





دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

## فصلنامه علمی آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

سال سوم - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۰ - تابستان ۱۴۰۳

Vol.3, No.2, Issue 10, Summer 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.

سامانه الکترونیکی: [jcl.d.lahijan.iau.ir](http://jcl.d.lahijan.iau.ir)

رایانامه فصلنامه: [jcl.d1401@gmail.com](mailto:jcl.d1401@gmail.com)

## اعضای هیأت تحریریه، به ترتیب الفبائی:

دکتر مریم آقایی بجزستانی

( 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 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 بابک پور قهرمانی

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

دکتر احمد پور ابراهیم

( استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد رشت )

دکتر محسن جعفری بهزاد کلانی

( استادیار گروه حقوق دانشگاه پیام نور گیلان )

دکتر حسن حاجی تبار فیروزجانی

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

دکتر مهدی حقیقت جو

( استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد رشت )

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 وحید زارعی شریف

( استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان )

دکتر محمد روحانی

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

دکتر عباس شیخ الاسلامی

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

دکتر مجتبی فرح بخش

( استادیار گروه حقوق دانشگاه شاهد )

دکتر نغمه فرهود

( استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد اندیمشک )

دکتر بهنام قنبر پور

( استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائمشهر )

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 دستاورد 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 تارنما، 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](http://jcl.d.liu.ac.ir) ثبت گردد.

- از ارسال مقاله، به رایانامه نشریه، سردبیر، هیأت دبیران (هیأت تحریریه) و سایر اعضا 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

ماهیت سوگند بر نفی علم و امکان سنجی تعارض آن با اصل عدم در فقه امامیه و حقوق کیفری ایران

سید صدرالدین حسینی پاسندی؛ سیده بهاره ارجمندیان؛ سید مهدی احمدی

صفحه ۱-۱۶

بررسی قاعده‌ی آتش نشان در فقه امامیه و امکان اعمال آن در حقوق ایران

ابوذر بهروزی؛ عباس کاظمی نجف آبادی؛ سهیل طاهری

صفحه ۱۷-۳۶

تأثیر تغییر جنسیت بر خصایص کیفری والد در فقه جزای امامیه

اکرم توکلی کیوی؛ یونس واحد یاریجان؛ سید علی جبار گلباغی ماسوله؛ مریم ابن تراب

صفحه ۳۷-۵۶

بررسی فقهی سقوط قصاص از جانی بر اثر تحریک از سوی مجنی علیه

معصومه حاجی مطلبی؛ مریم آقایی بجستانی؛ علی پریمی

صفحه ۵۷-۷۲

واکنش شناختی جرایم بوری در سیاست کیفری ایران

محمد صادقی؛ جواد رجبی سلمان؛ حسن حاجی تبار فیروزجائی

صفحه ۷۳-۹۸

سیاست جنایی قانونی ایران در رابطه با مسئولیت کیفری دولت از منظر نظریات حقوقی و

جرمشناسی

محمد رضا صدر اللهی؛ مهسا رئیس پور شیرازی؛ عبد الوحید زاهدی

صفحه ۹۹-۱۲۲

بررسی خشونت جنسی علیه زنان در حقوق کیفری ایران و انگلستان

علی رضا نیک نژاد؛ نغمه فرهود؛ سید باسم موالی زاده

صفحه ۱۲۳-۱۴۲





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.2, Issue 10, Summer 2024, P: 1-16

**Receive Date:** 2024/04/15**Revise Date:** 2024/05/13**Accept Date:** 2024/06/06**DOI:** 10.71654/jcl.d.2024.1123542**Article type:** Original Research**Online ISSN:** 2821-2339

### The Nature of the Oath of Negation of Knowledge and the Feasibility of their Conflict with the Principle of Non-existence in Imami Jurisprudence and Criminal Law of Iran

Sayyed Sadruddin Hosaini Pasandi<sup>1</sup>Sayyedeh Bahareh Arjamandian<sup>2</sup>Sayyed Mahdi Ahmadi<sup>3</sup>

#### Abstract

Although, oath among the proofs of criminal claims, is the weakest proof, but legislator has recognized it as an independent proof. Despite, the oath of negation of knowledge, is not stipulated in the laws, but is one of the types of oath that is explicitly mentioned in valid jurisprudence sources and implicitly is expressed in Islamic Penal Code. According to the article 326 Islamic Penal Code 1392: "If the plaintiff does not take an oath, despite obtaining Luth against the accused and demands an oath from accused and the accused claims lack of knowledge about the nature of the crime, the plaintiff can demand him to take an oath of lack of knowledge. Mentioned speech, apparently, is in conflict with the principle of non-existence, according to which, non-existence does not require proof. In other words, according to the principle of non-existence and the rule of negation of the negation is sufficient, so apparently, the above-mentioned rule, is in conflict with the article 326 Islamic Penal Code ratified in 1392. In order to resolution of mentioned conflict, examining the legal and jurisprudence sources and approaches, this conclusion is achieved that swear is necessary with concentration on knowledge of accused to reality.

**Keywords:** oath, oath on negation of science, conflict of oath and non-existence principle.

1. Master's degree, criminal law and criminology, Mazandaran University, Babolsar, Iran. [hoseinisadroddin@gmail.com](mailto:hoseinisadroddin@gmail.com).

2. PhD student, criminal law and criminology, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran. [bahararjmand72@gmail.com](mailto:bahararjmand72@gmail.com)

3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran (corresponding author) [dr.ahmadi4545@gmail.com](mailto:dr.ahmadi4545@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 ۲ - شماره پیاپی ۱۰ - تابستان ۱۴۰۳، ص ۱-۱۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۱۷

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۲/۲۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۱۷

DOI:10.71654/jclld.2024.1123542

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

## ماهیت سوگند بر نفی علم و امکان سنجی تعارض آن با اصل عدم در فقه امامیه و حقوق کیفری ایران

سید صدرالدین حسینی پاسندی<sup>۱</sup>

سیده بهاره ارجمندیان<sup>۲</sup>

سید مهدی احمدی<sup>۳</sup>

### چکیده

هرچند سوگند، میان ادله‌ی اثبات دعای کیفری، از ضعیف‌ترین دلایل است، لکن قانونگذار، آن را دلیلی مستقل می‌شناسد. علی‌رغم اینکه در قوانین، به سوگند بر نفی علم، تصریح نشده است، ولی آن، یکی از انواع سوگند است که در منابع معتبر فقهی، صریحاً، بیان شده است و در قانون مجازات اسلامی نیز به صورت ضمنی، ذکر شده است. ماده‌ی ۳۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: اگر شاکی در صورت وجود لوث علیه متهم، قسامه را اقامه نکند و اقامه قسامه را از متهم مطالبه کند و متهم درباره اصل جنایت یا خصوصیات آن، ادعای عدم علم کند، شاکی می‌تواند از متهم، اتیان سوگند را بر عدم علم، مطالبه کند. سخن مذکور، به ظاهر، با اصل عدم، در تعارض است؛ زیرا عدم، به اثبات، نیاز ندارد؛ به عبارتی دیگر، وفق اصل عدم و قاعده‌ی نافی را نفی، کفایت می‌کند، در مسأله‌ی مذکور، صرف نفی نافی، کافی است؛ از این رو، حسب ظاهر، اصل و قاعده‌ی بیان شده، با ماده‌ی ۳۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در تضاد است. در راستای حل تعارض بیان شده، از بررسی منابع و دیدگاه‌های فقهی و حقوقی، این نتیجه به دست می‌آید که با توجه به علم متهم به واقع، ادای سوگند ضروری است.

واژگان کلیدی: سوگند، سوگند بر عدم علم، تعارض سوگند و اصل عدم.

۱. دانش آموخته‌ی کارشناسی ارشد، حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران. [hoseinisadroddin@gmail.com](mailto:hoseinisadroddin@gmail.com)

۲. دانشجوی دکتری، حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران. [bahararjmand72@gmail.com](mailto:bahararjmand72@gmail.com)

۳. استادیار گروه فقه و حقوق، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران (نویسنده مسئول). [dr.ahmadi4545@gmail.com](mailto:dr.ahmadi4545@gmail.com)

سوگند، در کنار سایر ادله‌ی اثبات دعاوی کیفری در ماده‌ی ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ احصاء شده است. هرچند که سوگند از ضعیف‌ترین ادله می‌باشد، لکن امور مهمی را از سال ۱۳۹۲ مانند قصاص و دیات اثبات می‌نماید. از یک سو پرداختن به سوگند نفی علم با توجه به قلت منابع حقوقی و ایضاً، اختلافات زیادی که پیرامون این امر در میان فقها وجود دارد و از سوی دیگر اهمیت دو چندان قدرت اثباتی سوگند و خصوصاً سوگند نفی علم، در مجازات‌های مهم مانند قصاص، که ماده ۳۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مصداق بارز آن است، وجود این پژوهش را ضرورت می‌بخشد. در خصوص سوگند نفی علم پرسش‌هایی نیز مطرح می‌گردد. از جمله اینکه، آیا سوگند نفی علم می‌تواند قاطع دعوی باشد؟ و آیا ماهیت سوگند نفی علم، بتی بودن است و قابل رد به طرف مقابل؟ و امثال این پرسش‌ها که با پاسخ‌های شایسته در حد بضاعت در این پژوهش، در جهت شفافیت ابهامات موجود، می‌تواند مفید واقع شود.

اصل عدم به صورت گسترده‌ای در میان فقها و اصولیون مورد توجه و استعمال می‌باشد و تقریباً در تمامی ابواب فقهی قابلیت اجرا دارد، در صورتی که در قوانین موضوعه به صورت مصرح بیان نگردیده، لکن یکی از اصول کلی حاکم بر حقوق موضوعه است که به صورت گسترده مورد استفاده قرار می‌گیرد. در خصوص جمع بین اصل عدم و سوگند نفی علم، ابهامات و پرسش‌هایی نیز مطرح می‌گردد. از جمله این پرسش‌ها این است، که چگونه وقتی طبق قاعده‌ی مشهور که می‌گوید: « نافی را نفی، کافی است »، باید سوگند نیز اداء شود؟ همچنین، مگر اصل بر عدم نیست و برای وجود نباید دلیل آورده شود؟ پس، چرا بابت عدم باید گاهی سوگند اداء کرد؟ پاسخ به این پرسش‌ها که نقطه‌ی آغازین اختلافات پیرامون سوگند نفی علم و اصل عدم می‌باشد و پرسش‌های دیگر، با بیان تعاریف و ماهیت این دو می‌تواند تا حدودی، اذهان درگیر در این موضوع را آگاهی بخشیده و روشنگر این امور باشد.

به هر تقدیر، با توجه به اینکه در هیچ پژوهشی، مشخصاً به ماده‌ی: ۳۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پرداخته نشده و حتی در امور کیفری نیز سوگند نفی علم و اصل عدم در کنار یکدیگر مورد بررسی و تبیین واقع نشده‌اند، نگارندگان، بر آن، سعی کردند تا با توجه به شبهات موجود، به موضوع این پژوهش به عنوان امری نو پرداخته و با استناد به منابع کتابخانه‌ای با ابزاری همچون توصیف و تحلیل، به صورت مستند و مستدل، ماهیت آن‌ها را تقریر و تعارضشان را امکان سنجی نمایند.

## ۱. معانی و مفاهیم

بدیهی است: لازمه‌ی ورود به هر پژوهشی، تبیین صحیح معانی و مفاهیم آن پژوهش است، فلذا، در این بخش به معانی و مفاهیم سوگند و اصل عدم پرداخته شده است.

### ۱-۱. سوگند

سوگند، در لغت، به معنی گوگرد مذاب است؛ چون در عصر باستان، به متهم در جهت آزمایش ایزدی، گوگرد مذاب می‌خوراندند<sup>۱</sup> و امروزه، نیز این لغت، به معنی قسم به کار می‌رود (کلانتری، ۱۳۷۴، ۲۰).

همچنین، سوگند، عملی است، که شخص از روی شرف و ناموس خود، اعتراف و اقراری می‌کند و خداوند را شاهد گفته خویش قرار می‌دهد (معین، ۱۳۵۱، ۱۹۵۶/۲).

در مقام تعریف مفهومی سوگند نیز باید بیان داشت، به نوعی حقیقت جلوه دادن کلامی است، که احتمال خلاف آن وجود دارد و با ذکر نام خداوند متعال می‌باشد (محقق حلی، ۱۴۱۸، ۱۷۷/۲؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ۱۱۰/۳)؛ از سوی دیگر، در تعریف اصطلاحی سوگند بیان گردیده که سوگند اعلام اراده‌ی تشریفاتی می‌باشد و به نام خداوند و شاهد گرفتن او است و حالف بدین وسیله خود را در معرض مکافات قسم قرار می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱۸۳/۲).

هرچند که در برخی از تعاریف مذکور در خصوص سوگند، مانند به شاهد گرفتن خداوند متعال وجه تشابه موجود است، لکن این تعاریف جامع و کامل نمی‌باشند.

قانون‌گذار نیز در مقام تعریف سوگند در ماده ۲۰۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، اشعار می‌دارد: «سوگند عبارت از گواه قرار دادن خداوند بر درستی گفتار اداء کننده سوگند است». همچنین، سوگند انواع مختلفی دارد که از جمله آن‌ها سوگند نفی علم می‌باشد. نفی علم، یعنی: عدم علم یا به عبارتی نداشتن علم و در تعریف علم باید بیان داشت، وقتی انسان نسبت به امری آگاهی کامل دارد، به این حالت، قطع می‌گویند و اگر این قطع با واقعیت منطبق باشد، به چنین قطعی، علم گفته می‌شود (سید محمدی، ۱۳۹۶، ۱۷۵/۲)؛ به عبارتی، می‌توان بیان داشت: علم نسبت به چیزی، یعنی: یقین داشتن در امری و این دو، با هم مترادف می‌باشند. در نهایت، باید بیان داشت: سوگند نفی علم سوگندی است که شخص بر عدم علم خویش اداء می‌کند.

۱. در عصر باستان، جهت اثبات گناهکاری یا بی‌گناهی متهم، او را به کار سختی وا می‌داشتند. اگر از عهده‌ی آن بر می‌آمد می‌گفتند بی‌گناه است و در غیر این صورت او را گناهکار قلمداد می‌کردند. به این عمل در ایران باستان «آزمایش ایزدی» یا «نیرنگ» و در حقوق اروپایی «ور» یا «اوردالی» می‌گفتند. از جمله این امور خوراندن «سوگند» یا همان «گوگرد مذاب» بود. متهم جهت اثبات بی‌گناهی، حاضر به خوردن سوگند (گوگرد مذاب) می‌شد. به مرور زمان «قسم خوردن» و «سوگند خوردن» مترادف هم گردیدند (کلانتری، ۱۳۷۴، ۱۸-۲۰).



## ۲-۱. اصل عدم

اصل، در لغت، به معنای ریشه و ذات می‌باشد و جمع مکسر آن اصول است و در مقابل فرع قرار می‌گیرد که دارای ریشه‌ای عربی است ( قرشی، ۱۳۶۷، ۸۸/۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۸۷/۴۰). در اصطلاح فقهی نیز در تعریف اصل می‌توان بیان داشت: هنگامی که شخص پس از مراجعه به ادله‌ی اجتهادی ( قرآن، سنت، اجماع، عقل ) می‌یابد که حکمی در موضوع مد نظر وجود ندارد، به سراغ ادله‌ی فقهاتی می‌رود، تا حکمی ظاهری برای رفع جهل و سرگردانی خویش پیدا کند که یکی از این ادله فقهاتی، اصل عدم می‌باشد ( سید محمدی، ۱۳۹۶، ۲/۲۰۹)؛ به عبارت دیگر، شرط اجرای هر یک از اصول اعم از لفظیه، عملیه و اصول مستقل، فحص و جستجو در میان ادله اجتهادی برای پی‌بردن به حکم واقعی آن و نا امید شدن از یافتن آن است ( سید محمدی، ۱۳۹۶، ۲/۲۱۰).

همچنین، باید بیان داشت برخی اصولیون اصل عدم را اماره‌ی عدم می‌نامند؛ لکن اکثر فقها آن را اصل تلقی می‌نمایند ( جناتی، ۱۳۷۴، ۳۵۰).

نظر به ماهیت اصل بودن اصل عدم، توجه به قاعده‌ی فقهی: (الأصل دلیل حیث لا دلیل) ضروری است به این معنا که اصل، زمانی دلیل محسوب است که دلیل دیگری در دست نباشد؛ یعنی: تا زمانی که دلیل محکمی بر وجود چیزی مهیا باشد، نوبت به اجرای اصل عدم نخواهد رسید. همچنین، مفهوم واژه عدم در کتب فرهنگ لغات عربی، به معنای فقدان و از دست دادن چیزی بیان گردیده است ( جناتی، ۱۳۷۰، ۲۶۷).

معنای اصطلاحی عدم نیز از معنای لغوی آن، خارج نمی‌باشد؛ به بیان دیگر، مجرای اصل عدم زمانی است که در موضوعی حکمی وجود ندارد و به بیان دقیق‌تر، همه عالم هستی به جز ذات قدسی خداوند متعال، از نیستی و عدم پدید آمده است و اصل بر نبودن همه چیز است، مگر خلاف آن ثابت شود ( جناتی، ۱۳۷۰، ۲۶۹).

در نهایت، می‌توان بیان داشت: اصل عدم، علاوه بر اینکه اصلی شرعی و فقهی می‌باشد، اصلی عقلی نیز است؛ طبیعتاً، همه چیز در این عالم، از نیستی نشأت گرفته است، پس، استناد به اصل عدم نیز امری عقلانی به نظر می‌رسد.

## ۲. سوگند نفی علم در فقه امامیه و حقوق کیفری ایران

سوگند نفی علم در فقه، سابقه‌ای طولانی دارد، لکن این موضوع اولین بار در ماده‌ی ۳۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مطرح شده است و در هیچیک از قوانین کیفری قبل از انقلاب و بعد از انقلاب مشاهده نمی‌گردد. در این بخش، به سوگند نفی علم در فقه امامیه و حقوق ایران پرداخته شده است.

## ۱-۲. سوگند نفی علم در فقه امامیه

ماهیت سوگند نفی علم از منظر بیان چالش‌های موجود و پاسخ به آن‌ها، بهتر روشن و تبیین خواهد شد؛ از جمله چالش‌های مطرح ناشی از اختلافات فقها در کتب فقهی، این است، که آیا سوگند نفی علم، صرفاً، ساقط کننده علم می‌باشد، یا مسقط اصل دعوی نیز هست؟ و آیا سوگند نفی علم، قابلیت تعارض پذیری دارد یا خیر؟

در مقام پاسخ، برخی از فقها عقیده دارند: این سوگند، تنها، علم را ساقط می‌کند و قاطع دعوی اصلی نمی‌باشد (روحانی، ۱۴۲۹، ۱۵۳/۶؛ نراقی ۱۴۱۵، ۲۸۶/۱۷). استدلال این دسته از فقیهان این است که چون در نصوص فقهی دلیل و بینه‌ای بر این وجود ندارد که سوگند نفی علم بتواند دعوای اصلی را ساقط کند، فلذا، نمی‌توان ذات این سوگند را مسقط دعوی اصلی دانست.

از سوی دیگر، خلاف نظریه‌ی اول، دسته‌ای دیگر از فقها اعتقاد دارند: سوگند نفی علم، نه تنها مسقط علم، بلکه قاطع دعوای اصلی نیز می‌باشد (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۹۱/۱۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ۲۱۱/۱۱). استدلال این دسته از فقیهان بر این است، که بر اساس قاعده‌ی: *البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر، و ایضاً، قاعده‌ی: إِنَّمَا أَقْضَىٰ بَيْنَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَالْإِيمَانِ*، اگر ادعای عدم علم شود و شخص بر نفی علم خویش سوگند یاد نماید، حکمی که در این خصوص صادر می‌شود، مسقط دعوی اصلی خواهد بود؛ زیرا سوگند، اصولاً، زمانی به کار گرفته می‌شود که دلیل معتبر دیگری در دست نباشد و این سوگند در مقام اسقاط دعوی اصلی دارای حجیت است (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۴۵/۲۷).

از سوی دیگر، قابلیت تعارض پذیری سوگند نفی علم مورد اختلاف فقها می‌باشد؛ بدین ترتیب، پرسشی متبادر به ذهن است که آیا سوگند نفی علم قابلیت تعارض پذیری دارد یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا پس از ادای سوگند نفی علم، می‌توان خلاف سوگند را با بینه‌ای دیگر اثبات نمود؟

در پاسخ، عده‌ای از فقها بر این عقیده استوار هستند که علاوه بر اینکه سوگند نفی علم، علم را ساقط می‌کند، بلکه متعاقباً، مجالی برای اقامه بینه بر دعوا، پس از ادای سوگند نفی علم، برای طرف مقابل باقی نمی‌ماند؛ به عبارت دیگر، سوگند نفی علم، اولاً، علم را و ثانیاً، دعوای اصلی را ساقط می‌کند و اقامه‌ی بینه نیز پس از آن مسموع نمی‌باشد؛ چراکه سوگند نفی علم نیز بینه محسوب می‌شود (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳، ۴۱۲/۱).

از طرف دیگر، برخی فقها عقیده دارند: با توجه به اینکه سوگند نفی علم، تنها، علم را ساقط می‌کند و نه دعوای اصلی را، در نتیجه، اقامه بینه بر دعوای اصلی، پس از سوگند نفی علم، پذیرفته می‌شود (تبریزی، ۱۴۱۶، ۳۳۲/۴).

آنچه بیان گردید، از اهم مباحث پیرامون سوگند نفی علم در میان فقها می‌باشد که در این خصوص، باید بیان داشت: در خصوص سقوط علم و دعوای اصلی نمی‌توان نظر قطعی بیان نمود، بلکه می‌توان

با توجه به شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر موضوع، گاهی، سوگند نفی علم را صرفاً، مسقط علم و گاهی، در نتیجه، مسقط دعوی نیز اصلی دانست؛ مانند اینکه اگر شخصی بر اصل امری، صحه گذارد و بر خصوصیات آن، سوگندی مبنی بر عدم علم نماید، در اینجا، صرفاً، سوگند، مسقط علم می‌باشد، لکن اگر ادعای عدم علم در جایی که ادای سوگند، مجاز است، بر اصل امری اداء نماید، دعوای اصلی نیز ساقط خواهد شد.

همچنین، به نظر می‌رسد، اینکه سوگند نفی علم، قابلیت تعارض پذیری دارد یا خیر، پاسخ مثبت است؛ چراکه وقتی در دعوای، اقرار، قابلیت تعارض پذیری دارد، به طریق اولی، سوگند نفی علم نیز قابلیت تعارض پذیری دارد؛ به عبارت دیگر، صرف اینکه تنها دلیل موجود در دعوی، سوگند باشد، سبب این نخواهد شد که در آینده، این سوگند، غیر قابل تعرض باشد.

## ۲-۲. سوگند نفی علم در حقوق کیفری

در منابع حقوق مدنی، موردی به صراحت، از سوگند نفی علم وجود ندارد؛ لکن، تنها موردی که به صراحت، در خصوص سوگند نفی علم اشاراتی داشته است، آیین‌نامه اتیان سوگند مصوب سال: ۱۳۲۱ می‌باشد؛ در ماده‌ی: ۵ این قانون چنین آمده است: « سوگند ممکن است... بر نفی علم باشد ... »؛ لکن قانونگذار در ماده‌ی: ۳۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب سال: ۱۳۹۲ به سوگند نفی علم اشاره کرده است و چنین اشعار می‌دارد: « اگر شاکی، علی رغم حصول لوث، علیه متهم، اقامه قسامه نکند و از او مطالبه قسامه کند و متهم، درباره‌ی اصل جنایت، یا خصوصیات آن، ادعای عدم علم کند، شاکی می‌تواند از وی، مطالبه‌ی اتیان سوگند بر عدم علم نماید. اگر متهم، بر عدم علم به اصل جنایت سوگند یاد کند، دعوی متوقف و وی بدون تأمین، آزاد می‌شود و اگر سوگند متهم، فقط، بر عدم علم به خصوصیات جنایت باشد، دعوی، فقط، در مورد آن خصوصیات متوقف می‌گردد، لکن اگر متهم، از سوگند خوردن، خودداری ورزد و شاکی، بر علم داشتن او سوگند یاد کند، ادعای متهم، به عدم علم رد می‌شود و شاکی، حق دارد از متهم، اقامه‌ی قسامه را درخواست نماید؛ در این صورت، اگر متهم، اقامه قسامه نکند، به پرداخت دیه، محکوم می‌شود ».

همان‌طور که روشن است، فلسفه وجودی مجازات قصاص و دلیل قسامه، جلوگیری از هدر رفتن خون مسلمان می‌باشد و طبیعتاً، این امور، از موضوعات مهم جزایی به شمار می‌رود. در این ماده، سوگند نفی علم، در صورت اداء شدن در خصوص اصل جنایت، موجب این خواهد شد که شخص متهم به قتل، حتی بدون تأمین و با وجود لوث، از مجازات رهایی یابد. این ماده، به صراحت، به اختلافات درباره‌ی قدرت اثباتی سوگند نفی علم، به نوعی خاتمه می‌دهد؛ بدین ترتیب که مشخص می‌شود در این ماده، سوگند نفی علم، نه تنها مسقط علم، بلکه ساقط کننده‌ی اصل دعوی نیز می‌باشد.

البته، شایان ذکر است: چیزی که سوگند نفی علم به آن تعلق می‌گیرد نیز حائز اهمیت است؛ برای مثال، مستنبط از ماده اخیر الذکر، اگر سوگند نفی علم بر خصوصیات جنایت وارده، از جمله عمدی یا غیر عمدی بودن آن باشد، صرفاً، این خصوصیات را ثابت می‌کند و اصل دعوی، یا بر جا باقی می‌ماند؛ به عبارت دیگر، سوگند نفی علم، موضوع مستقیم خود را ساقط می‌کند (تبریزی، ۱۴۱۶، ۳۳۱/۴).

به نظر نگارندگان نوشتار حاضر، با توجه به اینکه سوگند نفی علم، که یکی از انواع سوگند است، دلیل محسوب می‌شود، قاطع دعوی اصلی نیز می‌باشد.

در خصوص تعارض پذیری نیز باید بیان داشت که این سوگند نیز مانند سایر ادله اثبات دعوی، قابلیت تعارض پذیری دارد (کریمی، ۱۳۹۴، ۶۵؛ افشار صدر زاده، ۱۳۷۶، ۸۲).

در خصوص تعارض پذیری سوگند نفی علم، باید بیان داشت: بر اساس نصوص مصرح در مادتين: ۲۱۲ و ۲۱۳ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، سوگند، از لحاظ اعتبار و درجه، در نازل‌ترین رتبه قرار دارد و علم قاضی بالاتر از سایر ادله می‌باشد. بدیهی است که سوگند نفی علم نیز که یکی از انواع سوگند می‌باشد، در صورتی مورد تمسک قرار خواهد گرفت، که ادله‌ای دیگر در دست نباشد و در تعارض سوگند با سایر ادله، سایر ادله حجیت خواهند داشت؛ برای مثال، اگر پس از ادای سوگند نفی علم در خصوص اصل جنایت، قاضی به یقینی برسد که حاصل از مستندات بین در این خصوص است که جنایت، توسط متهم، به وقوع پیوسته است و کذب بودن سوگند مشخص گردد، قاعدتاً، این علم قاضی است که حجت باقی می‌ماند و سوگند نفی علم اداء شده، از درجه اعتبار ساقط است؛ در نتیجه، سوگند نفی علم نیز مانند سایر ادله، قابلیت تعارض پذیری دارد.

نتیجتاً، به نظر می‌رسد شرط اصلی جواز ادای سوگند نفی علم، این است که حالف، باید نسبت به موضوع سوگند عالم باشد. در مقام تأیید این امر، روایتی<sup>۱</sup> منسوب به امام صادق علیه السلام نیز وجود دارد (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۴۷/۲۳)؛ فلذا، علمی که مبتنی بر یقین نبوده و بر اساس آماره، اصل، ظن، حدس و امثالهم باشد، نمی‌تواند مبنای این سوگند، قرار گیرد.

### ۳. اصل عدم در فقه و حقوق ایران

اصل عدم، در کتب معتبر فقهی و ایضاً، کتب حقوقی، به صورت گسترده‌ای، بیان گردیده است؛ برای مثال، در برخی کتب فقهی آمده است که امام باقر علیه السلام می‌فرماید: «کان الله عزّ و جلّ و لا شیء غیره»؛ یعنی: خداوند بوده و چیزی غیر از او نبوده است و این، یعنی: غیر از خداوند متعال، هر چیزی بدو نبوده و بعداً وجود پیدا کرده است (کلینی، ۱۴۰۷، ۸/۱۰۷)؛ یا برخی، قاعده‌ی: البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر را برگرفته از اصل عدم می‌دانند (محمدی، ۱۳۸۰، ۲۹۴).

۱. لا یخلف الرجل إلا علی علمه.

همچنین، در برخی کتب حقوقی نیز بیان شده که اگر در اصل وجود موجود یا چیزی تردید وجود داشته باشد، بنا بر عدم آن، گذاشته می‌شود، تا خلاف آن، ثابت شود و اصل عدم، همان استصحاب عدمی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳).

از آن سو، در خصوص اصل عدم، تصریحی در قوانین فعلی ایران وجود ندارد؛ برای مثال، آن گونه که در خصوص اصل براءت، به صراحت، در قانون اساسی ایران و یا ماده‌ی ۴ قانون آیین دادرسی کیفری ذکر شده است، در خصوص اصل عدم، نص صریحی وجود ندارد؛ لکن، کاربرد این اصل را در قوانین موضوعه که به صورت ضمنی آمده است، نمی‌توان نادیده گرفت؛ از جمله: اصل عدم صلاحیت مراجع غیر قضایی در رسیدگی به دعاوی، اصل عدم تفسیر موسع قوانین جزایی و امثالهم، که برای تبیین و بررسی جایگاه این اصل فقهی و حقوقی، در ادامه، در جای خود، به آن‌ها اشاره می‌شود.

### ۳-۱. اصل عدم در فقه امامیه

اصل عدم، میان مشهور فقها، دارای حجیت و اعتبار است و مباحث متعددی در فقه، درباره‌ی اصل عدم مطرح می‌باشد؛ برخی فقها، آن را تحت عنوان: اصل عدم ازلی، نام می‌برند و معتقد هستند: وقتی در امری، شک، وجود داشته باشد، بقاء، از ازل، مبنی بر عدم آن است و همه‌ی آثار عدم، بر آن، مترتب است و هیچ حکمی از آثار وجود، بر آن، مترتب نمی‌شود، تا زمانی که دلیل بر وجودش باشد (مجتهد تبریزی، ۱۳۱۷، ۲۵۷).

همچنین، مصادیقی از اصل عدم، در فقه، وجود دارد؛ از جمله: اصل عدم تقیید، اصل عدم نسخ، اصل عدم ولایت، اصل عدم اشتراک، اصل عدم نقل، اصل عدم قرینه، اصل عدم تقدیر، اصل عدم تبرع، اصل عدم تقدم (اصل تأخر حادث) و اصل عدم تداخل (عبدالرحمان، ۱۴۱۹، ۲۰۳/۱).

برخی فقها، اصل عدم را همان استصحاب عدمی می‌دانند (خوانساری، ۱۳۱۷، ۳۶)؛ لکن، در مقابل، برخی معتقد هستند: اصل عدم، با استصحاب عدمی، یکسان نیستند؛ بلکه صرفاً، در نتیجه‌ی امر، یکسان هستند؛ چراکه دلیل حجیت اصل عدم، عقلی است و دلیل حجیت استصحاب عدمی، شرعی است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ۲۰۲؛ مظفر، ۱۳۷۵، ۱۱۸/۲) و نظر اخیر، صحیح به نظر می‌رسد.

از سوی دیگر، گروهی از فقها، اصل عدم را یک اصل مستقل فقهی و حقوقی نمی‌دانند، بلکه آن را هم ردیف با استصحاب عدمی و از شئون اصل استصحاب بیان نموده‌اند؛ فلذا، اصل عدم را به طور ضمنی، جزو اصول عملیه می‌دانند (حیدری، ۱۴۱۲، ۲۶۸؛ خوانساری، ۱۳۱۷، ۳۶؛ عراقی، ۱۴۲۱، ۶۲).

گروه دیگری از فقها نیز به واسطه‌ی وجود اصل عدم تقیید، اصل عدم نقل و امثالهم، اصل عدمی که جاری در این امور است، نتیجتاً، جزو اصول لفظیه می‌دانند ( عبدالرحمان، ۱۴۱۹، ۲۰۴/۱؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۷۵).

حال، پرسشی که مطرح می‌گردد، این است، که ماهیت اصل عدم چیست؟ آیا اصل عدم، اصلی لفظی است، یا اصلی عملی، یا اصلی مستقل محسوب است؟

در مقام پاسخ و برای روشن شدن ابهامات، بدو، این اصول، به طور اجمالی بررسی می‌شوند: اصول لفظیه، زمانی به کار گرفته می‌شوند که در مراد متکلم شک شود؛ برای مثال، اگر تردید شود که متکلم قسمتی از کلام خود را در تقدیر گرفته و بیان نکرده است، یا خیر، اگر قرینه‌ای بر تقیید نباشد، اصل، بر عدم تقیید است ( حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۵۵).

از سوی دیگر، استصحاب، یکی از اصول عملیه محرز می‌باشد که با نیم‌نگاهی به واقع صورت می‌گیرد ( سید محمدی، ۱۳۹۶، ۲۱۲/۲ ) و ارکان استصحاب نیز یقین سابق و شک لاحق است؛ حال، اگر یقین سابق، بر عدم چیزی، یعنی: نبودن چیزی قرار گرفته باشد و در زمان حال، شک شود که آیا آن امر، موجود شده یا خیر و دلیلی معتبر پیدا نشود، یقین بر عدم موجودیت آن امر، استصحاب می‌شود و استصحاب عدمی، صورت می‌پذیرد.

به نظر نگارندگان این نوشتار، ماهیت اصل عدم، ماهیتی مستقل و مستنبط از عقل می‌باشد و نباید اصل عدم را محدود به یکی از این امور دانست؛ چراکه اگر اصل عدم، محدود به اصول لفظیه دانسته شود، چگونه می‌توان استصحاب عدمی را نادیده گرفت؟ از سوی دیگر اگر اصل عدم، صرفاً از اصول عملیه و همان استصحاب عدمی دانسته شود، امری اشتباه به نظر می‌رسد؛ چراکه استصحاب عدمی، همیشه، نیاز به یک یقین سابق دارد، لکن اصل عدم، در مواردی که حالت یقینی سابق هم وجود ندارد، به کار می‌رود.

در نهایت، ذکر این نکته، ضروری به نظر می‌رسد که ماهیت اصل عدم، ماهیتی مستقل می‌باشد که دارای اقسامی است. اصولی همچون: اصل عدم اشتراک، اصل عدم تقیید، اصل عدم نقل و امثالهم را می‌توان از مصادیق اصول لفظیه، و از آن سو، اصولی همچون: اصل عدم ولایت، اصل عدم وکالت، اصل عدم مانع و امثالهم را جزو مصادیق اصول عملیه دانست که می‌توانند در امور مختلف و ابواب مختلف فقهی کاربردی فراگیر و گسترده داشته باشند.

پرسشی دیگر، با توجه به شباهت اصل عدم و اصل برائت، متبادر به ذهن می‌باشد، مبنی بر اینکه آیا می‌توان این دو را به جای یکدیگر استعمال کرد؟ پاسخ، منفی است؛ چراکه اولین تفاوت اصل عدم و اصل برائت، در مجاری اصول مذکور است؛ زیرا اصل برائت، بنا بر نظر مشهور فقها، در مواردی

استعمال می‌شود که شک مکلف، در اصل تکلیف باشد ( سبحانی، ۱۳۹۰، ۱۵/۴)، لکن اصل عدم، دامنه‌ای وسیع‌تر دارد و اعم است از اینکه تکلیفی در میان باشد، یا نباشد.

دومین تفاوت اساسی اصل عدم و اصل برائت، در منابع استنباطی است؛ زیرا منبع اصل عدم، عقل و منبع اصل برائت، شرع است؛ به عبارت بهتر، عقل سلیم، به تنهایی، حکم به عدم چیزی می‌کند، مگر آنکه خلاف آن، ثابت شود؛ به تعبیر برخی، اصل عدم، از مستقالات عقلی، به شمار می‌رود؛ چراکه در جهان خلقت، هر امر ممکن که نسبت آن به وجود و عدم مساوی است، نیازمند به علت است ( محمدی، ۱۳۸۰، ۳۰۱).

### ۲-۳. اصل عدم در حقوق کیفری

همان‌طور که پیش از این نیز بیان گردید، اصل عدم در قوانین موضوعه ایران، به صراحت تعریف و تبیین نشده است؛ لکن، در دکترین حقوقی که برگرفته از فقه می‌باشد، نقش گسترده‌ای ایفاء می‌کند و طبیعتاً، مؤثر در تفسیر قوانین موجود است؛ برای مثال می‌توان اشاره‌ای به ماده‌ی: ۳۵۹ قانون مدنی نمود که چنین اشعار می‌دارد: « هرگاه دخول شیئی، در مبیع، عرفاً، مشکوک باشد، آن شیئی، داخل در بیع نخواهد بود؛ مگر آنکه تصریح شده باشد » که مبتنی بر اصل عدم است.

در خصوص مصادیق اصل عدم در حقوق کیفری، مجاری متعددی جهت استعمال این اصل موجود است؛ مانند: اصل عدم صلاحیت مراجع غیر قضایی در خصوص رسیدگی به دعاوی که به عبارتی، اصل، بر نبود حق یا تکلیف در رسیدگی مراجع غیر قضایی، مگر به تجویز قانون است؛ یا اصل شخصی بودن مجازات ( اصل عدم تکلیف شخص، به فعل غیر ) که در حقوق کیفری جاری است. این اصل نیز مبتنی بر اصل عدم است و بدین معناست که هر شخصی، مسئول اعمال خویش است و مجازات، صرفاً، باید بر مرتکب بزه اعمال گردد. این امر، که اقتباسی از قرآن کریم می‌باشد، در سوره‌ی مبارکه‌ی نجم، آیه‌ی شریفه‌ی: ۳۹ بیان شده است، مبنی بر اینکه « برای آدمی، جز آنچه به سعی و عمل خود انجام داده، ثواب و جزایی نخواهد بود »<sup>۱</sup>، یا در آیه‌ی شریفه‌ی: ۱۸ از سوره‌ی مبارکه‌ی فاطر، خداوند متعال می‌فرماید: « و هیچ کس بار گناه دیگری را به دوش نگیرد »<sup>۲</sup> و قانونگذار نیز در همین راستا، ماده‌ی: ۱۴۱ قانون مجازات اسلامی را تدوین کرده است.<sup>۳</sup>

نکته قابل اهمیت در این میان، وجود شرایط لازم برای اعمال اصل عدم در حقوق کیفری است که به نظر می‌رسد می‌توان دو شرط را در این حوزه متصور بود؛ اولاً، آماره یا دلیلی، خلاف اصل عدم موجود نباشد و مطابق بیانی که گذشت، زمانی جواز به استعمال اصول وجود خواهد داشت که دلیل

۱. وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى.

۲. وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى.

۳. مسئولیت کیفری، شخصی است.

معتبر دیگری در دست نباشد، در غیر این صورت، اصل عدم، جاری نخواهد شد؛ الاصل دلیل، حیث لا دلیل.

ثانیاً، حکومت عرف و غلبه نیز در باب مجرای اصل عدم، قابل توجه است؛ به بیان برخی فقها، در اصطلاح فقه گفته می‌شود: «الظن يلحق الشيء بالأعم الأغلب»؛ یعنی: هرگاه در مورد چیزی، شک، حادث شود، امر مشکوک به مورد غالب و رایج ملحق می‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۳۴/۱)؛ برای مثال، ماده‌ی: ۵۴۳ قانون مجازات اسلامی، بخش دیات، شرایط چهارگانه‌ای را جهت تداخل دیات مطرح می‌نماید که یکی از آن‌ها بند پ است که بیان می‌دارد: «آسیب‌ها متصل به هم یا به گونه‌ای نزدیک به هم باشد که عرفاً یک آسیب محسوب شود»، بدیهی است در اینجا حکومت عرف و امر غالب، موجب رد اصل عدم تداخل دیات است.

به هر حال، همان‌گونه که بیان گردید، مجرای اصل عدم در قوانین کیفری نیز حتی با وجود عدم صراحت آن، به صورت گسترده‌ای وجود دارد، که تقریر و شمار کردن همه‌ی آن‌ها ممکن نیست؛ فلذا، برای پرهیز از اطاله کلام از ذکر بیشتر آن‌ها خودداری شده است.

#### ۴. بررسی فرضیه‌ی تعارض سوگند نفی علم با اصل عدم

پرسش اصلی پژوهش نگارش یافته در این مقاله، بر این امر مبتنی است، که آیا ادای سوگند نفی علم در جهت اثبات امری، با اصل عدم، که یکی از اصول مسلم فقهی و حقوقی می‌باشد، در تعارض هستند؟ و از طرفی، در صورت تعارض اصل عدم با سوگند نفی علم، کدامیک بر دیگری رجحان خواهد داشت و حجت است؟ به عبارت دیگر، مگر بیان نمی‌شود: نافی را نفی، کافی است، پس چرا شخص، باید برای عدم امری سوگند یاد نماید؟ مگر این وجود نیست که باید ثابت شود، پس چرا برای عدم، باید سوگند یاد شود؟

همان‌طور که پیش از این نیز بیان گردید، بر اساس قاعده‌ی مشهور: البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر، اصل بر عدم می‌باشد (محمدی، ۱۳۸۰، ۲۹۴)؛ یعنی: وقتی در وجود و عدم چیزی، شک باشد، یا در حدوث و پیدایش چیزی، تردید باشد، اصل عدم، جاری می‌شود و اصل، بر نبودن یا نفی آن چیز قرار می‌گیرد؛ برای مثال، می‌توان به ماده‌ی: ۸۷۶ قانون مدنی اشاره نمود که چنین بیان می‌دارد: «با شک در حیات حین ولادت، حکم وراثت نمی‌شود»؛ یعنی: در صورت شک در وجود یا عدم حیات، برای رفع سرگردانی، اصل عدم، جاری می‌شود و اصل، بر عدم حیات گذاشته می‌شود. همچنین، می‌توان به اصل عدم ولایت شخص بر دیگری نیز اشاره کرد که محل اجرای این اصل می‌باشد. در نتیجه، این وجود است که دلیل می‌خواهد و نفی یا عدم، دلیل نمی‌خواهند.



از سوی دیگر، سوگند نفی علم در ماده‌ی: ۳۲۶ قانون مجازات اسلامی، شخص باید برای عدم چیزی سوگند یاد نماید. نکته‌ای که قابل تأمل می‌باشد، تفاوت در ماهیت اجرایی نفی علم و اصل عدم است و نتیجتاً، اجرای این دو امر با هم، تعارضی ندارند؛ به بیان بهتر، زمانی اصل عدم، جاری می‌شود که طبق قاعده مشهور: الأصل دلیل، حیث لا دلیل، دلیل قابل اتکائی موجود نباشد که بتوان به آن، تمسک کرد و برای رفع تحیر، سراغ این اصل می‌روند؛ یعنی: وقتی در عدم یا وجود چیزی شک و تردید باشد و دلیلی محکم در دست نیست، اصل، بر عدم آن امر گذاشته می‌شود؛ لکن زمانی که متهم، سوگند نفی علم را جاری می‌کند، در حقیقت، علم به عدم دارد. علم هم که همان یقین نسبت به امری می‌باشد که مرحله‌ای فراتر از آگاهی است که پیش از این در جای خود مطرح گردید؛ در نتیجه، وقتی نسبت به امری که همان نفی است، علم وجود دارد، باید آن را اثبات کرد؛ به عبارت صحیح‌تر، قاعده‌ی: نافی را نفی، کافی است - یعنی: همین که شخص بگوید: نمی‌دانم، کافی است - تعارضی با اصل عدم نخواهد داشت و اصل عدم، زمانی جاری می‌شود که شک به عدم یا وجود چیزی وجود دارد، لکن در نفی علم، علم به عدم چیزی، وجود دارد و باید طبیعتاً، علم را ثابت کرد (سید محمدی، ۱۳۹۶، ۲/۲۳۵)؛ نتیجتاً، بین این دو امر، هیچ تعارض یا حتی تراحمی وجود ندارد که منتهی به تعیین اهم شود. مصداق بارز این امر، سوگند نفی علم در ماده‌ی: ۳۲۶ قانون مجازات اسلامی است که چنین بیان می‌دارد: «اگر شاکي، علی رغم حصول لوث، علیه متهم، اقامه‌ی قسامه نکند و از او مطالبه‌ی قسامه کند و متهم درباره‌ی اصل جنایت یا خصوصیات آن، ادعای عدم علم کند، شاکي می‌تواند از وی مطالبه اتیان سوگند بر عدم علم نماید. اگر متهم، بر عدم علم به اصل جنایت، سوگند یاد کند، دعوی متوقف و وی بدون تأمین، آزاد می‌شود و اگر سوگند متهم، فقط، بر عدم علم به خصوصیات جنایت باشد، دعوی، فقط در مورد آن خصوصیات، متوقف می‌گردد، لکن اگر متهم، از سوگند خوردن، خودداری ورزد و شاکي، بر علم داشتن او سوگند یاد کند، ادعای متهم، به عدم علم، رد می‌شود و شاکي حق دارد از متهم، اقامه‌ی قسامه را درخواست نماید. در این صورت، اگر متهم، اقامه‌ی قسامه نکند، به پرداخت دیه، محکوم می‌شود».

همان‌طور که مشخصاً، در این ماده، تصریح به سوگند نفی علم گردیده است، روشن است که متهم، در اصل جنایت، ادعای عدم علم می‌کند؛ یعنی: بیان می‌دارد که علم دارد به نفی، یا همان عدم و در نتیجه، باید برای علم خویش، سوگند یاد نماید؛ البته، شایان ذکر است: با توجه به اینکه سوگند نفی علم، قابل رد می‌باشد، ماهیتی بتی گونه نیز دارد.

همچنین، اظهار عدم علم متهم (نمی‌دانم)، در ماده‌ی: ۳۲۶ قانون مذکور، صرف انکار نیز محسوب نیست، بلکه منکر، عالم به نفی است، نه نافی علم؛ فلذا، جواب به صورت: عدم علم (نمی‌دانم)، نه انکار، بلکه ادعای عدم علم به جنایت است.

همچنین، پاسخ به صورت: عدم علم ( نمی دانم ) را نیز نمی توان سکوت دانست؛ چراکه شخص، واقعاً، سکوت می نماید و حرفی نمی زند و وقتی شخص پاسخ به عدم علم ( نمی دانم ) می دهد و صراحتاً، از جهل خود خبر می دهد، اصولاً، نمی توان او را ساکت تلقی و ملزم به پاسخگویی نمود ( سبحانی، ۱۴۱۸، ۴۴۶/۱ ).

به عبارت دیگر، شرط مهم در جواز ادای سوگند نفی علم، در این ماده، پاسخ عدم علم ( نمی دانم ) است؛ چراکه وقتی سخن از این سوگند است که اقرار، سکوت یا انکار صرف نباشد؛ فلذا، گذشته از اینکه برخی فقها، تعبیر: « لا أدري » را نیز به همان معنای انکار صرف گرفته اند ( نجفی، ۱۴۰۴، ۲۱۱/۴۰-۲۱۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۸، ۲۸۱/۲ )، به بیان مشهور فقها: « لا أدري » و « لا أعلم »، شرط بدوی جواز ادای سوگند نفی علم و به معنای همان علم بر نفی امر است ( طباطبائی، ۱۴۱۸، ۱۱۵/۱۵؛ سبحانی، ۱۴۱۸، ۴۴۷/۱ ) که دیدگاه اخیر، منطقی به نظر می رسد.

نکته‌ی قابل توجه دیگر اینکه اصل عدم دارای گستردگی فراوان در متون فقهی و حقوقی ایران می باشد؛ لکن سوگند نفی علم، امری استثنائی می باشد و باید محدود تفسیر شود ( میرزای قمی، ۱۴۲۷، ۷۰۰/۲ )؛ یعنی: سوگند نفی علم، قابل تسری به همه‌ی نفی های موجود نیست و صرفاً، در موارد مذکور و معین شده، جنبه‌ی اجرایی خواهد داشت.

### نتیجه گیری

سوگند نفی علم، یکی از انواع سوگند و از ادله اثبات دعوی می باشد. قانونگذار، در نظام کیفری ایران، یک بار، در ماده‌ی: ۳۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به صراحت آن را بیان داشته است. این نوع سوگند، بسته به موضوعی که مستقیماً به آن مربوط می شود، می تواند مسقط علم یا مسقط دعوی اصلی یا هر دوی آن ها باشد و به نوعی دلیل و قاطع محسوب است و همچنین، با توجه به قابل رد بودن، به نوعی سوگند بتّی، تلقی می شود.

سوگند نفی علم هم مانند سایر ادله اثبات دعوی کیفری، قابلیت تعارض پذیری دارد و امکان اثبات خلاف آن، طبق ماده‌ی: ۲۱۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ میسر است.

اصل عدم نیز اصلی مستقل است که می تواند گاهی در جایگاه اصول لفظیه و گاهی در جایگاه اصول عملیه قرار گیرد. همچنین، این اصل، دارای گستردگی فراوان در کتب فقهی و خصوصاً، در اصول کلی حاکم بر قوانین می باشد؛ اما مانند اصل برائت که در قانون اساسی ایران، به صراحت تعریف گردیده، در قوانین ایران، تعریف نشده است.

شایان ذکر است که طبق قاعده‌ی: « الاصل دلیل، حیث لا دلیل »، اگر دلیل محکمی در دست باشد، نوبت به اجرای اصل عدم نخواهد رسید؛ فلذا، شرط تمسک به اصل عدم، فحص و جستجو

میان ادله‌ی اجتهادی و ناامیدی از یافتن حکم و جهت رفع سرگردانی است. این امر، در خصوص سوگند نفی علم نیز صدق می‌کند و تا زمانی که ادله دیگر، مانند: اقرار و شهادت، وجود دارد، مجالی برای ورود به سوگند و خصوصاً، سوگند نفی علم وجود ندارد.

به بیانی که گذشت، مطابق قاعده‌ی: البینه علی المدعی و اليمين علی من انکر، تلاقی قسمت ابتدایی این قاعده، مبتنی بر اصل عدم و قسمت دوم آن مبتنی بر سوگند منکر، قابل توجه است؛ لکن سوگند نفی علم و اصل عدم، در حقیقت، دو امر منفک از یکدیگر می‌باشند و خلاف اختلافات و تصورات حاکم، در اجراء، با هم تضاد و تعارضی ندارند؛ چراکه سوگند نفی علم، زمانی اداء می‌شود که علم به وجود امری باشد، لکن اصل عدم، زمانی مورد تمسک قرار می‌گیرد که شک در وجود یا عدم امری باشد.

همچنین، سوگند نفی علم، امری استثنائی می‌باشد و باید محدود به موارد مذکوره باشد، لکن اصل عدم، دارای گستردگی فراوان است.

#### کتابشناسی

#### قرآن کریم

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم، (۱۴۰۹ق)، کفایة الأصول، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، اول.
۲. افشار صدر زاده، سید محسن، (۱۳۷۶)، ادله اثبات دعوی در حقوق ایران، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، دوم.
۳. انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۵ق)، القضاء و الشهادات، قم، مجمع الفکر الاسلامی، اول.
۴. تبریزی، جواد بن علی، (۱۴۱۶ق)، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، قم، مؤسسه اسماعیلیان، سوم.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۶۳)، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، بیست و یکم.
۶. جناتی، محمد ابراهیم، (۱۳۷۴)، أدوار فقه و کیفیت بیان آن، تهران، انتشارات کیهان، اول.
۷. جناتی، محمد ابراهیم، (۱۳۷۰)، منابع إجتهد، تهران، انتشارات کیهان، اول.
۸. حرعاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ق)، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، اول.
۹. حسینی مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی، (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، اول.
۱۰. حیدری، سید علی نقی، (۱۴۱۲ق)، أصول الإستنباط، قم، مرکز مدیریت حوز علمیه قم، اول.
۱۱. خوانساری، سید محمد هاشم بن زین العابدین، (۱۳۱۷ق)، مبانی الأصول، تهران، بی نا، اول.
۱۲. روحانی، سید صادق، (۱۴۲۹ق)، منهاج الفقاهة، قم، انتشارات انوار الهدی، پنجم.
۱۳. سبحانی، جعفر، (۱۳۹۰)، الوسيط في أصول الفقه، تهران، مؤسسه فرهنگی و هنری دانش پذیر، سوم.
۱۴. سبحانی، جعفر، (۱۴۱۸ق)، نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، اول.
۱۵. سید محمدی، سمیرا، (۱۳۹۶)، اصول فقه به روش ساده، تهران، نشر مشاهیر دادآفرین، اول.
۱۶. طباطبائی، سید علی، (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل في تحقیق الأحكام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، اول.
۱۷. عبدالرحمان، محمود، (۱۴۱۹ق)، معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهیة، قاهره، دار الفضیلة، اول.

۱۸. عراقی، ضیاء الدین، (۱۴۲۱ق)، حاشیة المكاسب، قم، انتشارات غفور، اول.
۱۹. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۲۰ق)، تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، اول.
۲۰. قرشی، سید علی اکبر، (۱۳۶۷)، قاموس قرآن، تهران، انتشارات اسلامی، اول.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)، اثبات و دلیل اثبات، تهران، نشر میزان، سوم.
۲۲. کریمی، عباس، (۱۳۹۴)، ادله اثبات دعوی، تهران، نشر میزان، سوم.
۲۳. کلاتری، کیومرث، (۱۳۷۴)، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، بابلسر، نشر دانشگاه مازندران، اول.
۲۴. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ق)، الکافی، تهران، انتشارات اسلامی، چهارم.
۲۵. مجتهد تبریزی، صادق بن محمد، (۱۳۱۷ق)، المقالات الغریبة في تحقیق المباحث الأصولية، تبریز، مطبعه مشهدی اسد آقا، اول.
۲۶. محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۱۸ق)، المختصر المنافع في فقه الإمامية، قم، مؤسسه مطبوعاتی دینی، ششم.
۲۷. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، دوازدهم.
۲۸. محمدی، ابوالحسن، (۱۳۸۰)، مبانی استنباط حقوق اسلامی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چهاردهم.
۲۹. مظفر، محمد رضا، (۱۳۷۵)، أصول الفقه، قم، انتشارات اسماعیلیان، پنجم.
۳۰. معین، محمد، (۱۳۵۱)، فرهنگ فارسی معین، تهران، انتشارات امیر کبیر، اول.
۳۱. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، اول.
۳۲. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، (۱۴۱۳ق)، کتاب القضاء، قم، دار القرآن الکریم، اول.
۳۳. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، (۱۴۲۷ق)، رسائل میرزای قمی، مشهد، دفتر تبلیغات اسلامی، اول.
۳۴. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام في شرح شرایع الإسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی، هفتم.
۳۵. نراقی، احمد بن محمد مهدی، (۱۴۱۵ق)، مستند الشيعة في أحكام الشريعة، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، اول.



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.2, Issue 10, Summer 2024, P: 17-36

**Receive Date:** 2024/02/26**Revise Date:** 2024/05/14**Accept Date:** 2024/06/10**DOI:** 10.71654/jcl.d.2024.1123565**Article type:** Original Research**Online ISSN:** 2821-2339

## Investigation of Fireman's Rule in Imami Jurisprudence and Feasibility of its Application in Law of Iran

Aboozar Behroozi<sup>1</sup>  
 Abbas Kazemi NajafAbadi<sup>2</sup>  
 Soheil Taheri<sup>3</sup>

### Abstract

Sometimes, some obligatory actions require violating the rights of others. In the law literature of Common Law, this issue is called the firefighter rule. This rule is derived from the event of a firefighter's action to extinguish a fire, which may harm the rights of the neighbors during extinguishing fire. The principle is that the law must be fully implemented, but sometimes the law needs to be violated for the most obligatory. The following article has studied and surveyed the firefighter rule from jurisprudence approach. It was concluded that currently only according to the jurisprudential rule of benevolence and reference to principle 167 of the Constitution, first the demand for compensation is raised against the rescuer, which is usually approved, then a claim by the rescuer against the rescued, which is accepted by the interpretation of the judge depends on the jurisprudence rules of La-zarar, beneficence, benevolence and loss. Being written of the country's legal system requires that legal issues be clearly stated in laws that not lead to the ambiguities resulted from legal gaps. Therefore, there is a need to consider having good intentions as an exception to committing illegal acts in the civil and criminal laws of the country, so that with the elimination of the flow of administrative and judicial formalities of this matter, the motivation of benevolence and helping fellow human beings increases.

**Key words:** rule of benevolence, rule of fireman, guarantee of fireman.

1. PhD Student in Private Law, Arak Branch, Islamic Azad University, Arak, Iran. alihajati6973@gmail.com

2. Assistant Professor, Law Department, Allameh Tabatabaei University, Tehran, Iran. (Corresponding Author)

ppzhwhy97@gmail.com

3. Assistant Professor of Law, Islamic Azad University, Shahr-e-Quds Branch, Shahr-e-Quds, Iran. ahmadfalahti@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 ۲ - شماره پیاپی ۱۰ - تابستان ۱۴۰۳، ص ۱۷-۳۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۱

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۲/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۰۷

DOI:10.71654/jclld.2024.1123565

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

## بررسی قاعده‌ی آتش نشان در فقه امامیه و امکان اعمال آن در حقوق ایران

ابوذر بهروزی<sup>۱</sup>

عباس کاظمی نجف آبادی<sup>۲</sup>

سهیل طاهری<sup>۳</sup>

### چکیده

گاه، برخی اعمال واجب، مستلزم تعرض به حقوق دیگران است. در ادبیات حقوق کامن لا، این مهم، تحت عنوان: قاعده‌ی آتش نشان، نام گرفته است. این قاعده، برگرفته از واقعه‌ی عمل آتش نشان برای اطفاء حریق است که ممکن است حین اطفاء حریق، به حقوق همسایگان، آسیبی وارد رساند. اصل بر این است که قانون می‌بایست به طور کامل اجرا شود، اما گاه برای اجرای واجب اهم نیاز است که قانون زیر پا نهاده شود. نوشتار پیش رو، قاعده‌ی آتش نشان از دیدگاه فقهی مورد مطالعه و بررسی قرار می‌دهد. در حال حاضر، تنها به موجب قاعده‌ی فقهی احسان و استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، ابتداء، خواسته جبران خسارت علیه نجات دهنده طرح می‌شود، که معمولاً، مورد تأیید قرار می‌گیرد، پس از آن، دعوایی از طرف نجات دهنده علیه نجات یافته، طرح می‌شود که پذیرش آن به تفسیر قاضی از قواعد فقهی لاضرر، احسان، تسبیب و اتلاف بستگی دارد. نوشته بودن نظام حقوقی کشور، چنین ایجاب می‌کند که مسائل حقوقی، باید به صراحت در قوانین بیان شده باشد تا ابهامی ناشی از خلا قانونی، پدید نیاید؛ از این رو، نیاز است که در قوانین مدنی و کیفری کشور، در خصوص موضوع مورد سخن، داشتن حسن نیت را در ارتکاب افعال خلاف قانون، از استثناءها دانست تا با حذف جریان تشریفات غیر ضروری اداری و قضائی، انگیزه احسان و کمک به هموعان افزایش یابد.

