

## Fundamentals and Criteria of Preventive Detention in German & Iran Law and Imamiyeh Jurisprudence

Seyed Mohamad-Mahdi Sadati\*

Assistant Professor, Criminal Law and Criminology Department, Shiraz University, shiraz, Iran.

### Abstract

Punishments are changeable and depend on goals. Therefore, when there is valid knowledge that correctional goals of punishment are failed, releasing a criminal who certainly endangers public safety is a denial of public rights. In this case, presumption of innocence has been changed to presumption of guilt and the judge by realizing the objective and qualitative criteria that indicate the survival of dangerous situation, can determine the preventive detention. Therefore, with qualitative approach and phenomenological methodology through library studies, this article seeks to address the following question: "What are the principles and criteria for legislation of preventive detention in the German, Iran and Imamiyeh jurisprudence legal system?" The findings are that the main bases of preventive imprisonment are the discourse of overcoming public security over freedom, the discourse of victim-centered criminal law, the principle of caution and the rule of the need to repel harm, but the problem is the criteria for achieving a valid suspicion of a dangerous situation. It seems that valid suspicion can be obtained by determining quantitative and qualitative criteria. Iranian legislature, relying on reasonable grounds and criteria, in cases of valid suspicion of a dangerous situation can legislate prevent imprisonment for dangerous criminals.


**Keywords:** Security Measures, Public Safety, Risk Forecasting, Dangerous Situation, Risk Theory.

---

\* Corresponding Author: mahdi.sadati@shirazu.ac.ir

**How to Cite:** Sadati, S. M. M. (2022). Fundamentals and Criteria of Preventive Detention in German & Iran Law and Imamiyeh Jurisprudence. *Journal of Criminal Law Research*, 11(40), 159-191. doi: 10.22054/jclr.2023.51856.2103.

## مبانی و معیارهای کیفرگذاری حبس پیشگیرانه در حقوق آلمان، ایران و فقه امامیه

سید محمد مهدی ساداتی \*  استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی،  
دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

### چکیده

کیفرها متغیر و تابع اهداف هستند؛ لذا اگر مشروعیت کیفر از اهداف آن سرچشمه گیرد، در صورتی که ظن معتبر به عدم تحقق اهداف اصلاحی کیفر باشد، آزاد نمودن مجرمی که به طور قطع امنیت عمومی را به خطر می‌اندازد، نافی حقوق عامه است. در این حالت فرض برائت به فرض گناه کاری، تغییر یافته و قاضی با تحقق ملاک‌های عینی و کیفی دال بر بقای حالت خطرناک، می‌تواند به حبس پیشگیرانه حکم دهد؛ لذا این پژوهش با رویکرد کیفی و روش تحلیلی-توصیفی از طریق مطالعات کتابخانه‌ای در صدد است بدین پرسش پردازد که مبانی و معیارهای کیفرگذاری حبس پیشگیرانه در نظام حقوقی آلمان، ایران و فقه امامیه چیست؟ یافته‌ها حاکی از آن است که مبنای اصلی حبس پیشگیرانه، نفوق گفتمان امنیت گرا، گفتمان بزه‌دیده‌محوری، اصل احتیاط و قاعده لزوم دفع ضرر محتمل بوده و هدف اصلی از وضع آن، ناتوان‌سازی است. از طرف دیگر مشروعیت وضع و بکارگیری آن در فقه امامیه بر اساس حکمت عملی، دارای توجیهات معتبر است. همچنین در نظام‌های حقوقی عمل‌گرا مانند آمریکا و انگلیس، این نوع حبس در وضعیت ماقبل دادرسی، پیش‌بینی شده، در حالی که در نظام‌های حقوقی نوشته، محدود به وضعیت پس از دادرسی است. با این حال، محل نزاع، ملاک‌های نیل به ظن معتبر به وجود حالت خطرناک است که به وسیله تعیین و سنجش معیارهای کمی و کیفی قابل حصول است. نتیجه آنکه قانونگذار ایرانی می‌تواند مستظهر به مبانی و معیارهای منطقی، در موارد حصول ظن معتبر به وجود حالت خطرناک و با پیش‌بینی زیرساخت‌های لازم، نسبت به تقنین حبس پیشگیرانه در مورد مجرمین خطرناک، اقدام نماید.

واژگان کلیدی: اقدام تأمینی، امنیت عمومی، پیش‌بینی خطر، حالت خطرناک، نظریه خطر.

## مقدمه

در پاییز ۱۳۹۷ در جنایتی در شوشتر، مردی که دارای سابقه جنایت نیز بود با تجاوز به کودکان و گرفتن عکس از این صحنه، خانواده آنها را تهدید می‌نمود که در صورت شکایت، عکس‌ها و فیلم‌ها را در فضای مجازی منتشر می‌کند. نکته جالب آنکه قبل از این حادثه، پزشکان قانونی در زندان پس از معاینه این مرد تشخیص داده بودند که وی مبتلا به بیماری روانی است و مسئولان نیز برای جلوگیری از خطراتی که این مرد در زندان برای سایر زندانیان پیش می‌آورد او را از مجازات معاف کرده<sup>۱</sup> و به این ترتیب او آزادانه در جامعه رها شد.

بررسی این مسئله نویسنده را با چندین پرونده مشابه روبه‌رو نمود. در جست‌وجوی راه‌حل و با بررسی تدابیر پیش‌بینی‌شده در قبال این گونه رویدادهای مشابه، اقدامی تأمینی به نام حبس پیشگیرانه در نظام حقوقی آلمان، جلب توجه نمود.

توضیح بیشتر آنکه پس از انقلاب کبیر فرانسه و به‌ویژه پس از جنگ جهانی اول و دوم، حبس به عنوان مجازاتی اصلی در قلمروی حقوق کیفری مطرح شد. رویکرد ابتدایی به مجازات حبس، اصلاح‌گرایانه بود و نه سزادهنده؛ لیکن به دلایلی چند، حبس جنبه اصلاح‌کنندگی خود را از دست داده و تبدیل به مجازاتی علیه آزادی و روح آدمی گردید و در این معنا، جنبه تأمینی آن بر جنبه اصلاحی غلبه کرد. جنبه تأمینی مجازات حبس ناظر به حال و آینده (Keyzer, 2013: 15) و مبتنی بر پیش‌بینی سریع جرایم احتمالی افراد است (نجفی ابرندآبادی، رضوانی، ۱۳۹۴: ۳۷). در واقع کیفر حبس با کارکرد ارعابی‌اش موجب ناتوان‌سازی بزهکار و جلوگیری از ارتکاب جرایم جدید توسط وی می‌گردد. با این رویکرد، قانون مجازات آلمان<sup>۲</sup> نوعی از حبس را تحت عنوان «حبس پیشگیرانه»<sup>۳</sup> به عنوان یک اقدام تأمینی (Herzog, 2008: 161)، پیش‌بینی کرده است (ماده ۶۱ StGB).<sup>۴</sup>

۱. سایت خبری تابناک، تاریخ انتشار: ۲۶ آبان ۱۳۹۷ - ۰۸:۵۸؛ کد خبر: ۸۵۲۲۴۹

2. Strafgesetzbuch

3. Sicherungsverwahrung; preventive detention.

۴. ماده ۶۱ قانون مجازات آلمان: «اقدامات اصلاحی و تأمینی عبارت‌اند از: ۱. حکم به بستری شدن در بیمارستان

لذا حبس پیشگیرانه نشانه ناکامی حقوق کیفری در نیل به هدف بازپروری و هم‌زمان بازگشت قدرتمند به مدل فایده‌گرا و افزایش کنترل‌ها نسبت به بزهکاران خطرناک است.<sup>۱</sup> در این نوع مدل به جای اهداف اصلاحی، اقدام تأمینی به وسیله کنترل و تعیین خطرناکی بزهکار از طریق معیارهای عینی مورد نظر است (Giacopelli, 2008: 115-133). همچنین در اکثر نظام‌های حقوقی جهت تأمین امنیت عمومی، استفاده از این نوع حبس به ویژه در جرایم خطرناک مانند جرایم تروریستی پذیرفته شده است (Harrison, 2012: 14-17, 31; webber, 2016: 97-169).<sup>۲</sup> علاوه بر این توجه به بزه‌دیده به عنوان رویکرد جدید حقوق کیفری، مستلزم آن است که پیشگیری کیفری از جرم نیز علاوه بر پیشگیری غیر کیفری، مورد مذاقه جدی‌تری قرار گیرد و بیش‌تر جدیدی نسبت به هدف ناتوان‌سازی کیفر به وجود آید.<sup>۳</sup>

درعین حال سیاست جنایی ایران در این زمینه فاقد راهبرد است. نمونه‌ای از انفعال و سکوت سیاست جنایی ایران در این مورد، ماده ۱۳ دستورالعمل اجرایی کنترل مجرمان حرفه‌ای و سابقه‌دار مصوب ۱۳۹۷/۴/۲۶ است. مطابق این ماده ضابطان دادگستری مکلف شده‌اند که «...» در صورت کشف دلایل و قراین کافی مبنی بر اینکه مجرمان درصدد ارتکاب جرم هستند، بلافاصله مراتب را به دادستان گزارش کنند و حسب دستور در چارچوب قوانین و مقررات با اقدامات پیشگیرانه فرصت ارتکاب جرم را از آنان سلب کنند». این در حالی است که نوع اقدامات پیشگیرانه دادستان در این قانون و سایر قوانین پیش‌بینی

---

روان‌پزشکی؛<sup>۲</sup> حکم توقیفی درمان اعتیاد؛<sup>۳</sup> حکم بازداشت به منظور پیشگیری از جرم؛<sup>۴</sup> احکام نظارتی؛<sup>۵</sup> سلب صلاحیت رانندگی؛<sup>۶</sup> ...»

۱. برخی از جرم‌شناسان معتقدند با توجه به خلاف اصل بودن این نوع حبس، مبانی توجیه‌کننده حبس پیشگیرانه، چندان معتبر نیست (رضوانی، ۱۳۹۶: ۲۸۵؛ میرخلیلی، ۱۳۸۸: ۳۸).

۲. برخی از قوانین در این زمینه عبارت‌اند از:

- استرالیا: (Serious Crime Prevention Orders Act 2016).

- دانمارک: (Security Offences (Special Measures) Act 2012).

۳. به عنوان نمونه در قزاقستان، از سال ۲۰۱۲، مجازات متجاوزین به کودکان، عقیم‌سازی است که مجازاتی ناتوان‌ساز محسوب می‌شود (خبرگزاری ایسنا، ۴ اردیبهشت ۱۳۹۵، کد خبر: ۹۵۰۲۰۴۰۱۴۹۳).

