

حقوق جزای عمومی

جلد نخست

دوره است چهارم

چاپ پنجاه و هشتم

تابش ۱۳۹۸

دکتر محمد علی اردبیلی

استاد دانشگاه شهید بهشتی

پیشگامین

حقوق جزای عمومی

جلد نخست

دکتر محمد علی اردبیلی
استاد دانشکده حقوق دانشگاه تهران



۹۵
نشریه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ
الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ

«سوره حدید، آیه ۲۵»

سرشناسه	اردبیلی، محمّدعلی، ۱۳۲۶-
عنوان قراردادی	ایران، قوانین و احکام
عنوان و نام پدیدآور	حقوق جزای عمومی ج ۱ / محمّدعلی اردبیلی
وضعیت ویراست	(ویراست ۲)
مشخصات نشر	تهران: نشر میزان، ۱۳۹۸
مشخصات ظاهری	ج ۱، ص ۲۵۶
فروست	علوم اجتماعی: ج ۱، ۱۱۹۷، ج ۲، ۱۱۹۸، ج ۳، ۱۱۹۹، کلیات ۱۲۰۰
شابک	ج ۱: 978-964-511-997-1، ج ۲: 978-964-511-998-8، ج ۳: 978-964-511-999-9، ج ۴: 978-964-511-998-8
وضعیت فهرست نویسی	فهیبا
موضوع	حقوق جزا ایران
موضوع	جرم شناسی
رده بندی کنگره	ج ۷، ۳۸۰۰ / کف / ۳۸۰۰ KMH
رده بندی دیویی	۳۲۵/۵۵
شماره کتابشناسی ملی	۵۳۷۱۵۹۰

هر گونه کتبی (اعم از چاپ، کپی، فایل الکترونیکی و...) از این اثر بدون اخذ مجوز
از ناشر خلاف قانون بوده و پیگرد قانونی دارد.
لطفاً در صورت مشاهده، موارد را به شماره تلفن های ذیل اطلاع دهید.

۱۱۹۷
نشر میزان
حقوق جزای عمومی (جلد نخست)
دکتر محمّدعلی اردبیلی
چاپ پنجاه و هشتم: پاییز ۱۳۹۸
ویراست چهارم
صفحه آراء: محبوبه نادی
قیمت: ۲۵۰۰۰ تومان
شماره: ۵۰۰۰ نسخه
شابک: ۹۷۸-۹۶۴-۵۱۱-۹۹۶-۳

دفتر مرکزی: خ شهید بهشتی، بعد از چهارراه سهروردی، خ کاوسی فر، کوچه تکبسی، پلاک ۳۲، تلفن ۸۸۵۳۹۱۳۱
فروشگاه مرکزی: خ انقلاب، رویروی درب اصلی دانشگاه تهران، ابتدای خ فخررازی، پلاک ۸۳، تلفن ۴۶۶۷۷۰
واحد پخش و فروش: خیابان سمیه، بین مفتح و فرصت، پلاک ۱۰۴، تلفن ۸۸۳۳۹۵۲۹-۳۱
پست الکترونیکی: mizannasher@yahoo.com وب سایت: www.mizan-law

فهرست مطالب

۱۳	پیشگفتار.....
۱۷	پیشگفتار (ویراست دوم).....
۱۹	پیشگفتار (ویراست سوم).....
۲۱	پیشگفتار (ویراست چهارم).....

بخش نخست: بزه (جرم) و بزهکار

۲۵	درآمد.....
۲۸	جرم کیفری و جرم مدنی.....
۳۰	جرم کیفری و جرم انتظامی.....

فصل نخست: عناصر تشکیل دهنده جرم

۳۵	گفتار نخست: عنصر قانونی.....
۳۵	الف) لزوم عنصر قانونی.....
۳۵	اصل قانونی بودن جرم و مجازات.....
۳۸	مبانی لزوم قانونی بودن.....
۳۹	۱. مفهوم عنصر قانونی.....
۴۰	۲. کاربرد اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها.....
۴۰	○ کاربرد اصل قانونی بودن در تعیین جرایم و حالت خطرناک.....
۴۳	○ کاربرد اصل قانونی بودن در تعیین مجازات‌ها و اقدامات تأمینی.....

به همسرم

به پاس بزرگواری و خداکاری‌هایش

۱۸	۳. نتایج اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها
۴۸	○ تفسیر مضیق قانون کیفری
۵۱	روش تفسیر لفظی
۵۶	روش تفسیر عایی
۶۴	روش تفسیر قیاسی
۶۵	○ عطف بماسبق نشدن قانون کیفری
۶۶	عطف بماسبق نشدن قوانین کیفری ماهیتی
۷۰	○ قلمرو اجرای ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی
۷۳	○ تعیین زمان وقوع جرم
۷۴	○ جرم مستمر، جرم به عادت، تعدد واقعی جرم و تکرار جرم
۷۶	عطف بماسبق نشدن قوانین کیفری شکلی
۷۷	○ قوانین مربوط به تشکیلات و صلاحیت دادگاه‌ها
۸۰	○ قوانین مربوط به نحوه دادرسی
۸۲	ب) زوال عنصر قانونی: افسیاب اباحه
۸۳	۱. اضطرار
۸۴	○ ادله اضطرار
۸۵	○ مبانی اضطرار
۸۵	بینش ذهنی
۸۶	بینش عینی
۸۷	اضطرار در قوانین کیفری موضوعه
۸۷	○ شروط تحقق اضطرار
۸۷	بروز خطر شدید
۸۸	ضرورت ارتکاب جرم
۸۹	عدم مداخله عمدی مرتکب در ایجاد خطر
۸۹	تناسب جرم با خطر موجود
۹۰	نداشتن وظیفه مقابله باخطر
۹۱	○ آثار اضطرار

۹۲	۲. حکم قانون و امر آمر قانونی
۹۳	○ حکم قانون
۹۸	○ امر قانونی مقام ذیصلاح
۱۰۵	حدود مسؤولیت آمر و مأمور در اجرای حکم قانون
۱۰۵	۳. رضایت مجنی‌علیه
۱۰۶	اصل بی‌تأثیری رضایت مجنی‌علیه در ماهیت جرم
۱۰۷	تأثیر استثنایی رضایت مجنی‌علیه در ماهیت جرم
۱۰۷	○ تأثیر رضایت مجنی‌علیه در عدم تحقق جرم
۱۰۹	○ رضایت مجنی‌علیه شرط اباحه عمل
۱۰۹	عمل جرأسی با طنی
۱۰۹	عمل جرأسی یا طنی مشروع
۱۱۱	رضایت مجنی‌علیه
۱۱۳	رعایت مقررات پزشکی و موازین فنی و علمی
۱۱۳	احذ برائت
۱۱۴	عملیات ورزشی
۱۱۶	عملیات ورزشی و حوادث ناشی از آن
۱۱۷	عدم نقض مقررات ورزشی
۱۱۸	عدم مخالفت مقررات ورزشی با موازین شرعی
۱۱۹	۴. دفاع مشروع
۱۱۹	ادله دفاع مشروع
۱۲۱	مبانی دفاع مشروع
۱۲۲	شروط تحقق دفاع مشروع
۱۲۳	○ در شروط تجاوز
۱۲۳	تجاوز با خطر فعلی یا قریب الوقوع
۱۲۴	تجاوز غیر قانونی
۱۲۵	○ در شروط دفاع
۱۲۶	ضرورت دفاع

۱۲۷	دفاع برای رد تجاوز و خطر ناشی از رفتار غیر
۱۲۸	رعایت مراحل دفاع
۱۲۹	موضوع تجاوز
۱۳۰	○ تجاوز به نفس
۱۳۰	○ تجاوز به عرض
۱۳۰	○ تجاوز به ناموس
۱۳۱	○ تجاوز به مال
۱۳۱	○ تجاوز به آزادی تن
۱۳۱	دفاع از دیگری
۱۳۲	انکار دفاع مشروع
۱۳۵	گفتار دوم: عنصر مادی
۱۳۶	الف) ماهیت رفتار مادی
۱۳۷	۱. رفتار
۱۳۷	○ فعل
۱۳۸	○ ترک فعل
۱۳۸	○ جرم فعل ناشی از ترک فعل
۱۴۰	۲. حالت
۱۴۱	۳. اوضاع و احوال
۱۴۲	ب) دوام رفتار مادی
۱۴۲	۱. از حیث مدت مرور زمان تعقیب
۱۴۳	۲. از حیث تأثیر قانون جدید
۱۴۳	۳. از حیث صلاحیت دادگاه
۱۴۳	۴. از حیث اعتبار امر مختوم
۱۴۴	پ) شمار رفتار مادی
۱۴۵	۱. تأثیر مرور زمان
۱۴۵	۲. تعیین دادگاه صلاحیتدار

۱۴۶	۳. تأثیر قانون جدید
۱۴۶	ت) نتیجه رفتار مادی
۱۴۸	۱. شروع به جرم (مقید)
۱۵۱	○ شروط تحقق شروع به جرم
۱۵۱	شروع به اجرای جرم
۱۵۲	○ تمیز اعمال مقدماتی از شروع به اجرا
۱۵۷	عدم انصراف ارادی
۱۶۰	○ محال بودن جرم
۱۶۲	○ عقیم ماندن جرم
۱۶۳	۲. شروع به جرم (مطلق)
۱۶۵	۳. مجازات شروع به جرم، جرم محال و جرم عقیم
۱۶۵	○ مجازات شروع به جرم
۱۶۶	○ مجازات جرم محال و جرم عقیم
۱۷۰	گفتار سوم: عنصر روانی
۱۷۱	الف) عمد
۱۷۲	۱. آگاهی
۱۷۴	۲. اراده
۱۷۶	۳. شروط تحقق عمد
۱۷۹	۴. عمد و انگیزه
۱۸۲	۵. چگونگی و درجات عمد
۱۸۲	○ سوء نیت عام و سوء نیت خاص
۱۸۳	○ سوء نیت معین و سوء نیت نامعین
۱۸۶	ب) تفسیر کیفری
۱۸۹	۱. اقسام تفسیر
۱۹۱	○ بی احتیاطی
۱۹۱	○ بی ملاحظه

- ۱۹۲ عدم مهارت
 ۱۹۲ عدم رعایت نظامات دولتی
 ۱۹۳ ۲. تساوی میان قصاص کیفری و قصاص عظامی
 ۱۹۶ ۳. رابطه حکمت
 ۱۹۸ نظریه خطای کیفری همچون شرط ضروری نتیجه
 ۲۰۰ نظریه خطای کیفری همچون شرط نزدیک و بی واسطه نتیجه
 ۲۰۱ نظریه خطای کیفری همچون شرط پویای نتیجه
 ۲۰۲ نظریه خطای کیفری همچون شرط مناسب نتیجه

فصل دوم: طبقه‌بندی جرایم

- ۲۰۶ گفتار نخست: طبقه‌بندی جرایم بر حسب عنصر قانونی
 ۲۰۷ الف) جرایم سیاسی و جرایم عمومی
 ۲۰۸ ۱. ضابطه تشخیص جرایم سیاسی
 ۲۰۹ دیدگاه جرم‌شناختی
 ۲۱۲ دیدگاه حقوقی
 ۲۱۴ ضابطه عینی
 ۲۱۴ ضابطه ذهنی
 ۲۱۷ ۲. فواید حاصل از تشخیص جرایم سیاسی
 ۲۱۷ حقوق کیفری بین‌الملل
 ۲۱۸ حقوق کیفری داخلی
 ۲۲۱ ب) جرایم نظامی و جرایم عمومی
 ۲۲۲ ۱. ضابطه تشخیص جرایم نظامی
 ۲۲۴ ۲. فواید حاصل از تشخیص جرایم نظامی
 ۲۲۵ حقوق کیفری بین‌الملل
 ۲۲۶ حقوق کیفری داخلی

- ۲۲۸ گفتار دوم: طبقه‌بندی جرایم بر حسب عنصر مادی
 ۲۲۸ الف) طبقه‌بندی جرایم به اعتبار شیوه ارتکاب آن
 ۲۳۰ ب) طبقه‌بندی جرایم به اعتبار نتیجه ارتکاب آن
 ۲۳۱ پ) طبقه‌بندی جرایم به اعتبار لحظه مشاهده عنصر مادی
 ۲۳۱ گفتار سوم - طبقه‌بندی جرایم بر حسب عنصر روانی
 ۲۳۱ الف) جرایم عمدی و جرایم غیرعمدی
 ۲۳۶ ب) جرایم ساده و جرایم مرتبط
 ۲۴۱ کتابنامه
 ۲۴۱ الف - فارسی و عربی
 ۲۴۴ ب - فرانسوی
 ۲۴۷ واژه‌نامه
 ۲۵۱ موضوع‌نامه

درآمد

مفهوم قانونی و مفهوم جرم‌شناختی

علمای حقوق کیفری هر یک جرم^۱ (بزه) را به گونه‌ای متفاوت تعریف کرده‌اند. هر یک از این تعاریف با تمام ژرفکاوی اغلب از گرایش‌های نظری مکتب‌های خاصی ملهم بوده است. برای نمونه مکتب عدالت مطلق جرم را «هر فعل مغایر اخلاق و عدالت» تعریف کرده است و یا بنا به تعریف گاروفالو یکی از بنیادگذاران دانش جرم‌شناسی جرم عبارت است از تعرض به احساس اخلاقی بشر یعنی «جریحه‌دار کردن آن بخش از حس اخلاقی که احساسات بنیادی نوع خواهانه یعنی شفقت و درستکاری را شامل می‌شود»^۲ همچنین، کارارا که بیشتر به اوصاف عینی جرم توجه داشته است جرم را «نقض یکی از قوانین دولت ناشی از فعل خارجی انسان که ایفای وظیفه یا اعمال حق آن را تجویز نکند و

1. Infraction

2. Garofalo (R.), La criminologie, étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité, pp. 38-39.

مستوجب کیفر باشد^۱ تعریف نموده است. در تعریف دیگری که از حقوقدان فرانسوی رو منقول است، علاوه بر عنصر قانونی و مادی جرم، عنصر روانی نیز در تعریف منظور شده است. در این تعریف: «جرم عبارت است از تجلی خطاکارانه اراده شخص برخلاف حق که قانون برای آن کیفری تعیین کرده است»^۲ از دیدگاه اسلام، افعالی جرم تلقی می‌شود که مغایر با احکام یا اوامر و نواهی باری تعالی باشد. این افعال در قرآن کریم به نام‌های مختلف از قبیل سوء، سیئه، اثم، جناح و... مذکور است. جناح (گناه) که موضوع حدود و تعزیرات اسلامی است شامل هر فعلی ولو آنکه تنها جنبه شخصی داشته باشد یعنی مفسده آن عائد خصوص مرتکب گردد نیز می‌شود، مانند: رده، شرب خمر، کذب، ترکی واجبات و...^۳ بنابراین، از این دیدگاه جرم عبارت است از رفتار خلاف مصالح و منافع فردی و اجتماعی که علیه آن مراجع قضایی ناشی از قدرت و حاکمیت احکام الهی کیفری تعیین کنند.

در قوانین کیفری کشور ما تعریفی از جرم نشده است. فقط در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی (مصوب اول اردیبهشت ۱۳۹۲) در بیان اوصاف جرم آمده است: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده جرم محسوب می‌شود». در توصیف قانونگذار، مجازات نشانه سرزنش عمومی است و جامعه با ابراز آن، افعال نکوهیده را تعیین می‌نماید. جامعه این افعال را نکوهش نمی‌کند چون جرم است، بلکه جرم است چون آن را نکوهش می‌کند. وصف دیگری که در این ماده آمده قانونی بودن جرم و مجازات است. این وصف حایز کمال اهمیت است. زیرا، جامعه نمی‌تواند یک جانبه و

۱. Carrara (M.), Programma del corso di diritto criminale (parte generale) §§21 ets.) cité par Bouzat et Pinatel, Droit pénal général, t.I., p. 129.

۲. Roux (J.-A.), Cours de droit criminel français, t.I., p.88, cité par Merle et Vitu, Traité de droit criminel, t.I., pp. 471-472.

۳. ابوالقاسم گرجی، حقوق جزای عمومی اسلام، نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی، ص ۹۲.

خودسرانه درباره سرنوشت شهروندان تصمیم بگیرد و به هر بهانه آزادی‌های آنان را محدود و تدابیری به نام مجازات یا اقدامات تأمینی به آن‌ها تحمیل کند. پیش از آن، ضرورت دارد قانونگذار افعالی را که ممنوع و مستوجب کیفر می‌داند تعیین کند. بر این اساس، مفهوم جرم بیش از هر چیز مفهومی است قانونی و عبارت است از هر فعل یا ترک فعل قابل استناد به مرتکب که قانون برای آن مجازات یا اقدامات تأمینی پیش‌بینی کرده باشد. با این همه، در توصیف قانونگذار از این فعل یا ترک فعل، برخلاف ماده ۲ قانون راجع به مجازات اسلامی (مصوب ۲۱ تیر ۱۳۶۱) در ماده ۲ قانون جدید سخنی از اقدامات تأمینی و تربیتی نیامده است که در جای خود بی‌ایراد نیست. ولی، اگر چنانچه از زاویه دفاع اجتماعی به این پدیده نگاه شود، هم‌چنانکه جرم‌شناسان به این واقعیت توجه دارند، تعیین رفتار مجرمانه به بررسی حقوقی شروط قانونی تحقق آن بستگی ندارد، بلکه مشروط به تحلیل پیشینی علل واقعی آن است. برای جرم‌شناس این پرسش با توجه به مشاهدات و تجارب جرم‌شناسی مطرح است که چگونه رفتارهایی مناسب جرم بودن است تا حمایت جامعه به نحو مؤثر تأمین شود هرچند این رفتار در قالب پیش‌بینی‌های قانونگذار ننگند؟ از این جا بینش‌های کاملاً متفاوتی درباره جرم بر حسب نوع معرفت علمی (انسان‌شناسی، جامعه‌شناسی، روان‌شناسی) شکل گرفته که ارائه تعریف یکتایی از جرم را ناممکن ساخته است. پژوهش‌های علمی در زمینه علوم رفتاری تعابیری نو، پویا و مفاهیمی پربار به ارمغان آورده که تا کنون در فروگشایی معضلات بسیاری از بزهکاران مؤثر بوده است. کین برگ^۱ جرم‌شناس سوئدی معتقد است جرم شکلی از ناسازگاری اجتماعی است. ارتکاب جرم یکی از راه‌های حل مسائلی است که فرد در رویارویی با محیط خود در دام آن گرفتار آمده است و گریزی از آن جز با ارتکاب جرم نمی‌یابد. طرق دیگر حل مشکلات تطابق و سازش‌پذیری

اجتماعی را باید در ظهور بیماری‌های روانی و اختلالات عصبی جست و جو کرد.

برای درک بهتر موضوع باید یادآوری کرد که هر جامعه‌ای برای حفظ و صیانت خود و اصولاً برقراری مناسبات سالم و هماهنگی میان افراد و افسراد با نهادهای اجتماعی به وضع قوانین و مقرراتی می‌پردازد. در روند اجتماع‌پذیری و قبول هنجارها و ارزش‌های کلی جامعه افرادی یافت می‌شوند که یا به علت ناتوانی جسمی - روانی و یا به علت نابسامانی محیط در تعیین و ارائه ضوابط دقیق هنجارها و یا به هر دو علت، از فروگشایی کشمکش‌های روند سازگاری عاجز مانده‌اند و کوشش آنان در جهت بازایی هویت و ایستار اجتماعی خود به صورت‌های گوناگون از جمله قانون‌شکنی تجلی می‌کند. بنابراین، جرم از دیدگاه روان‌شناسی اجتماعی، دو عنصر فرد و گروه و چگونگی مناسبات این دو با یکدیگر تأکید دارد.

به طور خلاصه، در تمام تعاریف جرم‌شناسی، آنچه بیشتر اهمیت دارد و در تعریف قانونی جرم کمتر دیده می‌شود، علل و عواملی است که فرد را به بروز رفتارهای مغایر هنجارهای اجتماعی برانگیخته و او را در تداوم چنین رفتارهایی ترغیب کرده است.

مفهوم جرم با شرح و وصفی که گذشت با مفاهیم حقوقی دیگری که از جهاتی شبیه‌اند تفاوت‌هایی دارد. از این رو، گاه در تمایز مفهوم جرم از سایر تخطی‌ها قید کیفری را به کار می‌برند.

جرم کیفری و جرم مدنی^۱

جرم کیفری به معنی عام، عبارت از هر رفتاری است که به موجب قوانین کیفری انجام دادن و یا ترک آن با مجازات مقرر توأم باشد؛ مانند قتل،

1. Délit pénal
2. Délit civil

کلاهبرداری، سرقت و ... در حالی که جرم مدنی به فعلی اطلاق می‌شود که من غیر حق زبانی به دیگری وارد و فاعل را به جبران آن ملتزم کند. بنابراین، جرم کیفری و جرم مدنی از حیث عناصر تشکیل دهنده و ضمانت اجرا متفاوت‌اند.

از حیث عنصر قانونی، جرم کیفری بنا به اصل قانونی بودن جرایم، رفتار خاصی است که در قانون تصریح شده است. حال آنکه جرم مدنی هر نوع فعل زیان‌آوری است که مبتنی بر تقصیر باشد، اگر چه موضوع نص خاصی قرار نگرفته باشد. ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی (مصوب ۷ اردیبهشت ۱۳۳۹) در این باره مقرر می‌دارد: «هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتی یا به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگر شود مسؤول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد».

از حیث عنصر مادی، جرم کیفری ممکن است مستقل از زیان و خسارت مادی تحقق یابد (مانند شروع به جرم، جرم محال، حمل غیر مجاز اسلحه، ولگردی و ...) ولی جرم مدنی همواره با فرض وجود ضرر قابل تصور است.

سرانجام از حیث عنصر روانی با اینکه در تحقق جرم کیفری و نیز جرم مدنی وجود تقصیر ضروری است و گاه یکی است (مانند ایراد ضرب و جرح ناشی از بی‌احتیاطی) با این همه، گاه این دو تقصیر از یکدیگر متمایزند. ارتکاب پاره‌ای از جرایم کیفری خصوصاً جرایم عمدی برپایه نوعی سوءنیت نهفته است. در حالی که در تحقق جرم مدنی اراده مجرمانه شرط نیست. بلکه اغلب تقصیر نتیجه افعال و بی‌مبالایی فاعل است. در مواردی وجود تقصیر هم شرط نیست و فاعل در هر حال مسؤول است. به موجب ماده ۳۲۸ قانون مدنی: «هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است».

ضمانت اجرایی هر یک نیز ملاک تشخیص و تمیز این دو جرم به شمار

می‌رود. ضمانت اجرایی جرم کیفری مجازاتی است که مستقیماً متوجه فاعل آن است. ولی ضمانت اجرایی جرم مدنی جبران خسارت زیان دیده یا رفع ضرر از او است که متوجه اموال زیان زننده می‌شود. با وجود این، میان جرم کیفری و جرم مدنی خصوصاً زمانی که رفتار مادی، موجب جرم کیفری و در عین حال جرم مدنی است پیوندهایی دیده می‌شود. چنین رفتاری ممکن است منشاء دو نوع ادعا در برابر مراجع رسیدگی به حساب آید؛ ادعای عمومی برای حفظ حقوق عمومی و ادعای خصوصی برای مطالبه ضرر و زیان شخصی. و چون منشاء این دو ادعا رفتار واحدی است، می‌توان دعوی خصوصی را در برابر دادگاه کیفری نیز اقامه کرد.

جرم کیفری و جرم انتظامی^۱

جرم کیفری و جرم یا تخلف انتظامی را می‌توان با عناصر تشکیل دهنده و ضمانت اجرایی هر یک از هم باز شناخت.

عناصر تشکیل دهنده این دو جرم متفاوت‌اند. تخلف انتظامی عبارت است از نقض مقررات صنفی یا گروهی که اشخاص به تبع عضویت در گروه آن را پذیرفته‌اند. در واقع، جامعه کوچکی مانند کانون‌های صنفی و کلا، سردفتران، پزشکان و ... مانند جامعه بزرگ متکی به اصول و مقرراتی است که حافظ نظم و نهایتاً بقای گروه یا اتحادیه صنفی و حرفه‌ای است. از این رو، در حالی که تقصیر کیفری متضمن نقض قوانین کیفری است، تقصیر انتظامی عبارت است از نقض قواعد خاص گروه‌های کوچک اجتماعی یا حرفه‌ای بدون آنکه عمد یا سهوی در ارتکاب آن شرط باشد. افزون بر آن، برخلاف تقصیر کیفری که موارد آن به طور حصری در قانون پیش‌بینی شده است، تقصیر انتظامی ممکن است از فعلی ناشی شود که بدون تردید مغایر منافع مشترک گروهی است ولی منع آن در مقررات

1. Délit disciplinaire

انتظامی تصریح نشده باشد، بلکه برخلاف شؤون و حیثیت شغلی باشد. ضمانت‌های اجرایی جرم کیفری و جرم انتظامی نیز از وجوه افتراق این دو به شمار می‌آیند. جرم کیفری مستوجب مجازات‌هایی است که در قوانین جزایی پیش‌بینی شده و به حکم دادگاه‌های کیفری به اجرا در می‌آید. ولی مجازات‌های نقض مقررات گروهی و صنفی تصمیماتی است که مراجع رسیدگی به تخلفات گروه‌های مذکور مانند دادگاه‌های انتظامی قضات، شورای انتظامی نظام پزشکی و یا هیأت‌های رسیدگی انتظامی به تخلفات کارمندان دولت اتخاذ می‌کنند. این مجازات‌ها مختلف‌اند و طیف آن‌ها از اخطار ساده و توبیخ تا تعلیق موقت و منع دائم از ادامه فعالیت و سرانجام اخراج از گروه گسترده است. آنچه درباره تمایز جرم کیفری و جرم مدنی از یک سو و جرم کیفری و جرم انضباطی از سوی دیگر بیان گردید ماهیت جرم کیفری را بهتر آشکار می‌سازد. جرایم کیفری از عناصری تشکیل یافته است که اختصاص به یکایک آن‌ها ندارد و مشترک بین آن‌ها است. لیکن، این اشتراک در عناصر تشکیل دهنده به معنی آن نیست که همه جرایم از یک گونه هستند. از این رو، در ادامه این بخش، پس از بررسی عناصر جرم به طبقه‌بندی جرایم به اعتبار عناصر مذکور خواهیم پرداخت. بر این اساس، فصول دوگانه این بخش به این شرح تنظیم شده است:

فصل نخست: عناصر تشکیل دهنده جرم

فصل دوم: طبقه‌بندی جرایم

فصل نخست

عناصر تشکیل دهنده جرم

در کنار عناصر تشکیل دهنده خاص هر یک از جرایم که بر حسب نوع جرم تغییر می‌کند (عناصر اختصاصی)، جرایم به طور کلی دارای عناصر تشکیل دهنده مشترکی (عناصر عمومی) هستند که اختصاص به هر یک از آنها ندارد.

درواقع، به لحاظ حقوقی، برای آنکه رفتار انسانی جرم به شمار آید باید؛ نخست، قانونگذار این رفتار را جرم شناخته و کیفری برای آن مقرر کرده باشد (عناصر قانونی)، دوم، فعل یا ترک فعل مشخص به منته ظهور و بروز یا کمینه به مرحله فعلیت برسد (عناصر مادی)، سوم، با علم و اختیار ارتکاب یافته باشد (عناصر روانی).

افزون بر عناصر سه‌گانه مذکور، بعضی از دانشمندان از جمله حقوقدان فرانسوی گارو تحقق جرم را به وجود عنصر چهارمی به نام عنصر ناحق^۱ مشروط می‌دانند. آنها معتقدند که اگر ارتکاب جرم در جهت استیفای حق یا ادای تکلیفی باشد که قانونگذار تعیین کرده است، موردی برای تعقیب و مجازات مرتکب وجود نخواهد داشت. لیکن، اغلب حقوقدانان با این عقیده موافق نیستند. به نظر آنها، آنچه گارو و دیگران عنصر ناحق نامیده‌اند همان اسباب اباحه یا جهاتی است که عنصر قانونی جرم را زائل می‌کند. مانند دفاع مشروع و امر امر قانونی. بنابراین، بهتر است عناصر تشکیل دهنده جرم را به همان عناصر سه‌گانه

محدود نمود و در فقدان هریک، از جمله مشروع بودن رفتار یعنی زوال عنصر قانونی، تحقق جرم را اصولاً ممتنع دانست.
عقیده دیگری که در این باره باز در بین بعضی دیگر از حقوقدانان پیروانی دارد، قول به ترکیب دوگانه عناصر جرم یعنی عنصر مادی و عنصر روانی و نفسی است. براساس این عقیده جرم رفتاری است متشکل از دو عنصر مادی و روانی. عنصر قانونی امری مستقل و جدای از رفتار موصوف است. افزون بر این که این رفتار وصف خود را از قانون می گیرد که پیش از آن وجود داشته است. به عبارت دیگر، خالق و سازنده جرم همانا قانون است. از این رو، نمی توان پذیرفت که عنصر قانونی جزئی از عناصر سازنده جرم است. اما مسأله این جا است که وقتی قانونگذار افعالی مانند دفاع مشروع، امر آمر قانونی و اجازه قانون را با وجود ترکیب دو عنصر مادی و روانی جرم نمی شناسد، بار دیگر ضرورت وجود عنصر قانونی آشکار می شود. در واقع افعال مذکور به این دلیل جرم محسوب نمی شوند که قانونگذار وصف مجرمانه را از این افعال زدوده است. بنابراین، بار دیگر اهمیت عنصر قانونی و جایگاه آن را در ساختار جرم در می یابیم.

ما نیز بر این مبنا، مطالب این فصل را در سه گفتار به بررسی این عناصر به این شرح اختصاص دادیم:

گفتار نخست: عنصر قانونی

گفتار دوم: عنصر مادی

گفتار سوم: عنصر روانی

گفتار نخست: عنصر قانونی^۱

فعل یا ترک فعل انسانی هر اندازه زشت و نکوهیده و برای نظام اجتماعی زیان بخش باشد تا زمانی که حکمی بر آن وارد نشده و یا در قانون پیش بینی نشده باشد قابل مجازات نیست. به بیان دیگر مادام که قانونگذار فعل یا ترک فعلی را جرم نشناسد و کیفری برای آن تعیین نکند افعال انسان مباح است. بنابراین، تحقق جرم و صدور حکم مجازات منوط به نص صریح قانون است. و چون بدون وجود قانون جرم محقق نمی شود گزاف نیست که گفته شود قانون شرط لازم جرم است (لزوم عنصر قانونی).

با این همه، تعیین قانونی جرم شرط کافی برای مجازات نیست. در مواردی، بنا به دلایلی (دفاع مشروع، حکم قانون) رفتاری که به وصف مجرمانه متصف شده و معمولاً قابل مجازات است، به موجب خود قانون که وصف مجرمانه رفتار مذکور را زدوده، مصون از تعقیب و مجازات است.

الف) لزوم عنصر قانونی

اصل قانونی بودن جرم و مجازات

با اینکه در اسلام بر لزوم قانونی بودن جرم و مجازات از چهارده قرن پیش دلیل هایی می شناختند،^۲ ولی نخستین بار قانونگذار کشور ما به هنگام تنظیم متعم قانون اساسی (مورخ ۲۹ شعبان ۱۳۲۵ هـ. ق) لزوم آن را به پیروی از قوانین

۱. Elément légal

۲. این دلیل ها یا نقلی و یا عقلی است. از جمله شارع مقدس در کتاب می فرماید: مَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَمُتَ رَسُولًا (آیه ۱۵، سوره اسراء) یعنی ما هیچ کس را پیش از برانگیختن پیامبر به کیفر نمی رسانیم. در این آیه خداوند، کیفر گناهکاران را به بیان تکلیف و حکم موكول کرده است. و یا قاعدة عقلی قبح عقاب بلا بیان بر این امر دلالت دارد که بدون بیان حکم و تصریح قانونی اگر کسی به کیفر برسد، عقل آن را قبیح و نادرست می داند و تا هنگامی که قانونگذار افراد را از کاری منع نکرده، انجام دادن آن کار مباح است و منعی ندارد و هرگز کسی را برای انجام دادن آن کیفر نخواهند کرد (ابوالقاسم گرگی، حقوق جزای عمومی اسلام، نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی، شماره ۶، ص ۹۲)

اروپایی در اصل دوازدهم که مقرر می‌داشت: «حکم و اجرای هیچ مجازاتی نمی‌شود مگر به موجب قانون» تصریح کرد.
در نظام کیفری کشورهای غربی، سابقه تاریخی اصل قانونی بودن جرم و مجازات به قرن هیجدهم برمی‌گردد. تا آن زمان، مقامات قضایی این کشورها در تعیین جرم و پیش‌بینی میزان کیفرها حد و مرزی نمی‌شناختند و بر اساس فرمان‌ها و عرف و عادات مردم حکم می‌دادند. ابهام و اجمال نصوص قانونی منشاء تفسیرهای شخصی دادرسان و در نتیجه آرای متفاوت بود و در موارد سکوت قانون به خودسری و خودکامگی آنان می‌انجامید.
بکاریا و متسکیو از جمله نخستین فیلسوفانی بودند که در این قرن بر لزوم قانونی بودن جرم و مجازات و تفکیک قوای سه گانه که ضامن استقلال دادرسان بود تأکید ورزیدند.

بکاریا در کتاب مشهور خود «جرائم و مجازات‌ها» که به سال ۱۷۶۴ انتشار یافت در دفاع از این اصل می‌نویسد: «تنها بر پایه قوانین می‌توان کیفرهای متناسب با جرائم را تعیین کرد و این اختیار خاص، تنها به قانونگذار که نماینده جامعه‌ای است که بر اساس یک قرارداد اجتماعی تشکیل یافته است تعلق دارد.»^۱ در همین کتاب بکاریا صریحاً در مقام دفاع از آزادی‌های مردم می‌نویسد: «هر شهروندی باید بداند چه موقع گناهکار و چه موقع بی‌گناه است»^۲ متسکیو نیز در کتاب «روح القوانين» به این نکته چنین اشاره می‌کند که: «اگر قوه قضایی از قوه قانونگذاری و اجرایی مجزا نباشد باز هم آزادی وجود ندارد. چه آنکه اختیار نسبت به زندگی و آزادی افراد خودسرانه خواهد بود و وقتی قاضی خود مقنن بود و خودش هم اجرا کرد اقتدارات او جابرانه خواهد بود.»^۳

بر این اساس بود که مجلس مؤسسان انقلاب فرانسه در اعلامیه‌ای که در ۲۷

۱. سزار بکاریا، رساله جرائم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، ص ۳۴.

۲. سزار بکاریا، مأخذ پیشین، ص ۱۱۲.

۳. شارل لویی متسکیو، روح القوانين، ترجمه علی اکبر مهندي، ص ۲۹۷.

اوت ۱۷۸۹ در ۱۷ ماده درباره اصول آزادی و برابری و حقوق افراد تصویب کرد پس از قبول اصل تفکیک قوا رسماً تأکید کرد که فقط قانونگذار می‌تواند رفتارهای ضد اجتماعی را به عنوان جرم بشناسد و تعیین کند. به موجب ماده ۸ اعلامیه: «قانون فقط کیفرهایی را مقرر می‌دارد که به وضوح و یقین ضرورت دارد و هیچ کس را نمی‌توان مجازات کرد مگر به موجب قانونی که پیش از ارتکاب جرم مقرر و توشیح شده باشد و به طور قانونی به اجرا درآمده باشد.» از قسمت اخیر این ماده چنین بر می‌آید که نویسندگان اعلامیه نه فقط به اصل قانونی بودن جرم و مجازات توجه داشته‌اند، بلکه خواهان این بودند که دادرسی کیفری نیز در شکل قانونی صورت پذیرد.

ماده ۷ اعلامیه در تأیید این نکته اعلام می‌دارد که: «هیچ کس را نمی‌توان بازداشت کرد مگر در موارد و به صورتی که قانون تعیین و مقرر کرده است.» اصل قانونی بودن جرم و مجازات امروز به عنوان یکی از اصول کلی نظام کیفری کشورهای مغرب زمین با تعبیر *Nullum crimen, nulla poena sine lege* یعنی هیچ جرم و کیفری بدون قانون وجود ندارد پذیرفته شده است.^۱

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران لزوم قانونی بودن جرم را در اصل یکصد و شصت و نهم رسماً شناخته است. به موجب این اصل: «هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود.» به عبارت دیگر فعل یا ترک فعل انسان مادام که پیش از آن موضوع امر و نهی قانونگذار قرار نگرفته باشد جرم به شمار نمی‌رود. درباره لزوم قانونی بودن مجازات نیز اصل سی و ششم قانون مذکور اعلام می‌دارد: «حکم به مجازات و اجراء آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.» در این اصل علاوه بر تعیین مجازات نحوه اجرای آن نیز منوط به تصریح قانون شده است.

۱. برای آشنایی بیشتر با تحولات این اصل بنگرید به: گودرز افتخار جهرمی، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و تحولات آن، مجله تحقیقات حقوقی، بهار - تابستان ۷۸، شماره ۲۶-۲۵، صص ۷۹-۱۰۲.

همچنین، ماده ۲ قانون مجازات اسلامی با این مضمون که: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود» دلالت بر لزوم قانونی بودن جرم و مجازات دارد.

ذکر این اصول در قانون اساسی به این معنی است که نه تنها دادرسان از تعیین جرم و مجازات منع شده‌اند و احکام آنان باید مستند به قوانینی باشد که در زمان وقوع فعل معتبر است، بلکه قانونگذاران نیز نمی‌توانند با وضع قوانین عادی تشخیص رفتارهای مجرمانه و یا تعیین نوع و میزان مجازات را به اختیار دیگر قوا و مقامات واگذار نمایند. بنابراین، تعبیر دیگر اصل قانونی بودن جرم و مجازات این است که فقط قانونگذار صالح است در حدود مقرر در قانون اساسی به تشریع جرم و تعیین مجازات بپردازد. زیرا، وظیفه وضع قانون به موجب قانون اساسی با مجلس قانونگذاری است.

با این همه، چنانکه خواهیم دید صفت «قانونگذار» در نظام جمهوری اسلامی ایران به مراجع و مقامات دیگری غیر از مجلس قانونگذاری نیز اطلاق می‌شود، به گونه‌ای که اقدامات حقوقی آنان که در مواردی متضمن قواعد کیفری است جامعه «قانون» به خود پوشیده است.

مبانی لزوم قانونی بودن

اصل قانونی بودن بر مبانی مختلفی استوار است. در سیاست جنایی یعنی سلسله تدابیری که در جامعه برای پیشگیری از جرم اتخاذ می‌شود ضرورت این اصل به دلیل تأثیری که مجازات‌ها بر عواقب رفتارهای سوء افراد به جا می‌گذارد آشکار است. بتام فیلسوف انگلیسی معتقد است که قوانین کیفری بر عزم و اراده انسان تأثیری روانی به جا می‌گذارد و موجب می‌شود انسان دانسته و سنجیده در اعمال و افعال خود گام بردارد و از پیش پیامد آن را پیش‌بینی کند. بنابراین، عبرت‌انگیزی کیفرها اثر بازدارنده‌ای در بر دارد. زیرا، انسان قادر است پیش از ارتکاب جرم سود و زیان خود را از این افعال محاسبه کند. در این حال، وجود

قانونی روشن و دقیق که برای همگان قابل فهم باشد برای پیشگیری از رفتارهای ضد اجتماعی ضروری است.

از سوی دیگر، حفظ حقوق و آزادی‌های مردم اقتضا می‌کند که همواره از تجاوز و تعدیات کارگزاران حکومتی در امان باشند. بنابراین، وجود قوانینی ثابت که در پناه آن شهروندان بتوانند آزادانه و بدون هراس و دل‌نگرانی مناسبات اجتماعی خود را گسترش و سامان دهند شرط تضمین این حقوق و آزادی‌ها است. برای حفظ و رعایت آن واجب است پیش از آن قانونگذار حذ و مرز رفتار مجاز و ممنوع را تعیین کند تا در ضمن آن تکلیف کارگزاران در قبال شهروندان نیز معلوم شود.

اصل قانونی بودن جرم و مجازات در اجرای صحیح عدالت نیز بی‌تأثیر نیست. زیرا، عدالت اقتضا می‌کند که همگان در برابر قانون برابر باشند. بنابراین، وجود قوانینی ثابت که در تشریع آن شایبه هیچ‌گونه غرض‌ورزی و جانبداری نباشد و صرف نظر از مورد یا موارد خاصی به اجرا گذاشته شود راه را برای وصول به این مقصود هموار می‌سازد.

به طور کلی، یکی از مبانی مهم این اصل، اصل آزادی است. زیرا، هر فعل یا ترک فعلی که جرم تلقی و مجازاتی برای آن پیش‌بینی شود، تنگنا و محدودیتی برای انسان پدید می‌آورد و مغایر با آزادی است. بنابراین، حرمت کرامت انسانی حکم می‌کند که حریم آزادی‌های او معلوم و محفوظ باشد.

۱. مفهوم عنصر قانونی

عنصر قانونی ضروری وجود جرم نص قانون به معنی عام کلمه است و مقصود از «منابع» حقوق کیفری نصوص قابل استنادی است که متضمن قاعده‌ای از قواعد کیفری است. محتوای این قاعده همان دستور قانونگذار به ادای تکلیف معین و یا نهی از انجام دادن فعلی است که منحل نظم اجتماعی به شمار می‌رود. ضمانت اجرایی دستور قانونگذار در حقوق کیفری عمومی همان مجازات‌هایی

است که دقیقاً قواعد حقوق کیفری را از سایر قواعد الزام آور نظیر قواعد اخلاقی متمایز می‌سازد. بنابراین، هر قاعده آمرانه حقوق کیفری شامل دو عنصر است؛ هنجار و ضمانت اجرایی (کیفرها). هنجار همان توصیف قانونگذار از شیوه سلوک و نحوه رفتار آدمیان است. بدین سان قانونگذار در مقام راهبری یا هدایت یک رفتار، فعل یا ترک فعلی را که تهدیدی علیه بعضی از ارزش‌های اجتماعی محسوب می‌شود به موجب حکمی ممنوع می‌کند. ضمانت اجرایی نیز کیفرها و اقدامات تأمینی یا تربیتی هستند که قانونگذار آن‌ها را به مثابه حربه‌ای، ابزار حمایت از ارزش‌های مذکور قرار داده است.

قاعده حقوق کیفری گاه به صورت قانون به معنای اخص کلمه و گاه به صورت آیین‌نامه و گاه در قالب معاهدات بین‌المللی که به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است ظاهر می‌شود. این منابع را که به صورت مدون و مصوب درآمده‌اند منابع الزامی (صوری) حقوق جزا می‌نامیم. در مقابل، هم چنان‌که پیشتر توضیح دادیم^۱ از منابعی باید یاد کنیم که مکمل منابع صوری و یا ارشادی به شمار می‌روند. این منابع عبارت‌اند از: رویه قضایی، عرف، منابع فقهی یا فتاوی معتبر، نظریات علمای حقوق.

۲. کاربرد اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها

اصل قانونی بودن هم بر تعیین جرایم و هم بر تثبیت مجازات‌ها و کمیت آن حاکم است.

○ کاربرد اصل قانونی بودن در تعیین جرایم و حالت خطرناک

هر رفتار مخالف نظم اجتماعی ولو مهم فاعل را لزوماً با اجرای مجازات مواجه نمی‌کند. برای آنکه مجازات به موقع اجرا درآید، این رفتار باید به موجب

۱. به مباحث کلیات حقوق جزا مراجعه کنید.

عناصر تشکیل دهنده جرم ۴۱

قانون جرم محسوب شود. در واقع، تنها افعالی یا ترک افعالی جرم و قابل مجازات شناخته می‌شوند که پیش از آن قانونگذار آن‌ها را به وصف مجرمانه متصف کند. تعیین این اوصاف نیز از وظایف قانونگذار است که به وضوح مشخص نماید چه افعال یا ترک افعالی و چگونه ارتکاب یابند تا جرم تلقی شوند.

به موجب اصل یکصد و شصت و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران^۱ و ماده ۲ قانون مجازات اسلامی نیز نمی‌توان هیچ فعل یا ترک فعلی را که در مقررات و قوانین موضوعه صریحاً جرم شناخته نشده است جرم دانست. به این دلیل و بر مبنای نصوص قانون مجازات اسلامی است که سلب حیات انسان بی‌گناه قتل به حساب آمده (ماده ۲۹۰ ق.م.ا.) و یا ربودن مال متعلق به غیر سرقت (ماده ۲۶۷ ق.م.ا.) تلقی شده است. در نتیجه مادام که فعل یا ترک فعلی را قانونگذار جرم نشناخته و برای آن مجازات یا اقدامات تأمینی تعیین نکرده است هر چند این افعال زشت و ناپسند باشد قابل تعقیب و مجازات نیست. از این رو، افعالی مانند خودکشی یا خودزنی که در اسلام گناهان بزرگ محسوب می‌شود، چون در قوانین کیفری به عنوان جرم شناخته نشده قابل طرح و رسیدگی در محاکم دادگستری نیست.

تعیین جرم از وظایف منحصر قانونگذار است. در اجرای این وظیفه قانونگذار باید کوشش کند افعال یا ترک افعال مجرمانه را به صراحت و بدون ابهام تعیین کند تا پس از آن به بهانه تفسیر، دادرسان نتوانند آزادی‌های مردمان را به مخاطره بیندازند. به کار بردن تعبیرهای مبهم مانند «عمل منافی عفت غیر از زنا از قبیل...» (ماده ۶۳۷ ق.م.ا، تعزیرات)، «تظاهر به عمل حرام» (ماده ۶۳۸ ق.م.ا، تعزیرات) و یا «ارتکاب افعالی که به نقض استقلال کشور منجر شود» (بند الف ماده ۱۶ قانون

۱. اصل یکصد و شصت و نهم قانون اساسی: «هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود».

فعالیت احزاب، جمعیت‌ها و ... مصوب شهریور ۱۳۶۰) راه را برای برداشت‌های شخصی و تفسیرهای ناروا باز می‌گذارد. هیچ چیز مهم‌تر از آن نیست که مخاطبان قانونگذار به درستی تکلیف خود را بدانند تا بتوانند آن را دقیقاً ادا نمایند.

صراحت در بیان از اصولی است که قانونگذار در تشریع قوانین کیفری همواره باید به کار ببرد. عبارات قانونگذار باید متضمن تعریف کاملی از رفتار مادی که مغایر نظم اجتماعی شناخته شده و نیز عنصر روانی جرم یعنی میزان توجه فاعل به اخذ نتیجه عمل خود باشد. هنگامی که قانونگذار سرقت را ربودن مال متعلق به غیر تعریف می‌کند، مشخص است که اگر مال دیگری ربوده نشده باشد و فقط به نحوی به تصرف فاعل درآمده باشد و یا مال ربوده شده متعلق به خود رباینده و یا بدون قصد تملک مال باشد، این عمل سرقت نیست.

افزون بر آن، در ارتکاب جرم ممکن است کیفیتی بر شدت عمل بیفزاید یا از آن بکاهد. در نتیجه، مجازات فاعل را شدیدتر یا خفیف‌تر کند. این کیفیات نیز در متن قانون باید به روشنی تشریح و میزان شدت و خفیت مجازات تعیین گردد. رعایت اصل صراحت در وضع پاره‌ای مقررات همیشه آسان نیست. برای نمونه قانونگذار خارج کردن اموال «تاریخی - فرهنگی» را از کشور قاچاق تلقی و مجازات برای آن تعیین نموده است (ماده ۵۶۱ ق.م.ا، تعزیرات)، لیکن معلوم نکرده است اموال تاریخی - فرهنگی چه اموالی را شامل می‌شود. در این باره تشخیص را به عهده سازمان میراث فرهنگی نهاده است (تبصره ماده ۵۶۱) که این شیوه در جای خود خالی از انتقاد نیست. همچنین، مفاهیمی مانند «تشویش اذهان عمومی» که گاه با درج خبر یا مطالبی در روزنامه و مطبوعات نویسندگان را در معرض اتهام قرار می‌دهد فاقد معیاس سنجیده‌ای در قانون است. میزان را در این موارد افکار عمومی که هیأت منصفه مطبوعات نماینده آن است تعیین می‌کند.

اصل قانونی بودن در تعیین حالت خطرناک مجنون نیز باید مراعات گردد.

هرگاه این حالت در رفتار بزهکاران مشهود باشد و در دادگاه به اثبات برسد قاضی ناگزیر از اتخاذ اقدام تأمینی مناسب است. حالت خطرناک، وضع کنونی و خصوصیات روانی بزهکاری است که آمادگی و استعداد ارتکاب جرم را دارد و به احتمال بسیار قوی مرتکب جرم در آینده خواهد شد. از این رو، آزاد بودن وی مختل نظم و امنیت عمومی است (ماده ۱۵۰ ق.م.ا). بالاخره قاضی باید در تصمیم خود درباره بزهکاران خطرناک دلیل کافی در اختیار داشته باشد تا او را به وقوع جرم دیگری در آینده قانع کند. از این رو، قانونگذار باید عناصر اصلی حالت خطرناک یا کیفیاتی را که بر این حالت دلالت می‌نماید تعیین کند. برای پرهیز از هرگونه خودسری، حالت خطرناک باید واجد عنصری مادی باشد. قناعت وجدانی قاضی به اینکه وقوع جرمی در آینده محتمل است باید مبتنی بر وقایع پیشینی دقیقی باشد که اساس استدلال قاضی را در حکم تشکیل می‌دهد. تعیین پیشینه بزهکار هنگامی که حالت خطرناک ناشی از نوعی خاص از زندگی و یا معلول علل درونی (می‌بارگی، اعتیاد، بیماری‌های روانی) است که تظاهرات بیرونی آن را به کمک مشاهدات علمی می‌توان شناخت دشوار نیست. عنصر مادی باید در متنی که عنصر قانونی تعیین حالت خطرناک به شمار می‌رود تصریح گردد تا آزادی فردی از تعرض هوی و هوس قاضی مصون باشد. ولی پیش‌بینی عنصر روانی یعنی قصد ارتکاب جرم در متن قانون ضروری نیست. زیرا، واکنش اجتماعی بر مسؤولیت کیفری بزهکاری که در حالت خطرناک به سر می‌برد استوار نیست.

○ کاربرد اصل قانونی بودن در تعیین مجازات‌ها و اقدامات تأمینی

هم‌چنانکه هیچ جرمی بدون قانون وجود ندارد، هیچ مجازاتی نیز بدون پیش‌بینی و تصریح قانونگذار ممکن نیست. همه افراد نه تنها باید بدانند کدام دسته از رفتارهای انسانی جرم است، بلکه باید از ضمانت‌های اجرایی دستورهای قانونگذار نیز باخبر شوند. مجازات مقرر در قانون، آن‌ها را از اهمیتی که جامعه

برای نقض این دستورها قائل است آگاه خواهد کرد. به این ترتیب، هرکس می‌تواند پیامد افعال یا ترک افعال و سود و زیان خود را از پیش بسنجد و مجازات را در این سنجش به حساب آورد.

اصل سی و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران^۱ و ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی در خصوص قانونی بودن مجازات‌ها و اقدامات تأمینی صراحت کامل دارد. از این اصل چنین استنباط می‌شود که اختیار دادگاه در تعیین نوع مجازات و میزان آن محدود به مقرراتی است که در قانون آمده است. قانونگذار نیز در تأمین این مقصود باید به اصل مذکور وفادار باشد. یعنی در مقابل هر رفتار ضد اجتماعی مجازاتی مناسب در نظر گیرد. وگرنه قاضی اصولاً نمی‌تواند این رفتارها را جرم تلقی کند. مفاد ماده ۲ قانون مجازات اسلامی ناظر به این وجه از رفتارها است. زیرا، بر طبق این ماده: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود».

اصل مذکور تفویض اختیار تعیین مجازات به دادگاه را نیز منع کرده است. در نتیجه، قاضی دادگاه اجازه ندارد سرخود مجازاتی وضع کند. زیرا، بنا به این اصل، مجازات فقط باید به موجب قانون مورد حکم قرار گیرد و نه به استناد تصمیم دادگاه. در تضمین این قول و احتمال ورود خسارت در نتیجه خودسری قاضی ماده ۱۳ قانون مجازات اسلامی تصریح می‌کند به اینکه: «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آن‌ها حسب مورد نباید از میزان و کیفیتی که در قانون یا حکم دادگاه مشخص شده است تجاوز کند و هر گونه صدمه و خسارتی که از این جهت حاصل شود، در صورتی که از روی عمد یا تقصیر باشد حسب مورد موجب مسئولیت کیفری و مدنی است و در غیر این صورت، خسارت از بیت‌المال جبران می‌شود».

۱. اصل سی و ششم قانون اساسی: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد».

در این ماده و همچنین در ماده ۱۲ همین قانون قانونگذار به لزوم رعایت قانون در اجرای حکم نیز اشاره می‌کند، ضمن آنکه منظور قانونگذار از «دادگاه صالح» در ماده ۱۲ دادگاهی است که صلاحیت خود را به موجب قانون کسب کرده است. متن ماده ۱۲ که مقتبس از اصل سی و ششم قانون اساسی است به این شرح است: «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آن‌ها باید از طریق دادگاه صالح، به موجب قانون و با رعایت شرایط و کیفیات مقرر در آن باشد».

اجازه قانونگذار و اختیاری که قاضی دادگاه بر این اساس کسب می‌کند محدود به تعیین مجازات بین حداقل و حداکثری است که در قانون معین شده است. تعیین میزان مجازات در این محدوده به این معنی نیست که قاضی دادگاه نتواند به کمتر از حداقل مقرر در قانون حکم دهد، به ویژه اگر با استناد به کیفیات مخفف، اختیار اعمال آن و در نتیجه تقلیل مجازات را نیز به موجب قانون داشته باشد. لیکن، در تشدید مجازات بیش از حداکثر مجازات پیش‌بینی شده در قانون، قاضی دادگاه مقید به رعایت ضوابط قانونگذار و حفظ نسبت‌های قانونی است و نمی‌تواند از حدود مقرر در قانون تجاوز کند.

همچنین، حکم به مجازاتی دیگر در تکمیل مجازات اصلی (مجازات‌های تکمیلی) و محرومیت از حقوق اجتماعی به تبعیت از محکومیت کیفری (مجازات‌های تبعی)، بدون آنکه چگونگی آن در قانون تصریح شده باشد با اصل قانونی بودن مجازات‌ها ماینت دارد.

یکی از موضوعاتی که در سال‌های حکومت جمهوری اسلامی همواره مورد اختلاف نظر عالمان دینی بود و هرگز در ادوار قانونگذاری به یک تصمیم ثابت منجر نگردید تعیین میزان کیفرهای تعزیری بود. هم‌چنانکه می‌دانیم و در ماده ۱۶ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۰) آمده بود: «تعزیر، تأدیب و یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است از قبیل...» در بعضی از مقرراتی هم که در این سال‌ها به تصویب رسید قانونگذار

فقط با ذکر اینکه محکوم علیه تعزیر می‌شود (ماده ۶۸، ماده ۱۱۵، تبصره ماده ۱۴۹، ماده ۲۲۰ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۰) از تعیین نوع و میزان مجازات امتناع کرده بود. طرح این سؤال که آیا میزان تعزیر همواره به نظر حاکم بستگی دارد و مقصود از حاکم کیست و تبعات آرای منشئت قضات در خصوص موضوع واحد چیست به گفتگوهایی در این باره دامن زد.^۱ لیکن آنچه درباره مبانی اصل قانونی بودن جرم و مجازات بیان کردیم در خصوص کیفرهای تعزیری نیز صادق است. یعنی هر شهروندی حق دارد از پیش بداند عواقب عمل او چیست و در صورت نقض دستور قانونگذار چگونه و به چه میزان تعزیر می‌گردد؟ از این رو، قانونگذار مکلف است در راستای تأمین حقوق شهروندان تنها به بیان عنوان کلی تعزیر اکتفا نکند، بلکه با تعیین نوع کیفرهای تعزیری به طور حصری و بیان میزان دقیق آن‌ها، قضات دادگاه‌ها را به حدود قانونی پایبند نماید. در قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۰) کیفرهای تعزیری به تعزیرات شرعی (ماده ۱۶) و تعزیرات حکومتی (ماده ۱۷) تقسیم شده بود. با وضع و تصویب قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، قانونگذار با حذف عنوان مجازات بازدارنده (تعزیرات حکومتی) در صدد برآمد دوگانگی پیشین را از میان بردارد و پیکر یگانه‌ای به کیفرهای تعزیری ببخشد. آنچه در ماده ۱۸ مقررات کنونی دیده می‌شود از این تلاش حکایت می‌کند. لیکن این بار نیز در تعریف تعزیر در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی این دوگانگی را به شکل دیگر وارد مقررات کیفری کرد. با این تفاوت که از تعزیرات شرعی، این بار تعزیرات منصوص شرعی (تبصره ۲ ماده ۱۱۵) قضات را با پرسش‌های پرشمار روبه‌رو خواهد کرد. اگر این تعزیرات منصوص‌اند، یعنی به عبارت دیگر کمیت و کیفیت آن‌ها به موجب نص خاصی معین و مشخص شده‌اند آیا بهتر نبود که عیناً

۱. برای مطالعه در این باره بنگرید به: محمدحسین معرفت، بعضی در تعزیرات، مجله کانون وکلا، دوره جدید، بهار - تابستان ۶۸، شماره ۱۴۶-۱۴۷، صص ۳۳-۷۲.

در قانون تصریح می‌شدند تا همگان که مخاطب اصلی این احکام‌اند به تکلیف خود وقوف حاصل کنند؟

اصل قانونی بودن مجازات‌ها تنها بر تعیین مجازات‌ها به معنی خاص حاکم نیست، بلکه قلمرو آن اقدامات تأمینی را نیز شامل می‌گردد. هم‌چنانکه در باب ویژگی‌های بنیادی اقدام تأمینی و ضمانت‌های اساسی مشترک میان صورت‌های گوناگون واکنش اجتماعی توضیح داده‌ایم،^۱ طبع پیشگیرنده این اقدامات و نامعین بودن مدت آن مانع از رعایت اصل قانونی بودن نمی‌شود. به استناد ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد: «در مقررات و نظامات دولتی مجازات و اقدام تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده است...» نخست، صدور حکم اقدام تأمینی بنا به تصمیم دادگاه وقتی جایز است که کسی مرتکب جرم شده باشد. به بیان دیگر، پیشگیری از جرم پیش از وقوع آن، با وجود حالت خطرناک بزهکار، با صدور حکم اقدام تأمینی و بنا به صلاح‌اندیشی دادگاه ممکن نیست. در نظام کیفری کشور ما، برخلاف بعضی نظام‌های دیگر مانند فرانسه اقدام تأمینی پیش از جرم^۲ پیش‌بینی نشده است. دوم، قاضی دادگاه در تعیین نوع اقدامات تأمینی و دستورهایی که ضمن تعلیق حکم مجازات و یا در مدت آزادی مشروط صادر می‌کند و همگی جنبه تأمینی دارند ملتزم به نصوص قانونی است. از این رو، قانونگذار باید برای هر یک از حالات و وضعیت‌های خطرناک اقدام تأمینی مناسب (حمایتی، تربیتی، درمانی، مراقبتی، و بازدارنده) که جامعه را از تعرض دوباره بزهکاران در امان و محفوظ نگاه دارد پیش‌بینی کند. سوم، با آنکه هدف اقدام تأمینی خنثی کردن حالت خطرناک بزهکار است و پیش‌بینی تحوّل این حالت در مدت معین به هنگام صدور حکم دشوار است، حفظ حقوق و آزادی‌های فردی بار دیگر اقتضا می‌کند که اصل

۱. به گفتار سوم و چهارم فصل نخست بخش دوم جلد سوم این کتاب مراجعه کنید.

۲. Ante delictum

قانونی بودن در تصریح مدت اجرای اقدام مذکور به فراموشی سپرده نشود. اقداماتی مانند نگهداری اطفال بزهکار در کانون‌های اصلاح و تربیت (مواد ۸۸ و ۸۹ ق.م.ا.) و یا محرومیت از بعضی یا همه حقوق اجتماعی و اقامت اجباری در محل معین یا منع از اقامت در محل یا محل‌های معین که به صراحت قانون نباید بیش از دو سال باشد (تبصره ۱ ماده ۲۳ ق.م.ا.)، در مقررات کتونی با موازین اصل قانونی بودن تا حدودی تطبیق داده شده است. درست است که این اصل در تعیین مهلت‌های اجرای اقدامات تأمینی به ویژه در اجرای اقدامات تربیتی و یا درمانی با انعطاف بیشتری به کار برده می‌شود، چون در هر حال اقدامات مذکور در موارد آزادی‌های فردی را سلب یا محدود می‌نماید، نباید اجازه داد در تعیین مدت آن خودسری و خود مختاری در تصمیم قضایی راه یابد. تعیین مدت مشخص و قابلیت تمدید آن از جمله راهکارهای منطقی برای حفظ حقوق محکومان و نیز اخذ نتایجی است که از اجرای اقدامات تأمینی انتظار می‌رود.

۳. نتایج اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها

در مبحث عنصر قانونی به این نکته پرداختیم که هیچ فعل یا ترک فعلی را نمی‌توان جرم شناخت و به مجازات رساند مگر آنکه پیش از آن حکمی در آن باره آمده باشد. این اصل که به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها مشهور است دو نتیجه منطقی دارد. در این گفتار هر یک را با عنوان تفسیر مضیق (محدود) قانون کیفری و عطف به ماسبق نشدن این قانون بررسی خواهیم کرد.

○ تفسیر مضیق قانون کیفری^۱

تفسیر در لغت از ماده فسر به معنی پدید کردن و هویدا کردن آمده است.^۲ و

۱. Interpretation restrictive de la loi pénale

۲. محمد معین، فرهنگ فارسی، تفسیر.