واژگان کلیدی: قاعده‌ی احسان، قاعده‌ی آتش نشان، ضمان آتش نشان.

۱. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، واحد اراک، دانشگاه آزاد اسلامی، اراک، ایران. [alihajati3796@gmail.com](mailto:alihajati3796@gmail.com)

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده مسئول). [ppzhwhy71@gmail.com](mailto:ppzhwhy71@gmail.com)

۳. استادیار گروه حقوق، واحد شهر قدس، دانشگاه آزاد اسلامی، شهر قدس، ایران. [ahmadfalahti@gmail.com](mailto:ahmadfalahti@gmail.com)

اصل، بر آن است که همه، در مقابل قانون برابر هستند؛ البته، برخی استثنائات در این میان وجود دارد. از طرف دیگر، اصول اخلاقی و انسانی چنین ایجاب کرده که جان انسان‌ها برتر از همه چیز بوده و هیچ کس مجاز به تعرض به آن نخواهد بود؛ از این رو، تمامی انسان‌ها وظیفه داشته که در زمان مشاهده خطر جانی برای هر انسانی دیگر، هر کمک لازم را انجام دهند. فرض شود که در این مسیر، حقوق شخصی افرادی آسیب دیده و یا عملی خلاف قانون انجام شود.

در حقوق عرفی، به ویژه حقوق آمریکا هرچند تقصیر مبنای اصلی مسئولیت مدنی مطرح شده است، اما در سقوط ضامن، قواعدی نظیر: «Good faith» و قاعده «Good Samaritan» و «Fireman Rule» مورد توجه قرار گرفته است.

برای مثال، در قاعده‌ی: همان انگیزه خیرخواهانه «good faith»، انگیزه‌ی فاعل ضرر در ورود ضرر، برای اجبار او به جبران خسارت مؤثر، دانسته شده است.

در قاعده‌ی: یاری رسان نوعدوست «good Samaritan» نیز به این مسأله پرداخته شده است که اگر کسی در اثنای یاری رساندن به دیگری، بر اثر بی‌مبالاتی قابل چشم‌پوشی، با توجه به اوضاع و احوال قضیه، اتفاقاً، منجر به ورود خسارت شد، از جبران خسارت معاف است. لازم به ذکر است که این قاعده، شباهت زیادی به قاعده‌ی: احسان، در فقه و حقوق دارد.

مطابق قاعده‌ی: آتش نشان «fireman rule»، اگر آتش نشان، در اثنای اطفای حریق و انجام وظیفه و کمک به افراد آسیب دیده و در معرض خطر، به صورت اتفاقی و نه عمدی، خسارتی ایجاد کرد، ملزم به جبران این خسارت نخواهد بود.

البته همان‌گونه که انگیزه‌ی نیکوکارانه و محسنانه، در سقوط ضامن، مؤثر است، انگیزه‌ی خبیثانه، در اثبات ضامن یا چند برابر کردن آن، تأثیر خواهد داشت؛ برای مثال، در حقوق آمریکا، در مواردی که انگیزه فاعل ضرر، از فعل زیان بارش، بسیار خبیثانه است، مانند: اعمال تروریستی، علاوه بر خسارات جبرانی (reparative damages)، خسارات تنبیهی (punitive damages) نیز برای عنصر زیان زننده، در نظر می‌گیرند که این امر با مسئولیت کیفری او متفاوت است.

در حیطه مسئولیت مدنی، تحقیقات وسیعی انجام شده است؛ اما تاکنون به امکان سنجی قاعده‌ی آتش نشان در نظام حقوقی ایران توجهی نشده و عمده‌ی مباحث این حوزه در حقوق کیفری مورد واکاوی قرار گرفته است و حتی در سطح بین‌الملل نیز با وجود اشارات مختصر به قاعده‌ی آتش نشان، کاربرد آن در نظام‌های حقوقی نوشته، مورد بحث قرار نگرفته است.

مسأله‌ی قاعده‌ی آتش نشان در جریان اجرای احکام مدنی نیز مد نظر است و اجرای اهم قانون، بر دیگر مسائل ارجحیت دارد (حراج و همکاران، ۱۴۰۳، ۲۳).

در این پژوهش، وجود حسن نیت در جریان ایجاد خسارت و ارتکاب اعمال خلاف قانون از دیدگاه فقه امامیه و حقوق موضوعه مورد بررسی قرار گرفته است. ابتداء، مباحث فقهی در این خصوص، مطرح، در ادامه به جایگاه کنونی در قانون اشاره و در نهایت ضمن برشمردن خलाهای قانونی، پیشنهادات اصلاح آن ارائه گردیده است.

سؤال پژوهش، این است که وضعیت قاعده آتش نشان، در منابع حقوقی ایران، به چه صورت است؟ در صورت اجرای این قاعده، بایسته‌های اصلاح تقنینی آن چیست؟

## ۱. مفاهیم

در این قسمت به بیان مباحث نظری پژوهش پرداخته شده است.

### ۱-۱. قاعده‌ی آتش نشان

یکی از اساسی‌ترین قواعدی که در زمینه‌ی تأثیر انگیزه در مسئولیت مدنی در حقوق آمریکا می‌تواند مثر ثمر باشد، قاعده‌ی آتش نشان می‌باشد. سه منطق، اساس و بنیاد این قاعده را تشکیل می‌دهند:

منطق اول، بر اصل قبول مخاطره - اصل اقدام به ضرر خود، یعنی: اگر کسی دانسته، قبول خطر کند، مستحق دریافت خسارت بابت زیان وارده نیست - استوار است که مطابق آن، جبران خسارت از باب مسئولیت مدنی، زمانی که مأمور به میل و خواست خود، با یک خطر خاص، رو به رو می‌شود، با مانع مواجه می‌گردد.

منطق دوم، از تعهد یا التزام مأمور، به وظایف - قبول وظایف توسط مأمور - یا خطرات قابل پیش‌بینی شغلی، نشأت می‌گیرد.

منطق سوم، منطق توزیع خسارات است که براساس آن، جبران خسارت، از باب مسئولیت مدنی، با وجود در دسترس بودن برنامه قانونی جبران خسارت با مانع مواجه می‌گردد (لطفی، ۱۳۷۹، ۱۷۱).

در رابطه با این منطق‌ها، قاعده‌ی مزبور، تنها، از آن دسته از دعاوی، ممانعت به عمل می‌آورد که در رابطه با خسارات و زیان‌های ناشی از رفتار خلاف قانونی، اقامه شده باشند که باعث حضور مأمور در صحنه شده است. خسارت یا زیانی که مستقل از رفتار خلاف قانونی، واقع می‌شود که مأمور نسبت به آن، پاسخ می‌دهد، خارج از قلمرو قاعده است و مأمور، قادر خواهد بود که از باب مسئولیت مدنی، مبادرت به طرح مرافعه و اقامه دعوا نماید (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۸۵/۲).

قاعده‌ی مأمور آتش نشانی، در ابتدا و در اصل، بر این واقعیت، متکی بود که مأموران آتش نشانی که در حال پاسخ دادن به یک حریق هستند، وارد شونندگان داوطلبانه به ملک، شناخته می‌شدند که مالکان ملک، نسبت به آن‌ها وظیفه مراقبت اندکی را بر دوش داشتند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۸۵/۱)؛ از این



رو، یک مأمور آتش نشانی لطمه دیده، به طور کلی، نمی‌توانست صاحب ملک را مورد تعقیب قانونی قرار دهد و از وی ادعای خسارت کند.

با این وجود، در کالیفرنیا تمایزها و تفاوت‌ها در وظیفه مراقبت که یک وارد شونده داوطلبانه به ملک مالک، بر دوش داشت، با پرونده‌ی تاریخی و تاریخ ساز: رگند علیه کریستیان، برچیده شد. رأی پرونده رگند، تمایزها و تفاوت‌های مطرح را در وظیفه مراقبت، که بر عهده یک وارد شونده اختیاری قرار داشت، بر مبنای وضع قانونی وی برچید و در عوض، یک وظیفه کلی مراقبت معقول را بر دوش هر وارد شونده داوطلبانه، قرار داد (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ۹۵/۱) تا جایی که قاعده‌ی مأمور آتش نشانی، مانع و سدی بر سر راه جبران خسارت از باب مسئولیت مدنی، به دلیل وضع قانونی خواهان در مقام یک مأمور پلیس یا مأمور آتش نشانی، صرف نظر از طبیعت رفتار صاحب ملک می‌باشد.

این قاعده، با رأی و نظر دادگاه در پرونده‌ی: رگند، تناقض و مغایرت دارد. با این همه، یک دهه بعد از پرونده رگند، دادگاه عالی کالیفرنیا، در پرونده‌ی: والترز علیه اسلوان، چنین صلاح دید که نه تنها قاعده‌ی مأمور آتش نشانی را حفظ کند - قاعده‌ای که تا آن زمان، فقط، در مورد مأموران آتش نشانی لطمه دیده بر اثر تقصیر یا بی‌احتیاطی اعمال می‌شد - بلکه آن را نسبت به مأموران پلیس نیز توسعه دهد.

#### ۲-۱. وضعیت جبران خسارت در حقوق ایران

دو منبع بسیار مهم حقوق خصوصی: قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی، در خصوص جبران خسارت مادی، مطالبی بیان داشته که به صورت کلی، در خصوص الزام ذی نفع به جبران خسارت، مطلبی بیان نشده است. در تحقق مسئولیت مدنی، به معنای خاص، عناصری می‌بایست محقق شوند که حسب تفسیر حقوقدانان از قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی، شامل سه شرط بوده و به ارکان ثلاثه جبران خسارت ناشی از مسئولیت مدنی معروف می‌باشند؛ به عبارت دیگر، شرایط سه‌گانه‌ی تحقق مسئولیت مدنی عبارت هستند از:

الف) ضرری که به خواهان وارد شده است.

ب) تقصیر واردکننده‌ی زیان.

ج) رابطه‌ی سببیت.

رابطه‌ی سببیت، غیر از رابطه‌ی علیت منطقی است؛ به این معنا که زبانی که به شخصی وارد شده است، ناشی از تقصیر یا فعل زیانبار خوانده است و از انتساب و استناد ضرر به فعل شخص، سخن به میان می‌آید.

ضرری که در مسئولیت مدنی وجود دارد، ضرر عرفی است؛ به عبارت دیگر، صدمه‌ای مادی، معنوی و بدنی است که به شخص، وارد می‌شود. در اینجا، عرف است که قضاوت می‌کند ضرر وارده

نامتعارف و ناروا است یا نه؛ البته، قضاوت عرف می‌تواند بسیار گسترده باشد و طیف وسیعی را در برگیرد؛ به همین دلیل، برای ضرری که در قالب نظام مسئولیت مدنی می‌توان جبران نمود، مشخصاتی را بیان کرده‌اند.

شش ویژگی را برای ضرر قابل جبران برشمرده‌اند:

- (۱) ضرر، باید مسلم باشد و نه احتمالی و ظنی.
- (۲) باید مستقیم باشد.
- (۳) شخصی باشد؛ یعنی: کسی که دعوا اقامه می‌نماید و ادعای خسارت می‌کند، باید زیان‌دیده یا قائم مقام او باشد؛ مانند: وارث.
- (۴) ضرر، باید در نتیجه‌ی لطمه‌ای که به حق شخص، یا نفع مشروع او، وارد شده، به وجود آمده باشد.

(۵) ضرر، نباید قبلاً جبران شده باشد.

(۶) ضرر، باید قابل پیش بینی باشد (مراغه‌ای، ۱۴۱۸، ۲/۲۱۲).

تعریفی که برای تقصیر بیان داشتند، این است که عمل، نا مشروع غیرقانونی است. گاهی، از آن، به عمل قابل سرزنش تعبیر می‌شود. پس، اگر عملی، قانونی باشد و قابل سرزنش نباشد، تقصیر نیست. تقصیر، طبق قانون مدنی، اعم از افراط و تفریط است. افراط، کاری است که باید تا حد معینی انجام شود، در حالی که بیش از حد متعارف انجام می‌شود. تفریط، هم ترک عمل یا خودداری از انجام عملی است که به موجب قانون، قرارداد یا عرف، باید انجام می‌شد (انصاری ۱۳۶۸، ۲/۵۵).

در مسئولیت مدنی، سبکی و سنگینی تقصیر، عمدی یا غیرعمدی بودن آن، در تحقق آن، تأثیری ندارد.

برخی موارد را علت‌هایی نام می‌برند که تقصیر را توجیه و مشروع می‌کنند. این موارد، عبارت هستند از حکم قانون و دستور مقام صالح قانونی، دفاع مشروع، اضطرار، رضایت زیان‌دیده، اجبار و اکراه و همچنین غرور (تفسیلی، ۱۴۱۰، ۱/۷۵).

البته، اینکه بتوان به راحتی وجود رابطه‌ی سببیت را تشخیص داد، کار آسانی نیست؛ زیرا عوامل مختلفی ممکن است در ورود خسارت نقش داشته باشند؛ به عبارت دیگر سبب‌های متعددی منجر به ورود خسارت شده‌اند. در این موارد، راه حل‌های مختلفی پیشنهاد شده است برای اینکه خسارت زیان‌دیده، بدون جبران باقی نماند (حجازی، ۱۴۰۹، ۱/۶۹).

اگر کسی که خواننده دعوای جبران خسارت است، بتواند قوه‌ی قاهره - مانند: سیل، زلزله، باد و ... - را اثبات کند که باعث ورود خسارت شده، از مسئولیت مبرا می‌شود.

البته، در حال حاضر، نظریه‌های مختلفی درباره‌ی مسئولیت مدنی مطرح می‌شود که حتی اگر قوه‌ی قاهره هم اثبات شود، باز هم واردکننده‌ی زیان مسئول است؛ مانند: مسئولیت محض. دعوایی که درباره‌ی مسئولیت مدنی مطرح می‌شود، خواهان و خواننده‌ای دارد؛ خواهان، زیان‌دیده، یا قائم مقام و یا نماینده‌ی قانونی او است. خواننده نیز کسی است که از لحاظ قوانین و مقررات، موظف به جبران خسارت است. خواسته نیز می‌تواند جبران خسارت از نوع مادی و معنوی باشد (عامری، ۱۳۸۱، ۵۵).

راه حل دیگر نیز جبران خسارت از طریق دادن معادل آن است. این راه حل، وقتی کاربرد دارد که اعاده‌ی وضع، به حالت قبل از ورود زیان، میسر نباشد. این روش جبران خسارت، یا دادن معادل غیر نقدی و یا جبران نقدی ضرر است. برای جبران خسارت‌های بدنی و معنوی بیشتر از روش جبران نقدی استفاده می‌شود.

چنانچه از منابع حقوقی مشخص است، قاعده‌ی آتش نشان، در منابع حقوق خصوصی کشور جایی ندارد؛ اما این مهم، جایگاه اخلاقی و عرفی داشته و ذی نفع می‌بایست خود را متعهد به جبران خسارتی دانسته که با هدف نجات جان و مال وی ایجاد شده است. اگر ذی نفع از پذیرش این خسارت، استنکاف کند، وضعیت الزام حقوقی وی دارای خلأ است؛ چراکه منابع حقوقی، به این امر، تصریح نکرده‌اند.

به موجب ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی: « دیه اعم از مقدر و غیرمقدر، مالی است که در شرع مقدس، برای ایراد جنایت غیر عمدی بر نفس، اعضاء و منافع و یا جنایت عمدی در مواردی که به هر جهتی قصاص ندارد، به موجب قانون، مقرر می‌شود ».

با توجه به اینکه حقوق کیفری، شامل مجموعه مباحث مرتبط با روابط بین حکومت و مردم است، بنا بر این، جبران خسارت مادی که روابط بین اشخاص می‌باشد، در این حیطه، جای ندارد. جبران خسارت جانی امکان‌پذیر نیست و برخی حقوقدانان، پرداخت پول را قبال آن، با ارزش و شأن انسانی، دارای منافات می‌دانند؛ اما، به هر حال، قانونگذار، از جهت جنبه‌ی جبران نسبی و همچنین بازدارندگی، مجازات دیه را منبعث از مباحث فقهی در قانون منعکس کرده است. بحث گسترده در این خصوص خارج از بحث پژوهش کنونی است؛ اما، تنها، به ذکر این نکته اکتفا شده که خسارات جانی مشتمل بر دو نوع است؛ برای نوع عمدی، مجازات قصاص و برای نوع غیر عمد آن، مجازات دیه لحاظ شده است. گاه، عناوین دیه که نوعی جبران خسارت جانی است، با خسارت مادی خلط شده و از هر دو، با عنوان خسارت، یاد شده که بیانی اشتباه است (عامری، ۱۳۸۱، ۵۵)؛ حتی در صورت استفاده از عنوان: خسارت، می‌بایست با قید عناوین مالی یا جانی، بین این دو بحث، تفکیک قائل شد.

### ۳-۱. وضعیت قاعده‌ی آتش نشان در نظام حقوقی کنونی

چنانچه بیان شد، در خصوص کاربرد قاعده‌ی آتش نشان در حقوق کشورمان، بحث‌های خاصی وجود داشته و جملگی این بحث، نشان از خلأ حقوقی این مهم دارد. در وضعیتی که منابع حقوقی، صراحتاً، به یک موضوع، اشاره ندارد، پیگیری قضائی در این خصوص، با مشکلاتی متعدد، همراه بوده و از نظر حقوقی نیز تفاسیر متعارضی وجود دارد. در این مبحث، کاربرد قاعده‌ی آتش نشان در نظام حقوقی کشور، از چند جنبه، مورد واکاوی قرار گرفته است.

منابع فقهی، چندان اشاره‌ی صریحی به موضوع نداشته و لیکن حسب تفسیر موسع از آن می‌توان تکلیف قاعده را مشخص ساخت. به موجب اصل: ۱۶۷ قانون اساسی، منابع فقهی، بخشی از منابع حقوقی، محسوب شده و در صورت خلأ منابع حقوقی، قاضی می‌تواند به این منابع، تمسک جوید. مرتبط‌ترین قواعد در این باب، قواعد: احسان، تسبیب، اتلاف و لاضرر می‌باشند.

قاعده‌ی تسبیب، از جمله قواعد فقهی مؤثر در باب ضمان است. بر اساس این قاعده، اگر شخصی، با واسطه، سبب ورود خسارت به دیگری شود، در صورت انتساب خسارت به او ضامن خواهد بود. مستندات این قاعده، روایات و اجماع است که روایات مربوطه، بیشترین نقش را در اثبات قاعده دارند. قاعده تسبیب رابطه تنگاتنگی با قاعده اتلاف دارد. بر اساس قاعده اتلاف، اگر شخص، به طور مستقیم و مباشرتاً، موجب ورود خسارت به دیگری شود، ضامن جبران خسارت است؛ اما در تسبیب، علاوه بر انتساب، تقصیر نیز شرط است؛ لذا در دعاوی مطرح شده تحت عنوان تسبیب، زیان‌دیده باید علاوه بر اثبات زیان، وجود تقصیر را نیز اثبات نماید. همچنین، در اتلاف، همیشه، فعل مثبت، موجب ورود خسارت است و هیچ‌گاه ترک فعل، از مصادیق اتلاف نمی‌تواند باشد، در حالی که در تسبیب، علاوه بر اینکه در اثر فعل مثبت، زیان متوجه غیر می‌گردد، با ترک فعل هم زیان، متصور می‌باشد.

بر اساس قاعده تسبیب، اگر کسی به طور غیر مستقیم و مع الواسطه، موجب تلف مال دیگری گردد، ضامن بوده و مسئول جبران خسارت می‌باشد؛ اعم از اینکه موجب شدن عمدی باشد یا غیر عمدی و اعم از اینکه در اثر انجام فعلی باشد - مانند اینکه کسی دیگری را وادار به دزدی کند - و یا در اثر ترک وظیفه‌ای؛ مثل اینکه متصدی نگهداری از حیوان، از مهار کردن حیوان خودداری ورزد و حیوان مزرعه را تباه کند (عامری، ۱۳۸۱، ۵۵).

بر این اساس، می‌توان چنین بیان داشت که در فرض عدم دخالت ذی نفع در بروز خسارت، حسب قواعد مذکور، وی مسئول جبران خسارت است؛ چراکه اگر موقعیت خطر برای وی وجود نداشت، این خسارت نیز ایجاد نمی‌شد؛ بنا بر این، وی در جریان نجات جان خویش، می‌بایست هزینه نماید.

در حال حاضر، پر ارجح‌ترین قاعده‌ی فقهی در این مورد، قاعده‌ی احسان است؛ چراکه به موجب این قاعده، نجات جان افراد بر هر چیزی واجب است؛ لذا نجات دهنده، مستحق محکومیت به پرداخت خسارت نیست. این قاعده، با وجود تکرار زیاد در منابع فقهی، جایگاهی قوی، در منابع حقوقی ندارد. اگر از حیث قاعده‌ی لاضرر، به مسأله نگریسته شود، این قاعده، مستند به دلیل عقل است؛ زیرا عقل ضرر رساندن را قبیح دانسته و آن را محکوم می‌کند و طبق قاعده ملازمه، این قاعده، مسلم می‌گردد (مراغه‌ای، ۱۴۱۸، ۴۸/۲).

قاعده‌ی لاضرر، از متن روایات بسیاری که در این زمینه وجود دارد، گرفته شده است، تا جایی که شماری از فقیهان ادعای تواتر کرده‌اند. فقهاء آن را چونان کبری قضایای فقهی، مطرح ساخته‌اند و احکامی همچون: حکم حرمت ضرر رساندن، حرمت مقابله ضرر با ضرر دیگر، وجوب تدارک و جبران ضرر ناروا، و ... از این قاعده، به دست آمده است.

همچنین، در شریعت اسلام، هر حکم وضعی یا تکلیفی که موجب ضرر بر فرد یا نوع انسانی باشد، مطرود است. این قاعده، مقرر می‌دارد که قراردادها نباید موجب ورود زیان بر طرفین گردند و بر همین اساس و به جهت جلوگیری از ضرر یا جبران آن، حق فسخ (خیار) در معاملات در نظر گرفته شده است. هر عقد لازمی را می‌توان مشمول خیار دانست و به جز سه خیار: مجلس، حیوان و تأخیر ثمن که مختص عقد بیع است، تمامی دیگر خیارات - خیار: شرط، رؤیت و تخلف وصف، غبن، تدلیس، تبعض صفقه، تخلف شرط - در کلیه عقود جاری هستند (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳۲/۱).

بنا بر این، می‌توان چنین نتیجه گرفت که حسب قاعده‌ی لاضرر، دفع هرگونه خطر و ضرر، وظیفه‌ی انسانی، محسوب می‌شود. برای اجرای یک وظیفه‌ی شرعی و انسانی، نباید هیچ هزینه‌ای صرف شود. اگر پرداخت خسارت، بر عهده‌ی نجات دهنده باشد، این امر، ممکن است انگیزه‌ای بر عدم نجات جان در معرض خطر باشد.

حسب قواعد: تسبیب و اتلاف نیز جبران زیان که به صورت غیر مستقیم، ایجاد شده، به رسمیت شناخته شده است.

حسب قاعده‌ی احسان نیز نجات جان انسان‌ها نباید با موانعی رو به رو باشد؛ بنا بر این، می‌توان چنین بیان داشت که در جریان نجات جان در معرض خطر، ایجاد خسارت مالی، امری منطقی بوده و در جریان نجات مال، خسارت کمتر از مال نیز امری منطقی و عقلانی است. این مهم، حسب قاعده‌ی لاضرر، یک تکلیف بوده که می‌بایست انجام شود. در عین حال، شخص در معرض خطر، به صورت غیر مستقیم، در بروز این خسارت نقش داشته که ممکن است عمدی یا غیر عمدی باشد و این مهم، حسب قاعده‌ی تسبیب و اتلاف می‌تواند از ارکان مسئولیت جبران خسارت باشد؛ لذا، قاعده‌ی آتش

نشان، حسب تفسیر موسع از قواعد مذکور، صحیح بوده و قضات می‌توانند ضمن اشاره به این مهم و همچنین، با استناد به اصل: ۱۶۷ قانون اساسی، نسبت به صدور احکام، اقدام نمایند.

در تفسیر منابع حقوقی، قاعده‌ی آتش نشان را نمی‌توان دریافت. دو منبع مهم حقوق خصوصی: قانون مسئولیت مدنی و قانون مدنی، تنها، به مسئولیت مدنی جبران خسارت اشاره کرده که صحیح نیست. حتی، دیگر موارد جبران خسارت، از جمله خسارت مشترک که خارج از ارکان ثلاثه می‌باشد، در این دو منبع حقوقی، ذکر نشده است؛ بنا بر این، ثبوت مسئولیت جبران خسارت، خارج از ارکان ثلاثه بوده که قانونگذار، به آن توجه کافی ننموده است.

ادبیات منابع حقوقی مذکور، به گونه‌ای است که جبران خسارت، تنها، در صورتی الزامی می‌گردد که مسئولیت مدنی ثابت شود، در حالی که خسارت مشترک که در قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ ذکر شده، این عقیده را به چالش می‌کشد. به هر حال، بحث قاعده‌ی آتش نشان، در وضعیت فعلی منابع حقوق خصوصی، دارای خلأ است. تنها، قضات می‌توانند با استناد به اصل: ۱۶۷ قانون اساسی و همچنین، تفاسیر فقهی مذکور در بخش پیشین، آن را به رویه قضائی وارد نمایند.

از نظر تشریفات دادرسی نیز خسارت دیده می‌بایست دعوای خسارت را مستقیماً، از خسارت زننده طلب نماید که در صورت احراز ارکان ثلاثه، محکومیت وی صادر می‌شود. پس از آن، طی دعوای جداگانه، نجات دهنده، از نجات یافته، طلب خسارت کند که ممکن است حسب قاعده‌ی احسان، محکومیت نجات یافته، اعلام شود؛ اما، الزامی بر این مهم نیست و ممکن است دعوی، در نهایت، رد شود.

منابع حقوق کیفری، با پیش کشیدن بحث اضطرار، تنها، به رافعیت از مسئولیت کیفری اشاره داشته‌اند. به موجب ماده‌ی: ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی، هر کس هنگام بروز خطر شدید فعلی یا قریب الوقوع از قبیل: آتش سوزی، سیل، طوفان، زلزله یا بیماری، به منظور حفظ نفس یا مال خود یا دیگری مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، قابل مجازات نیست؛ مشروط بر اینکه خطر را عمداً ایجاد نکند و رفتار ارتكابی با خطر موجود متناسب و برای دفع آن، ضرورت داشته باشد.

در این ماده، اولاً، نجات دهنده مجرم دانسته شده و تنها مسئولیت کیفری وی مرتفع شده است. این، در حالی است که اصولاً، وی جرمی مرتکب نشده است؛ چراکه انگیزه‌ی وی، مثبت می‌باشد. از طرف دیگر، قانونگذار، تنها، مسئولیت کیفری وی را مرتفع دانسته که منظور مجازات تعزیری، قصاص و حد است؛ اما، در خصوص دیه، این ماده‌ی قانونی، دارای خلأ بوده و در رویه‌ی قضائی، معمولاً، دیه، در این موارد، مد نظر است.

از طرف دیگر، منبع حقوقی مذکور، دارای مباحث کیفری بوده و بحث جبران خسارت مادی نیز دارای خلأ است.

از طرف دیگر، به فرض انتساب مسئولیت جبران خسارت مالی یا جانی، وظیفه‌ی پرداخت آن نیز نا مشخص است. تفاسیر موسع حقوقدانان از این ماده نمی‌تواند پرکننده‌ی خلأ حقوقی باشد و نیاز به رأی وحدت رویه یا نظریه‌ی مشورتی مسئولان قضائی محسوس است.

اصل: ۱۶۷ قانون اساسی، ناظر بر مسائلی بوده که در منابع حقوقی وجود نداشته باشد. برای مثال، دیه جنایت بر منافع، به صورت محدود، در قانون مجازات اسلامی ذکر شده و در صورتی که مورد دیه، خارج از موارد مذکور باشد، قاضی به استناد اصل مذکور، به منابع فقهی مراجعه کرده و احکام مرتبط را استخراج می‌نماید.

در خصوص جبران خسارت، منابع حقوقی فعلی، صراحتاً، به لزوم جبران خسارت توسط مقصر مستقیم، تأکید کرده‌اند. اگر ضمن تبصره یا استثنائی، این مسئولیت، قابل انتقال بود، صراحت حقوقی در این خصوص، محرز می‌شد. در عین حال، اگر قانونگذار، در خصوص مسئولیت مستقیم مقصر، صحبت نمی‌نمود، می‌توان ضمن استناد به اصل: ۱۶۷ قانون اساسی، کلیه‌ی احکام را از منابع فقهی دریافت می‌نمود؛ اما، در وضعیت فعلی که قانونگذار، مستقیماً، به تقصیر شخص مرتکب، اشاره دارد، اتکا به منابع فقهی، به نظر، دارای ایراد خواهد بود.

در بررسی رویه‌ی حقوقی مرتبط، چنین برداشت شده که قضات و یا اعضای شورای حل اختلاف، حسب اصول اخلاقی و انسانی، سعی در اقناع ذی نفع، به پذیرش خسارت دارند؛ البته، مواردی از محکومیت ذی نفع به جبران خسارت، گزارش شده که البته، به صورت رأی وحدت رویه، صادر نشده است.

بنا بر این، در وضعیت کنونی که قانون در این مورد، سکوت کامل نکرده و در عین حال، در این باره، صراحت ندارد، چند حالت متصور است:

نخست اینکه با استناد به اصل: ۱۶۷ قانون اساسی و تفاسیر فقهی، به خصوص قاعده‌ی احسان، ذی نفع به جبران خسارت محکوم شود.

دوم اینکه حسب استناد به عرف و اخلاق عمومی، ذی نفع به جبران خسارت، محکوم شود.

سوم اینکه حسب تلاش دادرس برای حل اختلاف، ذی نفع جبران خسارت را می‌پذیرد.

چهارم اینکه در خلأ حقوقی و ضمن استناد شکلی به منابع حقوقی، نجات دهنده، به پرداخت خسارت، محکوم شود.

## ۲. اثر انگیزه در جریان مسئولیت مدنی

چنانکه از ماده‌ی: ۳۰۶ بر می‌آید، مقصود از این عنوان، تنها، موردی است که اداره کننده، نسبت به صاحب مال، هیچگونه ستمی نداشته باشد و اموال مزبور را بدون اجازه‌ی مالک یا قائم مقام قانونی او

اداره کند، آنچه مسلم است اینکه غیبت مالک با ناتوانی او برای تعیین نماینده‌ی مناسب، در تحقق تأسیس حقوقی اداره‌ی مال غیر و اجرای مقررات و احکام آن، نقش اساسی دارد. با وجود اینکه مشروعیت این نهاد حقوقی در حقوق اسلام، چنانکه خواهد آمد، پذیرفته شده و مصادیق آن در کلام فقیهان همچون: شیخ طوسی و حرعاملی آمده است، لکن نمی‌توان گفت: نویسندگان قانون مدنی، آن را از حقوق اسلام اقتباس کرده‌اند؛ زیرا در مباحث فقهی، عنوان اداره‌ی مالی غیر، به مفهوم مورد نظر، به صورت مستقل و منقح وجود ندارد. ضمن آنکه، از لحن ماده‌ی: ۳۰۶ و ذکر برخی از آثار اداره‌ی مال غیر، نظیر ارائه‌ی حساب زمان تصدی، چنین برمی‌آید که در تدوین و نگارش این ماده‌ی قانونی از مواد: ۱۳۷۲ تا ۱۳۷۵ قانون مدنی سابق فرانسه، تبعیت شده است؛ هرچند می‌توان ادعا کرد که در محدود کردن این نهاد حقوقی به اداره‌ی مال غیر، پیروی از حقوق اسلام مد نظر نویسندگان قانون مدنی ایران بوده است.

## ۱-۲. ماهیت حقوقی

در بحث حقوقی، دو عنصر اساسی: مادی و معنوی، مورد بحث بوده که ذیلاً، به تفصیل بیان شده است.

## ۱-۱-۲. عنصر مادی

دخالت فضولی در اموال دیگران، گاهی، مطابق ماده‌ی: ۶۵۸ قانون مدنی صورت می‌گیرد که می‌گوید: «وکالت، ایجاباً و قبلاً، به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن کند، واقع می‌شود»؛ بنا بر این، اگر قبل از اینکه مدیر فضولی، اقدام به اداره‌ی اموال غیر کند، ایجاب ضمنی مالک، وجود داشته باشد، آن وقت، اقدامات مدیر، مطابق مقررات اداره‌ی فضولی مال غیر نخواهد بود، بلکه عقد وکالت است و تعهدات قراردادی میان وکیل و موکل، به وجود می‌آید.

اما سؤال، این است که اگر مدیر فضولی، اموال دیگری را اداره کند، آنگاه، مالک، اعمال او را تصدیق و یا به عبارتی، تنفیذ کند، آیا این عمل را بایستی وکالت دانست یا خیر؟ بعضی از حقوقدانان معتقد هستند که نقش اداره‌ی فضولی و وکالت موازی و نزدیک است؛ زیرا اگر مالک، بعد از اداره، اعمال مدیر را اجازه کند، با وجود سکوت قانون مدنی نسبت به اثر حقوقی چنین اجازه‌ای، اعمال مدیر که سابق بر اجازه بوده، به صورت اعمال وکالت، در خواهد آمد؛ بنا بر این، چنانچه در معامله‌ی فضولی، اجازه، واجد اثر قهرایی باشد، به طریق اولی، تنفیذ مالک، در اداره بدون اجازه نیز باید چنین اثری را دارا شود (امیری قائم مقامی، ۱۳۴۷، ۱۱۲/۱). برای اثبات این نظریه، به ماده‌ی: ۶۵۸ قانون مدنی استناد شده است.



## ۲-۱-۲. عنصر معنوی

از ماده‌ی: ۳۰۶ قانون مدنی، این گونه استنباط می‌شود که مدیر، در صورتی می‌تواند برای مخارجی که هزینه نموده است، به مالک، رجوع کند که به قصد احسان و نیکی کردن به او اقدام کرده باشد. شخص فضول باید با این قصد که در جهت مصلحت مالک اقدام می‌نماید، مبادرت به اداره اموال او نماید. مورد دیگری را می‌توان مثال زد که سوء نیت، موجود نیست، اما قصد احسانی هم وجود ندارد، یعنی: حالتی که شخص، بدون داشتن قصد احسان، کمکی به دیگری می‌نماید، حال، آیا در این حالت می‌تواند با طرح دعوای اداره فضولی به مالک مراجعه کند؟ فرض شود: کشاورزی در هنگام آبیاری، بدون اینکه قصد احسان در حق دیگری داشته باشد، اتفاقاً و حسب اشتباه، زمین دیگری را آبیاری می‌نماید، حال، اگر واقعاً، مالک این زمین، در موقع مناسب، قادر به انجام این عمل نبوده، آیا شخصی که به اشتباه، ملک او را آبیاری نموده، می‌تواند با طرح دعوی اداره‌ی فضولی، بابت عمل خود، مطالبه‌ی اجرت نماید؟ مطمئناً، در این فرض نیز با طرح این دعوی، چیزی عاید او نخواهد شد؛ اما با طرح دعوای دارا شدن بلاجهت، شاید بتوان به نتیجه رسید. در اینجا، تفاوت این فرض، با مواردی که شخصی غاصبانه در ملک دیگری، تصرف می‌نماید، آشکار می‌گردد؛ زیرا در مورد غاصب، از طریق دعوای دارا شدن بلاجهت هم چیزی عاید او نمی‌گردد (حیاتی، ۱۳۸۰، ۱۸۶).

## ۲-۲. مبانی اداره فضولی مال غیر

از بدیهات شرعیه، این است که هر شخصی برای تصرف در مال خود، آزاد است و هیچ کس، حق ندارد معترض این آزادی گردد؛ بنا بر این، برای هیچ کس جایز نیست مال دیگری را بگیرد، یا بدون حق، در آن، تصرف کند و اگر چنین کرد، ظالم و غاصب شمرده می‌شود. همچنین، کسی حق ندارد مال دیگری را تغییر دهد، بر آن بیفزاید یا از آن ببخشد؛ مگر اینکه مالک، آن را اجازه داده باشد. هر تصرف مخالف این قاعده، جز در شرایط استثنایی، محکوم به بطلان است. از جمله موارد استثنایی برای تجویز تصرف در مال غیر، فراهم آمدن شرایط اداره‌ی مال غیر است که شرع، اجازه می‌دهد به منظور حفظ مال غیر و جلوگیری از تلف آن، هر شخصی به اداره‌ی اموال غایب، محجور و امثال آنها بپردازد.

قاعده‌ی: الضرورات تبيح المحظورات، در فقه اسلام، منشأ بسیاری از احکام قرار گرفته و می‌گیرد. در حقوق اسلام، انسان‌ها در صورتی مکلف هستند که در شرایط عادی به سر برند و هیچ گونه ضرورتی، بر شرایط، حکمفرما نباشد. این قاعده، در زمینه‌ی احکام تکلیفی و احکام وضعی، جریان دارد و مستند آن را آیات شریفه: «الا ما اضطررتم اليه» (انعام/۱۱۹) و «من اضطر غیر باغ و عاد» (بقره/۱۷۳) دانسته‌اند. به استناد این قاعده، اگر بقای حرمت تصرف در مال غیر، یا حرمت اکل میته و شرب خمر، موجب وارد آمدن ضرری بر جان شخص، یا حتی حیوانی شود، این حرمت، برداشته

می‌شود و مثلاً، اکل مال غیر، جایز می‌شود، نهایت، این شخص، باید از عهده‌ی ضمان آن برآید (عامری، ۱۳۸۱، ۱۴۵).

### ۳-۲. شرایط تحقق اداری فضولی مال غیر

برای اینکه اداری فضولی، تحقق پیدا کند و به عبارتی، شرایط مندرج در ماده‌ی: ۳۰۶ حاصل شود، لازم است که اولاً، مدیر فضولی، در اموال مالک، مداخله کند؛ ثانیاً، این دخالت باید با قصد احسان و نیکی کردن باشد؛ ثالثاً، مالک، خودش، قادر به اداری اموال خود نباشد و رابعاً، مداخله‌ی مدیر فضولی، باید ضروری باشد.

لازم است مدیر فضولی، در اموال دیگری، به نحوی، دخالت کند؛ مانند اینکه همسایه، خانه همسایه‌اش را تعمیر کند، یا ناخدای کشتی، کشتی دیگری را که در حال غرق شدن می‌بیند، به کمک آن شتابد و آن را از غرق شدن نجات دهد، یا شخص، اسبی را که لگام گسیخته، مهار نماید و دوستی، دین دوستش را پردازد.

در مثال‌های مذکور، ملاحظه می‌گردد که اعمال مدیر فضولی، ممکن است به دو صورت انجام شود: الف) به صورت عملی مادی، مانند: تعمیر خانه همسایه، نجات کشتی؛ ب) به صورت عمل حقوقی، مانند: پرداخت دین دیگری، قبول هبه‌ای که برای مالک، ایجاب شده است و فروش میوه‌های باغ مالک که در معرض تلف هستند (سنهوری، ۱۴۱۲، ۴۰۵/۲).

### ۳. حسن نیت در ارتکاب فعل زیانبار

قاعده‌ی احسان، یکی از قواعد مسلم فقهی نظام حقوقی اسلام، نشانگر این است که حکمی کلی در مورد عدم ضمان محسنین و نیکوکاران وجود دارد و در موارد مختلف، این حکم کلی، مورد استفاده قرار گرفته و هرگاه شخصی، محسن، تلقی شده است، محسن انگاشتن او برابر شده است با عدم لزوم وی به جبران خسارت ناشی از اقدام نیکوکارانه‌ی او.

بنا بر این، قاعده‌ی احسان، حاکی از رفع ضمان یا سقوط ضمان فرد محسن و نیکی کننده است؛ البته، در صورت وجود شرایط احسان و سایر ضوابط لازم.

### ۳-۱. اثر قاعده‌ی احسان در سقوط ضمان ید

قاعده‌ی احسان، یکی از عوامل رافع مسئولیت ناشی از ضمان ید، گاه، به صورت مستقیم و گاه، به صورت یکی از منابع و مبانی سایر مسقطات، موجب تخصیص قاعده‌ی ضمان ید است؛ مثلاً، قاعده‌ی احسان، یکی از منابع قاعده‌ی استیمان ذکر شده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱، ۶/۲)؛ بدین نحو که امین، مال را با اذن مالک یا شارع، به جهت مصلحت مالک، اخذ می‌نماید و از این جهت، در زمره‌ی محسنین قرار می‌گیرد.

آنچه از آثار فقیهان بر می‌آید این است که برخی، آیه‌ی شریفه‌ی: « ما علی المحسنین من سبیل » را دلیل قاعده‌ی استیمان ذکر کرده‌اند ( مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۲۵۱/۱). استدلال این دسته از فقیهان، این است که نفعی ضمان و مسئولیت از شخص نیکوکار، به حکم عقل است و بنا بر این، امین که در امانتداری خود، به مصلحت مالک، اقدام کرده است، مشمول عموم حکم قرار می‌گیرد و به خصوص، با توجه به عدم تعدی و تفریط امین، ضامن دانستن او عملاً، قبیح است و قرآن نیز این حکم عقلی را تثبیت کرده است.

در امانات قانونی نیز قاعده‌ی احسان و مفاد آن مبنای امانت قانونی هستند؛ بدین علت که با تعریف و شناخت احسان و تطبیق آن با موارد امانت شرعی (قانونی)، به خوبی، این مسأله، درک می‌شود که مجوز دخالت در اموال دیگران، صرفاً، جنبه‌ی حمایتی داشته و به لحاظ وجود قصد کمک به مالک، قانونگذار، جواز تصرف در اموال غیر را صادر کرده است. به همین علت است که اگر برای مثال، شخصی، از غاصب یا حاکم، مالی را اخذ نماید، طبق قاعده‌ی ضمان ید، ضامن رد عین و در صورت تلف یا نقص آن، مسئول رد مثل یا قیمت یا جبران خسارت است؛ اما اگر مال، به قصد رد مال، به مالک باشد، در این صورت نمی‌توان او را با غاصب یکسان شمرد. قانون از چنین متصرف نیکوکاری، حمایت می‌کند ( انصاری، ۱۴۱۵، ۱۸۱/۱).

### ۲-۳. اثر قاعده‌ی احسان در سقوط ضمان اتلاف

اتلاف، در قانون مدنی، دومین سبب از اسباب ضمان قهری و موجبات ضمان شمرده شده است. قاعده‌ی اتلاف، شامل موارد حقوقی است که در آن‌ها حکم ضمان و مسئولیت شخص را برابر اتلاف اموال دیگران بیان می‌نماید. اکنون، سؤال، این است که آیا احسان می‌تواند حکم به ضمان توسط اتلاف را خنثی نماید و آن را تخصیص بزند، یا چنین امکانی وجود ندارد؟

برخی از فقها معتقد هستند: اگرچه قاعده‌ی احسان، قاعده‌ی علی الید را تخصیص می‌زند، اما در برخورد با قاعده‌ی اتلاف، برای سقوط ضمان ناشی از آن، ناتوان است؛ زیرا اتلاف، اطلاق دارد و قصد، محسن بودن یا نبودن در آن بی اثر است ( موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱، ۲۷۷/۲).

اما به نظر می‌رسد که این استدلال، خالی از ضعف نباشد؛ زیرا منبع اصلی قاعده‌ی اتلاف، این جمله است: « من اتلف مال الغير فهو له ضامن ». این عبارت، اصطیادی است و عین آن در کتب حدیث وجود ندارد، بلکه در بسیاری از نصوص، کلماتی که حاکی از مضمون این جمله باشد، وجود دارد ( خوبی، ۱۴۲۰، ۱۲۱/۳)؛ بنا بر این، با توجه به اینکه جمله‌ی مذکور، آیه یا حدیث نیست، اطلاق ندارد و نمی‌توان به اطلاق آن، عمل کرد. این، در حالی است که دلیل اصلی قاعده‌ی احسان، آیه‌ی قرآن می‌باشد و اطلاق و عموم، نسبت به آن، امکان پذیر است؛ بنا بر این، قاعده‌ی احسان می‌تواند قاعده‌ی اتلاف را تخصیص بزند.

اما اگر در مورد قاعده‌ی اتلاف هم قائل به اطلاق این دلیل شوند، در جایی که این دو قاعده، باهم تعارض پیدا می‌کنند، مطابق نظر مشهور، چنانچه هیچگونه ترجیحی در بین نباشد، هر دو دلیل، از اعتبار ساقط می‌شود؛ اما اگر به نحوی، موضوع تعارض برداشته شود، در این صورت، تعبداً، موضوع اتلاف، از متلف برداشته می‌شود و دیگر، قاعده‌ی اتلاف با قاعده احسان، تعارض پیدا نمی‌کند؛ بلکه احسان، بر اتلاف، مقدم می‌شود و این تقدم، از باب حکومت است ( لطفی، ۱۳۷۹، ۱۵۶/۱).

برخی از فقهاء، در مورد آیه‌ی شریفه‌ی: « ما علی المحسنین من سبیل »، قائل به همین مطلب شده‌اند و گفته‌اند که این جمله، بر ادله اثبات ضمان، حکومت دارد؛ در نتیجه، قاعده‌ی اتلاف، توسط قاعده‌ی احسان، تخصیص می‌خورد ( موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱، ۲/ ۲۷۹).

در مورد آیه‌ی شریفه‌ی: « ما علی المحسنین من سبیل » نیز گفته شد که این جمله، حکایت از عدم جعل سبیل بر محسنین، در قوانین شریعت دارد؛ بنا بر این، معنای نفی سبیل، در این آیه، خروج افراد محسن، از دایره تکلیف و ثبوت رخصت برای آن‌ها است. همچنین، این آیه، بر ادله‌ی احکام وصفیه، از قبیل ضمان نیز حاکم می‌باشد و دلالت دارد که ادله‌ی اولیه‌ی اثبات ضمان، محسن را شامل نمی‌شود؛ به عبارت دیگر، قاعده‌ی احسان و ادله و مبانی آن، از ادله‌ی ثانویه است و قواعد و ادله‌ی اثبات کننده ضمان، از ادله و قواعد اولیه می‌باشد و لسان جمله‌ی: « ما علی المحسنین من سبیل »، لسان شرح و تفسیر است که مقصود واقعی ادله‌ی ضمان را تشریح می‌کند و آن ادله را به شکل حکومت، در جهت، محدود می‌کند و تخصیص می‌زند ( فاضل لنکرانی، ۱۴۱۱، ۲۸۹/۱).

نتیجه اینکه ضمان اتلاف، ویژه موردی است که فعل، به قصد نیکوکاری انجام نگرفته باشد؛ به همین جهت نیز برخی، در تعریف ضمان اتلاف گفته‌اند: هرگاه اتلاف مال غیر، بدون اذن و رضای مالک و بدون قصد احسان به او صورت پذیرد، تلف کننده، ضامن است که مثل یا قیمت مالی را که تلف کرده است، به صاحب آن رد کند ( مصطفوی، ۱۳۸۴، ۱۹).

#### ۴. الگوی پیشنهادی

هدف پژوهش، بررسی قابلیت اعمال قاعده‌ی آتش نشان در نظام حقوقی ایران بود. چنین نتیجه شد که این قاعده، در منابع حقوقی فعلی، صراحت نداشته و تنها، به موجب قواعد: احسان، لاضرر، اتلاف و تسبیب و همچنین، استناد به اصل: ۱۶۷ قانون اساسی، می‌توان این قاعده را اعمال نمود. ضمن اینکه رسیدگی به تشریفات این دعاوی، پیچیده بوده و ابتداء، خواسته‌ی جبران خسارت، علیه نجات دهنده، مطرح می‌گردد؛ بنا بر این، ممکن است به موجب استنادات مذکور، مسئولیت جبران خسارت، طی دعوی ثانوی، به نجات یافته انتقال یابد؛ اما با توجه به فقدان صراحت حقوقی و همچنین، عدم رأی وحدت رویه در این خصوص، این مهم، به صورت یک قاعده، در نظام حقوقی کشور، جایی نداشته

و قضات نیز الزامی به تبعیت از آن ندارند؛ بنا بر این، احتمال رد درخواست نجات دهنده، در خصوص انتقال مسئولیت جبران خسارت، به نجات یافته، ممکن است.

پیشنهاد می‌شود: قانونگذار، ضمن اضافه کردن مفادی به قانون مدنی، قانون مسئولیت مدنی و قانون مجازات اسلامی، نسبت به تصریح در وضعیت مسئولیت‌های کیفری و مدنی، و همچنین قابلیت انتقال آن به نجات یافته، اقدام نماید. ضمن اینکه نسبت به ساده سازی تشریفات رسیدگی به موضوع، تحت عنوان یک دادخواست، در نظام قضائی اقدام نماید.

در صورت اعمال قاعده‌ی آتش نشان در نظام حقوقی ایران، می‌بایست اصلاحاتی در قوانین مدنی و کیفری صورت پذیرد که ذیلاً، به بحث در این خصوص، پرداخته شده است.

#### الف) اصلاح قانون مدنی

قانون مدنی، چندان در خصوص جبران خسارت صراحت ندارد؛ البته، حسب برخی قواعد این منبع حقوقی، می‌توان استثنائات ارکان ثلاثه را یافت؛ برای مثال، بحث دعاوی پیشگیرانه در قانون مدنی مطرح بوده و به موجب ماده‌ی: ۱۱۴ همین قانون، «هیچیک از شرکاء، نمی‌تواند دیگری را اجبار بر بنا و تعمیر دیوار مشترک نماید؛ مگر اینکه دفع ضرر، به نحو دیگر ممکن باشد». به این نوع دعاوی، پیشگیرانه گفته شده و در حالی که هنوز خسارتی ایجاد نشده است، افراد، ملزم به جبران خسارت می‌شوند؛ بنا بر این، می‌توان جنبه‌هایی از قانون مدنی را استثنائی بر ارکان ثلاثه دانست که قانونگذار، به خلط برخی مسائل آن، توجهی ننموده است.

اما، در تفسیر موسع این مواد می‌توان چنین بیان داشت که دفع خطر احتمالی واجب بوده است و قاعده‌ی مسئولیت مدنی و ارکان ثلاثه انتساب آن، مطلق نیست؛ هرچند که این تفسیر، عام و مستلزم استناد حقوقی است. در خصوص ذی نفع بودن از خسارت، تنها خسارت مشترک مذکور در قانون دریایی، صراحت داشته و به موجب ماده‌ی: ۱۸۵ این قانون، در صورتی که حفظ سلامت کشتی، مستلزم تقدیه‌ی کالای درون کشتی باشد، می‌بایست آن کالا را به دریا انداخت و یا در صورت لزوم، برای سوخت، استفاده کرد. در این صورت، خسارت وارده، محاسبه شده و به تناسب سهم، در کل بار کشتی، بین ذی نفعان، تقسیم می‌شود.

بنا بر این، می‌بایست تأسیسی با عنوان: ذی نفعی از ایجاد خسارت، در قانون مدنی ذکر شود، تا به موجب آن، مسئولیت جبران خسارتی که با هدف حفاظت از جان و مال فردی دیگر انجام شده، به ذی نفع، منتقل گردد؛ چنانچه مشابه این مهم، در قانون دریایی، وجود دارد؛ البته، انگیزه و نیت مثبت در این باره می‌بایست از شروط انتساب محسوب شود؛ چراکه ایجاد خسارت عمدی در حیطه حقوق کیفری مستوجب مجازات خواهد بود.

### ب) اصلاح قانون مسئولیت مدنی

منبع حقوقی مذکور، نسبتاً، مختصر بوده و تنها در ماده‌ی نخست، ارکان ثلاثه را برشمرده است. در مواد دیگر، به برخی مصادیق مسئولیت مدنی، اشاره شده است، لیکن کامل به نظر نمی‌رسد؛ اما، در جریان تعریف مسئولیت مدنی جبران خسارت، هیچ تبصره، یا استثنائی، ذکر نشده است و بنا بر این، قاعده‌ی مذکور، در حال حاضر، مطلق فرض می‌شود؛ البته، بحث نیت و انگیزه، عمدتاً، در حقوق کیفری، مورد بحث است که جنبه‌ی جبران خسارت مادی نیز به این رسته، مرتبط نیست. از طرف دیگر، انگیزه و نیت، در حقوق خصوصی، جایگاه چندانی ندارد؛ بنا بر این، نیاز است که در خصوص اثر انگیزه بر مسائل حقوق خصوصی، تأسیسی صورت پذیرد. با توجه به ذکر مصادیق پراکنده از مسئولیت مدنی در این منبع حقوقی، نیاز بود که قانونگذار در خصوص خسارات عمدی ایجاد شده‌ی بدون سوء نیت، مطالبی بیان داشته و در این قسمت، در خصوص انتقال مسئولیت مدنی نیز صراحت به خرج دهد.

در حال حاضر، مسئولیت جبران خسارت به موجب قراردادهایی همچون: بیمه، قابل انتقال است؛ البته، بیمه‌ی قراردادی، اختیاری بوده، لیکن انتقال قهری این مسئولیت نیز جای تأسیسی جدید دارد؛ بنا بر این، انتظار می‌رود که حتی به فرض عدم اشاره مستقیم به قاعده‌ی آتش نشان، در تبصره‌ی قانونی، بحث انتقال قهری جبران خسارت، به پیش کشیده شود، تا زمینه‌ی استناد قضات به آن، فراهم شود.

### ج) اصلاح قوانین کیفری

طبیعتاً، ماهیت حقوق کیفری، پذیرای بحث جبران خسارت مادی نیست؛ اما، ممکن است خسارت جانی، با هدف ممانعت از خسارتی سنگین‌تر ایجاد شود؛ چنانچه بیان شد، ماده‌ی: ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی که ذیل فصل دوم این قانون، با عنوان: «موانع مسئولیت کیفری» جای گرفته است، اضطراب را از موانع مسئولیت کیفری برشمرده است؛ البته، برای محسوب شدن در این ماده، شروطی ذکر شده که پیش‌تر به آن، اشاره شد، اما، دو خلاً، در این ماده، مشهود است: اولاً، اینکه در خصوص معافیت مطلق یا جزئی از مسئولیت کیفری، صحبتی نشده، ثانیاً، به شخصی یا قابل انتقال بودن مسئولیت اشاره‌ای نشده است؛ برای مثال، قتل، توسط شخص مست، که از عوامل رافع مسئولیت کیفری است، تنها، موجب رافعیت از مسئولیت قصاص خواهد شد، لیکن دیه‌ی کامل قتل بر قاتل محرز است. این مهم، با وجود عدم صراحت قانون مجازات اسلامی، در ادبیات و عرف حقوقی، جای گرفته است. البته، دفاع مشروع، حسب صراحت کامل تبصره‌ی سوم ماده‌ی: ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی، حتی از پرداخت دیه نیز معاف است؛ به فرض ارتکاب قتل، توسط مجنون، با وجود معافیت وی از قصاص، دیه می‌بایست توسط عاقله پرداخت شود.

به احتمال قوی، در وضعیت اضطرار، پرداخت دیه، محفوظ است و مجرم از مجازات‌های تعزیری، دیه یا حد معاف می‌شود؛ از این رو، اولاً، نیاز است که در خصوص تمامی عوامل رافع مسئولیت کیفری، وضعیت پرداخت دیه، به صورت صریح، در منبع حقوقی مذکور مشخص شود، ثانیاً، در خصوص انتقال آن نیز صراحت به خرج داده شود، همان طور که در خصوص پرداخت دیه توسط عاقله و عدم پرداخت دیه در دفاع مشروع، قانونگذار، صراحت به خرج داده است.

بنا بر این، نیاز است که ضمن اعلام وضعیت پرداخت دیه در حالت عمومی، برای کلیه عوامل موجهه‌ی جرم یا موانع مسئولیت کیفری، ضمن اضافه شدن تبصره، به ماده‌ی: ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی، در خصوص انتقال این مسئولیت، به ذی نفع، صراحت لازم، به خرج داده شود.

### نتیجه‌گیری

چنین نتیجه شد که قاعده‌ی آتش نشان، در منابع حقوقی فعلی، صراحت نداشته و تنها، به موجب قواعد: احسان، لاضرر، اتلاف و تسبیب و همچنین، استناد به اصل: ۱۶۷ قانون اساسی، می‌توان این قاعده را اعمال نمود.

قانون مدنی چندان در خصوص جبران خسارت صراحت ندارد؛ البته، حسب برخی قواعد این منبع حقوقی، می‌توان استثنائات ارکان ثلاثه را یافت. در تفسیر موسع، می‌توان چنین بیان داشت که دفع خطر احتمالی واجب بوده و قاعده‌ی مسئولیت مدنی و ارکان ثلاثه انتساب آن مطلق نیست. در خصوص ذی نفع بودن از خسارت، تنها، خسارت مشترک مذکور در قانون دریایی، صراحت داشته و خسارت وارده، محاسبه شده و به تناسب سهم، بین ذی نفعان، تقسیم می‌شود.

می‌بایست تأسیسی با عنوان: ذی نفعی از ایجاد خسارت، در قانون مدنی ذکر شود، تا به موجب آن، مسئولیت جبران خسارتی که با هدف حفاظت از جان و مال فردی دیگر، انجام شده، به ذی نفع، منتقل گردد؛ چنانچه مشابه این مهم در قانون دریایی وجود دارد.

یکی از سیاست‌های قانونی، می‌تواند افزایش انگیزه برای کمک به هموعان باشد. جدا از مسائل قانونگذاری، ممکن است رویه‌ی قضائی و تشریفات دادرسی این موضوعات، بسیار زمان‌بر و دست و پاگیر باشد. در خصوص کمک به دیگران، می‌بایست رویه‌ی قضائی معتدلی را با این هدف انتخاب کرد که افراد در اجرای این فعل، دارای اختیار لازم بوده و از ترس پیگیری‌های پیچیده‌ی قضائی از این اقدام، خودداری نمایند.

### کتاب‌شناسی

#### قرآن کریم.

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۱ق)، لسان العرب، قم، دارالکتب.
۲. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، (۱۳۴۷)، حقوق تعهدات، تهران، گنج دانش.
۳. انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۳۶۸)، کتاب المکاسب، قم، انتشارات علامه.
۴. انصاری، محمد علی، (۱۴۱۵ق)، موسوعة الفقهية المسيرة، قم، مجمع فکر اسلامی.
۵. تفسیلی، ابوالفضل، (۱۴۱۰ق)، وجوه القرآن، قم، دارالکتب.
۶. حجازی، عبدالحی، (۱۴۰۹ق)، استفتائات، قم، دارالکتب.
۷. حراج، علیرضا؛ پورمحمد، اباست؛ بشیری، اکبر، (۱۴۰۳)، اجرای احکام مدنی خسارات روحی در حقوق ایران و انگلستان، آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، شماره: ۱، ص ۲۳-۴۲.
۸. حیاتی، علی عباس، (۱۳۸۰)، اداره فضولی مال غیر در حقوق مدنی ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق مصر و فرانسه، مجله حقوقی دادگستری، شماره: ۳۷، ص ۱-۲۵.
۹. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۲۰ق)، مصباح الفقاهه، قم، دارالکتب.
۱۰. سنهوری، عبد الرزاق احمد، (۱۴۱۲ق)، نظریه عمومی تعهدات، بیروت، انتشارات محمد الدآیه.
۱۱. طبرسی، فضل بن حسن، (۱۴۲۲ق)، مجمع البیان، قم، دارالکتب.
۱۲. عامری، پرویز، (۱۳۸۱)، مبانی اداره مال غیر در اسلام، مجله رهنمون، شماره: ۱، ص ۱-۳۳.
۱۳. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۴۱۱ق)، القواعد الفقهية، قم، دارالکتب.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۰)، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، تهران، انتشارات بهمن برنا.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۱)، وقایع حقوقی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری)، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۷. لطفی، اسد الله، (۱۳۷۹)، قاعده احسان، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره: ۵۲، ص ۱-۳۳.
۱۸. لطفی، اسد الله، (۱۳۷۹)، موجبات و مسقطات ضمان، تهران، انتشارات مجد.
۱۹. مراغه‌ای، میر عبدالفتاح، (۱۴۱۸ق)، العناوین الفقهية، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۰. مصطفوی، سید مصطفی، (۱۳۸۴)، احسان، منبع مسئولیت، فقه و حقوق، شماره: ۶، ص ۱-۳۳.
۲۱. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۱ق)، القواعد الفقهية، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع).
۲۲. موسوی بجنوردی، میرزا حسن، (۱۳۷۱)، القواعد الفقهية، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.





