

حقوق جزای عمومی (۱)

(جرم و ارکان تشکیل دهنده آن)

مسعود مصطفی پور

ویرایش نخست

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

«حقوق جزای عمومی یک» از چهار واژه‌ی «حقوق»، «جزا»، «عمومی» و «یک» تشکیل شده است که مقصود از هر یک از آنها عبارتند از:

واژه‌ی نخست: حقوق

به طور کلی حقوق در معانی ذیل به کار می رود:

- ۱) حقوق در یک معنی جمع «حق»^۱ می باشد که دارای دو قسم «حق جزئی» و «حق کلی» است:
 - حق جزئی: هر حقی که شخص معین در موضوع معین داشته باشد مانند حق مالکیت بر مال معین.
 - حق کلی: هر حقی که بدون در نظر گرفتن صاحب آن و به حسب وضع مقنن مقرر شده است مانند حق انتخاب نام و نام خانوادگی و حق رای دادن.
- ۲) حقوق در رشته حقوق اداری به معنی «اجرت کار» کارمند دولت است.
- ۳) حقوق به معنی «علمی» است که به بررسی قوانین و مقررات حقوقی و تحلیل اصول و قواعد حاکم بر آن می پردازد». (ر.ک. جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۲۲۰، ۲۲۵ و ۲۳۰)

واژه‌ی «حقوق» در درس «حقوق جزای عمومی» در معنای سوم به کار می رود. بنابراین حقوق یعنی «علم بررسی قوانین و مقررات حقوقی و تحلیل اصول و قواعد حاکم بر آن». بنابراین حقوق نه مترادف با قانون، بلکه علم بررسی آن می باشد.

واژه‌ی دوم: جزا

هر چند واژه‌ی «جزا» به معنای پاداش نیز می باشد، اما در حقوق کیفری تسامحاً به معنای «مجازات» به کار می رود. بنابراین در مجموع، حقوق جزا یا حقوق کیفری به عنوان شاخه‌ی ای از «حقوق داخلی عمومی»^۲ یعنی «علم بررسی قوانین و مقررات جزایی و تحلیل اصول و قواعد حاکم بر آن» است.

۱. حق واژه‌ای است که در لغت به معنای «راست و درست» و در اصطلاح به معنای «آنچه فرد یا پدیده‌ای سزاوار آن را دارد» به کار می‌رود.
 ۲. «داخلی» بدان جهت که جنبه درون مرزی دارد. یعنی اصل بر این است که حقوق جزا در داخل مرزهای یک کشور (زمینی، هوایی و دریایی) قابلیت اجرا را دارد و تنها به صورت استثنایی جنبه برون مرزی (بین المللی) پیدا می کند. و «عمومی» بدان دلیل که قوانین جزایی، در مقام تنظیم روابط بین شخص با حکومت می باشد. یعنی رابطه مذکور، نوعی رابطه عمودی می باشد. برخلاف قوانین مدنی که در مقام تنظیم روابط بین افراد با هم می باشد و به همین جهت، این رابطه نوعی رابطه افقی است. از این منظر می توان حقوق کیفری را مجموعه قوانین و مقرراتی دانست که در مقام تنظیم روابط اشخاص با حکومت می باشد.

حقوق جزا در معنای عام شامل «حقوق جزای ماهوی» و «حقوق جزای شکلی» می باشد. بنابراین برخی از قوانین جزایی، ماهوی و برخی شکلی می باشند. تفکیک قوانین ماهوی از قوانین شکلی صرفاً یک بحث لفظی و نظری نیست، بلکه دارای آثار عملی و کاربردی می باشد، برای نمونه در بحث مرتبط با «حاکمیت قانون در زمان» (عطف به ما سبق شدن یا نشدن قوانین کیفری) تفاوت عملی فوق به خوبی مشهود است که البته در جای خودش به بحث گذاشته خواهد شد.

الف - حقوق جزای ماهوی:

«حقوق جزای ماهوی» علم تحلیل مجموعه ای از قوانین و مقررات که در مقام «تعریف جرم» (جرم انگاری)، «تعیین مجازات» (کیفرگذاری) و یا «بیان قواعد حاکم بر آن‌ها» می باشد. برای مثال جرم قذف در ماده ۲۴۵ تعریف شده، در ماده ۲۵۰ مجازات آن تعیین شده و در سایر مواد موجود در این فصل مانند مواد ۲۴۶ یا ۲۵۱ قواعد حاکم بر آن بیان شده است.

نکته: قوانین جزایی ماهوی از یک منظر به دو قسم تقسیم می شود:

(۱) **قانون عام جزایی:** مقصود از قانون عام جزایی، «قانون مجازات اسلامی» است. بنابراین اصل بر این است که «قانون مجازات اسلامی» یک قانون جزای ماهوی بوده و به صورت استثنایی ممکن است در برگیرنده قوانین شکلی نیز باشد مثل ماده ۱۱ ق.م.ا. نکته بسیار مهم در مورد قانون مجازات اسلامی این است که این قانون در سه دوره زمانی متفاوت تصویب شده است:

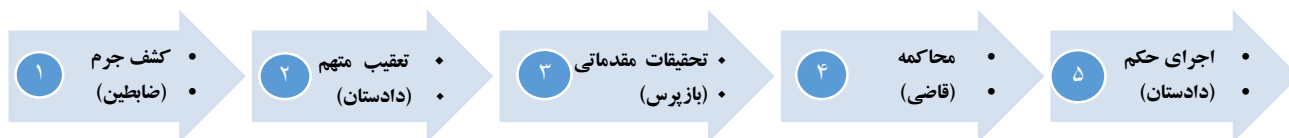
- چهار کتاب اول (کلیات، حدود، قصاص و دیات) مصوب ۱۳۹۲.
- کتاب پنجم (تعزیرات و مجازات های بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵.
- فصل جرایم رایانه ای مصوب ۱۳۸۸.

جالب آنکه در تجدید نظر ۴ کتاب اول قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲، تعداد مواد این ۴ کتاب از ۴۹۷ ماده به ۷۲۸ ماده افزایش یافته است، در حالی که شماره مواد کتاب پنجم همچنان مثل گذشته از شماره ۴۹۸ شروع می شود. بدین ترتیب در قانون مجازات اسلامی فعلی، از ماده ۴۹۸ تا ۷۲۸ دو شماره وجود دارد! بنابراین در صورت استناد به این مواد (از ۴۹۸ تا ۷۲۸) باید مشخص گردد که ماده مذکور مصوب ۹۲ است یا ۷۵ و یا اینکه بیان شود مثلاً ماده ۶۰۲ دیات یا ۶۰۲ تعزیرات.

(۲) **قانون خاص جزایی:** جدای از «قانون مجازات اسلامی»، برخی از قوانین خاص جزایی نیز وجود دارند که توسط نهادهایی مثل مجلس شورای اسلامی یا مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص موضوعات خاص تصویب شده اند. برای مثال «قانون مبارزه با مواد مخدر»، «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز» و «قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری» از مصادیق قوانین خاص جزایی می باشند.

ب) حقوق جزای شکلی:

حقوق جزای شکلی عبارتند از «علم بررسی قوانین و مقررات جزایی ناظر به چگونگی اجرای احسن فرایند دادرسی و تحلیل اصول و قواعد مرتبط با آن». فرایند دادرسی در برگیرنده ۵ مرحله است:



مراحل و مراجع «فرایند دادرسی»

نکته: در حال حاضر «قانون آیین دادرسی کیفری» مصوب ۹۲ به عنوان مهمترین قانون جزای شکلی در ایران به حساب می آید. البته در کنار قانون آیین دادرسی کیفری، ممکن است قوانین جزایی شکلی خاص نیز وجود داشته باشد، برای مثال می توان به «قانون دادرسی نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۶۴ اشاره داشت، قانونی که در حال حاضر با تصویب «قانون آیین دادرسی جرائم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی» در سال ۹۳ و الحاق آن به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۹۲ به استثنای چند ماده نسخ شده است.

واژه‌ی سوم: عمومی

در یک تقسیم بندی کلی، حقوق جزای ماهوی به دو قسمت «حقوق جزای عمومی» و «حقوق جزای اختصاصی» تقسیم بندی می گردد، حال در این قسمت، باید بیان داشت مقصود از این دو علم چیست: در یک نگاه کلان، «حقوق جزای ماهوی» به دو قسمت «حقوق جزای عمومی» و «حقوق جزای اختصاصی» تقسیم می شود:

۱) حقوق جزای عمومی: علمی است که به عنوان شاخه‌ای از حقوق جزای ماهوی، به «بررسی قواعد کلی و مشترک میان تمامی جرایم و مجازات‌ها» می پردازد، برای نمونه بررسی ارکان سه گانه تشکیل دهنده جرم، شرایط و موانع مسئولیت کیفری، قواعد عام ناظر بر مجازات‌ها همانند اصل قانونی بودن حقوق جزا و اصل شخصی بودن مجازات، قواعد ناظر به تعدد و تکرار جرم تماماً جزء مباحث «حقوق جزای عمومی» محسوب می شوند، چرا که در همه جرایم و مجازات‌ها وجود دارد. بنابراین، منظور از واژه‌ی «عمومی» یعنی قواعد و اصولی که در میان تمامی جرایم عمومیت داشته و اختصاص به یک جرم خاص ندارد.

۲) حقوق جزای اختصاصی: علمی است که به عنوان شاخه‌ای از حقوق جزای ماهوی، به «بررسی موردی جرایم و شرایط اختصاصی حاکم بر آن‌ها و مجازات‌هایشان» می پردازد، بنابراین مقصود از واژه‌ی «اختصاصی» در این علم، قوانین، مقررات و اصولی است که ناظر به یک جرم خاص بوده و چه بسا در دیگر جرایم وجود نداشته باشد، برای مثال در حقوق جزای اختصاصی به بررسی اختصاصی جرایمی مثل قتل،

کلاهبرداری و جاسوسی پرداخته می شود. طبیعتاً شرط «محقون الدم بودن بزه دیده» جزء شرایط اختصاصی قتل می باشد که در جرم کلاهبرداری وجود نداشته و برعکس شرط «اغفال و فریب بزه دیده» اختصاص به جرم کلاهبرداری داشته که وجودش در جرمی مثل قتل لازم و ضروری نیست.

واژه ی چهارم: یک

«حقوق جزای عمومی» و «حقوق جزای اختصاصی» در یک تقسیم بندی جزئی تر به سه قسمت تقسیم می شوند، سه قسمتی که در نمودار زیر بیان شده است:

- الف) حقوق جزای عمومی
- (۱) حقوق جزای عمومی یک: کانون توجه این علم بر «جرم» می باشد.
 - (۲) حقوق جزای عمومی دو: کانون توجه این علم بر «مجرم» می باشد.
 - (۳) حقوق جزای عمومی سه: کانون توجه این علم بر «مجازات» می باشد.

- ب) حقوق جزای اختصاصی
- (۱) حقوق جزای اختصاصی یک: موضوع این علم «جرائم علیه اشخاص» می باشد، مثل قتل
 - (۲) حقوق جزای اختصاصی دو: موضوع این علم «جرائم علیه اموال» می باشد مثل کلاهبرداری.
 - (۳) حقوق جزای اختصاصی سه: موضوع این علم «جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی» می باشد، مثل محاربه

با توجه به نمودار فوق مشخص می گردد که در حقوق جزای عمومی یک آنچه که موضوع بحث قرار می گیرد «جرم و ارکان تشکیل دهنده ی آن» می باشد.

در مقام جمع بندی می توان حقوق جزای عمومی یک را بدین شکل تعریف کرد: «علم بررسی قوانین و مقررات جزایی و تحلیل قواعد و اصول حاکم بر آن که در میان تمامی جرائم و مجازاتها مشترک بوده و کانون توجه آن بر جرم و ارکان تشکیل دهنده ی آن می باشد».

با توجه به آنچه که بیان شد می توان مطالب فوق را به شکل زیر بیان کرد:



جرم و ارکان تشکیل دهنده ی آن

همان گونه که بیان شد، حقوق جزای عمومی یک، در ارتباط با «جرم» می باشد. به همین جهت موضوع اصلی این درس بیان دو مبحث مهم «تعریف جرم» و «تحلیل جرم» (ارکان تشکیل دهنده آن) می باشد که در ذیل به آنها پرداخته می شود:

۱) تعریف جرم:

جرم چیست؟ بی تردید پاسخ صریحی برای این سوال وجود ندارد، چرا که در هر علم تعریف خاصی از جرم ارائه می شود. به همین جهت به نظر می رسد می بایست سوال را بدین شکل اصلاح نمود: «جرم کیفری چیست؟» در مقام پاسخ به این سوال می توان با توسل به ماده ۲ ق.م.ا تعریف زیر را از «جرم کیفری» ارائه کرد:

«هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می شود».

در همین راستا لازم است میان واژه «جرم کیفری» و برخی از مفاهیم مشابه همانند «گناه» (جرم فقهی)، «شبه جرم» (جرم مدنی)، «تخلف» (جرم انتظامی) و «انحراف» (جرم جامعه شناختی) به شرح زیر قائل به تمیز شد:

۱- **گناه (جرم فقهی):** هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که سرپیچی از اوامر و نواهی خداوند متعال باشد گناه محسوب می‌گردد، رفتارهایی مثل غیبت کردن (فعل) و ترک نماز واجب (ترک فعل).

به نظر می‌رسد رابطه میان جرم کیفری و گناه، عموم و خصوص من وجه باشد، یعنی هر گناهی جرم نبوده و هر جرمی نیز گناه نمی‌باشد. به دیگر سخن، هر چند برخی از گناهان مانند سرقت یا قتل در قوانین جزایی جرم محسوب شده اند اما در طرف مقابل بسیاری از آنها نیز در قانون جرم انگاری نشده اند، گناهی همانند غیبت کردن یا ترک نماز واجب. از سوی دیگر به نظر می‌رسد جنایاتی مثل خطای محض به رغم آنکه قانوناً مستوجب پرداخته دیه می‌باشند اما بعید به نظر می‌رسد که گناه محسوب شوند.

۲- **شبه جرم (جرم مدنی):** هر رفتاری که به دیگری ضرری وارد سازد، به طوری که مرتکب ملزم به پرداخت خسارت وارده باشد شبه جرم تلقی می‌گردد.

بنابراین به نظر می‌رسد میان ارکان تشکیل دهنده و ضمانت اجرای جرم کیفری و جرم مدنی تفاوت‌هایی به شرح زیر وجود دارد:

۱) **از منظر رکن قانونی:** جرم کیفری براساس اصل قانونی بودن جرایم، رفتار خاصی است که در قانون بدان تصریح شده است. حال آنکه جرم مدنی هر گونه رفتار زیانبار را در بر می‌گیرد، هر چند موضوع نص خاصی قرار نگرفته باشد.

۲) **از منظر رکن مادی:** شرط تحقق جرم کیفری لزوماً ورود خسارت نمی‌باشد، برای مثال صرف حمل اسلحه غیرمجاز جرم می‌باشد حتی اگر هیچ شخص خاصی از آن متضرر نشود در حالی که جرم مدنی همواره با ایراد خسارت همراه می‌باشد.

۳) **از منظر رکن معنوی:** برای تحقق جرم کیفری وجود سوء نیت (در جرایم عمدی) و یا تقصیر جزایی (در جرایم غیرعمدی) لازم است، در حالی که برای وقوع جرم مدنی، همین که یک شخص مرتکب رفتاری شود که به دیگری خسارتی را وارد سازد، کفایت می‌کند و نیازمند وجود سوء نیت یا تقصیر جزایی نمی‌باشد.

۴) **از منظر مجازات:** از نظر ضمانت اجرا، در جرم کیفری مجازات و اقدامات تامینی در نظر گرفته می‌شود در حالی که در جرم مدنی، تنها جبران خسارت مطرح می‌باشد. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۸۴-۸۳؛ اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۱۷۵)

۳- **تخلف (جرم انتظامی):** نقض مقررات گروهی که شخص به تبع عضویت در گروه، آن‌ها را پذیرفته است تخلف می‌باشد.

در واقع جامعه کوچکی مانند کانون و کلا، سردفترداران، پزشکان و نظایر آن همانند جامعه متکی به اصول و مقرراتی است که حافظ نظم و نهایتاً بقای گروه می‌باشد. بنابراین در حالی که جرم کیفری متضمن نقض قوانین کیفری است، تخلف نقض قواعد خاص گروهی می‌باشد که شخص عضو آن شده است. مشخص است که جرم کیفری دارای ضمانت اجرای کیفری که همان مجازات است می‌باشد، در حالی که ضمانت اجرای نقض مقررات گروه، تصمیماتی است که مراجع رسیدگی به تخلفات گروه‌های مذکور مانند دادگاه‌های انتظامی قضات، شورای انتظامی نظام پزشکی، هیات‌های رسیدگی انتظامی به تخلفات کارمندان دولت و کمیته‌های انضباطی دانشجویی اتخاذ می‌کنند، ضمانت اجراهایی که طیف گسترده‌ای را در بر می‌گیرد: از اخطار ساده و توبیخ گرفته تا تعلیق موقت و نهایتاً اخراج. (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۱۷۷)

۴- **انحراف (جرم جامعه شناختی):** هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که نقض کننده‌ی هنجارهای اکثریت اعضای جامعه یا یکی از گروه‌های مشخص درون آن باشد را انحراف گویند. از سیگار کشیدن یک نوجوان، عدم احترام به والدین و تا خودکشی را می‌توان از مصادیق انحراف دانست.

بنابراین جرم کیفری و انحراف نباید یکی پنداشته شوند، چرا که بسیاری از انحرافات، جرم کیفری محسوب نمی‌گردند، برای مثال خودکشی، شاید به عنوان یکی از شدیدترین انحرافات اجتماعی، هر چند موضوع بحث یک جامعه شناس قرار می‌گیرد، اما چون در قانون مجازات اسلامی جرم تلقی نشده است، موضوع بررسی حقوقدانان نمی‌باشد.

آنچه بیان شد برای آن است که واژه‌های جرم کیفری، گناه، شبه جرم، تخلف و انحراف یکی در نظر گرفته نشوند، اما این بدین معنی نیست که هیچ‌گاه این واژه‌ها بر هم منطبق نباشند، برای مثال اخذ رشوه توسط قاضی، هم گناه محسوب شده، هم انحراف تلقی می‌گردد و هم جرم کیفری می‌باشد. طبیعی است که اگر قاضی از این طریق خسارتی را به دیگری وارد کرده باشد، ملزم به جبران خسارت وارده نیز می‌باشد.

۲) تحلیل جرم (ارکان تشکیل دهنده‌ی جرم):

بعد از تعریف جرم، نوبت به تحلیل جرم می‌رسد، تحلیل جرم یعنی بررسی ارکان تشکیل دهنده جرم. به استثنای موارد بسیار محدود، برای تحقق هر جرم لزوماً باید سه رکن وجود داشته باشد: رکن قانونی، مادی و معنوی که در نمودار زیر به اجمال ترسیم شده اند:



رکن قانونی

۱- تعریف رکن قانونی

مقصود از رکن قانونی یعنی بایستی اولاً یک رفتار در قانون جزا به عنوان جرم تعریف شود (جرم انگاری) و ثانیاً برای آن رفتار در قانون، مجازات تعیین شده باشد (کیفر گذاری). بنابراین منظور از رکن قانونی، یعنی «ماده یا موادی که در برگیرنده تعریف یک رفتار به عنوان جرم و تعیین مجازات برای آن» می باشد. به عبارت ساده تر و در قالب یک فرمول حقوقی می توان رکن قانونی را به شرح زیر دانست:

رکن قانونی = جرم انگاری + کیفر گذاری

با دقت در تعریف فوق مشخص می شود رکن قانونی یک جرم لزوماً یک ماده نیست، بلکه ممکن است در برخی موارد بیش از یک ماده باشد. در همین راستا برای روشن شدن مطلب به بیان مثال هایی پرداخته می شود:

۱. برخی از جرایم، هم «تعریف» (جرم انگاری) و هم «مجازاتشان» (کیفرگذاری) در «یک ماده» بیان شده است. بدیهی است در این موارد همان یک ماده، رکن قانونی آن جرم تلقی می‌گردد. همانند:
 - جرم «افساد فی الارض» که رکن قانونی آن «ماده ۲۸۶» ق.م.ا می باشد.
 - جرم «تهدید» که رکن قانونی آن «ماده ۶۶۹» تعزیرات می باشد.
 - جرم «خیانت در امانت» که رکن قانونی آن «ماده ۶۷۴» تعزیرات می باشد.
۲. برخی از جرایم، «تعریف» (جرم انگاری) و «مجازاتشان» (کیفرگذاری) در «بیش از یک ماده» آمده است، در این حالت مجموع آن مواد به عنوان رکن قانونی آن جرم به حساب می‌آیند، همانند:
 - جرم «قوادی» که رکن قانونی آن مواد «۲۴۲» و «۲۴۳» ق.م.ا می باشد.
 - جرم «قذف» که رکن قانونی آن مواد «۲۴۵» و «۲۵۰» ق.م.ا می باشد.
 - جرم «محرابه» که رکن قانونی آن مواد «۲۷۹» و «۲۸۲» ق.م.ا می باشد.

هر چند امروزه حقوقدانان بر این باورند ترجمان حقوقی رکن قانونی، در قالب «اصل قانونی بودن جرم و مجازات» متجلی می‌شود اما به نظر می‌رسد عنوان «اصل قانونی بودن حقوق جزا» عنوان جامع‌تری نسبت به «اصل قانونی بودن جرم و مجازات» باشد، (ر.ک. خالقی، ۱۳۹۴، ص ۲۲) چرا که علاوه بر «اصل قانونی بودن جرم» و «اصل قانونی بودن مجازات»، در برگیرنده «اصل قانونی بودن آیین دادرسی کیفری» نیز می‌باشد. اصولی که مستندات حقوقی آنها عبارتند از:

۱. **اصل قانونی بودن جرم:** این اصل در ماده ۲ ق.م.ا منعکس شده است، آنجا که قانونگذار بیان می‌دارد:

«هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود»
۲. **اصل قانونی بودن مجازات:** بازتاب این اصل در ماده ۱۲ ق.م.ا به خوبی مشخص است:

«حکم به مجازات باید به موجب قانون و با رعایت شرایط و کیفیات مقرر در آن باشد»

جالب آنکه قانونگذار ضمانت اجرای تخلف از این موضوع را در ماده ۱۳ ق.م.ا آورده است:

«..... هرگونه صدمه و خسارتی که از این جهت حاصل شود، در صورتی که از روی عمد یا تقصیر باشد حسب مورد موجب مسؤلیت کیفری و مدنی است....»
۳. **اصل قانونی بودن آیین دادرسی کیفری:** این اصل در ماده ۲ ق.آ.د.ک بیان شده است:

«دادرسی کیفری باید مستند به قانون باشد.....»

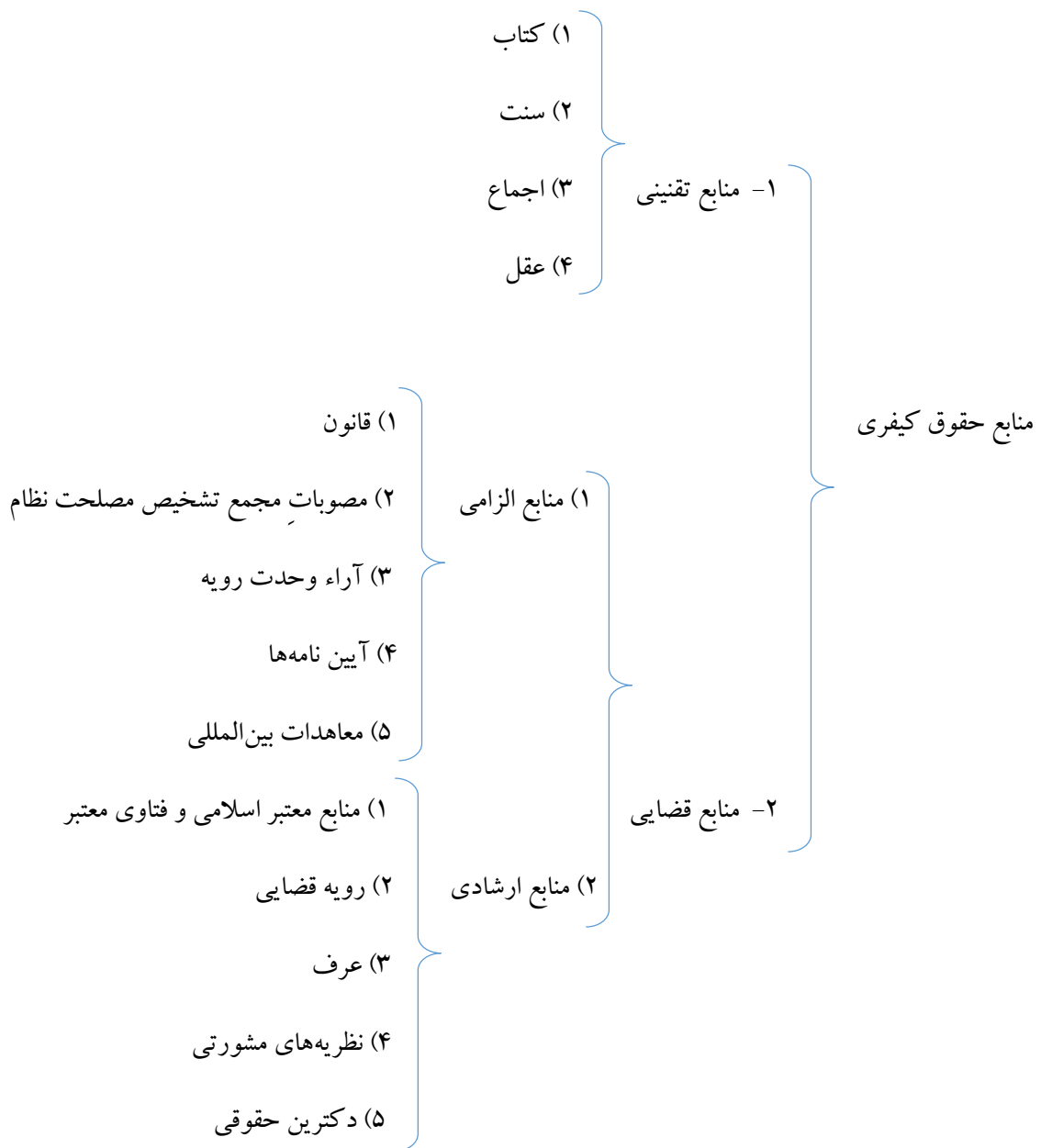
البته تا حدودی ماده ۱۲ ق.م.ا نیز ناظر به این اصل می‌باشد، آنجا که قانونگذار بیان می‌دارد:

«حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آنها باید از طریق دادگاه صالح باشد.»