منظور از تفسیر قوانین آشکار کردن معنی الفاظ قانون و عباراتی است که در ظاهر مبهم و مجمل می‌نماید. با آنکه قانونگذار به هنگام نگارش قانون و وضع قواعد کیفری سعی دارد مقصود خود را با عبارت رسا و خالی از تعقید بیان کند و حکمی عام جعل نماید که بر هر یک از موارد خاص صدق کند، درک منظور او پس از چندی با دشواری روبه رو می‌گردد. زیرا، گاه به دلیل تعبیرات جدیدی که در گفتار مردم پیدا می‌شود، عبارات نخستین رفته رفته صراحت خود را از دست می‌دهد و گاه به دلیل اختراع و اکتشاف جدیدی که نتایج آن در عرصه زندگانی مردم راه می‌یابد و پیش‌بینی همه آن‌ها برای قانونگذار نامیسر بوده است مسائل نوی پیش می‌آید که در زمان وضع قانون مطرح نبوده است. در این گونه موارد قاضی دادگاه به هنگام اجرای قانون ناگزیر از تفسیر آن است. برای مثال، واژه حجاب در لغت به معنی پرده و غشاء به کار می‌رفته و حاجب در کتاب‌های لغت به معنی پرده‌دار و بازدارنده آمده است. ولی، حجاب در معنی پوشش زن اصطلاح نسبتاً جدید است. و یا به هنگام وضع بند «ب» ماده ۲۶۹ مکرر قانون مجازات عمومی (ماده ۶۹۸ ق.م.ا، تعزیرات) درباره نشر اکاذیب، قانونگذار وسایل اظهار یا نسبت دادن دروغ را در ارتکاب این جرم محصور به «نامه یا شکواییه یا مراسلات یا عرایض یا گزارش یا توزیع هرگونه اوراق چاپی یا خطی یا امضاء یا بدون امضاء» کرده بود. در این ماده تکلیف نشر اکاذیب از طریق رادیو، تلویزیون و سایر وسایل ارتباط جمعی روشن نشده است. زیرا، این وسایل در تاریخ تصویب ماده مذکور هنوز رایج نبود. حال، سؤال این است که آیا می‌توان حکم این ماده را به وسایل جدید نیز تسری داد. و اساساً آیا وسایل مندرج در ماده مذکور موضوعیت دارند؟ اگر قانونگذار تصمیم می‌داشت بار دیگر مقصود خود را در این زمان بیان کند، آیا وسایل یا طرق دیگری از جمله نطق در مجامع و یا وسایل شفاهی را نیز در این ماده ملحوظ می‌داشت؟

مثالی دیگر؛ ماده ۷۰۵ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) «قماربازی با هر وسیله‌ای» را منع کرده و در ماده ۷۰۶ همین قانون کسی که «آلات و وسایل

مخصوص به قمار بازی را بخرد یا حمل یا نگهداری کند مستوجب مجازات دانسته است. در قوانین کیفری تعریفی از قمار نشده و معلوم نیست مراد قانونگذار از آلات و وسایل مخصوص چیست؟ آیا قماربازی در فرضی که مقصود قانونگذار از این بازی روشن باشد نیاز به آلات و وسایل مخصوص دارد؟ این آلات و وسایل کدامند؟

مثال دیگر مواردی است که قانونگذار سکوت اختیار کرده و یافتن حکم برای قاضی دادگاه دشوار است. نمونه آن قصاص نفس قاتل مسلمان در مواردی است که مقتول کافر ذمی باشد. آیا مسلمان در برابر کافر قصاص می‌شود یا باید دیه بپردازد؟ دیه قتل کافر ذمی چقدر است؟

هم‌چنانکه در این مثال‌ها دیده می‌شود، قاضی دادگاه باید کوشش کند بلکه تکلیف دارد مراد قانونگذار را دریابد تا بتواند حکم هر قضیه را بیابد. در واقع، به موجب ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی: «قضات دادگاه‌ها موظف‌اند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده و یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزند و الا مستکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد.»

۱. قانون وقتی کامل نیست که اعمال یا اموری را که به حکم عقل باید شامل شود در بر نگیرد.
۲. صریح نبودن قانون به معنی مجمل یا تاراسا بودن عبارات قانون است و آن هنگامی است که از عبارت قانون چند معنی مختلف استنباط شود.
۳. قوانین متعارض به قوانینی می‌گویند که حکمی با حکم دیگر قانونگذار ناسازگار باشد و در اجرا جمع آن دو ممکن نباشد.
۴. نبودن قانون به معنی سکوت قانونگذار است و آن هنگامی است که درباره موضوع خاصی حکمی وضع نشده باشد. در فقه اسلام آن را «مالأصل فیه» گویند.

بنابراین، قاضی دادگاه مکلف است در فصل خصومات مردم نخست موافق قوانین حکم دهد. هرگاه حکم قانون صریح نبود و یا احکام قانون متعارض بود ناگزیر از تفسیر قانون است. و اگر چنانچه قانونی در آن قضیه وجود نداشت باید با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و مقاد قوانین موضوعه و حتی عرف و عادت مسلم حکم را بیابد و دعوا را فیصله دهد. از سوی دیگر، قاضی دادگاه نمی‌تواند به بهانه اجمال و ابهام و تناقض قانون یا نبودن نص صریح از فصل دعاوی امتناع کند. اگر دادرس دادگاه به عذر اینکه قوانین موضوعه کامل یا صریح نیست و یا متناقض است و یا اصلاً قانونی وجود ندارد از رسیدگی و فصل دعوی امتناع کند مستکف از احقاق حق محسوب خواهد شد و کیفر استنکاف از احقاق حق بر طبق ماده ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) انفصال از شغل قضا و تأدیه خسارات وارد به اشخاص است. به این ترتیب، عدم صراحت متون قانونی، ابهام و اجمال و حتی نقص قانون اجرای عدالت را تعطیل نمی‌کند و قاضی ناچار است موافق عدل و انصاف به اختلاف طرفین دعوا پایان دهد.

در رفع خصومات مردم اختیار دادرس در یافتن حکم هر قضیه بسیار گسترده است. قاضی می‌تواند حکم خود را به فتاوی معتبر مستند سازد. لیکن، هم‌چنانکه پیشتر به این نکته اشاره کردیم، منابع فقهی یا فتاوی معتبر در قلمرو دعاوی کیفری جایگاهی فروتر از قانون دارد. از این رو، در امور کیفری وضع با آنچه در دعاوی مدنی می‌گذرد اندکی متفاوت است. درست است که قاضی در قضایای کیفری ناگزیر به رسیدگی است و نمی‌تواند به هیچ عذر و بهانه از احقاق حق خودداری کند، ولی قاضی (دست‌کم مأذون) مجاز نیست بر طبق منابع فقهی یا فتاوی معتبر حکم دهد و برای رفتارهایی که قانوناً کیفری برای آنها مقرر نشده به تعیین قاعده الزام‌آور بپردازد. زیرا، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها مانع از آن است که قاضی دایره شمول قوانین کیفری را بیش از حدی که قانونگذار ترسیم کرده است گسترش دهد. پس، در مواردی که متن قانون کیفری مبهم یا

مجموعه یا متنافض است یا قانونگذار سکوت اختیار کرده است باید دید وظیفه قاضی دادگاه چیست و با توسل به چه روش‌هایی قادر خواهد بود مقصود و اراده قانونگذار را دریابد.

روش‌های دریافت مقصود قانونگذار و فهم دقیق متن قانون بسیار متنوع است. تفسیر قانون در یک معنی همان به کارگیری مجموعه روش‌هایی است که امکان یافتن حکم هر قضیه را برای دادرس فراهم می‌کند. آقای دکتر جعفری لنگرودی تفسیر قانون را عبارت می‌داند از «کشف مقصود قانونگذار از طریق به کار بردن قواعد و مقررات ادبی یا منطقی یا از طریق استفاده از موازین تاریخی» و می‌افزاید: «اساساً در دو مورد قانون را تفسیر می‌کنند: الف - مفهوم قانون روشن نباشد. ب - مفهوم قانون روشن است ولی در سعه و ضیق مدلول آن تردید باشد.»^۱ استفاده از قواعد ادبی یا منطقی یا موازین تاریخی قانون مورد تفسیر، روش‌های گوناگون توضیح قانون است که درباره هر یک سخن بسیار است. دانشمندان و علماء حقوق بر حسب عقاید و اندیشه‌های اجتماعی و میزان علاقه‌ای که به حفظ حقوق فردی دارند و یا اهمیتی که برای منافع جامعه و دولت قائل‌اند، استفاده از هر روشی را در تفسیر قانون پسندیده نمی‌دانند. اصطلاح تفسیر مضیق یعنی پایبندی قاضی دادگاه به قدرمقیّن مدلول الفاظ قانون و خودداری از توسعه آن از طرز تفکر خاصی ریشه می‌گیرد. در برابر این روش تفسیر، بعضی دیگر بنا به مصالحی روش تفسیر موسع را توصیه می‌کنند که در تفسیر متون حقوقی بسیار رایج است. در واقع، اصل تفسیر مضیق برای حفظ منافع متهم به وجود آمده است. در زبان حقوقدانان از تفسیر به نفع متهم نیز سخن فراوان به میان می‌آید. بیان این دو نوع تفسیر رابطه‌ای است میان آن دو که باید در این جا روشن گردد. زیرا، هر تفسیر مضیقی همواره به نفع متهم نیست و تفسیر به نفع متهم هم همیشه مضیق نیست. اساساً، آنچه در تفسیر قوانین کیفری مهم است ملحوظ

۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، فرمولوی حقوق، تفسیر قانون.

داشتن نفع متهم است که گاه به تفسیر مضیق تعبیر و گاه این دو نوع تفسیر یکی انگاشته می‌شود. اصولاً، تفسیر به نفع متهم از اصول عملی و مجرای آن حالت شکی است که پس از یأس از یافتن مقصود قانونگذار پیدا می‌شود. به این معنی که قاضی وظیفه دارد که به هر طریقی چه با استفاده از پیشینه تاریخی حکم و صورت مذاکرات و پیش‌نویس لوایح و چه با استفاده از ملزومات عقلی در فهم مراد قانونگذار بکوشد و فقط هنگامی می‌تواند قانون را به نفع متهم تفسیر کند که از جستجوی خود مأیوس گردد. منشاء شک نیز ممکن است سکوت یا اجمال قانون باشد که اصطلاحاً آن را شبهه حکمی می‌نامند. ولی اگر متعلق این شک امور خارجی باشد این شبهه موضوعی است. برای مثال، «اگر با متهم به سرقت دیگری همراه بوده که فرار نموده و معلوم نشود که آیا شخص فراری در سرقت شرکت داشته یا نه نمی‌توان عمل متهم را با شک ۴ ماده ۲۱۶ قانون کیفر عمومی [شک ۴ ماده ۶۵۶ ق.م.ا، تعزیرات] منطبق نمود و در صورت یأس از دسترسی به متهم فراری بایستی از لحاظ سود متهم عمل را با ماده ۲۲۷ قانون کیفر عمومی [ماده ۶۶۱ ق.م.ا، تعزیرات] تطبیق داد.» (حکم شماره ۱۸۱۶-۲۲/۱۱/۲۶)^۱

این نکته را نیز باید این جا بیفزاییم که تفسیر به نفع متهم ریشه در اصل برائت دارد که خود مبتنی بر اصل قانونی بودن جرم و مجازات است.

باری، روش‌های تفسیر قوانین کیفری را با عنایت به پیشینه تاریخی و عقاید مرسوم علمای حقوق در ادوار گوناگون دشوار می‌توان تقسیم‌بندی کرد. زیرا، تبعیت علمای حقوق از یک مجموعه راهکارهای تفسیری در تعیین حکم علی‌رغم گرایش به نوعی طرز تفکر خاص همیشه به یک منوال نبوده است. با این همه، روش‌هایی که در این گفتار به بررسی آن خواهیم پرداخت به سه قسم منحصر کردیم بدون آنکه مقسم واحدی بر این تقسیمات حاکم باشد:

۱. احمد متین، مجموعه رویه قضایی، ص ۱۴۷.

- روش تفسیر لفظی
- روش تفسیر غایی
- روش تفسیر قیاسی

روش تفسیر لفظی^۱

روش تفسیر لفظی متن قانون تا دهه پایانی سده نوزدهم پیروان فراوانی در بین مفسران داشت. طرفداران این سبک از تفسیر کوشش می‌کردند در تفسیر از منطوق صریح قانون فراتر نروند و تفسیر خود را در چهارچوب الفاظ متن قانون منحصر گردانند. آنان عقیده داشتند اگر قانونگذار قصد بیان امری را داشته باشد خود آن را صریحاً بیان خواهد داشت. هرگاه در خصوص موردی سکوت اختیار کرده، دلیل آن است که بیان مورد را ضروری ندانسته است. بکار یا معتقد بود: «اختیار تفسیر قوانین کیفری را نمی‌توان به قضات جنایی سپرد، به این دلیل آشکار که آنان قانونگذار نیستند»^۲

بکار یا با انکار حق تفسیر، قضات را به امانتداری دعوت می‌کرد و زبان تفسیر را به آن‌ها گوشزد می‌نمود. از این رو، قاضی ناگزیر بود در همه حال به سیاق عبارات قانون وفادار بماند و مفهوم کلمات و جملات را در مواردی که گنگ و ناراست می‌نمود با رعایت قواعد دستوری استخراج نماید. قضات بنا به گفته متسکیو^۳ «فقط زبان قانون هستند» و به هیچ وجه اجازه تفسیر قانون را ندارند. اگر قاضی در مواردی که متن قانون ابهام یا اجمال دارد نتوانست با به کار بردن قواعد عقلی و اصول استنباط به مراد قانونگذار پی ببرد، باید مساعدترین راه حل را انتخاب کند و متن قانون را به نفع متهم تعبیر نماید.

در این روش، برای استخراج معنی قانون، قاضی همواره باید به منطق مجرّد

۱. Méthode d'interprétation littérale

۲. سزار بکار یا، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، ص ۳۵.
۳. شارل لویی متسکیو، روح القوانين، ترجمه علی‌اکبر مهتدی، ص ۳۰۶.

تکیه کند. قیاس صوری و قیاس اولویت و استفاده از مفهوم مخالف فنی است که مفسر می‌تواند در درک متن قانون به آن متوسل شود. بی‌گمان، بررسی متن با مراجعه به سوابق، کارهای مقدماتی و اطلاعاتی که از جلسات مباحثه تهیه کنندگان قانون به هنگام تصویب آن گردآوری شده تکمیل خواهد گردید. لیکن، عبارت قانون و مفهومی که ادا می‌کند اهمیت به سزایی دارد. حتی اگر مراجعه به سوابق قانون نشان دهد که قانونگذار منظور دیگری از بیان مطلب اراده کرده و در متن قول دیگری آمده است، متن قانون حجت خواهد بود.

نمونه‌ای از استناد به ظواهر الفاظ و رویه‌ای که دیوان عالی کشور در این خصوص برگزیده ماده ۲۶۹ مکرر قانون مجازات عمومی است (ماده ۶۹۸ ق.م.ا، تعزیرات). به موجب بند «ب» ماده مذکور: «هرکس به قصد اضرار به غیر یا تشویش افغان عمومی یا مقامات رسمی به وسیله مراسلات یا عرایض یا راپرت‌ها یا نشر یا توزیع هرگونه اوراق چاپی یا خطی یا امضاء یا بدون امضاء اکاذیبی را اظهار نماید یا اعمالی را برخلاف حقیقت رأساً یا به عنوان نقل قول به شخص یا اشخاص یا مقامات رسمی تصریحاً یا تلویحاً نسبت دهد اعم از اینکه از طریق مزبور به نحوی از انحاء ضرر مادی یا معنوی به غیر وارد شود یا نه به حبس تأدیبی از یک ماه تا دو سال محکوم خواهد شد...» هم‌چنانکه ملاحظه می‌شود، در متن قانون، اظهار اکاذیب و اسناد اعمال خلاف حقیقت به صیغه جمع آمده است. اگر قاضی دادگاه بخواهد به متن قانون ملتزم باشد، تحقق جرم نشر اکاذیب مشروط به اظهار بیشتر از یک قول دروغ و اسناد بیشتر از یک عمل خلاف حقیقت است. به عبارت دیگر، اظهار یک دروغ و یا اسناد یک عمل خلاف حقیقت مشمول این ماده نمی‌گردد. لیکن شعبه ۲ دیوان عالی کشور در حکم شماره ۲۶۲۲ مورخ ۱۸/۱۰/۱۰ چنین نظر داده است: «... و اکاذیب و اعمال هم هر چند در ماده مزبور به کلمه جمع گفته شده ولی منظور نوع آن امور بوده و برحسب عرف و تبادر به

یک عمل هم صدق می‌کند و اگر کسی یک فقره امر کذب و خلاف حقیقت را هم به نحو مقرر در آن ماده به غیر نسبت دهد قابل تعقیب است.^۱ به این ترتیب، دیوان عالی کشور بدون آنکه خود را در حصار الفاظ زندانی کند برای رسیدن به مقصود واقعی قانونگذار ناگزیر از ظاهر قانون عدول نموده است. قدر مسلم، روش تفسیر لفظی بیش از همه احترام به اراده قانونگذار را در امر قضا تقویت می‌نماید. لیکن، التزام و تقید بیش از حد به نصوص قانونی خالی از اشکال نمی‌بود. از این رو، انتقاداتی را در بین حقوقدانان برانگیخت. این روش بیش از هر زمان در عصری رواج یافت که اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها هنوز استحکام کامل نیافته بود و مقصود از آن منع قضات از تفسیر به رأی بود. بعضی از حقوقدانان این روش را هم نادرست و هم بیهوده می‌دانند.^۲ زیرا، اولاً، این روش قانون را کامل و بدون نقص فرض می‌نماید. در حالی که هیچ قانونی هرگز خالی از اشتباه و کاستی نیست. ثانیاً، با این روش حقوق کیفری دیگرگونی لازم را نمی‌یابد، حال آنکه حقوق ماهیاً زنده و دائماً در حال تحول است. وقایع جدید اجتماعی چهارچوب قانونی جدیدی اقتضا می‌کند و این امر با فرض ثابت بودن قانون موافق نیست. بنابراین، نقش قاضی را باید از «مقسم خودکار» مجازات‌ها به موزع عدالت تغییر داد و به او اجازه داد با دوراندیشی کامل حقوق کیفری را با ضرورت‌های هر عصر سازگار کند.

روش تفسیر غایی^۳

درک مقصود قانونگذار اساس این روش را تشکیل می‌دهد. پیروان این روش با پافشاری بر اینکه منطق قانون مرزی است که مفسر نباید بدون دلیل جدی از آن تجاوز کند اهمیت خاصی برای غایت قانون قائل‌اند. در این سبک از تفسیر

۱. احمد متین، مجموعه رویه قضایی، قسمت جزایی، ص ۲۱.

2. Merle (R.) et Vitu (A.), Traité de droit criminel, t.I., p.249.

3. Méthode d'interprétation téléologique

همه کوشش قاضی باید بر آن باشد که به نیت واقعی یا غرض قانونگذار پی ببرد. بدیهی است در مواردی که مفهوم قانون صریح و روشن است و نیت قانونگذار را دقیقاً بیان می‌کند قاضی نباید به بهانه تفسیر از متن قانون دور افتد. در موارد شک نیز دلیل ندارد که قاضی همواره راه حل مساعد به نفع متهم را برگزیند، بلکه باید بکوشد اراده پدیدآورنده قانون را کشف کند. وانگهی، اصطلاح «شک به نفع متهم تفسیر می‌شود» در تفسیر قوانین فاقد ارزش است؛ تأثیر شک در مواردی است که دلیلی علیه متهم در دست نیست و یا ادله جرم ناکافی است، چندانکه نتوان به استناد آن متهم را محکوم کرد و ناگزیر باید حکم به برائت او داد. بنابراین، تفسیر قوانین بنا به گفته فوستن هلی^۱ باید «اخباری» یعنی خبردهنده نیت قانونگذار باشد. به عبارت دیگر، قاضی در مقام تفسیر باید تمام مفهوم قانون را بدون آنکه چیزی به آن بیفزاید یا از آن بکاهد از متن استخراج کند و تا آنجا که قانون قابلیت شمول دارد در حدودی که قانونگذار خواسته است بسط دهد. افزون بر آن، در فهم مقصود قانونگذار، قاضی یا مفسر باید نه تنها به منطوق قانون، بلکه به سوابق و کارهای مقدماتی، به تحول اجتماعی و علمی تکیه کند تا بتواند در وضع جدید قابلیت مؤثر اجرایی برای قانون فراهم نماید. در مجموع، آنچه قاضی برای رسیدن به مراد قانونگذار به آن دست می‌آویزد، فرائضی هستند که جملگی طریقت دارند و در هر قضیه ممکن است یک یا چند و با همه آن‌ها به کمک فاضی بیایند. در هر حال، اختیار قاضی در این روش هنگامی که بر جایگاه مفسر تکیه می‌زند بسیار وسیع است. مثال‌هایی چند از این شیوه تفسیر تلاش قاضی در یافتن مقصود قانونگذار و دقت در فهم معانی قانون را بهتر نشان خواهد داد.

یکی از مواردی که قاضی دادگاه در یافتن مدلول قانون همواره از

1. In dubio pro reo

2. Faustin Hélie, cité par Merle et Vitu, op.cit., p. 249.

اختیارات خود استفاده کرده تعیین عناصر تشکیل دهنده جرم به هنگامی است که قانونگذار یا از تصریح آن غفلت ورزیده و یا به وضوح آن را بیان نکرده است. برای نمونه، تعبیر «شبه» سازی در جرایمی مانند قلب سکه (ماده ۵۱۸ ق.م.ا، تعزیرات) و «جعل و تزویر» (ماده ۵۲۳ ق.م.ا، تعزیرات) همواره موضوع ابهام و بحث دادرسان بوده و در ضمن صدور احکام گوناگون این فعل را به همین مقدار که خلاف واقع باشد و باعث اشتباه دیگری شود و او را بفریب جرم دانسته‌اند. در یکی از آراء دیوان عالی کشور آمده است (حکم شماره ۲۱۲۱-۱۶۱/۱): «مقصود از شبه بودن سکه قلب به سکه اصل که در ماده ۹۳ قانون کیفر عمومی قید شده این است که سکه قلب طوری ساخته شود که قابل اشتباه کاری ولو در نظر بعضی اشخاص باشد و بر حسب عرف تقلید و شبهه‌سازی بر آن اطلاق گردد». رأی دیگری از همین شعبه حاکی است (حکم شماره ۱۳۰۷-۲۷/۴/۳۱): «... منظور از کلمه شبه که در جزء اول ذکر شده است شباهتی است که معمولاً و عادتاً تقلبی بودن آن تشخیص نشود پس اگر مسکوک چنان ساخته شود که اشخاص عادی در بادی نظر قلب بودن آن را تشخیص دهند مورد با این ماده منطبق نیست». همچنین، نظر دیوان عالی کشور (حکم شماره ۱۳۹-۱۷/۱/۳۰) درباره جعل اسناد بر این است که: «... و از تعریفی که در ماده ۹۷ برای اقسام جعل شده لزوم شباهت کامل در امضا یا خط و مهر استفاده نمی‌شود و همین قدر که نوشته‌ای خلاف حقیقت به نام کسی به یکی از طرق مذکور در آن ماده ساخته شود و در بادی نظر قابل التباس و موجب احتمال و شبهه گردد برای اینکه مصداق عنوان جعل واقع شود کافی خواهد بود...»

۱. اختیار قاضی در تفسیر قوانین مستند به اصل هفتاد و سوم قانون اساسی است به این شرح: «شرح و تفسیر قوانین هادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمیز حق، از قوانین می‌کنند نیست».
۲. احمد متین، مجموعه رویه قضایی، (از سال ۱۳۱۱ تا سال ۱۳۳۰)، ص ۱۵۵.
۳. محمد تقی امین‌پور، قانون کیفر همگانی و آراء دیوان کشور، ص ۱۷۸.
۴. احمد متین، مأخذ پیشین، صص ۱۰۱-۱۰۰.

مثال دیگر ارتکاب بعضی از جرایم در «علن» (مراد ۶۳۸ و ۷۰۱ ق.م.ا، تعزیرات) و شبهه‌ای است که در خصوص این مفهوم وجود دارد. علن در لغت به معنی آشکار و هویدا و ظاهر و مقابل مخفی و پنهان است.^۱ لیکن، در این باره که وقوع جرم در علن لزوماً به معنی ارتکاب آن در انظار عمومی است و حضور اشخاص شرط علنی بودن آن می‌باشد، دیوان عالی کشور چنین اظهار عقیده کرده است (حکم شماره ۴۱۳-۱۸/۲/۳۱): «مقصود از ارتکاب عمل به طور علنی در قوانین جزائی اعم از این است که در مرئی و منظر عموم واقع شود یا در اماکنی که معد برای عموم باشد و معابر اعم از کوچه و خیابان و به طور کلی هر محلی که ممر عام شناخته شود امکان عمومی محسوب است. احتراز مرتکب از رؤیت مردم و آشکار شدن موضوع به هیچ وجه تأثیری در علنی بودن موضوع ندارد و همین که عمل در محلی به وصف مذکور ارتکاب شود علنی محسوب است».

همچنین، گاه در قوانین جزائی مفاهیمی تلویحاً آمده که برعهده دادگاه است که آنچه قانونگذار به اشاره و کنایه متعرض شده است به صراحت بیان کند. یکی از این مفاهیم عنصر روانی جرم است. در متون حقوق کیفری، اغلب قانونگذار با ذکر قیودی مانند «عالمآ»، «عامدا»، «با قصد سوء» یا «بی احتیاطی و بی‌مبالائی» طبع عنصر روانی جرم را مشخص می‌نماید. ولی، گاه دیده شده که این نکته در بعضی از قوانین مسکوت مانده و قانونگذار فقط به توصیف افعال مادی جرم قناعت کرده است. در این حال، قاضی باید با استفاده از تمام راهکارهایی که روش غایی فراهم می‌آورد از جمله میزان مجازات، درباره عمدی یا غیرعمدی بودن جرم اظهار نظر کند. برای مثال، دیوان عالی کشور در خصوص خیانت در امانت (ماده ۶۷۴ ق.م.ا، تعزیرات) در بیان ماهیت عنصر روانی، وجود سوءنیت را شرط تحقق جرم دانسته و لزوم احراز آن را بارها متذکر شده، در حالی که قانون

۱. محمد معین، فرهنگ فارسی، علن.
۲. محمد تقی امین‌پور، مأخذ پیشین، ص ۱۳۲.

در این باره ساکت است. در یکی از آراء خود، دیوان عالی کشور در این خصوص چنین بیان عقیده نموده است (حکم شماره ۱۸۲-۱۸/۱/۲۷): «در اتلاف یا مفقود کردن مال مورد امانت سوء نیت شرط تحقق بزه است. بنابراین، اگر کسی استکناص هزار ریالی از کسی بگیرد و ببرد آن را خرد کند و پس از مراجعت ادعا کند که آن را مفقود کرده است بدون احراز سوء نیت قابل مجازات نیست...» و یا در رأی دیگر دیوان آمده است (حکم شماره ۶۸۹-۱۹/۳/۸): «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 حق الزحمه نگاهداری مال مورد امانت از استرداد آن خودداری کند قابل تعقیب و مجازات نیست و چنین اختلافی امر حقوقی تشخیص می‌شود.»

یکی دیگر از وجوه تفسیر قضایی که نباید با وجه پیشین اشتباه کرد یافتن قلمرو کاربرد قاعده کیفری است. تلاش دادرس در این نوع تفسیر توضیح ابهام و اجمال متن نیست. زیرا، معنی و مفهوم عبارات و کلمات قانون بسیار روشن است، بلکه بسط و توسعه مفهوم قانون و اشمال آن به مصادیقی است که درباره تطبیق آن‌ها با این مفهوم تردید وجود دارد. برای مثال، هم‌چنانکه در قانون مجازات اسلامی مقرر گردیده تنگ حرمت اشخاص و توهین به افراد یا مقامات و مأمورین دولتی جرم و قابل تعقیب و مجازات است (مواد ۶۰۸ و ۶۰۹ ق.م.ا، تعزیرات). لیکن در این باره که تندخویی و خشونت در کلام توهین تلقی می‌شود شبهه وجود دارد. دیوان عالی کشور در این مورد چنین نظر داده است (حکم شماره ۲۲۶۸-۱۹/۷/۲۱): «با خشونت صحبت کردن کسی با مأمور دولت مستلزم اهانت به او نیست» و یا ممکن است در مورد صدق عنوان سلاح به بعضی از اشیاء و آلات و ادوات برای دادگاه تردید به وجود آید. دیوان عالی

۱. محمد تقی امین‌پور، مأخذ پیشین، صص ۱۵۱-۱۵۰.
۲. محمد تقی امین‌پور، مأخذ پیشین، ص ۱۵۱.
۳. احمد متین، مأخذ پیشین، ص ۹۵.

کشور در آرای گوناگون خود این لفظ را در مفهوم مضیق آن تفسیر و چنین اظهار نظر کرده است (حکم شماره ۱۸۳۶-۳۷۵/۲): «بهر سلاح محسوب نمی‌شود.» و یا (حکم شماره ۵۷۵۶-۳۸/۱۰/۲۹): «بهر سلاح خراب و غیرقابل استفاده اطلاق سلاح نمی‌شود.»

یکی از ارکان تفسیر غایی منظور نمودن علت وضع ماده است. علت وضع ماده آن چیزی است که حکم بر مدار آن دایر است، چندانکه اگر علت تحقق بیاید حکم نیز ثابت خواهد بود وگرنه حکم متغی است. دادگاه می‌تواند با عنایت به لوازم و پیشنهادها و به طور کلی کارهای مقدماتی تهیه قانون و نیز ملاحظه تناسب حکم و موضوع ماده قانون، علت حکم را بیابد و به آن استناد کند. رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور (حکم شماره ۱۲-۶۴/۳/۲۰) نمونه‌ای از این نوع تفسیر است. این رأی بر اساس آرای متهاافت دو شعبه ۱۹۳ و ۱۶۷ دادگاه کیفری ۲ تهران صادر شده است. شعبه ۱۹۳ در رأی خود توهین به مأمور دولت را از حقوق الله دانسته و متهم را علی‌رغم گذشت شاکی محکوم کرده است. لیکن، شعبه ۱۶۷ همین اتهام را از حقوق الناس تشخیص داده و با گذشت شاکی قرار موقوفی تعقیب صادر نموده است. هیأت عمومی دیوان عالی کشور در این باره چنین نظر داده است: «کیفری که قانونگذار در ماده ۸۷ قانون تعزیرات^۱ برای اهانت به کسانی که در سمت‌های مختلف دولتی وظایفی را انجام می‌دهند و به آن مناسبت مورد اهانت قرار می‌گیرند معین کرده اشد از مجازاتی است که در ماده ۸۶ همان قانون^۲ برای اهانت به افراد غیرمسئول تعیین شده و در این امر حفظ نظم عمومی و سیاست اداری کشور ملحوظ بوده و حق شخص و فردی نیست که

۱. احمد متین، مجموعه رویه قضایی، ص ۱۵۰.
۲. احمد متین، مأخذ پیشین، ص ۱۵۰.
۳. روزنامه رسمی شماره ۱۱۸۸۸-۶۴/۹/۳۰.
۴. ماده ۶۰۹ ق.م.ا، تعزیرات.
۵. ماده ۶۰۸ ق.م.ا، تعزیرات.

انصراف آنان از شکایت تعقیب جزایی را کلاً موقوف نماید لذا نظر شعبه ۱۹۳ دادگاه کیفری ۲ تهران از این جهت متطبق با موازین قانونی بوده و صحیحاً صادر شده...^۱

در این رأی، چنانکه دیده می‌شود هیأت عمومی دیوان عالی کشور با ملحوظ نمودن علت حکم یعنی حفظ نظم عمومی و سیاست اداری کشور، توهین به بعضی از مقامات دولتی را در حالی که قانون در این باره ساکت است غیرقابل گذشت تشخیص داده و به آن استناد کرده است.^۲

روش تفسیر قیاسی^۳

برای قیاس اصولی تعاریف گوناگونی کرده‌اند. در تعریفی کوتاه «قیاس اصولی عبارت است از سرایت دادن حکمی مصرح در قانون به موضوعی مسکوت‌الحکم به دستاویز علتی مشترک»^۴ علت هر حکم همان امری است که سبب تشریع حکم شده است و تابع شروطی است. برای مثال، علت حرمت شرب خمر، مسکر بودن آن است. حال اگر بپذیریم که هر مایع سکرآور دیگری علاوه بر خمر حرام است به قیاس پرداخته‌ایم.

هم‌چنانکه پیشتر گفته شد، غرض از تفسیر متن قانون درک معنی کامل آن است. لیکن، منظور از قیاس، یافتن راه حل برای موارد مسکوت قانون است. گاه، قانونگذار حکمی را بدون ابهام درباره موضوعی وضع می‌کند، این سؤال پیش می‌آید که آیا می‌توان مدلول این حکم را به موضوعاتی تسری داد که قانونگذار پیش‌بینی نکرده ولی مشابهتی از بعضی از جهات با موضوعی که حکم ناظر به آن

۱. این رأی در اصلاحات قانون مجازات اسلامی (تعمیرات) مصوب ۲ خرداد ۷۵ مورد تأیید قانونگذار قرار گرفت و ماده ۶۰۹ آن از جرایم غیرقابل گذشت تلقی گردید.
۲. برای مطالعه بیشتر بنگرید به: علی شجاعی، تفسیر قانون جنایی در پرتو تفسیرشناسی و تحلیل گفتار، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۹۳.

۳. Méthode d'interprétation analogique

۴. محمد جعفر جعفری لنگرودی، دائرةالمعارف علوم اسلامی، ج ۳، ص ۱۶۱۷.

است دارد؟ برای مثال، زمانی که قانونگذار مصرف مواد مخدر مانند تریاک، هروئین و مرفین را ممنوع اعلام کرده بود، ماده روانگردان ال.اس.دی هنوز ناشناخته بود. با توجه به توهّم‌زا بودن این ماده آیا می‌توان دایره حکم قانون را وسعت داد به گونه‌ای که ال.اس.دی و هر ماده مشابه دیگر را در بر گیرد؟ بدون شک، قیاس دامنه شمول قوانین کیفری را گسترش می‌دهد و این امر مراعات حقوق و آزادی‌های فردی را رفته رفته دشوار می‌سازد. به همین دلیل قاضی کیفری از توسل به قیاس که مغایر اصل قانونی بودن جرم و مجازات است منع شده است.

اصولیان شیعه از بین انواع قیاسات، قیاس منصوص‌العله را معتبر می‌دانند^۱، یعنی قیاسی که علت حکم به صراحت در اصل بیان شده است. زیرا، این نوع قیاس موجب قطع و یقین است. در واقع، کسانی که این نوع قیاس را معتبر شناخته‌اند اعتبار آن را از باب عمل به ظاهر عموم تعلیل دانسته‌اند و معتقدند که عموم از نوع ظواهر به شمار می‌آید، و حجیت ظواهر به بنای عقلا ثابت است.^۲ در تفسیر غایی، قیاس منصوص‌العله که بعضی صدق عنوان قیاس را نیز بر آن درست نمی‌دانند، از این حیث که مفسر را به مقصود قانونگذار دلالت می‌کند خالی از اشکال است. لیکن، در مواردی که قانونگذار علت حکم را بیان نکرده است، چون حصول قطع به علل احکام ناممکن است قیاس پذیرفته نخواهد بود. بعض نویسندگان حقوق جزا قیاسی را که نتیجه مساعد برای متهم در برداشته باشد جایز دانسته‌اند. از جمله عقیده دارند که اسباب اباحه (عوامل موجهه) جرم یا مانع مسؤولیت کیفری و نیز بعضی از مصونیت‌ها را می‌توان به قیاس با مواردی که در قانون پیش‌بینی نشده است توسعه داد. برای مثال، در قوانین کشور ما، اگر متهم به ارتکاب جرم بر اثر مصرف مسکرات، مواد مخدر و روان‌گردان

۱. مصطفی محقق داماد، مباحثی از اصول فقه، دفتر دوم، صص ۱۶۹-۱۷۸.

۲. محمد ابراهیم جنتانی، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، ص ۲۹۸.

مسلوب الاختیار بوده و به این منظور این مواد را مصرف نکرده باشد از او رفع مسؤولیت می‌گردد. (ماده ۱۵۴ ق.م.ا.) حال اگر اراده متهم بر اثر بیماری و مصرف دارو یا هر ماده دیگر سلب شده باشد آیا نمی‌توان او را از مسؤولیت کیفری معاف کرد؟

همچنین، در قلمرو آیین دادرسی کیفری که حفظ حقوق متهم و تمهید دادرسی عادلانه مقدم بر مصالح دیگری است قیاس را به همان دلایل پذیرفته‌اند.^۱

○ عطف به‌ماسبق نشدن قانون کیفری^۲

یکی دیگر از آثار اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها قاعده عطف به‌ماسبق نشدن قوانین کیفری است. منظور از عطف به‌ماسبق نشدن قوانین کیفری اجمالاً این است که قاضی نمی‌تواند حکم قانون لاحق را به مصادیق سابق تسری دهد و افعالی که پیش از تصویب این قانون جرم نبوده است به استناد آن مجازات نماید. در حقوق اسلام بر اعتبار این قاعده دلیل‌هایی ذکر کرده‌اند.^۳ به استناد ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی نیز: «در مقررات و نظامات دولتی مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده است و مرتکب هیچ رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل را نمی‌توان به موجب قانون مؤخر به مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی محکوم کرد...» این ماده تعبیری از اصل یکصد و شصت و نهم قانون اساسی است که به موجب آن: «هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود.» به این ترتیب، قانونگذار نیز از وضع قانونی که اثر آن به گذشته برگردد منع شده است.^۴

۱. محمد آشوری، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۱۵.

2. Non-rétroactivité de la loi pénale

۳. از جمله این دلیل‌ها آیات قرآن کریم، ما کُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْتَغِي رَسُولًا (سوره اسراء آیه ۱۵) و لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا أَنَهَا (سوره طلاق آیه ۷) است. همچنین، قاعده قبح عقاب بلا بیان که قاعده‌ای عقلی است و بر طبق آن کیفر دادن بدون بیان آن ناپسند است.

۴. این قاعده بر قوانین فراملی نیز حاکم است. بند ۱ ماده ۱۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ←

مبنای این قاعده همچون اصل قانونی بودن جرم و مجازات حفظ حقوق و آزادی‌های فردی است. اگر قرار باشد قانون لاحق به گذشته عطف شود هیچ کس از حقوق و آزادی که امروز از آن برخوردار است در امان نیست و این امر مایه تشویش خاطر مردمان خواهد بود. همچنین، اگر بخواهند مردم را برای رفتاری که زمانی مباح بوده و از آن پس منع شده است مورد بازخواست قرار دهند به نظر خلاف عدالت است.^۱

قاعده عطف به‌ماسبق نشدن قوانین منحصر به مقررات کیفری نیست، بلکه قوانین مدنی نیز از همین پشتوانه اصولی برخوردار است. بر طبق ماده ۴ قانون مدنی: «اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به‌ماقبل خود اثر ندارد...» فلسفه قاعده عطف به‌ماسبق نشدن قوانین مدنی حفظ حقوقی است که مردمان کسب کرده‌اند و این حقوق نباید با وضع قانون جدید سلب و یا خدشه‌دار شود. اهمیت این قاعده در قلمرو حقوق کیفری به مراتب بیشتر از امور حقوقی است. زیرا، با عطف کردن قوانین کیفری به گذشته بیم آن می‌رود که شرافت، آزادی و نیز جان مردمان به خطر افتد. در حالی که در مناسبات خصوصی اشخاص تخطی از این قاعده نهایتاً ممکن است حقوق مالی مردمان را تضییع کند. شاید به دلیل همین اختلاف باشد که قانونگذار در ماده ۴ قانون مدنی موارد استثنایی را با قید: «... مگر اینکه در خود قانون مقررات خاصی نسبت به این موضوع اتخاذ شده باشد.» پیش‌بینی کرده است. حال آنکه در قلمرو مقررات کیفری استثنایی که به زیان متهم باشد قابل تصور نیست.

در روزگار ما، تعبیر عطف به‌ماسبق نشدن قوانین کیفری دیگر کمتر به زبان حقوقدانان جاری است. بعضی حقوقدانان برای تبیین این قاعده اصطلاح عام و

→ (مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد) مقرر می‌دارد: «هیچ کس به علت فعل یا ترک فعلی که در موقع ارتکاب بر طبق قوانین ملی یا بین‌المللی جرم نبوده محکوم نمی‌شود...»
۱. تبصره ۳ ماده ۵۶۶ مکرر قانون تعزیرات (الحاقی) ۱۳۸۸/۳/۲۶ نمونه آشکاری است از عطف کردن قانون به گذشته.

دقیق تعارض قوانین کیفری در زمان را به کار می‌برند که به نظر گویاتر است.^۱ زیرا، عطف نشدن قانون کیفری لاحق بماسبق، فرض نبودن قانون کیفری در گذشته را به ذهن متبادر می‌کند. حال آنکه می‌توان تصور کرد که قانونگذار با وضع قواعد کیفری جدید قانون سابق را اصلاح و تغییراتی در آن ایجاد کرده و یا با تخفیف یا تشدید مجازات‌ها و یا نسخ بعضی از قواعد، وضع جدیدی برای کسانی که در زمان حکومت قانون سابق مرتکب جرم شده ولی هنوز محکومیت نیافته‌اند و یا مجازات آن‌ها هنوز به اجرا در نیامده پدید آورده است. در این حال باید دید کدامیک از دو قانون سابق و لاحق قدرت اجرایی دارد و تکلیف دادگاه

در این موارد چیست؟

عموماً قضات در به اجرا درآوردن فوری پاره‌ای از مقررات کیفری مانند قوانین مربوط به نحوه رسیدگی و اصول دادرسی هیچ تردیدی به خود راه نمی‌دهند. لیکن در اجرای قوانین کیفری که به ماهیت افعال یا ترک افعال مربوط می‌شود ناگزیر از تبعیت از قواعد خاصی خواهند بود. از این رو، برای روشن شدن موضوع، تأثیر این قاعده را در دو مبحث قوانین ماهیتی و قوانین صوری (شکلی) جداگانه بررسی می‌کنیم.

عطف بماسبق نشدن قوانین کیفری ماهیتی

قوانین ماهیتی عموماً ناظر به تعریف و توصیف رفتار مجرمانه و مشتمل بر حکم قانونی راجع به میزان مجازات و تخفیف و تشدید و تعلیق و تبدیل مجازات و مانند آن است. اصل بر این است که قوانین ماهیتی عطف بماسبق نمی‌شوند. بنابراین، هرگاه رفتاری در حین وقوع مباح باشد و پس از آن جرم شناخته شود مجازات نمی‌شود. همچنین، اگر پس از وقوع جرم کیفر قانونی آن تشدید گردد، این شدت نسبت به آن جرم بی‌تأثیر است.

1. Merle (R.) et Vitu (A.), op.cit, p. 322.

عناصر تشکیل دهنده جرم ۶۷

ولی قاعده عطف بماسبق نشدن قوانین کیفری ماهیتی مستثنیاتی دارد که در ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی به این شرح مذکور است: «... لکن چنانچه پس از وقوع جرم، قانونی مبنی بر تخفیف یا عدم اجرای مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی یا از جهاتی مساعدتر به حال مرتکب وضع شود، نسبت به جرائم سابق بر وضع آن قانون تا صدور حکم قطعی، مؤثر است...»

به استناد این ماده، سه دسته از قوانین کیفری ماهیتی در تعارض با قوانین حاکم در زمان وقوع جرم به گذشته عطف می‌شوند؛ قانون خفیف، قانون جرم‌زدا و قانون مساعد.

خفّت و شدت، کیفیات مجازات‌اند. بنابراین، اگر قانونی از میزان مجازات کاسته باشد خفیف به شمار می‌رود. تشخیص اینکه قانون لاحق نسبت به قانون سابق اخف یا اشد است همیشه آسان نیست. ولی می‌توان در مورد کیفرهایی که از یک نوع و یا کمیت ثابت‌اند میزان آن‌ها را ملاک قرار داد. برای نمونه، حداقل و حداکثر زمان محکومیت در مجازات‌های سالب آزادی و کمترین و بیشترین مبلغ در مجازات‌های مالی ضوابط قوانین اخف از قوانین اشد محسوب می‌شوند. قانون جرم‌زدا به قانون جدیدی گفته می‌شود که با لغو مجازات مندرج در قانون سابق حکم مبنی بر جرم بودن عمل را از اثر بیندازد. پس اگر مجازات جرمی به موجب قانون لاحق لغو گردید معنی آن این است که جرائم گذشته دیگر فاقد وصف مجرمانه‌اند.

بعض دیگر قوانین به دلیل اینکه متضمن کیفیات مخفّی هستند عارض بر اوصاف جرم و مجازات، قوانین مساعد شناخته شده‌اند که همانند دو دسته دیگر از قوانین به گذشته عطف می‌گردند. این قوانین بی‌شمارند. به چند نمونه آن در زیر اشاره می‌کنیم:

- قانونی که سبب‌های اباحه (عوامل موجهه) جدیدی پیش‌بینی کند.

- قانونی که متضمن جعل عذرهای معاف‌کننده یا تخفیف دهنده و یا کیفیات مخفّف باشد.

- قانونی که کیفیات مشدد جرم را حذف کند یا از این کیفیات بکاهد.
- قانونی که مجازات تکمیلی جرم را لغو کند یا آثار تبعی محکومیت را حذف نماید.
- قانونی که اختیار قاضی را در تعلیق یا تبدیل مجازات افزایش دهد و یا بنیادهای مذکور را برقرار سازد.
همچنین، قانونگذار کشور ما عطف قانونی که اقدامات تأمینی و تربیتی را جایگزین مجازات کند به مصلحت دانسته و اجرای فوری آن را سفارش کرده است.

بنابراین، اگر قانون لاحق به جای مجازات مقرر در قانون سابق، اقدامات تأمینی و تربیتی پیش‌بینی کند، این اقدامات فوراً به اجرا در خواهد آمد. دلیلی که حقوقدانان و به ویژه پیروان مکتب اثباتی ذکر کرده‌اند این است که اقدامات تأمینی و تربیتی فاقد صبغه کیفری است و عموماً در جهت غبطه بزهکار اتخاذ می‌شود. این اقدامات هم‌چنانکه در مباحث آینده خواهیم گفت، تدابیری هستند که باید با توجه به حالت خطرناک بزهکار و متناسب با آن به اجرا گذاشته شوند. منطق حکم می‌کند که این تدابیر هر چند که پس از بروز حالت خطرناک بزهکار وضع شده‌اند بی‌درنگ به کار بسته شوند. این استدلال در مواقعی که اقدامات تأمینی جنبه تربیتی و درمانی و حمایتی دارد هر آینه درست است، ولی در مورد اقداماتی که طبع آن به مجازات نزدیک است و ممکن است بزهکار را در مدت اجرای حکم از حقوق و آزادی خود شدیداً محروم کند باید با احتیاط پذیرفته شود. بنابراین، قاعده عطف به‌ماسبق نشدن اقدامات تأمینی و تربیتی را نیز نباید نادرست خواند و همواره بر این پندار بود که اگر قانون لاحق به جای مجازات، اقدامات تأمینی و تربیتی برقرار کند همیشه به مصلحت بزهکار است.

فلسفه استثنای قوانین خفیف یا مساعد این است که قوانین کیفری اصولاً مربوط به نظم عمومی است و اگر جامعه‌ای به موجب قانون جدید رفتاری را دیگر سزاوار کیفر نمی‌شناسد و یا واکنش شدید را در قبال آن ضروری نمی‌داند

دلیل آن است که دیگر در معرض خطر نیست. از این رو، مجازات بزهکاران را که باید آن‌ها را از تکرار این رفتار باز دارد بیهوده می‌داند.

افزون بر آن، عدل و انصاف حکم می‌کند که نه تنها تعقیب افراد به اتهام رفتاری که دیگر مجازات ندارد موقوف بماند، بلکه اجرای مجازات کسانی که به موجب قانون سابق محکومیت یافته‌اند نیز متوقف شود و یا اگر چنانچه به موجب قانون لاحق در میزان مجازات آن‌ها تخفیف به وجود آمده و در جریان اجرا باشد مشمول مقررات جدید قرار گیرد. در این باره ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «هرگاه به موجب قانون سابق، حکم قطعی لازم‌الاجراء صادر شده باشد به ترتیب زیر عمل می‌شود:

الف - اگر رفتاری که در گذشته جرم بوده است به موجب قانون لاحق جرم شناخته نشود، حکم قطعی اجراء نمی‌شود و اگر در جریان اجراء باشد اجرای آن موقوف می‌شود. در این موارد و همچنین درموردی که حکم قبلاً اجراء شده است هیچ گونه اثر کیفری بر آن مترتب نیست.

ب - اگر مجازات جرمی به موجب قانون لاحق، تخفیف یابد، قاضی اجرای احکام موظف است قبل از شروع به اجراء یا در حین اجراء از دادگاه صادر کننده حکم قطعی، اصلاح آن را طبق قانون جدید تقاضا کند. محکوم نیز می‌تواند از دادگاه صادر کننده حکم، تخفیف مجازات را تقاضا نماید. دادگاه صادر کننده حکم با لحاظ قانون لاحق، مجازات قبلی را تخفیف می‌دهد. مقررات این بند در مورد اقدام تأمینی و تربیتی که در مورد اطفال بزهکار اجراء می‌شود نیز جاری است. در این صورت ولی یا سرپرست وی نیز می‌تواند تخفیف اقدام تأمینی و تربیتی را تقاضا نماید.»

از دیگر مستثنیات قاعده عطف به‌ماسبق نشدن قوانین جزایی، قانون تفسیری است. قانون تفسیری قانونی است که از قانون دیگر رفع ابهام می‌کند و مقصود قانونگذار از آوردن بعضی از اصطلاحات و مفاهیم غامض در آن روشن می‌گردد. گفته می‌شود که چون قانون تفسیری قانون جدیدی نیست، برخلاف قاعده کلی

عطف بماسبق می‌شود و اثر آن از تاریخی است که قانون اصلی لازم‌الاجراء شده است. این گفته در تمام آرای دیوان عالی کشور (حکم شماره ۱۷/۲/۲۷-۳۸۳، ۱۷/۲/۳۱-۴۰۲ و ۱۷/۲/۳-۸۷) تأیید شده است: «ماده قانونی که تفسیر ساده سابق را می‌نماید چون در واقع قانون جدیدی به شمار نمی‌آید عطف به گذشته می‌کند...» لیکن، در عمل گاه اتفاق افتاده است که قانونگذار در مقام تفسیر قانون سابق به وضع قانون جدید پرداخته و این قانون برخلاف اصل، عطف بماسبق شده است. اگر قانون سابق به گونه‌ای تفسیر شود که تعهد جدیدی ایجاد و یا تکلیف شهروندان را سخت‌تر از پیش نماید انحراف از اصل قانونی بودن جرم و مجازات به شمار می‌رود.

○ قلمرو اجرای ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی

اجرای مقررات ماده ۱۰ در قلمرو دو دسته از قوانین کاربرد ندارد؛ قوانین موقت و قوانین (احکام) شرع.

منظور از قوانین موقت، همانکه در تبصره ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی شرط شده قوانینی است: «که برای مدت معین و یا موارد خاص وضع شده است...» ظاهراً اعتبار این دسته از قوانین محدود به زمان و اوضاع و احوال سبب وضع قانون است. مانند جنگ و لزوم مبارزه با گرانفروشی و احتکار که با بازگشت به وضع پیش از جنگ، اعتبار این قوانین هم معمولاً از بین می‌رود. سیاست قانونگذار در قبال جرایمی که در زمان اعتبار این قوانین ارتکاب یافته‌اند مبتنی بر شدت عمل است. یعنی اگر در آن اوضاع و احوال و در زمان حکومت قانون موقت، کسی مرتکب جرم شود و به جرم او به هر دلیل در دادگاه رسیدگی نشود، قانون جدید هر چند خفیف سرنوشت او را تغییر نمی‌دهد و قانون موقت هم‌چنان معتبر خواهد بود. دلیل این شدت عمل این است که برای مثال

۱. احمد متین، مجموعه رویه قضایی (از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰)، ص ۲۰۳.

گرانفروشان و محتکرانی که توانسته‌اند در آن ایام از موقعیت بحرانی سوء استفاده کنند نتوانند از ثمره آن پس از جنگ بهره‌مند گردند. لیکن، این نکته را نباید فراموش کرد که انقضای ملت اعتبار قانون به مثابه نسخ آن است و ممانعت از اجرای قانون خفیف همیشه با مصالح عمومی سازگار نیست.

همچنین، مقررات ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی بنا به عقیده هیئت عمومی دیوان عالی کشور (رای شماره ۱۳۶۵/۱۰/۲۵-۴۵) بر احکام الهی که از صدر اسلام تا کنون جاری بوده است وارد نیست. رای هیئت مذکور مشعر بر این است که: «ماده ۶ قانون راجع به مجازات اسلامی [ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی] مصوب مهرماه ۱۳۶۱ که مجازات واقدامات تأمینی و تربیتی را بر طبق قانونی قرار داده که قبل از وقوع جرم وضع شده باشد منصرف از قوانین و احکام الهی از جمله راجع به قصاص می‌باشد که از صدر اسلام تشریع شده‌اند. بنابراین، رای شعبه چهاردهم دیوان عالی کشور که حسب درخواست اولیاء دم و به حکم آیه شریفه «ولکم فی القصاص حیات یا اولی‌الایلاب» برای مبنای قصاص صادر گردیده صحیح تشخیص می‌شود.» این رای از جهاتی چند با واقعیت زندگی اجتماعی منطبق نیست. از این رو، قابل انتقاد است؛ نخست، عطف کردن قوانین حدود و قصاص و دیات به جرایم گذشته که موافق قانون مجازات عمومی درباره آنها حکم قطعی صادر شده است مخالف حقوق مکتسب محکوم‌علیه است.

دوم، رای مذکور به این معنی است که تمام آراء صادر از محاکم دادگستری متزلزل و دست کم با اعتراض متضرر از جرم قابل تجدید نظر است. مهلت تجدید نظرخواهی نیز به هیچ زمانی محدود نیست.

سوم، تشریع قوانین تا زمانی که به اجرا درنیامده و مردمان به وجود آنها علم حاصل نکرده باشند در حکم عدم است. چگونه می‌توان از مردم انتظار داشت عالم و عامل خصوصاً به احکامی باشند که فقط باید آنها را در کتاب‌های فقهی

۱. روزنامه رسمی شماره ۱۲۲۹۰-۱۳۶۷/۲۱.

آنهم به زبان عربی و فنی یافت؟ از این رو، رأی مذکور تکلیف به مالایطاق است.

○ تعیین زمان وقوع جرم

رعایت قاعده عطف بمسابق نشدن قوانین کیفری اقتضا می‌کند که دادگاه زمان وقوع جرم را به دقت تعیین کند. زیرا، هم‌چنانکه گفته شد معنی قاعده عطف بمسابق نشدن قوانین کیفری جز این نیست که جرایم تابع قوانین زمان وقوع هستند. جرم ممکن است در یک لحظه واقع شود و یا به عکس ارتکاب آن مستلزم گذشت زمان و یا افعال متناوب باشد. در مورد جرایم نخست، یعنی جرم آتی^۱ مانند سرقت و قتل که در یک زمان بیش و کم کوتاه ارتکاب می‌یابند تعیین لحظه وقوع جرم همیشه آسان است. ولی در فرض استمرار و یا توالی رفتار مجرمانه تعیین زمان وقوع با وصفی که حکم جزایی به آن تعلق می‌گیرد مانند تکرار جرم گاه دشوار است. حالت های چهارگانه‌ای که در این جا موضوع بحث ما است عبارت‌اند از:

○ جرم مستمر، جرم به عادت، تعدد واقعی جرم و تکرار جرم.

جرم مستمر^۲: مفهوم جرم مستمر بر این فرض مبتنی است که فعل یا ترک فعل مجرمانه در طول زمان استمرار دارد. این استمرار ممکن است مبین قصد مجرمانه فاعل (جرم مستمر پایایی)^۳ و یا ناشی از طبیعت عمل باشد (جرم مستمر دایم)^۴. جرایم مستمر دایم جرایمی هستند که عناصر تشکیل دهنده آنها در زمانی معلوم و یکباره فراهم می‌آیند، ولی آثار آنها در طول زمان ادامه دارد. از جمله جرایم مستمر دایم دیوارکشی و نهرکشی در املاک متعلق به غیر به منظور تصرف و یا

عناصر تشکیل دهنده جرم ۷۳

ایجاد مانع به قصد جلوگیری از استیفای حق دیگری است (ماده ۶۹۰ ق.م.ا، تعزیرات). در واقع، این نوع جرایم از مصادیق جرم آتی به شمار می‌روند و تابع مقررات قانون زمان وقوع هستند، اگرچه آثار آنها در زمان حکومت قانون لاحق هم ادامه داشته باشد.

ولی در ارتکاب جرایم مستمر پایایی مانند استفاده علنی و بدون مجوز از لباس های رسمی مأموران نظامی یا انتظامی (ماده ۵۵۶ ق.م.ا، تعزیرات) و یا اخفای مال مسروقه (ماده ۶۶۲ ق.م.ا، تعزیرات) سوءنیت فاعل هر آن تجدید می‌شود. به سخن دیگر، استمرار جرم ناشی از اراده و عزم مرتکب و به گونه‌ای است که در هر لحظه جرم با تمام عناصر تشکیل دهنده آن تکرار می‌شود. بنابراین، چون جرم لحظه به لحظه و تا زمان حکومت قانون لاحق پی در پی محقق می‌شود، مشمول مقررات قانون جدید قرار می‌گیرد، هرچند این قانون از جهانی شدیدتر از قانون سابق باشد.

لیکن مسأله در جرایمی که قانونگذار مدت زمانی را شرط مداومت قرار داده و آن را جزء عناصر تشکیل دهنده جرم محسوب داشته است شکل دیگری پیدا می‌کند. برای مثال، در جرم توقیف غیر قانونی (ماده ۵۸۳ و ۵۸۵ ق.م.ا، تعزیرات) قانونگذار شرط کرده است که اگر مدت توقیف غیر قانونی از پنج روز تجاوز کند مجازات مرتکب از یک تا سه سال حبس یا جزای نقدی است. حال اگر فرض کنیم قانونگذار مجازات جرم مذکور را به موجب قانون جدید شدت بخشیده باشد، برای آنکه جرم توقیف غیر قانونی در زمان حکومت قانون جدید تحقق پیدا کند باید هر پنج روز تماماً پس از اجرای قانون پیشین سپری شود. وگرنه، هرگاه توقیف غیر قانونی مدتی در زمان حکومت قانون سابق و مدتی در زمان حکومت قانون لاحق دوام داشته باشد، قانون پسین مؤثر نخواهد بود.

جرم به عادت: مقتضای تحقق جرم به عادت ارتکاب رفتار معین در دفعات

1. Infraction instantanée
2. Infraction continue
3. Infraction continue successive
4. Infraction continue permanente

مکرر و به گونه‌ای است که عادت مرتکب یا به عبارت دیگر بزه‌پیشگی او از ارتکاب این رفتارها احراز گردد. بنابراین، جرم به عادت با یک رفتار واقع نمی‌شود و تحقق آن منوط به تکرار آن است. نمونه جرم به عادت معامله اموال مسروقه (ماده ۶۶۲ ق.م.ا، تعزیرات) است که مجازات آن با وصف «حرفه» قرار دادن این رفتار شدیدتر از یکبار معامله اموال مذکور است. مقصود قانونگذار از حرفه در این ماده قانون، اشتغال مرتکب به کار خرید و فروش اموال مسروقه و تحصیل درآمد از این راه است که با تکرار این رفتار دو بار و بیشتر محقق می‌گردد. حال سؤال این است که اگر رفتار مذکور بعضاً پیش از قانون لاحق در زمانی که مباح یا مستلزم کیفر خفیف‌تری بوده است واقع شده باشد و سپس تکرار شود آیا مرتکب برطبق قانون جدید مقصر است؟ عقیده جاری بر آن است که تا وقتی عادت در زمان حکومت قانون لاحق احراز نشود تقصیری متوجه مرتکب نیست. هر چند بعضی حقوقدانان عقیده خلاف آن را اظهار کرده‌اند.^۱ استدلال آنان این است که عادت دلالت بر حالت خطرناک بزهکار دارد که با ارتکاب واپسین رفتار مجرمانه آشکار می‌شود. از این رو، منطق حکم می‌کند که قانون جدید که قدرت مقابله با این حالت را دارد بر این افعال حاکم گردد.

تعذر واقعی جرم: فرض تعدد واقعی جرم به هنگامی است که چندین رفتار مجرمانه در یک فاصله زمانی ارتکاب یابد، بدون آنکه حکم محکومیت قطعی درباره آن‌ها صادر شده باشد، خواه جرایم نخستین به هر دلیل هنوز کشف نشده باشد، خواه زمان بین جرایم متعدد و متوالی آن قدر کوتاه باشد که مراجع قضایی مجال رسیدگی به آن‌ها را نیافته باشند. تعدد جرم از کیفیات مشدد مجازات به شمار می‌رود. منتها این شدت بر حسب نظام‌های گوناگون کیفری متفاوت است. در بعض نظام‌ها این شدت گاه بیشتر از حداکثر مجازات مهم‌ترین جرم ارتكابی است، گاه مجازات اشد جرایم متعدد و گاه قاعده جمع مجازات‌های متعدد حاکم

است. سؤال این است که اگر در فاصله جرایم متعدد قانون جدیدی وضع شده باشد، آیا وصف تعدد در زمان حکومت قانون جدید واقعیت پیدا می‌کند یا خیر؟ برای مثال اگر کسی مرتکب یک فقره کلاهبرداری در زمان حکومت قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۰) و یک فقره سرقت در این زمان شده باشد آیا به جرایم متعدد و متفاوت او مطابق قانون مجازات اسلامی که قایل به جمع مجازات‌های جرایم متعدد شده رسیدگی خواهد شد یا قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)؟ در پاسخ به این سؤال بعض حقوقدانان در صلاحیت قانون جدید هر چند شدیدتر هیچ تردیدی به خود راه نداده‌اند. استدلال آن‌ها این است که وصف تعدد از اوصاف جرم اخیر است که پس از اجرای قانون جدید تحقق یافته است. بنابراین، قانون جدید صلاحیت خواهد داشت.^۱

حقیقت این است که راه حل مسأله هم‌چنانکه در مورد تکرار جرم نیز مطرح خواهد شد منوط به فلسفه‌ای است که در حقوق جزا پذیرفته شده است. لیکن، در هر حال اگر قانون جدید تهدیدی علیه حقوق متهمان به شمار رود اجرای آن محتاج تأمل است.