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.2, Issue 10, Summer 2024, P: 37-56

**Receive Date:** 2024/01/18**Revise Date:** 2024/05/15**Accept Date:** 2024/06/06**DOI:** 10.71654/jcl.d.2024.1123573**Article type:** Original Research**Online ISSN:** 2821-2339

## The Effect of Gender Change on the Criminal Characteristics of the Parent in Imami Penal Jurisprudence

Akram Tavakkoli Kivi<sup>1</sup>Uones Vahed Yarijan<sup>2</sup>Sayyed ali jabbar golbaghi masouleh<sup>3</sup>Maryam Ibbetorab<sup>†</sup>

### Abstract

The ability of medical science in discovering and proving the gender of neutral persons and treating a group of patients with gender non-believing identity and providing the speech about the possibility of gender change, the explanation of jurisprudence and legal verdicts of gender-changed people has been included in the list of discussions of contemporary jurisprudence. Gender is one of the effective variables in issuing a number of criminal sentences. The study of the written literature of Imami penal jurisprudence shows that sometimes, the description of being a parent is observed and favored in the implementation of a crime and the issuance of a verdict; Therefore, the parent, in case of committing a crime of which the parent is the victim or the plaintiff in a criminal case, has special criminal privileges and punishments. The following article, with the aim of explaining the criminal policy of Imami penal jurisprudence in the assumption of gender changing of the parent who commits the aforementioned crimes, by turning to the contemporary literature of Imami jurisprudence and identifying and analyzing the approaches and reasons of contemporary Shia jurists, has surveyed the effect of gender changing of the parent on the criminal professional verdicts and criminal exemptions and has reached the conclusion that the change of the parent's gender change does not affect his special verdicts and criminal privileges.

**Keywords:** gender change, parent's criminal characteristics, parent's criminal privileges, parent's specific criminal verdicts.

1. Ph.D. student of jurisprudence and principles of Islamic law, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. [akram.tavakkoli2014@gmail.com](mailto:akram.tavakkoli2014@gmail.com).

2. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. (Corresponding Author). [vahedyarijanyounes@gmail.com](mailto:vahedyarijanyounes@gmail.com).

3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Lahijan Branch, Islamic Azad University, Lahijan, Iran (Corresponding Author). [pm.sadra87@gmail.com](mailto:pm.sadra87@gmail.com).

4. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. [ebnetorab@gmail.com](mailto:ebnetorab@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 ۲ - شماره پیاپی ۱۰ - تابستان ۱۴۰۳، ص ۳۷-۵۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۱۷

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۲/۲۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۲۸

DOI:10.71654/jclld.2024.1123573

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

## تأثیر تغییر جنسیت بر خصایص کیفری والد در فقه جزای امامیه

اکرم توکلی کیوی<sup>۱</sup>

یونس واحد یاریجان<sup>۲</sup>

سید علی جبار گل‌باغی ماسوله<sup>۳</sup>

مریم ابن تراب<sup>۴</sup>

### چکیده

توانایی دانش پزشکی در کشف و اثبات جنسیت اشخاص خنثی و درمان گروهی از بیماران هویت ناباور جنسیتی و فراهم آمدن سخن از امکان تغییر جنسیت، تبیین احکام فقهی و حقوقی افراد تغییر جنسیت داده را در فهرست مباحث فقه معاصر قرار داده است. جنسیت، یکی از متغیرهای مؤثر در صدور شماری از احکام کیفری است. مطالعه‌ی ادبیات مکتوب فقه جزائی امامیه، نمایان می‌دارد که گاه، وصف والد بودن، در تحقق جرم و صدور حکم، ملحوظ و مورد التفات است؛ از این رو، والد، در صورت ارتکاب جرمی که ولد، بزه دیده و یا شاکی دعوی کیفری است، از امتیازات و احکامی اختصاصی جزائی، برخوردار است. نوشتار پیش رو، با هدف تبیین سیاست کیفری فقه جزائی امامیه در فرض تغییر جنسیت والد مرتکب جرایم مذکور، با روی نهادن به ادبیات معاصر فقه امامیه و شناسایی و تحلیل دیدگاه‌ها و دلایل فقیهان معاصر شیعه، تأثیر تغییر جنسیت والد را بر احکام اختصاصی جزائی و معافیت‌های کیفری او، مورد بررسی قرار می‌دهد و به این نتیجه نایل گردیده است که تغییر جنسیت والد، بر احکام اختصاصی و امتیازات کیفری او، اثرگذار نیست.

واژگان کلیدی: تغییر جنسیت، خصایص کیفری والد، امتیازات کیفری والد، احکام اختصاصی جزائی والد.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. [akram.tavakkoli2014@gmail.com](mailto:akram.tavakkoli2014@gmail.com)

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

[vahedyarijanyounes@gmail.com](mailto:vahedyarijanyounes@gmail.com)

۳. استادیار گروه فقه و حقوق، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران (نویسنده مسئول). [pm.sadra87@gmail.com](mailto:pm.sadra87@gmail.com)

۴. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. [ebnetorab@gmail.com](mailto:ebnetorab@gmail.com)

بررسی متون فقه جزائی امامیه و حقوق کیفری ایران، نشان می‌دهد که جنسیت، یکی از متغیرهای دخیل در شماری از قواعد و احکام کیفری است (قائنی ۱۴۲۴، ۳۳۸/۲-۳۳۹)؛ اندک التفات به مواردی مانند: تفاوت مجازات تکرار جرم قوادی، بین مرد و زن، تفاوت مجازات مرد و زن مرتد، لزوم پرداخت فاضل دیه در قصاص جانی مرد در صورت ارتکاب جنایت عمدی قتل و قطع عضو زن و تفاوت دیه‌ی مرد و زن در مازاد ثلث، بر این سخن، گواهی می‌دهد و رجوع به مواد: ۲۳۳، ۲۳۸، ۲۴۳، ۳۸۲، ۳۸۸، ۵۵۰، ۵۶۰، قانون مجازات اسلامی نیز واقعیت بیان شده را تأیید می‌کند.

همچنین، بررسی ادبیات مکتوب فقه و حقوق کیفری شیعه، از وجود احکامی گزارش می‌دهد که از خصایص کیفری پدر است؛ برای نمونه، می‌توان از عدم اجرای حد قذف بر پدر در صورت قذف فرزند، عدم اجرای حد سرقت بر پدر در صورت سرقت مال فرزند از حرز و عدم قصاص پدر، در صورت ارتکاب قتل عمد فرزند، نام برد و مواد: ۲۵۹، ۲۶۰ (تبصره)، ۲۶۸، ۳۰۱، قانون مجازات اسلامی نیز ناظر بر موارد مذکور است.

رشد شاخه‌های دانش پزشکی و دستیابی آن‌ها به فن‌آوری‌های نوین که به امکان تعیین جنسیت جنین، درمان و رفع برخی از اختلالات جنسیتی و کشف و اثبات جنسیت شماری از افراد خنثی، انجامیده است، سخن از گمانه و امکان تغییر جنسیت و درمان بیماران تراجنسیتی را از طریق تغییر جنسیت، فراهم ساخته است.

چنانکه اشاره رفت، شماری از احکام جزائی و کیفری، بر جنسیت افراد، مبتنی و معطوف است؛ بدین گونه که برای هر یک از زن و مرد، حکمی متفاوت از دیگری مفروض است؛ از این رو، تغییر جنسیت فرد واحد، از جنسیت گذشته به جنسیت جدید، با پرسش از وضعیت احکام کیفری او، رو به رو است. برخی از متقاضیان تغییر جنسیت، مردان مزدوج دارای فرزند و واجد عنوان پدر و والد هستند و از جمله‌ی فروع و احکام جزائی و کیفری، خصایص کیفری والد است که پیش از این، نمونه‌هایی از آن، بیان شد.

نوشتار حاضر، صرف نظر از امکان یا عدم امکان وقوعی تغییر جنسیت و بدون التفات به حکم تکلیفی آن - اینکه امری مطلقاً مشروع و یا مطلقاً غیر مشروع و یا در برخی از فروع و با لحاظ شرایطی، مشروع است - مترصد تبیین وضعیت خصایص کیفری والد، در صورت تغییر جنسیت پدر، در نظام فقه و حقوق کیفری شیعه است و در این راستا، در پژوهشی نظری و کتابخانه‌ای و به روش توصیفی تحلیلی، بر نیل پاسخ به این پرسش، اهتمام دارد که تغییر جنسیت پدر، چه تأثیری بر خصایص کیفری او دارد؟ وضعیت خصایص کیفری این پدر تغییر جنسیت داده چگونه است؟ خصایص کیفری والد، از حقوق مکتسبه‌ای است که تغییر جنسیت، بر آن، اثر گذار نیست و پدر تغییر جنسیت داده، پس

از تغییر جنسیت نیز در شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد است و از آن، برخوردار است و یا تغییر جنسیت، از موجبات سقوط و زوال خصایص کیفری والد است و والد تغییر جنسیت ده، از شمول موضوع و حکم خصایص کیفری، بیرون است و از آن، بی بهره است؟

ناگفته نماند: موضوع مورد سخن، دارای فروضی چند است؛ چه اینکه گاه، تغییر جنسیت، پیش از ارتکاب جرم است؛ گاه، تغییر جنسیت، پس از ارتکاب جرم است و تنفیذ حکم کیفری است و گاه، تغییر جنسیت، پس از ارتکاب جرم و پیش از تنفیذ حکم است و دو فرض اخیر، از موضوع بحث، خارج هستند؛ زیرا ملاک و معیار حصول مسئولیت کیفری و استحقاق تحمیل مجازات و شئون مرتبط با آن، فعلیت به هنگام ارتکاب جرم است و در دو فرض بیان شده، مرتکب بزه، به هنگام ارتکاب جرم، واجد وصف والد است و از این رو، از خصایص کیفری والد، برخوردار است؛ چنانکه شمول اطلاقات و جریان استصحاب، در صورت تردید نیز مقتضی آن است (صدر، ۱۴۲۰، ۱۴۰/۶-۱۴۱)؛ بنا بر این، موضوع بحث، تنها، به موردی اختصاص دارد که تغییر جنسیت، پیش از ارتکاب جرم است؛ چه در این فرض، بزه، در جنسیت جدید، ارتکاب یافته است و ظاهراً، به جهت معهودیت عنوان والد با جنس مذکر، در پی تغییر جنسیت پدر به جنس مخالف، این تردید وجود دارد که بتوان او را پدر و والد خواند تا در شمول بهره مندی از خصایص کیفری والد قرار گیرد.

همچنین، نمی‌توان بیان این نکته را فرو گذاشت که اگرچه، در ادبیات فقه امامیه، خصایص والد، هم در امور مدنی و هم در امور کیفری، مشهود و موضوع بحث است، ولی فقیهان معاصر، ظاهراً، تنها، به بحث درباره‌ی وضعیت خصایص والد در امور مدنی، در صورت تغییر جنسیت پدر، روی آورده‌اند و قلم فرسوده‌اند و سخن را درباره‌ی وضعیت خصایص والد در امور کیفری، در صورت تغییر جنسیت پدر، فرو گذاشته‌اند؛ گواه مدعی، اینکه ادبیات مکتوب فقه معاصر، از وجود نوشته‌ای و یا اظهار نظری درباره‌ی وضعیت خصایص والد در امور کیفری، در صورت تغییر جنسیت پدر، گزارش نمی‌دهد تا بررسی و مورد نقض و ابرام قرار گیرد. جستجو در سامانه‌های تخصصی پژوهش‌های دانشگاهی نیز از وضعیتی مشابه، حکایت دارد؛ از این رو، نوشتار حاضر، به جهت مشابهت مشهود بین خصایص والد در امور مدنی و امور کیفری، ناگزیر، به روی نهادن و آیین‌سازی سخنان فقیهان معاصر درباره‌ی خصایص والد در امور مدنی، در صورت تغییر جنسیت پدر، جهت گمانه‌سازی دیدگاه فقه معاصر امامیه، درباره‌ی وضعیت خصایص والد در امور کیفری، در صورت تغییر جنسیت پدر است. در این نوشتار، مشاهده‌ی ارجاع به نوشته‌های فقهی فقیهانی که خصایص والد را در امور مدنی در صورت تغییر جنسیت پدر موضوع سخن و بحث ساخته‌اند، از این خواستگاه، توجیه می‌پذیرد.

## ۱. تغییر جنسیت

ترکیب واژگانی تغییر جنسیت، که ظاهراً از زبان فارسی به ادبیات معاصر فقه شیعه راه یافته است، ابتداءً در حوزه‌ی فقه مسائل مستحدثه، استعمال و تداول می‌یابد ( موسوی خمینی، بی‌تا، ۶۲۷/۲؛ مشکینی، بی‌تا، ۱۵۳؛ مؤمن، ۱۴۱۵، ۱۰۳؛ مؤمن، ۱۳۷۵، ۹۱؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۹۱، ۵؛ خرازی، ۱۳۷۹، ۱۰۴؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳، ۴۴۷/۲۹ ) و در گذر زمان، اکنون، در متن ادبیات فقه امامیه، در مباحثی مانند: مکاسب محرمة ( منتظری، ۱۴۱۵، ۵۱۷/۲؛ نجفی، ۱۳۸۷، ۲۹۵/۱؛ خرازی، ۱۴۲۳، ۱۱۹/۳ ) و فقه پزشکی ( محسنی قندهاری، ۱۴۲۴، ۱۱۱/۱؛ قائنی، ۱۴۲۴، ۳۳۷/۲ ) جای دارد.

اصطلاح شناسی فقه شیعه، از تداول ترکیب واژگانی تغییر الجنس ( مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ۴۲۳/۱؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۹۲، ۴۰۳؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۹۷، ۱۹؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۲، ۳۸۲/۵؛ حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۰، ۳۴/۲؛ محسنی قندهاری، ۱۴۲۴، ۱۱۱/۱؛ فضل الله، ۱۴۱۹، ۲۲۶؛ قائنی، ۱۴۲۴، ۳۳۷/۲؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۴۷۸/۱۱ ) و استعمال تبدیل الجنس، ( صدر، ۱۴۲۰، ۱۳۳/۶ ) در کنار اصطلاح تغییر الجنسیة گزارش می‌دهد. شاید بتوان عدم استقبال را از کاربرد ترکیب واژگانی تبدیل الجنس، در کژتابی احتمالی حاصل از تداول و مصطلح بودن آن در معنایی دیگر، در شماری از ابواب فقهی جست.

اصطلاح تغییر جنسیت، ترکیبی از دو واژه‌ی تازی: تغییر و جنسیت است. تغییر، مصدر باب تفعیل: عَیَّرَ یُعَیِّرُ، به معنای تبدیل و دگرگون ساختن شیئی به آن چیزی که پیش از این نبوده است؛ ازاله‌ی شیئی از چیزی که پیش از این بوده است، به گونه‌ای که واجد حالت و وضعیتی متفاوت از حالت و وضعیت پیشین گردد؛ تبدیل و تحویل شیئی به چیزی متفاوت از آن چیزی که قبلاً بوده است؛ تبدیل و دگرگون کردن شیئی به صورتی دیگر غیر از صورت اولیه‌ی آن است ( فیومی، بی‌تا، ۴۵۹/۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ۴۰/۵؛ حسینی زبیدی، ۱۴۱۴، ۳۳۲/۷؛ طریحی، ۱۴۱۶، ۴۳۲/۳؛ هارون، بی‌تا، ۶۷۴/۲ ).

واژه‌ی جنسیت، مصدر جعلی و به معنای: رجولیت یا انوثیت، مذکر و یا مؤنث بودن، اصطلاحی جدید است که در گذشته، در محاورات و نوشته‌های زبان عربی و فارسی، متداول نبوده است ( دهخدا، ۱۳۷۷، ۷۸۷۶/۵؛ هارون، بی‌تا، ۱۴۰/۱ ). از دیرباز، واژه‌ی جنس، در لغت عرب، به معنای قسم و گونه‌ای از هر چیز، و مفهومی جامع افراد دارای حقایق مختلف، مستعمل و مصطلح بوده است ( فیومی، بی‌تا، ۱۱۱/۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ۴۳/۶؛ حسینی زبیدی، ۱۴۱۴، ۲۳۱/۸؛ طریحی، ۱۴۱۶، ۵۹/۴ ).

بنا بر این، ترکیب واژگانی تغییر جنسیت در لغت، به معنای تبدیل و دگرگون ساختن مذکر به مؤنث و مؤنث به مذکر، زن شدن مرد و مرد شدن زن است؛ چنانکه عرف نیز در استعمال و استعمال این ترکیب واژگانی، فهمی متفاوت از معنای مذکور ندارد.

بررسی ادبیات فقه معاصر نشان می‌دهد: فقیهان امامیه، تعریفی خاص برای ترکیب و ازگانی تغییر جنسیت ندارند و این اصطلاح را با لحاظ همان معنای لغوی و فهم عرفی، موضوع سخن ساخته‌اند ( موسوی خمینی، بی تا، ۶۲۸/۲؛ صدر، ۱۴۲۰، ۱۳۳/۶؛ مشکینی، ۱۳۷۷، ۱۵۳؛ خرازی، ۱۳۷۹، ۱۰۴؛ خرازی، ۱۴۲۳، ۱۱۹/۳؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۹۱، ۶؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۹۲، ۴۰۵، ۴۱۵؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۹۷، ۲۰-۱۹، ۳۱؛ قائنی، ۱۴۲۴، ۳۳۷/۲؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۴۷۸/۱۱؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳، ۴۴۷/۲۹).

در ادبیات مکتوب فقه امامیه، تغییر جنسیت، حسب نتیجه‌ی حاصل از اجرای عملیات پزشکی بر متقاضی آن، به دو گونه‌ی تغییر واقعی و تغییر ظاهری، تقسیم می‌شود؛ مراد از تغییر واقعی یا حقیقی، تبدیل کامل جنس مذکر به جنس مؤنث و بر عکس است؛ به گونه‌ای که پس از انجام عملیات پزشکی، مرد، واقعاً، واجد مجموعه‌ی ویژگی‌ها و کارکردهای جسمانی، روحی و رفتاری زن شود و زن نیز واقعاً، دارای مجموعه‌ی ویژگی‌ها و کارکردهای جسمانی، روحی و رفتاری مرد شود و البته، چنین چیزی، چنانکه شماری از متخصصان امر، اقرار دارند، امکان وقوع آن، اثبات و گزارش نشده است و از این رو، فعلاً و عادتاً، غیر ممکن است؛ هرچند که امروزه، فقهاء امامیه آن را موضوع سخن خویش ساخته‌اند و به بیان و بررسی احکام آن، بر فرض وقوع آن می‌پردازند.

تغییر ظاهری یا صوری، بدین معنی است که با برداشتن برخی از اعضاء بدن و تزریق شماری از هرمون‌های جنس مخالف، بعضی از ممیزات ظاهری مردانه و یا زنانه، از بین می‌رود و فرد، واجد برخی از ویژگی‌های ظاهری جنس مخالف می‌شود، بدون اینکه حقیقت جنسی او تغییر و تبدیل یابد و دارای ویژگی‌ها و کارکردهای واقعی جسمانی، روحی و رفتاری جنس مخالف شود. حاصل این اقدامات پزشکی، تنها و تنها، ایجاد تفاوت و دوگانگی بین ظاهر فرد و حقیقت و باطن جنسیتی او است؛ بدین گونه که ظاهر فرد، فاقد برخی از ویژگی‌ها و ممیزات جنسیت واقعی او و واجد برخی از ویژگی‌های غیر اصلی جنسیت مخالف است، بدون اینکه واقعاً، به جنس مخالف بدل شود و توانایی‌های جنسیتی جنس مخالف را دارا باشد. از آنجا که این تغییر، ظاهری و ناقص انجام می‌یابد، به آن تغییر در جنس نیز گویند. فقیهان امامیه، به صراحت، گونه‌ی اخیر را از شمول عنوان تغییر جنسیت، خارج می‌دانند ( موسوی خمینی، بی تا، ۶۲۸/۲؛ صدر، ۱۴۲۰، ۱۳۳/۶، ۱۵۴؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ۴۳۳/۱؛ مشکینی، ۱۳۷۷، ۱۵۳-۱۵۴؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۹۱، ۵، ۸؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۹۲، ۴۰۵-۴۰۷؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۹۷، ۱۹-۲۱، ۳۱؛ خرازی، ۱۳۷۹، ۱۰۴؛ خرازی، ۱۴۲۳، ۱۱۹/۳؛ مؤمن، ۱۳۷۵، ۹۵؛ مؤمن، ۱۴۱۵، ۱۰۷؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۲، ۳۸۲/۵، ۳۸۳؛ محسنی قندهاری، ۱۴۲۴، ۱۱۱/۱؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۴۷۸/۱۱-۴۸۰؛ قائنی، ۱۴۲۴، ۳۳۸-۳۳۷/۲؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳، ۴۴۸-۴۴۷/۲۹).

## ۲. تراجنسیتی

ترکیب واژگانی تراجنسیتی، سامان یافته از پیشوند ترا - به معنای: فراسو، آن سو و از این سو به آن سو - مصدر جعلی جنسیت و یاء نسبت است که در دانش‌های روان پزشکی و روانشناسی، برای اختلالی جنسی، ناشی از مغایرت ایجاد شده میان هویت جنسی فرد و جنسیت پذیرفته شده‌ی او، مصطلح است.

اصطلاح تراجنسیتی یا بیماری هویت ناباوری جنسی،<sup>۱</sup> برای افرادی به کار برده می‌شود که هرچند از نظر ظاهری و ممیزات جنسیتی و اندام تناسلی، فاقد ابهام و در سلامت به سر می‌برند، ولی بدین جهت که گرایش‌ها و تمایلات جنسی درونی آنان با علائم جنسی بدن آنان، در تعارض و ناهماهنگ است، دچار اختلال هویت جنسی و پریشانی روحی هستند، از جنسیت فعلی خود ناراضی هستند و این ناخوشایندی جنسیتی، باعث آزار آنان و آثار منفی بر عملکرد روزانه و حس خوب نبودن می‌شود. اینان، خود را به جنس مخالف، متعلق می‌دانند و وفق رفتار جنس مخالف، رفتار می‌کنند و می‌کوشند خود را مطابق جنس مخالف درآورند؛ از لحاظ بدنی، مردانی همانند دیگر مردان، فاقد مشکل جسمی و جنسی هستند، ولی از نظر روحی، به قدری آشفته هستند که خود را زن و دارای روحی زنانه می‌پندارند که در جسم مردانه‌ی آنان گرفتار است؛ و یا زنانی همانند دیگر زنان، فاقد مشکل جسمی و جنسی هستند، ولی از نظر روحی، به قدری آشفته هستند که خود را مرد و دارای روحی مردانه می‌پندارند که در جسم زنانه‌ی آنان گرفتار است.

افراد مذکور که ناراضی جنسیتی و خنثای روانی نیز خوانده می‌شوند، به جهت هماهنگ سازی جسم آنان با تمایلات و گرایش‌های درونی جنسی آنان، نیازمند خدمات پزشکی هستند. اگر درمان‌های پزشکی و روان پزشکی و اقدامات روانشناختی، مفید و نتیجه بخش نگردد، عمل جراحی پزشکی، گزینه‌ای است که نهایتاً و به ناچار، به آنان پیشنهاد می‌شود تا بدین روش، با تطابق به قدر ممکن جنسیت جسمی و بدنی آنان با روانی که خود را به آن متعلق می‌دانند، از آزار ناشی از ناخوشایندی جنسیتی، رهایی یابند. این افراد، برای تغییر جنسیت، تمایل و اصرار دارند ( قضائی، ۱۳۷۳، ۵۶۸؛ اوحدی، ۱۳۷۹، ۴۶؛ خرازی، ۱۳۷۹، ۱۰۶؛ خرازی، ۱۴۲۳، ۱۲۰/۳؛ سبحانی تبریزی ۱۳۹۷، ۲۱؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۹۲، ۴۰۶-۴۰۷؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۹۱، ۶، ۸؛ محسنی قندهاری، ۱۴۲۴، ۱۱۱/۱؛ قاننی، ۱۴۲۴، ۳۳۷/۲-۳۳۸).

کسانی که به بیماری هویت ناباوری جنسیتی دچار هستند و به تراجنسیتی، ناراضی جنسیتی و خنثای روانی، توصیف می‌شوند و درمان‌های پزشکی و روان پزشکی و اقدامات روانشناختی، به منظور هماهنگ سازی جسم با تمایلات و گرایش‌های درونی آنان، نتیجه‌ی مطلوبی در پی ندارد، در نهایت،

1. Transsexual.

برای رهایی آنان از آزار ناشی از ناخوشایندی جنسیتی و حصول آرامش و آسایش و ایجاد احساس رضایت و مطلوبیت از خویشتن، به ناچار، گزینه‌ی عمل جراحی، تشخیص و تجویز می‌شود و با انجام جراحی‌های متعدد و تزریق برخی از هرمون‌ها، بدون ایجاد و پدید آوردن هیچ گونه تغییر و تفاوتی اساسی و واقعی در اندام‌های درونی آنان، برخی از ممیزات ظاهری آنان برداشته و ممیزات جنس مخالف، در بدن آنان شبیه سازی می‌شود، تا به قدر ممکن، جنسیت جسمی و بدنی آنان با جنسیتی تطابق یابد که از لحاظ روانی، خود را به آن متعلق می‌پندارند.

نمی‌توان و نباید این واقعیت را نادیده انگاشت که با اقدامات پزشکی و درمانی مذکور، به هیچ رو، جنسیت آنان تغییر نمی‌یابد، جنس دومی آفریده نمی‌شود و آنان به جنس دیگر تبدیل نمی‌گردند، بلکه با ایجاد برخی از دگرگونی‌هایی کاملاً سطحی و ظاهری، شکل ظاهری جنسی آنان تغییر می‌کند و بدین روش، تنها، تا حدودی، نارضایتی و تعارض جنسیتی آنان حل و درمان می‌گردد؛ چه اینکه نوعاً، جنسیت انسان‌ها، با لحاظ چهار خصوصیت: کروموزوم‌ها، وضعیت هورمون‌ها، غدد جنسی ( بیضه و تخمدان ) و ویژگی‌های اولیه و ثانویه جنسی، تعیین می‌شود و در روند تغییر جنسیت، نوعاً و غالباً، تغییری در خصوصیات مذکور، پدید نمی‌آید؛ زیرا کروموزوم‌ها و وضعیت هورمون‌ها، تغییر ناپذیر هستند؛ غدد جنسی، قابلیت جایگزینی ندارند و تنها، قابل حذف هستند و قابلیت تغییر ویژگی‌های اولیه و ثانویه جنسی نیز جزئی و محدود است.

دانش پزشکی و علوم روانشناسی نیز قائل نیست که بر اثر اعمال جراحی پزشکی و تزریق‌های هرمونی، واقعاً، جنسیت اشخاص مذکور، تغییر یافته است و آنان به جنس مخالف، تبدیل شده‌اند، بلکه آنان را از جهت جنسیت، همان اشخاص دارای جنسیت پیشین می‌شمارد که با اقدامات پزشکی جراحی و هرمونی، امکان احساس آرامش و آسایش و رضایت و مطلوبیت، برای آنان فراهم آمده است و تعارض میان جنسیت بدنی و جنسیت روانی آنان، تا حد قابل توجهی، درمان و رفع شده است.

با توصیف مذکور، پس از انجام اعمال جراحی و تزریق‌های هرمونی، آنان، در واقع، مردانی فاقد برخی از ممیزات مردانه و واجد تظاهرات زنانه هستند که خود را زن می‌پندارند و در پوشش، آرایش و پیرایش و رفتار، خود را به شکل زنان در می‌آورند و انتظار دارند که دیگران نیز آنان را زن بشناسند؛ و یا زنانی فاقد برخی از ممیزات زنانه و واجد تظاهرات مردانه هستند که خود را مرد می‌پندارند و در پوشش، آرایش و پیرایش و رفتار، خود را به شکل مردان در می‌آورند و انتظار دارند که دیگران نیز آنان را مرد بشناسند.

بنا بر این، نه دانش پزشکی و نه عرف آنان را افرادی تغییر جنسیت یافته نمی‌دانند؛ هر چند عرف، به جهت رعایت حرمت انسانی، گاه، از همدلی و همنوایی با آنان فرو نمی‌گذارد، ولی خلاف پندار اشخاص مذکور، آنان را زن و یا مرد نمی‌داند، بلکه عمل آنان را مصداق تشبه می‌شمارد ( صدر، ۱۴۲۰،



۱۴۸/۶؛ نجفی، ۱۳۸۷، ۲۹۵/۱؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۹۱، ۸۵؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۹۲، ۴۰۶؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۹۷، ۲۱؛ محسنی قندهاری، ۱۴۲۴، ۱۱۱/۱؛ قاننی، ۱۴۲۴، ۳۳۸/۲) و از این رو است که شماری از فقیهان معاصر، از شمول اخبار نهی از تشبه، نسبت به این اقدام، سخن می‌رانند (منتظری، ۱۴۱۵، ۵۱۸-۵۱۷/۲؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۲، ۳۸۳/۵؛ نجفی، ۱۳۸۷، ۲۹۵/۱)؛ هر چند، گاه، به جهت وجود مصلحتی مهم و الزام آور و از باب اضطرار و ظهور عنوان ثانوی، به تجویز چنین اقدامی نیز حکم می‌دهند (سبحانی تبریزی، ۱۳۹۲، ۴۱۱؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۹۷، ۲۶-۲۵؛ خرازی، ۱۳۷۹، ۱۰۶؛ خرازی، ۱۴۲۳، ۱۲۰/۳).

از آنجا که اقدامات جراحی پزشکی بر روی بیماران هیت ناباور و تراجنسیتی، تنها، به تغییراتی صوری و نه واقعی و ذاتی، در برخی از اندام‌های ظاهری آنان می‌انجامد و با حصول این گونه تغییرات نیز واقعاً و حقیقتاً، جنسیت آنان تغییر نمی‌یابد، از شمول احکام افراد تغییر جنسیت داده، بیرون هستند و در نتیجه، این اشخاص، به جهت فعلیت عنوان پیشین خود، یعنی: عنوانی که پیش از اقدامات پزشکی، به آن، متصف بودند، موضوع احکام و فروع فقه جزائی قرار می‌گیرند؛ چه اینکه واقعاً، جنسیت پیشین آنان، از بین نرفته است و آنان، همچنان بر همان جنسیت و عنوان سابق خود قرار دارند و تنها، برخی از ممیزات ظاهری آنان، زایل شده است و بی شک، قطع اعضای ممیز و جواز اضطراری ارتکاب عمل جراحی پزشکی جهت درمان و حل تعارض نارضایتی جنسیتی، مستلزم حمل احکام کیفری مترتب بر تغییر جنسیت، بر آنان نیست؛ فقدان موضوع، فقدان حکم را در پی دارد و عدم شمول عنوان تغییر جنسیت، بر اشخاص مذکور، مستلزم خروج تخصصی آنان، از موضوع بحث است؛ از این رو، پدر و والدی که به بیماری هیت نابآوری جنسیتی مبتلاء است، چه پس از اقدامات جراحی پزشکی و ایجاد تغییرات صوری و ظاهری و چه پیش از آن، به ارتکاب بزه‌ای مانند: قذف، سرقت و قتل، بر فرزند خویش دست یازد، به جهت فقدان تغییر جنسیت و بقاء و صدق فعلی عنوان والد بر او، همچنان در شمول برخورداری از خصایص کیفری والد قرار دارد و در نتیجه، تخصصاً، از محل بحث و موضوع سخن این نوشتار، بیرون است.

البته و بی تردید، حکم بیان شده، پدر و والدی را نیز در بر می‌گیرد که با وجود سلامت جسمی و روحی و فقدان بیماری هیت نابآوری، با تغییر ممیزات ظاهری خود، به جنس مخالف تشبه می‌جوید. او نیز تخصصاً، از دایره موضوع بحث، خارج است و به جهت صدق فعلی عنوان والد بر وی، در شمول بهره مندی از خصایص کیفری والد قرار دارد.

### ۳. دیدگاه‌ها

بررسی ادبیات فقه جزائی امامیه، درباره‌ی امکان شمول خصایص کیفری، نسبت به پدری که پس از تغییر جنسیت، به ارتکاب بزه بر فرزند خویش، دست می‌یازد، دو گمانه و دیدگاه زیر را فرا روی می‌نهد:

#### ۳-۱. دیدگاه خروج تخصصی پدر تغییر جنسیت داده، از شمول خصایص کیفری والد

این دیدگاه، بیان می‌دارد: تغییر جنسیت، بر خصایص کیفری والد، اثر گذار است؛ چنانچه پدر، پس از تغییر جنسیت، به ارتکاب جرایمی مبادرت ورزد که در شمول خصایص کیفری والد، جای دارد، تخصصاً، از شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد، بیرون است و از آن خصایص، برخوردار نیست؛ از این رو، گمانه‌ی مذکور، تأثیر تغییر جنسیت را بر شمول حکم خصایص کیفری والد، به صورت خروج موضوعی می‌پندارد (صدر، ۱۴۲۰، ۱۳۸/۶، ۱۴۰، ۱۵۵).

#### ۳-۲. دیدگاه شمول خصایص کیفری والد، نسبت به پدر تغییر جنسیت داده

دومین دیدگاه، تغییر جنسیت را بر خصایص کیفری، فاقد اثر می‌داند و به شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد، نسبت به پدری اعتقاد دارد که پس از تغییر جنسیت، به ارتکاب جرمی بر فرزند خود مبادرت می‌ورزد که در شمار خصایص کیفری والد است؛ بنا بر این دیدگاه، تغییر جنسیت، هیچ تأثیری بر شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد ندارد و این حکم، به طور مطلق، هر پدری را در بر می‌گیرد که به ارتکاب جرمی از مصادیق خصایص والد، بر فرزند خویش، دست می‌یازد؛ چه پدر، عاری از وصف تغییر جنسیت است و چه به آن، متصف است و چه تغییر جنسیت، قبل از ارتکاب جرم است و چه پس از ارتکاب جرم.

### ۴. دلایل دیدگاه‌ها

هر یک از دو دیدگاه و گمانه‌ی بیان شده، از وجوهی برخوردار است که از مطالعه‌ی ادبیات مکتوب فقه معاصر امامیه، قابل اصطیاد است.

#### ۴-۱. دلایل دیدگاه خروج تخصصی پدر تغییر جنسیت داده، از شمول خصایص کیفری والد

گمانه‌ی مذکور، برای نمایاندن خروج تخصصی پدر تغییر جنسیت داده، از شمول خصایص کیفری والد، از دو وجه: عدم صدق فعلی عنوان والد و اب و کاربرد واژه‌ی رجل در شماری از روایات مستند خصایص کیفری والد، استمداد می‌جوید که ذیلاً، گزارش و مورد بررسی قرار می‌گیرد:

#### ۴-۱-۱. عدم صدق فعلی عناوین: اب و والد، بر پدر تغییر جنسیت داده

بی‌شک، حکم خصایص کیفری والد، برای اب و والد، وضع شده است و کسی برخوردار از این حکم است که حین ارتکاب بزه، عناوین: والد و اب، بر او صدق فعلی دارد و با توجه به اینکه صدق فعلی

این عناوین، بر باقی ماندن مردانگی، وابسته است و با تغییر جنسیت پدر به جنس مخالف، وصف مردانگی، منتفی است، دیگر نمی‌توان او را نه حقیقتاً و نه عرفاً، اب و والد خواند؛ هر چند که در گذشته، به این عناوین، متصف بود و نامیده می‌شد؛ بنا بر این، پدری که قبل از ارتکاب بزه بر فرزند، تغییر جنسیت دهد، از شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد، تخصصاً، خارج است (موسوی خمینی، بی تا، ۶۲۷/۲؛ صدر، ۱۴۲۰، ۱۳۸/۶، ۱۴۰، ۱۵۵؛ مؤمن، ۱۳۷۵، ۱۰۴، ۱۰۶-۱۰۷؛ مؤمن، ۱۴۱۵، ۱۱۷؛ خرازی، ۱۳۷۹، ۱۲۵، ۱۲۷، ۱۲۸؛ خرازی، ۱۴۲۳، ۱۳۶/۳-۱۳۷، ۱۳۹).

#### ۴-۱-۲. روایات مستند خصایص کیفری والد

استناد به شماری از روایات باب‌های قذف و قتل که مستند خصایص کیفری والد است، وجه دیگری است که برای اثبات خروج تخصصی پدر تغییر جنسیت داده، از شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد، مورد استمداد است؛ ذیلاً، شماری از این روایات آورده می‌شود:

(۱) روایت محمد بن مسلم:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ مَجْبُوبَ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ رَزِينِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرَ (ع) عَنْ رَجُلٍ قَذَفَ ابْنَهُ بِالزَّانَا؛ قَالَ (ع): لَوْ قَتَلَهُ مَا قُتِلَ بِهِ وَإِنْ قَذَفَهُ لَمْ يُجْلَدْ لَهُ... قَالَ (ع): وَإِنْ كَانَ قَالَ لِابْنِهِ: يَا ابْنَ الزَّانِيَةِ! وَآمَهُ مَيْتَةً وَ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَنْ يَأْخُذُ بِحَقِّهَا مِنْهُ إِلَّا وَلَدَهَا مِنْهُ، فَإِنَّهُ لَا يُقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْحَدِّ قَدْ صَارَ لَوْلَدِهِ مِنْهَا (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۱۹۶/۲۸، ب ۱۴ ح ۱).

کلینی، به سند روایی بیان شده، از محمد بن مسلم روایت می‌کند که محمد بن مسلم می‌گوید: از امام باقر (ع) از حکم مردی پرسیدم که پسرش را به زنا قذف کرد؛ امام (ع) فرمودند: اگر او پسرش را بکشد، به جهت این قتل، کشته نمی‌شود و اگر او پسرش را قذف کند، به جهت قذف پسر، حد قذف، بر وی جاری نمی‌شود... امام باقر (ع) فرمودند: و اگر به پسرش گفته است: ای پسر زانیه! و مادر پسر، مرده است و برای آن زن متوفیه، کسی نباشد که حق زن را از قاذف بگیرد، مگر فرزند مشترک زن از آن مرد قاذف، در این صورت، بر آن مرد، حد قذف جاری نمی‌شود؛ زیرا در پی وفات زن، حق اجرای حد قذف، برای فرزند مشترک او از آن زن گردیده است.

(۲) حسنه حلبی:

عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَادِ بْنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَقْتُلُ ابْنَهُ أَوْ يَقْتُلُ بِهِ؟ قَالَ (ع): لَا (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۷۷/۲۹، ب ۳۳ ح ۲).

کلینی، به سند روایی مذکور، از حلبی، روایت می‌کند که او می‌گوید: از امام صادق (ع) از حکم مردی پرسیدم که پسرش را می‌کشد، آیا به جهت قتل پسر، کشته می‌شود؟ امام صادق (ع) فرمودند: نه.

(۳) مرسله فُضَيْلِ بْنِ يَسَارٍ:

عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ حَمَادِ بْنِ عَثْمَانَ عَنْ فُضَيْلِ بْنِ يَسَارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ (ع): لَا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِوَلَدِهِ إِذَا قَتَلَهُ وَ يُقْتَلُ الْوَلَدُ بِوَالِدِهِ إِذَا قَتَلَ وَالِدَهُ (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۷۷/۲۹، ب ۳۳ ح ۳).

کلینی، به سند روایی فوق، از فضیل بن یسار از امام صادق (ع) روایت می‌کند که امام صادق (ع) فرمودند: هرگاه مرد، فرزندش را بکشد، به جهت قتل فرزند خود کشته نمی‌شود و هرگاه فرزند، والد خود را بکشد، به جهت قتل والد خود، کشته می‌شود.

(۴) صحیحہ حلبی:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَادِ بْنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يُقْتَلُ ابْنَهُ، أَيْ قَتَلَ بِهِ؟ قَالَ (ع): لَا (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۷۹/۲۹، ب ۳۳ ح ۷).

شیخ طوسی، به سند روایی خود، به طریق مذکور، از حلبی روایت می‌کند که او می‌گوید: از امام صادق (ع) از حکم مردی پرسیدم که پسرش را می‌کشد، آیا به جهت قتل پسر، کشته می‌شود؟ امام صادق (ع) فرمودند: نه.

(۵) روایت جابر:

عَنْ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ النَّضْرِ عَنْ عَمْرِو بْنِ شَمْرٍ عَنْ جَابِرِ بْنِ جَعْفَرٍ (ع) فِي الرَّجُلِ يُقْتَلُ ابْنَهُ أَوْ عَبْدَهُ، قَالَ (ع): لَا يُقْتَلُ بِهِ وَ لَكِنْ يُضْرَبُ ضَرْبًا شَدِيدًا وَ يَنْفَى عَنْ مَسْقَطِ رَأْسِهِ (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۷۹/۲۹، ب ۳۳ ح ۹).

شیخ طوسی به سند روایی خود، به طریق مذکور، از جابر روایت می‌کند که او در خصوص حکم مردی می‌پرسد پسر یا برده‌ی خود را می‌کشد، امام باقر (ع) فرمودند: کشته نمی‌شود و لکن، سخت تازیانه زده می‌شود و از شهر خود، بیرون رانده می‌شود.

در همه‌ی روایاتی که بیان گردید، به واژه‌ی رجل، تصریح شده است و رجل، موضوع حکم بیان شده در این دسته از روایات است. از ظاهر این روایات، چنین به دست می‌آید که مردانگی و والدیت، توأمان، موضوع حکم خصایص کیفری والد است و تردید نیست که ظهور واژه‌ی رجل، از پدر تغییر جنسیت داده، انصراف دارد؛ چه اینکه پدر، پس از تغییر جنسیت و تبدیل به جنس مخالف، دیگر، مرد نیست و نمی‌توان او را رجل خواند؛ از این رو، پدری که تغییر جنسیت می‌دهد، به جهت تبدیل به جنس مخالف و زوال مردانگی از او، تخصصاً، از موضوع روایات مذکور و شمول حکم خصایص کیفری والد، مذکور در این روایات، خارج است.

استمداد به هر دو وجه مذکور، جهت خروج موضوعی پدر تغییر جنسیت داده از شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد، قابل درنگ است و بلکه ناپذیرفتی است.

عدم صدق فعلی عناوین: اب و والد، بر پدر تغییر جنسیت داده، از این رو، ناپذیرفتنی است که در لغت عرب، دو واژه‌ی: اب و والد، مترادف هستند و والد، حقیقتاً، به کسی اطلاق می‌شود که سبب ایجاد فرزند است و فرزند از نطفه‌ی او تولد می‌یابد و بدین جهت، از او نسب می‌گیرد؛ چه اینکه تولد، حصول و نشأت چیزی از چیزی دیگر است ( ابن فارس، ۱۴۰۴، ۱۴۳/۶؛ فیومی، بی‌تا، ۶۷۱/۲، ۶۷۲؛ جوهری، ۱۴۱۰، ۵۵۴/۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ۴۶۷/۳؛ ۷/۱۴؛ حسینی زبیدی، ۱۴۱۴، ۳۲۶/۵، ۳۲۸؛ طریحی، ۱۴۱۶، ۱۶۵/۳ ) و تردید نیست که تغییر جنسیت، نافی اتصال حاصل از ولادت نیست و با تغییر جنسیت، اتصال حاصل از ولادت، و ملاک والدیت، همچنان باقی است ( خرازی، ۱۳۷۹، ۱۲۹؛ خرازی، ۱۴۲۳، ۱۳۹/۳؛ صدر، ۱۴۲۰: ۱۳۹/۶-۱۴۰، ۱۴۶ )؛ از این رو، برای صدق فعلی عناوین: اب و والد، صرف تشکیل و تکوّن نطفه‌ی فرزند از منی شخص، کافی است؛ هر چند که صاحب منی، در گذشته مرد بود و اکنون، زن است.

خلاف ادعایی که به عرف، منسوب است، عرف نیز همین زن کنونی حاصل از تغییر جنسیت و مرد پیشین را پدر فرزندان می‌شمارد که از منی وی ولادت یافته‌اند؛ عرف، با این تصریح، پدر تغییر جنسیت داده را نسبت به فرزندان به دنیا آمده از او، مستحق اطلاق عناوین: اب و والد می‌داند و او را حقیقتاً، اب و والد می‌خواند ( مؤمن، ۱۳۷۵، ۱۰۴؛ مؤمن، ۱۴۱۵، ۱۱۵؛ خرازی، ۱۳۷۹، ۱۲۷؛ خرازی، ۱۴۲۳، ۱۳۷/۳، ۱۳۸).

بنا بر این، خلاف پنداری که شاکله‌ی توجیه نخست گمانه‌ی خروج تخصصی پدر تغییر جنسیت داده را از شمول خصایص کیفری والد، سامان می‌دهد، نه حقیقتاً و نه عرفاً، صدق فعلی عناوین: اب و والد، بر پدر تغییر جنسیت داده، بر باقی ماندن مردانگی او، وابسته است.

افزون بر این، درباره‌ی وصف مردانگی، باید التفات داشت که مراد از مردانگی، یا صاحب نطفه بودن است که این امر، درباره‌ی پدری نیز صادق است که تغییر جنسیت داده است؛ و یا مراد، واجد بودن ممیزات ظاهری جنسیت مذکر است که اگرچه، این ممیزات، پس از تغییر جنسیت پدر، مفقود است، ولی باید توجه داشت که سخن از استعمال عناوین: اب و والد، برای پدر تغییر جنسیت داده، نسبت به فرزندان است که قبلاً، از او ولادت یافته‌اند و بی شک، پدر تغییر جنسیت داده، به هنگام استحقاق اتصاف به عناوین: اب و والد، واجد ممیزات مذکور، بوده است و همین مقدار، برای صدق فعلی عناوین: اب و والد، بر وی و تحقق موضوع حکم خصایص کیفری والد، در فرض وابستگی صدق عناوین مذکور و تحقق موضوع، به بقاء وصف مردانگی، کافی و وافی است؛ چه اینکه وصف

مردانگی، به هنگام اتصاف و صدق عناوین: اب و والد و تحقق موضوع حکم خصایص کیفری والد، دارای بقاء بوده است.

استمداد از روایات خصایص کیفری والد هم مفید اثبات پندار خروج تخصصی پدر تغییر جنسیت داده از موضوع و شمول حکم خصایص کیفری والد نیست؛ چه گذشته از اشکال سندی مشهود در برخی از روایات مذکور (مجلسی، ۱۴۰۴، ۲۰۹/۲۳، ۳۲۷؛ مجلسی، ۱۴۰۶، ۵۰۰/۱۶) و گذشته از اینکه ادعای انصراف واژه‌ی: رجل، از پدر تغییر جنسیت داده، انصرافی بدوی و نه ظهوری و فاقد اعتبار است، به جهت قرینه‌ی مقابله ابن و ولد - مستعمل در روایات بیان شده - با اب و والد، تردیدی در ظهور واژه‌ی: رجل، به کار رفته در روایات مذکور، به معنای اب و والد وجود ندارد؛ چنانکه در شمار کثیری از دیگر روایات مستند خصایص کیفری والد، به واژه‌های: اب و والد، تصریح شده است (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۸۰-۷۷/۲۹، ب ۳۳ ح ۱، ۴، ۶، ۸، ۱۰، ۱۱)؛ همچنین، مَحَلِّی بودن واژه‌ی: رجل، به الف و لام (الرجل)، در نوع روایات بیان شده، خود، قرینه‌ای دیگر، برای ظهور واژه‌ی رجل، در معنای والد است و پیش از این، درباره‌ی صدق حقیقی و عرفی عناوین: اب و والد، بر پدر تغییر جنسیت داده، گذشت.

افزون بر این، هرچند مفهوم مردانگی، متفاوت از والدیت است، ولی نباید از التفات، دور داشت که در پی دست‌آویز ساختن استعمال واژه‌ی: رجل، در روایات بیان شده، سخن از لحاظ توأمان مردانگی و والدیت و لزوم بقاء مردانگی برای قرار گرفتن در شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد، ظهوری جز دوگانگی خارجی بین والدیت و مردانگی، حین استعمال آن‌ها برای ذات پدر ندارد و بی تردیدی، هنگامی چنین پنداری قابل طرح است که عناوین: مردانگی و والدیت، اوصافی متنوع از خارج از ذات پدر باشند؛ یعنی: فرض تصور ذات موصوف (پدر)، بدون آن‌ها منتفی و ممتنع نباشد؛ مانند: زوجیت و مالکیت، که خارج از ذات مالک و زوج، متنوع هستند و فرض تصور ذات موصوف، بدون آن‌ها، منتفی و ممتنع نیست، حال اینکه اوصاف مردانگی و والدیت، مانند: انسانیت، اوصافی متنوع از ذات هستند که انفکاک آن‌ها از ذات موصوف، مستلزم زوال و از بین رفتن ذات موصوف است؛ از این رو، در موضوع بحث، به لحاظ خارجی، مردانگی و والدیت، از یکدیگر، انفکاک ناپذیر هستند؛ ما وضع له خارجی مردانگی و والدیت، چیزی جز ذات پدر نیست؛ از این حیث، مردانگی و والدیت، دارای وحدت و فاقد دوگانگی هستند و چنانکه گذشت: والدیت، به صاحب نطفه بودن تعبیر و تفسیر می‌شود؛ با این بیان، سخن از لحاظ توأمان مردانگی و والدیت و بقاء مردانگی، برای صدق عناوین: اب و والد و قرار گرفتن در شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد، فاقد توجیه است و محملی برای طرح ندارد.

در فرض پذیرش امکان استظهار پندار لحاظ توأمان مردانگی و والدیت و بقاء مردانگی برای قرار گرفتن در شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد، مستنبط از روایات مذکور، نباید از این واقعیت، غفلت ورزید که پندار مورد ادعا، تنها و تنها، ناظر به قرار گرفتن در شمول موضوع و حکم خصایص کیفری مستنبط از روایات مذکور است و امکان تعمیم را به دیگر خصایص کیفری ندارد و نمی‌توان از آن، حکم و قاعده‌ای کلی اصطیاد کرد؛ چنانکه مقتضی احتیاط و رعایت اصول و قواعد تفسیر ادله نیز تضییق و حصر ویژگی مورد ادعا، به خصایص کیفری مذکور در این روایات و عدم تعمیم آن به دیگر خصایص کیفری والد و در نتیجه، محرومیت و خروج پدر تغییر جنسیت داده، صرفاً، از شمول موضوع و حکم خصایص کیفری بیان شده در این روایات خاص است.

البته، این گمانه نیز هنگامی می‌تواند قابل طرح و موضوع سخن قرار گیرد که روایات بیان شده، تنها مستندات خصایص کیفری مذکور در این روایات باشند، حال اینکه بررسی احادیث فقهی باب، گزارشی متفاوت ارائه می‌دهد و وجود روایاتی را نمایان می‌دارد که در آن‌ها واژه‌ی رجل، به کار نرفته است و تنها، واژه‌های: والد و اب، استعمال شده است ( حرعاملی، ۱۴۰۹، ۸۰-۷۷/۲۹، ب ۳۳ ح ۱، ۴، ۶، ۸، ۱۰، ۱۱). در تناظر این دو دسته از روایات، با توجه به شمول ظاهری واژه‌ی: رجل، به اعم از اب و والد، حسب قواعد، روایات واجد عناوین: اب و والد، حاکم و مفسر روایاتی هستند که در آن‌ها، واژه‌ی: رجل، مستعمل است و از این رو، سخن از لحاظ توأمان مردانگی و والدیت و بقاء والدیت، به استناد استظهار از استعمال واژه‌ی: رجل و متعاقباً، طرح ادعای خروج موضوعی و تخصصی پدر تغییر جنسیت داده، از شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد، فاقد و جاهت است؛ زیرا ظهوری برای واژه‌ی: رجل مذکور در این روایات، وجود ندارد و واژه‌ی: رجل بیان شده در این روایات، تنها و تنها، به معنای والد است.

بنا بر این، پدری که پیش از ارتکاب بزه بر فرزند، تغییر جنسیت می‌دهد، همچنان در شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد، قرار دارد و نمی‌توان تغییر جنسیت او را دست‌آویز ساخت و از خروج تخصصی و موضوعی وی از شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد، نسبت به فرزندان سخن راند که پیش از تغییر جنسیت، از او ولادت یافته‌اند.

#### ۲-۴. دلیل دیدگاه شمول حکم خصایص کیفری والد، نسبت به پدر تغییر جنسیت داده

دیدگاه شمول حکم خصایص کیفری والد، نسبت به پدر تغییر جنسیت داده، افزون بر تبیین ناپذیرفتنی بودن وجوه مورد استمداد مذکور - که از فقدان دلیل برای اثبات گمانه‌ای حکایت دارد که تغییر جنسیت را مؤثر بر خصایص کیفری والد و مانع برخورداری پدر تغییر جنسیت داده، از خصایص کیفری والد می‌پندارد و موجب خروج موضوعی و تخصصی پدر تغییر جنسیت داده، از شمول موضوع و حکم خصایص والد می‌شمارد - صدق فعلی عناوین: اب و والد را بر پدر تغییر جنسیت داده، برای اثبات

فقدان تأثیر جنسیت بر خصایص کیفری والد و شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد نسبت به پدر تغییر جنسیت داده، کافی و وافی می‌داند و به آن، استدلال می‌آورد؛ بدین بیان که ولادت، در لغت، حصول و نشأت یافتن موجودی از موجودی دیگر است ( ابن فارس، ۱۴۰۴، ۱۴۳/۶؛ فیومی، بی‌تا، ۶۷۲/۲؛ حسینی زبیدی، ۱۴۱۴، ۳۲۸/۵؛ طریحی، ۱۴۱۶، ۱۶۵/۳). این تکوّن، در آدمیان، علاقه و رابطه‌ای طبیعی و گسست ناپذیر بین مولود و سبب تکوّن او است ( ابن منظور، ۱۴۱۴، ۴۶۷/۳؛ حسینی زبیدی، ۱۴۱۴، ۳۲۶/۵). توجه به معنای ولادت و رابطه‌ی طبیعی و گسست ناپذیر حاصل از آن، بین والد و فرزند، بدهت و اذعان به این واقعیت را آشکار می‌نماید که تغییر جنسیت، نافی رابطه‌ی مذکور نیست و از این رو، تغییر جنسیت، مانع استعمال حقیقی واژه‌های: والد و اب، بر پدر تغییر جنسیت داده نیست.

سخن درباره‌ی استحقاق پدر تغییر جنسیت داده، نسبت به خصایص کیفری والد، در فرضی است که تغییر جنسیت پدر، پس از حصول رابطه‌ی گسست ناپذیر بین او و فرزند و پیش از ارتکاب بزه بر فرزند، حادث شده است. با توجه به اینکه علقه‌ی موجود بین والد و فرزند، گسست ناپذیر است و معیار صدق فعلی عنوان‌های: والد و اب، بر پدر، وجود همین رابطه است و تغییر جنسیت نیز نافی آن نیست، بنا بر این، در صورت تغییر جنسیت پدر، همچنان، عناوین: والد و اب، بر وی، دارای صدق فعلی و حقیقی است ( مؤمن، ۱۳۷۵، ۱۰۶، ۱۰۹؛ مؤمن، ۱۴۱۵، ۱۱۷، ۱۱۹؛ خرازی، ۱۴۲۳، ۱۳۷/۳) و با صدق فعلی عناوین: اب و والد، بر پدر تغییر جنسیت داده، تردیدی در قرار داشتن او در شمول موضوع و ادله‌ی حکم خصایص کیفری والد، وجود ندارد و بدین بیان، استحقاق پدر تغییر جنسیت داده، نسبت به برخورداری از خصایص کیفری والد و بی تأثیر تغییر جنسیت، بر خصایص کیفری والد، امری هویدا و آشکار است و از این رو است که عرف نیز پدر تغییر جنسیت داده را نسبت به فرزندان تولد یافته از او، مستحق اطلاق عناوین: اب و والد می‌داند و او را حقیقتاً، اب و والد می‌خواند ( مؤمن، ۱۳۷۵، ۱۰۴؛ مؤمن، ۱۴۱۵، ۱۱۵).

بنا بر این، پدری که پس از تغییر جنسیت، به ارتکاب بزه‌ای بر فرزند خویش دست می‌بازد که آن بزه، در شمار خصایص کیفری والد است، در شمول موضوع خصایص کیفری والد قرار دارد و از حکم خصایص کیفری والد، برخوردار است؛ از این رو، تغییر جنسیت، موجب محرومیت از حکم خصایص کیفری والد و باعث خروج موضوعی و تخصصی پدر تغییر جنسیت داده، از شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد نیست و تأثیری در بهره مندی از خصایص کیفری والد ندارد.



## نتیجه‌گیری

ادبیات مکتوب فقه جزاء امامیه، احکامی کیفری، بیان می‌دارد که به پدر اختصاص دارد؛ عناوینی مجرمانه که اگر پدر، به ارتکاب آن علیه فرزند خود، دست یازد، خلاف قاعده‌ی عمومی، مجازات اولیه‌ی ارتکاب آن، بر او جاری نمی‌شود و به ضمانت کیفری دیگری، مجازات می‌گردد. به این استثنائات و معافیت‌ها که به پدر اختصاص دارد، خصایص کیفری والد گویند.

اینکه در فقه کیفری امامیه، تغییر جنسیت پدر، چه تأثیری بر خصایص کیفری والد دارد و پدر، پس از تغییر جنسیت، در شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد جای دارد و یا تغییر جنسیت، مانع برخورداری از خصایص کیفری والد است و والد تغییر جنسیت داده، از شمول حکم خصایص کیفری، بیرون می‌دارد، دو دیدگاه و گمانه قابل طرح است.

البته، موضوع بحث، تنها، به تغییر جنسیت پدر، پیش از ارتکاب جرم، مختص است و تغییر جنسیت پدر، پس از ارتکاب جرم، از محل سخن، بیرون است؛ زیرا بزه‌کار، به هنگام ارتکاب بزه، واجد عنوان والد است، ولی در فرض نخست، جرم، در جنسیت جدید، ارتکاب یافته است و این تردید وجود دارد که بتوان پدر تغییر جنسیت داده را والد خواند تا در شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد قرار گیرد.

