قصد بر این نیست که از روش قیاس فرضی بهره‌گیری تا یکی از دو نظریه‌ی رقیب را تقویت و یا رد کند؛ بلکه تلاش دارد تا نشان دهد که هر یک از دو نظریه‌ی متقابل، چگونه می‌تواند به قیاسی فرضی مستند باشد و این روش عام، چگونه و با کدام یک از اقسام آن می‌تواند در نظریه‌ها نقش‌آفرینی کند. هر چند موافقان یا مخالفان ضرورت تأسیس قاعده‌ی: التعزیر یدرء بالشبهة، در سخنان خود، به بهره‌گیری از قیاس فرضی و اقسام آن، اشاره‌ای ندارند؛ ولی می‌توان به خوانش دیدگاه آنان بر اساس قیاس فرضی پرداخت. نتیجه این خوانش، نمایان می‌سازد که هر دو دیدگاه متقابل، از جهت روش، مشترک هستند و از دو قسم از اقسام قیاس فرضی - یعنی: کد گذاری ایدئولوژیکی و کد گذاری ناقص - بهره می‌گیرند؛ ولی تطبیق این دو روش، بر مقدمات متفاوت، سبب شده است که خروجی کاربست هر یک از این روش‌ها، با دیگری متفاوت باشد. حاصل این یکسانی در روش و تفاوت در نتیجه، می‌تواند به پژوهشگران کمک کند تا در مقام نقد هر یک از این دو نظریه متقابل، بر مقدمات قضایا متمرکز شوند، نه بر روش به کار گرفته شده؛ زیرا روش، در هر دو نظریه‌ی رقیب، واحد است.

واژگان کلیدی: قیاس فرضی، قیاس فرضی خلاقانه، قیاس فرضی ناقص، قاعده‌ی التعزیر یدرء بالشبهة.

۱. استادیار گروه فقه و حقوق، دانشگاه علوم قرآن و حدیث، قم، ایران. mehdi.nosratian@gmail.com

مقدمه

به طور طبیعی، طول حیات فکری انسان، مجهولات فراوانی برای وی نمود پیدا کرده است که انسان، با بهره‌گیری از شیوه‌های مختلف، به حل بسیاری از آن‌ها نائل شده است. گاه، از شیوه استقراء بهره گرفته و با ملاحظه جزئیات متعدد، قانون کلی را کشف کرده است و گاه، با تکیه بر تمثیل، به این مهم، دست یافته است و در بسیاری از مواقع، با استفاده از قیاس منطقی، نیاز خود را برطرف کرده است. روش‌های مشهور، در حل مشکلات علمی، به همین سه امر اختصاص می‌یافت.

قیاس فرضی، که یکی از روش‌های جدید حل مسأله است، مدعی است در حل مسائل و تحلیل موضوعات، می‌تواند به مانند روش‌های دیگر، کارگشا باشد. در واقع، باید قیاس فرضی را یک راه عمومی برای تبیین و تحلیل مسائل دانست و نباید آن را مختص به حوزه دانشی خاصی دانست؛ بلکه به مانند روش‌های ذکر شده در منطق، می‌بایست به این روش، از زاویه‌ی کاربری عام نگریست.

در مقاله حاضر، سعی بر کاربری این روش، در تبیین اندیشه‌ی ضرورت و یا عدم ضرورت تأسیس قاعده‌ی: التعزیر یدرء بالشبهه است.

هدف اصلی این مقاله، نشان دادن نقش و کاربری‌های قیاس فرضی در تبیین دو نظریه: ضرورت تأسیس قاعده‌ی التعزیر یدرء بالشبهه و عدم ضرورت آن است. هدف نگارنده، در مقاله، این نیست که بخواهد از روش قیاس فرضی بهره گرفته و یکی از دو نظریه را تقویت و یا رد نماید؛ بلکه هدف آن است که نشان داده شود هر یک از دو نظریه، چگونه می‌توانند به قیاس فرضی مستند باشند و این روش عام، چگونه و با کدام یک از اقسامش توانسته است در این دو نظریه نقش آفرینی کند. در واقع، تلاش می‌شود روش عام بودن این قیاس فرضی و کاربری آن در قواعد به تحلیل درآید. هر چند در مقاله، گاه به گاه، به ایراد کاربری‌های موجود اشاره می‌شود و خلال آن، به نظریه‌ی برگزیده نیز اشاره خواهد شد، ولی این امر، هدف اصلی مقاله نیست؛ بلکه به تصویر کشاندن کاربری‌های قیاس فرضی در تحلیل قضایا، با تأکید بر قاعده‌ی مذکور، غرض اصلی نگارنده است.

همان‌طور که معلوم است، موضوع مذکور، دو تبار دارد و میان رشته‌ای محسوب می‌شود؛ زیرا از یک طرف، مبتنی بر روش قیاس فرضی است که معمولاً، در علم معنا شناسی به تحلیل و تبیین آن پرداخته می‌شود و از طرف دیگر، به بحث قواعد فقهی، آن هم قاعده‌ای در باب جزاء و کیفر، مرتبط است.

در مقاله حاضر، روش توصیف و تحلیل غیر انتقادی، به صورت روش پایه، قرار گرفته است؛ البته، در برخی موارد، برای تحلیل نحوه‌ی تاثیرگذاری قیاس فرضی در موضوع مقاله، سعی شده است گاه، تحلیل انتقادی نیز افزوده شود. هدف از تمرکز بر رویکرد تحلیل غیر انتقادی و بهره‌گیری حداقلی از رویکرد انتقادی، تمرکز بر تحلیل نقش قیاس فرضی در تبیین ضرورت یا عدم ضرورت قاعده‌ی التعزیر

یدرء بالشبهه است؛ زیرا در صورت پر رنگ شدن رویکرد تحلیل انتقادی، یکی از دو طرف ضرورت یا عدم ضرورت، جنبه اصلی خواهد یافت و قیاس فرضی و نقش آن، در سایه و به تبع آن بحث خواهد شد؛ در حالی که هدف از این مقاله، اشاره به نقش این روش عام، در تحلیل این مسأله است؛ به طوری که نقش سلبی و ایجابی آن، پر رنگ جلوه نماید؛ فارغ از اینکه ممکن است این رویکرد سلبی (نفی ضرورت تأسیس) یا ایجابی (اثبات ضرورت تأسیس) با اشکالاتی نیز مواجه باشد.

لازم به ذکر است: گاه، در توصیف و تحلیل به روش دستوری و منطقی به تبیین مباحث پرداخته می‌شود؛ یعنی: نویسنده، با مراجعه به ادله می‌گوید: در این مسأله باید چنین گفته شود و نباید چنان گفته شود و برای هر کدام، دلیل می‌آورد و نقد و بررسی می‌نماید؛ مثلاً، در موضوع بحث، اگر ادله ضرورت و ادله عدم ضرورت تأسیس قاعده را بررسی می‌کند، به قطع نظر از اینکه آیا کسی به این ادله، تمسک کرده است یا خیر، به شیوه دستوری و منطقی پیش رفته است.

گاه، نیز در صدد توصیف و تحلیل نظریه اشخاص و صاحب نظران است و ادله‌ی آن‌ها توصیف و تحلیل می‌شود؛ در این صورت، رویکرد توصیفی تاریخی، پیش رو قرار گرفته است.

در مقاله حاضر، کمتر به روش دستوری سیر شده است؛ بلکه سعی شده است از لا به لای کلام کسانی که قائل به تعمیم قاعده‌ی: الحدود تدرء بالشبهات هستند، کدهای بیان شده در روش قیاس فرضی برای اثبات عدم ضرورت تأسیس قاعده‌ای جدید در باب تعزیرات، استخراج شود و از نقد برخی از این ادله، به وسیله برخی دیگر از اندیشمندان، کدهای ضرورت تأسیس چنین قاعده‌ای استنباط گردد.