۲- منابع حقوق کیفری

در مطالب قبل ذکر شد حقوقدانان و قضات می‌بایست از تمامی جهات (یعنی جرم بودن یا نبودن یک رفتار، نوع و میزان مجازات و شیوه رسیدگی) به «قانون» وفادار و پای‌بند باشند. با توجه به این نکته، این سوال قابل طرح است: منظور از قانون چیست؟ برای پاسخ به این سوال بایستی به بحث عام‌تری تحت عنوان «منابع حقوق کیفری» پرداخت تا در بطن و متن آن مفهوم قانون نیز به خوبی روشن گردد.

در حقوق کیفری تقسیم‌بندی‌های متفاوتی در خصوص منابع حقوق کیفری صورت گرفته است، اما به طور کلی می‌توان بیان داشت منابع حقوق کیفری از حیث اینکه در مرحله تقنین مورد استفاده قانونگذار قرار بگیرند و یا در مرحله دادرسی مورد استناد قضات باشند به دو دسته‌ی «منابع تقنینی» و «منابع قضایی» قابل تقسیم‌اند:



(برای مطالعه دیدگاه‌های مختلف ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۲۰۴-۱۸۶؛ الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۴۵-۲۴؛ شمس و همکاران، ۱۳۹۲، ص ۱۹-۱۷)

یک - منابع تقنینی:

منابع تقنینی به منابعی گفته می‌شود که الهام بخش مقنن در مرحله قانونگذاری می‌باشد، بنابراین اصل بر این است که این منابع مستقیماً مورد استناد قضات قرار نمی‌گیرد مگر به طور استثنایی. به عبارت دقیق‌تر، قانونگذار با مراجعه به این منابع اقدام به قانونگذاری کرده و سپس قضات با توجه به قوانین تصویب شده توسط قانونگذار، رای صادر می‌کنند. با توجه به مطالب فوق مشخص می‌گردد برای قضات «منابع تقنینی» به اندازه منابع قضایی حائز اهمیت نمی‌باشد. به طور کلی چهار منبع تقنینی وجود دارد که عبارتند از:



(ر.ک. ویکی فقه، دانشنامه حوزوی؛ منابع فقه شیعه: <http://www.wikifeqh.ir>)

دو - منابع قضایی:

منابع قضایی به منابعی گفته می‌شود که قضات در مرحله دادرسی و محاکمه از آنها استفاده می‌کنند. این منابع خود به دو قسمت «منابع الزامی» و «منابع ارشادی» تقسیم می‌شود که در زیر مورد بررسی قرار می‌گیرند:

الف - منابع الزامی (اصلی یا مستقیم):

منابع الزامی به منابعی گفته می‌شود که قاضی ملزم به صدور حکم براساس آن بوده و نمی‌تواند از استناد به آن‌ها خودداری کند، به شکلی که عدم استناد به آن‌ها باعث نقض رای می‌گردد. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۲۵) همان‌طور که در نمودار فوق مشخص شده است، منابع الزامی خود به پنج قسمت «قانون»، «مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام»، «آراء وحدت رویه»، «آیین نامه‌ها» و «معاهدات بین‌المللی» تقسیم می‌شوند:

۱) قانون

قانون اعم از قانون اساسی و قوانین جزایی است. در این میان آنچه که به عنوان منبع الزامی حقوق کیفری به حساب می‌آید، «قوانین جزایی» می‌باشد، خواه قوانین عام جزایی مثل قانون مجازات اسلامی ۹۲ و خواه قوانین خاص جزایی مثل قانون صدور چک مصوب ۱۳۸۲. البته قوانین جزایی در معنای خاص یعنی «مقرراتی که با رعایت تشریفات قانونی به تصویب مرجع قانونگذاری صالح می‌رسد». با توجه به این تعریف، «قانون» به عنوان یکی از منابع الزامی، باید دو شرط داشته باشد:

شرط اول - رعایت تشریفات قانونی: در حال حاضر تشریفات قانونی تصویب قوانین، گاه در قانون اساسی و گاه در سایر قوانین ذکر شده است که مجموع آن‌ها را می‌توان به شرح ذیل دانست:

۱. «لایحه» یا «طرح» بودن منشاء قانون: «لوائح قانونی پس از تصویب هیأت وزیران به مجلس تقدیم می‌شود و طرح‌های قانونی به پیشنهاد حداقل پانزده نفر از نمایندگان، در مجلس شورای اسلامی قابل طرح است». (اصل ۷۴ ق.ا)^۱
۲. عدم مغایرت مصوبه با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی: (اصل ۷۲ ق.ا) لازمه این امر تایید شورای نگهبان مبنی بر انطباق مصوبه با موازین اسلامی و قانون اساسی، حداکثر ظرف بیست روز از تاریخ وصول است. (اصل ۹۴ و ۹۵ ق.ا)
۳. امضاء مصوبه توسط رئیس جمهور و ارجاع آن به مسئولان برای اجرا. (اصل ۱۲۳ ق.ا)
۴. انتشار مصوبه در روزنامه رسمی ظرف ۷۲ ساعت پس از ابلاغ. (مواد ۳ و ۱ ق.م)
۵. لازم الاجرا شدن مصوبه بعد از گذشت ۱۵ روز از تاریخ انتشار مگر آن که در خود قانون ترتیب خاصی برای موقع اجرا مقرر شده باشد. (ماده ۲ ق.م)^۲

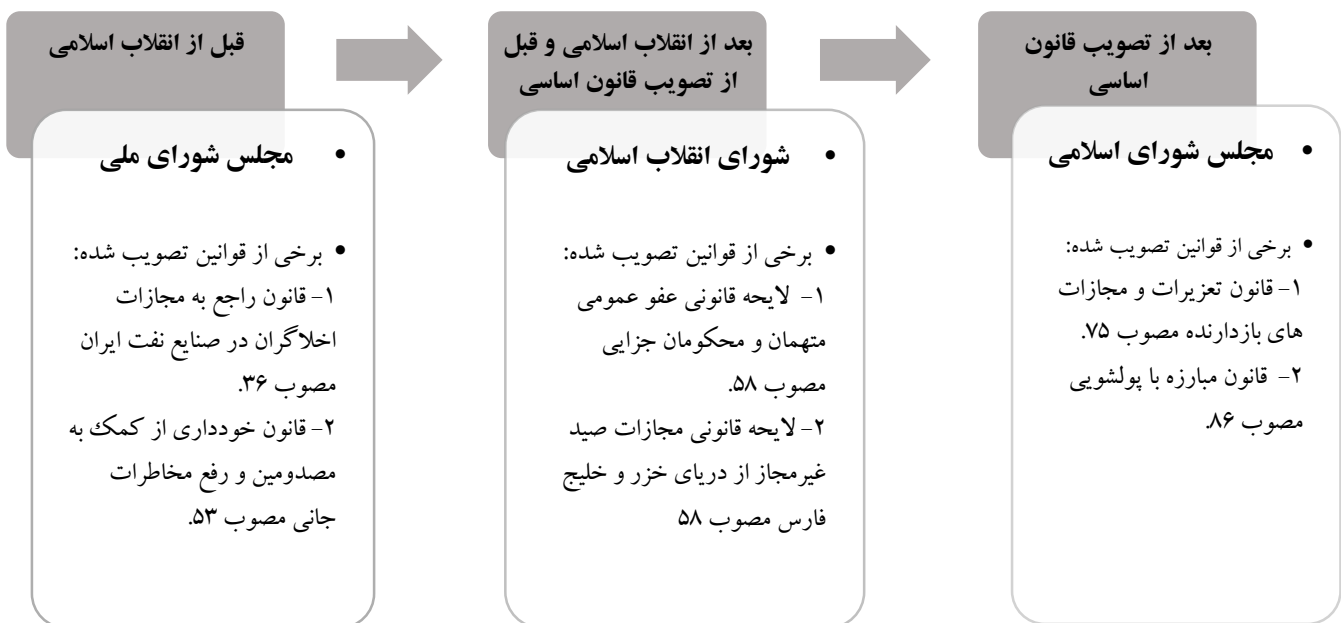
^۱ البته در این باره اصل ۵۹ ق.ا مهم است: «در مسائل بسیار مهم اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی ممکن است اعمال قوه مقننه از راه همه پرسی و مراجعه مستقیم به آراء مردم صورت گیرد. در خواست مراجعه به آراء عمومی باید به تصویب دو سوم مجموع نمایندگان مجلس برسد».

^۲ بعد از طی شدن این مراحل، فرض بر این است که تمامی شهروندان نسبت به قانون آگاه می‌باشند. به عبارت دیگر فرض بر این است که آن‌ها دارای «علم حکمی» می‌باشند. به همین جهت در ماده ۱۵۵ ق.م.ا آمده است: «جهل به حکم، مانع از مجازات مرتکب نیست.....». لازم به ذکر است «علم حکمی» با «علم موضوعی» متفاوت می‌باشد. موضوعی که در رکن معنوی به تفصیل بیان خواهد شد.

شرط دوم- تصویب مرجع قانونگذاری صالح: مطابق با این شرط مقررات می‌بایست به تصویب مرجع قانونگذاری صالح برسد. در حال حاضر، مرجع صالح قانونگذاری در کشور «مجلس شورای اسلامی» است. صلاحیت انحصاری مجلس در قانونگذاری براساس اصل تفکیک قوا می‌باشد که در اصول ۵۷، ۵۸ و ۸۵ ق.ا. بدان اشاره شده است.

در این خصوص ذکر چند نکته حائز اهمیت است:

نکته اول: اینکه بعد از تصویب قانون اساسی، «مجلس شورای اسلامی» مرجع قانونگذاری صالح محسوب می‌شود، به معنای نسخ قوانین مصوب سایر مراجع صالح در زمان‌های قبل نیست. توضیح اینکه از منظر «زمانی» مراجع صالح قانونگذاری در ایران عبارتند است از:



مراجع قانونگذاری صالح در گذر زمان

۱. اصل ۵۸: «اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می‌شود...».
 اصل ۵۷: «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارتند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه... این قوا مستقل از یکدیگرند».
 اصل ۸۵: «سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست. مجلس نمی‌تواند اختیار قانونگذاری را به شخص یا هیاتی واگذار کند...»

بنابراین قبل از پیروزی انقلاب اسلامی، مرجع قانونگذاری صالح، «مجلس شورای ملی»^۱ و بعد از پیروزی انقلاب اسلامی و قبل از تصویب قانون اساسی «شورای انقلاب اسلامی»^۲ بود. جالب آنکه بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، بحث مشروعیت و قانونی بودن مصوبات «مجلس شورای ملی» مطرح شد که شورای نگهبان در نظریه‌ی تفسیری در تاریخ ۱۷ / ۷ / ۱۳۶۷ بیان داشت:

«..... به خاطر نظم و جلوگیری از تخلفات و احقاق حقوق مردم، اجرای سایر قوانین مادام که مخالفت آن با موازین اسلامی اعلام نگردیده است، بلا مانع است».

نکته دوم: هر چند وضع قانون از اختیارات مجلس بوده و به تصریح ابتدای اصل ۸۵ ق.ا.مجلس نمی‌تواند آن را به شخص یا هیاتی واگذار کند ولی قانونگذار در ادامه‌ی همین اصل استثنایی را بر این امر وارد کرده و بیان داشته است: «.....در موارد ضروری می‌تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را با رعایت اصل ۷۲ به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند، در این صورت این قوانین در مدتی که مجلس تعیین می‌نماید به صورت آزمایشی اجرا می‌شود و تصویب نهایی آنها با مجلس خواهد بود».

بنابراین مجلس می‌تواند در موارد ضروری اختیار وضع برخی از قوانین را به کمیسیون‌های داخلی خود بدهد. نکته مهم آنکه مصوبات کمیسیون‌های داخلی مجلس نه به طور دائمی، بلکه به صورت «آزمایشی» می‌باشد. در هر حال مصوبات کمیسیون‌های داخلی مجلس نیز از نظر انطباق با موازین شرعی مورد بررسی شورای نگهبان می‌رسد. از مهمترین مصوبات کمیسیون داخلی مجلس، قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ (۷۲۸ ماده) می‌باشد. با توجه به این نکته مشخص می‌شود چهار کتاب نخست قانون مجازات اسلامی، قانونی آزمایشی است در حالی که کتاب پنجم این قانون بدین جهت که مصوب خود مجلس است، قانون دائمی می‌باشد!

۲) مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام

با توجه به مطالب فوق روشن شد بعد از تصویب قانون اساسی، یگانه مرجع صالح در قانونگذاری، «مجلس شورای اسلامی» است، به طوری که هیچ مرجع دیگری حق ابتدایی قانونگذاری را ندارد. اما بعد از تصویب قانون اساسی، عملاً برخی از مراجع دیگر نیز اقدام به قانونگذاری کردند که «مجمع تشخیص مصلحت نظام» یکی از مهمترین آنها بود!

^۱. البته در این خصوص نباید نقش «مجلس سنا» را در دوران قبل از انقلاب اسلامی نادیده گرفت که بررسی تفصیلی جایگاه حقوقی آن در حال حاضر از موضوع بحث خارج می‌باشد.

^۲. این شورا، به عنوان یکی از نخستین نهادهای نظام جمهوری اسلامی، در ماه‌های پس از پیروزی انقلاب اسلامی تا زمان تصویب مجلس شورای اسلامی توسط قانون اساسی، به عنوان مرجع موقت قانونگذاری به شمار می‌آمد.

به راستی آیا «مجمع تشخیص مصلحت نظام» قانوناً حق قانونگذاری را دارد یا خیر؟ به نظر می‌رسد به دلایل زیر پاسخ منفی می‌باشد:

اولاً فلسفه تشکیل «مجمع تشخیص مصلحت نظام» در آغاز حل اختلاف میان شورای نگهبان و مجلس بود، یعنی زمانی که شورای نگهبان مصوبه مجلس شورای اسلامی را خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی دانسته اما مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام، نظر شورای نگهبان را تأمین نکند، «مجمع تشخیص مصلحت نظام» ورود پیدا می‌کند. (اصل ۱۱۲ ق.ا)

ثانیاً از لحاظ قانونی، در هیچ یک از اصول قانون اساسی، نشانی از این که «مجمع تشخیص مصلحت نظام» چنین مجوزی داشته باشد به چشم نمی‌خورد. (ر.ک. ملک افصلی، بی تا، ص ۸۵-۸۳)

اما با تمامی این اوصاف، بعد از ایجاد این نهاد در سال ۱۳۶۶، برداشت اعضای آن، امکان قانونگذاری برای مجمع بود، تا اینکه در سال ۱۳۷۲ شورای نگهبان به تفسیر قانون اساسی پرداخته و این برداشت را که «مجمع تشخیص مصلحت نظام»، حق ابتدایی قانونگذاری را دارد، مردود دانست. اما در دوره ی شش ساله ی ایجاد مجمع تا صدور نظریه ی تفسیری شورای نگهبان (یعنی ۱۳۶۶ تا ۱۳۷۲)، به دلیل حفظ مصالح کشور در اوضاع و احوال جنگ، مجمع تشخیص مصلحت نظام برخی مصوبات قانونی را در موضوعات کیفری به تصویب رساند که کماکان منبع حقوق کیفری محسوب می‌گردد، بنابراین این قوانین را بایستی جزء منابع الزامی حقوق کیفری به حساب آورد، قوانین مثل:

- قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷.
- قانون تشدید مجازات جاعلین اسکناس و واردکنندگان، توزیع کنندگان و مصرف کنندگان اسکناس مجعول مصوب ۱۳۶۸.
- قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۶۷. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۳۰-۲۹)

۴) آراء وحدت رویه

یکی از منابع الزامی حقوق کیفری ایران که قضات بایستی در تشخیص حکم به آن راجع کنند، آراء وحدت رویه هیات عمومی دیوان عالی کشور است. آراء وحدت رویه برای تمامی دادگاه‌ها لازم‌الرعایه می‌باشد. آراء وحدت رویه یعنی آرای که دیوان عالی کشور به موجب قانون وحدت رویه قضایی (مصوب ۱۳۲۸) و یا ماده ۴۷۱ ق.آ.د.ک مصوب ۹۲ صادر می‌کند، ماده اخیرالذکر بیان می‌دارد:

«هرگاه از شعب مختلف دیوان عالی کشور یا دادگاهها نسبت به موارد مشابه، اعم از حقوقی، کیفری و امور حسبی، با استنباط متفاوت از قوانین، آراء مختلفی صادر شود، رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور، به هر طریق که آگاه شوند، مکلفند نظر هیأت عمومی دیوان عالی کشور را به منظور ایجاد

وحدت رویه درخواست کنند. هر یک از قضات شعب دیوان عالی کشور یا دادگاهها یا دادستانها یا وکلای دادگستری نیز می توانند با ذکر دلیل از طریق رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور، نظر هیأت عمومی را درباره موضوع درخواست کنند. هیأت عمومی دیوان عالی کشور به ریاست رئیس دیوان عالی یا معاون وی و با حضور دادستان کل کشور یا نماینده او و حداقل سه چهارم رؤسا و مستشاران و اعضای معاون تمام شعب تشکیل می شود تا موضوع مورد اختلاف را بررسی و نسبت به آن اتخاذ تصمیم کنند. رأی اکثریت در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها و سایر مراجع، اعم از قضائی و غیر آن لازم الاتباع است؛ اما نسبت به رأی قطعی شده بی اثر است. در صورتی که رأی، اجراء نشده یا در حال اجراء باشد و مطابق رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، عمل انتسابی جرم شناخته نشود یا رأی به جهاتی مساعد به حال محکوم علیه باشد، رأی هیأت عمومی نسبت به آراء مذکور قابل تسری است و مطابق مقررات قانون مجازات اسلامی عمل می شود».

برای نمونه می توان به رأی شماره ۵۸۲ (مورخه ۱۳۷۱/۱۲/۲) در خصوص «لزوم تقدیم دادخواست جهت مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم» اشاره داشت، آنجا که بیان می دارد: «مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم که در دادگاه کیفری مطرح می شود عنوان دعوی حقوقی دارد، شروع رسیدگی به دعاوی حقوقی در دادگاههای دادگستری هم مستلزم دادن دادخواست با شرایط قانونی آن می باشد، بنابراین نیازمند تقدیم دادخواست می باشد».

۴) آیین نامه ها

مطابق با اصل ۱۳۸ قانون اساسی،^۱ قوه مجریه می تواند اقدام به تصویب دو نوع آیین نامه کند:

- ۱) آیین نامه های اجرایی: آیین نامه هایی که برای اجرای صحیح قانون به تصویب دولت می رسد.
- ۲) آیین نامه های مستقل: آیین نامه هایی که برای حسن انجام وظایف اداری و سازمان های دولتی به تصویب می مراجع اجرایی می رسد.

طبیعتاً دامنه اختیارات قوه مجریه در وضع آیین نامه های مذکور بدین حد نیست که چنین آیین نامه هایی متضمن قواعد و تضمین های کیفری (یعنی جرم انگاری و کیفرگذاری کردن) باشد، چرا که قوه مجریه مرجع قانونگذاری به حساب نمی آید. اما در این خصوص ذکر دو نکته حائز اهمیت است:

^۱ اصل ۱۳۸: «علاوه بر مواردی که هیأت وزیران یا وزیری مأمور تدوین آیین نامه های اجرایی قوانین می شود، هیأت وزیران حق دارد برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان های اداری به وضع تصویب نامه و آیین نامه پردازد....»

اول آنکه «قبل از انقلاب اسلامی»، امکان جرم انگاری توسط قوه مجریه به صورت جزئی و با اجازه‌ی ماده ۲۷۶ ق.م.ع^۱ وجود داشت، به شکلی که با استناد به این ماده، آیین نامه‌های مختلفی که مشتمل بر برخی از جرایم سبک از نوع خلاف بودند، با تعیین مجازات تنظیم شدند. آیین نامه‌هایی مثل آیین نامه‌ی راجع به نصب و استفاده از بلندگو مصوب ۱۳۳۹. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۳۳-۳۲)

دوم آنکه «بعد از انقلاب اسلامی»، با توجه به اینکه اصل تفکیک قوا در ایران مطلق نبوده و هر سه قوه زیر نظر ولایت مطلقه فقیه می باشد،^۲ در برخی از موارد براساس اختیارات تفویض شده توسط مقام ولایت امر، قوای مجریه و قضاییه نیز امکان قانونگذاری‌های متضمن ضمانت اجراهای کیفری را دارا شدند که مهمترین این موارد به شرح زیر است:

یک) از شاخص‌ترین مصادیق آیین نامه‌های مصوب قوه مجریه، آیین نامه‌هایی تحت عنوان «تعزیرات حکومتی» در سال‌های ۶۶-۶۷ می باشد که بعداً با جرح، تعدیل و اصلاحاتی با عنوان «قانون تعزیرات حکومتی» در ۲۳ اسفند ۱۳۶۷ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید. (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۱۹۳-۱۹۲)

دو) از دیگر مصادیق آیین نامه، «آیین نامه دادرها و دادگاه‌های ویژه روحانیت» می باشد که به ابتکار مقامات دادرهای ویژه روحانیت (حکام شرع) تدوین شده، در تاریخ ۱۴ مرداد ۱۳۶۹ به تایید مقام معظم رهبری رسیده و در سال ۱۳۸۴ اصلاح شد، آیین نامه‌ای که در برگیرنده مجموعه‌ای از قوانین شکلی و ماهوی است.

بنابراین در مقام نتیجه‌گیری باید بیان داشت، هرچند قوه مجریه با توجه به پذیرش اصل تفکیک قوا در ایران، نمی‌توانند به صورت ابتدایی اقدام به جرم انگاری و کیفرگذاری کنند، اما قبل از انقلاب با استناد به ماده ۲۷۶ ق.م.ع و بعد از انقلاب اسلامی، نه تنها این قوه، بلکه قوه قضاییه نیز با اجازه مقام ولایت امر گاه‌ها مجوز چنین کاری را دریافت کرده و به همین جهت در این موارد استثنایی، از منابع الزامی حقوق کیفری به حساب می‌آید. پس «اصل بر این است که آیین نامه‌ها جزء منابع الزامی حقوق کیفری محسوب نمی‌گردند مگر به صورت استثنایی».

^۱ ماده ۲۷۶ ق.م.ع مصوب ۱۳۰۴: «نسبت به کلیه امور خلافی از قبیل عدم رعایت نظامات راجعه به بلدی و نظمی و صحیه و همچنین عدم رعایت نظامات راجعه به درشکه چی‌ها و شوورها و حفظ حیوانات و همچنین راجع به ولگردی و گدایی و فحاشی و استعمال الفاظ رکیکه در معابر عمومی و امثال آن وزارت داخله نظامنامه لازمه تهیه نموده و مقررات آن پس از تصویب وزارت عدلیه به موقع اجرا گذاشته خواهد شد ولی در هر حال مجازاتی که به موجب نظامنامه مزبوره مقرر می‌شود نباید از یک روز حبس و سه قران غرامت کمتر و از یک هفته حبس و پنج تومان غرامت بیشتر باشد».

^۲ اصل ۵۷: «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند...»

۵) معاهدات بین المللی

منظور از معاهده «توافق کتبی میان دو یا چند تابع حقوق بین الملل» می باشد. (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۱۹۵) در همین راستا به موجب ماده ۹ ق.م مقرر می دارد: «مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است». بنابراین چنانچه مفاد عهدنامه های بین المللی که بر طبق اصل ۷۷ قانون اساسی^۱ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده، متضمن قاعده ای از قواعد حقوق کیفری باشد در حکم قوانین داخلی بوده و جزء منابع الزامی حقوق کیفری به حساب می آید همانند قرار دادهای چهارگانه ژنو مصوب ۱۹۴۹.

ب- منابع ارشادی (فرعی یا غیرمستقیم):

منابع ارشادی به منابعی گفته می شود که قاضی ملزم به استناد به آنها نیست بلکه این منابع می توانند راهنمای قضات جهت صدور حکم باشند و ضمانت اجرای عدم استناد به این منابع نقض حکم صادره نیست. همانگونه که ذکر شد منابع فرعی عبارتند از: «منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر»، «رویه قضایی»، «عرف»، «نظریه های مشورتی» و «دکترین حقوقی» که در ذیل به شرح آنها پرداخته می شود:

۱) منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر

یکی از مهمترین مباحث در مورد «منابع حقوق کیفری» چگونگی تفسیر اصل ۱۶۷ ق.ا می باشد. برای طرح بحث، در ابتدا می بایست به متن اصل ۱۶۷ ق.ا توجه داشت. در این اصل آمده است:

«قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد»

حال سوال این است که آیا قضات دادگاه های کیفری می توانند در دعاوی کیفری در صورت عدم وجود قوانین مدونه، برای «جرم انگاری» یا «کیفر گذاری» با استناد به اصل ۱۶۷ ق.ا به «منابع اسلامی یا فتاوی معتبر» مراجعه کنند یا خیر؟ به طور کلی در این خصوص پنج الی شش دیدگاه وجود دارد که مهمترین آنها دو دیدگاه می باشد. این دو دیدگاه عبارتند از:

^۱ اصل ۷۷: «عهدنامه ها، مقاوله نامه ها، قراردادهای و موافقت نامه های بین المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد».

دیدگاه اول: برخی از حقوقدانان به این سوال پاسخ منفی داده و معتقدند به جهت وجود دو دلیل، در صورت فقدان قانون، برای «جرم انگاری» و «کیفرگذاری» نمی‌توان با استناد به اصل ۱۶۷ ق.ا. به «منابع اسلامی و فتاوی معتبر» مراجعه کرد، پس این اصل منصرف از قوانین کیفری است. این دلایل عبارتند از: «دلایل علمی (قانونی)» و «دلایل عملی (اجرایی)».