نشده است. در عین حال حبس پیشگیرانه می‌تواند یکی از تدابیر در واکنش به این دسته از مجرمین باشد که اگرچه دارای سابقه در قانون اقدامات تأمینی-تربیتی مصوب ۱۳۳۹ است، لیکن علی‌رغم به کارگیری گسترده آن در نظام حقوقی آلمان، آمریکا و انگلیس، در حقوق کیفری ایران بکار گرفته نشده است. شاید یکی از دلایل سکوت قانونگذار در این رابطه، فقر ادبیات پژوهشی در این حوزه است؛ چراکه در کتب کیفرشناسی و مقالات مربوط به زبان فارسی، این نوع اقدام تأمینی به تفصیل مورد بررسی قرار نگرفته است (صفاری، ۱۳۹۶: ۱۱۷-۱۸۷؛ رضوانی، ۱۳۹۶: ۲۸۵-۳۰۷؛ اسماعیلی، ۱۳۹۶: ۳۰۸ و ۳۲۱؛ نیکبخت، ۱۳۹۳: ۳۲-۳۰؛ بولک، ۱۳۹۱: ۷۴). همچنین در آثار شکل گرفته در نظام‌های حقوقی دیگر نیز نه مبانی این نوع حبس به طور جامع بررسی شده و نه مطالعه تطبیقی با نظام حقوقی ایران و فقه امامیه انجام شده است.

لذا با توجه به اینکه این نوع حبس در حقوق کیفری معاصر ایران پیش‌بینی نشده، مطالعه تطبیقی تنها ناظر به مبانی و معیارها بوده تا دانسته شود که آیا مبانی کیفرگذاری در حقوق ایران و فقه امامیه در قیاس با حقوق آلمان، اجازه تقنین چنین حبسی را می‌دهد یا خیر. لذا این پژوهش با روش تحلیلی-توصیفی از طریق مطالعات کتابخانه‌ای درصدد است بدین پرسش بپردازد که: «مبانی و معیارهای کیفرگذاری حبس پیشگیرانه در نظام حقوقی آلمان، ایران و فقه امامیه چیست؟»

برای پاسخ به این پرسش، نخست مفهوم و موجبات حبس پیشگیرانه بررسی شده، سپس ضمن واکاوی مبانی کیفرگذاری این نوع حبس، چالش‌های مربوط به تعیین معیارهای کمی و کیفی ظن معتبر به بقای حالت خطرناک مورد نقادی قرار گرفته است.

## ۱. مفهوم و موجبات حبس پیشگیرانه

از ۸۰ سال پیش تاکنون حبس پیشگیرانه برای مجرمین خطرناک در قانون مجازات آلمان به موقع اجراء گذاشته می‌شود (ماده ۶۶)<sup>۱</sup> و از آن پس تاکنون به صورت گسترده‌تری در حقوق

---

۱. ماده ۶۶- جایگاه حبس پیشگیرانه: دادگاه علاوه بر مجازات، حکم به بازداشت پیشگیرانه نیز خواهد داد، اگر

(۱) کسی که به خاطر جرم عمدی به مجازات حداقل دو سال حبس محکوم شده باشد، اگر:

کیفری آلمان، آمریکا و انگلستان بکار رفته است. این مجازات پس از سقوط هیتلر در ۱۹۴۵ به عنوان یک مجازات وارد حقوق کیفری آلمان غربی گردید. در ۱۹۵۳ حداکثر مدت حبس پیشگیرانه به مدت ده سال تعیین شد.

در سال ۱۹۹۸ م. به دنبال خشم عمومی علیه یک سری از قتل‌های جنسی کودکان در آلمان، قانون جدیدی با عنوان «قانون مبارزه با جرایم جنسی و سایر جرایم خطرناک»، تصویب گردید که هم مصادیق مجرمانی را که واجد شرایط حبس پیشگیرانه بودند و هم مدت زمان این حبس را مشخص کرد. این مدت زمان به صورت نامحدود و بعد از تحمل مجازات اصلی تعیین گردید. پس از این مقررۀ قانونی، تغییرات دیگری نیز اتفاق افتاد:

- امکان پیش‌بینی قطعی این مجازات در زمان حکم به محکومیت اصلی به عنوان مجازات در انتظار محکوم (Merlo, 2017: 59)؛

- تغییر مهم‌تر امکان تحمیل این مجازات پس از تحمل مجازات اصلی بود که به این نوع اخیر «حبس پیشگیرانه بعدی» گفته می‌شود (Kinzig, 2010: 151).

لغو محدودیت ۱۰ ساله حبس پیشگیرانه در قانون مصوب ۱۹۹۸، منجر به بازداشت مجدد تعداد زیادی از زندانیانی گردید که دوره انتظار آنان برای بازداشت پیشگیرانه بر اساس قوانین قبلی مشخص شده بود؛ لذا عملاً این اقدام تأمینی معطوف به ماسبق گردید.

مسئله مهم در مورد این نوع حبس، آن است که گفته شده حبس پیشگیرانه بر فرض گناه کاری بنا شده و نه فرض برائت (Kitai-Sangero, 2009: 903) و از این رو حدود و ثغور آن باید به طور دقیق مشخص شود، لیکن به نظر می‌رسد این استدلال به دلایل زیر نادرست باشد:

۱) مفاد فرض برائت آن است که اصل بر بی‌گناهی است مگر اینکه خلاف آن اثبات شود. در حالی که مبانی کیفرگذاری حبس پیشگیرانه همگی بر این امر دلالت دارد که خطر

---

الف. جرم علیه حیات، سلامت جسمی، آزادی شخصی و جنسی ارتکاب یافته باشد؛

ب. جرم یکی از مصادیق بخش اول (جرایم علیه صلح ملل)، هفتم (جرایم علیه نظم عمومی)، بیستم (دزدی و اخاذی) یا بیست‌وهشتم (جرایمی که موجب خطر عمومی می‌گردند) از بخش ویژه قانون مجازات آلمان باشد یا تحت قوانین حقوق کیفر بین‌الملل یا قانون مواد مخدر باشد و مجازات حبس قانونی آن جرم، کمتر از ده سال نباشد.

مجرم محکومیت یافته، آن قدر بالقوه است و وقوع بزه، آن قدر محتمل و تبعات آن غیر قابل جبران است که نمی توان هیچ واکنشی نشان نداد؛ لذا احتمال و ظن قریب به وقوع جرم، فرض برائت را در این مورد مخدوش می سازد.

(۲) در این نوع حبس، مجرم آن قدر در قصد خود برای ارتکاب جرم مصمم است که نمی توان چنین قصدی را نادیده گرفت و امنیت عمومی را به خطر انداخت. امنیت عمومی نیز در حقوق کیفری تنها ارزشی است که برخی از اصول حقوق کیفری مانند اصل تفسیر مضیق به نفع متهم و سایر اصول دیگر، در مقابل آن رنگ می بازند.

(۳) حبس پیشگیرانه بر بسط نظریه ذهنی شروع به جرم و همچنین جرم انگاری مطلق بنا نهاده شده است. با این توضیح که بر اساس نظریه ذهنی شروع به جرم، شروع به اجراء، توسل به افعالی است که مبین اراده قطعی و تصمیم جازم فاعل بر ارتکاب جرم باشد. بر این مبنا حبس پیشگیرانه نیز برای جرایم شدیدی است که قصد انجام آنها قطعی است. مثلاً یک فرد عضو گروه تروریستی که هم اکنون در زندان است، قصد دارد پس از آزادی با تهیه مقدمات، اقدام به عملیات تروریستی نمایند. آیا باید منتظر ماند تا حقوق کیفری به صورت منفعلانه، پس از تهیه مقدمات و در مراحل نزدیک به وقوع جرم تروریستی، اقدام نماید یا انتظار می رود حقوق کیفری فعالانه، وارد میدان شده و نقش پیشگیرانه خود را با حبس مجدد وی ایفاء نماید. در این معنا نظریه ذهنی نه تنها بر تهیه مقدمات، بلکه بر حالت خطرناک وی، تأکید می نماید.

(۴) مقام بحث از فرض برائت، مقام اثبات جرم و استناد نتیجه مجرمانه به مظنونین است. در حالی که مقام بحث از اقدامات تأمینی، وجود وضعیت خطرناک برای امنیت عمومی و لزوم اتخاذ تدابیر مناسب در قبال آن خطر است.

این نوع حبس، از نتایج تبیین های زیستی جرم و جنایت بوده و تاکنون در موارد زیر

تعیین شده است:

- (۱) مجرمین دارای بیماری ذهنی؛<sup>۱</sup>
  - (۲) مجرمین جرایم جنسی شدید؛<sup>۲</sup> در سال ۲۰۱۱ در آلمان، ۱۰۱ مورد حکم حبس پیشگیرانه در این خصوص صادر شده است (Statistisches Bundesamt: 2011a).
  - (۳) جرایم تروریستی؛ در آمریکا قانون «مجوز دفاع ملی»<sup>۳</sup>، چنین حبسی را در این گونه جرایم، بدون محاکمه کیفری پیش‌بینی کرده است.
  - (۴) جرایم خطرناک علیه جان، آزادی و سلامت.
- بر این اساس حبس پیشگیرانه، «حبسی است که در مورد مجرمینی که دوران محکومیت آنان سپری شده و همچنان برای امنیت عمومی در آینده‌ای نزدیک، بسیار خطرناک می‌باشند، بکار می‌رود». در برخی از کشورها، مانند آلمان این نوع حبس باید با حکم دادگاه باشد و در برخی از کشورها مانند آمریکا، بدون حکم دادگاه، امکان اعمال این نوع حبس وجود دارد.<sup>۴</sup> لذا این نوع حبس:
- الف) ماهیت دوگانه مجازات- اقدام تأمینی را دارد. مجازات است، زیرا واکنشی در برابر کنش مجرمانه است. اقدام تأمینی است، از آن رو که ناظر به آینده و تأمین جامعه از خطر مجرم است.
- ب) هدف آن بازدارندگی عام نیز نیست، بلکه به منظور پیشگیری از ارتکاب مجدد جرم اعمال می‌شود؛ لذا هدف اصلی در این نوع حبس، حمایت از جامعه و بزه‌دیدگان بالقوه است.
- نظام حقوقی ایران در حال حاضر، در قبال مجرمین خطرناکی که ظنّ معتبر به وقوع جرم

---

۱. ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، سلب آزادی از افراد فاقد سلامت روانی را از موارد مجاز سلب آزادی برشمرده است. برخی از نویسندگان حقوقی، به اشتباه این نهاد را از زمره «تدابیر پیشگیرنده مدنی» برشمرده‌اند (اسماعیلی، ۱۳۹۶: ۳۲۰-۳۲۱)، در حالی که حبس پیشگیرانه، اولاً به نوعی ادامه مجازات حبس پیشین است. ثانیاً این اقدام تابع اصول حاکم بر مجازات‌ها از جمله اصل قانونی بودن کیفر است.

2. Law for Combating Sexual Offences and other Dangerous Crimes (1998).

3. National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012 (NDAA).

۴. ماده ۱۰۲۱ و ۱۰۲۲ قانون مجوز دفاع ملی آمریکا.