از طرف دیگر، تمرکز بر پر رنگ کردن نقش روش مذکور، به معنای بی‌اعتنایی به محتوا و نتیجه حاصل از آن نیست؛ بلکه تلاش می‌شود در عین تمرکز بر روی روش قیاس فرضی، تطبیق آن در مسأله‌ای اتفاق بیفتد که نتیجه مهمی باشد. به همین جهت، یکی از قواعد مبنای تطبیق، این روش قرار گرفت.

در تبیین و تأکید نقش قواعد، در استنباط، باید گفت: اثبات مسائل هر علمی به شیوه‌های مختلف سامان می‌یابد؛ گاهی، دلیل خاص، به صورت ویژه، در مورد مسأله‌ای وجود دارد و آن را اثبات می‌کند و گاهی نیز چنین دلیل خاصی وجود ندارد و راه اثبات آن مسأله، پناه بردن به دستورات عام است که قواعد، یکی از این دستورات عام و بالا دستی است. علم فقه نیز به مانند سایر علوم، دارای قواعد بالا دستی است که کاربر است آن قواعد، سبب روشن شدن حکم موضوعات آن علم خواهد شد.

همین امر، یعنی: منبع و مصدر بودن قواعد برای تحلیل حکم موضوعات زیر مجموعه خود، می‌تواند اهمیت تطبیق مذکور را ثابت کند؛ زیرا قواعد نقش‌های مختلفی در یک دانش را به عهده خواهند داشت؛ گاه، این قواعد، نقش استدلالی داشته و دلیل و منبع برای استخراج حکم در مسائل است و گاه، نقش حاکمیتی داشته و به هنگام تعارض دو دلیل در یک مسأله، با تمسک به قواعد، می‌توان یکی را بر دیگری ترجیح داد و گاه نیز نقش تفسیری داشته و تفسیر صحیح از یک قضیه را ارائه می‌دهد.

۱. پیشینه و نوآوری تحقیق

هر تحقیقی متناسب با موضوع خود، از پیشینه عام و یا خاص برخوردار است. تحقیق حاضر، با توجه به دو تبار بودن، قطعاً، از پیشینه عام برخوردار است؛ زیرا مقصود از پیشینه عام، هر نوع تحقیقی است که به بخشی از موضوع مقاله پرداخته است. در کتب و مقالات فقهی مختلف، از قواعد فقهی، به ویژه، قاعده‌ی: الحدود تدرء بالشبهه، بحث شده است؛ مثل: کتاب: القواعد الفقهية في فقه الإمامية. همچنین، برخی از کتب و مقالات، مثل کتاب: بیولوژی نص و مقاله نقش قیاس فرضی در معاشناسی روایت: «لیعقلوا عن الله»، ناظر به مبحث روش قیاس فرضی است ولی پیشینه خاصی یافت نشده است که عهده دار بحث از نقش قیاس فرضی در ضرورت یا عدم ضرورت تأسیس قاعده‌ی: التعزیر یدرء بالشبهه باشد. پرسش مهم و اصلی تحقیق گزارش شده در مقاله‌ی حاضر، این است که نظریه‌های ضرورت و یا عدم ضرورت تأسیس قاعده‌ی: التعزیر یدرء بالشبهه، بر اساس چه رویکردهایی از قیاس فرضی استوار است؟

۲. چهار چوب مفهومی

قبل از ورود به تحلیل نقش قیاس فرضی ابتدا می‌بایست به برخی از مفاهیم تاثیرگذار در مسأله اشاره شود:

۲-۱. قیاس فرضی

همان‌طور که در مقدمه گذشت، در سال‌های اخیر، روش‌های جدیدتری به نام قیاس فرضی مطرح شد که گاه، به آن، فرضیه می‌گویند (قائمی نیا، ۲۰۱۰، ۲۹۲-۳۲۷؛ نصرتیان اهور، ۲۰۱۴، ۵۶-۵۷). با توجه به جدید بودن این روش و نپرداختن تحقیقات پیشین، به توضیح و تحلیل آن، در توصیف اقسام قیاس فرضی پرداخته می‌شود. در توصیف و تبیین سعی شده است، مطالب، با ادبیات موجود در اصول فقه بازسازی شود.

قیاس فرضی دارای اقسام سه‌گانه: کدگذاری اضافی، کدگذاری ناقص و قیاس فرضی خلاقانه است. کدگذاری، یکی از شیوه‌های تحلیل متن و مسأله است؛ بدین صورت که یک پیش فرض و یا مبنایی سبب می‌شود متن مورد مطالعه، با آن، تطبیق داده شود و بر اساس آن، به مقصود از متن دست یافت. کدگذاری اضافی، به دو صورت، تبیین می‌گردد: کدگذاری اضافی سبک آورانه بلاغی و کدگذاری اضافی ایدئولوژیکی.

در کدگذاری اضافی سبک آورانه بلاغی، تاکید می‌شود که هر گفتاری می‌تواند از دو مقصود برخوردار باشد که این دو مقصود، گاه، با هم مطابق هستند و گاه، مغایر هم؛ یکی از آن‌ها مراد استعمالی است که برآمده از الفاظ جمله است؛ یعنی: با شنیدن این لفظ، معنای آن نیز به ذهن می‌رسد؛ چه متکلم

آن را به صورت جدی اراده کرده باشد و چه مقصود جدی وی نباشد. دومین آن‌ها مراد جدی است؛ یعنی: مقصود نهایی متکلم از کلام.

در صورتی که از هر راهی و با تکیه به هر دلیلی، منظور نهایی متکلم دانسته شود، به طور بدیهی، مطلب مجهول و مبهمی برای انسان وجود نخواهد داشت، ولی اگر مقصود نهایی متکلم، نمایان نباشد، باید با بهره‌گیری از سبک‌های مختلف، به آن، دست یافت. یکی از قرائنی که انسان را در این مسیر، کمک می‌کند، استفاده از مراد استعمالی است. مراد استعمالی می‌تواند کد و ابزاری برای رسیدن به مقصود نهایی و جدی متکلم باشد. مراد استعمالی، تا زمانی می‌تواند کد و ابزار برای رسیدن به مقصود جدی باشد که قرینه‌ای وجود نداشته باشد که ثابت کند متکلم این معنا را قصد نکرده است (قائمی نیا، ۲۰۱۰، ۲۹۲-۲۹۵؛ نصرتیان اهور، ۲۰۱۴، ۵۶).

در کدگذاری اضافی ایدئولوژیکی، بر وجود پیش فرض‌ها و دخالت آن در فهم، تاکید می‌شود. در برخی از حالت‌ها، مخاطب با تکیه بر بینش خاص فکری خود، به مطالعه‌ی متن روی می‌آورد و به فهم از آن، اقدام می‌نماید. زمانی که این اندیشه‌های پیشین مخاطب، با متن مورد نظر، در یک افق و نزدیک به هم باشد، کدگذاری اضافی صورت می‌گیرد؛ به طوری که این ایدئولوژی، کد و ابزاری برای شناخت متن خواهد بود و فهم عمیق‌تری از آن را برای انسان به ارمغان خواهد آورد.

در واقع، پیش فرض‌های فکری مخاطب و اندیشه‌های سابق وی، بار معنایی خاصی را به متن می‌دهد و در اثر آن، چنین فهمی حاصل می‌شود و اگر این سبک از اندیشه ورزی را نداشت، قطعاً، به برداشت مذکور دست نمی‌یافت (قائمی نیا، ۲۰۱۰، ۲۹۲-۲۹۵؛ نصرتیان اهور، ۲۰۱۴، ۵۶).

در کدگذاری ناقص، تاکید اصلی بر سیاق و اسلوب متن است. گاهی، متن مورد مطالعه، به گونه‌ای است که هرچند در نگاه نخستین، برداشت‌های گوناگونی از آن به ذهن می‌رسد و هیچیک بر دیگری برتری ندارد. برای خارج ساختن برداشت‌های مختلف از حالت تساوی، به سیاق و اسلوب متن می‌توان تمسک جست. این امر، سبب شکل‌گیری کدگذاری ناقص می‌شود. سیاق و اسلوب گوینده، سبب می‌شود برخی از ویژگی‌های متن برجسته شده و برخی دیگر کم رنگ گشته و در نتیجه، فرضیه‌ای بر سایر فرضیات برتری می‌یابد (قائمی نیا، ۲۰۱۰، ۲۹۵-۲۹۶؛ نصرتیان اهور، ۲۰۱۴، ۵۶-۵۷).