تأثیرگذاری تغییر جنسیت پدر، بر خصایص کیفری والد و خروج تخصصی پدر تغییر جنسیت داده، از شمول خصایص کیفری والد، و بی اثر بودن تغییر جنسیت پدر، بر خصایص کیفری والد و شمول خصایص کیفری والد، نسبت به پدر تغییر جنسیت داده، دو گمانه‌ی مطروح در موضوع بحث است؛ گمانه‌ی نخست برای اثبات خود، از دو وجه: عدم صدق فعلی عناوین: اب و والد، بر پدر تغییر جنسیت داده و روایات مستند خصایص کیفری والد، استمداد می‌جوید. وجه نخست، به جهت مخالفت لغت و عرف، با آن و کفایت بقاء مردانگی، به هنگام اتصاف به عناوین: اب و والد، و وجه دوم، به جهت ظهور رجل در والد و اب، فقدان دوگانگی خارجی، مردانگی و والدیت، در موضوع بحث، عدم تعمیم‌پذیری و حاکم بودن دیگر روایات بر روایات مورد استناد، فاقد توانایی اثباتی لازم و ناپذیرفتنی است.

صدق فعلی عناوین: اب و والد، بر پدر تغییر جنسیت داده، که به لغت و عرف، مؤید است، در کنار فقدان دلیلی که توانایی اثبات خروج تخصصی پدر تغییر جنسیت داده را از شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد، داشته باشد، وجهی است که استدلال به آن، برای اثبات دیدگاه فقدان تأثیر جنسیت بر خصایص کیفری والد و شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد، نسبت به پدر تغییر جنسیت داده، کافی و وافی است و با صدق فعلی عنوان والد، بر پدر تغییر جنسیت داده، او در شمول عنوان والد مذکور در ادله‌ی روایی خصایص کیفری والد قرار می‌گیرد.

بنا بر این، تغییر جنسیت پدر، موجب محرومیت پدر تغییر جنسیت داده، از حکم خصایص کیفری والد و باعث خروج موضوعی و تخصصی او، از شمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد نیست و تأثیری در برخورداری وی از خصایص کیفری والد ندارد و پدری که پس از تغییر جنسیت، مرتکب جرمی بر فرزند خویش گردد که در شمار خصایص کیفری والد قرار دارد، وی، مشمول موضوع و حکم خصایص کیفری والد است.

#### کتابشناسی

۱. ابن فارس، احمد بن فارس، (۱۴۰۴ق)، معجم مقاییس اللغة، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی (بوستان کتاب)، اول.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت، دار الفکر - دار صادر، سوم.
۳. انصاری، محمد علی، (۱۴۱۵ق)، الموسوعة الفقهية المیسرة، قم، مجمع الفکر الاسلامی، اول.
۴. جمعی از پژوهشگران، (۱۴۲۳ق)، موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، اول.
۵. جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۴۱۰ق)، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية، بیروت، دار العلم للملایین، اول.
۶. حرعاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، قم، مؤسسه آل البيت (ع).
۷. حسینی خامنه‌ای، سید علی، (۱۴۲۰ق)، أجوبة الاستفتاءات، بیروت، الدار الإسلامية.
۸. حسینی زبیدی، سید محمد مرتضی، (۱۴۱۴ق)، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر، اول.
۹. خرازی، سید محسن، (۱۴۲۳ق)، البحوث الهامة في المكاسب المحرمة، قم، مؤسسه در راه حق، اول.
۱۰. خرازی، سید محسن، (۱۳۷۹)، تغییر جنسیت، فصل نامه فقه اهل بیت (ع)، پاییز، شماره: ۲۳، ص ۱۰۴-۱۴۷.
۱۱. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷)، لغت نامه، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، دوم.
۱۲. سبحانی تبریزی، جعفر، (۱۳۹۱)، تغییر جنسیت از دیدگاه فقه اسلامی، فصل نامه فقه اهل بیت (ع)، سال هجدهم، بهار، شماره: ۶۹، ص ۱۶-۵.
۱۳. سبحانی تبریزی، جعفر، (۱۳۹۲)، احکام صلاة القضاء، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، اول.
۱۴. سبحانی تبریزی، جعفر، (۱۳۹۷)، مسائل فقهية، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، اول.
۱۵. صدر، سید محمد، (۱۴۲۰ق)، ما وراء الفقه، بیروت، دار الاضواء، اول.
۱۶. طریحی، فخر الدین، (۱۴۱۶ق)، مجمع البحرين، تهران، کتابفروشی مرتضوی، سوم.
۱۷. فضل الله، سید محمد حسین، (۱۴۱۹ق)، فقه الحیاة، بیروت، مؤسسه العارف للمطبوعات، سوم.
۱۸. فیومی مقری، احمد بن محمد، (بی تا)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم، منشورات دار الرضی.
۱۹. قانی، محمد، (۱۴۲۴ق)، المبسوط في فقه المسائل المعاصرة ( المسائل الطبية )، قم، مرکز فقه الائمة الاطهار (ع)، اول.
۲۰. قضایی، صمد، (۱۳۷۳)، پزشکی قانونی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.

۲۱. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، (۱۴۰۴ق)، *مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول(ع)*، تهران، انتشارات اسلامی، دوم.
۲۲. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، (۱۴۰۶ق)، *ملاذ الاخيار في فهم تهذيب الأخبار*، قم، کتابخانه مرعشی نجفی، اول.
۲۳. محسنی قندهاری، محمد آصف، (۱۴۲۴ق)، *الفقه و مسائل طبية*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی (بوستان کتاب)، اول.
۲۴. مشکینی، علی، (۱۳۷۷)، *مصطلحات الفقه*، قم، نشر الهادی.
۲۵. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۵)، *الفتاوی الجديدة*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب(ع)، دوم.
۲۶. منتظری، حسینعلی، (۱۴۱۵ق)، *دراسات في المكاسب المحرمة*، قم، نشر تفکر، اول.
۲۷. موسوی خمینی، سید روح الله، (بی تا)، *تحریر الوسيلة*، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، اول.
۲۸. مؤمن قمی، محمد، (۱۴۱۵ق)، *کلمات سديدة في مسائل جديدة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، اول.
۲۹. مؤمن قمی، محمد، (۱۳۷۵)، *سخنی درباره تغییر جنسیت*، فصلنامه فقه اهل بیت(ع)، سال دوم، پاییز، شماره: ۷، ص ۹۱-۱۱۴.
۳۰. نجفی، هادی، (۱۳۸۷)، *آراء الفقهية*، اصفهان، مهر قائم، اول.
۳۱. هارون، عبد السلام، (بی تا)، *المعجم الوسيط*، تهران، انتشارات علمی، اول.
۳۲. هاشمی شاهرودی، سید محمود، (۱۴۳۲ق)، *موسوعة الفقه الاسلامي المقارن*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت(ع)، اول.

تأثیر تغییر  
جنسیت بر  
خصایص  
کیفری والد  
در فقه جزای  
امامیه



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.2, Issue 10, Summer 2024, P: 57-72

**Receive Date:** 2023/12/08**Revise Date:** 2024/06/06**Accept Date:** 2024/06/15**DOI:** 10.71654/jcl.d.2024.1123570**Article type:** Original Research**Online ISSN:** 2821-2339

## Jurisprudence Investigation of the Loss of Retaliation from Criminal because of the Provocation of the Victim

Masoumeh Haji Mutallibi<sup>1</sup>Maryam Aqaei Bajestani<sup>2</sup>Ali Parimi<sup>3</sup>

### Abstract

Retaliation is one of the criminal rules of Islam, which has a deterrent role and according to the interpretation of Qur'an, is life-giving. As in Islam Criminal System, in certain circumstances, the criminal responsibility of a person is removed, retaliation is lost in some cases. Sometimes, in the relationships between the offender and the victim, this fact is visited that a significant part of criminal's stimulation takes place in the context of the victim's stimulation. This article with survey of Jurisprudence sources and attention in verdicts of Imami jurists, jurisprudence surveys the loss of retaliation of criminal in the period of provocation of victim. The analysis of some narrations, such as Sahiheh Solaiman Ebn Khaled and Sahiheh Halabi, indicates the role of effective provocation of the victim in the fall of retaliation. Therefore, by examining the general conditions of retaliation, it is concluded that the right of retaliation of victim is applied if the victim himself is the initiator of violation and the operator of provocation of the killer.

**Keywords:** conditions of retaliation, loss of retaliation, causes of loss of retaliation, provocation in murder, provocation of criminal in killing.

1. PhD student in criminal law and criminology, Semnan Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran.

m.hajmotallebi@yahoo.com

2. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Semnan Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran (Corresponding Author). maqaib@gmail.com.

3. Assistant Professor, Faculty of Theology, Payam Noor University, Tehran, Iran. a.parimi@pnu.ac.ir.



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 ۲ - شماره پیاپی ۱۰ - تابستان ۱۴۰۳، ص ۶۵-۷۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۶

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۳/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۱۷

DOI: 10.71654/jcl.d.2024.1123570

شاپا الکترونیکی: ۲۳۳۹-۲۸۲۱

نوع مقاله: پژوهشی

## بررسی فقهی سقوط قصاص از جانی بر اثر تحریک از سوی مجنی علیه

معصومه حاجی مطلبی<sup>۱</sup>

مریم آقایی بجنستانی<sup>۲</sup>

علی پریمی<sup>۳</sup>

### چکیده

قصاص، یکی از احکام کیفری اسلام است که نقش بازدارنده داشته است و به تعبیر قرآن کریم، حیات بخش است. همانگونه که در نظام کیفری اسلام، در شرایطی خاص، مسئولیت کیفری فرد رفع می‌گردد، قصاص نیز در مواردی، ساقط است. گاه، در مناسبات بزه‌کار و بزه دیده، این واقعیت، مشاهده می‌شود که بخش قابل ملاحظه‌ای از تحریکات جانی به ارتکاب بزه، در بستر تحریک از سوی بزه دیده به وقوع می‌پیوندد. این نوشتار، با بررسی منابع فقه و مذاقه در آرای فقیهان امامیه، به تحلیل فقهی سقوط قصاص از جانی در زمان تحریک از سوی مجنی علیه می‌پردازد. تحلیل برخی روایات باب قصاص، همچون صحیحی‌سلیمان بن خالد و صحیحی‌حلبی، حاکی از نقش تحریک مؤثر مجنی علیه، در سقوط قصاص است؛ بدین جهت، می‌توان با بررسی شروط عمومی قصاص، به این نتیجه رسید که حق قصاص مجنی علیه، در صورتی است که مجنی علیه، خود، آغازگر تعدی و عامل تحریک جانی نباشد.

واژگان کلیدی: شرایط قصاص، سقوط قصاص، اسباب سقوط قصاص، تحریک در قتل عمد، تحریک جانی به قتل.

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران. [m.hajmotallebi@yahoo.com](mailto:m.hajmotallebi@yahoo.com)

۲. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران (نویسنده مسئول). [maqaib@gmail.com](mailto:maqaib@gmail.com)

۳. استادیار دانشکده الهیات، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. [a.parimi@pnu.ac.ir](mailto:a.parimi@pnu.ac.ir)

قصاص، کیفری است که اگرچه موجب نابودی عضوی از جامعه می‌شود، اما به دلیل نقشی که در پیشگیری از جنایت و قتل و تجاوز و خونریزی دارد، موجب بقای زندگی افراد و حفظ امنیت و عدالت اجتماعی می‌باشد. در حقوق ایران، برای قصاص، قوانین خاصی وضع شده است تا به وسیله آن، از هرگونه قتل و جنایت پیشگیری شود. در کنار وضع قوانین قصاص، سقوط قصاص از جانی نیز در مواردی پیشنهاد شده است. همچنین، در نظام حقوقی اسلام نیز علی‌رغم پذیرش اصل قصاص در جرائم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، بر رجحان عفو و گذشت، تأکید کرده و آن را بر انتقام از جانی، مقدم دانسته است.

در ابتدای حقوق کیفری، کیفردهی رفتارها بر پایه‌ی نوع رفتار و اندازه‌ی سرزنش پذیری آن‌ها استوار بود؛ از این رو، نه تنها، کودکان و انسان‌های فاقد خرد، بلکه اشیاء و حیوانات نیز کیفر می‌دیدند و این باور، در پهنه‌ی تاریخ حقوق غرب، وجود داشته است که رفتار سرزنش‌آمیز، از هر کس یا هر چیز، نشأت بگیرد، از دید مردم، ناپسند و از دید جامعه، مستحق کیفر است. پس از دگرگونی‌هایی که رفته رفته، در حقوق کیفری و شناخت بزه‌کاران آن، روی داد، نه تنها، آدمیان، در دایره‌ی حقوق کیفری ماندند، بلکه این میان، برخی انسان‌ها نیز که از بلوغ، یا عقل، یا علم و آگاهی کاملی برخوردار نبودند، از دایره‌ی مسئولیت کیفری بیرون رانده شدند.

این دستاورد، به همین مورد، ختم نشد؛ بلکه انسان‌هایی نیز که به دلیل عدم تسلط بر رفتار و کردار خود، مرتکب بزه می‌شوند، دارای مسئولیت کامل نیستند. عذر تحریک شدید، یا ظلم و عدوان، از جمله‌ی این موارد است که به دلیل برانگیختگی و تهییجی که در مرتکب ایجاد می‌کند، بایسته است تا با مرتکب آن، متفاوت برخورد شود. این اندیشه، نه تنها، در بزه‌های کوچک، که سهم کمی در نقض هنجارهای اجتماعی دارند، بلکه در بزه‌های شدید و کهنی، همچون قتل، رخنه کرده است که همواره در حقوق کیفری کشورها، شدیدترین برخورد را با آن‌ها می‌نمایند.

مشهور و معروف است که جان، برابر جان و قصاص، مقابل قتل نفس عمدی، صورت می‌گیرد، ولی گاهی، بزه دیده، خود نیز در وقوع بزه، نقش دارد، در حالی که عملاً، هیچ مجازات یا اثری، بر نقش او در تحقق عمل مجرمانه، بار نمی‌شود. در بحث قصاص - چه نفس و چه عضو - گاهی، بزه دیده، با تحریک بزه‌کار، او را به نوعی، به ارتکاب جنایت وا می‌دارد؛ مثلاً، مجنی علیه، به حمله، یا توهین و فحاشی به بزه‌کار، اقدام می‌نماید؛ به گونه‌ای که او را از حالت عادی، خارج می‌کند و به سمت و سوی ارتکاب جنایت، سوق می‌دهد.

نگاه فقهی به مسأله‌ی قصاص نفس و عضو، عموماً، به این شکل است که این گونه امور، در انتفای قصاص، نقشی ندارد و معاف‌کننده‌ی جانی، از مجازات قصاص نیست. در حال حاضر، مطابق

قانون مجازات اسلامی نیز بر این گونه رفتارهای بزه دیده، مسئولیتی بار نمی‌شود؛ بنا بر این، بازاندیشی امکان سقوط قصاص از جانی، در موارد تحریک شدید، یا ظلم و عدوان مجنی<sup>۳</sup> علیه، از اهمیت بسزایی برخوردار است و بررسی این موضوع، در نوشتار حاضر، مد نظر می‌باشد، تا مسئولیت بخشی از مجازات، بر عهده‌ی مجنی<sup>۳</sup> علیه، قرار گیرد و در پرتو آن، بازدارنگی، که از اهداف مجازات‌ها است، محقق گردد.

در این خصوص پژوهش‌هایی انجام شده است؛ سریانی، مهدوی پور و حسینی، ۱۴۰۱، در پژوهشی با عنوان: « بررسی فقهی و حقوقی سقوط قصاص در فرض تحریک مؤثر مجنی<sup>۳</sup> علیه » معتقد هستند: مطالعات بزه دیده شناختی، مبتنی بر واقعیات زندگی اجتماعی، حاکی از نقش مؤثر و شتاب دهنده‌ی مجنی<sup>۳</sup> علیه، در بسیاری از جرایم منجر به قتل است و میزان مجازات مجرم نیز بایستی با لحاظ اوضاع و احوال ارتکاب عمل و متناسب با میزان مسئولیت او معین شود.

غلاملو و میر مجیدی، ۱۴۰۰، پژوهشی با عنوان: « دفاع از دست دادن کنترل؛ تحولات حقوقی قتل ناشی از تحریک شدید احساسات » معتقد هستند: دفاع از دست دادن کنترل، دفاعی نو و ویژه، برای مرتکبانی است که بر اثر رفتارهای تحریک آمیز بزه دیده، کنترل خود را از دست داده و او را به قتل می‌رسانند و در صورت استناد موفقیت آمیز به این دفاع نسبی، به جای قتل عمدی، به قتل غیر عمدی، محکوم می‌شوند.

## ۱. معنا شناسی واژه‌ی قصاص

قصاص، در لغت، اسم مصدر از ریشه‌ی: قَصَّ یَقِصُّ، به معنای پیگیری نمودن اثر چیزی است ( جوهری، ۱۴۱۰، ۱۰۵۱/۳؛ ابن فارس، ۱۴۰۴، ۱۱/۵). در اصطلاح، به معنای قتلی است که به دنبال قتل دیگر می‌آید. در جایی دیگر، قصاص، به معنای پیگیری کردن اثر جنایت، به گونه‌ای که قصاص کننده و یا اولیای دم، همان جنایتی را بر جانی، وارد کنند که جانی بر او یا مقتول، وارد کرده است ( شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۱۱/۱۰؛ نجفی، ۱۳۶۳، ۷/۴۲). واژه‌ی قصاص، در قرآن کریم، غالباً، به معنای مقابله به مثل است ( مجتهدی فر، ۱۴۰۱، ۱).

## ۲. ماهیت قصاص

قصاص، یکی از مجازات‌های سالب حیات، در نظام کیفری اسلام و ایران است که متعاقب ثبوت قتل عمد و احراز شرایط قصاص، اجرا می‌شود و به تعبیر قرآن، در آیه‌ی شریفه‌ی: ۱۷۹ سوره‌ی مبارکه‌ی بقره: « وَ لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ »، این مجازات، جنبه‌ی بازدارندگی دارد. برای تبیین ماهیت قصاص، ابتداء، لازم است روشن شود که آیا قصاص، حقی است که به اولیای دم، داده می‌شود و یا حکمی است که قانونگذار و شارع، آن را تشریح کرده است؟ باید دانست که در



حقوق کیفری اسلام، حق و حکم، از نظر تعریف و آثار، متفاوت هستند. اصولاً، حقوق، قابلیت اسقاط دارند و دارنده‌ی حق می‌تواند حق خود را اسقاط کند؛ در حالی که احکام شرعی، غیر قابل اسقاط هستند.

قصاص، اگر از جمله‌ی حقوق باشد، مجنی<sup>۳</sup> علیه، یا اولیای دم، تحت شرایطی می‌توانند آن را اسقاط کنند؛ ولی اگر قصاص، حکم تلقی شود، اسقاط آن، از سوی مجنی<sup>۳</sup> علیه، یا اولیای دم، امکان پذیر نیست.

در اصطلاح حقوقی اسلام، حق، توانایی خاصی است که برای کس یا کسانی، نسبت به چیز یا کسی، اعتبار شده و به مقتضای آن توانایی می‌تواند در آن چیز یا کس، تصرفی نموده یا بهره‌ای برگیرد. برای تشخیص حق از حکم، از سوی صاحب نظران اسلامی، ملاک‌ها و ضوابط مختلفی، ارائه شده است؛ برخی از صاحب نظران، عقیده دارند: برای تشخیص حق از حکم، باید به آثار آن، توجه کرد؛ چنانچه این آثار، قابل نقل و انتقال باشد، این سلطه و توانایی، حق است و در غیر این صورت، از مصادیق حکم خواهد بود (نایینی، ۱۳۷۳، ۴۲/۱؛ حکیم، بی‌تا، ۸).

عده‌ی دیگری از صاحب نظران، به نظریه‌ی مذکور، ایراد وارد کرده اند و گفته‌اند: اولاً، این نحوه‌ی تشخیص، مستلزم دور است؛ زیرا قابلیت نقل و انتقال، متوقف بر این است که حق بودن سلطه و توانایی، محرز باشد و احراز این امر نیز خود، متوقف بر قابلیت نقل و انتقال و اسقاط است. ثانیاً، این، درست است که حکم، چیزی است که قابل نقل و انتقال و اسقاط نیست، ولی این، بدان معنی نیست که همه‌ی حقوق، قابل نقل و انتقال هستند؛ زیرا همه‌ی اقسام حق، این ویژگی را ندارند و پاره‌ای از آن‌ها، فاقد این قابلیت هستند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ۵۶).

با توجه به ایرادات فوق، می‌توان گفت: برای تشخیص درست حق و حکم، علاوه بر ضابطه‌ی مذکور، باید به امر دیگری - که همان مفاد ادله باشد - نیز توجه کرد؛ توضیح اینکه حق و حکم، هر دو، نتیجه‌ی ادله‌ی شرعی و قانونی است؛ گاهی، ادله‌ی مزبور، بیانگر این معنا است که اراده‌ی شخص، در نتیجه‌ی حاصل از آن‌ها، تأثیری ندارد، در این صورت، این نتیجه، حکم است و در غیر این صورت، نتیجه‌ی مزبور، حق خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۶۴، ۲۰).

بنا بر این، با توجه به مطالب فوق، از آنجا که قصاص، از شئون و اختیارات مَنْ لَهُ الْحَقَّ است و شارع مقدس، در قصاص، حکم به جواز آن نکرده است، بلکه جعل سلطنت، از برای صاحبان حق کرده است، پس، قصاص، از مصادیق حق و یک حقی غیر مالی است که با اجرای آن، نفع مادی و قابلیت تقویم به پول، برای اولیای دم، از بین می‌رود و حقی است که قابل اسقاط است و از حق الناس است.

### ۳. قتل متعاقب تحریک مجنی علیه

قوانین کیفری ایران، در این خصوص، نص صریحی ندارد. رگه‌هایی از این بحث را می‌توان در دکترین حقوقی و مبانی فلسفی موضوع، پیگیری کرد؛ زیرا قاتل عمدی، با سوء نیت و سبق تصمیم، مبادرت به قتل می‌کند، در حالی که فردی که در اثر هیجان و اغتشاشات روانی و تحریک خود مجنی علیه، مرتکب قتل دیگری شده است، از لحاظ مبانی فلسفی، نمی‌توان به مجازات قتل عمد محکوم کرد. در دکترین قبل از انقلاب، بحث اجبار معنوی را توسعه دادند و اجبار معنوی، به هنگامی است که فاعل، تحت سلطه‌ی احساس ترس و وحشت و یا هیجان شدید، عنان اختیار را از کف نهد و مرتکب جرم گردد.

در حقوق ایران، جرم قتل، بر اساس عنصر روانی، به قتل عمد و غیر عمد تقسیم شده که حسب میزان تقصیر و قابلیت سرزنش، برای انواع قتل، مجازات متفاوتی پیش بینی شده است. با عنایت به اینکه قتل، ممکن است ناشی از فعل یا ترک فعل باشد و مجنی علیه هم می‌تواند با فعل یا ترک فعل خود، در جنایت وارده، مؤثر واقع شود، عده‌ای بر این عقیده هستند که رابطه‌ی سببیت، در ترک فعل، وجود نداشته و به همین علت، ترک فعل مجنی علیه، مانند ترک مداوا، موجب عدم انتساب قتل، به عامل او نخواهد شد و برخی نیز چون تصریح قانونگذار را سبب جعل اعتباری جرم ناشی از ترک فعل می‌دانند، رفتار مجنی علیه را تنها، در صورتی که صراحتاً، مورد اشاره‌ی قانونگذار قرار گرفته باشد، قاطع رابطه‌ی سببیت بین رفتار عامل او و قتل، دانسته و جنایت را به خود مجنی علیه، نسبت می‌دهند (چگنی و بهبودی، ۱۴۰۰، ۱۶۶)؛ بخش قابل توجهی از تحریکات جانی، در بستر تحریک بزه دیده، به وقوع می‌پیوندد.

موضوع مهم، در مورد عذر برانگیختگی مباشر بر اثر تحریک مجنی علیه، این است که فاصله‌ی ایجاد شده‌ی بین تحریک و ارتکاب جرم، از طرف مجنی علیه، نباید به گونه‌ای باشد که گذشت زمان، باعث از بین رفتن اثر تحریک شود؛ بنا بر این، اگر فرد تحریک شده، پس از گذشت مدتی، جهت انتقام جویی برآید، نمی‌تواند از عذر برانگیختگی استفاده نماید.

#### ۱-۳. تاثیر رفتار و گفتار تحریک آمیز مجنی علیه

تصور عمومی، اغلب، بر این باور است که مجنی علیه، فردی بی‌گناه است که مورد ظلم قرار گرفته است و باید قانونگذار، از او، به طور مطلق، حمایت کند؛ اما، مجنی علیه، ممکن است خود، با رفتار خویش، منجر به تحریک و تشویق اعمال مجرمانه گردد و زمینه‌ی بزهکاری بزه دیدگی را خود، فراهم آورد.

بزه دیدگان مقصر، با بروز رفتارها و حرکاتی، توجهی بزهکاران را به خود، جلب می‌کنند و در برخی جرایم، خصوصیات، شیوه‌ی زندگی، سرشت و اعمال بزه دیده و رابطه‌ی او با بزهکار، چیزی شبیه استعداد و آمادگی قبلی وی برای بزه دیدگی است (جوان جعفری، ۱۳۹۵، ۱۲۸).

رفتار و گفتار تحریک آمیز بزه دیدگان، سهل انگاری، بی احتیاطی و مراقبت نکردن آنان، شیوه‌ای است که اهمیت اوضاع و احوال ارتکاب جرم و عوامل تحریک کننده را روشن می‌سازد و ارتباط تنگاتنگ برخی جرایم را با اوضاع و احوال ارتکاب آن‌ها، نشان می‌دهد (بابایی، ۱۳۹۰، ۲۷۶).

رفتار و گفتار تحریک آمیز می‌تواند باعث شود که فرد محرک، خود، قربانی جرم گردد؛ هرچند که فرد تحریک کننده، هرگز قصد نداشته با رفتار خود، قربانی جرم شود. بسیاری از نزاع‌ها، در نتیجه‌ی تحریک آنی فرد مرتکب، توسط مجنی علیه است. در حقیقت، وجود عوامل تحریک کننده، موجب می‌شود تا قوه‌ی تشخیص و قدرت کنترل رفتار، به طور کلی و جزئی، از بین برود. در این حالت، ممکن است قصد مرتکب، از بین برود و عنصر روانی لازم برای مسئولیت کیفری وی، موجود نباشد. در چنین شرایط و حالتی، اقتضاء می‌کند که در تعیین مجازات، نقش محرک، در نظر گرفته شود.

هرچند، در حقوق کیفری، شاید نتوان فرض را بر مجرمیت و تقصیر بزه دیده دانست، با توجه به اینکه در بعضی موارد، بزه دیده، عاملی مؤثر در ارتکاب جرم است، با لحاظ کردن نقش شتاب دهنده‌ی او در وضعیت پیش جنایی، قاضی می‌تواند مجازات بزهکار را در جرایم تعزیری تخفیف دهد. قانونگذار ایران، برای حمایت کمتر از بزه دیدگانی که با رفتار و گفتار تحریک آمیز، نقشی مؤثر در ارتکاب جرم داشته‌اند، در نهاد کیفیات مخففه‌ی قضایی، این موضوع را پیش بینی کرده است (جوان جعفری، ۱۳۹۵، ۱۳۲).

می‌توان گفت: این باور که مجنی علیه، انسان مظلوم و بی‌گناهی است، همیشه، درست نمی‌باشد و گاهی، مجنی علیه، با رفتار و کردار و گفتار، به ارتکاب جرم، کمک می‌کند و باعث شتابگیری جرم می‌شود و گاه، مشاهده شده است که مجنی علیه، با رفتار و گفتار خود، موجبات جرم را فراهم نموده و خود، باعث انگیزه و ایجاد جنایت می‌گردد.

شرایط و اوضاع و احوال صرف، نمی‌توانند تشکیل دهنده‌ی تحریک باشند؛ برای مثال، اگر یک نویسنده، دست نوشته‌هایش را یک سگ خورد، یا یک کشاورز که محصولاتش به علت سیل از بین رفته است، اگر در نتیجه‌ی آن، کنترل خود را از دست داده باشند و به نزدیکترین شخص، حمله کرده و او را کشته باشند، نمی‌توانند به بهانه‌ی تحریک، از خود دفاع نمایند (زاهدی، ۱۳۹۶، ۶۵)؛ بلکه فرد باید در اثر تحریک و اوضاع و احوال ایجاد شده، رفتاری را انجام دهد که هر فرد متعارف دیگری نیز با قرار گرفتن در این موقعیت و از دست دادن کنترل خود، مشابه رفتار واقع شده را انجام می‌داد.

فعل تحریک نیز لزوماً، نباید علیه متهم باشد. موضوعی که باید در مورد عذر برانگیختگی مباشر، بر اثر تحریک مجنی<sup>۱</sup> علیه، مورد توجه قرار گیرد، این است که فاصله‌ی زمانی ایجاد شده‌ی بین تحریک و ارتکاب جرم، از طرف مجنی<sup>۲</sup> علیه، نباید به گونه‌ای باشد که گذشت زمان، باعث زوال اثر تحریک گردد؛ بنا بر این، در حالی که شخص، از طرف دیگری، تحریک گردد، ولی، پس از گذشت مدتی پس از تحریک، جهت انتقام جویی، جرمی، علیه محرک، انجام دهد، مباشر نمی‌تواند از عذر برانگیختگی، بهره مند شود.

بسیاری از خشونت‌هایی که در جوامع امروزی، مشاهده می‌گردد، نتیجه‌ی خشم بوده و کسی نمی‌تواند به این دلیل که متهم، خشمگین شده است، او را از این مسئولیت، معاف کند؛ بلکه فرد، باید چنان خشمگین شود که هر فرد متعارف دیگری نیز با قرار گرفتن در وضعیت مشابه، کنترل خود را از دست می‌داد و رفتار مشابهی، تحت تاثیر وضعیت پیش جنایی، از خود، بروز می‌داد. تاثیر گفتار یا کردار تحریک آمیز افراد مختلف، متفاوت است و انسان‌ها، با توجه به جنس، سن، نژاد و ساختار روانی خود، مقابل تحریکات، واکنش‌های متفاوتی را از خود، بروز می‌دهند، لذا باید رفتار طرفین تحریک را با در نظر گرفتن رفتار متعارف، سنجید.

سابقه‌ی تحریک، به زمان‌های بسیار قدیم بر می‌گردد و جوامع بشری، همیشه، با موضوع تحریک به جرم، درگیر بوده است. رفتار ارتكابی مجرم، گاه، تحت تأثیر وضعیت پیش جنایی بوده است؛ در واقع، تحریک از سوی مجنی<sup>۳</sup> علیه یا شخص ثالثی، سبب وقوع جرم و جنایت شده است. گاهی، عاملی که باعث برانگیخته شدن مباشر، به ارتکاب جرم می‌گردد، رفتار یا گفتار تحریک آمیز مجنی<sup>۴</sup> علیه است که در این حالت، مجنی<sup>۵</sup> علیه، محرک جرم محسوب می‌شود؛ برای مثال، شخصی، با فحاشی نسبت به دیگری، احساسات او را جریحه دار می‌نماید و مخاطب، تحریک شده و مرتکب ضرب و جرح و یا حتی قتل شخص توهین کننده می‌گردد (پوربافرانی و شکوهنده، ۱۳۹۶، ۲۵).

شرط فوری بودن واکنش منجر به شکل گیری، مبحث نسبتاً جدیدی به تحریک انباشته شد. منظور از تحریک انباشته مجموعه‌ای از تحریکات است که بعد از آخرین تحریک که معمولاً جزئی است به یکباره خود را نشان داده به اوج می‌رسند. در این حالت غالباً آخرین تحریک شده، چیز کوچکی نظیر یکی از وسایل آشپزخانه یا ضربه ای مختصر بوده است اما مجموعه این تحریکات جمع شده و با یکدیگر تاثیر خود را می‌گذارند.

مفهوم تحریک انباشته شده، مورد مخالفت بسیاری از حقوقدانان دادگاه‌ها قرار گرفته است. آنان، با اشاره به شرط فوری و ناگهانی بودن واکنش، بیان می‌دارند که ایجاد فاصله‌ی زمانی بین تحریک و واکنش، موجب می‌گردد حالت هیجانی فرد تحریک شونده، از بین رفته و اقدام بعدی وی، انتقام جویی محض است (پاک نهاد، ۱۳۹۴، ۵۹).

در عذر تحریک پذیر خطر و تجاوز باید فعالیت داشته و قریب الوقوع باشد و این که عمل ارتكابی با خطر موجود متناسب باشد و مولفه هایی که هم از نظر ذهنی و هم از نظر عینی باید ثابت گردد که برای توقیف کنش متقابل می باشد.

اقدام به قتل، لزوماً، در لحظه‌ای اتفاق می افتد که خطر فوری و آنی، وجود دارد، یا تجاوز قریب الوقوع، احساس می شود. بی شک، شرایط آزاردهنده و رفتار خشن و تحریک آمیز، بر توانایی تصمیم گیری معقول و منطقی افراد، تاثیر گذار می باشد و در حقوق کیفری، تحریک، تنها، عامل تخفیف دهنده، در بند پ ماده‌ی: ۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بیان شده است.

### ۲-۳. اثر قتل ناشی از تحریک شدید یا ظلم بزه دیده در میزان کیفر

وقتی شخص، با گفتار یا رفتار خود، باعث برانگیختگی و تهییج فردی می شود و آن فرد نیز به دلیل عدم کنترل و تسلط بر رفتار خود، مرتکب قتل شود، آیا در میزان مجازات او مؤثر است و می تواند از علل تخفیف، یا عدم مجازات باشد؟ اهمیت این موضوع، زمانی مشخص می شود که دانسته شود: در حقوق کیفری ایران، ماده‌ی خاصی وجود ندارد که به بیان عذر تحریک، به صورت عام و به خصوص، در قتل بپردازد. کیفر قتل عمد، در زبان حقوقدانان و نگاه آنان، قصاص می باشد. اندیشه‌ی ثابت و قطعی بودن کیفر قصاص، بر بزه‌ی قتل عمد، سایه افکنده است.

از حیث مجازات قصاص، ماده‌ای که به طور کلی، به بیان قتل متعاقب تحریک بپردازد، به جز ماده‌ی: ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی، وجود ندارد که به اعتقاد ما، مبنایی به غیر از عذر تحریک و برانگیختگی است؛ اما قانونگذار، جایگاه متفاوتی برای عذر تحریک در قتل دارای مجازات قصاص، در نظر گرفته است و شخصی که به دلیل عذر تحریک، مرتکب قتل می شود، با عبارت: می تواند در همان حال آنان را به قتل برساند، رافع مسئولیت می داند؛ به سخن دیگر، یکی از علل رافع مسئولیت که در آن، مرتکب، علی رغم دارا بودن ارکان تکلیف و مسئولیت و مجرمانه بودن رفتار، کیفر نمی بیند، ماده‌ی: ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی می باشد و از این رو، این علل شخصی، تنها، در کیفر همان شخص، تأثیر می گذارد و نسبت به شرکاء و معاونان، بی تأثیر است و آنان، کیفر شراکت و معاونت را در بزه، خواهند دید.

نسبت به مجازات حبس تعزیری، در وهله‌ی اول، این گفته، چندان مقبول نیست؛ چون همیشه، گفته شده است که مجازات قتل عمدی، قصاص است و هر وقت که صحبت از قتل عمد، به میان می آید، آنچه در ابتدای امر، به ذهن متبادر می شود، قصاص است؛ اما در مباحث پیشین، اشاره شد که مجازات قتل عمد، همیشه، قصاص نیست؛ بلکه در موارد به نسبت متعددی، حسب مورد، مجازات اصلی قتل عمدی، یا مجازات فرعی آن، حبس تعزیری است.

اما سؤال این است که آیا قانونگذار، عذر تحریک را در قتلی به رسمیت شناخته است که مجازات-های تعزیری دارد و در صورت به رسمیت شناختن، چه جایگاه و شرایطی برای آن، قائل شده است؟ حسب مواد: ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات اسلامی، نهاد تخفیف، بر جرایم تعزیری حاکم است؛ ماده‌ی: ۳۷ قانون مجازات اسلامی، بیان می‌دارد: در صورت وجود یک یا چند جهت از جهات تخفیف، دادگاه می‌تواند مجازات تعزیری را به نحوی که به حال متهم مناسب باشد، تقلیل دهد و یا تبدیل کند (زراعت، ۱۳۹۷، ۲۳۶).

#### ۴. سقوط قصاص از منظر فقه

در فقه امامیه، مواردی تحت عنوان سقوط قصاص، از جانی، بیان شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳۸/۱۰). این موارد عبارت هستند از:

(۱) قاتل، پدر یا جد پدری مقتول باشد؛

(۲) مقتول، دیوانه باشد

(۳) قاتل، مست بوده و به کلی، مسلوب الاختیار شده و قبلاً، برای چنین کاری، خود را مست

نکرده باشد؛

(۴) قاتل، با اعتقاد به مهدور الدم بودن، یا استحقاق قصاص، عمداً، دیگری را کشته باشد؛

(۵) قاتل، مسلمان و مقتول، غیر مسلمان باشد؛

(۶) اقرار به قتلی که دیگری نیز به آن، اقرار کرده است؛

(۷) قاتل، دیوانه یا نابالغ باشد.

بعث و تحریک شدید مجنی<sup>۳</sup> علیه، در هیچیک از منابع فقهی، عامل سقوط مجازات، مطرح نشده است؛ اگرچه مواردی چون: دفاع مشروع، اکراه و یا قتل در فراس، استثنائات طرح شده هستند (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۱۷، ۵۶۶/۲)، ولی، مسأله‌ی تحریک شدید از سوی مجنی<sup>۳</sup> علیه، قابل الحاق به هیچیک از موارد فوق‌الذکر نمی‌باشد.

برخی از معاصرین - از جمله: آقای قائنی، در تقریرات درس خارج، در بحث شروط قصاص - به این فرع فقهی، اشاره کرده‌اند. به اعتقاد ایشان، یکی از شروط قصاص، این است که قتل، در واقع، جایز نباشد. اگر قتل، واقعاً، جایز باشد، قصاص، ثابت نیست؛ حتی اگر قاتل، این را نداند، یا به این جهت، دیگری را بکشد (قائنی، ۱۳۹۶، ۲).

بر این شرط، اموری مرتب می‌شود، عدم قصاص، در موارد: قتل سبب النبی، یا اقدام شوهر به قتل، در فرضی که کسی با همسرش زنا کند و قتل اکراهی؛ البته، مسأله اکراه، محل اختلاف است و مشهور معتقد هستند: اکراه، مجوز قتل نیست؛ لذا، اگر کسی، حتی از روی اکراه، دیگری را بکشد،

قصاص، ثابت است (حلی، ۱۴۰۸، ۱۸۴/۴)؛ البته، آقای خویی، در مواردی، معتقد است: اگر تهدید، به قتل باشد، از باب تزاحم، قتل، جایز است و قصاص ثابت نمی‌شود (خویی، ۱۴۲۲، ۱۴/۲).

در هر صورت، اگر کسی، قتل را در حال اکراه، جایز دانست، قتل اکراهی، موجب قصاص نیست؛ چون شرط قصاص، این است که فعل، جایز نباشد و فرضاً، این فعل، اینجا جایز است. به نظر مشهور، قتل، در حال اکراه، جایز نیست و موجب قصاص است؛ اما اگر دیدگاه آن دسته از فقهاء که قائل به جواز قتل در اکراه هستند، ملاک قرار داده شود، می‌توان به سقوط مجازات قصاص و جاری شدن تعزیر، حکم داد؛ لکن در غیر این صورت، این امر، ممکن به نظر نمی‌رسد.

قائلین به عدم قصاص، با استناد به نوع قضاوت امیرالمؤمنین امام علی (ع) در بحث اکراه، یا مباحث دیگری مثل: قتل در فراش که خون آدمی را مهدور دانسته، به دنبال راهی برای برائت این دسته از مجرمین هستند. روایات منقول از سلیمان بن خالد و حلبی، مؤید این نظر می‌باشد:

سلیمان بن خالد، از امام صادق (ع) نقل کرده است: آن کس که در نزاع، زدن را آغاز کرده و دیگری، در مقام دفع بوده باشد، اگر زخمی یا کشته شود، دیه نخواهد داشت (کلینی، ۱۴۰۷، ۲۹۲/۷).

در روایت صحیح حلبی، امام صادق (ع) فرمودند: هرکسی که به هنگام اجرای حد بمیرد، دیه‌ای ندارد؛ و فرمودند: هر مردی که با مرد دیگری ستیزه کند، تا او را بزند و طرف مقابل، او را از خود، دور کند و با این کار، باعث زخمی شدن، یا مرگ او شود، چیزی بر عهده‌ی مدافع نیست؛ و فرمودند: هر مردی که به خانه‌ی گروهی، سرک بکشد، تا به ناموس آنان نگاه کند و آنان، چیزی به طرف او پرتاب کنند و چشمانش را کور کنند، یا او را زخمی کنند، دیه‌ای بر عهده ندارند؛ و هرکس، آغازگر ستیزه‌ای باشد و به دیگران تجاوز کند، آن گاه، به خودش تجاوز شود، حق قصاص ندارد (کلینی، ۱۴۰۷، ۲۹۱/۷).

برخی از فقهاء معاصر می‌فرمایند: برخی، به صحیح حلبی، برای جواز قتل مردی که در حال زنا با همسر او است، استدلال کرده‌اند. مفاد صحیح حلبی، این بود که اگر کسی داخل خانه‌ی دیگران را برای دیدن به ناموس آنان نگاه کند، اگر به او آسیبی رسد، دیه‌ای بر او ثابت نیست. فرد زانی، تعدی به ناموس دیگری کرده و اگر آن دیگری، او را بکشد، قصاص ثابت نیست. در بحث ما، کشتن زانی، به عنوان عقوبت است؛ نه به عنوان دفاع.

در هر حال، عمده دلیل این مسأله، همان روایت داود بن فرقد است که سند و دلیلی معتبر بود و مفاد آن، جواز ثبوتی قتل مرد زانی بود و نیازی به استدلال به سایر روایت نیست؛ اما اینکه مرحوم خویی فرمودند: روایت حلبی، مربوط به دفاع است، چون آنچه مورد روایت است و این قاعده، بر آن، تطبیق داشته، بحث دفاع نیست. در مورد اینکه کسی داخل خانه‌ی دیگران را نگاه می‌کند، اگر چشم او

را کور کنند، از مصادیق دفاع نیست؛ بلکه ممکن است، دفع او را با حتی صدا زدن هم ممکن باشد، در حالی که بر جواز کور کردن فرد فتوا داده‌اند.

از این روایت، مطلبی استفاده می‌شود که اگر کسی، بر دیگری، تعدی کرد که به صورت طبیعی، مُعْتَدَى علیه، واکنش، نشان می‌دهد، هرچند فعل دوم، مصادق دفاع یا قصاص نباشد، بلکه مصادق انتقام و فعل به غیر حق هم باشد، اما چون این کار دوم، بر اثر تعدی فرد اول و ایجاد زمینه، توسط او، رخ داده است، قصاص منتفی است (قائنی، ۱۳۹۶، ۶۹).

البته، ظاهر روایت، این است که آن واکنش، فوری و بعد از تعدی بر او بوده است، نه اینکه بین آن‌ها فاصله و زمان باشد؛ یعنی: اگر کسی، ابتداءً، به کسی تعدی کند، قصاص، ثابت است؛ اما، اگر کسی، در مقام واکنش - هرچند از باب انتقام - جنایتی مرتکب شود، قصاص، ثابت نیست. با توجه به این دیدگاه، می‌توان مرتکب را به سبب ارتکاب فعل حرام، برابر مقررات باب تعزیرات، ماده‌ی: ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی، مجازات نمود؛ اما، نمی‌توان وی را قصاص کرد.

## ۵. عدم ثبوت قصاص بر قاتل

در مباحث و فروض اکراه بر قتل، برخی از فقهاء معاصر، متعرض مسأله و فرض دیگری شده‌اند و آن هم جایی است که شخصی - یعنی: آمر - به دیگری دستور بر قتل خودش - یعنی: قتل آمر - را بدهد، به نظر ایشان، روشن است که این دستور، مجوز قتل، برای مأمور نیست؛ اما، در صورتی که مأمور، متصدی این قتل شود، در ثبوت قصاص، نسبت به او، اختلاف وجود دارد که به نظر ایشان، قصاص هم ثابت است؛ چراکه آمر، ولایتی بر اهدار و قتل نفس خود ندارد و در نتیجه، مأمور، وقتی مجاز در قتل نشد، عملش، قتل نفس محترمه بوده و مشمول ادله‌ی قصاص می‌باشد.

قبال این حکم، از برخی دیگر - مانند: شیخ طوسی - منقول است که قصاصی، در این فرض، ثابت نمی‌دانند؛ چراکه آمر، اهدار نفس نموده است؛ در حالی که به نظر می‌رسد: انسان، ولایتی بر اهدار نفس خود ندارد و کما اینکه در عدم جواز خود کشی، گذشت، امر به قتل خود نیز عامل جواز قتل، از سوی غیر نمی‌شود و ممکن است در مواردی که خود شخص، مجوز برای قتل نفس خود دارد، امر به این قتل، بر دیگران هم باعث جواز قتل شود که البته، این مطلب هم باید بررسی شود؛ چراکه در فرض توجه و ایراد ضرر و زیان، به واسطه‌ی تحمل حمل، نسبت به مادر، اسقاط این حمل، برای مادر جایز است؛ اما، برخی - مانند: آقای تبریزی - این اسقاط را از فرد دیگری، غیر از مادر، جایز نمی‌دانند و فقط، در جایی که خود مادر و به غرض دفاع از خود، بخواهد این حمل را اسقاط نماید، اذن این اسقاط، به او داده شده است و شخص دیگری، مثل: پزشک، نمی‌تواند متصدی این اسقاط شود؛ چراکه برای مادر، دفاع از نفس، جایز بود، در حالی که پزشک، در این فرض، بین وجوب حفظ نفس این



مادر و حرمت قتل حمل و جنین، دَوْران دارد و از آنجا که حفظ نفس مادر، متوقف بر فعلِ حرامِ اسقاط حمل است، لذا، دلیل حرمت قتل، در اینجا حاکم است و قضیه، از موارد تزاحم هم نیست، تا به واسطه‌ی تخییر، پزشک، مجوز بر اسقاط حمل را داشته باشد و در حقیقت، حفظ نفس مادر، در اینجا، اصلاً، ملاک ندارد (نجفی، ۱۳۶۳، ۵۳/۴۲).

### ۶. وجه نفی سقوط قصاص در اهدار آمر

همان گونه که گذشت، بر اساس بیان برخی از فقیهان - مانند: شیخ طوسی، صاحب جواهر و آقای خوئی - قصاص را بر قاتل مباشر، در این فرض، ثابت نمی‌دانند و گویی، این قول، از باب اهدارِ مقتول، نسبت به نفس خودش است و در حقیقت، در جایی که خودِ شخص، امر به قتل خودش کرده است، حق قصاص را از خود، ساقط نموده است (قائمی، ۱۳۹۶، ۲).

### ۱-۶. عدم تعلق حق قصاص به مقتول، قبل از قتل

حق این است که اهدار مقتول، نسبت به نفس خودش، مسقط حق قصاص نیست؛ چراکه اولاً، حق قصاص، حق مقتول نیست؛ فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا (اسراء/۳۳) و ثانیاً، در حال حیات و قبل از قتل، هنوز حقی ثابت نشده است، تا قابل اسقاط باشد؛ لذا، استدلال به اهدار جایی ندارد؛ خلاف جایی که شخصی، دیگری را مأمور به اتلاف مال خود می‌کند که در این صورت، هرچند، فعل این مأمور، به سببی، مثل: اسراف، حرام است، اما، با توجه به این اهدار مال و اذن و دستوری که از سوی مالک مفروض است، ضمانت و مسئولیتی در این اتلاف، متوجه مأمور نیست و دلیل اتلاف - بنای عقلاء و غیر آن - از موارد اهدار مال و استناد اتلاف به آمر، انصراف دارد و دلیل اتلاف، شامل آن نیست؛ لذا، اسقاط حق، در اینجا، معنا دارد، خلاف ما نحن فیه که صغریایی برای این اسقاط حق و اهدار، متصور نیست (قائمی، ۱۳۹۶، ۲).

بر فرض چشم پوشی از اشکال دومی که عبارت بود از عدم ثبوت حق قصاص، قبل از قتل و به تعبیری، بر فرض پذیرش اسقاط ما لم یجب، باز هم، اشکال اول، یعنی: تعلق این حق، به اولیاء دم و نه خود مقتول، باقی است و مانع از استناد به اهدار نفس می‌شود؛ اما، نسبت به اتلاف مال، با وجود قول به بطلان اسقاط ما لم یجب نیز مشکلی در عدم ضمانت ایجاد نمی‌شود؛ چراکه در اینجا، اصلاً، اسقاطی محقق نشده است؛ بلکه قضیه، منع از تأثیر مقتضی است.

مثال بارز اسقاط ما لم یجب، جایی است که قبل از اعطای دین به مدین، مدین، این دینی که هنوز اعطاء نشده است، ببخشد و اسقاط و ابراء کند که به سبب تعلیق چنین اسقاطی، مشروع نیست؛ خلاف جایی که مالک، کاری کند که از ابتداء، ضمانتی نسبت به اتلاف مال، شکل نگیرد که اهدار مال، محسوب می‌شود و نه اسقاط. بر همین اساس، تبری طیب از خطاهای احتمالی، حکمی علی القاعده، محسوب

می‌شود و اسقاط ما لم یجب نیست؛ چراکه منشأیت فعل پزشک، برای ثبوت دیه، تأثیرش، به نحو اقتضاء است؛ به اینکه خود مریض، قبل از طبابت، طیب را از هر گونه ضرر و تلف احتمالی، متبری بداند که این اذن و جواز، علی القاعده است و از موارد اسقاط ما لم یجب نیست؛ بلکه از قبیل منع از تأثیر مقتضی است (قائمی، ۱۳۹۶، ۲).

#### ۷. عدم استناد قتل نفس، به مکره

حال، آیا در این فرض که قتل نفس، جایز نشد، قصاصی هم بر مکره ثابت است؟ به نظر برخی - مانند: آقای خویی - به همان نکته‌ای که در قتل شخص ثالث، قصاصی بر مکره ثابت نبود و فعل فاعل مختار، به مکره، مستند نشد و اراده‌ی این فاعل مختار، قاطع استناد به مکره بود، قصاص مکره، منتفی است و برای عدم استناد فعل اکراهی به مکره، تنظیر آورده‌اند به موردی که قاتل نفس، اکراه و وادار به خودکشی شده است، ولی به جهت اینکه علم دارد که اگر خودکشی نکند، به نحوه اشد و اصعب، او را خواهند کشت، مضطر به قتل نفس است که در این صورت، به دلیل عدم تحقق استناد، حق قصاصی برای ولی دم ثابت نخواهد بود (خویی، ۱۴۲۲، ۱۹/۲).

#### ۸. جواز و عدم جواز قصاص قتل اکراهی از منظر فقه

اکراه، در کلام فقهاء، گاهی، در معنای عام که شامل اجبار نیز است، به کار می‌رود؛ اما، اکراهی که موجب رفع مسئولیت در قتل نیست، حالتی است که فرد، درجاتی از قصد را دارد و از این رو، با اجبار، یعنی: حالتی که قصد فرد، زایل شده است، متفاوت و مشابه با اضطرار است.

روایت زراره و روایات حرمت تقیه در دماء، از مهمترین دلایل نظر مشهور فقهاء، درباره حرمت قتل اکراهی است. روایت نخست، از نظر خدشه در سند و نیز به دلیل عدم شمول آن بر قتل اکراهی، به سبب استفاده از واژه‌های امر و آمر، غیر قابل استفاده است.

روایات در باب حرمت تقیه در دماء نیز به دلیل امکان تفسیر آن، به صورتی متفاوت با برداشت مشهور فقهاء و در صورت پذیرش تفسیر مشهور فقهاء، به دلیل منصرف دانستن آن از قتل اکراهی، غیر قابل استناد است. عدم جواز تقیه در دماء نیز به معنای قصاص مباشر نیست؛ چراکه برای قصاص نفس، عدوانی بودن قتل، شرط است و می‌توان گفت: خالف نظر مشهور فقهاء، ظالم و متعدی نیست. افزون بر این، در اکراه به قتل، با تهدید به قتل، تراحم دو حکم شرعی در اکراه مکروه، وجود دارد؛ نخست: حرمت القای نفس خود در تهلکه و وجوب حفظ جان خویش و دوم: حرمت قتل غیر؛ و از آنجا که ترجیحی برای عمل به یکی از آن دو و اسقاط دیگری وجود ندارد، می‌توان قائل به تخییر بود. از سوی دیگر، به دلیل حصول شبهه، که ناشی از ضعف دلایل اثبات قصاص بر مرتکب و وجود دلایلی دایر بر عدم قصاص مرتکب است، قاعده‌ی درأ که شمول آن به قصاص، توسط برخی از فقهاء،

تصریح شده است و نیز لزوم رعایت احتیاط در دماء، ایجاب می‌کند که به دفع قصاص از مباشر مکره، قائل شد (کلانتری و هادیزاده، ۱۴۰۱، ۱۵۳).

علاوه بر روایات مذکور، اجماع فقهاء، دلیل دیگر، برای نظر مشهور ذکر شده است. این اجماع، در صورت وجود، به دلیل مدرکی بودن، غیر قابل استفاده است؛ به علاوه که با وجود نظر فقهای متأخر، چنین اجماعی به جهت وجود مخالف، وجود ندارد.

### نتیجه‌گیری

مطالعه‌ی حقوق کیفری، نشانگر آن است که گاه، انسان‌ها به دلیل شرایط خاص و عدم تسلط بر رفتار و کردارشان، از مسئولیت کیفری بری می‌باشند و در نتیجه، در مواردی خاص، می‌توان شرایطی برای سقوط قصاص، در نظر گرفت؛ یکی از این شرایط خاص، شرایطی است که مجنی علیه، به دلیل ظلمی که علیه جانی انجام می‌دهد، موجبات برانگیختگی و تحریک او را فراهم کرده و باعث جنایت می‌شود؛ در حقیقت، وجود عوامل تحریک کننده، موجب می‌شود تا قوه‌ی تشخیص و قدرت کنترل رفتار، به طور کلی و جزئی، از بین برود. در این حالت، ممکن است قصد مرتکب، از بین برود و عنصر روانی لازم، برای مسئولیت کیفری وی موجود نباشد. در چنین حالتی، لازم است تا در تعیین مجازات، نقش محرک، در نظر گرفته شود. در واقع، می‌توان گفت: این باور که مجنی علیه، انسان مظلوم و بی گناهی است، همیشه، درست نمی‌باشد و گاهی، مجنی علیه، با کردار و گفتار، به ارتکاب جرم، کمک می‌کند و باعث شتاب گیری جرم می‌شود.

در حقوق کیفری ایران، اگرچه بند پ ماده‌ی: ۳۸ قانون مجازات اسلامی، رفتار و گفتار تحریک آمیز بزه دیده را از جهات تخفیف در مجازات‌های تعزیری، اعلام کرده، اما، هنوز توجهی دقیق و جامع به مسئولیت کیفری مرتکبان قتل، در وضعیت طغیان احساسات شدید ناشی از تحریک شدگی و از دست دادن کنترل، ارائه نگردیده که این عامل، جهتی برای تخفیف اعمال اختیاری مجازات، محسوب گردد؛ لذا، تحریک شدید و ظلم و عدوان مجنی علیه، در حقوق کیفری ایران، به طور مشخص و دقیق، جنبه‌ی قانونگذاری ندارد؛ لذا، قانونگذار، باید تمام تلاش خود را در این راه به کار گیرد.

برگرفته از برخی روایات فقهی، از جمله: صحیح‌هی حلبی، می‌توان گفت: اگر مجنی علیه، آغازگر و محرک تجاوز به دیگری باشد و جانی، برانگیخته شده و واکنشی فوری و طبیعی، به تبع آن تحریک، انجام دهد که منجر به جنایتی نسبت به مجنی علیه شود، حق قصاص، از مجنی علیه که خود، عامل تحریک بوده، ساقط شود و مجازات، تخفیف یابد.

### کتابشناسی

#### قرآن کریم

۱. ابن فارس، احمد بن فارس، (۱۴۰۴ق)، معجم مقاییس اللغة، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی (بوستان کتاب)، اول. بابایی، محمد علی، (۱۳۹۰)، جرم شناسی بالینی، تهران، نشر میزان.
۲. پاک نهاد، امیر، (۱۳۹۴)، عذر تحریک؛ مبانی و آثار مطالعه‌ای در حقوق ایران و انگلستان، مجله حقوقی دادگستری، شماره: ۴.
۳. پوربافرانی، حسن؛ شکوهنده، فرزانه، (۱۳۹۶)، قتل متعاقب تحریک مجنی<sup>۲</sup> علیه، در حقوق ایران و انگلستان، مجله حقوقی دانشگاه اصفهان، شماره: ۵، ص ۲۰-۲۹.
۴. جمعی از پژوهشگران، (۱۴۱۷ق)، معجم فقه الجواهر، سید محمود هاشمی شاهرودی، بیروت، مؤسسه الغدیر.
۵. جوان جعفری، عبدالرضا؛ شاهیده، فرهاد، (۱۳۹۵)، رفتار و گفتار تحریک آمیز بزه دیده در قوانین و مقررات کیفری و رویه قضایی ایران، آموزه‌های حقوق کیفری، شمار: ۵.
۶. جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۴۱۰ق)، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة، بیروت، دار العلم للملایین.
۷. حکیم، سید محسن، (بی تا)، نهج الفقاهة، قم، انتشارات ۲۲ بهمن.
۸. حلّی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۹. خویی، سید ابو القاسم، (۱۴۲۲ق)، مبانی تکملة المنهاج، قم، مؤسسه إحياء آثار خوئی.
۱۰. زاهدی، عبد الوحید، (۱۳۹۶)، ترجمه کامل حقوق جزا، تهران، انتشارات جاودانه جنگل.
۱۱. سریانی، حبیب؛ مهدوی پور، اعظم؛ سید مرتضی حسینی، راحله، (۱۴۰۱)، بررسی فقهی و حقوقی سقوط قصاص در فرض تحریک مؤثر مجنی<sup>۲</sup> علیه، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، شماره: ۱۰(۳۸)، ص ۳۷-۷۳.
۱۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۰ق)، الروضة البهیة في شرح اللمعة الدمشقیة، قم، کتابفروشی داوری.
۱۳. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۲۱ق)، حاشیة المکاسب، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۱۴. غلاملو، جمشید و میرمجیدی، سپیده، ۱۴۰۰، دفاع از دست دادن کنترل؛ تحولات حقوقی قتل ناشی از تحریک شدید احساسات. آموزه های حقوق کیفری، ۱۸(۲۲)، ۲۱۹-۲۵۴.
۱۵. قاننی، محمد، ۱۳۹۶، القصاص، قم، مدرسه فقاہت.
۱۶. کلانتری، کیومرث؛ هادیزاده، رضا، (۱۴۰۱)، بررسی اعتبار دلایل نظر مشهور فقهای امامیه در قتل اکراهی، فقه و اصول، شماره: ۵۴(۱)، ص ۱۳۷-۱۵۶.
۱۷. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ق)، الکافی، تهران، انتشارات اسلامیة.
۱۸. مجتهدی فر، حمیدرضا، (۱۴۰۱)، قصاص قبل اسلام تا ظهور اسلام، شیروان، یازدهمین کنفرانس ملی حقوق، علوم اجتماعی و انسانی، روانشناسی و مشاوره.
۱۹. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۶۴، دین، فلسفه و قانون، علی دهباشی، تهران، سخن و شهاب.
۲۰. نائینی، محمد حسین، (۱۳۷۳ق)، منیة الطالب في حاشیة المکاسب، تهران، کتابفروشی محمدیه.
۲۱. نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۳)، جواهر الکلام، بیروت، دار إحياء التراث العربي.