از سوی آنان می‌رود و واکنش مناسبی پیش‌بینی نکرده است.<sup>۱</sup> با این حال برخی از مهم‌ترین مصادیق این نوع حبس در تاریخ حقوقی ایران به ترتیب تاریخی عبارت‌اند از:

۱. ماده ۱۴ قانون اقدامات تأمینی-تربیتی ۱۳۳۹: در این قانون منسوخ، از این حبس تحت عنوان «توقیف موقت» یاد شده و مدت آن حداکثر تا دو ماه بود و زمانی اعمال می‌شد که بیم آن وجود داشت که شخصی که دیگری را تهدید به ارتکاب جرمی کرده، واقعاً مرتکب آن جرم گردد. لذا در این صورت دادگاه می‌توانست در مرحله اول، از تهدیدکننده تعهدنامه بگیرد که وی مرتکب جرم نشود و وجه‌الضمان متناسب نیز اخذ شود. در غیر این صورت، دادگاه می‌توانست دستور توقیف موقت او را صادر نماید. همچنین در مواردی که شخصی که محکوم به مجازات جنایی یا جنحه گردیده صریحاً نظرش را بر تکرار جرم<sup>۲</sup> اظهار نماید، مانند مورد فوق عمل می‌گردید؛ لذا توقیف در مورد فوق، نوعی گنش پیشگیرانه در قبال ارتکاب جرم در آینده بود و نه واکنش کیفری.

۲. ماده ۲۰۳ قانون مجازات مصوب ۱۳۷۰ (سرقت فاقد شرایط حد) و مواد ۶۱۲ و ۶۱۴ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵: در این مواد، حبس شخصی که فاقد شرایط سرقت حدی باشد، یا به هر دلیل قصاص نشود و بیم تجری او برود، پیش‌بینی شده است. در این موارد، بیم تجری یعنی خوف و احتمال این که وی دوباره مرتکب آن جرم شود.

۳. ماده ۴۸ مکرر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۸۷/۰۲/۱۷: به موجب این ماده یکی از تدابیر اتخاذشده در نظام حقوقی ایران در مورد مجرمین خطرناک یا به عادت، اجرای مجازات تکمیلی بوده است. معیار کمی برای تشخیص حالت خطرناک در این ماده، داشتن حداقل دو بار سابقه محکومیت مؤثر در جرایم عمدی و معیار کیفی نیز به تشخیص قاضی واگذار شده است؛ لذا تدابیر پیش‌بینی شده الزامی نبوده و به اختیار قاضی واگذار شده است. در میان این تدابیر، حبس یا بازداشت، پیش‌بینی نشده بود، لیکن مراجعه به بیمارستان یا درمانگاه برای درمان بیماری، به عنوان یک تدبیر اصلاحی-درمانی و به اصطلاح نظارت در

۱. عدم تدوین سیاست خارجی افتراقی در خصوص مجرمین خطرناک، سبب شده «به خطر افتادن امنیت عمومی» از جمله شرایط صدور قرار بازداشت موقت در ماده ۲۳۸ قانون آیین دادرسی کیفری، ذکر نشود.

۲. رابطه منطقی دو اصطلاح مجرم به عادت و تکرار جرم (در معنای جرم‌شناختی)، تساوی است.

جامعه (نجفی ابرندآبادی، رضوانی، ۱۳۹۴: ۱۵) لحاظ شده است. همچنین این تدابیر ناظر به مجرمین دارای اختلال روانی است؛ در حالی که حبس پیشگیرانه طیفی از مجرمین خطرناک مانند مجرمین تروریستی یا مجرمین دارای تمایلات جنسی شدید را دربرمی گیرد که ممکن است دارای اختلال روانی نباشند، اما آزادی آنان امنیت اجتماعی را به خطر اندازد.

۴. ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: طبق این ماده مجنونی که مرتکب جرم تعزیری شده و آزاد بودن وی مخل نظم و امنیت عمومی باشد، به دستور دادستان تا زمان بهبودی در مکان مناسب نگهداری می شود. با تتبع در منابع فقهی نیز می توان مصادیقی چند برای این نوع حبس یافت: حبس مردم آزار (شمس‌الائمه سرخسی، ۱۴۱۴ ق، ج ۲۰: ۹۱)، زانیه‌ای که عادت بدین جرم نموده (سوره نساء، آیه ۱۵)<sup>۱</sup>، کسی که قصد کشتن فرزند خود را دارد.

ابن سعید در مورد کارکرد پیشگیرانه حبس<sup>۲</sup> می گوید: «امام علی (ع) پزشک بدون صلاحیت، ورشکسته به تقلب و عالم تبهکار را جهت حراست از دین، بدن و اموال حبس می نمود»<sup>۳</sup> (ابن سعید، ۱۴۰۵ ق: ۵۶۸). پزشک بدون صلاحیت حبس می شد تا از جنایت علیه اشخاص، پیشگیری به عمل آید؛ ورشکسته به تقلب نیز به منظور پیشگیری از حیف و میل در اموال و تضييع حقوق طلبکاران، حبس می گردید؛ لذا کارکرد این نوع حبس، پیشگیری از وقوع ضرر بوده و بنابراین درجایی که ظن قوی به ارتکاب جرم توسط مجرم دارای حالت خطرناک می رود، به طریق اولی و با تنقیح مناط، حبس وی به منظور حراست از امنیت جامعه ضروری است.

آیت الله خوئی در مورد حبس زانیه‌ای که عادت به زنا کرده، معتقد هستند که لفظ

۱. وَاللَّائِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا.

۲. درباره کارکردهای حبس در فقه امامیه، نک به:

- حاجی ده‌آبادی، احمد، (۱۳۹۰)، «تأملی پیرامون مجازات حبس در نظام حقوقی اسلام»، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق

اسلامی، سال دوم، ش ۴.

۳. «وكان أمير المؤمنين(ع) يحبس جهال الأطباء، و مفاليس الأكرياء وفساق العلماء، حراسه منه للأديان، والأبدان، والأموال».

«فاحشه» در آیه مذکور، اختصاص به زنا نداشته و شامل هر عملی می‌شود که به اندازه‌ای قبیح باشد که سرزنش عام و خاص را برانگیزد (خویی، ۱۳۸۸: ۲۳۱). در روایتی شیخ صدوق از امام صادق (ع) نقل می‌کند که: «مردی نزد پیامبر آمده و عرضه می‌دارد: مادرم با مردان بیگانه ارتباط دارد و علی‌رغم کنترل شدید باز نتوانسته‌ام جلوی او را بگیرم»، پیامبر در جواب می‌فرماید: «او را ببند، چرا که تو نمی‌توانی احسان و نیکی بالاتر از این در حق مادرت انجام بدهی که او را از محارم خدا باز داشته باشی»<sup>۱</sup> (صدوق، ۱۴۰۶ق، ج ۴: ۵۱). بسیاری از فقها نیز حبس چنین شخصی را مشروع می‌دانند (وائلی، ۱۳۷۸: ۵۴؛ فخر رازی، ۱۳۷۹: ج ۳، ۲۴۶؛ طبری، ۱۴۱۲: ج ۴، ۲۹۲؛ طوسی، ۱۳۷۱: ج ۱، ۴۰۸). نتیجه آنکه در صورت امکان تعمیم حکم آیه، در تمامی مواردی که ظن معتبر به ارتکاب مجدد جرم توسط مجرم جنسی وجود داشته باشد، می‌توان نسبت به حبس وی اقدام نمود.

همچنین حبس ابد در مرتبه سوم سرقت حدی، در واقع ابد نیست؛ چرا که این نوع حبس دارای ماهیت دوگانه هست: اولاً مجازات است، به دلیل آنکه واکنشی به جرم گذشته است؛ ثانیاً اقدامی تأمینی است و تا زمانی ادامه می‌یابد که سارق اصلاح شود (تبصره ۲ ماده ۲۷۸). علت آنکه چنین حبسی، اقدام تأمینی به صورت خاص و از نوع پیشگیرانه دانسته شده است، آن است که در این نوع حبس، در صورتی که سارق فقیر باشد، تأمین زندگی وی و خانواده‌اش از بیت‌المال است (خمینی، ۱۳۹۵، ج ۲: ۴۴۰؛ خوئی، ۱۳۹۰، ج ۱: ۳۰۵). در صورتی که در سایر مجازات‌های حدی، چنین الزامی بر عهده بیت‌المال وجود ندارد. در ادامه پژوهش و با شناخت مفهوم، موجبات و برخی مصادیق این نوع حبس در هر سه نظام حقوقی یادشده، مبانی کیفرگذاری حبس پیشگیرانه بررسی می‌شود.

## ۲. مبانی کیفرگذاری حبس پیشگیرانه

منظور از مبانی، آن دسته از باورهای بنیادین است که تقنین این نوع کیفر را توجیه می‌نماید. برخی از مهم‌ترین مبانی کیفرگذاری حبس پیشگیرانه، عبارت‌اند از: گفتمان تفوق امنیت

---

۱. جاء رجل الى رسول الله (ص) فقال: إن امی لا تدفع ید لأمس قال فاحسبها قال: قد فعلت قال: فامنع من یدخل علیها قال: قد فعلت قال: فقیدها فانك لاتبرها بشيء افضل من ان تمنعها من محارم الله عز و جل.

عمومی بر آزادی، گفتمان بزه‌دیده‌محور در حقوق کیفری، اصل احتیاط و قاعده لزوم دفع ضرر محتمل.

## ۲-۱. گفتمان تفوق امنیت عمومی بر آزادی

اگرچه یکی از کارکردهای اصلی حقوق کیفری، تأمین آزادی‌های فردی است، در دوران پسامدرن، گفتمان‌های امنیت‌مدار بر گفتمان‌های آزادی‌محور در حال چیرگی است؛ لذا در رویکرد امنیت‌گرای حقوق کیفری<sup>۱</sup> نیز به جای بررسی علل و شرایط و اوضاع احوال ارتکاب جرم، عوامل ایجاد خطر و احتمال وقوع ضرر از سوی مجرمین خطرناک، مورد سنجش قرار می‌گیرد (نجفی ابرندآبادی، رضوانی، ۱۳۹۴: ۱۱).

در حقوق کیفری آلمان، مبنای حبس پیشگیرانه در نظریه‌های بیولوژیکی جرم و جنایت نهفته است. بر اساس این نظریه‌ها، جرم و انحراف نتیجه کمبودها و نواقص بنیانی مغز است (Baumann, 2006: 39-41)؛ لذا حبس پیشگیرانه ناظر به مجرمین به عادت است که حالت خطرناک ایشان به واسطه محکومیت‌های کیفری متعدد و شدید ثابت گردیده است. به عبارت دیگر این مفهوم با مفهوم دفاع پیش‌دستانه گره خورده است؛ چراکه در حالت دفاع مشروع، حمله باید قریب‌الوقوع باشد، لیکن در حالت ناظر به حبس پیشگیرانه، ارتکاب جرم توسط مجرم قریب‌الوقوع نیست، اما آن‌قدر محتمل و قریب است که سکوت و اهمال جامعه در قبال این مجرمین از سوی جامعه برتابیده نمی‌شود. به عبارت دیگر در مورد مجرمین به عادت، رها کردن آنان و عدم اتخاذ اقدام تأمینی مانند حبس پیشگیرانه، خلاف عدالت بوده و ظلمی فاحش در حق شهروندان جامعه است؛ لذا رها کردن آنان به منزله رها کردن حیوانی درنده در جامعه است؛ بدیهی است که هیچ عقل دوراندیشی این امر را برنمی‌تابد.