در قیاس فرضی خلاقانه، تمرکز بر ارائه‌ی فرضیه نوین و جدید است. گاه، مخاطب، با مطالعه متن و نظریات مطرح شده در مورد آن، حدس جدیدی مطرح می‌سازد و فرضیه‌ی تازه‌ای را ابداع می‌نماید و در صدد اثبات آن فرضیه بر می‌آید. به این عمل، قیاس فرضی خلاقانه، اطلاق می‌شود (قائمی نیا، ۲۰۱۰، ۲۹۶؛ نصرتیان اهور، ۲۰۱۴، ۵۷).

۲-۲. مفهوم حد

حد، در لغت، به فصل و جدایی، شدت و حدت و منع آمده است (مصطفوی، ۱۴۰۲، ۱۷۹/۲-۱۸۰). برخی، معتقد هستند: حد، دو معنا بیشتر ندارد؛ یکی، منع و دیگری، پایان و نهایت شیئی (ابن فارس، ۱۳۹۱، ۳/۲).

حد، در اصطلاح فقهی، گاه، صفت جرم است و گاه، صفت مجازات؛ یعنی: گاهی گفته می‌شود: مجازات حدی و گاه، جرم حدی و همین امر، سبب می‌شود در تعریف حد، اختلافی میان فقهاء دیده شود. در واقع، در این استعمالات، گویا موصوف، حذف شده و صفت، جانشین آن شده است و صرفاً، به ذکر واژه‌ی حد اکتفا شده است. چنین امری، در ادبیات، نظیر دارد؛ یعنی: زمانی که موصوف خیلی واضح باشد، آن را حذف می‌کنند و همین وضوح را قرینه بر آن می‌گیرند.

در واقع، گاهی حد گفته می‌شود و مقصود از آن، جرمی است که مجازات حدی دارد و گاه نیز حد گفته می‌شود و مقصود از آن، مجازاتی است که در اثر ارتکاب جرم، در نظر گرفته شده است. از میان این دو معنا، کاربرد آن، در مجازات بیشتر از کاربرد در جرم است (حاجی ده آبادی و علی عسگری، ۱۳۸۹، ۲۸).

۳-۲. مفهوم تعزیر

در کتب لغت، تعزیر، به معنای سرزنش، تأدیب، بازداشتن مطلق، بازداشتن همراه قوت بخشیدن، تعظیم و احترام، نصرت و یاری، زدن کمتر از حد، زدن شدید و تندی کردن، معنا شده است (ابن فارس، ۱۳۹۱، ۳۱۱/۴؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴، ۳۸۳/۱؛ زبیدی، ۱۴۱۴، ۲۱۳/۷-۲۱۴؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ۵۶۱/۴-۵۶۲؛ مصطفوی، ۱۴۰۲، ۱۰۸/۸).

در اصطلاح نیز تعزیر، صفتی است که موصوفش محذوف است و این موصوف، گاه، واژه‌ی جرم است و گاه، لفظ عقوبت.

مقصود از جرم تعزیری، هر جرمی است که شارع مقدس، عقوبت آن را تعیین نکرده باشد؛ مقابل جرم حدی، که شارع عقوبت آن را معین می‌سازد (سبزواری، ۱۳۸۸، ۲۲۴/۲۷-۲۲۳). مقصود از مجازات تعزیری، آن مجازاتی است که شارع، آن را معین نکرده باشد (فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ۳۲۷/۴).

۳. نقش قیاس فرضی در تبیین عدم ضرورت تأسیس قاعده

عدم ضرورت تأسیس قاعده‌ای جدید در باب تعزیرات، برآمده از تعمیم قاعده‌ی: الحدود تدرء بالشبهة است. اگر کسی در قاعده‌ی: الحدود تدرء بالشبهة، قائل بشود که مستندات این قاعده، گستره‌ای را ثابت می‌کنند که در آن، هم حدود، داخل می‌شود و هم تعزیرات، فارغ از اینکه آیا قصاص را نیز شامل می‌شود یا خیر، به طور طبیعی، به سمت ضرورت نداشتن تأسیس قاعده‌ای جدید در باب تعزیرات متمایل خواهد

شد. طبق این نظر، ضرورتی برای تأسیس وجود ندارد؛ هر چند اگر قاعده‌ی جدیدی تأسیس شد، نقش همافزایی خواهد داشت، ولی نقش تأسیسی و مستقل نخواهد داشت.

به همین جهت، در تحلیل نقش قیاس فرضی، در تبیین عدم ضرورت تأسیس قاعده‌ی: التعزیر یدرء بالشبهة می‌بایست کدهایی ارائه شود که نتیجه آن، تعمیم قاعده‌ی: الحدود تدرء بالشبهة است. در ادامه، به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

۳-۱. نقش کدگذاری ایدئولوژیکی تبیین عدم ضرورت تأسیس

کدگذاری‌های صورت گرفته در تبیین عدم ضرورت تأسیس قاعده‌ای جدید در باب تعزیرات، گاه، ناظر به سند ادله قاعده‌ی الحدود تدرء بالشبهة است و با تصحیح آن، به قاعده‌ی الحدود، کمک کرده و از آن دفاع می‌کند و گاه، ناظر به دلالت آن ادله است. در ادامه، به برخی از کدهای ایدئولوژیکی تصحیح کننده‌ی سند روایات عام قاعده‌ی الحدود، اشاره می‌شود:

۳-۱-۱. علو مضمون نشانه صدور روایت عام

به طور طبیعی، تمسک به روایتی، فرع بر حجیت آن است. حجیت روایت، رهین رفع اشکال از سند و دلالت آن است. یکی از مهمترین اشکالات مطرح شده برای قاعده الحدود تدرء بالشبهة، مرسل بودن مستندات عام این قاعده است. یکی از این مستندات، روایت مرسل: «قال رسول الله (ص): ادرءوا الحدود بالشبهات» است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۵۳/۴، ح ۱۲؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ۳۳۶/۱۸). همین ارسال در سند، سبب تزیف در حجیت آن است.

برخی از اندیشمندان، با کدگذاری ایدئولوژیکی، سعی دارند این اشکال را برطرف نمایند. آن‌ها معتقد هستند: مفاد و محتوای این اخبار، از چنان تفکر بالا و ارزشمندی برخوردار است که خود نشانگر این است که گوینده آن، از مقام بلند معنوی و عصمت الهی برخوردار بوده است (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۶۰/۴).

در توضیح این کد، باید گفت: همان‌طور که روایت، متواتر بود، نیازی به بررسی سند نیست و ضعف راویان، ضرری نخواهد رساند، همچنین، علو مضمون، به گونه‌ای بود که برای مخاطب، به صدور روایت از معصوم (ع)، اطمینان ایجاد کند، نیازی به بررسی سند روایت نیست و اگر سند روایت، مرسل باشد، باز می‌توان به آن تمسک کرد؛ در این صورت، صرفاً، باید محتوای روایت را ارزیابی کرد. اگر از محتوای روایت، نکته عامی استخراج شود و آن را شامل تعزیرات نماید، در این صورت، استنباط مذکور، تام است و مشکلی نخواهد داشت. برای صحت مضمون و محتوا و به عبارتی، استخراج نکته عام نیز در کدگذاری ناقص، به نوعی از قیاس فرضی، استفاده شده است؛ تا عمومیت قاعده‌ی الحدود، برای تعزیرات، ثابت شود.

همان‌طور که در این نمونه مشاهده می‌شود، از کدگذاری ایدئولوژیکی، برای تصحیح سند روایات عام قاعده‌ی الحدود و در نتیجه، عدم ضرورت تأسیس قاعده‌ای جدید در باب تعزیرات، بهره گرفته شده است.