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.2, Issue 10, Summer 2024, P: 73-98

**Receive Date:** 2024/01/01**Revise Date:** 2024/05/27**Accept Date:** 2024/06/06**DOI:** 10.71654/jcl.d.2024.1123569**Article type:** Original Research**Online ISSN:** 2821-2339

### Cognitive Reaction of Exchange Crimes in Iran's Criminal Policy

Mohammad Sadeghi<sup>1</sup>Javad Rajabi Salman<sup>2</sup>Hassan Hajitabar Firouzjai<sup>3</sup>

#### Abstract

Criminal protection of the capital market is considered as an independent matter in the rights related to investment. The purpose of this support is to protect the rights of shareholders, to create order in the stock trading market and even to prevent harmful behaviors. In order to achieve these objectives, it is necessary that the determined criminal execution guarantees will be appropriate with the committed behaviors and have been formulated and approved in order to achieve these objectives. The 6th and 7th degree Taeziart punishments, which have been modified and suspended in various ways in the reforms of 2019, cannot be considered as a deterrent factor and, of course, a reformer in the case of harmful stock market behavior. On the other hand, due to the wide spread of stock exchange activities at the community level and the involvement of different groups of people in this economic scene, and the occurrence of some harmful behaviors with a wide range, this has caused that the appropriateness between the criminalized behavior and determined legal punishments, to be violated obviously. It seems that in order to compensate this shortcoming in Iran's criminal policy, it is necessary to fundamentally review the criminal behavior and on the other hand, taking into account the amount of damage caused to individuals and the economy as a whole, appropriate punishments should be established that have deterrent power and restorative properties.

**Keywords:** economic crimes, exchange crimes, criminal security of stock market, criminal policy of exchange crimes.

1. Ph.D. student of criminal law and criminology, Ayatollah Amoli branch, Islamic Azad University, Amol, Iran. [sadeghi.mohammad13570@gmail.com](mailto:sadeghi.mohammad13570@gmail.com)

2. Assistant Professor, Department of Law, Hamedan Branch, Islamic Azad University, Hamedan, Iran (Corresponding Author). [javadrajabisalman@yahoo.com](mailto:javadrajabisalman@yahoo.com).

3. Associate Professor, Department of Law, Qaimshahr Branch, Islamic Azad University, Qaimshahr, Iran. [hajitabar@yahoo.com](mailto:hajitabar@yahoo.com).



## دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

سال سوم - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۰ - تابستان ۱۴۰۳، ص ۷۳-۹۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۱۷

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۳/۰۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۱۱

DOI:10.71654/jclld.2024.1123569

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

## واکنش شناختی جرایم بورسی در سیاست کیفری ایران

محمد صادقی<sup>۱</sup>جواد رجبی سلمان<sup>۲</sup>حسن حاجی تبار فیروزجانی<sup>۳</sup>

## چکیده

حمایت کیفری از بازار سرمایه، موضوعی مستقل، در حقوق مربوط به سرمایه‌گذاری به شمار می‌آید. هدف این حمایت، حفظ حقوق سهامداران، ایجاد نظم در بازار داد و ستد سهام و همچنین جلوگیری از رفتارهای زیان‌بار است. برای رسیدن به این مقاصد، لازم است که ضمانت اجرای کیفری تعیین شده، با رفتارهای ارتكابی، متناسب باشد و در جهت دستیابی به این مقاصد، تدوین و تصویب شده باشد. مجازات‌های تعزیری درجه‌ی ۶ و ۷ که در اصلاحات سال ۱۳۹۹ نیز به اشکال مختلف مورد تعدیل و تعلیق نیز قرار گرفته است، نمی‌تواند عاملی بازدارنده و البته اصلاحگر، در مورد رفتارهای زیان‌آور بورسی به حساب آید؛ از سوی دیگر، به دلیل گستردگی فعالیت‌های بورسی در سطح جامعه و درگیر شدن گروه‌های مختلف مردم در این صحنه اقتصادی و به دنبال آن، وقوع برخی رفتارهای زیان‌بار با گستره وسیع، موجب شده است که تناسب بین رفتار مجرمانه و مجازات‌های قانونی تعیین شده، به شکلی آشکار، مورد خدشه قرار گیرد. به نظر می‌رسد: برای جبران این نقیصه در سیاست کیفری ایران، لازم است که در رفتارهای مجرمانه، بازنگری اساسی انجام شود و از سوی دیگر، با در نظر گرفتن میزان خسارت وارده به اشخاص و کلیت اقتصادی، مجازات‌های متناسبی وضع شود که قدرت بازدارندگی و خاصیت ترمیمی را داشته باشد.

واژگان کلیدی: جرایم اقتصادی، جرایم بورسی، حمایت کیفری بازار سرمایه، سیاست کیفری جرایم بورسی

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد ایت‌اله‌آملی، دانشگاه آزاد اسلامی، آمل، ایران. [sadeghi.mohammad13570@gmail.com](mailto:sadeghi.mohammad13570@gmail.com)

۲. استادیار گروه حقوق، واحد همدان، دانشگاه آزاد اسلامی، همدان، ایران (نویسنده مسئول). [javadrajabisalman@yahoo.com](mailto:javadrajabisalman@yahoo.com)

۳. دانشیار گروه حقوق، واحد قائمشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائمشهر، ایران. [hajitabar@yahoo.com](mailto:hajitabar@yahoo.com)

## مقدمه

جرایم اقتصادی، از جمله: جرایم بورسی، دارای مصادیق مختلفی هستند که در گذر زمان و در تحولات تاریخی خود، از نظر مصادیق و ماهیت، تغییراتی داشته است. حمایت کیفری از منافع اقتصادی افراد و دولت‌ها، مبنای اصلی جرم‌انگاری افعال زیانبار اقتصادی بوده است. در مرحله‌ی بعد، کیفرگزینی جرایم مربوطه، چالشی مهم در بازدارنده بودن و جبرانی بودن آن، مطرح است. شناخت و تعیین کیفرهای متناسب در جرایم بورسی، می‌تواند در جبران زیان بزه دیدگان، ایجاد امنیت اقتصادی و ثبات بازار، تاثیر زیادی داشته باشد و رسالت حقوق کیفری را در این عرصه، به سرانجام برساند.

نقش اولیه‌ی بازارهای مالی، به طور اعم، و بازار سرمایه، به طور اخص، عبارت است از کمک به تبدیل پس اندازهای افراد و واحدهای تجاری به سرمایه‌گذاری، که واحدهای اقتصادی دیگر انجام می‌دهند (دوانی، ۱۳۸۴، ۱۷).

نهادهای بازار سرمایه که شامل: نهادهای خود تنظیم‌گر، مانند: بورس‌های اوراق بهادار، بورس کالا، مؤسسات سپرده‌گذاری و نگهداری اوراق بهادار، و واسطه‌های بازار، مانند: شرکت‌های تأمین سرمایه (بانک‌های سرمایه‌گذاری)، کارگزاران، معامله‌گران، مشاوران سرمایه‌گذاری، بازارگردانان و شرکت‌های سرمایه‌گذاری هستند (مدیریت آموزش بورس اوراق بهادار تهران، ۱۳۸۸، ۳)، به عنوان اشخاص حقوقی، باید مقررات کیفری خاصی داشته باشند و در موضوع کیفرگزینی، به شیوه‌ای در مورد آن‌ها قانون‌گذاری صورت گیرد که بتوان بیشترین نتایج ملموس از حمایت حقوق کیفری را مشاهده کرد.

چنانکه برخی معتقد هستند: در نظام حقوقی ایران، منطق خاصی بر کیفرگذاری حاکم نیست و قوانین از کیفرهای نامتناسب، از نظر: نوع و میزان، و ناکارآمدی از جهت تحقق اهداف، مملوء است. کیفرهای کلیشه‌ای و بی‌قاعده، نه فقط، موجب تأمین اهداف مجازات نمی‌شود، بلکه تأثیرات نامطلوب و معکوسی هم بر بزهکار می‌گذارند. تعیین کیفر مناسب و درجه‌ی بهینه‌ی آن، که بیشترین کارایی را دارا باشد، امری بسیار پیچیده و نیازمند توجه به مؤلفه‌های بسیاری است (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۹، ۱۰۱). شاید بهتر، این باشد که مسأله، با دو سؤال، روشن گردد: اینکه کیفر جرایم بورسی را چگونه باید تعیین کرد؟ و چه ملاک‌هایی برای انتخاب نوع و میزان مجازات مطلوب و بهینه، در جرایم بورسی وجود دارد؟ پاسخ به این سؤالات می‌تواند جنبه‌ی کیفرشناسی جرایم بورسی را مشخص سازد.

هرگونه اخلال، عمل زیانبار و مجرمانه در این بازار می‌تواند علاوه بر زیان مادی برای شرکت‌ها و سرمایه‌گذاران، واجد آثار منفی و مضرری برای اعتبار این بازار مهم تلقی گردد. به هم ریختگی ناشی

از اعمال مجرمانه در بازار سرمایه، عاملی است که موجب می‌شود نیاز به حمایت کیفری، در این بازار، با توجه خاصی، احساس شود. در جرم انگاری و کیفرگزینی این جرایم، به نظر می‌رسد: جانب عدالت و تناسب، رعایت نشده است. قرار دادن این جرایم، در گروه جرایم تعزیری درجه‌ی ۶، با مجازات‌های نقدی پایین، می‌تواند از بازدارندگی و جبرانی بودن این جرایم این حوزه بکاهد. این پژوهش بر آن است که با تلقی جرایم حوزه‌ی بورس، در زمره‌ی جرایم اقتصادی، مجازات‌های این رفتارهای مجرمانه را ارزیابی نموده و مورد سنجش قرار دهد و در نهایت، به این سؤال، پاسخ دهد که چه نوعی از مجازات‌ها و با چه شدتی، می‌تواند متناسب با رفتارهای مذکور باشد.

## ۲. مبانی تعیین مجازات متناسب در جرایم بورسی

مبانی کیفرگزینی و به طور کلی، جرم انگاری را می‌توان در قالب سه محور اصلی جای داد؛ اصل ضرورت، اصل هزینه فایده و اصل اضرار. حال، باید دید که در کیفرگزینی جرایم بورسی، این مبانی و اصول، مورد توجه قرار گرفته است؟ به عبارت دیگر، اصول جرم انگاری، که در نهایت، به تعیین کیفر منجر می‌شود، تا چه اندازه، در جرایم بورسی و عملکرد قانونگذار، در این حوزه، مؤثر بوده است؟

### ۲-۱. اصل ضرورت جرم انگاری و کیفرگذاری در اعمال زیانبار بورسی

حمایت کیفری از سرمایه‌گذاران، می‌تواند یکی از راه‌های تشویق به سرمایه‌گذاری و ایجاد امنیت مالی، در نظر گرفته شود؛ به عبارت دیگر باید گفت جرم انگاری در این حوزه، در کنار سایر مشوق‌ها و تضمیناتی که حاکمیت، نسبت به موضوع تأمین مالی برای بازار می‌تواند ارائه نماید، ضروری بوده و مسلماً، با اعمال مجازات، همراه خواهد بود؛ به همین جهت، ناهنجاری در بازار سرمایه، همیشه، تحت حمایت حقوق کیفری نیست و عمل مجرمانه، تلقی نمی‌شود. این موضوع، هر چند، یکی از کاستی‌های حقوق کیفری، تلقی شده است و جرایم بورسی، شامل تمام تخلفات در بازار سرمایه نیست و عموماً، رفتارهایی جرم انگاری می‌شود که دارای آثار عینی و شدید منفی بر بازار و حقوق سرمایه‌گذاران و شرکت‌های بورسی داشته باشد؛ ولی به نظر می‌رسد که متناسب با اصل ضرورت بوده و مداخله‌ی حقوق کیفری، تنها، در موارد ضروری، قابل توجیه است.

ضرورت جرم انگاری در جرایم بورسی، به جهت آن است که این اعمال زیانبار، در دسته‌ی جرایم اقتصادی قرار می‌گیرد که در ضرورت جرم انگاری آن، به دلیل لزوم حمایت کیفری از منافع اقتصادی، تردیدی وجود ندارد.



برخی از حقوقدانان، جرایم بورسی را در دسته‌ی جرایم اقتصادی قرار می‌دهند. به استناد بند ب ماده‌ی ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی که جرایم اقتصادی را احصاء نموده است، معتقد هستند که جرایم بورسی، در گروه جرایم اقتصادی محسوب نیست (ولیدی، ۱۳۹۳، ۸۷).

به نظر می‌رسد: با توجه به دو ضابطه، بتوان جرایم بورسی را در گروه جرایم اقتصادی جای داد؛ اولاً، جرایم اقتصادی و بورسی، هر دو، با انگیزه‌ی مالی، ارتکاب می‌یابد؛ ثانیاً، آثار اخلال در نظم اقتصادی را به همراه دارد.

به نظر نگارنده، جرایم بورسی را می‌توان بسیار شبیه به جرایم اقتصادی دانست؛ با این تفاوت که جرایم اقتصادی، دارای آثار سریع و آنی نیست، ولی جرایم بورسی، دقیقاً، آثار سریع دارد و موجب ایجاد زیان، برای سرمایه‌گذاران و شرکت‌های ثبت شده در بورس دارد. در نهایت، از منظر تعیین کیفر و مجازات، می‌توان جرایم مذکور را دارای ضابطه‌ای واحد، برای تعیین کیفر، قلمداد نمود. توجه به ضرورت‌های اقتصادی در کیفرگزینی جرایم بورسی، معیاری مهم محسوب می‌شود که می‌تواند در نوع و میزان کیفر تعیین شده، مؤثر باشد.

## ۲-۲. اصل هزینه فایده، در کیفرگذاری جرایم بورسی

نظام هزینه فایده، بر این فرض، متکی است که چگونه می‌توان از جرایم بورسی، جلوگیری کرد؟ مبنای این پیشگیری، بر این مسأله استوار است که هزینه‌های انجام جرم، به گونه‌ای افزایش یابد که مرتکب بالقوه این جرایم را از ارتکاب بالفعل آن، باز دارد. از سوی دیگر، هزینه‌های اعمال مجازات برای جامعه به گونه‌ای باشد که نسبت به فواید آن، قابل توجیه باشد.

یکی از ویژگی‌های خاص جرایم بورسی، این است که عمدتاً، توسط نهادی واسطه، به نام کارگزاری، ممکن است صورت پذیرد. اعمال مجازات‌های فردی، نسبت به اشخاص حقوقی، مانند: حبس، شلاق و... نه اجرائی است و نه سودمند به نظر می‌رسد؛ به همین دلیل، لازم است در جنبه‌های ترمیمی، جبران زیان و به طور کلی، اقدامات تأمینی و اصلاحی، در پی جستجوی مجازات متناسب بود.

قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ دسته بندی خاصی از جرایم تعزیری و درجه بندی جدیدی از منظر میزان و نوع مجازات، در ماده‌ی: ۱۹ ارائه داده است و بر همین اساس نیز در مواد بعدی، در خصوص آثار حاکم بر هر کدام از این درجات، صحبت می‌نماید.

مطابق با مقررات قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ می‌توان خصوصیات برای جرایم بورسی، قائل

شد که بر اساس آن، اصل هزینه فایده را در کیفرگزینی، مورد چالش قرار می‌دهد:

الف) در گروه جرایم تعزیری درجه‌ی: ۶ و ۷ هستند.

مطابق قانون بورس اوراق بهادار ایران، برای مرتکبین جرایم بورسی، مجازات سه ماه تا یک سال، تعیین شده است و تنها، در برخی موارد، مانند مواد: ۴۷ - ۴۸ و ۵۰ قانون مذکور است که مجازات، به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ احاله شده است که شامل تعزیر درجه‌ی: ۵ می‌باشد. همین موضوع، یکی از انتقادات وارد بر سیاست جنایی قانونی محسوب می‌شود که بر اساس آن، کیفرهای متناسب برای جرایم بورسی، در نظر گرفته نشده است و این، در حالی است که برای جرایم مشابه، از نظر میزان خسارت و زیان، می‌توان گفت که مجازات‌هایی شدیدتر و حتی مصادیق افساد فی الارض، در نظر گرفته شده است.

ب) صدور مجازات جایگزین حبس، در جرایم بورسی، امکان پذیر است.

با توجه به اینکه مجازات‌های جایگزین حبس، در خصوص حبس‌های زیر یک سال، اعمال می‌شود، به نظر می‌رسد که باید این جرایم را نیز مشمول مقررات جایگزین حبس دانست. با این حال، جرایم بورسی، باید به گونه‌ای کیفرگزینی شود که بتوان بر اساس آن، به عدالت کیفری نیز نزدیک شد. ج) محکومیت به جرایم بورسی، محکومیت مؤثر تلقی نمی‌شود.

منظور از محکومیت مؤثر کیفری، مجازاتی است که قانون، در دادگاه کیفری، برای مجرم، تعیین می‌کند و علاوه بر محکومیت اصلی کیفری مجرم، این مجازات، در سابقه‌ی او نیز ثبت خواهد شد و برای او، سوء پیشینه در نظر گرفته می‌شود.

د) بسیاری از ارفاقات قانون مجازات اسلامی، نسبت به جرایم بورسی اعمال می‌شود.

تعمیق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات و نظام نیمه آزادی، در مورد جرایم بورسی درجه‌ی: ۶ - ۸ اعمال می‌شود. با توجه به اینکه مرتکبان جرایم بورسی، عموماً، از یقه سفیدها، کارمندان بورس و افراد با نفوذ هستند، به نظر می‌رسد که رعایت ارفاقات، در اعمال این قبیل از جرایم، با فلسفه‌ی جرم‌انگاری این جرایم، در تقابل، قرار داشته باشد؛ هرچند، پذیرش موارد استثنائی، دور از ذهن نیست؛ ولی به عنوان یک قاعده، به نظر می‌رسد که باید سخت‌گیری بیشتری در این جرایم، صورت پذیرد. جرایم بورسی، ممکن است به صورت انفرادی رخ دهد و یا اینکه به شکل مشارکتی واقع شود. پیچیدگی جرایم بورسی، در حالت دوم، قطعاً، بیشتر خواهد شد؛ چرا که این مشارکت، بیانگر آثار مالی زیانبار بیشتر، وحدت قصد بین شرکاء، وجود تبانی و تصمیمات قبلی و البته، پنهان کاری حرفه‌ای‌گری است. آثار زیانبار جرایم بورسی، هرچند شدیدتر از جرایم مالی است، با این وجود، به این دلیل که بزه دیده‌ی خاصی ندارد و یا اینکه بزه دیدگان، شیوه‌ی دادخواهی مناسبی را نمی‌یابند و اصولاً، رؤیت جرایم بورسی، کمتر اتفاق می‌افتد و صرفاً، آثار بعدی آن، قابل مشاهده است، در نتیجه، می‌توان گفت که به نوعی پنهان و مخفی هستند.

مبتنی بر اصل هزینه فایده، مجازات باید رویکردی سزادهی یا اصلاح‌گرایانه داشته باشد. ارباب بزهکار یا اشخاص ناکرده بزه، تنها، با کیفرهایی قابل انجام است که بتواند تعادل بین هزینه جرم و فایده را به نفع هزینه جرم، افزایش داده و مانع در جهت ارتکاب جرم باشد. گاهی، ارباب بزهکار و پیاده سازی عنصر پیشگیری، تنها، با ارباب انجام نمی‌شود و تنها، حذف بزهکار یا طرد او است که می‌تواند این هدف را تحقق بخشد. کارایی نظام کیفری، زمانی ملموس خواهد بود که بتوان گفت: آمار جرایم، کاهش یافته است. به نظر نمی‌رسد: در جرایم بورسی، این هدف، محقق شده باشد؛ بنا بر این، توجه به اصل هزینه فایده، در کیفرگزینی، مورد توجه نبوده و به طور کامل، در قانونگذاری، وارد نشده است.

### ۲-۳. اصل اضرار در کیفرگزینی جرایم بورسی

جرایم مربوط به بازار اوراق بهادار، از جمله مهمترین جرائم اقتصادی شمرده می‌شوند. تعریف خاصی از جرایم اقتصادی ارائه نشده است؛ چراکه تعریف این جرم، سبب می‌شود که مصادیق آن، کاهش یافته و در نتیجه، در واکنش به آن، محدودیت‌هایی وجود داشته باشد (سلطانی فرد، ۱۳۹۷، ۱۵۹).

آنچه مسلم است، جرایم بورسی، واجد زیان‌های مالی و حتی غیرمالی برای افراد (بزه دیدگان) و اجتماع هستند. جامعه، شامل تمامی افرادی که بزه دیده‌ی مستقیم نیستند و همچنین، نظام اقتصادی در کلیت خود است. با توجه به میزان زیان ایجاد شده و گستره‌ی ضررهای وارده، کیفرگزینی در این حوزه باید متناسب باشد. در تحلیل ضررها و زیان‌های جرایم بورسی می‌توان به این موارد اشاره کرد: الف) جرایم اقتصادی و بورسی غیر خشن هستند. جرایم علیه تمامیت جسمانی، جرایم علیه امنیت و مصادیق آن‌ها، دربردارنده‌ی نوعی خشونت و تهاجم هستند که در جرایم اقتصادی این ویژگی قابل ملاحظه نیست. مجازات بدنی، متناسب با این جرایم نیست؛ چراکه نه بازدارنده است و سودی برای بزه‌دیده و جامعه ندارد.

ب) آثار زیانبار جرایم اقتصادی، آنی نیست (جوانمردی، ۱۳۹۹، ۱۴۵). به نظر نگارنده، آثار جرایم بورسی و اقتصادی، در برخی موارد، آنی است و در برخی موارد، مستمر بوده یا با تأخیر، آثار آن، کشف می‌شود.

ج) تخدیش سلامت اقتصادی، اداری و تجاری جامعه و بازار سرمایه، مهمترین اثر زیانبار جرایم بورسی است.

د) گسترده بودن آثار زیانبار جرایم بورسی و پیچیده بودن، از دیگر خصوصیات این دسته از جرایم است (مهدوی پور، ۱۳۹۰، ۴۰-۴۸).

جرایم بورسی می‌تواند از چنان آثاری برخوردار باشد که امنیت اقتصادی را در حوزه‌ی سرمایه گذاری تضییع نماید. اخلال در نظام اقتصادی با مصادیق خاص و البته، غیرحصری، در قانون

مجازات اخلاالگران در نظام اقتصادی کشور مصوب سال ۱۳۶۹ و ماده‌ی: ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی، مصوب سال ۱۳۹۲ جرم حدی معرفی شده است. موضوع این جرایم، قابل توسعه است و هدف و غایت نیز قابل تفسیر است؛ بنا بر این، نمی‌توان دلیل متقنی ارائه داد که بر اساس آن، بتوان جرایم بورسی را واجد اثر افساد فی الارض ندانست.

جرایم بورسی، علاوه بر زیان و خسارت ایجاد شده برای سهامداران و شرکت‌های بورسی، به ساختار اقتصادی و همچنین، به وضعیت کلان اقتصادی آسیب وارد می‌کند. این موضوع می‌تواند مورد توجه قانونگذار واقع شود و در قوانین آتی، در راستای جرم انگاری و تعیین کیفر، لحاظ شود.

بیشتر جنبه‌های حقوق اوراق بهادار، بیان‌کننده‌ی ویژگی‌های مختلط حقوق عمومی و خصوصی هستند؛ برای مثال، مقررات مربوط به معاملات درونی<sup>۱</sup> می‌تواند بر مبنای مختلفی توجیه گردد؛ می‌تواند مبنای آن، ضرری باشد که از دیدگاه حقوق خصوصی، بر شرکت، وارد می‌شود، یا ضرری باشد که از دیدگاه حقوق عمومی بر بازار وارد می‌شود (قاسمی، ۱۳۸۹، ۳۹)؛ بنا بر این، لازم است در معاملات مختلف، سطح امنیت اقتصادی هدف قرار داده شده را مشخص نمود و بر این اساس، اقدام به تعیین کیفر نمود و در مرحله‌ی پیش از آن نیز اقدام به قانونگذاری و جرم انگاری کرد.

زیان ناشی از جرایم بورسی، با توجه به وجود تعداد بی‌شمار سرمایه‌گذاران خرد، در این مجموعه و با در نظر گرفتن مبالغی که مورد داد و ستد قرار می‌گیرد، به شکل کلان، قابل توصیف است. برخی مبالغ که در قوانین مختلف جرایم اقتصادی دیده می‌شود، در این جرایم نیز کاملاً، مشهود است؛ البته، کلان بودن، فقط به این جنبه، منحصر نیست؛ جنبه‌ی دیگر کلان بودن، آنکه رفتار فیزیکی فرد، در مکان‌های مختلف، ارتکاب یابد؛ مانند اینکه در چندین شهر، یا استان، جرم رخ دهد و دیگر آنکه آثار یا عواقب جرم، به اندازه‌ای شایع و گسترده باشد که عملاً، زندگی مردم را مختل و امنیت اقتصادی را با تهدید مواجه سازد (نورزاد، ۱۳۹۸، ۶۸).

در جرایم اقتصادی، به طور کلی، باید به میزان پیامدها و میزان آسیب و ضرر و زیان، برای تعیین کیفر، توجه نمود؛ لذا انواع مختلف جرایم اقتصادی، انواع مختلف مجازات‌ها را نیز در پی دارد؛ بنا بر این، جرایم اقتصادی، با توجه به شیوه ارتکاب آن و نیز ماهیت جرایم اقتصادی، ویژگی تدرج و انعطاف‌پذیری را با خود به همراه دارد (توسلی‌زاده، ۱۳۹۲، ۲۳۰).

به نظر می‌رسد: مجازات تعیین شده برای جرایم بورسی، با در نظر گرفتن گستردگی زیان‌های ایجاد شده نمی‌تواند چندان متناسب باشد، عموماً، حبس‌های درجه‌ی: ۶ و ۷ و مجازات‌های تبعی نه چندان بازدارنده، تعیین شده است که نمی‌تواند خاصیت بازدارندگی یا عدالت کیفری را داشته باشد. موضوع بازار بورس و اتفاقاتی که در آن رخ می‌دهد، به مانند ریزش یکباره و شدید در سال ۱۳۹۹

1. Insider- trading.

که تا دو سال نیز ادامه دار بود و موجب ضرر بسیاری از سرمایه گذاران تازه وارد، به این بازار شد، مسأله‌ای است که دارای ابعاد مختلف سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و حتی فرهنگی است که موجب می‌شود ویژگی خاصی، بتوان بر این قبیل از جرایم، قائل شد.<sup>۱</sup>

وقتی از نتایج زیانبار و گسترده‌ی برخی از جرایم بورسی سخن گفته می‌شود، منظور، این نیست که این نتایج، جزئی از عنصر مادی این گروه از جرایم است و عدم تحقق آن‌ها، به معنی عدم تحقق جرم است؛ به عبارت دیگر، باید گفت که جرایم بورسی، در تحقق خود، نیاز به عناصر مادی، غیر از نتیجه دارد. اعمال مجرمانه‌ی صورت گرفته، دارای اثر اقتصادی و مالی، اگر نباشد، اثر اعتباری و روانی، در جامعه و حیثیتی، برای بازار سرمایه، به همراه خواهد داشت و این گونه آثار ثانویه، از نظر قانونگذار، مستتر فرض شده است.

نمی‌توان تعیین جزای نقدی را برای این جرایم، مجازات و دلیلی بر مقید بودن این جرایم، به حساب آورد (جوانمرد، ۱۳۹۶، ۱۱۵)؛ اگرچه می‌توان به شکل مخالف نیز استدلال کرد و لزوم ورود زیان و کسب سود را عنصر تحقق جرم، در نظر گرفت؛ ولی با این حال، باید به گونه‌ای دیگر، این جرایم را مورد بررسی قرار داد که متفاوت از سایر جرایم اقتصادی است و شاید در اندیشه‌ی قانونگذار، حمایت از امنیت اقتصادی و حمایت کیفری از بازار سرمایه، در راستای گسترش نظم و امنیت اجتماعی، بیشتر مد نظر است، تا حفظ حقوق سهامداران، که البته، اولویت دوم محسوب می‌شود.

با این اوصاف، جرایم بورسی، سبب لطمه به کلیت اقتصادی و حیثیت نهادهای عمومی می‌شود و مطالبه‌گری عمومی را برای ورود حقوق کیفری به این حوزه، در پی خواهد داشت. در دادنامه‌ای<sup>۲</sup> استدلال شده است: تعیین جزای نقدی، به صورت مضربی از سود به دست آمده، یا زیان متحمل نشده، در مادتين: ۴۶ و ۴۹ قانون بازار اوراق بهادار (آن هم به نحو تخییری) با توجه به عدم امکان محاسبه‌ی سود یا زیان مادی مستقیم و قطعی در کلیه‌ی موارد، ناظر به فروضی است که امکان احتساب رقم مزبور، فراهم باشد - نظیر بزه‌ی معامله‌ی متکی بر اطلاعات نهانی - و این نحو از تعیین مجازات، کمترین دلالتی بر مقید بودن جرم، به تحصیل سود یا دفع ضرر ندارد.

جرایم بورسی، به گونه‌ای هستند که با در نظر گرفتن اقتصادی بودن آن‌ها و نیز با توجه به اینکه موضوع آن‌ها، مالی محسوب می‌شود، در نتیجه، این امکان، وجود دارد که با اصطلاح عام فساد،

۱. هیچ‌گاه هم به صورت رسمی مشخص نشد چند درصد مردم، تا چه میزان با سرمایه گذاری در بورس متحمل ضرر شدند؛ تنها، یک نظرسنجی نشان می‌دهد که از میان حدود ۲۰ درصد مردمی که در سال‌های ۱۳۹۸ و ۱۳۹۹ در بورس، سرمایه گذاری کرده بودند، بیش از ۷۷ درصد ضرر کرده و تنها ۸،۱ درصد، از سرمایه گذاری خود، سود دریافت کردند (isna.ir/xdLZgY).

۲. شماره: ۹-۴۸-۲۰۰۲۰۰۹۹۷۲۱۳ مورخ ۹۰/۲/۲۲ شعبه ۱۱۹۲ دادگاه عمومی جزایی ویژه رسیدگی به جرایم اقتصادی.

مرتبط باشند. این واژه، در مقام صفت، برای برخی از جرایم عنوان شده است و همچنین، یکی از نتایج جرایم مالی و غیرمالی، که نهایتاً، به افساد فی الارض، ختم می‌شود، در نظر گرفته می‌شود. نباید از نظر دور داشت که فساد، عادتاً، یک جرم اقتصادی محسوب نمی‌شود و اساساً، تعریف این دو، متفاوت است؛ هرچند بعضی از مصادیق آن‌ها با یکدیگر هم‌پوشانی دارند. وجود ارتباط نزدیک بین این دو، باعث شده تا در کنوانسیون‌های بین‌المللی، همواره ارتباط شوم این دو، مد نظر قرار گیرد و در جهت مبارزه، راه‌حل‌هایی ارائه شود. وجود ارتباط، مانع از آن نیست که مرز علمی و عینی این دو پدیده، نادیده گرفته شود؛ چه بسا، جرم اقتصادی، که ناشی از فساد نباشد و فساد که در مسیر جرم اقتصادی محو نشود (سلطانی فرد، ۱۳۹۷، ۱۶۶)؛ به همین دلیل، لازم است ارتباط جرایم بورسی با عناوین کلی در قانون مجازات نیز مشخص شود. این موضوع، از چند جهت، مفید است؛ اول اینکه در تعیین برخی کیفرها در نظر گرفته می‌شود؛ دوم، در خصوص آیین دادرسی و مراجع صالح به رسیدگی می‌توان تعیین تکلیف نمود و سوم، برخی از احکام خاص، که مرتبط با جرایم افساد است، یا قابل تسری به آنان نیست، می‌تواند در این زمینه، مورد استناد قرار گیرد.

به هر حال، اینکه مفهوم جرایم بورسی، در قالب جرایم مالی یا جرایم ضد اموال و در شکل جزئی‌تر آن، در گروه جرایم اقتصادی قرار می‌گیرد یا خیر؟ موضوعی است بسیار مهم؛ چراکه سیاست جنایی ایران در جرایم اقتصادی، با نواقص زیادی همراه است؛ بخصوص در حوزه‌ی پیشگیری و آیین دادرسی؛ به همین دلیل، لازم است که مصادیق مرتبط با آن، مشخص شده و جایگاه آن، مشخص شود.

البته، در کیفرگزینی جرایم بورسی، توجه به اصول دیگر، مانند: اصل کاربرد کمینه‌ی کیفر، اصل تناسب و اصل اعتدال (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۹، ۱۱۰)، نقش مهمی دارد که از توضیح این اصول، به جهت عمومیت داشتن در تمامی شیوه‌های کیفرگزینی، اجتناب می‌شود.

### ۳. موانع و چالش‌های کیفرگزینی متناسب در جرایم بورسی

جرایم بورسی، خصوصیات خاصی دارند که در قیاس با انواع دیگر جرایم اقتصادی و مالی، آن‌ها را در دسته‌ی خاصی قرار می‌دهد و یا لاقفل، به شکل کامل نمی‌توان آن را در گروه خاصی از جرایم، جای داد. به نظر می‌رسد که این مسأله، خود، چالشی قابل توجه و مانعی بزرگ در راستای کیفرگزینی متناسب، محسوب شود.

برخی، به قطع، معتقد هستند که جرائم بازار بورس، از جمله‌ی جرائم اقتصادی هستند؛ مطابق با نظر این گروه، باید گفت که جرم اقتصادی، لزوماً، ویژگی اقتصادی ندارد، بلکه جرمی است که آثار و تبعات سوء اقتصادی دارد (ساک، ۱۳۹۶، ۲۵). این جرایم، به این دلیل، اقتصادی محسوب می‌شود

که موجب زیان عموم مردم می‌شود و این، عموم مردم، غالباً، درگیر نظام اقتصادی هستند و هرگونه عمل زینبار، موجب تضرر همگی می‌شود؛ حال، وظیفه‌ی دولت است که از بابت این زیان جمعی ایجاد شده، اقدام به اخذ مبالغی، برای جبران زیان‌ها نماید و به نوعی، کیفری متناسب را اتخاذ کند. در این بخش، به مهمترین موانع و چالش‌هایی که موجب می‌شود، کیفرهای تعیین شده در جرایم بورسی، مؤثر واقع نشود، اثرگذاری اصلاحی نداشته باشد و در نهایت، به اهداف کیفر به شکل کلی خود نرسد، اشاره می‌شود.

### ۳-۱. قابل محاسبه نبودن ضرر جرایم بورسی، مانع کیفرگزینی متناسب

جرایم بورسی دارای ویژگی مسلم بودن و مستقیم بودن ضرر نیستند، و اخلال ایجاد شده در بازار، ضرری است غیرمستقیم و گاهی غیرمسلم که موجب می‌شود مجازات‌های اعمال شده و همچنین برخی از قواعد و احکام اجرای آن‌ها متفاوت از سایر جرایم در این حوزه باشد، این تفاوت در نوع مجازات و نیز میزان آن کاملاً قابل توجیه است. گرچه به عقیده نگارنده، سلب اعتماد از بازار اوراق بهادار و خروج سرمایه‌گذاران از این بازار که نتیجه‌ی جرایم مذکور است، خود نوعی زیان مستقیم محسوب می‌شود. اخلال گسترده در نظام اقتصادی نیز خود زیان مالی غیرمستقیم در درازمدت ایجاد می‌کند.

کیفرگزینی در جرایم بورسی باید با استفاده از سیاست کیفری افتراقی باشد ( جوانمردی، ۱۳۹۹، ۱۴۴). از جمله زیان‌های جرایم بورسی که قابل محاسبه نیست، این است که این جرایم اعتماد به بازار و فضای حاکم بر بورس را از بین می‌برد و سرمایه‌گذاران را نه تنها ترغیب به سرمایه‌گذاری نمی‌کند، بلکه خروج از بازار را تشدید می‌کند؛ چنانچه در تابستان سال ۱۳۹۹ این رویداد اتفاق افتاد و سیل عظیم تازه واردان به بورس و فرابورس را به خروج از بازار واداشت؛ در همین راستا، قانون بورس و اوراق بهادار ۱۳۸۴ در بندهای ۲ و ۳ ماده ۴۶ رفتارهای مربوط به حوزه معاملات اوراق بهادار را جرم‌انگاری کرده است. ارتکاب این جرایم که از مهمترین جرایم حوزه بازار سرمایه است، موجب ناامنی بازار و عدم اعتماد عموم به آن می‌گردد؛ حال، چگونه می‌توان زیان‌ها را محاسبه نمود و کیفری متناسب با اندیشه‌های جرم‌شناسانه و کیفرشناسی تعیین نمود؟

محاسبه‌ی این زیان‌ها گرچه امکان پذیر نیست، ولی مسلم است و تردیدی در جرم‌انگاری این رفتارها نمی‌توان داشت؛ چنانچه در اصل اضرار به این موضوع پرداخته شده است؛ با این وجود، تعیین کیفر متناسب می‌تواند بیشترین اثر را بر بازدارندگی داشته باشد. لزوم تناسب جرم با مجازات، اصلی غیر قابل انکار است که هم از جنبه‌ی حقوق کیفری و هم جرم‌شناسی، مبانی مستحکمی برای آن وجود دارد.

### ۲-۳. مشخص نبودن بزه دیده جرایم بورسی مانع تعیین کیفر متناسب

برای تعیین کیفر متناسب با این جرایم لازم است که قربانی و بزه دیده‌ی این جرایم مشخص شود، قربانی این جرم، بیش از هر کس و هر چیز، اعتبار بازار سرمایه و اعتماد سرمایه گذاران و نهایتاً، اقتصاد یک کشور است (محمدی، ۱۳۸۹، ۲۸۷)؛ برای مثال، می‌توان گفت: از مهمترین جرایم حوزه‌ی معاملات، دستکاری قیمت و معامله، متکی بر اطلاعات نهانی است که ارتکاب آن‌ها منجر به نقض عملکرد صحیح بورس می‌شود (قربانی، ۱۳۸۹، ۳۲۳). این اثر، نسبت به شخص خاصی قابل تعریف نیست و همین موضوع، تعیین مجازات و شدت آن را با اشکال مواجه می‌سازد؛ بنا بر این، تعیین کیفر، تنها، به صورت جریمه‌ی نقدی یا کیفر حبس با درجه‌ی: ۶ و ۷، نمی‌تواند پاسخگوی بزه دیدگی جامعه و نظام اقتصادی باشد؛ از سوی دیگر، دقیقاً مشخص نیست کدام بخش از نظام اقتصادی زیان بیشتری دیده است؟

برای مثال، مقابله با شفافیت اطلاعاتی در برخی از جرایم بورسی، عامل اصلی جرم انگاری محسوب می‌شود؛ چنانکه بند ۲ و ۳ ماده ۴۹ قانون بازار اوراق بهادار در این خصوص وضع شده است. نتایج زیانبار قابل توجهی از این جرایم ایجاد می‌شود که مهمترین آن، خدشه به امنیت اقتصادی این بازار و اعتماد عمومی نسبت به آن می‌شود (جوانمردی، ۱۳۹۹، ۱۵۳). چگونه می‌شود این اختلال در امنیت اقتصادی را با پاسخ کیفری از درجه‌ی: ۶ یا ۷ جبران نمود و مقابله کرد. اصولاً، ابعاد امنیت اقتصادی مشخص نیست؛ بنا بر این، میزان آسیب به آن نیز قابل تعیین نمی‌باشد، در نهایت، تعیین کیفر متناسب با آن با دشواری همراه است.

تعیین بزه دیده، از این نظر، اهمیت دارد که قدرت تعیین نوع خسارت و حتی پاسخ دهی به بزه‌کار، به وی، داده می‌شود (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۶، ۳۲۰). در اصول کیفرگزینی و مبانی جرم‌شناسی مرتبط با آن، معیارهای مشخصی برای تعیین کیفر متناسب در این حوزه، وجود ندارد؛ به نحوی که می‌توان گفت: تعیین مجازات توسط قانونگذار، صرفاً، بر اساس قیاس این رفتارهای زیانبار با دیگر اعمال مجرمانه‌ی قبلی صورت می‌گیرد و هیچ مبنای علمی و جرم‌شناسی ندارد. کیفرگذاری، با توجه به موقعیت و نقش بزه دیده، ارتباطی عمیق با دستیابی به اهداف مجازات‌ها دارد.

### ۳-۳. جرایم بورسی از نظر ماهیت در قالب گروه خاصی از جرایم قرار نمی‌گیرد

قانون مجازات اسلامی، به صورت مستقیم، نامی از جرایم بورس و فرابورس نبرده و اشاره‌ای هم به قانون بورس و اوراق بهادار ۱۳۸۴ به عنوان مرجع جرایم مذکور نکرده است و در دسته بندی‌های قانون مجازات، به شکل مستقیم نمی‌توان سراغی از جرایم مذکور گرفت؛ از سوی دیگر، آثار جرایم بورسی، تنها محدود به نتایج اقتصادی و مالی نبوده و گاهی می‌تواند اثر امنیتی نیز به همراه داشته باشد. این نتایج، منجر به آن خواهد شد که دسته بندی جرایم بورسی مشخص نباشد؛ در نتیجه، معیار



قابل اطمینانی برای این مسأله نمی‌توان از این جهت به دست آورد و در نهایت، کیفرگزینی می‌تواند با چالش جدی همراه باشد؛ چراکه قانونگذار بر سر دوراهی تأمین اهداف اقتصادی یا امنیتی، اقدام به کیفرگزینی خواهد نمود.

با این حال می‌توان در اقتصادی بودن یا نبودن جرایم مذکور، به تحلیل‌هایی که از قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ صورت گرفته است، توجه داشت. بند ب ماده‌ی: ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی در این زمینه، قابل توجه است که بیان می‌کند: جرائم ذیل مشمول مرور زمان تعقیب، صدور حکم و اجرای مجازات نمی‌شوند:

الف) جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور

ب) جرائم اقتصادی شامل کلاهبرداری و جرائم موضوع تبصره‌ی: ماده‌ی: ۳۶ این قانون با رعایت مبلغ مقرر در آن ماده.

در تبصره‌ی ماده‌ی: ۳۶ قانون مجازات اسلامی، بسیاری از جرایم خاص مانند: جرایم گمرکی، جرایم کالا و ارز و جرایم مالیاتی ذکر گردیده است؛ لذا بر فرض حکمت قانونگذار عدم ذکر جرایم بورسی در این مقرر و جمع آن با ماده‌ی: ۱۰۹ قانون مذکور به معنای اقتصادی نبودن نوع این جرایم است. به نظر می‌رسد که این ماده به شکلی عمدی جرایم بورسی را خارج از این مقررات قلمداد کرده است. با این حال، برخی معتقدند که ادعای مذکور خلاف است. این عده، دلایل زیر را برای ادعای خویش برشمرده‌اند:

الف) اثبات شیئی مگر در مقام بیان، نفی ما عدا نکرده و در بند ب این ماده، به علت اینکه به صورت ناقص و به نوعی تمثیلی بیان گردیده است، به دنبال بیان همه مصادیق جرایم اقتصادی نبوده است؛ لذا ذکر کلاهبرداری و جرایم موضوع تبصره‌ی ماده‌ی: ۳۶ قانون مجازات اسلامی، به عنوان جرایم اقتصادی در این ماده، به معنای نفی اقتصادی بودن سایر جرایم نیست؛ بنا بر این، آنچه در مواد ذکر شده آمده است، تمثیلی بوده و مانع اقتصادی دانستن جرایم بورسی نیست.

ب) با توجه به ویژگی‌های اصلی جرایم بورسی از جمله میزان اهمیت و تأثیرگذاری آن‌ها، بزه دیدگان آثار و تبعات اجتماعی و... پذیرش این جرایم، به عنوان جرایم مالی و یا سایر جرایم جزء با مشکل جدی مواجه است و قابل پذیرش نمی‌باشد.

ماده‌ی: ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی از شیوه‌ی تبیین مصداقی برای تعریف جرایم اقتصادی استفاده کرده و به جای اینکه جرایم اقتصادی را تعریف نماید مصادیقی از این جرایم را در این ماده ذکر کرده است. ذکر مصادیق جرایم مختلف تحت عنوان جرم اقتصادی در تبصره‌ی ماده‌ی: ۳۶ قانون مجازات اسلامی نشان دهنده عدم دقت قانونگذار در تبیین مصادیق جرایم اقتصادی است. برای نمونه، در این مقررهی قانونی رشاء و ارتشاء، کلاهبرداری و اختلاس، جرایم اقتصادی ذکر شده است

در حالی که لزوماً این جرایم بدون وجود اهداف کلان اقتصادی نمی‌تواند در زمره جرایم اقتصادی شمرده شود.

در سیاست کیفری اتخاذی توسط رؤسای قوه قضاییه نیز جرایم اقتصادی محدود به موارد مذکور در ماده‌ی: ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی نشده است؛ چنانچه ریاست قوه قضاییه در بخشنامه نحوه‌ی رسیدگی به پرونده‌های اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۹۷/۵/۳۰، گرانفروشی کلان، احتکار عمومی ارزاق و کالاهای عمومی، تولیدات مورد نیاز عامه به منظور انحصار یا کمبود در عرضه آنها، اختلال در امر توزیع مایحتاج عمومی را نیز به عنوان اختلال در نظام اقتصادی کشور و نوعی جرم اقتصادی تلقی نموده است. دادستان تهران نیز به موجب ماده‌ی: ۱۶ دستور العمل شرح وظایف و حل اختلاف پرونده‌ها در نواحی دادرسی تهران مصوب ۱۳۹۵/۳/۱۰، دادرسی جرایم اقتصادی را مکلف به رسیدگی به جرایم مربوط به حامل‌های انرژی و نیز جرایم مربوط به بورس اوراق بهادار و کالا نموده است (جوانمردی، ۱۳۹۹، ۱۵۳). نظر موافقان اقتصادی دانستن جرایم بورسی را می‌توان این‌گونه خلاصه نمود: طریق وضع ماده‌ی: ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی در جهت تمثیل است و نه احصاء و حصر رفتارهای مذکور، به همین دلیل است که دادرسی اختصاصی جرایم اقتصادی در مواردی به جرایم بورسی نیز رسیدگی می‌کند و سیاست جنائی قضائی در راستای اقتصادی دانستن جرایم مذکور است.

به نظر نگارنده، جرایم بورس و فرابورس را نمی‌توان دقیقاً منطبق با جرایم اقتصادی دانست چراکه این جرایم به طور قطع موجب ایجاد اختلال در نظام اقتصادی نیستند و از جمله ریسک‌های بازار سرمایه همین موضوعات مربوط به انتشار اشتباه اطلاعات و یا عدم شفافیت است که جزئی از ذات بازار اوراق بهادار محسوب می‌شود. اگرچه قانونگذار این افعال و ترک افعال را جرم انگاری نموده است، ولی شکل کلی معاملات به گونه‌ای است که در هاله‌ای از اطلاعات صحیح و غلط قابل اعمال است و هیچ‌گاه اطمینان از اطلاعات مذکور پایه و اساس تصمیم‌گیری نمی‌باشد؛ از سوی دیگر، همیشه نیز افعال مذکور نمی‌تواند منجر به زیان برای سرمایه‌گذاران باشد؛ چراکه تغییر شرایط که گاهی به شکلی صحیح صورت می‌گیرد می‌تواند این مسأله را خنثی نماید.

۴-۳. عدم تفکیک جرایم و تخلفات بورسی و نام‌شخص بودن کیفر از سایر پاسخ‌های اداری و انتظامی

برای تفریق جرایم بورسی از تخلفات و اعمال متخلفانه بورس و فرابورس، تعریفی از تخلفات بورسی، لازم و نیاز است. این تعریف، نه تنها، وجود ندارد، بلکه مصادیق آن نیز در قوانین و مقررات مرتبط با بورس بیان نشده است و صرفاً، ماده‌ی: ۳۵ قانون بازار اوراق بهادار و همچنین مواد: ۱۷ و ۱۸ آیین‌نامه‌ی اجرایی آن، مصوب ۱۳۸۶ به تعیین مراجع صالح رسیدگی کننده به تخلفات بورسی

اشاره کرده است. پاسخ‌دهی به جرایم بورسی در مقایسه با تخلفات اداری و انتظامی در این حوزه، تفاوت چندانی در سیاست جنائی ایران ندارد؛ چنانچه ماهیت ضمانت اجراهای کیفری و اداری، در مواردی بسیار شبیه به یکدیگر است.

مطابق با این ماده، گفته شده است که تخلف در بورس و فرابورس عبارت است از نقض قوانین و مقررات مربوط به فعالیت حرفه‌ای اشخاص فعال در بازار سرمایه که عنوان مجرمانه بر آن صدق نکند (جوانمردی، ۱۳۹۳، ۱۳۲). ماده‌ی: ۲ دستور العمل رسیدگی به تخلفات اشخاص موضوع ماده‌ی: ۳۵ قانون بازار مصوب ۱۳۸۷ هیأت مدیره سازمان و نیز ماده‌ی: ۲ دستور العمل موضوع ماده ۱۸ آیین‌نامه اجرایی قانون بازار اوراق بهادار به صراحت اصطلاح تخلف تعریف شده است.

تعریف مزبور، در هر دو دستور العمل مشابه بوده، بدین مضمون هر گونه فعل یا ترک فعلی که منجر به نقض قوانین و مقررات بازار سرمایه از قبیل قانون بازار اوراق بهادار، مصوبات شورا، سازمان بورس با تشکل‌های خود انتظام گردد، تخلف بورسی محسوب می‌شود (اسدی، ۱۳۹۸، ۴۷۵).

به نظر می‌رسد آنچه می‌تواند موجب تفکیک جرایم بورس از تخلفات بورسی باشد، بحث احصای مصادیق است. افعال یا ترک افعالی که در قانون برای آن، مجازات تعیین شده است به عنوان جرایم بورس و فرابورس در نظر گرفته می‌شود و سایر اعمال مخالف با مقررات بورسی که وارد در حوزه حقوق کیفری نشده است، به عنوان تخلف بورسی محسوب می‌شود و در صلاحیت مراجع داخلی سازمان قرار می‌گیرد و به عنوان عمل متخلفانه قابل رسیدگی بوده و ضمانت اجراهای خاص خود مانند تعلیق نماد را در پی دارد.

ضمانت اجرای تخلفات بورسی، محرومیت از انجام معاملات، حداکثر تا شصت روز کاری، طبق ماده‌ی هفت دستور العمل انضباطی کارگزاران و جریمه نقدی موضوع ماده‌ی: ۲ آیین‌نامه اجرایی ماده‌ی: ۱۴ قانون توسعه ابزارها است. همچنین، مرجع رسیدگی به تخلف می‌تواند مدیران نهاد مالی مربوطه را نیز به یکی از مجازات‌های مندرج در ماده‌ی: ۱۵ دستور العمل انضباطی کارگزاران و جریمه نقدی طبق ماده‌ی: ۴ آیین‌نامه اجرایی ماده‌ی: ۱۴ قانون توسعه ابزارها، محکوم نماید.

بررسی تخلفات بورسی با در نظر گرفتن وظایف و تکالیف مسئولان بورسی و اشخاص دخیل در معاملات که ممکن است خارج از سازمان بورس بوده، مانند سهامداران و شرکت‌های سهامی نیاز به مطالعه‌ی تمامی دستور العمل‌ها، آیین‌نامه‌ها و البته بخش‌نامه‌هایی است که به فراخور اوضاع و شرایط مختلف صادر می‌شود و می‌تواند واجد تکالیفی برای اشخاص مذکور باشد.

#### ۴. ارزیابی تناسب مجازات‌های جرایم بورسی

در یک قاعده‌ی کلی، با عنوان: درونی‌سازی هزینه‌ها،<sup>۱</sup> اعتقاد بر این است که حقوق کیفری، باید زیان‌های اجتماعی وارده به جامعه را در مجازات‌ها وارد کند و زیان‌هایی که رفتارهای مجرمانه به بزه دیده و مجریان قانون وارد می‌کند، باید از بزه‌کار گرفته شود (باقری، ۱۳۹۵، ۱۹۰). اصولاً، دخالت حقوق کیفری، گریزگاهی است که در آن سایر ضمانت‌اجراهای مدنی و غیرکیفری، ناتوان بوده‌اند. داد و ستد در بورس اوراق بهادار، قاعدتاً، تابع نظام حقوق خصوصی بوده و قواعد آن نباید کیفری باشد؛ به همین سبب دخالت حقوق کیفری را باید محدود نمود. با این دیدگاه است که قانونگذار اقدام به اتخاذ ضمانت‌اجراهای کیفری خفیف و گاهی، غیر متناسب نموده است.

در تحلیل مجازات‌های جرایم بورسی، لازم است علاوه بر توجه به نوع کیفرها، به شیوه‌ی جرم‌انگاری نیز دقت شود، تکنیک جرم‌انگاری در جرایم بورسی، به گونه‌ای است که قضات، برای استنباط مجازات، لزوماً باید به قوانین دیگر و یا مواد دیگر، مراجعه نمایند که ممکن است در تعیین متناسب کیفری اثر منفی داشته باشد.

#### ۴-۱. بررسی تناسب گونه‌های مختلف مجازات جرایم بورسی

مجازات‌های تعیین شده در جرایم بورسی، با توجه به جرایم خاص این حوزه و همچنین با در نظر گرفتن جرایم مشترک در بورس و جرایم عمومی، قاعدتاً، در دسته‌ی جرایم تعزیری درجه‌ی ۶ تا ۸ بوده؛ مگر موارد استثنائی که تفسیر و یافتن این موارد نیاز به تفسیر قانون داشته و به شکل مستقیم و در نصوص صریح قابل استنباط نیست. در ماده‌ی: ۴۶ مجازات حبس تعزیری از سه ماه تا یک سال، تعیین شده است. مجازات مذکور برای جرایمی تعیین شده است که می‌تواند آثار زیانبار فراوانی بر سرمایه‌گذاران و همچنین بر کلیت اقتصاد داشته باشد که در بندهای ذیل ماده‌ی: ۴۶ بیان شده است.

در مواد دیگر نیز مجازات‌های یک ماه تا شش ماه حبس (ماده‌ی: ۴۹)، چهل و پنج روز و دوازده ساعت تا شش ماه حبس (ماده‌ی: ۴۸) و سه ماه تا یک سال و شش ماه (ماده‌ی: ۵۰) تعیین شده است. چنانچه مشخص است، در صورت ارتکاب جرایم بورسی، چنان آثار زیانباری ممکن است در انتظار نظام اقتصادی و منافع سرمایه‌داران باشد که اثرات غیرمستقیم، فرهنگی، اجتماعی و سیاسی آن، قابل احصاء نباشد؛ به همین دلیل، لازم است تجدید نظر اساسی در محدوده و دامنه‌ی این مجازات‌ها صورت گیرد و شیوه‌های تفسیری موسع در این جرایم مورد استفاده قرار گیرد.

مجازات‌های مالی و روش‌های جبران زیان نیز به جهت مطلق بودن جرایم بورسی، در مواردی قابل تعیین نیست و از سوی دیگر در همه‌ی موارد، قابل محاسبه نمی‌باشد؛ به همین خاطر نمی‌تواند

1. Internelized Social Costs.

مکمل مناسبتی برای جبران نقص در کیفرگذاری محسوب شود. مطابق با سایر مواد قانونی در جرم انگاری جرایم بورسی و همچنین، با در نظر گرفتن جرایم مشترک بین بازار بورس و فرا بورس و سایر جرایم اقتصادی باز هم نمی‌توان مجازات متناسب ارائه داد و تفسیری عادلانه از این نظام کیفرگذاری برداشت نمود. مجازات مالی به گونه‌ای است که از یک سو، کم هزینه است در اجراء و از سوی دیگر، برای دولت، عایدی داشته و بار مالی بر بودجه‌ی عمومی، تحمیل نمی‌کند.

البته، در برخی از جرایم مشترک، مجازات‌های به مراتب شدیدتری وضع شده است که در صورت تفسیر اعمال زیانبار بورس در این حوزه می‌تواند مجازاتی به نسبت عادلانه فرض شود؛ مانند: مواد: ۶۷۳ و ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی، در راستای جرم انگاری خیانت در امانت وضع شده است. یکی از حوزه‌هایی که اموال و دارایی‌های مالی افراد به امانت سپرده می‌شود، بازار اوراق بهادار است که اوراق بهادار و یا وجوه سرمایه گذاران نزد برخی نهادهای مالی از جمله شرکت‌های کارگزاری برای داد و ستد سپرده می‌شود (میرزایی منفرد، ۱۳۹۴، ۷۱).

در برخی از مواد فصل ششم قانون بورس اوراق بهادار، سه نوع مجازات برای این مرتکبان پیش بینی شده است که به قاضی این امکان را می‌دهد که یکی را به انتخاب خود تعیین نماید. به نظر می‌رسد این دیدگاه قانونگذار مطلوب و کارا باشد؛ زیرا با وجود طیف مختلفی از مجازات‌ها، امکان فردی کردن مجازات برای دادگاه‌ها با موفقیت بیشتری رو به رو خواهد بود (نصرالهی، ۱۳۹۵، ۲۰۰).

به طور کلی، نمی‌توان تمامی اهداف کیفر، یعنی: ارعاب، سزادهی، اصلاح و ناتوان سازی را از مجازات‌های بورسی توقع داشت؛ با این وجود، هر کیفری باید واجد چند هدف و نتیجه باشد که برای آن، طراحی شده است. مجازات‌های مذکور در سیاست جنائی ایران مورد تحلیل قرار نگرفته است و این، در حالی است که باید از جنبه‌های اجتماعی، اقتصادی و همچنین روانشناسی، تحلیل‌هایی در این عرصه انجام شود. دلیل لزوم وجود تحلیل‌های مختلف به این دلیل است که مرتکبین جرایم بورسی، عمدتاً، گروه یقه سفیدها هستند، و این گروه، عموماً، با بررسی هزینه‌های جرم است که اقدام به رفتار مجرمانه می‌نمایند و مسلم به نظر می‌رسد که شدت کیفر و نوع آن باید بر اساس قواعد تحلیل حقوقی اقتصادی بررسی گردد.

#### ۴-۲. نبود ضمانت اجرای جبرانی برای جرایم بورسی

یکی از مهمترین ویژگی‌ها جرایم اقتصادی، ایراد زیان به صورت فردی و کلی در اجتماع و نظام اقتصادی است که می‌توان گفت: نیازمند ساز و کار کیفری جبرانی است و به عبارت دیگر، وجود ضمانت اجرای مبتنی بر جبران زیان است. جرایم بورسی، عموماً، موجب زیان سهامداران و نیز ایجاد بی‌اعتمادی بین افراد جامعه نسبت به بازار سرمایه می‌گردد؛ این زیان‌ها، باید مورد توجه قانونگذار

کیفری قرار می‌گرفت و در نتیجه، شیوه‌های جبران کامل خسارت اتخاذ می‌شد؛ با این حال، توجهی به این موضوع نشده است و بحث جریمه‌ی دولتی، بیشتر مورد توجه بوده است و حال اینکه متضرر اصلی در این حوزه، سهامداران و عموم مردم هستند که ممکن است به شکل قابل توجهی متحمل زیان باشند.