---

۱. اگرچه برخی از جرم‌شناسان، تفوق رویکرد امنیت‌گرا را موجب کرامت‌زدایی از حقوق کیفری دانسته‌اند (رضوانی، ۱۳۹۶: ۱۷۹)، باید بدین نکته توجه داشت که اولاً در گفتمان فایده‌گرا، ارزش اصلی، تأمین امنیت است. ثانیاً در جوامع طرفدار اصالت فرد، رویکردهای امنیت‌گرا با مخالفت جدی روبه‌رو می‌شود و به آزادی‌های فردی در مقابل امنیت عمومی بها داده می‌شود؛ لیکن در جوامع پیرو اصالت جماعت مانند نظام اجتماعی آلمان، امنیت و منافع عمومی بر ارزش‌های فردی مانند کرامت و آزادی، برتری می‌یابد؛ لذا از این منظر، مبانی و توسعه مصادیق حبس پیشگیرانه، مبتنی بر مبانی جامعه‌شناسی نیز است.

با توجه به همین مبانی بوده است که شرط اجرای مجازات حبس پیشگیرانه آن است که آزادی وی باید «امنیت عمومی» را به خطر اندازد. ذیل بند ۴ از بند ۱ ماده ۶۶ قانون مجازات آلمان مقرر داشته است که: «ارزیابی کلی از مجرم و جرم ارتكابی وی باید نشان‌دهنده آن باشد که وی در زمان حکم به مجازات، به خاطر ارتكاب زنجیره‌ای از جرایم، برای امنیت عمومی خطرناک است. منظور جرایمی است که به واسطه آنها بزه‌دیدگان به صورت شدید، روانی یا جسمی، آسیب می‌بینند» (Bundgesetzblatt, 2010: 2301)؛ لذا همواره این نکته مورد تأکید بوده است که هدف اصلی یا فرعی حبس پیشگیرانه، مجازات و عقوبت نیست.

دیوان اروپایی حقوق بشر نیز امنیت جامعه را فدای حق آزادی افراد نکرده و لذا در مورد مجرمین به عادت‌هایی که آزادی آنان یقیناً منجر به آسیب جدی به اعضای جامعه خواهد شد حبس پیشگیرانه را خلاف اصول حقوق کیفری از جمله اصل قانونی بودن مجازات نمی‌داند. برای نمونه این دیوان، در «پرونده آقای برگمن علیه دولت آلمان»<sup>۱</sup> بابت اعمال حبس پیشگیرانه، به این نتیجه رسید که حبس پیشگیرانه وی می‌تواند بر اساس مواد ۱ و ۵ به عنوان حبس شخصی که دارای «ذهن غیرمنطقی»<sup>۲</sup> است، توجیه شود. دیوان حقوق بشر مشاهده نمود که دادگاه آلمان به این نتیجه رسیده است که وی از بی‌نظمی ذهنی، یعنی یک انحراف جنسی رنج می‌برد که نیاز به دارودرمانی تحت نظارت پزشک داشته است؛ لذا دادگاه به‌رغم سن بالای او، وی را خطری برای امنیت عمومی تلقی کرده و حکم به تمدید حبس او داده بود.

این در حالی است که سابق بر آن، دیوان اروپایی حقوق بشر با نقض مواد قانونی مربوط به حبس پیشگیرانه در حقوق آلمان و اعلام مغایرت این نوع حبس با مواد ۵ و ۷ اعلامیه حقوق بشر اروپایی<sup>۳</sup>، نظام کیفری آلمان را دستخوش دگرگونی فراوانی کرده بود. به همین

1. Bergmann v. Germany (application no. 23279/14).

2. Unsound mind.

3. HUDOC - "European Court of Human Rights", Application number: 19359/04.

دلیل این دادگاه در دو پرونده «ام. جی» و «استندورف»<sup>۱</sup>، آرایبی را علیه دولت آلمان صادر کرد (Herz, 2017: 922-923).

پس از رأی دیوان اروپایی حقوق بشر، بحث‌های زیادی در مورد این رأی در آلمان به راه افتاد. در واکنش به این بحث‌ها، دادگاه فدرال قانون اساسی آلمان،<sup>۲</sup> رأیی در مورد حبس پیشگیرانه صادر کرد و آن را در صورتی که مجازات حبس اجرائی، بیش از حداکثر حبس تعیین شده برای آن جرم باشد، خلاف قانون اساسی دانست.<sup>۳</sup> دادگاه تأکید نمود که این نوع مجازات، مفهوم انتظارات قانونی<sup>۴</sup> را که در قانون اساسی بدان اشاره شده، نقض می‌نماید. درعین حال این حکم دادگاه فدرال، تمامی انواع حبس پیشگیرانه را ممنوع نمی‌کرد. پس از آن، مجلس آلمان با تعدیل این نوع حبس، مقررۀ مربوط را در سال ۲۰۱۲ اصلاح کرد.

در سال ۲۰۱۶ بار دیگر درباره این مجازات توسط «آقای برگمن»، در دادگاه اروپایی حقوق بشر علیه آلمان اقامه دعوا گردید.<sup>۵</sup> قضات دیوان اتفاقاً رأی دادند که مقررات مربوط به حبس پیشگیرانه در حقوق آلمان، نقض ماده ۵ (حق آزادی و امنیت) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و ماده ۷ آن (اصل قانونی بودن کیفر) نیست.

آقای «برگمن» به عنوان متهم، به مجازات حبس خود که معطوف به جرم گذشته بوده و بیش از مدت ۱۰ سال طول کشیده اعتراض کرده و آن را مخالف اصل قانونی بودن دانسته بود. وی در سال ۱۹۸۶ بابت دو مورد شروع به جرم، یک مورد شروع به تجاوز جنسی و دو مورد تجاوز خطرناک به ۱۵ سال زندان محکوم شد. همچنین دادگاه او را محکوم به تحمل حبس پیشگیرانه نیز کرد. حبس وی در سال ۲۰۰۱ به اتمام رسید، لیکن با نظر متخصصان مربوط، وی دارای حالت خطرناک دانسته شد؛ به گونه‌ای که وی می‌توانست تحت تأثیر الکل دست به جنایات شدید زده و بدین ترتیب امنیت عمومی را به خطر اندازد؛ لذا حبس

1. M.G. v. Germany (no. 8080/08 and 8577/08); Ostendorf v. Germany (no. 15598/08).

2. German Federal Constitutional Court.

3. Deutsche Welle. German court rules preventive detention unconstitutional-Germany - DW.COM - 04.05.2011. Retrieved 1 February 2017.

4. legitimate expectations.

5. Bergmann v. Germany, application no. 23279/14.

پیشگیرانه وی از سال ۲۰۰۱ به مدت ۱۰ سال ادامه یافت و در ۲۰۱۱ این حبس تمدید شد. از سال ۲۰۱۳ نیز تاکنون وی تحت بازداشت در یک مرکز تازه ساخته شده در زندان روسدرف<sup>۱</sup>، برای افراد تحت حبس پیشگیرانه به سر می‌برد.

این نخستین بار بود که دیوان، سازگاری کنوانسیون را با بازداشت پیشگیرانه مجرم محکوم شده برای اهداف درمانی تحت چارچوب قانون حاکم بر حبس پیشگیرانه در آلمان تأیید می‌نمود. نتیجه آنکه حبس پیشگیرانه نوعی حبس با رویکرد ناتوان‌سازی است. اگر هدف تنها بازداشتن مجرمین محکوم از ارتکاب جرم در آینده از راه محدود نمودن آزادی آنها باشد، نگهداری آنها مادامی که برای جامعه تهدید محسوب می‌شوند امری موجه است و این امر متضمن نگهداری مجرمین در مدتی بیش از دوره مجازات اصلی است. لذا از لحاظ فلسفه کیفر، اگر ملاحظات مربوط به عدالت و تناسب، ده سال حبس را برای جرم خاصی مناسب بدانند، دلیلی وجود ندارد که ملاحظات مربوط به ناتوان‌سازی، حبس به مدت پنج، ده یا بیست سال دیگر را برای مجرمی که ظن معتبر به ارتکاب جرم توسط وی وجود دارد، ضروری نداند (Clearwater, 2017: 49)؛ لذا اصل تناسب جرم و مجازات در مورد مجرمین به عادت به حکم عدالت و تفوق امنیت بر آزادی، رنگ می‌بازد.

این مطلب حکایت از آن دارد که گرچه حبس پیشگیرانه، سلاح مؤثری در کنترل جرم به حساب می‌آید، اما به معنای واقعی از نظریه مجازات سخن نمی‌گوید، بلکه روشی است سرکوب‌گرانه که عملکرد آن ربطی به مجازات مناسب ندارد؛ بنابراین تنها در صورتی که مبنای اعمال حبس پیشگیرانه، ناتوان‌سازی و تأمین امنیت جامعه در برابر مجرمین به عادت یا تروریستی باشد، این نوع واکنش کیفری دارای توجیه معتبر و عقلانی خواهد بود.

در حال حاضر در ایران، قوه قضائیه از یک طرف به دلیل عدم اثربخشی برنامه‌های اصلاحی زندان<sup>۲</sup> و از طرف دیگر، به دلیل افزایش تعداد زندانیان، سیاست حبس‌زدایی را در

---

1. Prison Rosdorf.

۲. بر اساس آماري که هيچ‌گاه منتشر نخواهد شد و تنها از لابه‌لای مصاحبه‌ها به دست خواهد آمد، ۴۶ تا ۵۰ درصد زندانیان بازگشت مجدد به زندان دارند (مصاحبه شکور پورحسین، عضو کمیسیون اجتماعی مجلس شورای اسلامی، خبرگزاری خانه ملت، ۱۳ مرداد ۱۳۹۶).

پیش گرفته است. در عین حال افراط در این سیاست، حتی حساسیت مقامات قضایی را برانگیخته است: «موضوع کاهش جمعیت کیفری و حبس زدایی و یا تخفیف مجازات در برنامه‌های دستگاه قضایی است، ولی دستگاه قضایی این برنامه‌ها را در مباحث مرتبط با امنیت جامعه انجام نمی‌دهد و چنین موضوعاتی در حوزه حفظ امنیت عمومی جامعه اجرایی نیست»؛<sup>۱</sup> لذا تحول در مدیریت زندان‌ها و اهمیت امنیت عمومی، اقتضا دارد تا هوشمندانه به علم مدیریت زندان نگریده شود. گزاره نیست اگر گفته شود شکست در مدیریت اجرایی زندان، علت در پیش گرفتن سیاست حبس زدایی است. سیاستی که اگر به صورت علمی و هوشمندانه در نظر گرفته نشود، بهای افراط در آن، به خطر افتادن امنیت عمومی است. از سوی دیگر یکی از نشانه‌های وجود گفتمان امنیت‌مدار در فقه امامیه نیز آن است که صرف قصد ترساندن مردم و خدشه به احساس امنیت آنان، باعث محارب شناخته شدن مجرمی می‌شود که سلاح کشیده است. در قانون مجازات اسلامی جدید نیز این گفتمان به گونه‌ای توسعه پیدا کرده که حتی اگر شخصی قصد اخافه نداشته، لیکن عمل وی به اخافه بینجامد، محارب تلقی می‌گردد.