تکرار جرم: تکرار جرم وصف رفتار بزهکاری است که دارای پیشینه محکومیت کیفری است. تکرار همانند تعدد از سبب‌های تشدید مجازات محسوب می‌شود. فرض این است که اگر مقررات تکرار جرم به موجب قانون جدید تشدید شده باشد آیا می‌توان محکومیت سابق را در حیطه قانون مذکور مقدمه جرم مکرر قرار داد و مرتکب را به مجازات شدیدتر رساند؟ ایرادی که بعض حقوقدانان به این قاعده گرفته‌اند بر این استدلال مبتنی است که با تسری حکم قانون جدید به جرمی که به لحاظ جرم سابق به وصف مکرر متصف است آثاری به محکومیت‌های گذشته بار شده که قانون سابق آن را تجویز نکرده است. به بیان دیگر قانونگذار سابق در مقام آن نبوده است که محکومیت به مجازات

۱. Merle(R.) et Vitu (A.), op.cit, p. 340.

۱. Merle(R.) et Vitu (A.), op.cit, p. 340.

جرم خاصی را عنصر محاسبه برای تکرار همان جرم قرار دهد و یا دست کم مرتکب را با مجازات شدیدتری در صورت تکرار رو به رو سازد. حقوقدانان دیگر خلاف این رأی را پذیرفته‌اند و معتقدند که در اجرای قانون جدید نباید هیچ تردید کرد. زیرا، قانون جدید معطوف به درمان حالت خطرناک بزهکار است که با ارتکاب آخرین جرم آشکار شده است. وانگهی، چون مرتکب بنا به اجرای قانون جدید می‌دانسته است که چه نتایج وخیمی از ارتکاب جرم واپسین حاصل می‌شود، پرهیز از مجازات شدیدی که او را تهدید می‌کند منوط به تعهد خود او است.^۱

دلیل نخستین، هر چند متکی بر فلسفه اثباتی و فایده اجتماعی است، لیکن بنا موازین عدالت منطبق نیست و به نظر می‌رسد با قاعده عطف به‌ماسبق نشدن قوانین کیفری نیز مغایر باشد. دلیل دوم، بعضی حقوقدانان را به پذیرفتن صلاحیت قانون جدید در موارد تکرار جرم قانع کرده است. حال آنکه اجرای آن را در مورد تعدد جرم جایز نمی‌دانند.^۲

عطف به‌ماسبق نشدن قوانین کیفری شکلی

برخلاف قوانین ماهیتی که عطف شدن آن‌ها به‌ماسبق استثناء است، قوانین جدیدی که تغییر در تعریف جرم، در میزان مسؤولیت کیفری مرتکب و در کمیت مجازات‌ها به وجود نمی‌آورد و ناظر به تعقیب جرم، جریان دادرسی و طرق اعتراض به احکام و قرارهای کیفری است فوراً قابل اجرا است و قواعد آن حتی به دادرسی‌هایی که هنوز به صدور حکم قطعی نینجامیده است معطوف می‌گردد.

دیوان عالی کشور از دیرباز اصل عطف به‌ماسبق شدن قوانین مربوط به آیین

دادرسی کیفری را پذیرفته و در آراء متعدد خود چنین اظهار نظر کرده است (حکم شماره ۱۴۷۴-۱۷/۷۳۱ و ۱۳۶۴-۲۷/۵/۱۱):^۱ «اصولاً قوانین مربوط به رسیدگی و اصول محاکمه که امر صلاحیت نیز از آن قبیل است عطف به‌ماسبق می‌شود.» دلیل آن این است که در قلمرو آیین دادرسی کیفری، قانون لاحق که با فرض برتری نسبت به قانون سابق و برای تأمین عدالت به بهترین نحو وضع شده باید فوراً به اجرا گذاشته شود،^۲ وگرنه دلیلی بر تغییر قانون نمی‌بود. برای درک مطالبی که در این باره بیان شده و طریقی که قانونگذار و نیز رویه قضایی پیش گرفته است باید قوانین مربوط به تشکیلات و صلاحیت دادگاه‌ها را جدا از قوانینی که نحوه دادرسی را تنظیم می‌کند مطالعه و بررسی کنیم.

○ قوانین مربوط به تشکیلات و صلاحیت دادگاه‌ها

تغییراتی که ممکن است در تشکیلات و صلاحیت دادگاه‌ها به موجب قانون جدید به وجود آید به دو صورت متصور است:

نخست، قانون جدید سازمان و تشکیلات قضایی را که در زمان وقوع جرم صلاحیت رسیدگی به آن را داشته است منحل کند و رسیدگی به این جرم را در صلاحیت مراجع قضایی جدید قرار دهد. مانند قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب (مصوب ۱۵ تیر ۱۳۷۳) که با اجرای آن دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ ملغی و دادگاه‌های عمومی جایگزین آن‌ها شد. به موجب قانون مذکور دادرسی عمومی و انقلاب از تشکیلات قضایی حذف گردید و اختیار تعقیب و تحقیق و رسیدگی بر عهده مرجعی واحد به نام دادگاه عمومی نهاده شد. بدیهی است در این گونه موارد قانون جدید فوراً قابل اجرا است و نسبت به جرایمی که سابق بر وضع قانون جدید به وقوع پیوسته و هنوز مورد تعقیب قرار نگرفته نیز اثر

۱. احمد متین، مأخذ پیشین، ص ۲۰۳.

2. Stefani (G.) et Levasseur (G.), Droit pénal général, p. 148.

1. Merle(R.) et Vitu (A.), op.cit, p.341.

۲. مرتضی محسنی، دوره حقوق جزای عمومی، جلد ۱، کلیات حقوق جزا، ص ۳۶۹.

قهقرايي دارد. زيرا، دادگاه‌هاي سابق كه صلاحيت رسيدگي به ايسن جرايم را مي‌داشتند و يا داسرا در مثال مذكور ديگر وجود خارجي ندارند. دوم، قانون جديد بدون آنكه دادگاه‌هاي صالح را منحل كند رسيدگي به جرم و يا جرايمي را از صلاحيت دادگاه‌هاي مذكور خارج و آن را در صلاحيت دادگاه‌هاي ديگر وارد نمايد. كما آنكه مقررات لايحه قانوني اعاده صلاحيت مراجع قضايي دادگستري (مصوب ۱۱ ارديبهشت ۱۳۵۸)، صلاحيت دادگاه‌هاي نظامي را به رسيدگي به جرايم مربوط به وظائف خاص نظاميان منحصر کرده و رسيدگي به جرايمي را كه افسران و درجه‌داران و افراد و كارمندان شهرياني و ژاندارمري كشور به سبب خدمت يا در حين خدمت و به سبب آن مرتكب مي‌شوند در صلاحيت مراجع قضايي دادگستري قرار داده بود (تبصره ۱ ماده واحده). به موجب تبصره ۲ لايحه قانوني مذكور: «كليۀ پرونده‌هاي مشمول ماده فوق و تبصره ۱ كه تا تاريخ تصويب اين قانون به صدور حكم قطعي منتهي نشده باشد در مراجع قضايي دادگستري رسيدگي خواهد شد.» چنانكه آشكار است قانونگذار عطف بماسبق شدن صلاحيت مراجع قضايي دادگستري را مطلقاً پذيرفته و جز در دادرسي‌هايي كه به صدور حكم قطعي منتهي شده است، رسيدگي به جرايمي را كه قبل از قانون جديد ارتكاب يافته و هنوز تحت پيگرد قانوني قرار نگرفته و يا در جريان دادرسي منجر به صدور حكم غير قطعي گرديده در صلاحيت قانون لاحق قرار داده است. بي‌گمان رسيدگي به جرايمي كه قبل از قانون جديد به وقوع پيوسته، چون حق مكتسبي^۱ براي متهم در دادرسي ايجاد نكرده تابع قانون جديد خواهد بود. زيرا، قوانين مربوط به صلاحيت راجع به نظم عمومي است و بايد فوراً اجرا شود. ليكن، درباره احكامي كه از دادگاه‌ها صادر شده و قطعيت نيافته است، بعض حقوقدانان تاثير قهقرايي

۱. براي آگاهي از نظريه حق مكتسب بنگريد به: ناصر كانوزيان، حقوق انتقالی، تعارض قوانین در زمان، تهران، دادگستر، ۱۳۷۵.

قانون لاحق را مورد ترديد قرار داده‌اند. استدلال آنان اين است كه وقتی حكم له يا عليه متهم صادر شد، حق براي او ثابت مي‌شود كه به استناد آن مي‌تواند تا پايان دادرسي از تصميم‌هايي كه در همان سلسله مراتب قضايي گرفته مي‌شود بهره‌مند گردد. همچنين، گفته‌اند بهتر آن است كه در رعايت اصل اجراي فوري قانون جديد راه افراط نيماييم. چه، رسيدگي مجدد در حالي كه دادرسي مراحل نهايي خود را طي مي‌كند گاه مستلزم هزينه و صرف وقت بيهوده است.^۱ از ايسن رو، تاثير قهقرايي قانون جديد را بايد زماني پذيرفت كه دادگاه هنوز خود را براي رسيدگي صالح نشناخته است. هرگاه دادگاهي صلاحيت خود را براي رسيدگي به اتهام مرتكب اعلام كرد اثر قانون جديد متوقف مي‌ماند.

از سوي ديگر، با آنكه ديوان عالي كشور در موارد بسيار از قاعده عطف بماسبق شدن قوانين مربوط به صلاحيت پيروي کرده است، در مواردی كه تغيير صلاحيت تهديدی علیه آزادی‌های اساسی شهروندان به شمار رفته از قاعده مذکور عدول کرده و آن را نپذیرفته است. برای مثال دیوان عالی کشور در مورد صلاحیت دادگاه نظامی موقت برای رسيدگي به جرايم واقع پيش از وضع مقررات تشكيل آن چنين اظهار عقیده نموده است (حكم شماره ۸۴۴-۲۴/۷/۱ و ۳۲۸۵-۲۱/۱۱/۱۵ و ۶۴۱-۲۴/۴/۱۴): «هر چند مطابق اصول و قواعد كلي مقررات مربوط به صلاحيت از قوانين شكلي محسوب و اصولاً عطف بماسبق مي‌شود ليكن از ظاهر ماده ۱ آيين‌نامه راجع به صلاحيت دادگاه نظامي موقت مصوب ۲۲/۳/۱۶ و مواد مربوط ديگر آيين‌نامه مزبور با توجه به فلسفه اعطاي صلاحيت به دادگاه نظامي موقت براي رسيدگي به بعضي از جرايم من حيث المجموع مي‌توان استنباط نمود كه نظر قانونگذار از وضع قانون و مقررات تشكيل دادگاه نظامي موقت مصوب ۲۲/۲/۲۲ معطوف به آن قسمت از جرايمي

۱. Merle (R.) et Vitu (A.), op.cit, p. 355.

۲. احمد متين، مأخذ پيشين، صص ۲۰۵-۲۰۴.

است که در زمان برقراری حکومت نظامی و تشکیل دادگاه نظامی موقت واقع می‌شود و نظری به جرایم واقع قبل از آن تاریخ ندارد. به بیان دیگر استدلال ضمنی دیوان عالی کشور به این نکته معطوف است که چون رسیدگی به جرایم در دادگاه نظامی تابع تشریفات نیست و دادرسی با سرعت و بدون اتلاف وقت انجام می‌گیرد، دادگاه مذکور صلاحیت رسیدگی به جرایمی که پیش از برقراری حکومت نظامی ارتکاب یافته و به دلایلی در محاکم عادی تعقیب نشده است ندارد.

اوضاع و احوال اجتماعی که به تشکیل دادگاه نظامی موقت انجامیده است شاید کمتر به دوران‌های انقلاب که هدف استقرار حاکمیت مردم و حفظ دستاوردهای انقلاب است شبیه باشد. به این دلیل، در تجربه اخیر انقلاب کشور ما، سیاست تقنینی قانونگذار در مقابله با کسانی که به «ضد انقلاب» موصوف‌اند همواره با سختگیری توأم بوده است. نمونه‌ای از قوانینی که در تشریع آن مصلحت حفظ نظام سیاسی بر منافع افراد تقدم یافته لایحه قانونی تشکیل دادگاه فوق‌العاده رسیدگی به جرایم ضد انقلاب (مصوب ۵ تیر ۱۳۵۸) است. در این لایحه قانونی (تبصره ماده ۱۵) قانونگذار مقررات جدید مربوط به صلاحیت را صریحاً به گذشته عطف نموده و آن را نسبت به جرایم سابق بر وضع این قانون نافذ و معتبر دانسته است.

○ قوانین مربوط به نحوه دادرسی

جریان دادرسی عموماً تابع قواعدی است که راه تمیز حق و اجرای عدالت را هموار می‌سازد. فرض بر این است که قانون لاحق بهتر این مقاصد را تأمین می‌کند. در این صورت اولی آن است که فوراً به اجرا در آید. استثنائاً در مواردی که اجرای قانون لاحق حقوق مکشوب متهمان را در دادرسی نفی کند و آن را به مخاطره افکند در قلمرو محدودتری به کار برده می‌شود. بنابراین، هرگاه قانون لاحق راه اعتراض و شکایت نسبت به احکام و

قرارهای دادگاه را بر خلاف قانون سابق مسدود کند و یا مهلت آن‌ها را تقلیل دهد معارض حقوق مکشوب متهمان محسوب می‌شود و هیچ‌گاه عطف به‌ماسبق نمی‌گردد. همچنین، در اثبات وقوع جرم، اگر چنانچه قانون لاحق ادله جدیدی مبنی بر مجرمیت متهم پیش‌بینی کند (مثلاً اماره قانونی جدیدی که بر سوءنیت یا تقصیر متهم دلالت کند) نسبت به دادرسی‌هایی که سابق بر وضع آن در جریان بوده است معطوف نمی‌گردد. اگر قانون لاحق شرایط تعقیب دعوا را تغییر دهد (مثلاً آن را موکول و منوط به شکایت شاکی خصوصی یا سازمان خاصی نماید) آیا فوراً قابل اجراست؟ در این صورت تکلیف دعاوی که به موجب قانون سابق در جریان رسیدگی است چیست؟ به طور کلی، اگر قانون لاحق موانع جدیدی در اجرای مجازات پیش‌بینی کند اثر قهرایی دارد. بنابراین، اگر شاکی به موجب قانون لاحق، حق گذشت یا مصالحه با متهم را کسب کند و از شکایت خود صرف نظر نماید، تعقیب کیفری یا اجرای مجازات موقوف می‌گردد.

قوانین مربوط به مرور زمان نیز در فرضی که قانون سابق جرم یا جرایمی را مشمول قواعد مرور زمان نمی‌شناخته فوراً به اجرا گذاشته می‌شود. لیکن اگر قانون لاحق مدت مرور زمان تعقیب یا اجرای حکم را افزایش دهد نسبت به جرایم سابق بر وضع قانون جدید مؤثر نیست. زیرا منفعت متهم یا محکوم‌علیه در این است که تعقیب کیفری در زمان کوتاه‌تری موقوف و یا حکم محکومیت قطعی در این زمان بلا اجرا بماند.

در تأیید رویه دادگاه‌ها، قانونگذار برای نخستین بار در ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی درباره اصل کلی عطف شدن قوانین کیفری شکلی چنین مقرر کرده است:

«قوانین زیر نسبت به جرایم سابق بر وضع قانون، فوراً اجراء می‌شود:

الف - قوانین مربوط به تشکیلات قضائی و صلاحیت

ب - قوانین مربوط به ادله اثبات دعوی تا پیش از اجرای حکم

پ - قوانین مربوط به شیوه دادرسی

(ب) زوال عنصر قانونی: اسباب اباحه

جرم که منشاء تکلیف برای انسانها است با حکم قانونگذار پدید می‌آید و با فروگذشتن این تکلیف متحقق می‌شود. اگر این تکلیف به موجب حکم دیگر قانونگذار برداشته شود رفتار انسان مجاز می‌گردد و مثل آن است که جرم به وقوع نپیوسته است. گاه قانونگذار در اوضاع و احوال خاص که خود آن را دقیقاً تعیین می‌کند، رفتاری را که در وضع عادی جرم است جرم نمی‌شناسد. یعنی آن وضعی که فعل یا ترک فعلی را جرم می‌سازد می‌زداید. این اوضاع و احوال که موضوع مطالعه ما در این گفتار است اسباب اباحه یا جهات (عوامل) موجهه جرم^۱ نام دارد.

جهات مذکور که گاه اسباب عینی مانع مسؤولیت^۲ نیز نامیده می‌شود به جهات یا اسباب شخصی مانع مسؤولیت^۳ شبیه است. زیرا، هر دو سبب‌های عینی و شخصی آثاری همانند دارند و فاعل را از مجازات معاف می‌دارند. ولی، میان این دو تفاوت‌هایی هست؛ سبب‌های عینی از فاعل رفع تقصیر می‌کند، و سبب‌های شخصی رفع مسؤولیت^۴ به عبارت دیگر سبب‌های عینی (دفاع مشروع، امر آمر قانونی و...) هر جا تأثیر بگذارد مانع از شکل‌گیری جرم می‌گردد. حال آنکه سبب‌های شخصی (جنون، کودکی و...) نافی جرم نیست و فقط فرد مجرم را متأثر از مسؤولیت رها می‌سازد. از این رو، در وضع دیگران (معاونان و شرکاء جرم مجنون یا کودک) بی‌تأثیر است.

1. Faits justificatifs

2. Causes objectives de non-responsabilité

3. Causes subjectives de non-responsabilité

4. برای توضیحات بیشتر به گفتار دوم از فصل سوم در جلد دوم این کتاب مراجعه کنید.

با این همه، قانونگذار سبب‌های مذکور اعم از عینی و شخصی را تحت یک عنوان «شرایط و موانع مسؤولیت کیفری» و در یک بخش (بخش چهارم مشتمل بر دو فصل از کتاب اول قانون مجازات اسلامی) پیش‌بینی کرده است. ولی، در فرض ارتکاب جرم در اوضاع و احوال خاص باید دانست که اساساً تقصیری واقع نمی‌شود تا نوبت به تعیین مسؤولیت برسد.

تخطی از مقررات کیفری در برخی موارد با اجازه صریح قانونگذار صورت می‌گیرد که گاه در حکم ادای وظیفه است. در موارد دیگر این تخطی به اعتبار حقی است که قانونگذار استیفای آن را مشروع دانسته و به این دلیل تقصیری متوجه ذی‌حق نمی‌داند و گاه رضایت مجنی علیه را شرط عدم تقصیر شناخته و به آن اعتبار بخشیده که فقط به جرایم خاص محدود است.

جهات مذکور را با عنوان اضطرار، حکم قانون و امر آمر قانونی، رضایت مجنی‌علیه و دفاع مشروع در این گفتار بررسی و اصول و قواعد هر یک را تشریح خواهیم کرد.

۱. اضطرار^۱

اضطرار در لغت به معنی ناچاری و درماندگی است^۲ و در زبان حقوقی با لغت ضرورت یا حالت ضرورت که برگردان فرانسوی این کلمه است مرادف است. آهر دو واژه اضطرار و ضرورت از ریشه ضرر و به یک معنی‌اند. اضطرار به معنای عام کلمه حالتی است که انسان خود را در تنگنایی بیابد و برای گشایش آن ناچار شود به کاری دست بزند. مانند کسی که برای تأمین هزینه بیمارستان

1. Etat de nécessité

2. محمد معین، فرهنگ فارسی، اضطرار.

3. بعضی مؤلفان حقوق کیفری اضطرار و حالت ضرورت را دو تأسیس جداگانه حقوق کیفری پنداشته‌اند، ولی مبنای این تمایز را روشن نکرده‌اند. به نظر می‌رسد این شبهه از عدم انطباق دقیق این دو تأسیس که یکی از حقوق اروپایی وارد قوانین کشور ما شده و دیگری اسلامی است به وجود آمده است. بنگرید به: ایرج گلدوزیان، بایسته‌های حقوق جزای عمومی (۱-۳)، صص ۱۵۱ و ۲۹۳.

فرزند بیمار خود ناگزیر از فروش خانه خود شود. در صحت این معامله به یقین شبهه‌ای نیست.

در حقوق جزا وضع اضطرار آمیز آن چنان وضعی است که انسان برای حفظ جان یا مال یا حق خود یا دیگری ناچار از ارتکاب جرم شود. به عبارت دیگر، وضع اضطراری گریزگاهی است که انسان ناچار از اختیار میان دو امر گردد؛ یا اطاعت از دستور قانونگذار و در نتیجه رویارویی با خطر یا ضرری هنگفت و یا آسیب رساندن به مال غیر و تجاوز به حق دیگران و سرانجام ارتکاب جرم. مانند نوشیدن شراب برای حفظ جان.

میان حالت اضطرار و اکراه در یک نگاه شباهتی دیده می‌شود. ولی تأثیر این دو در اراده انسان یکسان نیست. اکراه قدرت عمل را از انسان سلب می‌کند و راه انتخاب را بر او می‌بندد. در حالی که مضطر در انتخاب راه آزاد است و به میل و خواست خود به دفع خطر اقدام می‌کند. بنابراین، مضطر فاقد اراده و اختیار نیست.

○ ادلة اضطرار

در مباحث فقهی اضطرار موجب زوال حرمت شرعی است. بنابراین، هرگاه تبعیت از حکم قانونگذار ضرری هنگفت متوجه مکلف کند وجوب آن برداشته می‌شود. در اسلام عالمان دین برای اضطرار دلایل‌هایی شناخته‌اند که بر رفع حکم در آن وضع دلالت می‌کند. از جمله آیه شریفه *إِذَا حُرِّمَ عَلَيْكُمْ أَلَيْتُهُ وَ الدَّمُ وَ لَحْمُ الْخَيْزِرِ وَ مَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنْ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ*. یعنی حرام کرد بر شما مردار و خون و گوشت خوک و آنچه به نام غیر خدا کشته شود، پس هر کس که ناچار شود در حالی که ستمگر یا تجاوزکار نباشد، گناه مرتکب نشده است. البته خداوند آمرزنده و مهربان است.^۱

۱. آیه ۱۷۳، سوره بقره

دلیل دیگر حدیث نبوی معروف به رفع است. در این باره پیامبر (ص) می‌فرماید: *رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي تِسْعَةُ الْخَطَا... وَ مَا أَضْطَرُّوا إِلَيْهِ*. از امت من نه چیز برداشته شده است: خطا... و آنچه به آن ناگزیر شده‌اند. مراد از این حدیث آن است که اگر شخصی در مقام دفع ضرورتی به کار مضطرّالیه دست زند و مرتکب گناه شود بخشوده است.

گذشته از این آیه و این حدیث، آیات و روایات دیگری نیز وارد شده است که جملگی مؤید اعتبار اضطرار در اسلام است. حقوقدانان اسلامی به مرور مفاد این احکام را در قالب عبارت‌های کوتاه و دلنشین نظیر، نفی حرج، الضرورات تبیح المحظورات در آورده‌اند.

○ مبانی اضطرار

حقوقدانان درباره معافیت شخص مضطر از مجازات مبانی مختلفی برای مشروعیت ارتکاب جرم در حالت اضطرار قائل شده‌اند. نظریات آنان در مجموع از دو بیش ذهنی و عینی متأثر است.

بینش ذهنی

بعضی از علمای حقوق در گذشته حالت اضطرار را به لحاظ وضع روانی بزهکار یکی از جهات شخصی عدم مسؤولیت کیفری تلقی می‌کردند. تصور آنان این بود انسانی که برای حفظ حیات یا مال خود با خطر رو به رو می‌شود و ناگزیر مقررات کیفری را نقض می‌کند، فاقد اراده آزاد است. از این رو، او را معاف از مجازات می‌دانستند. فرض اجبار معنوی هر چند ممکن است در بعضی از موقعیت‌ها رفتار شخص مضطر را که برای حفظ حیات یا حقوق خود اجباراً به ارتکاب جرم وادار شده توجیه کند، ولی درباره کسی که آگاهانه و با خونسردی و با تمام قدرت تصمیم‌گیری برای حفظ حیات یا حق دیگری تلاش می‌کند صادق نیست.

بعض دیگر از حقوقدانان فقدان نیت مجرمانه را در حالت اضطرار دلیل معافیت از مجازات پنداشته‌اند. برای مثال، کسی را که به علت گرسنگی گرسنگی کرده نانی از پیشخان نانوايي ربوده است به دلیل نداشتن سوء نیت بی تقصیر و معاف از کیفر می‌دانند. توجیه رفتار مجرمانه بر پایه فقدان سوء نیت حتی اگر مبنایی برای حالت اضطرار فرض شود، عموماً در جرایم عمدی صحت پیدا می‌کند، ولی دلیل معافیت از مجازات در جرایم غیر عمدی به شمار نمی‌رود. افزون بر اینکه این نظریه میان سوء نیت و انگیزه مجرمانه تمایزی نمی‌گذارد. زیرا، بر حسب تعریف، قصد مجرمانه عبارت است از شعور فاعل به ارتکاب رفتاری است که قانونگذار آن را امر یا نهی کرده است و در جرم اضطراری فاعل به وجه نیکو به این موضوع آگاهی تمام دارد. آنچه که هست داعی یا انگیزه جرم ممکن است شرافتمندانه باشد که در مثال مذکور حفظ جان از خطر گرسنگی و مرگ دلیل چنین رفتار بوده است. به عبارت دیگر، مضطر در این حالت فاقد انگیزه اضرار به غیر یا داعی سودجویی شرورانه بوده و فقط از ضرورت تبعیت کرده است. داعی هم اصولاً در تشکیل جرم تأثیری ندارد.

پیش عینی

در یک سده اخیر علمای حقوق کیفری بیش از پیش به ملاحظات عینی در معافیت مضطر از مجازات بها داده‌اند. به عقیده آنان مجازات مجرم مضطر متضمن هیچ گونه فایده‌ای برای جامعه نیست. جرم اضطراری لزوماً از روحیه اجتماع ستیزی ریشه نمی‌گیرد و نشانه تباهی اخلاقی مضطر نیست. بنابراین مجازات بزهکار مضطر بیهوده و از نظر هدف‌های سیاست کیفری یعنی بازپروری بزهکار و عبرت‌آموزی دیگران بی‌ثمر است. وانگهی، وقتی در حالت ضرورت ارزش مال یا حقی که ضایع می‌شود کمتر از مال یا حقی باشد که با ارتکاب جرم محفوظ می‌ماند، به نظر می‌رسد جامعه هیچ دلیلی برای مجازات ندارد. حتی اگر ارزش این دو، برابر باشد، جرم اضطراری به لحاظ ارزش‌های اجتماعی

علی السویه است. زیرا، جامعه هیچ منفعتی ندارد که یکی را به دیگری ترجیح دهد.

اضطرار در قوانین کیفری موضوعه

قانون مجازات اسلامی مقررات صریحی درباره حالت اضطرار پیش‌بینی کرده است. مطابق ماده ۱۵۲ این قانون: «هرکس هنگام بروز خطر شدید فعلی یا قریب الوقوع از قبیل آتش‌سوزی، سیل، طوفان، زلزله یا بیماری به منظور حفظ نفس یا مال خود یا دیگری مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود قابل مجازات نیست مشروط بر اینکه خطر را عمداً ایجاد نکند و رفتار ارتكابی با خطر موجود متناسب و برای دفع آن ضرورت داشته باشد».

افزون بر آن، مصادیق اضطرار در بعض مواد این قانون نیز به چشم می‌خورد. از جمله تبصره ماده ۵۹۲ و تبصره ۲ ماده ۵۹۵ ق.م.ا (تعزیرات) که فاعل مضطر را در جرایم رشا و ربا معاف از مجازات شمرده است.

در تمام مواد مذکور اضطرار تابع شروطی است که در ماده ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی به این شرح مندرج است:

○ شروط تحقق اضطرار

معافیت از مجازات مرتکب جرم اضطراری چون امری استثنایی است تنها در صورت اجتماع شروط و در اوضاع و احوال خاص مصداق پیدا می‌کند. برای آنکه اضطرار از مرتکب رفع تقصیر کند باید واجد شروط زیر باشد:

بروز خطر شدید

هم‌چنانکه در ماده ۱۵۲ آمده است، شرط وجود حالت اضطرار بروز «خطر شدید» قریب الوقوعی است که نفس (جان) یا مال مرتکب یا دیگری را تهدید کند. بدیهی است ذکر خطراتی مانند «سیل» و «طوفان» در این ماده از باب تمثیل

است و جنبه حصری ندارد و هرگونه خطر دیگری نظیر آتشفشان، بمباران‌های هوایی، سقوط هواپیما و گرسنگی را شامل می‌شود. تفاوتی نمی‌کند که منشأ خطر بیرونی یا درونی باشد. آنچه مهم است به خطر افتادن حقی از حقوق انسان است که فقط با ارتکاب جرم محفوظ می‌ماند. در هر حال، خطر تهدید کننده به «هنگام» رفتار اضطراری باید مسلم و موجود باشد. از این رو، بیم از وجود خطری در آینده که هنوز قرینه‌ای بر وقوع آن در دست نیست، ارتکاب جرم را مباح نمی‌گرداند. قید «فعلی» ناظر به خطری است که فعلیت یافته است.

ضرورت ارتکاب جرم

برای آنکه رفتار مضطر مشمول معافیت قانونی شود، باید «حفظ نفس یا مال خود یا دیگری» از راه دیگری جز با نقض دستور قانونگذار مقدور نباشد. بنابراین، اگر دفع خطر به طریق دیگری غیر از ارتکاب جرم ممکن باشد، دافع خطر از معافیت مقرر در این ماده برخوردار نیست. این شرط در ماده ۱۵۲ با این عبارت که ارتکاب جرم «برای دفع آن [خطر] ضرورت داشته باشد» پیش‌بینی شده است. افزون بر آن، به عقیده بعضی مصنفان حقوق کیفری رفتار مجرمانه باید ضرورت را نیز برطرف کند، وگرنه معافیت از مجازات متفی است. برای مثال، کسی که برای رفع گرسنگی کالایی را می‌دزد تا بفروشد و با پول آن خوراک تهیه کند نمی‌تواند ادعا کند که در حالت اضطرار بوده است. زیرا، دزدیدن کالا مستقیماً ضرورت را برطرف نمی‌کند. ولی اگر قرص نانی را به قدر سد جوع بلزد ادعای او پذیرفته می‌شود. زیرا، این سرقه مستقیماً نیاز او را تأمین و از ضرری ممانعت نموده است.^۱

۱. عبدالقادر عوده، حقوق جزای اسلامی، ج ۲، ص ۲۸۷.

عدم مداخله عمدی مرتکب در ایجاد خطر

منطق و عدالت ایجاب می‌کند کسی که خطری را عمداً ایجاد کرده، سپس برای مقابله با آن ناچار مرتکب جرم شده است مسؤول رفتار خود به حساب آید. قید «عمداً» در این ماده موارد خطرهای سهوی را از شمول آن خارج می‌کند. بنابراین، اگر خطر سهواً و در نتیجه بی احتیاطی یا غفلت فاعل ایجاد شده باشد تقصیر جزایی ظاهراً متوجه او نیست و می‌تواند از مجازات معاف گردد.

تناسب جرم با خطر موجود

حالت اضطرار محقق نمی‌شود مگر «عمل ارتكابی با خطر موجود متناسب» باشد. احراز تناسب میان «عمل ارتكابی» و «خطر موجود» امری موضوعی و بسیار دشوار و به عهده قاضی است. ولی عموماً عقیده بر این است مادام که در حالت ناچاری و تنگنا حق با مال حفظ شده ارزش اجتماعی بیشتر از حق یا مال موضوع جرم نداشته باشد، اضطرار رافع تقصیر نیست. حتی در حالتی که دو حق یا دو منفعت در تقابل با یکدیگر قرار می‌گیرند و ارزش یکسان دارند، برخی از حقوقدانان معافیت قانونی را مردود دانسته‌اند.^۱

در مقررات کیفری اسلام نیز اگر دفع خطری شدید که جان انسان را تهدید می‌کند جز با سلب حیات دیگری ممکن نباشد، ارتکاب جرم قتل به شمار می‌رود و موجب تقصیر است. زیرا، این امر ترجیح بلامرجح است. به این دلیل، سقط جنین زن ولو ادامه بارداری زندگی مادر را به خطر اندازد جایز نیست. تنها در یک مورد برای حفظ حیات مادر (ماده ۶۲۳ ق.م.ا، تعزیرات) چنین اقدامی جرم نیست، آنهم هنگامی است که هنوز روح در جنین دمیده نشده باشد.

تناسب میان رفتار ارتكابی و خطر موجود به هنگامی خصوصاً صادق است که منفعت کم ارزش‌تر اجتماعی، بنا به ضرورت حفظ منفعت پرارزش‌تر، بیش از

۱. Bouzat (P.) et Pinatel (J.), Traité de droit pénal et de criminologie, t.I, n° 299.

مقدار لازم مورد تضییع واقع نگردد. برای مثال، ناخدای کشتی نمی‌تواند برای نجات کشتی که در شرف غرق شدن است از کالای مسافران بیش از آن مقدار که از غرق شدن آن جلوگیری می‌کند به دریا بیندازد. لیکن به همین مقدار نیز به آثار فعل ضروری یعنی جبران خسارت ملتزم است.

نداشتن وظیفه مقابله باخطر

بعض اشخاص به موجب قانون و یا یک قرارداد وظایفی را به عهده می‌گیرند که با پذیرش خطر ملازمه دارد، مانند مأموران نیروی انتظامی، مأموران آتش‌نشانی و یا مأموران نجات غریق. حال سؤال این است که آیا مأموران مذکور هنگام مواجهه با خطر می‌توانند به بهانه حفظ جان یا مال خود از ایفای وظیفه شانه خالی کنند؟ پاسخ به استناد تبصره ذیل ماده ۱۵۲ به این شرح منفی است: «کسانی که حسب وظیفه یا قانون مکلف به مقابله با خطر می‌باشند نمی‌توانند با تمسک به این ماده از ایفای وظایف قانونی خود امتناع نمایند» با فرض قبول خطر سؤال دیگر این است که اگر دفع خطر از خود، متوقف به ارتکاب رفتاری مجرمانه باشد آیا مأموران مذکور می‌توانند به حالت اضطرار دست بیاویزند؟ از تبصره مذکور منع توسل به حالت اضطرار ولو آنکه خطر کردن شغل و یا وظیفه باشد استنباط نمی‌شود. آری، مأموران نمی‌توانند درجایی که دفع خطر از دیگری با حفظ جان و یا مال خود در تقابل بود از مأموریت دست بکشند و اگر وظیفه خود را ترک کردند برای توجیه رفتار خود به حالت اضطرار استناد کنند. ولی اگر برای حفظ حق یا منفعتی با ارزش‌تر در برابر حق یا منفعتی کم ارزش‌تر به استقبال خطر رفتند و ناگزیر حق یا منفعت کم‌ارزش‌تر را فدا کردند به نظر نمی‌رسد که بتوان به آنان خرده گرفت. قانون مجازات اسلامی در حمایت از مأموران وظیفه‌شناس تا آن‌جا پیش رفته است که در مواردی مسئولیت پیامدهای ناخواسته و صرفاً اتفاقی افعال مأموران را از دوش آنان برداشته و هزینه‌های احتمالی را متوجه بیت‌المال نموده است. دراین باره ماده ۴۷۳ قانون مجازات

اسلامی مقرر می‌دارد: «هرگاه مأموری در اجرای وظایف قانونی، عملی را مطابق مقررات انجام دهد و همان عمل موجب فوت یا صدمه بدنی کسی شود، دیه برعهده بیت‌المال است.»

○ آثار اضطرار

اضطرار حالتی نوعی است و از همه کسانی که در چنین حالتی ناگزیر مرتکب جرم شده‌اند رفع تقصیر می‌کند. یعنی رفتار ارتكابی جرم نیست و اثر کیفری بر آن مترتب نمی‌شود. با این همه، ماده ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی با به کار بردن عبارت «قابل مجازات نیست» به ظاهر مضطر را فقط معاف از مجازات شناخته است. با این تفسیر، باید گفته شود که رفتار ارتكابی بر حرمت خود باقی است فقط مرتکب معذور است. ولی، با توجه به مبانی فقهی این تأسیس که به استناد آن ضرورت‌ها حرمت افعال را زائل می‌کند و سبب اباحه آن می‌گردد، عمل ارتكابی را نمی‌توان جرم شناخت. بدیهی است عمل ارتكابی اگر جرم نباشد مجازات نیز نمی‌شود.

حلیت رفتار در وضع اضطراری مرتکب را از تبعات زیان‌آور آن معاف نمی‌دارد. کسی که دروضع اضطراری خسارتی به دیگری وارد کرده است به جبران آن ملتزم است.

جبران خسارت مادی در حالت اضطرار برخلاف دفاع مشروع از این جهت با موازین انصاف منطبق است که در این حالت اصولاً مجنی علیه یا متضرر از جرم اقدامی در ایجاد حالت خطر به عمل نیاورده و خطایی مرتکب نشده است تا سزاوار محروم ماندن از اموال خود گردد. در مواردی هم که انسان برای حفظ جان و مال دیگری ناچار ضرری به غیر وارد آورده، جبران خسارت در نهایت به عهده کسی است که از این طریق جان یا مال خود را بازیافته است.

اضطرار ضمان دیه را نیز منتفی نمی‌دارد. ضمان دیه به جبران صدمات و جراحاتی است که کسی من غیر عمد و در نتیجه بی‌احتیاطی یا اتفاقاً به دیگری

وارد کرده است. مانند انسانی که برای فرار از مهلکه آتش از بلندی به بیرون پیرد و بر سر انسان دیگری فرود آید. بعض نویسندگان حقوق مدنی توصیه می کنند که اگر رویه قضایی بتواند ضمان مضطر را به معنی ضمان مربوط به استفاده ناروا بگیرد نه ضمان ناشی از اتلاف و تسبیب، عادلانه تر رفتار کرده است.^۱

۲. حکم قانون و امر آمر قانونی^۲

ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد: «... ارتکاب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می شود، در موارد زیر قابل مجازات نیست:

الف - در صورتی که ارتکاب رفتار به حکم یا اجازه قانون باشد.

ب - در صورتی که ارتکاب رفتار برای اجرای قانون اهم لازم باشد.

پ - در صورتی که ارتکاب رفتار به امر قانونی مقام ذی صلاح باشد و امر مذکور خلاف شرع نباشد...»

به موجب این ماده هرگاه رفتاری بنا بر حکم قانون یا امر قانونی مقام ذی صلاح ارتکاب یابد مشمول تعریف جرم نمی شود و در نتیجه تقصیری برعهده مرتکب ثابت نیست. جرم علی الاطلاق رفتاری است اعم از فعل یا ترک فعل که قانونگذار برای آن مجازات تعیین کرده است. بنابراین، حکم قانون یا امر قانونی مقام ذی صلاح هم افعال ضابط دادگستری را که به دستور مقامات قضایی به دستگیری متهم پرداخته مشروع می سازد و هم فعل دژخیم را که بنا به امر مقام صلاحیتدار حکم اعدام را به اجرا گذاشته و هم افعال سربازی که در اثنای جنگ به کشتن و مجروح کردن دشمن قیام کرده است. این رفتارها هر یک فی نفسه جرم و با عنوان هایی همچون بازداشت غیرقانونی، ضرب و جرح و قتل و نظایر

۱. ناصر کاتوزیان، دوره مقلداتی حقوق مدنی، وقایع حقوقی، ص ۴۶.

2. Ordre de la loi et commandement de l'autorité légitime

آن در قانون توصیف شده اند، ولی چون به موجب حکم قانون وصف مجرمانه آنها با رعایت شروطی زوال یافته است، گویی در اصل جرمی واقع نشده است. تصریح قانونگذار به هر یک از موارد سه گانه در ماده مذکور شقوق مختلفی بر رفع تقصیر مرتکب پیش بینی می کند که تحقق هر کدام جداگانه واجد اثر است. با این همه، گاه اجرای قانون موکول به امر آمر قانونی است. به عبارت دیگر با اجتماع هر دو شرط فعل ارتكابی مباح شمرده می شود.

○ حکم قانون

اصولاً اجرای حکم قانون به خودی خود از مأموری که به ادای وظیفه می پردازد و در نتیجه آن مرتکب رفتاری می شود که جنبه مجرمانه دارد رفع تقصیر نمی کند. این حکم دست کم در مورد کارمندان دولت، افسران نیروهای مسلح و مأموران نیروی انتظامی که عموماً تابع سلسله مراتب اداری یا نظامی اند و نمی توانند بدون دستور مقام مافوق به وظیفه خود عمل کنند صادق است. در نتیجه هرگاه حکم قانون رأساً تکلیفی برای مأموران تعیین نکند و ادای تکلیف مستلزم امر مافوق باشد، ارتکاب رفتار به هیچ وجه مشروع تلقی نمی شود. برای مثال، اگر چنانچه مأموران نیروهای انتظامی که به موجب قانون اختیار جلب متهمان و تفتیش منازل را دارند در غیر موارد جرم مشهود بدون دستور بازپرس یا مقام قضایی به جلب اشخاص یا تفتیش منازل بپردازند به اتهام جلب غیرقانونی (ماده ۵۸۳ ق.م.ا، تعزیرات) یا هتک حرمت منزل (ماده ۵۸۱ ق.م.ا، تعزیرات) قابل تعقیب در مراجع قضایی اند.

با این همه، هنگامی که اعمال مذکور را مأموری مرتکب شده که مستقیماً مخاطب حکم قانون قرار گرفته و به تحصیل امر مقام قانونی (ذی صلاح) نیاز نداشته است، حکم قانون به تنهایی سبب اباحه عمل به شمار می رود. برای مثال، بازپرسی که حکم جلب متهم را صادر می کند، خود می تواند شخصاً متهم را جلب و یا بازداشت کند بدون آنکه به جرم بازداشت غیرقانونی متهم گردد.

همچنین، پزشک که به موجب قانون (ماده ۳ قانون طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزی و بیماری‌های واگیردار مصوب ۱۱ خرداد ۱۳۲۰) مکلف است در صورت مشاهده بیماری‌های واگیردار مراتب را به وزارت بهداشت و درمان گزارش کند، هیچ‌گاه به اتهام افشاء اسرار مردم (ماده ۶۴۸ ق.م.ا. تعزیرات) تحت تعقیب قرار نمی‌گیرد. همین حکم دربارهٔ مأموران نیروهای انتظامی که در جرایم مشهود (ماده ۴۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۴ اسفند ۱۳۹۲) پیش از مداخلهٔ دادستان یا بازپرس برای جلوگیری از امحاء آثار جرم و فرار متهم اقدام کرده‌اند جاری است. به این معنی که نمی‌توان اقدامات آنان را که ممکن است متضمن سلب آزادی و تصرف در اموال دیگران باشد جرم شناخت. در تمام موارد مذکور که مخاطبان قانون بی‌نیاز از کسب دستور از مقام قانونی در سلسله مراتب اداری یا انتظامی‌اند، حکم قانون برای اباحهٔ عمل به تنهایی کافی است.

قانونگذار اجازهٔ قانون را هم مانند حکم قانون سبب اباحهٔ عمل شناخته و آثاری مشابه بر آن مترتب دانسته است. به این ترتیب «اقدامات والدین و اولیاء قانونی و سرپرستان صغار و مجانین که به منظور تأدیب یا حفاظت آن‌ها انجام می‌شود مشروط بر اینکه اقدامات مذکور در حد متعارف و حدود شرعی تأدیب و محافظت باشد» (بند ۱ ماده ۱۵۸ ق.م.ا.) جرم محسوب نمی‌شود. منشاء این اجازه نیز عرف است. به استناد این ماده اولیاء و سرپرستان اطفال نافرمان می‌توانند آنان را در حدود متعارف تعلیم و تربیت تنبیه و یا از بعضی آزادی‌ها محروم کنند بدون آنکه این اقدام جرم شمرده شود.

در این ماده مقصود از «والدین» (تنبیه از والد به معنی پدر) پدر و مادر طفل است که قانوناً با یکدیگر پیوند زناشویی بسته‌اند. بنابراین، نامادری و ناپدری از شمول این ماده خارج‌اند. «اولیاء» جمع ولی مشتق از ولایت یعنی نمایندهٔ قانونی مولی‌علیه. اولیاء قانونی به پدر، جد پدری، وصی منصوب از طرف یکی از آن‌ها و نیز به قیم گفته می‌شود. به موجب ماده ۱۱۸۸ قانون مدنی: «هر یک از پدر و جد

پدری بعد از وفات دیگری می‌تواند برای اولاد خود که تحت ولایت او می‌باشد وصی معین کند تا بعد از فوت خود در نگاهداری و تربیت آن‌ها مواظبت کرده و اموال آن‌ها را اداره نماید. قیم نیز مواظب و نمایندهٔ محجور در صورت نبودن ولی قهری و وصی او محسوب می‌شود. سرپرست همان قیم است (از واژه‌های برگزیدهٔ فرهنگستان اول). مراد از «سرپرستان» زن و شوهرانی هستند که با توافق یکدیگر کودکی را با تصویب دادگاه و به موجب قانون (قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۰ مهر ۱۳۹۲) به سرپرستی پذیرفته‌اند. به موجب ماده ۱۷ قانون مذکور: «تکالیف سرپرست نسبت به کودک یا نوجوان از لحاظ نگاهداری، تربیت و نفقه، با رعایت تبصره ماده (۱۵) و احترام، نظیر تکالیف والدین نسبت به اولاد است. کودک یا نوجوان تحت سرپرستی نیز مکلف است نسبت به سرپرست، احترامات متناسب با شأن وی را رعایت کند».

قانون (قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور مصوب ۲۹ تیر ۱۳۸۲) زوج‌هایی را که بچه‌دار نمی‌شوند (نابارور) و جنین اهدایی دیگران را پرورش داده و به کودکی پذیرفته‌اند از حیث نگاهداری، تربیت و سایر حقوق و تکالیف همانند پدر و مادر شناخته است (ماده ۳). بنابراین، این دسته از والدین نیز مشمول حکم قانونگذار قرار می‌گیرند.

«صغار» جمع صغیر به کسانی گفته می‌شود که به حد بلوغ نرسیده‌اند. بر طبق ماده ۱۴۷ قانون مجازات اسلامی، سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است. «مجانین» جمع مجنون یا همان دیوانه به کسانی گفته می‌شود که به دلیل آشفتگی روانی درک و شعور درستی از امور ندارند.

از فحوای کلام قانونگذار چنین فهمیده می‌شود که: نخست، قانونگذار اقدامات والدین و اولیاء قانونی و سرپرستان صغار و مجانین را که لازمهٔ تربیت و نگاهداری صحیح آنان است و فقط «به منظور تأدیب یا حفاظت آن‌ها انجام می‌شود» مجاز شناخته است. بنابراین، اگر فرضاً به قصد فرونشاندن خشم و یا کینه‌جویی باشد به هیچ وجه مورد حمایت قانونگذار نیست. دوم، شرط است که

این اقدامات در حد متعارف و حدود شرعی تأدیب و محافظت باشد، به بیان دیگر، اقدامات آنان بیرون از اعتدال و یا زیاده از میزانی که تأدیب یا حفاظت اقتضا می‌کند نباشد. سوم، این اقدامات به شیوه‌ای صورت پذیرد که با هدف تنبیه مغایر نباشد. به این معنی که سلامت جسمانی و روانی صغیر یا مجنون را به خطر نیندازد. هر چند قانونگذار در این ماده به آنچه عرف و عادت مردم حکم می‌کند تکیه کرده است، ولی الزامات ناشی از عرف نباید مغایر با تکالیفی باشد که تعلیم و تربیت صحیح مطابق با موازین علمی ایجاب می‌کند. اما قید «حدود شرعی» به دلیل ابهامی که در این الفاظ وجود دارد قضاوت دوباره این قبیل رفتارها را دشوار می‌کند. در این باره نظریات متفاوت است.^۱

۱. یکی از مراجع و از استادان حوزه‌های علمیه در پاسخ به سوالی که به این مبحث مربوط می‌شود چنین اظهار عقیده کرده است:
س - با عنایت به اینکه درصد زیادی از موارد کودک آزادی در محیط امن خانه اتفاق می‌افتد، آیا شرع مقدس والدین را در انجام این عمل ضد انسانی مخیر دانسته است؟ آیا کودک آزادی از سوی والدین، از نظر شرع مقدس جایز است یا حرام؟ یا توجه به عنایت ویژه حضرت امام (ره) در خصوص اجتهاد به روز، آیا امروز که مسئله کودک آزادی در حال تبدیل شدن به یک بحران در جامعه است، می‌توان یک راهکار با حکم شرعی را برای رفع این معضل به کار گرفت؟ آیا تغییر قانون حمایت از کودکان و نوجوانان (که تا حدی والدین را در تنبیه کودک، مجاز دانسته است)، اشکال شرعی دارد؟
ج - جواب سؤال علاوه بر روشن بودنش، از خود سؤال هم معلوم است، چون هیچ شرع و قانونی چه رسد به شرع مقدس اسلام که دینی الهی است، آزار انسان‌ها - چه رسد به کودکان مظلوم و بی‌پناه آن هم در محیط در بسته خانه - را اجازه نداده و نمی‌دهد، و عقل و نقل و همه علماء و فقهاء اجماعاً آن را حرام و معصیت و گناه و ظلم و ایذاء می‌دانند؛ و ناگفته نماند که به حکم اطلاق ادله حرمت ظلم و اذیت، فرقی بین ایذاء جسمی و روحی نمی‌باشد و هر دوی آنها حرام است، و مرتکبش بعلاوه از ضمان و لزوم جبران خسارت و ضرر وارده به کودک، (همانند ضرر به دیگران) مستحق تعزیر هم می‌باشد. پس آزار کودکان از طرف والدین، جایز نبوده و مخیر در آن نبوده و نیستند و کودک آزادی از طرف آنها در شرع مقدس، حرام و معصیت می‌باشد، بلکه عمده و غالب انواعش - اگر نگوییم همه‌اش - از معاصی کبیره است. این بود بیان حکم کلی مسئله، و اما راجع به رفع معضل مفروض در سؤال، قبل از مطلب بلند و بالای نقل شده از فقهی همانند امام امت - سلام‌الله علیه - راهکار جلوگیری از آن مانند راهکارهای جلوگیری از ظلم به دیگران در اسلام پیش‌بینی شده، و بر همگان مخصوصاً دولتمردان قانونگذاری و اجرا، تشکیل محاکم، جلوگیری از ایذاء و به فریاد چنان مظلومان بی‌پناه رسیدن، واجب شرعی و عقلی است، بلکه بر آنها بعلاوه از تکلیف، یک حق هم می‌باشد، چون هر مظلومی به مقتضای حکمت، حق رفع ظلم از خودش را دارد و حکومت باید جلوی هر گونه ایذاء و اذیت را گرفته و عدالت را اجرا نماید و مسئله حمایت، قاعدتاً همان حضانت و سرپرستی و تربیت کودک و حفظ بدن و روح و جان او می‌باشد که بر پدر و مادر، واجب شده است. آری، در راستای ادب و تربیت کودکان از طرف آنها، تنها زدن حد اکثر تا پنج ضربه و یا شش ضربه نه زیادت، آن هم ←

افزون بر اقدامات والدین و اولیاء قانونی و سرپرستان صغار و مجانین، اقدامات پزشکان و جراحان به قصد درمان بیماران که به صورت ضرب و جرح نمود پیدا می‌کند و نیز ضربات و جراحات ناشی از عملیات ورزشی را باید محمول بر اجازه قانون دانست. متناهی تفاوت این قبیل اقدامات با رفتاری که والدین و اولیاء قانونی نسبت به صغار و مجانین در پیش می‌گیرند این است که رضایت مجنی‌علیه در اقدامات پزشکی و عملیات ورزشی همواره شرط اباحه عمل است، در حالی که رضایت صغار و مجانین نسبت به رفتار اولیاء خود شرط نیست.

در پایان این مبحث ناگزیر از توضیح این نکته نیز هستیم که قانونگذار اجرای حکم قانون را با صفت «اهم» شرط کرده است و باید دید مقصود او چیست؟ گاه در اجرای تکلیفی که قانونگذار به عهده اشخاص نهاده است، ارتکاب رفتاری که دروضع عادی جرم تلقی می‌شود ضرورت پیدا می‌کند. در این حال، اجرای حکم یک قانون مستلزم نقض مفاد حکم قانون دیگر است. این حالت را اصطلاحاً تراجم اهم و مهم می‌نامند. به بیان دیگر، گاهی دومنفعت چنان در تقابل با یکدیگر قرار می‌گیرند که انسان ناچار می‌شود به منظور حفظ منفعت با ارزش‌تر، منفعت کم ارزش‌تر را نادیده بگیرد و از حکم قانون اهم تبعیت نکند. مقصود

→ با انحصار راه تربیت به آن و در مسیر جلوگیری از فساد اخلاقی و ارتکاب کارهای ناشایست، و به شرط اینکه ضربه به طور سخت و موجب زخم شدن، و یا تغییر رنگ پوست نباشد، اجازه داده شده؛ و ناگفته نماند با آنکه امروز تربیت اولاد و رشد استعدادهای آنان، خود رشته بسیار با اهمیت و دارای علما و متخصصین می‌باشد، نیاز به تنبیه بدنی - که معمولاً مانع از تربیت و رشد استعدادهاست - بسیار نادر بوده و هست و بر همه قدرت‌های تبلیغی و فرهنگی است که راه‌های احسن تربیت و ادب و فرهنگ را تبلیغ نموده، تا طبعاً پدران و مادران مهربان و همه مربیان از آن راه‌ها استفاده و راه کودکی آزاری مسدود گردد، و باید همگان را به سیره رسول گرامی اسلام (ص) در جلوگیری از تربیت و ادب هنگام غضب و خشم متوجه ساخته، تا ادب و تربیت همراه با عاطفه و حاکمیت عقل و علم و خرد انجام گیرد، چرا که حالت خشم و غضب در هنگام ادب و تربیت، همه جهات عقلانی و علمی و انسانی تربیت را مسنور نموده و پرده و حجاب سخت و آهنینی بر روی همه آن‌ها قرار می‌دهد، که نعوذ بالله منه. ۸۲/۷/۲۱ آیه‌الله حاج شیخ یوسف صائمی، استفتات قضایی (جلد یکم)، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۴، صص ۳۲۰-۳۱۸.

قانونگذار از اجرای قانون اهم فرو گذاشتن اجرای قانون مهم است. برای مثال، به موجب ماده واحده قانون مجازات خودداری از کمک به مصلومین و رفع مخاطرات جانی (مصوب ۵ خرداد ۱۳۵۴): «هرکس شخصی یا اشخاصی را در معرض خطر جانی مشاهده کند و بتواند با اقدام فوری خود یا کمک طلبیدن از دیگران یا اعلام فوری به مراجع یا مقامات صلاحیتدار از وقوع خطر یا تشدید نتیجه آن جلوگیری کند بدون اینکه با این اقدام خطری متوجه خود او یا دیگران شود و با وجود استناد یا دلالت اوضاع و احوال بر ضرورت کمک از اقدام به این امر خودداری نماید...» به مجازات محکوم خواهد شد. گاه اتفاق می افتد که شخص برای نجات دیگران یا مقابله با خطری که جان آنان را تهدید می کند ناگزیر به اعمالی دست می زند که نقض مقررات کیفری به شمار می رود. فرضاً برای نجات سرنشینان اتومبیلی که واژگون شده است به شکستن در و پنجره آن که تخریب عمدی است می پردازد. در این حال، چون به اجرای قانون اهم که حفظ نفوس مردم را مقدم دانسته قیام کرده است، ارتکاب این رفتار موجه و تفصیری متوجه فاعل در ادای این تکلیف قانونی نیست.

به طور کلی، تشخیص اهم از مهم برای مخاطب در همه احوال آسان نیست. این امر مستلزم آگاهی به مراتب اهمیت ارزش های اجتماعی است تا مخاطب بتواند یکی را به دیگری در اجرای قانون اهم ترجیح دهد.

○ امر قانونی مقام ذی صلاح

امر دستور الزامی و مقام ذی صلاح کسی است که به حکم قانون صلاحیت صدور این دستور را به مأموری که تحت امر او است دارد. بنابراین، امر قانونی مقام صلاحیتدار دولتی اعم از کشوری و ارتشی است که امتثال امر او اگر خلاف قانون نباشد برای مأموران الزامی است. مثلاً، بازپرس می تواند قرار بازداشت موقت صادر کند و ضابطان دادگستری را مأمور دستگیری و جلب متهم نماید و یا آنان را مأمور کند وارد خانه متهم شوند و به تفتیش آن بپردازند. در تمام این

موارد، یعنی بازداشت، ورود به محل سکونت و احتمالاً ضبط آلات و ادوات جرم، رفتار مأموران که در اوضاع و احوال عادی جرم محسوب می شود مباح است و هیچ گونه مؤاخذه ای از آنان چنانچه در حدود قانون به وظیفه خود پرداخته باشند ممکن نیست.

در مجموع، امر مقام ذی صلاح در اجرای قانون وقتی سبب مشروعیت فعل مأمور می گردد که واجد شروط زیر باشد:

نخست، امر در شمار اموری باشد که قانوناً در صلاحیت آمر است. بنابراین، اگر فرمانده نیروی انتظامی برای کشف جرم به مأموران تحت امر خود دستور استراق سمع یا ضبط مکالمات تلفنی اشخاص را بدهد، چون این امر در صلاحیت این فرماندهی نیست، ضابطان دادگستری نباید تن به اجرای چنین دستوری بدهند. بنابراین، مأمور باید تا حدودی به امور در صلاحیت آمر واقف باشد.

ولی اگر دستوری ناموجه و بی دلیل از مقام صلاحیتدار صادر شد تکلیف چیست؟ مثلاً، مقام قضایی قرار بازداشت ناموجهی صادر کند و ضابطان دادگستری را به اجرای آن مأمور نماید و یا بی دلیل برای تفتیش خانه ای به مأموران دستور دهد؟ در این قبیل موارد هیچ گونه تفصیری در اجرای دستور مقام صالح متوجه مأموران نیست و فقط مقام قضایی متخلف پاسخگو است.

فرض دیگر این است که آمر صلاحیت قانونی را فاقد بوده، ولی در سلسله مراتب اداری اقتدار عملی داشته باشد. در این صورت نیز نمی توان مأمور را که اقدامات خود را به ظاهر امور متکی ساخته مقصر شناخت. در این باره یکی از شعب دیوان عالی کشور چنین اظهارنظر نموده است (حکم شماره ۷۲۰-۲۵/۵/۱۵): «در مورد جرم توقیف غیرقانونی اگر متهم در تمام مراحل عمل خود را مبتنی به دستور مافوق خود نموده و از بعضی اوراق نیز همین طور استنباط شود

دادگاه نیابتی (به ملاحظه اینکه آخرین سمت قانونی نداشته‌اند) بدون توجه به اجبار اداری منتهی به اطاعت امر آنان مبادرت به صدور حکم محکومیت نماید.^۱

دوم، مأمور بر حسب قانون موظف به اجرای دستور باشد. هرگاه مأمور به اجرای امری که هیچ‌گونه وظیفه‌ای در قبال آن ندارد مبادرت کند مقصّر شناخته می‌شود، هرچند این امر قانونی باشد. برای مثال، مدیر دفتر دادگاه هیچ تکلیفی در اجرای قرار بازداشتی که مقام قضایی صادر کرده است ندارد.

سوم، امر مقام ذی‌صلاح باید در شکل مقرر قانونی صادر شده باشد. برای مثال، دستور جلب منتهی باید در ورقه جلب، ممضی و مهرور به امضا و مهر مقام قضایی و سایر شرایط صوری لازم باشد. و یا بر طبق ماده ۵۷۴ قانون مجازات اسلامی (تعمیرات) که چنین پیش‌بینی کرده است: «اگر مسؤولین و مأمورین بازداشتگاه‌ها و زندانگاه‌ها از ارائه دادن یا تسلیم کردن زندانی به مقامات صالح قضائی یا از ارائه دادن دفاتر خود به اشخاص مزبور امتناع کنند یا از رساندن تظلمات مجوسین به مقامات صالح معائنات یا خودداری نمایند مشمول ماده قبل خواهند بود مگر این که ثابت نمایند که به موجب امر کتبی رسمی از طرف رئیس مستقیم خود مأمور به آن بوده‌اند که در این صورت مجازات مزبور درباره آمر مقرر خواهد شد.» این امر باید کتباً و رسماً به مأمور ابلاغ شده باشد. و فقط در این صورت است که اگر مسؤولان و مأموران بازداشتگاه‌ها و زندانگاه‌ها از تکلیف مقرر در این ماده سر باز زدند جرمی مرتکب نشده‌اند.

پیروی مأموران از دستور مقام صلاحیتدار اگر موافق با حکم قانون باشد دشواری به وجود نمی‌آورد. ولی اگر مقام ذی‌صلاح دستوری برخلاف قانون صادر کند تکلیف مأمور چیست؟ آیا تبعیت الزامی مأموران مادون از دستور مافوق که لغو آن در مواردی موجب مسؤولیت کیفری است (ماده ۳۷ قانون

۱. آنتونیو کلسه، ابراهیم - آنتیگون و تعارض میان ضرورت‌ها، مجله حقوقی، شماره ۱۸ و ۱۹ صص ۱۸۹-۱۳۵.

مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۹ دی ۱۳۸۲) دلیل موجهی بر ارتکاب جرم در اجرای دستور غیرقانونی مقام ذی‌صلاح به شمار نمی‌رود؟ با توجه به ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی معلوم می‌شود که قانونگذار به این پرسش پاسخ منفی داده است. به عبارت دیگر قانونگذار اطاعت محض از امر مافوق را که به دلیل ایجاد انضباط در دستگاه‌های اداری و سلسله مراتب نظامی ضروری است مردود شناخته است.

لیکن قانون مدیریت خدمات کشوری (مصوب ۸ مهر ۱۳۸۶) در ماده ۹۶ برای آشتی دادن مصالح اداری با مسؤولیت‌های فردی در ایفای وظایف قانونی، راه عملی و کارسازی را پیش نهاده که سرانجام مفهوم اطاعت محض از امر مقام مافوق را تداعی می‌کند. برطبق این ماده: «کارمندان دستگاه‌های اجرایی مکلف می‌باشند در حدود قوانین و مقررات، احکام و اوامر رؤسای مافوق خود را در امور اداری اطاعت نمایند، اگر کارمندان حکم یا امر مقام مافوق را برخلاف قوانین و مقررات اداری تشخیص دهند، مکلف‌اند کتباً مغایرت دستور را با قوانین و مقررات به مقام مافوق اطلاع دهند. در صورتی که بعد از این اطلاع، مقام مافوق کتباً اجراء دستور خود را تأیید کرد، کارمندان مکلف به اجراء دستور صادره خواهند بود و از این حیث مسؤولیتی متوجه کارمندان نخواهد بود و پاسخگویی با مقام دستور دهنده می‌باشد.» البته این ماده ناظر به احکام و اوامر اداری است. با قید «مقامات رسمی» در ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی که شامل تمام کارمندان دولت می‌شود، اجرا حکم و یا امری که مستلزم ارتکاب جرم است موجب مسؤولیت کیفری هم مقام مافوق و هم کارمند زیردست می‌شود. مانند دستور مقام مافوق مبنی بر شتود مکالمات تلفنی همکار اداری یا باز کردن پاکت‌نامه‌های خصوصی برخلاف دستور اصل بیست و پنجم قانون اساسی.