۲-۱-۳. علو شأن راوی نشانه صحت نقل

یکی دیگر از کدگذاری‌های ایدئولوژیکی، در حل مشکل ارسال در روایت، تمسک به علو شأن راوی و ناقل است. همان‌طور که در نمونه بالا گفته شد: اگر قرائنی برای مخاطب، علم یا اطمینان صدور روایت، از معصوم (ع) را فراهم سازد، ضعف سندی روایت نمی‌تواند مانع از تمسک به آن گردد.

برخی از متفکران مقام علمی، تقوی و دیانت شیخ صدوق را - که از ناقلان روایت مذکور است - یکی از قرائن اطمینان بخش به صدور روایت قلمداد می‌کنند؛ زیرا با توجه به جایگاه و اوصاف شیخ صدوق، وقتی ایشان، روایتی، به صورت صریح و قاطع، به پیامبر اکرم خداوند متعال، صلی الله علیه و آله وسلم و یا حضرت امیر المؤمنین، علیه السلام، نسبت می‌دهند، می‌توان فهمید: ایشان، به جهت رعایت اختصار، افراد راوی موثق بین خود تا معصومین علیهم السلام را حذف کرده‌اند و به جای اینکه بگویند: «روي عن رسول الله»، یا «روي عن أمير المؤمنين»، گفته‌اند: «قال رسول الله»، یا «عن أمير المؤمنين»؛ لذا می‌توان گفت: مرسلات ایشان، در حکم مسندات است و حجیت خبر واحد، مرسلات ایشان را نیز در بر می‌گیرد (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۶۰/۴).

۳-۱-۳. اشتراک اصطلاحات قدمات و متأخرین

یکی دیگر از این کدها، مشترک دانستن اصطلاح قدمات و متأخرین، در مبحث اصطلاح صحیح، در مورد روایات است. هرچند به این نکته تصریح نمی‌شود، ولی تمسک به عبارتی از شیخ صدوق و کاربرد کلمه صحیح در آن روایت، می‌تواند گواه این کدگذاری باشد.

شیخ صدوق، در ابتدای کتاب خود می‌فرماید: «صَنَّفْتُ لَهُ هَذَا الْكِتَابَ بِحَذْفِ الْأَسَانِيدِ؛ لِئَلَّا تَكْثَرَ طُرُقُهُ وَإِنْ كَثُرَتْ فَوَائِدُهُ وَلَمْ أَقْصِدْ فِيهِ قَصْدَ الْمُصَنِّفِينَ فِي إِيرَادِ جَمِيعِ مَا رَوَوْهُ بَلْ قَصَدْتُ إِلَى إِيرَادِ مَا أَفْتِي بِهِ وَأَحْكُمُ بِصِحَّتِهِ وَأَعْتَقِدُ فِيهِ أَنَّهُ حُجَّةٌ فِيمَا بَيْنِي وَبَيْنَ رَبِّي تَقَدَّسَ ذِكْرُهُ وَتَعَالَتْ قُدْرَتُهُ» (شیخ صدوق، ۱۴۰۶، ۲-۳/۱).

۴-۱-۳. تکیه بر اصل وثاقت صدور نه وثاقت سند

یکی دیگر از این کدها، تغییر شیوه‌ی ارزیابی روایات است. به جای وثاقت سند، می‌باید وثاقت صدور، مبنا قرار گیرد.

مطابق مبنای وثوق سندی، صرفاً، باید این وثوق، از روایان حاصل بشود؛ در نتیجه، روایت مرسل، از حجیت خواهد افتاد؛ ولی مطابق وثوق صدور، عدالت و وثاقت راوی، یکی از راه‌های کسب اطمینان

است و حتی اگر روایان، ضعیف باشند و یا مرسل باشد، باز، امکان بهره‌گیری از قرائن دیگر، در عمل به روایت، به شرط حصول اطمینان، وجود دارد.

یکی از این راه‌ها عمل فقهاء، به روایت است. اگر معظم فقهاء و مشهور آن‌ها به روایتی عمل کردند و طبق آن، فتوا دادند، می‌توان به آن روایت، عمل کرد. از این شیوه، به: عمل مشهور، جابر ضعف سند روایت است، تعبیر می‌کنند.

در باب حجیت خبر واحد نیز باید به این نکته توجه داشت که علاوه بر مسند بودن روایت، خبر باید موثوق الصدور باشد؛ زیرا بنای عقلاء، بر این امر است.

وثوق به صدور خبر، گاه، از عدالت و وثاقت راوی حاصل می‌شود و گاه نیز این نتیجه، از عمل اصحاب و بزرگان و متقدمان به دست می‌آید. اگر دیدیم که همه‌ی فقهاء، طبق یک روایت عمل کرده و مطابق آن، فتوی داده‌اند و این جمع، از اشخاص قریب العصر امام معصوم (ع) هستند، وثوق حال می‌شود؛ از این جمله هستند: علی بن بابویه، کلینی، قدیمین، صدوقین، شیخ مفید، سید مرتضی و شیخ طوسی (ره) که وقتی به روایتی عمل کردند، وثوق پیدا می‌شود که روایت مربوط، صادر از معصوم (ع) است.

گاه نیز وثوق، ناشی از توثیق کتب رجالی است. همچنین، به قاعده‌ی مورد بحث ما، یعنی: «ادراء والحدود بالشبهات»، تمامی فقهاء، عمل کرده و به روایت مربوط، استناد کرده و بر اساس آن، فتوا داده و بدین ترتیب آن را مسلم دانسته‌اند و به اصطلاح، شهرت عملی آن، محقق است (بجنوردی، ۱۳۸۵، ۱۷۵/۱).

بسیاری از فقهای امامیه، از قدیم و جدید، به ویژه فقهای قریب به زمان ائمه (ع)، در موارد متعددی در کتب فقهی خود، روایت درأ را مبنای استنباط قرار داده، طبق آن، فتوی صادر کرده و به آن، عمل نموده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۶۰/۴).

۳-۱-۵. متواتر بودن روایت و بی‌نیازی از بحث سندی

از جمله کدهای ایدئولوژیکی، متواتر بودن روایت مذکور است و به تبع، نیازی به بررسی سندی نخواهد داشت و مرسله بودن آن نیز مضر نخواهد بود.

عده‌ای معتقد هستند: روایت مذکور، متواتر است و در روایت متواتر، این قاعده وجود دارد که نیازی به بررسی سند حس نمی‌شود.

علاوه بر اینکه ادعای تواتر شده است و در حدیث متواتر بحث سند مطرح نیست، مرحوم صاحب ریاض در این باره می‌گوید: «و الأولى التمسک بعصمة الدم الأ فی موضع الیقین؛ عملاً بالنص المتواتر بدفع الحد بالشبهات». محتمل است مقصود ایشان «بالنص المتواتر» تواتر معنوی باشد (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۶۰/۴-۶۱).

۳-۱-۶. شهرت کتاب، یعنی: شهرت تک تک روایات، به نحو عموم عقلی

یکی از کدهای ایدئولوژیکی غیر مصرح، تفسیر شهرت کتاب، به شهرت تک تک روایات، به نحو عموم عقلی است. این کد، در نقد تمسک به کلام شیخ صدوق، قابل وصول است.

برخی در نقد تمسک به این عبارت شیخ صدوق: «جَمِيعُ مَا فِيهِ مُسْتَخْرَجٌ مِنْ كُتُبِ مَشْهُورَةٍ عَلَيْهِا الْمَعْوَلُ وَ إِلَيْهَا الْمَرْجِعُ» (شیخ صدوق، ۱۴۰۶، ۳-۴/۱)، می‌گویند: وقتی می‌گوییم کتابی مشهور است و مورد اعتماد است، از این جمله نمی‌توان گفت: تک تک روایات مد نظر است؛ بلکه کتاب به عنوان عام و کلی خود، این شهرت را دارد (ایروانی، ۱۴۲۸، ۲۶۶-۲۶۷). همان‌طور که از عبارت بر می‌آید، یک کدگذاری ایدئولوژیکی، صورت گرفته است و محقق ایروانی، به خطا بودن آن، اشاره دارد. فارغ از اینکه آیا این نقد، وارد است یا نه، می‌توان به نقش این کد، در استنباط، دست یافت.