## ۲-۲. گفتمان بزه‌دیده‌محور در حقوق کیفری

تقنین و تعیین قضایی کیفر<sup>۲</sup> هر دو تابعی از اهداف کیفر در پرتوی اصل فردی بودن مجازات‌ها هستند. تأمین امنیت جامعه از دو طریق اصلاح یا ناتوان‌سازی مجرم، از اهداف اصلی کیفرهاست؛ لذا در مورد مجرمین به عادت یا مجرمین تروریستی که بر قصد مجرمانه خود مصمم هستند، اصلاح منتفی است. در مورد این دسته از مجرمین یا باید به کیفر

۱. سخنرانی حجت‌الاسلام نورالله قدرتی (رئیس کل دادگستری قزوین) در کمیسیون جرایم خاص: خبرگزاری مهر، ۱۸ آذر ۱۳۹۶، کد خبر ۴۱۶۶۳۲۴.

۲. برای مطالعه بیشتر در خصوص نقش بزه‌دیده در تعیین قضایی کیفر، نک به: - شیر، عباس (۱۳۹۷)، «حق بزه‌دیده در تعیین کیفر و نحوه اجرای آن»، *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش. ۸۱، صص ۷۷-۱۰۵.

- Alm, D. (2019), "Crime Victims and the Right to Punishment", *Criminal Law, Philosophy*, No. 13, pp. 63-81.



تعیین شده در قانون بسنده نمود و آنان را پس از گذراندن دوران محکومیت، آزاد کرد یا با تأکید بر ضرورت حفظ امنیت جامعه و پیشگیری از بزه‌دیدگی، حبس تأمینی را در مورد این دسته از مجرمین، تجویز نمود.

به علاوه با توجه به اینکه حقوق کیفری در حال حاضر، یک دانش پیشینی و پس‌رو است؛ لذا حقوق کیفری در پرتو نهادهای حقوقی جدید مانند حبس پیشگیرانه با تعیین محدوده‌های مشخص، می‌تواند نقش فعال و پیش‌رو در ایجاد امنیت داشته باشد. به عنوان نمونه مطالعات گوناگون نشان داده که ارزیابی ریسک مجرمان جنسی در مورد افرادی که مجدداً تجاوز می‌کنند، به طور چشم‌گیری درست بوده است ( Jessica Black Mphil, 317: 2011)؛ لذا در کنش میان مجرم و دولت در نظام عدالت کیفری، آنچه نباید مورد غفلت قرار گیرد بزه‌دیده است (Edwards, 2004: 967). هدف اصلی نیز ایجاد امنیت و کاهش جرایم علیه تمامیت جسمی، به منظور افزایش امنیت و کارآمدی حکومت است. سیاست جنایی تسامح صفر و بازدارندگی متمرکز نیز به نوعی نظریه‌های امنیت‌گرا در نظام عدالت کیفری هستند.

گفتمان فقهی در زمینه حمایت از بزه‌دیده، بر ارباب مطلق استوار است؛ به گونه‌ای که متجاوز به عنف، قطعاً اعدام می‌گردد؛ محارب نیز در صورتی که دیگری را کشته باشد، قتلش متعین است. توهین‌کننده اگر دیگری را به صفتی پنهان و حتی واقعی، تحقیر کند تعزیر می‌شود. سارق اگر توسط مسروق‌منه بخشیده نشود، دستش قطع می‌گردد. حتی مجرای اعمال قاعده‌درا و شبهه نیز حدود ناظر به حق‌الله است و در حق‌الناس و در پرتوی رعایت حقوق بزه‌دیده، قاضی نمی‌تواند به بهانه شبهه، از تحقیق و تفحص و جست‌وجوی حقیقت امتناع نماید.

در قوانین مجازات اسلامی نیز مواردی از نقش بزه‌دیده در میزان مجازات مجرم مشاهده می‌شود. به عنوان نمونه رهاسازی فردی که به صورت غیرقانونی توسط ربایندگان حبس شده (ماده ۵۸۵ کتاب تعزیرات) یا کمک به مصدومین در حوادث رانندگی توسط راننده متخلف (تبصره ۲ ماده ۷۱۹)، موجب تخفیف مجازات آنان خواهد شد؛ لذا به نظر می‌رسد حبس پیشگیرانه در راستای حاکمیت گفتمان بزه‌دیده‌محور حقوق کیفری باشد، لیکن

چالش اصلی، حدود و ثغور این نوع اقدام تأمینی است که در همین نوشتار بدان پرداخته خواهد شد.

## ۲-۳. اصل احتیاط

علاوه بر قرآن و احادیث، اصول عقلانی مانند اصل احتیاط<sup>۱</sup> نیز حبس پیشگیرانه را توجیه می‌نمایند. لزوم ورود اصل احتیاط به حوزه جرم‌انگاری<sup>۲</sup>، از ضروریات و مقتضیات عصر حاضر است. یکی از دلایل عدم اجتهاد و جرم‌انگاری بر اساس این اصل<sup>۳</sup>، آن است که اصول فقه بیشتر ناظر به مباحث حقوق مدنی است و به تبعیت از سنت فقهی، مباحث کیفری چندان مورد توجه نبوده است.<sup>۴</sup>

اصل احتیاط از اصول عملیه<sup>۵</sup> بوده و زمانی مورد استفاده فقیه قرار می‌گیرد که حکم شرعی واقعی در دسترس نباشد؛ لذا با توجه به آنکه حکم محرومیت مجرم دارای حالت خطرناک شدید و بالقوه، بر اساس سایر ادله به تنهایی وافی به مقصود نبوده و وصول به حکم الله واقعی امکان‌پذیر نیست، این مسئله مجرای اعمال اصل احتیاط یا به تعبیری دیگر، قاعده اشتغال است. قاعده اشتغال عبارت است از حکم شارع یا عقل به لزوم انجام دادن و ارتکاب یا خودداری و ترک جمیع احتمالات تکلیف در مواردی که انسان به اصل تکلیف اطمینان و یقین دارد، ولی در مکلف<sup>۶</sup> به و وجوب یا حرمت آن شک و تردید داشته باشد

### 1. Precaution principle.

۲. اصل احتیاط نیز امروزه در سیاست کیفری منبعث از مکتب اثبات‌گرایی بازاندیشیده، مطرح شده و به عنوان یکی از مبانی گفتمان «عدالت پیشگیرانه»، مورد بحث و بررسی است (اسماعیلی، ۱۳۹۶: ۳۰۶).

۳. در مورد ضرورت جرم‌انگاری بر اساس اصل احتیاط در حوزه اخلاق زیستی، نک به:

- رهبریور، محمدرضا (۱۳۹۳)، «مبانی فقهی ممنوعیت و جرم‌انگاری در قلمروی اخلاق زیستی»، فصلنامه حقوق اسلامی، ش ۴۲، ص. ۱۳۷.

۴. به عنوان نمونه، بازتولید اصل احتیاط و قاعده درأ در فقه، تبدیل به قاعده «احتیاط در دماء» شده است.

۵. با توجه به اینکه فقه کیفری یکی از لوازم اصلی کارکرد مطلوب حکومت اسلامی است، ضروری است جهت اجتهاد متجزی در حوزه حقوق کیفری، اصول فقه کیفری به طور مجزا مورد پژوهش و نظریه‌پردازی قرار گیرد.

۶. حبس پیشگیرانه نیز بیشتر در گفتمان‌های عمل‌گرا، غایت‌محور و فایده‌گرای حقوق کیفری مانند حقوق آلمان و آمریکا مورد توجه قرار گرفته است.

(ولایی، ۱۳۹۸: ۷۳). بر این اساس مکلف باید به گونه‌ای عمل کند که به انجام دادن تکلیف خود جزم و اطمینان پیدا کند. توضیح بیشتر آنکه در نظر بعضی از اصولیون، هر چند در بسیاری از موارد، مجرای احتیاط، شبهه مقرون به علم اجمالی است، ولی منحصر به آن نیست (عراقی، ۱۴۱۱ ه. ق، ج ۴: ۲۰۹؛ انصاری، ۱۴۲۲ ه. ق، ج ۳: ۱۸۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵ ه. ق، ج ۵: ۱۳؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۸۷: ۳۴۳).

جایگاه اصل احتیاط و اشتغال هنگامی است<sup>۱</sup> که مکلف، به وجود تکلیف و الزام به آن علم داشته باشد؛ یعنی به اصل تکلیف آگاهی دارد، ولی در «مکلف<sup>۲</sup> به (متعلق تکلیف)»، شک داشته باشد، در این صورت اگر احتیاط ممکن باشد، محل جریان اصل احتیاط و اشتغال بوده و باید رعایت اطراف شک را بنماید.

حال در تعیین اقدام تأمینی و حبس مجدد مجرمی که ظن قوی به ارتکاب مجدد جرم از سوی وی می‌رود این شک وجود دارد که آیا وی باید آزاد شده و به ارتکاب مجدد جرم شدید جسمی از سوی وی علیه شهروندان جامعه رضایت داد یا اینکه تکلیف شرعی، اقتضای پیشگیری از وقوع جرم داشته و رعایت اطراف شک به معنی تعیین حبس پیشگیرانه است؛ لذا هر چند تاکنون در اصول فقه و فقه جزایی از این اصل استفاده نشده، لیکن استفاده از اصل احتیاط در تعیین مجازات می‌تواند بدین معنی باشد که اگر ظن قوی به ارتکاب جرم از سوی شخصی برود، عقلاً پیشگیری و جلوگیری وی از ارتکاب جرم واجب است. به همین دلیل است که در سرقت حدی در مرتبه سوم، مجازات حبس ابد وضع شده است. با این توضیح که بر اساس نص قرآن کریم، مجازات سرقت، تنها قطع عضو است و نه بیشتر؛ لیکن مجرمی که برای مرتبه سوم مرتکب سرقت حدی شده است این علم اجمالی<sup>۲</sup> را به وجود آورده که

---

۱. در صورت وجود شک در احکام شرعی، یا حالت سابق بر شک لحاظ می‌شود یا لحاظ نمی‌شود؛ هرگاه حالت سابق بر شک لحاظ شود، «استصحاب» جاری می‌شود و هرگاه حالت سابق آن لحاظ نشود، در این صورت یا شک در تکلیف است یا شک در مکلف<sup>۲</sup> به. شک در تکلیف یعنی تکلیفی که انجام یا ترک آن لازم است، معلوم نیست و شک در مکلف<sup>۲</sup> به است، یعنی آنجا که تکلیف معلوم است، ولی مکلف به را نمی‌دانیم. در صورت اول، «برائت» و در صورت دوم «احتیاط» یا تخییر جاری می‌شود (حیدری، ۱۳۹۱: ۳۱۳).

۲. منظور از علم اجمالی در اینجا، ظن معتبر است.