یک - دلایل علمی (قانونی): دلایل قانونی که طرفداران دیدگاه نخست بیان می‌دارند، متعدد می‌باشد که در زیر به چند مورد مهم آن اشاره می‌گردد:

(۱) **تخصیص خوردن اصل ۱۶۷ ق.ا. به وسیله برخی از اصول دیگر:** هر چند در اصل ۱۶۷ ق.ا. واژه «دعوا» مطلق آمده است و ظاهراً هم شامل دعاوی مدنی بوده و هم کیفری، اما زمانی که این اصل، در کنار سایر اصول قرار می‌گیرد، تفسیر و معنای واقعی آن روشن می‌شود. توضیح اینکه اصول ۱۶۹ (اصل قانونی بودن جرم) و ۳۶ (اصل قانونی بودن مجازات)^۱ به گونه‌ای تدوین شده‌اند که تخصیص زنده اصل ۱۶۷ ق.ا. بوده و آن را منصرف از دعاوی کیفری می‌کنند، چرا که در این اصول آمده است برای جرم انگاری و کیفرگذاری حتماً باید یک «قانون» وجود داشته باشد. مضافاً بر اینکه در اصل ۳۷ ق.ا. نیز «اصل برائت» پذیرفته شده است.^۲

(۲) **پیش بینی ماده ۲۲۰ در قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲:** قانونگذار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲، برای نخستین بار با تصویب ماده ۲۲۰ ق.م.ا. به فراگیر بودن اصل ۱۶۷ ق.ا. در کلیه دعاوی کیفری مهر بطلان زده و صرفاً به جاری بودن آن در جرائم مستوجب حد بسنده کرده است. به موجب ماده ۲۲۰ ق.م.ا.:

«در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است، طبق اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷)

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود».

به دیگر سخن، طرفداران این دیدگاه معتقدند اگر اصل ۱۶۷ ق.ا. در کلیه دعاوی کیفری - یعنی حدود، قصاص، دیات و تعزیرات - حاکم باشد، دیگر نیازی نبود که قانونگذار با اختصاص دادن یک ماده در قانون مجازات اسلامی (یعنی ماده ۲۲۰ ق.م.ا.)، به امکان مراجعه به «شرع» در حدود در صورت عدم وجود قانون مدونه، مجدداً اشاره می‌داشت! بنابراین مشخص می‌گردد در صورت فقدان قوانین مدونه، به جهت اجازه‌ی موجود در قانون مجازات اسلامی، صرفاً در «حدود» می‌توان با استناد به اصل ۱۶۷ ق.ا. به «منابع اسلامی و فتاوی معتبر» مراجعه کرد.

^۱ اصل ۱۶۹: «هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است، جرم محسوب نمی‌شود».

اصل ۳۶: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد».

^۲ اصل ۳۷ ق.ا. نیز اشاره داشت که بیان می‌دارد: «اصل، برائت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر این که جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد».

۳) حذف ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک مصوب ۷۸ از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۹۲: نه تنها پیش‌بینی ماده ۲۲۰ در قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ قرینه‌ای بر عدم تمایل قانونگذار در رجوع به «منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر» در خصوص «جرم انگاری» و «کیفرگذاری» است، بلکه عدم انعکاس ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک مصوب ۷۸ در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۹۲ و جایگزین کردن ماده ۳۷۴ به جای آن نیز تایید کننده‌ی نظر فوق می‌باشد. ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک. مصوب ۷۸ تقریباً منعکس کننده‌ی متن اصل ۱۶۷ ق.ا در قانون آیین دادرسی کیفری بود. در هر صورت در ماده ۳۷۴ ق.آ.د.ک مصوب ۹۲ که جایگزین ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک مصوب ۷۸ شده، آمده است:

«دادگاه پس از اعلام ختم دادرسی با استعانت از خداوند متعال، با تکیه بر شرف و وجدان و با توجه به محتویات پرونده و ادله موجود، در همان جلسه و در صورت عدم امکان در اولین فرصت و حداکثر ظرف یک هفته به انشای رأی مبادرت می‌کند. رأی دادگاه باید مستدل، موجه و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که براساس آن صادر شده است. تخلف از صدور رأی در مهلت مقرر موجب محکومیت انتظامی تا درجه چهار است»

۴) تاکید بر رعایت اصل قانونی بودن تعزیرات در ماده ۱۸ ق.م.ا مصوب ۹۲: علاوه بر سایر مواد، قانونگذار در ماده ۱۸ ق.م.ا مجدداً به پابندی به «اصل قانونی بودن تعزیرات» و عدم امکان مراجعه به منابع شرعی در این موارد اشاره کرده است. آنجا که بیان داشته است:

«...نوع، مقدار، کیفیت اجراء و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود...».

۵) وجود برخی از نظریه‌های مشورتی مطابق با این دیدگاه: هر چند نظریه‌های مشورتی جزء «منابع ارشادی» حقوق کیفری محسوب شده و تبعیت از آن جنبه الزامی ندارد، اما می‌تواند قرینه مناسبی برای نیل به دیدگاه مناسب باشد. در همین راستا، در تایید این دیدگاه توجه به نظریه مشورتی زیر حائز اهمیت است:

«طبق فتوای حضرت امام خمینی (قدس سره) قضات ماذون حق تعیین کیفر و تعزیر اشخاص را برای اعمالی که قانوناً کیفری از برای آن‌ها مقرر نشده است ندارند». (نظریه مشورتی شماره ۷/۶۰۸۷ مورخ ۱۳۷۴/۱۰/۴)

دو - دلایل عملی (اجرایی): جدای از دلایل علمی که طرفداران دیدگاه نخست برای عدم امکان مراجعه به شرع در صورت فقدان نص قانونی، ارائه می‌کنند، آن‌ها بر این باورند حتی اگر دلایلی برای امکان مراجعه به شرع با تمسک

به اصل ۱۶۷ ق.۱ وجود داشته باشد، باز به دلیل «مشکلات اجرایی فراوانی» که در عمل ایجاد می‌گردد، بهتر است از مراجعه به شرع، جز در موارد مصرح قانونی، خودداری کرد. مشکلات اجرایی مراجعه به اصل ۱۶۷ ق.۱ عبارتند از:

اولاً هر چند «منابع معتبر اسلامی» دارای تعریفی مشخص بوده و در برگیرنده «کتاب، سنت، اجماع و عقل» می‌باشند، اما گستردگی بیش از حد آن در عمل مشکل ساز خواهد شد، بدین دلیل که:

از یک سو، اشراف و تسلط به تمامی منابع معتبر اسلامی برای قضات دادگستری - به خصوص اینکه اکثر قضات فعلی، قضات ماذون می‌باشند - تقریباً امری غیرممکن می‌باشد.

از سوی دیگر، این توقع که «مردم باید به تمامی این منابع آگاهی داشته باشند تا بدین طریق تشخیص بدهند در انجام چه رفتاری آزاد بوده و از انجام چه رفتاری منع شده‌اند»، توقعی غیرعادلانه می‌باشد به خصوص آن که این منابع غالباً به زبان عربی می‌باشد.

ثانیاً در خصوص «فتاوی معتبر» مشکلات جدی‌تر می‌باشند، توضیح این که اساساً به چه فتواهایی، فتوای معتبر گفته می‌شود؟! مرجع تشخیص فتوای معتبر از غیر معتبر کیست؟! این که آگاهی مردم به تمامی این فتواها مفروض گرفته شود آیا واقعاً عادلانه می‌باشد یا خیر!؟

بنابراین طرفداران این دیدگاه بر این باورند در دعاوی کیفری، به استثنای برخی از موارد تصریح شده در قانون همچون مواد ۲۲۰ و ۱۲۷ ق.م.مصوب ۹۲، در خصوص جرم انگاری و کیفرگذاری نمی‌توان به اصل ۱۶۷ ق.۱ استناد کرد، بنابراین در مواردی که در قانون رفتاری جرم تلقی نشده و فاقد مجازات است، باید حکم به براءت داد. (ر.ک. منصورآبادی، ۱۳۹۵، ص ۱۴۹ و اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۲۰۲)

دیدگاه دوم: در مقابل، عده‌ای از حقوقدانان به سوال ابتدایی مطرح شده پاسخ مثبت داده و بر این باورند در صورت فقدان قانون مدونه، می‌توان با استناد به اصل ۱۶۷ ق.۱ هم در خصوص «جرم انگاری» و هم «کیفرگذاری» به منابع اسلامی و فتاوی معتبر مراجعه کرد. دلایل طرفداران این دیدگاه نیز در دو قسمت «دلایل علمی» و «دلایل عملی» بیان می‌شود:

یک - دلایل علمی (قانونی): دلایل علمی (قانونی) که در دیدگاه نخست بیان شده است، توسط طرفداران دیدگاه دوم یک به یک پاسخ داده می‌شود که به شرح زیر است:

(۱) **حاکمیت اصل ۱۶۷ ق.۱ نسبت به سایر اصول مرتبط:** در پاسخ به دلیل نخست دیدگاه اول، طرفداران دیدگاه دوم معتقدند دلیلی که طرفداران دیدگاه اول برای منصرف دانستن اصل ۱۶۷ ق.۱ از دعاوی کیفری مطرح کرده‌اند، از

قوت بالایی برخوردار نمی‌باشد. بدین جهت که اساساً میان اصل ۳۶ و ۱۶۹ با اصل ۱۶۷ ق.ا.تعارضی وجود ندارد، چون در اصل ۱۶۷ ق.ا. از اصطلاح «قوانین مدونه» استفاده شده و بیان شده است:

«قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید...»

بنابراین صدر اصل ۱۶۷ ق.ا. با تاکید بر قید «مدون»، قضات را ملزم به صدور حکم براساس قانون مدون موجود می‌نماید ولی در ادامه، قضات را ملزم می‌کند در صورت نیافتن حکم در قوانین مدون، به شرع (قانون غیرمدون) مراجعه کنند. در حالی که در اصل ۳۶ و ۱۶۹ ق.ا. در مقام رعایت اصل «قانونی بودن» از واژه‌ی مطلق «قانون» استفاده شده است! یعنی علاوه بر قانون مدون، در برگیرنده قانون غیرمدون (شرع) نیز می‌گردد.

۲) سکوت ماده ۲۲۰ ق.م.ا نسبت به وضعیت سایر مجازات‌های قانونی: در مورد دلیل دوم ارائه شده در دیدگاه نخست، باید بیان داشت از ماده ۲۲۰ ق.م.ا نمی‌توان نتیجه گرفت که اصل ۱۶۷ ق.ا. صرفاً ناظر به حدود بوده و منصرف از قصاص، دیه و تعزیر می‌باشد، چرا که:

اولاً ماده ۲۲۰ ق.م.ا در بخش «مواد عمومی حدود» ذکر شده است و اساساً ناظر به جرایم مستوجب قصاص، دیه و تعزیر نمی‌باشد. بله، اگر این ماده در بخش «کلیات قانون» ذکر می‌شد، امکان توسل به استدلال طرفداران دیدگاه نخست وجود داشت، حال آنکه در حال حاضر اینگونه نیست.

ثانیاً در دانش اصول این امر به اثبات رسیده است که جمله‌ی مثبت و مستقیم، دارای مفهوم نیست و اصطلاحاً «اثبات شی نفی ما عدا» نمی‌کند و نمی‌توان از این ماده، مفهومی برداشت نمود که امکان مراجعه به منابع شرعی در سایر بخش‌های حقوق کیفری منتفی می‌باشد.

۳) مطلق بودن کلمه «قانون» در ماده ۱۸ ق.م.ا مصوب ۹۲: در خصوص توسل طرفداران دیدگاه نخست نسبت به ماده ۱۸ ق.م.ا نیز می‌توان بیان داشت:

اولاً در ماده ۱۸ ق.م.ا از واژه‌ی مطلق «قانون» استفاده شده است که هم شامل قانون مدون و هم شامل قانون غیرمدون (شرع) می‌باشد.

ثانیاً حتی در صورت وجود تعارض میان ماده ۱۸ ق.م.ا با اصل ۱۶۷ ق.ا.، باید به نفع اصل اخیرالذکر حکم داد، چون قوانین عادی قابلیت تعارض داشتن با قانون اساسی را ندارند.

۴) قوت نداشتن دلیل حذف ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک از قانون آیین دادرسی کیفری: طرفداران دیدگاه دوم، حذف ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک را نیز دلیلی قابل توجه برای عدم مراجعه به شرع نمی دانند، چرا که اطلاق اصل ۱۶۷ ق.ا آنچنان از قوت نظری بالایی برخوردار است که حذف یک ماده از قانونی عادی نمی تواند اعتبار آن را متزلزل کند.

۵) توجه به اشکال شورای نگهبان درباره ماده ۲ ق.م.ا مصوب ۹۲: طرفداران دیدگاه دوم معتقدند از تمامی پاسخ‌های فوق گذشته، مراجعه به فرایند تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ مهر تاییدی بر صحت دیدگاه شان می‌زند، توضیح اینکه ماده ۲ ق.م.ا در ابتدا بدین صورت نگاشته شده بود:

«جرم، فعل یا ترک فعلی است که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است و هیچ فعل و ترک فعلی را نمی توان جرم دانست مگر آنکه در قانون برای آن مجازات در نظر گرفته شده باشد».

شورای نگهبان به ذیل قانون اشکال وارد نمود و بیان داشت: ماده ۲ ق.م.ا از این جهت که فعل یا ترک فعلی را که شرعاً مجازات داشته ولی قانون معترض آن نشده، مستوجب مجازات نمی داند، خلاف موازین شرع می باشد، امری که باعث حذف قید فوق از ماده ۲ ق.م.ا گردید! (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۴۰-۳۳)

دو- دلایل عملی (اجرایی): طرفداران دیدگاه دوم برای حل مشکلات اجرایی مطروحه در دیدگاه نخست معتقدند در خصوص مجازات کردن اشخاص بر اساس اصل ۱۶۷ ق.ا باید شروط زیر در نظر گرفته شود:

۱) شرط اول: برای جرم تلقی کردن یک رفتار می‌بایست نظر مرجع تقلید مرتکب ملاک قرار گیرد. بنابراین در مواردی که اختلاف نظر فقهی وجود دارد نباید بر اساس نظر مرجعی که مرتکب از وی تقلید نمی کند به مجازات مرتکب اقدام نمود، چرا که نظر هر مرجعی صرفاً برای مقلدین خودش دارای حجیت است.

۲) شرط دوم: بایستی آگاهی مرتکب به مجرمانه بودن رفتار احراز گردد و در صورتی که مرتکب نسبت به حکم جهل داشته باشد، نمی توان اقدام به محکومیت و مجازات وی نمود، چرا که برخلاف بسیاری از نظام های حقوقی، جهل به حکم از نظر فقهی مسموع می باشد. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۴۰-۳۳)

در مقام نتیجه گیری کلی باید بیان داشت هر چند از لحاظ «نظری» شاید ادله‌ی طرفداران دیدگاه دوم قوی تر باشد، اما در مجموع به نظر می‌رسد به منظور جلوگیری از تفسیرهای مختلف و پیدایش رویه‌های متعدد در خصوص «جرم انگاری» و «کیفر گذاری» با مراجعه به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر و همچنین اشکالات اجرایی که کماکان وجود دارد، شایسته است امکان جرم انگاری بر اساس به مراجعه به فقه، صرفاً به مواردی منحصر گردد که مقنن به آن تصریح کرده باشد، مانند

مجازات ممسک و دیده بان در قتل (ماده ۱۲۷ ق.م.ا.مصوب ۹۲) و یا واکنش در قبال سایر حدود (ماده ۲۲۰ ق.م.ا.مصوب ۹۲). (ر.ک. توجهی، ۱۳۹۴، ص ۷) به خصوص آنکه به رغم ارائه راهکارهایی اجرایی از سوی طرفداران دیدگاه دوم، همچنان مشکلات عملی رجوع به شرع پابرجا خواهد بود مانند آنکه اگر شخصی مرجع تقلید نداشت چه باید کرد؟

البته پذیرش دیدگاه اول (عدم امکان مراجعه به منابع اسلامی و فتاوی معتبر) بدین معنی نیست که «منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر» در دعاوی کیفری هیچ گونه نقشی ندارند، زیرا همانگونه که در مطالب فوق به کرات تاکید شد، طرفداران دیدگاه اول صرفاً «جرم انگاری» و «کیفر گذاری» در دعاوی کیفری را با استناد به اصل ۱۶۷ ق.ا.جایز نمی دانند، ولی در موارد زیر امکان مراجعه به شرع را با توسل به این اصل مجاز می شمارند:

اولاً در مواردی که «قانوناً» برای «جرم انگاری» و «کیفر گذاری» اجازه مراجعه به شرع داده شده باشد، مانند اجازه‌ی ماده ۲۲۰ ق.م.ا. در خصوص حدودی که در قانون ذکر نشده است و یا مجازات معاونت در جرم، آنگاه که در شرع دارای مجازات خاص می باشد در ماده ۱۲۷ ق.م.ا.

ثانیاً در مواردی که برای تشخیص «ماهیت برخی از حقایق شرعی» مراجعه به شرع ضروری باشد، چرا که بهترین منبع برای تفسیر واژه‌ها و عبارات شرعی، توسل به اصل ۱۶۷ ق.ا. و مراجعه به منابع اسلامی و فتاوی معتبر است. برای نمونه معنای مفاهیم شرعی ای مثل:

یک) صغیر ممیز و غیر ممیز: در قانون مجازات اسلامی، قانونگذار در برخی از موارد میان حکم صغیر ممیز و غیر ممیز قائل به تفکیک شده است، (برای مثال مراجعه شود به مواد ۳۷۵ و ۲۷۲ ق.م.ا.) در حالی که تعریف دقیق صغیر ممیز و صغیر غیر ممیز را بیان نداشته است! در چنین مواردی که خلاء قانونی وجود دارد، می توان به منابع معتبر اسلامی مراجعه کرد.

دو) تعزیرات منصوص شرعی: قانونگذار در ماده ۱۴ ق.م.ا. یکی از اقسام چهارگانه مجازات را «تعزیر» دانسته و آن را در ماده ۱۸ ق.م.ا. نیز تعریف کرده است، اما مشخص نکرده است که وجه تمایز «تعزیرات منصوص شرعی» از سایر تعزیرات چیست، در حالی که در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ ق.م.ا. میان احکام تعزیرات منصوص شرعی و دیگر تعزیرات قائل به تفکیک شده است! در این حالت، برای درک مفهوم تعزیرات منصوص شرعی چاره‌ای جز مراجعه به منابع معتبر اسلامی نیست. (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۲۰۴-۲۰۳)

سه) حدود بلوغ شرعی: قانونگذار در تبصره یک ماده ۳۰۴ ق.آ.د.ک بیان داشته است: «طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد». اما مشخص نشده است مقصود از آن چیست!! در این موارد برای تعریف و تفسیر این عبارت شرعی بهترین راهکار، مراجعه به شرع با توسل به اصل ۱۶۷ ق.ا. می باشد.

۲) رویه قضایی

رویه قضایی به مجموع آراء و احکامی که دادگاه‌ها در مورد موضوع خاص صادر می کنند اطلاق می شود به گونه ای که بعد از گذر زمان و عرف شدن رای صادره در مورد یک موضوع خاص، تبعیت از آن به نوعی «الزامی اخلاقی» پیدا می کند.

منظور از الزام اخلاقی این است که دادگاه‌های دیگر، قانوناً ملزم به رعایت حکم صادره توسط دادگاه‌های پیشین نیستند، با این همه در عمل نفوذ معنوی چنین آرای به حدی است که دادگاه‌های بعدی اخلاقاً خود را موظف به تبعیت از تجربه‌های محاکم پیشین می‌دانند. بنابراین به این جهت که دادگاه‌ها الزام قانونی برای تبعیت ندارند، رویه قضایی جزء منابع فرعی به حساب می‌آید.

یکی از مهمترین مصادیق این رویه‌ها، توجه دادگاه‌ها به آراء اصراری صادر شده از سوی دیوان عالی کشور در برخی از پرونده‌هاست. آراء اصراری، هر چند صرفاً برای دادگاه مرجوع الیه لازم‌الاتباع می‌باشد، اما سایر دادگاه‌ها نیز عملاً به آن پایبند بوده و مخالف آن حکم نمی‌دهند (الزام معنوی). در این خصوص می‌توان به ماده ۴۷۰ ق.آ.د.ک مصوب ۹۲ مراجعه کرد. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۴۲)

۳) عرف

عرف «مجموعه‌ای از رفتارها، باورها و رسوم است که در گذر زمان و به تدریج در یک گروه اجتماعی به عنوان یک قاعده الزام آور معمول می‌شود، به گونه‌ای که تخلف از آن‌ها باعث جریحه‌دار شدن احساسات جمعی می‌گردد». نکته بسیار مهم اینکه الزام آور بودن عرف جنبه «اخلاقی» داشته و به هیچ وجه جزء الزامات قانونی به حساب نمی‌آید. با این اوصاف، سوال مهمی که در اینجا مطرح می‌شود این است که عرف در حقوق کیفری دارای چه جایگاهی می‌باشد؟

در پاسخ به سوال فوق می‌توان بیان داشت در حقوق کیفری به جهت وجود «اصل قانونی بودن جرم و مجازات»، قاضی نمی‌تواند در مواردی که رفتاری در قانون مستقلانه جرم محسوب نشده و برای آن مجازاتی در نظر گرفته نشده است، صرفاً بدین دلیل که عرفاً زشت و قبیح می‌باشد، آن رفتار را جرم تلقی کرده و برای آن مجازات در نظر بگیرد. برای مثال سیگار کشیدن هر چند ممکن است عرفاً امری ناپسند به حساب آید، اما از آنجا که در قانون جرم تلقی نمی‌گردد، مرتکب آن را نمی‌توان مجازات کرد. با تمامی این اوصاف، این امر بدین معنی نیست که عرف هیچ گونه جایگاهی را در حقوق کیفری ندارد بلکه به شرح زیر در حقوق کیفری اثر گذار می‌باشد:

یک - مرحله تقنین: تردیدی نیست که عرف در مرحله قانونگذاری نقش انکار ناپذیری را ایفا می‌کند. به عبارت ساده‌تر، قانونگذار گاهی برخی از رفتارها را صرفاً بدین دلیل که عرف جامعه آن را قبیح می‌داند، جرم تلقی کرده و برای آن مجازات تعیین می‌نماید. اما باید در نظر داشت این شکل از اثرگذاری عرف ارتباطی با بحث «منابع قضایی» ندارد، چون نقش آن در یک مرحله قبل از قضاوت، یعنی در مرحله قانونگذاری است.

دو - مرحله قضایی: نه تنها عرف در مرحله قانونگذاری اثر گذار است، بلکه در مرحله قضایی نیز ایفای نقش می‌نماید. یعنی گاه قضات دادگاه‌ها برای تشخیص ماهیت برخی از «اصطلاحات و عناوین حقوق کیفری» چاره‌ای جز مراجعه به عرف ندارند که در زیر به تفکیک به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

الف - نقش عرف در رکن قانونی: گاهی قضات برای فهم مقصود قانونگذار می‌بایست به «برداشت عرفی» متوسل شوند. برای مثال در بحث زوال رکن قانونی (عوامل موجهه جرم)، عرف نقش تعیین‌کننده‌ای در ابهام زدایی از برخی از واژه‌های قانونی را دارد. برای نمونه:

یک) مطابق با ماده ۱۵۲ ق.م.ا.مصوب ۹۲ زمانی «اضطرار» باعث زوال رکن قانونی می‌شود که خطری «شدید» و «قریب الوقوع» وجود داشته باشد. در این مورد، مرجع تشخیص «شدید» و «قریب الوقوع» بودن خطر، «عرف» می‌باشد!

دو) مطابق با تبصره ماده ۱۵۶ ق.م.ا.مصوب ۹۲ زمانی «دفاع از دیگری» در قالب «دفاع مشروع» باعث زوال رکن قانونی می‌شود که دیگری از «نزدیکان دفاع کننده» باشد. به نظر می‌رسد مرجع تشخیص اینکه چه کسی جزء نزدیکان دفاع کننده است با «عرف» می‌باشد.

سه) مطابق با بند «ت» ماده ۱۵۸ ق.م.ا.مصوب ۹۲ زمانی «تادیب و حفاظت» باعث زوال رکن قانونی می‌شود که اقدامات والدین، اولیاء قانونی و سرپرستان صغار و مجانین، «متعارف» باشد. بدیهی است که مرجع تشخیص متعارف بودن یا نبودن اقدامات صورت گرفته «عرف» می‌باشد.

ب - نقش عرف در رکن مادی: نه تنها عرف در فهم رکن قانونی، بلکه در تفسیر اجزای سه‌گانه‌ی رکن مادی یعنی «رفتار ارتكابی، اوضاع و احوال و شرایط» و «نتیجه مجرمانه» نیز اثرگذاری می‌باشد. برای مثال:

یک) یکی از شروط رکن مادی در جرم «توهین» (ماده ۶۰۸ تعزیرات)، «وهن آمیز بودن رفتار» می‌باشد. در این خصوص مرجع تشخیص «وهن آور بودن یا نبودن رفتار» عرف می‌باشد.

دو) یکی از شروط رکن مادی در جرم «کلاهبرداری» (ماده ۱ ق.ت.م.ا.ک)، «مقابلانه بودن وسایل مورد استفاده» می‌باشد. در این مورد نیز معیار تشخیص «مقابلانه بودن یا نبودن» وسیله، عرف می‌باشد، یعنی با مراجعه به عرف و توسل به «ضابطه نوعی» می‌توان به این مهم پی برد.

سه) یکی از شروط رکن مادی در جرم «دائر کردن قمارخانه» (ماده ۷۰۸ تعزیرات)، «قمارخانه محسوب شدن مکان» می‌باشد. شعبه دوم دیوان عالی کشور در یکی از آراء خود چنین نظر داده است «مناطق در تشخیص قمارخانه عرف است...» (شماره ۲۷۷۲ مورخ ۱۳۱۵/۱۲/۱۳) و در رای دیگری بیان داشته است: «عرفاً قهوه خانه را نمی‌توان قمارخانه گفت...» (شماره ۳۴۱۱ مورخ ۱۳۳۱/۱۰/۲۴).

چهار) یکی از شروط رکن مادی در جرم «سرقت حدی» (مواد ۲۶۷ و ۲۶۸ ق.م.ا.مصوب ۹۲)، «در حرز بودن مال مسروقه» می‌باشد. در ماده ۲۶۹ ق.م.ا. «حرز عبارت از مکان متناسبی است که مال عرفاً در آن از دستبرد محفوظ می‌ماند». بنابراین برای تشخیص حرز محسوب شدن یا نشدن یک مکان می‌بایست به عرف مراجعه کرد.