یکی از شیوه‌های جبران زیان می‌تواند اعاده‌ی وضع به حالت سابق باشد. در تحلیل موضوع، برخی، این سؤالات را مطرح ساخته‌اند که دانستن این مسأله حائز اهمیت است که آیا معاملاتی که مبتنی بر اطلاعات نهانی شکل گرفته‌اند، صحیح یا نافذ است؟ یا مجرمانه بودن آن‌ها باعث باطل شدن آن‌ها نیز شده است و این، چه تبعات و عواقبی در بازار اوراق بهادار دارد؟ با این اوصاف، باید پرسید که مجرمانه بودن معاملات متکی بر اطلاعات نهانی، علاوه بر مجازات کیفری، دارای تبعاتی مانند ضمانت اجراهای مدنی نیز خواهد بود (زرگر، ۱۳۹۷، ۲۱۳)؟

این مسأله، در ضمانت اجرای کیفری پیش‌بینی نشده است که دلایل مختلفی می‌تواند داشته باشد. معاملات بازار سرمایه به جهت اینکه مبتنی بر قواعد شکلی قراردادهای معمولی نیست، از جهت ابطال نیز نمی‌تواند به این صورت قابل پیگیری باشد و چه بسا، ابطال معامله، خود، موجب زیان‌های بیشتری برای سهامداران و شرکت گردد.

یکی از جهات بطلان معامله، نام شروع بودن جهت معامله است. اینکه جهت معاملات متکی بر اطلاعات نهانی می‌تواند به دلیل زیان وارده به سهامداران اصلی، نامشروع باشد، کمتر مورد تردید است؛ با این حال، اعمال ضمانت اجرای بطلان یا عدم نفوذ با توجه به شرایط معاملات بورسی از نظر عرف تجاری قابل قبول به نظر نمی‌رسد.

در ایران، ماده‌ی: ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار در مقام بیان ضمانت اجراها برای جرم معاملات متکی بر اطلاعات نهانی تنها مجازات کیفری را مدنظر داشته است و علی‌رغم مجرمانه بودن، باطل نبوده و صحیح می‌باشند (شریفی، ۱۳۸۸، ۲۰۱). این شیوه‌ی قانونگذاری و عدم توجه به آثار مادی و زیان‌های وارده به بزه دیدگان، مطلوب نیست و هدف اصلی حقوق کیفری را که احقاق حقوق زیان‌دیدگان است، برآورده نمی‌کند.

به موجب قسمت ذیل ماده‌ی: ۵۲ قانون بازار اوراق بهادار، چنانچه در اثر جرائم مذکور ضرر و زیانی متوجه سایر اشخاص شده باشد، زیان دیده می‌تواند برای جبران آن به مراجع قانونی مراجعه نموده و وفق مقررات، دادخواست ضرر و زیان تسلیم نماید. در نتیجه، پیگیری کیفری جرائم توسط سازمان، به عنوان شاکی، منتج به جبران خسارات زیان‌دیدگان ناشی از آن جرائم نخواهد شد و صرفاً ضمانت اجرای کیفری بر مرتکبان در پی خواهد داشت (میرزائی منفرد، ۱۳۸۹، ۱۴۲). اصولاً، اقامه‌ی

این گونه دعاوی، به دلیل بالا بودن هزینه دادرسی و طولانی شدن فرایند رسیدگی، خواهان را با مشکلات عدیده‌ای رو به رو خواهد نمود (صادقی قهساره، ۱۳۹۰، ۴۹).

از سوی دیگر، خواهان این دعاوی می‌تواند نا محدود بوده و بزه دیدگان بی شمار وجود داشته باشد که عاملی است برای عدم هماهنگی بین بزه دیدگان. این مسأله، چالش دیگری را در پی دارد؛ این چالش، عبارت است از عدم تخمین یا عدم امکان محاسبه‌ی زیان از یک سو و ناتوانی در توزیع خسارت اخذ شده بین زیان دیدگان. به نظر می‌رسد که باید ساز و کاری فنی در خود سازمان بورس برای این گونه از اتفاقات پیش‌بینی شده باشد، تا قانونگذار بتواند به آن استناد نماید.

معاملات بورسی، به جهت ویژگی خاصی که دارند، از جنبه‌ی قابلیت تعیین زیان ایجاد شده با چالش و ابهام مواجه هستند. معامله‌ی سهام با استفاده از اطلاعات نهانی، بعضاً، جرم بدون زیان دیده نامیده می‌شود؛ زیرا تعیین اینکه چه کسی از معاملات سود می‌برد، ساده است در حالی که تعیین زیان دیده در معاملات صورت گرفته، در اغلب موارد، تعیین چنین معاملاتی به سختی میسر است (اشتیاق، ۱۳۸۵، ۷۱). مقررات مربوط به ممنوعیت این معاملات در جهت ایجاد اعتماد عمومی به بازار اوراق بهادار طراحی شده است (ژیان، ۱۳۹۲، ۸۱). دلیل این موضوع نیز آن است که در این گونه داد و ستدها، عموماً، فروشنده‌ی سهام مشخص نیست.

از سوی دیگر، برخی از اندیشمندان (مسعودی مقام، ۱۳۹۶، ۱۱۸) معتقدند که جرایم بورسی، واجد مجازات متنا سب و بازدارنده و ارعابی نیست و همین موضوع سبب می‌شود که مجرمین با ارزیابی زیان و خطر ناشی از ارتکاب جرم و سود حاصل از ارتکاب آن، اقدام به رفتارهای زیانبار نمایند، به گونه‌ای که می‌توان گفت: این موضوع، حتی با ورود قانون مجازات اسلامی و جایگزین‌های حبس در آن، بیشتر تحت تاثیر قرار می‌گیرد و اثر ارعابی نخواهد داشت.

ضمانت اجرای کیفری، حد اعلا‌ی ارعاب و تهدید حقوقی است. حداقلی کردن حقوق کیفری برای حمایت از بازار بورس اوراق بهادار می‌تواند با استفاده از ساز و کارهای مختلفی صورت پذیرد که در وهله‌ی اول، این قبیل مکانیسم‌ها الزاماً، رنگ و بوی کیفری ندارند؛ بدین سان عمده‌ترین تمرکز برای اینکه بتوان روابط و مناسبات را هم از بعد حقوق بورس اوراق بهادار و هم از نگرش حقوق کیفری ساماندهی کرد، ساز و کار تنظیم است (اسدی، ۱۳۹۸، ۴۷۸). جبران خسارت در برخی جرایم بورسی که دارای زیان دیده‌ی مشخص است، به طور خاص، صورت می‌گیرد که باید نظام قضائی و اجرائی این مسأله را پیش‌بینی نماید.

در جرم خیانت در امانت، چنانچه اوراق بهادار متعلق به سهام‌دار موجود باشد، حکم به استرداد آن در ضمن حکم کیفری صادر می‌شود و در غیر این صورت، در صورتی که کارگزار آن را به فروش رسانده باشد، مطالبه‌ی آن، نیازمند تقدیم دادخواست است (میرزایی منفرد، ۱۳۹۴، ۱۴)؛ به طور کلی،

جبران زیان در جرایم جدید اقتصادی در حقوق ایران چندان مترقی و تکامل یافته نیست. ثمره و فایده‌ی اقتصادی دانستن جرایم بورسی، در برخورد و رسیدگی افتراقی نسبت به این دسته از جرایم است. کشور ما در شناسایی و برخورد با جرایم اقتصادی به پختگی لازم نرسیده و هنوز تکلیف خود را در شناسایی، سیاست‌گذاری، جرم‌انگاری اقتصادی معلوم نکرده است (جوانمردی، ۱۳۹۹، ۱۵۸).

برخی از مقررات کیفری و اداری و انضباطی نیز تنها در شرایط خاصی امکان مطالبه خسارت و جبران زیان را فراهم کرده‌اند و صرف ورود خسارت را موجبی برای زیان در نظر نگرفته‌اند؛ برای نمونه، دستور العمل انضباطی کارگزاران مصوب سال ۱۳۸۹ هیأت مدیره‌ی سازمان نیز عدم رعایت مقررات مربوط به دریافت و پرداخت وجوه مشتریان را در ماده‌ی ۶ خود به عنوان تخلف انضباطی مستوجب اخطار کتبی و درج آن در پرونده دانسته است و تنها در صورت استفاده‌ی دارای نفع کارگزار می‌تواند در مراجع دادگستری اقدام به مطالبه‌ی خسارت نماید و در غیر این صورت، باید به هیأت داوری موضوع ماده‌ی ۳۷ ق.ب.ا. ب مراجعه نماید (ساکی مالچی، ۱۳۹۵، ۲۶).

برای جبران این نقیصه، در حمایت کیفری، از افعال زیانبار بورسی به نظر می‌رسد که لازم باشد از قواعد مسئولیت مدنی استفاده کرد. البته، در این زمینه نیز موضوع اثبات ارکان مسئولیت مدنی نیز پیش خواهد آمد که می‌تواند دشوار باشد. زیان دیده لزوماً، باید ورود ضرر، انتساب فعل زیانبار به مسئول و رابطه‌ی سببیت را اثبات نماید که با توجه به برخی محدودیت‌ها به نظر می‌رسد که در مواقعی امکان گرفتن تمامی این زیان‌ها دور از ذهن خواهد بود.

یکی از شیوه‌های جبران خسارت، اعاده‌ی وضعیت به حالت سابق است. این موضوع می‌تواند در خصوص معاملات انجام یافته با توسل به ابزارهای مجرمانه مورد تأکید باشد؛ به عبارت دیگر، باید پرسید: در چنین شرایطی، راه حل چیست و چه ضمانت اجرای جبرانی می‌توان اعمال کرد؟ اگرچه، عملاً، ابطال یا عدم نفوذ این قبیل معاملات در فرایند بازار سرمایه امکان پذیر نیست، ولی از جهت قاعده و توجه به ظاهر ماده‌ی ۴۳۸ قانون مدنی، می‌تواند این رأی را مورد خدشه قرار دهد؛ زیرا در بعضی از این نوع معاملات، همانند معامله‌ی مبتنی بر دست‌کاری بازار، تدلیس و انجام اعمال فریبکارانه بوده که باعث ترغیب سرمایه‌گذار به خرید سهام شده است (ساکی مالچی، ۱۳۹۵، ۹۲).

#### ۳-۴. نداشتن نظام اقتصادی متناسب و جامع‌نگر

دیدگاه‌های اقتصادی و به طور کلی، اصول حاکم بر حقوق اقتصادی در سیاست کیفری ایران، مبتنی بر اقتصاد دولتی با تمایل به خصوصی سازی است که در قالب هیچکدام از دو نظام سرمایه‌داری و سوسیالیستی قرار نمی‌گیرد. همین موضوع، باعث شده است که جرم‌انگاری در حوزه‌ی جرایم اقتصادی و به خصوص، جرایم بورسی به گونه‌ای باشد که نتوان دیدگاهی جامع را استنباط کرد. در



این زمینه، دیدگاه کارایی بازار و نهادگرایی اقتصادی توصیه شده است که می‌تواند خط مشی بسیار مناسبی در اختیار قانونگذار و سیاست‌گذاران کیفری اقتصادی قرار دهد.

حقوق کیفری اقتصادی نهادگرا را می‌توان چنین تعریف نمود: حقوق کیفری اقتصادی نهادگرا، شاخه‌ای مندرج از حقوق کیفری تابعی از نهادهای نظام اقتصادی است که بر اساس الزام کیفری حمایتی و تضمینی خود در جهت تضمین امنیت و نظم اقتصادی، تضمین نهادها و فرایند میان آن‌ها، تسهیل مناسبات اقتصادی، افعال و رفتارهای غیرقانونی مخل فعالیت‌های اقتصادی و سیاست‌های کیفری مناسب با آن‌ها ( مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی ) را مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار می‌دهد ( یاری، ۱۴۰۱، ۱۴۵ ). شیوه‌ی تعیین مجازات و اجرای احکام کیفری صادره نباید محدود به موارد خاص بوده و در نتیجه، بخشی‌نگر باشد؛ بلکه باید جامع بوده و تمامی نهادهای یک مجموعه‌ی اقتصادی را مورد حمایت قرار دهد.

تحلیل اقتصادی، در حقوق، کاربرد قابل توجیهی دارد؛ چراکه تحلیل اقتصادی می‌تواند بیانگر این موضوع باشد که چگونه می‌توان قانون را از این جنبه به گونه‌ای تحلیل کرد که به سود جامعه باشد و از سوی دیگر، در تحلیل اقتصادی، قواعدی استنباط می‌شود که می‌تواند رفتار آینده‌ی انسانی را تحلیل و پیش‌بینی کند. قانونگذار، از منظر تحلیل اقتصادی، اثرگذاری مجازات‌ها را در رفتار بعدی شهروندان را می‌تواند کشف کند. این تحلیل، به نظر در سیاست جنائی قانونی و البته قضائی دیده نمی‌شود.

#### ۴-۴. عدم موازنه‌ی اقتصادی در اعمال ضمانت اجرای کیفری

ضمانت اجرای کیفری و جبرانی را که در مورد جرایم بورسی تعیین شده است، می‌توان به اشکال مختلف، مورد بررسی و دقت قرار داد؛ از این حیث که لزوماً باید مورد تحلیل اقتصادی نیز قرار بگیرد و بین مجازات تعیین شده و آثار زیانبار که به وجود آمده است، موازنه‌ای منطقی برقرار باشد. در غیر این صورت، نمی‌توان به اهداف حقوق کیفری در حمایت از بورس و حقوق سهامداران دست یافت.

بر اساس معیار کارایی پارتو<sup>۱</sup> هدف تدوین مجازات در بورس اوراق بهادار باید در جهت افزایش میزان رفاه جامعه باشد و مانع از این شود که وضعیت رفاه دیگران را به مخاطره اندازد. برای رسیدن به این امر مهم، سازماندهی ضمانت اجراها باید به گونه‌ای باشد که سودی برای شخص از ارتکاب جرم، باقی نگذارد ( باقری، ۱۳۹۵، ۱۹۵ ).

۱. معیار پارتو از سوی ویلفردو پارتو ایتالیایی برای سنجش میزان رفاه ابداع شد. برابر معیار کارایی پارتو، یک قرارداد یا مقرره‌ی قانونی زمانی کارا است که وضع فردی را بهبود بخشد، بدون اینکه وضع طرف دیگر را بدتر کند ( Ricahrd, 2001, 10 ).

مجازات‌های در نظر گرفته برای مرتکبین جرایم بورسی و همچنین متخلفان از مقررات بورس اوراق بهادار را نمی‌توان یک ضمانت اجرای متعادل در نظر گرفت. تبعات برخی از جرایم بورسی، بسیار گسترده و حتی غیر قابل محاسبه است که شامل زیان‌های مادی و معنوی به اشکال مختلف خواهد شد.

توسل به حقوق کیفری وقتی ضروری است که هیچ گزینه دیگری که فاقد وصف مجادله آمیز و تعدی گرا باشد، در دسترس قرار ندارد؛ با این وجود، وقتی مجازات آخرین گزینه قابل انتخاب باشد، محرومیت از دارایی و مالکیت مقدم بر محرومیت از آزادی است (۱ سدی، ۱۳۹۸، ۴۸۸). پیشنهاد الگوی تنظیم‌گری پاسخگو در مواجهه با جرایم و تخلفات بورسی، در ابتدای گفتگو است؛ بدین معنا که پس از کشف تخلفات نهاد مورد نظر، ابتداء، نهاد تنظیم‌گر با مدیریت نهاد مذکور در رابطه با چرایی وقوع این تخلفات به گفتگو می‌نشیند و با در نظر گرفتن یک فرایند زمانی معین در رابطه با چگونگی حل تخلفات به تعامل با آن نهاد می‌پردازد. این تعامل، ممکن است در قالب حمایت‌های مالی و غیرمالی از نهاد متخلف نیز شکل یابد. مهمترین نکته، توجه به این مسأله است که باور داشت حتی در سنگین‌ترین تخلفات و جرایم بورسی نیز پیش فرض باید ابتلای به سطح زیرین هرم تنظیم‌گری و رجوع به گفتگو، تعامل و مداخلات ترمیمی به عنوان اولین مداخله باشد (شاه بیگی، ۱۳۹۵، ۲۲).

در سطح دوم، مداخلات با یک رویکرد منطقی و همچنان بدون اندیشه حذف کیفر، باید در پی سنگین کردن کفه ترازوی زیان بر سود متخلف باشد؛ یعنی: متخلف، در شرایطی قرار گیرد که ادامه فعالیت‌های متخلفانه خود را غیرممکن و ادامه هر گونه فعالیت دیگر را بدون تعامل با نهاد تنظیم‌گر را به زیان اقتصادی و زیستی خود تشخیص دهد (شاه بیگی، ۱۳۹۵، ۲۲).

نهایتاً، در سطح سوم مداخلات، نهاد تنظیم‌گر به این نتیجه رسیده که مراحل گذشته با شکست مواجه شده و باید از یک واکنش کیفری برابر نهاد یا شخص متخلف استفاده کند؛ در این صورت نیز از انواع مجازات‌های قابل تصور باید بسته به نوع تخلف، شدت تخلف، آثار مجازات، شخصیت متخلف و سایر عوامل مؤثر اقدام به تعیین بهترین مجازات ممکن نماید (۱ سدی، ۱۳۹۸، ۴۸۹)؛ این در حالی است که هیچکدام از این موارد و ملاحظات در گزینش و اعمال کیفرهای جرایم بورسی مد نظر قرار نمی‌گیرد.

در پرونده‌های مختلف، رویه‌ی محاکم در احراز شرایط از جمله اخلاص عمده در نظام اقتصادی و قصد مقابله با نظام و ضربه زدن به آن یک‌سان نبوده و سرنوشت پرونده تا حدودی تابع سلیقه مراجع رسیدگی کننده و تأثیر فضای روانی جامعه بر دادرس بوده است. با وجود اینکه قانونگذار به منظور بازدارندگی در جرم‌انگاری جرم اخلاص در نظام اقتصادی، شدیدترین مجازات (اعدام) را در

نظر گرفته است؛ اما رویه‌ی قضایی ضمن اینکه باید پذیرفت در مواردی تحت تأثیر فضای رسانه‌ای و عوام‌گرایی قرار داشته‌اند، تمایل چندانی در صدور حکم اعدام برای مرتکبین جرایم اقتصادی از خود نشان نداده‌اند (حسین الحسینی و دیگران، ۱۴۰۱، ۸).

مجازات جرایم بورسی از آن جهت که بر پایه‌ی منفعت مادی بنا نهاده شده باید به اندازه‌ای باشد که بازدارنده بوده و ارباب آور باشد. این جرائم به کارایی و شفافیت بازار سرمایه زیان می‌زند و ارتکاب این جرایم، گاهی اوقات، جرایم بسیار زیادی را وارد می‌کند که جامعه و سهامداران از مهمترین قربانیان این جرایم محسوب می‌شوند؛ به خصوص که این جرایم از سوی یقه سفیدان ارتکاب می‌یابد. این جرایم بر جریان سرمایه گذاری در کشور اثر بسیار زیانبار دارد، لذا در نظر گرفتن مجازات‌های متناسب با این دسته از جرایم از جمله‌ی ضروریات در این حوزه می‌باشد (جوانمردی و مسعودی مقام، ۱۳۹۶، ۱۲۰). این عدم تناسب در جرم و مجازات را در قانون کیفری خاص و قانون مجازات عام می‌توان بیش از آیین‌نامه‌های انضباطی ملاحظه کرد.

حقوق کیفری، دارای کارکرد تکمیلی و بازدارندگی، در جرائمی که بازدهی اقتصادی دارند، مانند جرایم بورسی است. جرائم دارای بازدهی اقتصادی، به رفتارهایی اطلاق می‌شود که میل مجرمانه را برای کنار گذاشتن غیرقانونی بازار تحریک کرده، دارای تدابیر جبرانی برای خسارت‌های وارده است. با توجه به اینکه مرتکبین جرایم مذکور از جمله یقه سفیدها هستند، این دسته از افراد نه به دلیل نیازهای روزمره، بلکه برای زیاده‌خواهی و افزون طلبی مرتکب جرم می‌شوند. این افراد با یک ارزیابی ساده‌ی هزینه فایده، از این مسأله اطمینان می‌یابند که انجام عمل از انجام ندادن آن بهتر است و سودی که به دست می‌آورند، بیشتر از جبران خسارت است (باقری، ۱۳۹۵، ۱۹۱-۱۹۲)؛ بنا بر این، باید کارایی و اثربخشی مجازات‌های تعیین شده به صورت کاملاً علمی و میدانی مورد مطالعه قرار گیرد و در جهت اصلاح منطقی این دست از قوانین کیفری اقدام کرد؛ چراکه جرایم تعیین شده و نیز مجازات‌های تعزیری که در جرایم بورسی دیده می‌شود و با اصلاحاتی که در سال ۱۳۹۹ در میزان حبس و شرایط تبدیل آن، ایجاد شد، بازدارندگی برای ارتکاب جرایم بورسی با عابدی قابل توجه را نخواهد داشت.

### نتیجه‌گیری

حمایت کیفری از بازار سرمایه و حقوق سهامداران، یک نهاد عارضی بر داد و ستد سهام تلقی می‌شود و نمی‌تواند ذاتاً، جزئی از این مجموعه به حساب آید؛ چراکه روابط تجاری، تابع قواعد حقوق مدنی بوده و متکی به حقوق خصوصی است.

به جهت اتفاقات و رفتارهای خاصی که در بازار سرمایه رخ می‌دهد، زیان‌ها و خساراتی قابل توجه و گاهی نیز خفیف ایجاد می‌شود که ماهیت این رفتارها می‌تواند مجرمانه تلقی گردد؛ چراکه با سوء نیت همراه است. در این راستا، حقوق کیفری در قانون بورس اوراق بهادار در تلاش است با حمایت کیفری از این بازار، نظم اقتصادی را برقرار و حقوق صاحبان آن را محقق نماید.

به جهت رویکرد استثنائی مداخله‌ی حقوق کیفری در بازار سرمایه، عموماً مجازات‌های تعیین شده، بسیار خفیف بوده و به نظر، متناسب با رفتارهای ارتكابی و میزان زیان‌های ایجاد شده ندارد. ضرورت تناسب بین رفتارهای مجرمانه و مجازات تعیین شده، موضوعی است که با در نظر گرفتن خصوصیات خاص جرایم بورسی، قابل توجه است.

جرایم بورسی دارای خصوصیات خاصی در نظام حقوقی ایران هستند؛ برخی، موافق با درج این جرایم در گروه جرایم اقتصادی هستند و برخی دیگر نیز مخالفت می‌کنند. با این حال، به نظر می‌رسد که جرایم بورسی، اگرچه تمامی شرایط جرایم اقتصادی را ندارند، مانند اینکه مطلق بوده و مقید به نتیجه نیستند، ولی از نظر تأثیری که بر حقوق صاحبان اموال (سهام) و کلیت اقتصاد، بر جای می‌گذارند، می‌توانند جزئی از جرایم اقتصادی محسوب شوند. مطلق بودن جرایم بورسی، قابلیت ارتكاب این جرایم به صورت شرکتی و توسط اشخاص حقوقی، لطمه به کلیت اقتصاد، داشتن مجازات‌های خفیف نسبت به سایر جرایم اقتصادی و تقسیم شدن به دو گروه جرایم بورسی خاص و مشترک به جرایم اقتصادی از جمله‌ی مهمترین ویژگی‌های جرایم اقتصادی به شمار می‌رود. این خصوصیات است که لزوم تناسب بین مجازات‌های جرایم بورسی را با رفتارهای زیان آور این حوزه، ضروری می‌سازد.

ضرورت تناسب بین جرایم بورسی و رفتارهای ارتكابی، به این دلیل است که جرایم بورسی، ضرر مستقیم و مسلم ندارند. جرایم بورسی، بزه دیده‌ی مشخصی ندارند. جرایم بورسی، به صراحت در گروه جرایم اقتصادی قرار نگرفته است و وجه تمایز جرایم بورسی از تخلفات بورسی مشخص نیست؛ با این حال، به نظر می‌رسد که تناسب بین جرایم بورسی و مجازات‌ها وجود نداشته باشد.

معیارهایی که مشخص‌کننده‌ی عدم تناسب بین جرایم بورسی و مجازات‌های آن‌ها است، عبارت هستند از نبود ضمانت اجرای جبرانی برای جرایم بورسی، عدم برخورداری از دیدگاه و نظام حقوق اقتصادی متناسب و جامع‌نگر و عدم موازنه‌ی اقتصادی در اعمال ضمانت اجرای کیفری از مهمترین مؤلفه‌هایی که اثبات می‌کند جرایم بورسی با کیفرهای تعیینی متناسب ندارد، مجازات‌های تعزیری درجه‌ی ۶ و ۷ و نیز احاله‌ی برخی از کیفرها به قوانین دیگر نیز از دیگر مواردی است که مشخص می‌سازد این عدم تناسب واقعی است. هر کدام از این مؤلفه‌ها در صورتی که رعایت شد، می‌تواند به این مسأله منتج گردد که اولاً، حقوق زیان دیده جبران شود؛ ثانیاً، کلیت اقتصاد و هر آنچه که مربوط

به نظم اقتصادی است، مورد حمایت واقع شده و تنظیم شود؛ ثالثاً، اصلاح مجرمین و نیز عنصر بازدارندگی به شکلی کارآمد از جهت جرم‌شناسی و اقتصادی، در پی مجازات‌های تعیین شده، اعمال شود.

#### کتابشناسی

۱. اسدی، حمید؛ مهدوی‌پور، اعظم؛ رضوانی سودابه، (۱۳۹۸)، مفهوم و جایگاه تنظیم‌گری اقتصادی با تأکید بر پاسخگویی به جرایم بورسی، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره: ۲۰، شماره: ۲، پیاپی: ۵۰، ص ۴۷۳-۴۹۸.
۲. اشتیاق، وحید، (۱۳۸۵)، وقف سهام شرکت‌ها: امکان حقوقی و ضرورت اجتماعی، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره: ۱۰، ص ۸۵-۱۱۲.
۳. باقری، محمود؛ نصرالهی، علی، (۱۳۹۵)، کارایی اقتصادی ضمانت اجراهای کیفری قانون بازار اوراق بهادار، مطالعات حقوق خصوصی، دوره: ۲، شماره: ۴۶، ص ۱۸۷-۲۰۶.
۴. توسلی زاده، توران، (۱۳۹۲)، پیشگیری از جرایم اقتصادی، تهران، انتشارات جنگل.
۵. جوانمردی، محمد، (۱۳۹۳)، نقض مقررات در ارائه اسناد و مدارک به سازمان بورس و اوراق بهادار، فصلنامه بورس اوراق بهادار، شماره: ۲۶، ص ۱۶۲-۱۲۷.
۶. جوانمردی، محمد؛ بهره‌مند، حمید، (۱۳۹۹)، مواجهه با جرایم بورسی به مثابه قسمی از جرایم اقتصادی، مجله بورس اوراق بهادار، سال سیزدهم، شماره: ۵۱.
۷. جوانمردی، محمد؛ مسعودی مقام، اسدالله، (۱۳۹۶)، تأثیرپذیری جرایم بورسی از نوآوری‌های قانون مجازات اسلامی، بورس اوراق بهادار سال دهم، تابستان، شماره: ۳۸.
۸. حاجی ده‌آبادی، محمد علی؛ سلیمی، احسان، (۱۳۹۸)، مبانی، اصول و سازوکارهای اجرایی مدل کیفرگذاری هدفمند، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، دوره: ۸، شماره: ۲۹، ص ۱۰۱-۱۳۴.
۹. حاجی ده‌آبادی، محمد علی؛ سلیمی، احسان، (۱۳۹۶)، عمومی شدن جرم در فضای سایبر؛ از علت شناسی تا پاسخ دمی در پارادایم عدالت ترمیمی، دانشنامه عدالت ترمیمی، مجموعه مقاله‌های همایش بین‌المللی عدالت ترمیمی و پیشگیری از جرم، تهران، انتشارات میزان.
۱۰. حسین‌الحسینی، سید علی؛ حکیمی‌ها، سعید؛ گلباغی ماسوله، سید علی جبار، (۱۴۰۱)، چالش‌های سیاست جنایی قضایی ایران در رویارویی با جرایم مخل نظام اقتصادی کشور (با رویکردی انتقادی به شماری از آراء محاکم کیفری)، آموزه‌های فقه و حقوق جزا، دوره: ۱، شماره: ۳.
۱۱. دوانی، غلامحسین، (۱۳۸۴)، بورس، سهام و نحوه قیمت‌گذاری سهام، تهران، نشر نخستین.
۱۲. زرگر، علی، (۱۳۹۷)، بررسی جرائم بورسی و اوراق بهادار در قانون جزایی کشور، پژوهش حقوقی قانون یار، دوره اول.
۱۳. ژیان، پژمان، (۱۳۹۲)، بررسی تحلیل ماهیت و رژیم حقوقی حاکم بر معاملات سهام در بازار سرمایه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، تهران، دانشگاه خوارزمی.

۱۲. ساکی مالچی، رضا، (۱۳۹۵)، بررسی مسئولیت مدنی ناشی از جرایم بورسی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، سمنان، دانشگاه سمنان.
۱۳. ساکی، محمد رضا، (۱۳۹۶)، حقوق کیفری اقتصادی، تهران، انتشارات جنگل.
۱۴. سلطانی فرد، حسین؛ المیر، محمود؛ عالی پور، حسن، (۱۳۹۷)، آئین دادرسی جرائم اقتصادی؛ پیوند محتوا و شکل، مطالعات حقوقی، دوره: ۱۰ شماره: ۳، ص ۵۹-۱۹۴.
۱۵. شاه بیگی، ایمان، (۱۳۹۵)، تنظیم‌گری پاسخگو، تهران، معاونت طرح و برنامه‌ی اداره‌ی کل آموزش و پژوهش سازمان تعزیرات حکومتی.
۱۶. شریفی، الهام‌الدین، (۱۳۸۸)، بررسی تطبیقی جنبه‌های حقوقی معاملات در بازار بورس اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات محرمانه، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره: ۶.
۱۷. صادقی قهساره، محمد رضا، (۱۳۹۰)، بررسی فرآیند دادرسی به جرایم بورس اوراق بهادار، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، اصفهان، مؤسسه آموزشی عالی شهید اشرفی اصفهانی.
۱۸. قاسمی، محمد، (۱۳۸۹)، گفتمان سیاست جنائی قانونگذار ایران در قانون بازار اوراق بهادار ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات تهران.
۱۹. قربانی، مجید؛ باقری، عباس، (۱۳۸۹)، دستکاری بازار اوراق بهادار، فصلنامه پژوهش حقوق، سال دوازدهم، شماره: ۲۹.
۲۰. محسنی، فرید، (۱۳۹۱)، جرایم شرکتی از دیدگاه جرم‌شناختی، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره: ۵۷.
۲۱. محمدی، علیرضا، (۱۳۸۹)، بررسی آراء قضایی صادره در خصوص معامله اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات نهانی، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره: ۱۷، ص ۲۸۵-۳۰۲.
۲۲. مدیریت آموزش بورس اوراق بهادار تهران، (۱۳۸۸)، آشنائی با ارکان بازار اوراق بهادار، تهران، مرکز بورس اوراق بهادار.
۲۳. مهدوی پور، اعظم، (۱۳۹۰)، سیاست کیفری افتراقی در قلمرو بزهکاری اقتصادی، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
۲۴. میرزایی منفرد، غلامعلی، (۱۳۹۷)، حمایت کیفری از شفافیت در بازار اوراق بهادار، رساله دکتری، رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، قم، دانشگاه قم.
۲۵. میرزایی منفرد، غلامعلی؛ خالقی، ابوالفتح، (۱۳۹۴)، خیانت در امانت نسبت به وجوه یا اوراق بهادار در بازار اوراق بهادار، بورس اوراق بهادار، سال هشتم، پاییز، شماره: ۳۱.
۲۶. نورزاد، مجتبی، (۱۳۸۹)، جرایم اقتصادی در حقوق کیفری ایران، تهران، انتشارات جنگل.
۲۷. ولیدی، محمد صالح، (۱۳۹۳)، حقوق کیفری اقتصادی، جرائم علیه امنیت اقتصادی، تهران، انتشارات جنگل.
۲۸. یاری، رحیم؛ کارگری، نوروز؛ شاملو، باقر، قاسمی، قاسم، (۱۴۰۱)، جرم انگاری اقتصادی در پرتو اقتصاد نهادگرایی، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره: ۱۰، شماره: ۱۹، ص ۱۲۷-۱۵۲.
29. Richard A. (1985), **Posner, an Economic Theory of the Criminal Law**, Columbia Law Review, Vol. 85, No. 6.
30. Suber, Peter, (1999), **paternalism, in philosophy of law: An Encyclopedia**, Edit by Christopher B. Gray, Garland pub.



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

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

Vol.3, No.2, Issue 10, Summer 2024, P: 99-122

Receive Date: 2024/02/25

Revise Date: 2024/05/21

Accept Date: 2024/06/06

DOI: 10.71654/jclld.2024.1123566

Article type: Original Research

Online ISSN: 2821-2339

## Legal Criminal Policy of Iran in Relation to the Criminal Responsibility of the Government from the Point of View of Legal and Criminological Theories

Mohammad reza sadrollahi<sup>1</sup>Mahsa Raeispour Shirazi<sup>2</sup>Abdolvahid Zahedi<sup>3</sup>

۹۹

### Abstract

Although the governments are the guarantors of order and security, but due to the special power that is intended for them, they have a special position in committing their unique crimes. Since criminalization of actions and behaviors are carried out by governmental institutions, especially the government, the possibility of finding them guilty is improbable. To express it more simply, in these cases, the judge and the delinquent appear in the form of a single body, which means the government is appeared and if there is no independent institution to deal with these crimes, criminal justice remains vain. The current article is trying to answer this question that how Iran's legal system has reacted to the crimes of state and which of the legal and criminological opinions have been accepted in this regard. The findings of this research confirm that before the cybercrimes law of 2018, there were no regular regulations on crimes related to the government and only some regulations were observed sporadically. After that, with the approval of Articles 20 to 22 and Article 143 of the Islamic Penal Law, as well as the note of Article 14 of the same law, the criminal responsibility of legal entities was systematically explained. The Iranian legislator accepted the theory of superior responsibility (employer) and also, the criminal responsibility of the government as the largest legal personality of public law was justified by relying on the theories of postmodern, critical criminology, social interest, criminal justice and attention to the environment.

**Key words:** criminal liability of government, criminal responsibility of public legal person, criminalization of proceedings of legal person.

1. PhD student in criminal law and criminology, Kashan University, Kashan, Iran. [rsadra2014@yahoo.com](mailto:rsadra2014@yahoo.com).

2. PhD student in criminal law and criminology, Kashan University, Kashan, Iran. [m.raeis2018@yahoo.com](mailto:m.raeis2018@yahoo.com).

3. Assistant Professor, Department of Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran (Corresponding Author). [zahedi.abdolvahid@gmail.com](mailto:zahedi.abdolvahid@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 ۲ - شماره پیاپی ۱۰ - تابستان ۱۴۰۳، ص ۹۹-۱۲۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۱۷

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۳/۰۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۰۶

DOI: 10.71654/jcl.d.2024.1123566

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

## سیاست جنایی قانونی ایران در رابطه با مسئولیت کیفری دولت از منظر نظریات

### حقوقی و جرم‌شناسی

محمد رضا صدر الهی<sup>۱</sup>

مهسا رئیس پور شیرازی<sup>۲</sup>

عبد الوحید زاهدی<sup>۳</sup>

#### چکیده

هرچند دولت‌ها ضامن نظم و امنیت هستند، اما به علت قدرت ویژه‌ای که برای آن‌ها در نظر گرفته شده است، موقعیت خاصی در ارتکاب جرایم منحصر به فرد خود دارند. از آنجا که نهادهای حاکمیتی، به ویژه دولت، به جرم انگاری افعال و رفتارها، مبادرت می‌ورزند، امکان مجرم شناختن آن‌ها امری بعید است؛ به بیان ساده‌تر، در این موارد، قاضی و مجرم، در قالب یک جسم، یعنی: دولت، ظهور می‌کند و اگر نهاد مستقلاً در خصوص رسیدگی به این جرایم وجود نداشته باشد، عدالت کیفری عقیم می‌ماند. نوشتار حاضر، در صدد پاسخ به این سؤال است که نظام حقوقی ایران در خصوص جرایم دولت، چه واکنشی نشان داده است و کدامیک از نظرات حقوقی و جرم‌شناختی را در این خصوص، پذیرفته است. یافته‌ها، مؤید این است که تا قبل از قانون جرایم رایانه‌ای ۱۳۸۸ مقررهای در مورد جرایم مربوط به دولت، وجود نداشت و تنها برخی مقررات، به صورت پراکنده مشاهده می‌شد. پس از این قانون، با تصویب مواد: ۲۰ الی ۲۲ و ماده‌ی ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی و همچنین تبصره‌ی ماده‌ی ۱۴ همان قانون، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، تبیین و قانونگذاری شد. قانونگذار ایرانی، نظریه مسئولیت ما فوق (کارفرما) را مورد پذیرش قرار داده است. همچنین، مسئولیت کیفری دولت، بزرگترین شخصیت حقوقی عمومی، با تکیه بر نظریات جرم‌شناسی پست مدرن، انتقادی، نفع اجتماعی و عدالت کیفری و توجه به محیط زیست قابل توجیه است.

واژگان کلیدی: مسئولیت کیفری دولت، مسئولیت کیفری شخص حقوق عمومی، جرم انگاری اقدامات شخص حقوقی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه کاشان، کاشان، ایران. [rsadra2014@yahoo.com](mailto:rsadra2014@yahoo.com)

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه کاشان، کاشان، ایران. [m.raeis2018@yahoo.com](mailto:m.raeis2018@yahoo.com)

۳. استادیار گروه حقوق، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول). [zahedi.abdolvahid@gmail.com](mailto:zahedi.abdolvahid@gmail.com)



## مقدمه

همواره دولت‌ها، یکی از نهادهای مؤثر در هر نظام حقوقی بوده‌اند که از یک سو وظایف سنگینی در تأمین نظم و امنیت و صلح و رفاه مردمان خویش داشته‌اند و از سوی دیگر در صورت ترک وظایف خود یا نقض حق نسبت به مردمان و ملت خویش، می‌بایست پاسخگوی شرایط به وجود آمده باشند؛ از این رو، مسئولیت کیفری دولت‌ها از دیرباز محل نزاع بین حقوقدانان بوده است.

عدم شناخت مسئولیت کیفری دولت‌ها را می‌توان یکی از بزرگترین مشکلات هر نظام کیفری دانست که می‌بایست در مرتفع کردن آن، قدم برداشت. از سوی دیگر، الزام به پاسخگویی دولت، می‌تواند چتر حمایت خود را هر چه بیشتر، نسبت به ملت بگستراند و از این رو، حقوق مردمان خویش را بهتر مورد حمایت قرار دهد.

البته، ناگفته نماند که افراط در مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و دولت‌ها نیز عواقب سوئی دارد؛ بدین نحو که در این صورت آن‌ها نمی‌توانند از دفاعیات مرسوم در پرونده‌های کیفری در رد تکمیل ارکان جرم استفاده کنند و در بیشتر جرایم محکوم می‌شوند و این موجب دلسردی آنان برای ادامه فعالیت شده و به مرور رونق را در عرصه‌های مختلف از بین می‌برد.

توماس هابز، فیلسوف انگلیسی در مشهورترین کتاب<sup>۱</sup> خود که معتقد است، دولت‌ها با هدف برقراری صلح و امنیت سر بر می‌آورند و با تمرکز قدرت و حجیت در شخص حاکم می‌توانند از جنگ‌های داخلی رهایی یابند. در واقع، آنچه از نظر هابز اصل اولیه محسوب می‌شود، تضمین بقاء و رفاه و آسایش مردم است؛ لکن اگر از رهگذر تحقق رفاه و آسایش مردم، حقوق اولیه آنان مورد تعرض از ناحیه دولت قرار بگیرد، واکنش جامعه چگونه می‌تواند باشد.

حال، سؤال اصلی، اینجا است که دولت‌ها در عین اینکه می‌توانند سودمند<sup>۲</sup> باشند، اما اگر از وظایف محوله سرباز زنند و مرتکب جرایم مختص به خود شود، تکلیف چیست؟ سیاست جنایی در مراحل تعقیب، تحقیق و محاکمه چگونه است؟ فرضیه نگارنده در بدو ورود به موضوع این است که، با عنایت به قدرت سیاست‌گذاری که در تسلط دولت است، امکان ملزم کردن آن به پاسخگویی از طریق مسئولیت کیفری امری بعید به نظر می‌رسد.

این فرضیه، در مواجهه با رویه قضایی دادگاه‌های ایران وقتی تقویت می‌گردد که تعداد پرونده‌های این چنینی بسیار اندک است. شایان ذکر است که با بررسی واقعیات جامعه، امروزه دامنه جرایمی که دولت، ماهیتاً می‌تواند مرتکب آنها شود، گسترش یافته است. ارتکاب جرایم اقتصادی، سوء استفاده از قدرت، آلودگی محیط زیست و اکوساید، همگی باعث تعدی به حقوق ملت شده و موجب هرج و

1. Leviathan

۲. از بسیاری جهات، دولت نه تنها سودمند، بلکه خطرناک نیز است؛ نه تنها، دارای توانایی تأمین حیات است؛ بلکه از قوای هولناک ویرانگری نیز برخوردار است (ویسنست، ۱۳۹۱، ۳۲۲).

مرج و نا امنی می‌گردد. در سال‌های اخیر، رشد روز افزون قدرت دولت‌ها منجر به صدمات و خسارت‌های جبران ناپذیری در مجامع و ملت‌ها شده است.

پاسخ به جرایم ارتكابی از سوی دولت، می‌تواند حقوقی، سیاسی، اجتماعی<sup>۱</sup> و سازمانی باشد (غلامی، ۱۴۰۱، ۲۵۴). منظور از پاسخ حقوقی، کلیه واکنش‌های کیفری یا مدنی به جرایم ارتكابی از سوی دولت هستند. استیضاح توسط مجلس، یا برکناری توسط مقام معظم رهبری، می‌تواند از جمله پاسخ‌های سیاسی باشد. واکنش‌های مردم، رکن اصلی جامعه، می‌تواند نوعی پاسخ اجتماعی به جرایم ارتكابی توسط دولت در نظر گرفته شود.

آنچه در نوشتار پیش رو، مد نظر است پاسخ کیفری از سوی نهادهای رسیدگی کننده صالح داخلی می‌باشد. از آنجا که دولت‌ها به معنای هیات حاکمه، توانایی و قدرت تعریف جرم را دارند، در موارد بسیار کمی می‌توانند بزهکار تلقی شده و برای نقض قوانینی که خود تصویب نموده‌اند، سرزنش شوند.<sup>۲</sup> برای ملزم کردن دولت، بزرگترین نمونه از شخصیت حقوقی، به پاسخگویی برابر هرگونه نقض حق، باید به مقررات مربوط به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی رجوع نمود.

در تعریف شخص حقوقی گفته شده: اجتماع سازمان یافته از اشخاص یا اموال برای دستیابی به هدف مشترک در قالب قانونی است (امامی و استوار سنگری، ۱۳۹۰، ۴۷/۱). برخی، مخالف پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی هستند و در این خصوص، به فقدان قوه درک و اختیار، عدم تأمین اهداف مجازات‌ها و فقدان ضمانت اجراهای مناسب استناد می‌کنند؛ البته، این اختلافات در حوزه مسئولیت کیفری دولت بیشتر نمایان می‌شود. پذیرش و استناد مسئولیت به دولت بسیار مشکل‌تر است؛ از این رو، در بسیاری از کشورها - نظیر آمریکا - مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی حقوق خصوصی، پذیرفته شده و مسئولیت کیفری شرکت‌های دولتی، بی معنی تلقی شده است (Coleman, 1976, 919).

منظور از دولت در این نوشتار، به معنای عام بوده و قوای سه‌گانه که اعمال قدرت و حاکمیت می‌کنند. همچنین، باید گفت که جرایم دولت مردان مد نظر نیست؛ البته، بدیهی است که مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی با اقدامات یک شخص حقیقی، به نام یا در راستای شخص حقوقی، ظاهر می‌شود.

حال که اهمیت مسئولیت کیفری دولت در کشور، آشکار شد، باید به نقش سیاست جنایی در این مقوله پرداخت. از آنجا که هرگونه برخورد شتابزده و غیرمعقول می‌تواند آثار جبران ناپذیری برای ملت

۱. به عقیده برخی جرم‌شناسان، جامعه مدنی را می‌توان بهترین ابزار ممکن برای پاسخ دهی به جرایم حکومت‌ها در نظر گرفت (ال روٹ و فردریکس، ۱۳۹۹، ۲۳).

۲. در ظاهر امر باید پذیرفت که امکان چنین الزام به پاسخگویی به سختی متصور است؛ اما نمی‌توان و نباید انکار کرد که به کلی امکان چنین الزامی، منتفی است.

داشته باشد.

این نوشتار که به روش توصیفی تحلیلی تدوین گردیده، ضمن بیان اجمالی مفاهیم مربوط به مسئولیت کیفری دولت‌ها و بررسی مبانی و نظریه‌های حقوقی و جرم‌شناسی مطروحه‌ی درباره‌ی آن، سیاست جنایی قانونی ایران در این خصوص نیز بررسی و رویکرد قانونگذار و قوه‌ی حاکمه در خصوص مسئولیت کیفری دولت، به عنوان یک شخصیت حقوقی حقوق عمومی در ایران نیز مشخص شود.

### ۱. مفهوم شناسی

فهم کامل مسائل، بسته به تبیین معانی واژه‌های کاربردی آن دارد و مفهوم ساختن مسأله پژوهشی از بخش‌های مهم در فرآیند یک پژوهش نظری است؛ بنا بر این، می‌بایست مفاهیم واژه‌های کلیدی به خوبی روشن شوند تا راه درک دقیق موضوع هموار شود.

#### ۱-۱. سیاست جنایی

سیاست، در لغت، به معنای توانایی اتخاذ تدابیر مناسب جهت اداره امور به نحو مطلوب است (عظیم زاده و حسابی، ۱۳۹۰، ۱۱۵). این اصطلاح را اولین بار فون فوئر باخ<sup>۱</sup> در سال ۱۸۰۳ میلادی در کتاب حقوق کیفری خود به کار برد؛ اما می‌توان گفت: سیاست جنایی، همانند سایر پدیده‌های اجتماعی، از دیرباز وجود داشته و به صورت کلی، از زمانی که جرم به وجود آمده، برنامه و تدبیرهای مبارزه با آن نیز شکل گرفته است.

سیاست جنایی به عنوان مفهومی حقوقی، سیاسی و اجتماعی تعریف یکسان و واحدی ندارد و هر یک از اندیشمندان تا کنون برداشت‌های متعددی را ارائه نموده‌اند. به عقیده وابر<sup>۲</sup> سیاست جنایی ابزاری برای واکنش و کیفر و سرکوبی، مقابل جرم است (حسینی، ۱۳۸۴، ۲۰). همچنین، گفته شده: سیاست جنایی، یک هنر و فن است که موضوع آن کشف روش‌هایی است که مبارزه مؤثر علیه جرم را میسر می‌سازد (لازرز، ۱۳۸۱، ۱۲/۱). مارک آنسل، با پرداختن به مقوله انحراف همسو با جرم و توجه به اقدام‌های غیرکیفری، مانند: تدابیر و نظام‌های اجتماعی، فرهنگی و اخلاقی، مفهوم موسعی از سیاست جنایی تا زمان خود، بیان داشت.

پس از آنسل، می‌ری دلماس مارتی<sup>۳</sup> نیز با تفکیک جرم از انحراف و بیان لزوم پاسخ‌هایی غیرکیفری، از جنس حقوق مدنی، حقوق انضباطی انتظامی، حقوق مالیاتی، حقوق اجتماعی و منبعث از جامعه و نهادهای مدنی، به انحرافات، توانست مفهوم موسع‌تری از سیاست جنایی، ارائه دهد. وی،

1. Anselm Von Feuerbach.

2. Donnedieu de vebres.

3. Mireille Delmas Marty.

با توجه به سه مقوله‌ی: آزادی، برابری و قدرت، و نیز مداخله مستقل هر یک از دولت و جامعه مدنی و یا مداخله‌ی مشترک دولت و جامعه مدنی در پاسخ به جرم و انحراف، مدل‌هایی از سیاست جنایی، مانند: مدل دولتی محض، شامل: اقتدارگرا و اقتدارگرای فراگیر؛ مدل جامعوی، شامل: جامعه‌ی خودگردان و جامعه‌ی آنارشیست؛ مدل مختلط دولتی جامعوی، شامل: مدل دولت جامعوی لیبرال برمی‌شمرد (موسوی فر، ۱۴۰۱، ۱۱۴).

اما مشهورترین تعریف از سیاست جنایی متعلق به دلماس مارتی می‌باشد. وی معتقد است: سیاست جنایی، مجموعه روش‌هایی است که هیأت اجتماع، با توسل و به کار بستن آن‌ها پاسخ‌های مختلف را به پدیده‌ی جنایی، سازمان می‌بخشد (مارتی، ۱۳۹۵، ۶۹/۳).

به نظر می‌رسد تعریف مارتی خالی از اشکال نباشد؛ با این توضیح که وجود جرم را قبل از سیاست جنایی مفروض دانسته و در تعریف آن را پاسخی به جرم می‌داند، حال آنکه جرم هسته سیاست کیفری است و نمی‌توان برای آن، تقدم و تأخری در نظر گرفت.

از سویی دیگر، ایشان معتقد است که سیاست جنایی پاسخ به جرم و انحراف است، حال آنکه طبق موازین و اصول لیبرال و اصل حداقلی بودن حقوق جزاء، انحرافات، در این محدوده، نباید قرار بگیرند تا از آزادی هر چه بیشتر ملت را تضمین و از قدرت دولت‌ها بکاهند.

همچنین، در این تعریف، فقط به جرایمی که توسط مردم ارتکاب می‌یابد، اشاره شده، در صورتی که جرایم نهادهای دولت و صاحب منصبان مغفول مانده است.

حال، با عنایت به ایرادات گفته شده، سعی می‌شود تعریفی جامع و خالی از ایراد ارائه شود. سیاست جنایی مطالعه چگونگی سازماندهی رفتار دولت در حوزه‌ی تصمیم‌گیری برای کنترل قهرآمیز رفتار اشخاص با ابزار کیفری و ارائه راه‌های پیشگیری و تحلیل و ارزیابی تصمیمات متخذه است.

یکی از اقسام سیاست جنایی، سیاست جنایی قانونی (تقنینی)<sup>۱</sup> می‌باشد که دیدگاه‌ها و روش‌هایی است که قانونگذار، جهت جرم‌انگاری و کنترل جرایم و تخلفات اتخاذ می‌کند (ده نمکی و دیگران، ۱۳۹۵، ۹۰)؛ در واقع، به بررسی و نقد مهمترین مرحله از چرخه کیفری، یعنی قانونگذاری می‌پردازد و بیانگر دیدگاه و نظر قانونگذار در نحوه‌ی کنترل جرایم می‌باشد؛ یا به بیانی دیگر، سیاست جنایی قانونی، طرز برداشت و تلقی مقام قانونگذاری در قالب وضع و تصویب قوانین مختلف از سیاست جنایی است (ملازمیان، ۱۳۸۷، ۹/۱)؛ به بیان ساده‌تر، زمانی که قانونگذار هر کشوری، مواد قانونی را در خصوص یک پدیده مجرمانه، تصویب می‌کند، در واقع، سیاست جنائی قانونی خاص آن کشور، در خصوص آن پدیده مجرمانه، بیان و مورد نظر می‌باشد (آقازاده، ۱۳۸۴، ۳۳).

۱. اصطلاح تقنین، علی‌رغم کاربرد آن در نوشته‌ها، از لحاظ قواعد ادبی نادرست است و باید به جای آن، اصطلاح قانونی، یا قانونگذاری را به کار برد (ویراستار علمی).

مهمترین سند قانونی هر کشور، قانون اساسی آن کشور است؛ بدین روی، پایه‌های اساسی و اصول راهبردی سیاست قانونی هر کشور را باید در قانون اساسی آن کشور جست. اصول نوزدهم تا چهل و دوم قانون اساسی ایران، در مورد حقوق ملت می‌باشد که اجرای آن، بعضاً، بر عهده‌ی دولت است و تخطی از آن، در مواردی به موجب قانون مجازات اسلامی، دارای ضمانت اجراء و پاسخ کیفری می‌باشد.

### ۱-۲. مسئولیت کیفری

در هیچیک از قوانین جزایی، ماهیت حقوقی و تعریف مسئولیت کیفری، به طور مشخص، بیان نشده؛ لکن، مسئولیت کیفری به معنی الزام اشخاص به پاسخگویی برابر اعمال مجرمانه است. هر مجرمی اعم از اشخاص حقوقی و حقیقی باید پاسخگوی رفتار خویش باشد. اعمال مجازات به احراز مسئولیت کیفری و احراز مسئولیت کیفری به احراز مجرمیت وابسته است ( گلدوزیان و حسینجانی، ۱۳۸۴، ۱۳۱).

همچنین گفته شده است: مسئولیت کیفری، برخوردار از تکلیف به پاسخگویی برابر هرگونه رفتار ناهنجاری است که قانونگذار برای آن مجازات تعیین کرده است؛ خواه آن رفتار، در عالم خارج، نتیجه‌ی ملموسی داشته باشد؛ خواه نداشته باشد ( جعفری، ۱۳۹۵، ۹).

برای احراز مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی، باید بدو، مرتکب، دست به ارتکاب فعل یا ترک فعلی می‌زد که جرم تلقی می‌شد و همچنین فرد مرتکب باید دارای اهلیت جنایی<sup>۱</sup> ارتکاب جرم باشد؛ بدین معنا که نامبرده باید دارای اراده، آگاهی و قصد ذهنی ارتکاب جرم باشد و مرتکب جرم یک موجود ذی شعور است، و باید این موجود ذی شعور نیز اهلیت کیفری داشته باشد؛ بدین معنا که توانایی و ظرفیت تحمل مجازات را داشته و مجازات بر وی اثر داشته باشد که با وجود رکن اخیر، مجازات مجانبین و صغار، فاقد مبنا می‌باشد؛ حال، باید گفت: اشخاص حقوقی را که فاقد شعور هستند، چگونه می‌توان مجازات کرد؟ آیا شعور و اراده، ملکه‌ای است منحصر در اشخاص حقیقی، یا اینکه می‌توان اشخاص حقوقی را نیز متصف به این صفت نمود تا بر این اساس، زمینه‌ی درک مسئولیت کیفری آنان را فراهم ساخت؟

### ۱-۳. شخصیت حقوقی<sup>۲</sup> و دولت

آن خصیصه که موجبات تمتع از حقوق و عهده دار شدن تکالیف را فراهم می‌سازد، شخصیت حقوقی نامیده می‌شود؛ حال، چنانچه این قابلیت، ذاتی شخص باشد، شخصیت حقیقی<sup>۳</sup> همان اهلیت منظور نظر قانون مدنی است و دارنده‌ی آن را شخص حقیقی گویند و در صورتی که حالت موصوف،

1. Criminal capacity.

2. Juridical Personality.

3. Natural Personality.

عارضی باشد، چندان که قابلیت سلب و انفکاک از آن موجود را داشته باشد، شخصیت حقوقی خوانند و دارنده آن را شخص حقوقی می‌نامند. تنها مصادق شخص نخست، انسان و از جمله مصادیق شخص دوم، شرکت‌ها، موقوفات، دولت، مؤسسات عمومی می‌باشند ( صفار، ۱۳۹۰، ۹۹/۱). با این ارکان، مشخص می‌شود که شخصیت حقوقی، مفهومی موهوم نیست، بلکه ریشه در واقعیت دارد؛ آنچنان واقعیتهایی که علاوه بر مسئولیت مدنی،<sup>۱</sup> مسئولیت کیفری،<sup>۲</sup> آن را نیز اجتناب ناپذیر می‌سازد (Radvic & Stajanka & others, 2010, 12).

اشخاص حقوقی، به اعتبار نحوه تشکیل به دو دسته تقسیم می‌شوند:

الف) اشخاص حقوقی حقوق عمومی که در سیطره‌ی حقوق عمومی تشکیل و با داشتن ارتباطات سازمانی و اداری با افراد جامعه در دو بعد اعمال حاکمیت و تصدی ایفای نقش می‌کنند؛  
ب) اشخاص حقوقی حقوق خصوصی که مربوط به روابط خصوصی بین مردم می‌باشد و در راستای تنظیم روابط خصوصی افراد گام برمی‌دارند.

همان طور که در ماده‌ی: ۵۸۸ قانون تجارت بیان شده، مشخص است که اشخاص حقوقی نیز به مانند اشخاص حقیقی دارای حقوق و تعهدات مستقل هستند به جز اموری که مربوط به ذات و طبیعت اشخاص حقیقی است، مانند: رابطه ابوت و ازدواج؛ از این روی، تمام تعهدات و حقوق ذکر شده نسبت به اشخاص حقیقی، در قانون مدنی، قابل تسری به اشخاص حقوقی نیز می‌باشد؛ چراکه مواردی همچون مسئولیت مدنی، از جمله امور مختص به اشخاص حقیقی نبوده و مربوط به ذات انسان‌ها نمی‌باشد. با تامل در رژیم حقوقی ایران می‌توان اذعان داشت که اشخاص حقوقی دارای ماهیتی اعتباری هستند نه مادی ( محمدی جرجافکی و دیگران، ۱۴۰۱، ۵)؛ اما در سایر نظام‌های حقوقی رویکردهای متفاوتی اتخاذ شده است.

## ۲. مبانی مسئولیت کیفری دولت بر اساس تئوری‌های حقوقی

ارتکاب جرایم از طرف تمامی اشخاص، چه حقوقی چه حقیقی، نیازمند تحقق ارکان مادی و معنوی آن جرم است؛ اما دولت یک شخص حقوقی دارای وجودی ملموس نیست تا به این اعتبار، رکن مادی جرم را مرتکب شود و همزمان نیز دارا رکن معنوی آن باشد؛ بدین روی، با این توضیح، مشخص می‌شود انتساب جرم به دولت و طرح مسئولیت کیفری دولت‌ها علاوه بر چالش‌های گفته شده، با موانع جدی تری نیز رو به رو است؛ یکی از این دلایل، ناممکن بودن اسناد تقصیر به اشخاص حقوقی است.

1. Civil Responsibility.

2. Criminal Responsibility.

## ۱-۲. اسناد تقصیر و قابلیت انتساب جرم و عدم امکان اجرای برخی مجازات‌ها

یکی از موانعی که بر سر راه شناسایی مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی می‌باشد، مسأله اسناد تقصیر است؛ بدین معنا که نتیجه‌ی مجرمانه، محصول فعل مجرمانه آن شخص حقوقی باشد.<sup>۱</sup> مدافعان شناسایی مسئولیت کیفری دولت‌ها، معتقدند که همان اراده‌ای که اشخاص حقوقی اعم از دولت را برای انجام تجارت و انعقاد قرارداد توانا کرده و نسبت به تخلفات صورت گرفته و زیان وارده متعهد می‌سازد، آن‌ها را نیز قادر به ارتکاب جرم و ملتزم به مسئولیت کیفری می‌نماید.