بعضی دیگر از حقوقدانان با رد نظریه اطاعت محض معتقدند که مادون حق دارد و بلکه مکلف است در امر مافوق به تفحص بپردازد و هرگاه امر مافوق را برخلاف حکم قانون یافت از اطاعت از آن سرپیچی کند. در نتیجه، تبعیت الزامی

از دستور مافوق دلیل موجهی بر رفع تقصیر کیفری در اجرای امر غیرقانونی مافوق نیست. این نظریه اگر بدون توجه به واقعیات اجتماعی پذیرفته شود، سرانجام به پراکندگی و پریشانی اداره امور و کندی جریان کار دستگاه‌های اجرایی منتهی خواهد شد. زیرا، اولاً احراز قانونی بودن دستور مافوق در همه موارد آسان نیست و از عهده مادون ساقط است، ثانیاً اصل انضباط را به ویژه در سازمان‌هایی مانند ارتش به مخاطره می‌افکند. قانونگذار کشور ما راه حل میانه‌ای را برگزیده است که به موجب آن باید میان امر آشکارا غیرقانونی و امر به ظاهر قانونی تمایز قایل شد. برطبق ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه به امر غیرقانونی یکی از مقامات رسمی، جرمی واقع شود امر و مأمور به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌شوند لکن مأموری که امر را به علت اشتباه قابل قبول و به تصور اینکه قانونی است، اجرا کرده باشد، مجازات نمی‌شود و در دیه و ضمان تابع مقررات مربوطه است.» به استناد صدر ماده مذکور، اگر مأمور امر را که غیرقانونی بودن آن آشکار است به اجرا گزارد به مجازات مقرر محکوم می‌شود. برای مثال، اگر فرمانده نیروهای نظامی به هنگام رویارویی با دشمن دستور تیرباران اسیران جنگی را به نیروهای تحت امر خود صادر کند امر و مأمور هر دو مقصر و مسؤول اند. به عبارت دیگر، مأمور نباید امر مقام ذی‌صلاح را هنگامی که مخالف موازین انسانی و به ویژه حقوق داخلی و بین‌المللی است اطاعت کند و این نافرمانی از امر فرمانده، لغو دستور به شمار نمی‌رود. بدیهی است غیرقانونی بودن امر امر قانونی با این فرض که مأمور عالم به حکم قانون است مصداق پیدا می‌کند. در این باره، مأمور نمی‌تواند به جهل خود نسبت به قانون متوسل شود. فرضاً، مأموری که به اذیت و آزار بدنی متهمی به قصد اقرار متهم شده نمی‌تواند ادعا کند که نسبت به غیرقانونی بودن این رفتار جاهل بوده است. فقط در صورتی از این اتهام مبرا خواهد شد که ثابت کند به ارتکاب این عمل اکراه شده است. ماده ۵۸۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) در این خصوص مقرر می‌دارد: «هریک از مستخدمین و مأمورین قضائی یا غیرقضائی یا کسی که

خدمت دولتی به او ارجاع شده باشد بدون ترتیب قانونی به منزل کسی بدون اجازه و رضای صاحب منزل داخل شود به حبس از یک ماه تا یک سال محکوم خواهد شد مگر این که ثابت نماید به امر یکی از رؤسای خود که صلاحیت حکم را داشته است مکره به اطاعت امر او بوده، اقدام کرده است که در این صورت مجازات مزبور در حق امر اجرا خواهد شد... این حکم به لحاظ عمومیت قاعده اکراه جز در قتل در سایر جرایم نیز صادق است و همواره از مکره رفع مسؤولیت می‌کند. زیرا، اکراه اصولاً اختیار را از مباشر عمل سلب می‌کند.^۱

لیکن، قسمت اخیر ماده ۱۵۹ با قید «اشتباه قابل قبول» پذیرفته است که اگر مأمور در اجرای دستور مافوق مشتبه گردد و به تصور اینکه امر مقام ذی‌صلاح قانونی است و ظاهر امر نیز قانونی بودن آن را تأیید کند، مجازات نمی‌شود و فقط به پرداخت دیه در صورتی که جرم از جرایم علیه تمامیت جسمانی مجنی‌علیه باشد یا جبران خسارات مالی در صورت ورود ضرر به غیر محکوم می‌شود. به عبارت دیگر، از حکم ماده ۱۵۹ چنین استفاده می‌شود که اشتباه حکمی در اوضاع و احوال خاص از مأمور رفع تقصیر می‌کند و یکی از سبب‌های اباحه رفتار به شمار می‌رود. این شبهه در حالتی که امر مقام ذی‌صلاح قانونی است و مأمور از آن تبعیت نکرده نیز مؤثر است.

تشخیص «اشتباه قابل قبول» امری موضوعی و با دادگاه است. قاضی محکمه باید با توجه به اوضاع و احوال واقعه، منشاء تصور غلط مأمور را در اجرای وظیفه‌ای که به موجب قانون به او محوّل شده به دست آورد تا بتواند از او رفع تقصیر کند.

نکته آخر که برای حقوقدانان سؤال ایجاد کرده و هریک در مقام کشف مقصود قانونگذار پاسخی برای آن یافته است، شرط «خلاف شرع» نبودن امر قانونی مقام ذی‌صلاح و یا ارتکاب رفتاری است که مطابق ماده ۱۵۸ قابل

۱. برای توضیحات بیشتر به بحث اجبار و اکراه در جلد دوم این کتاب مراجعه کنید.

مجازات نیست. بعض مؤلفان حقوق کیفری معتقدند: «تمیز اینکه دستور آمر یا شرع تطبیق می‌کند یا نه برای مأمور که کلیه قواعد شرعی را به صورت متن قانونی در اختیار ندارد سخت است و حتی اگر بتوان گفت که مأمور باید به ظاهر شرعی قضیه توجه کند باز خالی از اشکال نیست. به نظر می‌رسد با توجه به تطبیق قوانین با مواضع شرعی ذکر جمله «خلاف شرع نباشد» اضافی است و حذف آن می‌تواند اشکالات احتمالی را از بین ببرد، مگر اینکه دو اصطلاح «خلاف قانون» و «خلاف شرع» را مترادف انگاریم که در این صورت مشکل رفع خواهد شد.^۱ آنچه مسلم است نسبت قانون و شرع به موجب اصل چهارم قانون اساسی به قول منطقیون عموم و خصوص مطلق است. افزون بر آن، دشوار می‌توان پذیرفت که مأمور در اجرای امر مقام صلاحیتدار موظف باشد یک بار درباره قانونی بودن این امر کاوش کند و یک بار درباره شرعی بودن آن. از این رو، حکم قانون همان حکم شرع است که اگر دستور مقام ذیصلاح با آن مطابقت نداشت مأمور باید با آن مخالفت کند. ولی، از ماده ۱۵۸ این مقصود نیز فهمیده می‌شود که آنچه باید «خلاف شرع نباشد» امری است که قانوناً موجه است یعنی با رعایت جهات قانونی و به امر مقام صلاحیتدار صادر شده ولی با موازین شرعی انطباق ندارد. این موازین تعریف نشده‌اند و ظاهراً هم در صدور و هم در اجرا آمر و مأمور باید به آن آگاه باشند. برای مثال، دستور بازجویی بدنی از متهم زن که ممکن است سلاح یا مواد مخدر در جامه خود پنهان کرده باشد اگر خطاب به مأمور زن صادر شده باشد قانونی و شرعی است، ولی اگر خطاب به مأمور مرد صادر شده باشد خلاف شرع تلقی می‌شود و مأمور می‌تواند از اجرای آن امتناع کند. قید شرعی در کنار اقدام قانونی ممکن است در مواردی مأمور را در اجرای وظیفه خود با تردید و دو دلی مواجه کند. این استنباط از قانون به این معنی است که شرع را اعم از قانون بدانیم.

۱. رضا نورپا، زمینه حقوق جزای عمومی، صص ۲۵۵-۲۵۶.

حدود مسئولیت آمر و مأمور در اجرای حکم قانون

امر آمر قانونی با شروطی که بیان کردیم از مأمور نه تنها رفع تقصیر کیفری می‌کند، بلکه مسئولیت مدنی او را در برابر ضررهای وارد شده در حین اجرای دستور آمر قانونی نیز زایل می‌سازد.

اما اگر مأمور به امر غیرقانونی مقام ذیصلاح جرمی مرتکب شود و به این رفتار اکراه شده باشد، مکروه افزون بر اینکه به مجازات عمل محکوم می‌گردد از باب سببیت اقوی از مباشرت ضامن است. لیکن، اگر مأمور امر غیرقانونی را چه به عمد یا به خطا و یا به اشتباه به اجرا گزارده باشد خود او ضامن است.

همچنین، اعمالی که به حکم قانون و در اجرای تکلیف ارتکاب یافته باشد میراً از مسئولیت مدنی است. مانند شکستن در خانه برای نجات ساکنان آن که در مهلکه آتش به دام افتاده‌اند. به طور کلی، اگر اصل و مبنای رفتار انسان مباح بوده و هیچ تقصیری از فاعل سرزده باشد، مسؤول جبران خسارت نیست. در این باره ماده ۴۷۳ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «هرگاه مأموری در اجرای وظایف قانونی، عملی را مطابق مقررات انجام دهد و همان عمل موجب فوت یا صدمه بدنی کسی شود، دیه برعهده بیت‌المال است.»

۳. رضایت مجنی‌علیه^۱

رضایت در لغت به معنی خشنودی و اجازه و رخصت آمده است^۲ و رضایت مجنی‌علیه یعنی تمایل قلبی و موافقت مجنی‌علیه به اینکه تعرضی بر خلاف قانون علیه حقوق و آزادی‌های او انجام گیرد. مجنی‌علیه ممکن است شخص حقیقی یا شخص حقوقی باشد. سؤال این است که اگر مجنی‌علیه با طیب نفس به وقوع جرم علیه خود تن در دهد و همه آثار آن را بپذیرد آیا تقصیر مرتکب که

۱. Consentement de la victime

۲. محمد معین، فرهنگ فارسی، رضایت.

مأذون به این عمل بوده است مرتفع می‌شود یا نه؟ به عبارت دیگر، آیا رضایت مجنی‌علیه سبب مشروعیت رفتار مرتکب و مانع از تعقیب او در مراجع قضایی می‌گردد؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت اگر مجازات برای دفاع از منافع خصوصی افراد تأسیس و تشریع شده بود، شاید پاسخ این سؤال مثبت می‌بود، ولی هم‌چنانکه در تعریف جرم آمده است، جرم رفتاری محل نظم اجتماعی است و غرض از تأسیس مجازات بیش از هر چیز حفظ نظم و دفاع از منافع عمومی جامعه است. بنابراین، چون متضرر اصلی از وقوع جرم جامعه است و حقوق مجازات از حقوق عمومی است، رضایت مجنی‌علیه رافع تقصیر مرتکب نیست و نمی‌توان آن را دلیل اباحه عمل و مانع از اجرای مجازات به شمار آورد. بر این اساس، علمای حقوق و نیز رویه قضایی هیچ‌گاه رضایت مجنی‌علیه را مؤثر در ماهیت جرم نشناخته و آن را از عوامل مؤلفه جرم قلمداد نکرده اند. در مواردی که رضایت مجنی‌علیه استثنائاً سبب معافیت از مجازات می‌شود، تقصیر مرتکب نه به اعتبار اثر زائل کننده عامل مذکور، بلکه به اعتبار جهات دیگر معافیت از مجازات رفع می‌گردد که در هر حال دارای آثار حقوقی مشابه است.

اصل بی‌تأثیری رضایت مجنی‌علیه در ماهیت جرم

قانون جزا از قوانین امره محسوب و مربوط به نظم عمومی است و اراده مجنی‌علیه قادر نیست خللی در اجرای آن پدید آورد. بنابراین، رضایت مجنی‌علیه به ارتکاب رفتاری که به حیات، سلامت و تمامیت جسمانی او آسیب می‌زند، مانند قتل، ضرب و جرح بی‌اثر است. در اسلام عدم تأثیر رضا در ماهیت رفتاری که متوجه حیات مجنی‌علیه است بر این پایه استوار است که نفس انسان ودیعه‌ای است که از جانب پروردگار متعال در وجود او نهاده شده است و اصولاً انسان مالک نفس خود نیست تا بتواند آن را از خود سلب کند و به طریق اولی این اختیار را به دیگری تفویض نماید. به این دلیل، قتل نفس بنا به درخواست و اعلام رضایت مقتول جرم به شمار می‌رود و مرتکب این عمل مقصر و مسؤول

عناصر تشکیل دهنده جرم ۱۰۷

است. قتل‌های موسوم به مرگ آرام که به درخواست بیمار و برای رهایی او از درد و رنج جانکاه ارتکاب می‌یابد در اغلب نظام‌های کیفری قتل عمد به شمار می‌رود. همین حکم درباره پزشکی که با اجازه و رضایت زن حامله، جنین او را سقط می‌کند جاری است. همکاری مجنی‌علیه را در ارتکاب جرم حتی می‌توان نوعی معاونت تلقی کرد.

همچنین، در تمام جرایم منافی عفت و اخلاق خانواده، رضایت و تمکین به ارتکاب جرم از فاعل رفع تقصیر نمی‌کند. در جرایمی مانند لواط و زنا، رضایت طرفین نه تنها شرط نیست و از تقصیر آن‌ها نمی‌کاهد، بلکه مجازات‌های فاعلان جرم به این دلیل است که با رضایت خود به این رفتار تن در داده‌اند. زیرا، اگر دلیلی بر کراهت یا مخالفت مجنی‌علیه به ارتکاب این رفتار به دست آید معاف از مجازات است.

در جرایم علیه اموال و مالکیت که بیش از سایر جرایم رضایت مجنی‌علیه به ظاهر مؤثر در تقصیر و مسؤولیت مرتکب است، ساختار جرم به لحاظ عناصر تشکیل دهنده آن متفاوت و تأثیر رضایت بر ماهیت جرم استثنا است.

تأثیر استثنایی رضایت مجنی‌علیه در ماهیت جرم

رضایت مجنی‌علیه در دو حال ممکن است بر ماهیت جرم تأثیر ببخشد؛ گاه، این رضایت یکی از عناصر تشکیل دهنده جرم را زایل می‌کند. در این حال، جرم علی‌الاصول تحقق نمی‌یابد و اساساً موردی برای توجیه رفتار مجرمانه باقی نمی‌ماند. گاه، این رضایت شرط لازم اباحه‌ای ناشی از اجازه قانون و عرف است.

○ تأثیر رضایت مجنی‌علیه در عدم تحقق جرم

هنگامی که جرم به دلیل فقدان یکی از عناصر تشکیل دهنده آن تحقق نیابد،

سخن از تقصیر مرتکب بهبوده است. در جرایمی که عنصر اجبار، عنف، حیل و تقلب شرط تحقق جرم است، یا به عبارت دیگر نارضایی مجنی علیه از عناصر تشکیل دهنده جرم به شمار می رود، اگر مجنی علیه رضایت صریح یا ضمنی خود را ابراز کند، تقصیر کیفری مرتکب دیگر ثابت نیست. برای مثال، اگر کسی ورود غیر را به منزل یا محل سکونت خود اذن دهد، نمی توان او را به اتهام هتک حرمت منزل (ماده ۶۹۴ ق.م.ا، تعزیرات) دستگیر کرد. و یا اگر کسی رضایت داده باشد که مال او را ببرند، جرم سرقت محقق نیست و تقصیری متوجه مرتکب نمی باشد. همچنین، توقیف غیرقانونی (ماده ۵۸۳ ق.م.ا، تعزیرات) به شرطی تحقق می یابد که شخص برخلاف میل باطنی توقیف و یا به عنف در محلی نگهداری شده باشد. اگر ثابت شود مجنی علیه به این رفتار راضی بوده، جرمی واقع نشده است.

در تمام مواردی که رضایت مجنی علیه شرط عدم تحقق جرم است و تقصیری برعهده مرتکب ثابت نیست، رضایت او باید جامع شروط زیر باشد: نخست، رضایت مجنی علیه باید پیش از ارتکاب جرم یا مقارن آن ابراز شود. رضایت مجنی علیه پس از ارتکاب جرم از مرتکب رفع تقصیر کیفری نمی کند و تنها جنبه گذشت دارد. گذشت مجنی علیه پس از وقوع جرم نیز در جرایمی که گذشت مؤثر است یا موجب موقوفی تعقیب و یا توقف اجرای حکم می گردد. در جرایمی هم که قابل گذشت نیست از جهات تخفیف مجازات به شمار می رود.

دوم، رضایت مجنی علیه باید عاری از عیب و آزادانه ابراز شود. رضایتی که با فریب، اکراه و زور معیوب شده باشد، هیچ گونه اثری بر آن مترتب نیست. سوم، رضایت دهنده باید عاقل و بالغ و دارای اهلیت باشد. بنابراین، رضایت مجنون، صغیر و مست فاقد اثر است.

○ رضایت مجنی علیه شرط اباحه عمل

گاه، رضایت مجنی علیه بدون آنکه یکی از عناصر جرم را زایل کند، موجب رفع تقصیر و معافیت از مجازات می شود. در این صورت، رضایت مجنی علیه شرط مشروعیت رفتار و عدم تقصیر مرتکب و نه علت تامه آن محسوب می گردد. مشروعیت رفتار مبتنی بر اجازه قانون است که در مقررات کیفری کشور ما نسبت به مداخله طبیب در درمان بیمار و عملیات ورزشی صراحتاً صادر شده است.

عمل جراحی یا طبّی

فانونگذار عمل جراحان و پزشکان در درمان بیماران را که نوعی تصرف در نفس آنها و در نتیجه جرم محسوب می شود با شروطی که مقرر نموده جایز دانسته است. جواز ارتکاب این اعمال که ضرورت حفظ تندرستی و درمان بیمار آن را ایجاب نموده در بند ج ماده ۱۵۸ به این شرح و در مقررات خاص دیگر آمده است: «هر نوع عمل جراحی یا طبّی مشروع که با رضایت شخص یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی وی و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام شود. در موارد فوری اخذ رضایت ضروری نیست.» بنا بر حکم این ماده، اعمال جراحان و پزشکان با رعایت شروط ذیل جرم نیست و در نتیجه مجازات ندارد:

عمل جراحی یا طبّی مشروع

پیش شرط هرگونه عمل جراحی یا طبّی مشروع این است که جراح یا پزشک عمل را به قصد درمان و نجات جان بیمار انجام دهد. به عبارت دیگر در وارد آوردن جراحات و صدمات به بیمار حسن نیت داشته باشد. بنابراین، اگر ثابت شود پزشک در اعمال خود نسبت به بیمار سوء نیت داشته و منفعت او را در درمان ملحوظ نداشته است اعمال او شرعاً حرام و موجب مسؤولیت است. داشتن حسن

نیت در امور پزشکی به تنهایی کافی نیست. اعمال پزشک ممکن است با حسن نیت توأم باشد ولی شرع آن را اجازه نداده باشد. برای مثال، آیا بارور کردن زن که نیت توأم با روش های باروری مصنوعی شرعی است؟ از طریق متعارف ممکن نیست با روش های پزشکی با کیت؟ آیا رشته اعمال جراحی تشخیص شرعی بودن اعمال طبّی و جراحی با کیت؟ آیا رشته اعمال جراحی (پلاستیک) زیبایی که ظاهراً بر هیچ گونه ضرورت حیاتی مبتنی نیست شرعی است؟ در مورد پیوند اعضای انسان و قطع عضو انسان تندرست دیگر تکلیف چیست؟ آیا جراح می تواند چشم سالمی را به انسان نابینا پیوند بزند و او را از نعمت بینایی برخوردار سازد؟ اگر شرع با احیای دوباره اعضای بدن انسان مخالفتی ندارد، درباره نقص عضو سالم انسان اهدا کننده چه می توان گفت؟ آیا عمل جراح مجرمانه و مشمول عنوان «جنایت عمدی بر عضو» (ماده ۳۸۶ ق.م.ا.) است و یا شرعی است و با رضایت اهدا کننده عضو مشمول عموماًت بند ج ماده ۱۵۸ می شود؟ در پاسخ به این پرسش ها باید متذکر شد که در روزگار ما قلمرو اعمال جراحی یا طبّی مشروع بر مبنای ضرورت حفظ حیات انسان توسعه یافته است و این ضرورت تنها به تدابیر درمانی به معنی مصطلح آن محدود نیست. امروزه، مفهوم درمان و باز یافتن توانایی های انسانی از مقوله جسم فراطر رفته و روان انسان را نیز شامل شده است. از این رو، به نظر نمی رسد اعمال جراحی زیبایی که به منظور حفظ تعادل روحی و بهبود روانی فرد انجام می گیرد و گاه نوعی درمان تلقی می شود بر خلاف شرع باشد. در مورد خلاف شرع بودن اعمال جراحی که به تغییر جنسیت زن یا مرد منتهی می شود هم تردید است.

اما درباره اعمال جراحی که به قطع و برداشتن عضو و پیوند آن منتهی می شود، استناد به ماده مذکور در قانون مجازات اسلامی دشوار است. مقررات کیفری در این خصوص به تغییراتی نیاز دارد. زیرا، باید بتوان به انسانی که در راه نجات انسانی دیگر سخاوتمندانه گام گذاشته است اجازه داد عضوی از اعضای

خود را ببخشید.^۱ به ویژه، پیشرفت های علم پزشکی از خطرهای این نوع جراحی ها روز به روز کاسته و سلامت دهندگان عضو را تأمین کرده است. با آنکه درباره شرعی بودن بعضی از اعمال جراحی یا طبّی اقوال مختلف است، نسبت به حرمت بعضی دیگر قول قطعی وجود دارد. برای مثال، اعمال جراحی که به قصد سترون سازی و جلوگیری از بارداری دایمی صورت می گیرد و یا سقط جنین، چون خلاف شرع است ولو با رضایت مجنی علیه باشد جرم محسوب می شود. همین حکم درباره اعمال جراحی یا پزشکی که صرفاً جنبه آزمایش و نتیجه گیری علمی دارد نیز جاری است و رضایت مجنی علیه از پزشک یا جراح رفع تقصیر نمی کند.

رضایت مجنی علیه

اعلام رضایت مجنی علیه شرط رفع تقصیر از جراح و پزشک و همه کسانی است که از طرف آنها به طبابت اشتغال دارند. درباره اشخاصی که فاقد اهلیت قانونی اند، رضایت اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آنها مهم است. منظور از «نمایندگان قانونی» مندرج در ماده مذکور، پدر و جد پدری، وصی، قیم و مادری است که حضانت صغیر را به عهده دارد و نیز وکیل بیمار.

اخذ رضایت در مواردی که شخص قادر به ابراز آن نباشد و یا فوریت مداخله جراح یا پزشک برای نجات جان بیمار حیاتی باشد ضروری نیست. تشخیص فوریت مداخله پزشکی با طیب معالج بیمار است.

درباره اعمال جراحان یا پزشکان که با وجود مخالفت اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی بیمار به عمل جراحی و درمان پزشکی دست می زنند، به نظر می رسد که اگر مورد از موارد فوری کمک رسانی های پزشکی باشد و خوف آن باشد که در نتیجه این مخالفت جان انسانی به خطر افتد، از باب ضرورت و ادای

۱. محمدعلی معتمد، حقوق جزای عمومی، ج ۱، ص ۱۴۰.

تکلیف بتوان جراح یا پزشک را از تقصیر تبرئه داشت. این نتیجه را می‌توان از قسمت اخیر بند ج ماده ۱۵۸ استنباط کرد و رضایت را در موارد فوری شرط ندانست.

به طور کلی اذن بیمار یا اولیاء یا سرپرستان و یا نمایندگان قانونی او به اعمال جراح یا پزشک مشروعیت می‌بخشد. لیکن، این اذن به معنی برائت پزشک از آثار زیانبار عمل جراحی یا طئی نیست. اکثر فقیهان امامیه بر این عقیده‌اند که اگر اعمال پزشک به تلف یا نقص عضو منجر شود پزشک ضامن است، گرچه مأذون باشد و اگر پزشک مباشر در درمان باشد، بدون حصول اذن، به استناد قاعده اتلاف، قائل به ضمان شده‌اند. در این باره، قانونگذار در ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی چنین مقرر نموده است: «هرگاه پزشک در معالجه‌ای که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا این که قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه اخذ برائت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد و یا تحصیل برائت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، برائت از ولی مریض تحصیل می‌شود.» به عبارت دیگر اعمال جراح یا پزشک جرم نیست و قصاص نمی‌شود، ولی به استناد ماده مذکور، موجب دیه و ضمان مالی است. قانونگذار در این ماده شروطی را بیان نموده که عاری از ابهام نیست. از این ماده چنین استنباط می‌شود که هرگاه پزشک در درمان بیمار مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی رفتار کرده باشد، یعنی به عبارت دیگر تقصیری مرتکب نشده باشد ولو این که تلف یا صدمه بدنی ضمن درمان وارد شده باشد، ضامن نیست. فرض دیگر این است که قبل از درمان از بیمار برائت‌نامه اخذ کرده و مقررات پزشکی و موازین فنی را رعایت نموده باشد که در این فرض هم ضامن نیست.

رعایت مقررات پزشکی و موازین فنی و علمی

قانونگذار اعمال جراحی و طئی را به کسانی اجازه داده است که در این موارد صلاحیت علمی کسب کرده باشند. اشتغال عموم به امور پزشکی بدون داشتن شایستگی که باید به تأیید خبرگان این رشته برسد، مداخله غیر مجاز در کار پزشکی و جرم محسوب می‌شود. (ماده ۳ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی مصوب خرداد ۱۳۳۴) افزون بر آن، اعمال جراحی یا طئی باید در حدود تخصص پزشک و با رعایت موازین فنی و علمی آن رشته انجام یابد و ضمن آن جراح یا پزشک مرتکب هیچ‌گونه بی‌احتیاطی یا بی‌مبالائی نگردد. هرگاه پزشک در اعمال جراحی یا طئی مرتکب تقصیر شود ولو از طرف بیمار مأذون بوده باشد ضامن است.

در تبصره ۱ ذیل ماده موصوف آمده: «در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد هر چند برائت اخذ نکرده باشد.» در این تبصره فرض بر این است که پزشک تمام دانش پزشکی و مهارت عملی خود را در درمان بیمار به کار برده و با رضایت و درخواست بیمار به درمان او پرداخته است، ولی اتفاقاً اقدامات پزشک منجر به تلف نفس یا قطع عضو شده است. در این صورت پزشک ضامن نیست گرچه از بیمار برائت اخذ نکرده باشد. گاه در موارد فوریت‌های پزشکی که اخذ برائت مقدور نباشد پزشک از باب تکلیف اهم اگر به نجات بیمار اقدام کند ضامن تلف یا صدمات وارد شده نیست. این موضوع بار دیگر در ماده ۴۹۷ به این شرح تکرار شده است: «در موارد ضروری که تحصیل برائت ممکن نباشد و پزشک برای نجات مریض، طبق مقررات اقدام به معالجه نماید، کسی ضامن تلف یا صدمات وارده نیست.»

اخذ برائت

علی القاعده پزشک که با اجازه قانونگذار به کار طبابت مشغول است و با اذن بیمار اختیار درمان و آنچه به صلاح او است می‌یابد، نباید مادام که مرتکب

تقصیر نشده و یا از مقررات این حرفه سرپیچی نکرده است در قبایل زیان‌های احتمالی ضامن باشد، وگرنه در کار طبابت اهتمام نخواهد ورزید. قانونگذار در ماده ۴۹۵ ابراه ذمه طبیب را پیش از شروع درمان مقرر کرده و در این باره روشن نکرده است که اگر قرار است پزشک از باب احسان به درمان بیمار مشغول شود و مرتکب تقصیری هم نشود چه نیازی به اخذ برائت دارد؟ در مقررات کنونی اخذ برائت چندان واجد اهمیت نیست. با این همه، اگر جراح یا پزشک پیش از درمان از بیمار برائت‌نامه اخذ کرده باشد و عمل جراحی یا طبی بر اثر قصور و یا تقصیر پزشک به مرگ بیمار و یا نقص اعضای او بینجامد، باید همواره ثابت شود که تلف جان یا نقص عضو مستند به اعمال جراحی یا طبی بوده است و گرنه جراح یا پزشک ضامن نیست.

عملیات ورزشی

ورزش اسم مصدر از ورزیدن است و در لغت به معنی عمل، کار و پیایی کاری را انجام دادن. ورزش اجرای مرتب تمرین‌های بدنی به منظور تکمیل قوای جسمی و روحی است.^۱ عملیات ورزشی نیز به مجموعه‌ای از فعالیت‌های بدنی چه فردی و چه گروهی اطلاق می‌شود که هدف آن دستیابی به موفقیت بر اساس توفعات هر یک از رشته‌های ورزشی است. بازی‌های ورزشی در دوران ما به آنچنان پدیده پراهمیتی تبدیل شده که دیگر در هیچ کشوری نیست که بخشی از اوقات فراغت شهروندان به ویژه جوانان به آن اختصاص نیابد. دولت‌ها نیز در کنار سرمایه‌گذاری مالی به منظور توسعه فعالیت‌های ورزشی، همواره کوشیده‌اند با همکاری یکدیگر چارچوب متناسبی برای این قبیل فعالیت‌ها بیابند و قواعدی را بر آن حاکم گردانند. زیرا، گذشته از فضیلت‌هایی که برای فعالیت‌های ورزشی برشمرده‌اند، مانند تقویت روحیه جوانمردی، از خودگذشتگی، وفاداری و...

۱. محمد معین، فرهنگ فارسی، ورزش.

قدرت‌نمایی و پیروزی نیز در گرویدن جوانان و اقبال آن‌ها خصوصاً به ورزش‌های رقابتی سهم مؤثری دارد. از این رو، میل به برتری‌جویی که اغلب روحیه پرخاشگری آن را به ستیزه‌جویی تمام عیار در رقابت‌های ورزشی تبدیل می‌کند، از انگیزه‌های اصلی ورزشکاران در این گونه فعالیت‌ها شمرده می‌شود. ساماندهی و نظارت بر فعالیت‌های ورزشی فایده بزرگی که دارد کاستن از میزان خطر و خشونت و مبارزه با آن گونه ستیزه جویی‌هایی است که فراتر از اعتدال در رفتار ورزشکاران تجلی می‌یابد و ورزش را ناخواسته به عرصه دشمنی و کینه‌توزی مبدل می‌سازد.

با این همه، ورزش به علت منافع آن که عبارت است از پرورش جسمانی و ایجاد تعادل روانی پدیده‌ای همه‌گیر و فرهنگی است. به این دلیل، حوادثی که زاینده فعالیت ورزشی است و حتی در بعض ورزش‌ها احتمال وقوع آن بسیار قوی است از نظر عموم مردم ناپسند جلوه نمی‌کند و در نتیجه واکنش اجتماعی تندی بر نمی‌انگیزد. برای مثال، ضرباتی که بازیکنان در اثنای ورزش‌های رزمی و یا مشت‌زنی مبادله می‌کنند در فرهنگ عمومی مردم هیچ‌گاه قابل ملامت نیست و بازیکنان با وجود شدت و حدتی که در وارد آوردن ضربات به یکدیگر به خرج می‌دهند هیچ شباهتی به تبهکاران ندارند. از این رو، جامعه اجازه اعمال مجازات را در مواردی که نمی‌تواند رفتاری خاص را قابل سرزنش بداند نمی‌دهد. این نظریه مخالف اندیشه کسانی است که مبنای معافیت از مجازات را در اجرای ورزش‌های خشن که به ضرب و جرح بازیکنان منجر می‌شود رضایت پیشینی مجنی‌علیه می‌دانند. ولی هم‌چنانکه گفتیم رضایت مجنی‌علیه در ماهیت جرم بی‌تأثیر است. منشاء واقعی عدم مجازات ورزشکاران در اجرای این گونه ورزش‌ها و کسانی که در اثنای عملیات ورزشی مرتکب ضرب و جرح می‌شوند اجازه قانون است. در مقررات کیفری کشور ما این اجازه هم مستند قانونی دارد و هم شرعی. اجازه عام یعنی جرم نبودن حوادث ناشی از عملیات ورزشی همان حکم بند ۱ ماده ۱۵۸ است که در ضمن آن، انطباق مقررات هر ورزش با موازین شرع

نیز شرط شده است. به این شرح: «عملیات ورزشی و حوادث ناشی از آن، مشروط بر اینکه سبب حوادث، نقض مقررات مربوط به آن ورزش نباشد و این مقررات هم معایر موازن شرعی نباشد» در این بند از ماده قانون، قانونگذار به شروط و مفاهیمی استناد کرده است که عاری از ابهام نیست. تحلیل ماده مذکور به روشن شدن موضوع کمک خواهد کرد:

عملیات ورزشی و حوادث ناشی از آن

عملیات ورزشی چیست و چه تعریفی از آن شده است؟ تعریف عملیات ورزشی مستلزم تعریفی از ورزش است که مفهومی حقوقی به شمار نمی‌رود. ولی مقصود از عملیات ورزشی، اعمال یا کارهای ورزشی و یا همان ورزشی است که ورزشکاران به آن اشتغال دارند. ورزش نیز به مجموع حرکات بدنی با هدف تقویت قوای جسمانی و رسیدن به حدی از قابلیت و توانایی برتری‌جویی در رقابت با دیگری گفته می‌شود به شرطی که عرف آن را ورزش بشناسد. قواعد عرفی هر ورزش نیز اگر به صورت مقررات آن به تصویب مراجع صالح رسیده باشد آن ورزش قانوناً رسمیت می‌یابد، با این شرط که شرع با آن مخالفتی نداشته باشد.

اذا درباره «حوادث» جمع حادثه، با توجه به سیاق بند ۱۵۸ به نظر می‌رسد آنچه از نظر قانونگذار جرم محسوب نمی‌شود پیش آمدهای ناگوار و عواقب بازی‌های ورزشی نظیر جراحات و شکستگی‌های اتفاقی است. در حالی که مراد قانونگذار تنها نتایج سوء ناشی از عملیات ورزشی نیست، بلکه نفس اعمال مذکور مانند ضرباتی که بازیکنان در بازی مشت‌زنی یا ورزش‌های رزمی مبادله می‌کنند نیز جرم نیست، ولو صدمه‌ای به ورزشکار وارد نشده باشد.

حوادث ناشی از عملیات ورزشی اعم است از صدمات جسمانی مانند جراحات، قطع عضو یا مرگ و دیگر زیان‌های مالی مانند خسارت به اتومبیل یا دوچرخه در ورزش‌های اتومبیل‌رانی، دوچرخه سواری و مانند آن‌ها که باید به

ورزشکاران وارد شده باشد. مسؤولیت حوادثی که در نتیجه عملیات ورزشی به کسانی غیر از ورزشکاران مانند تماشاگران و یا داوران و مربیان در ضمن بازی وارد می‌شود در حدود تفصیلات آن‌ها بر طبق مقررات قانون مجازات اسلامی و قانون مدنی قابل بررسی است. دلیل آن نیز روشن است. زیرا، شرط ضمنی جرم نبودن حوادث مذکور که در این بند از ماده ۱۵۸ به آن تصریح نشده، همان رضایت ورزشکاران و پذیرفتن آثار احتمالی فعالیت‌های ورزشی است. در حالی که این رضایت در غیر ورزشکاران و خارج از روابط ورزشی وجود ندارد.

افزون بر آن، هم‌چنانکه از ماده مذکور بر می‌آید، این حوادث باید در انشای فعالیت‌های ورزشی اتفاق بیفتند. یعنی فعل موجد حادثه مطابق مقررات خاص آن ورزش جزء حرکات ورزشی تلقی گردد. بنابراین، ضربه مشت‌ی که کشتی‌گیر در انشای ورزش کشتی به صورت حریف وارد می‌کند حرکت خاص این ورزش به حساب نمی‌آید.

عدم نقض مقررات ورزشی

مقررات خاص هر ورزش قانون آن ورزش به شمار می‌رود و هدف از وضع آن عموماً کاستن از میزان خطرها و محدود کردن حرکات ورزشی در مرز ضرورت‌ها است. نظارت بر حسن اجرای مقررات ورزشی به عهده مربیان، داوران و ناظران هر ورزش است که با تذکر و اخطار، لزوم مراعات آن را به ورزشکاران گوشزد می‌کنند. اصولاً، عملیات ورزشی اگر تابع مقررات خاص آن ورزش نباشد مشمول معافیت مذکور در ماده ۱۵۸ نیست. مانند بازی فوتبال یا والیبال در معبر عام بدون نظارت مربی و عدم استفاده از وسایل ورزشی مجاز و مطمئن.

رعایت مقررات مربوط به هر ورزش وظیفه تنها ورزشکار نیست، بلکه اجرای بخشی از این مقررات نظیر قواعد ایمنی ممکن است جزء وظایف کسان دیگر مانند سازمان دهندگان و مسؤولان هر ورزش باشد. بنابراین، اگر حوادث ناشی از

عملیات ورزشی به سبب تخطی مدیران و سایر مسئولان ورزشی از مقررات باشد، تقصیری بر عهده ورزشکار ثابت نیست، ضمن آنکه مسئولیت این حوادث متوجه مدیر یا فرد خطاکار است. برای مثال، اگر استقرار تماشاگران در محوطه پرتاب وزنه یا نیزه و یا دیسک به گونه‌ای باشد که آن‌ها را در معرض خطر اصابت قرار دهد، حوادث احتمالی ناشی از ورزش‌های مذکور علیه مسبب آن قابل تعقیب کیفری است.

عدم مخالفت مقررات ورزشی با موازین شرعی

منظور از «موازین شرعی» در این ماده از قانون، مسلماً قواعد شریعت اسلام است که برطبق آن پرداختن به بعضی از بازی‌ها و ورزش‌ها و یا استفاده از بعضی شیوه‌ها در ورزش مجاز نیست. اما در این باره که چه بازی‌ها و ورزش‌هایی از نظر موازین شرعی مجاز و کدام یک غیرمجاز است و ملاک در تشخیص این دو چیست؟ همین اندازه می‌توان گفت که اسلام با آن دسته از ورزش‌ها و رقابت‌های ورزشی که مستلزم ایذاء نفس یا ایذاء غیر است مخالف است.^۱ به عکس، با ورزش‌هایی که موجب تقوی جسم و شادابی روح و به طور کلی سودمند است مخالفتی ندارد. امروزه، با وضع مقررات خاص، نظارت بر تمرین‌ها و بازی‌های ورزشی، حوادث ناشی از این گونه فعالیت‌ها در حد اتفاق‌های جزئی تقلیل یافته و ایمنی حرکات ورزشی در مواردی با تغییر سبک بازی افزایش نیز پیدا کرده است. برای مثال، بازی شمشیربازی به نظر نمی‌رسد به همان شیوه سنتی و با همان شمشیرهای بُرنده، امروز هم موافق شرع باشد. لیکن، پوشش و کلاه ایمنی و استفاده از شمشیرهای خاص، شمشیربازی را به یک ورزش مشروع و فرح‌بخش تبدیل کرده است.^۲

۱. احمد بهشتی، مبانی تربیت بدنی در اسلام، ص ۲۰.

۲. برای اطلاع بیشتر درباره حقوق ورزشی بنگرید به: والتر. تی. جامبیون جونیور، مبانی حقوقی ورزش‌ها، مسئولیت مدنی در ورزش، ترجمه حسین آقایی‌نیا، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶.

۴. دفاع مشروع^۱

دفاع مشروع یا دفاع قانونی عبارت است از توانایی بر دفع تجاوز قریب الوقوع و ناحقی که نفس، عرض، ناموس، مال و آزادی تن خود یا دیگری را به خطر انداخته است. دفاع مشروع قدرتی بازدارنده با هدف جلوگیری از خطرهایی است که رهایی از آن جز با ارتکاب جرم ممکن نیست. ولی دفع و جلوگیری از خطرهای مذکور هیچ‌گاه نباید با انگیزه انتقام‌جویی و آزار و اذیت توأم باشد. از این رو، اعمال دفاعی از یک سو به شرط ضرورت و از سوی دیگر به شرط تناسب مقید شده است.

دفاع مشروع حق هر انسان به حفظ جان، مال و ناموس خود یا دیگری در موارد ضروری شناخته شده است. استیفای این حق به هنگامی جایز است که جامعه قادر به حمایت از جان، مال و ناموس انسان نباشد. لذا، دفاع مشروع وضعی استثنایی و تابع شروطی است که تخطی از آن تکالیف متقابلی برای مدافع به وجود می‌آورد.

دفاع مشروع از جمله جهاتی است که قانونگذار فعل ضروری را صراحتاً اجازه داده و وصف مجرمانه را از آن زدوده است. به همین دلیل، مدافع مشروع در چنین حالتی نه تنها مقصر نیست، بلکه ضامن خسارت‌ها یا صدمات وارد به دیگری نیز محسوب نمی‌شود.

ادله دفاع مشروع

اسلام دفاع در ازای جلوگیری از تجاوز به نفس و ناموس و مال را برای هر مسلمانی با فرض توان و استطاعت یک فریضه می‌داند، هر چند این دفاع به کشته شدن مهاجم منجر گردد. درباره مه‌دور بودن خون مهاجم، در ابواب دفاع کتاب‌های فقهی به نصوص عدیده‌ای استناد شده است. از جمله در روایت

منسوب به امام علی (ع) در مورد تجاوز به مال و جواز دفع تعرض آمده است: «إِذَا دَخَلَ عَلَيْكَ الْمَحَارِبُ فَأَقْلَعْ فَمَا أَصَابَكَ فَدَمُهُ فِي عُتْسِي» یعنی وقتی دزد مسلح بر تو وارد شد او را بکش، پس پیامد خونش که دامنگیرت می‌شود بر گردن من.

همچنین، نقل است که دفاع در برابر کسی که قصد جان و ناموس دیگری را کرده واجب است و تسلیم در مقابل او جایز نیست.^۱ تا جایی که اگر مدافع کشته شود مانند شهید است. در خبری از امام صادق (ع) نقل شده است: «مَنْ قُتِلَ دُونَ مُنْظَمَةٍ فَهُوَ شَهِيدٌ» یعنی کسی که در برابر ستمی که متوجه او شده پایداری کند و کشته شود شهید است. و این چنین است اگر کسی مانع بردن مال خود گردد. پس، جایز است به هر وسیله دفاع کند گرچه به هلاکت مهاجم منجر شود. و اگر غرض مهاجم عرض او باشد، تا ظن هلاک نداشته باشد واجب است که مدافعه نماید.^۲

در دفاع نیز بنابر احتیاط واجب لازم است مدافع مراعات الأسهل فالأسهل را بنماید. مثلاً اگر مهاجم به فریاد کردن و آواز دادن متصرف می‌شود به همان اندازه اکفا کند و اگر مؤثر واقع نشد با دست و چنانچه فایده نبخشید با چوب، پس به حربه.^۳

وجوب دفع زیان از نفس نیز از بدیهیات عقلی است که شرع آن را تأیید می‌کند. پس اگر کسی با وجود توانایی، زیان را از خود دفع نکند به ندای فطرت خویش پاسخ نداده و سزاوار سرزنش است.

۱. ابوالحسن محمدی، حقوق کیفری اسلام، ترجمه حدود و تعزیرات، قصاص و دیات از کتب شرایع الاسلام، محقق حلی و مسالک الافهام شهید ثانی، ص ۱۷۶.
۲. محمد باقر مجلسی، حدود و قصاص و دیات، ص ۴۳.
۳. محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۱۹۰۳.

مبنای دفاع مشروع

درباره مشروعیت عمل مجرمانه حین دفاع، علمای حقوق نظریه‌های گوناگون بیان کرده‌اند. گروهی مبنای مشروعیت دفاع را اجبار معنوی پنداشته‌اند و معتقدند کسی که مورد تهدید قرار می‌گیرد به علت هیجان و اختلال اراده نمی‌تواند بر اعمال خود تسلط یابد و اجباراً به ارتکاب جرم مبادرت می‌کند. بر اساس این نظریه رفتار مجرمانه به هنگام دفاع تغییر ماهیت نمی‌دهد، بلکه به دلیل سلب اراده از مدافع قابل انتساب به او نیست. از این رو، معاقبت مدافع از مجازات دلیل شخصی دارد و نه نوعی. این نظریه ممکن است در وضعی مانند دفاع از نفس خود موثر باشد، ولی در موقعیت دفاع از جان یا مال دیگری که حاکی از اختیار تام و اراده آزاد مدافع است مقبول نیست.

بر پایه نظریه دیگر علمای حقوق که ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی نیز ملهم از آن است، دفاع مشروع یک عامل موثر به شمار می‌رود. کسی که به دفع تجاوز می‌پردازد و در اثنا آن مرتکب جرم می‌شود حقی را ناگزیر اعمال می‌کند که قانوناً استیفای آن به عهده جامعه است. زیرا، اصولاً دفاع از جان یا مال شهروندان وظیفه‌ای است که به جامعه تفویض شده و قوای دولتی مأمور اجرای آن است. لیکن، چون توسل به این قوا در وضع اضطرار فردی میسر نیست و یا مداخله قوای مذکور ممکن است در دفع تجاوز و خطر مؤثر واقع نشود، اشخاص خود می‌توانند به این مهم قیام کنند.

بعض حقوق‌دانان اعتقاد دارند که دفاع در برابر تعرض نامشروع نه تنها اعمال حق بلکه ادای یک وظیفه است. چه، در برخی موارد دفاع از فردی که در مقابل متجاوز به کمک نیازمند است، یک وظیفه اخلاقی و حتی قانونی است. در اسلام چنین دفاعی از مصادیق تعاون بر تقوی به شمار آمده است.

برخی از حقوق‌دانان حتی پا را از این مرحله فراتر گذاشته و اعلام داشته‌اند که ادای این وظیفه در جهت استقرار عدالت در جامعه و دفاع از آن نیز مفید است.

به گفته هگل فیلسوف نامدار آلمانی تعرض نفی حق است، دفاع نفی نفی و در نتیجه اجرای حق است. با این توصیف، کسی که به دفاع از خود یا دیگری می‌پردازد، در جهت اعاده و تحکیم نظم یا جامعه همکاری می‌کند و جامعه بر این اساس از مجازات او بهره‌ای نخواهد برد.

نظریه دیگری که در توجیه مشروعیت دفاع بیان شده است، دفاع مشروع را اوج تعارض دو حق می‌داند. هرگاه امر دایر گردد بر اینکه یکی از دو حق فدای دیگری شود، سزاوار آن است حق کم اهمیت فدای حق پراهمیت شود. در دفاع مشروع نیز کسی که به حقوق دیگری تعدی می‌کند، ارزش حقوق او تنزل پیدا می‌کند و یا محو می‌شود. لذا باید به جای آن، حقوق کسی که مورد حمله واقع شده است برقرار بماند.^۱

مشروعیت دفاع با وجود اختلاف در منشاء آن مقید به شروطی است که کم و بیش در اغلب نظام‌های کیفری معاصر با اختلافی جزئی مشابه اند. این شروط را نیز قانونگذار کشور ما، هم در مقررات عمومی و هم در مقررات جرایم خاص پیش‌بینی و گاه تأکید نموده است.

شروط تحقق دفاع مشروع

با آنکه قانونگذار حق دفاع را برای کسی که مورد تعرض و تجاوز قرار گرفته محترم شمرده است، اعمال این حق را بدون قید و شرط جایز ندانسته است. ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی این شروط را در ضمن صدور جواز دفاع به این شرح مقرر داشته است: «هرگاه فردی در مقام دفاع از نفس، عرض، ناموس، مال یا آزادی تن خود یا دیگری در برابر هرگونه تجاوز یا خطر فعلی یا قریب‌الوقوع با رعایت مراحل دفاع مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، در صورت اجتماع شرایط زیر مجازات نمی‌شود:

۱. رنه گارو، مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا، ج ۲، ص ۱۵.

الف - رفتار ارتكابی برای دفع تجاوز یا خطر ضرورت داشته باشد.

ب - دفاع مستند به قرآن معقول یا خوف عقلایی باشد.

پ - خطر و تجاوز به سبب اقدام آگاهانه یا تجاوز خود فرد و دفاع دیگری صورت نگرفته باشد.

ت - توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد یا مداخله آنان در دفع تجاوز و خطر مؤثر واقع نشود.

به استناد این ماده دفاع در برابر تجاوز و یا خطر هنگامی واکنش مشروع تلقی می‌شود که هم تجاوز و هم دفاع مطابق اوصاف مذکور واقع شود. برخی از این اوصاف را در فعل متجاوز و برخی دیگر را در فعل مدافع باید جست و جو کرد.

○ در شروط تجاوز

تجاوز یا خطر با اجتماع شروط و کیفیات زیر مقتضی دفاع است:

تجاوز یا خطر فعلی یا قریب‌الوقوع

منظور از تجاوز یا خطر فعلی یا قریب‌الوقوع این است که قصد تجاوز به جان، مال، عرض، ناموس و آزادی تن خود یا دیگری به مرحله فعلیت و واقعیت درآمده باشد. به بیان دیگر باید برای مدافع یقین حاصل شود که تعرض و تجاوز به وقوع می‌پیوندد و این یقین مستند به قرائن معقول باشد. بنابراین، ظن تجاوز یا خطری که وقوع آن نزدیک نیست، مانند تهدید لفظی این حق را به شخص نمی‌دهد که در مقام پیشدستی به دفاع برخیزد. ترس از تجاوز درآینده، به دلیل آنکه زمان، فرصت دفع خطر را با اتخاذ تدابیر دیگری غیر از ارتکاب جرم فراهم می‌آورد، مجالی برای دفاع تصور نمی‌شود. به عبارت دیگر، دفاع باید مقارن با تجاوز یا وقوع خطر باشد.

همچنین، هنگامی که تجاوز پایان یافته و خطر دیگر کسی را تهدید نمی‌کند، رفتار متقابل علیه متجاوز، دفاع نیست، بلکه انتقام‌جویی و نوعی دادخواهی فردی

است که با اصول عمومی حقوق کیفری مغایر است. یکی از این اصول، اصل قضایی بودن مجازات‌ها^۱ است که به موجب آن فقط مقام قضایی، صلاحیت تعیین مجازات و اجرای آن را دارد. اقدامات افراد در مقام دفع تجاوز به منزله مجازات متجاوز نیست و چنین اختیاری هم قانوناً به آن‌ها داده نشده است. از این رو، افراد نمی‌توانند خود قواعد رویارویی با متجاوز را تعیین کنند، لاجرم باید تابع ضوابط قانونی باشند و از انتقام‌جویی پرهیزند. در یکی از آراء دیوان عالی کشور در این خصوص آمده است (حکم شماره: ۲۰۵۲-۱۷/۹/۱۳۱۹ و ۲۸/۷/۳۰): «اگر متهم پس از گرفتن داس از دست مقتول با همان داس او را بکشد چون در حین ایراد جرح متهمی به فوت خطر جانی برای متهم وجود نداشته نمی‌توان عمل او را دفاع از نفس دانست چه پس از اینکه متهم داس را از دست مقتول گرفت دیگر هیچ‌گونه خطری برای او باقی نبوده است».

تجاوز غیر قانونی

دفاع مشروع وقتی مصداق پیدا می‌کند که در مقابل تجاوز غیر قانونی یا غیر عادلانه باشد. در برابر تجاوز غیر قانونی، اعمال به ظاهر تعرض آمیزی وجود دارد که مبنای آن دستور مقام صلاحیتدار و یا حکم قانون است، مانند جلب و دستگیری بزه‌کار و یا تحمیل کیفر به محکوم علیه. بنابراین، هم‌چنانکه در ماده ۱۵۷ قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی شده است: «مقاومت در برابر قوای انتظامی و دیگر ضابطان دادگستری در مواقعی که مشغول انجام وظیفه خود باشند، دفاع محسوب نمی‌شود...»، تعرضاتی که منطبق بر حکم قانون باشد موقعیتی برای دفع آن پدید نمی‌آورد.

قانونی بودن منشاء اعمال و رفتار مأموران، مجوزی برای تخطی از وظایف

۱. برای مطالعه بیشتر بنگرید به: رجیم نوبهار، اصل قضایی بودن مجازات‌ها، تحلیل فقهی حق بر محاکمه عادلانه، تهران، شهر دانش، ۱۳۸۹.
۲. احمد متین، مأخذ پیشین، ص ۲۸۹.

آنان محسوب نمی‌شود. زیرا، مأموران قوای دولتی ممکن است در اجرای دستور، آن‌چنان‌که در مقررات و آیین‌نامه‌ها پیش‌بینی شده است به وظیفه خود عمل نکنند. در نتیجه رفتار آنان تهدیدی علیه حقوق و آزادی‌های افراد به شمار رود. در این حال، اشخاصی که مورد ظلم و تعدی مأموران قرار گرفته‌اند، حق دارند در برابر آن‌ها از خود دفاع کنند. به موجب ماده مذکور: «... هرگاه قوای مزبور از حدود وظیفه خود خارج شوند و حسب ادله و قرائن موجود خوف آن باشد که عملیات آنان موجب قتل، جرح، تعرض به عرض یا ناموس یا مال گردد، دفاع جایز است». بنابراین، دفاع در برابر رفتار غیرعادلانه مأموران قوای دولتی وقتی مشروع است که اولاً، قوای مذکور از حدود وظیفه خود خارج شوند، ثانیاً، برحسب دلایل و قرائن قوی بیم آن رود که رفتار مجرمانه‌ای مانند قتل، جرح، تعرض به عرض یا ناموس و یا مال به وقوع بپیوندد. برای مثال، اگر بازداشت متهم به گونه‌ای اعمال شود که خطری برای او ایجاد کند، مانند نگهداری در محیط آلوده یا توأم با محرومیت، دفاع جایز است.

افزون بر مأموران قوای دولتی، احکام مذکور درباره کسانی که به حکم قانون مجاز به تعرضاتی مانند اقدامات والدین و اولیاء قانونی نسبت به صغار و مجانین می‌شوند نیز جاری است. زیرا، اقدامات آن‌ها هم باید در حدود متعارف تأدیب و محافظت مولی علیه باشد و بیش از آن جایز نیست.

○ در شروط دفاع

غرض از دفاع متوقف ساختن تجاوز به طریق مقتضی است و منظور از دفاع مشروع رفتاری است که به ظاهر واجد اوصاف مجرمانه و در وضع عادی قابل مجازات است. لیکن اجازه قانونگذار مبنی بر ارتکاب جرم در مقام دفاع مشروع نباید دستاویزی برای تعرضات غیر منطقی و زیاده‌روی‌های نابخردانه تلقی شود. دفاع مشروع تابع شروطی است که نادیده گرفتن آن‌ها نه تنها جایز نیست، بلکه موجب مسؤولیت کیفری و هم مدنی است. شروط مذکور از این قرار است:

ضرورت دفاع

بی گمان مهم ترین دلیل اجازه قانونگذار به دفاع در برابر تجاوز ناحق و نامشروع، ضرورت آن در اوضاع و احوالی است که مدافع راه دیگری برای انتخاب ندارد. بنابراین، ارتکاب رفتار مجرمانه برای دفع تجاوز وقتی مشروع تلقی می شود که تا حدودی تنها راه نجات باشد. هرگاه مدافع بتواند به طریقی جز ارتکاب جرم خطر را دفع کند، ولی علیه متجاوز به جرم متوسل شود، دفاع او مشروع نخواهد بود. قانونگذار در بند الف ماده ۱۵۶ به این شرط که گاه سنجش آن در عمل دشوار است توجه داشته است.

نتیجه ای که از شرط ضرورت دفاع حاصل می شود این است که هرگاه توسل به قوای دولتی ممکن باشد، کسی که مورد تهدید واقع شده حق ندارد در مقام دفاع برآید. زیرا اولاً، دفاع از جان و مال و ناموس شهروندان اصالتاً به عهده قوای دولتی است. ثانیاً، اقدامات مأموران مذکور در دفع تجاوز و خطر به حکم قانون جرم محسوب نمی شود.

بند ت ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی هم دفاع را به این شرط مجاز دانسته که: «توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد یا مداخله آنان در دفع تجاوز و خطر مؤثر واقع نشود».

از سوی دیگر، با توجه به مواز مذکور سؤالی که ممکن است در این جا مطرح شود این است که اگر کسی در برابر تجاوز به دفاع پرداخت، در حالی که فرار از مقابل خطر برای او میسر بود، آیا دفاع او مشروع است؟ به عبارت دیگر، آیا فرار وسیله آسان تری برای نجات از خطر تلقی نمی شود؟ بی گمان در مواردی که انسان قدرت بر دفع تجاوز و دور کردن خطر را در خود نمی بیند، به حکم عقل چنانچه فرار وسیله آسان تری برای نجات نباشد انتخاب آن مرجح است. لیکن، با توجه به مبانی دفاع مشروع که مقررات قانون جزا نیز بر آن مبتنی است پاسخ سؤال اخیر منفی است. اولاً، دفاع حق است. بنابراین، اگر مدافع به جای

فرار ایستادگی کرد و صدمه ای به متجاوز وارد آورد رفتار او موجه است. ثانیاً، قانونگذار هیچ گاه تکلیف به فرار نکرده است تا رفتار مدافع به دلیل ترک تکلیف فاقد وصف مشروعیت گردد. این نظریه ای است که دیوان عالی کشور در آراء متعدد خود به این شرح اعلام کرده است (حکم شماره ۲۶۵۱-۱۹/۸/۲۷ و ۱۴۳۹-۱۹/۵/۱۹)^۱: «از ماده ۱۸۴ قانون کیفر عمومی و مواد مربوط دیگر راجع به موجبات معافیت از کیفر استفاده نمی شود که امکان فرار برای کسی که مورد حمله به نفس واقع شده موجب باشد که نتواند به اقدام عملی با شرایط مذکور در آن ماده از خود دفاع نماید».

دفاع برای رد تجاوز و خطر ناشی از رفتار غیر

این شرط به این معنی است که دفاع در برابر رد تجاوز و دفع خطری که از تحریک و اقدام آگاهانه یا تجاوز خود فرد سرچشمه می گیرد مشروع تلقی نمی شود. بند پ ماده ۱۵۶ با پیش بینی این شرط که: «خطر و تجاوز به سبب اقدام آگاهانه یا تجاوز خود فرد و دفاع دیگری صورت نگرفته باشد» تا حدودی بسیار مدافع را از این امتیاز قانونی محروم کرده است. بی گمان کسی که با تحریک غیر یا تجاوز به حقوق دیگری، او را به دفاع از خود برانگیخته نباید انتظار داشته باشد که جامعه از او حمایت کند. برای مثال، کسی که به عتف وارد حریم خانه دیگری شده است نمی تواند در برابر صاحب خانه که چنین رفتاری را مقدمه ای برای تعرض به جان و مال و ناموس خود تشخیص داده و برای جلوگیری از وقوع این تعرض به زور متوسل شده و در مقام دفاع برآمده است به دفاع مشروع استناد کند، ولو اینکه دفاع در برابر صاحب خانه واجد تمام شروط دفاع مشروع باشد.

۱. احمد متین، مأخذ پیشین، ص ۲۸۷.

رعایت مراحل دفاع

هم چنانکه پیشتر گفته شد، دفع یکباره تجاوز و دور کردن خطر با هر میزان شدت همان دفاعی نیست که مطلوب قانونگذار باشد. قانونگذار هم چنانکه در ماده ۱۵۶ تصریح کرده است، از مدافع انتظار دارد متناسب با شدت و ضعف تجاوز و خطری که او را تهدید می کند واکنشی مرحله به مرحله از خود بروز دهد. یعنی اگر بتواند برای مثال با فریاد کردن و تهدید متجاوز را از رفتار خود منصرف گرداند به همین اندازه بسنده کند. حتی اگر مدافع بتواند در دفاع از خود یا دیگری جرمی مرتکب نشود این رفتار اولی است. فقط آن زمان که چنین واکنشی تغییری در رفتار متجاوز ایجاد نکند و تجاوز هم چنان ادامه یابد در مرحله بعد حق دارد واکنشی شدیدتر از خود نشان دهد تا مرحله ای که متجاوز را متوقف کند. در این باره باید خاطر نشان کنیم که اولاً، احراز و اثبات این شرط در رفتار کسی که در مقام دفاع مرتکب جرم شده همیشه آسان نیست. ثانیاً، این انتظار از مدافع مغایر با فلسفه دفاع مشروع و مخالف عدالت است. چگونه می توان تصور کرد که کسی که به طور ناگهانی مورد تعرض متجاوز جنسی قرار گرفته اطمینان حاصل کند که با یک نهیب متجاوز را از رفتار خود منصرف نماید؟ و تازه به فرض اینکه از این مرحله فراتر رفت آیا می تواند با قتل متجاوز به تجاوز او پایان دهد؟ قانونگذار در مقررات کنونی تناسب دفاع با تجاوز و یا خطر را شرط ندانسته است. تناسب به این معنی است که بین صدمه احتمالی ناشی از تعرض و صدمه ای که برای پرهیز از آن ضروری است ارتباط منطقی وجود داشته باشد. آیا کسی را که با دشنام دادن و ادای الفاظ رکیک به دیگری تعدی می کند می توان به استناد دفاع از عرض و آبرو مورد ضرب و جرح قرار داد؟ به نظر نمی رسد که قانونگذار دفاع نامتناسب را که دفاعی شدیدتر از حد لازم است پذیرفته باشد. بنابراین، تعبیر قانونگذار به رعایت مراحل دفاع و همچنین شرط ضرورت را باید حمل بر آن گونه دفاعی کرد که دست کم

عناصر تشکیل دهنده جرم ۱۲۹

تجانیسی با رفتار متجاوز داشته باشد. مگر آنکه قانونگذار خود به صراحت این معادله را بر هم زده و بر این قول باشد که ماهیت بعضی از تجاوزها ایجاب می کند که به مدافعان اجازه داده شود که در مقام جلوگیری از وقوع تجاوز تا ارتکاب قتل متجاوز پیش روند. مانند تعدیات مندرج در تبصره ۱ ماده واحده قانون تشدید مجازات سارقین مسلح و سرقت مسلحانه (مصوب ۹ تیر ۱۳۳۳)، یعنی رفتار کسانی که برای سرقت وارد منزل یا مسکن اشخاص می شوند، یا در مواقع سرقت در مقام هتک ناموس دیگری برمی آیند و یا متعرض جان ساکنان می شوند که در این صورت دفاع ولو منجر به قتل یا جرح و یا ضرب سارقان گردد، با فرض ضرورت جایز محسوب شده و قانونگذار مدافع را بی نیاز از اثبات آن نموده است. از این رو، اگر کسی در محل سکونت خود، برای جلوگیری از بردن مال به ضرب و جرح سارق اقدام کند، نمی توان دفاع او را به این دلیل که طریق دیگری غیر از ارتکاب جرم برنگزیده است نامشروع دانست. مشروط بر اینکه در مقام مدافعه، برخلاف نظر بعض مؤلفان^۱ ضرورت اقدامات خود را تشخیص دهد. یعنی اگر با صدمه کمتر به استرداد مال از سارق موفق گردید به ایراد صدمات شدیدتر و قتل میادرت نوزد.

موضوع تجاوز

برای آنکه رفتار مجرمانه در ضمن دفاع مشروع از تعقیب و مجازات معاف شود، باید این دفاع در برابر تجاوزاتی اعمال گردد که نوع و ماهیت آن را قانونگذار پیش از آن تعیین و تصریح کرده باشد. این تجاوزات باید ظاهراً به گونه ای جلوه کند که برای مدافع و یا شخص ثالث خطری محسوب گردد. تجاوزاتی که ضرورت دفاع را ایجاب می کنند خود به صفت مجرمانه متصف اند و همواره عمدی اند و حقوقی از انسانها را نشانه رفته اند.

