Journal Of Legal & International Analyses (JLIA)

Vol. 1, No. 2,
Winter 2026
Homepage:
jcmd.hmu.ac.ir

Retribution From the Perspective of Criminal Law (With A View to Judicial Procedure)

Vahid nekoonam

Associate Professor, Faculty of Theology and Law, Hazrat -e Masoumeh University, Qom, Iran.

Email**:** vahid.nekoonam@gmail.com

Abstract

According to jurisprudential texts, one of the ways to receive financial rights is retribution, which has many evidences from the Qur'an and hadiths that indicate its legitimacy. Although there have been extensive discussions in jurisprudence about this establishment and its scope, but after the revolution it was not considered by the legislator, while the judicial practice to follow jurisprudence in many cases due to hesitation In the elements of crime, he considered retribution as effective in committing a crime. In this research, by descriptive-analytical method, we examine the effect of retribution on the elements of crime and the opinions issued in this regard are examined. Due to the different perceptions of jurisprudence on retribution and its sphere of influence, the view is that the legislator should explicitly consider this institution as one of the causes of misbehavior.

Keywords: retribution, elements of crime, jurisprudence, property, damages.

Received: 2024-12-29
Revised: 2025-08-06
Accepted: 2025-08-13
Article Type: Research Paper

P- ISSN: 2476-4833
E- ISSN: 2588-7084
Published by Hazrat-e Masoumeh University
doi:

«فصلنامه تحلیل های حقوقی و بین المللی»

س ۱، ش ۲،
زمستان ۱۴۰۴
صفحات ۹ تا ۲۶

تقاص از منظر حقوق کیفری (با نگاهی به رویه قضایی)*

وحید نکونام

دانشیار، دانشکدهٔ الهیات و حقوق، دانشگاه حضرت معصومه (س)، قم، ایران.

نویسنده مسئول، رایانامه:vahid.nekoonam@gmail.com

چکیده

بر اساس متون فقهی، یکی از طرق وصول حقوق مالی تقاص است که ادله فراوانی از قرآن و روایات دلالت بر مشروعیت آن دارد. با وجود آنکه در فقه بحث‌های مبسوطی در خصوص این تأسیس و گستره آن به عمل آمده است، اما پس از انقلاب از سوی قانون‌گذار مورد توجه قرار نگرفت، این در حالی است که رویه قضایی به پیروی از فقه در بسیاری از مصادیق به دلیل تزلزل در ارکان جرم، تقاص را مؤثر در تحقق جرم دانسته است. در این پژوهش به روش توصیفی- تحلیلی، به بررسی تأثیرگذاری تقاص در ارکان جرم می‌پردازیم و آراء صادره در این خصوص مورد تدقیق قرار می‌گیرد. به دلیل تلقی متفاوتی که رویه قضایی از تقاص و حوزه تأثیرگذاری آن دارد، دیدگاه مختار آن است که قانون‌گذار نیز صراحتاً این نهاد را به عنوان یکی از اسباب اباحه رفتار قلمداد نماید.

واژگان کلیدی: تقاص، عناصر جرم، رویه قضایی، مالکیت، اضرار.

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۰۹
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۳/۱۸
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۲۲
نوع مقاله: پژوهشی

شابک چاپی: ۴۸۳۳-۲۴۷۶
شابک الکترونیکی: ۷۰۸۴-۲۵۸۸
ناشر: دانشگاه حضرت معصومه(س)
doi:

مقدمه

انسان در طول تاریخ به هنگام روبرو شدن با تجاوز، اقداماتی را جهت صیانت از خود و پاسخ به متجاوز انجام می‌داده است و چنین واکنشی امری طبیعی و مطابق با سرشت و فطرت انسان می‌باشد. به همین دلیل نهاد اعتدا از سابقه‌ای طولانی برخوردار بوده و در حقوق جزای اسلام توجه ویژه‌ای به آن شده است. احقاق حق هدف عالی سیستم قضایی اسلام است و در این عرصه مطمئن‌ترین شیوه مراجعه به قاضی و بهره‌گیری از قدرت حاکمیت می‌باشد لیکن در برخی شرایط روش‌های دیگری نیز جهت وصول حق پیش‌بینی شده که یکی از این روش‌ها تقاص یا مقاصه است. موضوع تقاص را می‌توان از منظر حقوقی در ذیل عوامل موجهه جرم قرار داد؛ توضیح آنکه در برخی اوضاع و احوال و شرایط خاص که قانون‌گذار آن را دقیقاً مشخص می‌کند، ارتکاب افعالی که اصولاً جرم تلقی می‌شود در این شرایط جرم نبوده و طبعاً دارای ضمانت اجرای کیفری نخواهد بود؛ به طوری که انجام آن برای قانون‌گذار یا شارع مطلوب بوده و یا حداقل از نظر او جایز محسوب می‌شود. مواردی چون حکم قانون، امر آمر قانونی، دفاع مشروع، حالت ضرورت و رضایت در این حوزه قابل بحث هستند. حکم شارع نیز به عنوان منشأ قانون‌گذاری در نظام اسلامی چنین اثری دارد لذا تقاص نیز به عنوان نهادی که با تحقق شرایطی اباحه رفتار را در پی دارد، به عنوان مصداقی از اسباب اباحه یا موجهه تلقی می‌گردد؛ با وجود آنکه این تأسیس از منظر مشهور فقها امری مشروع می‌باشد لیکن در حقوق ایران به بحث تقاص توجه چندانی نشده است و جز در برخی قوانین متفرقه مثل قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۲۹۰ و قانون محاکم تجاری مصوب ۱۲۹٤ از این موضوع اثری یافت نمی‌شود و مهم‌تر آنکه پس از انقلاب نیز با آنکه قوانین به سمت اسلامی شدن حرکت کرد و به رغم تأکیدات بسیار فقها بر موضوع تقاص، این امر از سوی قانون‌گذار مورد غفلت قرار گرفت.

با این وجود، رویه قضایی ایران با استناد به اصل ۱٦۷ قانون اساسی و به دلیل اهمیت تقاص و تأکید فراوان آن در منابع فقهی، به این نهاد به عنوان یک قاعده مسلم توجه نموده و حتی از جهات عدیده‌ای نقص قانونی بحث تقاص را جبران کرده به نحوی که آراء مختلف و متعددی از اداره حقوقی قوه قضائیه و دیوان عالی کشور در این خصوص صادر شده است.

نکته‌ای که اهمیت پرداختن به این موضوع را دوچندان می‌سازد، عدم سابقه پژوهش در این عرصه است؛ زیرا هرچند در خصوص نهاد تقاص از منظر فقهی آثاری به رشته تحریر درآمده است، لیکن از منظر کیفری تاکنون اثری نگاشته نشده است.

۱. مفهوم و ادله تقاص

کلمه تقاص از ماده (ق، ص، ص) به معنای مقابله به مثل کردن، به حساب یکدیگر رسیدن و پی‌گیری کردن آمده است (ابن منظور، ١٤١٤ق: ٧٦). در قرآن نیز در چنین معنایی به کار رفته است مثلاً (قالت لأُختهِ قُصّیه) یعنی مادر موسی به خواهرش گفت دنبال موسی برو (قصص/۱۱). اقتصاص نیز از همین ماده است و (اقتص منه) یعنی از او گرفت (فراهیدی، ١٤١٠ق: ١٠).

پس کلمه تقاص در معانی پی‌گیری کردن، گرفتن و رعایت مساوات آمده است (جوهری، ١٤١٠ق: ۱۰۵۳؛ زبیدی، ١٤١٤ق: ٣٣٨؛ راغب اصفهانی، ١٤١٢ق: ٤١٩). در فرهنگ‌های فارسی نیز تقاص در معنای قصاص گرفتن از هم، تاوان گرفتن و معامله به مثل آمده است (معین، ۱۳۸۲: ۱۱۱۷؛ عمید، ۱۳۹۰: ۵۱۷).

مرحوم دهخدا نیز در تعریف تقاص بیان داشته است: به وسیله‌ای از وسایل، طلب خود را از مدیون منکر وصول کردن؛ دائنی که مدیون وی از پرداخت دِین خود امتناع می‌کند، حق دارد به هر وسیله‌ای که در دسترس او موجود است، طلب خویش را وصول کند (دهخدا، ۱۳۷۳: ٦٠١٥).