ج - نقش عرف در رکن معنوی: علاوه بر رکن قانونی و مادی، عرف در ابهام زدایی از رکن معنوی نیز بی تاثیر نیست. برای مثال رکن معنوی جرایم غیر عمدی «تقصیر جزایی» است. تقصیر جزایی با توجه به تبصره ماده ۱۴۵ ق.م.ا مصوب ۹۲ اعم از بی احتیاطی و بی مبالاتی است. همانگونه که بعداً ذکر خواهد شد بی احتیاطی عدم دوران دیشی در انجام رفتاری است که عرف توقع دارد شخص مرتکب آن نشود و برعکس، بی مبالاتی عدم انجام رفتاری است که عرف توقع دارد شخص آن را انجام بدهد. دقت در تعاریف «بی احتیاطی» و «بی مبالاتی» روشن کننده آن است که برای تشخیص وقوع «بی احتیاطی» و «بی مبالاتی» چاره‌ای جز توسل به عرف نیست!

۴) نظریه های مشورتی

نظریه های مشورتی به نظراتی گفته می شود که توسط برخی از مراکز حقوقی همانند اداره حقوقی دادگستری و یا کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی در پاسخ به سوالات قضات و مسئولین قضایی ارائه می گردد. از آنجا که این مراکز معمولاً از قضات با سابقه و متخصصان حقوقی تشکیل شده‌اند، نظرات اظهار شده توسط ایشان برای بسیاری از قضات و دادرسان دارای اهمیت می باشد، اما هیچ از آن‌ها از لحاظ قانونی ملزم به رعایت نظرات این مراکز نمی باشند، هر چند در اکثر موارد، در عمل پایبند به آن می باشند. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۴۵)

۵- د کترین حقوقی

منظور از د کترین حقوقی، تفسیر و تحلیل قوانین جزایی توسط حقوقدانان و اندیشمندان کیفری است. بدون تردید جایگاه اساتید حقوق و برداشت‌های آن‌ها که در قالب تدریس، کتب و مقالات منتشر می گردد، تاثیر مهمی بر ذهنیت قضات دارد. اما با تمامی این اوصاف، هیچ گاه قاضی در صدور رای ملزم نمی باشد که با توجه به این نظرات و دیدگاه ها حکم صادر کند. به همین جهت د کترین حقوقی جزء منابع ارشادی به حساب می آید. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۴۳)

۳- نتایج اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها

بعد از تعریف و تحلیل «منابع حقوق کیفری»، نوبت به بررسی «نتایج اصل قانونی بودن جرم و مجازات» می رسد، بدین معنی که پیامدها و نتایج پذیرش اصل قانونی بودن جرم و مجازات‌ها در قوانین جزایی چیست؟ برای پاسخ به سوال می توان گفت در حقوق کیفری «اصل قانونی بودن جرم و مجازات» دارای دو نتیجه بسیار مهم در حوزه «تفسیر قانون» و «قلمرو حاکمیت قانون در زمان» می باشد که به ترتیب در مباحث زیر بدان پرداخته می شود:

یک) تفسیر قانون

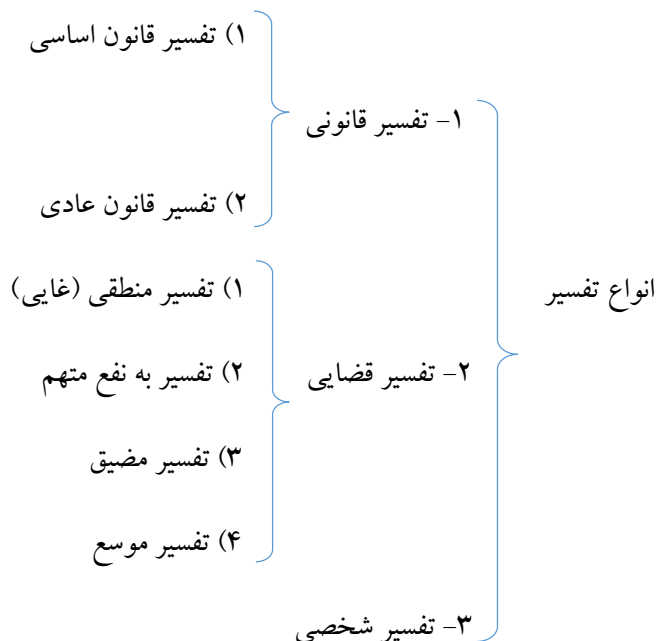
هر چند قانونگذار به هنگام نگارش قانون باید تمام تلاش خود را به کار گیرد تا مقصود خود را با عبارات رسا، روشن و بدون ابهام بیان کند، تا احتمال وقوع استبداد قضایی به حداقل ممکن برسد، اما به دو دلیل در برخی از موارد، قضات در مقام قضاوت چاره‌ای جز توسل به «تفسیر» ندارند: گاه قانونگذار در هنگام تصویب قانون از واژه‌ها و عبارات مبهم استفاده می‌کند که جز از طریق توسل به تفسیر، امکان شفاف‌سازی آن‌ها وجود ندارد و گاهی در هنگام تصویب قانون از واژه‌های روشنی استفاده می‌کند، اما در گذر زمان این واژه‌ها با دور شدن از معنای اولیه خود و دارا شدن معنایی جدید، باعث مبهم شدن مفهوم قانون می‌شوند. در همین راستا مطالب تفسیر در دو قسمت «تعریف تفسیر» و «انواع تفسیر» بیان می‌گردد:

الف) تعریف تفسیر

تفسیر در لغت از ماده فَسَّرَ به معنی «آشکار ساختن»، «هویدا کردن» و «بیان کردن معنی سخن» می‌باشد. در علم حقوق نیز تفسیر در همین معنی به کار می‌رود، بدین صورت که منظور از تفسیر قوانین، آشکار ساختن معنی الفاظ قانون و عباراتی است که در ظاهر مبهم و پیچیده می‌باشند. ضرورت رجوع به تفسیر بدین خاطر است که با توجه به ماده ۵۹۷ ق.م.ا.م.صوب ۷۵، قضات نمی‌توانند به بهانه بی‌مجملی و مبهم بودن قوانین از رسیدگی به دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند، چرا که در این صورت «مستنکف از احقاق حق» محسوب شده و به مجازات مقرر در همین ماده محکوم خواهند شد.

ب) انواع تفسیر

به اعتبار «مقام تفسیر کننده» تفسیر به سه قسم تقسیم می‌شود:



یک - تفسیر قانونی: تفسیری که «قانونگذار» برای ابهام زدایی و فهم معنای قانون انجام می‌دهد را «تفسیر قانونی» گویند که خود بر دو قسمت است:

۱. قانون اساسی: اصل ۹۸ ق.ا: «تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه چهارم آنان انجام می‌شود».
۲. قوانین عادی: اصل ۷۳ ق.ا: «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است....».

بنابراین با توجه به اصول ۹۸ و ۷۳ مشخص می‌گردد مرجع قانونی تفسیر «قانون اساسی» و «قانون عادی» متفاوت از یکدیگر بوده و به ترتیب «شورای نگهبان» و «مجلس شورای اسلامی» است.

دو - تفسیر قضایی: تفسیری که «قاضی» در مقام ابهام‌زدایی و روشن ساختن مفهوم قانون انجام می‌دهد را «تفسیر قضایی» گویند^۱ این نوع از تفسیر خود دارای اقسامی می‌باشد که مهمترین آن‌ها عبارتند از:

۱. **تفسیر منطقی (غایی):** تفسیر منطقی یعنی «درک مقصود و هدف قانونگذار». به بیان دیگر در این شیوه از تفسیر قضایی تلاش می‌کند بدون آن که خود را به معنای تحت الفظی واژه‌ها و عبارات قانونی محدود کند، هدف و مقصود واقعی قانونگذار را کشف کند، بنابراین در برخی از موارد ممکن است از معنای لغوی واژه‌های قانونی دست کشیده و به دنبال فهم اراده قانونگذار باشد. نکته بسیار مهم این است که در صورت دستیابی به «مقصود واقعی قانونگذار» از طریق «تفسیر منطقی»، به هیچ وجهی مهم نیست که تفسیر صورت گرفته به «نفع» متهم باشد یا به «ضرر» وی. در همین راستا می‌توان به مثال‌های زیر اشاره کرد:

مثال اول - واژه «اکاذیب» در جرم نشر اکاذیب: قانونگذار در ماده ۶۹۸ ق.م.ا مصوب ۷۵ در جرم «نشر اکاذیب» از واژه «اکاذیب» استفاده کرده است. در تفسیر مضیق، چون اکاذیب جمع کذب است، بنابراین باید قائل به این شد شرط تحقق این جرم، انتشار «حداقل دو کذب» بوده و با انتشار یک کذب جرم موضوع ماده ۶۹۸ ق.م.ا مصوب ۷۵ محقق نمی‌گردد، در حالی که با تفسیر منطقی این ماده این نتیجه حاصل می‌شود که هر چند قانونگذار از این واژه به صورت جمع استفاده کرده، اما مقصود وی به هیچ روی این نبوده است که برای تحقق این جرم، حداقل باید دو کذب اظهار گردد، بلکه استفاده از واژه اکاذیب به جهت رایج بودن این واژه در عرف می‌باشد.

مثال دوم - واژه «جهات» در «عذر قضایی معاف کننده»: قانونگذار در ماده ۳۹ ق.م.ا مصوب ۹۲ برای امکان استفاده از «عذر قضایی معاف کننده» شش شرط را پیش بینی کرده است که یکی از آن‌ها

^۱ به این نوع تفسیر به صراحت در انتهای اصل ۷۳ ق.ا اشاره شده است، آنجا که قانونگذار بیان می‌دارد: «..... مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان، در مقام تمیز حق از قوانین می‌کنند نیست».

«احراز جهات تخفیف» می‌باشد. روشن است که در این ماده واژه‌ی «جهات» جمع می‌باشد که در صورت توسل به تفسیر مضیق باید قائل به این شد زمانی مجرم می‌تواند از امتیاز موجود در این ماده استفاده کند که تمامی جهات هشت گانه‌ی ماده ۳۸ ق.م.ا مصوب ۹۲ وجود داشته باشد، در حالی که با توسل به تفسیر منطقی بدیهی است که مقصود قانونگذار وجود تمامی جهات تخفیف نبوده است، بلکه وجود یک جهت از جهات تخفیف نیز برای استفاده مجرم از امتیاز موجود در ماده ۳۹ ق.م.ا مصوب ۹۲ کافی می‌باشد.

با دقت در دو مثال فوق مشخص می‌شود تفسیر منطقی همیشه به ضرر متهم نیست، چرا که برخلاف مثال نخست، در مثال دوم، تفسیر منطقی به نفع متهم بوده و امکان استفاده وی را از «معاذیر قضایی معاف کننده» فراهم می‌کند.

۲. **تفسیر به نفع متهم:** تفسیر مذکور جزء اصول عملی بوده و جای استفاده از آن، در «حالت شککی» است که پس از نوبیدی از یافتن نظر قانونگذار حاصل می‌گردد. به عبارت ساده‌تر، تنها زمانی می‌توان به تفسیر به نفع متهم متوسل گردید که قاضی با استفاده از «فنون استنباط» از کشف مقصود قانونگذار مایوس شده و در چگونگی تفسیر قانون، شک و تردیدش همچنان باقی مانده باشد. در این حالت است که می‌بایست قانون، به نفع متهم تفسیر گردد.

۳. **تفسیر مضیق:** منظور از تفسیر مضیق، «پابندی و وفاداری به معنای محدود واژه‌ها و عبارات قانونی» است، بدین معنی که قضات در تفسیر قانون هیچ گونه اختیار و آزادی عملی را نداشته و باید به معنای مضیق واژه‌های قانونی اکتفا کنند. در این رویکرد قاضی تنها «زبان قانون» می‌باشد. در صورت پذیرش این تفسیر به عنوان اولین شیوه تفسیر قانون، قاضی می‌بایست صد در صد به واژه‌ها و عبارات قانونی پای بند بوده و حق هیچ گونه برداشتی فراتر از متن قانون را ندارد. به همین دلیل طرفداران تفسیر مضیق بر این باورند که مثلاً جرم نشر اکاذیب، بدان جهت که اکاذیب جمع است، حداقل با انتشار دو کذب قابل تحقق بوده و با انتشار یک کذب واقع نمی‌گردد.

۴. **تفسیر موسع:** تفسیر موسع یعنی «قبول اختیار قاضی در جرم انگاری یک رفتار و تعیین مجازات برای آن در غیر از موارد تصریح شده در قانون». با توجه به این تعریف مشخص می‌گردد تفسیر قیاسی یعنی «تسری دادن یک حکم به یک موضوع مسکوت‌الحکم به جهت وجود دلیل مشترک» نیز یکی از اقسام تفسیر موسع می‌باشد. (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۲۲۷) بدیهی است که پذیرش این تفسیر در حقوق کیفری ماهوی باعث اقتدار افراطی قضات در «جرم انگاری» و «کیفر گذاری» برای رفتارهای حتی قانونی شده، تا جایی که تهدید کننده‌ی آزادی‌های شخصی و حریم خصوصی شهروندان جامعه خواهد بود.

حال که معنای تفاسیر گوناگون روشن گردید، این سوال مطرح می‌شود که در «حقوق کیفری ماهوی» کدامیک از تفاسیر فوق از اهمیت بیشتری برخوردار می‌باشند؟! در مقام پاسخ‌گویی باید اعتراف کرد بی‌تردید در میان تفاسیر فوق، «تفسیر مضیق» نتیجه‌ی مستقیم «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها» می‌باشد، به عبارت دیگر، پای بندی صددرصدی به اصل قانونی بودن جرم و مجازات مستلزم آن است که از میان تفاسیر فوق، تفسیر مضیق به عنوان «اولین» شیوه‌ی تفسیر به حساب آید. اما به جهت وجود دو اشکال جدی در تفسیر مضیق، امروزه این تفسیر اهمیت گذشته‌ی خود را از دست داده است:

اول آن که با پذیرش تفسیر مضیق، شان قانونگذار هم ردیف با شان شارع مقدس پنداشته می‌شود. به دیگر سخن، گویی قانونگذار عاری از هرگونه خطا و مصون از هر نوع اشتباه می‌باشد. درست برعکس قانونگذار، در این رویکرد، قاضی تنها زبان قانون فرض شده و می‌بایست مطیع چشم و گوش بسته‌ی قانونگذار باشد.

دوم آن که پذیرش تفسیر مضیق با ماهیت زنده‌ی حقوق کیفری در تعارض می‌باشد، چرا که با توجه به عمر نسبتاً طولانی قوانین جزایی، برای متناسب ساختن آن‌ها با نیازهای روز جامعه، باید از تفسیر خشک مضیق دست کشیده و به جای پای بندی به الفاظ و عبارات قانونی، به دنبال کشف مقصود حقیقی قانونگذار بود.

بنابراین در مقام نتیجه‌گیری می‌توان بیان داشت اکثر حقوقدانان معاصر به «تفسیر منطقی» به عنوان بهترین شیوه‌ی تفسیر روی آورده‌اند،^۱ چرا که چنین تفسیری، قانون را متناسب با نیازهای جدید جامعه متحول می‌کند. در گام بعد، در صورت عدم امکان شناسایی مقصود واقعی قانونگذار و در موارد شک و تردید، با توجه به «اصل اباحه» باید قانون را «به نفع متهم» تفسیر کرد، در چنین مواردی انتخاب تفسیر مضیق یا تفسیر موسع به عنوان تفسیر صحیح، بستگی به این دارد که کدامیک به نفع متهم باشد. برای روشن شدن مطلب می‌توان به مثال‌های زیر اشاره داشت:

یک) تفسیر به نفع متهم در قالب تفسیر مضیق: در ماده ۵۲۳ ق.م.ا.مصوب ۷۵ در خصوص جعل آمده است:

«جعل و تزویر عبارتند از: ساختن نوشته یا سند.... به قصد تقلب.»

سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است آیا نوشته‌ی موضوع جرم جعل باید لزوماً بر روی چیزهایی مثل کاغذ نگاشته شده باشد یا این که می‌تواند بر روی یک پیام رایانه‌ای، یک قطعه سنگ حجاری شده، یک فلز و یا یک مجسمه هم درج شده باشد مانند آنکه مرتکب بر روی سنگی، نوشته‌ی ای را حک کرده و یا تغییر دهد؟! (ر.ک. میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲،

^۱. جالب آنکه شورای نگهبان در پاسخ استعلامی که از ناحیه ریاست جمهوری در سال ۷۶ در مورد تفسیر قوانین شده، همین رویکرد را پذیرفته و نظریه تفسیری‌ای را بدین شرح اعلام کرده است: «۱- مقصود از تفسیر بیان مراد مقنن است بنابراین تزییق و توسعه قانون در مواردی که رفع ابهام قانون نیست، تفسیر تلقی نمی‌شود....»

ص ۲۷۹) به نظر می‌رسد در این مورد، چنانچه امکان درک مقصود قانونگذار وجود نداشته باشد، باید ماده را به نفع متهم تفسیر کرد که در اینجا در قالب تفسیر مضیق محقق می‌گردد. بنابراین جعل را نیاستی شامل این موارد دانست.

دو) تفسیر به نفع متهم در قالب تفسیر موسع: در ماده ۳۸ ق.م.ا یکی از جهات تخفیف مجازات مرتکب که در بند ج ذکر شده است عبارتند از:

«بند ج - کوشش متهم به منظور تخفیف آثار جرم....».

در مقام تفسیر این عبارت، این سوال قابل طرح است که آیا منظور از تخفیف آثار جرم، صرفاً تخفیف آثار زیانبار مادی (اعم از جانی و مالی) است و یا علاوه بر آن، شامل تخفیف آثار معنوی نیز می‌گردد؟ در این مثال در صورت عدم امکان تفسیر منطقی، نوبت به تفسیر به نفع متهم می‌رسد. در اینجا تفسیر به نفع متهم زمانی صورت می‌گیرد که بند فوق الذکر به صورت موسع تفسیر شود، به شکلی که هم شامل تلاش متهم برای تخفیف آثار زیانبار مادی شده و هم شامل تخفیف آثار زیانبار معنوی.

بنابراین در حقوق جزای ماهوی، ترتیب «تفاسیر قضایی» را می‌توان به شرح ذیل دانست:

۱. تفسیر منطقی

۲. تفسیر به نفع متهم (خواه با تفسیر مضیق، خواه با تفسیر موسع)^۱

سه - تفسیر شخصی: تفسیر شخصی عبارتند از «تجزیه و تحلیل قانون از سوی علمای حقوق به منظور تشخیص معنای و تعیین قلمرو آن». (ر.ک. امیدی، ۱۳۸۹، ص ۵۶) ناگفته پیداست که تفاسیر شخصی جنبه رسمی نداشته و قضات ملزم به رعایت آن‌ها نیستند گرچه در عمل بسیاری از ابهامات قانونی را از بین می‌برد.

دو) قلمرو حاکمیت قانون در زمان

نتیجه دوم «اصل قانونی بودن جرم و مجازات» در بحث «قلمرو حاکمیت قانون در زمان» مطرح می‌شود که امروزه در قالب قاعده «عطف به ما سبق نشدن قوانین کیفری ماهوی» مشهور شده است. قبل از آن که این اصل مورد بررسی قرار گیرد، ذکر یک نکته خالی از لطف نیست که حاکمیت قانون همواره در دو بُعد زمان و مکان مطرح می‌گردد. «حاکمیت قانون

^۱ برخلاف قوانین کیفری ماهوی، در قوانین کیفری شکلی امکان توسل به «تفسیر موسع» وجود دارد، چرا که فرض بر این است این قوانین ناظر به اجرای هر چه بهتر فرایند دادرسی است، بنابراین تفاوتی نمی‌کند که به صورت موسع تفسیر شود یا مضیق. بدیهی است زمانی می‌توان به تفسیر موسع در قوانین شکلی متوسل شد که به ضرر حقوق مکتسبه متهم نباشد. بنابراین یکی از تفاوت‌های کاربردی قوانین ماهوی و شکلی در چگونگی تفسیر آن‌ها می‌باشد.

در مکان» یکی از مباحث مهم «حقوق جزای بین الملل» می‌باشد، که از بحث فعلی خارج است.^۱ آنچه که در این میان حائز اهمیت است، بررسی نتیجه‌ی دوم «اصل قانونی بودن جرم و مجازات» یعنی «حاکمیت قانون در زمان» یا همان اصل «عطف به ما سبق نشدن قوانین کیفری ماهوی» می‌باشد که در زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد:

الف- تعریف قاعده «عطف به ما سبق نشدن قوانین کیفری ماهوی»

عطف به ما سبق نشدن قوانین کیفری ماهوی اجمالاً یعنی «قاضی نمی‌تواند حکم قانون لاحق را به مصادیق سابق تسری دهد و افعالی که پیش از تصویب این قانون جرم نبوده است را به استناد آن مجازات کند». (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۲۲۹) مبنای این قاعده، حفظ «حقوق و آزادی‌های فردی» می‌باشد، بدین معنی که شهروندان جامعه باید بدانند در انجام چه رفتارهایی آزاد بوده و از انجام چه رفتارهایی منع شده اند و نباید شهروندان یک جامعه همواره در این ترس باشند که مبادا به جهت انجام رفتاری که امروزه قانونی است، فردا روزی به جهت جرم تلقی شدن آن، مجازات خواهند شد!

^۱. صرفاً برای آشنایی اجمالی مخاطبین، به صورت مختصر به موضوع «قلمرو حاکمیت قانون در مکان» پرداخته می‌شود. در خصوص حاکمیت قانون در مکان، چهار نوع صلاحیت مهم وجود دارد که عبارتند از:

یک- صلاحیت سرزمینی: این نوع صلاحیت خود به دو قسمت تقسیم می‌شود:

- ۱) صلاحیت سرزمینی ثابت: این اصل به عنوان مهمترین اصل در اجرای قوانین کیفری در مکان، در ماده ۳ ق.م.ا مصوب ۹۲ بیان شده است. (البته در این خصوص همچنین باید رجوع شود به ماده ۴ ق.م.ا)
- ۲) صلاحیت سرزمینی شناور: وقوع جرم در «کشتی حامل پرچم ایران» و یا در «هواپیما ثبت شده ایران» در «خارج» از قلمرو ایران را گویند، چرا که در این حالت، کشتی در حال حرکت و هواپیمای در حال پرواز، بخشی از سرزمین محسوب می‌شوند.

دو- صلاحیت عینی: توسعه صلاحیت تقنینی و قضایی یک کشور نسبت به جرایمی که در «خارج» از قلمرو حاکمیت آن کشور واقع شده و به «منافع حیاتی و اساسی» کشور آسیب رسانده است. (رجوع کنید به ماده ۵ ق.م.ا)

سه- صلاحیت شخصی: این نوع صلاحیت، خود به دو قسمت تقسیم می‌گردد:

- ۱) صلاحیت شخصی فعال: صلاحیت شخصی فعال (بزهکار محور) در واقع تکمیل کننده اصل صلاحیت سرزمینی است، چرا که برای رسیدگی به جرایم ارتكابی تابعان یک کشور، صلاحیت سرزمینی به تنهایی کفایت نخواهد کرد، زیرا بسیاری از تابعان ممکن است در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب جرم شوند. (رجوع کنید به ماده ۷ ق.م.ا)
- ۲) صلاحیت شخصی منفعل: صلاحیت شخصی منفعل (بزه دیده محور) یعنی توسعه صلاحیت تقنینی و قضایی یک کشور نسبت به جرایمی که علیه اتباع آن کشور واقع می‌شود. (رجوع کنید به ماده ۸ ق.م.ا)

چهار- صلاحیت جهانی: ماده ۹ ق.م.ا: «مرتکب جرائمی که به موجب قانون خاص یا عهدنامه‌ها و مقررات بین‌المللی در هر کشوری یافت شود در همان کشور محاکمه می‌شود، اگر در ایران یافت شود طبق قوانین جزائی جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات می‌گردد».

ب- قلمرو قاعده «عطف به ما سبق نشدن قوانین کیفری ماهوی»

رعایت قاعده «عطف به ما سبق نشدن قوانین کیفری ماهوی» در حقوق کیفری به مراتب مهمتر از حقوق مدنی است. همانند چگونگی تفسیر قوانین کیفری که میان قوانین کیفری ماهوی و شکلی تفاوت وجود دارد، در خصوص رعایت این قاعده در حقوق کیفری نیز می‌بایست میان قوانین کیفری ماهوی و شکلی قائل به تمییز شد، بدین صورت که در قوانین ماهوی اصل بر «عطف به ما سبق نشدن قوانین کیفری» می‌باشد. آنچه که در اینجا حائز اهمیت است بررسی قلمرو این قاعده در قوانین کیفری ماهوی است نه شکلی. امری که در زیر بدان پرداخته می‌شود.

همان گونه که قبلاً ذکر شد قوانین ماهوی، یعنی «قوانینی که در مقام تعریف جرم، تعیین مجازات و بیان قواعد حاکم بر آن‌ها» می‌باشد. به تعبیر دیگر، قوانینی که اقدام به «جرم‌انگاری» یا «کیفرگذاری» می‌کنند، قوانین ماهوی به حساب می‌آیند. بنابراین طبیعی است که در قوانین کیفری ماهوی، قاعده «عطف به ما سبق نشدن قوانین» باید به درستی رعایت گردد، چرا که در صورت عدم توجه به آن، آزادی‌های فردی دائماً در معرض تعدی و تجاوز خواهد بود. به بیان دقیق‌تر، عدم پذیرش این قاعده در قوانین ماهوی، یعنی این که ممکن است شخصی که امروز رفتار قانونی را انجام می‌دهد، فردا روزی که طبق قانون جدید همان رفتار جرم تلقی گردید، مجازات شود! بدیهی است که چنین امری قابل پذیرش نخواهد بود.