اما برخی معتقدند: مجازات اشخاص حقوقی حقوق عمومی با اصل شخصی بودن مجازات‌ها، مغایرت دارد و آن را نقض می‌کند؛ بدین نحو که با مجازات اشخاص یاد شده، در واقع، تابعان قدرت عمومی مجازات می‌شوند.

برخی از کیفرها علیه دولت امکان اجراء ندارند؛ برای نمونه، کیفر جریمه نمی‌تواند هیچ اثری در پی داشته باشد؛ زیرا مبلغی را از خزانه داری عمومی برداشت نموده و مجدداً، به خزانه عمومی واریز می‌شود.

در پاسخ به این ایراد نیز می‌توان گفت که یکی از اهداف مجازات‌ها اصلاح مجرم است و عدم تحقق این هدف مانع اجرای مجازات نیست. همچنین، اعمال مجازات مناسب می‌تواند علیه اشخاص حقوقی یاد شده اهداف ارعاب و بازدارندگی را محقق نماید؛ مضافاً، اینکه مجازات شخص حقوقی بزهکار مسئولیت کیفری شخص حقیقی مقصر نیست (محمدی و خانی زاده، ۱۳۹۲، ۷۵).

درباره‌ی نحوه‌ی اعمال مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، نظریاتی وجود دارد که ذیلاً، بررسی می‌شود.

## ۲-۲. نظریه مسئولیت نیابتی<sup>۲</sup>

مطابق با این نظریه، دولت‌ها، انتساب عناصر مادی و معنوی را، از کارکنان خود عاریه می‌گیرند. با این توضیح که اگر مقامات دولتی مرتکب جرمی شوند، علاوه بر اشخاص حقیقی، شخص حقوقی دولت نیز از حیث کیفری مسئول خواهد بود.

یکی از ایراداتی که به این نظریه اخذ شده است، گسترش نا معقول مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی است؛ چه، اگر هریک از اعضای آن، جرمی را که در راستای انجام وظیفه، هرچند خودسرانه و بدون مجوز، مرتکب شود، شخص حقوقی را مسئول می‌سازد (حسینجانی و مظاهری تهرانی، ۱۳۸۹، ۱۱۰/۱).

باید گفت: کشور انگلستان، از جمله کشورهایی است که قبل از پذیرش نظریه مسئولیت مستقیم،

۱. به عقیده برخی، مسئولیت کیفری شخص حقوقی مستلزم عقلانیت و استقلال فردی می‌باشد ( Moore, 1985, 23 ).

2. Vicarious Liability.

تمایل به پذیرش نظریه عاریه‌ای را در دستور کار خود قرار داده بود.

### ۲-۳. نظریه شخصیت ثانویه<sup>۱</sup> (نظریه شناسایی یا مغز متفکر)

نظریه مغز متفکر<sup>۲</sup> که مبتنی بر دیدگاه فرضی بودن اشخاص حقوقی است، اشاره می‌دارد که برخی مدیران عالی رتبه هر شخص حقوقی و نه همه‌ی کارکنان و اعضاء در مسئولیت نیابتی، نمادی از شخص حقوقی شناخته شده و تجسم آن محسوب می‌شوند و در نتیجه، اعمال و حالات روحی آنان، اعمال و حالات روحی شخص حقوقی تلقی می‌شود؛ بدین توضیح که اعمال و حالات روانی دولت، شخص حقوقی حقوق عمومی، متبلور در اعمال و حالات روانی اعضای عالی رتبه آن خواهد شد؛ به طوری که اگر مقامات عالی رتبه اقدامی انجام دهند، گویی خود دولت این اقدام را انجام داده است. در حقوق جزای فرانسه، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی بیشتر بر اساس نظریه مغز متفکر است.<sup>۳</sup>

این نظریه، نسبت به نظریه مسئولیت نیابتی، از این حیث که به رکن روانی نیز توجه می‌کند، کامل‌تر است؛ اما، در اشخاص حقوقی بزرگ مثل دولت‌ها، با عنایت به گستردگی وظایف و تعداد زیاد مدیران که اغلب برخی وظایف بین خود و سایرین تقسیم و تفویض شده است و بسیاری از تصمیمات توسط مدیران میانی صورت می‌پذیرد، قابل انتقاد به نظر می‌رسد.

### ۲-۴. نظریه تقصیر جمعی<sup>۴</sup> (تجمع یا انباشتگی یا مسئولیت مافوق یا کارفرما<sup>۵</sup>)

این نظریه می‌گوید: در برخی شرایط، اهداف مجرمانه قدرت‌های مدرن جامعه (اشخاص حقوقی)، در یک فضای گیج‌کننده، بدون اینکه بتوان عناصر مادی و روانی جرم را در وجود شخص خاصی متمرکز دید، به منصفه ظهور می‌رسد؛ چه اینکه، عناصر مذکور، بین اعضای شخص حقوقی و بخش‌های مختلف آن، توزیع شده باشد؛ به دیگر سخن، اشخاص حقوقی، به خاطر اعمال هر یک از نمایندگان خود، مشروط بر اینکه جرم آن‌ها در حیطه وظایف استخدامی و به قصد نفع رساندن به اشخاص مزبور صورت پذیرد، مسئول خواهد بود؛ در واقع، می‌توان گفت: برآیند و مجموع تقصیر مدیران و کارکنان به طور کلی، اساس تقصیر دولت را تشکیل می‌دهد.

حسن این نظریه، در این است که تمامی ارکان شخص حقوقی را وادار می‌کند تا نظارت کافی بر زیردستان و بر ساختار شخص حقوقی داشته باشند؛ زیرا در غیر این صورت، مجازات، برای شخص حقوقی مقرر خواهد شد و این مجازات بر همه اعضاء اثر می‌گذارد (موسوی مجاب و رفیع زاده، ۱۳۹۴، ۱۵۰).

1. Identification.

2. Brain theory.

4. Aggregation.

5. Respondent superior theory.

۳. ماده ۲۱۱-۲ قانون جزای فرانسه.



این نظریه، بر آن است تا از بی‌کیفری دولت‌ها جلوگیری نماید و در مواردی نیز که جرایم به علت فقدان نظارت کافی ارتکاب می‌یابد، اشخاص حقوقی یا دولت‌ها از طریق التزام به کیفر، پاسخگو شوند.<sup>۱</sup>

## ۲-۵. نظریه سیاست<sup>۲</sup> شخص حقوقی

در نظریاتی که سابقاً، عرض شد، کانون توجه کارکنان دولت بودند؛ بدین توضیح که ارتکاب جرم از سوی یکی از آن‌ها یا به صورت همگانی مؤثر در راهبرد مسئول انگاری دولت بود؛ البته، این عقیده تا جایی که افراد مقصر تعقیب شوند، قابل اعتنا است و در نتیجه، بی‌کیفری مجرم (دولت) منجر به از بین رفتن اعتماد عمومی و خدشه بر ساحت عدالت شود.

برای حل این معضل، چاره‌ای جز تأکید بر شخصیت مستقل اشخاص حقوقی و احراز مسئولیت کیفری آنان، فارغ از مسئولیت فردی نیست. با پذیرش این نظریه، ماهیتی مستقل برای اشخاص حقوقی در نظر گرفته می‌شود و تئوری فرضی بودن آن، کنار می‌رود.

برخی کشورها نظیر استرالیا با پذیرش این مدل، بر دشواری انتساب جرایمی چون: قتل غیر عمد، به شخص حقوقی فائق آمده‌اند (حسنی، ۱۳۷۴، ۱۷۶).

این رویکرد، اظهار می‌دارد: نه فقط تصمیم یک شخص، بلکه سیاست، قاعده، نحوه رفتار و به نوعی، فرهنگ یک شخص حقوقی، نقض حقی را هدایت می‌نماید. برای احراز آن می‌بایست به سیاست‌گذاری‌ها، تصمیمات مجمع، اساسنامه، آیین‌نامه‌ها و سایر ارکان و قواعد شخص حقوقی، رجوع کرد؛ برای مثال، شرکت خودروسازی که از لنت‌های ترمز بی‌کیفیت برای خودروهای گران قیمت خود، با سیاست کسب سود بیشتر استفاده می‌کند، قطعاً، مسئول و پاسخگوی عواقب منتسب خواهد بود. در برخی موارد، صرفاً، تأیید رفتار مجرمانه از سوی نماینده دولت، می‌تواند باعث انتساب آن جرم به دولت شود.

از نظر نگارنده، عاملی که باعث ایجاد مسئولیت کیفری بر اشخاص حقوقی باشد، نه فقط تقصیر اعضا و نمایندگان آن و محصول اشتباهات فردی، بلکه سازماندهی و سیاست‌گذاری‌های اشتباه و قصورهای نا محسوس مدیریتی و ارتباطی و مانند آن از اهمیت بیشتری برخوردار است.

۱. در ایالات متحده آمریکا، نظریه مسئولیت کارفرما یا مافوق پذیرفته است؛ با این بیان که تمامی کارکنان و مقامات اشخاص حقوقی هر چند در رده‌های پایین سازمان باشند، به شرط اینکه در مقام انجام وظیفه برای شخص حقوقی و حداقل به قصد تأمین منافع آن، ارتکاب یابد، حتی اگر با سیاست کلی شخص حقوقی مغایرت داشته باشد (خلاف نظریه خط مشی و سیاست)، به نام شخص حقوقی گذاشته می‌شود و مسئولیت کیفری به دنبال آن دارد.

2. Policy Theory.

### ۳. مبانی جرم‌شناسی

جرم‌شناسی، پشت صحنه جرم را بررسی می‌کند؛ بدین نحو که با بررسی علل و عوامل دخیل در وقوع جرم از منظر بزه دیده، بزه‌کار، جامعه و سایرین، سعی در رفع علل دور و نزدیک ارتکاب جرایم دارد. قانونگذار با اتخاذ سیاست‌های جنایی در قوانین سعی در مرتفع سازی بسترهای وقوع جرم دارد؛ اما چالش اصلی، وقتی رخ می‌نماید که چه اصول و قواعدی در تعیین جرم شناختن یک رفتار می‌بایست مد نظر قرار گیرد؟ در چه مواردی می‌توان دولت یا اشخاص حقوقی را مسئول شناخت؟ پاسخ به این سؤالات، در گرو بررسی مبانی جرم‌شناختی مسئولیت کیفری دولت و اشخاص حقوقی است.

یکی از مهمترین نظریات مراحل جرم انگاری مبتنی بر طی کردن سه فیلتر اصول<sup>۱</sup>، پیش فرض‌ها<sup>۲</sup> و فیلتر کارکردهای عملی<sup>۳</sup> می‌باشد؛ بر این اساس، هر رفتاری که قصد جرم انگاری آن، وجود دارد، باید نخست با سه اصل فوق الذکر سنجیده شود و در صورتی که با این سه اصل قابل توجیه باشد، می‌تواند آن رفتار را جرم انگاری و برای مرتکب آن، مسئولیت ایجاد کرد.

در تعریف جرم دولتی<sup>۴</sup> گفته شده است: نقض فاحش حقوق بشری و شهروندی به صورت سازمان یافته از سوی دولت‌ها نسبت به شهروندان، به صورت قصوری یا تقصیری و در قالب فعل یا ترک فعل.

از سویی دیگر، جرم دولتی، ارتکاب جرم به سود دولت و در راستای منافع دولت توسط مرتکبان دولتی است؛ لذا جرم دولتی، زمانی رخ می‌دهد که دولت اقداماتی را در جهت خدمت به منافع خود و حفاظت از خود انجام می‌دهد که ناقض مقررات یا اصول حقوق بشر یا اصول حقوق بین الملل است. معیار دیگر برای جرم دولتی،<sup>۵</sup> مغایرت با ارزش‌ها و هنجارهای بنیادین بشری و کرامت انسانی است؛ یعنی: در تقابل با حقوقی چون: حق حیات، حق آزادی، حق برابری و حق مصونیت از شکنجه رخ می‌دهد.

معیار دیگر، ورود آسیب ملموس و بالفعل یا غیرملموس و بالقوه به حقوق مردم است.

معیار دیگر، وجود انگیزه‌های سیاسی و اجتماعی در ارتکاب جرم است؛ یعنی: دولت‌ها در ارتکاب جرم، معمولاً، انگیزه‌هایی چون: حفظ امنیت کشور، وطن پرستی، ملی‌گرایی یا سرکوب و تبعیض سیاسی دارند که ممکن است برخی از این انگیزه‌ها شرورانه و برخی شرافتمندانه باشند. قوانین که جرم دولتی را جرم انگاری می‌کنند، باید به انگیزه‌ها هم توجه داشته باشند (صادقی، ۱۴۰۰، ۸۷).

در ادامه، به مبنایی پرداخته می‌شود که مسئولیت کیفری شخص حقوقی عمومی دولت را

1. The Principles Filter  
2. The Presumptions Filter  
3. The Pragmatics Filter  
4. State Crime

۵. جرم دولتی برای سود شخصی خود دولت یا گروه‌های سردمدار کنترل کننده دولت ارتکاب می‌باید (kauzlarich & et.al, 2003, 241).

توجیه می‌کند.

### ۱-۳. نفع اجتماعی

یکی از اصول جرم‌انگاری رفتار، آشکارا ضد اجتماعی بودن آن است؛ بدین نحو که هیچ شکلی از رفتار انسانی که ضدا اجتماعی نباشد، نباید هرگز به عنوان جرم با آن برخورد شود. قانونگذار نباید اعمالی را که خصوصیت ضد اجتماعی آن‌ها خیلی آشکار نیستند، مجازات کند (عبد الفتاح، ۱۳۸۱، ۱۵۶)؛ منظور آن است که در هر جامعه‌ای منافع عمومی ایجاب می‌کند تا افراد بزهکار و متخلف بر اساس قانونی از پیش تعیین شده، به دلیل شکستن هنجارهای جامعه، مجازات گردند؛ به عبارتی، منافع جامعه حکم می‌کند که برابر مجرمان، ایستادگی کرد تا مصلحت نهایی که اجتماع، بر اساس آن، شکل گرفته، دست نخورده و سالم باقی بماند (کلی، ۱۳۸۲، ۱۸۰).

مکتب زمبولوژی یا آسیب اجتماعی شناسی معتقد است که باید به همه آسیب‌ها و مخاطرات اجتماعی پرداخته شود. جرم نیز که در بستر اجتماع رخ می‌دهد یکی از آن آسیب‌ها است. این رویکرد، تأکید می‌کند که صرفاً، جرایم از نوع خیابانی نیستند و می‌توان مفهوم مسئولیت را گسترش داده و دولت‌ها و سازمان‌ها نیز مسئول شناخته شوند، حتی اگر در رویارویی با مشکلات اجتماعی کوتاهی کرده باشند (Hopici, 2016, 44). این مکتب، حقوق جزاء را علت جرم می‌داند؛ با این توضیح که معلول قانون مجازات، ارتکاب جرایم است؛ لذا جرم، قربانگاهی است که افراد فقیر، گیر آن می‌افتند و بر اساس موهوم پرستی انسان‌های بی‌رحم بنا شده است (صادقی و دیگران، ۱۳۹۹، ۱۱۷).

اگر متخلف، دولت باشد و با سوء استفاده از قدرت خویش از مجازات، فرار کند، یا به استناد قانون برای خود، مصونیت ویژه‌ای قائل شود.<sup>۱</sup> در طول زمان، اعتراض و سرخوردگی مردم بیشتر شده و اعتمادشان به دولت سلب می‌شود (حیدری و واعظی، ۱۳۹۹، ۴۱). همچنین می‌توان گفت: در موارد ارتکاب جرم از سوی دولت، هزینه برخورد با آن، کمتر از نفع و فایده اجتماعی حاصله می‌باشد؛ پس، در توزان بین هزینه و فایده، کفه ترازو به سمت فایده سنگینی می‌کند و جرم‌انگاری جرایم توسط دولت را توجیه می‌نماید.

### ۲-۳. عدالت

حقوق کیفری، همواره در صدد تنظیم و تعیین جایگاه مفاهیم: عدالت،<sup>۲</sup> برابری، تساوی و آزادی بوده است. می‌توان گفت: هدف از تبیین جرایم و مجازات‌ها توجه به عنصر عدالت است؛ چراکه در صورتی مجازاتی برای اشخاص مجرم نباشد، چه تفاوتی میان افراد هنجارشکن و سایرین وجود دارد؟ با در نظر گرفتن مسئولیت کیفری برای دولت، عدالت، در معنای اجتماعی و فردی خویش متبلور می‌شود؛

۱. ولی این آسیب‌های اجتماعی که در طول تاریخ توسط دولت‌ها بسیار رخ می‌دهند، به عنوان جرم شناخته نمی‌شوند (Welch, 2009, 485).

۲. به معنای برخورداری همگان از امکانات بهداشتی و درمانی برابر، صرف نظر از نژاد، جنس، سن و ... است (Elsan, 2006, 159).

بدین نحو که در زمینه عدالت فردی به دلیل گستردگی وظایف و تکالیف دولت، نقض آن وظایف و تکالیف هم در نوع خود، گسترده خواهد بود و در این زمان، با تعداد زیادی از بزه دیدگان رو به رو می‌شود که هم اصول جرم‌انگاری و هم کارکردهای عملی آن را توجیه می‌کند.

### ۳-۳. جلوگیری از نقض حقوق بشر

حقوق کیفری ابزاری برای سیاست‌گذاری‌های کلان و کنترل مردم است. در واقع، دولت‌ها با قانونگذاری، نسبت به سرکوب و طرد دیگران به خصوص غیرخودی‌ها اقدام می‌کنند. با جرم‌انگاری رفتارهایی که ذاتاً، آزادی افراد را محدود می‌کند و با انتظارات جامعه، فاصله بسیاری دارد، منجر به اختلال در جامعه شده و خسارت‌های مادی و معنوی بسیاری به بار می‌آورد؛ حال آنکه باید گفت: جرم حقیقی، یعنی: نقض حق. دولت‌ها نمی‌توانند بدون در نظر گرفتن استانداردهای بین‌المللی و حقوق بشری، اقدام به جرم‌انگاری مغایر با قواعد حقوق بشر و قواعد بین‌المللی نمایند.

از مهمترین شاخه‌های جرم‌شناسی انتقادی،<sup>۱</sup> جرم‌شناسی پست مدرن است. این جرم‌شناسی، بر تعریف حقوقی جرم ایراد وارد می‌کند و تعریف جرم به فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، صرفاً، یک تعریف فنی حقوقی است. تعریف باید آن قدر معنادار باشد که اشخاص حقیقی و حقوقی هر دو بتوانند بالقوه پاسخگو باشند. آنان معتقدند: دولت هم می‌تواند مجازات شود و این امر باید در تعریف جرم بیاید (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۸۳، ۱۰۵).

خلاً وجود بسترهای مناسب جهت مسئول سازی دولت، به جهت موقعیت خاص و منحصر به فرد دولت، در قوانین کیفری هر کشور آسیب‌زا بوده و باید از آن، احتراز شود. در برخی موارد دولت‌ها علاوه بر امکان ارتکاب جرایم در اعمال تصدی، ممکن است در برخی موارد حاکمیتی نیز حقوق مردم را نقض کنند؛ مثلاً، دولت‌ها در امر قانونگذاری هیچ مسئولیتی ندارند، اما در عمل، سالیانه به علت قانونگذاری‌های متناقض و مبهم که باعث برداشت‌های متفاوتی از آن‌ها می‌شود، خسارت زیادی به افراد وارد می‌گردد. در واقع، این شاخه از جرم‌شناسی با الهام از نظریه مارکس و انگلس، خود نظام و دولت سرمایه داری را مجرم<sup>۲</sup> دانسته و مستحق شدیدترین مجازات، یعنی: انحلال می‌دانند.

### ۳-۴. جلوگیری از آسیب‌رسانی به زیست محیط

یکی از بایسته‌های حقوق کیفری محیط زیست، لزوم حمایت کیفری همه جانبه از محیط زیست، یکی از حقوق بنیادین و اساسی است. یکی از مؤلفه‌های جرم‌انگاری، اصل ضرورت است؛ بدین نحو که جرایم زیست محیطی، امروزه، بیشتر توسط دولت‌ها ارتکاب می‌یابند؛ چراکه دولت‌ها، بزرگترین و

۱. روشن است که موضوع جرایم دولتی در بستر جرم‌شناسی انتقادی (Critical Criminology) مطرح می‌شود؛ جرم‌شناسی انتقادی نسبت به بسیاری از مسائل جامعه شناختی کارکردگرا و جرم‌شناسی رایج، پیش فرض‌های متفاوتی را اتخاذ می‌کند (قورچی بیگی، ۱۳۹۹، ۳۱).

۲. جرایمی تحت عنوان جرایم حاکمیت یا سلطه وجود دارند و این جرایم را طبقه سرمایه دار و دولت مرتکب می‌شوند که می‌تواند شامل: خشونت پلیسی، ترور سیاسی، آلودگی هوا یا قیمت‌های ساختگی باشند (وایت و هینس، ۱۳۸۹، ۱۵۲-۱۵۹).

مهمترین آلاینده، به فکر کسب سود و منافع اقتصادی بیشتر هستند؛ از این رو، ایجاب می‌کند تا دولت‌ها در این موارد مسئول شناخته شوند.

مجرمان این دسته از جرایم جرم‌شناسی سبز،<sup>۱</sup> یقه سبز هستند. این جرم‌شناسی که یکی از زیر شاخه‌های جرم‌شناسی انتقادی می‌باشد و از منظرگاه علم جرم‌شناسی، به جرایم علیه محیط زیست می‌پردازد. به عقیده بسیاری از فعالان محیط زیست، دولت را باید از مرتکبان اصلی جرایم زیست محیطی دانست؛ زیرا دولت‌ها از یک سو، خود، نقش بسزایی در ایجاد آلودگی دارند و از سویی دیگر، نقض نظارتی فعال آن‌ها با در دست داشتن قوای قهریه، می‌تواند از بسیاری از پیامدهای زیست محیطی جلوگیری کند ( وایت، ۱۳۹۴، ۱/۱۳۴).

#### ۴. سیاست جنایی تقنینی ایران در رابطه با مسئولیت کیفری دولت

با بررسی سابقه قانونگذاری در مسئولیت مدنی خصوص اشخاص حقوقی، در قوانین ایران، اولین بار، این عنوان، در قانون تجارت مصوب سال ۱۳۰۴ مطرح و متعاقباً، احکام آن در قانون تجارت سال ۱۳۱۱ مطرح شد. همچنین مواد: ۵۷، ۷۴، ۱۰۰۲ و ۱۳۳۵ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ نیز در مورد شخصیت حقوقی و اقامتگاه آن، تصریح داشته است.

اما در خصوص مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قوانین کیفری، تا پیش از تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، موادی به صورت استثناء، وجود داشت و هیچ اشاره‌ای به مسئولیت یا مصونیت کیفری دولت ایران و اشخاص حقوقی دولتی نشده بود.

با سکوت قانونگذار، در این زمینه، حقوقدانان به استناد رویه قضایی محکم و استوار موجود، قائل به عدم وجود مسئولیت کیفری برای دولت در ایران بودند؛ لذا با عنایت به اینکه دولت در موارد اعمال حاکمیت، حتی مسئولیت مدنی هم ندارد، به قاعده قیاس، مسئولیت کیفری هم نخواهد داشت.

اما با تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، شرایط عمومی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و مجازات آن‌ها تبیین شد. بررسی این مهم، نشان می‌دهد که پذیرش مسئولیت کیفری دولت به مثابه یک شخصیت حقوقی، در نظام حقوقی ایران، نه یکباره، بلکه طی فرآیندی طولانی صورت گرفته است ( شریفی و دیگران، ۱۳۹۲، ۱۳۷).

#### ۴-۱. مسئولیت کیفری دولت قبل از تصویب قانون جرایم رایانه‌ای مصوب سال ۱۳۸۸

در خصوص ماهیت اشخاص حقوقی در قانون تجارت مصوب سال‌های: ۱۳۰۴ و ۱۳۱۱ موادی ذکر شد و راه را برای پذیرش مسئولیت مدنی این اشخاص هموار کرد. این مهم با تصویب قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ ادامه پیدا کرد و مسئولیت مدنی اشخاص حقوقی تا حدود زیادی قاعده مند شد.

1. Green collar criminals.

با ظهور انقلاب اسلامی و استقرار نظام جمهوری اسلامی، مرجعی به نام دیوان عدالت اداری تشکیل که مأمور رسیدگی به شکایات مردم از مراجع دولتی بود؛ اما قانونگذار، صراحتاً و به صورت قاعده مند، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را تصریح نکرد و صرف پذیرش مسئولیت مدنی، دلالت بر پذیرش مسئولیت کیفری نداشت.

با این حال، قانونگذار، برای مثال، در ماده‌ی: ۱۵ قانون اقدامات تأمینی مصوب سال ۱۳۳۹، قانون مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی مصوب ۱۳۳۴، ماده‌ی: ۱۸ قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵، ماده‌ی: ۲۲۰ قانون تجارت، ماده‌ی: ۲۸ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان، ماده‌ی: ۸ قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی، به صورت پراکنده، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی یا دولت، اقدام به تصریح نمود.

تصویب و قانونگذاری این مواد - هرچند به صورت پراکنده - نشان از تمایل سیاست جنایی قانونی نظام حقوقی ایران، به اعطای مسئولیت کیفری به اشخاص حقوقی و دولت دارد.

#### ۴-۲. مسئولیت کیفری دولت، بعد از تصویب قانون جرایم رایانه‌ای<sup>۱</sup> مصوب سال ۱۳۸۸

قانونگذار در سال ۱۳۸۸، اولین بار، به صورت قاعده مند، در مواد: ۲۰ و ۱۹ قانون جرایم رایانه‌ای<sup>۲</sup>، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را برای ارتکاب جرایم رایانه‌ای بیان کرد؛ با این حال، این قانون، فقط نسبت به جرایم رایانه‌ای اختصاص داشت و در نوع جرایمی که می‌توان به اشخاص حقوقی و یا دولت نسبت داد، نسبی بود و این امر، مقدمه پذیرش کلی مسئولیت کیفری دولت را فراهم آورد.

جرم رایانه‌ای<sup>۳</sup> شامل تمام جرایمی می‌شود که با کمک سامانه‌ها و شبکه‌های اطلاعاتی و یا علیه آن‌ها ارتکاب به وقوع می‌پیوندند (Chopin, 2017, 2). جرم رایانه‌ای می‌بایست به نام و در راستای منافع شخص حقوقی ارتکاب یابد، تا آن مجموعه حقوقی، دارای مسئولیت کیفری باشد؛ در نتیجه، اگر کارمندان شخص حقوقی یا دولت، در جرایم رایانه‌ای، در راستای منافع خود یا شخص ثالث اقدام کنند، نمی‌توانند برای شخص حقوقی مسئولیت ایجاد کنند؛ پس، تحقق منافع، شرط نیست، لکن انگیزه انتفاع شخص حقوقی در تحقق مسئولیت وی، به عنوان رکن مسئولیت، رخ می‌نمایاند.

همچنین، باید گفت که ارتکاب جرم باید به وسیله مدیر شخص حقوقی یا به دستور او باشد، یا در صورتی که مرتکب، کارمند شخص حقوقی است، مدیر مطلع بوده یا نظارت کافی بر وی نداشته است. قانونگذار با پذیرش ارتکاب جرم به وسیله مدیر یا به دستور وی، از نظریه مغز متفکر، الهام

1. Cyber-Crime.

۲. قانون جرایم رایانه‌ای در ۵۶ ماده و در تاریخ: ۱۳۸۸/۳/۵ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید؛ مواد: ۱ تا ۵۴ این قانون به عنوان مواد: ۷۲۹ تا ۷۸۲ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) با عنوان: فصل جرایم رایانه‌ای، منظور و به شماره ماده: ۷۲۹ تا ۷۸۳ اصلاح گردید.

۳. جهت بررسی تعاریف بیشتر از جرم رایانه‌ای، رجوع شود به صفحات: ۱۲۰-۱۲۵ کتاب: حقوق کیفری فناوری اطلاعات، نوشته: حسن عالی پور، انتشار یافته معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه.

گرفته است و در مواردی که مدیر شخص حقوقی دستور ارتکاب جرم را می‌دهد، قانونگذار شخص حقوقی را در قامت یک فاعل معنوی معرفی کرده تا مسئولیت کیفری کامل را به صورت استثنایی بر وی بار نماید.

شایان ذکر است: با عنایت به بند (د) ماده‌ی: ۷۴۷ به نظر می‌رسد: قانونگذار در این مورد، به نظریه سیاست و خط مشی، رجوع نموده و به توسعه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در جرایم رایانه‌ای دست زده است.

قانونگذار در ماده‌ی: ۷۴۸ قانون مجازات اسلامی، مجازات شخص حقوقی را جزای نقدی و تعطیلی موقت و انحلال تعیین کرده است. در مورد تحلیل و تناسب کیفرهای فوق با وضعیت شخصیت حقوقی، باید گفت: جزای نقدی در مواردی، چندان مؤثر نیست؛ چراکه می‌توان آن را نوعی هزینه پنداشته که با افزایش قیمت کالا و خدمات و تعرفه‌ها جبران نمود؛ اما، تعطیلی موقت و انحلال در جای خود می‌تواند بسیار مفید باشند؛ بدین نحو که فرض شود جرم ارتكابی حتی پس از مرحله کشف، هنوز هم در حال رخ دادن است، با تعطیلی موقت شرکت یا انحلال سازمان، از ادامه فعالیت وی جلوگیری شده و بستر وقوع جرایم در آینده کاهش یابد.

۳-۴. تصویب قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲، قاعده مند سازی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و دولت

قانونگذار، در سال ۱۳۹۲ با تصویب قانون مجازات اسلامی، مسئولیت کیفری را برای اشخاص حقوقی، به صورت عام، مورد پذیرش قرارداد. هرچند این مهم، در بسیاری از کشورهای اسلامی، پیش از ایران، رخ داده بود. هرچند در خصوص مواردی همچون: تعدد و تکرار، علل رافع مسئولیت کیفری، علل مخففه و ضوابط حاکم بر نهاد ارفاقی، در خصوص اشخاص حقوقی و به تبع آن، دولت، مقرره‌ای وجود ندارد و ابهامات به صورت کامل بر طرف نشده، ولی به نظر می‌رسد: در خصوص مواردی که به صورت خاص بیان نشده، یا باید از بطن مواد فوق‌الذکر استنباط نمود یا به عمومات مصرح در مورد اشخاص حقیقی مراجعه کرد.

با تحلیل ماده‌ی: ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، به نظر می‌رسد: قانونگذار، نظریه مسئولیت مافوق یا کارفرما را مورد پذیرش قرار داده است ( شریفی و دیگران، ۱۳۹۲، ۱۴۷). هرچند که در این خصوص، اختلاف نظر است؛<sup>۱</sup> برخی معتقدند: مفاد ماده‌ی: ۱۴۳ دلالت بر نظریه مغز متفکر داشته و در تبصره ماده‌ی: ۱۴ (در مورد محکومیت به دیه) نظریه مسئولیت مافوق مورد پذیرش قرار گرفته است (موسوی مجاب و رفیع زاده، ۱۳۹۴، ۱۵۳).

۱. به نظر برخی، رویکرد قانونگذار ایران در مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را می‌توان بر مبنای اصل مجرمیت عاریه‌ای توجیه کرد (حیدری و واعظی، ۱۳۹۹، ۴۸؛ قدسی و فاضلی هریکندی، ۱۳۹۹، ۲۲۳).

مبنای این اختلاف نظر، در این است که نماینده قانونی شخص حقوقی، چگونه تعریف شود. ایجازاً، باید گفت: یک نظر آن است که در حقوق مدنی، نماینده قانونی شخص حقوقی، به رؤسای آنان، اطلاق می‌شود که ماده‌ی: ۱۲۵ قانون تجارت<sup>۱</sup> نیز دلالت بر همین موضوع دارد. اگر این نظریه پذیرفته شود که نماینده قانونی، همان مدیر شرکت است، پس، قانونگذار در ماده‌ی: ۱۴۳، نظریه مغز متفکر را پذیرفته است که در این صورت با مشکلات عدیده‌ای رو به رو است؛ اعم از آنکه در مواردی که تصمیمات و اقدامات شخص حقوقی توسط سایر ارکان مثل هیأت امنای یا هیأت رئیسه اتخاذ شود، دیگر نمی‌توان شخص حقوقی را مسئول دانست.

حال اگر پذیرفته شد که نماینده قانونی شخص حقوقی، می‌تواند فردی غیر از مدیر شخص حقوقی یا دولت باشد، به نظریه مسئولیت کارفرما نزدیک‌تر است؛ بدین روی که الزاماً، عنصر مادی را یک شخص (مدیر) انجام نمی‌دهد، بلکه ترکیب فعالیت و اعمال مدیران و اعضا باعث مسئولیت کیفری دولت می‌شود.

از نظر نگارنده، صواب آن است که دامنه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، به ویژه دولت، با پذیرش نظریه مغز متفکر محدود نگردد و نمایندگی قانونی، به گونه‌ای تفسیر شود که هر شخصی که تحت نظر شخص حقوقی انجام وظیفه می‌کند و اقداماتش می‌تواند شخص حقوقی را متعهد کند، دربرگیرد (نظریه مسئولیت کارفرما).

ضمناً، قانونگذار نیز به تأسی از نظام‌های حقوقی آمریکا و فرانسه، با تصویب تبصره ماده‌ی: ۲۰ قانون مجازات اسلامی، بین اعمال تصدی و حاکمیتی (ماده‌ی: ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری)، اشخاص حقوقی دولتی و یا عمومی غیر دولتی نیز به درستی تفکیک قائل شده است. این مهم، در قوانین سابق، مسبوق به سابقه نبوده و از این لحاظ، دارای نوآوری می‌باشد. هرچند برخی معتقدند که دوران حاکمیت مطلق دولت‌ها به اتمام رسیده و حتی در اعمال حاکمیتی نیز می‌توان دولت را مجرم شناخت (صادقی و دیگران، ۱۳۹۹، ۱۲۵).

حال، با عنایت به تحقق مسئولیت کیفری شخصیت حقوقی حقوق عمومی دولت، این سؤال مطرح است که اگر دولت در مقام تصدی‌گری مرتکب جرمی شود، آیا قابل مجازات است؟ با عنایت به ماده‌ی: ۱۴۳ شاید چنین امکانی متصور نباشد؛ چراکه سوء استفاده دولتمردان از مقامشان را نمی‌توان عملی در راستای منافع دولت دانست.

اما در پاسخ به این ایراد می‌توان این گونه استدلال کرد که با عنایت به ظاهر ماده‌ی: ۲۰ قانون مجازات اسلامی و اینکه ذاتاً، دولت‌ها در اعمال تصدی به دنبال نفع بیشتری هستند و این منفعت

۱. مدیر عامل شرکت در حدود اختیاراتی که توسط هیأت مدیره به او تفویض شده است، نماینده شرکت محسوب و از طرف شرکت حق امضاء دارد.



می‌تواند جنبه مالی، اقتصادی و سیاسی نیز داشته باشد؛ پس، سوء استفاده مقامات دولتی در مواردی که به کسب سود بیشتر یا حتی بقای دولت را تضمین می‌کند، در راستای منافع<sup>۱</sup> شخص حقوقی یا همان دولت تفسیر می‌گردد.

ضمناً، قانونگذار نسبت به قانون جرایم رایانه‌ای در خصوص مجازات‌های مقرر برای دولت یا شخص حقوقی، تنوع بیشتری قائل شده است و انواعی از مجازات‌های متناسب با هر شخص حقوقی را در موارد: ۲۰ الی ۲۲ ذکر نموده است؛ لکن مشخص نیست، چرا قانونگذار از تعطیلی موقت استفاده نکرده، در حالی که هم مجازات انحلال (نوع شدیدتر) را در نظر گرفته و هم در ماده‌ی: ۷۴۷ قانون مجازات در خصوص جرایم رایانه‌ای پیش‌بینی کرده بود.

از سویی دیگر، بهتر بود قانونگذار به علت وضعیت خاص شخص حقوقی یا دولت، در کنار مواد فوق‌الذکر نحوه تعیین تناسب مجازات‌های آن‌ها را نیز به صورت جداگانه ذکر کرده و عمومات مصرح در خصوص اشخاص حقیقی بسنده نمی‌شد.

سیاست تقنینی قانونگذار، در پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی دولتی در اعمال حاکمیتی، با تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ آغاز شد و در راستای منافع عمومی و تحقق هرچه بیشتر عدالت و آزادی‌های فردی ادامه پیدا خواهد کرد. امید است قانونگذار این گونه اقدامات نوآورانه مناسب را ادامه دهد.

### نتیجه‌گیری

گسترش روز افزون ارتکاب جرایم توسط شخصیت حقوقی دولت در هر کشور، مؤید اهمیت پذیرش مسئولیت کیفری دولت‌ها در هر نظام حقوقی و در جهت تحقق منافع عمومی و تقویت دفاع اجتماعی می‌باشد. جرم دولتی، به هر فعل یا ترک فعلی مجرمانه گفته می‌شود که توسط نماینده یا نمایندگان قانونی دولت به نام و در راستای منافع دولت انجام شده و منجر به نوعی نقض حق می‌شود و مطابق با قانون مجازات اسلامی، مجازاتی برای آن، تعیین شده باشد و ماهیتاً، شخصیت حقوقی دولت، توانایی ارتکاب آن را داشته باشد، گفته می‌شود؛ پس، مطابق تعریف فوق‌الذکر جرایم ارتكابی توسط دولت، عنصر قانونی و مادی معین و مشخصی نداشته و مانند سایر اشخاص حقیقی، از این حیث، عام تلقی می‌شوند.

در خصوص مبنا پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی یا دولت، نظریه سیاست خط مشی، نظریه مسئولیت کارفرما یا مافوق، نظریه مسئولیت نیابتی و نظریه مغز متفکر وجود دارد. در خصوص

۱. فقط کافی است در راستای منافع شخص حقوقی باشد و لازم نیست که شخص حقوقی از متفع شود (نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه

اینکه کدام یک از نظریات اخیر الذکر، در نظام حقوق ایران پذیرفته شده، اختلاف نظر وجود دارد؛ لکن، با تکیه بر قوانین و سابقه قانونگذاری به نظر می‌رسد: قانونگذار با توسعه مسئولیت شخصیت حقوقی، نظریه مسئولیت کارفرما را پذیرفته است.

همچنین، وفق مبانی جرم‌شناسی و تعریف جرم از رهگذر اصول، پیش فرض‌ها و کارکردها، و با تعریف جرایم دولتی، اهمیت پذیرش مسئولیت کیفری مشخص شد و همچنین، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و به ویژه دولت، با تکیه بر نظریات جرم‌شناسی پست مدرن و انتقادی و نفع اجتماعی و عدالت کیفری و توجه به محیط زیست توجیه گردید.

مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و به تبع آن دولت، از مباحث پرچالش نظام حقوقی ایران و سایر نظام‌های حقوقی می‌باشد؛ از این رو، بدو، نظام حقوقی ایران در پذیرش مسئولیت کیفری شخص حقوقی، مقاومت کرد؛ بدین صورت که تا قبل از سال ۱۳۸۸ در این خصوص، مقرره‌ای به صورت نظام‌مند وجود نداشت. پس از تصویب قانون جرایم رایانه‌ای، امکان تبیین مسئولیت کیفری برای دولت در جرایم رایانه‌ای میسر شد. این اقدام قانونگذار هرچند ناقص، اما راه را برای پذیرش قاعده‌مند مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و دولت هموار کرد، تا اینکه با تصویب قانون مجازات اسلامی و مواد: ۱۴۳ و ۲۰ الی ۲۲ همان قانون، به صورت قاعده‌مند، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی تبیین و به تناسب اقدامات انجام شده توسط آن‌ها، در خصوص کلیه جرایم ارتكابی از ناحیه دولت یا شخص حقوقی، مجازات تعیین شد.

از رهگذر پذیرش مسئولیت اشخاص حقوقی، مسئولیت کیفری دولت نیز در اعمال تصدی پذیرفته شد. با نگاهی به قواعد ذکر شده در قانون مجازات اسلامی مشخص می‌شود که جرایم ارتكابی از ناحیه شخصیت حقوقی دولت، مستقل از جرایم ارتكابی از ناحیه دولتمردان و اعضای دولت می‌باشد؛ اما تحقق جرم توسط دولت، مستلزم احراز مجرمیت و تقصیر، نماینده یا نمایندگان قانونی وی می‌باشد. در این خصوص، قانونگذار آیین دادرسی افتراقی در خصوص این اشخاص، تعیین و در مواد: ۶۴۹ تا ۶۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری تصریح گردید.

این نوشتار، گامی هرچند کوچک در تبیین سیاست جنایی قانونی جمهوری اسلامی ایران بود؛ اما با گذشت ۹ سال از اجرایی شدن قانون مجازات اسلامی، رویه قضایی به جز در جرایم غیر عمدی و مبتنی بر تقصیر، دولت یا اشخاص حقوقی دولتی را ملزم به پاسخگویی ندانسته و در این خصوص تعداد اندکی محکومیت کیفری صادر شده است. اساسی‌ترین محدودیت موجود در خصوص مسئولیت کیفری دولت، عدم تمایل رویه قضایی و قضات به سمت مسئول دانستن دولت و زیر مجموعه آن است؛ لذا در این خصوص، پیشنهاد می‌گردد: با اصلاح قوانین و مقررات موجود از مواردی از قبیل: ابهام‌گویی قواعد ذکر شده در قانون مجازات و آیین دادرسی، عدم ذکر موانع مسئولیت کیفری و کیفیات

مشدده و مخففه و فاکتورهای تناسب مجازات با جرایم ارتكابی، عدم تعیین مبنای پذیرفته شده در خصوص مسئولیت کیفری شخص حقوقی، عدم تعریف نماینده قانونی، در نظر نگرفتن نهادهای ارفاقی و تعلیقی در راستای تحقق اهداف اصلاحی و عدم تعریف دقیق مصادیق امور حاکمیتی اجتناب کرد. امید است قانونگذار با تغییر سیاست جنایی ملاحظه‌کار و محتاط خود، سعی در رفع نواقص اخیر داشته باشد.

#### کتابشناسی

۱. آقازاده، علیرضا، (۱۳۸۴)، بررسی و تحلیل کاربردی سیاست جنایی ایران در قبال قاچاق کالا، تهران، انتشارات آریان، چاپ اول.
۲. امامی، محمد؛ استوار سنگری، کوروش، (۱۳۹۰)، حقوق اداری، تهران، نشر میزان، چاپ چهاردهم.
۳. برهانی، محسن؛ الهام، غلامحسین، (۱۳۹۳)، درآمدی بر حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان، چاپ سوم.
۴. جعفری، مجتبی، (۱۳۹۵)، مبانی و اصول مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی، پژوهشنامه حقوق کیفری، دوره هفتم، شماره: ۲.
۵. حسنی، محمد حسن، (۱۳۷۴)، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه شهید بهشتی.
۶. حسینجانی، بهمن؛ مظاهری تهرانی، مسعود، (۱۳۸۹)، اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول.
۷. حسینی، سید محمد، (۱۳۸۳)، سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول.
۸. حیدری، آیدا؛ واعظی، سید مجتبی، (۱۳۹۹)، مسئولیت کیفری دولت در حوزه اکوساید، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره سوم.
۹. داوانال، روث؛ دیویداو، فردریکس، (۱۳۹۹)، جرایم جهانی شدن: جرم حکومتی و نهادهای مالی بین‌المللی، ترجمه و تحقیق: نبی‌اله غلامی و علی غلامی، تهران، پژوهشکده حقوقی شهر دانش، چاپ اول.
۱۰. ده نمکی، منصور؛ بابائی‌خانه سر، عباس؛ گلدوزیان، ایرج، (۱۳۹۵)، سیاست جنایی تقنینی جمهوری اسلامی ایران در قبال جرایم مطبوعاتی (سنتی و الکترونیکی)، مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دهم، شماره: ۳۵.
۱۱. شریفی، محسن؛ حبیب‌زاده، محمد جعفر؛ عیسانی تفرشی، محمد؛ فرجی‌ها، محمد، (۱۳۹۲)، دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، مجله حقوقی دادگستری، شماره: ۱۱۷.
۱۲. صادقی، سالار؛ فانی، رضا؛ موثقی، حسن، (۱۳۹۹)، واکاوی مبانی جرم‌شناختی مسئولیت کیفری دولت، پژوهشنامه حقوق کیفری دانشگاه گیلان، شماره دوم.
۱۳. صادقی، سالار، (۱۴۰۰)، نگاهی حقوقی به جرایم دولتی و انواع آن، مجله بین‌المللی پژوهش ملل، دوره ششم.

۱۴. صفار، محمد جواد، (۱۳۹۰)، *شخصیت حقوقی*، تهران، انتشارات بهنامی، چاپ اول.
۱۵. عباسی، مصطفی، (۱۳۸۲)، *عدالت ترمیمی*، دیدگاه نوین عدالت کیفری، مجله پژوهش حقوق عمومی، شماره نهم.
۱۶. عبد الفتاح، عزت، (۱۳۸۱)، *جرم چیست و معیارهای جرم انگاری کدام است؟* اسماعیل رحیمی نژاد، مجله حقوقی دادگستری، شماره: ۱۳۵.
۱۷. عظیم زاده اردبیلی، فائزه؛ حسابی، ساره، (۱۳۹۰)، *سیاست جنایی و تطور مفهومی آن*، مجله تعالی حقوق، سال چهارم، شماره: ۱۵.
۱۸. غلامی، نبی اله، (۱۴۰۱)، *جرم حکومتی یا جرم دولتی: تفاوتی لفظی یا اختلافی بنیادین*، مجله پژوهش‌های حقوق جزاء و جرم‌شناسی، دوره دهم، شماره: ۲۳۷.
۱۹. قدسی، سید ابراهیم؛ فاضلی هریکندی، حسین، (۱۳۹۹)، *چالش‌های تحقیقات مقدماتی جرایم اشخاص حقوقی*، مجله حقوقی دادگستری، شماره: ۲۱۷.
۲۰. قماش‌سی، سعید، (۱۴۰۱)، *تقریرات درس سیاست جنایی*، مقطع دکتری، دانشگاه کاشان.
۲۱. قورچی بیگی، مجید، (۱۳۹۹)، *مروری بر جرم‌شناسی جرایم دولتی*، خبرنامه عدالت کیفری، سال سوم، شماره دهم.
۲۲. کلی، جان، (۱۳۸۲)، *تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب*، محمد راسخ، تهران، انتشارات طرح نو، چاپ اول.
۲۳. گلدوزیان، ایرج؛ حسینجانی، محمد، (۱۳۸۴)، *مبانی اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حوزه ادیان*، مجله الهیات و حقوق، شماره: ۱۵.
۲۴. لازرژ، کریستین، (۱۳۸۱)، *درآمدی بر سیاست جنایی*، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، نشر میزان، چاپ اول.
۲۵. محمدی جرجافکی، محمود؛ افضل‌الله، خزاعی، مجید، (۱۴۰۱)، *تحلیل مبانی فقهی مسئولیت کیفری دولت‌ها*، مجله تحقیقات حقوقی بین‌المللی، دوره: ۱۵، شماره: ۵۶.
۲۶. محمدی، قاسم؛ خانی‌زاده، علیرضا، (۱۳۹۲)، *مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی دولتی در عرضه داخلی*، مجله پژوهش‌های حقوق جزاء و جرم‌شناسی، شماره: ۲.
۲۷. ملازمیان، مسعود؛ معاونت آموزش قوه قضاییه، (۱۳۸۷)، *سیاست جنایی تقنینی ایران در جرایم اقتصادی*، تهران، انتشارات جاودانه، چاپ اول.
۲۸. موسوی فر، سید محسن؛ خسروی، کاظم، (۱۴۰۱)، *باز اندیشی سیاست جنایی فقه جزای امامیه قبال جرائم سیاسی (با رویکرد بر جرایم: بغی، محاربه و ارتداد)*، مجله آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، سال اول، شماره: ۱.
۲۹. موسوی مجاب، سید درید؛ رفیع زاده، علی، (۱۳۹۵)، *دامنه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی*، مجله پژوهش حقوق کیفری، دوره چهارم، شماره: ۱۳.
۳۰. موسوی مجاب، سید درید، (۱۳۸۸)، *نقش إراده در مسئولیت کیفری با رویکردی به نظام حقوقی ایران*، تهران، انتشارات بهنامی، چاپ اول.
۳۱. مارتی، می‌ری دلماس، (۱۳۹۵)، *نظام‌های بزرگ سیاست جنایی*، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، نشر میزان، چاپ سوم.
۳۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، (۱۳۸۳)، *پیشگیری عادلانه از بزهکاری*، مجله علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد محمد آشوری)، تهران، انتشارات سمت، چاپ نخست.

۳۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، (۱۳۹۳)، *جرم‌شناسی در آغاز هزاره سوم*، درآمد ویراست نخست از دانشنامه جرم‌شناسی، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ نخست.

۳۴. وایت، راب؛ هینس، فیونا، (۱۳۸۹)، *درآمدی بر جرم و جرم‌شناسی*، میر روح‌الله صادقی، تهران، نشر دادگستر، چاپ سوم.

۳۵. وایت، رابرت داگلاس، (۱۳۹۴)، *جرایم زیست محیطی فراملی*، حمید رضا دانش‌ناری، تهران، انتشارات میزان، چاپ اول.

۳۶. وینسنت، اندرو، (۱۳۹۱)، *نظریه‌های دولت*، ترجمه: حسین بشیریه، تهران، نشرنی، چاپ هشتم.

37. Bruce Coleman (1976), "Is Corporate Criminal Liability Really Necessary?" *Southwestern Law Journal*, 29, p. 919.

38. Chopin, F (2006) "Cybercriminalité" *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz.

39. Elsan M. Principle of Bioethics. *Journal of Law Research*; 45: 153-181.

40. Hetzer, Wolfgang (2007) "Corruption as Business Practice? Corporate Criminal Liability in the European Union", Available at: [www.brill.nl/eccl](http://www.brill.nl/eccl).

41. Hopici, Adrian (2016) "The Zemiology of Psychiatric Medication" *York University Criminological eview*, Vol. 1.

42. Jefferson, Michael (2001), *Criminal law*, 5th ed, London, Longman Pearson Education Limited.

43. Kauzlarich, D, Mullins, C and Matthews, R (2003) "A Complicity continuum of state crime", *Contemporary Justice Review, Issues in Criminal, Social, and Restorative Justice*, Vol.6, 3.

44. Leo Zaibert. (2006), "Punishment and retribution", Ashgate.

45. Moore, Michael (1985), "The Moral and Metaphysical Sources of the Criminal Law", in Pennock and chapman, 11,

46. Radvic, Stajanka & others (2010), "Liability of Legal Person for Criminal Offences" Vol. 7, No. 8, pp. 9-12.

47. Welch, Kelly (2009) "Unorthodox Criminologists: A SPECIAL ISSUE – PART V: Howard Zinn's critical criminology: understanding his criminological perspective", *Contemporary Justice Review*, Vol. 12, No. 4.

سیاست جنایی

قانونی ایران

در رابطه با

مسئولیت

کیفری دولت از

منظر نظریات

حقوقی و

جرم‌شناسی

۱۲۲

فصلنامه علمی آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، سال سوم، شماره ۲، شماره پیاپی ۱۰، تابستان ۱۴۰۳



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.2, Issue 10, Summer 2024, P: 123-142

Receive Date: 2023/12/31

Revise Date: 2024/06/04

Accept Date: 2024/06/15

DOI: 10.71654/jcl.d.2024.1123568

Article type: Original Research

Online ISSN: 2821-2339

## Investigating Sexual Violence Against Women in Criminal Law in Iran and England

Alireza Niknejad<sup>1</sup>Naghmeleh Farhoud<sup>2</sup>Sayyed Basim Mavalizadeh<sup>3</sup>

### Abstract

Violence and especially sexual violence against women, ranks amongst the most common violations of human rights. Undoubtedly, this phenomenon, often perpetrated by men, poses a major cultural, social, economic, and political challenge to societies. The increase in the occurrence and diversity of sexual violence on one hand, and the existence of fundamental obstacles and problems in the path of women's rights enforcement, on the other hand, have prompted legal systems of countries to face with this increasing process and in order to decrease that, shows various reactions. One of the most general reactions of criminal law in Iran can be the establishment of specific and effective penal laws and regulations. It is obvious that the achievement to this objective of combating sexual crimes, except in light of recognition and accordance with other leading criminal laws upon the review and amendment of relevant laws and modeling the powerful points and constructive legal solutions, provided the necessary proportion with principles and cultural and social values accepted by public and overcoming any weaknesses is not possible. In this research, attempts to survey objectively the sexual violence against women in the criminal systems of Iran and England. The result obtained from comparing sexual violence in the penal laws of both countries reveals a shared perspective in the general criminalization of many instances of it, while also highlighting differences in criminal titles, the method of criminalization and the legislatures' perspectives in examining penalties on offenders.

**Keywords:** sexual violence, sexual violence against women, criminalization of sexual crimes.

1. PhD student, Department of Criminal Law and Criminology, Khuzestan Science and Research Campus, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran. [alireza.niknezhad2017@gmail.com](mailto:alireza.niknezhad2017@gmail.com).

2. Assistant Professor, Department of Law, Andimeshk Branch, Islamic Azad University, Andimeshk, Iran (Corresponding Author). [naghmeleh.farhood@gmail.com](mailto:naghmeleh.farhood@gmail.com).

3. Assistant Professor, Department of Law, Ahvaz Branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran. [sb.mavalizadeh@gmail.com](mailto:sb.mavalizadeh@gmail.com).



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزا

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

سال سوم - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۰ - تابستان ۱۴۰۳، ص ۱۲۳-۱۴۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۶

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۳/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۱۰

DOI:10.71654/jcl.d.2024.1123568

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹

نوع مقاله: پژوهشی

## بررسی خشونت جنسی علیه زنان در حقوق کیفری ایران و انگلستان

علی نیک نژاد<sup>۱</sup>نغمه فرهود<sup>۲</sup>سید باسم موالی زاده<sup>۳</sup>

## چکیده

خشونت و به ویژه خشونت جنسی علیه زنان، در زمره‌ی شایع‌ترین اشکال نقض حقوق بشر است. بدون تردید، این پدیده که در اغلب اوقات، مردان مرتکب آن می‌شوند، یکی از چالش‌های عمده‌ی فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی و سیاسی پیش روی جوامع، به شمار می‌رود. افزایش وقوع خشونت جنسی و تنوع آن، از یک طرف و وجود موانع و مشکلات اساسی در مسیر احقاق حقوق زنان بزه‌دیده از جانب دیگر، نظام حقوقی کشورها را بر آن داشته است که برای رویارویی با این روند صعودی و در راستای کاهش آن، عکس العمل‌های گوناگونی از خود بروز دهند؛ یکی از معمول‌ترین واکنش‌های حقوق کیفری ایران، می‌تواند وضع قوانین و مقررات جزایی خاص و کارآمد باشد. آشکارا است که رسیدن به این هدف، جز در پرتو بازنگری و تنقیح قوانین موضوعه، از طریق شناخت و مطابقت با سایر قوانین کیفری پیشرو در حوزه‌ی مبارزه با جرایم جنسی و الگوبرداری از نقاط قوت و راهکارهای حقوقی سازنده، مشروط به داشتن تناسب لازم با اصول و ارزش‌های فرهنگی و اجتماعی مورد قبول عموم و کنار گذاشتن نقاط ضعف، امکان‌پذیر نیست. در این نوشتار، سعی شده است خشونت جنسی علیه زنان، در دو نظام کیفری ایران و انگلستان، به طور واقع بینانه بررسی شود. نتیجه‌ی حاصل از مقایسه‌ی خشونت‌های جنسی در قوانین جزایی هر دو کشور، وجود اشتراک در کلیت جرم انگاری بسیاری از مصادیق آن و در عین حال وجود افتراق در عناوین مجرمانه، نحوه‌ی جرم انگاری و دیدگاه قانون‌گذاران در اعمال مجازات بر بزهکاران است.

واژگان کلیدی: خشونت جنسی، خشونت جنسی علیه زنان، جرم انگاری جرایم جنسی.

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، پردیس علوم و تحقیقات خوزستان، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

alireza.niknezhad2017@gmail.com

۲. استادیار، گروه حقوق، واحد اندیمشک، دانشگاه آزاد اسلامی، اندیمشک، ایران (نویسنده مسئول). naghmehh.farhood@gmail.com

۳. استادیار، گروه حقوق، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران. sb.navalay@gmail.com



خشونت<sup>۱</sup> واقعیتی تلخ و انکار ناپذیر است که زندگی و کرامت انسانی را خدشه دار و آسیب‌های جبران ناپذیری بر پیکره اجتماع وارد می‌نماید. این پدیده دهشت بار، هیچ‌گاه از میان نرفته و کم و کیف آن در گذر زمان در حال تغییر است. اگر چه مخاطب خشونت قشر خاصی نیست و تمامی آحاد جامعه را در بر می‌گیرد؛ اما همواره زنان با توجه به خصوصیات جنسی و جنسیتی آماج مناسب‌تری در قیاس با مردان در برابر آن محسوب و به اشکال گوناگون به اقتضای شرایط زمانی و مکانی مورد آزار و اذیت قرار گرفته‌اند.

تاریخ، بیانگر آن است که از گذشته‌های دور تا کنون، میان انسان‌ها همواره روابط جنسی وجود داشته است. گاهی، این روابط به صورت قانونی و مشروع در قالب ازدواج بوده و عرف و عادت حاکم بر جامعه، برای آن احترام و منزلت فردی و اجتماعی خاصی قائل شده و آن را امری عادی و مقدس پنداشته است و گاهی دیگر، به صورت غیرقانونی و خشن بوده و با مرتکبین آن، به طور جدی برخورد نموده است؛ بنا بر این، خشونت جنسی مفهومی عام و گسترده است که در اصل با جرم به معنای خاص آن تفاوت دارد و تنها در مواقع غیرقانونی و نامشروع بودن و به خطر انداختن مصالح فردی و اجتماعی است که به حکم قانون‌گذار قرابت معنایی با جرم پیدا می‌کند.

اصولاً، ارتکاب جرایمی موسوم به خشونت جنسی با توجه به خصوصیات جنسیتی بزه دیده و ویژگی‌های منحصر به فرد آن، یکی از عمده‌ترین انواع خشونت‌های اعمال شده علیه زنان در قیاس با مردان است که تنها جنبه‌های فردی - به عنوان یک جرم علیه تمامیت و آزادی جسمی و حیثیتی قربانی - و اخلاقی، به عنوان جرمی بر ضد اخلاق و عفت عمومی را در بر ندارد، بلکه دارای ابعاد وسیع‌تری می‌باشد و حفظ مصالح جامعه، در گرو رعایت پاکدامنی و به رسمیت شناختن تمامیت جنسی و حیثیتی افراد و اخلاق و عفت عمومی است؛ این، در حالی است که افزایش خشونت جنسی علیه زنان، خود موجب بروز پاره‌ای دیگر از بحران‌های اجتماعی، چون: ولادت فرزندان نامشروع، سقط جنین‌های غیرقانونی، شیوع بیماری‌های مسری و به خطر افتادن بهداشت و سلامت جامعه می‌شود.