اما در خصوص تقاص تعاریف مختلفی بیان شده است. برخی بیان داشته‌اند: تقاص در اصطلاح به این معنا است که شخصی حقش را از دیگری بدون اطلاع یا رضای او بگیرد. اخذ حق بدون رضا به گرفتن همراه با جهل مدیون ملحق است و به هر صورت ظاهر آن است که تقاص مشروط به آن است که شخص از ادای حق ممتنع باشد (مشکینی، ۱۳۷۹: ۱۵۵). همچنین گفته شده تصاحب مال مدیون منکر دِین یا ممتنع از پرداخت از طرف بستانکار بدون مراجعه به دادگاه، اگر خوف فتنه نباشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۳۷۹).

اشکالاتی به این تعاریف وارد است؛ اولاً یکی از شروط تقاص انکار حق توسط مدیون است و لذا صرف عدم پرداخت مجوز تقاص نخواهد بود ثانیاً این که گفته شده تصاحب مال دیگری، لزوماً صحیح نیست زیرا چه بسا مقاص، طلب خویش را از مقاص عنه بگیرد.

نتیجتاً باید گفت تقاص راهکاری است برای وصول به حقی که توسط بدهکار یا غاصب انکار می‌شود و مستندات قانونی نیز برای طرح دعوا وجود ندارد.

تقاص از نهادهایی است که ادله فراوانی از قرآن و روایات دلالت بر مشروعیت آن دارد برای مثال آیه ۱۹٤ سوره بقره بیان می‌دارد که هرکس بر شما ستمی روا داشت پس شما نیز همانند آن بر او ستم روا دارید. بسیاری از مفسرین معتقدند این آیه حکم کلی را بیان می‌کند که شامل تقاص نیز می‌شود (کاشانی، ١٣٣٦ق: ٤١٧؛ قرشی، ۱۳۷۷: ٣٥٦؛ قرطبی، ١٣٦٤: ٣٥٥؛ طیب، ۱۳۷۸: ۳۳؛ مکارم شیرازی، ١٣٧٤: ٣٣). روایات متعددی نیز دلالت بر جواز تقاص دارد (مجلسی، ١٤٠٤ق: ١٤٦؛ حر عاملی، ١٤٠٩ق: ٢١٥؛ فیض کاشانی، ١٤٠٦ق: ٨٥٢؛ طوسی، ١٣٩٠ق: ٥٢؛ بروجردی، ١٣٨٦: ٧٩٠). همچنین با وجود مدرکی بودن اجماع برخی فقها بدون ذکر مصادیق، اصل تقاص را امری اجماعی

دانسته‌اند (سبزواری، ۱٤۱۳ق: ۱۲٦؛ بحرالعلوم، ۱٤۰۳ق: ۲۷۷). برخی نیز در بعضی مصادیق تقاص را اجماعی می‌دانند. برای مثال در موردی که اصل حق در خصوص عین معین است و مدعی‌علیه نیز اقرار دارد یا اگر اقرار ندارد اوضاع به گونه‌ای است که حکایت از ثبوت حق می‌کند تقاص جایز است و یا در جایی که اصل حق دِینی است که مدعی به آن علم دارد لیکن مدعی‌علیه اقرار به آن ندارد و عالمانه آن را منکر است و بینه‌ای نیز وجود ندارد یا بینه هست لیکن به قاضی دسترسی نیست تقاص جایز است (نجفی، ۱٤۰٤ق: ۳۹۱؛ نراقی، ۱٤۱۵ق: ٤٤٦).

از منظر عقل نیز تعدی به اموال دیگران جایز نیست لیکن این قاعده مطلق نمی‌باشد و در واقع عقل ضمن تقبیح تجاوز به دیگران به حق پاسخ‌دهی و مقابله به مثل تأکید می‌کند. به بیان دیگر وقتی بدهکار عمداً و عالمانه از پرداخت حق امتناع می‌ورزد در واقع ستم کرده و پاسخ به این ستم امری مطابق عقل سلیم می‌باشد. علاوه بر آن، دو قاعده لاضرر و تسلیط که از قواعد عقلی است دلالت بر جواز تقاص دارد. توضیح آن که پذیرش این امر که حتی اگر طلبکار راهی جز تقاص برای رسیدن به حقش ندارد باز هم تقاص جایز نیست در واقع تحمیل ضرر بر وی می‌باشد که امری است غیرمنطقی و قاعده تسلیط نیز نمی‌تواند مانع اقدام طلبکار شود زیرا سلطه مدیون بر مال شرعی نیست. بسیاری از فقها به عقلی بودن موضوع تقاص و نیز قاعده لاضرر و تسلیط در این خصوص اشاره داشته‌اند (رشتی، ۱٤۰۱ق: ۱۰٦؛ نجفی، ۱٤۰٤ق: ۳۸۷؛ سبزواری، ۱٤۱۳ق: ۱٤۹).

با توجه به دلایل پیش گفته هیچ‌گونه شبهه‌ای در پذیرش تقاص در متون فقهی به عنوان عامل اباحه رفتار با تحقق شروط آن وجود ندارد.

۲. تقاص و عنصر قانونی

پس از انقلاب به بحث تقاص در قوانین توجه چندانی نشده است اما در قوانین متفرقه آن هم در سال‌های دور در برخی قوانین رد پای تقاص ملاحظه می‌گردد.

قانون‌گذار در سال ۱۲۹۰ و در قانون موقت (اصول محاکمات حقوقی) به موضوع تقاص اشاره نموده و در ماده ۱٤۵ این قانون آورده است: موارد زیر را محاکم عدلیه به محضر عدول مجتهدین ارجاع خواهند کرد:

الف- موردی که منشأ اختلاف و نزاع جهل به حکم شرعی یا جهل به موضوعات شرعیه باشد.

ب- احکام غیابی در امور شرعیه

د- مواردی که حکم به افلاس یا حکم به حجر مفلس یا حکم به توقیف مال ممتنع از ادای دِین یا حکم به تقاص لازم می‌شود.

بر اساس این قانون اصل تقاص که از موضوعات شرعی است مورد پذیرش قرار گرفته و صدور حکم نسبت به آن به عهده مجتهدین گذارده شده است.

قانون محاکم تجاری نیز در سال **۱۲۹٤** و در ماده **۲۷** دعاوی مراجعه به تقاص به شرطی که میزان آن بیش از دویست و پنجاه تومان نباشد را در صلاحیت محاکم صلحیّه دانسته بود.

قانون اصول محاکمات حقوقی راجع به محاکم صلحیّه در ماده **١٤** مقرر می‌دارد: هر دعوایی که در اثنای رسیدگی به دعوای اصلی اقامه شود اعم از اینکه از طرف مدعی باشد یا مدعی‌علیه به عنوان دعوای متقابل یا شخص ثالث و یا دعوای اصلی از یک منبع ناشی شده یا مربوط به آن باشد، راجع به همان صلحیّه است که دعوای اصلی در آن جا اقامه شده است. لیکن اگر فصل دعوای اصلی متوقف بر دعوای کاری باشد که از حیث مبلغ خارج از وظیفه صلحیّه است با دعوای اصلی به محکمه ابتدایی ارجاع می‌شود دعوای متقابل به موجب عرض حال جداگانه اقامه می‌شود، لیکن دعوای مقاصه و تهاتر و هر عنوانی که دفاع محسوب شود محتاج به عرض حال جداگانه نیست.

از این سال تاکنون قانون‌گذاران توجهی به بحث تقاص نداشته‌اند و حتی پس از انقلاب نیز با آنکه قوانین به سمت اسلامی شدن حرکت کرده و به رغم **تأکیدات** بسیار فقها بر موضوع تقاص، این امر مورد غفلت قرار گرفته است. اما سؤال این است که این موضوع چگونه قابل حل است؟

غیر از مواردی که به دلیل فقدان شرایط عنصر مادی و معنوی جرم محقق نیست و توضیح مبسوط آن خواهد آمد با توجه به اصل **١٦٧** موضوع قابل حل می‌باشد؛ توضیح آن که طبق اصل **١٦٧** قانون اساسی، قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد. در تفسیر اصل **١٦٧** دیدگاه‌های مختلفی مطرح شده است:

الف. برخی معتقدند این اصل اساساً شامل دعاوی کیفری نمی‌شود و بدین جهت اصل ٣٦ و اصول مربوط به اصل قانونی بودن جرم و مجازات عموم اصل مذکور را تخصیص می‌زند (هاشمی، ۱۳۸۰).