۱. ضیاءالدین پیمانی، تفصیل فواید دفاع مشروع در حقوق جزایی ایران، ص ۲۰۶.

این تجاوزات، هم‌چنانکه در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی و مواد دیگری از این قانون و مقررات دیگر به آن‌ها تصریح شده، تهدیدی علیه نفس یا عرض یا ناموس یا مال و یا آزادی تن خود یا دیگری است. با عنایت به مقررات مذکور، دفاع فقط در برابر این تجاوزات مشروع است:

○ تجاوز به نفس

نفس در لغت به معنی تن و روان است^۱ و هر رفتاری مانند قتل، جرح، ضرب، تجاوز به نفس محسوب می‌شود. تجاوز به نفس اعم است از رفتاری که خطری مستقیم برای حیات انسان ایجاد کند و یا متضمن خطری باشد که سلامت جسم را تهدید کند؛ مانند خودداری از دادن خوراک و دارو به کسی که در بازداشت به سر می‌برد.

○ تجاوز به عرض

یکی از معانی عرض، آبرو و شرف است.^۲ منظور از تجاوز به عرض هرگونه رفتاری است که حیثیت اجتماعی و عفت خانوادگی و شرافت اخلاقی شخص را جریحه‌دار کند.

○ تجاوز به ناموس

مراد از ناموس عفت خود و یا عصمت خانوادگی انسان است. تجاوز به ناموس یعنی لکه‌دار کردن دامن عفت و هتک عصمت انسان. در اصطلاح هر نوع رفتار اعم از ملامه و برقرار کردن رابطه نامشروع جنسی تجاوز به ناموس محسوب می‌شود.

۱. محمد معین، فرهنگ فارسی، نفس.
۲. محمد معین، فرهنگ فارسی، عرض.

○ تجاوز به مال

مال نیز هر شیئی است که ارزش مبادله و قابلیت تملک داشته باشد. تجاوز به مال اعم است از بردن یا تخریب عمدی آن و یا استفاده از مال بدون رضایت مالک. هر چند بنا به تعریف ماده ۱۱ قانون مدنی مال اعم است از منقول و غیر منقول، ولی شرط مقرر در بند ۱ ماده ۱۵۶ که توسل به قوای دولتی یا مداخله مؤثر این قوا را در دفع تجاوز موقعیتی وصف کرده که ضرورتی برای دفاع اشخاص باقی نگذاشته است، چنین می‌نماید که قانونگذار التفاتی به تجاوز علیه اموال غیر منقول مانند املاک زراعی و باغات نداشته است. زیرا، در این موارد، با توسل به قوای دولتی می‌توان تجاوز را دفع کرد.

○ تجاوز به آزادی تن

سلب آزادی یا محدود کردن آن نظیر بازداشت، حبس و یا هر رفتاری که مانع تحرک انسان شود، تجاوز به آزادی تن تلقی می‌گردد.

دفاع از دیگری

افزون بر دفاع از خود، قانونگذار بلافاصله در تبصره ۱ ماده ۱۵۶ این قانون اجازه دفاع از دیگری را نیز در برابر هرگونه تجاوز یا خطر به این شرح صادر کرده است:

«دفاع از نفس، ناموس، عرض، مال و آزادی تن دیگری در صورتی جایز است که او از نزدیکان دفاع کننده بوده یا مسؤولیت دفاع از وی برعهده دفاع کننده باشد یا ناتوان از دفاع بوده یا تقاضای کمک نماید یا در وضعیتی باشد که امکان استمداد نداشته باشد.»

لیکن در صدور این اجازه دامنه اعمال این حق را نسبت به دیگران محدودتر کرده است. منظور از نزدیکان همه کسانی است که با انسان در معرض خطر نسبت خویشاوندی یا رابطه دوستی دارند. مسؤولیت دفاع از دیگری نیز چه به

موجب قرار داد و چه به موجب قانون به مدافع اجازه می‌دهد که از دیگری در برابر تجاوز یا خطر دفاع کند. ولی نه در مقام اجرای حق، بلکه در مقام ایفای تکلیف. کمک به دیگری جهت دفع تجاوز در این تبصره به شرط تقاضای کمک مقید شده، مگر آنکه مجنی‌علیه در وضعیتی باشد که نتواند از دیگران کمک بطلبد.

قانونگذار در موقعیت دفاع از دیگری احتمال داده است که اقدامات دفاعی ممکن است برای کسی که از کمک دیگری بهره‌مند می‌شود موجب صدمه یا خسارتی شود. از این رو، برطبق ماده ۵۱۰ قانون مجازات اسلامی مدافع را از پیامدهای دفاع قانونی مبرا ساخته است؛ به این شرح: «هرگاه شخصی با انگیزه احسان و کمک به دیگری رفتاری را که به جهت حفظ مال، جان، عرض یا ناموس او لازم است، انجام دهد و همان عمل موجب صدمه و یا خسارت شود در صورت رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی، ضامن نیست».

آثار دفاع مشروع

با توجه به شروطی که برای مشروعیت دفاع بیان کردیم، کسی که در مقام دفع تجاوز ناحق برآمده است، به گفته قانونگذار «مجازات نمی‌شود». معافیت از مجازات مدافع مشروع ممکن است به این معنی باشد که رفتار دفاع‌کننده ماهیتاً جرم است، لیکن بنابه دلایلی که در قانون تصریح نشده است، اگر هم اتهامی از این حیث به مدافع وارد شده است، دادگاه به موضوع رسیدگی و حکم برائت مدافع را از این اتهام صادر خواهد کرد. به نظر ما، یکی از دلایل مجازات نشدن مدافع مشروع این است که اصولاً دفاع مشروع یا قانونی مجازات ندارد. مجازات، عقوبت رفتار مجرمانه است. رفتاری که در قانون، مجازات نداشته باشد، جرم نیست. از این رو، مبنای این گفته قانونگذار ممکن است چنین باشد که اساساً رفتار مدافع مشروع سرزنش‌آمیز نیست و فاقد وصف کیفری است، ضمن آنکه از مجازات مدافع مشروع هیچ نفعی عاید اجتماع نمی‌شود.

افزون بر معافیت از مجازات، مدافع مشروع در قبال خساراتی که در انشای دفاع به دیگری وارد کرده است نیز ضامن نیست. این خسارت اعم از صدمه بدنی مانند ضرب و جرح و قتل متجاوز و یا زیان‌های مالی است. در این باره، ماده ۱۵ قانون مسئولیت مدنی (مصوب ۷ اردیبهشت ۱۳۳۹) مقرر می‌دارد: «کسی که در مقام دفاع مشروع موجب خسارت بدنی یا مالی شخص متعدی شود مسئول خسارت نیست مشروط بر اینکه خسارت وارده بر حسب متعارف متناسب با دفاع باشد». قانون مجازات اسلامی نیز به صراحت درباره معافیت مدافع از پیامدهای کیفری رفتار خود برطبق ماده ۳۰۲ چنین نظر داده است: «در صورتی که مجنی‌علیه دارای یکی از حالات زیر باشد، مرتکب به قصاص و پرداخت دیه، محکوم نمی‌شود:

...

ت - متجاوز و کسی که تجاوز او قریب‌الوقوع است و در دفاع مشروع به شرح مقرر در ماده (۱۵۶) این قانون جتانی بر او وارد شود...»

در معرکه دفاع مشروع اغلب حفظ تناسب میان تجاوز و دفاع دشوار است. خروج از حالت تناسب گاه برای متجاوز حق ایجاد می‌کند؛ هم حق دفاع و هم جواز استیفای حق خود در مراجع قضایی. در تبصره ۲ ذیل ماده ۳۰۲ چنین آمده: «در مورد بند (ت) چنانچه نفس دفاع صدق کند ولی از مراتب آن تجاوز شود قصاص مفتی است، لکن مرتکب به شرح مقرر در قانون به دیه و مجازات تعزیری محکوم می‌شود.»

اما مبنای معافیت مدافع مشروع از مسئولیت مدنی این است که رفتار او را در مقام حفظ جان و مال و ناموس خود و یا دیگری نمی‌توان سبب بروز خسارت به غیر دانست. در واقع، اگر این خسارت به متجاوز وارد شده باشد، منشاء آن فعل تعدی‌آمیز خود او است. از این رو، تعدی متجاوز را باید اقدام علیه خود شمرد و نتایج آن را به خود او باز گرداند. همچنین، اگر مدافع در حین دفاع، مرتکب اضرار به شخص ثالث شده باشد،

گرچه باید از عهده خسارت برآید، سبب آن را باید در اقدام شخص متجاوز جست. در این حال، مدافع می‌تواند به جبران آنچه در حق متضرر تقبل کرده است به متجاوز رجوع کند. افزون بر آن، از بعضی مقررات قانون مدنی چنین استنباط می‌شود که مدافع حق دارد خسارت وارد به خود را نیز از متجاوز مطالبه کند و یا جبران آن را بخواهد.

گفتار دوم: عنصر مادی^۱

برخلاف اخلاق که قواعد آن ناظر بر وجدانها است و هرگونه پندار زشت و ناپسند را محکوم می‌کند، حقوق جزا متضمن اصولی است حاکم بر رفتار انسان‌ها و توأم با تضمین‌هایی که حافظ جامعه بشری است. حقوق جزا پندار نکوهیده و قصد سوء را تا زمانی که مادتا به منصفه بروز و ظهور نرسیده است به مجازات نمی‌رساند. زیرا، قصد سوء تا وقتی انسان برای واقعیت بخشیدن به آن جازم نیست خطری برای نظم اجتماعی ندارد. بنابراین، شرط تحقق جرم آن است که قصد سوء با ارتکاب رفتار خاصی دست‌کم به مرحله فعلیت برسد. فعل یا ترک فعل خارجی که تجلی نیت مجرمانه و یا تقصیر جزایی است عنصر مادی جرم را تشکیل می‌دهد. به این ترتیب، تهاجم علیه یک انسان عنصر مادی قتل و ایراد ضرب و جرح عمدی، ربودن مال غیر عنصر مادی سرقت و توسل به وسایل تقلبی عنصر مادی کلاهبرداری محسوب می‌شود.

تحقق جرم هر چند منوط به انجام دادن رفتاری است که قانونگذار آن را منع کرده و یا امتناع از رفتاری است که به آن تکلیف کرده است، ولی آثار زیانبار یا نتیجه‌ای که از این رفتار حادث می‌شود در تحقق جرم شرط نیست. اگر جرم به واسطه موانع خارجی واقع نشود و یا بنا به عللی عقیم بماند و یا حصول نتیجه مجرمانه ممتنع گردد، همان مقدار رفتاری که مبین سوءنیت مجرم است مشمول حکم جزایی قرار می‌گیرد.

از آنچه گفته شد چنین بر می‌آید که قصد باطنی زمانی قابل مجازات است که تظاهر خارجی آن به صورت رفتاری مغایر با اوامر و نواهی قانونگذار آشکار شود.

ولی گاهی چنین به نظر می‌آید که چون این قصد آثار خارجی پیدا نکرده

است قابل مجازات نیست. مثلاً، اجتماع و تبانی بزهکاران به ارتکاب جرم مادام که جرم ظاهر خارجی پیدا نکرده قصد جمعی آنان تصور می‌شود و یا تهدید به جرم مادام که جرم به وقوع نپیوسته حاکی از قصد نهانی مجرم به ارتکاب رفتار ضد اجتماعی است، بدون آنکه کوچکترین رفتاری برای واقعیت بخشیدن به تهدید از خود بروز دهد. واقعیت این است که قانونگذار این قبیل رفتارها را به خودی خود و صرف‌نظر از آثاری که ممکن است عملاً به وجود آورد جرم دانسته و نفس عمل را خطری برای نظم اجتماعی به شمار آورده است. تصور قانونگذار از جرم دانستن این رفتارها پیش از آنکه نتیجه‌ای بر آن مترتب شود، این است که دفع حالت خطرناکی که در توافق نخستین بزهکاران و بنا در گفتار تهدید آمیز مرتکب تجلی یافته مانع وقوع جرایم سهمگین‌تر می‌شود و در نهایت نوعی پیشگیری از جرم تلقی می‌گردد. از این رو، این قبیل جرایم را حقوق‌دانان جرم بازدارنده^۱ نامیده‌اند.

الف) ماهیت رفتار مادی

عنصر مادی و ضروری جرم گاه رفتاری^۲ است که در وضعی خاص از انسان بروز می‌کند و گاه به ندرت حالتی^۳ است که بر او مستولی می‌گردد. رفتار انسان ظهور خارجی اراده او است، یعنی نیرویی که در صدد تأثیر بخشیدن بر محیط و تغییر دادن آن است.

عنصر مادی را اروپاییان در سده گذشته پیکر جرم^۴ هم می‌نامیدند و آن را قالبی می‌پنداشتند که اراده ارتکاب جرم در آن تجلی می‌یابد. ولی حالت، تجسم اندیشه و وضعی مداوم است که انسان در آن به سر می‌برد. حالت مجرمانه

1. Délit obstacle
2. Comportement
3. Attitude
4. Corps du délit

نمودی از گرایش منفی انسان در برابر خواسته قانونگذار است که باید آن را از رفتار از این حیث متمایز دانست که کنشی در اوضاع و احوال خاص نیست.

۱. رفتار

رفتار انسان ممکن است به صورت‌های مختلف متعلق حکم جزایی قرار گیرد. گاه قانونگذار مخاطبان خود را از فعل خاص منع می‌کند. در این صورت، ارتکاب این فعل تخطی از نواهی قانونگذار و جرم به شمار می‌رود. گاه مخاطبان قانونگذار به انجام دادن فعلی تکلیف شده‌اند. این بار ترک این فعل نقض اوامر قانونگذار و جرم محسوب می‌شود. و گاه تلفیق هر دو صورت جرم خاصی را پدید می‌آورد که به جرم فعل ناشی از ترک فعل موصوف است.

○ فعل^۱

ارتکاب جرم اغلب مستلزم جنبش و حرکتی از طرف فاعل است که آن را فعل می‌گویند. جرم فعل^۲ نظیر قتل (ماده ۲۹۰ ق.م.ا.)، سرقت (ماده ۲۶۷ ق.م.ا.)، افترا (ماده ۶۹۷ ق.م.ا.)، تعزیرات، زنا (ماده ۲۲۱ ق.م.ا.) همواره با فرض کنش ایجابی متصور است. در ارتکاب جرایم فعل، نظر قانونگذار همیشه به شیوه ارتکاب و یا شکل به فعلیت درآوردن جرم معطوف نیست. برای مثال، در جرایمی مانند قتل یا ایراد ضرب و جرح، قانونگذار به نتیجه‌ای که از این افعال حاصل می‌شود توجه دارد و به هیچ وجه شیوه و وسیله ارتکاب فعل منظور او نیست. ولی، گاه برای شیوه و طریقی که نتیجه با آن و از آن راه به دست می‌آید اعتبار قائل است، مانند بردن مال غیر به طریقی که در ارتکاب جرم کلاهبرداری پیش‌بینی شده است (ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۵ آذر ۶۷). بدیهی است اگر بردن مال غیر از راه‌های دیگری جز راه‌هایی که در این ماده

1. Action
2. Délit d'action

پیشینی شده واقع شود، ممکن است فعل مذکور با عنوان‌های دیگر جزایی تطبیق پیدا کند و در مواردی نیز هرگز جرم شناخته نشود.

○ ترک فعل^۱

ترک فعل به معنی امتناع از ایفای تکلیفی است که موضوع حکم قانونگذار بوده است. بنابراین، در جرایمی مانند اشتکاف از احقاق حق (ماده ۵۹۷ ق.م.ا، تعزیرات)، ترک انفاق (ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱ اسفند ۱۳۹۱)، خودداری از کمک به مصدومان (ماده واحده قانون مجازات خودداری از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی مصوب ۱۵ خرداد ۵۴) عنصر مادی جرم، امتناع از فعلی است که نفس آن قطع نظر از آثاری که ممکن است به وجود آورد، مقصود قانونگذار بوده است.

○ جرم فعل ناشی از ترک فعل^۲

نتیجه‌ای که عموماً از یک کنش ایجابی (فعل) حاصل می‌شود، ممکن است با ترک فعل نیز واقع گردد. برای مثال، قتل یا جراحاتی که با شلیک گلوله و یا ضربات چاقو ارتکاب می‌یابد، ممکن است نتیجه غفلت و یا بی‌مبالایی فاعل باشد (قتل یا ایراد جراحات خطئی). حال، می‌توان وضع خاصی را تصور کرد که بنا به عللی که مستند به فعل شخص نیست، حادثه‌ای در شرف تکوین است و با اینکه این شخص قادر است با فعل خود آن را عقیم گذارد، هیچ کوشش و جنبشی از خود نشان نمی‌دهد و حادثه مذکور به وقوع می‌پیوندد. آیا می‌توان نتیجه‌ای را که از این واقعه حاصل شده است متوجه تارک فعل دانست؟ به بیان دیگر، آیا جرمی که نتیجه آن منوط به ارتکاب فعل است ممکن است با ترک فعل تحقق یابد؟ فرض کنیم ناپسندی در حین عبور در آستانه سقوط در چاهی

است و ناظری که قادر به کمک و راهنمایی او است از یاری و دستگیری او امتناع می‌ورزد و نابینا در چاه سقوط می‌کند و می‌میرد. آیا تارک فعل (ناظر) را می‌توان متهم به قتل عمد شناخت؟ بی‌گمان، مجازات این شخص به اتهام قتل عمد بلکه هر جرم دیگر خالی از اشکال نیست. هر چند رفتار او اخلاقاً سزاوار سرزنش است. زیرا، تنها زمانی می‌توان نتیجه مجرمانه را به حساب تارک فعل گذاشت که قانونگذار مخاطب را به انجام دادن فعلی تکلیف کرده باشد. فقط در این صورت است که اگر مکلف آنچه را که برعهده او است ترک کند و نتیجه مجرمانه واقع گردد مقصّر شناخته می‌شود. یک نمونه آن در قانون جدید فرانسه (مواد ۲۲۷-۱۵ و ۲۲۷-۱۶) به خطرافتادن تندرستی کودک کمتر از پانزده سال و همچنین مرگ او است که در اثر محرومیت از خوراک یا دارو و در نتیجه کوتاهی اولیاء قانونی و هر کس دیگری که سمت ولایت بر او دارد اتفاق افتاده است. در این قانون برای کسانی که در نتیجه اعمال موجب مرگ کودک شده‌اند تا سی سال حبس جنایی هم مقرر شده است. به عبارت دیگر ترک فعل همانند فعل جرمی عمدی و سزاوار کیفری برابر شناخته شده است.

در نظام کیفری کشورمان برای نخستین بار، در قانون مجازات اسلامی ۹۲، این صورت از رفتار مادی در قالب ماده ۲۹۵ پذیرفته شده است. بر طبق این ماده:

«هرگاه کسی فعلی که انجام آن را برعهده گرفته یا وظیفه خاصی را که قانون برعهده او گذاشته است، ترک کند و به سبب آن، جنایتی واقع شود، چنانچه توانایی انجام آن فعل را داشته باشد جنایت حاصل به او مستند می‌شود و حسب مورد عمدی، شبه عمدی، یا خطای محض است، مانند این که مادر یا دایه‌ای که شیردادن را برعهده گرفته است، کودک را شیر ندهد یا پزشک یا پرستار وظیفه قانونی خود را ترک کند.»

1. Omission

2. Délit de commission par omission

۲. حالت

قانونگذار تحقق جرم را همیشه منوط به صدور فعل خاصی نمی‌داند. گاه عنصر مادی جرم حالتی روانی نظیر اعتیاد به مواد مخدر یا دارو بارگی است که عارض شخص می‌شود و همین حالت او را در معرض تعقیب و مجازات قرار می‌دهد (ماده ۱۵ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن مصوب ۱۷ آبان ۱۳۷۶ مجمع تشخیص مصلحت نظام با اصلاحات و الحاقات بعدی)، گاه حالتی اجتماعی ناشی از شیوه زندگی و طرز سلوک مانند ولگردی (ماده ۷۱۲ ق.م.ا، تعزیرات) که در هر صورت مبین حالت خطرناکی است که ولگرد را به ارتکاب جرایم دیگر سوق می‌دهد و گاه وضع کسی است که در یکی از دسته‌ها و جمعیت‌هایی که هدف آن‌ها بر هم زدن امنیت کشور است فقط عضویت دارد (ماده ۴۹۹ ق.م.ا، تعزیرات). به این ترتیب، قانونگذار با جرم شناختن این حالت‌ها بر آن بوده است که از وقوع جرایم هولناک‌تر ضمناً جلوگیری کند.

حالت اعتیاد متضمن تمایل کم و بیش شدید و مداوم شخص به مصرف ماده مخدر است. نوع این مواد صریحاً در قانون تعیین و احصاء شده است. بنابراین، اعتیاد مستلزم نوعی وابستگی جسمی و روانی به مواد مخدر است.

حالت ولگردی نیز با نداشتن وسیله معاش معلوم و مکان سکونت ثابت مشخص می‌شود. چنانکه عضویت در گروه خاص نیز با تعلق خاطر به هدف‌ها و تأیید مثنی گروه‌های مذکور احراز می‌گردد. در این جرایم، ماهیت رفتار مادی در هر حالت حفظ و مداومت وضع ناهمساز با قواعدی است که متعلق حکم قانونگذار قرار گرفته است.

۳. اوضاع و احوال^۱

اوضاع و احوال وقوع جرم را عموماً به شرایط ارتکاب جرم تعبیر می‌کنند که جدا از رفتار مجرمانه شناخته می‌شود. برای مثال، «وضعیت نامتعارف مجنی‌علیه» اصطلاحی که قانونگذار در ماده ۲۹۰ (بند پ) قانون مجازات اسلامی به کار برده و بعضی از مصادیق آن را مانند بیماری، ضعف و پیری برشمرده است، در زمره اوضاع و احوال جنایت عمدی محسوب می‌شود. در حالی که مرتکب نه قصد جنایت داشته و نه کاری را هم که انجام داده است، نوعاً موجب جنایت می‌شود. کافی است که مرتکب فقط به این موضوع آگاه و متوجه باشد. و یا در مثال دیگر، در مواردی قانونگذار وقوع بعضی از انواع سرقت‌ها را به وجود اوضاع و احوال خاص مانند ارتکاب جرم در «شب» (ماده ۸۷۸ ق.م.ا، تعزیرات)، و یا در «مناطق سیل یا زلزله زده یا جنگی» (ماده ۸۸۲ ق.م.ا، تعزیرات) مقید کرده و آثار حقوقی بر آن بار نموده است. واضح است که اگر سرقت در اوضاع و احوال دیگری غیر از آنچه بیان کردیم ارتکاب یابد، با وجود همان عناصر مادی و روانی، جرم مشمول مقررات دیگری قرار می‌گیرد.

اوضاع و احوال عموماً از مقوله «هستار» هستند و نه «رفتار» و پیش از تحقق جرم وجود دارند. اوضاع و احوال یا موقعیت‌های جرم را نباید با پیش‌فرض‌ها^۲ در مباحث زبان‌شناسی اشتباه گرفت. در مثال‌های پیشین، وقتی از «قتل» سخن به میان می‌آید، لازمه وقوع این جنایت، «زنده بودن» مجنی‌علیه است. یا اگر گفته می‌شود «سرقت»، شرط است که مال «تعلق به دیگری» داشته باشد. این الفاظ دلالت بر معانی‌ای می‌کنند که در لفظ نهفته است. ولی در همه حال، در غیاب شروط پیشین وصف جرم اصولاً تحقق پیدا نمی‌کند.

1. Circumstance
2. Presupposition

ب) دوام رفتار مادی

اگر وقوع فعل یا ترک فعل مجرمانه را از حیث طول مدت تحقق آن در نظر آوریم، جرایم را می‌توان به دو گروه جرم آنی^۱ و جرم مستمر^۲ تقسیم کرد. جرم آنی به فعل یا ترک فعل مجرمانه‌ای اطلاق می‌شود که تحقق آن دفعتاً یا در فاصله زمانی کوتاه انجام می‌گیرد. مانند سرقت که با فعل ربودن پنهانی و یا قتل که با وارد آوردن ضربه یا خوراندن مواد سمی تحقق می‌یابد، هر چند که در این مورد، نتیجه مجرمانه، یعنی ازهاف نفس مجنی‌علیه، با گذشت زمان نسبتاً طولانی حاصل شده باشد. همچنین، امتناع از اعلام ولادت طفل (ماده ۴۸ قانون ثبت احوال مصوب ۱۶ تیر ۱۳۵۵) که ترک فعل به شمار می‌رود جرم آنی است. جرم مستمر عبارت از فعل یا ترک فعل مجرمانه‌ای است که در طول زمان استمرار دارد و مبین قصد سوء و مستمر فاعل است. مانند استفاده از لباس‌های رسمی مأموران نظامی یا انتظامی بدون مجوز (ماده ۵۵۶ ق.م.ا، تعزیرات)، توقیف یا حبس غیرقانونی (ماده ۵۸۳ ق.م.ا، تعزیرات)، اخفای مال مسروقه (ماده ۶۶۲ ق.م.ا، تعزیرات) ترک اتفاق (ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱ اسفند ۱۳۹۱) و نیز نگهداری آلات و وسایل مخصوص قمار بازی (ماده ۷۰۶ ق.م.ا، تعزیرات)

تقسیم جرایم به آنی و مستمر فوایدی دارد که می‌توان به این شرح بر شمرد:

۱. از حیث مدت مرور زمان تعقیب

آغاز مرور زمان در جرایم آنی از لحظه‌ای است که جرم تحقق یافته است. در حالی که مرور زمان در جرایم مستمر از زمان انقطاع رفتار مجرمانه آغاز می‌شود. برای مثال، در جرم توقیف یا حبس غیرقانونی آغاز مرور زمان از لحظه‌ای است

1. Délit instantané
2. Délit continu

که شخص بازداشت شده آزادی خود را دوباره باز می‌یابد و یا در جرم اخفای مال مسروقه مرور زمان از لحظه کشف مال نزد بزهکار آغاز می‌شود.

۲. از حیث تأثیر قانون جدید

جرم عموماً تابع قانونی است که در زمان وقوع آن حاکم بوده است. جرایم آنی نیز از این قاعده مستثنی نیست. ولی جرایم مستمر که بر فرض دوام مبتنی است تابع قانون لاحق است حتی اگر به لحاظ مجازات از قانون سابق شدیدتر باشد.

۳. از حیث صلاحیت دادگاه

دادگاه‌ها صلاحیت خود را در رسیدگی به جرایم به قلمرو وقوع جرم محدود می‌دانند. از این رو، رسیدگی به جرم آنی که در یک زمان و مکان معلوم واقع می‌شود در صلاحیت دادگاهی است که جرم در قلمرو آن ارتکاب یافته است. مانند صدور چک پرداخت نشدنی در شیراز که رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه‌های این شهر قرار دارد. ولی در جرایم مستمر که ممکن است رفتار مجرمانه در مکان‌های متعدد دوام داشته باشد، همه دادگاه‌هایی که جرم در قلمرو آنها استمرار داشته صالح برای رسیدگی شناخته می‌شوند و تقدّم با دادگاهی است که زودتر شروع به رسیدگی کرده است.

۴. از حیث اعتبار امر مختوم

در جرایم آنی، اگر حکم محکومیت قطعی از دادگاه صادر شود، رسیدگی مجدد بنا به همان دلایل دیگر ممکن نیست. ولی در جرایم مستمر چون فعل مجرمانه مبین بقای اراده ارتکاب است، پس از قطعیت محکومیت نخستین تعقیب و رسیدگی و محکومیت مجدد فاعل بلاشکال است. حتی اگر محکومیت نخستین مشمول عفو قرار گیرد ولی مجرم همچنان بر قصد خود باقی باشد

می‌توان بار دیگر او را به همان دلیل تعقیب و محکوم کرد.

پ) شمار رفتار مادی

جرم چه آبی و چه مستمر وقتی از یک فعل واحد تشکیل شده باشد آن را جرم ساده^۱ می‌گویند و اگر از افعال مادی متعدّد به وجود آمده باشد، برحسب اینکه این افعال، ناهم‌اند و یا همانند باشند، جرم مرکب^۲ و جرم به عادت^۳ می‌نامند.

در برابر جرم ساده که عنصر مادی آن از یک فعل یا ترک فعل واحد تشکیل یافته جرم مرکب و جرم به عادت قرار دارد. جرمی را مرکب می‌گویند که عنصر مادی آن از افعال ناهم‌اند و به قصد تحقق نتیجه واحدی ترکیب یافته باشد. مصداق بارز جرم مرکب کلاهبرداری است. برای تحقق جرم کلاهبرداری دست کم باید دو فعل متفاوت از کلاهبردار صادر شود؛ توسّل به وسایل تقلبی (به کار بردن اسم یا عنوان مجعول...) و به دست آوردن مال (وجه، اسناد، قبوض و ...) این دو فعل ذاتاً با یکدیگر متفاوت‌اند، ولی هر یک مراحل متوالی یک رفتار مجرمانه را تشکیل می‌دهد.

جرم به عادت موکول به وقوع فعل معین در دفعات مکرر است، چندانکه عادت مرتکب از این افعال احراز گردد. بنابراین، جرم به عادت با فعل واحد و یکباره محقق نمی‌شود و تحقق آن به گذشت زمان نیاز دارد. جرم تکدی (ماده ۷۱۲ ق.م.ا، تعزیرات) از جمله جرایم به عادت محسوب می‌شود.

عموماً عادت مرتکب به ارتکاب فعل معین از دفعات ارتکاب این فعل دانسته می‌شود. سؤالی که در این جا مطرح است این است که جرم به عادت با چند بار تکرار تحقق پیدا می‌کند؟ به نظر می‌رسد که چون برای صدق عنوان جرم به

1. Délit simple
2. Délit complexe
3. Délit d'habitude

عادت تکرار فعل معین ضروری است و از یک بار ارتکاب فعل مذکور عادت و حرفه فاعل استنباط نمی‌شود، دست کم دو بار تکرار برای تحقق جرم به عادت کافی است.

تقسیم جرایم به ساده و مرکب و نیز به عادت فوایدی دارد که اهم آن عبارت است از:

۱. تأثیر مرور زمان

در جرایم مرکب، توالی افعال ممکن است به گونه‌ای ارتکاب یابد که میان دو فعل مدت زمانی برابر با مدت مرور زمان یا بیشتر از آن فاصله پدید آمده باشد. در این صورت، مرور زمان از لحظه‌ای آغاز می‌شود که آخرین فعل تشکیل دهنده جرم انجام گرفته است.

در جرایم به عادت نیز تکرار آخرین فعل تشکیل دهنده جرم، مبدأ مرور زمان به حساب می‌آید. در این قبیل جرایم مهم نیست که بین دو فعل معین زمانی بیش از مدت مرور زمان سپری شده باشد. زیرا، هر یک از این دو فعل به تنهایی مجرمانه تلقی نمی‌شود تا مشمول مرور زمان قرار گیرد. از این رو، آغاز مرور زمان از لحظه‌ای است که جرم به عادت به وقوع پیوسته است.

۲. تعیین دادگاه صلاحیتدار

جرم مرکب چون از افعال پیاپی ترکیب یافته و این افعال ممکن است در مکان‌های مختلف به وقوع بپیوندد، همه دادگاه‌هایی که یکی از این افعال در قلمرو آن ارتکاب یافته صلاحیت رسیدگی به این جرم را دارند.

رسیدگی به جرم به عادت نیز در صلاحیت دادگاهی است که فعل مکرر در قلمرو آن ارتکاب یافته است. زیرا، ارتکاب یک بار فعل، وصف مجرمانه عادت را به وجود نمی‌آورد.

۳. تأثیر قانون جدید

در جرایم مرکب، اگر جزء آخر فعل مادی در زمان حکومت قانون جدید، به تحقق پیوندد، جرم مذکور تابع قانون لاحق است. بسا ممکن است بعضی از افعال مادی جرم مرکب، شروع به اجرای آن جرم محسوب و تابع قانون زمان وقوع گردد.

در جرایم به عادت نیز اگر آخرین فعل تشکیل دهنده جرم به عادت در زمان حکومت قانون جدید به وقوع پیوندد، حتی اگر قانون مذکور به لحاظ مجازات شدیدتر باشد، فعل مجرمانه برابر با قانون جدید مجازات می‌شود.

ت. نتیجه رفتار مادی

برای تحقق جرم، هر چند ظهور یک فعل یا ترک فعل مادی همواره شرط است، ولی مجازات این فعل همیشه منوط به نتیجه‌ای که بزه‌کار برای اخذ آن تلاش کرده است نیست. گاه بزه‌کار با وجودی که برای تحصیل نتیجه رفتار خود مجازم است، بنا به عللی که خارج از اراده او است در ادامه عمل متوقف می‌ماند و به مقصود نمی‌رسد. در این حال، مرتکب را به اتهام شروع به جرم تعقیب می‌کنند. گاه علی‌رغم تلاش خود و ارتکاب افعالی که لازمه وصول به نتیجه مجرمانه است از تلاش خود نتیجه نمی‌گیرد و قصد او بی‌اثر می‌ماند. در این جا، به آنچه ارتکاب یافته جرم عقیم می‌گویند. و گاه اساساً قصد مجرمانه قابل تحقق نیست که در این حالت جرم محال مصدق پیدا می‌کند.^۱ در مباحث

۱. در احکام اسلام هیچ‌گاه شروع به جرم، جرم محال و جرم عقیم تحت عنوان خاص تشریع نشده است. به همین دلیل حقوق‌دانان اسلامی معتقدند که هر کس قصد سوء و خبیث سریره خود را به نحوی ابراز کند ولی به هر علت به مقصود خود نرسد اگر حاکم صلاح بداند و مصلحت عموم اقتضاء کند می‌تواند به عنوان تجرّی او را تعزیر کند (ابوالقاسم گرّجی، حقوق جزای عمومی اسلام، ص ۱۱۲). تجرّی را نیز فقها به معنای بی‌پروایی و نافرمانی از اوامر و نواهی قانونگذار دانسته‌اند. به این ترتیب متجرّی کسی است که فعل ناشایستی را قصد کند و آن را انجام دهد، هر چند در مواردی این فعل فی نفسه مباح باشد. ولی در اینکه آیا فعل متجرّی در همه احوال مستوجب عقاب و عذاب است میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. این اختلاف نیز دقیقاً از این امر ناشی می‌شود که بعضی از فقها فعل مباح ←

آتی به تحلیل و بررسی یکایک این حالات خواهیم پرداخت.

در همه این موارد هر چند قصد ارتکاب جرم فعلیت یافته است، جرم را نمی‌توان جرم انجامیده^۱ (کامل) محسوب کرد. جرم وقتی کامل نامیده می‌شود که رفتار ارتكابی شامل تمام عناصر تشکیل دهنده جرم و مصرّح در تعریف قانونی باشد. یعنی قصد و اراده فاعل به صورت رفتاری نمودار شود که قانون آن را مستوجب کیفر بداند. با این همه، بعضی از جرایم قطع نظر از نتیجه زیانبار احتمالی آن‌ها کامل به شمار می‌آید. این جرایم را اصطلاحاً جرم مطلق^۲ می‌نامند. در برابر جرم مطلق، جرم مقید^۳ قرار دارد.

جرم را از این نظر مطلق (صوری) نامیده‌اند که وصف مجرمانه صرفاً به صورت یا ظاهر رفتار تعلّق گرفته و در ترتّب مجازات اخذ نتیجه زیانبار منظور نشده است. برای مثال، به موجب قسمت اول ماده ۵۱۸ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) ساختن شبیه سکه‌های طلا یا نقره قابل مجازات است و لازم نیست سازنده سکه‌های قلب حتماً آن‌ها را به مصرف رسانده یا از آن‌ها سود برده باشد. یا وقتی قانونگذار مطلق افشای سوالات امتحانی را جرم تلقی می‌کند (ماده واحده قانون افشای سوالات امتحانی مصوّب ۱۷ خرداد ۱۳۴۹) به شیوه و طریق فعل نظر داشته و هیچ‌گاه نتیجه‌ای را که از این فعل حاصل می‌شود در توصیف مجرمانه ملحوظ نکرده است. ولی اگر چنانچه قانونگذار حصول نتیجه‌ای را جزو عناصر تشکیل دهنده جرم منظور کرده باشد، مانند قتل یا سرقت، مادام که به حیات کسی خاتمه داده نشود و یا مال کسی از تملک او خارج نگردد جرم

→ را در خور سرزنش و سزا نمی‌دانند. مانند کسی که به قصد نوشیدن شراب و با علم به حرمت آن لیوان آبی را سربکشد. در مقابل، کسانی نیز بر این عقیده‌اند که هر چند عدم مطابقت قصد متجرّی با واقع امری غیر اختیاری بوده ولی آنچه در اختیار فاعل بوده است همان برداشتن لیوان و نوشیدن آن است و ثواب و عقاب بر افعال اختیاری انسان مترتب است (علی حائری‌شاه باغ، شرح قانون مجازات عمومی، ص ۱۴).

1. Infraction consommée

2. Infraction formelle

3. Infraction matérielle

تحقق نمی‌یابد. این قبیل جرایم را که به جرایم مقید موسوم‌اند فقط وقتی می‌توان مستقل از نتیجه آن‌ها قابل مجازات دانست که قانونگذار شروع به آن را نیز مجرمانه شناخته باشد. ولی این موضوع نباید ما را از تصور شروع به جرم در جرایم مطلق غافل سازد. آیا می‌توان در جرایمی که مقید به نتیجه نیست شروعی یافت؟ آغاز و انجام در جرایم مطلق چه زمانی است؟ پاسخ سؤال را پس از طرح موضوع در باب شروع به جرم مقید در مبحث آینده خواهیم یافت.

۱. شروع به جرم^۱ (مقید)

اگر برای فعالیت مجرمانه همانند سیری که بزهکار در آن گام می‌گذارد و قدم به قدم در آن به پیش می‌رود آغاز و پایانی تصور کنیم می‌توانیم مراحل مختلفی را در این مسیر از یکدیگر بازشناسیم. جرم با اندیشه و تصور ذهنی آن آغاز می‌شود، سپس با تصمیم بر ارتکاب و پس از آن تهیه مقدمات و سرانجام شروع به آن تکوین می‌یابد. هرگاه بزهکار در عمل به مقصود خود برسد، یعنی نتیجه‌ای از این عمل به دست آورد (جرم کامل) بدون هیچ تردید قابل مجازات است. ولی گاه پیش می‌آید که بزهکار در تلاش خود به مانعی برمی‌خورد و متوقف می‌گردد و یا اصولاً جهد بیشتری از خود نشان نمی‌دهد و عجلتاً خواهان نتیجه نیست. سؤال این است که چه مقدار از افعال او مشمول حکم جزایی قرار می‌گیرد و از چه مرحله به بعد می‌توان او را قابل تعقیب کیفری شناخت؟ شناسایی یکایک مراحل گوناگون جرم به پاسخ این سؤال کمک خواهد کرد.

مرحله‌ای از رفتار مجرمانه که نهانی و نفسانی است و تجلّی بیرونی پیدا نکرده اصولاً قابل مجازات نیست. زیرا، انسان هیچ‌گاه قادر نیست بر هر آنچه در ضمیر خود می‌گذرد و تصورات ذهنی او را شکل می‌دهد تسلط کافی پیدا کند. حتی تصمیم قاطع بر ارتکاب جرم نیز از سیطره احکام جزایی عموماً خارج

است. هرچند ظهور این تصمیم در گفتار یا نوشتار ممکن است مؤید حالت خطرناک بزهکار باشد. ولی این گونه نمودهای رفتاری فقط قرینه‌ای بر وجود این حالت است. به هر تقدیر از نظر سیاست جنایی مصلحت آن است که به انسان بداندیش همواره فرصت و مجال داده شود تا از راهی که پیش گرفته است بازگردد و تا آن‌جا که ممکن است نیت سوء خود را جامه عمل نپوشاند. فقط استثنائاً در مواردی که از این تصمیم مفسده‌ای عظیم ممکن است متوجه جامعه شود، قانون جزا تصمیم بر ارتکاب جرم را مستوجب عقوبت دانسته است. از جمله زمانی که دو یا چند تن اجتماع و تبانی نمایند که جرایمی بر ضد امنیت کشور مرتکب شوند (ماده ۶۱۰ ق.م.ا. تعزیرات) و یا زمانی که کسی دیگری را به قتل تهدید کند (ماده ۶۶۹ ق.م.ا. تعزیرات) که در هر دو صورت، قول و قرار نهادن و ابراز تصمیم خود، جرم مستقلی را تشکیل می‌دهد. در واقع در چنین مواردی قانونگذار تصمیم بر ارتکاب جرم را از این حیث قابل مجازات شناخته است که این تصمیم به شکلی در رفتار بزهکار نمود پیدا کرده است. وگرنه مجرد تصمیم که برای واقعیت بخشیدن به آن تلاشی به عمل نیامده است، قابل مجازات نیست.

مرحله دیگری از افعال مجرمانه که اعمال مقدماتی^۱ گفته می‌شود، برخلاف مراحل پیشین هیچ‌گاه جنبه نهانی ندارد و متشکل از یک سلسله تمهیداتی است که در ظاهر ممکن است ارتباط چندانی با جرم نداشته باشد. به عبارت دیگر، زمینه‌سازی و تهیه وسایل لازم برای ارتکاب جرم، گرچه افعال مادی به شمار می‌رود، چون قصد مرتکب را به وضوح آشکار نمی‌کند، نمی‌توان او را به این دلیل قابل تعقیب کیفری و مستوجب مجازات دانست. برای مثال، کسی به فکر قتل رقیب خود می‌افتد (۱)، طرح آن را می‌ریزد و تصمیم می‌گیرد (۲)، تفنگی می‌خرد (۳)، تفنگ را به سوی او شلیک می‌کند (۴)، رقیب را از پا در می‌آورد.

(۵) در این مثال خریدن تفنگ عمل مقدماتی و اقدام به شلیک شروع به جرم محسوب می‌شود. و چون خرید و نگهداری تفنگ معلوم نمی‌کند که خریدار آن را برای کشتن رقیب به کار خواهد برد یا حفظ خویش و یا استفاده در مسابقه تیراندازی، صرف خریدن تفنگ از حیث فعل احتمالی قتل مسؤولیتی متوجه خریدار نمی‌کند. این موضوع را ماده ۱۲۳ قانون مجازات اسلامی این‌گونه بیان می‌کند: «مجرد قصد ارتکاب جرم و یا عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم است و ارتباط مستقیم با وقوع جرم ندارد شروع به جرم نیست و از این حیث قابل مجازات نمی‌باشد.» با این حال، قانونگذار مواردی را استثنائاً پیش‌بینی کرده که اعمال مقدماتی خود به عنوان جرایم خاص قابل تعقیب شناخته شده است. در مثال اخیر چون خرید یا نگهداری اسلحه به موجب قانون (ماده ۶ قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز مصوب ۷ شهریور ۱۳۹۰) جرم مستقلی به شمار می‌رود، از این حیث خریدار قابل تعقیب و مجازات است. و یا کسی که کلید یا هر نوع وسیله‌ای برای ارتکاب جرم بسازد یا تهیه کند (ماده ۶۶۴ ق.م.ا، تعزیرات) سرنوشت مشابه‌ای دارد. ولی جرم شناختن اعمال مقدماتی حکمی کلی نیست. فرضاً در مورد سارقی که به قصد سرقت برای ورود به خانه به در فشار می‌دهد، اعمال مقدماتی او فاقد چنین وصفی است. اعمال مقدماتی سرقت در صورتی جرم و سزاوار کیفر است که قانونگذار دقیقاً نحوه و چگونگی این اعمال را تعیین و تصریح کرده باشد. برای مثال، قانونگذار ورود اشخاص را به قصد سرقت به مواضعی که نقشه‌های نظامی در آن نگهداری می‌شود ممنوع شناخته است (ماده ۵۰۳ ق.م.ا، تعزیرات). در این مثال، جرم مورد عنایت قانونگذار همان ورود به مکان‌های خاص است که مقدمه برای جرم سرقت محسوب می‌شود.

سرانجام، در واپسین مرحله، اعمال اجرایی^۱ (شروع به اجرا) که عنصر مادی

۱. Commencement d'exécution

شروع به جرم است شکل می‌گیرد. در این مرحله، اگر انصراف برای مرتکب حاصل نشود و مانعی او را از ادامه عمل باز ندارد جرم ناگزیر به وقوع می‌پیوندد. لیکن اگر اوضاع و احوال تغییر کند تحقق شروع به جرم محتمل است.

شروط تحقق شروع به جرم

از ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد: «هرکس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید، لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند، به شرح زیر مجازات می‌شود...» چنین بر می‌آید که برای تحقق شروع به جرم دو شرط لازم است: نخست، شروع به اجرای جرم، دوم عدم انصراف ارادی.

شروع به اجرای جرم

شروع به اجرا وصف سلسله افعالی است که مستقیماً به سمت و سوی جرم و به قصد ارتکاب آن هدایت می‌شود. از این رو، شروع به جرم در جرایمی که عنصر مادی آن‌ها ترک فعل است محقق و ثابت نیست. ترک فعل یعنی ترک تکلیفی که قانونگذار برعهده اشخاص نهاده است که به محض آنکه این تکلیف ترک شد جرم محقق می‌شود.

تمیز و تشخیص افعالی که «شروع به اجرا» به شمار می‌رود از «اقداماتی که فقط مقدمه جرم است و ارتباط مستقیم با وقوع جرم ندارد» همیشه آسان نیست. زیرا، اقداماتی که مقدمه جرم تلقی می‌شود اعمالی مادی همانند اعمال اجرایی است. فرض کنیم مردی را نیمه شب در آستانه در اتاق زن جوان و ثروتمندی دستگیر کرده‌اند. آیا عمل او مقدمه ارتکاب جرم است و یا شروع به جرم؟ در صورت شروع به جرم به کدامیک از جرایم قتل، سرقت و یا زنا متهم است؟ تشخیص این دو مرحله از رفتار مجرمانه از دو جهت حایز اهمیت است: اولاً، اعمال مقدماتی چنانکه پیشتر گفته شد جز در موارد خاص قابل مجازات نیست.

در حالی که اعمال اجرایی به عکس، مرتکب را در معرض اتهام شروع به جرم قرار می‌دهد. ثانیاً، وصف «شروع به اجرا» عنصر قانونی شروع به جرم به شمار می‌رود و دیوان عالی کشور در این باره بر تشخیص ماهیتی دادگاه‌ها و صحت اطلاق این وصف نظارت دارد. به عبارت دیگر «شروع به اجرا» از مسائل حکمی است. بنابراین تمیز این دو مرحله محتاج ملاک و میزانی است.

تمیز اعمال مقدماتی از شروع به اجرا

برای تمیز اعمال مقدماتی از شروع به اجرا تاکنون دو نظریه بیش از همه در میان علمای حقوق شهرت دارد: نظریه عینی^۱ و نظریه ذهنی^۲. بعضی از حقوقدانان که بیشتر به موقعیت عمل مجرمانه توجه دارند از نظریه عینی پیروی کرده‌اند. بر طبق این نظریه شروع به اجرا از زمانی تحقق می‌یابد که فاعل یکی از افعالی را که در تعریف قانونی جرم آمده است، چه به عنوان عنصر تشکیل دهنده و چه به عنوان کیفیت مشدد جرم مرتکب شود. برای مثال، در جرم سرقت که عنصر مادی تشکیل دهنده آن ربایش مال دیگری است، به محض آنکه مرتکب بر اموال دیگری دست گذاشت شروع به اجرا مصداق پیدا می‌کند و یا اگر از دیوار خانه‌ای بالا رفت یا حرز را شکست (ماده ۶۵۱ ق.م.ا، تعزیرات) فعل او شروع به اجرا تلقی می‌گردد. همچنین، اگر کسی عنوان و سمت مجعول به خود گرفت و یا مردم را به وجود شرکت یا مؤسسه‌ای موهوم فریفت فعل او شروع به اجرای جرم کلاهبرداری توصیف می‌شود. به این ترتیب، سایر افعالی که در تعریف قانونی جرم نیامده است، بنابراین نظریه در شمار اعمال مقدماتی است. نظریه عینی این مزیت را دارد که در آن ضابطه شروع به اجرا به دقت و به وضوح تعیین و از این لحاظ می‌توان گفت حقوق مرتکب به نحو مطلوب تأمین

1. Objective
2. Subjective

شده است. ولی اشکال آن این است که به گونه‌ای مؤثر دفاع اجتماعی را تضمین نمی‌کند. زیرا، گاه اتفاق می‌افتد که در اوضاع و احوال خاص مرتکب به افعالی دست می‌زند که به روشنی مقصود او را بیان می‌کند و دلالت بر سوء نیت او دارد، ولی چون این افعال داخل در تعریف جرم نیست نمی‌توان متعرض او شد. فرض کنیم سارق پیشینه‌داری با تمام ابزار و آلات باز کردن در گاوصندوق در یک روز جمعه در یکی از اتاق‌های بانک دستگیر می‌شود، با این استدلال که این مقدار از افعال او با تعریف سرقت منطبق نیست، نمی‌توان حکم به تعقیب او داد. همچنین، کسی که شبانه از دیوار خانه‌ای بالا رفته و حامل سلاح بوده و حرز را نیز شکسته است، اگر در همین مرحله دستگیر شود بنا به این نظریه به اتهام شروع به سرقت تعقیب می‌شود و نه قتل. زیرا، بالا رفتن از دیوار یا شکستن حرز کیفیات مشدد جرم سرقت محسوب می‌شود. بنابراین، ضابطه عینی به نظر کافی نمی‌آید.

در گذشته، رویه دیوان عالی کشور به استناد آرای متعددی که از شعب این دیوان صادر شده است، پیروی از نظریه عینی می‌بود. برای نمونه مطابق یکی از آراء دیوان مذکور (ش ۱۷۰/۱۴۵۲-۲۸/۱۲/۴): «کسی که به قصد سرقت برای باز کردن در خانه زور می‌دهد و همان موقع دستگیر می‌شود شروع در سرقت نکرده است چه این عمل ایجاد مقدماتی است برای سرقت در صورتی که مداخله در عوامل اجرایی جرم، شروع محسوب می‌شود.» در رأی دیگری از این شعبه آمده است (ش ۱۷۱/۱۸۵۲-۲۹/۷/۱۹-۱۷۱۱/۱۸۵۲): «شروع به جرم اصولاً عبارت از توسل به عوامل اجرایی جرم می‌باشد که اگر انصراف برای مرتکب حاصل نشود و عاقبتی نرسد ناگزیر جرم به وقوع می‌پیوندد. بنابراین اگر کسی در حالی که می‌خواهد از پنجره بالا رود دستگیر شود با احراز قصد سرقت تعقیب وی به عنوان شروع در

۱. محمدتقی امین‌پور، مأخذ پیشین، ص ۱۴۲.
۲. محمدتقی امین‌پور، مأخذ پیشین، ص ۱۴۲.

سرقت صحیح نیست. در آرای مذکور با آنکه قصد سرقت احراز شده است، دیوان عالی کشور به این دلیل که اعمال ارتکاب یافته در تعریف سرقت نیامده، شروع به جرم سرقت را محقق ندانسته است. لیکن در آرای دیگری، شعب دیوان با همین استدلال، افعالی را که کیفیت مشدد جرم سرقت محسوب می‌شود، شروع به اجرای این جرم معرفی کرده و با احراز قصد ارتکاب، شروع به جرم سرقت را محرز شناخته‌اند. مطابق یکی از این آرا (ش ۶ د ۱۴۳۸-۲۲/۵/۲۱):^۱ «صرف شکستن قفل و ورود به خانه غیر برای دزدی از مقدمات قریبه و شروع به سرقت محسوب می‌شود...» و یا در رأی دیگری (اتفاق آرا ش ۵ د ۱۳۴۰-۲۲/۲/۱۷):^۲ «کندن پاشنه در خانه و ورود در آن به منظور سرقت شروع به سرقت محسوب است و عمل مزبور را تهیه بعضی مقدمات جزئی نمی‌شود تلقی کرد که متهم قابل مجازات نباشد.»

لیکن گروهی دیگر از حقوقدانان که به مصالح اجتماعی توجه داشته‌اند، ضابطه ذهنی یا روانی را پذیرفته‌اند. به عقیده این گروه شروع به اجرا توسل به افعالی است که مبین اراده قطعی و تصمیم جازم فاعل بر ارتکاب جرم باشد. به بیان دیگر، هر فعلی که مرتکب اراده کرده باشد که فوراً به مقصود برسد شروع به اجرا تلقی می‌گردد. دون دیو دووایر^۳ حقوقدان نامدار فرانسوی معتقد است که شروع به جرم هنگامی است که «میان فعل بدی که فاعل مرتکب شده و هدفی که در نظر گرفته است فاصله زمانی از حیث روانی به اندازه‌ای کوتاه باشد که اگر او را آزاد بگذارند یقیناً این فاصله را بپیماید.»^۴ بر این اساس، اگر کسی در حالی که می‌خواهد شبانه از دیوار خانه دیگری بالا رود دستگیر شود، با احراز قصد سرقت به اتهام شروع به جرم سرقت قابل تعقیب است.

۱. محمدتقی امین‌پور، مأخذ پیشین، ص ۱۴۱.
۲. محمدتقی امین‌پور، مأخذ پیشین، ص ۱۴۲.

3. Donnedieu de Vabres
4. Jeandidier (W.), Droit pénal général, p.204.

پذیرفتن ضابطه ذهنی در عمل خالی از دشواری نیست. زیرا، برای تعیین زمانی که مرتکب قاطعانه تصمیم به ادامه فعل مجرمانه دارد باید به یک سلسله ملاحظات نفسانی متکی بود که این امر تهدیدپذیری علیه آزادی افراد به شمار می‌رود. برای مثال، در مورد قتل، در حالی که مرتکب به تفنگ مجهز است، تعیین فاصله زمانی کوتاه که بنا به گفته دون دیو دووایر یقیناً آن را خواهد پیمود با دادرس است. سؤال این است که از چه مرحله می‌توان اطمینان داشت که مرتکب حتماً به مقصود خود خواهد رسید و واپسین مرحله جرم را طی خواهد کرد؟ از زمانی که تفنگ خود را با فشنگ پر می‌کند؟ یا از زمانی که در نقطه‌ای بر سر راه مجنی علیه به کمین می‌ایستد؟ یا از لحظه‌ای که تفنگ را به سوی هدف نشانه می‌رود؟ و یا هیچ یک، بلکه شروع به اجرا زمانی است که قصد دارد ماشه تفنگ را بفشارد؟ یافتن لحظه‌ای که مرتکب واقعاً در صدد است خطر حادثه را بپذیرد یا به بیان دیگر راه بازگشت خود را مسدود کند بسیار دشوار به نظر می‌رسد و گاه ممکن است این لحظه در همان مرحله تصمیم‌گیری محقق شده باشد. در این صورت، وصف «شروع به اجرا» که قانونگذار آن را شرط قرار داده است مفهومی ندارد.

علمای حقوق نظریه‌سومی نیز پیشنهاد کرده‌اند که ترکیبی از نظریه عینی و نظریه معطوف به وضع روانی مرتکب است. بنابراین نظریه، برای تمیز اعمال مقدماتی از شروع به اجرا باید میان افعال «متقن»^۱ و «مشکک»^۲ فرق گذاشت. شروع به اجرا فعلی است که بدون ابهام مترجم قصد سوء مرتکب است و با جرم پیوندی آشکار و نزدیک دارد. حال آنکه اعمال مقدماتی مبهم و قابل تفسیر است. به عنوان مثال، خریدن تفنگ به وضوح قصد خریدار را آشکار نمی‌کند و معلوم نیست این فعل را به چه منظور انجام داده است. در صورتی که اگر کسی

1. Univoque
2. Equivoque

برای اطمینان از نبودن صاحبخانه زنگ در را بفشارد و بلافاصله با ظاهر شدن او در آستانه در پا به فرار بگذارد و در این اثنا با اخطار مأمور نیروی انتظامی دستگیر شود، برای این عمل او جز شروع به سرقت نمی‌توان تغییر دیگری یافت. بر پایه این نظریه، در تعریفی که از شروع به جرم شده است گفته می‌شود هر فعلی که مستقیماً منتج به جرم شود و با قصد ارتکاب آن انجام گیرد شروع به اجرا نام دارد. در این تعریف در ضمن تأکید بر دو عنصر فعل و قصد چند شرط آمده است:

نخست، افعالی که شروع به اجرا محسوب می‌شود باید با نتیجه مجرمانه رابطه علی داشته باشد. با این شرط تمام افعالی که به وجهی درزنجیره علیت، حلقه‌های بعید رفتار مجرمانه به شمار می‌رود در زمره اعمال مقدماتی است. دوم، قصد مجرمانه باید همواره قصد ارتکاب جرمی باشد که عملاً شروع به اجرای آن شده است. فعل مرتکب هرگز شروع به اجرای جرمی که مقصود او نبوده است تلقی نمی‌شود. مراد از قصد در این جا فقط ملحوظ داشتن نتیجه در ضمن ارتکاب فعل نیست، بلکه قصد ارتکاب جرم خاصی است که شروع به آن قابل مجازات است. بنابراین، اگر کسی عنوان مجعول دکتر یا مهندس اختیار کند تا زمانی که به تحصیل وجوه یا اموال دیگری قاصد نباشد نمی‌توان او را به اتهام شروع به جرم کلاهبرداری تحت پیگرد قانونی قرار داد.

سوم، برای شروع به جرم شرط است که دادرس دلیل کافی بر قصد مجرمانه فاعل داشته باشد و این دلیل باید از مجموعه افعال و اوضاع و احوال و قرائن دیگر استنباط شود. بر این اساس، اگر کسی برخلاف واقع خود را دکتر یا مهندس معرفی کند و نحوه مراد و معاشرت او حاکی از آن باشد که قصد فریفتن و سپس مزاحمت با دیگری را دارد، افعال او مانند ادعای داشتن تمکن مالی، تحصیلات عالی و مجرد بودن ابهام شروع به اجرای جرم تدلیس (ماده ۶۴۷ ق.م.ا، تعزیرات) تلقی می‌شود. اوضاع و احوال پیشینی و هر آنچه به رفتار نهایی مرتکب در لحظه توقف او معنی بخشیده باید مستند دلیل در دادرسی قرار

گیرد. به عبارت دیگر، دادگاه باید بتواند اثبات کند که از شواهد و قرائنی که دلالت بر استمرار رفتار مجرمانه پیش از تحقق کامل جرم می‌کند، قصد خاص مرتکب را دریافته است.^۱

عدم انصراف ارادی

شروع به اجرا به تنهایی شرط تحقق شروع به جرم نیست. شرط دیگر شروع به جرم آن است که به واسطه عامل خارج از اراده فاعل «قصدش معلق بماند». به عبارت دیگر، هرگاه اجرای جرم به واسطه عامل خارجی که اراده فاعل در آن مداخلت نداشته است ناتمام بماند و جرم منظور واقع نشود، شروع به جرم یا به تعبیر حقوقدانان لاتین زبان اقدام^۲ به جرم تحقق یافته است. مقصود از تأثیر عامل خارج از اراده فاعل این است که فاعل به میل و اراده خود از ادامه عمل منصرف نشده باشد. وگرنه چنانچه اگر فاعل به میل خود جرمی را که شروع به آن نموده است ترک کند، به شرط آنکه اقدام انجام شده جرم نباشد، کیفر نمی‌بیند. قانونگذار به این ترتیب خواسته است با ترغیب بزه‌کاران به چشمپوشی از مقاصد خود تا جایی که ممکن است از وقوع جرم جلوگیری کند. البته شرط معافیت از مجازات در صورتی است که انصراف ارادی پیش از انجام یافتن جرم حاصل شده باشد.

انصراف بدون تردید ارادی است زمانی که معلول تأثیر هیچ عامل خارجی

۱. مرل و ویتو در کتاب خود (Traité de droit criminel, p. 602) برای تفهیم این نظریه به تمثیل جالبی متوسل شده‌اند: نوشته‌اند فرض کنیم در صحنه‌ای از نمایش فیلم شخصی از کنوی میز سلاحی بیرون بیاورد و آن را به طرف شخص دیگری بگیرد، در حالی که انگشت خود را روی ماشه سلاح گذاشته و هدف را نشانه می‌رود، ناگهان فیلم متوقف گردد و آخرین تصویر همانند عکسی ساده بر پرده نمایش ثابت بماند. تصورات ذهنی تماشاگران قادر است سکون ناشی از قطع ناگهانی فیلم را جبران کند. زیرا، این تصویر به تنهایی با توجه به صحنه‌های پیشین، صحنه بعدی فیلم را به تماشاگران القا خواهد کرد؛ با شخص مسلح واپسین کاری که برای رسیدن به منظور خود بانی مانده مرتکب می‌شود و تیر را شلیک می‌کند و یا حادثه‌ای (پشیمانی، مداخله شخص ثالث) او را از ادامه عمل باز می‌دارد.

2. Attempt (E.), Tentative (F.)

نبوده و صرفاً ترجمان اراده آزاد مرتکب بوده باشد. مسلماً در این میان انگیزه مرتکب هیچ گاه منظور نخواهد شد. باز ایستادن مرتکب خواه به انگیزه ترحم، پشیمانی و یا ترس از مجازات و خواه به هر انگیزه دیگری دونفس متوقف ساختن اعمال اجرایی تأثیر ندارد. در غیر این صورت، اگر فاعل بر اثر عامل خارجی از ادامه اعمال اجرایی باز بماند بدون شک سزاوار مجازات است. با این همه، تأثیر عوامل خارجی در توقف مرتکب ضرورتاً به معنی نفی خاصه اختیاری انصراف نیست. برای مثال، اگر مداخله شخص ثالث به نحوی باشد که فاعل صرفاً به زشتی عمل خود متقاعد گردد، بدون آنکه تحت اجبار قرار گرفته باشد و همین پند یا سرزنش موجب شود که مرتکب افعال اجرایی را به تعلیق درآورد، قطعاً انصراف او را باید ارادی تلقی کرد. ولی در بعضی از موارد، هر چند انصراف به دلیل آنکه مادتهاً با اجبار حاصل نشده است، چون تصمیم و عزم فاعل تحت تأثیر عوامل خارجی جزم شده است، این پرسش مطرح می‌شود که آیا انصراف فاعل ارادی است و یا غیرارادی؟ فرضاً سارق در حین باز کردن قفل در شبی را از دور می‌بیند و به تصور اینکه شبگرد محل سر رسیده است متوخش می‌شود و پا به فرار می‌گذارد. آیا انصراف خاطر فاعل مستند به عوامل بیرونی و در نتیجه غیرارادی است و یا معلول احساس ترس و نهایتاً ارادی است؟ به نظر می‌رسد که در این باره باید تشخیص را به عهده قاضی گذاشت تا در هر مورد تعیین کند کدام عامل بیرونی و یا درونی انصراف خاطر فاعل را فراهم آورده و تأثیر کدام یک قوی‌تر بوده است؟ در موارد شک نیز باید توقف اعمال اجرایی را حمل بر تصمیم ارادی فاعل کرد و به نفع او نظر داد. در این باره به دستور ماده ۱۲۴ قانون مجازات اسلامی ناظر بر ترک ارادی جرم: «هرگاه کسی شروع به جرمی نماید و به اراده خود آن را ترک کند به اتهام شروع به آن جرم، تعقیب نمی‌شود لکن اگر همان مقدار رفتاری که مرتکب شده است جرم باشد به مجازات آن محکوم می‌شود.»