دوباره مرتکب این جرم می‌گردد؛ لذا اقدام تأمینی موجود در این زمینه حبس وی است. دلیل اصلی اینکه حبس ابد در مورد سارق حدی در مرتبه سوم، دارای دو جنبه مجازات و اقدام تأمینی است، این است که در جرایم حدی جنس مجازات‌ها تا مرتبه سوم یکسان است و در نتیجه علی‌القاعده، مجازات سارق حدی در مرتبه سوم باید از نوع قطع عضو می‌بود، لیکن قطعاً سارقی که علی‌رغم قطع دو عضو، برای بار سوم نیز مرتکب جرم می‌شود امیدهای اصلاح‌پذیری خویش را از بین برده و لذا تأمین امنیت مالی جامعه در قبال حالت خطرناک وی، اولویت سیاست جنایی خواهد بود. به همین دلیلی در روایت آمده است: «او را حبس ابد می‌کنم و شرش را از دیگران باز می‌دارم»<sup>۱</sup> (حر عاملی، ۱۴۱۶ ه.ق، ج ۲۹: ۲۵۵). در عین حال اگر چنین مجرمی اصلاح‌گردیده و حالت خطرناک وی از بین برود، برای حاکم اسلامی اختیار بر عفو وی پیش‌بینی شده است (تبصره ۲ ماده ۲۷۸ قانون مجازات اسلامی). امکان توبه و عفو سارق حدی در مرتبه سوم، نشان‌دهنده آن است که هدف از حبس وی، «تأمین جامعه» از خطر سرقت او و پیشگیری قطعی از تکرار جرم بوده و در صورت احراز اصلاح وی، حاکم می‌تواند حکم آزادی وی را صادر کند؛ لذا حبس ابد، در واقع و حقیقتاً ابد نیست و تا زمانی اجراء می‌گردد که اصلاح و توبه مجرم احراز نشده باشد.

#### ۲-۴. قاعده لزوم دفع ضرر محتمل

قاعده دفع ضرر محتمل، از قواعد عقلی است که مضمون آن، حکم عقل به دفع ضرر محتمل و یا مظنون است؛ بنابراین، اگر انسان درباره چیزی احتمال ضرر بدهد، از نظر عقل، دفع آن ضرر محتمل، واجب است. این قاعده در مباحث مختلف اصولی، همچون بحث حجیت مطلق ظن کاربرد دارد. در این بحث، گفته شده دفع ضرر مظنون از نظر عقل واجب است، پس عمل به ظن واجب است (جزایری، ۱۴۱۳ ه.ق، ج ۴: ۲۰۶). در فقه امامیه نیز مصالح عمومی جامعه و ضرورت حفظ امنیت و صیانت از نفوس و اموال مردم اقتضا دارد که با حبس بزهکاران، از زیان رساندن آنان به مردم جلوگیری شود (وائلی، ۱۳۷۸: ۱۲۱-۱۱۹؛ منتظری، ۱۴۱۱ ه.ق، ج ۲: ۴۳۴؛ جمعی از مؤلفین، ۱۴۹۰ ه.ق، ج ۱۶: ۲۸۶). نتیجه‌ای که از

۱. استودعه السجن ابدأ و اغنی عن الناس شره.

این مسئله در حقوق کیفری گرفته می‌شود آن است که در صورت وجود ظنّ معتبر به وقوع جرم از سوی شخصی، دفع ضرر وی از طریق تدابیری مانند حبس پیشگیرانه واجب است. معیار اعمال حبس پیشگیرانه، وجود ظنّ معتبر به ارتکاب جرم توسط فرد زندانی است. حال پرسش آن است که ظنّ معتبر چه زمانی حاصل می‌شود؟ آیا صرف خطرناک بودن مجرم، می‌تواند دلیلی برای اعمال حبس پیشگیرانه باشد؟ به‌عنوان نمونه در حال حاضر این سؤال مطرح است که آیا می‌توان اعضای القاعده یا داعش را پس از گذراندن دوران محکومیت و علی‌رغم عدم انجام اعمال تروریستی، آزاد نمود؟ آیا بیم الحاق وی به سازمان تروریستی متبوعش و انجام عملیات تروریستی توسط وی، بالقوه نیست؟ کدام یک از گزینه آزادی یا ادامه حبس وی، اخلاقی است؟

در حال حاضر افراد منتسب به داعش یا سایر گروه‌های تروریستی را تنها می‌توان تحت عنوان مجرمانه عضویت در دسته یا جمعیت به قصد برهم زدن امنیت کشور، به سه ماه تا پنج سال حبس محکوم کرد (ماده ۴۹۹ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی). حال بر فرض اگر عضو داعش، در ایران دستگیر و به پنج سال حبس محکوم شود، اما قطع و یقین به بازگشت وی به گروه تروریستی و شرکت وی در جنایات برنامه‌ریزی شده وجود داشته باشد، آیا نمی‌توان همچنان به ادامه حبس وی حکم داد؟

در فقه امامیه در جرم محاربه که یکی از مصادیق شاخص جرایم علیه امنیت است، چهار مجازات پیش‌بینی شده که سه مورد آن یعنی قتل، به صلیب کشیدن و قطع دست راست و پای چپ، به نوعی محارب را به طور کلی و جزئی ناتوان می‌نماید، لیکن در مجازات نفی بلد، پیش‌بینی شده تا زمانی که محارب توبه نکند، هیچ‌کس حق هم‌غذایی، هم‌صحبتی و خرید و فروش با وی را ندارد؛ لذا این‌گونه نیست که محارب به حال خود رها شود، بنابراین گفتمان امنیت‌مدار در فقه، بر ارباب و ناتوان‌سازی در حوزه امنیت عمومی بیشتر بها می‌دهد تا بر اصلاح و بازپروری.

### ۳. معیار ظنّ معتبر به بقای حالت خطرناک

معیار علم ظنّی به وجود حالت خطرناک و اقدام به تعیین و اعمال حبس پیشگیرانه، تابعی از

دو معیار کمی و کیفی است. معیار کمی عبارت است از سوابق محکومیت کیفری یا وجود اختلال روانی. خطرناک بودن برای امنیت عمومی نیز که به تشخیص قاضی واگذار شده است معیاری کیفی است.

### ۳-۱. معیار کمی یا عینی

اولین مسئله در تعیین ملاک آن است که آیا این اقدام تأمینی شامل مظنونین به ارتکاب جرم می‌شود یا محکومین؟ در حقوق کیفری آلمان برخلاف حقوق آمریکا، حبس پیشگیرانه تنها در مورد محکومین اعمال می‌شود. در حقوق آمریکا به موجب قانون «مجوز دفاع ملی برای سال ۲۰۱۲»<sup>۱</sup> این نوع حبس شامل مظنونین نیز می‌گردد؛ لذا دامنه حبس پیشگیرانه در حقوق آمریکا، وضعیت ماقبل دادرسی<sup>۲</sup> را نیز شامل می‌شود.

در حقوق کیفری آلمان دو ملاک کمی و کیفی برای حبس پیشگیرانه تعیین شده است.

ملاک کمی عبارت است از:

۱. محکومیت به حداقل دو سال زندان برای جرایم عمدی زمانی که:

الف) بابت جرایم علیه زندگی افراد، آزادی، سلامت و تمامیت جنسی، محکوم شده باشد؛  
ب) جرم یکی از مصادیق بخش اول (جرایم علیه صلح ملل)، هفتم (جرایم علیه نظم عمومی)، بیستم (دزدی و اخاذی) یا بیست‌وهشتم (جرایمی که موجب خطر عمومی می‌گردند) از بخش ویژه قانون مجازات آلمان باشد یا تحت قوانین حقوق کیفر بین‌الملل یا قانون مواد مخدر باشد و مجازات حبس قانونی آن جرم، کمتر از ده سال نباشد. یا ...

۲. مجرم قبلاً دو بار بابت جرایم علیه زندگی افراد، آزادی، سلامت و تمامیت جنسی به حداقل یک سال حبس، محکوم شده است؛

۳. وی قبل از وقوع جرم جدید، حداقل به مدت دو سال بابت جرایم فوق، در حال تحمل حبس بوده یا در حال طی تدابیر اصلاحی شامل محرومیت از آزادی بوده است.

علاوه بر قانون مجازات، بر اساس قانون «توقیف درمانی»<sup>۳</sup> مصوب ۲۰۱۱ نیز افرادی که از

1. National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012 (NDAA).

2. Pretrial detention.

3. Therapienterbringungsgesetz.

حبس پیشگیرانه آزاد می‌شوند اگر دارای نشانه‌های اختلال ذهنی باشند می‌توانند در یک مؤسسه، مورد درمان قرار گیرند (Basdekis-Jozsa, 2012: 293).

بررسی تاریخی حقوق کیفری ایران، نشان‌دهنده آن است که ملاک عینی خاصی برای تعیین حالت خطرناک وجود نداشته و همچنین قانونگذار مصادیق جرایم خطرناک را مشخص ننموده است (نجفی ابرندآبادی، ایارگر، ۱۳۹۳: ۱۶) و تقریباً هیچ معیار قانونی در این زمینه ارائه نشده است (بابایی، ۱۳۹۰: ۱۱۷). درعین حال شاید بتوان با بررسی دقیق‌تر، مواردی از حبس پیشگیرانه را در حالت خطرناک یافت.

نزدیک‌ترین واژه به حالت خطرناک در فقه امامیه، «تجرّی» است (میرخلیلی، ۱۳۸۹: ۲۵ و ۳۳). در قانون مجازات اسلامی، موارد متعددی از حبس در مواردی که «بیم تجرّی»<sup>۱</sup> مرتکب وجود داشته باشد، مورد تقنین قرار گرفته است. قاعدتاً دو واژه «بیم» و «تجرّی» ناظر به آینده است. به عبارت دیگر هرگاه قاضی تشخیص دهد که احتمال «بیم» ارتکاب مجدد جرم (تجرّی) توسط مرتکب می‌رود، می‌تواند حکم به حبس دهد. بر این اساس هرکس مرتکب قتل عمد شود و شاکی نداشته یا شاکی داشته ولی از قصاص گذشت کرده باشد و یا به هر علت قصاص نشود، در صورتی که اقدام وی موجب اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه یا بیم تجرّی مرتکب یا دیگران گردد، دادگاه مرتکب را به حبس از سه تا ده سال محکوم می‌نماید (ماده ۶۱۲ کتاب تعزیرات).

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، موادی از قانون سابق که در آنها از «بیم تجرّی» سخن گفته شده بود حذف گردیده است. این مواد عبارت‌اند از: ۲۰۳، ۲۰۸، ۲۲۲، ۲۲۴، ۲۶۹. در همه این مواد در صورت وجود بیم تجرّی، مجازات حبس پیش‌بینی شده بود.

---

۱. تجرّی در اصول فقه با تجرّی در حقوق کیفری، تفاوت مفهومی دارد. تجرّی در فقه، عنوان منترع از فعل یا ترک فعلی است که شخص برخلاف حجت شرعی انجام داده و درعین حال به واقع اصابت نکرده است (امینی، پورمنوچهری، ۱۳۸۷: ۵۱)، در حالی که در حقوق کیفری به معنای وجود حالت خطرناک بالقوه در مجرم است که وی را مستعد ارتکاب مجدد جرم در آینده‌ای نزدیک می‌نماید. از این رو، رویه قضایی، با گذشت مدت زمان طولانی از وقوع جرم یا ضرب و جرح ساده، معمولاً بیم تجرّی مرتکب را احراز نمی‌نماید (پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹۲: ۴۳۰).