ب. برخی از حقوق‌دانان میان قوانین کیفری شکلی و ماهوی تفاوت قائل شده‌اند و معتقدند اصل ٣٦ بر قوانین ماهوی کیفری حاکم است لیکن در مورد قوانین شکلی می‌توان به اصل ١٦٧ عمل نمود. به نظر ایشان دستور قسمت اخیر ماده ۲۸۹ اصلاحی قانون آیین‌دادرسی کیفری و مقررات ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو و شعب دیوان عالی کشور مصوب ١٣٦٨ که حکم ماده ۲۸۹ منسوخ را مجدداً تکرار کرده است، با موازین قضایی تطبیق ندارد. اصلاح‌کنندگان قانون آیین‌دادرسی کیفری به تفاوت اصول دادرسی‌های کیفری و مدنی توجهی نداشته‌اند و بی‌جهت یکی از اصول مختص به دادرسی‌های مدنی را، در قلمرو قوانین دادرسی‌های کیفری آورده‌اند به هر حال ماده اصلاحی مزبور باید به نفع متهم، تفسیر و گفته شود منظور مقنن تنها قوانین کیفری شکلی بوده نه قوانین کیفری ماهوی (آخوندی، ۱۳۸۲: ٤٤).

ج. بر اساس دیدگاه دیگر موارد اعمال اصل ١٦٧ و نیز قوانین عادی در جایی است که اصل جرم‌انگاری صورت گرفته و برای تشخیص موضوعات و مصادیق به شرع مراجعه می‌شود مثلاً در قانون عمل منافی عفت غیر از زنا جرم‌انگاری شده و برای تعیین شمول آن به فقه مراجعه می‌شود (حبیب زاده، ۱۳۸۳: ۱۱).

اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ٦٣٨١/٧ تاریخ ٦٩/١٢/١٨ در تأیید این دیدگاه بیان داشته است: «... هرگاه قضیه‌ای مطرح شود که در قانون برای آن مجازات تعیین نشده باشد، باید گفت آن عمل جرم نبوده و قابل طرح در محاکم هم نمی‌باشد. اعمال مقررات ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ جایی مورد پیدا می‌کند که در قضیه‌های مطروحه حکم صریحی در قانونی نباشد یا با عبارات و کلماتی مجمل و مبهم و غیرروشن احکام بیان شده که در ابتدای معنای آن غیرمعمول و بایستی در این موارد به متون فقهی و فتاوی معتبر رجوع نمود، چنانچه معنای حق‌الله و حق‌الناس که در مواد ۲۹۰ ق آ.د.ک و ۱۵۹ ق.ت از آن‌ها اسم برده شده است در قانون تعریف نشده... به عبارت اخری اجازه ماده ۲۹ برای حل این نوع مشکلات قانونی است و به هیچ وجه افاده جعل جرایم جدید که در قانون برای آن‌ها مجازاتی تعیین نشده است نمی‌نماید... .»

د. مطابق دیدگاه دیگر اصل ١٦٧ قانون اساسی عام بوده شامل دعاوی کیفری نیز می‌شود و جرم‌انگاری در این خصوص منعی ندارد. کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی در تأیید این مطلب بیان می‌دارد: «... دادگاه‌های کیفری نمی‌توانند به بهانه سکوت یا اجمال یا نقض یا تعارض قانون از رسیدگی امتناع نمایند. همچنین نمی‌توانند به همین بهانه و به صرف این که جرم بودن یک قضیه در قوانین جزایی مدونه یافت نمی‌شود، حکم به برائت متهم صادر نمایند ... و صدور حکم به مجازات بر مبنای منابع فقهی اشکال ندارد؛ زیرا که این رویه مغایرتی با مقررات مندرجه در ماده قانون راجع به مجازات اسلامی و همچنین با مفاد اصل ٣٦ قانون اساسی جمهوری اسلامی ندارد. برای این که هر فعل یا ترک فعل که از نظر فتاوی جرم باشد، به مقتضای اطلاق و عموم ماده ۲۸۹ مذکور، جرم به حکم قانون محسوب می‌شود و متهم نیز مجرم تلقی می‌گردد و مجازات مرتکب، در این صورت مجازات به موجب قانون خواهد بود (کلانتری، ۱۳۷۵: ۱۲۱).

رویه قضایی نیز ابتدای انقلاب در موارد متعددی با توجه به مبانی فقهی اقدام به جرم‌انگاری نموده است. استفتائات مکرر قضات دادگاه‌ها از مراجع و شورای عالی قضایی و صدور حکم بر این اساس مؤید این دیدگاه است.

بنابراین با وجود انتقاداتی که در خصوص تعارض اصل ١٦٧ با اصل قانونی بودن جرم و مجازات و نیز صدور آرای متفاوت، عدم صلاحیت و توانایی برخی قضات در مراجعه به مبانی فقهی مطرح شده است و بعضاً به‌جا نیز می‌باشد، این موضوع در این بحث مشکل چندانی ایجاد نمی‌کند زیرا همان گونه که گفته شد تقاص از منظر فقهی به عنوان یکی از جهات اباحه رفتار یا موجهه جرم تلقی می‌شود و در اینجا درصدد جرم‌انگاری جدیدی نیستیم، لذا

مراجعه به اصل ۱۶۷ منعی ندارد و البته به نظر می‌رسد با توجه به اهمیت موضوع بهتر است قانون‌گذار صراحتاً در مواد قانونی به این موضوع بپردازد.

۳. تقاص و عنصر مادی جرم

حقوق جزا هیچ‌گاه در مقام مجازات کردن پندار زشت و ناپسند نیست بلکه زمانی فرد را به عنوان مجرم تحت تعقیب و مجازات قرار می‌دهد که فعل یا ترک فعلی ملموس و خارجی از وی بروز نماید؛ یعنی پندار و قصد مجرمانه تا زمانی که تظاهر خارجی و عینی به خود نگرفته، قابل مجازات نیست. بنابراین تحقق جرم منوط به انجام دادن اعمالی است که قانون‌گذار منع کرده یا بدان امر نموده است.

در عنصر مادی جرم راجع به مباحثی از قبیل رفتار مرتکب، موضوع جرم، شرایط و اوضاع و احوال وقوع جرم و نتیجه مجرمانه بحث می‌شود.

جرایم مالی نیز از این قاعده مستثنی نیست و برای تحقق آن‌ها وجود رکن مادی با اجزای آن شرط می‌باشد؛ لکن در بحث حاضر نیازی به بررسی مجموعه اجزای عنصر مادی نیست و لذا تنها مواردی که با موضوع مرتبط است بررسی می‌گردد.

موضوع جرم به حسب نوع جرایم متفاوت است و در جرایم علیه اموال و مالکیت، مال و حقوق مالی افراد موضوع جرم قرار می‌گیرد. مال دارای یک مفهوم نسبی و اوصاف و شرایط متعددی است و شمول مقررات جزایی نسبت به اموال یکسان نیست. برای مثال موضوع جرم در کلاهبرداری، خیانت در امانت، تخریب، سرقت و... مال است. البته تفاوتی از جهت نوع مال بین انواع جرایم ملاحظه می‌گردد به این نحو که در غالب جرایم مالی تفاوتی بین اموال منقول یا غیرمنقول وجود ندارد در حالی که در جرمی مثل سرقت موضوع جرم اموال منقول می‌باشد.

از منظر فقهی هر چیزی که مالیت داشته باشد اعم از عین، منفعت یا دِین می‌تواند موضوع تقاص باشد و فقها اصولاً تفاوتی بین انواع مال قائل نیستند (یزدی، ۱٤۱٤ق: ۲۱۵؛ امام خمینی، بی‌تا: ٤۳٦).

سؤالی که در اینجا قابل طرح است اینکه آیا لزومی به وحدت جنس حق مورد ادعا و مقاص عنه وجود دارد؟ برخی فقها به این سؤال پاسخ منفی داده‌اند (نجفی، ۱٤۰٤ق: ۳۹٤؛ یزدی، ۱٤۱٤ق: ۲۱٤). در مقابل برخی فقها معتقدند تقاص خلاف اصل است لذا باید به قدر متیقن آن اکتفا نمود و وحدت جنس شرط است (شهید ثانی، ۱٤۱۳ق: ۷۵). در مقام جمع‌بندی باید گفت اگر عین مال موجود باشد و تقاص از آن آسان بوده و هیچ‌گونه مشقتی نداشته باشد تقاص از سایر اموال وجهی ندارد.