سوالی که در این جا مطرح می‌شود این است که در قانون مجازات اسلامی که یک قانون کیفری ماهوی به حساب می‌آید، آیا قاعده «عطف به ما سبق نشدن قوانین» کاملاً پذیرفته شده است یا خیر؟! برای پاسخ به این سوال باید به ماده ۱۰ ق.م.ا. مصوب ۹۲ مراجعه کرد. با دقت در متن ماده این ماده می‌توان بیان داشت قاعده «عطف به ما سبق نشدن قوانین کیفری ماهوی» به طور کامل پذیرفته نشده است. به بیان ساده‌تر، ظاهراً قانونگذار در سه مورد این قاعده را در قوانین جزایی ماهوی مورد پذیرش قرار نداده است. با بیان صدر ماده ۱۰ ق.م.ا. مصوب ۹۲، به ذکر استثنائات وارده بر این قاعده پرداخته می‌شود:

«در مقررات و نظامات دولتی مجازات و اقدام 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 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 بروضع آن قانون تا صدور حکم قطعی، مؤثر است»

الف) قوانین شرعی

با توجه به صدر ماده مشخص می‌گردد رعایت قاعده «عطف به ما سبق نشدن قوانین کیفری ماهوی» صرفاً در «مقررات و نظامات دولتی» پذیرفته شده و در دیگر موارد مورد پذیرش قرار نگرفته است. در قسمت ابتدایی این ماده آمده است:

«در مقررات و نظامات دولتی، مجازات و اقدام تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده است...»

حال سوال این است که منظور از «مقررات و نظامات دولتی» چیست؟

به نظر می‌رسد منظور قانونگذار از این عبارت صرفاً «جرائم مستوجب تعزیر» است. در واقع قانونگذار با بیان این عبارت به دنبال آن بوده است که «جرائم مستوجب مجازات‌های حدی، قصاص و دیه» که از آن‌ها تحت عنوان «قوانین شرعی» یاد می‌شود را از قلمرو قاعده «عطف به ما سبق نشدن قوانین کیفری ماهوی» خارج سازد.

دلیل چنین استثنائی این است که قانونگذار معتقد است قوانین شرعی از «صدر اسلام» وجود داشته و به همین جهت نسبت به جرائم قبل از تصویب قوانین جزایی نیز قابل اعمال و اجرا می‌باشد. بنابراین قوانین لاحق چنانچه مرتبط با حدود، قصاص و دیات باشد، نسبت به جرائم سابق بر تصویبشان نیز قابل اجرا می‌باشد. به نظر می‌رسد فلسفه پیش‌بینی چنین استثنایی برای قانونی کردن محاکمه مجدد مجرمینی بوده است که قبل از انقلاب مرتکب جرائم مستوجب حد، قصاص یا دیات شده و به جای مجازات‌های شرعی، به دیگر مجازات‌ها محکوم شده و حکم نسبت به آن‌ها اجرا شده است. در همین راستا رای وحدت رویه‌ای در تاریخ ۶۵/۱۰/۲۵ مقرر داشته است:

«ماده ۶ قانون مجازات اسلامی مصوب مهرماه ۱۳۶۱ که مجازات و اقدامات 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 تشریح شده اند...».

پس برای مثال اگر شخصی قبل از انقلاب مرتکب جرم جنسی مثل زنا یا لواط شده و مطابق با قانون مجازات عمومی مجازات نیز شده باشد، بعد از انقلاب و با توجه به قوانین جزایی مجدداً قابل مجازات خواهد بود، هر چند این قانون بعد از وقوع جرم تصویب شده است.

در پایان بحث «قوانین شرعی» ذکر این نکته خالی از لطف نیست که انصراف قوانین شرعی از قاعده‌ی «عطف به ما سبق نشدن»، در زمانی که یک «قانون شرعی» جایگزین «قانون شرعی» دیگری می‌شود محل تردید جدی می‌باشد! توضیح اینکه اگر قانون شرعی‌ای به تصویب رسید و بعد از مدتی قانون شرعی متفاوتی جایگزین آن شده و مورد تایید شورای نگهبان قرار گرفت، به شکلی که مجازات آن جرم را تشدید کرد، بسیار بعید است که بتوان قانون شرعی جدید را به جرائم سابق بر تصویب آن تسری داده و قاعده «عطف به ما سبق نشدن قوانین کیفری شرعی» را مجری دانست. برای مثال تصور بفرمایید در ماده ۲۳۴ ق.م.ا مصوب ۹۲ در خصوص حد لواط آمده است:

«حد لواط برای فاعل، در صورت علف، اکراه یا دارا بودن شرایط احصان، اعدام و در غیر این صورت صد ضربه شلاق است. حد لواط برای مفعول در هر صورت (وجود یا عدم احصان) اعدام است.»

با توجه به این ماده، مجازات فاعل در حالت عادی ۱۰۰ ضربه شلاق است، حال تصور بفرمایید که در قانون مجازات اسلامی بعدی، همانند قانون مجازات اسلامی مصوب ۷۰ مجازات مرتکب لواط به جای «۱۰۰ ضربه شلاق»، «اعدام» در نظر گرفته شود، حال سوال این است که می‌توان با استناد به قاعده‌ی «عطف به ما سبق شدن قوانین کیفری شرعی» قائل به این شد که نسبت به پرونده‌های قبل از تصویب قانون جدید نیز باید به جای «۱۰۰ ضربه شلاق»، حکم «اعدام» را صادر کرد؟! در مقام پاسخ باید گفت هر چند به نظر می‌رسد اطلاق قاعده‌ی «عطف به ما سبق شدن قوانین کیفری شرعی» پاسخ این سوال را مثبت می‌داند، اما تردیدی که در خصوص «اجرای مجازات اشد لاحق» وجود دارد باعث می‌شود در این موارد مجازات اخف سابق را جاری دانست نه مجازات اشد لاحق را. تردید فوق به دلایل زیر ایجاد می‌شود:

اولاً چنین رویکردی چندان با اصول و قواعد حقوقی و حتی شرعی سازگار و همسو نمی‌باشد، به خصوص آنکه قانون سابق نیز یک «قانون شرعی» بوده که به تایید شورای نگهبان نیز رسیده است.

ثانیاً تفسیر به نفع متهم نیز ایجاب می‌کند در این گونه موارد، «مجازات اخف سابق» را اجرا کرد، چرا که حداقل در این مورد، تردید و شبهه در اجرای «مجازات اشد لاحق» وجود دارد.

ثالثاً همانگونه که ذکر شد فلسفه وجودی استثناء شدن قوانین شرعی از قاعده‌ی «عطف به ما سبق شدن قوانین کیفری ماهوی» بیشتر ناظر به جرایم ارتكابی در دوران قبل از انقلاب بوده است که قوانین آن‌ها چندان صبغی شرعی نداشته است، یعنی در مواردی که یک «قانون شرعی» جایگزین یک «قانون غیر شرعی» شده است، نه زمانی که یک «قانون شرعی» جایگزین یک «قانون شرعی» گردیده است.

بدیهی است اگر قانون شرعی لاحق، قانون مساعدتری نسبت به قانون شرعی سابق باشد، اعمال و اجرای آن هیچ‌گونه محظوریت شرعی نداشته و با اقتضائات قواعد کیفری نیز سازگار می‌باشد.

ب) قوانین ارفاقی :

با تامل در استثناء نخست، مشخص می‌شود قانونگذار قاعده‌ی «عطف به ما سبق شدن قوانین کیفری ماهوی» را صرفاً در «مجازات‌های تعزیری» پذیرفته و آن را منصرف از «مجازات‌های حدی، قصاص و دیه» دانسته است. اما با کمی دقت در ماده ۱۰ ق.م.ا مصوب ۹۲ روشن می‌شود حتی در خصوص «مجازات‌های تعزیری» نیز این قاعده مطلق نبوده و سه استثناء بر آن وارد شده است. در بخشی از این ماده آمده 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.....»

بنابراین مشخص است در سه صورت «قانون اخف»، «قانون جرم‌زدا» و «قانون مساعد»، حتی مجازات‌های تعزیری لاحق نیز نسبت به جرائم سابق بر وضع قانون تسری پیدا می‌کنند، بدین دلیل واضح که «به نفع متهم» می‌باشند. به مجموع قوانین سه‌گانه‌ی فوق، «قوانین ارفاقی» گفته می‌شود. برای روشن شدن مطلب، اجمالاً قوانین سه‌گانه‌ی فوق بررسی می‌شوند:

۱- قوانین اخف: منظور از قوانین اخف، قوانینی می‌باشند که مجازات جرمی را کاهش می‌دهند. بنابراین اگر قانونی بعد از ارتکاب جرم به تصویب رسید و مجازات جرمی را کاهش داد، هر چند جرم در زمان حاکمیت قانون قبلی ارتکاب یافته باشد اما چون قانون جدید واکنش سبک‌تری نسبت به این جرم از خود نشان داده است، مجازات جدید اخف، نسبت به محکوم اجرا می‌شود. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۹۴) البته تشخیص خفیف بودن یک مجازات نسبت به مجازات دیگر، همواره سهل و آسان نیست، اما به طور کلی می‌توان معیارهای زیر را بیان نمود:

ملاک اول: اولین ملاک این است که مجازات‌های تعزیری در کدامیک از درجات ماده ۱۹ ق.م.ا مصوب ۹۲ قرار دارد، چراکه همواره مجازات‌های درجه بالاتر، شدیدتر از مجازات‌های درجه پایین‌تر به حساب می‌آید، مثلاً مجازات‌های درجه شش از هر نوعی که باشد (حبس، شلاق، جزای نقدی و ...)، از مجازات‌های درجه هفت از هر نوعی که باشد (حبس، شلاق، جزای نقدی و ...) شدیدتر است.^۱

^۱ در این خصوص ذکر رأی وحدت رویه شماره ۷۴۴ - ۱۳۹۴/۸/۱۹ حائز اهمیت می‌باشد. در این رای آمده است: «مطابق ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، قانونگذار هر یک از مجازات‌ها را در درجه‌ای خاص قرار داده که قرار گرفتن هر مجازات در مرتبه‌ای معین در عین حال مبین شدت و ضعف آن کیفر نیز می‌باشد، لکن در هر یک از این درجات نیز کیفرهای غیر متجانس وجود دارد که به لحاظ عدم امکان سنجش آنها با یکدیگر، تشخیص کیفر اشد در بین آنها بعضاً با اشکال مواجه می‌گردد؛ به منظور رفع اشکال، تبصره ۳ ماده ۱۹ قانون یاد شده، در مقام بیان قاعده، مقرر می‌دارد: در صورت تعدد مجازات‌ها و عدم امکان تشخیص مجازات شدیدتر، مجازات حبس ملاک است...؛ علاوه بر این در قانون مجازات اسلامی و سایر قوانین جزایی، از جزای نقدی به عنوان «بديل مناسب‌تر» مجازات حبس (در مقام تخفیف و تبدیل آن مجازات) و کیفر جایگزین مجازات حبس که علی‌القاعده ماهیت خفیف‌تر و ملایم‌تری از حبس دارد، استفاده شده است و عرف و سابقه قانونگذاری در کشور ما نیز حکایت از صحت چنین استنباطی دارد. بنا به مراتب مذکور، به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در مواردی که مجازات بزه حبس توأم با جزای نقدی تعیین گردیده، کیفر حبس ملاک تشخیص درجه مجازات و بالتبیین صلاحیت دادگاه است. این رأی مطابق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.» مطابق با رأی وحدت رویه فوق، چنانچه یک جرم، هم دارای مجازات حبس بوده و هم مجازات جزای نقدی، همواره مجازات حبس شدیدتر از مجازات جزای نقدی خواهد بود، حتی اگر جزای نقدی در درجات بالاتری نسبت به حبس قرار گرفته باشد. بنابراین به نظر می‌رسد اگر جرمی مجازات حبسش از درجه ۵ بوده و مجازات جزای نقدی اش از درجه ۲، هر چند طبق اصل اولیه باید بیان داشت مجازاتی شدیدتر است که از درجه بالاتر باشد، (که در این مثال جزای نقدی می‌باشد)، اما به جهت رأی وحدت رویه فوق الذکر، باید قائل به این شد که مجازات حبس - به رغم اینکه درجه ۵ بوده - شدیدتر از جزای نقدی - به رغم اینکه درجه ۲ است - می‌باشد. پس ملاک تشخیص درجه مجازات و صلاحیت دادگاه‌ها در این موارد، همواره حبس می‌باشد.

ملاک دوم: چنانچه مجازات‌ها در «یک» درجه و «غیر همجنس» باشند، برای مثال مجازات‌های حبس و شلاق از درجه شش باشند، با الهام از تبصره ۳ ماده ۱۹ و ماده ۲۷ ق.م.ا مصوب ۹۲، اول حبس، بعد شلاق و سپس جزای نقدی ملاک خواهد بود. یعنی حبس از شلاق و شلاق از جزای نقدی شدیدتر محسوب می‌شود.

ملاک سوم: اگر مجازات‌ها در «یک» درجه و «همجنس» باشند، برای نمونه هر دو مجازات، حبس درجه شش باشند، دو حالت قابل تصور است:

حالت اول: اگر مجازات‌ها «ثابت» باشند، قاعده‌ی ریاضی حاکم است، یعنی مجازاتی شدیدتر است که بیشتر باشد. برای نمونه ۵ سال حبس از ۳ سال حبس شدیدتر است.

حالت دوم: اگر مجازات‌ها «متغیر» باشند، باید به صورت زیر عمل کرد:

- ۱- اگر مجازات‌های حبس، حداقل‌شان برابر و حداکثرشان متفاوت باشد، حبسی شدیدتر است که حداکثرش بیشتر باشد. برای مثال از میان مجازات‌های «۱ تا ۲ سال حبس» و «۱ تا ۴ سال حبس»، بدیهی است که مجازات حبس دوم شدیدتر محسوب می‌شود.
- ۲- اگر مجازات‌های حبس، حداقل‌شان متفاوت و حداکثرشان برابر است، حبسی شدیدتر است که حداقلش بیشتر باشد. برای مثال از بین مجازات‌های «۱ تا ۴ سال حبس» و «۲ تا ۴ سال حبس»، طبیعتاً مجازات حبس دوم شدیدتر به حساب می‌آید.
- ۳- اگر مجازات‌های حبس، یکی حداقلش و دیگری حداکثرش بیشتر باشد، مجازاتی که حداکثرش بیشتر باشد شدیدتر به حساب می‌آید. برای مثال از میان مجازات‌های «۱ تا ۵ سال حبس» و «۲ تا ۴ سال حبس» به نظر می‌رسد، مجازاتی که حداکثر آن بیشتر است، شدیدتر محسوب می‌شود که در این مثال، حبس نخست می‌باشد.

۲- قوانین جرم زدا: قانون جدیدی که با لغو مجازات مندرج در قانون سابق، وصف جرم بودن را از رفتار مجرمانه سابق بزداید، «قانون جرم زدا» محسوب می‌شود.

باید دقت داشت که «قانون جرم زدا» با «قانون جرم زا» متفاوت بوده و نباید آن‌ها را یکی پنداشت. قانون جرم زا به قانونی گفته می‌شود که به جای پیشگیری از وقوع جرم، اتفاقاً برای ارتکاب جرم انگیزه سازی کرده و خود زمینه ساز وقوع جرم می‌شود. مثل تبصره ماده ۱۳۵ ق.م.ا و یا ماده ۶۳۰ ق.م.ا مصوب ۷۵.

۳- قوانین مساعد: تمامی قوانینی که به نحوی به نفع متهم بوده و باعث بهبود وضعیت وی می‌شود، «قوانین مساعد» می‌باشند. مرجع تشخیص قوانین مساعد بدون تردید «قاضی» می‌باشد نه «متهم». البته قاضی باید وضعیت فردی متهم را در تعیین مجازات مساعد در نظر بگیرد، چرا که مساعد بودن یا نبودن مجازات نسبت به مجرم تا حدودی «امری نسبی» به شمار می‌آید. تعداد این قوانین بی‌شمار می‌باشند همانند:

○ قانون پیش بینی کننده عوامل موجه جدید

○ قانون پیش بینی کننده معاذیر قانونی معاف کننده ی جدید.

○ قانون حذف کننده کیفیات مشدده جرم.

در پایان بحث «قوانین ارفاقی» ذکر دو نکته حائز اهمیت است:

نکته اول: با توجه به مطالب قبل و نص ماده ۱۰ ق.م.ا مصوب ۹۲ مشخص شد «قوانین ارفاقی» یک استثناء بر قاعده‌ی «عطف به ما سبق نشدن قوانین کیفری ماهوی» است. جالب آنکه قانونگذار تاثیر گذاری «قوانین ارفاقی» را صرفاً محدود به «زمان صدور حکم» - که در صفحات قبل بیان گردید- ندانسته و در ادامه ماده‌ی ۱۰ ق.م.ا به صورت مفصل به حالات دیگر نیز اشاره کرده است، اما با کمی تفاوت و ابهام! توضیح اینکه:

یک) در خصوص «قوانین جرم زدا»، قانونگذار تکلیف سه حالت «بعد از صدور حکم و قبل از اجرا»، «بعد از صدور حکم و در حال اجرا» و «بعد از اجرای کامل مجازات» را مشخص کرده است. چرا که در ماده ۱۰ ق.م.ا مصوب ۹۲ آمده است:

«هرگاه به موجب قانون سابق، حکم قطعی لازم الاجراء صادر شده باشد به ترتیب زیر عمل می شود:

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

دو) در خصوص «قوانین مخففه»، صرفاً به دو صورت «بعد از صدور حکم و قبل از اجرا» و «بعد از صدور حکم و در حال اجرا» اشاره داشته و حکم حالت «بعد از اجرای کامل مجازات» را مشخص نکرده است، در این خصوص ماده ۱۰ ق.م.ا مصوب ۹۲ بیان داشته است:

«هرگاه به موجب قانون سابق، حکم قطعی لازم الاجراء صادر شده باشد به ترتیب زیر عمل می - شود:

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 می تواند از دادگاه صادر کننده حکم، تخفیف مجازات را تقاضا نماید. دادگاه صادر کننده حکم با لحاظ قانون لاحق، مجازات قبلی را تخفیف می دهد. مقررات این بند در مورد اقدام تأمینی و تربیتی که در مورد اطفال بزهکار اجراء می شود نیز جاری است. در این صورت ولی یا سرپرست وی نیز می تواند تخفیف اقدام تأمینی و تربیتی را تقاضا نماید».

سه) در خصوص «قوانین مساعد» در کمال تعجب قانونگذار به تکلیف «هیچ یک از سه حالت فوق» اشاره نکرده است.

این در حالی است که سکوت قانونگذار در خصوص حالت سوم در «قوانین مخففه» و کلیه حالات «قوانین مساعد» قابل انتقاد می‌باشد چرا که آثار مهمی را در سرنوشت محکومان به جای خواهد گذاشت، برای مثال چنانچه بعد از اجرای کامل مجازات، قانونی وضع گردد که مجازات جرم واقع شده را کاهش دهد، چه بسا باعث از بین رفتن مجازات تبعی آن جرم گردد، امری که اثر مهمی در آینده مجرم بر جای می‌گذارد! بنابراین به نظر می‌رسد در «قوانین مخففه» و «قوانین مساعد»، در خصوص حالاتی که قانونگذار تکلیف آن را مشخص نکرده است، می‌بایست آثار محکومیت را مطابق با قانون جدید نسبت به محکوم علیه پذیرفت.

نکته دوم: قانونگذار در قالب یک تبصره در ماده ۱۰ ق.م.ا مصوب ۹۲، بر استثناء «عطف به ما سبق شدن قوانین کیفری ماهوی ارفاقی»، یک استثناء دیگر وارد شده است، یعنی استثناء بر استثناء و آن «قوانین موقتی» است، آنجا که در تبصره ماده ۱۰ ق.م.ا مصوب ۹۲ قانونگذار بیان داشته است:

«مقررات فوق در مورد قوانینی که برای مدت معین و یا موارد خاص وضع شده است، مگر به تصریح قانون لاحق، اعمال نمی‌شود».

در حقیقت «قوانین موقت» استثنائی بر «عطف به ما سبق شدن قوانین ارفاقی» می‌باشند نه استثنائی بر قاعده «عطف به ما سبق نشدن قوانین کیفری ماهوی». دلیل چنین استثنائی این است که قانونگذار به هیچ وجهی نمی‌خواهد نسبت به چنین مجرمینی که از وضعیت نامساعد کشور سوء استفاده کرده و به اصطلاح «از آب گل آلود ماهی گرفته اند» ارفاق کرده و در مجازات آن‌ها تخفیف دهد. برای مثال در زمان جنگ به جهت عدم وجود فضای امن در جامعه، قانونگذار اقدام به تصویب برخی از قوانین موقت می‌کند که در آن‌ها مجازات مرتکبین برخی از جرایم تشدید می‌شود. بعد از سپری شدن جنگ، زمان حاکمیت قانون موقت سپری شده و قانون جدیدی که در برگیرنده قوانین مخففه نسبت به همان جرایم است تصویب می‌گردد، در چنین مواردی، به جهت وجود تبصره ماده ۱۰ ق.م.ا مصوب ۹۲، مجرمین زمان جنگ نه بر مبنای قانون جدید مخففه، بلکه مطابق با همان قانون موقت مشدده مجازات می‌گردند مگر با اجازه قانونی، مثل قانون صادرات و واردات کشور که یک قانون موقت می‌باشد.

ج) قوانین تفسیری:

قوانین تفسیری به قوانینی گفته می‌شود که در مقام تفسیر قانون و ابهام زدایی از آن می‌باشند. عده‌ای بر این باورند که این قوانین نیز یک استثناء بر قاعده «عطف به ما سبق نشدن قوانین کیفری ماهوی» می‌باشد، چراکه قوانین تفسیری اصولاً

قانونگذاری جدید به حساب نمی آید تا صحبت از این باشد که به عنوان قانون لاحق آیا نسبت به جرایم سابق تسری پیدا می کنند یا خیر!^۱ در این خصوص توجه به رای ۸۷- ۱۳۲۲/۲/۳ شعبه پنجم جالب است:

«ماده قانونی که تفسیر قانون سابق را می نماید، چون در واقع قانون جدیدی به شمار نمی آید عطف به گذشته می کند. ماده ۴۵ تفسیری قانون مرتکبین قاچاق، ماده ۴۵ قانون مزبور را تفسیر نموده و قانون مجازاتی جدید محسوب نمی شود و شامل اعمال قبل از تصویب نیز خواهد بود».

در همین راستا شورای نگهبان در پاسخ استعلامی که از ناحیه ریاست جمهوری در سال ۷۶ در مورد تفسیر قوانین شده، همین رویکرد را پذیرفته و نظریه تفسیری ای را بدین شرح اعلام کرده است:

«.....۲- تفسیر از زمان بیان مراد مقنن، در کلیه موارد لازم الاجراست بنابراین در مواردی که مربوط به گذشته است و مجریان برداشت دیگری از قانون داشته اند و آن را به مرحله ی اجرا گذاشته اند تفسیر قانون به موارد مختومه مذکور تسری نمی یابد».^۲

همانگونه که ذکر شد استثنائات وارده بر قاعده «عطف به ماسبق نشدن قوانین کیفری ماهوی» سه مورد «قوانین شرعی»، «قوانین ارفاقی» و «قوانین تفسیری» هستند. البته در کلامی دقیق تر می توان گفت صرفاً «قانون ارفاقی» استثنایی واقعی بر قاعده «عطف به ماسبق نشدن قوانین کیفری ماهوی» است، بدین دلیل که «قوانین شرعی» که از صدر اسلام وجود داشته اند و «قوانین تفسیری» نیز صرفاً در مقام روشن کردن معنای قانون تصویب شده سابق می باشند، نه ایجاد قاعده حقوقی جدید.^۳

^۱ باید توجه داشت این استدلال در صورتی قابل پذیرش است که قانون تفسیری، صرفاً به ابهام زدایی از قانون پرداخته باشد، اما اگر قوانین تفسیری، به بهانه تفسیر اقدام به توسعه قلمرو قانون نموده و موارد و مسائل جدیدی را مورد حکم قرار دهند، به نظر می رسد باید آن را مغایر با «اصل قانونی بودن جرم و مجازات» تلقی کرده و در تسری آن به گذشت تردید نمود. (برای مطالعه بیشتر ر.ک. امید، ۱۳۸۹، ص ۳۳-۳۲)

^۲ البته به نظر می رسد پذیرش این امر با توجه به اصول مسلم جزایی قابل نقد می باشد، چرا که وقتی قانونی تفسیر می گردد که دارای شبهه و ابهام بوده و به همین جهت قانونگذار تلاش می کند با تفسیر از آن ابهام زدایی کند، حال اگر این قانون عطف به ما سبق گردد با قاعده در آن که در مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ ق.م.ا مورد پذیرش قانونگذار قرار گرفته است، در تعارض خواهد بود!

^۳ در خصوص چگونگی اعمال این قاعده در «قوانین شکلی» باید توجه داشت برخلاف «قوانین کیفری ماهوی» همانند قانون مجازات اسلامی که در آن ها اصل بر «عطف به ما سبق نشدن» می باشد مگر آنکه به نفع متهم باشد؛ در «قوانین کیفری شکلی» همچون قانون آیین دادرسی کیفری، اصل بر «عطف به ما سبق شدن» می باشند مگر آنکه با «حقوق مکسبه ی متهم و یا محکوم» در تعارض باشد. منظور از حق مکسبه، حقی است که مجرم آن را کسب کرده است. برای مثال اگر قانون سابق مدت تجدید نظر خواهی را ۳۰ روز معین نموده بوده و قانون جدید آن را در بیست دو دومین روز به ۲۰ روز تقلیل دهد، قانون جدید به گذشته عطف نمی شود چرا که ۱۰ روز از مدت تجدید نظر خواهی شخص کاسته است. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۱۰۳) دلیل پذیرش «عطف به ما سبق شدن قوانینی کیفری شکلی» در این است که فرض بر آن است قانون شکلی لاحق به شکل مناسب تری نسبت به قانون شکلی سابق می تواند عدالت را اجرا نماید. در حال حاضر در ماده ۱۱ ق.م.ا مصوب ۹۲ قاعده «عطف به ما سبق شدن قوانین کیفری شکلی» و به تعبیر دقیق تر «اثر فوری قانون» به وضوح پذیرفته شده است.

۴- عوامل موجهه جرم (زوال رکن قانونی)

آنچه تاکنون بیان گردید در خصوص «لزوم رعایت رکن قانونی» بود، یعنی یک قاضی بایستی با رعایت «اصل قانونی بودن جرم و مجازات» و پذیرش نتایج آن در «تفسیر» و «عطف به ماسبق نشدن» قوانین کیفری، اقدام به صدور حکم نماید. آنچه در این قسمت مورد بررسی قرار می‌گیرد بحث بسیار مهم «زوال رکن قانونی» است. امروزه عنوان «زوال رکن قانونی» در حقوق کیفری تحت عناوین مترادف دیگری مثل «عوامل موجهه جرم»، «اسباب عینی اباحه» و اخیراً «موانع عینی مسئولیت کیفری» نیز شناخته می‌شود.