انصراف ارادی را نباید با احساس ندامت و پشیمانی اشتباه کرد. انصراف

ارادی در مرحله اعمال اجرایی روی می‌دهد و نتیجه آن قطع فعالیت مجرمانه پیش از حدوث نتیجه‌ای است که قانونگذار آن را مخالف منافع فرد و جامعه شناخته است. احساس ندامت به عکس پس از ارتکاب جرم دست می‌دهد. در این حال اگر مجرم به جبران خسارتی که فراهم کرده در صدد تأدیه آن برآید و یا برای کاستن از آثار جرم عملی انجام دهد که دلالت بر پشیمانی او کند، تأثیری بر میزان مسؤولیت او ندارد و تنها ممکن است موجب تخفیف مجازات و در مواردی پیش از ثبوت جرم موجب معافیت از مجازات گردد.

با این همه، در تمیز این دو حالت باید دقت کرد که در جرایم مطلق چون مطلق افعال ارتكابی قطع نظر از نتیجه آن جرم است و فاصله زمانی آغاز و پایان جرم بسیار کوتاه به نظر می‌رسد، امکان اشتباه زیاد است. برای مثال، نمی‌توان تصور کرد کسی که عمداً محصول کشاورزی یا درختان متعلق به غیر را آتش می‌زند (ماده ۶۷۵ ق.م.ا، تعزیرات) از چه زمان ممکن است تحت تأثیر انگیزه‌های گوناگون از عمل خود منصرف شود و یا از کرده خود پشیمان گردد. زیرا، به محض آنکه آتش به خرمن دیگری انداخت جرم محقق شده است و خاموش کردن آتش بدون آنکه محصول را سوزانده باشد تأثیری در ماهیت عمل مجرمانه او ندارد.

از این نکته نیز نباید غفلت کرد که گاه قانونگذار خود آن مقدار افعالی که شروع به جرم به شمار می‌رود تعیین می‌کند. برای مثال، به موجب ماده ۵۶۱ (ق.م.ا، تعزیرات) «هرگونه اقدام به خارج کردن اموال تاریخی - فرهنگی از کشور هر چند به خارج کردن نیاتجامد قاچاق محسوب ... می‌گردد.» در این ماده اقدام به گردآوری اموال مذکور به قصد خروج از کشور واقعاً شروع به جرم قاچاق و حکماً جرم قاچاق محسوب گردیده است. یا در مثالی دیگر، ماده ۵۱۶ (ق.م.ا، تعزیرات) مقرر کرده است: «هرکس به جان رئیس کشور خارجی یا نماینده سیاسی آن در قلمرو ایران سوء قصد نماید... مجازات می‌شود. در اصطلاحات حقوق کیفری «سوء قصد» به جان کسی یعنی سلسله اقداماتی که به قتل یا جرح یا

ضرب او منتهی گردد، اقداماتی که اگر عامل خارجی تأثیر نمی گذاشت به جنایات مذکور می انجامید. از این رو، سوء قصد را باید شروع به جرم در این قبیل جرایم تلقی نمود.

محال بودن جرم

محال بودن جرم یا جرم محال^۱ هنگامی است که فاعل با قصد ارتکاب جرم تمام کوشش خود را به کار برده و مسیر جرم را تا به آخر پیموده، لیکن از مساعی خود نتیجه‌ای به دست نیاورده است. مانند کسی که به قصد قتل دیگری گردی را به تصور اینکه سم است در لیوان او می ریزد ولی بعداً معلوم می شود که این کرد کننده نبوده و مؤثر واقع نشده است.

حقوقدانان اروپایی در تعریف جرم محال گفته‌اند که هرگاه فاعل در نتیجه ناآگاهی، خواه به علت ناممکن بودن موضوع (مانند سارق که دست در جیب تهی دیگری می کند) و خواه به علت تکافو نکردن وسیله (مانند تجویز دارویی که به هیچ وجه سقط کننده جنین نیست) از عمل خود نتیجه‌ای نگیرد مرتکب جرم محال شده است.^۲

جرم محال برخلاف شروع به جرم، جرمی است که به اجرا در آمده و به مرحله وقوع رسیده، ولی همانند شروع به جرم نتیجه‌ای از آن عاید نشده است. توضیح این نکته ضروری است که امکان یا عدم امکان نتیجه، هیچ گاه شرط تحقق شروع به جرم نیست. به بیان دیگر هرگاه کسی قصد ارتکاب جرمی کند که محال است و به واسطه موانع خارجی اجرای جرم معلق بماند مرتکب شروع به جرم شده است.

با اینکه جرم محال اصولاً منشاء زیان یا آسیبی برای انسان و نظم جامعه

عناصر تشکیل دهنده جرم ■ ۱۶۱

نیست، ولی رفتار مجرمانه را می توان اظهار امیال ستیزجویانه مرتکب به شمار آورد. بنابراین، تهدید او را باید به نشانه حالت خطرناک جدی تلقی کرد و تدابیری را پیش گرفت که مرتکب از آن پس نتواند قصد سوء خود را به فعل درآورد.

با این همه، مجازات جرم محال مخالفانی دارد که قانونگذار کشورمان در میان آنان نیست. زیرا، به حکم تبصره ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی به این شرح: «هرگاه رفتار ارتكابی، ارتباط مستقیم با ارتكاب جرم داشته، لکن به جهات ساده که مرتکب از آن بی اطلاع بوده وقوع جرم غیر ممکن باشد، اقدام انجام شده در حکم شروع به جرم است.» جرم محال قابل پیگرد کیفری است. قید «ارتباط مستقیم با ارتكاب جرم» در این تبصره ناظر به فعل مادی جرم محال است که به اجرا درآمده و از این حیث اتمام واکمال یافته، ولی به دلیل انتفاء موضوع همانند شروع به جرم به نتیجه‌ای نرسیده است. «غیر ممکن» بودن جرم یا حکمی است و یا موضوعی. به این معنی که گاه رفتار فاعل در این قبیل وقایع با تعریف قانونی جرم تطبیق نمی کند. مانند جرم قتل که عبارت است از پایان دادن به حیات دیگری. بنابراین، اگر کسی به دلیل ناآگاهی به مرده تیراندازی کند، چون زنده بودن جزء تعریف قانونی قتل به شمار می رود و رفتار ارتكابی فاقد چنین قید و وصفی است اساساً موردی برای تعقیب و مجازات وجود ندارد. گاه، ناممکن بودن موضوعی است و آن هنگامی است که موضوع جرم از نظر تعریف قانونی ناممکن نیست، بلکه موضوع جرم در وضعیت وقوع عجزاً متغی است. مثال آن کسی است که شبانگاه به سمت انسانی که در بستر خود خوابیده شلیک می کند، غافل از اینکه او لحظاتی پیش از آن اتاق را ترک کرده است. در این مثال وقوع قتل از حیث شروط قانونی جرم محتمل است، لیکن به علت غیبت موقتی موضوع نتیجه‌ای از تیراندازی حاصل نشده است. بعضی از حقوقدانان کشورمان

1. Infraction impossible

2. Merle (R.) et Vitu (A.), op.cit, p. 612.

با مجازات جرم محال حکمی موافق نیستند. ولی هیچ گونه مانعی برای تعقیب جرایم محال موضوعی نمی‌بینند.^۱

عقیم ماندن جرم

عقیم ماندن جرم یا جرم عقیم^۲ موضوع خاصی در مقررات کیفری کشور ما نیست. ولی جرم عقیم همانند شروع به جرم نتیجه‌ای که منظور فاعل بوده است عاید نمی‌سازد. در ارتکاب جرم عقیم همانند جرم محال، فاعل تمام کوشش خود را برای رسیدن به نتیجه به کار می‌گیرد، ولی بنا به عللی مانند نداشتن مهارت و یا دقت و یا حوادث غیر مترقبه نتیجه‌ای به دست نمی‌آورد. مانند کسی که به قصد کشتن دیگری در مسیر او بمب ساعت شماری کار می‌گذارد تا در زمان معین و به هنگام عبور منفجر شود و او را به هلاکت برساند. اتفاقاً در آن ساعت به علت تأخیر در عبور، انفجار بمب آسیبی به او وارد نمی‌سازد و جان سالم از مهلکه به در می‌برد. ولی تفاوت جرم عقیم و جرم محال در امکان تحقق نتایج آن دو است. در حالی که تحقق نتیجه در ارتکاب جرم عقیم همیشه ممکن است، امکان اخذ نتیجه در جرم محال هیچ‌گاه ممکن نیست.^۳

در تمایز جرم عقیم از شروع به جرم یکی از مؤلفان^۴ حقوق کیفری عقیده دارد که در شروع به جرم هرگز نمی‌توان یقین داشت که اگر مداخله عامل خارجی در اثنای اجرا نبود فاعل لحظاتی دیرتر خود از ادامه عمل منصرف

۱. مرتضی محسنی، دوره حقوق جزای عمومی، پدیده جنایی، صص ۲۰۰-۱۹۹.

2. Infraction manquée

۳. بعضی از مؤلفان حقوق جزا به تأسی از عقاید حقوقدانان فرانسوی جرم محال را به محال مطلق و محال نسبی تقسیم کرده‌اند که به نظر ما فایده عملی بر آن مترتب نیست. جرم محال مطلق جرمی است که ارتکاب آن به هیچ وجه امکان ندارد. مانند سقط جنین زنی که باردار نیست. در حالی که امکان تحقق جرم محال نسبی نوعاً وجود دارد. مانند دست بردن در جیبی که اتفاقاً تهی است. این تقسیم‌بندی روزگاری در نظام کیفری فرانسه دارای اثری بود. گارو حقوقدان شهیر فرانسوی این تقسیم‌بندی را مورد انتقاد قرار داده است. t.I., Traité théorique et pratique du droit pénal, (Garraud (R.), n° 240

4. Rassat (M.-L.), Droit pénal, p.354.

نمی‌شد. در حالی که در جرم عقیم فعل انجام یافته تردیدی باقی نمی‌گذارد که فاعل تا به آخر بر قصد خود باقی بوده است و فقط نتیجه جرم به واسطه اوضاع و احوال مستقل از اراده فاعل بی‌حاصل مانده است.

این تفاوت‌ها هر چند ممکن است به لحاظ احتمال ضرر و یا میزان اختلالی که هریک از این جرایم در نظام اجتماعی پدید می‌آورد مفید باشد و خصوصاً مبنای کیفرگذاری و یا جرم نبودن آن‌ها به حساب آید، ولی باید به خاطر داشت که اگر تدابیر کیفری فقط وسیله جریان ضرر و التیام از هم گسیختگی اجتماعی ناشی از جرم تلقی نگردد، بلکه ابزار مقابله با خطر نیز به شمار رود، در این صورت حتی در مواردی که زیان و یا آسیبی از جرم متوجه جامعه نشده باشد اتخاذ تدابیر مذکور ضروری است. زیرا، رفتاری که فاعل در این گونه موارد از خود بروز داده نشانه حالت خطرناک او است. بنابراین، ارتکاب جرم عقیم مانند جرم محال دلالت بر نوعی استعداد یا قابلیت جنایی فاعل دارد. در نتیجه، ضرورت دفاع اجتماعی وضع مقررات صریحی را در این نظام ایجاب می‌کند.^۱

۲. شروع به جرم (مطلق)

چنانکه پیشتر اشاره کردیم بعض جرایم بدون آنکه تحقق آن‌ها به حصول نتیجه یا ضرر یا صدمه‌ای مقید باشد جرم کامل به شمار می‌رود. در برابر این دسته از جرایم، از دسته دیگری از جرایم می‌توان نام برد که نتیجه‌ای خاص مانند تحصیل «نفعی برای خود» (ماده ۵۹۹ ق.م.ا، تعزیرات)، ورود «ضرر» به دیگری (ماده ۵۹۶ ق.م.ا، تعزیرات) و یا ایراد «صدمه بدنی» (ماده ۷۱۷ ق.م.ا، تعزیرات) شرط تحقق آن‌ها است.

۱. ماده ۲۰ قانون مجازات عمومی (اصلاحی خرداد ۱۳۵۲) شرط تحقق جرم عقیم را پس از بیان شروط شروع به جرم به این مضمون پیش‌بینی کرده بود: «هرکس قصد ارتکاب جنایی کرده و شروع به اجرای آن نماید ولی به واسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آنها مداخلت نداشته قصدش معلق یا بی‌اثر بماند و جنایت منظور واقع نشود...»

جرایمی که قطع نظر از نتایج آن قابل تعقیب کیفری اند، یعنی جرایم مطلق به دلیل بعضی همانندی‌ها با گروه دیگری از جرایم موصوف به جرم بازدارنده^۱ قابل مقایسه‌اند. جرم بازدارنده به حالات یا رفتارهای خطرناک بدون آنکه متضمن زیان فوری و مؤثر باشد اطلاق می‌گردد. با این همه، این دو گروه از جرایم از حیث میزان احتمال ایجاد نتیجه مجرمانه بر یکدیگر منطبق نیستند. جرم مطلق رابطه مستقیم علی با نتیجه‌ای دارد که قانونگذار در صدد پیشگیری از آن است. در حالی که در جرم بازدارنده رابطه علیت مستقیم میان فعل و نتیجه همیشه برقرار نیست. برای مثال، ساختن شیبه سکه‌های طلا و نقره رایج کشور که جرمی مطلق و مستقل است شروع به جرم «خرید و فروش» یا «ترویج» سکه قلب (ماده ۵۱۸ ق.م.ا. تعزیرات) محسوب می‌شود، ولی حمل اسلحه (ماده ۶ قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز مصوب ۷ شهریور ۱۳۹۰) فقط ممکن است موقعیتی زیان‌آور و خطرناک علیه دیگری تلقی گردد و هرگز علت حتمی جرم نیست. بر این تفکیک اثر مهمی مترتب است؛ هنگامی که جرم مطلق به نتیجه مشخص منتهی شود، اثری بر موقعیت کیفری بزهکار نمی‌بخشد. زیرا، بزهکار فقط به یک اتهام یعنی به همان عنوان جرم مطلق تعقیب می‌شود. در حالی که اگر چنانچه فاعل جرم بازدارنده در نتیجه رفتار خطرناک خود زیانی به دیگری وارد آورد به اتهام جرایم متعدّد به مجازات می‌رسد.

اما این دو دسته از جرایم از حیث زمان شروع به جرم تفاوت دیگری نیز با هم دارند. در جرم بازدارنده که به ظاهر زیانی فوری از اقدامات مرتکب حاصل نمی‌شود، مانند ساختن کلید برای ارتکاب جرم (ماده ۶۶۴ ق.م.ا. تعزیرات) شروع به جرم به همان مقدار اعمال اجرایی مثل اشتغال به ساخت کلید تحقق پیدا می‌کند. درواقع، جرایم بازدارنده برای ارتکاب جرایم دیگر در حکم اعمال مقدماتی تلقی می‌شوند که شروع به جرم آن‌ها نیز متصور است. ولی در جرم

1. Délit obstacle

مطلق مانند تهدید (ماده ۶۶۹ ق.م.ا. تعزیرات)، تجزیه فرایند آغاز و انجام این جرم کمی دشوار می‌نماید. از این رو، شاید نتوان برای این قبیل جرایم شروعی تصور کرد و دقیقاً تعیین نمود مرتکب از چه زمانی ممکن است از اقدام خود منصرف گردد و یا چگونه به واسطه تأثیر عوامل خارجی، جرم مذکور واقع نمی‌شود. با این همه، زمان وقوع در همه جرایم مطلق به یک میزان نیست و شیوه ارتکاب در شکل‌گیری فرایند جرم مؤثر است. برای مثال، در ارتکاب جرم رشاء (ماده ۵۹۲ ق.م.ا. تعزیرات) که جرمی است مطلق، افعال مادی آن عبارت است از دادن وجه یا سند پرداخت یا تسلیم مال به طور مستقیم یا غیرمستقیم. حال اگر راشی قصد داشته باشد پولی را برای انجام دادن امری که از وظایف کارمند دولت است در کشوری میز او بگذارد و در این اثنا دستگیر شود، شروع به جرم رشاء تحقق یافته است. بدیهی است که اگر خود او از انجام دادن جرم انصراف حاصل کند، این مقدار عمل مجازاتی ندارد.

۳. مجازات شروع به جرم، جرم محال و جرم عقیم

○ مجازات شروع به جرم

قانونگذار در سال‌های پس از انقلاب هیچ‌گاه سیاست واحدی در قبال مجازات شروع به جرم برگزیده و همواره این سیاست با فراز و نشیب رو به رو بوده است. این ناهمگونی که هنوز هم در مقررات جاری بازتاب دارد ناشی از تغییر مواضع قانونگذار در طول این سال‌ها است. زمانی شورای نگهبان در خصوص شروع به جرم معتقد بود: «شروع به کلاهبرداری که در تبصره ۲ ماده ۱ مذکور است در صورتی که نفس عمل جرم و تحت یکی از عناوین محرمه شرعی واقع نباشد شرعاً تعزیر ندارد»^۱. این تبصره سرانجام پس از تصویب نهایی به این

۱. تبصره ۲ ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۲۸ شهریور ۱۳۶۴ که در تاریخ ۱۵ آذر ۱۳۶۷ به تأیید و تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام اسلامی رسید.

شرح اعلام گردید: مجازات شروع به کلاهبرداری حسب مورد حداقل مجازات مقرر در همان مورد خواهد بود و در صورتی که نفس عمل انجام شده نیز جرم باشد، شروع کننده به مجازات آن جرم نیز محکوم می‌شود. در این ماده قانونگذار مجازات شروع به کلاهبرداری را حسب مورد حداقل مجازات مقرر در همان مورد پیش‌بینی کرده است، حال اگر نفس عمل انجام شده نیز جرم باشد، شروع کننده به مجازات آن جرم هم محکوم می‌شود. فرض کنیم کلاهبرداری با جعل عنوان در سند (توسل و وسایل تقلبی) قصد دارد از این راه مال دیگری را ببرد، لیکن جرم منظور به عللی خارج از میل و اراده او واقع نمی‌شود. در این حال، کلاهبردار افزون بر مجازات شروع به جرم کلاهبرداری به مجازات جرم جعل و استفاده از سند مجعول نیز محکوم می‌شود. همچنین است در مورد شروع به ارتشاء (تبصره ۳ ماده ۳ همان قانون) و شروع به اختلاس (ماده ۶ همان قانون). به این ترتیب، شروع به جرم در این قبیل جرایم ممکن است مشمول عناوین متعدد جرم قرار گیرد که قاعدتاً مرتکب به مجازات اشد محکوم می‌شود. زیرا حکم به دو مجازات برای رفتار واحد خلاف اصل و خلاف عدالت است. رویکرد دیگری که قانونگذار در وضع مجازات شروع به جرم اختیار کرده تعیین مجازات برای شروع به جرم بعضی جرایم خاص است. مثل شروع به جرم قتل (ماده ۶۱۳ ق.م.ا، تعزیرات)، شروع به جرم سرقت (موضوع مواد ۶۵۱ تا ۶۵۴ همان قانون) و شروع به جرم در جرایم موضوع قوانین خاص نظیر شروع به جرم کلاهبرداری کامپیوتری (تبصره ماده ۶۷ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۷ دی ۱۳۸۲)، شروع به جرم جعل کامپیوتری (تبصره ماده ۶۸ همان قانون) و موارد دیگر. درواقع، قانونگذار در این سال‌ها اصل را بر این گذاشته است که شروع به جرم، هم‌چنانکه در رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور منعکس است (رأی وحدت رویه ۶۳۵-۱۳۷۸/۴/۸)، «در صورتی جرم و قابل مجازات است که در قانون پیش‌بینی و به آن اشاره شده باشد... مگر آنکه عمل انجام شده جرم باشد که در این صورت منحصرأ به مجازات همان عمل محکوم خواهد شد.»

این تشویش و تردید با وضع ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی به پایان رسید و سرانجام قانونگذار پذیرفت که بی‌کیفر ماندن افعال کسانی که به قصد ارتکاب جرم شروع به اجرای آن کرده‌اند، لیکن بر اثر عوامل خارجی در اخذ نتیجه ناکام مانده‌اند، پاداش مناسبی است تا آن‌ها را بار دیگر به تکرار این رفتار ترغیب نکند. از این رو، افعال مذکور را که همیشه و در همه احوال جرم به شمار نمی‌آید به وصف مجرمانه شروع به جرم متصف نمود و به حکم ماده ۱۲۲ اصل را بر جرم بودن شروع به جرم نهاد.

در بندهای سه‌گانه ذیل ماده مذکور حسب شلث مجازات جرمی که به واسطه عامل خارج از اراده فاعل واقع نشده و در میانه راه به دستگیری مرتکب انجامیده مجازات‌هایی از نوع تعزیری پیش‌بینی شده است. عموماً فرض بر این است که کسی که در حین ارتکاب جرم یا مانعی رو به رو شده و نتوانسته به مقاصد خود برسد اختلال کمتری در روابط اجتماعی ایجاد کرده و در نتیجه مستحق مجازات ملایم‌تری است. لیکن از این حیث که فاعل ناسازگاری خود را با ارتکاب جرم آشکار کرده است جامعه باید درباره میزان هراسناکی او چاره اندیشی کند. از این رو، شاید نتوان میان مرتکب جرم ناقص و جرم تام به لحاظ سیاست‌های پیشگیرنده تمایزی قائل شد. با این همه، جرمی که در آستانه وقوع متوقف مانده و قربانی احتمالی از خطر بزه‌دیدگی رهایی یافته نگرانی کمتری از جرمی که تام و تمام به وقوع پیوسته و قربانی واقعی گرفته است بر می‌انگیزد. قانونگذار نیز از این دیدگاه پیروی کرده و راه ملایمت را پیش گرفته است، ولی به دو شیوه متفاوت؛ در ماده ۱۲۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح (مصوب ۹ دی ۱۳۸۲) قانونگذار شروع به جرم را فقط در حیطه تعزیرات برای بعضی از جرایم موضوع این قانون به رسمیت شناخته و حداقل مجازات را برای شروع به جرم این دسته از جرایم مقرر نموده است. به عبارت دیگر، شروع به جرم فقط در مورد جرایم موضوع مواد این قانون، مجازات دارد. ولی در تبصره ۱ این ماده اعلام کرده است: «در صورتی که عملیات و اقداماتی که شروع به اجرای آن کرده

خود مستقلاً جرم باشد، مرتکب به مجازات همان جرم محکوم می‌گردد. مقصود قانونگذار در این تبصره این است که در سایر جرایم موضوع این قانون، شروع به جرم، مجازات ندارد، مگر آنکه اقداماتی که مرتکب شروع به اجرای آن کرده به تنهایی جرم باشد. مصداق حکم این تبصره منتهی است که در لباس نظامی با استفاده از کارت شناسایی مجعول قصد داشته است از موقعیت خود برای مقاصد غیرقانونی استفاده کند (ماده ۱۲۶ قانون مذکور)، ولی در اجرای نقشه خود ناکام مانده است. این متهم برخلاف اصول، نه به عنوان شروع به استفاده غیرقانونی از مقام و موقعیت خود، بلکه به عنوان استفاده از مدرک جعلی تعقیب و مجازات خواهد شد. این تبصره بر این امر دلالت دارد که شروع به جرم در مواردی اگر نفس عمل جرم و تحت یکی از عنوان‌های مجرمانه نباشد، خود مستقلاً مجازات ندارد.

اما مجازات شروع به جرم بر طبق ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ثابت نیست، بلکه بین حدّاقل و حدّاکثر در نوسان است و ظاهراً ارتباطی با مجازات جرم تام که مقصود مرتکب بوده است ندارد. به این شرح:

حبس تعزیری بیش از ۵ تا ۱۰ سال در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات، حبس دائم یا حبس تعزیری درجه یک تا سه است.

حبس تعزیری بیش از ۲ تا ۵ سال در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها قطع عضو یا حبس تعزیری درجه چهار است.

حبس تعزیری بیش از ۶ ماه تا ۲ سال یا جزای نقدی بیش از بیست میلیون تا هشتاد میلیون ریال یا شلاق از سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه و تا نود و نه ضربه در جرایم منافی عفت در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها شلاق حدی یا حبس تعزیری درجه پنج است.

○ مجازات جرم محال و جرم عقیم

هم‌چنانکه پیشتر توضیح دادیم قانونگذار بر این عقیده است که در برابر رفتار

خطرناکی که از فاعل جرم محال سرزده واکنش مؤثر ضروری است، هر چند که به دلیل انتفاء موضوع و یا ناکارایی ابزار و وسیله جرم، تحقق جرم، محال و منتع بوده است. پیش‌بینی مجازات در تبصره ماده ۱۲۲ مؤید این موضوع است. قانونگذار اراده ارتکاب جرم را که در رفتار مرتکب بازتاب یافته با تعبیر اقدام انجام شده در حکم شروع به جرم است، قابل مجازات دانسته است. طبعاً اگر فاعل به اختیار خود از انجام دادن این اقدامات منصرف می‌شد اتهامی متوجه او نمی‌بود.

اما قانونگذار در مورد جرم عقیم صراحتاً تعیین تکلیف نکرده است و تعیین مجازات به استناد ماده ۱۲۲ که ناظر به شروع به جرم است و همچنین تبصره این ماده که مربوط به جرم محال است محل اشکال است. زیرا در فرض کسی که به علت عدم مهارت و دقت لازم در تیراندازی نمی‌تواند به هدف خود یعنی کشتن دیگری برسد این نامرادی «به واسطه عامل خارج از اراده او» حاصل نشده، بلکه معلول عدم مهارت خود او بوده است.

تبصره ذیل این ماده نیز با این عبارت: «... لکن به جهات مادی که مرتکب از آن بی‌اطلاع بوده و وقوع جرم غیرممکن باشد...» حکم جرم محال را بیان کرده است. به استناد این تبصره هم نمی‌توان تیرانداز تازه‌کار در مثال پیشین را محکوم کرد. زیرا، در این جا نیز جهات مادی نیست که در تحقق نیافتن جرم مؤثر بوده، بلکه بی‌تجربگی مرتکب عامل اصلی بی‌نتیجه ماندن تلاش‌های او بوده است. از این رو، با توجه به لزوم قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و امتناع از تفسیر موسع قوانین کیفری در وضع کنونی مقررات کیفری حکم خاصی برای جرایم عقیم نمی‌توان یافت.

گفتار سوم: عنصر روانی^۱

برای تحقق جرم، نقض اوامر و نواهی قانونگذار به تنهایی کافی نیست. فعل یا ترک فعل مجرمانه باید نتیجه خواست و اراده فاعل باشد، به سخن دیگر، میان فعل مادی و حالات روانی فاعل باید نسبتی موجود باشد تا بتوان مرتکب را مقصر شناخت. ارتکاب جرم یا تظاهر نیت سوء و یا خطای مجرم است، مشروط بر اینکه فاعل چنین فعلی را بخواهد یا دست کم وقوع آن را احتمال دهد و به نقض اوامر و نواهی قانونگذار آگاه باشد. در این صورت می‌گوییم فاعل یا در ارتکاب فعل عمد^۲ داشته و یا خطا^۳ کرده است. آنچه تقصیر در معنی عام نامیده می‌شود یا بر پایه عمد و یا مبتنی بر خطا است. عمد عنصر روانی آن دسته از جرایمی است که اصطلاحاً جرایم عمدی^۴ نام دارد و خطای جزایی عنصر روانی جرایم خطایی^۵.

خواستن یکی از مؤلفه‌های عنصر روانی و مبنای تقصیر است که اراده ارتکاب نیز گفته می‌شود. با زوال اراده پیامد جرم اعم از عمدی یا خطائی هیچ‌گاه به حساب فاعل گذاشته نمی‌شود. با این همه، تأثیر اراده در ارتکاب جرم همواره به یک نسبت و به یک وسعت نیست. اگر اراده فاعل بر ارتکاب رفتار مجرمانه قرار گیرد و خواستار نتیجه آن شود، یا به بیان دیگر هرگاه فاعل قصد رفتار و قصد حصول نتیجه آن را داشته باشد عامد محسوب می‌شود. وگرنه، اگر فاعل قصد فعل داشته باشد، بدون آنکه نتیجه مجرمانه‌ای که از آن حاصل می‌شود طلب کند و ترتب این نتیجه بر فعل ارتكابی محتمل و قابل پیش‌بینی باشد، لیکن فاعل از ارتکاب فعل نپرهیزد خاطی است.

1. Élément moral
2. Intention
3. Faute
4. Délits intentionnels
5. Délits non intentionnels

گاه نیز فاعل در فعل خویش عمد دارد، ولی در نتیجه آن خطاکار است که در این حال مرتکب جرم شبه عمد^۱ شده است.

برخلاف قصد، انگیزه^۲ یا محرک جرم در ماهیت جرم و نیز شدت و ضعف مجازات بی‌تأثیر است. انگیزه هدف غایی فعل و برحسب حالات نفسانی بزهکاران مختلف است. پس، عنصر روانی جرم عمدتاً به عمد و تقصیر کیفری به شرح مباحث آتی خلاصه می‌شود.

الف) عمد

عمد در لغت به قصد کاری را انجام دادن آمده است.^۳ بنابراین، افعال عمدی تجلی قصد یا نیت انسان در جهتی است که فاعل مرید بوده است.

از دید قانونگذار کیفری، افعال عمدی انسان همه به یک میزان ارزش ندارند، بلکه توجه قانونگذار به آن دسته از افعال عمدی معطوف است که توأم با سوء نیت یا قصد مجرمانه (قصد نقض قانون کیفری) باشد. به عبارت دیگر، وقتی سخن از جرایم عمدی به میان می‌آید، مقصود جرایمی است توأم با اراده که به وصف مجرمانه مقید است و نه هر اراده‌ای به طور مطلق.

قانونگذار قصد (مجرمانه) را تعریف نکرده است. در مواردی برای تفهیم این خصوصیت نفسانی یا عیناً به همین لفظ ارجاع داده است، مانند قصد تقلب (ماده ۵۱۹ ق.م.ا، تعزیرات)، قصد ایراد جنایت (بندهای ماده ۲۹۰ ق.م.ا)، یا از کلمات معادل سود جسته است، مانند با سوءنیت (ماده ۱۱۳ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح) و یا قیودی به کار برده است که دلالت بر چنین قصدی می‌کند، مانند عامداً (ماده ۵۵۱ ق.م.ا، تعزیرات)، عمداً (ماده ۶۷۵ ق.م.ا، تعزیرات) به عمد (ماده ۶۷۹ ق.م.ا، تعزیرات) و نظایر آن.

1. Délit præterintentionnel
2. Mobile

۳. محمد معین، فرهنگ فارسی، عمد.

اما قصد به معنی لغوی همان کوشش و کشش اراده برای رسیدن به هدف معلوم است. این هدف همان مخالفت با دستور قانونگذار است که به سوء نیت تعبیر شده است. حقوقدان نامدار فرانسوی امیل گرسون تعریفی از این سوء نیت (قصد مجرمانه) به دست داده است که هنوز هم معتبر است. بنا به این تعریف قصد مجرمانه عبارت است از: «اراده فاعل به ارتکاب جرم همان گونه که قانون تعیین کرده است» و یا «آگاهی بزهکار به نقض ممنوعیت‌های قانونی»^۱ به سخن دیگر، قصد مجرمانه به این معنی است که فاعل بداند فعلی را که مرتکب می‌شود به نتیجه‌ای مخالف اوامر و نواهی قانونگذار منتهی می‌شود.^۲ آقای دکتر محمد باهری قصد سوء را «یقین بر حصول نتیجه مجرمانه»^۳ تعریف کرده است که مجمل تعریف پیشین است.

در تعریف امیل گرسون به دو عنصر آگاهی و اراده اشاره شده است که برای فهم هر یک ناگزیر از توضیح بیشتر در این باره هستیم. با شناختی که از مفهوم آگاهی و اراده به دست می‌آید، می‌توانیم به شروط تحقق عمد پی ببریم. سپس به تمایز مفهوم عمد از انگیزه و تأثیر آن در حقوق کیفری خواهیم پرداخت و در ادامه این بخش درجات سوءنیت را به اعتبار میزان توجه فاعل به نتیجه عمل خود بررسی خواهیم کرد.

۱. آگاهی

منظور از آگاهی در این مبحث، معرفت فاعل به ماهیت و پیامدهای رفتاری است که از نظر قانونگذار ممنوع است. به عبارت دیگر، فرض را باید بر این گذاشت که فاعل توان درک درست رفتار مجرمانه را داشته و خواسته است دقیقاً رفتاری مرتکب شود که قانونگذار آن را منع کرده است. در یک کلام، فاعل نه

۱. Garçon (E.), Code pénal annoté, art. 1^{er}, n° 77.

۲. برای مطالعه بیشتر بنگرید به: منصور میرسعیدی، مسؤولیت کیفری، ج ۱، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳.

۳. محمد باهری، حقوق جزای عمومی، ص ۲۰۷.

ناتوان از درک موضوع بوده است و نه عاجز از درک اجزاء عنصر مادی جرم. یادآوری این نکته در این جا ضروری است که مقصود از این آگاهی علم به قانون نیست. توضیح اینکه معرفت فاعل به احکام قانونگذار در اغلب نظام‌های کیفری فرضی قانونی است. یعنی فرض بر این است که عموم شهروندان در هر مرتبه از علم و هوشمندی از احکام قانونی اطلاع دارند و به قدر وسع در احکام قانونگذار تفحص کرده‌اند. بنابراین، هیچ کس نمی‌تواند با توسل به جهل خود نسبت به قانون از خود رفع تقصیر کند و چنین ادعایی نیز در دادگاه از او پذیرفته نیست. به این دلیل و با اینکه عدالت اقتضا می‌کند که اگر کسی مرتکب رفتاری شد که از حکم آن مطلع نبود مقصر شناخته نشود، نباید آگاهی به نامشروع بودن عمل را از عناصر قصد مجرمانه به شمار آورد. علم به احکام قانونگذار در مواردی استثنائاً از فاعل رفع تکلیف می‌کند و در قبول مسؤولیت کیفری فاعل شبهه ایجاد می‌نماید که در مبحث مسؤولیت کیفری به آن خواهیم پرداخت.

اما در تحقق قصد مجرمانه مقصود از آگاهی فاعل نسبت به افعال یا ترک افعال مجرمانه این نیست که فاعل قوانین کیفری را هشیارانه الگوی رفتار خود قرار دهد و دقیقاً به همان صورتی که قانونگذار توصیف کرده است قصد خود را ابراز کند تا مقصر شناخته شود. برای آنکه قصد سوء محقق شود کافی است فعل مادی به نحوی که فاعل درک کرده با فعلی که قانونگذار جوهر مجرّم آن را تعیین نموده است منطبق باشد. یعنی بداند که این رفتار، سرزنش‌آمیز است. برای مثال، قانونگذار سرقت را ربودن مال متعلق به غیر تعریف کرده است (ماده ۲۶۷ ق.م.ا). بنابراین، کافی است که شخص بداند مالی را که متصرف شده متعلق به او نیست و مالک اذن تصاحب به او نداده است و یا در جرم جعل (ماده ۵۲۳ ق.م.ا، تعزیرات)، همین که جاعل بداند در عمل ارتكابی حقیقت را تحریف می‌کند و این تحریف موجب زیان مادی یا معنوی شخص و یا جامعه می‌شود تقصیر او ثابت است. همچنین، در جرم زنا (ماده ۲۲۱ ق.م.ا) معرفت زانی به حرمت جماع با زنی که بر او حلال نیست کفایت می‌کند تا قصد مجرمانه او به اثبات برسد. در

جرم افترا (ماده ۶۹۷ ق.م.ا، تعزیرات) نیز کافی است مقتری به دروغ و بی اساس بودن آنچه می نویسد یا می گوید واقف باشد و با این همه، اقدام به نسبت دادن آن کرده باشد تا عاقد شناخته شود. در واقع، فاعل به این دلیل مقصر شناخته می شود که می داند دقیقاً آنچه قانونگذار منع کرده است انجام می دهد.

حقوقدانان آلمانی در بیان این وجه تصمیم مجرمانه اصطلاح تصویر فعل^۱ در ذهن فاعل را به کار می برند، چندانکه میان تصویر قانونی و تصویر روانی که در ذهن مرتکب منعکس شده است باید همانندی و تطابق به وجود آید تا فاعل ناقض قانون شناخته شود. هنگامی که قانونگذار در بیان ویژگی های این و یا آن جرم شرط می کند که فاعل عالماً (ماده ۵۱۸ ق.م.ا، تعزیرات) و یا با علم (ماده ۵۲۷ ق.م.ا، تعزیرات) مرتکب جرم شود به این خصوصیت روانی نظر دارد.

۲. اراده

علم و آگاهی فاعل به تحریم های قانونی و نیز کیفیت و ماهیت و اوصاف رفتار اگر چنانچه با اراده ارتکاب توأم نباشد به تنهایی بی تأثیر است. عمد متضمن این است که با وجود آگاهی، فاعل عزم کاری کند که دقیقاً قانونگذار ارتکاب آن را جایز ندانسته است.

اراده ارتکاب همان خواستن فعل یا ترک فعل است. بنابراین، اگر فاعل بداند مثلاً مالی را که تحصیل کرده و یا به او داده شده از راه سرقت به دست آمده است و با وجود این قبول کند، یعنی میل و اراده او دقیقاً بر فعلی قرار گیرد که قانوناً جایز نیست (ماده ۶۶۲ ق.م.ا، تعزیرات) عاقد محسوب می شود.

در عرف حقوقی گاه اراده را مرادف عمد به کار می برند که منظور همان عمد در فعل به معنی خواستن فعل است. و چون هر جرم علی الاصول تا اراده نباشد واقع نمی شود، بنابراین، اراده در تمام جرایم اعم از عمدی یا غیرعمدی و حتی

1. Tatbildsmerkmale

در جرایم خلافی وجود دارد.

در تعبیر حقوق کیفری هنگامی که از رفتار ارادی سخن به میان می آید منظور همان رفتار اختیاری است. یعنی فاعل با آگاهی تام، قدرت بر انتخاب از چند راه ممکن و مقدور را داشته باشد. بنابراین، اگر فاعل در وضعیتی باشد که به آنچه می کند آگاه نباشد مانند شخص خواب که در اثر حرکت صدمه ای به دیگری وارد می کند و یا با وجود آگاهی، کسی او را به انجام دادن یا ترک کاری وادار می کند، در هر دو وضعیت رفتار او غیراختیاری است. همچنین، در وضعیتی که به علل فحری رفتار مجرمانه به طور کلی از مرتکب منقطع می گردد، مانند کسی که بر اثر طوفان و یا زلزله از جای بلندی پرت شود و به دیگری بخورد و صدمه ای به او وارد کند (ماده ۵۰۲ ق.م.ا) چنین رفتاری نیز به مرتکب متنب نیست. زیرا، فاعل اراده ای بر وقوع فعل نداشته است.

اراده آزاد در حقوق کیفری فرضی ضروری بیش نیست، بدون آنکه از نظر علمی (تجربی) بتوان دلیلی بر وجود و یا نبود آن ارائه کرد. در این باره که انسان در رفتار خود از اراده تام برخوردار است و یا هیچ گونه اراده و اختیاری در رفتار خود ندارد بین مکتب های علمی و حتی بین عالمان دینی اختلاف است.

چنانکه پیشتر گفته شد، در نیمه دوم سده نوزدهم مکتب اثباتی حقوق کیفری به نظریه جبر علمی گروید و آراء جدیدی ابراز کرد که محور آن نفی اختیار و تصمیم انسان بود. با این همه، به دلیل علم گرایی مفرط این مکتب و علی رغم رونقی که نظریات پیشگامان آن، لومبروزو، فری و گاروفالو در آن دوران پیدا کرد، اصول این مکتب پذیرفته نشد و حقوق کیفری هم چنان متکی بر فرضیه اراده آزاد باقی ماند.

در میان مذاهب اسلامی نیز گروهی معتقدند که هر آنچه انسان انجام می دهد مستند به مشیت الهی است. گروه دیگر به عکس معتقدند که خداوند هیچ گونه رأی و نظری درباره افعال انسان ندارد و هر آنچه انسان انجام می دهد حقیقتاً به خود او مستند است. شیعه امامیه در این میان نظریه امر بین الامرین را پذیرفته

است. به این اعتقاد که خداوند در وجود انسان نیرویی به ودیعه نهاده که او را هم به انجام دادن فعل و هم به ترک آن توانا ساخته است. بنابراین، افعال ارادی انسان را از این جهت که به اختیار صادر می‌شود می‌توان به خود انسان و از این جهت که قدرت و نیروی تصمیم‌گیری در او آفریده شده به آفریدگار نسبت داد. به هر حال، فرض اراده آزاد در میان مکتب‌های پس از مکتب اثباتی بار دیگر اعتبار خود را بازیافت، چنانکه در نظریات مکتب دفاع اجتماعی جدید، اراده آزاد که بدون آن مسئولیت کیفری معنی پیدا نمی‌کند مبنای سیاست بازاجتماعی شدن بزهکاران محسوب می‌شود.

۳. شروط تحقق عمد

با قبول اراده آزاد نزد انسان اکنون باید دید در چه وضع یا موقعیتی اراده ارتکاب (خواستن فعل یا ترک آن) شرط تحقق عمد به شمار می‌رود. جرم را در صورتی می‌توان عمد دانست که اراده ارتکاب با قصد مجرمانه معاون باشد. بنابراین، هرگاه اراده ارتکاب بر قصد مجرمانه پیشی بگیرد، جرم واقعیت نمی‌یابد. برای مثال، اگر کسی به وجهی بر مال دیگری بدون اذن مالک استیلا پیدا کند، مانند کسی که مال دیگری را در گوشه‌ای پنهان بیابد، سپس قصد کند که مال را متصرف شود، جرم سرقت واقع نشده است. همچنین، اگر اراده ارتکاب بلافاصله پس از قصد مجرمانه واقعیت پیدا نکند، باز هم جرم عمدی تحقق نیافته است. فرض کنیم کسی مصمم باشد که یکی از خویشاوندان خود را برای تصاحب میراث او به قتل برساند. اتفاقاً در اثنای شکار به علت بی احتیاطی تیری شلیک کند و او را از پا درآورد. فعل مرتکب را نمی‌توان قتل عمد به شمار آورد، هر چند که ثابت شود مرتکب از دیرزمان منتظر فرصت بوده است تا نیت سوء خود را جامه عمل بپوشاند.

افزون بر آن، اراده ارتکاب باید با قصد مجرمانه مطابق باشد. اثبات مطابقت این دو با مرجع قضایی است. در واقع، دادگاه باید یقین حاصل کند که فاعل

جرم به نقض این و یا آن حکم قانونگذار مصمم بوده است. به عبارت دیگر، میل و اراده فاعل بر این مستقر بوده است که فلان نتیجه خاص مجرمانه را از رفتار خود اخذ کند. گاه این وظیفه با توسل به فرض قانونی از دوش مرجع قضایی برداشته می‌شود. برای مثال، به موجب بند «ب» ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی، یکی از مواردی که جنایت، عمد محسوب می‌شود موردی است که مرتکب: «عمداً کاری را انجام دهد که نوعاً موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن، می‌گردد، هر چند قصد ارتکاب آن جنایت و نظیر آن را نداشته باشد ولی آگاه و متوجه بوده که آن کار نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می‌شود.» قانونگذار در این ماده، انجام دادن کاری را که نوعاً موجب جنایت است اماره عمد تلقی و فرض کرده است که اراده ارتکاب یا التفات به ترتب جنایت بر آن، از قصد جنایت منفک نیست.

همچنین، به موجب ماده ۳ قانون صدور چک (مصوب ۱۶ تیر ۵۵ با اصلاحات و الحاقات بعدی): «صادرکننده چک باید در تاریخ مندرج در آن معادل مبلغ مذکور در بانک محال علیه وجه نقد داشته باشد و نباید تمام یا قسمتی از وجهی را که به اعتبار آن چک صادر کرده به صورتی از بانک خارج نماید یا دستور عدم پرداخت وجه چک را بدهد و نیز نباید چک را به صورتی تنظیم نماید که بانک به عللی از قبیل عدم مطابقت امضاء یا قلم خوردگی در متن چک یا اختلاف در مندرجات چک و امثال آن از پرداخت وجه چک خودداری نماید.» اگر صادرکننده چک مرتکب یکی از افعال مندرج در ماده مذکور شود، فعل او توأم با سوءنیت یعنی قصد وارد آوردن ضرر به دیگری فرض می‌شود. بنابراین، بار دیگر لزومی به احراز یا اثبات سوءنیت مرتکب نیست و تنها پرداخت نشدن چک برای احراز آن کافی است. در این گونه موارد صادرکننده چک فقط می‌تواند برای مصون ماندن از تعقیب کیفری با پرداخت وجه چک یا تودیع آن، حسن نیت خود را به اثبات برساند.

در تحقق بزه ترک اتفاق (ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱ اسفند

(۱۳۹۱) نیز در صورتی که استطاعت مالی مرد ثابت شود، صرف نپرداختن نفقه زوجه به هر دلیلی، فعل عمدی به شمار می‌رود، مگر آنکه زوج با تأدیه نفقه زوجه، حسن نیت خود را ابراز کند.

در موارد دیگر که قانونگذار اماراتی برای احراز قصد مجرمانه مقرر نداشته است، دادرس با توجه به اوضاع و احوال باید معلوم بدارد که آیا فاعل در رسیدن به نتیجه مجرمانه عاقد بوده است یا نه؟

چنانکه گفته شد، عمد متضمن میل و تصمیم فاعل در رسیدن به نتیجه مجرمانه است. گاه نتیجه‌ای که مرتکب خواهان آن است در فعل او مستتر است. در این حال، دادرس می‌تواند به قدری که برای او ایجاد یقین کند، قصد مجرمانه را از رفتار مرتکب استنتاج نماید. برای مثال، در جرم توهین به افراد و فحاشی (ماده ۶۰۸ ق.م.ا، تعزیرات) حاجت به اثبات سوءنیت فاعل نیست. زیرا، نوع و ماهیت الفاظ و افعال توهین‌آمیز کاشف از وجود سوءنیت فاعل است و ممکن نیست با قبول موهن بودن عمل استنادی به حسن نیت مرتکب نظر داد.

همچنین، اگر کسی به عuf یا تهدید وارد منزل یا مسکن دیگری شود (ماده ۶۹۴ ق.م.ا، تعزیرات)، همین به کار بردن زور و وارد شدن برخلاف میل و علی‌رغم اعتراض صاحبخانه به محل سکونت او مبین نیت سوء مرتکب می‌باشد و نیازی به اثبات آن نیست.

مثال دیگر وضعیت زندانی است که از زندان یا بازداشتگاه فرار می‌کند (ماده ۵۴۷ ق.م.ا، تعزیرات). در اثبات این جرم نیز صرف رفتار مادی (فرار) برای احراز سوءنیت فاعل کفایت می‌کند.

ولی گاه رفتار مرتکب ذاتاً بر نیت سوء او دلالت نمی‌کند و معلوم نیست این رفتار به قصد حصول نتیجه مجرمانه ارتکاب یافته و یا نه فاعل از آن نتیجه غافل بوده و به آن توجه نکرده است. برای مثال، در بزه ایجاد حریق (ماده ۶۷۵ ق.م.ا، تعزیرات) فرضاً اگر کسی با کشیدن کبریت موجب آتش‌سوزی شود، فعل او همان قدر که محتمل قصد مجرمانه است بر بی‌احتیاطی فاعل نیز دلالت می‌کند.

بنابراین، تحقق عمد موکول به اثبات سوء نیت مرتکب است. معمولاً، در این قبیل موارد، دادگاه‌ها با سنجیدن اوضاع و احوال و اتکا به قرائنی که با فعل یا ترک فعل توأم بوده است، سوءنیت فاعل را احراز می‌کنند.

۴. عمد و انگیزه

در دیدگاه مکتب اثباتی حقوق کیفری عمد بر خلاف مکتب کلاسیک اراده‌ای مجرد و گسیخته از احساسات باطنی فاعل نیست. به اعتقاد انریکو فری^۱ و دیگر پیشگامان این مکتب عمد اراده‌ای است که تحت تأثیر انگیزه یا داعی بزه‌کار شکل می‌گیرد. بنابراین، دادگاه در هر مورد باید به انگیزه‌های نیک و بد بزه‌کار توجه کند و رفتاری را سزاوار کیفر بداند که از احساسات پلید (آز، کینه، حسادت و ...) مایه می‌گیرد. به نظر این مکتب رفتاری که احساسات پاک انسانی (رحم، بشردوستی، عدالت و...) محرک آن‌ها بوده است هدفی ضد اجتماعی در بر ندارد.

به عکس، در آراء پیروان مکتب کلاسیک، عمد و انگیزه دو مقوله جدا از یکدیگرند. عمد ذاتاً متوجه نتیجه بلافصل فعل مرتکب است. ولی انگیزه هدف غایی و منظور نسبتاً بعید فاعل است. افزون بر آن، عمد که همان اراده رسیدن به نتیجه نامشروع است، همواره در حقوق کیفری یکسان است. در حالی که انگیزه یعنی احساس یا نفعی که فاعل را به ارتکاب جرم سوق داده است، همیشه به یک گونه نیست. ارتکاب قتل، گاه به انگیزه انتقام جویی، زمانی به انگیزه حسادت و گاه به انگیزه مال‌پرستی محرک‌های مختلف دارد. قانونگذار کیفری در کشور ما که همواره بر این تفکیک وفادار بوده است نیز انگیزه ارتکاب جرم را علی‌الاصول در ماهیت رفتار مجرمانه بی‌تأثیر دانسته است. بنابراین، منظور نهایی یا هدف غایی یا انگیزه فاعل در ارتکاب رفتار هر چه باشد، تأثیری در تصمیم و

۱. Ferri (E.), Sociologie criminelle, p. 628 et ss.

نهایتاً تقصیر مرتکب ندارد. دادرس نیز ناگزیر جهات نفسانی و انگیزه‌های باطنی مرتکب را در تعیین میزان سوءنیت کیفری نادیده می‌گیرد و توجه خود را صرفاً به احراز قصد سوء فاعل معطوف می‌دارد.

با این همه، قاعده عدم تأثیر داعی در نفس جرم مطلق نیست. قانونگذار گاه در مواردی انگیزه ارتکاب جرم را جزء عناصر تشکیل دهنده آن قلمداد کرده است. بنابراین، در اثبات جرم صرف داشتن عمد به تنهایی کافی نیست و باید احراز شود که فاعل از ارتکاب جرم قصد خاصی را اراده کرده است. برای مثال به موجب ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی جرم محاربه کشیدن سلاح به قصد جان، مال یا ناموس مردم یا ارباب آن‌ها به نحوی که موجب ناامنی در محیط گردد تعریف شده است. محاربه از جرایم حقوق عمومی است. در همین ماده در نفی خاصه عمومی جرم مذکور آمده است: «هرگاه کسی با انگیزه شخصی به سوی یک یا چند شخص خاص سلاح بکشد و عمل او جنبه عمومی نداشته باشد... محارب محسوب نمی‌شود.» در این ماده قانونگذار فرض را بر این گذاشته است که مرتکب قصد ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم را ندارد، بلکه مثلاً به قصد تهدید و به انگیزه وصول مطالبات خود از بدهکار به روی او سلاح کشیده است.

در جرم نشر اکاذیب نیز قانونگذار علاوه بر علم مرتکب به کذب و نادرست بودن اظهار یا استاد و عمد او در فعل، به انگیزه یا داعی مجرم یعنی اضرار به غیر یا تشویش اذهان عمومی توجه خاص کرده و آن را شرط تحقق جرم دانسته است. در ماده ۶۹۸ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) چنین آمده است: «هرکس به قصد اضرار به غیر یا تشویش اذهان عمومی یا مقامات رسمی به وسیله نامه یا شکواییه یا مراسلات یا عرایض یا گزارش یا توزیع هرگونه اوراق چاپی یا خطی یا امضاء یا بدون امضاء اکاذیبی را اظهار نماید یا با همان مقاصد اعمالی را برخلاف حقیقت رأساً یا به عنوان نقل قول به شخص حقیقی یا حقوقی یا مقامات رسمی تصریحاً یا تلویحاً نسبت دهد اعم از اینکه از طریق مزبور به نحوی از انحاء

ضرر مادی یا معنوی به غیر وارد شود یا نه علاوه بر اعاده حیثیت در صورت امکان، باید به حبس از دو ماه تا دو سال و یا شلاق تا (۷۴) ضربه محکوم شود.» بنابراین، اگر اظهار کذب یا اسناد اعمالی برخلاف واقع مقرون به انگیزه مذکور نباشد در حدود این ماده قابل مجازات نیست.

در مواردی، تأثیر انگیزه در تحقق جرم به میزانی است که شایبه جرم بودن عمل را به طور کلی منتفی می‌سازد. در یکی از آراء دیوان عالی کشور آمده است (حکم شماره ۲۳۰-۳۷/۱/۲۷): «مستتب از قانون منع کشت خشخاش جلوگیری از استعمال مواد افیونی به منظور تکلیف و در حقیقت منع از اعتیاد به آن است و استعمال مواد مزبور به طور مطلق جرم شناخته نشده از این رو کسی که به قصد خودکشی تریاک استعمال کند مجرم محسوب نمی‌شود.»

گاهی قانونگذار به موجب اختیاراتی که برای قاضی شناخته به او اجازه داده است در تعیین مجازات به داعی مجرم در ارتکاب جرم توجه کند. در این صورت قاضی می‌تواند با توجه به علل و جهاتی مانند «انگیزه شرافتمندانه در ارتکاب جرم» (بند پ ماده ۳۸ ق.م.ا.) میزان مجازات را تخفیف دهد. توجه قاضی به انگیزه مجرم در تعیین میزان مجازات منحصر به مورد اخیر نیست. در مواردی که قانونگذار مجازات را بین حداقل و حداکثر تعیین کرده است، انگیزه ارتکاب جرم ممکن است در شدت یا ضعف مجازات و نهایتاً حکم قاضی تأثیر بگذارد. تأثیر انگیزه را بر تصمیم قاضی در مواردی که حکم به تعلیق مجازات صادر می‌کند نیز نمی‌توان انکار کرد. در تمام محکومیت‌های تعزیری درجه سه تا هشت قاضی می‌تواند مجازات را با احراز شروطی از یک تا پنج سال معلق کند (ماده ۴۶ ق.م.ا.) یکی از این شروط، دواعی موخهی است که مجرم را به ارتکاب جرم سوق داده است.

همچنین، قانونگذار با تعبیر عام «اوضاع و احوالی که موجب ارتکاب جرم

۱. احمد متین، مجموعه رویه قضایی، قسمت کیفری، ص ۲۲۶.

گردیده است» (ماده ۴۰ ق.م.ا) به قاضی اجازه داده است در ضمن توجه به وضع عینی رویداد جنایی و میزان تأثیر عوامل گوناگون در ارتکاب جرم برای تحقق اهداف نهاد تعویق صدور حکم مجازات، وضع نفسانی و محرک‌های روانی بزهکار را در نظر بگیرد. تعویق صدور حکم مشروط به احراز دست کم یکی از جهات تخفیف مجازات از جمله وجود انگیزه شرافتمندانه در ارتکاب جرم است.

۵ چگونگی و درجات عمد

توجه فاعل به نتیجه فعل مجرمانه از خصایص عمد به شمار می‌رود. ولی برحسب میزان این توجه و کوشش فاعل به اخذ نتیجه مذکور، سوءنیت فاعل صورت‌های گوناگونی به خود می‌گیرد که در صدق وصف مجرمانه و سرانجام میزان مجازات بی‌تأثیر نیست.

کیفیات عمد را می‌توان به این شرح از یکدیگر باز شناخت:

○ سوءنیت عام^۱ و سوءنیت خاص^۲

داشتن سوءنیت یعنی عزم ارتکاب رفتاری که قانونگذار آن را منع کرده است همیشه به تنهایی کافی نیست. گاه قانونگذار وجود جرم را منوط به داشتن قصد مشخص و صریحی کرده که فاعل برای تحقق آن کوشیده است. برای مثال، در جرم قتل، صرف ایداء و آزار عمدی مجنی‌علیه کفایت نمی‌کند، بلکه فاعل باید در تحصیل نتیجه خلاف قانون یعنی کشتن او نیز عامد باشد تا بتوان فعل ارتكابی را قتل عمد شناخت. در حالی که در جرم ایراد ضرب و جرح وجود سوءنیت عام در فعل زدن کافی است و لازم نیست مرتکب قصد صدمه زدن داشته باشد تا ضارب شناخته شود.

همچنین، در جرم کلاهبرداری، مرتکب افزون بر سوءنیت عام در ارتکاب

1. Dol général
2. Dol spécial

افعال فریبکارانه، باید قصد خاص بردن مال غیر را نیز داشته باشد. وگرنه اگر توسل به وسایل تقلبی فرضاً به قصد به دام انداختن رقیب خود در معاملات موهوم و سپس ورشکسته کردن او باشد، عمل کلاهبرداری نیست.

خطاب قانونگذار به قضات در ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی به این معنی دلالت می‌کند که در آن دسته از جرایمی که نتیجه خاصی در تعریف جرم منظور شده است، افزون بر سوءنیت عام، دادگاه باید حسب قرائن و اوضاع و احوال سوءنیت خاص مرتکب را در وقوع جرم احراز کند. مضمون ماده ۱۴۴ چنین است: «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».

○ سوءنیت معین^۱ و سوءنیت نامعین^۲

سوءنیت خاص چنانکه گفته شد متضمن کشتن و تمایل فاعل به تحصیل نتایج معلوم و معینی برخلاف نیت قانونگذار است، مانند کشتن شخص معین و یا ربودن مال غیر. ولی در بسیاری از موارد، این میل و خواست روشن نیست و با وجودی که مرتکب می‌تواند نتیجه شوم فعل خود را پیش‌بینی کند و باید احتمال وقوع آن را بدهد، صریحاً خواستار چنین نتیجه‌ای نیست. سؤال این است که آیا می‌توان نتیجه مجرمانه را هم‌چنانکه اگر خواسته می‌شد به رفتاری که از مرتکب صادر شده است نسبت داد؟ پاسخ این سؤال را باید در حدود مفاهیم عمد و خطا جست و جو کرد و برای این منظور اوضاع چندی را در نظر گرفت: نخست، وضعی که در آن سوءنیت نامعین است. در این وضع، فاعل در عین حال که خواستار نتیجه‌ای مجرمانه از رفتار خویش است، نمی‌تواند از پیش دقیقاً

1. Dol déterminé
2. Dol indéterminé

کیفیت آن را تصور کند. برای مثال، کسی که به قصد آزدن دیگری عمداً ضربه‌ای به او وارد می‌آورد، بدون آنکه خواهان مرگ او باشد، نسبت به شدت قطعی درد و صدمه بدنی مجنی‌علیه جاهل است. این صدمه ممکن است به صورت احساس دردی گذرا یا کبودی پوست و یا شکستگی استخوان و یا نقص دائمی عضوی از اعضای بدن و نهایتاً سلب حیات مجنی‌علیه نمودار شود. ولی چون فاعل به پیامد سوئی که نوعاً از ضربه عارض می‌شود قطعاً و به تجربه واقف است، به اتهام ایراد ضرب عمدی قابل تعقیب و مجازات است. در عمل، نتیجه‌ای که از ضربه حاصل شده است کاشف از کیفیت سوءنیت فاعل است. به همین دلیل، قانون مجازات اسلامی متناسب با شدت صدماتی که به مجنی‌علیه وارد شده است میزان مجازات را تعیین کرده است.

دوم، وضعی که در آن فاعل به هیچ‌وجه خواستار حصول نتیجه زیانبار و حتی نتیجه‌ای از رفتار خویش نیست. ولی فاعل می‌تواند این نتیجه را پیش‌بینی کند و وقوع آن را احتمال دهد، چنانکه این احتمال به حدی قوی است که فاعل باید از ارتکاب این رفتار امتناع ورزد. مثال وضع راننده‌ای است که با علم به نقص ترمز، با سرعت زیاد در سراسیمه‌ی جاده حرکت می‌کند و سبب واژگونی خودرو و قتل و جرح سرنشینان آن می‌شود. راننده‌ی خاطی هر چند قصد ندارد جان سرنشینان خودرو را به خطر اندازد، ولی فعل او به لحاظ بی‌احتیاطی بخردانه‌ای به عمد شبیه است. این خطا را سوء نیت احتمالی^۱ می‌نامند. سؤال این است که آیا راننده‌ی خاطی به اتهام قتل عمدی محاکمه و مجازات می‌شود و یا اینکه بر اثر بی‌احتیاطی مرتکب قتل و جرح غیرعمدی شده است و باید دیه بپردازد؟ در نظام کیفری کشور ما پاسخ واحدی برای این سؤال فعلاً نمی‌توان یافت.

برای مثال، به موجب ماده ۶۸۹ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)، هرگاه حریق و یا تخریب عمدی عمارت یا بنا و به طور کلی هر محل مسکونی یا معد

1. Dol éventuel (F.) Recklessness (E.)

برای سکنی منتهی به قتل یا نقص عضو یا جراحت و صدمه به انسانی شود، مرتکب علاوه بر مجازات‌های مقرر، به پرداخت دیه و در صورت عمد بودن به قصاص محکوم خواهد شد. در این ماده، در فرضی که مرتکب فقط قصد ایجاد حریق و یا تخریب را داشته است، هر چند می‌تواند و باید احتمال دهد که فعل او ممکن است به چه نتایج ناخواسته‌ای بینجامد، ولی چون قانونگذار او را در تحصیل نتیجه عمد ندانسته، فعل او را قتل یا جرح شبه عمد به شمار آورده و حکم به پرداخت دیه نموده است.

ولی در قانون راجع به مجازات اخلاکگران در صنایع نفت (مصوب ۱۶ مهر ۱۳۳۶) و نیز قانون مجازات اخلاکگران در صنایع (مصوب ۲ اردیبهشت ۱۳۵۳) و قوانین دیگر، قانونگذار عمد احتمالی را در حکم عمد دانسته و برای مرتکب مجازات اعدام پیش‌بینی کرده است. برابر ماده ۴ قانون اخلاکگران در صنایع نفت، هرگاه هر یک از اعمال مذکور در مواد ۲ و ۳ آن قانون موجب هلاک نفس شود، مرتکب محکوم به اعدام خواهد گردید. مواد ۲ و ۳ قانون مذکور راجع به اعمالی است که عمداً و به قصد سوء اخلاکگری ارتکاب می‌یابد و منجر به سوختن یا انهدام یا تعطیلی تمام یا قسمتی از هر یک از ماشین‌ها یا آلات و ادوات مربوط به اکتشاف یا تولید متعلق به صنایع نفت می‌گردد.