شرط دیگر در عنصر مادی جرم (تعلق مال به غیر) است که وجه مشترک تمامی جرایم علیه اموال می‌باشد. بر این اساس تعدی و تجاوز به اموال ممکن نخواهد بود مگر آنکه مال موضوع جرم، متعلق به غیر باشد لذا اگر شخصی

جرایم علیه اموال را نسبت به مالی انجام دهد که خود مالک آن است هرچند این کار با سوء نیت و عدم آگاهی نسبت به تعلق مال به خود باشد جرم محقق نیست چرا که مالک حق هرگونه مداخله در مال خود را دارد.

در همین‌جا است که باید از منظر حقوق کیفری بین مال عینی و مال دِینی تمییز قائل شد. بر این اساس اگر مرتکب، جرایم علیه اموال را بر مال خود انجام دهد اساساً به دلیل خلل در عنصر مادی، جرم محقق نیست و باید گفت در این صورت حتی اگر قصد تقاص نیز وجود نداشته باشد جرم محقق نخواهد بود؛ برای مثال اگر کسی با تمسک به وسایل متقلبانه و فریب قربانی، مال متعلق به خود را تصاحب کند و یا کسی که در مقام تقاص از مال امانی متعلق به خود برآید، به دلیل فقد جزئی از عنصر مادی، ورای تحقق یا عدم تحقق عنصر معنوی، جرم به وقوع نپیوسته است البته در بحث‌های بعد خواهیم گفت که در این‌گونه موارد به نوعی عنصر معنوی نیز مخدوش است.

اما اگر تقاص در مال دِینی صورت گیرد خللی در عنصر مادی به وجود نمی‌آید زیرا شرط (تعلق مال به غیر) در اموال دِینی محقق است و لذا حکم این دسته از اموال را باید در عنصر معنوی جستجو نمود.

از منظر حقوق تطبیقی نیز حقوق‌دانان اصولاً مصداق اول را جرم نمی‌دانند. دیوان عالی کشور فرانسه در آراء مختلفی مثل رأی مورخ ۱۹٤۳/۱۲/۱۵ استفاده از وسایل متقلبانه برای بردن مال خود را سرقت ندانسته است (عبید، ۱۹۸۵م: ٤۸٤).

حقوق‌دانان عرب نیز توسل مالک به تقلب برای خارج کردن مال خود از دست دیگری را کلاهبرداری ندانسته‌اند زیرا عنصر استیلا بر مال غیر وجود ندارد و مالک از مال خود محروم نشده است (ابوعامر، ۱۹۸۸م: ۳٤٦؛ جعفر، ۱٤۰٦ق: ۲۲۳).

در حالی که اگر مرتکب به طور متقلبانه بر اموال مدیون دسترسی یابد تا معادل مال خود را از آن استیفا نماید کلاهبرداری محقق است (الخانی، ۱٤۱۵ق: ۳۸۱).

در حقوق انگلیس نیز وضعیت مشابهی ملاحظه می‌گردد. بر اساس بخش ۱(۱) قانون سرقت انگلیسی کسی مقصر به ارتکاب جرم سرقت خواهد بود که با سوء نیت مال متعلق به غیر را، به قصد محروم کردن دائمی وی از آن مال، از آن خود کند (Clarkson, 2006: 232). بر این اساس در جایی که فردی مالک منحصر به فرد مالی است وی را نمی‌توان به سرقت مال خودش محکوم کرد مگر آن که دیگری از حق قانونی برای محروم کردن او از تصرف در مالش برخوردار باشد. برای مثال اگر D رادیو خود را نزد P که تعمیرکار است ببرد، P می‌تواند رادیو را تا زمانی که D اجرت تعمیرکار را نپرداخته نزد خود نگه دارد که این حق را (حق حبس تعمیرکار) می‌نامند. حال اگر D رادیو را بدون پرداخت اجرت بردارد، مرتکب سرقت می‌شود (Brandon, 1981: 81). در پرونده ترنر در سال ۱۹۷۱ همین برخورد صورت گرفت (Hogan, 1996: 534 & Smith).

نتیجتاً باید گفت در فرضی که مقاص، عین مال متعلق به خود را با ارتکاب افعال مجرمانه می‌برد، مطابق دیدگاه غالب حقوق‌دانان و رویه قضایی کشورها جرمی محقق نشده است.

از منظر فقهی نیز مال مقاص علیه باید متعلق به مقاص عنه باشد و لذا تقاص از مال غیر جایز نیست و چنین تقاصی تملک به غیر حق است. در این باره گفته شده؛ تقاص از مالی که حق دیگری به آن تعلق گرفته است مانند حق رهن و حق طلبکارها در مال محجور و در مال میت که ترکه‌اش وافی به دیونش نمی‌باشد جایز نیست (امام خمینی، بی‌تا: ٤٣٨).

حال سؤال این است که آیا تقاص از مال مشاع جایز است؟ در این خصوص دو دیدگاه مطرح شده است: برخی معتقدند عموم ادله مقتضی تجویز تصرف در مال مشترک نیست بلکه اخبار، این صورت را شامل نمی‌شود زیرا لازمه تجویز تقاص از مال مشترک، هتک حرمت مال شریک است (شیرازی، ١٤٠٤ق: ١١٣). اما در مقابل گفته شده؛ تقاص از مال مشترک بین بدهکار و شریکش جایز است و دلیل این امر نیز عمومات و ادله نفی ضرر می‌باشد. همچنین حرمت مال شریک از حرمت مال مازاد از حق بدهکار که به هنگام تقاص برداشته و سپس به او رد می‌شود، بیشتر نمی‌باشد (یزدی، ١٤١٤ق: ٢١٢). برخی نیز چنین تقاصی را گناه دانسته اما معتقدند تقاص واقع می‌گردد (مؤمن، ١٤٢٢ق: ٤٤٦).

در مقام جمع‌بندی باید گفت شرکت به معنای اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه است و بر اساس ماده ۵۸۱ قانون مدنی هیچ یک از شرکا نمی‌تواند بدون اذن شرکای دیگر، در مال مشترک تصرف کند؛ و حتی فقها معتقدند اگر شریک مال مشترک را بردارد با شروطی مشمول حد سرقت است و یا حداقل تعزیر می‌گردد (شهید ثانی، ١٤١٠ق: ٢٢٦؛ طوسی، ١٤٠٠ق: ٧١٥).

لذا تصرف مادی در مال مشاع بدون اذن شریک ممنوع است اعم از آنکه به منظور اجرای یک عمل حقوقی یا غیر آن باشد. نتیجتاً با توجه به خلاف اصل بودن تقاص و اینکه خود شریک نیز حق تصرف بدون اذن را ندارد و به طریق اولی برای غیر چنین حقی متصور نیست باید تقاص از مال مشترک بدون اذن شریک را غیرمشروع دانست.

نکته آخر در این بحث تقاص از اموال دولتی است که برخی فقها به طور کلی آن را جایز نمی‌دانند (خامنه‌ای، ١٤١٥ق: ١٩٩). برخی نیز گفته‌اند تقاص در اموال دولتی چون راه وصول باز است جایز نیست و اگر از راه قانونی و شرعی نتوان وصول کرد و طلب نیز درست و شرعی باشد با اجازه حاکم شرع اشکال ندارد (معاونت آموزش قوه قضائیه، سؤال ٧٨١٨). به نظر می‌رسد در این فرض تقاص جایز نیست زیرا مال متعلق حق عموم مردم می‌باشد.

٤. تقاص و عنصر معنوی

در تعریف عنصر معنوی جرم تعاریف مختلفی ارائه شده است: برخی بیان نموده‌اند عنصر معنوی عبارت است از اینکه مجرم، عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی، مرتکب عملی شود که طبق قانون ممنوع است، یا از انجام عملی که قانون او را مکلف ساخته امتناع کند (معتمد، ۱۳۵۲: ۲۷۲). همچنین گفته شده منظور از عنصر معنوی، آن است که مرتکب، عملی را که طبق قانون جرم شناخته شده با قصد مجرمانه انجام داده یا اینکه در ارتکاب عمل، مرتکب خبط و تقصیر جزایی شده باشد (محسنی، ۱۳۷٦: ۲۲٤).