قبل از بررسی موردی عوامل موجهه جرم، برای فهم هر چه بهتر مطلب لازم است به صورت مختصر میان سه مبحث مهم «عوامل موجهه جرم»، «عوامل رافع مسئولیت کیفری» و «معاذیر قانونی معاف کننده‌ی مجازات»^۱ مقایسه‌ای صورت گیرد:

یک- عوامل موجهه‌ی جرم یعنی «عواملی که وصف مجرمانه را از یک رفتار سلب می‌کند». بنابراین در صورت تحقق یک عامل از عوامل موجهه‌ی جرم، رفتاری که در حالت عادی جرم تلقی می‌شود، «اصلاً جرم محسوب نمی‌گردد» و طبیعتاً چون رفتار جرم نیست، بحث مسئولیت کیفری و مجازات هم بی‌معنی می‌باشد، چون زمانی صحبت از مسئولیت کیفری و مجازات به میان می‌آید که جرمی واقع شده باشد. عوامل موجهه جرم عبارتند از: اضطرار، دفاع مشروع، حکم قانون، اجازه قانون، اجرای قانون اهم، امر قانونی مقام صلاحیت دار، تادیب و تربیت، عملیات جراحی و طبی و عملیات ورزشی.

دو- عوامل رافع مسئولیت کیفری یعنی «عوامل شخصی که در صورت وجود، قابلیت تحمل مجازات را از مرتکب سلب می‌کند». به عبارت دقیق‌تر، در چنین حالتی جرم واقع می‌شود، اما به جهت عدم وجود مسئولیت کیفری، امکان مجازات مرتکب وجود ندارد.^۲ باید در نظر داشت زمانی یک شخص دارای مسئولیت کیفری است که هم دارای «ادراک» بوده و هم «اختیار آزاد»، یعنی هم قدرت تشخیص آن را داشته باشد که رفتاری که در حال انجام آن است جرم بوده و هم اینکه با اختیار توأم با رضایت قلبی (اختیار آزاد) آن را انجام دهد. بنابراین باید دقت

^۱ جایگاه واقعی بررسی هر یک از موارد سه گانه فوق به ترتیب حقوق جزای عمومی یک، حقوق جزای عمومی دو و حقوق جزای عمومی سه می‌باشد، دلیل آن نیز روشن است، چرا که در «عوامل موجهه جرم» آنچه که موضوعیت دارد «جرم» می‌باشد، در عوامل رافع مسئولیت کیفری، کانون توجه بر روی «مجرم» و مسئول بودن یا نبودن وی بوده و در معاذیر قانونی معاف کننده‌ی مجازات، بحث اصلی بر روی «مجازات» است. بنابراین این تصور که چون قانونگذار «عوامل موجهه جرم» و «عوامل رافع مسئولیت کیفری» را بدون تفکیک ذیل عنوان «موانع مسئولیت کیفری» (از ماده ۱۴۶ تا ۱۵۹ق.م.ا) بیان داشته است، پس می‌بایست این دو بحث را با هم و در یک واحد درسی (برای نمونه در حقوق جزای عمومی دو) بیان داشت، سخنی ناصواب می‌باشد. با تمامی این اوصاف، امروزه برخی از حقوقدانان با توسل به همین دلیل (بیان توأمان عوامل موجهه جرم و عوامل رافع مسئولیت کیفری تحت عنوان موانع مسئولیت کیفری و بکارگیری ادبیات مشابه در هر دو عامل) بر این باورند در حقوق کیفری مدرن باید بدون تفکیک میان «عوامل موجهه جرم» و «عوامل رافع مسئولیت کیفری» آن‌ها را با یکدیگر ولی تحت عناوین خُرد «موانع عینی مسئولیت کیفری» (عوامل موجهه جرم) و «موانع شخصی مسئولیت کیفری» (عوامل رافع مسئولیت کیفری) بررسی کرد.

^۲ اینکه بیان می‌شود در عوامل رافع مسئولیت کیفری امکان مجازات مرتکب وجود ندارد بدین معنی نیست که امکان اعمال اقدامات تامینی نیز در خصوص آن‌ها منتفی است، بحثی که به تفصیل در حقوق جزای عمومی دو ذکر خواهد شد.

شود اگر هر یک از مولفه‌های دو گانه فوق وجود نداشته باشد، بی تردید مرتکب فاقد مسئولیت کیفری خواهد بود. پس فرمول مسئولیت کیفری عبارتند از:

مسئولیت کیفری = ادراک + اختیار آزاد

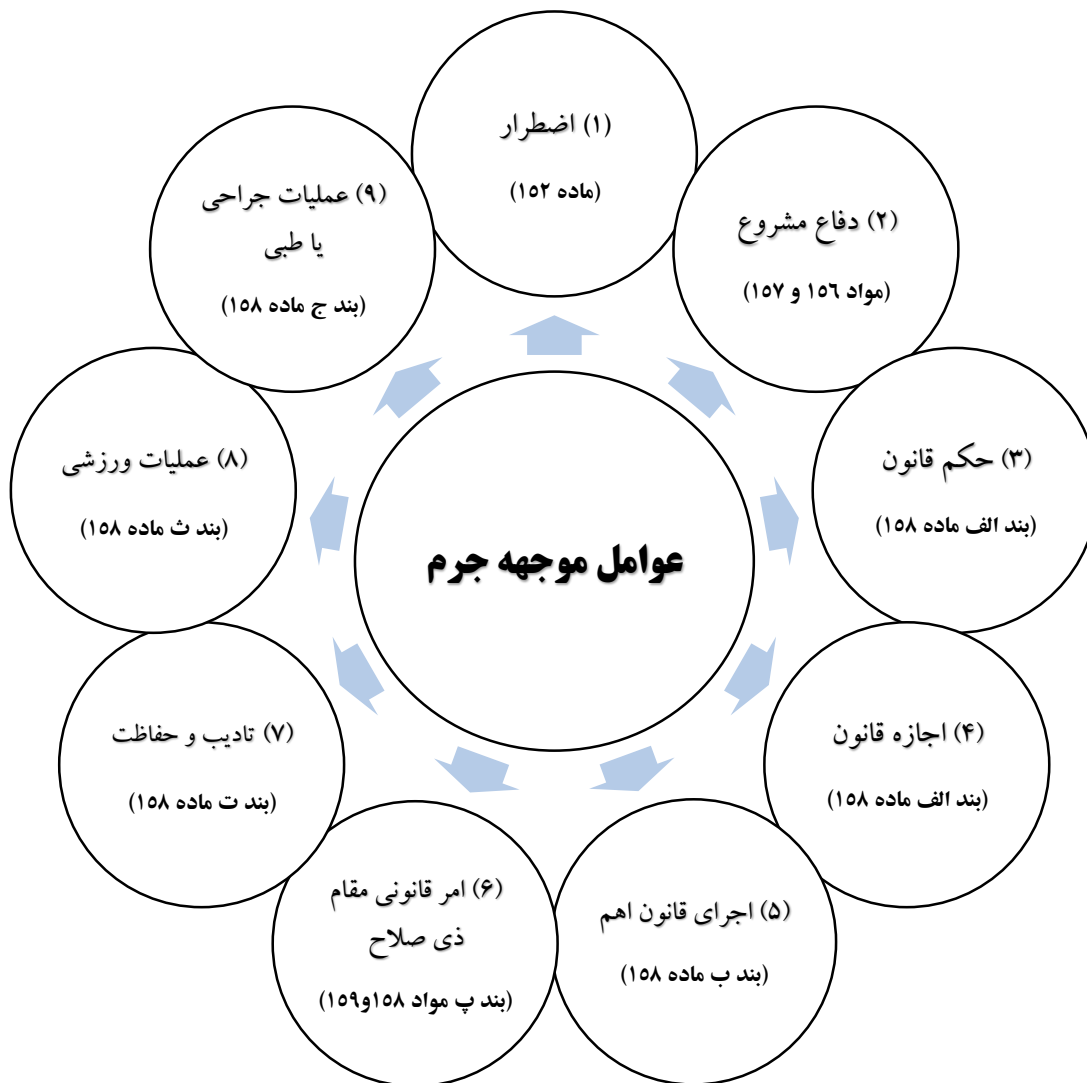
با توجه به مولفه‌های دو گانه‌ی مسئولیت کیفری، می‌توان عوامل رافع مسئولیت کیفری را به شرح زیر دانست: صغر، جنون، مستی، جهل، خواب و بیهوشی، اکراه و اجبار.

سه- معاذیر قانونی معاف‌کننده‌ی مجازات یعنی «عذرها و دلایلی که توسط قانونگذار در قانون پیش‌بینی شده است که در صورت تحقق، قاضی موظف می‌باشد مجرم را به رغم دارا بودن مسئولیت کیفری، از مجازات معاف کند». بنابراین در این حالت نه تنها جرم واقع شده، بلکه مرتکب دارای مسئولیت کیفری نیز می‌باشد، اما قانونگذار با در نظر گرفتن برخی از «مصلحت‌های اجتماعی مهم» همچون حفظ حکومت و حفظ نظام اقتصادی کشور، مرتکب را از تحمل مجازات معاف می‌کند، مثال بارز این مورد را می‌توان ماده ۵۰۷ ق.م.ا مصوب ۷۵ دانست.

در یک نگاه کلی، مطالب فوق را می‌توان به صورت مختصر در جدول زیر بیان نمود:

مقایسه نهادهای سه گانه حقوق کیفری			
عناوین	جرم	مسئولیت کیفری	مجازات
۱ عوامل موجهه جرم	-	-	-
۲ عوامل رافع مسئولیت کیفری	✓	-	-
۳ معاذیر قانونی معاف‌کننده مجازات	✓	✓	-

با توجه به مقدمه فوق، نوبت به بررسی موردی و تفصیلی «عوامل موجهه جرم» می‌رسد. البته قبل از بررسی عوامل موجهه جرم، برای فهم هر چه بهتر مطلب، این عوامل به صورت نموداری ذکر می‌شوند:



۱- اضطرار

به طور کلی، مباحث مرتبط با اضطرار در سه قسمت «تعریف اضطرار»، «مقایسه اضطرار با عناوین مشابه» و «اضطرار در قوانین کیفری موضوعه» مطرح می‌گردد:

یک- تعریف اضطرار

اضطرار را از سه منظر می‌توان تعریف کرد:

الف) تعریف لغوی: اضطرار در لغت به معنای «ناچاری و درماندگی» است.

ب) تعریف اصطلاحی: اضطرار در اصطلاح، حالتی است که انسان خود را در تنگنایی بیابد و برای گشایش آن ناچار به انجام کاری شود مثل شخصی که برای نجات فرزند بیمار خود ناگزیر از فروش ماشین خود شود.

ج) تعریف حقوقی: در ادبیات حقوقی نیز اضطراب یعنی وضعیتی که انسان برای نجات جان و مال خود یا دیگری از خطر شدید فعلی یا قریب الوقوع، از میان دو امر «اطاعت از قانون و پذیرش آثار زیان بار خطر» و «نقض قانون و حفظ جان یا مال خود یا دیگری» ناچاراً برای حفظ جان یا مال خود یا دیگری رفتاری را انجام دهد که در حالت عادی جرم تلقی می‌گردد. برای مثال شخصی که در آتش اسیر شده است و برای نجات خویش درب خانه کسی را تخریب می‌کند، یا شخصی که مادرش نیازمند به عمل جراحی بوده و برای تامین هزینه جراحی او دست به سرقت می‌زند و یا اینکه کسی از شدت عطش و برای نجات از مرگ یا درمان بیماری سختی که تنها با نوشیدن شراب درمان می‌شود، به مقدار ضرورت شراب بنوشد.^۱

دو- مقایسه اضطراب با عناوین مشابه

قبل از تحلیل ماده ۱۵۲ ق.م.ا.م صوب ۹۲ به عنوان مهمترین ماده مرتبط با اضطراب، تفکیک میان سه عنوان «اجبار»، «اکراه» و «اضطراب» از اهمیت فراوانی برخوردار است، برای شروع بحث، دقت در جدول زیر از اهمیت برخوردار می‌باشد:

عنوان	ازاده	اختیار	رضایت قلبی
۱ اجبار	-	-	-
۲ اکراه	✓	✓	-
۳ اضطراب	✓	✓	-

^۱ . در مورد ادله ی پذیرش اضطراب در فقه امامیه (حقوق کیفری اسلام) می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

الف) دلیل نقلی: که دربرگیرنده «کتاب» و «سنت» می‌باشد. در خصوص کتاب، یکی از بهترین نمونه های قرآنی در خصوص اضطراب، آیه ۱۷۳ سوره بقره می‌باشد که در آن خداوند متعال می‌فرماید: «حرام کرد بر شما مردار، خون، گوشت خوک و آن چه که به نام غیر خداوند متعال کشته شود، اما هر کس که ناچار شود در حالی که ستمگر و متجاوز نباشد، گناهی مرتکب نشده است...» (.....) فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ فَلَا اِثْمَ عَلَيْهِ...». در مورد سنت، شاید معروفترین حدیث در این خصوص، حدیث «رُفِعَ الْقَلَمُ» می‌باشد که در آن پیامبر اکرم (صل الله علیه و آله و سلم) می‌فرماید: «از امت من نه چیز برداشته شده است: و آنچه به آن ناگزیر شده اند».

ب) دلیل عقلی: فقهای امامیه و حقوقدانان اسلامی، با توجه به آیات و روایات موجود در این خصوص، به مرور زمان به وضع قواعد عقلانی پرداختند که یکی از مهمترین آن ها عبارتند از: «الضرورات تبيح المحظورات» (ضرورت ها، ممنوعیت ها را مباح می‌سازد).

با دقت در موارد فوق مشخص می‌گردد در اجبار، آنچه که وجود ندارد «اراده» می‌باشد، به عبارت دیگر، مجبور شخصی «مسلوب الاراده» بوده که در حکم وسیله و ابزار است. طبیعتاً زمانی که اراده وجود نداشته باشد، دیگر نوبت به بررسی وجود یا عدم وجود اختیار^۱ و رضایت قلبی نخواهد رسید، چرا که با عدم وجود اراده، بی‌تردید اختیار و رضایت قلبی نیز وجود نخواهد داشت، البته منشاء مسلوب الاراده شدن (یعنی اجبار) گاه مادی و گاه معنوی است.

با توضیح فوق تفاوت میان اجبار با اضطرار و اکراه مشخص می‌شود: برخلاف اجبار؛ در اضطرار و اکراه، نه تنها اراده بلکه اختیار نیز وجود دارد، آنچه که صرفاً وجود ندارد «رضایت قلبی» است. اما با تمامی این اوصاف چون مراد از «اختیار» در حقوق کیفری «اختیار آزاد» می‌باشد، یعنی «اختیار توأم با رضایت قلبی»، پس می‌توان با تسامح پذیرفت هم در اکراه و هم اضطرار اختیار «محدود» شده است.

آنچه که بیان شد در راستای تفکیک دو نهاد اضطرار و اکراه از نهاد اجبار بوده است، اما سوال مهم این است که اضطرار و اکراه را چگونه می‌توان از یکدیگر تفکیک کرد؟ چرا که همانگونه که ذکر شد، به نظر می‌رسد میان اضطرار و اکراه تفاوت ماهوی خاصی وجود ندارد. در مقام ارائه یک معیار برای تفکیک این دو نهاد از یکدیگر ممکن است بیان شود تفاوت اضطرار و اکراه صرفاً در «منشاء ایجاد خطر» است، بدین شکل که «منشاء ایجاد خطر» در اکراه یک «عامل انسانی» بوده در حالی که در اضطرار «عامل غیر انسانی»^۲ همچون سیل، زلزله، گرسنگی و تشنگی می‌باشد و به همین جهت، گاهاً اضطرار را «اکراه ناشی از شرایط، اوضاع و احوال» نامیده‌اند.

هر چند معیار فوق در اکثر مواقع گره گشا می‌باشد، اما در برخی از مصادیق نیز پاسخی برای برون رفت از مشکل ارائه نمی‌کند. برای مثال الف به قصد قتل ب که در حال رانندگی است، تکه سنگی را از بالای کوه پرتاب کرده تا بعد از برخورد با ماشین ب، وی را به دره بیندازد. حال ب بعد از مشاهده تکه سنگ، برای نجات جان خود، ماشین را منحرف کرده و بدین جهت به دیوار رستوران برخورد کرده و باعث تخریب آن می‌شود، در این حالت، وی در مقام دفاع از خود می‌بایست به «اکراه» استناد کند یا «اضطرار»؟! و یا اگر الف که در انتهای ساختمانی شاهد یک عملیات تروریستی بوده، به شکلی که قاتلی با به رگبار بستن تمامی افراد حاضر در ساختمان، در حال آمدن به سمت وی می‌باشد، برای نجات جان خود شیشه پنجره‌ای را شکسته و خود را از ساختمان به بیرون پرتاب کند، می‌بایست به «اکراه» استناد کند یا «اضطرار»؟!.

بر مبنای معیار فوق در خصوص مثال اول می‌توان بیان داشت از یک سو چون منشاء اولیه‌ی ایجاد خطر «عامل انسانی» بوده است، پس باید به اکراه استناد کند ولی از سوی دیگر نیز چون الف برای عدم برخورد با سنگ که یک «عامل غیر انسانی» است ناچار به منحرف کردن ماشین خود و برخورد با دیوار رستوران شده است، می‌بایست به «اضطرار» استناد نماید! درباره

۱. اختیار به معنای «گزیدن»، «انتخاب کردن»، «آزادی عمل» و به عبارت دقیق‌تر «قدرت اعمال اراده» می‌باشد.

۲. دلیل اثبات این سخن مصادیق مذکور در ماده ۱۵۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ یعنی «... از قبیل آتش سوزی، سیل، طوفان، زلزله یا بیماری...» می‌باشد که هر چند تمثیلی اند، اما با دقت در آن‌ها می‌توان دریافت که تمامی آن‌ها جزء عواملی غیر انسانی می‌باشند.

مثال دوم نیز می توان گفت از یک سو چون منشاء ایجاد خطر «عاملی انسانی» است پس باید به «اکراه» استناد کند، حال آنکه با توجه به تعریف «اضطراب» این مورد به اضطراب شباهت بسیار بیشتری دارد!

در مقام جمع بندی باید اعتراف کرد هر چند معیار متقنی در این خصوص وجود ندارد، ولی به نظر می رسد معیارهای ارائه شده در زیر برای تفکیک سه نهاد مهم «اضطراب»، «اکراه» و «دفاع مشروع» معیارهای مناسبی باشند:

مقایسه نهادهای سه گانه ی «اضطراب»، «اکراه» و «دفاع مشروع»

۱	اضطراب	در اضطراب، شخص بر مبنای محاسبه عقلانی خود و بررسی سود و زیان های احتمالی ارتکاب یا عدم ارتکاب یک جرم، «راساً» تصمیمی را گرفته و اقدام به انجام آن می نماید، بدون آنکه تصمیم گرفته شده از سوی دیگری بر وی تحمیل شود.
۲	اکراه	در اکراه، مکره (اکراه شونده) رفتاری را انجام می دهد که مکره (اکراه کننده) از وی درخواست می نماید. بنابراین برخلاف اضطراب، در اکراه تصمیم اتخاذ شده، یک تصمیم ابتدایی نیست، بلکه در راستای تحقق آن چیزی است که مکره خواسته است.
۳	دفاع مشروع	در دفاع مشروع به نظر می رسد شخص جرم ارتكابی را نسبت به «مهاجم» مرتکب می شود نه شخصی ثالث. و دقیقاً به همین جهت است که بیان می گردد در دفاع مشروع ثابت شده، نه تنها قصاص، بلکه دیه نیز منتفی است، بدین دلیل که مهاجم نسبت به مدافع مهدورالدم است.

حال برای فهم بهتر مطلب، به مثال های زیر توجه شود:

یک- الف به قصد قتل ب از طبقه پایین ساختمانی در حال بالا آمدن می باشد و ب با مشاهده وی، شیشه پنجره ای را شکسته و خود را به بیرون پرتاب می کند. به نظر می رسد این اقدام ب با «اضطراب» مطابقت دارد، چرا که مرجع تصمیم گیری نهایی، شخص ب می باشد، بدون آن که الف انجام چنین رفتاری را از وی درخواست کرده باشد.

دو- الف به قصد قتل ب از طبقه پایین ساختمانی بالا آمده و بعد از نشانه گیری اسلحه به سمتش، از وی درخواست می کند شیشه پنجره را بشکند، به شکلی که اگر چنین نکند، بی درنگ وی را خواهد کشت. در اینجا اگر ب اقدام به شکستن شیشه نماید، قاعدتاً می تواند به «اکراه» متوسل شود؛ چون تصمیم اتخاذ شده، نه یک تصمیم ابتدایی و خودجوش، بلکه در راستای تحقق خواسته الف بوده است.

سه- الف به قصد قتل ب از طبقه پایین ساختمانی بالا آمده و بعد از نشانه گیری اسلحه به سمتش، با مقاومت وی مواجه می شود به شکلی که ب برای نجات جان خود چاره ای جزء کشتن یا آسیب رساندن به الف را ندارد. در این

مثال، چون اقدام صورت گرفته توسط ب ناظر به شخص مهاجم (الف) می باشد، طبیعتاً در مقام تبرئه خود بایستی به «دفاع مشروع» متوسل شود نه دیگر موارد.

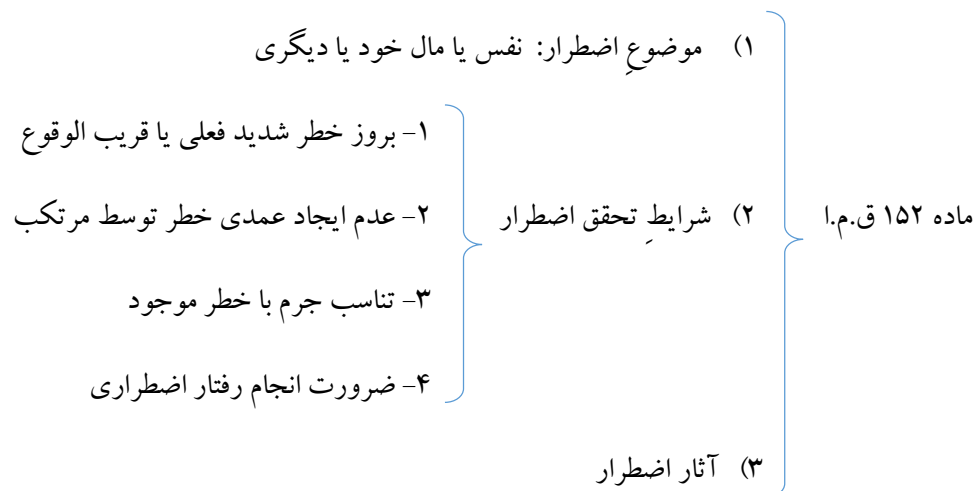
سه- اضطرار در قوانین کیفری موضوعه

در ماده ۱۵۲ به عنوان مهمترین ماده ای که در خصوص اضطرار وجود دارد^۱ آمده است:

«هر کس هنگام بروز خطر شدید فعلی یا قریب الوقوع از قبیل آتش سوزی، سیل، طوفان، زلزله یا بیماری به منظور حفظ نفس یا مال خود یا دیگری مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می شود، 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.

تبصره- کسانی که حسب وظیفه یا قانون مکلف به مقابله با خطر می باشند نمی توانند با تمسک به این ماده از ایفای وظایف قانونی خود امتناع نمایند»

برای تحلیل این ماده باید مباحث را در سه قسمت «موضوع اضطرار»، «شرایط تحقق اضطرار» و «آثار اضطرار» بیان داشت:



الف- موضوع اضطرار

با دقت در متن ماده مشخص می گردد قانونگذار ارزش حفظ شده در اضطرار را محدود به «نفس» و «مال» خود یا دیگری دانسته است. چرا که قانونگذار در اواسط ماده آورده است:

^۱ البته در برخی از مواد دیگر قانون مجازات اسلامی مثل تبصره ماده ۵۹۲ ق.م.ا مصوب ۷۵ (رشوه دادن) و تبصره ۲ ماده ۵۹۵ ق.م.ا مصوب ۷۵ (ربا دادن) نیز بحث اضطرار به چشم می خورد.

«.....به منظور حفظ نفس یا مال خود یا دیگری مرتکب رفتاری شود.....»

بنابراین قانونگذار نامی از مواردی مثل عرض نیاورده است. به نظر می‌رسد عدم ذکر این موارد قابل انتقاد باشد، چراکه برای مثال عرض از نظر اهمیت بر مال ترجیح دارد. اما به هر صورت به جهت «حصری» بودن مصادیق ذکر شده در ماده و استثنایی بودن پذیرش اضطرار، مصادیق ذکر نشده در ماده از شمول آن خارج می‌باشند.

ب- شروط تحقق اضطرار

جرم تلقی نکردن رفتار مضطر چون امری استثنایی است تنها در صورت اجتماع شروط قانونی مصداق پیدا می‌کند. برای آنکه اضطرار به عنوان یکی از عوامل موجهه جرم، وصف مجرمانه را از یک جرم سلب کند، باید واجد شروط زیر باشد:

شرط اول - بروز خطر شدید فعلی یا قریب الوقوع: مطابق با ماده ۱۵۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ اولین شرط تحقق حالت اضطرار «بروز خطر شدید فعلی یا قریب الوقوع» می‌باشد، آنجا که قانونگذار بیان داشته است:

«هر کس هنگام بروز خطر شدید فعلی یا قریب الوقوع از قبیل آتش سوزی، سیل، طوفان، زلزله یا بیماری.....»

درخصوص این شرط توجه به موارد زیر لازم و ضروری است:

یک) با دقت در این شرط مشخص می‌گردد خطر هم باید «شدید» و هم «فعلی یا قریب الوقوع» باشد. به نظر می‌رسد مرجع تشخیص این موارد «عرف» می‌باشد. یعنی عرفاً باید خطر هم شدید بوده و هم فعلی یا قریب الوقوع باشد. با توجه به شرط «فعلیت داشتن یا قریب الوقوع بودن» مشخص می‌گردد، چنانچه خطری در گذشته واقع شده و به اتمام رسیده باشد و یا اینکه قرار باشد در آینده دور واقع گردد، نمی‌تواند باعث تمسک مرتکب به اضطرار باشد.