در ماده ۷۱۸ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) نیز قانونگذار مجازات رانندگان خاطی را به هنگام وقوع جرم (قتل و صدمات بدنی) اگر ثابت شود وسیله موتوری را با وجود نقص و عیب مکانیکی به کار انداخته‌اند، شدیدتر از موارد دیگر تعیین کرده است. منطق قانونگذار در تشدید مجازات در این جا نیز بر نظریه سوءنیت احتمالی استوار است.

سرانجام، وضعی که در آن نتیجه‌ای که مقصود مرتکب بوده به هیچ وجه با نتیجه‌ای که از فعل او عاید شده است منطبق نیست. به عبارت دیگر، فاعل از فعل خود قصد خاصی اراده می‌کند، ولی نتیجه‌ای که از این فعل حاصل می‌شود از آنچه مقصود فاعل بوده است فراتر می‌رود. برای مثال، فاعل به قصد تأدیب و

یا رنجاندن دیگری ضرباتی به او وارد می‌سازد، ولی این ضربات به فوت مجنی‌علیه منتهی می‌شود. در این جا، هر چند ایراد ضرب با سوء نیت توأم بوده، لیکن عرفاً و عقلاً کشتن نبوده است. این گونه جنایات را جرم ششیه عمد می‌نامند.

در جرایم شبه عمد مانند جرایم توأم با سوءنیت احتمالی، نتیجه آن گونه که تحقق یافته عموماً مطلوب فاعل نیست. ولی در هر دو صورت فاعل در قصد خود خطاکار است. با این تفاوت که در جرایم توأم با سوءنیت احتمالی، نتیجه ممکن هرگز و به هیچ صورتی منظور فاعل نیست، در حالی که در جرایم شبه عمد مرتکب جزئاً خواستار نتیجه از فعل خود است. از این جهت، جرایم شبه عمد به لحاظ قصد با جرایم عمدی مشابهت دارد. ولی چون قصد فاعل در جرایم شبه عمد متوجه نتیجه‌ای است که وخامت آن از آنچه عملاً پدید آمده کمتر است از جرایم عمدی متمایز است. به همین دلیل، قانونگذار مجازات جرایم شبه عمد را کمتر از مجازات جرایم عمد تعیین کرده است. در واقع، جرایم شبه عمد و جرایم توأم با سوءنیت احتمالی در مرز میان عمد و تقصیر کیفری محصورند.

ب) تقصیر کیفری^۱

عدالت نه تنها اقتضاء می‌کند که تقصیر و مسؤولیت کیفری متوجه کسی باشد که با وجود علم به نتیجه مجرمانه رفتار خود آن را مرتکب می‌شود، بلکه اگر ترتب نتیجه مذکور را بر فعل یا ترک آن محتمل دانست و از ارتکاب فعل خودداری نکرد و یا در مواردی غافل بود مقصر شناخته شود. زیرا، قانونگذار آدمی را در همه احوال مکلف به حزم و دوراندیشی در رفتار خود کرده است و

1. Délit präterintentionnel
2. Faute pénale

اگر چنانچه انسان در رفتار خود جانب احتیاط را نگه ندارد و بر اثر آن نتیجه وخیمی به وقوع پیوندد مقصر است.

تقصیر یا خطای کیفری عنصر روانی جرایمی است که اصطلاحاً غیرعمدی^۱ نامیده می‌شوند و به موجب تبصره ماده ۱۴۵ قانون مجازات اسلامی: «...اعم از بی احتیاطی و بی مبالائی است». چه، در تمام موارد مذکور، فاعل در تحصیل نتیجه رفتار ارتكابی به هیچ وجه عاقد نیست. ولی ترتب نتیجه بر این رفتار به حدی محتمل است که انجام دادن فعل یا در مواردی ترک آن لازم است. برای مثال، وضع راننده اتومبیلی که بر اثر بی توجهی به خط عابر پیاده، رهگذر را سرنگون و به هلاکت می‌رساند و یا کارگر صنعت نفت که بر اثر اهمال، مواد آتشزا یا منفجره را از نزدیک دستگاه‌های تصفیه یا مخازن نفت بر نمی‌دارد و در نتیجه آتش‌سوزی موجب هلاک نفس می‌شود. در هر دو مثال، تقصیر چه به صورت بی احتیاطی^۲ و چه به صورت بی مبالائی^۳ علت مستقیم نتیجه مجرمانه است.

قانونگذار تقصیر را تعریف نکرده و تنها به ذکر موارد و مصادیق آن بسنده کرده است. در موادی از قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) از «بی احتیاطی یا بی مبالائی یا عدم رعایت نظامات دولتی یا عدم مهارت و ائنه» سخن به میان آورده است (ماده ۷۱۴). در ماده ۶۱۶ همین قانون به طور کلی قتل غیرعمد را قتل دانسته است که «به واسطه بی احتیاطی یا بی مبالائی یا اقدام به امری که مرتکب در آن مهارت نداشته است یا به سبب عدم رعایت نظامات واقع شود».

مصادق دیگری از تقصیر کیفری «مسامحه و اهمال» مأمورانی است که موظف به حفظ یا ملازمت یا مراقبت متهم یا فرد زندانی بوده‌اند و در نتیجه آن،

۱. اطلاق غیر عمدی به جرایمی که از بی احتیاطی یا غفلت و بی توجهی مایه می‌گیرد درست نیست. زیرا، در این قبیل جرایم آنچه از نظر فاعل مفعول مانده نتیجه فعل است. ولی در اینکه در فعل خود عاقد بوده است تردید نیست. بنابراین، عمد به معنی خواستن در همه جرایم جزء عناصر تشکیل دهنده جرم به شمار می‌رود. انهایه در جرایم خطایی خواستن بر مبنای خطا فراهم است.

2. Imprudence
3. Négligence

اشخاص مذکور موفق به فرار شده‌اند (ماده ۵۴۸ ق.م.ا، تعزیرات)
 همچنین، در قوانین پراکنده دیگر علاوه بر بی‌احتیاطی یا بی‌مبالائی یا عدم مهارت (ماده ۶ قانون مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی مصوب ۲۲ تیر ۱۳۴۶ با اصلاحات بعدی) به «غفلت» (ماده ۶ قانون کیفر بزه‌های مربوط به راه آهن مصوب ۳۱ فروردین ۱۳۲۰ و ماده ۸ قانون راجع به مجازات اخلاط‌گران در صنایع نفت ایران مصوب ۱۶ مهر ۱۳۳۶) نیز تصریح کرده است.
 در هر صورت، خطاهای مذکور در این قوانین از جمله اوصافی است که بر حسب عرف و عادت بر رفتار انسان اطلاق می‌شود. بنابراین، برای روشن شدن مفاهیم هر یک باید تشخیص داد کدام فعل یا ترک فعل دروضع خاص و در زمان و مکان معین قابل پیش‌بینی بوده است. آیا یک فرد دوراندیش و محتاط می‌توانسته است عواقب آن را پیش‌بینی کند یا نه؟ و آیا احتمال وقوع نتیجه به میزان و در مرتبه‌ای از اهمیت بوده است که احتراز از آن ضرورت یابد؟ قدر مسلم تشخیص اینکه آیا مرتجب در حین ارتکاب احتمال وقوع نتیجه را می‌داده است یا نه دشوار است. زیرا، دوراندیشی و پیش‌بینی پیامدهای رفتار از انسانی به انسان دیگر به یک درجه نیست. از این رو، توجه به حالت نفسانی مرتکب برخلاف قصد در این جا مطلوب نخواهد بود. برای تشخیص تقصیر، قاضی به جای بررسی حالات روانی و تعیین میزان دوراندیشی فاعل، به رفتار او توجه می‌کند و برای سنجش آن ملاک عرفی را به کار می‌برد. اگر وقوع نتیجه عرفاً محتمل باشد تقصیر محقق است و گرنه تقصیر محرز نیست. درباره تعیین عرفی موارد بی‌احتیاطی و بی‌مبالائی، در یکی از آراء دیوان عالی کشور چنین آمده است (حکم شماره ۱۰۳۱-۲۰/۳/۳۱): «بی‌احتیاطی و بی‌مبالائی مذکور در ماده ۱۷۷ قانون کیفر عمومی از اموری است که بر حسب عرف و عادت این عناوین بر آن اطلاق می‌شود تا در صورت مؤثر بودن آن در وقوع حادثه موجب مسؤولیت

۱. احمد متین، مجموعه رویه قضایی، قسمت جزایی، ص ۲۴۵.

گردد... در رأی دیگری از همین شعبه، دادگاه با توجه به عرف رانندگی، راننده را از اتهام تقصیر به این شرح مبرا دانسته است (حکم شماره ۹۵۹-۱۷/۴/۲۹):
 «اگر شاگرد شوفری زیر ماشین خوابیده باشد و شوفر چند بار او را صدا زند و جواب ندهد و شوفر به خیال اینکه کسی زیر ماشین نیست ماشین را حرکت دهد که در نتیجه تصادم با چرخ ماشین مشارالیه فوت کند چون بر حسب معمول نگاه کردن شوفر موقع حرکت دادن اتومبیل به زیر آن به احتمال اینکه شاید کسی زیر اتومبیل خوابیده باشد از اقدامات احتیاطی برای رانند به شمار نمی‌رود (مگر در صورتی که شوفر به خوابیدن کسی در زیر آن مسبوق باشد) بنابراین در چنین صورتی نمی‌توان راننده را مرتکب بی‌احتیاطی تشخیص داده و عمل او را با ماده ۱۷۷ قانون کیفر عمومی تطبیق کرد.» استدلال دیوان این است که چون در عرف رانندگی معمول نیست که رانندگان پیش از حرکت دادن اتومبیل به زیر چرخ‌های آن نگاه کنند و از این بابت تکلیف به احتیاط نیز نشده‌اند، بنابراین، راننده مرتکب تقصیر^۲ نشده است.

۱. اقسام تقصیر

خصوصیت مشترکی که می‌توان در رفتار همه افراد خاطی مشاهده کرد، بی‌اعتنائی آنان به ارزش‌های اجتماعی است که مورد حمایت قانون قرار گرفته است. از این رو، شاید نتوان فارق معین و روشنی میان مصادیق تقصیر یافت. در واقع، واژه‌هایی مانند بی‌احتیاطی، بی‌مبالائی، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات

۱. احمد متین، مأخذ پیشین، ص ۲۴۷.
 ۲. واژه تقصیر به معنی اخص را ما در مباحث این کتاب همه جا مرادف واژه خطا به کار برده‌ایم. تقصیر به معنی اعم عبارت است از نوعی رابطه خاص روائی بین فاعل و جرم که همان عنصر روائی جرم نامیده می‌شود. این رابطه چه در جرایم عمدی که بر سوءنیت فاعل مبتنی است و چه در جرایم غیرعمدی که مصادیق بارز آن بی‌احتیاطی و بی‌مبالائی است در هر دو حالت برقرار است. قانونگذار واژه تقصیر به معنی اخص را در برابر عمد در قانون مجازات اسلامی به کار برده و در بند پ ماده ۲۹۱ جنایاتی را که به سبب تقصیر ارتکاب می‌یابند جنایات شبه‌عمدی قلمداد نموده است.

دولتی جملگی از یک وضع روانی حکایت می‌کنند و آن غفلت و یا عدم پیش‌بینی واقع‌های است که مرتکب می‌توانست با اندکی دوراندیشی از آن اجتناب کند. بنابراین، همه این واژه‌ها پیش از یک مفهوم ندارند و از حیث ماهیت، امری مشترک تلقی می‌شوند و اثر حقوقی واحدی نیز بر آن‌ها مترتب است. قانونگذار نیز در یک جمله ضمن آنکه تقصیر را اعم از بی‌احتیاطی و بی‌مبالائی می‌پندارد، دیگر حالات روانی را مصادیق بی‌احتیاطی یا بی‌مبالائی بر می‌شمارد. در تبصره ماده ۱۴۵ می‌گوید: «... مسامحه، غفلت، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی و مانند آن‌ها، حسب مورد، از مصادیق بی‌احتیاطی یا بی‌مبالائی محسوب می‌شود.» شاید بهتر بود در این تبصره گفته می‌شد تقصیر اعم از همه این حالات و مصادیق مانند آن‌ها در قوانین کیفری است. از دیدگاه جرم‌شناسی نیز شناخت منشاء خطا و اینکه محصول چه نوع ذهنیتی است در پیشگیری و درمان حائز کمال اهمیت است. فرق است بین کسی که در نتیجه عدم مهارت در کاری خطاکار شناخته شده و کسی که بر اثر رعایت نکردن نظامات دولتی خطایی مرتکب شده است.

با این همه، دادگاه‌ها مکلف‌اند در هر مورد خاص با احراز تقصیر مرتکب، وصف آن را در حدود اوصافی که در قانون پیش‌بینی شده است بیابند و تعیین کنند که آیا فعل یا ترک فعل ارتكابی واجد یکی از آن اوصاف قانونی هست یا نه؟ یکی از شعب دیوان عالی کشور در این باره چنین اظهار نظر کرده است (حکم شماره ۱۷۱۷-۱۷/۷/۲۹)؛ «مادام که یکی از امور مذکور در ماده ۱۷۷ قانون کیفر عمومی از بی‌احتیاطی و بی‌مبالائی و غیره ثابت نشود مجرّد ثبوت تصادف برای تحقق این جرم کافی نخواهد بود.»

اکنون با عنایت به کاربرد اوصاف مذکور، به شرح هر یک و تعاریفی که احتمالاً از آن‌ها شده است به اختصار می‌پردازیم:

۱. احمد متین، مأخذ پیشین، ص ۲۴۵.

○ بی‌احتیاطی

بی‌احتیاطی خطای انسانی است که پیامد کار خود را در وضع خاص پیش‌بینی نمی‌کند. به عبارت دیگر، رفتار او با الگوهای رفتاری انسان دوراندیش و پیش بین منطبق نیست. الگوی متعارف و انتزاعی رفتاری انسان‌ها را از مجموع طرز تلقی و انتظارات جامعه می‌توان استنباط کرد. الگوهای رفتاری آن شیوه‌های زندگی هستند که از صورت‌های فرهنگی مایه می‌گیرند. بدین‌سان، هر انسانی در برابر اوضاع و احوال معین باید بالقوه واکنش‌هایی کاملاً آماده داشته باشد و انتظار جامعه آن است که در آن اوضاع و احوال معین واکنش مذکور به فعل درآید. بنابراین، راننده‌ای که با سرعت زیاد در خیابان پر ازدحام بدون کم کردن سرعت خود به رانندگی می‌پردازد و در نتیجه آن با عابری تصادم می‌کند، مرتکب بی‌احتیاطی شده است. زیرا، چنین حادثه‌ای عرفاً قابل پیش‌بینی است و هر انسان برخوردار از کمترین تجربه در زندگی قادر است پیامد چنین رفتاری را بسنجد.

○ بی‌مبالائی

بی‌مبالائی همان بی‌احتیاطی به صورت ترک فعل است.^۱ بی‌مبالائی، غفلت، مسامحه، سهل‌انگاری و اهمال از نظر معنی مترادف‌اند. مقصود از بی‌مبالائی ترک تکلیفی است که مقتضای پیشگیری از نتایج ناخواسته مجرمانه است. اگر کسی به هر دلیلی از ادای این تکلیف غافل بماند و در نتیجه آن جرمی واقع شود مأخوذ به آن است. برای مثال، اگر تهیه کننده مواد خوراکی و آشامیدنی یا آرایشی و بهداشتی بر اثر اهمال در سنجش و به کار نبردن ترکیباتی که در ساختن مواد مذکور لازم است، موجب بیماری یا آسیبی گردد مرتکب بی‌مبالائی شده است. به

۱. در تبصره ماده ۸ قانون راجع به مجازات اخلاک‌گران در صنایع نفت ایران (مصوب ۱۶ مهر ۱۳۳۶)، بی‌مبالائی در معنایی که برای بی‌احتیاطی آمده این چنین تعریف شده است. «اقدام به امری که مرتکب نمی‌بایست به آن مبادرت نموده باشد.» ولی در تعریف غفلت تعبیری را که برای بی‌مبالائی شناختیم یعنی «خودداری از امری که مرتکب می‌بایست به آن اقدام نموده باشد» به کار رفته است.

عبارت دیگر، از انجام دادن فعلی که به جا آوردن آن شرط احتیاط بوده خودداری کرده است.

○ عدم مهارت^۱

عدم مهارت یعنی نداشتن توانایی جسمانی و روانی در انجام دادن کاری که حسن انجام آن مستلزم داشتن توانایی‌های مذکور است. نداشتن چابکی و ورزیدگی (عدم مهارت بدنی) و یا نادانی و عدم اطلاع (عدم مهارت روانی) گاه خود منشاء تقصیرهای دیگر مانند بی احتیاطی و یا بی مبالاتی است. نداشتن مهارت در کاری انسان را در معرض شک و شبهه قرار می‌دهد که آیا این انسان قادر به رعایت احتیاط و آگاه به حدود عرفی برای جلوگیری از احتمالات سوء رفتار خود بوده است؟ راننده‌ای که بدون آشنایی به فنون رانندگی به این کار می‌پردازد، به دلیل آنکه عملاً قادر به امتناع از خطر و پیشگیری از صدمه احتمالی نیست فرض بر این است که بی احتیاط است. پیروی از الگوی عام رفتار و مورد انتظار جامعه ایجاب می‌کند که هر کس در انجام دادن کاری که برحسب تکلیف و یا به اختیار پذیرفته است مطلع و ماهر باشد.

○ عدم رعایت نظامات دولتی^۲

مقصود از نظامات هر نوع مقررات کلی اعم از قانون و تصویب‌نامه یا آیین‌نامه یا دستور کار الزامی است. عدم رعایت نظامات دولتی تخلف از نظم به شمار می‌رود. زیرا، این مقررات عموماً به این منظور وضع شده‌اند که رفتار و طرز عمل اشخاص را به صورت برنامه‌ای مدون سامان دهند. بنابراین، نادیده گرفتن این مقررات به هر دلیل، اگر چنانچه به نتیجه مجرمانه‌ای منتهی گردد موجب خطای (تقصیر) کیفری است. برای مثال، ماده ۳۶ آیین‌نامه لایحه قانونی

۱. Maladresse

۲. Inobservation des règlements

حفاظت فنی (مصوب ۱۱ فروردین ۱۳۳۶ با اصلاحات بعدی) در خصوص چگونگی تعمیر دستگاه‌ها و ماشین‌های موجود در کارخانه‌ها و کارگاه‌ها مقرر می‌دارد: «قسمت‌های متحرک ماشین را که ممکن است ایجاد خطر نماید قبل از شروع به تعمیر باید متوقف گردد و جریان برق را به طور اطمینان بخش قطع نمود و یا هر نوع وسیله محرکه دیگر را از کار انداخت.» در این جا، قانونگذار خود به تعیین تکلیفی که ترک آن ممکن است مخاطره‌آمیز باشد پرداخته است. اگر چنانچه جرمی در نتیجه ترک این تکلیف به وقوع بپیوندد، تارک فعل خطایی محسوب می‌شود.

تقصیر نظامات دولتی بدون آنکه نتیجه‌ای در برداشته باشد خود جرم و به عنوان تخلف قابل تعقیب است. در بیشتر موارد، این دو تقصیر توأم‌اند. یعنی فعل واحد دارای دو عنوان تقصیر کیفری و تقصیر خلافی است. خلاف^۱ نوعی از جرم و مستلزم مجازات‌های تعزیری است. تشخیص جرایم خلافی از سایر جرایم خطایی به اعتبار طبع و یا کمیت مجازات دشوار است. با این همه، میان تقصیر کیفری و تقصیر خلافی^۲ تفاوت‌هایی هست که بیشتر به ماهیت هر یک از این دو نوع تقصیر برمی‌گردد. شرح مختصری در این خصوص تمایز میان تقصیر کیفری و تقصیر خلافی را آشکار خواهد کرد.

۲. تمایز میان تقصیر کیفری و تقصیر خلافی

چنانکه گفته شد، تقصیر کیفری ناشی از بی احتیاطی یا بی مبالاتی یا عدم مهارت و یا عدم رعایت نظامات دولتی، عنصر روانی جرایمی است که غیر

۱. واژه خلاف یا *contravention* تا زمان حکومت قانون مجازات عمومی (اصلاحی ۱۳۵۲) به جرایمی گفته می‌شد که نسبت به جناحت و جنحه کم اهمیت‌تر و تنها مستلزم پرداخت جریمه نقدی بود. با تصویب قوانین جدید پس از انقلاب اسلامی، تقسیمات سه گانه مذکور در هم ریخت و تقسیمات دیگری مصطلح گردید. در این کتاب واژه خلاف در همه جا به معنی سرپیچی از قوانین، آیین‌نامه و دستورالعمل‌هایی به کار رفته که موجب مسؤولیت مطلق کیفری است.

۲. *Faute contraventionnelle*

عمدی نامیده می‌شود. در بعضی از جرایم، عنصر روانی صرفاً شامل تقصیر خلاقی است. یعنی برخلاف مقررات و نظامات حکومتی رفتاری از فاعل سر می‌زند که فی‌نفسه تهدیدی علیه حقوق و یا آزادی‌های دیگران به شمار می‌رود. این قبیل جرایم در واژگان حقوقی بعضی از کشورها، به جرایم رفتاری^۱ شهرت دارد و در تحقق آن وجود بی‌احتیاطی یا بی‌مبالائی یا غفلت به هیچ وجه شرط نیست. به محض نقض احکام و مقررات قانونی تقصیر خلاقی ثابت می‌شود. همچنین، عمد یا حسن نیت یا جهل متخلف به حکم درمیزان مسؤولیت و مجازات او بی‌تأثیر است.

تفاوت ماهیت تقصیر کیفری و تقصیر خلاقی موجب تفاوت مهمی در ضرورت اقامه دلیل در اثبات هر یک از دو تقصیر شده است. در حالی که تحقق تقصیر کیفری منوط به اثبات یکی از مصادیق تقصیر یعنی بی‌احتیاطی یا بی‌مبالائی و یا غفلت و مسامحه مرتکب است، در اثبات تقصیر ناشی از نقض نظامات دولتی، مرجع قضایی بی‌نیاز از اقامه دلیل است. معافیت از اقامه دلیل را بعضی از حقوقدانان ناشی از فرض یا اماره‌ای می‌دانند که فقط در صورت اجبار مادی (قوای قهری) یا حوادث غیرمترقبه و یا تقصیر ثالث قابل رد است. همچنین، سبب‌های مانع مسؤولیت کیفری مانند جنون و صغر را نیز مؤثر در مقام می‌دانند.^۲ بعضی دیگر، به این دلیل که فعل خلاف خود مؤید تقصیر است، حاجت به اقامه دلیل نمی‌بینند. اینان عقیده دارند که وقتی فعل مادی به اثبات رسید، تقصیر خلاقی خود به خود محقق خواهد شد. به عبارت دیگر، با اثبات فعل و استناد آن به فاعل، تقصیر نیز به اثبات خواهد رسید.^۳

واقع امر این است که قانونگذار با وضع مقررات خلاقی که عموماً ناظر به نظم و سازمان اجتماعی و مربوط به اشتغال به بعضی مشاغل مانند حرفه‌های

پزشکی، صنعتی، حمل و نقل و یا حفظ محیط زیست از آلودگی و یا تنظیم نحوه تردد وسایط نقلیه و امثال آن است، بیش از پیشگیری از آثار ناگواری که ممکن است بر اثر نادیده گرفتن این مقررات پدید آید، قصد دارد در مقام انتظام امور و سامان دادن به روابط و مناسبات کاری مردم، آنان را به تکلیفی که به این منظور به عهده خواهند داشت واقف کند. و چون رفتار یا فعل ناقض مقررات خلاقی اغلب تجلّی تقصیری است که فاعل در ادای تکلیف خود مرتکب شده است، جز به دلیل سلب و یا اختلال اراده، نیاز به اثبات تقصیر مرتکب نیست.

تفاوت ماهیت تقصیر کیفری ناشی از بی‌احتیاطی یا بی‌مبالائی و تقصیر خلاقی، تفاوت دیگری را از جهت ضرورت وجود ضرر موجب شده است. از این حیث، مفهوم تقصیر کیفری ناشی از بی‌احتیاطی یا بی‌مبالائی به مفهوم تقصیر مدنی^۱ بسیار نزدیک است. هم‌چنانکه مسؤولیت مدنی به شرطی محقق می‌شود که زیانی متوجه دیگری شده باشد، تقصیر کیفری ناشی از بی‌احتیاطی یا بی‌مبالائی نیز هنگامی مبنای مسؤولیت کیفری قرار می‌گیرد که آسیب یا صدمه بدنی (قتل، جرح) به کسی وارد شده باشد.

افزون بر آن، هم‌چنانکه به موجب قوانین مدنی، خسارت ناشی از فعلی که موجب زیان به غیر گردیده، باید متناسب با اهمیت و وسعت آن جبران شود، مجازات مقصّر بی‌احتیاط یا بی‌مبالا نیز به شدت زیان یا صدمه‌ای که وارد کرده است بستگی دارد. برای مثال، اگر بر اثر بی‌احتیاطی یا بی‌مبالائی، راننده یا متصدی وسیله موتوری موجب قتل مجنی‌علیه شود به شش ماه تا سه سال حبس (ماده ۷۱۴ ق.م.ا، تعزیرات) و اگر موجب بیماری جسمانی یا روانی که درمان ناپذیر باشد و ... به دو ماه تا یک سال حبس (ماده ۷۱۵ ق.م.ا، تعزیرات) و اگر موجب صدمه بدنی شود که به نقصان یا ضعف دائم یکی از منافع یا یکی از اعضای بدن یا از بین رفتن قسمتی از عضو مصلوم منتهی گردد، بدون آنکه عضو

۱. حسین میرمحمدصادقی، تحلیل مبنای حقوق جزای عمومی، ص ۲۷۰.

۲. Bouzat (P.) et Pinatel (J.), op. cit., n° 176.

۳. Legros (R.). L'élément moral dans les infractions, n° 14.

از کار بی افتد و ... به حبس از دو ماه تا شش ماه (ماده ۷۱۶ ق.م.ا، تعزیرات) محکوم می شود. حال آنکه، در تقصیر خلافی وجود ضرر به هیچ وجه شرط ضروری مجازات نیست. تقصیر خلافی همواره مستقل از آثار فعل زیان آور قابل مجازات است. زیرا، این تقصیر همان سرپیچی از قوانین و آیین نامه هایی است که برای ایجاد و حفظ نظم وضع شده اند.

همچنین، تفاوت دیگری میان تقصیر کیفری ناشی از بی احتیاطی یا بی مبالائی و تقصیر خلافی از حیث ضرورت وجود رابطه میان فعل و نتیجه زیانبار به چشم می خورد. همانکه در حقوق مدنی تنها وجود ضرر و تقصیر برای تحقق مسئولیت مدنی کافی نیست و باید میان تقصیر فاعل و ضرر رابطه علیت^۱ ثابت شده باشد، در حقوق کیفری نیز فاعل خطا کار هنگامی مسؤول شناخته می شود که میان تقصیر ناشی از بی احتیاطی یا بی مبالائی او و صدمه یا زیان وارد شده رابطه علیت وجود داشته باشد.

۳. رابطه علیت

علت بنا به تعریف امری است که از وجود آن وجود معلول و از عدم آن عدم معلول لازم آید. رابطه ضروری میان علت و معلول را رابطه علیت می نامند. در کتاب های فقهی، قریب به همین مفهوم لفظ سبب و در بحث موجبات ضمان لفظ تسبیب را به کار برده اند. در ماده ۵۰۶ قانون مجازات اسلامی در تعریف تسبیب آمده است: «تسبیب در جنایت آن است که کسی سبب تلف شدن یا مصدومیت دیگری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود به طوری که در صورت فقدان رفتار او جنایت حاصل نمی شد مانند آنکه چاهی بکند و کسی در آن بیفتد و آسیب ببیند». با این تعریف، به نظر می رسد سبب چیزی غیر از علت است. زیرا، در مثال مذکور، علت افتادن در چاه، همانا خطای کسی است که در

1. Relation de cause à effet

چاه افتاده است، ولی سبب یعنی کندن چاه فعلی است که اگر ارتکاب نمی یافت جنایت واقع نمی شد. شاید بتوان علیت را به زنجیره ای تشبیه کرد که حلقه های آن را سبب های گوناگون تشکیل می دهد. ولی تأثیر همه سبب ها در پیدایی علت همیشه به یک درجه و میزان نیست. بعضی سبب ها مقدم و بعضی دیگر مؤخر در وجود علت اند و تأثیری گاه ضعیف و گاه قوی در بروز نتیجه می بخشند. پس، بر حسب نوع تأثیر و بُعد و قرب سبب های گوناگون علت واقعه گاه به این و گاه به آن سبب منتسب می گردد.

مقصود از رابطه علیت در موضوع بحث ما هم ملازمه ای است که باید میان تقصیر فاعل به عنوان سبب مؤثر در ایجاد علت یا همان علت و زیان وارد شده به اثبات برسد. هرگاه ثابت شود که میان تقصیر فاعل و صدمه یا زیانی که به دیگری رسیده هیچ گونه رابطه ضروری وجود نداشته است، مرتکب مقصر محسوب نمی شود. این شرط را دیوان عالی کشور در آرای گوناگونی که درباره تخلف راننده از نظامات دولتی صادر کرده این چنین بیان نموده است (حکم شماره ۲۴۲ - ۱۹۷/۳۰ و ۱۹۶/۸۶۶ - ۲۴/۵ - ۲۰/۹): «بر حسب مستفاد از ماده ۱۷۷ قانون کیفری عمومی بی احتیاطی و بی مبالائی یا تخلف از نظامات دولتی وقتی موجب مسئولیت کیفری خواهد شد که یکی از این امور ولو به طور غیر مستقیم علت وقوع حادثه باشد. بنابراین اگر راننده ای در اتومبیل باری مسافر سوار کند و به واسطه پاره شدن لوله ترمز (که ممکن است برای هر اتومبیلی پیش آید) ماشین او واژگون شود که در نتیجه مسافر مزبور بمیرد چون به هیچ وجه رابطه علیت و سببیتی بین عمل متهم دائر به سوار کردن مسافر در اتومبیل باری که تخلف از نظامات به شمار می رود با وقوع حادثه وجود نداشته بنابراین نمی توان عمل متهم را مشمول ماده ۱۷۷ مزبور دانست». بنابراین، می توان گفت احراز رابطه علیت جز این نیست که تقصیر مرتکب علت فاعلی یا پدید آورنده صدمه بوده و بدون آن صدمه حادث

۱. احمد متین، مأخذ پیشین، ص ۲۴۸.

نمی‌شده است.

عموماً در مواردی که سبب یا موجب صدمه بیش از یکی نباشد و میان تقصیر و نتیجه آن رابطه واجب و ضروری برقرار باشد دشواری در میان نخواهد بود. ولی در مواردی که اسباب و موجبات گوناگون مؤثر در تحقق نتیجه است، تشخیص این رابطه آسان نیست. فرض کنید بر اثر کثرت مسافر و ازدحام آنان در مقابل در ورودی اتوبوس، ناگهان در به دلیل نقص فنی و فشار بیش از حد مسافران باز و مسافری در اثنای حرکت به بیرون پرتاب شود و در این هنگام اتومبیل دیگری که با سرعت غیرمجاز در حال عبور است با او برخورد کند و تأخیر در رساندن مصدوم به بیمارستان و عدم رعایت موازین درمانی در نتیجه اعمال پزشک موجب شود مصدوم اندکی پس از حادثه فوت کند. سؤال این است که کدام یک از این عوامل را باید علت واقعی فوت قلمداد کرد و چه کسی را در این واقعه باید مقصر شناخت؟ در پاسخ به این سؤال علمای حقوق نظریات گوناگونی بیان کرده‌اند. در مجموع چهار نظریه در این باب مطرح شده است که به شرح هر یک در این گفتار می‌پردازیم:

○ نظریه خطای کیفری همچون شرط ضروری نتیجه^۱

این نظریه را که در واپسین سال‌های سده نوزدهم عمده‌تأ حقوقدانان آلمانی پیشنهاد کرده‌اند بسیار ساده است. کافی است به این پرسش پاسخ داده شود که آیا خطای کیفری (در جرایم غیر عمدی) و یا عمد فاعل (در جرایم عمدی) شرط ضروری نتیجه بوده است یا خیر؟ به عبارت دیگر اگر تقصیر ارتکاب نمی‌یافت، نتیجه به همان صورت حادث می‌شد؟ هرگاه پاسخ منفی باشد، باید رابطه علیت را بین تقصیر و نتیجه مجرمانه برقرار دانست. در مثالی که گذشت، می‌توان تقصیر نخستین راننده را در سوار کردن مسافر بیش از گنجایش اتوبوس شرط

ضروری مرگ مسافر به شمار آورد. زیرا، اگر راننده بر طبق نظامات دولتی بیش از میزان مقرر مسافر سوار نمی‌کرد، به در فشار نمی‌آمد و مسافر به بیرون پرتاب نمی‌شد و با اتومبیل برخورد نمی‌کرد و...

ممکن است ایراد گرفته شود که در کنار تقصیر راننده، خطاهای دیگری نیز دیگران مرتکب شده‌اند (خطای راننده دوم، قصور مأموران کمک‌رسانی، تقصیر پزشک) که هر یک شرط ضروری و واجب مرگ مسافر قلمداد می‌شود. ولی این نکته را پیروان این نظریه مهم ندانسته و گفته‌اند که چون تأثیر هر یک از سبب‌ها به تنهایی در تکوین واقعه ضروری بوده است، تمام سبب‌های مذکور به یک میزان برابرند و نتیجه به وجه مشترک تماماً به هر یک قابل انتساب است. از این رو، تقصیر راننده اتوبوس کافی برای تحقق قتل تلقی می‌شود، هر چند که بتوان مسئولیت این حادثه را به موازات آن متوجه دیگران نیز دانست. این تعبیر از برابری شروط^۱ از نظر مخالفان این اشکال را دارد که میان سبب مقدم و یا اقوی و سبب‌های دیگر تمایز قابل نمی‌شود و در واقع سبب‌هایی را که موقعیتی مناسب برای حدوث نتیجه به شمار می‌روند و سبب‌هایی که جنبه علی دارند در یک سطح قرار می‌دهد. در این باره رویه قضایی آلمان مثالی دارد که به خوبی اختلاط این عوامل را نشان می‌دهد؛ مردی بارانی خود را که در جیب آن هفت تیری پر جا داده است در رخت‌کن تماشاخانه می‌گذارد، هفت تیر به زمین می‌افتد و دربان تماشاخانه آن را برمی‌دارد و یکی از تماشاگران را هدف می‌گیرد و می‌کشد. دادگاه مالک بارانی را به اتهام قتل ناشی از بی احتیاطی محکوم می‌کند. هم‌چنانکه آشکار است، مغایرت این رأی با موازین عدالت انکارناپذیر است. خطا یا عمد جانی در این مثال علی‌الاصول هرگونه رابطه‌ای را با جنایت قطع می‌کند و دشوار می‌توان تقصیر مالک بارانی را شرط مؤثر در وقوع جنایت تلقی کرد.

1. Equivalence des conditions

1. Condition «sine qua non» du résultat

○ نظریه خطای کیفری همچون شرط نزدیک و بی‌واسطه نتیجه^۱

بعضی از نویسندگان انگلیسی مانند فرانسیس بیکن^۲ معتقدند که از سبب‌های بعید و غیرمستقیم در حدوث ضرر باید چشم پوشید و تنها به سبب مستقیم و بی‌واسطه موجد نتیجه توجه کرد، به گونه‌ای که برای تحقق تقصیر کیفری، خطای مرتکب در زنجیره علّیت جزو علل نزدیک و مستقیم موجد ضرر و صدمه باشد. بنابراین، در مثالی که پیشتر گفته شد، رانندگان هر دو اتومبیل در ایجاد نتیجه زیانبار بی‌تقصیر شناخته می‌شوند. زیرا، خطای آنان در سلسله علل و اسباب به طور مستقیم و بی‌واسطه مؤثر نبوده است. بنا به این نظریه، در این مثال، تنها سببی که اگر از آن اجتناب می‌شد مرگ حادث نمی‌گردید، اعمال پزشک است. پس، مسؤولیت مرگ مسافر را فقط می‌توان متوجه پزشک بی‌احتیاط یا بی‌مبالات دانست.

بعضی از حقوقدانان فرانسوی به این دلیل که زنجیره علّیت در این نظریه منحصر به حلقه‌های خاصی شده است آن را محدود می‌دانند.^۳ ماده ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی متأثر از قول مشهور فقیهان امامیه نیز همین نظریه را پذیرفته است. به موجب این ماده: «هرگاه دو یا چند نفر با انجام عمل غیرمجاز در وقوع جنایتی به نحو سبب و به صورت طولی دخالت داشته باشند کسی که تأثیر کار او در وقوع جنایت قبل از تأثیر سبب یا اسباب دیگر باشد، ضامن است مانند آنکه یکی از آنان گودالی حفر کند و دیگری سنگی در کنار آن قرار دهد و عابری به سبب برخورد با سنگ به گودال بیفتد که در این صورت، کسی که سنگ را گذاشته، ضامن است...»

هم‌چنانکه گفته شد، محدود کردن تقصیر به فاعل مقدم در تأثیر فاقد مبنا است قانونگذار در ادامه همین ماده در جایی که هر دو عدواناً در وقوع جنایت

مداخله داشته‌اند آن‌ها را شریک در جرم قلمداد کرده است که این فرض نیز با قواعد شرکت در جرم سازگاری ندارد. زیرا، شرکت در جرم صرفاً با عنصر مادی تحقق پیدا می‌کند بدون آنکه عنصر روانی عمد و قصد شرکت‌آوردن در تحقق آن مدخلیت داشته باشد. افزون بر آن، با این رویکرد، تفاوت و تمایز دو نهاد کیفری شرکت و معاونت از میان برداشته شده است که توضیح آن از حوصله این بحث خارج است.

○ نظریه خطای کیفری همچون شرط پویای نتیجه^۱

به عقیده بعضی دیگر از حقوقدانان انگلیسی و آلمانی، بهتر است میان شروط پویا و شروط ایستا تمایز قایل شد و تنها شرط پویا را که در عالم خارج قادر است دگرگونی ایجاد کند مؤثر در حدوث صدمه و ضرر شناخت. شروط ایستا فقط ممکن است زمینه مساعد حدوث نتیجه را فراهم کنند. برای مثال، فرض کنید در حوزه اکتشاف نفت، کارگری مواد آتش‌زا و آغشته به نفت را از محل دور نمی‌کند. کارگر دیگری که به کار جوشکاری مشغول است بر اثر بی‌احتیاطی و اصابت جرقه‌های آتش حریق ایجاد می‌کند که به مرگ عده دیگری از کارگران منجر می‌شود. تقصیر کدامیک از این دو نفر را باید مؤثر در وقوع آتش‌سوزی تلقی کرد؟ آیا هر دو نفر در این حادثه به یک میزان مقصرند؟ پیروان این نظریه عقیده دارند که برای این حادثه می‌توان دو سبب یافت؛ سبب پویا یا دگرگون‌کننده (ایجاد جرقه) و سبب ایستا (مکان آغشته به مواد آتش‌زا). سبب ایستا و ثابت به خودی خود موجب آتش‌سوزی و مرگ نمی‌شده است. در حالی که ایجاد جرقه شرط محرک و موجب حادثه بوده است. بنابراین، هر چند این فعل به تنهایی و به طور متعارف در زنجیره عوامل بدون تقارن با اسباب و موجبات دیگر کافی برای ایجاد حادثه نیست، چون پویا و نتیجه‌ساز بوده است، تقصیر موجب مسؤولیت به شمار می‌رود.

1. Condition dynamique du résultat

1. Condition prochaine et immédiate du résultat

2. Francis Bacon

3. Merle (R.) et Vitu (A.), op.cit, n° 493. p. 553.

نقصی که این نظریه دارد مربوط به ملاک تعیین موجبات جرم ناشی از ترک فعل است. در بعضی از جرایم، عدم تحرک، فعل مادی جرم را تشکیل می‌دهد. در مثال پیشین، بی‌مبالائی کارگری که وظیفه دارد مواد آتشزا را از محل دور کند، تأثیر کمتری از بی‌احتیاطی کارگر دیگر در بروز نتیجه ندارد. با این همه، اگر نظریه شرط پویا پذیرفته شود، لازم می‌آید تقصیری متوجه کارگر بی‌مبالا که بنا به تعریف شرط ایستای نتیجه به شمار می‌رود نشود.

○ نظریه خطای کیفری همچون شرط مناسب نتیجه^۱

در میان نظریه‌هایی که مدعی‌اند در سلسله اسباب و موجبات جرم، علت نتیجه را یافته‌اند، نظریه شرط مناسب علمی‌ترین آن‌ها است. مطابق این نظریه، برای یافتن علت وقوع جرم، باید قبلاً به یک پیش‌آگهی عینی سلسله حوادث گذشته دست زد و از زیان یا صدمه آغاز کرد و تمام شروط لازم و واجبی را که یکی پس از دیگری حادث شده‌اند بررسی کرد. سپس تمام سبب‌هایی را که به تنهایی و عرفاً برای ایجاد تلف یا صدمه کافی نبوده‌اند کنار گذاشت و سبب‌هایی را که کاملاً مناسب نتیجه به شمار می‌آیند در نظر گرفت. یافتن مقدمات مناسب نتیجه کاری تجربی و حتی آماری است. پاسخ به این سؤال که آیا فلان واقعه یا موقعیت یا فعل انسانی ممکن است عرفاً و عادتاً پدید آورنده چنین زیان یا صدمه‌ای باشد و آیا فلان رویداد طبیعی و یا کنش انسانی که در زنجیره علت شروط لازم به شمار می‌روند در اغلب موارد امکان ایجاد چنین نتیجه را دارند، کمک می‌کند تا خطای موجد نتیجه شناخته شود. به ذکر چند مثال در این باره می‌پردازیم: راننده اتومبیلی بر اثر بی‌احتیاطی در رانندگی عابری را مجروح می‌کند. مجروح به بیمارستان انتقال می‌یابد. در بیمارستان آتش‌سوزی رخ می‌دهد که در جریان آن عابر مجروح فوت می‌کند. در این حادثه هیچ گونه مناسبت میان خطای راننده و مرگ مجنی‌علیه در نتیجه آتش‌سوزی به چشم نمی‌خورد و آتش

1. Condition adéquate du résultat

سوزی علت تام مرگ عابر محسوب می‌شود. در مثال دیگر، تعمیرکار هواپیما بر اثر غفلت در کار، قطعه‌ای از موتور هواپیما را تعویض نمی‌کند. در اثنای پرواز یکی از موتورهای از کار می‌افتد. خلبان هواپیما که امیدوار است به کمک موتورهای دیگر به سفر خود ادامه دهد از فرصتی که هنوز برای فرود و بازگرداندن سرنشینان باقی است استفاده نمی‌کند و در نتیجه هواپیما سرنگون می‌شود. در این حادثه، با وجود خطای خلبان، چون غفلت تعمیرکار به تنهایی امکان عینی ایجاد فرجام شوم واقعه را در بردارد، علت حادثه به شمار می‌آید.

بر مبنای این نظریه، ملاکی که به دست می‌آید به دادگاه اجازه می‌دهد تا میزان قابل پیش‌بینی بودن ضرر یا صدمه را نسبت به شرط قبلی دریابد. قابل پیش‌بینی بودن نتیجه عمل، ما را به مفهوم خطا بسیار نزدیک می‌سازد. بنابراین، مرتکب هر فعلی مسؤول نتایجی است که از آن به ظهور رسیده است، به شرط آنکه این نتایج در زمان ارتکاب قابل پیش‌بینی باشد. هرگاه نتایج مترتب بر رفتار انسان قابل پیش‌بینی نباشد، فاعل به سبب رفتار خود مسؤول شناخته نمی‌شود. برای مثال، مالک اتومبیلی که در نگهداری آن غفلت ورزیده و درهای آن را قفل نکرده است و در نتیجه اتومبیل را به سرقت برده‌اند، مسؤول حوادثی نیست که به سبب رانندگی غیر رخ داده است. زیرا، این گونه حوادث برای مالک اتومبیل قابل پیش‌بینی نبوده است.^۱

مباحث مربوط به رابطه علیت به آنچه در نظریات چهارگانه گفته شد محدود نیست. هر یک از این نظریات به برکت نقد و تلفیق با آرا و اندیشه‌های دیگر دانشمندان باب گفتگو را در این زمینه هم‌چنان باز گذاشته است.^۲

۱. محمد باهری، حقوق جزای عمومی، ص ۱۵۱.
۲. برای مطالعه بیشتر بنگرید به: محمود نجیب حسنی، رابطه سبب در حقوق کیفری، ترجمه سیدعلی عباس‌نای زارع، مشهد، انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۵، سید سزده طاهری نسب، رابطه‌ی علیت در حقوق کیفری ایران و انگلستان، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۸.

فصل دوم

طبقه‌بندی جرایم

جرایم را می‌توان به صورت‌های گوناگون طبقه‌بندی و احکام هر طبقه را جدا بررسی کرد. رایج‌ترین طبقه‌بندی جرایم، تقسیم آن‌ها بر حسب عناصر سه‌گانه جرم یعنی عنصر قانونی، عنصر مادی و عنصر روانی است. در گفتارهای این فصل هر یک از طبقه‌بندی جرایم را بر اساس عناصر مذکور به این شرح مطالعه خواهیم کرد:

گفتار نخست - طبقه‌بندی جرایم بر حسب عنصر قانونی

گفتار دوم - طبقه‌بندی جرایم بر حسب عنصر مادی

گفتار سوم - طبقه‌بندی جرایم بر حسب عنصر روانی

طبقه‌بندی جرایم محصول تحقیق مداوم درباره خصوصیات مشترک جرایم و تلاش برای یافتن سیمای کلی آن‌ها است. هر یک از این تقسیمات معرف بارزترین وجوه تشابه جرایم با یکدیگر و تمایز آن‌ها با جرایم دیگر است.

هدف از طبقه‌بندی جرایم تعیین نظام حقوقی جرم و چگونگی به کار بستن قواعد این نظام اعم از شکلی و ماهیتی است. هر جرمی صرف نظر از عنوان آن به اعتبار یکی از عناصر سه‌گانه در یکی از تقسیمات متعددی که قواعد مذکور ساختار آن را تعیین می‌کند جا می‌گیرد.

طبقه‌بندی جرایم محدود به آنچه در این فصل به آن پرداخته‌ایم نیست. هم‌چنانکه در مباحث حقوقی امروز سعی وافر بر آن است تا جرایم را از حیث ماهیت حق متضرر از جرم و تعلق آن به الله (حقوق عمومی) و ناس (حقوق خصوصی) بر اساس احکام شرعی طبقه‌بندی کنند. بازتاب این طبقه‌بندی در

حقوق جرایم اختصاصی با عنوان جرایم علیه امنیت کشور، جرایم علیه اموال و جرایم علیه اشخاص مشهود است.

گفتار نخست: طبقه‌بندی جرایم بر حسب عنصر قانونی

به طور کلی قانون مبنای تمام طبقه‌بندی‌های موجود است. زیرا، قانون عناصر تشکیل دهنده جرم را تعیین و تفاوت آن‌ها را از یکدیگر مشخص می‌کند. پس گراف نیست اگر گفته شود که تمام صورت‌های طبقه‌بندی جرایم سرانجام به عنصر قانونی جرم تقلیل می‌یابد.

یکی از مهم‌ترین طبقه‌بندی جرایم، تفکیک جرایم حقوق عمومی^۱ از جرایم حقوق اختصاصی^۲ است. تعریف دقیق جرم حقوق عمومی بسیار دشوار است. زیرا، مفاهیم گوناگونی می‌توان بر حسب دیدگاه‌های حقوقی یا جرم‌شناختی از جرم حقوق عمومی شناخت. نخستین برداشت کاملاً توصیفی از جرم حقوق عمومی که مبتنی بر بررسی نصوص قانونی است، جرم حقوق عمومی را آن دسته از جرایمی معرفی می‌کند که تابع قواعد ماهیتی و شکلی مشترک و صلاحیت عام دادگاه‌ها است. در برابر این دسته از جرایم، جرایمی قرار می‌گیرد که منشأ آن‌ها حقوق اختصاصی است، یعنی تابع احکام جدا از احکام عام ناظر بر جرایم عمومی است. با این توصیف و بر حسب قواعد گوناگون مربوط به نحوه و مرجع رسیدگی، جرایمی مانند جرایم سیاسی^۳، جرایم نظامی^۴، جرایم مالیاتی^۵، جرایم گمرکی^۶ و ... جرایم حقوق اختصاصی به شمار می‌روند.

پیش دیگری که از ملاحظات جرم‌شناسانه نشأت می‌گیرد تمایز میان جرایم مذکور را نه بر اساس طبع جرم، بلکه بر اساس خصوصیات مجرم و یا بنا به مصالح خاص دولت که حفظ آن مقتضی جدیت بیشتری است می‌نهد. به این

1. Infractions de droit commun
2. Infractions de droit spécial
3. Infractions politiques
4. Infractions militaires
5. Infractions fiscales
6. Infractions douanières

ترتیب، ویژگی جرایم سیاسی یا حتی تا اندازه‌ای جرایم نظامی در تفاوتی است که از نظر جرم‌شناسی بین مجرمان عادی و مجرمان سیاسی یا نظامی به چشم می‌خورد. در حالی که وضع جرایم مالیاتی، گمرکی یا اقتصادی مبتنی بر لزوم حمایت از منافع دولت بدون توجه به شخصیت مجرمان است.

با این توضیح و با عنایت به جنبه‌های خاص هر یک از دو جرم سیاسی و نظامی و تفکیک آن‌ها از جرایم عمومی، در این گفتار با اشاره به منشأ این تمایز به شرح یکایک جرایم مذکور و فواید مترتب بر این تفکیک می‌پردازیم.

الف) جرایم سیاسی و جرایم عمومی

از دیرباز، مفهوم جرم سیاسی در اذهان عمومی و تشخیص آن از جرایم دیگر بدون آنکه تعریفی از آن شده باشد قابل درک بوده است. بزه‌کاران سیاسی در ترازوی داوری مردم با بزه‌کاران عادی که تحت تأثیر انگیزه‌های فردی و اغراض پلید مرتکب جرم می‌شدند هیچ‌گاه برابر نبوده‌اند. امروزه نیز بزه‌کاران سیاسی که عموماً به انگیزه میهن‌پرستی و دفاع از آرمان‌های انسانی با نظام‌های حکومتی مخالفت می‌ورزند و سرانجام خواهان استقرار حکومتی موافق رأی و نظر خود هستند برخلاف بزه‌کاران عادی که مورد انزجار و نفرت عموم‌اند، شأن و منزلتی گاه ستایش آمیز دارند. ولی در ورای فهم عام، هنگامی که از نظر علمی نوبت به تعیین حدود و ثغور جرایم سیاسی و تمیز آن‌ها از جرایم عمومی می‌رسد دشواری کار رفته رفته نمایان می‌شود. مشکل اساسی که همواره ذهن جرم‌شناسان و حقوق‌دانان را به خود مشغول ساخته یافتن ضابطه‌ای برای شناسایی مجرم سیاسی از سایر مجرمان است. افزون بر اینکه ملاحظات سیاسی دولت‌ها هم بر حسب زمان و مکان درک درست از این مقوله را پیچیده‌تر کرده و آن‌جا که توافقی گهگاه در این باره حاصل شده، عملاً بنا به مصلحت‌اندیشی‌های سیاسی کوشش علمی دانشمندان را بی‌نتیجه گذاشته است. تحولات تاریخی نشان می‌دهد که دولت‌ها برحسب میزان ثبات و نیز نوع حکومت، مردمی و آزاداندیش و یا خودکامه و

زورگو، درک واحدی از جرم سیاسی نداشته و رفتار آنها با مجرمان سیاسی بنا به موقعیت گاه ارفاق‌آمیز و گاه بسیار شدید بوده است. غیر از بینش‌های متفاوت سیاسی از این جرم، جرم‌شناسان و حقوقدانان هر یک جرم سیاسی را از دیدگاه خود به گونه‌ای تعبیر نموده‌اند که بررسی آنها تواناً درک فراگیرتری از جرم سیاسی به دست می‌دهد. از این رو، ضابطه جرایم سیاسی از اهم مباحث حقوقی است.

۱. ضابطه تشخیص جرایم سیاسی

در نظام کفیری کشور ما با آنکه از دیرباز موضوع جرم سیاسی در بعضی از قوانین مصوب مطرح^۱ و از منظر قانونگذار متمایز از جرایم عمومی بوده، هیچ ضابطه قانونی که به استناد آن جرم سیاسی از جرم عمومی قابل تشخیص باشد، وجود نداشته. با تصویب قانون جرم سیاسی (مصوب ۲۰ اردیبهشت ۱۳۹۵) انتظار می‌رفت که قانونگذار به وعده اصل یکصد و شصت و هشتم قانون اساسی مبنی بر تعریف جرم سیاسی به موجب قانون عادی جامه عمل بپوشاند. ولی در این قانون نیز قانونگذار از تعریف این جرم طفره رفته و فقط به ذکر مصادیقی از جرایم عمومی و اجتماعی (ماده ۲) بسنده کرده است. این جرایم مانند توهین یا افترا به رؤسای سه قوه (بند الف ماده ۲) و یا ایجاد رعب و وحشت در انتخابات (بند ت ماده ۲) هنگامی جرم سیاسی محسوب می‌شوند که «با انگیزه اصلاح امور کشور» ارتکاب یابند، «بدون آنکه مرتکب قصد ضربه زدن به اصل نظام را داشته باشد» (ماده ۱). ابهامات این قانون آن‌چنان است که یافتن پاسخی روشن به پرسش ضابطه تشخیص، شاید چندان آسان نباشد. بویژه تشخیص سیاسی بودن اتهام با دادرسی دادگاهی است که پرونده در آن مطرح است، (ماده ۵). این امر نشان می‌دهد که

۱. از جمله قانون بازسازی نیروی انسانی وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت مصوب ۵ مهر ۱۳۶۰ که هم‌اکنون منسوخ است.

«هیأت متصفه» که نماینده وجدان جمعی است و حضور آن در جریان رسیدگی به جلسه دادگاه رسمیت می‌بخشد، در این مرحله از تشخیص نیز نقشی ندارد. بنابراین، آنچه می‌ماند آراء و نظریه‌هایی است که علماء حقوق و جرم‌شناسان ابراز کرده‌اند و در پی آن دیدگاه‌های جدیدی است که در فهم ماهیت جرم سیاسی گشوده‌اند.

دیدگاه جرم‌شناختی

آنچه در بادی امر از بررسی ابعاد جرم‌شناختی بزهکاری سیاسی عاید می‌شود گوناگونی نمودهای رفتاری این نوع بزهکاری است. بزهکاران سیاسی برحسب شیوه‌هایی که برای رسیدن به مقاصد خود به کار می‌برند رفتاری متفاوت دارند. گروهی با توسل به حيله و نیرنگ یا خشونت به فعالیت‌هایی دست می‌زنند که تهدیدی علیه نهادهای حکومتی به شمار می‌رود، بدون آنکه صدمه‌ای به اشخاص برساند. گروهی دیگر به عکس، با تعرض به اشخاص و ایجاد ترس و وحشت، قصد دارند در نهادها و شکل حکومت دگرگونی پدید آورند. طرز تلقی عموم از سیاسی یا عادی بودن جرم بی‌ارتباط با شیوه و نحوه ارتکاب آن نیست. زیرا، افکار عمومی جرمی را که احساس جمعی را بی‌آشوبد و به شیوه‌ای ارتکاب یابد که همگان آن را تقبیح کنند جرم عادی می‌پندارد نه جرم سیاسی. بزهکاران گروه نخست به دلیل شیوه و انگیزه رفتار و نوع بدکاری شباهتی به بزهکاران واقعی ندارند و رفتار آنان کمتر موضوع پژوهش‌های جرم‌شناختی است. اینان بنا به قولی «اشراف بزهکاری»^۱ به شمار می‌روند. به عقیده گیزو بدی رفتار آنها حادثه‌ای از یک «مبارزه میان حکومت‌ها است تا نزاع میان مردمان».^۲ لوی برول جامعه‌شناس فرانسوی اعتقاد داشت که واژه سیاسی در تعیین و

1. Graven. Préface à la thèse de Papadatos sur le délit politique, Genève, 1955 cité par Merle et Vitu, Traité de droit criminel, t.I., p. 505.

2. Guizot (F.), Traité sur la peine de mort en matière politique, pp. 11-19.

توصیف این گونه جرایم نارسا است. نقض احکام دین در مواردی مانند ارتداد، کفر و اهانت به مقدسات در بعضی از جوامع جرایم مهمی است، بدون آنکه تعدی به حقوق اشخاص محسوب شود. همچنین، مبارزه اتحادیه‌های صنفی یا تظاهرات و اعتصاب‌ها و نیز راه‌پیمایی مردم برای اعتراض به سیاست‌های دولت و احقاق حقوق خود جرایم اجتماعی^۱ به شمار می‌روند که تأمین منافع خاص فردی هیچ‌گاه در آن منظور نیست. بنابراین، تنها جرایم علیه منافع و تشکیلات دولت‌ها در این گروه قرار نمی‌گیرد، بلکه جرایمی مانند جرایم دینی^۲ و اجتماعی که از همان نوع انگیزه‌ها قوام می‌گیرد جزء این دسته از جرایم است. از این رو، لوی برونل اصطلاح جرایم مرامی^۳ یا مسلکی را که بیان جامع‌تری از جرم سیاسی است پیشنهاد می‌کند.^۴

زیلیگ نیز بر این عقیده است که تفاوت بزه‌کاران با اندیشه و مرام از سایر بزه‌کاران در این است که: «انگیزه عمل آن‌ها با احساس تکلیف به ارتکاب آن همراه است».^۵

حقیقت این است که آنچه از فضایل رفتار و انگیزه‌های نیکوی بزه‌کاران سیاسی حکایت می‌کنند درباره همه آن‌ها صادق نیست. بعضی از آنان بنا به دواعی شخصی مانند جاه‌طلبی، مال‌اندوزی و انتقام‌جویی به عرصه سیاسی کشیده می‌شوند. از این رو، در برابر کسانی که در برخورد با بزه‌کاران سیاسی قائل به تعدیل و تخفیف مجازات‌ها شده‌اند پاره‌ای دیگر از شدت مجازات‌ها و سختگیری نسبت به آنان جانبداری کرده‌اند.

قدر مسلم به دلیل ویژگی‌های جرم‌شناختی رفتار بعضی از بزه‌کاران سیاسی

1. Infractions sociales

2. Délits religieux

3. Délits idéologiques

4. Szabo (D.), Criminologie et politique criminelle, pp. 195-296.

5. Seelig, (E.), Traité de criminologie, p. 137.

نمی‌توان نسبت به کارایی نظام کیفری معمول همیشه یقین حاصل کرد. در یک نظام مبتنی بر مجازات، مفاهیم مکافات یا پاداش عمل تعبیر درست از عواقب رفتار این قبیل بزه‌کاران به دست نمی‌دهد. رفتار آنان عموماً در محکمه وجدان جمعی چندان سرزنش آمیز نیز نیست تا موجب رسوایی و بدنامی آنان شود. در یک نظام تأدیبی نیز نتایجی که از اجرای مجازات بزه‌کاران سیاسی کسب می‌شود بسیار اندک است. اصلاح و تربیت به معنی تغییر رفتاری که بر پایه اعتقاد و ایمان خاصی شکل گرفته عموماً در مورد آنان بی‌نتیجه و کوششی عبث است.

با این همه، چهره همه بزه‌کاران سیاسی با چنین تصویری منطبق نیست. گروگان‌گیران، راهزنان هوایی، خرابکاران، تروریست‌ها که در روزگار ما بیش از هر زمان با توسل به شیوه‌های خشونت‌آمیز در صدد ترویج عقاید و یا تأمین منافع خود هستند، عموماً زبان دیگری برای بیان خواسته‌های سیاسی خود برمی‌گزینند. این زبان اغلب آنان را با بزه‌کاران عادی مشتبه می‌سازد. زبان خشونت گاه نشانه ناکامی و شدت درماندگی و گاه حاکی از وسوسه‌های بیمارگونه و تعصب ورزی‌های جاهلی است. از این رو، برای جلوگیری از زیان حالات خطرناک، میان این قبیل بزه‌کاران و بزه‌کاران عادی تفاوت چندانی از نظر نوع برخورد و شیوه مقابله با آنان دیده نمی‌شود.

امروزه، شمار بزه‌کاران سیاسی که بیشتر به این نوع حربه متوسل می‌شوند روبه فزونی است و بزه‌کاری آنان روز به روز سیمایی پیچیده و سهمگین پیدا کرده است. به ویژه، بزه‌کاری فردی به یک فعالیت جمعی سازمان یافته تغییر شکل داده است. افزون بر آن، این سازمان‌ها فعالیت‌های خود را فراتر از مرزها نیز گسترانیده‌اند. سوءقصد‌های سیاسی و اقدامات تروریستی که مسئولیت ارتکاب آن را این یا آن گروه یا سازمان از رسانه‌های گروهی آشکارا می‌پذیرد، در واقع فرصتی برای اعلام موجودیت و تبلیغ مشی فکری آنان پدید می‌آورد. گاه زورآزمایی‌های مستمر این سازمان‌ها با حکومت مرکزی ارتکاب جرایم مذکور را در حلقه اقدامات پیروزمندانه در یک محاصره مسلحانه و علنی اعتلاء می‌بخشد.

دیدگاه حقوقی

از این دیدگاه موضوع پراهمیت تعیین ضابطه‌ای برای تشخیص جرم سیاسی از جرم عمومی است که توافق حقوقدانان بر آن همیشه آسان و ممکن نیست. حقوقدانان در مجموع دو ضابطه اصلی با توجه به هدف‌ها و آثار جرم و نیز انگیزه بزهکار پیشنهاد کرده‌اند که متطابقاً باید آن‌ها را با هم تلفیق کرد. حاصل کار دو بیش عینی^۱ و ذهنی^۲ از جرایم گوناگونی است که گاه سیاسی و گاه عمومی قلمداد می‌گردند.