در این دو تعریف ایجاز و اختصار رعایت نشده، همچنین به جای ارائه مفهوم، مصداق بیان شده و در واقع تعریف به مصداق است و البته خود این مصادیق نیز، نیاز به رفع ابهام دارد و معرف اجلی از معرف نیست.

در تعریف دیگری گفته شده؛ برای تحقق رکن معنوی دو عنصر ضروری است یکی اراده ارتکاب و دیگری قصد مجرمانه یا خطای جزایی و اراده ارتکاب آن است که شخص بخواهد عمل مجرمانه را انجام دهد (صانعی، ۱۳۸۳: ۳٦۹).

در این بیان نیز به جای پرداختن به تعریف عنصر معنوی اجزای متشکله آن بیان شده که خود این تبیین نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا اراده ارتکاب فعل مجرمانه را به عنوان رکن ثابت عنصر معنوی جرایم عمدی و غیرعمدی دانسته‌اند. البته در ادامه بحث ایشان ملاحظه می‌گردد که مقصود نویسنده از اراده ارتکاب، خواست عمل مجرمانه نیست، بلکه ارتکاب عمل به صورت ارادی مدنظر ایشان است.

به نظر می‌رسد بهترین تعریفی که می‌توان ارائه نمود عبارت است از: فعل و انفعال ذهنی مغایر با قانون جزایی (آزمایش، ۱۳۷٤: ۲۸). بر این اساس شخصی که ذهنش، فعل و انفعال نداشته باشد موضوع حقوق کیفری قرار نمی‌گیرد و باید گفت شخصی قابلیت و صلاحیت داشتن فعل و انفعال ذهنی را دارد که توانایی اندیشیدن و خواستن را دارا باشد و این فعل و انفعال ذهنی، گاه تفکر مجرمانه است که از آن جرایم عمدی حاصل می‌گردد و در مواقعی نیز، کاهلی، قصور و عدم تفکر است که نتیجه آن جرم غیرعمدی است. تعریف ارائه شده در عین رعایت ایجاز، کامل می‌باشد و تعریف به مفهوم است نه مصداق. همچنین مطابق این تعریف می‌توان بین جرایم عمد و غیرعمد تفکیک برقرار کرد؛ زیرا مغایرت فعل و انفعال ذهنی در منظر قانون جزایی یا همراه با قصد مجرمانه است (جرایم عمدی) و یا همراه با بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی (جرایم غیرعمدی).

اجزای تشکیل دهنده عنصر معنوی در جرایم عمدی علم و آگاهی است که در ذیل آن تأثیر جهل به حکم و موضوع در مسئولیت کیفری مورد بحث قرار می‌گیرد.

اصولاً از منظر قانون‌گذار علم مرتکب به قانون مفروض دانسته شده است و البته معمولاً برای آنکه از تنافی آن با

منطق و عدالت کاسته شود، نظام‌های حقوقی استثنائاتی برای آن قائل شده‌اند. در قانون مجازات اسلامی نیز تدابیری در این خصوص پیش‌بینی شده است:

اولاً بر اساس م ۲۱۷ ق.م.ا مرتکب جرایم حدی علاوه بر شرایط عامه تکلیف باید به حرمت شرعی رفتار ارتکابی نیز آگاه باشد.

ثانیاً در مواردی که جهل به حکم غیرکیفری مبنای حکم کیفری قرار گیرد ادعای اشتباه مسموع است برای مثال اگر مؤجری از تأدیه اثاثیه مستأجر تا زمان وصول اجاره امتناع نماید مرتکب خیانت در امانت نشده است. در این مورد حتی اگر بعداً ثابت شود حقی برای مؤجر متصور نبوده، صرف جهل به حکم غیرکیفری کافی خواهد بود.

ثالثاً بر اساس ماده ۱۲۰ وجود شبهه در شرایط جرم و مسئولیت کیفری می‌تواند سبب عدم تحقق جرم گردد که یکی از این مصادیق جهل به قانون می‌باشد.

در اشتباه موضوعی مرتکب نسبت به ممنوعیت عمل آگاهی دارد لیکن در تطبیق مصداق خارجی با حکم قانونی دچار اشتباه می‌شود.

این نکته قابل ذکر است که همهٔ انواع اشتباه موضوعی، عنصر معنوی جرم را متزلزل نمی‌سازند. توضیح آنکه گاهی اشتباه نسبت به عناصر و ارکان اصلی جرم صورت می‌گیرد برای مثال فردی مالی را به تصور اینکه متعلق به وی است برمی‌دارد، در چنین موردی جرم سرقت محقق نمی‌گردد. این نوع اشتباه گاهی باعث تغییر ماهیت عمد به غیرعمد می‌شود برای مثال فردی به تصور اینکه تفنگ خالی است ماشه را فشار می‌دهد و تیری رها شده، دیگری به قتل می‌رسد. در این حالت هرچند اشتباه فعل را از عنوان عمد خارج می‌سازد لیکن جرم غیرعمدی محقق است.

رکن دیگر عنصر معنوی در جرایم عمدی، سوء نیت است که قانون‌گذار با عباراتی چون عالماً، عامداً، با علم، عمداً و... ذکر نموده است. وقتی گفته می‌شود مرتکب دارای سوء نیت است یعنی آگاهی به موضوع عمل خود داشته و با این آگاهی، نقض مقررات کیفری را خواسته است زیرا مرتکب بدون آنکه بداند نمی‌تواند بخواهد. سوء نیت دارای مراتب مختلفی است که برای جلوگیری از اطاله کلام وارد مصادیق آن نمی‌شویم. اما آن چیزی که در این بحث مهم است، سوء نیت عام و خاص می‌باشد. بر اساس ماده ١٤٤ ق.م.ا در تحقق جرایم عمدی علاوه بر علم مرتکب به موضوع جرم، باید قصد او در ارتکاب رفتار مجرمانه احراز گردد. در جرایمی که وقوع آن‌ها بر اساس قانون منوط به تحقق نتیجه است، قصد نتیجه یا علم به وقوع آن نیز باید محرز شود. پس سوء نیت عام عبارت است از علم و عمد در ارتکاب فعل مجرمانه و سوء نیت خاص قصد تحقق نتیجه دانسته شده است. قبل از بحث در خصوص ارتباط عنصر معنوی و تقاص لازم است در خصوص نقش انگیزه در عنصر معنوی مطالبی بیان گردد زیرا این موضوع نیز در بحث تقاص مؤثر است.

عمد را نباید با انگیزه اشتباه نمود. انگیزه کوشش درونی و میل باطنی است که انسان را به سمت ارتکاب جرم

سوق می‌دهد لذا همیشه مقدم بر اراده است. هیچ انسان عاقلی بدون داشتن داعی خاص و غرضی معین مرتکب جرم نمی‌شود. بنا به نظر پوزیتویست‌ها قصد جزایی با محرک ارتکاب جرم یکی بوده یا لااقل تحت تأثیر آن قرار می‌گیرد و برعکس در نظر کلاسیک که قصد جزایی یک اراده مجرد است قصد و محرک ارتکاب جرم از همدیگر کاملاً متمایزند؛ در حالی که قصد همیشه یکی است محرک جرم یعنی نفع یا احساساتی که موجب ارتکاب عمل شده و یا علت محرکه و تامه است، اساساً متغیر بوده و بر حسب افراد و اوضاع و احوال فرق می‌کند (استفانی، ۱۳۷۷: ۳٥٦).

در جرایم علیه اموال انگیزه ارتکاب جرم امور مختلفی چون نفع شخصی، انتقام‌جویی، احساسات انسانی و یا حتی نیاز شدید می‌تواند باشد اما این امور در تحقق جرم بی‌تأثیر بوده و فقط می‌تواند در تعیین مجازات نقش داشته یا از اسباب تخفیف مجازات تلقی گردد.