پاره‌ای از خشونت‌های جنسی که عموماً از جانب مردان ارتکاب می‌یابند، غالباً کشف نمی‌شوند؛ زیرا زنان به سبب عواملی چون: ترس و شرم، از بازگویی و روایتگری آنچه بر آن‌ها گذشته ابا داشته و به عنوان یک راز نزد خود نگاه می‌دارند که این موضوع می‌تواند سبب افزایش رقم سیاه<sup>۲</sup> و در نتیجه معضلات دیگر باشد.

1. Violence.

۲. رقم سیاه یا مخفی عددی است که نسبت بین بزهکاری حقیقی و بزهکاری قانونی یا قضایی را نشان می‌دهد. منظور از بزهکاری واقعی یا حقیقی تمام جرایمی است که در یک زمان معین در مکان معین اتفاق می‌افتد؛ اعم از جرایمی که کشف شده باشند، یا نشده باشند.

آنچه اهمیت پرداختن به این مبحث را بیش از پیش ضروری می‌نماید، این است که چگونه می‌توان از زنان خشونت دیده انتظار داشت که بتوانند در عرصه فعالیت‌های فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی و سیاسی کشور به ویژه تربیت و پرورش فرزندان آینده ساز نقش مفید و مؤثر خود را ایفا نمایند؟

در انگلستان وزارت دادگستری و دفتر آمار ملی و اداره داخلی این کشور، نخستین بولتن آماری مشترک و رسمی درباره خشونت‌های جنسی را با نام: نگاهی به خشونت جنسی در انگلستان و ولز، منتشر کردند. بر اساس این گزارش، حدود ۸۵ هزار زن سالانه به طور متوسط مورد تجاوز قرار می‌گیرند و بیش از ۴۰۰ هزار زن نیز سالانه با خشونت‌های جنسی مواجه می‌شوند (کسل و داگلاس، ۱۳۸۲، ۲۵۸).

در نظام حقوقی ایران رویکرد قانونگذار در واکنش نسبت به خشونت‌های جنسی، عمدتاً، برگرفته از مبانی فقهی اسلام نظیر آیات و روایات معصومین (ع) است که در قالب جرایم جنسی مستوجب حد (زنا، لواط، مساحقه) و فصل هجدهم قانون تعزیرات (جرایم ضد عفت و اخلاق عمومی) جرم انگاری شده است؛ این، در حالی است که نظام حقوقی کشورهای غربی، به ویژه انگلستان، در جرایم جنسی، مبتنی بر حقوق عرفی است و از حدود دو قرن پیش روند قانونگذاری در این حوزه آغاز شده است و خشونت‌های جنسی در زمینه‌های خاصی چون: جرایم جنسی به عنف و اکراه، جرایم جنسی علیه کودکان و... جرم انگاری شده است.

هدف در این پژوهش آن است تا با شناخت ماهیت خشونت علیه زنان و آشنایی با مهمترین ابعاد و مصادیق آن، چون خشونت جنسی بتوان به تدابیر و راهکارهای عملی مؤثرتری در زمینه‌های پیشگیری، حمایت از زنان قربانی و رفع موانع و چالش‌های پیشروی آنان در احقاق حقوقشان دست یافت.

### ۱. جنسیت و خشونت

زنان به دلیل شرایط خاص زیست‌شناختی و اجتماعی به عنوان افراد بالقوه آسیب پذیرتر یا کم توان‌تر از مردان، اهداف مطلوبی برای بزهکاران به حساب می‌آیند. بر اساس یافته‌های جرم‌شناسی، بزهکاران معمولاً، قربانیان خود را از میان اقشاری بر می‌گزینند که ارتکاب جرم بر روی آن‌ها دارای خطر و هزینه کمتری باشد؛ بنا بر این، جنسیت را می‌توان از عوامل مهم آسیب پذیری افراد محسوب کرد (رایجیان اصلی و زکوی، ۱۳۹۰، ۵۴).

ماده ۱ اعلامیه‌ی رفع خشونت علیه زنان برای اولین بار به این صورت اقدام به تعریف اصطلاح: خشونت علیه زنان، نموده است: هر عمل خشونت آمیز مبتنی بر جنسیت که سبب بروز یا سبب احتمال بروز آسیب‌های جسمانی، جنسی یا روانی یا رنج و آزار زنان، از جمله تهدید به انجام چنین اعمالی،

محرومیت‌های اجباری یا اختیاری ( در شرایط خاص ) از آزادی در زندگی عمومی و خصوصی می‌گردد.

کمیته‌ی ملی خشونت علیه زنان در سال ۱۹۹۱ در کشور استرالیا این موضوع را به این صورت تعریف می‌کند: رفتاری که به وسیله مردان برای کنترل قربانی شان اعمال و باعث آسیب‌های روانی، فیزیکی و جنسی می‌شود و انزوای اجتماعی و یا محرومیت اقتصادی و رفتاری را در پی دارد، به گونه‌ای که زن در ترس و وحشت زندگی می‌کند.

بنا بر این، به نظر می‌رسد: خشونت علیه زنان، در واقع، تعرض علیه جنسیت ایشان است و خشونت بر اساس جنسیت، ساز و کار پر قدرت مردان برای کنترل اجتماعی است. در حقیقت، خشونت صرفاً، حمله‌ی فیزیکی نیست و انواع رفتارهایی را شامل می‌شود که مردان به قصد کنترل و ارباب زنان نیز در پیش می‌گیرند.

### ۱-۱. انواع و اهداف خشونت علیه زنان

فارغ از مد نظر قرار دادن جامعه‌ی هدف خاص، خشونت دارای طبقات گوناگونی است و می‌توان از جهاتی آن را به مواردی چون خشونت بر حسب زمان وقوع آن ( قبل از تولد، نوزادی، کودکی، جوانی و کهولت )، خشونت در خانواده و خشونت در اجتماع، رفتار خشونت آمیز فرد بر علیه خودش مانند خودکشی و یا از سوی دیگری بر علیه وی مانند: ضرب و جرح و قتل و خشونت بر مبنای موضوع که می‌تواند روحی روانی، جسمی، جنسی و اقتصادی و... باشد، تقسیم بندی نمود ( عباس‌پور، ۱۳۹۴، ۲۹).

در تقسیم بندی دیگر، گالتونگ، طبقه بندی جدیدی از خشونت را نیز مطرح می‌کند. از دید ایشان خشونت را می‌توان به خشونت‌هایی چون: هدفمند، مقابل بی‌هدف؛ آشکارا، مقابل پنهان؛ فردی، مقابل ساختاری؛ فیزیکی مقابل روانی، و خشونت معطوف به قربانی، مقابل خشونت بدون قربانی، دسته‌بندی کرد ( Galtung, 1975, 4/15 ) که اکنون به بیان شایع‌ترین آن‌ها پرداخته می‌شود.

آنچه برای شناخت و بررسی خشونت علیه زنان حایز اهمیت است، پاسخ به این سؤال می‌باشد که چه رفتارهایی را می‌توان مصادیق بارز خشونت علیه زنان دانست؟ زیرا اعمال و رفتارهای زیادی در جوامع امروزی مرسوم و متداول شده که کمتر کسی است از آن‌ها تحت عنوان خشونت سخن به میان آورده باشد. مواجهه‌ی روزانه با این نوع رفتارها و همچنین شیوع و وسعت دامنه‌ی آن‌ها موجب عادی انگاری و بی‌تفاوتی زنان شده است به نحوی که سبب گردیده هیچ گونه واکنشی نسبت به این قبیل اذیت و آزارها از خود نشان ندهند؛ بنا بر این، ابزار مقابله با پدیده خشونت در جامعه، اعمال یک سیاست جنایی همه جانبه و ایجاد حساسیت بالا نزد همگان، به ویژه زنان می‌باشد تا رفتارهای خشونت آمیز به خاطر رواج و گستردگی شان جزئی از هویت فرهنگی این قشر تلقی نشود.

لازم به ذکر است: مهمترین اهداف اعمال خشونت که بعضاً، مرتبط با انواع آن نیز می‌باشد، عبارت هستند از: استیلا و اعمال قدرت و نفوذ بر دیگران به منظور نیل به هدف؛ تخلیه روحی روانی؛ اثبات برتری و ارضاء حس جاه طلبی؛ اعمال نظارت و کنترل؛ تغییر شرایط یا اوضاع به سود خود؛ اعمال نظر و سلايق فردی و اجبار طرف مقابل به اطاعت؛ کاهش قدرت و نفوذ دیگران؛ جلب تأیید اجتماعی در فرهنگ‌های خشونت طلب (مجبی، ۱۳۸۰، ۶-۱۹).

### ۲-۱. معنا و مفهوم خشونت جنسی

خشونت جنسی<sup>۱</sup> یک ترکیب وصفی مشتمل بر دو کلمه‌ی: خشونت و جنسی است. با اضافه کردن واژه‌ی جنسی به اطلاق خشونت، دایره‌ی شمول آن مقید شده و کاهش می‌یابد به گونه‌ای که تنها خشونت‌هایی را در بر می‌گیرد که مربوط به رفتار و اعمال جنسی باشند. همان طور که ملاحظه می‌شود، واژه‌ی: جنسی، در ترکیب وصفی: خشونت جنسی، اشاره به غریزه‌ی جنسی دارد. این غریزه می‌تواند تحت تأثیر عوامل مختلف تربیتی، اخلاقی، دینی و اجتماعی قرار گرفته و رفتار و روش زندگی شخص را کاملاً دگرگون نماید (شریفی خضارتنی، ۱۳۹۰، ۴۳-۴۴).

از نظر اصطلاحی، تعاریف متعددی از خشونت جنسی ارائه شده است که در آن اختلاف نظرهایی وجود دارد. به نظر می‌رسد: خشونت جنسی آن دسته از اعمالی است که حسب مورد حاوی رفتار جنسی فیزیکی و یا غیرفیزیکی خلاف میل بزه دیده می‌باشد. از سویی هر رفتار خشونت آمیز جنسی لزوماً، با شدت، همراه نبوده و چه بسا، رفتاری خفیف باشد، اما آنچه که سبب اطلاق واژه‌ی خشونت بر هر دو رفتار می‌گردد، در واقع شدت آثار به جای مانده از رفتار جنسی بر قربانی در شرایط و اوضاع و احوال کنونی است.

همچنین، باید خاطر نشان داشت که در چهارچوب مفهوم خشونت جنسی، عبارات متنوع و مجزا اما در عین حال مشابه یکدیگر با پسوندهای جنسی چون: آزار، تعرض، تجاوز، انحراف، سوء استفاده و... وجود دارند که در بسیاری از آن‌ها امکان ارائه‌ی تعریف شفاف و بدون ابهام دشوار است؛ البته، با دقت نظر در این واژگان می‌توان دریافت که کلیه اصطلاحات، مفاهیم و تعابیر مشابه با خشونت جنسی در مواردی چون ماهیت جنسی، عنصر مادی و معنوی و رابطه‌ی منطقی، با خشونت جنسی دارای اشتراکاتی هستند و آنچه که سبب افتراقشان از یکدیگر می‌شود، صرفاً، تنوع در نامگذاری واژه‌ها است که البته یکی از دلایل این امر می‌تواند ناشی از متغیرهایی چون شرایط زمانی و مکانی وقوع جرم، اوضاع و احوال سنی، جنسیتی و جسمی بزه دیده باشد؛ بنا بر این، به نظر می‌رسد: برای برون رفت از پراکندگی در استفاده از تعابیر و الفاظ، قانونگذار بایستی با تعیین معیار عرفی ماهیت جنسی خشونت

۱. Sexual Violence.

آن هم در چارچوب آزادی‌های فردی و اجتماعی و متناسب با شرایط و ارزش‌های فرهنگی جامعه، در قالب ارائه تعاریف یا احصاء مصادیق قانونی اقدام نماید.

## ۲. مبانی جرم انگاری خشونت جنسی

خشونت ممکن است در قالب جرم و یا در شکل تخلفات انضباطی و یا ناهنجاری‌های دیگر آشکار شود. مفهوم جرم در جرم‌شناسی و حقوق کیفری با یکدیگر متفاوت است.

در حوزه جرم‌شناسی توجه چندانی به این مسأله که آیا این گونه اعمال به حقوق جزا و تعریف قانونی جرم ارتباط پیدا می‌کند یا خیر، نمی‌شود و بیشتر حالت خطرناک فرد، علامت و نشانه‌ای از رفتارهای ضد اجتماعی و بیماری وی مورد توجه قرار می‌گیرد و بدین لحاظ درمان این گونه رفتارها و بیماری فرد مد نظر قرار می‌گیرد؛ بنا بر این، درمان این قبیل افراد با اقدامات تأمینی، توصیه می‌شود و به همین دلیل، جنبه‌های خشونت آمیز توصیه‌های جرم‌شناسی بسیار اندک و کمتر از عملکرد حقوق جزاء است.

خشونت ممکن است در قالب جرم، آشکار شود. به کلیه رفتارهای ضد اجتماعی یا تنش‌هایی که جامعه را دچار آسیب می‌کند، خواه سبب آن، علل روانی باشد یا اجتماعی، جرم اطلاق می‌شود. در حقوق جزاء، قانون، جرم را تعریف می‌کند. اصل قانونی بودن جرم و مجازات، بر این موضوع استوار است که باید در مورد هر جرم، قانونی پیش از ارتکاب آن وجود داشته و مراتب جرم انگاری آن رفتار را به اطلاع عموم برساند. تنها قانون است که می‌تواند اعمال مخالف نظم اجتماعی را جرم شناخته و مجازات نماید؛ به بیان دیگر، جرم، یک پدیده‌ی عینی نیست؛ بلکه ثمره‌ی تعامل انسانی است و بدون وجود متون قانونی تصور آن ممکن نخواهد بود.

بنا بر این، خشونت جنسی مجرمانه، تنها محدود به جرایمی است که در قانون پیش‌بینی و برای آن مجازات تعیین شده است. مضاف بر آن، عمل جنسی شخص زمانی مجرمانه محسوب می‌گردد که تمام ارکان و عناصر تشکیل دهنده جرم، موجود و قابل اثبات باشد.

بدیهی است از جمله مهمترین اهداف دولت‌ها در جرم انگاری خشونت‌های جنسی علیه زنان، صیانت از کرامت انسانی در ابعاد فردی و اجتماعی و حمایت ویژه از آنان به عنوان قشر ضعیف و آسیب پذیر جامعه از یک سو، و پاسخ مناسب به واکنش افکار عمومی و تقبیح همگان که در بسیاری از موارد خواهان برخورد شدید با مرتکبین این گونه خشونت‌ها هستند، از سوی دیگر می‌باشد.

در قوانین کیفری ایران و انگلستان در رابطه با خشونت‌های جنسی، هرگز تعریف جامع و کاملی از آن‌ها ارائه نشده و قانونگذاران، صرفاً، به ذکر مصادیق مجرمانه اکتفا نموده‌اند؛ البته، با این تفاوت که قانونگذار انگلستان، با آگاهی نسبت به این موضوع که استناد به رویه‌ی قضایی در خصوص جرایم

جنسی به تنهایی کافی نیست، از سال ۱۹۵۶ در این حوزه نسبت به تصویب قوانین اختصاصی همراه با اصلاحات تحت عنوان: قانون جرایم جنسی، در زمینه‌های خاصی چون جرایم جنسی علیه کودکان و جرایم جنسی به عنف و اکراه اقدام و نهایتاً، در سال ۲۰۰۳ همه‌ی اعمال جنسی را با عنوانین: تهاجم جنسی یا تجاوز جنسی، جرم انگاری نموده است.

در سیاست کیفری این کشور، آنچه بیانگر میزان اقتدار دولت در حمایت از حقوق زنان برابر این نوع از خشونت است، انعکاس بیشتر جرایم جنسی در قوانین است. همچنین اصلی‌ترین معیار جرم انگاری و مجازات خشونت‌های جنسی اوضاع و احوال بزه دیده و کیفیت ارتکاب جرم است.

در نظام کیفری ایران خشونت‌های جنسی عموماً، به همراه انواع دیگر جرایم در قانون مجازات اسلامی و در قالب جرایم حدی و تعزیری با کمترین تغییرات در طی این سال‌ها جرم انگاری شده‌اند. با توجه به سوابق تقنینی موجود، مبنای اصلی جرم انگاری و مجازات این نوع از خشونت در ایران، برخی از قواعد فقهی نظیر: قاعده لاضرر، قاعده نفی عسر و حرج، قاعده حفظ مصلحت فرد و جامعه، استناد به ادله شرعی و سایر منابع معتبر فقه اسلامی است.

### ۳. انواع خشونت جنسی مجرمانه علیه زنان

طبقه بندی‌های گوناگونی در این خصوص بیان شده است: برخی، خشونت جنسی را به خشونت‌های جنسی مستقیم و غیرمستقیم؛ برخی دیگر، خشونت جنسی را بر اساس نوع آسیب، زمان و محل وقوع دسته بندی نموده و ذیل هر حوزه به تشریح مصادیق مربوطه پرداخته‌اند؛ عده‌ای نیز خشونت جنسی را از منظر حقوق جزای عرفی به جرایم علیه اشخاص و جرایم علیه عفت عمومی و گروهی دیگر این گونه خشونت‌ها را بر مبنای نوع مجازات تقسیم بندی نموده‌اند.

در هر صورت، احتمال وقوع این پدیده مجرمانه، هم در زندگی شخصی ( روابط زناشویی و خانوادگی ) و هم در محیط اجتماعی توسط افراد ناشناس وجود دارد. خشونت جنسی علیه زنان، مشخصاً، به دسته‌هایی از قبیل: آمیزش جنسی به عنف، مانند: تجاوز جنسی؛ روابط جنسی بدون آمیزش به عنف، مانند: مساحقه به عنف؛ تماس‌های جنسی خشونت آمیز، مانند: بوسیدن جنسی به عنف؛ خشونت‌های منجر به صدمات جنسی، مانند: ازاله بکارت؛ خشونت‌های دو ماهیتی جسمی جنسی، مانند: قاچاق زنان به قصد فحشاء؛ خشونت‌های جنسی گفتاری و بصری، مانند: قذف و چشم چرانی و... تقسیم می‌شود.

## ۳-۱. زنا و تجاوز به عنف

در نظام حقوقی ایران، زنا، در زمره‌ی جرایم جنسی مستوجب حد است. در مواد: ۲۲۱ تا ۲۳۲ قانون مجازات اسلامی که مفاد آن‌ها برگرفته از شرع مقدس اسلام است، به جرم زنا و شرایط و اوضاع و احوال ارتکاب آن پرداخته شده است.

در نظام حقوقی انگلستان، جرم انگاری نزدیکی جنسی (آمیزش جنسی) بین زن و مرد، همانند آنچه که در حقوق ایران بیان شد، وجود ندارد؛ زیرا در قوانین ما که برگرفته از فقه اسلامی است، جرایم جنسی، دامنه گسترده‌تری دارند و آمیزش جنسی بین زن و مرد، در هر صورت، چه با رضایت و چه بدون رضایت طرفین، چنانچه زن و شوهر نباشند، جرم زنا محسوب می‌شود؛ اما در نظام حقوقی غرب این نوع رفتار، به استثناء موارد محدودی مثل: آمیزش جنسی با محارم، تنها، در صورت به عنف و اکراه بودن، تجاوز جنسی، نامیده می‌گردد.

از مهمترین خشونت‌های آمیزشی که توأم با عنف است، تجاوز جنسی (زنا به عنف) می‌باشد؛ چراکه عملی شدن آمیزش جنسی هدف غایی خواسته‌ی یک متجاوز است که در راه تحقق آن، به ارتکاب سایر خشونت‌های جنسی از قبیل: بوسیدن و ملاسمه به عنف نیز دست می‌زند؛ به عبارت دیگر، در ارتکاب این عمل، خشونتی دو چندان بر قربانی تحمیل می‌گردد؛ یعنی: مرتکب در درجه نخست، در پی گرفتن کام جنسی از بزه دیده است و برای رسیدن به این نتیجه و شکستن مقاومت قربانی از هیچ تلاشی در قالب اعمال خشونت باری، چون ضرب و شتم، تهدید و حتی قتل، ابا ندارد و سبب بروز چنان ترسی می‌شود که زنان را به جانب تسلیم سوق می‌دهد (Rock, 1998, 223-230).

تجاوز جنسی یا زنا به عنف و به تعبیر دیگر، هتک ناموس، عبارت از آمیزش جنسی یک مرد با یک زن بر خلاف رغبت و رضایت او است. این جرم، نوعی رفتار خشن و تحقیرآمیز است که از طریق اعمال جنسی و برای ابراز قدرت و خشم صورت می‌گیرد. در چنین مواردی، رابطه جنسی به ندرت موضوع اصلی است و در اکثر مواقع، مسائل جنسی در خدمت نیازهای غیرجنسی قرار می‌گیرد (اوحدی، ۱۳۸۴، ۳۰۸). در عصر حاضر، تجاوز جنسی معنای گسترده‌تری یافته است.<sup>۱</sup>

به هر ترتیب، در لسان حقوقی، عموماً، به نزدیکی آگاهانه‌ی مرد بالغ، عاقل، قاصد و مختار، با زنی، بدون میل و رضایت وی، زنا به عنف اطلاق می‌گردد.

۱. دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی، فرو نمودن یک تکه چوب را نیز در مهبل یک زن، آن هم زمانی که وی در حال مرگ است، تجاوز جنسی دانسته است. این دیوان، حتی قائل به این بود که دخول اجباری آلت تناسلی مرد در دهان زن که یک حرکت توهین آمیز نسبت به کرامت ذاتی انسان است، می‌تواند تحت شمول تجاوز جنسی باشد.

در خصوص کیفر زنا به عنف در حقوق ایران ( اعدام زانی ) نکته‌ای که حائز اهمیت است، این می‌باشد که عنف بودن زنا باید ثابت شود، زیرا اصل بر غیر عنف بودن آن است.

در نظام حقوقی انگلستان، جرم تجاوز جنسی در قوانین جرایم جنسی: ۱۹۵۶، ۱۹۶۷، ۱۹۷۶، ۲۰۰۳ و نیز قانون عدالت جزایی و نظم عمومی ۱۹۹۴ این کشور، پیش‌بینی شده است. با تصویب قانون جرایم جنسی سال ۲۰۰۳ تغییر و تحولات بنیادی در این حوزه ایجاد شد؛ به موجب ماده‌ی ۱ این قانون، مجازات تجاوز به عنف در انگلیس حبس ابد است که به موجب رویکرد جدید سیاست جنایی این کشور شامل قرارهای تعلیق، قرارهای خدمات اجتماعی، قرار تلفیقی منع رفت و آمد، قرار نظارتی و قرار اعزام به مراکز مراقبتی نیز می‌باشد.

عنصر معنوی جرم تجاوز جنسی در حقوق انگلستان مستند به قانون اخیرالذکر، علاوه بر عمد و بی‌پروایی، مسامحه نیز می‌باشد و در صورت عدم مطابقت رفتار و افکار مجرم با عرف مردم جامعه، وی دارای عنصر روانی لازم جهت ارتکاب جرم است.

اکنون سؤال اساسی این است که در حقوق دو کشور رفتار ارتكابی ( عنصر مادی ) باید چه اوصاف و ویژگی‌هایی داشته باشد تا جرم مذکور تحقق یابد؟

در حقوق ایران و انگلستان عنصر مادی این جرم و همه جرایم جنسی به صورت فعل مثبت رخ می‌دهد و نمی‌توان موردی را یافت که ترک فعل سبب ایجاد آن شده باشد. در جرم تجاوز به عنف معمولاً، اکراه زن قابل تحقق است و هرگاه زن ادعای اکراه نماید، پذیرفته می‌شود. فقهاء نیز بر این امر متفق القول هستند؛ مخصوصاً، اینکه در روایت‌های شرعی به اکراه زن اشاره داشته است ( زراعت، ۱۳۸۰، ۶۸ ).

نظام حقوقی کیفری ایران مستند به بند ت ماده‌ی ۲۲۴، تبصره ۱ ماده‌ی ۲۲۱ و تبصره ۲ ماده‌ی ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی و قانون جرایم جنسی انگلستان مصوب ۲۰۰۳ در خصوص عدم امکان ارتکاب جرم تجاوز جنسی توسط زنان، کاملاً، مشابه و منطبق بر یکدیگر است و اکراه در زنا را فقط از ناحیه مردان پذیرفته است. همچنین، در هر دو کشور تجاوز جنسی، یک جرم مطلق است و نیازی به وقوع نتیجه‌ی خاص ندارد.

در حقوق ایران، در رابطه با وصف رفتار مجرمانه‌ی جرم تجاوز جنسی می‌توان گفت که بزه دیده‌ی آن، فقط زنان هستند و صرف دخول آلت رجولیت مرد ولو یک مرتبه و حتی بدون انزال منی در قُبُل یا دُبُر هر زنی به غیر از همسر، موجب تحقق عنصر مادی این جرم می‌گردد؛ این، در حالی است که رویکرد نظام حقوقی انگلیس در این خصوص متفاوت است؛ وفق ماده‌ی ۱ قانون جرایم جنسی سال ۲۰۰۳، دخول اجباری آلت تناسلی، علاوه بر فرج و مقعد، به دهان بزه دیده نیز در حکم تجاوز به عنف قرار گرفته است و بزه دیده تجاوز جنسی هم می‌تواند زن و هم مرد باشد.



به موجب بند دوم ماده ۷۹ این قانون نیز دخول، عملی مستمر از لحظه داخل شدن آلت تناسلی محسوب می‌شود. شباهتی که در این زمینه در حقوق ایران و انگلستان وجود دارد، این است که در قوانین هر دو کشور، دخول آلت تناسلی طبیعی مردانه، باعث پدید آمدن جرم تجاوز جنسی می‌شود و آلت مصنوعی در این خصوص معنایی ندارد.

در حقوق ایران، افراد متجاوزی که قربانیان خود را وادار به آمیزش دهانی می‌نمایند، متجاوز جنسی نبوده و شدیدترین جرمی که ممکن است برای این افراد در نظر گرفته شود، یک نوع جرم منافی عفت به عنف می‌باشد؛ یعنی: عمل مرتکب، مشمول ماده ۶۳۷ بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی، محسوب و مستحق مجازات تا نود و نه ضربه شلاق تعزیری است. در انگلستان تا سال ۲۰۰۳ این نوع از ارتکاب مستحق حداکثر ده سال حبس بود، اما از سال ۲۰۰۳ به بعد این عمل، تجاوز جنسی محسوب شده و مرتکب، به حبس ابد محکوم می‌شود.

آنچه که بیش از همه در خصوص ارتکاب این جرم در نظام حقوقی انگلستان اهمیت دارد و خلاف قوانین ایران، کاملاً و به طور جزئی مشخص شده است، عنصر رضایت، در تجاوز جنسی است؛ در حقوق انگلستان تا سال ۱۹۸۴ رضایت اولیه بزه دیده به دخول کفایت می‌کرد، ولی در همان سال، مقرر شد که آمیزش جنسی یک عمل مستمر است و در هر لحظه که بزه دیده عدم رضایت خود را ابراز کند، ادامه‌ی رابطه از سوی مرد می‌تواند تجاوز جنسی محسوب شود و در سال ۱۹۹۲ این مورد نسبت به شوهر، در قالب رابطه زناشویی نیز تسری یافت. اکنون در حقوق این کشور، رضایت باید در تمام طول آمیزش جنسی وجود داشته باشد، به این معنی که اگر مرد، حتی به رضایت جزئی زن، اعتقاد داشته باشد که او نه به طور کامل، اما کم و بیش رضایت دارد، حتی اگر این باور وی، نا معقول باشد، مجازات نمی‌شود؛ اما در نقطه مقابل، چنانچه زن، در هر زمان، در اثنای نزدیکی، از رضایت خود منصرف شده و تمایلی به ادامه رابطه جنسی نداشته باشد، جرم تجاوز جنسی تحقق خواهد یافت (عظیمیان، ۱۳۸۷، ۱۹-۲۰).

در حقوق کیفری ایران، اعلام رضایت قبل از آمیزش جنسی، سبب عدم تحقق زنا به عنف می‌شود، هرچند که در اثنای نزدیکی جنسی، یکی از طرفین، اظهار نارضایتی نموده و دیگری به کار خود با قهر و غلبه ادامه دهد. علت این رویکرد قانونگذار، استناد به قاعده‌ی فقهی درأ، به واسطه وجود شبهه است. اگرچه در جرمی که به شیوه‌ی متجاوزانه صورت گرفته است، بزه دیده رضایتی نسبت به آن نداشته است، ولی فقدان رضایت بزه دیده را نباید به مفهوم ظاهری آن تفسیر نمود. به نظر می‌رسد: به منظور اجرای هر چه بهتر عدالت در خشونت‌های مختلف جنسی که به عنف صورت می‌گیرند، ضروری است قبل از هر اقدامی مرزهای رضایت، تحدید و ترسیم شود، تا بتوان موارد وجود یا فقدان رضایت را در بزه‌دیده، خارج از چهارچوب ادعاهای طرفین دعوی، به درستی مشخص کرد.

بر این اساس، ممکن است دسته‌ی مهمی از جرایم که ادعا می‌گردد به عنف صورت نگرفته است، در عالم واقع، تجاوز، تلقی شده و با کیفر سنگین‌تری مواجه گردند؛ مثلاً، از نظر حقوق انگلستان، کودکان کمتر از ۱۶ سال را هیچ وقت نمی‌شود راضی به ارتکاب عمل جنسی با افراد بالای ۱۸ سال دانست و کودکان کمتر از ۱۳ سال، به ارتکاب عمل جنسی با هیچکس راضی فرض نمی‌شوند. همچنین، عکس این قضیه نیز می‌تواند صادق باشد؛ یعنی: آنجا که بعضی جرایمی که ظاهراً، به عنف، روی داده است، مسبوق به جلب رضایت بزه دیده تشخیص داده شود. در این میان، تجاوز جنسی، با توجه به پیامدهای خطرناکی که بر بزه دیده و بزه‌کار به همراه دارد، بیش از سایر جرایم، نیازمند تبیین حد و مرزهای رضایت است تا در پرتو آن بهتر بتوان به اجرای عدالت کیفری کمک کرد.

به طور قطع، مرتکب تجاوز جنسی، مانند سایر جرایم، باید واجد عقل، بلوغ و اختیار باشد؛ پس در حقوق ایران، ارتکاب این جرم، توسط اطفال زیر سن بلوغ شرعی و در حقوق انگلستان، زیر سن ده سال، به لحاظ فقدان اهلیت و مسئولیت کیفری، قابل مجازات نیست. در گذشته، در انگلستان، در رابطه با مرتکب جرم تجاوز جنسی تصور می‌شد که پسران زیر چهارده سال، قادر به انجام آمیزش جنسی نیستند، اما این قاعده، به مرور زمان، با مخالفت حقوقدانان رو به رو گردید؛ زیرا در عمل، نمایان شد که چنین سنی در پسران نیز قادر به انجام آمیزش جنسی هستند؛ پس این ملاک، به موجب ماده‌ی ۱ قانون جرایم جنسی مصوب ۱۹۹۳ به کلی منسوخ و از آن پس، هر کودک بیش از ده سال می‌تواند در صورت ارتکاب این جرم مسئول و قابل پیگرد باشد.

خشونت‌های جنسی می‌تواند علیه اشخاص گوناگونی ارتکاب یابد. بر این اساس، قربانیان این جرم ممکن است به طور مستقیم و یا غیرمستقیم، محارم متجاوز، اعم از همسر و فرزندان وی تا سایر بزه دیدگان مانند سالخورده‌گان<sup>۱</sup> باشند. در نظام حقوقی ایران و انگلستان تأهل یا تجرد متجاوز یا بزه دیده تأثیری در نوع جرم و میزان مجازات مرتکب ندارد.

### ۲-۳. زنا ی فریکارانه

در خصوص این عمل، در قوانین ایران عنوان مجرمانه جداگانه‌ای وجود ندارد و حتی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به طور مستقل جرم انگاری نشده است؛ زیرا دو فرض مطرح است: اول، زنا با رضایت است که دیگر فریبی در آن نیست و زنا عادی است؛ دوم، زنا با زور و بدون رضایت است که عنوان تجاوز جنسی می‌گیرد.

۱. پیرپسندی یا پیر دوستی، نقطه‌ی مقابل انحراف بچه بازی است. در این انحراف، افراد سالخورده و پیر، برای شخص منحرف، موضوع تثبیت شده‌ی جنسی بوده و مرتکب نسبت به آن‌ها دلبستگی دارد و علاقه‌ی جنسی خود را منحصرأ، به آنان معطوف می‌دارد.

در واقع، معیار و ضابطه مشخصی برای تشخیص زنا به عنف از زنا فریبکارانه و نیز اعمال فریب دهنده، در قانون مجازات اسلامی ارائه نشده است ( سلیمان زاده و سلطانی، ۱۳۹۸، ۲۷۷)؛ البته، تنها به موجب تبصره ۲ ماده‌ی ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی، در زنا از طریق اغفال و فریب دختر نابالغ، حکم محکومیت به زنا به عنف، علیه مرتکب صادر می‌شود. هرچند که این فرض، تنها در خصوص اطفال زیر نه سال قمری پیش‌بینی شده است، لذا مرتکبین آمیزش جنسی با صغار زیر نه سال، با وجود شرایط تبصره‌ی ماده قانونی فوق، می‌توانند به زنا توأم با عنف محکوم شوند.

به نظر می‌رسد: نحوه‌ی نگارش تبصره مذکور، به گونه‌ای است که القاء می‌نماید: هدف قانونگذار در پیش‌بینی این تبصره، نزدیک شدن به جامعه بین الملل نبوده است؛ زیرا در این تبصره، صرفاً، برقراری رابطه جنسی با یک دختر نابالغ از طریق فریب دادن او، تجاوز جنسی قلمداد شده و حال آنکه هر زنی ممکن است بدون توجه به سن و سال، مورد فریب و اغفال قرار گیرد و به رابطه جنسی تن دهد.

آیا فریب در زنا فقط در مورد مردان صادق است؟ باید گفت: فقط مرد بودن ملاک نیست و می‌توان این فرض را در خصوص زنان نیز صادق دانست؛ لذا نباید این‌گونه استنباط کرد که فریب در زنا نمی‌تواند از سوی زنان محقق شود.

اگر بزه دیده در زمان تسلیم شدن به رابطه‌ی جنسی، اغفال شده و فریب خورده باشد، آیا می‌توان رضایت ظاهری که به انجام عمل جنسی داشته را رضایت واقعی دانست؟ باید گفت: علی‌رغم اینکه در این موارد، هیچ اجبار یا زوری از ناحیه مرتکب به کار برده نمی‌شود و هیچ نوع مقاومت فیزیکی توسط بزه دیده اعمال نمی‌گردد، ولی با این وجود، نباید تردید داشت که رضایت بزه دیده یک رضایت واقعی نیست و تمایل بزه دیده به برقراری رابطه جنسی، تحت تأثیر عوامل خارجی به وجود آمده است.

قوانین کامن لا، مانند رویه قضایی انگلستان، هم معیار فریب را شناسایی کرده و هم آن را جرم انگاری نموده است؛ برای مثال اگر کسی وانمود کند که قصدش از انجام رابطه جنسی بر روی یک زن، معاینه‌ی پزشکی وی است، یا این موضوع که مرد، خود را مبرا از بیماری‌های مقاربتی یا ایدز قلمداد کرده و رضایت زن را به انجام رابطه جنسی با خود جلب نماید و یا با دادن وعده‌هایی مثل: پول و شغل و ازدواج، زن را به برقراری رابطه جنسی فریب دهد و بعد به وعده‌هایش عمل نکند، در نظام حقوقی انگلستان، این‌گونه تحصیل رضایت با خدعه و فریب، در حکم عدم رضایت محسوب می‌شود.

دادگاه‌های انگلستان، در مواردی با در نظر گرفتن این واقعیت سعی کرده‌اند این‌گونه رفتارها را نیز به عنوان تجاوز جنسی محکوم کنند؛ چنانکه در دعوی فلتری علیه ویلیامز، دادگاه، با این استدلال که

رضایت شاکی به عمل جنسی، به خاطر فریب خوردن در مورد ماهیت عمل مورد تقاضای مرتکب بوده، رفتار مرتکب را یک تجاوز جنسی دانست ( Brunet, 1992, 244)؛ با این حال، دادگاه‌ها با وجود وفاداری به ضابطه اعمال زور و مقاومت فیزیکی در مورد تجاوز جنسی، چنین مواردی را صرفاً، یک استثناء دانسته و هیچ‌گاه قانونگذار را به تغییر یا توسیع ضابطه‌ی فوق تشویق نکرده‌اند؛ بنا بر این، در حقوق کامن لا، استفاده از زور و اجبار فیزیکی، برای تحقق جرم تجاوز جنسی همچنان یک ضرورت، باقی مانده و تنها، در موارد استثنایی، استفاده از فریب یا تأثیر اشتباه را در این زمینه مؤثر دانسته‌اند.

### ۳-۳. نزدیکی به عنف با همسر<sup>۱</sup>

نزدیکی به عنف با همسر، اجبار بزه دیده به تسلیم عمل جنسی در فرایند ازدواج است، به نحوی که با اجبار و اختفاف، از اندازه و حد خود خارج شود ( گودرزی و دیگران، ۱۳۹۵، ۷۱)؛ به عبارت دیگر، نزدیکی به عنف با همسر، عبارت از عمل نزدیکی خلاف تقاضا و خواسته‌ی زن، با توسل به زور، تهدید یا ایجاد ترس ناشی از ورود صدمه بدنی بر همسر یا شخص دیگر است (Walston, 1999, 3).

در قوانین ایران، عمل نزدیکی به زور، از ناحیه شوهر و دیگر مصادیق روابط جنسی بدون رضایت علیه زوجه، خشونت جنسی محسوب نمی‌شود؛ چراکه قانونگذار ایران این گونه اعمال را در حیطه‌ی نکاح دائم و موقت جرم ندانسته و زمانی تجاوز را مطرح نموده که رابطه نا مشروع وجود داشته باشد؛ پس، وقتی رابطه، مشروع است، بحث از تجاوز منتفی است.

در این خصوص، قبلاً، موضع حقوق انگلستان، مشابه با موضع کنونی حقوق ایران، بر این اعتقاد استوار بود که هیچ‌گاه نمی‌توان شوهر را به ارتکاب تجاوز جنسی علیه همسرش محکوم نمود. این قاعده، از سال ۱۷۳۶ میلادی، متعاقب یک تصمیم قضایی، بر این مبنا ایجاد شده بود که با تحقق ازدواج، قانونگذار فرض می‌نماید که زن به سبب علقه‌ی زوجیت با همسرش در واقع، رضایت خود را بر برقراری رابطه‌ی جنسی با وی در هر شرایطی اعلام کرده است. این اعتقاد، حتی زمانی که برای نخستین بار در سال ۱۹۷۶ در قانون جرایم جنسی، جرم تجاوز جنسی تعریف شد، گنجانده شد و با آوردن وصف غیر قانونی، به آمیزش جنسی بدون رضایت طرف مقابل، در عمل چنین فهم شد که این جرم، صرفاً، خارج از علقه‌ی زوجیت، قابل تحقق است و تنها استثنایی که بر این قاعده وارد می‌شد، زمانی بود که به موجب دستور دادگاه و یا هر چه که در حکم آن بود، فسخ رضایت زن به نزدیکی، آشکار شده باشد ( معتمدی مهر، ۱۳۸۰، ۱۷۷)؛ به عبارت دیگر، آنچه از قانون جرایم جنسی، استنباط می‌شود، این است که فردی مرتکب جرم تجاوز جنسی است که به طور غیر قانونی نزدیکی جنسی (

1. Martial Rape.

اعم از مهبل و یا مقعد) با زنی انجام دهد که رضایت به این عمل نداشته باشد و مرد در زمان ارتکاب عمل مذکور، به عدم رضایت طرف مقابل علم داشته باشد و یا نسبت به آن بی‌مبالا بوده باشد.

در آن برهه از زمان، برای جرم انگاری این عمل، مقاومت‌های زیادی صورت گرفت، لذا در سال ۱۹۸۴ کمیته‌ی تجدید نظر در حقوق جزاء توصیه نمود که این قاعده، حداقل بایستی در خصوص زن و شوهری که هنوز با یکدیگر زندگی می‌کنند، کماکان پا برجا باشد؛ به تعبیر دیگر، شوهر نباید محکوم به جرم تجاوز جنسی علیه همسر خود گردد. به هر صورت، پس از کش و قوس‌های فراوان، در سال ۱۹۸۸ دادگاه پژوهش در پرونده‌ای موسوم به کوالسکی بر محکومیت شوهری، پس از طلاق همسرش، به خاطر آنکه در دوران زناشویی با وی آمیزش جنسی از راه دهان انجام داده بود، رای داد و متعاقب آن، دادگاه مقرر داشت که متأهل بودن، متضمن رضایت نسبت به عمل جنسی از طریق دهان نمی‌باشد. این رأی، سرآغازی بر جرم انگاری اعمال جنسی به عنف علیه همسر توسط شوهر قرار گرفت و سبب شد که در ۱۴ مارس ۱۹۹۱ دادگاه استیناف، مبنای این قاعده را که زن به واسطه‌ی ازدواج، رضایت خود را برای برقراری نزدیکی جنسی در دوران ازدواج به طور مستمر اعلام کرده است، غیر واقع بینانه دانسته و مقرر نماید که هیچ قاعده‌ای دال بر اینکه شوهر نتواند مرتکب تجاوز جنسی نسبت به همسر خود گردد، وجود ندارد و مفهوم واژه غیر قانونی، در قانون سال ۱۹۷۶ امری زاید بوده است؛ بنا بر این، محکومیت به تجاوز جنسی علیه همسر، در مجلس اعیان نیز ابرام شد و این امر، سبب گردید که قانون جرایم جنسی سال ۱۹۵۶ توسط قانون عدالت کیفری و نظم عمومی، اصلاح و کلمه‌ی غیر قانونی، در قانون مصوب سال ۲۰۰۳ حذف و تجاوز جنسی به همسر نیز منجر به محکومیت شوهر به حبس ابد شود (میر محمد صادقی، ۱۳۸۸، ۱۳).

در حال حاضر باید گفت: در حقوق انگلستان، نزدیکی به عنف با همسر و سایر مصادیق خشونت‌های جنسی با درجه خفیف‌تر از قبیل: بوسیدن، ملامسه و... پیش‌بینی و جرم انگاری شده؛ لذا چنانچه اعمال فوق الذکر، با وجود عدم رضایت همسر انجام گیرد، نوعی تجاوز جنسی محسوب می‌شود.

لازم به ذکر است: در حقوق انگلستان، نزدیکی از طریق مقعد، در هر صورت، جرم تلقی می‌شود؛ چه با رضایت و چه بدون رضایت زن باشد. این ممنوعیت، منصرف از روابط زوجین نیست و در صورت رضایت زن، خود او نیز مقصر تلقی و درجه مجرمیت وی از نوع معاون است (معمدی مهر، ۱۳۸۰، ۱۷۰). اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه، به موجب نظریه مشورتی شماره: ۷/۲۷۱۳ مورخه: ۱۳۷۵/۷/۱ چنین اظهار عقیده نمود: وطی از دُبر توسط زوج، فاقد عنوان جرایمی است، لیکن اگر از این طریق جرحی به زوجه وارد یا نقص عضوی در مشاراً الیه ایجاد شود، زوج به علت ایراد جرح یا نقص عضو

مطابق قانون مجازات اسلامی قابل تعقیب است؛ مضافاً، اینکه این مورد می‌تواند از مصادیق سوء رفتار و عسر و حرج زوجه باشد.

آنچه از جمیع مطالب فوق حاصل می‌شود، این است که در روابط بین زوجین، طبق قانون مجازات اسلامی، صرفاً، ایراد ضرب و جرح، از ناحیه زوج علیه زوجه و دیگر موارد جرایم علیه اشخاص، جرم انگاری شده است؛ ولی در مورد نزدیکی به عنف با همسر در حقوق ایران نص قانونی وجود ندارد. از طرفی، قانونگذار، جماع زوج با زوجهی متوفای خود را جرم و مرتکب را مستحق مجازات دانسته است.

در حقوق ایران، تاکنون، نسبت به نحوه‌ی جبران خسارت بزه دیدگان تجاوز جنسی و جبران ضرر و زیان‌های مادی و معنوی ناشی از جرایم جنسی، به صورت پرداخت مهر المثل و یا ارش البکاره مطرح شده است؛ این، در حالی است که به موجب قانون عدالت جزایی مصوب ۱۹۸۸، در انگلستان، قربانیان خسونت‌های جنسی در رابطه با خسارات ناشی از آن، از سوی دولت و یا توسط مجرم، مورد حمایت مالی قرار می‌گیرند. در این راستا، معاهده اروپایی جبران خسارت بزه‌دیدگان جرایم خسونت‌آمیز، که دولت انگلستان با پیوستن به آن، ملزم به اجرای آن شده است، قایل به اصل مسئولیت دولت در امر خسارت زدایی از قربانیان خسونت شده است (عظیمیان، ۱۳۸۷، ۱۶۵).

بنا بر این، هرگونه خسارتی که به اشخاص وارد شود، باید مرتکب، آن را جبران کند. در کنار خسارات مادی، ضرر و زیان معنوی نیز وجود دارد که نظام حقوقی ایران در اجرای احکام مربوط به جبران آن، با چالش‌های عدیده‌ای مواجه است.

در انگلستان، خسارات معنوی و مادی با یکدیگر پیوند دارد و برای بستگان درجه اول شخص خسارت دیده، لحاظ می‌شود. روانشناسان پزشکی قانونی، شدت خسارت معنوی را مشخص نموده و پس از آن، قاضی میزان آن را تعیین و به پرداخت حکم می‌دهد. در عین حال، هزینه طول درمان نیز به صورت عینی، جبران می‌شود؛ البته، این نوع جبران، تنها برای متضرر اصلی، قابل اجراء است.

در حقوق ایران، به طور معمول، میزان تعیین خسارات معنوی، ضمن استناد به رویه‌ی قضائی و ارشی تعیین می‌شود که کارشناسان، معین می‌کنند و معمولاً، قضات، عمدتاً، بر اصلاح ذات البین تلاش می‌کنند. رأی به جبران خسارت معنوی، حسب معیارهایی صادر می‌شود که دادورز اجرای احکام، در تعیین میزان دقیق آن، دارای اختیاراتی جزئی است، این اختیار، در حقوق انگلستان، مشهود نیست (حراج و دیگران، ۱۴۰۳، ۲۴).

## ۳-۴. دخول بدون آمیزش

به موجب قانون جرایم جنسی انگلستان مصوب ۲۰۰۳، جرم نوینی تحت عنوان: دخول به عنف غیر از آمیزش جنسی، وضع شده است. مطابق با ماده‌ی ۲ این قانون، هرگاه مرتکب اعم از مرد یا زن تعمداً، به مهبل یا مقعد بزه دیده، اعم از زن یا مرد، شیئی یا قسمتی از بدن خود، غیر از آلت تناسلی مردانه را وارد نماید و ماهیت این عمل، جنسی باشد و بزه دیده رضایت بر این رفتار نداشته باشد و مرتکب نیز به طور موجهی معتقد به رضایت وی نبوده باشد، به حبس ابد محکوم می‌شود.

عنصر معنوی این جرم، نیت مجرمانه مرتکب برای دخول به روشی غیر از آمیزش جنسی علیه قربانی و بدون رضایت وی است. عنصر مادی این جرم، به طور مشخص، رفتار مرتکب مبنی بر دخول یکی از اعضاء بدن وی غیر از اندام تناسلی و یا هر شیئی دیگر در مهبل یا مقعد بزه دیده است. شرایط و اوضاع و احوال لازم برای تحقق این جرم، عدم رضایت قربانی یا فقدان اهلیت اعلام رضایت است. در نظام حقوقی ایران، در ارتباط با وضعیت جرم مذکور باید گفت: اگر مرتکب، زن باشد، به موجب ماده‌ی: ۲۳۷ قانون مجازات اسلامی، این رفتار در قانون جرم انگاری شده است و محکومیت به مجازات سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش را در پی دارد.

در فرض دیگر، چنانچه مردی رفتار موضوع جرم مذکور را توأم با عنف علیه زنی مرتکب شود، عمل وی، مشمول ماده‌ی: ۶۳۷ بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی، یعنی: أعمال منافی عفت غیر از زنا خواهد بود؛ البته، در این صورت، چون مرتکب، به عنف این عمل را انجام داده است، فقط وی به مجازات مذکور محکوم می‌شود.

در فرضی که قربانی جرم یک دختر است و به سبب ارتکاب این جرم، توسط مجرم، اعم از زن و مرد، پرده بکارت وی پاره شده باشد، ماده‌ی: ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی، در این خصوص، بیان می‌دارد: هرگاه ازاله‌ی بکارت غیر همسر، با مقاربت و یا به هر وسیله‌ی دیگری و بدون رضایت وی صورت گیرد، موجب ضمان مهر المثل است.

چنانچه افضاء، به غیر از مقاربت جنسی، صورت گیرد، افضاء شده، مستحق دیه‌ی کامل زن، و اگر ازاله‌ی بکارت نیز به وجود آمده باشد، علاوه بر آن، مهر المثل نیز بر ذمه‌ی مرتکب تعلق می‌گیرد. قانونگذار، افضاء همسر و غیر همسر، بلوغ و عدم بلوغ و اکراه و رضایت داشتن در خصوص این جرم را از یکدیگر تفکیک نموده و حسب مورد، مرتکب به پرداخت دیه، ارش البکاره، مهر المثل و نفقه در حق بزه دیده محکوم می‌شود.

مستند به مواد: ۶۳۷ و ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی، اگر مردی موجب ازاله‌ی بکارت دختری، از طریق دخول غیر از آمیزش جنسی شود، علاوه بر مجازات تا نود و نه ضربه شلاق تعزیری، باید مهر المثل نیز بپردازد.

### ۳-۵. تقبیل

یکی از برخوردها و تماس‌های جنسی که در زمره‌ی خشونت‌های جنسی تعزیری در نظام کیفری ایران است و می‌تواند به زور و عنف علیه زنان ارتکاب یابد، بوسیدن به عنف یا تقبیل است. عنصر قانونی این جرم مواد: ۲۳۷ و ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی است که عمل بوسیدن را چه با رضایت طرفین و چه با عنف و اکراه یکی از آنان، به طور مستقل و به صراحت جرم انگاری نموده است.

مطابق با حکم تبصره ۱ ماده‌ی: ۲۳۷ قانون مجازات اسلامی، مرتکب و بزه دیده‌ی این جرم می‌تواند از جنس مذکر یا مؤنث باشد و تفاوتی در جنسیت بزه دیده وجود ندارد. همچنین، به موجب این ماده، مجازات اصلی جرم تقبیل، از سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری است. چنین عنوان مجرمانه‌ای در قوانین کیفری پیش از انقلاب اسلامی و در قوانین کیفری انگلستان وجود ندارد.

### ۳-۶. ملامسه

ملامسه‌ی جنسی به عنف، یکی از خشونت‌هایی است که با ظاهری کاملاً اتفاقی، ولی به قصد ارضاء امیال جنسی، به کرات در خیابان‌ها و نقاط شلوغ شهر، نسبت به زنان، روی می‌دهد و کمتر زنی است که چنین موردی را تجربه نکرده باشد. نکته درخور تأمل درباره‌ی این پدیده مجرمانه این است که اغلب، نه خود مرتکب می‌داند که عمل ارتكابی وی جرم است و نه دختران و زنانی که مورد بی حرمتی قرار می‌گیرند، آگاهند که این رفتارها جرم و قابل تعقیب است.

در قوانین جزایی ایران، چنین عنوان مجرمانه مستقلی وجود ندارد و بسیاری از برخوردهای جنسی به عنف در قالب عمومات جرایمی چون: تقبیل، مضاجعه و ... تحت شمول مفاد ماده‌ی: ۶۳۷ بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی، جرم انگاری شده و از قواعد مخصوصی تبعیت می‌کنند.

در قوانین انگلیس، جرمی تحت عنوان: خشونت تعرض وار جنسی<sup>۱</sup> و یا به تعبیری، تماس جنسی به اکراه و عنف، پیش‌بینی شده است. هر نوع برخورد جنسی عمدی، توسط هر شخص، علیه هر کسی، عالمماً یا با مسامحه، نسبت به عدم رضایت قربانی، مشمول این عنوان مجرمانه قرار می‌گیرد؛ مواد: ۳ و ۷ قانون جرایم جنسی مصوب ۲۰۰۳ به طور اختصاصی به این جرم پرداخته و در مواد: ۹، ۱۶، ۲۵، ۳۰ و ۳۸ به صورت عمومی، اعمالی جرم انگاری می‌شود که به نحو غیر مستقیم شامل فعل مجرمانه ایجاد یک تماس جنسی به عنف است.

آنچه در رابطه با جرایم یاد شده و سایر خشونت‌های جنسی، در قوانین ایران و انگلستان همسو با یکدیگر است، این است که در نظام حقوقی هر دو کشور، امکان تشدید مجازات برای مرتکبین آن، از طریق اعمال مجازات‌های تکمیلی، میسر است.

1. Sexual assault.



## نتیجه‌گیری

خشونت جنسی، مفهوم کاملاً نسبی است که هر چند مدتی تغییر ماهیت داده و به اشکال جدید و متنوعی ظهور می‌یابد. آنچه در عصر حاضر، موجب دغدغه دولت‌ها است، افزایش آمار و نیز تنوع ارتکاب آن علیه اقشار آسیب پذیر جامعه، به ویژه کودکان و زنان است. بدیهی است یکی از بهترین راهکارهای کاهش این پدیده مجرمانه، مطالعه و مقایسه قوانین کشورهای مختلف با یکدیگر و بهره‌گیری از ظرفیت‌های مفید آنها است.

در تطابق وضع قواعد و مقررات اختصاصی مبنی بر جرم انگاری خشونت جنسی علیه زنان در نظام کیفری ایران و انگلستان، باید گفت: در انگلستان، عنصر رضایت، نقش اساسی و تعیین‌کننده‌ای در این‌گونه جرایم دارد و صرفِ عدم رضایت قربانی بر اعمال جنسی، جز در موارد محدود، شرط اصلی تحقق جرایم جنسی دانسته شده و این در حالی می‌باشد که در ایران، اعلام و یا عدم اعلام رضایت بزه دیده، به استثنای زنا به عنف، در جرم انگاری این عمل، بی‌تأثیر است.

آنچه از مقایسه مصادیق خشونت جنسی در قوانین جزایی هر دو کشور حاصل می‌شود، وجود اشتراک در کلیت جرم انگاری بسیاری از مصادیق این گونه رفتار و در عین حال، وجود افتراق در عناوین مجرمانه، نحوه‌ی جرم انگاری و دیدگاه قانونگذاران، در اعمال مجازات بر محکومان این جرایم است؛ نظام کیفری ایران از حیث صدور کیفر علیه مجرمان جنسی، مجازات‌های ثابت و غیر قابل بازگشت شلاق، رجم و اعدام را تعیین نموده و نظام قضایی انگلیس، قبال برخورد با چنین جرایمی، مجازات‌های مدت‌دار حبس و با رویکرد جدید، مجازات‌های جایگزین چون قرارهای تعلیق را در نظر گرفته است.

در قوانین هر دو کشور علاوه بر اعمال مجازات اصلی، امکان تشدید مجازات مرتکب، از طریق تعیین کیفرهای تکمیلی و تبعی نیز وجود دارد.

در حقوق ایران، ضمانت اجرایی قوی نسبت به جبران خسارات مادی و معنوی قربانیان جرایم جنسی وجود ندارد؛ اما در انگلستان به موجب قانون عدالت جزایی، قربانیان خشونت‌های جنسی در رابطه با خسارت ناشی از جرم، از سوی دولت و یا توسط مجرم، تحت حمایت مالی قرار می‌گیرند.

## کتابشناسی

۱. اوحدی، بهنام، (۱۳۸۴)، *گرایش‌ها و رفتارهای جنسی انسان*، تهران، انتشارات صادق هدایت.
۲. حراج، علیرضا؛ پور محمد، اباست؛ بشیری، اکبر، (۱۴۰۳) *اجرای احکام مدنی خسارات روحی در حقوق ایران و انگلستان*، فصل‌نامه علمی آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، سال سوم، شماره: ۱، شماره پیاپی ۹.
۳. رایجیان اصلی، مهرداد؛ زکوی، مهدی، (۱۳۹۰)، *بزه دیدگان خاص در پرتو بزه دیده شناسی حمایتی*، تهران، انتشارات مجد.
۴. زراعت، عباس، (۱۳۸۰)، *شرح قانون مجازات اسلامی*، بخش حدود، تهران، انتشارات ققنوس.
۵. سلیمان زاده، میثم؛ سلطانی، ابازر، (۱۳۹۸)، *مطالعه تطبیقی زنا فریبکارانه در نظام حقوق کیفری ایران و انگلستان*، فصل‌نامه بین المللی قانون یار، شماره: ۱۰.
۶. شریفی خضارتی، امیر، (۱۳۹۰)، *انحرافات جنسی (مطالعه تطبیقی جرم‌شناسی و فقهی)*، تهران، انتشارات اندیشه‌ی عصر.
۷. عباس‌پور، حسین، (۱۳۹۴)، *بررسی خشونت جنسی در حقوق کیفری ایران و حقوق بین الملل*، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، شاهرود، واحد علوم و تحقیقات دانشگاه آزاد اسلامی شاهرود.
۸. عظیمیان، عسل، (۱۳۸۷)، *خشونت علیه زنان و تدابیر حمایتی در برابر آن با نگاهی به سیاست جنایی انگلستان*، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، رشته حقوق جزاء و جرم‌شناسی، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز.
۹. کسل، الین و داگلاس آ. برشتین، (۱۳۸۲)، *رفتار جنایی*، ترجمه: مرکز تحقیقات و پژوهش‌های ناجا، تهران، مرکز تحقیقات و پژوهش‌های ناجا.
۱۰. گودرزی، فریبا و دیگران، (۱۳۹۵)، *بررسی روانشناختی تجاوز جنسی زناشویی با نگاهی بر جنبه فقهی و حقوقی موضوع*، پژوهش‌نامه زنان پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، شماره: ۴.
۱۱. محبی، فاطمه، (۱۳۸۰)، *آسیب‌شناسی اجتماعی علیه زنان*، مجله مطالعات راهبردی زنان، شماره: ۱۴.
۱۲. معتمدی مهر، مهدی، (۱۳۸۰)، *حمایت از زنان در برابر جرایم خشونت‌آمیز: سیاست جنایی انگلستان*، تهران، نشر برگ زیتون.
۱۳. میرمحمد صادقی، حسین، (۱۳۸۸)، *مطالعه تطبیقی مفهوم عنف در جرایم جنسی*، مجله دادرسی، شماره: ۷۶.
14. Brunet, Simon H, (1992), **Rape and lack of consent**, Cri. L. Jour. 16.
15. Galtung, J, Sarukuelle Gewalt, (1975), Beitræae zur Friedens-und Konfliktforschung. Reinbeck: Rowolt, 1975.
16. Rock, Paul, (1998), **Victimology**, Dort mouth Publishing Company,.
17. Walston, E. Roderick, (1999), **Women's Rights Handbook Under the Supervision of California Attorney General's**, Dubik Rights Division. Civil Rights Enforcement Unite.