۳-۱-۷. شهرت کتاب و بی‌نیازی از تدقیق

یکی دیگر از کدهای ایدئولوژیکی، تمسک به کلام شیخ صدوق، در مشهور دانستن کتبی است که روایات مرسل او از آن‌ها نقل می‌شود. این کد می‌تواند به صورت صریح، از عبارت مرحوم صدوق استفاده شود.

ایشان در کتاب خود می‌گوید: «وَجَمِيعُ مَا فِيهِ مُسْتَخْرَجٌ مِنْ كُتُبِ مَشْهُورَةٍ عَلَيْهِا الْمَعْوَلُ وَ إِلَيْهَا الْمَرْجِعُ مِثْلُ كِتَابِ حَرِيْزِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ السَّجِسْتَانِيِّ وَ كِتَابِ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَلِيٍّ الْحَلْبِيِّ وَ كِتَابِ عَلِيِّ بْنِ مَهْزِيَّارِ الْأَهْوَازِيِّ وَ كِتَابِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ وَ نَوَادِرِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عَيْسَى وَ كِتَابِ نَوَادِرِ الْحَكَمَةِ تَصْنِيفِ مُحَمَّدَ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى بْنِ عَمْرَانَ الْأَشْعَرِيِّ وَ كِتَابِ الرَّحْمَةِ لِسَعْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ وَ جَامِعِ شَيْخِنَا مُحَمَّدَ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ الْوَلِيدِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَ نَوَادِرِ مُحَمَّدَ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ وَ كِتَابِ الْمَحَاسِنِ لِأَحْمَدَ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الْبَرْقِيِّ وَ رِسَالَةِ أَبِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِلَيَّ وَ غَيْرَهَا مِنَ الْأَصُولِ وَ الْمُصَنَّفَاتِ الَّتِي طُرُقِي إِلَيْهَا مَعْرُوفَةٌ فِي فِهْرَسِ الْكُتُبِ الَّتِي رُوِيَتْهَا عَنْ مَشَايِخِي وَ أَسْلَافِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَ بَالِغَتْ فِي ذَلِكَ جَهْدِي مُسْتَعِينًا بِاللَّهِ وَ مُتَوَكِّلًا عَلَيْهِ وَ مُسْتَغْفِرًا مِنَ التَّقْصِيرِ وَ مَا تُوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَ إِلَيْهِ أُنِيبُ وَ هُوَ حَسْبِي وَ نِعْمَ الْوَكِيلُ» (شیخ صدوق، ۱۴۰۶، ۳-۴/۱).

هرچند نسبت به صحت یا عدم صحت این کد، بحث‌های فراوانی صورت گرفته است، کما اینکه محقق ایروانی، بر عدم آن، استدلال می‌آورد (ایروانی، ۱۴۲۸، ۲۶۶)، ولی به هر حال، کسانی که بخواهند سند روایت را تصحیح کنند، با تمسک به این کد می‌توانند ادعای صحت روایت را مطرح سازند.

۳-۱-۸. تعویض سند

یکی از روایات عام در قاعده‌ی الحدود، عهدنامه مالک اشتر است. در توصیه حضرت امیر المؤمنین علیه السلام به مالک اشتر، چنین آمده است: «وَ أُطْلِقُ عَنِ النَّاسِ عَقْدَ كُلِّ حَقْدٍ وَ أَقْطَعُ عَنْكَ سَبَبَ كُلِّ وَتْرٍ وَ أَقْبَلِ الْعُدْرَ وَ ادْرَأِ الْهُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ»؛ عقده هر کینه‌ای را از مردم، در دل خویش بگشای و از خود دستاویز

هر انتقامی را بگسل و پوزش را بپذیر و در مورد اشتباه، اجرای حدود را دست به دست کن و به تأخیر انداز (حرانی، ۱۴۰۴، ۱۲۸؛ مجلسی، ۱۴۰۳، ۲۴۳/۷۴).

برخی با کدگذاری ایدئولوژیکی تعویض سند، در تلاش برآمده‌اند اشکال مذکور را حل نمایند. مهمترین اشکال سندی به این متن، این است که عهدنامه مالک اشتر، از دو سند برخوردار است: یکی، از طریق نجاشی و دیگری، از طریق شیخ طوسی؛ سند نجاشی که تمام نیست و شیخ طوسی نیز چون متن عهدنامه را گزارش نکرده است، بلکه سند و مضمون را به اجمال اشاره کرده است، نمی‌توان تطابق میان نقل نجاشی و شیخ طوسی را احراز کرد؛ در نتیجه، مشکل سندی، همچنان به حال خود باقی است (حائری، ۱۴۱۵، ۵۱-۶۶؛ حاجی ده آبادی و علی عسگری، ۱۳۸۹، ۷۴-۷۵).

کدهای ذکر شده در نمونه‌های پیشین، در صدد تصحیح سند روایات عام قاعده‌ی الحدود است که اگر این را به کدهای دیگر در ناحیه دلالت روایات قاعده و مضمون خود قاعده، ضمیمه کنیم، نتیجه آن، ضروری نبودن تأسیس قاعده‌ای دیگر در بحث تعزیر است.

۲-۳. نقش کدگذاری ناقص در تبیین عدم ضرورت تأسیس

در برخی استدلال‌ها برای تبیین عدم ضرورت تأسیس قاعده‌ای جدید در باب تعزیرات، می‌توان به کدگذاری ناقصی دست یافت که تلاش می‌کند تعمیم قاعده‌ی الحدود را ثابت نموده و آن را شامل تعزیرات نیز بداند و در نتیجه، ضرورتی برای تأسیس قاعده‌ای جدید، در بحث تعزیرات، حس نشود.

۱-۲-۳. تغایر میان معنای روایی و فقهی در تحلیل محتوایی

همان‌طور که در مفهوم‌شناسی گذشت، ملاک کدگذاری ناقص، این است که با بهره‌گیری از اسلوب و سیاق، بتوان یک احتمال را بر بقیه احتمالات، ترجیح داد؛ هرچند در ابتدای امر، تصور می‌شد این احتمالات، هیچیک بر دیگری ترجیح ندارد، ولی با بهره‌گیری از این سیاق، یکی بر دیگری ترجیح یافت. در تبیین معنای حد، سه احتمال مطرح شده است: الف) حد، در عقوبت معین و مطلق مجازات، به نحو اشتراک لفظی استعمال شده است؛ ب) حد، به صورت استعمال حقیقی، در معنای عقوبت معین و به صورت استعمال مجازی، در مطلق عقوبت به کار رفته است؛ ج) حد، به معنای مطلق عقوبت است و استعمالش در هر یک از عقوبت‌های معین و یا غیر معین، از باب تطبیق کلی بر فردش است (حاجی ده آبادی و علی عسگری، ۱۳۸۹، ۴۷).

برخی از معاصران، با بررسی سیاق روایات، مدعی هستند: از میان سه احتمال ذکر شده، احتمال سوم، با سیاق روایات سازگار است و بر دیگر احتمالات، برتری دارد. آن‌ها معتقد هستند: باید میان معنای فقهی و معنای روایی حد، فرق گذاشت. درست است که در کلام فقهاء، غالباً، حد، در معنای عقوبت خاص و معین شرعی به کار رفته است، ولی در روایات، چنین نیست؛ بلکه در معنای مطلق عقوبت، به

کار رفته است؛ لذا در تفسیر معنای حد موجود در روایات عام قاعده‌ی الحدود تدرء بالشبهه، باید سیاق و روایی ملاک باشد؛ نه تفسیر فقهی (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۶۶/۴-۷۱).