در بررسی عنصر مادی جرایم مالی گفته شد اگر حق عینی برای مرتکب این دسته از جرایم نسبت به مال متصور باشد عنصر مادی (رکن تعلق مال به غیر) و به تبع آن عنصر معنوی متزلزل می‌شود اما اگر حق عینی برای مرتکب وجود نداشته باشد و قصد وی از ارتکاب جرم تحصیل معادل مال یا طلبی خودش بوده، وضع چگونه خواهد بود؟ در این خصوص برخی حقوق‌دانان معتقدند صرف قصد و نیت صادقانه مرتکب دائر بر استیفای حقوق خود سبب تزلزل در عنصر معنوی (سوء نیت خاص) می‌گردد و لذا نمی‌توان در چنین مواردی جرایم علیه اموال را محقق دانست (میر محمد صادقی، ۱۳۹۲: ١٦٦؛ سالاری، ١٣٨٦: ١٤٩). برخی نویسندگان حقوق کیفری انگلیسی نیز بیان داشته‌اند اگر شخصی اعتقاد دارد به موجب قانون حق محروم کردن شخص دیگر را از مال دارد مثلاً وقتی بدهکار از دادن بدهی خود امتناع می‌کند، طلبکار با اعتقاد به اینکه قانوناً حق چنین کاری را دارد به اندازه طلبش از پول‌های بدهکار را تصاحب می‌کند. در چنین فرضی وی دارای سوء نیت نمی‌باشد (Glanville, 1983: 724). هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه‌ای این دیدگاه را تأیید کرده است. در مقابل می‌توان بیان نمود در اموال دِینی به دلیل تعلق مال به غیر و قصد مرتکب مبنی بر تحصیل و بردن مال دیگری، جرم محقق است.

برای مشخص شدن دیدگاه صائب لازم است عنصر معنوی جرایم علیه اموال مورد مداقه قرار گیرد و البته به دلیل اهمیت موضوع سه جرم سرقت، کلاهبرداری و خیانت در امانت به طور مختصر مورد بررسی قرار می‌گیرد. این نکته قابل ذکر است که اولاً اکثر جرایم علیه اموال و از جمله این سه جرم به دلیل آن که از جرایم مقید هستند نیازمند سوء نیت خاص می‌باشند؛ ثانیاً قصد ارتکاب فعل مجرمانه به عنوان سوء نیت عام در تمامی این جرایم مشترک است.

الف- سرقت: قانون‌گذار در بندهای ٤ و ١٤ ماده ١٩٨ ق.م.ا سابق دو شرط در سرقت‌های حدی بیان داشته بود که به نوعی با عنصر معنوی ارتباط پیدا می‌کرد. بر اساس این بندها برای تحقق سرقت حدی علاوه بر سایر شروط لازم بود که سارق قاصد بوده و مال را به عنوان دزدی برداشته باشد. در قانون جدید هر دوی این شروط حذف شده است. دلیل حذف بند ٤ کاملاً روشن است زیرا قانون‌گذار در ماده ۲۱۷ ق.م.ا شرایط عمومی تحقق مسئولیت کیفری و از

جمله قصد را در تمامی حدود بر شمرده است و لذا لزومی ندارد در تک تک موارد به این شرط اشاره شود. اما حذف بند چهارده چه معنایی دارد. بر اساس یک دیدگاه سوء نیت خاص در جرم سرقت عبارت از این است که مرتکب مال را به قصد دزدی بردارد (دهقان، ۱۳۷۹: ۹۳). دیوان عالی کشور نیز در رأیی بیان می‌دارد: اگر فروشنده مال مشتری را به قصد استیفای حق خود بردارد حد نخواهد داشت زیرا به عنوان دزدی مال را برنداشته است.

بر اساس این دیدگاه سوء نیت خاص جرم سرقت به طور کلی (اعم از تعزیری و حدی) قصد دزدی است و طبعاً لزومی ندارد قانون‌گذار در ذیل شروط سرقت حدی به این قید اشاره نماید.

در خصوص این موضوع استفتائاتی از برخی مراجع صورت گرفته که توجه خوانندگان را به این سؤالات جلب می‌نماییم.

سؤال: ۱- آیا در سرقت‌های حدی و تعزیری قصد دزدی یا برداشتن و ربودن مال به عنوان سرقت شرط تحقق سرقت می‌باشد؟ ۲- در صورت شرط نبودن قصد دزدی، ربودن مال غیر به قصد تقاص، امانت، استفاده موقت به نیت پرداخت اجرت آن و یا به قصد استیفای حق یا استیذان بعدی چه حکمی دارد؟ آیا سرقت محسوب می‌شود؟

آیت‌الله مکارم شیرازی: ۱- آری قصد شرط است ولی در برخی مواقع قصد جنبه قهری دارد و آن موردی است که انسان عالم باشد که مال، مالِ دیگری است. ۲- تنها در صورتی که واقعاً جنبه تقاص داشته باشد سرقت نیست ولی در بقیه صور به طور قهری قصد سرقت حاصل است.

آیت‌الله موسوی اردبیلی: اخذ مال غیر بدون قصد سرقت بلکه به جهت امثال امور مذکور بدون مجوز شرعی سرقت نیست و حد ندارد ولی غصب است و حرام و موجب استحقاق تعزیر می‌باشد.

آیت‌الله نوری همدانی: ۱- بلی و بدون قصد سرقت تحقق پیدا نمی‌کند. ۲- از جواب بالا معلوم شد ولی تقاص باید با اجازه حاکم شرع باشد (معاونت آموزش قوه قضائیه، سؤال ٤٥٤).

به نظر ما این دیدگاه صحیح نیست و سوء نیت خاص در جرم سرقت قصد بردن مال یا خارج کردن آن از تصرف مالباخته است به این معنا که مرتکب در هنگام وضع ید بر مال غیر، قصد خارج کردن مال را از تصرف مجنی‌علیه داشته باشد. و دلیل حذف بند ١٤ نه به این دلیل است که قصد دزدی سوء نیت خاص جرم سرقت است بلکه به این دلیل است که از منظر قانون‌گذار روشن است که اگر کسی برای مثال مال را با قصد شوخی یا اعمال حق خویش بردارد سرقت محقق نیست و لذا این شرط حذف شده است.

برخی از حقوق‌دانان نیز ضمن تشریح سوء نیت خاص، بیان داشته‌اند که انگیزه در ارتکاب جرم سرقت بی‌تأثیر است و لذا در صورتی که طلبکاری به عنوان گروکشی و تقاص و به منظور وصول طلب خود مبادرت به ربودن مال متعلق به بدهکار خود نماید چنین عملی سرقت تلقی می‌شود (گلدوزیان، ۱۳۸۰: ۳۵۲).

به نظر می‌رسد قصد تقاص در بسیاری از موارد انگیزه است و خللی در عنصر معنوی ایجاد نمی‌کند

و از این جهت دیدگاه نویسنده صحیح است.

ب- کلاهبرداری: سوء نیت خاص در کلاهبرداری عبارت است از قصد تحقق نتیجه که در جرایم علیه اموال (علم به تعلق مال به دیگری) نیز از عناصر آن است. پس در کلاهبرداری، مرتکب باید در تحصیل مال غیر و تصرف در آن قاصد باشد و بداند آنچه به دست می‌آورد متعلق به دیگری است. حال آیا اگر مرتکب با وجود علم و عمد در استعمال وسایل متقلبانه و اعمال فریب و خدعه (سوء نیت عام) فاقد قصد تحصیل مال متعلق به دیگری باشد و مقصود وی تحصیل مال خود وی باشد که عدواناً در اختیار دیگری است جرم به دلیل فقدان سوء نیت خاص محقق نیست؟

برخی حقوق‌دانان معتقدند در موارد تقاص عنصر معنوی جرم کلاهبرداری متزلزل است (سالاری، ۱۳۸٦: ۱٤۹). اما همان‌گونه که توضیح داده شد این دیدگاه در تمامی موارد صحیح نیست.

ج- خیانت در امانت: خیانت در امانت نیز از جرایم عمدی است. در این جرم اولاً لازم است که قصد خیانت امین در عدم استرداد مال مورد امانت احراز شود (عمد عام) لذا خائن در امانت در صورتی از نظر کیفری مسئولیت خواهد داشت که رفتار مجرمانه مخالف امانت او توأم با قصد خیانت باشد و ثانیاً قصد ورود ضرر به مجنی‌علیه را داشته باشد. البته ضرر بالقوه کافی بوده نیاز به تحقق ضرر بالفعل نیست (عبدالملک، بی‌تا: ٤۳۳؛ نجیب حسنی، ۱٤۰٤ق: ٤۳۳).