دو) قانونگذار در مقام بیان مصادیق خطر شدید و قریب الوقوع بیان داشته است: «...از قبیل آتش سوزی، سیل، طوفان، زلزله یا بیماری.....». با دقت در این عبارت دو نکته مهم قابل برداشت است:

اولاً مصادیق تصریح شده در ماده جنبه «تمثیلی» دارد نه حصری، بنابراین قاضی می‌تواند به مصادیق مشابه دیگر که در ماده ذکر نشده است مثل فوران آتش فشان، تشنگی و گرسنگی هم استناد کند.

ثانیاً قانونگذار با ذکر مصداق «بیماری» به اختلاف نظر موجود در قانون سابق در خصوص متفاوت بودن یا نبودن اضطرار و ضرورت پایان داده و بدین نتیجه رسیده است که در تحقق اضطرار، منشاء ایجاد خطر خواه خارجی باشد، خواه داخلی تفاوتی نمی‌کند.

شرط دوم - عدم ایجاد عمدی خطر توسط مرتکب: در ادامه این ماده، قانونگذار به شرط دوم اشاره می‌کند، آنجا که بیان داشته است:

«..... مشروط بر اینکه خطر را عمداً ایجاد نکند.....»

قید «عمداً» در این ماده از یک سو خطرهای سهوی واقع شده از سوی مرتکب را از شمول آن خارج کرده و از سوی دیگر، صرف ارتکاب عمدی خطر را مانع از توسل وی به اضطرار دانسته است.^۱ بنابراین اگر شخصی بدون توجه به وضعیت زمین زارعی، ته سیگار خود را به اطراف پرتاب کرده و باعث برافروخته شدن آتش شود، با توجه به تصریح قانونگذار چون رفتار غیرعمدی وی منتهی به ایجاد خطر شده است، امکان توسل به اضطرار برایش باقی خواهد بود. اما اگر شخصی آذوقه خود را بی دلیل به دریا بریزد و در معرض گرسنگی قرار گیرد، چون وضعیت اضطراری را عامدانه به وجود آورده است، در صورت ارتکاب سرقت، نمی‌تواند به آن استناد کند.

شرط سوم - تناسب جرم با خطر موجود: حالت اضطرار محقق نمی‌گردد مگر آنکه:

«..... رفتار ارتكابی با خطر موجود متناسب.... باشد»

البته احراز تناسب میان «جرم ارتكابی» و «خطر موجود» امری موضوعی و بر عهده‌ی قاضی می‌باشد. بنابراین اگر جرم ارتكابی شدیدتر یا مساوی با ارزش حفظ شده باشد، نمی‌توان به اضطرار استناد کرد. درست به همین جهت شخصی که بر اثر شدت گرسنگی در حال مرگ است، نمی‌تواند اقدام به قتل دیگری و خوردن وی نموده و سپس به اضطرار استناد کند. اما برعکس، ناخدای کشتی‌ای که برای نجات مسافران کشتی در حال غرق شدن، به حد نیاز اقدام به انداختن کالای مسافران در دریا می‌کند، می‌تواند به اضطرار متمسک گردد.

شرط چهارم - ضرورت انجام رفتار اضطراری: آخرین شرطی که قانونگذار در ماده ۱۵۲ ق.م.ا.مصوب ۹۲ بدان اشاره کرده است آن است که ارتكاب رفتار مجرمانه:

«..... برای دفع آن [خطر] ضرورت داشته باشد»

^۱ در مورد این شرط، دیدگاه دومی نیز قابل طرح است بدین صورت که منظور از این شرط آن نیست که اگر شخص عمداً خطری را ایجاد نمود دیگر نمی‌تواند به اضطرار تمسک کند، بلکه قانونگذار با ذکر این شرط، در مقام آن بوده است که اگر شخص با انگیزه سوء استفاده از این موقعیت، وضعیت اضطراری را ایجاد نموده و بعد مرتکب جرم شود، دیگر نتواند با استناد به اضطرار وصف مجرمانه را از رفتار خود بزدايد.

بدیهی است که مقصود از این شرط آن است که انجام فعل اضطراری تنها راه موجود برای پرهیز از خطر باشد. بنابراین اگر راه دیگری برای دفع خطر وجود داشته باشد، نمی‌توان به اضطرار استناد نمود. بنابراین اگر شخصی که در اتاق در حال سوختن، اسیر شده و به رغم آنکه درب خروج اضطراری وجود دارد، با شکستن شیشه‌ی اتاق خود را به بیرون پرتاب می‌کند، نمی‌تواند با استناد به اضطرار از امتیازات این عامل موجهه جرم استفاده کند.

نکته: در انتهای بحث «شروط تحقق اضطرار» توجه به تبصره ماده ۱۵۲ ق.م.ا.مصوب ۹۲ حائز اهمیت 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 دقت در تبصره مشخص می‌شود مقصود قانونگذار این است که مامورانی که وظایف ذاتی آن‌ها مقابله با خطر می‌باشد مانند ماموران آتش‌نشانی نمی‌توانند برای «ترک» وظایف قانونی خود متمسک به این عامل موجهه جرم بشوند. دقت شود قانونگذار بیان داشته است تنها برای «امتناع» از ایفای وظایف قانونی، مامورین حق توسل به اضطرار را ندارند، بنابراین به نظر می‌رسد نمی‌توان ادعا کرد مامورینی که قانوناً موظف به مقابله با خطر می‌باشند در هیچ حالتی نمی‌توانند به اضطرار استناد کنند. برای مثال چنانچه مامور آتش‌نشانی بعد از نجات جان شخص گرفتار در آتش، برای نجات جان خود اقدام به تخریب مال دیگری کند، می‌تواند به اضطرار استناد کند، البته شاید بتوان گفت در این مثال، وی نه به عنوان یک مامور در حال انجام وظیفه، بلکه شخصی عادی تلقی می‌گردد.^۱

ج- آثار اضطرار

آثار مرتبط با اضطرار را باید در دو قسمت مجزای «آثار کیفری» و «آثار حقوقی» بررسی کرد:

^۱ البته به نظر می‌رسد چنانچه ماموری در راستای انجام وظایف قانونی خود، ناچار به ارتکاب جرمی گردد، چون در این حالت دو قانون وجود دارد (قانون اول، قانونی که ناظر به عدم ترک وظایف قانونی بوده و قانون دوم، قانونی که رفتار ارتكابی وی را جرم تلقی کرده است)، به جای اضطرار (ماده ۱۵۲ ق.م.ا) باید به اجرای قانون اهم (بند ب ماده ۱۵۸ ق.م.ا) استناد کند، برای مثال رفتار ماموری که برای نجات دیگری از آتش، ناگزیر می‌گردد درب منزل دیگری را بشکند، از مصادیق «اجرای قانون اهم» می‌باشد نه «اضطرار». موضوعی که در آینده بدان پرداخته می‌شود.

یک - آثار کیفری: از آنجایی که اضطراب جزء عوامل موجهه ی جرم به حساب می آید، باید قائل به این شد که رفتار مضطر اساساً جرم نمی باشد. با این همه متاسفانه قانونگذار در ماده ۱۵۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ بیان داشته است:

«هر کس هنگام بروز خطر شدید فعلی یا قریب الوقوع..... مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می شود، قابل مجازات نیست....»

بنابراین به نظر می رسد قانونگذار با به کار بردن عبارت «قابل مجازات نیست» به ظاهر مضطر را فقط معاف از مجازات دانسته است. با این تفسیر باید قائل به این شد که رفتار ارتكابی همچنان جرم بوده و فقط مرتکب به جهت فقدان مسئولیت کیفری، مجازات نخواهد شد. در حالی که با توجه به قراین زیر می توان با تفسیر منطقی این عبارت قائل به این شد که مقصود قانونگذار از عبارت «قابل مجازات نیست» این است که «رفتار ارتكابی جرم نخواهد بود»:

اولاً با توجه به مبنای فقهی و آیات موجود در خصوص «اضطراب» مشخص می گردد که ضرورتها حرمت افعال را زائل کرده و سبب اباحه آن می گردد.

ثانیاً دقت در ادبیات ماده ۱۵۶ ق.م.ا و همچنین صدر ماده ۱۵۸ ق.م.ا به عنوان عوامل موجهه دیگر، اثبات کننده ی ادعای فوق است، چرا که در آنها نیز قانونگذار از عبارات تفسیر بردار «در صورت اجتماع شرایط زیر مجازات نمی شود» و همچنین «قابل مجازات نیست» استفاده کرده است! بنابراین باید قائل به این شد علاوه بر اضطراب، در دیگر عوامل موجهه جرم همچون دفاع مشروع، حکم قانون و اجازه قانون نیز رفتار ارتكابی همچنان جرم بوده و مرتکب صرفاً از مجازات جرم ارتكابی معاف می شود. امری که با توجه به آثار عوامل موجهه جرم در خصوص مواردی مثل معاون جرم و مانند آن به هیچ روی قابل پذیرش نیست.

دو - آثار حقوقی: از لحاظ حقوقی باید بیان کرد موجهه محسوب شدن اضطراب بدین معنی نیست که دیه و ضمان مالی نیز منتفی می گردد. در این حالت ماده یک قانون مسئولیت مدنی حاکم می باشد.^۱ البته در خصوص این مورد باید قائل به تفصیل شد. توضیح اینکه در باب مسئولیت مدنی در اضطراب می توان حالات مختلفی را متصور شد:^۲

۱. ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی بیان می دارد: «هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتنی یا به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده، لطمه ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می باشد.»

۲. قانونگذار در موارد متعدد، از مأموران قانونمند حمایت کرده است، مثلاً در ماده ۴۷۳ ق.م.ا مصوب ۹۲ آمده است: «هر گاه مأموری در اجرای وظایف قانونی، عملی را مطابق مقررات انجام دهد و همان عمل موجب فوت یا صدمه ی بدنی کسی شود، دیه از بیت المال پرداخت می شود.»

۱) اگر برای نجات جان یا مال «خود» باشد: از باب قواعدی مثل قاعده تسبیب ضامن بوده و باید خسارت را جبران کند.

۱- گاه خسارت بر جان یا مال همان شخصی وارد شده که در خطر قرار گرفته است: در این حالت مضطر باید مشمول قاعده احسان قرار گرفته و بنابراین مسئول نمی باشد. (ماده ۵۱۰ ق.م.ا.مصوب ۹۲)

۲) اگر برای نجات جان یا مال «دیگری» باشد:

۲- گاه خسارت بر شخص ثالث وارد می شود: در این حالت به نظر می رسد از آنجایی که نسبت به ثالث محسن نمی باشد، می بایست خسارات وارده را جبران نماید.

۲- دفاع مشروع

همانند «اضطرار»، مباحث مرتبط با دفاع مشروع^۱ در سه قسمت «تعریف دفاع مشروع»، «دفاع مشروع در قوانین کیفری موضوعه» و «آثار دفاع مشروع» مورد بررسی قرار می گیرد:

یک- تعریف دفاع مشروع

دفاع مشروع عبارتند 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. به عبارت دیگر دفاع مشروع حقی است که براساس آن، افراد با اجازه قانون و رعایت شرایط قانونی به دفع تجاوز می پردازند. بی تردید دفاع مشروع یک استثناء می باشد، چرا که مقابله با رفتارهای مجرمانه از وظایف دولت هاست. بنابراین طبق قاعده‌ی کلی در استثنائات باید به قدر متیقن بسنده گردد.

^۱. در خصوص ادله پذیرش دفاع مشروع می توان به دلایل نقلی و عقلی اشاره داشت:

الف) دلیل نقلی: در این خصوص می توان به «کتاب» و «سنت» متوسل شد. توضیح اینکه هم می توان به برخی از آیات قرآن کریم همانند آیه ۱۹۴ سوره مبارکه بقره و آیه ۴۰ سوره مبارکه شوری اشاره کرد و هم به برخی از روایات، برای مثال روایت منسوب به امام باقر (علیه السلام) که می فرماید: إِذَا دَخَلَ عَلَيْكَ رَجُلٌ يُرِيدُ أَهْلَكَ وَ مَا تَمْلِكُ، فَأَبْدِرْهُ بِالضَّرْبَةِ إِنْ اسْتَطَعْتَ، فَإِنَّ اللَّصَّ مُحَارِبٌ لِلَّهِ وَ لِرَسُولِهِ، فَأَقْتُلْهُ؛ فَمَا تَبِعَكَ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ عَلِيٌّ: اگر مردی به خانه ات وارد شد و قصد تجاوز به زن و اموال را داشت اگر توانستی، در ضربه زدن به او پیشدستی کن، زیرا چنین دزدی، محارب با خدا و پیامبر اوست؛ پس او را بکش و اگر پیامدی برایت داشت، به عهده من».

ب) دلیل عقلی: وجوب دفع زیان از جسم و جان از بدیهیات عقلی است که شرع نیز آن را تایید می کند، تا جایی که در بین فقیهان امامیه در این خصوص اجماع وجود دارد. دلیل آن نیز «قاعده اقدام» می باشد.

دو- دفاع مشروع در قوانین کیفری موضوعه (تحلیل مواد ۱۵۶ و ۱۵۷ ق.م.ا)

هر چند ماده ۱۵۷ ق.م.ا مصوب ۹۲ نیز به نوعی مرتبط با بحث «دفاع مشروع» می باشد، اما مسلماً مهمترین ماده در این زمینه، ماده ۱۵۶ ق.م.ا مصوب ۹۲ باشد. در این ماده قانونگذار آورده 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 قریب الوقوع با رعایت مراحل دفاع مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می شود، در صورت اجتماع شرایط زیر مجازات نمی شود:

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

ب- دفاع مستند به قرائن 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.

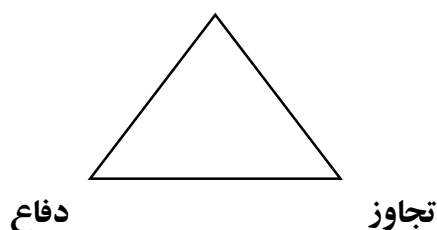
تبصره ۱- دفاع از نفس، ناموس، عرض، مال و آزادی تن دیگری در صورتی جایز است که او از نزدیکان دفاع کننده بوده یا مسؤولیت دفاع از وی برعهده دفاع کننده باشد یا ناتوان از دفاع بوده یا تقاضای کمک نماید یا در وضعیتی باشد که امکان استمداد نداشته باشد.

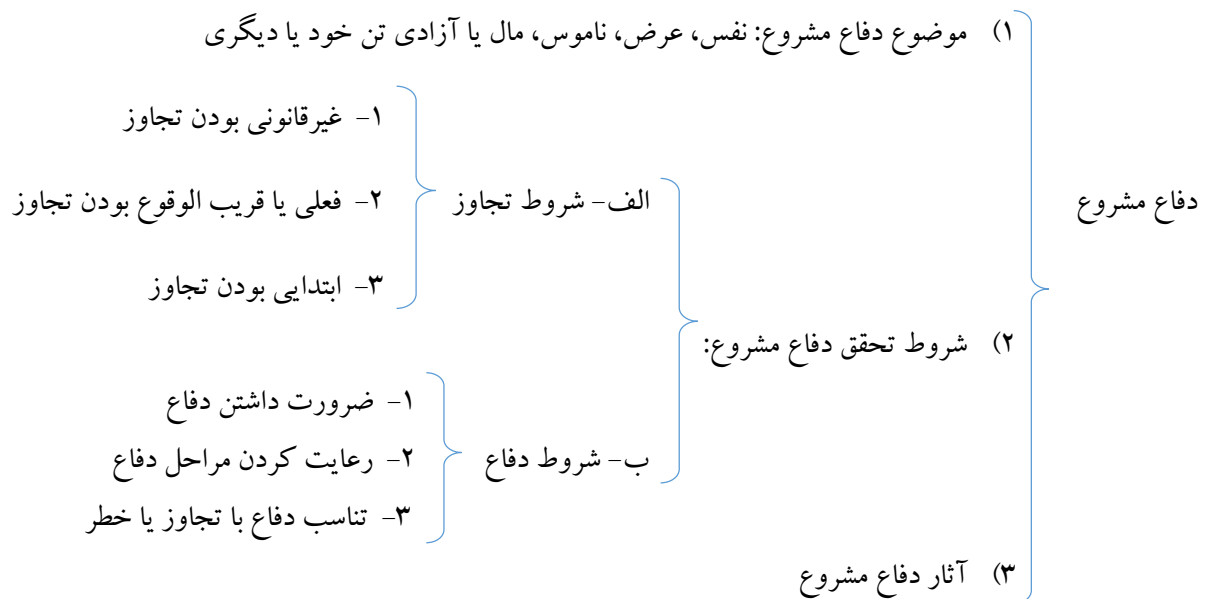
تبصره ۲- هرگاه اصل دفاع محرز باشد ولی رعایت شرایط آن محرز نباشد اثبات عدم رعایت شرایط دفاع برعهده مهاجم است.

تبصره ۳- در موارد دفاع مشروع دیه نیز ساقط است جز در مورد دفاع در مقابل تهاجم دیوانه که دیه از بیت المال پرداخت می شود»

با دقت در اصطلاح «دفاع مشروع» روشن می شود دفاع مشروع به مثابه مثلثی است که هر ضلع آن دارای شرایطی می باشد، چرا که در هر دفاع مشروعی حتماً یک مدافع، یک مهاجم و یک ارزش مورد تهاجم وجود دارد. بنابراین باید در مقام بررسی عامل موجهی «دفاع مشروع»، به تحلیل شرایط «موضوع مورد تجاوز»، شرایط «تجاوز» و شرایط «دفاع» پرداخت.

موضوع مورد تجاوز





یک- موضوع دفاع مشروع

برای آنکه وصف مجرمانه یک رفتار به جهت دفاع مشروع از بین رود، می‌بایست دفاع در برابر تجاوزاتی صورت گیرد که نوع و ماهیت آن را قانونگذار پیش از آن تعیین کرده باشد، موضوعی که در صدر ماده ۱۵۶ ق.م.ا.مصوب ۹۲ مورد توجه قرار گرفته است:

- (۱) **تجاوز به نفس:** نفس اعم از جان و جسم است، بنابراین هر رفتاری مانند قتل، جرح و ضرب، تجاوز به نفس محسوب می‌شود.
- (۲) **تجاوز به عرض:** تجاوز به عرض یعنی هر رفتاری که حیثیت اجتماعی، عفت خانوادگی و شرافت اخلاقی شخص را جریحه دار می‌کند.
- (۳) **تجاوز به ناموس:** در بادی امر، منظور از ناموس امور آبرویی مرتبط با مسائل جنسی در ارتباط با بستگان مونث افراد می‌باشد، اما اینکه آیا شامل بستگان مذکر شخص همانند پسر یا بردار نیز می‌شود یا خیر اختلاف نظر است، آنچه که بررسی شمول یا عدم شمول بستگان مذکر شخص در واژه «ناموس» را بی‌اهمیت می‌سازد این است که بستگان مذکر شخص حتی اگر «ناموس» وی محسوب نشوند، چون بخشی از «عرض» وی به حساب می‌آیند، در هر حال اقدام به دفاع از آنها، در صورت وجود تمامی شرایط می‌تواند در قالب دفاع مشروع جای گیرد.
- (۴) **تجاوز به مال:** مال هر شیئی است که شرعاً و عرفاً ارزش مبادله و قابلیت تملک را دارا باشد. نکته مهم اینکه نباید قائل به این شد چون یکی از شروط تحقق دفاع مشروع «عدم امکان توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت...» می‌باشد و در خصوص مال غیرمنقول، به جهت عدم امکان جابجایی، هیچ‌گاه این شرط محقق نمی‌گردد، پس قاعداً مقصود از مال صرفاً مال منقول است. بدین دلیل که چه بسا ممکن است مال غیرمنقول از طریق تخریب مورد تعرض قرار گرفته و برای جلوگیری از تحقق این جرم، امکان توسل به قوای دولتی وجود نداشته باشد.

بنابراین مال در این ماده اعم از مال منقول و غیر منقول است، البته که اطلاق واژه‌ی «مال» نیز موید صحت این دیدگاه است.

۵) **تجاوز به آزادی تن:** یعنی هر رفتاری که مانع از تحرک انسان شده و آزادی تردد و رفت و آمد را از وی بستاند. البته با توجه به کلمه «تن» به نظر می‌رسد این عنوان فقط شامل مواردی مثل بازداشت غیرقانونی و آدم ربایی شده و مواردی مثل هتک حرمت منزل و ورود به ملک غیر (موضوع مواد ۶۹۱ و ۶۹۲ ق.م.ا.مصوب ۷۵) را در بر نگیرد، چرا که تجاوز به آزادی تن محسوب نمی‌شوند.

نکته: علاوه بر خویشتن، قانونگذار موضوع دفاع مشروع را به «نفس، عرض، ناموس، مال و آزادی تن دیگری» نیز تسری داده و در تبصره ۱ ماده ۱۵۶ ق.م.ا.مصوب ۹۲ در این خصوص آورده است:

تبصره ۱- 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.

با دقت در تبصره فوق، مشخص می‌شود قانونگذار وقوع یکی از حالات زیر را برای تحقق دفاع مشروع از دیگری کافی دانسته است:

- ۱) وی از نزدیکان دفاع کننده باشد.
- ۲) یا مسؤولیت دفاع از وی برعهده دفاع کننده باشد.
- ۳) یا ناتوان از دفاع باشد.
- ۴) یا تقاضای کمک نماید
- ۵) یا در وضعیتی باشد که امکان استمداد نداشته باشد.

هر چند به نظر می‌رسد با توسل به نص صریح ماده و تفسیر به نفع متهم باید قائل به این شد که برای تحقق «دفاع مشروع» در دفاع از دیگری، تحقق «هر یک» از بندهای فوق الذکر کفایت می‌کند، اما تعدادی از حقوقدانان بر این باورند به رغم وجود حرف «یا» در بین تمامی این بندها و استقلال ظاهری آنها از یکدیگر، به نظر می‌رسد می‌بایست حرف «یا» سوم را اشتباه تفنینی پنداشته و آن را «واو» تعبیر کرد، چرا که:

اولاً دفاع کردن - که اساساً حق می‌باشد نه حکم - منوط به وجود شرایطی می‌باشد. یکی از شرایط دفاع از دیگرانی که از نزدیکان مدافع نبوده و یا مسؤولیت دفاع از وی برعهده اش نیست، آن است که وی هم ناتوان

بوده و هم تقاضای کمک کند، به عبارت دیگر اگر توانا باشد ولی خود اقدام نکرده و صرفاً تقاضای کمک کند، به نظر می‌رسد مجوز دفاع نخواهد بود. (ر.ک. توجهی، ۱۳۹۴، ص ۲۱۶)

ثانیاً در صورت پذیرش این دیدگاه، تقریباً نمی‌توان فرضی را در نظر داشت که شخص ثالثی مجوز دفاع از دیگری را نداشته باشد و به عبارت دقیق‌تر، افراد مجوز دفاع از دیگری را تقریباً در تمامی حالات دارند مگر به صورت بسیار استثنایی! مثل موردی که شخص مورد تهاجم - غیر از نزدیکان مدافع یا کسانی که مسئولیت محافظت شان با مدافع است - توانایی دفاع را داشته و با وجود امکان استمداد، تقاضای کمک نمی‌کند. امری که عبث و بیهوده بودن تبصره را روشن می‌سازد. (ر.ک. شمس ناتری و همکاران، ۱۳۹۲، ص ۴۰۲)

بنابراین با چنین تفسیری از تبصره یک ماده ۱۵۶ ق.م.ا مصوب ۹۲ به جای پنج حالت، تنها سه حالت قابل تصور است:

- ۱) وی از نزدیکان دفاع کننده باشد.
- ۲) یا مسئولیت دفاع از وی بر عهده دفاع کننده باشد.
- ۳) یا ناتوان از دفاع باشد و تقاضای کمک کند یا در وضعیتی باشد که امکان استمداد نداشته باشد.

هر چند به نظر می‌رسد با توسل به نص صریح ماده و تفسیر به نفع متهم باید قائل به این شد که برای تحقق «دفاع مشروع» در دفاع از دیگری، تحقق «هر یک» از بندهای فوق الذکر کفایت می‌کند، اما تعدادی از حقوقدانان بر این باورند که رغم وجود حرف «یا» در بین تمامی این بندها و استقلال ظاهری آنها از یکدیگر، به نظر می‌رسد می‌بایست حرف «یا» سوم را اشتباه تفهینی پنداشته و آن را «واو» تعبیر کرد، چرا که:

اولاً دفاع کردن - که اساساً حق می‌باشد نه حکم - منوط به وجود شرایطی می‌باشد. یکی از شرایط دفاع از دیگری آن است که از نزدیکان مدافع نبوده و یا مسئولیت دفاع از وی بر عهده اش نیست، آن است که وی هم ناتوان بوده و هم تقاضای کمک کند، به عبارت دیگر اگر توانا باشد ولی خود اقدام نکرده و صرفاً تقاضای کمک کند، به نظر می‌رسد مجوز دفاع نخواهد بود. (ر.ک. توجهی، ۱۳۹۴، ص ۲۱۶)

ثانیاً در صورت پذیرش این دیدگاه، تقریباً نمی‌توان فرضی را در نظر داشت که شخص ثالثی مجوز دفاع از دیگری را نداشته باشد و به عبارت دقیق‌تر، افراد مجوز دفاع از دیگری را تقریباً در تمامی حالات دارند مگر به صورت بسیار استثنایی! مثل موردی که شخص مورد تهاجم - غیر از نزدیکان مدافع یا کسانی که مسئولیت محافظت شان با مدافع است - توانایی دفاع را داشته و با وجود امکان استمداد، تقاضای کمک نمی‌کند. امری که عبث و بیهوده بودن تبصره را روشن می‌سازد. (ر.ک. شمس ناتری و همکاران، ۱۳۹۲، ص ۴۰۲)

بنابراین با چنین تفسیری از تبصره یک ماده ۱۵۶ ق.م.ا.مصوب ۹۲ به جای پنج حالت، تنها سه حالت قابل تصور است:

- ۴) وی از نزدیکان دفاع کننده باشد.
- ۵) یا مسئولیت دفاع از وی برعهده دفاع کننده باشد.
- ۶) یا ناتوان از دفاع باشد و تقاضای کمک کند یا در وضعیتی باشد که امکان استمداد نداشته باشد.