۲-۲-۳. بهره‌گیری از تسالم فقهی

کسانی که علاوه بر ادله نقلی، به ادله دیگری برای اثبات حجت قاعده‌ی الحدود، تمسک کرده‌اند، گاه، به کدگذاری ناقص و با یک پیش فرض، به بحث پرداخته‌اند.

یکی از این کدگذاری‌های ناقص، تمسک به تسالم فقهی است. این کد، یک بحث کبروی دارد و یک بحث صغروی؛ در بحث کبروی، هر مسأله‌ای که مورد تسالم فقهی باشد، مقبول بوده و اگر هیچ دلیل دیگری بر آن نباشد، صرف تسالم می‌تواند دلیل بر آن باشد.

از جهت صغروی، اثبات وجود تسالم در مسأله است. به طور طبیعی، در بحث الحدود، تلاش این گروه، اثبات صغری است و الا نسبت به کبرای مسأله، باید در علم اصول، اعلام نظر صورت بگیرد.

یعنی اینکه تمامی فقهای امامیه، بلکه فقهای اسلام، در موارد متعددی، به این قاعده، استناد کرده، طبق آن، فتوا داده‌اند. در اکثر مسائل جزایی، هرگاه شبهه‌ای پیش آمده است، فقهای امامیه و عامه، با تعبیری مانند: «لأنه من الشبهة الدارئة»، قائل به عدم مجازات متهم شده‌اند؛ بدین ترتیب، اتفاق نظر فقهای اسلام در این قاعده، دلیل قوی بر اعتبار آن است؛ گرچه تسالمی که بیان شد، از اجماع نیز بالاتر است (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۶۱/۴).

به نظر می‌رسد: باید میان دو نکته، فرق گذاشت: تسالم فقهی بر اجراء نشدن تعزیر و حد، به هنگام رخ دادن شبهه و تسالم فقهی بر شمول قاعده‌ی الحدود نسبت به تعزیر؛ آنچه مورد تسالم است، جاری نشدن تعزیر و حد و قصاص است در فرضی که شبهه وجود دارد، ولی از این نمی‌توان استفاده کرد که پس، بر قاعده‌ی الحدود و گستره‌ی آن، تسالم فقهی وجود دارد؛ در نتیجه، نیازی به قاعده‌ی التعزیر یدراً بالشبهه نباشد. اتفاقاً، برخی از استدلال‌های فقهاء نشان می‌دهد: این تسالم، صرفاً، به جهت گستره‌ی قاعده‌ی الحدود نیست.

مجموع کدهای صورت گرفته در فوق، نافی ضرورت تأسیس قاعده‌ای مستقل در باب تعزیر است؛ زیرا با وجود قاعده‌ی درأ و شمول گستره‌ی آن به باب تعزیر، خلأئی در باب تعزیر، حس نمی‌شود تا تأسیس قاعده، ضروری باشد.

۴. نقش قیاس فرضی در تبیین ضرورت تأسیس قاعده

کسانی که قائل هستند: قاعده‌ی الحدود، از گستره‌ی عام برخوردار نیست و در باب تعزیرات، باید به فکر قاعده‌ای دیگر بود، از چند شیوه‌ی قیاس فرضی در این امر استفاده کرده‌اند؛ برخی از این شیوه‌ها، ناظر به اشکالات سندی بر قاعده‌ی الحدود است و برخی از اشکالات، ناظر به محتوای آن روایات است.

۱-۴. نقش کدگذاری ایدئولوژیکی در تبیین ضرورت تأسیس

۱-۱-۴. عدم تفصیل در مرسلات

برخی از فقهاء معتقدند: در عدم حجیت روایت مرسل، فرقی نمی‌کند که روای، چه کسی باشد. برای حجیت روایت، باید سند روایت، تام باشد و مشکل سندی، وجود نداشته باشد. ارسال در روایت، سبب ضعف است (ایروانی، ۱۴۲۸، ۲۶۶).

همان‌طور که ملاحظه می‌شود: نمونه‌ی اول از این کدگذاری، ناظر به سند برخی از ادله اثبات کننده‌ی قاعده‌ی الحدود است. در فقه، با تضعیف سند، معمولاً، تمسک به محتوای روایت نیز صورت نمی‌گیرد، تا بتوان از الفاظ آن، یک قاعده‌ی عامی استخراج کرد که نه تنها، شامل حدودی به تمام اقسامش بشود، بلکه تعزیرات را نیز در بر گیرد.

۲-۱-۴. فرق گذاری میان مباحث اخلاقی و فقهی

با توجه به اینکه عهدنامه‌ی مالک اشتر، یکی از مستندات قاعده‌ی درء است و طرفداران ضرورت تأسیس قاعده‌ی مستقل در باب تعزیرات، با نام قاعده‌ی: التعزیر یدرء بالشبهه می‌بایست در این دلیل، مناقشه نمایند؛ از جمله راه‌های تردید در این دلیل، بهره‌گیری از کدهای ایدئولوژیکی است.

برای تبیین کدگذاری ذکر شده، ابتداء، بخشی از فراز مورد نظر، ذکر می‌شود. حضرت امیر المؤمنین علیه السلام در توصیه به مالک می‌فرماید: «وَأَطْلِقْ عَنِ النَّاسِ عَقْدَ كُلِّ حِقْدٍ عَقْدَةً وَ أَقْطَعْ عَنْكَ سَبَبَ كُلِّ وِتْرٍ وَ أَقْبِلِ الْعُدْرَ وَ ادْرَأِ الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ»؛ هر کینه‌ای را از مردم در دل خویش بگشای و از خود دستاویز هر انتقامی را بگسل و پوزش را بپذیر و در مورد اشتباه، اجرای حدود را دست به دست کن (حرانی، ۱۴۰۴، ۱۲۸؛ مجلسی، ۱۴۰۳، ۲۴۳/۷۴).

اگر این عهدنامه بخواید در باب حدود و تعزیرات جاری باشد و با وجود آن، ضرورتی برای تأسیس قاعده‌ی: التعزیر یدرء بالشبهه، مشاهده نشود، باید احراز کنیم: حضرت امیر المؤمنین علی علیه السلام، در مقام بیان است. اگر روایت، فقهی باشد، می‌توان استفاده کرد که حضرت در مقام بیان است؛ یعنی: در چه مواردی با بروز شبهه، اجرای حکم متوقف می‌شود و می‌توان از اطلاق آن، بهره گرفت که در تمام شبهه‌ها، اعم از اینکه جهل، تقصیری باشد یا قصوری، جهل مرکب باشد یا بسیط، شبهه برای قاضی رخ بدهد یا متهم، می‌بایست اجرای حکم، متوقف شود؛ ولی با توجه به اینکه قبل و بعد از فراز «و ادْرَأِ الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ»، مربوط به مباحث اخلاقی است و وحدت سیاق، اقتضا می‌کند که از آن، قاعده‌ی تام کاملی در باب حدود و تعزیرات، نتوان برداشت کرد (حاجی ده آبادی و علی عسگری، ۱۳۸۹، ۷۵-۷۶).

همین تشکیک در مقام بیان بودن، با بهره‌گیری از وحدت سیاق و برداشت اخلاقی بودن آن و نه فقهی بودن روایت، سبب تشکیک در حجیت عهدنامه در مبحث محل بحث است؛ در نتیجه، عمومیت آن، حتی نسبت به تعزیرات، ثابت نمی‌شود.

۳-۱-۴. تفاوت بین حکم حکومتی و حکم شرعی

یکی دیگر از کدهای ایدئولوژیکی برای اشکال در محتوای عهدنامه مالک اشتر، استفاده حکم حکومتی از عهدنامه است.