نتیجتاً سوء نیت خاص قصد ایراد ضرر به امانت‌گذار یا متصرف است. وجود این جزء در عنصر معنوی سبب گردیده در بسیاری از مصادیق تقاص احراز سوء نیت مشکل باشد. برای مثال در مواردی که امین، مال امانی را مسترد نمی‌کند تا حق‌الزحمه مدت مذکور را دریافت دارد یا ضمن اذعان به مالکیت امانت‌گذار تنها به جهت احقاق حق خود از استرداد آن استنکاف می‌نماید سوء نیت وجود ندارد.

اداره حقوقی قوه قضائیه و دیوان عالی کشور در آراء مختلفی به این امر تأکید نموده‌اند. برای مثال گفته شده؛ صرف عدم استرداد مال مورد امانت خیانت در امانت نیست بلکه سوء نیت در عمل مزبور شرط تحقق بزه است بنابراین اگر امین در قبال مطالبه حق‌الزحمه نگهداری مال مورد امانت از استرداد آن خودداری کند قابل تعقیب و مجازات نیست (نظریه شماره ۱۲۷٤/۷، ۱۳۸۳/۲/۲۱).

این موضوع هرچند در بسیاری از موارد صحیح است لیکن در برخی مصادیق امکان تحقق سوء نیت خاص وجود دارد برای مثال اگر در فروض بالا امین با داشتن ادعای حقی برخورد مالکانه با مال داشته باشد سوء نیت خاص متصور می‌باشد. نتیجتاً همان‌گونه که بیان گردید هرچند برخی معتقدند قصد تقاص سبب تزلزل در عنصر معنوی می‌شود لیکن این امر همیشگی نیست و در برخی صور قصد تقاص به عنوان انگیزه تلقی می‌شود و لذا خللی در عنصر معنوی وارد نمی‌گردد.

۵. رویه قضایی ایران

در بحث تقاص آراء مختلف و متعددی از اداره حقوقی قوه قضائیه و دیوان عالی کشور صادر گردیده که قبل از بررسی مصادیق چند نکته در خصوص این موارد بیان می‌گردد.

اولاً آراء و نظریات صادره بیشتر در خصوص دو جرم سرقت و خیانت در امانت است.

ثانیاً رویه قضایی از جهات زیادی نقص قانونی بحث تقاص را جبران نموده است؛ توضیح آنکه همان‌گونه که گفته شد پس از انقلاب با وجود اهمیت تقاص و تأکید فراوان آن در منابع فقهی، هیچ قانون‌گذاری در این خصوص صورت نگرفت با این حال رویه قضایی به تقاص به عنوان یک قاعده مسلم توجه نموده است.

در رویه قضایی ایران در سه سطح به موضوع پرداخته شده است.

اول: در برخی آراء با شبهه در عنصر (تعلق مال به غیر) حکم به عدم تحقق جرم داده شده است. برای مثال بر اساس رأیی اگر کسی اتومبیلی به دیگری بفروشد و مبلغی از وجه مورد معامله را دریافت کند و سپس به عنوان اینکه مغبون شده است از امضای سند فروش امتناع و اتومبیل را بدون اطلاع خریدار از گاراژ خارج کند به این عمل سرقت به معنای منظور در قوانین کیفری صدق نمی‌کند (به نقل از حسینی، ۱۳۸۵: ۱۳۲).

دوم: در بسیاری از آراء و نظریات حقوقی به دلیل تزلزل در عنصر معنوی حکم به عدم تحقق جرم داده شده است. در ذیل به چند نمونه از این آراء اشاره می‌شود.

الف- در جرم خیانت در امانت قصد مرتکب نیز لازم است. بنابراین اگر کسی اتومبیل خود را به شوفری بسپارد که درآمد آن را به او رد کند و بعداً شوفر از تأدیه عواید مسامحه نماید و طبق حکایت پرونده مسامحه او معلق باشد به اینکه متهم، دعوی حقی نسبت به وجوه حاصله داشته و پس از رسیدگی و احتساب مخارج مدعی خصوصی از مبلغی کم‌تر از آن تقلیل یافته باشد، با این حال عمل فاقد قصد جرم بوده است و اقرار متهم به مبلغ اخیر از بدهی خود و امتناع او در محضر دادگاه از تأدیه وجوه مزبور نیز سوء نیت او را نمی‌رساند (رأی وحدت رویه شماره ۲۲۸ مورخ ۱۳۱٦/۱/۱٤).

ب- اگر ثابت شود که امین طلبکار است و بابت تسویه حساب به عنوان تقاص از رد مال امانی خودداری کرده است دیگر نمی‌تواند عنوان جزایی خیانت در امانت داشته باشد (نظریه مشورتی ۱۲۷٤/۷، ۱۳۸۳/۲/۲۱ اداره حقوقی قوه قضاییه).

ج- اگر بین دو نفر در مورد وجهی اختلاف شود و تراضی کنند به اینکه بر حقانیت خود در محضر غیررسمی اقامه شهود کنند و مدیون وجه مورد اختلاف را به صاحب محضر تسلیم کند و طرف وجه مزبور را از روی زانوی صاحب محضر برباید و فرار کند چون منظور، وصول طلب بوده و او قصد سرقت نداشته و عناصر تشکیل دهنده بزه

سرقت متزلزل است و از طرف دیگر چون فاقد رکن خفا است عنوان سرقت بر آن صادق نیست (به نقل از حسینی، ۱۳۸۵: ۱۳۲).

سوم: در برخی موارد تصریح به تزلزل در عناصر جرم نشده است لیکن حکم به عدم تحقق جرم به جهت تقاص داده شده است البته در برخی از این مصادیق نیز می‌توان خلل در عنصر معنوی را ملاحظه نمود. در ذیل به چند نمونه اشاره می‌گردد:

الف- رأی دادگاه بر برائت متهم به سرقت به اینکه متهم از بابت اجرت بنایی مقداری از شاکی طلب داشته و قرار بوده از محصول ملکی که بنایی در آن صورت گرفته دریافت کند و با مساعدت دو نفر از کشاورزان سهیم در محصول ملک، مقداری از محصول آن را از بابت طلب خود برده، چون عمل مخفیانه صورت نگرفته، نمی‌توان موضوع را سرقت دانست (به نقل از حسینی، ۱۳۸۵: ۱۳۲).

ب- نگه داشتن مقداری از اموال مورد امانت در مقابل مطالبه حق‌الزحمه همان اموال، خیانت در امانت محسوب نخواهد بود، بلکه دعوای حقوقی است (به نقل از متین، ۱۳۸۲: ۱۳۷).

نتیجتاً باید گفت با وجود آنکه از سال ۱۳۰۲ تاکنون در خصوص تقاص هیچ قانون‌گذاری صورت نگرفته لیکن موضوع تقاص از منظر رویه قضایی کاملاً روشن بوده و حکم به عدم تحقق جرم داده شده است.

نتیجه‌گیری

بر اساس مبانی فقهی تقاص با تحقق شروط آن از اسباب اباحه رفتار تلقی می‌شود با این حال این موضوع در قانون مسکوت مانده است. با بررسی‌های به عمل آمده روشن گردید که به دلیل آنکه در عنصر مادی جرایم علیه اموال تعلق مال به دیگری شرط می‌باشد، لذا هرگونه اقدامی جهت وصول مال متعلق به خود، مانع تحقق عنصر مادی جرم می‌باشد لیکن این موضوع را نمی‌توان به اموال دِینی تسری داد و حتی به همین دلیل تقاص از اموال عمومی و مشاع امکان‌پذیر نیست. در بحث عنصر معنوی نیز با وجود آنکه برخی حقوق‌دانان صرف قصد و نیت مرتکب مبنی بر استیفای حقوق خود را سبب تزلزل در عنصر معنوی (سوء نیت خاص) دانسته‌اند لیکن به نظر می‌رسد قصد تقاص اصولاً انگیزه ارتکاب جرم بوده و در تحقق آن نقشی ندارد.

رویه قضایی در راستای جبران نقص قانون در بسیاری از موارد تقاص را به عنوان نهادی که در عنصر مادی و معنوی تأثیرگذار است قلمداد نموده لیکن به نظر می‌رسد تلقی نهاد تقاص به عنوان عامل اباحه رفتار مشکلات تعدد رویه موجود را برطرف سازد.