در پیش‌نویس لایحه کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی که هم‌اکنون در قوه قضائیه نهایی شده است، موضوع تجرّی به طور کلی حذف گردیده است؛ لذا سیاست جنایی ایران به سمت حذف این اصطلاح است.

### ۳-۲. معیار کیفی

ملاک کیفی نیز مبتنی بر این ارزیابی کلی است که مرتکب و اقدامات وی نشان می‌دهد وی در نتیجه محکومیت به دلیل تمایل به جرایم اساسی، به ویژه مواردی که به شدت از نظر روانی یا جسمی به قربانی آسیب می‌رساند، برای عموم مردم خطرناک است (ذیل بند ۴ از بند ۱ ماده ۶۶ STGB)؛ لذا هدف از حبس پیشگیرانه مجازات نیست. برای اطمینان از مناسب بودن حبس پیشگیرانه، این حبس هر دو سال یک‌بار برای تعیین تهدید مستمر ایجادشده توسط فرد محکوم، مورد بازبینی قرار می‌گیرد. همچنین به این نوع حبس در رأی اصلی دادگاه، حکم داده می‌شود.

نکته‌ای که وجود دارد چیستی ضابطه‌ای است که قاضی به وسیله آن می‌تواند چنین خطری را برای امنیت جامعه پیش‌بینی کند. در حقوق آلمان این ضابطه ارائه شده، اما در حقوق کیفری ایران چنین امری پیش‌بینی نشده و تشخیص این امر به سلیقه قاضی واگذار شده است. در حالی که باید ضابطه‌ای ارائه گردد که موجب ظن معتبر قاضی به وجود چنین خطری برای جامعه گردد، مانند آنکه مجرم، سابقه تکرار جرایم خشن را داشته باشد.

در قانون منسوخ اقدامات تأمینی-تربیتی، علاوه بر اصطلاح «توقیف موقت» از عبارت «تبعیدگاه» نیز برای اشاره به حبس پیشگیرانه، استفاده شده بود. به موجب این قانون، «هرگاه کسی به علت ارتکاب جنایت یا جنحه عمدی، دو مرتبه یا بیشتر محکوم به حبس بیش از دو ماه شده و بعد از اجرای مجازات مرتکب جرمی شود که مستلزم مجازات حبس است و از این رو دادگاه تشخیص دهد که مشارالیه دارای حالت خطرناک بوده و تمایل به ارتکاب جرائم داشته یا از راه قوادی و یا فحشا و یا نظایر آن امرار معاش می‌نماید مجرم به عادت محسوب شده و دادگاه می‌تواند حکم نگاهداری او را در «تبعیدگاه» برای مدت نامعینی صادر نماید. نگاهداری در تبعیدگاه جانشین مجازات خواهد بود» (ماده ۵). تبعیدگاه نیز



مؤسسه‌ای بود که از طرف دولت به منظور نگاهداری مجرمین به عادت تأسیس می‌گردید. حداقل مدت نگهداری محکوم در تبعیدگاه، سه سال و چنانچه مجازات تعیین شده بیش از سه سال می‌بود، وی به میزان مدت مجازات در تبعیدگاه به سر می‌برد.

نتیجه آنکه حبس پیشگیرانه در هر سه نظام حقوقی آلمان، ایران و فقه امامیه، دارای ملاک‌های زیر است:

الف) وجود سابقه کیفری: با این تفاوت که در حقوق کیفری آلمان، حبس پیشگیرانه بابت جرایم شدید علیه تمامیت جسمی، پیش‌بینی شده ولی در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران، پیش‌بینی این حبس، عام‌تر بوده و همه جرایم را دربرمی‌گیرد.

ب) بقای حالت خطرناک و استمرار قصد مجرمانه: ارتکاب مجدد جرایم شدید، ملاکی است که بقای حالت خطرناک را می‌توان از آن استصحاب کرد و حکم به استمرار آن داد، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود؛ لذا ارتکاب مجدد جرم شدید علیه تمامیت جسمی، می‌تواند ایجاد نوعی ظن معتبر به ادامه حالت خطرناک مجرم نماید. حالت خطرناکی که بالقوه و با احتمال فراوان می‌تواند موجب جرم باشد.

درعین حال این شرط به صورت‌های دیگر نیز بیان شده است. مثلاً در مورد حبس پیشگیرانه در جرایم تروریستی، قاعدتاً اشخاص درگیر در جرایم تروریستی و کسانی که سابقه اعمال تروریستی دارند، می‌توانند در معرض این نوع حبس قرار گیرند، اما مسئله اصلی در مورد اشخاصی است که هیچ کدام از این شرایط را ندارند، اما آماده انجام اقدامات تروریستی جدی و در دست اقدام مانند قتل باشند (Miller, 2018: 138)؛ لذا در صورتی که عمل تروریستی جدی نباشد نمی‌توان از حبس پیشگیرانه در مورد اعضای گروه تروریستی استفاده کرد.

برخی از جرم‌شناسان معتقدند در مورد مجرمین تروریستی و مجرمین به عادت، معیار احراز ظن معتبر به ارتکاب جرم تروریستی توسط وی، مبتنی بر عضویت وی در گروه سازمان‌یافته تروریستی و بقای قصد وی برای شرکت در عملیات تروریستی است (Miller, 2018: 16) و حبس پیشگیرانه به خاطر همین عضویت، توجیه می‌شود. به عنوان نمونه تعداد قابل توجهی از کشته‌شدگان عملیات مرصاد، توأبین (منافقین) آزادشده سال‌های ۶۶-۱۳۶۵

از زندان‌های ایران هستند؛<sup>۱</sup> لذا به نظر می‌رسد سیاست جنایی در قبال آزادی چنین زندانیانی، با این مبنا غیرقابل توجیه بوده است.

در فقه امامیه هم در سرقت حدی در مرتبه سوم و هم عادت به انحرافات جنسی مانند زنا، لواط و مساحقه، احتمال قوی به تکرار چنین جرایمی شرط مهم تعیین این نوع حبس است.

### نتیجه

یکی از مهم‌ترین کارکردهای مجازات حبس که در سیاست کیفری افتراقی نسبت به مجرمین خطرناک و اصلاح ناپذیر در جرایم شدید جسمی و جنسی باید لحاظ شود، ناتوان‌سازی بزهکار به عنوان یک اقدام تأمینی جهت حمایت از شهروندان جامعه است که از آن تحت عنوان «حبس پیشگیرانه» یاد می‌شود. در این نوع مجازات، حبس مجرم به دلیل بقای حالت خطرناک، حتی پس از تحمل تمام مجازات قانونی، تمدید شده و اصل قانونی بودن مجازات، در تقابل با حفظ ارزشی به نام امنیت عمومی، رنگ می‌بازد. این قاعده که جهت ایجاد توازن میان امنیت عمومی و حقوق شهروندی، در دیوان اروپایی حقوق بشر استفاده می‌شود، «اصل تناسب» نام دارد.

با وجود این، برخلاف نظام حقوقی آلمان، عدم پیش‌بینی این نوع حبس و رهاسازی مجرمین خطرناک پس از تحمل مجازات که به معنی عدم ارزیابی و سنجش خطرناکی آنان برای جامعه است، جرایم جنسی و جسمی شدیدی را در ایران رقم زده است؛ لذا مسئله چالش‌برانگیز آن است که در صورتی که معیارهای عینی-کیفی وجود حالت خطرناک، از قبیل سابقه کیفری، روان‌رنجوری و میل به تکرار جرم، در شخص زندانی وجود داشته باشد، آیا می‌توان از حبس پیشگیرانه، به عنوان یک اقدام تأمینی جهت ایجاد امنیت اجتماعی و پیشگیری از ارتکاب بزه شدید جسمی، استفاده کرد؟

یافته‌های این پژوهش حاکی از آن است که حبس پیشگیرانه بر فرض گناه‌کاری استوار شده و به نوعی دارای ماهیت دوگانه مجازات-اقدام تأمینی است. مبانی اعمال این نوع حبس

---

۱. مروری گذرا بر شبهات پیرامون اعدام منافقین در سال ۶۷ و ادعاهای منتظری؛ ایران را ناامن می‌خواهند: روزنامه وطن امروز، مورخ ۱۳۹۵/۶/۰۷، کد خبر: ۱۶۲۷۴۱.

در سه نظام حقوقی آلمان، ایران و فقه امامیه، اصل احتیاط، قاعده دفع ضرر محتمل، گفتمان بزه‌دیده‌محور، شکست گفتمان اصلاحی و تفوق گفتمان امنیت‌مدار و غایت‌گرا است. لذا در پرتو این گفتمان، نگهداری مجرمین خطرناک، مادامی که برای جامعه تهدید محسوب می‌شوند امری موجه است. در عین حال ظنّ معتبر به بقای حالت خطرناک نیز بر اساس دو معیار کمی (وجود سابقه مجرمانه یا اختلال روانی) و کیفی (تشخیص قاضی مبنی بر به خطر افتادن امنیت عمومی با آزادی وی) قابل حصول است.

نتیجه آنکه حبس پیشگیرانه، اقدامی تأمینی و ناتوان‌ساز در قبال مجرمین جرایم شدید جسمی و جنسی است که مانع از آزادی آنها پس از اجرای مجازات و استفاده از نهادهای کیفرزداست و این نهیب را به سیاستگذاران کیفری می‌دهد که تأکید بیش‌ازحد بر سیاست حبس‌زدایی و فقدان هوشمندی در این زمینه، شهروندان جامعه را در معرض خطر بالقوه مجرمین اصلاح‌ناپذیر قرار خواهد داد.