○ ضابطه عینی

بر مبنای این ضابطه، برای تعیین سیاسی بودن جرم، به موضوع و نتیجه رفتار نظر می‌افکنند بدون آنکه به انگیزه بزهکار توجه کنند. هرگاه رفتار بزهکار به سازمان و شیوه کار قوای عمومی اعم از منافع سیاسی دولت و حقوق سیاسی شهروندان آسیب و گزند وارد کند جرم سیاسی است. در سده نوزدهم، اورتولان عقیده داشت وصف سیاسی جرم با پاسخ به پرسش‌های سه گانه به این شرح مشخص می‌شود:

«چه کسی مستقیماً از جرم لطمه دیده است؟ دولت؟ چه نوع حقی از دولت ضایع شده است؟ حقی مربوط به سازمان اجتماعی و سیاسی او؟ دولت چه نفعی در سرکوبی جرم دارد؟ نفعی مربوط به این سازمان اجتماعی و سیاسی. در این صورت جرم سیاسی است.»^۳ کنفرانس بین‌المللی کپنهاک برای وحدت حقوق جزا در ۱۹۳۵ این ضابطه را در تعریف جرم سیاسی به اختصار چنین عنوان کرده است: «جرایم سیاسی به جرایمی گفته می‌شود که علیه سازمان و جریسان کار دولت و

1. Objectif

2. Subjectif

3. Ortolan (J.L.E.), *Eléments de droit pénal*, I.n° 719.

همچنین حقوقی که برای شهروندان از آن فراهم می‌آید ارتکاب یابنده^۱ بر این اساس، بخشی از جرایم مندرج در فصل اول کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) با عنوان جرایم ضلّامیت داخلی و خارجی کشور جرم سیاسی تلقی می‌شود. مانند تشکیل دسته یا جمعیت با هدف بر هم زدن امنیت کشور (ماده ۴۹۸)، جاسوسی به نحوی که به امنیت ملی صدمه وارد آورد (ماده ۵۰۲) همکاری با دول خارجی متخاصم علیه جمهوری اسلامی ایران (ماده ۵۰۸) و ... همچنین، سلب آزادی افراد ملت و یا محروم کردن آنان از حقوق مقرر در قانون اساسی از طرف هر یک از مقامات و مأمورین دولتی (ماده ۵۷۰) جرم سیاسی محسوب می‌شود.

جرایم سیاسی به آنچه در قانون مجازات اسلامی آمده است محدود نیست. جرایمی مانند تقلّب در انتخابات (ماده ۲۷ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب اسفند ۱۳۶۲ و ماده ۳۳ قانون انتخابات ریاست جمهوری اسلامی ایران مصوب تیر ۱۳۶۴) و نیز پاره‌ای از جرایم مندرج در قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح که تهدیدی علیه استقلال و امنیت کشور و یا اختلال در نحوه کار قوای دولتی شناخته شده بنا به ضابطه عینی جرم از مصادیق جرایم سیاسی است. بیش عینی این مزیت را دارد که مبنای علمی نسبتاً استواری برای مجازات بزهکار سیاسی فراهم می‌آورد. از این زاویه، بزهکار سیاسی کسی است که مرتکب جرم ماهیتاً سیاسی شده است؛ طبع زیان و گزند که وارد آورده و نیز شخصیتی که از این افعال متضرر شده خود حاکی از سیاسی بودن جرایم او است.

با این همه، در شناخت جرم سیاسی، تنها به ضابطه عینی نمی‌توان اکتفا کرد، بلکه انگیزه بزهکار را نیز در ارتکاب جرم باید منظور نمود.

○ ضابطه ذهنی

توجه به داعی و انگیزه بزهکار سبب می‌شود کسانی که مستقیماً به منافع دولت یا حقوق مردم لطمه وارد آورده ولی از احساسات پست و هواهای نفس مانند خودپسندی و جاه‌طلبی الهام گرفته‌اند بزهکار سیاسی به شمار نیایند و به عکس، همه کسانی که با اغراض سیاسی، بدون آنکه تأمین نفع شخصی منظور آنان باشد، مرتکب جرم شده‌اند، حتی اگر این جرم از جرایم عمومی باشد، بزهکار سیاسی قلمداد گردند.

بیش ذهنی قلمرو جرایم سیاسی را گسترش می‌دهد و جرم مرکب^۱ و جرم مرتبط^۲ به جرم سیاسی را نیز شامل می‌شود. جرم مرکب به جرمی گفته می‌شود که ماهیتاً عمومی است و به منافع خصوصی اشخاص زیان می‌رساند، ولی با انگیزه سیاسی ارتکاب می‌یابد. مانند سوء قصد علیه جان رهبر یا رئیس دولت یک کشور به قصد اختلال در اساس حکومت. جرم مرتبط یا وابسته به جرم سیاسی نیز جرمی است که به لحاظ عناصر تشکیل دهنده جرم، عمومی است، ولی با هدف تدارک جرم سیاسی یا برای تضمین منافع آن و یا مصون ماندن از مجازات و به طور کلی تسهیل وقوع آن ارتکاب می‌یابد. مانند غارت و چپاول اموال عمومی یا سرقت بانک‌ها به منظور کمک به مبارزان سیاسی و یا فرار دادن زندانیان سیاسی.

با این همه، در یک سده گذشته، مفهوم جرم سیاسی عمیقاً تحول یافته و از جهاتی اطلاق این مفهوم به ویژه به بعضی از جرایم عمومی محدود شده است. امروزه، بیشتر رفتارهای خشونت‌آمیز خصوصاً جرایم علیه افراد بی‌گناه به بهانه‌های سیاسی از قلمرو جرایم سیاسی حذف شده است. در بیشتر قراردادها و معاهدات دو یا چند جانبه میان کشورها، جرایمی مانند سوء قصد، کشتار جمعی و

1. Délit complexe
2. Délit connexe

آزار و صدمات عمدی با هدف‌های سیاسی که تعدی علیه حقوق بشر تلقی می‌شود جرم سیاسی شناخته نشده و یا دست کم ارفاق یا امتیازهایی که در حق بزهکاران سیاسی معمول است از مرتکبان این چنین جرایمی دریغ شده است. برای مثال، مقاله نامه ۱۹۴۸ درباره پیشگیری و مجازات جنایت کشتار جمعی، این جنایت را از لحاظ استرداد، جرایم سیاسی تلقی نکرده است.^۱ در معاهدات چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ درباره سرنوشست مجروحان، اسیران و حمایت از افراد غیرنظامی به هنگام جنگ، امکان استرداد مرتکبان جنایات مهم جنگی پیش‌بینی شده است.^۲ در معاهدات استرداد متعقد میان دولت ایران و دیگر دولت‌ها (ایتالیا، پاکستان و ترکیه) اعمالی نظیر سوء قصد به حیات رئیس کشور یا علیه یکی از اعضای خانواده او یا معاونت و یا شرکت در آن جرم سیاسی محسوب نشده است.^۳

همچنین، ماده ۸ قانون راجع به استرداد مجرمین (مصوب ۱۴ اردیبهشت ۱۳۳۹) به طور کلی سوء قصد به حیات افراد را در هیچ مورد جرم سیاسی نشناخته است.

چنانکه ملاحظه می‌شود ضوابطی که برای تمیز جرم سیاسی از جرم عمومی بیان گردید درباره هیچ یک از جرایم مذکور اعتبار ندارد. درباره ماهیت سیاسی آن دسته از جرایمی که مستقیماً علیه سازمان و اداره حکومت و با انگیزه سیاسی ارتکاب می‌یابد، یعنی هم در مفهوم عینی و هم ذهنی جامع خصوصیات یک جرم سیاسی است هیچ بحث و اختلافی میان حقوقدانان نیست. این اختلاف در جایی است که جرایم ارتکاب یافته واجد اوصاف جرم عمومی است، لیکن ملهم از انگیزه یا قصدی سیاسی است. در معاهدات دوجانبه متعقد میان دولت ایران و

۱. محمدعلی اردبیلی، کشتار جمعی، مجله حقوقی، شماره ۱۱، ص ۶۵.
 ۲. معاهدات مذکور در ۳۰ آذر ۱۳۳۴ از تصویب دولت ایران گذشته است.
 ۳. اسناد معاهدات دو جانبه ایران با سایر دول، جلد سوم، چهارم و پنجم، صص ۶۷۰-۶۷۱، ۶۷۲ و ۶۷۱-۶۷۰.

دیگر دولت‌ها این قبیل جرایم که با جرم سیاسی مرتبط است با جرم سیاسی محض در یک ردیف قرار گرفته و از شمول مقررات استرداد مستثنی گردیده است. با این همه، در خصوص سیاسی قلمداد کردن جرایم مذکور در نظام کیفری کشور ما محدودیت‌هایی به چشم می‌خورد. از جمله در اجرای بند یک ماده ۸ کنوانسیون جلوگیری از اعمال غیرقانونی علیه امنیت هواپیمایی کشوری^۱ (مونتروال ۲۳ سپتامبر ۱۹۷۱) و نیز بند یک ماده ۸ کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات جرایم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی من جمله مأمورین سیاسی^۲ (نیویورک ۱۴ دسامبر ۱۹۷۳)، دولت ایران جرایمی مانند به مخاطره افکندن امنیت هواپیما در حال پرواز و همچنین هرگونه عمل خشونت‌آمیز علیه شخص مورد حمایت بین‌المللی را در شمار جرایم قابل استرداد شناخته است، هر چند که با انگیزه سیاسی ارتکاب یافته باشد. با این اوصاف، چنین می‌نماید که دست‌کم در حقوق استرداد اهمیت جرم در طرز تلقی از سیاسی و یا عمومی بودن آن ضابطه‌ای مهم محسوب می‌شود. یکی از اوصافی که می‌توان آن را مبنای قضایی برای ضابطه اهمیت جرم شناخت و حثیانه یا خشن بودن آن است. ماده ۸ قانون راجع به استرداد مجرمین به این ویژگی چنین اشاره می‌کند: «در مورد اختلاف و جنگ‌های داخلی استرداد مورد قبول واقع نخواهد شد مگر آنکه اعمالی که ارتکاب یافته و حثیانه و یا مخالف مقررات جنگ باشد که در این صورت استرداد پس از خاتمه جنگ‌های داخلی قابل قبول خواهد بود.» در عرصه بین‌المللی نیز تمایلی وجود دارد که اعمال بسیار خشونت‌آمیز از قلمرو جرم سیاسی حذف شود.^۳ از این رو، می‌توان ضابطه خشونت را به ویژه هنگامی که علیه انسان‌های بی‌گناه هدایت شده و یا نسبت به اموال با ایجاد خطر آتش‌سوزی، تخریب و انفجار اظهار شده باشد، به طوری که هیچ ضرورتی

۱. دولت ایران بر طبق ماده واحده مصوب ۷ خرداد ۱۳۵۲ به این کنوانسیون ملحق شده است.
۲. دولت ایران بر طبق ماده واحده مصوب ۲۶ اردیبهشت ۱۳۵۷ به این کنوانسیون ملحق شده است.
۳. ژرژ لواسور، مسأله جرم سیاسی در حقوق استرداد مجرمین، ترجمه مصطفی رحیمی، مجله کانون وکلا، شماره ۱۵۲-۱۵۳، ص ۲۷۷.

ارتکاب آن‌ها را توجیه نکند و این رفتار تهدیدی علیه حیات اشخاص به شمار رود، مرز مناسبی برای سیاسی بودن این جرایم تلقی کرد. زیرا، خشونت‌آمیزی این رفتارها وصف سیاسی بودن آن را متغی می‌سازد. به بیان دیگر جرایم سیاسی شامل اعمالی که بزه‌کاران یا هر نوع ایمان و اندیشه به ابزار و شیوه‌های ناپذیرفتنی برای رسیدن به مقاصد خود متوسل می‌شوند، نمی‌گردد.

۲. فواید حاصل از تشخیص جرایم سیاسی

تشخیص جرم سیاسی از جرایم عمومی فوایدی چند در بردارد که هم در عرصه حقوق کیفری بین‌الملل و هم حقوق کیفری داخلی متجلی است.

حقوق کیفری بین‌الملل

در عرصه روابط میان دولت‌ها سستی پایدار از یک سده پیش شکل گرفته است که استرداد بزه‌کاران سیاسی را منع می‌کند. دلیل‌های منع استرداد متعدد است. لیکن آنچه بیش از همه قاعده منع استرداد بزه‌کاران سیاسی را تقویت می‌کند توجه به انگیزه‌های نیک و آرمان‌های والای بزه‌کاران است. بزه‌کاران سیاسی عموماً به دلیل ظلم و جور حکومت‌ها و مبارزه برای احقاق حقوق مردم مرتکب جرم می‌شوند. از این رو، گاه دشوار می‌توان به رفتار آن‌ها نسبت فساد و تبهکاری داد. در این حال، استرداد آنان دور از عدالت و انصاف است.^۱

دولت ایران قاعده منع استرداد بزه‌کاران سیاسی را در روابط خود با کشورهایی که قرارداد استرداد با آنان امضا کرده پذیرفته است.^۲ اعطای حق پناهندگی به آنان نیز با رعایت شروطی به موجب اصل یکصد و پنجاه و پنجم قانون اساسی بلامانع است. همچنین، بند ۲ ماده ۸ قانون راجع به استرداد

۱. برای مطالعه بیشتر بنگرید به: محمدعلی اردبیلی، مفهوم جرم سیاسی در ضرب، در: رئیس جمهور و مسؤولیت اجرای قانون اساسی، به کوشش حسین مهرپور، تهران، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۰، صص ۲۸۴-۲۷۳.

۲. ر.ک. به اسناد معاهدات دو جانبه ایران با سایر دول.

مجرمین با قبول این قاعده حقوق بین الملل، استرداد بزهکار سیاسی را به دولت متقاضی مردود شناخته است. افزون بر آن، به موجب بند مذکور هرگاه از اوضاع و احوال قضیه معلوم گردد تقاضای استرداد به منظور سیاسی است دولت ایران از استرداد بزهکار خود داری خواهد کرد. رد تقاضای استرداد به این دلیل است که دولت‌ها نتوانند با توسل به حیل، بزهکارانی را که به ظاهر به اتهام جرم عمومی تقاضای استرداد آنان را نموده‌اند بنا به جهات سیاسی محاکمه و به کیفر برسانند.

حقوق کیفری داخلی

فوائد تشخیص جرایم سیاسی از جرایم عمومی هم به لحاظ صلاحیت دادگاه‌ها و آیین رسیدگی و هم به لحاظ مجازات‌ها و آثار و نحوه اجرای آن بیش از همه در عرصه حقوق کیفری داخلی نمایان است.

به موجب اصل یکصد و شصت و هشتم قانون اساسی، رسیدگی به جرایم سیاسی باید «در محاکم دادگستری» صورت گیرد. بنابراین اصل، هیچ یک از دادگاه‌هایی که خارج از نظام قضایی تأسیس یافته و یا بر طبق اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی که تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آن‌ها را منوط به حکم قانون کرده است، بر مبنای قانون تشکیل نشده باشد صالح برای رسیدگی به جرایم سیاسی نیست.

بر طبق ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۴ اسفند ۱۳۹۲) به جرایم سیاسی در دادگاه کیفری یک مرکز استان محل وقوع جرم رسیدگی می‌شود. این دادگاه با حضور رئیس و دو مستشار برگزار می‌گردد (ماده ۲۹۶ ق.آ.د.ک.) و با حضور «هیأت منصفه» رسمیت می‌یابد (ماده ۳۰۵ ق.آ.د.ک.). مرجع تجدیدنظر از احکام این دادگاه، دیوان عالی کشور است (ماده ۴۲۸ ق.آ.د.ک.).

همچنین، رسیدگی به جرایم سیاسی «علنی» (ماده ۳۰۵ ق.آ.د.ک.) است. علنی بودن محاکمات سیاسی برخلاف محاکمات عمومی که علنی بودن آن به

تشخیص دادگاه، ممکن است منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد به هیچ شرطی مقید نیست. علنی بودن رسیدگی امتیازی است که قانون برای متهمان سیاسی شناخته است تا بی‌طرفی قاضی و صحت روند دادرسی به معرض داوری عموم گذاشته شود.

افزون بر آن، اصل یکصد و شصت و هشتم قانون اساسی رسیدگی به جرایم سیاسی را فقط با «حضور هیأت منصفه» معتبر دانسته است. حضور هیأت منصفه که متشکل از آحاد مردم با گرایش‌های فکری و عقاید گوناگون است محاسن انکارناپذیری دارد که نهایتاً به شأن و اعتبار رأی دادگاه می‌افزاید. نخست، داوری درباره موضوع جرم که به عهده عموم مردم نهاده شده است قاضی دادگاه را از یک سویه‌نگری درباره قضایایی که بخشی از آن به حقوق و آزادی‌های سیاسی مردم بر می‌گردد باز می‌دارد. برای مثال، بهترین شیوه فضاوت درباره اینکه آیا فلان کار فعالیت تبلیغی به نفع گروه‌ها و سازمان‌های مخالف نظام است، کسب نظر از هیأت منصفه به عنوان نماینده افکار عمومی است. دوم، رأی دادگاه در این قبیل دادرسی‌ها عمدتاً قوت و وجاهت خود را از تأیید نظریات عموم مردم کسب می‌کند، وگرنه فاقد اعتبار است و بسا ممکن است فعالیت متهم در افکار عموم مقبول جلوه کند. بنابراین، برای آنکه نظام عدالت کیفری به نقض بی‌طرفی متهم نشود مشارکت مردم در امر قضا مفید می‌باشد.

در بیشتر نظام‌های کیفری که قانونگذاران تمایز میان جرم سیاسی و جرم عمومی را پذیرفته‌اند، مهمترین آثاری که بر آن بار کرده‌اند تقلیل و تخفیف مجازات بزهکاران سیاسی و کاستن از آثار و تبعات محکومیت کیفری و به طور کلی حفظ شؤون انسانی در اجرای مجازات‌ها است. برای مثال، اغلب نظام‌های حقوقی مبتنی بر دوگانگی جرم سیاسی و جرم عمومی مجازات اعدام را در جرایم سیاسی لغو کرده و یا به طور کلی اجرای مجازات‌های ترحیمی و یا ترحیمی را در حق محکومان سیاسی جایز ندانسته‌اند.

در دوران محکومیت نیز شیوه برخورد با بزهکاران سیاسی عموماً با بزهکاران

عادی متفاوت است. برای مثال، زندانیان سیاسی را نمی‌توان به هیچ وجه به کار واداشت^۱ و یا به پوشیدن لباس زندان موظف کرد و یا از خوردن غذای مورد علاقه خود که بیرون از زندان تهیه می‌شود محروم نمود. زندانی سیاسی روی هم رفته در طول دوران محکومیت از امتیازهایی مانند دسترسی به کتاب و روزنامه و ملاقات‌های روزانه برخوردار است که در حق محکومان عادی عموماً معمول نیست.

نکته دیگر آنکه در نظام‌های ارفاقی محکومیت سیاسی، اصولاً هیچ گونه اثری بر این گونه محکومیت‌ها مترتب نیست. به عبارت دیگر، ارتکاب جرم سیاسی هیچ گونه سابقه کیفری برای محکوم علیه محسوب نمی‌شود.^۲ افزون بر آن، زمان لازم برای نیل به اعاده حیثیت برای محکومان سیاسی کمتر از محکومان جرایم عمومی است.^۳ محکومیت به اتهام جرایم سیاسی برخلاف جرایم عمومی اساساً متضمن هیچ گونه محرومیت از حقوق اجتماعی نیست. به این معنی که نمی‌توان محکومان سیاسی را پس از تحمل مجازات از حقوق اجتماعی مانند حق انتخاب شغل و اشتغال به مشاغل آموزشی یا روزنامه‌نگاری، وکالت و عضویت در انجمن‌ها و شوراهای محروم نمود.

وجه بارز نظام ارفاقی در جرایم سیاسی را بار دیگر در عفو محکومان می‌توان مشاهده کرد. چون محکومان سیاسی سزاوار ارفاق بیشتریند، با قید و شرط کمتر از

۱. قانون راجع به وادار نمودن محبوسین غیرسیاسی به کار (مصوب ۱۲ اسفند ۱۳۱۴) که با تصویب قانون پس از آن نسخ شد در این باره صراحت می‌داشت.
 ۲. ماده ۲۶ قانون مجازات عمومی (اصلاحی ۵۲) در این باره مقرر می‌داشت: «احکام تکرار جرم درباره اشخاصی که به علت ارتکاب جرم سیاسی محکوم شده‌اند جاری نخواهد شد».
 ۳. به موجب ماده ۵۸ قانون مجازات عمومی: «در مورد جرایم سیاسی کسانی که به مجازات جنه‌ای محکوم می‌شوند ظرف یک سال و کسانی که به مجازات جنایی محکوم می‌شوند ظرف پنج سال از تاریخ اتمام مجازات حبس یا شمول مرور زمان در صورتی که محکومیت به جنایت و جنحه مؤثر جدیدی نداشته باشند به اعاده حیثیت نائل می‌گردند مگر اینکه در قانون ترتیب دیگری مقرر شده باشد». مذکور در مورد جرایم عمدی کسانی که به حبس جنه‌ای محکوم می‌شدند پنج سال و کسانی که به حبس جنایی محکوم می‌شدند به موجب ماده ۵۷ قانون مذکور ده سال از تاریخ اتمام مجازات پیش‌بینی شده بود.

محکومان جرایم عمومی مشمول عفو قرار می‌گیرند.^۱ چنانکه پیشتر گفته شد، به طور کلی دلیل آنکه افکار عمومی محکومان سیاسی را از رأفت و اغماض خویش بیشتر بهره‌مند می‌سازند آرمان‌خواهی و انگیزه‌های بی‌آلایش مرتکبان این گونه جرایم است. به رغم آنکه واضعان قانون اساسی به این جنبه از رفتار بزه‌کاران سیاسی توجه داشته و در واقع خواسته‌اند وضع مساعدتری برای آنان فراهم کنند، ولی قانونگذار با انتخاب رویکردی مبتنی بر ملاحظات امنیتی، بسیاری از رفتارهای سیاسی را به عنوان جرم با واکنشی شدید توأم ساخته است.

(ب) جرایم نظامی و جرایم عمومی

در همه کشورها وظیفه پاسداری از استقلال و تمامیت ارضی از دیرباز به افراد نظامی و استقرار نظم و امنیت و تأمین آسایش عمومی به نیروهای انتظامی سپرده شده است. اجرای این وظایف خطیر اقتضا می‌کند که نظم و انضباط بیش از همه در این نهادها سایه گسترد و نظامیان ابتدا خود تابع اصولی باشند که از آن دفاع می‌کنند. به این دلیل انتظار جامعه از نظامیان در ادای تکالیفشان که باید متضمن فضائلی مانند درستکاری، رازداری، هشیاری و پیروی از دستور مقام مافوق باشد آنچنان است که کوچک‌ترین تخطی را قابل چشم‌پوشی نمی‌داند و خواهان مجازات‌هایی شدید است. زیرا، زیان و پیامدهای گاه جبران ناپذیر این گونه تخطی‌ها که ممکن است مبتنی بر ترک مسؤولیت و یا درک نادرست از وظیفه باشد در مواردی سرنوشت کشوری را در معرض تهدید قرار می‌دهد. از این رو، جرایم خاص نظامیان شباهتی به تخلفات انتظامی از مقررات اداری سایر

۱. بر طبق ماده ۵۶ قانون مجازات عمومی: «در مورد جرائم سیاسی تمام یا قسمتی از مجازات و در سایر جرائم قسمتی از مجازات محکومین به حکم قطعی به ترتیب زیر ممکن است مورد عفو ملوکانه قرار گیرد... تبصره: در جرائم سیاسی عفو ملوکانه ممکن است شامل مجازات تبعی و تکمیلی هم باشد ولی در سایر جرائم فقط مجازات اصلی مورد عفو قرار می‌گیرد».

سازمان‌های دولتی دارد^۱ که باید از جرایم عمومی باز شناخت. در واقع، حقوق جزای نظامی تابع قواعدی است متفاوت از قواعد حقوق جزای عمومی، چه به لحاظ دادرسی و چه به لحاظ ماهیت بعضی از مجازات‌ها و نیز آثار محکومیت‌های کیفری که منشاء آن همان طرز تلقی دگرگونه از رفتار نظامیان است. این بازشناسی را می‌توان با تعیین ضابطه‌ای تعمیق و آثار و فواید آن را بهتر مطالعه کرد. ادامه این مبحث به این موضوع اختصاص دارد.

۱. ضابطه تشخیص جرایم نظامی

درباره این سؤال که ماهیت جرایم نظامی چیست و چگونه از جرایم عمومی تمیز داده می‌شوند، یافتن پاسخ، دست کم در مورد یک دسته از جرایم نظامیان شاید چندان دشوار نباشد و آن جرایمی است که فقط نظامیان قادر به ارتکاب آن هستند. لیکن درباره نظامی بودن بعض جرایم عمومی که نظامیان هم ممکن است به ارتکاب آن متهم شوند تردید وجود دارد. در یک تعریف عام از این دسته از جرایم، جرم نظامی عبارت است قصور نظامیان در حفظ انضباط و تخلف از وظایف ارتش که به مناسبت شغل به آن‌ها محول شده است. وظایف نظامیان را نیز قانون برحسب چگونگی نیاز سازمان نیروهای مسلح تعیین نموده است. بنابراین، اگر نظامی وجوه یا اشیاء و لوازمی را که بر حسب وظیفه به او سپرده شده است به نفع خود برداشت و تصاحب کند مرتکب جرم نظامی شده است. همچنین، اگر نظامی اسناد یا تصمیمات طبقه‌بندی شده را در اختیار کسانی که صلاحیت اطلاع نسبت به آن را ندارند قرار دهد به اتهام جرم نظامی تعقیب می‌شود.

۱. با این همه، در کنار جرایم خاص نظامی تخلفات انضباطی دیگری وجود دارد که تابع مقررات و آیین‌نامه‌های ارتش با ضمانت‌های اجرای خاصی مانند توبیخ، خدمت شبانه‌روزی، بازداشت و کسر حقوق است (ماده ۱۰۳ قانون ارتش جمهوری اسلامی ایران مصوب ۷ مهر ۱۳۶۶ و ماده ۱۱۷ آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران مصوب ۲۰ دی ۱۳۶۹).

از سوی دیگر، اصل یکصد و هفتاد و دوم قانون اساسی در تعیین صلاحیت محاکم نظامی از «جرایم مربوط به وظایف خاص نظامی یا انتظامی اعضاء ارتش، ژاندارمری، شهربانی و سپاه پاسداران انقلاب اسلامی» نام برده است. در این باره که جرایم مربوط به وظایف خاص نظامی یا انتظامی چیست، شورای نگهبان در پاسخ به استعلام شورای عالی قضایی (سابق) چنین اظهار نظر کرده است: «مفهوم کلی جرایم مربوط به وظایف خاص نظامی و انتظامی روشن است و محتاج به تفسیر نیست و منظور تخلفاتی است که مأمور نظامی یا انتظامی در ارتباط با وظایف خاص خود مرتکب می‌شود و وظایف خاص و حدود آن را قانون عادی معین می‌نماید»^۱ چندی پس از آن، به هنگام تصویب قانون (لایحه) دادرسی نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران، شورای نگهبان با اعلام مغایرت ماده ۱ لایحه پیشنهادی با قانون اساسی استنباط خود را از اصل یکصد و هفتاد و دوم به این شرح اعلام نمود: «مستفاد از اصل ۱۷۲ قانون اساسی این است که نفس تخلف از وظایف خاص نظامی و انتظامی مثل ترک سنگر و فرار از جبهه و ترک نگهبانی جرم است و صلاحیت رسیدگی به این جرایم با محاکم نظامی است. علی‌هذا صلاحیت محاکم نظامی برای رسیدگی به جرایمی مثل قتل که در ارتباط با این وظایف واقع می‌شود و از جرایم عمومی محسوب است مغایر با قانون اساسی است»^۲ در واقع، از دیدگاه شورای نگهبان، جرایم (خاص) نظامی جرایمی است که افراد غیرنظامی قادر به ارتکاب آن نیستند، مانند خوابیدن در حین نگهبانی، فرار از خدمت و نظایر آن. سایر جرایم مانند اختلاس و جعل اسناد که از جرایم عمومی محسوب می‌شوند در دایره تعریف قرار نمی‌گیرند. این بیش از جرایم نظامی با آنچه پیشتر در قانون اعاده صلاحیت مراجع قضایی دادگستری (مصوب ۸ اردیبهشت ۱۳۵۸) پذیرفته شده بود سازگاری نداشت. تبصره ۳ (الحاقی

۱. جلال‌الدین مدنی، حقوق اساسی در جمهوری اسلامی ایران، ج ۴، ص ۴۴۷.

۲. مجموعه نظریات شورای نگهبان، ج ۱، ص ۶۵۴.

مصوب ۳ آذر ۱۳۵۸) ماده واحده قانون مذکور در توضیح جرایم مربوط به وظایف خاص نظامی مقرر می‌داشت: «منظور از جرایم مربوط به وظایف خاص نظامی جرایمی است که افسران و درجه‌داران و افراد و کارمندان وزرات دفاع و ارتش به سبب خدمت در سازمان یا واحد نظامی مربوطه مرتکب شده باشند.» آشکار است که به موجب این ماده جرایم نظامی به همان جرایم ماهیتاً نظامی منحصر و محدود نمی‌گردد و این همان دیدگاهی است که قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح (مصوب ۹ دی ۱۳۸۲) به طور ضمنی پذیرفته است. به استناد این قانون جرم نظامی جرمی است که به سبب خدمت نظامی یا در حین خدمت نظامی و به سبب آن ارتکاب یافته باشد. بر این اساس، جرایمی مانند تیراندازی منجر به جرح و قتل در حین آموزش و یا نگهداری، اختلاس و یا رشاء و ارتشاء در ارتباط با وظایف سازمانی جرایم نظامی قلمداد می‌شوند. لیکن سایر جرایم عمومی افسران نیروهای مسلح و مأموران انتظامی که با وظایف و مسؤولیت‌های نظامی آن‌ها مرتبط نیست جرم عمومی به شمار می‌رود. قانون اساسی، جرایم عمومی نظامیان و نیروهای انتظامی را که در مقام ضابط دادگستری مرتکب می‌شوند نیز در ردیف جرایم عمومی قرار داده است.

عقیده بعضی حقوقدانان بر این است که جرایم نظامیان مانند اختلاس و ارتشاء ولو به مناسبت شغل هم ارتکاب یافته باشد جرم نظامی نیست.^۱ این عقیده با تفسیر شورای نگهبان از اصل یکصد و هفتاد و دوم قانون اساسی که در وضع قوانین عادی نادیده گرفته شده دقیقاً منطبق است.

۲. فواید حاصل از تشخیص جرایم نظامی

فواید حاصل از تشخیص جرم نظامی از جرایم عمومی را می‌توان هم از حیث روابط میان دولت‌ها یعنی حقوق بین‌الملل و هم از حیث موازین حقوق

۱. مرتضی محسنی، دوره حقوق جزای عمومی، پدیده جنایی، ج ۲، ص ۳۵۰.

داخلی یعنی مقررات مربوط به صلاحیت محاکم و تعیین مجازات‌ها و آثار آن‌ها به این شرح بررسی کرد:

حقوق کیفری بین‌الملل

تقریباً در تمام معاهدات استرداد و تعاون قضایی میان دولت ایران و دیگر دولت‌ها قاعده منع استرداد نظامیان به اتهام جرایم خاص نظامی پذیرفته شده است.^۱ در اغلب کشورها جرایم نظامی با این شرط که از جرایم عمومی نباشد بیش و کم از امتیازهای جرم سیاسی برخوردار است. زیرا، در جرایمی مانند تخلف و سرپیچی از تکالیف نظامی، لغو دستور فرماندهان، ترک خدمت و نظایر آن ممکن است انگیزه‌های نیک و سیاسی نهفته باشد. در مواردی جرایم مذکور جلوه‌ای کاملاً سیاسی پیدا می‌کند. به عبارت دیگر با انگیزه سیاسی علیه حاکمیت و منافع سیاسی دولت ارتکاب می‌یابد. از این رو، بر اساس رسم و سنت دیرینه بین‌المللی این قبیل جرایم از مقررات مربوط به استرداد مستثنی هستند. ماده ۸ قانون راجع به استرداد مجرمین (مصوب ۱۴ اردیبهشت ۱۳۳۹) نیز ضمن احصاء موانع استرداد مقرر داشته است که هرگاه جرم ارتكابی از جرایم نظامی باشد استرداد پذیرفته نخواهد بود.

اما درباره آن دسته از جرایمی که به موجب حقوق جرایم بین‌الملل ممکن است نظامیان به ارتکاب آن متهم شوند، به ویژه در جنگ‌ها و در درگیری‌های مسلحانه مانند نقض عرف و عادات بین‌المللی مربوط به جنگ و یا نقض حقوق بشردوستانه و یا کشتار جمعی و نظایر آن استرداد در همه احوال پذیرفته است. قانون راجع به استرداد مجرمین این فرض را در بند ۲ ماده ۸ این چنین پیش‌بینی نموده است: «در مورد اختلاف و جنگ‌های داخلی استرداد مورد قبول واقع نخواهد شد مگر آنکه اعمالی که ارتکاب یافته وحشیانه و یا مخالف مقررات جنگ باشد که

۱. اسناد معاهدات دو جانبه ایران با سایر دول.

در این صورت استرداد پس از خاتمه جنگ‌های داخلی قابل قبول خواهد بود.»

حقوق کیفری داخلی

در عرصه حقوق کیفری داخلی آنچه از تفکیک میان جرایم نظامی و جرایم عمومی به دست می‌آید آثاری است که در قلمرو صلاحیت محاکم، مجازات‌ها و تبعات کیفری مشهود است.

به موجب اصل یکصد و هفتاد و دوم قانون اساسی برای رسیدگی به جرایم مربوط به وظایف خاص نظامیان «محاکم نظامی» مطابق قانون تشکیل می‌گردد. محاکم نظامی مرجع قضایی کیفری اختصاصی قلمداد می‌شوند و از حیث سازمان و تشکیلات دادرسی متفاوت از نظام قضایی دادگاه‌های عمومی است. به تصریح ماده ۵۸۲ قانون آیین دادرسی جرایم نیروهای مسلح ج.ا.ا. و دادرسی الکترونیکی (مصوب ۸ مهر ۱۳۹۳) دادگاه‌های نظامی به دادگاه‌های نظامی یک و دو و دادگاه تجدیدنظر نظامی تقسیم می‌شوند و هر یک از این دادگاه‌ها دارای همان وظایف، اختیارات، صلاحیت و تعداد اعضا هستند که برای دادگاه‌های کیفری یک و دو و تجدیدنظر استان مقرر شده است، جز در مواردی که به نحو دیگری به موجب قانون درباره آنها تعیین تکلیف شود (ماده ۵۸۳).

در معیت دادگاه‌های نظامی، دادرسی نظامی انجام وظیفه می‌کند و مرکب است از دادستان و به تعداد کافی بازپرس و دادیار که تکالیف هر یک را قانون آیین دادرسی کیفری تعیین کرده است.

هم‌چنانکه گفته شد، در کنار صلاحیت ذاتی محاکم نظامی به دلیل ماهیت نظامی جرایم، دادگاه‌های نظامی به اعتبار سمت مرتکب دارای صلاحیت شخصی است و خود را در رسیدگی به جرایم عمومی مربوط به وظایف نظامیان و جرایمی که در محدوده واحدهای نظامی ارتکاب می‌یابد شایسته می‌داند. ماده ۱ قانون مجازات نیروهای مسلح فرد نظامی را شامل کلیه کارکنان ارتش، سپاه پاسداران، اعضای بسیج، نیروهای انتظامی، کارکنان وظیفه، کارکنان وزارت دفاع

و پشتیبانی نیروهای مسلح و همچنین کارکنان ستاد کل نیروهای مسلح و سازمان‌های وابسته می‌داند.

جرایم نظامی تنها به اعتبار صلاحیت دادگاه‌های رسیدگی کننده به این جرایم نیست که از جرایم عمومی متمایز است، بلکه نظام کیفری جرایم نظامی نیز از وجوه تمایز این قبیل جرایم از جرایم عمومی به شمار می‌رود. مجازات‌های اضافه خدمت که قانونگذار در مقام تخفیف مجازات کارکنان وظیفه پیش‌بینی کرده است، تنزیل درجه یا محرومیت از ترفیع در حق کارکنان پایور (مواد ۴ و ۵ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح) در زمره مجازات‌های خاص نظامیان محسوب می‌شود و فقط نسبت به این گروه قابل اجرا است.

بعض کیفرهای تنیمی (تکمیلی) نیز مانند منع اشتغال به خدمت در نقطه یا نقاط معین (ماده ۱۵) از کیفرهایی است که فقط درباره محکومان نظامی مصداق پیدا می‌کند. تفاوت دیگر، از حیث آثار و تبعات محکومیت‌های کیفری است؛ اخراج محکومان نظامی از نیروهای مسلح (ماده ۱۲) کیفری تبعی است که در صورت محکومیت به اتهام جرایم خاص و یا کیفر حدود و حبس غیر تعلیقی زائد بر پنج سال بدون آنکه نیازی به تصریح آن در حکم باشد به اجرا در می‌آید. در دادگاه‌های نظامی مدعی خصوصی نمی‌تواند ضرر و زیان خود را مطالبه کند. برای این موضوع ناگزیر باید دادخواست خود را به دادگاه‌های عمومی تسلیم نماید.

گفتار دوم: طبقه‌بندی جرایم بر حسب عنصر مادی

رفتار مادی که شرط ضروری تحقق جرم است صورت‌های گوناگونی به خود می‌گیرد؛ گاه به صورت فعل و گاه به صورت ترک فعل نمودار می‌شود، گاه در زمانی کوتاه و گاه در زمانی مدید دوام می‌یابد. تحقق بعضی دیگر جرایم تابع دفعات و تکرار فعل مادی است. در تعریف بعضی جرایم نتایج معینی ملحوظ شده است. در حالی که در تحقق دسته دیگری از جرایم نتیجه به هیچ وجه شرط نیست. گاه اتفاق می‌افتد که جرم در مرنی و منظر عموم واقع می‌شود و در نتیجه اثبات آن را آسان می‌گرداند. همه این اوصاف و عوارض منشاء طبقه‌بندی‌های متعددی است که در تعیین احکام کیفری مؤثر است. برخی از این احکام را در گفتارهای پیشین بررسی کردیم. در این گفتار در ضمن یادآوری عناوین مطالب در مباحث گذشته به طبقه‌بندی‌های رایج دیگری اشاره و به بیان نکته‌های ناگفته در این باره بسنده می‌کنیم.

الف) طبقه‌بندی جرایم به اعتبار شیوه ارتکاب آن

جرایم به اعتبار شیوه ارتکاب آن به فعل و ترک فعل تقسیم می‌شوند؛ یعنی گاه رفتار مجرمانه ارتکاب فعلی است که قانونگذار آن را نهی کرده و یا ترک فعلی که به انجام دادن آن امر نموده است. دوام رفتار مجرمانه نیز از ویژگی‌های فعل مادی است. زمان آغاز و انجام فعل در جرایم متفاوت است. دانستن زمان وقوع و تحقق جرم از حیث تعیین قانون حاکم و آغاز مرور زمان و همچنین صلاحیت دادگاه مهم است. هرگاه جرم اعم از جرم ناشی از فعل و یا جرم ناشی از ترک فعل در فاصله زمانی کوتاه آغاز شود و اندکی پس از آن به پایان رسد آن را جرم آنی گویند. ولی اگر تحقق جرم منوط به سپری شدن زمانی مدید اعم از چند روز یا چند هفته و یا حتی چند ماه باشد جرم مستمر و تابع احکام زمان و مکان انقطاع جرم است.

در تحقق بعضی جرایم، فعلی ساده که از قصدی واحد نتیجه شده باشد کفایت می‌کند، مانند ربودن مال دیگری و یا ایراد ضرب هر چند ضربات در یک زمان، متعدّد باشد. در برابر این گروه از جرایم که جرم ساده نامیده می‌شود، جرایمی وجود دارد که مرآت و دفعات ارتکاب فعل در توصیف مجرمانه شرط شده است. هرگاه افعال متعدّد به گونه‌ای ارتکاب یابد که عادت مرتکب از آن استنباط شود جرم به عادت است. در کنار جرم به عادت جرم مرکب که از چند فعل جداگانه و ناهم‌اند تشکیل شده است قرار دارد.

هم‌چنانکه گفته شد، چگونگی رفتار مادی، دوام و دفعات آن در تعیین حکم قابل اجرا مؤثر است.^۱ تشخیص جرایم از یکدیگر به لحاظ طبع و گاه عوارضی که جرم پیدا می‌کند همیشه آسان نیست. برای مثال، عدم ثبت واقعه ازدواج (ماده ۶۴۵ ق.م.ا، تعزیرات) از جمله جرایم ترک فعل است که آثار آن در طول زمان استمرار می‌یابد. آیا جرم مذکور تابع مقررات جرم آنی است و یا مستمر؟ مسأله‌ای که یک بار دیگر در مبحث تعیین زمان وقوع جرم برای اجرای قانون حاکم مطرح گردید. این بار از نظر تعیین مدت مرور زمان سؤال این است که جرم عدم ثبت واقعه ازدواج از همان لحظه عقد ازدواج تحقق می‌یابد و در صورت عدم تعقیب کیفری مرور زمان از همان لحظه آغاز می‌گردد و یا از زمان فرضاً کشف جرم؟ پاسخ این سؤال را دیوان عالی کشور در احکام متعدّدی که صادر کرده چنین داده است (حکم شماره ۶۰-۱۶۷/۲۹ و ۱۲۵-۱۷/۱۳۱): «از مواد مربوط به قانون ازدواج و قانون ثبت احوال استمرار تکلیف شوهر برای اطلاع دادن واقعه ازدواج پس از انقضای مدت مقرر استنباط نمی‌شود و از این رو در صورت گذشتن زمانی که به موجب ماده ۵۱ قانون کیفر عمومی مقرر است موضوع مشمول مرور زمان خواهد شد.» به عبارت دیگر جرم عدم ثبت واقعه ازدواج

۱. برای دانستن نحوه تفکیک جرایم از حیث مامت، دوام و شمار رفتار مادی به گفتار دوم فصل نخست کتاب مراجعه کنید.

۲. احمد متین، مأخذ پیشین، ص ۹۹.

جرمی آنی است.

ب) طبقه‌بندی جرایم به اعتبار نتیجه ارتکاب آن

هم‌چنانکه پیشتر پیرامون جرم مقید و جرم مطلق توضیح دادیم قانونگذار در تحقق بعض جرایم نتیجه خاصی را شرط کرده که بدون حصول این نتیجه نمی‌توان جرم را جرم کامل به شمار آورد. در حالی که در دسته دیگری از جرایم چنین نتیجه‌ای را ملحوظ نداشته و نفس ارتکاب فعل را صرف‌نظر از نتیجه آن جرم کامل دانسته است. مهم‌ترین ثمره این تقسیم‌بندی همانا مسأله شروع به جرم و چگونگی انصراف فاعل از ارتکاب آن است. سؤالی که بعض حقوقدانان مطرح کرده‌اند دقیقاً این است که آیا شروع به جرم در جرایم مطلق مصداق دارد؟ آیا اگر کسی شروع به جرمی مطلق کند می‌تواند از ارتکاب آن انصراف حاصل نماید؟ برای مثال، بنا به نظریه دیوان عالی کشور جرم استفاده از سند مجعول جرمی است مطلق. در رأی یکی از شعب دیوان آمده است (حکم شماره ۲۱۸۴ - ۱۸/۹/۱۳): «اگر کسی ورقه مجعول متسبب به طرف خود را به دادگاه حقوق برای استفاده بدهد و مجموعیت آن در نظر دادگاه ثابت گردد نمی‌توان (به عنوان اینکه مجموعیت سند محرز شده و فایده نبخشیده) او را تبرئه نمود چه آنکه به محض تقدیم سند مجعول به دادگاه و استناد به آن بر علیه طرف عمل استفاده از سند تمام شده محسوب است خواه آن سند مفید واقع شده و فایده از آن حاصل گردد یا آنکه به واسطه ثبوت جعلیت فایده از آن عائد نگردد.» حال در این مثال، اگر تصور کنیم در هنگامی که مرتکب قصد تقدیم سند مجعول به دادگاه را داشته باشد (فرضاً در لحظه‌ای که بنا به تقاضای مرتکب قاضی دستور ثبت سند را به عنوان جزء منضم به پرونده صادر می‌کند)، قاضی به مجعول بودن سند واقف گردد، در حالی که هنوز در جلسه دادرسی برگه جعلی مسند حقی قرار

۱. احمد متین، مجموعه رویه قضایی، قسمت کیفری، ص ۱۱۶.

نگرفته است، آیا نمی‌توان مرتکب را به این دلیل که به واسطه عامل خارج از اراده، قصدش معلق مانده است (ماده ۱۲۲ ق.م.ا.) به اتهام شروع به جرم استفاده از سند مجعول تحت تعقیب قرار داد؟ اگر لحظاتی پس از ثبت سند، مرتکب از کرده خود پشیمان و مصرّ به استرداد آن شود آیا نمی‌توان او را به این دلیل که جرم را به میل خود ترک کرده است (ماده ۱۲۴ ق.م.ا.) از تعقیب کیفری معاف دانست؟ به عقیده بعض حقوقدانان، جرم مطلق را می‌توان شروع به جرمی که به صورت جرم کامل نمایان می‌شود تحلیل و برای آن نیز شروعی تصور کرد. زیرا، شروع به جرم نیز بدون آنکه به نتیجه‌ای منتهی شود خود جرم است. در نتیجه، آنچه اورتولان آن را «شروع به شروع جرم» می‌نامد پیش خواهد آمد. در این جا، شروع به اجرا اندکی زودتر از شروع به اجرا در جرایم مقید و عملاً در مرحله عملیات مقدماتی تحقق می‌یابد. بنابراین، در این مرحله که با شروع به جرمی بعید مقارن است، انصراف ارادی فاعل ممکن است موجب معافیت او از مجازات گردد.^۲

پ) طبقه‌بندی جرایم به اعتبار لحظه مشاهده عنصر مادی

سرانجام در تقسیم‌بندی دیگری مبتنی بر عنصر مادی و به اعتبار لحظه مشاهده آن، جرم را به جرم مشهود^۳ و جرم غیرمشهود^۴ تقسیم کرده‌اند. جرم را مشهود گویند هنگامی که در شرف وقوع است و یا زمان اندکی از وقوع آن گذشته است، چندانکه آثار و ادله جرم، اثبات و انتساب آن را به فاعل ممکن می‌نماید. در حالی که جرم غیرمشهود به جرایمی گفته می‌شود که از زمان ارتکاب آن مدتی گذشته است و برای اثبات آن به شهود آنی دسترسی نیست.

1. Tentative de tentative

2. Merle (R.) et Vitu (A.), op. cit. p. 621.

3. Délit flagrant

4. Délit non flagrant

قانونگذار در ماده ۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۴ اسفند ۱۳۹۲) در هفت مورد جرم را مشهود دانسته است. در موارد هفت گانه جرمی مشهود است که:

الف - در مرئی و منظر ضابطان دادگستری واقع شود یا مأموران یاب شده بلافاصله در محل وقوع جرم حضور یابند و یا آثار جرم را بلافاصله پس از وقوع مشاهده کنند.

ب - بزه دیده یا دو نفر یا بیشتر که ناظر وقوع جرم بوده اند، حین وقوع جرم یا بلافاصله پس از آن، شخص معینی را به عنوان مرتکب معرفی کنند.

پ - بلافاصله پس از وقوع جرم، علامت و آثار واضح یا اسباب و ادله جرم در تصرف متهم یافت شود یا تعلق اسباب و ادله یاد شده به متهم محرز گردد.

ت - متهم بلافاصله پس از وقوع جرم، قصد فرار داشته یا در حال فرار باشد یا بلافاصله پس از وقوع جرم دستگیر شود.

ث - جرم در منزل یا محل سکنتای افراد، اتفاق افتاده یا در حال وقوع باشد و شخص ساکن، در همان حال یا بلافاصله پس از وقوع جرم، ورود مأموران را به منزل یا محل سکنتای خود درخواست کند.

ج - متهم بلافاصله پس از وقوع جرم، خود را معرفی کند و وقوع آن را خبر دهد.

چ - متهم ولگرد باشد و در آن محل نیز سوء شهرت داشته باشد.^۱

چون در جرایم مشهود گردآوری ادله و بررسی آن‌ها به مراتب آسان‌تر از جرایم غیر مشهود است، قانون آیین دادرسی کیفری، رعایت بعضی قواعد را در مورد آن‌ها ضروری ندانسته است. از این رو، اختیارات مأموران کشف جرم در خصوص حفظ آثار جرم و جلوگیری از فرار متهم در جرایم مشهود بیشتر از سایر جرایم است. ماده ۴۴ قانون آیین دادرسی کیفری در این باره مقرر می‌دارد: «ضابطان دادگستری به محض اطلاع از وقوع جرم، در جرائم غیر مشهود مراتب را برای کسب تکلیف و اخذ دستورهای لازم به دادستان اعلام می‌کنند و دادستان نیز

پس از بررسی لازم، دستور ادامه تحقیقات را صادر و یا تصمیم قضایی مناسب اتخاذ می‌کند. ضابطان دادگستری درباره جرائم مشهود، تمام اقدامات لازم را به منظور حفظ آلات، ادوات، آثار، علامت و ادله وقوع جرم و جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم و یا تبانی، به عمل می‌آورند، تحقیقات لازم را انجام می‌دهند و بلافاصله نتایج و مدارک به دست آمده را به اطلاع دادستان می‌رسانند. ... چنانکه ملاحظه می‌شود، ضابطان دادگستری در جرایم غیر مشهود به محض اطلاع از وقوع جرم مکلف‌اند موضوع را فوراً به مقام ذیصلاح قضایی اطلاع دهند و تا اخذ دستور منتظر بمانند، لیکن در جرایم مشهود برای پرهیز از تطویل تحقیقات موظف‌اند اقدامات لازم را برای حفظ آثار و ادله جرم و بازداشت متهم معمول دارند و نتیجه را پس از آن به اطلاع مقام قضایی برسانند.^۱

از جمله دیگر اختیارات ضابطان دادگستری در جرایم مشهود، ورود به منازل و اماکن مسکونی برای تفتیش و ضبط اشیاء و به طور کلی هرگونه اقدامی است که برای جمع‌آوری ادله جرم و حفظ آن مناسب است. ولی در جرایم غیر مشهود به موجب ماده ۴۳ قانون مذکور، ضابطان دادگستری فقط با اجازه مخصوص مقام قضایی حق ورود به منازل اشخاص و تفتیش آن را در موارد ظن خواهند داشت. افزون بر آن، در جرایم مشهود (جرایم موضوع بندهای الف، ب، پ و ت ماده ۳۰۲ ق.آ.د.ک.) دادستان تا پیش از حضور و مداخله بازپرس، برای حفظ آثار و علائم، جمع‌آوری ادله وقوع جرم و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم اقدامات لازم را به عمل می‌آورد (ماده ۷۷ ق.آ.د.ک.)، در حالی که در جرایم غیر مشهود مکلف است این وظیفه را به بازپرس بسپارد.

۱. برای مطالعه بیشتر بنگرید به: علی خالقی، آیین دادرسی کیفری، ج ۳، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۵.

گفتار سوم: طبقه‌بندی جرایم بر حسب عنصر روانی

مهم‌ترین طبقه‌بندی جرایم بر حسب عنصر روانی، طبقه‌بندی دوگانه جرایم به جرم عمدی و جرم غیرعمدی است. همچنین، با توجه به نیت فاعل یا فاعلان جرم به منظور وصول به نتیجه‌ای خاص، ممکن است جرایم متعددی ارتکاب یابد که با یکدیگر مرتبط باشند. جرم مرتبط^۱ مفهومی وسیع و احکامی جدا از جرایم ساده دارد. بر این مبنا، جرایم را می‌توان در طبقه‌بندی دیگری گردآورد و احکام آن‌ها را برشمرد.

الف) جرایم عمدی و جرایم غیرعمدی

در گفتار سوم از فصل نخست این کتاب، به هنگام بحث و بررسی عنصر روانی جرم اشاره کردیم که رفتار انسان ممکن است به دو گونه منشأ تقصیر او شود؛ یکی افعالی که انسان به اراده خود و با سوءنیت (به قصد نقض دستورهای قانونگذار) مرتکب می‌شود و دیگر افعالی که در انجام دادن آن به هیچ وجه قصد مخالفت با اوامر و نواهی قانونگذار را ندارد، لیکن به علت بی احتیاطی و یا بی‌مبالاتی و یا عدم رعایت مقررات و نظامات دولتی نتیجه‌ای پدید می‌آورد که خواست قانونگذار نیست. افعال نخست را جرایم عمدی و دیگری را غیرعمدی می‌نامند. پس در جرایم عمدی سوءنیت و در جرایم غیرعمدی خطای کیفری شرط تقصیر است.

در اهمیت این تقسیم‌بندی همین بس که گفته شود که قانونگذار اسلامی مبتنی بر تقسیم‌بندی بخشی از جرایم را که جنایت بر نفس یا عضو نامیده می‌شود بر این پایه استوار نموده است، تا آنجا که در جرایم غیرعمدی هم خطا را به دو نوع انگاشته است؛ خطای محض^۲ و خطای شبه عمد.

1. Délit connexe
2. Délit casuel

خطأ محض و آن عبارت است از «جنایتی که در آن مرتکب نه قصد جنایت بر مجنی‌علیه را داشته باشد و نه قصد ایراد فعل واقع شده بر او را، مانند آنکه تیری به قصد شکار رها کند و به فردی برخورد نماید» (بند پ ماده ۲۹۲ ق.م.ا). در این مورد دیه بر عاقله واجب می‌گردد. لیکن در خطأ شبه عمد دیه برعهده خود جانی است. جنایت خطأ شبه عمد است «هرگاه مرتکب نسبت به مجنی‌علیه قصد رفتاری را داشته لکن قصد جنایت واقع شده یا نظیر آن را نداشته باشد و از مواردی که مشمول تعریف جنایات عمدی می‌گردد، نباشد» (بند الف ماده ۲۹۱ ق.م.ا).

تفاوت این دو خطا در میزان قابل پیش‌بینی بودن نتیجه عمل خلاصه نمی‌شود و اصولاً به نظر نمی‌رسد ضابطه تشخیص خطأ شبه عمد و خطأ محض میزان احتمال حصول نتیجه مجرمانه باشد، بلکه آنچه موجب تفاوت این دو جنایت است قصد فعل در یکی و فقدان قصد در دیگری است. خطا نیز در جنایات خطئی محض بی‌نیاز از اثبات است. همین که اسناد جنایت به فعل جانی به اثبات رسید خطای محض تحقق یافته است. مگر آنکه جانی ثابت کند که جنایت به سبب رفتار مجنی‌علیه واقع شده است. ولی خطای کیفری که بی احتیاطی یا بی‌مبالاتی یا عدم مهارت و یا عدم رعایت نظامات دولتی از مصادیق آن به شمار می‌رود باید در دادگاه ثابت شود. جنایات ناشی از خطاهای مذکور نیز شبه‌عمد نامیده شده است (بند پ ماده ۲۹۱ ق.م.ا).

به طور کلی، فارغ از جنایات عمدی از جنایات غیرعمدی عنصر سوءنیت است. نتیجه‌ای که از این اختلاف حاصل می‌شود این است که هیچ یک از قواعد حقوق کیفری را که حول عنصر سوءنیت شکل گرفته نمی‌توان در مورد جرایم غیرعمدی به کار بست. از جمله شروع به جرم در جرایم غیرعمدی به دلیل فقدان قصد مجرمانه متفی است. معاونت در جرم نیز چون به وحدت قصد (مجرمانه) میان مباشر جرم اصلی و معاون مشروط شده است در جرایم غیرعمدی مصداق ندارد.

اما، مهم‌ترین فایده حاصل از این طبقه‌بندی را باید در میزان محکومیت کیفری و آثار آن جست. عموماً مجازات جرایم عمدی شدیدتر از جرایم غیرعمدی است. برای مثال، در هیچ نظام کیفری امروزه قاتل غیرعمد را به مجازات مرگ محکوم نمی‌کنند. زیرا، قبح جرایم غیرعمدی در محکمه وجدان جمعی به میزانی نیست که چنین واکنش شدیدی را ایجاب کند. در تکرار جرم نیز سابقه محکومیت کیفری به اتهام ارتکاب جرایم غیرعمدی مسؤولیت مرتکب را به اتهام جرم جدید سنگین‌تر نمی‌کند. همچنین، آثار محکومیت‌های کیفری در جرایم عمدی که عموماً محرومیت از یک سلسله حقوق اجتماعی است دامنگیر محکومان جرایم غیرعمدی نمی‌گردد.

این نکته را هم نباید فراموش کرد که از دیدگاه جرم‌شناسی توجه به ویژگی‌های روانی و رفتاری متهمان به جرایم عمدی و غیرعمدی تفاوت مهمی را آشکار می‌سازد که این تفاوت در تصمیم‌گیری دادگاه درباره سرنوشت این دو گروه از بزهکاران و همچنین نحوه اجرای محکومیت آن‌ها مؤثر است.

ب) جرایم ساده و جرایم مرتبط

برخلاف جرم ساده که مفهوم واضح و روشنی دارد، مفهوم جرم مرتبط در تالیفات حقوقی مشخص نیست. در یک تعریف موجز می‌توان جرایم مرتبط را جرایمی که پیوندهای نزدیک با یکدیگر دارند معرفی کرد. قانونگذار فرانسوی جرایم را در این موارد مرتبط شناخته است:

- ۱- هنگامی که چندین جرم در یک زمان به کمک چند تن ارتکاب یافته باشد.
- ۲- هنگامی که چندین تن با توافق پیشینی در زمان‌ها و مکان‌های مختلف مرتکب چندین جرم شده باشند.
- ۳- هنگامی که بزهکاران جرایمی را برای فراهم کردن وسایل ارتکاب جرایم دیگر یا تسهیل ارتکاب یا اجرای آن‌ها و یا فرار از مجازات مرتکب شده باشند. مانند ارتکاب جمل به قصد کلاهبرداری و یا تعدی بزهکار علیه مأمور انتظامی

به قصد فرار.

۴- هنگامی که تمام یا قسمتی از اموال و اشیاء ربوده شده یا به دست آمده از راه سوء استفاده و در نتیجه ارتکاب جرم را مخفی کرده باشند. به عبارت دیگر اخفای مال با جرم پیشینی مرتبط باشد.

فایده تفکیک جرم واحد از جرم مرتبط را می‌توان در گستره صلاحیت دادگاه‌های کیفری یافت. زیرا، حسن جریان دادرسی اقتضا می‌کند که به جرایم متعدّد متهم واحد و یا به جرایم متهمان متعدّد و یا مجموعه‌ای از جرایم که به قصد واحد ارتکاب یافته است در یک دادگاه رسیدگی شود.

گاه، متهم بیش از یک نفر نیست، لیکن به دلیل اتهام‌های متعدّد تحت پیگرد مراجع مختلف قانونی قرار گرفته است. در این صورت، به تمام اتهام‌های او در یک دادگاه رسیدگی می‌شود. بر طبق ماده ۳۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۴ اسفند ۱۳۹۲) «به اتهامات متعدّد متهم باید با رعایت صلاحیت ذاتی، توأمان و یکجا در دادگاهی رسیدگی شود که صلاحیت رسیدگی به جرم مهم‌تر را دارد».

صلاحیت دادگاه رسیدگی کننده به جرایم مرتبط که گاه از آن به صلاحیت اضافی^۱ یاد می‌کنند تابع برخی از احکامی است که در آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی شده است. این احکام دادگاه صالح برای رسیدگی به جرایم مرتبط را تعیین می‌کند. رسیدگی در یک دادگاه یا وحدت دادرسی به چند صورت ممکن می‌گردد:

اگر کسی به ارتکاب جرایم متعدّد از انواع مختلف متهم باشد با رعایت صلاحیت ذاتی به اتهام‌های او در دادگاهی رسیدگی می‌شود که صلاحیت رسیدگی به مهم‌ترین جرم را دارد. این حکم در مواردی که بزهکار مرتکب چند جرم در حوزه‌های قضایی مختلف شده باشد نیز صادق است.

هنگامی که دادگاه‌های متعدد خود را برای رسیدگی به جرایم متعدد مرتبط با یکدیگر ولی از حیث مجازات در یک درجه صالح بدانند، متهم در دادگاهی محاکمه می‌شود که در حوزه آن دستگیر شده است (ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری).

اما، هنگامی که کسی متهم به ارتکاب جرایم متعددی است که رسیدگی به بعضی از این جرایم در صلاحیت دادگاه‌های عمومی و بعضی دیگر در صلاحیت دادگاه‌های اختصاصی است، ابتدا در دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به مهم‌ترین اتهام را دارد محاکمه می‌شود، سپس برای رسیدگی به اتهام‌های دیگر به دادگاه‌های صالح اعزام می‌گردد. ماده ۳۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری در مواردی که اتهام‌های گوناگون از حیث میزان مجازات برابر باشد اولویت را برخلاف اصول، ابتدا به دادگاه‌های اختصاصی (انقلاب، نظامی، کیفری یک یا دو) داده است.

همچنین، در تبصره ۱ ماده مذکور آمده است: «هرگاه شخصی متهم به ارتکاب جرایم متعددی باشد که رسیدگی به بعضی از آنها در صلاحیت دادگاه کیفری یک و رسیدگی به بعضی دیگر در صلاحیت دادگاه کیفری دو و یا اطفال و نوجوانان است، به تمام جرایم او در دادگاه کیفری یک رسیدگی می‌شود.»

گاه، ارتباط میان افعال مجرمانه به حدی است که تفکیک آنها ناممکن به نظر می‌رسد. جدایی ناپذیری افعال مجرمانه متعدد وحدت تعقیب و رسیدگی را ایجاب می‌نماید. از این رو، ماده ۳۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۴ اسفند ۱۳۹۲) مقرر می‌دارد: «شرکاء و معاونان جرم در دادگاهی محاکمه می‌شوند که صلاحیت رسیدگی به اتهام مجرم اصلی را دارد، مگر اینکه در قوانین خاص ترتیب دیگری مقرر شده باشد.» در آن دسته از جرایمی که وقوع آن منوط به رفتار دو یا چند نفر باشد، اگر رسیدگی به اتهام یکی از متهمان در صلاحیت دادگاه اطفال و نوجوانان باشد، رسیدگی به اتهام سایر متهمان در همین دادگاه به عمل می‌آید (تبصره ماده ۳۱۲ ق.آ.د.ک.).

یکی دیگر از مصادیق جرم مرتبط جرایمی است که چندین تن در یک زمان مرتکب می‌شوند، بی‌آنکه بتوان یکی را شریک یا معاون دیگری قلمداد کرد. این جرایم ممکن است بعضی مقدمه یا مکمل جرایم دیگر باشد و یا به منظور واحدی (وحدت انگیزه) ارتکاب یابند. ماده ۶۸۳ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصداق یکی از این نوع جرایم به شمار می‌رود. در این ماده آمده است: «هر نوع نهب و غارت و اتلاف اموال و اجناس و اتمه یا محصولات که از طرف جماعتی بیش از سه نفر به نحو قهر و غلبه واقع شود...» این مجموعه اعمال و توالی آن که همزمان ارتکاب یافته است به یکدیگر مرتبط‌اند. در این صورت بنا به دلایلی که پیشتر گفته شد، به تمام جرایم باید در یک دادگاه رسیدگی شود.