منابع

۱. ابن منظور، محمد (۱٤۱٤ق). *لسان العرب*. چاپ سوم، بیروت: دارالفکر.
۲. ابوعامر، محمدزکی؛ عبدالقادر القهوجی، علی(۱۹۸۸م). شـــرح قانون العقوبات – القســـم الخاص، چاپ اول. بیروت: الدار الجامعیه.
۳. اسـتفانی، کاسـتون و همکاران (۱۳۷۷). *حقوق جزای عمومی*. ترجمه حسـن دادبان، چاپ اول، تهران: انتشـارات دانشـگاه علامه طباطبایی.
۴. امام خمینی، روح الله (بی‌تا). *تحریر الوسیله*. چاپ اول، قم: مؤسسه دار العلم.
۵. آخوندی، محمود (۱۳۸۲). *آیین دادرسی کیفری*. چاپ پنجم، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد.
۶. آزمایش، علی (۱۳۷٤). تقریرات حقوق جزای عمومی. تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، نیمسال دوم ۷۵-۱۳۷٤.
۷. بحرالعلوم، محمد (۱٤۰۳ق). *بلغهٔ الفقیه*. چاپ چهارم، تهران: منشورات مکتبهٔ الصادق.
۸. بروجردی، آقاحسین (۱۳۸٦). *جامع احادیث شیعه*. چاپ اول، تهران: فرهنگ سبز.
۹. جعفر، علی محمد(۱٤۰٦ق)، قانون العقوبات الخاص. چاپ اول، بیروت: الموسسه الجامعیه للدراسات و النشر و التوزیع.
۱۰. جوهری، اسماعیل (۱٤۱۰ق). *الصحاح*. چاپ اول، بیروت: دارالعلم للملایین.
۱۱. حبیب زاده، محمدجعفر (۱۳۸۳). مجازات عمل حرام. *مجله حقوق اساسی*، شماره بیست و ششم.
۱۲. حبیب زاده، محمدجعفر (۱۳۸۹). *تحلیل جرایم کلاهبرداری و خیانت در امانت*. چاپ اول، تهران: نشر دادگستر.
۱۳. حرعاملی، محمد (۱٤۰۹ق). *وسائل‌الشیعه*. چاپ اول، قم: مؤسسه آل‌البیت.
۱۴. حسینی، سید محمد رضا (۱۳۸۵). *قانون مجازات اسلامی در رویه قضایی*. چاپ دوم، تهران: مجد.
۱۵. خامنه‌ای، سیدعلی (۱٤۱۵ق). *اجوبهٔ الاستفتائات*. چاپ اول، بیروت: دار الاسلامیه.
۱۶. الخانی، ریاض؛ یوسف الحکیم، جاک (۱٤۱۵ق)، شرح قانون العقوبات – قسم الخاص. چاپ اول، دمشق: الجامعه دمشق.
۱۷. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۳). *لغت‌نامه دهخدا*. چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۸. دهقان، حمید (۱۳۷۹). *بررسی قانون سرقت*. چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۱۹. راغب اصفهانی، حسین (۱٤۱۲ق). *مفردات الفاظ قرآن*. چاپ اول، بیروت: نشر دارالعلم.
۲۰. رشتی، میرزا حبیب‌الله (۱٤۰۱ق). *کتاب القضا*. چاپ اول، قم: دار القرآن الکریم.
۲۱. زبیدی، سید محمد (۱٤۱٤ق). *تاج‌العروس من جواهر القاموس*. چاپ اول، بیروت: نشر دارالفکر.
۲۲. سالاری، مهدی (۱۳۸٦). *کلاهبرداری*. چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۲۳. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱٤۱۳ق). *مهذب الاحکام*. چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار.
۲۴. شیرازی، سیدعبدالله (۱٤۰٤ق). *کتاب القضا*. چاپ اول، مشهد: مؤسسه امام امیرالمومنین (ع).
۲۵. صانعی، پرویز (۱۳۸۳). *حقوق جزای عمومی*. چاپ دوم، تهران: طرح نو.
۲۶. طوسی، محمد (۱۳۹۰ق). *الاستبصار*. چاپ اول، تهران: دارالکتب الاسلامیهٔ.
۲۷. طوسی، محمد (۱٤۰۰ق). *النهایهٔ*. چاپ دوم، بیروت: داراالکتاب العربی.
۲۸. طیّب، سیدعبدالحسین (۱۳۷۸). *اطیب البیان فی تفسیر القرآن*. چاپ دوم، تهران: انتشارات اسلام.
۲۹. عبدالملک، جندی (بی‌تا). *الموسوعهٔ الجنائیهٔ*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۰. عبید، رؤوف (۱۹۸۵م). جرائم الاعتداء علی الاشخاص و الاموال. چاپ دوم، قاهره: دارالفکر العربی.
۳۱. عمید، حسن (۱۳۹۰). *فرهنگ عمید*. چاپ دوم، تهران: انتشارات اشجع.
۳۲. فراهیدی، خلیل‌بن احمد (۱٤۱۰ق). *کتاب العین*. چاپ دوم، قم: نشر هجرت.
۳۳. فیض کاشانی، محمد (۱٤۰٦ق). *الوافی*. اصفهان: کتابخانه امیرالمومنین (ع).

۳۴. قرشی، سید علی اکبر (۱۳۷۷). *تفسیر احسن الحدیث*. چاپ سوم، تهران: بنیاد بعثت.

۳۵. قرطبی، محمد (۱۳٦٤). *الجامع لاحکام القرآن*. چاپ اول، تهران: انتشارات ناصرخسرو.

۳۶. کلانتری، کیومرث (۱۳۷۵). *اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها*. چاپ اول، مازندران: دانشگاه مازندران.

۳۷. گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۰). *حقوق جزای اختصاصی*. چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

۳۸. متین، احمد (۱۳۸۲). *مجموعه رویه قضائی- بخش کیفری*. چاپ اول، تهران: خط سوم.

۳۹. مجلسی، محمد باقر (۱٤۰۳ق). *بحارالانوار*. چاپ اول، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۴۰. محسنی، مرتضی (۱۳۷٦). *دوره حقوق جزای عمومی*. چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.

۴۱. مشکینی، علی (۱۳۷۹). *مصطلحات الفقهی*. چاپ دوم، قم: دفتر نشر الهادی.

۴۲. معتمد، محمدعلی (۱۳۵۲). *حقوق جزای عمومی*. چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

۴۳. معین، محمد (۱۳۸۲). *فرهنگ فارسی*. چاپ اول، تهران: انتشارات زرین.

۴۴. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷٤). *تفسیر نمونه*. چاپ اول، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

۴۵. مؤمن قمی، محمد (۱٤۲۲ق). *مبانی تحریر الوسیلة- قضا و شهادات*. چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

۴۶. میر محمد صادقی، حسین (۱۳۹۲). *جرایم علیه اشخاص*. چاپ سیزدهم، تهران: نشر میزان.

۴۷. نجفی، محمدحسن (۱٤۰٤ق). *جواهر الکلام*. چاپ هفتم، بیروت: دار احیا التراث العربی.

۴۸. نجیب حسنی، محمود (۱٤۰٤ق). *جرائم الاعتداء علی الاموال فی قانون العقوبات اللبنانی*. چاپ اول، بیروت: دار النهضة العربیة.

۴۹. نراقی، احمد (۱٤۱۵ق). *مستند الشیعة*. چاپ اول، قم: مؤسسه آل البیت.

۵۰. هاشمی، سید حسین؛ کوشا، جعفر (۱۳۸۰). بررسی تعارض اصل **۱٦۷** قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرم و مجازات. *مجله نامه مفید*، شماره بیست و ششم.

۵۱. یزدی، سیدمحمدکاظم (۱٤۱٤ق). *تکملة العروة الوثقی*. چاپ اول، قم: کتابفروشی داوری.

References

1. Brandon, Steve .(۱۹۸۱) *Criminal law* .London: Sweet & Maxwell.
2. Clarkson, SMV .(۲۰۰۶) *Understanding criminal law* .London: Sweet & Maxwell.
3. Elliott, Catherine; and Quinn, Frances .(۲۰۰۶) *Criminal law* .London: Longman.
4. Glanville, Williams .(۱۹۸۳) *Textbook of criminal law* .London: Stevens & Sons.
5. Smith, John; and Hogan, Brian .(۱۹۹۶) *Criminal law* .London: Butterworth.