با توجه به اینکه حضرت امیر المؤمنین علیه السلام، در زمان صدور عهدنامه دارای دو مقام است: یکی، مقام امامت و تبیین کننده‌ی حکم شرعی و دیگری، مقام حاکم و رهبر جامعه بودن. اگر حضرت، در این عهدنامه، از منظر مقام اول و بیان حکم شرعی، ورود کرده باشند، می‌توان از روایت مذکور، حکم کلی شرعی را استنباط کرد و قاعده‌ی: الحدود تدرء بالشبهات و عمومیت آن نسبت به حدود و تعزیرات را برداشت کرد؛ ولی اگر حضرت، این دستور را با توجه به مقام دوم، یعنی: حاکم و رئیس حکومت بودن، صادر کرده باشند، نمی‌توان از آن، حکم شرعی کلی برداشت کرد؛ یعنی: احتمال این می‌رود که حضرت، حکم ولایی صادر کرده باشند که مختص به مالک اشتر و زمامداری او بر مصر است؛ زیرا در زمان خلیفه‌ی سوم، عده‌ای از مردم مصر، برای اعلام نارضایتی از استاندار منصوب شده از سوی وی، به مدینه آمدند و در پی آن، قضایایی رخ داد که سبب کشته شدن خلیفه سوم گردید. اکنون که حضرت امیر المؤمنین علی علیه السلام، برای آن سرزمین، حاکمی، معین فرموده است، با توجه به پیشینه‌ی آن منطقه، به مالک اشتر دستور می‌دهد: در جرای حدود، سختگیری نرزد و با رخ دادن شبهه، اجرای آن را رها سازد. علت این دستور حکومتی نیز همراه ساختن مردم با حکومت و زدودن موجبات بدبینی به حکومت است؛ پس، طبیعی است که این دستور، یک فرمان حکومتی باشد (حاجی ده آبادی و علی عسگری، ۱۳۸۹، ۷۶)؛ در نتیجه، نمی‌توان از آن، حکم کلی شرعی، استنباط کرد، تا نسبت به گستره‌ی آن، از اطلاق روایت بهره گرفت.

نمونه دوم و سوم از این کدگذاری، در صدد اشکال به محتوای روایت، به قطع نظر از سند آن است؛ در نتیجه، نمی‌توان از دلیل مذکور، قاعده‌ی عام جاری در حدود و تعزیرات، استنباط نمود.

۲-۴. نقش کدگذاری ناقص در تبیین ضرورت تأسیس

۱-۲-۴. مسند بودن روایت شیخ صدوق

یکی از کدهای موثر در بحث، کدگذاری ناقص در ارزیابی مرسل یا مسند بودن روایات شیخ صدوق است.

در نگاه اولیه، روایت، بدون ذکر سند است و احتمال دارد در نفس الأمر، از فرد راوی ثقه‌ای نقل شده باشد و در نتیجه، حجت باشد و احتمال هم دارد: راوی حذف شده، ثقه نبوده و در نتیجه، روایت،

حجت نباشد و چون راوی، حذف شده است، نمی‌توان نسبت به ترجیح هیچیک از دو احتمال، دست یافت؛ ولی با کدگذاری ناقص و برجسته ساختن برخی از عبارات‌های شیخ صدوق شاید به حجیت روایت مذکور رسید.

شیخ صدوق می‌گوید: «وَجَمِيعٌ مَا فِيهِ مُسْتَخْرَجٌ مِنْ كُتُبِ مَشْهُورَةٍ عَلَيْهَا الْمَعْوَلُ وَإِلَيْهَا الْمَرْجِعُ مِثْلُ كِتَابِ حَرِيْزِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ السَّجِسْتَانِيِّ وَكِتَابِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَلِيٍّ الْحَلْبِيِّ وَكِتَابِ عَلِيِّ بْنِ مَهْزِيَارِ الْأَهْوَازِيِّ وَكِتَابِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ وَنَوَادِرِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عَيْسَى وَكِتَابِ نَوَادِرِ الْحَكَمَةِ تَصْنِيفَ مُحَمَّدَ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى بْنِ عَمْرَانَ الْأَشْعَرِيِّ وَكِتَابِ الرَّحْمَةِ لِسَعْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ وَجَامِعِ شَيْخِنَا مُحَمَّدَ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ الْوَلِيدِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَنَوَادِرِ مُحَمَّدَ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ وَكِتَابِ الْمَحَاسِنِ لِأَحْمَدَ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الْبَرْقِيِّ وَرِسَالَةَ أَبِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِلَيَّ وَغَيْرِهَا مِنَ الْأَصُولِ وَالْمُصَنَّفَاتِ الَّتِي طُرِقَ إِلَيْهَا مَعْرُوفَةٌ فِي فَهْرَسِ الْكُتُبِ الَّتِي رُوِيَ عَنْ مَشَايِخِي وَأَسْلَافِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَبَالِغَتْ فِي ذَلِكَ جَهْدِي مُسْتَعِينًا بِاللَّهِ وَمُتَوَكِّلًا عَلَيْهِ وَمُسْتَعْفِرًا مِنَ التَّقْصِيرِ وَ مَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ وَهُوَ حَسْبِي وَنِعْمَ الْوَكِيلُ» (شیخ صدوق، ۱۴۰۶، ۴/۱-۳).

این کد، بر چند مبنا استوار است: اولاً، اصل در تمسک به الفاظ، این است که عموم، عقلی است و عموم عرفی، نیازمند به دلیل است؛ در نتیجه، نسبت به تک تک روایات، باید این اعتقاد را داشت؛ مگر اینکه دلیلی خاص، روایت خاصی را از این عموم و حجیت، خارج نماید؛ ثانیاً، اگر عموم ذکر شده را عرفی بدانیم، در تک تک روایات این کتب، چنین احتمالی وجود دارد و جاری ساختن این سخن در تک تک روایات، به قطع، منجر به عدم حجیت همه‌ی روایات آن‌ها خواهد شد.

۲-۲-۵. تعیین معنای حد در روایت، به اشتراک لفظی میان مطلق عقوبت و عقوبت معین شرعی گاه، با کدگذاری ناقص، این حدس، ایجاد می‌شود که واژه‌ی حد، مشترک لفظی در عقوبت معین و کلیه مجازات می‌باشد.

بر اساس این احتمال، برای ترجیح هر یک از معانی بر دیگری، باید قرینه‌ای وجود داشته باشد؛ به گونه‌ای که نبودن این قرینه، سبب اجمال در معنا خواهد شد و نمی‌توان هیچ معنایی را بر معنای دیگری برتری داد.

منشأ این کدگذاری، وجود روایات مختلف است. برخی از آن‌ها، در مطلق عقوبت، به کار رفته است و برخی از آن‌ها، در عقوبت معین، به کار رفته است و همین امر، سبب خوانش و کد مذکور می‌گردد (حاجی ده آبادی و علی عسگری، ۱۳۸۹، ۴۷).

۳-۲-۴. تعیین معنای حد در روایت به عقوبت شرعی معین

یکی دیگر از کدگذاری‌های ناقص، تحلیل کلمه‌ی حد، در روایات و کلام فقهاء است. مطابق کلام فقهاء، حد، به معنای عقوبت معین شرعی است. نسبت به اینکه آیا در روایات نیز اصل در حدود، به همین معنا

است، یا این معنا، مصداقی برای کلی عقوبت است، شک و تردید وجود دارد و برای برطرف شدن این شک و تردید، می‌توان از قرینه تقابل و همچنین قواعد ذکر شده در علم اصول بهره گرفت.

اما قرینه تقابل که می‌تواند احتمال اراده‌ی معنای عقوبت معین از حد را تقویت کند، عبارت است از روایاتی که حد و تعزیر را مقابل هم قرار می‌دهد مثل روایت حَمَادِ بْنِ عَثْمَانَ: «قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع): التَّعْزِيرُ كَمْ هُوَ؟ فَقَالَ: دُونَ الْحَدِّ؛ قَالَ: قُلْتُ: دُونَ ثَمَانِينَ؟ قَالَ: لَا؛ وَ لَكِنَّهَا دُونَ الْأَرْبَعِينَ؛ فَإِنَّهَا حَدُّ الْمَمْلُوكِ. قَالَ: قُلْتُ: وَ كَمْ ذَاكَ؟ قَالَ: قَالَ عَلِيٌّ (ع): عَلَى قَدْرِ مَا يَرَى الْوَالِي مِنَ ذَنْبِ الرَّجُلِ وَ قُوَّةِ بَدَنِهِ» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۹۲/۱۰). در این روایت، به صراحت، تعزیر و حد، مقابل هم قرار گرفته است.