Seyed Mohamad-  <http://orcid.org/0000-0002-5284-9204>  
Mahdi Sadati

## منابع

### الف) فارسی

- اسماعیلی، محمد، (۱۳۹۶)، «عدالت پیشگیرنده: مهار جرم در بستر نظام حقوقی»، *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، ۴ (۲)، صص ۳۲۶-۲۹۷.
- امینی، علیرضا؛ پورمنوچهری، سیدعلی، (۱۳۸۷)، «تجری در حوزه فقه و اصول»، *پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، ۵ (۱۴)، صص ۶۶-۵۱.
- بابایی، محمدعلی، (۱۳۹۰)، *جرم‌شناسی بالینی*، چاپ دوم، تهران: میزان.
- بولک، برنار، (۱۳۹۱)، *کیفرشناسی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ هشتم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی. (۱۳۹۲). *مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (کیفری)*، چاپ دوم، تهران: اداره انتشار رویه قضایی کشور.
- حاجی ده‌آبادی، احمد، (۱۳۹۰)، «تأملی پیرامون مجازات حبس در نظام حقوقی اسلام»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ۲ (۴)، صص ۶۸-۴۷.
- حیدری، محمدتقی، (۱۳۹۱)، *اصول استنباط*، ترجمه محسن غرویان و علی شیروانی، چاپ دوم، قم: انتشارات دارالفکر.
- رضوانی، سودابه، (۱۳۹۶)، *مفهوم خطرناکی در گستره‌ی علوم جنایی*، تهران: نشر میزان.
- رهبرپور، محمدرضا، (۱۳۹۳)، «مبانی فقهی ممنوعیت و جرم‌انگاری در قلمروی اخلاق زیستی»، *حقوق اسلامی*، ۱۱ (۴۲)، صص ۱۴۰-۱۱۹.
- شیری، عباس، (۱۳۹۷)، «حق بزه‌دیده در تعیین کیفر و نحوه اجرای آن»، *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ۸۱ (۸۱)، صص ۱۰۵-۷۷.
- صفاری، علی، (۱۳۹۶)، *کیفرشناسی*، چاپ سی‌ام، تهران: انتشارات جنگل، جاودانه.
- میرخلیلی، سید محمود، (۱۳۸۹)، «بازپژوهی تجری در آموزه‌های اسلامی با نگاهی به حالت

خطرناک از منظر جرم‌شناسی»، فصلنامه علمی حقوق تطبیقی، (۱۹)، صص ۴۲-۲۵.  
نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ ایارگر، حسین، (۱۳۹۳)، «نظارت بر مجرمان خطرناک: چالش‌ها و راهکارها»، پژوهش حقوق کیفری، ۲ (۶)، صص ۳۷-۹.  
نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ رضوانی، سودابه، (۱۳۹۴)، «سلب آزادی پیشگیری محور با تأکید بر ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، پژوهش حقوق کیفری، ۴ (۱۲)، صص ۴۲-۹.

نیکبخت، سارا، (۱۳۹۳)، کیفرشناسی، تهران: نشر آوا.

وائلی، احمد، (۱۳۷۸)، احکام زندان در اسلام، چاپ پنجم، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.  
ولایی، عیسی، (۱۳۹۸)، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، چاپ چهاردهم، تهران: نشر نی.

#### ب) عربی

ابن سعید، یحیی بن احمد، (۱۴۰۵ ق)، الجامع للشرائع، قم: مؤسسه سید الشهداء.  
انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۲۲ ق)، فرائد الاصول، ج ۳، قم: مجمع الفکر الاسلامی.  
جزایری، محمدجعفر، (۱۴۱۳ ق)، منتهی الدراییه فی توضیح الکفایه، ج ۴، قم: مؤسسه دار الکتاب.

جمعی از مؤلفین، (۱۴۹۰ ق)، الموسوعه الفقهيّه، ج ۱۶، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیه.

حرّ عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۱۶ ق)، وسایل الشیعه، ج ۲۸ و ۲۹، چاپ سوم، قم: مؤسسه آل البيت (ع).

خمینی، روح‌الله، (۱۳۹۵ ش)، تحریر الوسیله، ج ۲، قم: دارالعلم.

خویی، سید ابوالقاسم، (۱۳۹۰ ش)، مبانی تکمله المنهاج، ج ۱، تهران: انتشارات خرسندی.

\_\_\_\_\_ (۱۳۸۸). البیان فی تفسیر القرآن، قم: المکتبه العلمیه.

سبحانی تبریزی، جعفر، (۱۳۸۷)، الموجز فی اصول الفقه، قم: مؤسسه الإمام الصادق.

شمس‌الائمه سرخسی، محمد بن احمد، (۱۴۱۴ ق)، المبسوط، بیروت: دار المعرفه.

صدوق، محمدبن علی بن بابویه، (۱۴۰۶ ق.)، *من لا یحضره الفقیه*، ج ۴، چاپ اول، بیروت: مؤسسه الاعلمی.

طبری، محمد بن جریر، (۱۴۱۲)، *تفسیر طبری*، چاپ اول، ج ۲، لبنان: دار المعرفه.  
طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۷۱)، *التبیین فی تفسیر القرآن*، چاپ اول، ج ۱ و ۲، قم: دار احیاء التراث العربی.

عراقی، ضیاء الدین، (۱۴۱۱)، *منهاج الاصول*، ج ۴، بیروت: دار البلاغه.  
فاضل لنکرانی، محمد، (۱۳۸۵)، *ایضاح الکفایه*، ج ۵، قم: دارالکتاب.  
فخر رازی، محمدبن عمر، (۱۳۷۹)، *التفسیر الکبیر (مفاتیح الغیب)*، ج ۱۱، قم: دار الاحیاء التراث العربی.

کاسانی، مسعود، (۱۹۸۶)، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، بیروت: دار الکتب العلمیه.  
منتظری، حسینعلی، (۱۴۱۱ ق.)، *دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه*، چاپ دوم، قم: دارالفکر.

## پ) انگلیسی

- Alm, D. (2019). "Crime Victims and the Right to Punishment", *Criminal Law & Philosophy*, No. 13.
- Amini, Alireza; Pourmanochehri, Seyed Ali, (2017), "Tajari in the field of jurisprudence and its Principles", *Journal of Islamic Law & Jurisprudence Researches*, 5 (14), 51-66. [In Persian]
- Babaei, Mohammad Ali, (2011), *Clinical Criminology*, second edition, Tehran: Mizan. [In Persian]
- Bolek, Bernar, (2012), *Criminology*, translated by Ali Hossein Najafi Abrandabadi, 8th edition, Tehran: Majd Scientific and Cultural Assembly. [In Persian]
- Clearwater, Darin (2017). "If the Cloak Doesn't Fit, You Must Acquit": Retributivist Models of Preventive Detention and the Problem of Coextensiveness", *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 11, Issue 1, pp. 49-70.
- Edwards, Ian. (2004). "An Ambiguous Participant: The Crime Victim and Criminal Justice Decision-Making", *British Journal of Criminology*, Vol. 44, Issue 6.

- Esmaeili, M. (2018). Preventive justice: controlling crime through the legal system. *Criminal law and Criminology Studies*, 4(2), 297-326 [In Persian]
- Hajidehabadi, A. (2011). A Reflection upon Status of Imprisonment Punishment in the Legal System of Islam. *Journal of Studies in Islamic Law & Jurisprudence*, 2(4), 47-68. [In Persian]
- Haidari, Mohammad Taqi, (2011), Principles of Inference, translated by Mohsen Gharouyan and Ali Shirvani, second edition, Qom: Dar Al-Fikr Publications. [In Persian]
- Harrison, K. (2012). Dangerousness, risk and the governance of serious sexual and violent offenders, Abingdon, UK: Routledge.
- Herz, Clara. (2017). "the Impact of the European Convention on Human Rights (ECHR) on Preventive Police Detention as Governed by German Law", *Journal of Siberian Federal University. Humanities & Social Sciences*; 10 (6): pp. 922-930.
- Jessica Black MPhil, MA (Oxon.), BA. (2011). "Is the Preventive Detention of Dangerous Offenders Justifiable?", *Journal of Applied Security Research*, 6:3, pp. 317-338.
- Keyzer, Patrick. (2013). Preventive Detention: Asking the Fundamental Questions, Cambridge, UK: Intersentia.
- Kitai-Sangero, Rinat. (2009). "The Limits of Preventive Detention", *McGeorge Law Review*, Vol. 40, PP. 904-932.
- Merlo, Alida V.; Benekos, Preter G. (2017). Reaffirming Juvenile Justice: From Gault to Montgomery, New York and London: Taylor & Francis.
- Nadjafi Abrandabadi, A. H., & Ayargar, H. (2015). Dangerous Offenders Supervision; Challenges and Solutions *Journal of Criminal Law Research*, 2(6), 9-37. [In Persian]
- Nadjafi Abrandabadi, A. H., & Rezvani, S. (2015). Preventive Detention with Emphasis on Article 150 of the Islamic Penal Code of Iran 1392. *Journal of Criminal Law Research*, 4(12), 9-42. [In Persian]
- Nikbakht, Sara, (2014), Criminology, Tehran: Ava Publishing. [In Persian]
- Miller, Seumas. (2018). "The Moral Justification for the Preventive Detention of Terrorists", *Criminal Justice Ethics*, Vol. 37, pp. 122-140.
- Mir Khalili, S. M. (2010). Comparative Research on Tajarri (Temerity to Commit Crime) in Islamic Methodology of Feqh and Concept of Dangerousness in Criminology. *Journal of Comparative Law*, 0(19), 25-42. [In Persian]
- Research Institute of Extraction and Judicial Procedure Studies. (2012). Collection of Judicial Opinions of Courts of Appeal of Tehran Province

- (Criminal), 2nd edition, Tehran: Publishing Department of Judicial Procedure of the country. [In Persian]
- Rizvani, Sudabah, (2016), a dangerous concept in the scope of criminal sciences, Tehran: Mizan Publishing. [In Persian]
- Rahbarpour, M. R. (2014). Juridical Principles of Prohibition and Criminalization in the Field of Bioethics. *Islamic Law*, 11(42), 119-140. [In Persian]
- Shiri A. (2018). The right of the victim in determining the punishment and the manner of its implementation. 23 (81), 77-105. [In Persian]
- Safari, Ali, (2016), Criminology, 30TH edition, Tehran: Jangal Publications & Javadane. [In Persian]
- Valai, Isa, (2018), Descriptive Dictionary of "Usul" Terms, 14th edition, Tehran: Nei publication. [In Persian]
- Vaeli, Ahmad, (1378), Prison rules in Islam, 5th edition, Tehran: Farhang Islamic Publishing. [In Persian]
- Webber, Diane. (2016). Preventive Detention of Terror Suspects: A New Legal Framework, New York and London: Taylor & Francis.

#### ت) آلمانی

- Basdekis-Jozsa, R., & Briken, P. (2012). "Die Meinung forensischer Psychiater zur Sicherungsverwahrung (SV) und zum Therapieunterbringungsgesetz (ThUG) :LLKJH?", *Psychiatrische Praxis*, 6 (39).
- Baumann, I. (2006). *Dem Verbrechen auf der Spur: Eine Geschichte der Kriminologie und Kriminalpolitik in Deutschland 1880 bis 1980*, Germany, Goettingen: Wallstein Verlag.
- Bundesgesetzblatt (2010). "Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen", *Bundesgesetzblatt*, 68.
- Kinzig, Jörg. (2010). *Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter: Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, Berlin: Duncker & Humblot.

#### ث) فرانسوی

- Giacopelli, M. (2008). "Punir et Soigner: Etat du Droit Positif en Matière de Récidive et de Réitération Commises par les Majeurs", in *Problèmes Actuels de Science Criminelle*, No. 21.
- Herzog, E. (2008), "La Nouvelle Réétention de Sûreté: Elements d'Analyse", in *Ajp*, No.4.



### ج) گزارش

Bergmann v. Germany, European Court of Human Rights. (2016). application no. 23279/14.

استناد به این مقاله: ساداتی، سیدمحمد مهدی. (۱۴۰۱). مبانی و معیارهای کیفرگذاری حبس پیشگیرانه در حقوق آلمان، ایران و فقه امامیه. فصلنامه پژوهش حقوق کیفری. ۱۱(۴۰): ۹۱-۱۵۹. doi: 10.22054/jclr.2023.51856.2103



**Criminal Law Research** is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.