اما نسبت به تمسک به برخی از قواعد ذکر شده در علم اصول، می‌توان به اصالة عدم النقل، اشاره کرد. در تبارشناسی اصل عدم النقل، باید اشاره نمود که این اصل، از جمله روش‌های مورد پذیرش عقلاء است و بارزترین کاربرد آن، در مبحث وضع است؛ بدین معنا که اگر لفظ، در زمان فعلی، دارای معنای حقیقی باشد و شک کنیم که آیا در زمان گذشته نیز این لفظ، همین معنا را داشته است، یا معنای دیگری داشته و بعداً، به معنای فعلی، تغییر معنایی داده است، در این حالت، عقلاء و لغت پژوهان، به این اصل عدم النقل، تمسک می‌کنند و وحدت معنای فعلی، با معنای گذشته را نیز نتیجه می‌گیرند (سبحانی، ۱۴۱۴، ۱۶/۴؛ حیدری، ۱۴۱۲، ۲۸۵).

برای تطبیق اصل مذکور بر موضوع بحث، باید گفت: الان یقین داریم بر اینکه کلمه حد، در معنای عقوبت معین و مشخص شرعی به کار می‌رود، ولی نسبت به معنای همین لفظ، در زمان شارع مقدس، تردید داریم و نمی‌دانیم: آیا معنای حد، همین معنای عقوبت معین است، یا معنای دیگری است که عام است و عقوبت معین، یکی از مصداق آن می‌باشد و غیر از عقوبت معین، مصداق‌های دیگری نیز دارد؛ در این صورت، می‌توان به اصل عدم النقل، تمسک جست و گفت: در زمان شارع مقدس نیز لفظ حد، همین معنا را داشته است.

با تمسک به اصل مذکور، این احتمال از بین خواهد رفت که لفظ حد، برای مطلق عقوبت و مجازات وضع شده است و استعمالش در عقوبت معین و یا در عقوبت غیر معین، از سنخ انطباق کلی بر افرادش می‌باشد؛ به گونه‌ای که اگر واژه‌ی حد، بدون قرینه، استعمال گردید، شامل هر دو مصداق، یعنی: عقوبت معین و مجازات غیر معین بشود و از آن، تعمیم قاعده‌ی درء، به تعزیرات را نتیجه گرفت (حاجی ده آبادی و علی عسگری، ۱۳۸۹، ۴۷)؛ زیرا برخی از اندیشمندان، با طرح احتمال مذکور، یعنی: وضع لفظ حد برای مطلق عقوبت، تلاش کرده‌اند تعمیم قاعده‌ی الحدود را به تعزیرات، ثابت کنند.

در خصوص این مسأله که آیا قاعده‌ی مورد بحث، شامل مجازات‌های غیر معین (تعزیرات) هم می‌شود یا خیر، باید به این نکته توجه داشت که طبق تفسیری که از معنای: الحدود، در این قاعده، ارائه شد، معنای این لفظ، مطلق مجازات الهی است؛ زیرا از آنجا که این لفظ، جمع همراه با الف و لام بوده

و مفید عموم است، شامل مجازات‌های تعزیری نیز می‌شود و هیچ دلیل خاصی وجود ندارد که عموم این قاعده را تخصیص زده و آن را به مجازات‌های معین (حدود) اختصاص دهد (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۷۹/۴).

نتیجه‌گیری

قیاس فرضی، در ناحیه‌ی امکان سنجی، بر اساس قیاس فرضی خلاقانه و با تکیه بر قاعده‌ی مقتضی و مانع، امکان پذیر بودن تأسیس قاعده‌ی: التعزیر یدراً بالشبهة را باورپذیر می‌نماید.

در بحث ضرورت یا عدم ضرورت، باید گفت: قائلان به عدم ضرورت، با تمسک به قیاس فرضی، به شیوه‌ی کدگذاری ایدئولوژیکی و همچنین، کدگذاری ناقص، تلاش کردند تا گستره‌ی قاعده‌ی الحدود را برای مبحث تعزیر، ثابت کنند؛ در نتیجه، خلأئی حس نمی‌شود تا نیاز به تأسیس قاعده‌ای جدید باشد. متقابلاً، قائلان به ضرورت نیز با تمسک به قیاس فرضی، به شیوه کدگذاری ایدئولوژیکی و همچنین، کدگذاری ناقص، تلاش کردند قصور قاعده درآ را برسانند و در نتیجه، نیاز به تأسیس قاعده‌ی التعزیر، وجود داشته باشد؛ با این تفاوت که برخی از این کدگذاری‌ها، در صدد خدشه‌ی سندی بر روایت الحدود و همچنین، دلالت آن بودند و برخی، با تصحیح سند، به دلالت اشکال می‌کردند.

نگارنده، از میان رویکردهای مذکور، قائل به ضرورت تأسیس است؛ هرچند در ناحیه‌ی سند، اشکال سندی را وارد نمی‌داند، ولی در ناحیه‌ی دلالت نمونه‌ی سوم از کدگذاری ناقص صورت گرفته را در تبیین ضرورت تأسیس می‌پذیرد.

کتابشناسی

۱. ابن فارس، احمد بن فارس، (۱۳۹۱ق)، معجم مقاییس اللغة، مصر، مطبعة البابی الحلبی و اولاده.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت، دار الفکر - دار صادر.
۳. ایراوانی، محمد باقر، (۱۴۲۸ق)، دروس تمهیدیه فی القواعد الرجالیة، قم، انتشارات قلم.
۴. بجنوردی، سید محمد، (۱۳۸۵)، قواعد فقهیه، تهران، مجد.
۵. حائری، سید کاظم، (۱۴۱۵)، القضاء فی الفقه الاسلامی، قم، مجمع فکر اسلامی.
۶. حاجی ده آبادی، احمد؛ علی عسگری، سعید رضا، (۱۳۸۹)، قواعد فقه جزائی، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۷. حرانی، حسن بن علی، (۱۴۰۴ق)، تحف العقول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۸. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۹. حیدری، سید علی نقی، (۱۴۱۲ق)، اصول الإستنباط، قم، مدیریت حوزه علمیه قم.
۱۰. زبیدی، سید محمد مرتضی، (۱۴۱۴ق)، تاج العروس، بیروت، دار الفکر.
۱۱. سبحانی، جعفر، (۱۴۱۴ق)، المحصول فی علم الاصول، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۲. سبزواری، سید عبد الأعلى، (۱۳۸۸)، مهذب الأحكام، قم، دار التفسیر.
۱۳. شیخ صدوق، محمد بن علی، (۱۴۰۶ق)، من لایحضره الفقیه، بیروت، مؤسسه اعلمی.

۱۴. شیخ طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۷ق)، تهذیب الأحكام، تهران، انتشارات اسلامیه.
۱۵. صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد، (۱۴۱۴ق)، المحيط في اللغة، بیروت، عالم الکتب.
۱۶. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، (۱۴۰۴ق)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، قم، کتابخانه مرعشی نجفی (ره).
۱۷. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، (۱۴۰۳ق)، بحار الأنوار، بیروت، دار إحياء التراث العربي.
۱۸. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۳)، قواعد فقه، تهران، نشر علوم اسلامی.
۱۹. مصطفوی، حسن، (۱۴۰۲ق)، التحقیق في كلمات القرآن الکریم، تهران، مرکز ترجمه و نشر کتاب.

تقش قیاس
فرضی در
قاعده‌ی:
التعزیر
یدرء
بالشبهه

۱۶۴

فصلنامه علمی آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، سال سوم، شماره ۱، شماره پیاپی ۹، بهار ۱۴۰۳