دو- شروط تحقق دفاع مشروع

علاوه بر «موضوع دفاع مشروع»، «تجاوز» و «دفاع» نیز باید شروطی را دارا باشد تا امکان استناد به «دفاع مشروع» باشد:

۱) شروط تجاوز

با دقت در متن ماده ۱۵۶ ق.م.ا.مصوب ۹۲ روشن می‌شود تجاوز به عنوان یکی از ارکان تحقق «دفاع مشروع» بایستی دارای سه شرط «غیرقانونی بودن»، «فعلی یا قریب الوقوع بودن» و «ابتدایی بودن» باشد که توضیح هر یک از آن‌ها به شرح زیر می‌باشد:

شرط اول - غیرقانونی بودن تجاوز: هر چند غیرقانونی بودن تجاوز به صراحت در ماده بیان نشده است، اما با دقت در خود کلمه «تجاوز» و نیز صدر ماده ۱۵۷ ق.م.ا.می‌توان به وجود این شرط پی برد. آنجا که قانونگذار بیان می‌دارد:

«مقاومت در برابر قوای انتظامی و دیگر ضابطان دادگستری در مواقعی که مشغول انجام وظیفه خود باشند، دفاع محسوب نمی‌شود....»

با توجه به این شرط، مقاومت در مقابل رفتارهای قانونی که شمایل تجاوز را داراست، «دفاع مشروع» محسوب نمی‌گردد مانند مقاومت در برابر ماموران دولتی که به انجام وظیفه خود برای دستگیر کردن، شلاق زدن یا اعدام کردن متهم یا محکوم مشغولند، مقاومت در برابر انجام رفتاری که در حالت اضطراری بوده^۱ و یا حتی مقاومت در برابر شوهری که در صدد اعمال حقی که در ماده ۶۳۰ ق.م.ا.مصوب ۷۵ برای وی پذیرفته شده است، می‌باشد.

^۱ همانگونه که قبلاً ذکر شد، در مورد اضطرار باید شرط «وجود تناسب جرم با خطر موجود» وجود داشته باشد، یعنی اگر جرم ارتكابی شدیدتر یا مساوی با ارزش حفظ شده باشد، نمی‌توان به اضطرار استناد کرد. درست به همین جهت شخصی که بر اثر شدت گرسنگی در حال مرگ است، نمی‌تواند اقدام به قتل دیگری و خوردن وی نموده و سپس به اضطرار استناد کند. بنابراین اگر شخصی در حالت اضطرار، برای نجات

البته قانونی تلقی شدن رفتار ماموران انتظامی و ضابطین دادگستری که در صدر ماده ۱۵۷ ق.م.ا مصوب ۹۲ بدان اشاره شده، بدین معنی نیست که در هیچ حالتی نتوان در قبال رفتارهای آنها متوسل به «دفاع مشروع» شد. به همین جهت در ادامه‌ی همین ماده آمده است:

«..... 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 ماموران قوای دولتی وقتی مشروع است که:

اولاً قوای مزبور از حدود وظیفه خود خارج شوند.

ثانیاً بر حسب ادله و قرائن موجود خوف آن باشد که عملیات آنان موجب قتل، جرح، تعرض به عرض، ناموس یا مال گردد. جالب آنکه قانونگذار در این ماده مصادیق را به صورت حصری ذکر کرده و سخنی از «ضرب» و «آزادی تن» در میان نیست. پس چنانچه خوف ورود ضرب یا تعرض به آزادی تن وجود داشته باشد، حتی در صورتی که قوای فوق‌الذکر از حدود وظیفه خود نیز خارج شوند، باز امکان توسل به «دفاع مشروع» وجود ندارد.

شرط دوم – فعلی یا قریب الوقوع بودن تجاوز: برخلاف شرط پیشین، این شرط به صراحت در صدر ماده ۱۵۶ ق.م.ا مصوب ۹۲ ذکر شده، آنجا که قانونگذار بیان داشته است:

«.....در برابر هرگونه تجاوز یا خطر فعلی یا قریب الوقوع.....»

وجود این شرط بدین معنی است که تجاوز یا خطر باید «فعلیت» یافته یا در «شرف» تحقق باشد. به نظر می‌رسد معیار تشخیص فعلیت یا قریب الوقوع بودن تجاوز یا خطر، «معیار نوعی» به مرجعیت «عرف» باشد. این نکته به نوعی در بند «ب» ماده ۱۵۶ ق.م.ا مصوب ۹۲ نیز منعکس شده است:

«دفاع مستند به قرائن معقول یا خوف عقلایی باشد».

جان خود یا دیگری در مقام کشتن شخصی برآید، به جهت آنکه جان به جان ترجیحی ندارد، این رفتار قانونی تلقی نمی‌گردد و به همین دلیل امکان مقاومت در برابر وی و استناد به دفاع مشروع همچنان پابرجاست.

با توجه به واژه‌هایی مثل «قرائن معقول» و «خوف عقلایی» مشخص می‌گردد معیار ارزیابی تجاوز یا خطر «نوعی» می‌باشد نه شخصی، یعنی معیار ارزیابی تجاوز یا خطر، قضاوت عقل سلیم و به عبارتی انسان متعارف است نه تحلیل‌های شخصی مدافع، چه بسا مدافع به جهت بدبین بودن، در تشخیص معقولانه بودن قرائن و عقلایی بودن خوف وقوع فعلی یا قریب الوقوع تجاوز یا خطر اشتباه کند که در این حالت در صورت ارتکاب جرم، ظاهراً نمی‌تواند متوسل به دفاع مشروع گردد. بنابراین احتمال وقوع تجاوز یا خطر در آینده و یا تجاوز یا خطری که به اتمام رسیده است نمی‌تواند دلیلی قابل پذیرش برای استناد به «دفاع مشروع» باشد، چرا که اقدام نخست نوعی «پیش‌دستی» و اقدام دوم تا حدودی «انتقام» تلقی می‌گردد. در خصوص مورد اخیرالذکر در یکی از آراء دیوان عالی کشور آمده است:

«اگر متهم پس از گرفتن داس از دست مقتول با همان داس او را بکشد چون در حین ایراد جرح منتهی 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 هیچ گونه خطری برای او باقی نبوده است.»
(حکم شماره ۲۰۵۲-۱۷/۹/۲۶ و ۱۲۱۹-۲۸/۷/۳۰)

شرط سوم- ابتدائی بودن تجاوز: قانونگذار به لزوم وجود این شرط در بند پ ماده ۱۵۶ ق.م.ا مصوب ۹۲ اشاره داشته است:

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

با توجه به این شرط، اگر خطر و وضعیت موجود توسط مدافع ایجاد شده باشد امکان تمسک وی به «دفاع مشروع» وجود ندارد. در واقع، این شرط صورتی را در بر می‌گیرد که ابتدا مهاجم اقدام به تجاوز کرده و مدافع به دفاع اقدام نماید و آنگاه مهاجم خود در برابر دفاع مدافع، به دفاع اقدام نماید. در واقع، قانونگذار چنین حالتی را از شمول «دفاع مشروع» خارج دانسته است. بنابراین روشن است که دفاع نباید مسبوق به تجاوز یا اقدام آگاهانه‌ی اولیه توسط مدافع باشد.

البته شاید بتوان بیان داشت اگر دفاع بزه دیده از حدود قانونی و متعارف خود خارج شده و تهدیدهای غیرقانونی متوجه جان یا عرض بزه‌کار شده باشد، بتواند از خود دفاع کند، برای نمونه اگر شخصی در حین سرقت با مقاومت صاحب‌خانه مواجه شده و به رغم تسلیم شدن، صاحب‌خانه در مقام ورود ضربه‌ای کشنده نسبت به وی باشد، در این حالت، ظاهراً سارق می‌تواند از خود دفاع کرده و سپس به «دفاع مشروع» استناد کند.

۲) شروط دفاع

هدف و غایت دفاع، متوقف ساختن تجاوز مهاجم می‌باشد. بدیهی است که چنین دفاعی با شروطی قانونی همراه می‌باشد. در همین راستا در ماده ۱۵۶ ق.م.ا مصوب ۹۲ چندین شرط برای دفاع ذکر شده است که در زیر به تجزیه و تحلیل آن‌ها پرداخته می‌شود:

شرط اول - ضرورت دفاع: شاید مهمترین شرط دفاع، ضرورت آن در اوضاع و احوالی است که مدافع راه دیگری برای دفع تجاوز یا خطر ندارد. درست به همین جهت است که قانونگذار در بند الف ماده ۱۵۶ ق.م.ا مصوب ۹۲ آورده است: «رفتار ارتكابی برای دفع تجاوز یا خطر ضرورت داشته باشد».

بنابراین چنانچه راه‌هایی غیر از ارتكاب جرم برای دفع تجاوز یا خطر فعلی یا قریب الوقوع وجود داشته باشد، دیگر مدافع نمی‌تواند به ارتكاب جرم پرداخته و سپس مستند رفتار خود را «دفاع مشروع» بداند. به همین دلیل است که قانونگذار با اشاره به مهمترین مصداق از مصادیق «عدم وجود ضرورت» مهر تایید بر صحت چنین دیدگاهی زده است. آنجا که در بند ت ماده اخیرالذکر بیان داشته است:

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

بنابراین هرگاه توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت ممکن باشد و یا اینکه تجاوز یا خطر به شکلی باشد که مداخله قوای دولتی باعث دفع آنان گردد، تمسک به «دفاع مشروع» برای تبرئه شدن قابل پذیرش نمی‌باشد. البته به نظر می‌رسد شرط «ضرورت دفاع» که در بند «الف» بیان شده است، علاوه بر عدم امکان توسل به قوای دولتی مذکور در بند «ت»، شامل مصادیق دیگر نیز بشود، چون در غیر این صورت با وجود بند «ت»، دیگر نیازی به ذکر بند «الف» نبود! در واقع قانونگذار از آنجایی که دفاع از جان، مال، عرض، ناموس و آزادی شهروندان اصالتاً بر عهده‌ی قوای دولتی می‌باشد، بند «ت» ماده ۱۵۶ ق.م.ا مصوب ۹۲ را مستقل از بند «الف» پیش بینی کرده است. اما این امر بدین معنی نیست که تنها مصداق «ضرورت بودن دفاع»، «عدم امکان توسل به قوای دولتی» باشد! بنابراین به نظر می‌رسد بند «الف» ماده ۱۵۶ ق.م.ا مصوب ۹۲ در مقام اشاره به مصادیقی فراتر از بند «ت» می‌باشد.

با توجه به مطالب اخیرالذکر، مهمترین سوالی که در مورد این شرط به ذهن متبادر می‌شود این است که اگر امکان فرار برای مدافع وجود داشته باشد، آیا وی می‌تواند با وجود این امر، اقدام به دفاع نموده و سپس برای توجیه رفتار خود به «دفاع مشروع» متوسل گردد؟ در پاسخ به این سوال می‌توان سه دیدگاه را مطرح ساخت:

یک- دیدگاه اول: برخی بر این باورند مدافع حتی در صورت وجود فرار نیز حق دفاع را خواهد داشت، چرا که:

اولاً دفاع حق است، بنابراین اگر مدافع به جای فرار، اقدام به دفاع نماید، عمل وی موجه می‌باشد.

ثانیاً قانونگذار هیچ‌گونه تکلیفی نیز به فرار نکرده است تا عمل مدافع به دلیل ترک تکلیف فاقد مشروعیت گردد. (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۲۹۳)

دو- دیدگاه دوم: عده‌ای دیگر معتقدند اگر امکان فرار وجود داشته باشد، شخص نمی‌تواند اقدام به دفاع کرده و سپس به عامل موجهه‌ی «دفاع مشروع» متوسل گردد. چرا که:

اولاً دفاع مشروع امری استثنایی بوده و باید تنها راه دفع تجاوز باشد، در حالی که در اینجا راه دفع تجاوز از طریق فرار وجود دارد، به عبارت دقیق‌تر، در صورت امکان فرار، مهمترین شرط دفاع که «ضروری بودن» می‌باشد اصلاً محقق نمی‌شود.

ثانیاً به نظر می‌رسد فقهاء نیز قائل به همین نظرند، تا جایی که ظاهراً هیچ فقیهی حکم به جواز دفاع در صورت امکان فرار را صادر نکرده است. برای نمونه امام راحل در این مورد بیان می‌دارد: احتیاط آن است که مدافع فرار نموده و اقدام به دفاع ننماید. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۱۶۲)

سه- دیدگاه سوم: عده‌ای دیگر راه میانه‌ای را در پیش گرفته و بر این باورند به رغم عدم تحمیل وظیفه قطعی فرار به مدافع، ممکن است فرار وی را قرینه‌ای بر عدم ضرورت دفاع دانست، بدیهی است در صورت شدید بودن عمل دفاعی مدافع (مثلاً قتل یا جرح) و عدم مسئولیت کیفری مهاجم (مثلاً صغیر یا مجنون بودن وی) انتظار محاکم نسبت به اینکه فرد مورد حمله، به جای اقدام به عمل دفاعی، از معرکه برگزید بیشتر می‌شود و در صورت عدم انجام این کار و اقدام به دفاع، احتمال اینکه دادگاه‌ها عمل دفاعی فرد را ضروری نشمرند و در نتیجه دفاع مشروع به حساب نیاورند، بیشتر خواهد بود. (ر.ک. میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲، ص ۳۵۳) همچنین است اگر مهاجم اشخاصی همانند والدین باشند که عرف توقع دارد، در صورت امکان فرار، شخص مورد حمل اقدام به دفاع نکند.

متأسفانه در این خصوص حتی در رویه قضایی نیز راهگشا نمی‌باشد، چرا که در این مورد آراء متناقضی وجود دارد. در همین راستا، شعبه پنجم دیوان عالی کشور در یکی از آراء خود به صراحت بیان داشته است:

«... با امکان فرار، دفاع معجز قانونی ندارد.....» (حکم شماره ۲۰۵۲ مورخ ۱۳۱۷/۹/۲۰)

حال آنکه در مقابل، شعبه دوم دیوان عالی کشور در برخی از آراء صادره خود چنین استدلال کرده است:

«از ماده ۱۸۴ قانون کیفری عمومی و مواد مربوط دیگر راجع به موجبات معافیت از کیفر استفاده نمی‌شود که امکان فرار برای کسی که مورد حمله به نفس واقع شده موجب باشد که نتواند با اقدام عملی با شرط مذکور در آن ماده از خود دفاع نماید». (احکام شماره ۲۶۵۱-۲۷/۸/۱۳۱۹ و ۱۴۳۹-۱۳۱۹/۵/۱۹)

شرط دوم - رعایت مراحل دفاع: این شرط در صدر ماده ۱۵۶ ق.م.ا.مصوب ۹۲ بیان شده است. آنجا که قانونگذار بیان داشته است:

«هرگاه فردی..... با رعایت مراحل دفاع مرتکب رفتاری شود...»

مراد از این شرط این است که مدافع می‌بایست در قبال تجاوز یا خطری که وی را تهدید می‌کند، واکنشی پله‌ای و به اصطلاح مرحله به مرحله داشته باشد، بدین صورت که برای مثال اگر بتواند با فریاد کشیدن، متجاوز را دور کند، دیگر حق انجام رفتارهایی که به متجاوز صدمه می‌زند را ندارد و اگر این مقدار رفتار کفایت نکرد، در گام‌های بعدی می‌بایست واکنش‌های شدیدتری را از خود نشان دهد تا مرحله‌ای که متجاوز را متوقف کند. به آنچه که بیان شد معیار «الاسهل فالاسهل» گفته می‌شود.

شرط سوم: تناسب دفاع با تجاوز یا خطر: تناسب بدین معنی است که «بین صدمه احتمالی ناشی از تعرض و صدمه‌ای که برای پرهیز از آن ضروری است، ارتباط منطقی وجود داشته باشد». در صورت پذیرش وجود این شرط در «دفاع مشروع»، باید پذیرفت اگر شخصی وسیله‌ای کم ارزش همانند یک مداد یا لباس ارزان قیمت را سرقت نموده و صاحب مال بعد از رعایت تمامی مراحل دفاع، برای بازستاندن مال خود اقدام به کشتن سارق نماید، به رغم وجود شرط «رعایت مراحل دفاع»، به دلیل عدم وجود شرط «تناسب دفاع با تجاوز یا خطر» نمی‌تواند به دفاع مشروع استناد کند.

در حال حاضر، در خصوص وجود یا عدم وجود این شرط در «دفاع مشروع» اختلاف‌های جدی وجود دارد. منشاء این اختلاف آن است که برخلاف ماده ۶۱ قانون سابق^۱، ماده ۱۵۶ ق.م.ا.مصوب ۹۲ چنین شرطی را بیان نداشته است. به عبارت دقیق‌تر، در قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ هر چند قانونگذار به لزوم وجود شرط «رعایت مراحل دفاع» اشاره کرده است، اما برخلاف قانون سابق، هیچ‌گونه اشاره‌ای به شرط «وجود تناسب بین دفاع و تجاوز یا خطر» نکرده است!

^۱ در بند اول ماده ۶۱ قانون سابق (مصوب ۷۰) در خصوص شرط «تناسب» در دفاع مشروع صراحتاً آمده بود: «۱- دفاع با تجاوز و خطر متناسب باشد».

حال سوال این است که در حال حاضر، آیا واقعا چنین شرطی برای تحقق دفاع مشروع لازم نیست؟ هر چند از لحاظ نظری شاید پاسخ این سوال مثبت باشد، اما باید در نظر داشت که پذیرش عدم لزوم وجود این شرط، تبعات جبران ناپذیری را به دنبال خواهد داشت، چرا که برای نمونه در مثال فوق الذکر، اگر شخصی تمامی مراحل دفاع را رعایت کرده باشد ولی در نهایت موفق به بازپس گیری مال کم ارزش خود نگردد، چنانچه اقدام به کشتن سارق نماید، همچنان امکان استناد وی به دفاع مشروع و تبرئه شدنش وجود دارد، هر چند هیچگونه تناسبی میان تجاوز با دفاع به چشم نمی خورد! موضوعی که به نظر می رسد غیر قابل پذیرش می باشد. برای حل معضل فوق می توان چنین استدلال کرد که هر چند متاسفانه قانونگذار هیچ گونه اشاره‌ی صریحی به شرط «تناسب بین دفاع با تجاوز یا خطر» نکرده است، اما با تسامح می توان وجود آن را در شرط «رعایت مراحل دفاع» که در ماده ۱۵۶ ق.م.ا بیان شده است، مستتر دانست و بیان همین عبارت جامع را برای لزوم وجود شرط «تناسب» نیز کافی دانست.^۱

نکته: در پایان بحث «شروط دفاع» توجه به تبصره ۲ ماده ۱۵۶ ق.م.ا مصوب ۹۲ ضروری می باشد:

«هرگاه اصل دفاع محرز باشد ولی رعایت شرایط آن محرز نباشد اثبات عدم رعایت شرایط دفاع برعهده مهاجم است».^۲

مقصود قانونگذار از این نوآوری آن است که اگر «تجاوز» با تمامی شروط سه گانه‌ی آن یعنی «غیرقانونی بودن، فعلی یا قریب الوقوع بودن و ابتدایی بودن تجاوز» وجود داشته باشد، اصل اینکه دفاع کردن لازم و ضروری می باشد محرز شده است، حال اگر در این حالت رعایت شرایط دفاع محرز نباشد، به جای آنکه بار اثبات رعایت آن برعهده‌ی مدافع باشد، بار اثبات عدم رعایت آن برعهده‌ی مهاجم می باشد.

سه - آثار دفاع مشروع

همچون «اضطراب» آثار مرتبط با «دفاع مشروع» را نیز باید در دو قسمت مجزای «آثار کیفری» و «آثار حقوقی» بررسی کرد:

^۱. وقتی قانونگذار در ماده ۱۵ قانون مسئولیت مدنی، برای بحث حقوقی «عدم لزوم جبران خسارات مالی یا بدنی در دفاع مشروع»، شرط «وجود تناسب» را لازم دانسته است، بسیار بعید می باشد در مبحث کیفری «دفاع مشروع» وجود این شرط لازم و ضروری ندانسته باشد.

^۲. جالب آنکه قانونگذار در حکمی استثنایی در تبصره ۲ ماده ۳۰۲ ق.م.ا بیان داشته است: «در مورد بند ت [دفاع مشروع] چنانچه نفس دفاع صدق کند، ولی از مراتب آن تجاوز شود، قصاص منتفی است، لکن مرتکب به شرح مقرر در قانون به دیه و مجازات تعزیری محکوم می شود». بر این اساس اگر مدافع در وضعیت دفاع، اقدام به قتل مهاجم کند، به رغم آنکه وی از مراتب دفاع تجاوز نموده است، قصاص نشده و صرفاً به پرداخته دیه و مجازات تعزیری محکوم می گردد.

الف- آثار کیفری: از آنجایی که دفاع مشروع نیز همانند اضطرار جزء عوامل موجهه جرم به حساب می‌آید، باید قائل به این شد که رفتار ارتكابی اصلاً جرم نمی‌باشد، این در حالی است که همانند اضطرار، قانونگذار از عبارت مبهم زیر استفاده کرده است:

«..... در صورت اجتماع شرایط زیر مجازات نمی‌شود:.....»

ادبیات مبهم «مجازات نمی‌شود» این توهم را ایجاد کرده است که رفتار مدافع همچنان جرم بوده و تنها وی از مجازات معاف می‌گردد! امری که بطلان آن مبرهن و مشخص می‌باشد. بنابراین با تفسیر منطقی باید قائل به این شد که منظور قانونگذار از عبارت فوق الذکر این است که «رفتار ارتكابی جرم تلقی نمی‌گردد».

ب- آثار حقوقی: از نظر حقوقی نیز مدافع ضامن جبران هیچ‌گونه خسارت مادی نخواهد بود. در این خصوص ماده ۱۵ قانون مسئولیت مدنی حکم فرماست:

«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.»

علت این امر نیز روشن است، چرا که برخلاف اضطرار، در دفاع مشروع منشاء خسارت وارده بر مهاجم، خود شخص متعدی می‌باشد و در واقع خود او باعث این خسارت بوده است. بنابراین طبق «قاعده اقدام»، مدافع هیچ‌گونه مسئولیت مدنی‌ای نخواهد داشت. اما چنانچه در این بین، ثالثی صدمه ببیند، بایستی به مدافع و سپس مدافع به متجاوز مراجعه کند. حتی مدافع می‌تواند خسارت وارده بر خود را نیز از مهاجم دریافت کند. در خصوص دیه نیز توجه به تبصره ۲ ماده ۱۵۶ ق.م.ا.م.صوب ۹۲ ضروری می‌باشد:

«در موارد دفاع مشروع، دیه نیز ساقط است جز در مورد دفاع در مقابل تهاجم دیوانه که دیه از بیت المال پرداخت می‌شود.»

۳- حکم قانون

حکمی که قانون بیان می‌کند، باید مورد احترام قرار گیرد، بنابراین اجرای قانون جرم نیست، هر چند با حق یا مصلحتی در تعارض باشد. (ر.ک. زراعت، ۱۳۹۲، ص ۱۲۲) برخلاف اجازه قانون، در حکم قانون، نوعی «الزام» به انجام امری که در حالت عادی جرم تلقی می‌گردد، وجود دارد، به شکلی که مخاطب آن، حق مخالفت با آن را ندارد. موجهه محسوب شدن حکم قانون در بند الف ماده ۱۵۸ ق.م.ا.م.صوب ۹۲ بیان شده است:

«علاوه بر موارد مذکور در مواد قبل، ارتکاب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، در موارد زیر قابل مجازات نیست:

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

البته حکم قانون گاه به صورت مستقیم و گاه به صورت غیرمستقیم می‌باشد، حکم قانونی غیرمستقیم، «امر قانونی مقام ذی صلاح» است که بعداً در جای خودش مورد بررسی قرار خواهد گرفت. در اینجا می‌بایست به حکم قانونی مستقیم پرداخت که با بیان مثال‌هایی موضوع روشن خواهد شد:

مثال اول- مطابق با ماده ۶۴۸ ق.م.ا.م.صوب ۷۵ افشای اسرار مردم توسط پزشکان جرم تلقی می‌گردد. اما قانونگذار در ماده ۳ قانون بیماری‌های آمیزشی مصوب ۱۳۲۰ مقرر داشته است:

«درمان بیماری‌های آمیزشی نزد هر پزشکی که پروانه‌ی پزشکی در ایران دارد آزاد است اما در صورتی که بیمار در دوره‌ی واگیری بیماری از موعدی که پزشک معالج برای درمان او معین نموده تا ده روز از حضور نزد پزشک یا بنگاه دولتی غیبت کرد و پزشک دیگری تحت درمان بودن بیمار را به بنگاه یا پزشک اول خبر نداد، نخستین پزشک درمان‌کننده مکلف است مراتب را با قید محرمانه بودن به اطلاع بهداری برساند تا بیمار را ملزم به درمان نماید».

در این مثال پزشک به حکم مستقیم قانون، مکلف به اطلاع‌رسانی به بهداری و افشاء سر شخص بیمار می‌باشد. رفتاری که به جهت وجود «حکم قانون» دیگر جرم محسوب نمی‌گردد.

مثال دوم- نمونه دیگر ماده ۶ قانون پولشویی مصوب ۸۶ می‌باشد، آنجا که قانونگذار بیان می‌دارد:

«دفاتر اسناد رسمی، وکلای دادگستری، حساب‌برسان، حسابداران، کارشناسان رسمی دادگستری و بازرسان قانونی مکلفند اطلاعات مورد نیاز در اجراء این قانون را که هیات‌وزیران مصوب می‌کند، حسب درخواست شورای عالی مبارزه با پولشویی، ارائه نمایند».

چنین رفتارهایی در حالت عادی جرم می‌باشد اما در این مورد به حکم قانون، جرم تلقی نمی‌گردد.

مثال سوم- مثال سوم ماده ۴۴ ق.آ.د.ک مصوب ۹۲ می‌باشد که در آن آمده است:

«.....ضابطان دادگستری درباره جرایم مشهود، تمام اقدامات لازم را به منظور حفظ آلات، ادوات، آثار، علائم و ادله وقوع جرم و جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم و یا تبانی، به عمل می‌آورند....»

بنابراین به حکم قانون، ضابطان دادگستری در جرایم مشهود «مکلفند» تمام اقدامات لازم را به منظور حفظ آلات، ادوات و دیگر مصادیق مطروحه و همچنین جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم یا تبانی به عمل آورند. رفتارهایی که ممکن است هر یک به نوبه خود و در حالت عادی جرم تلقی می‌شوند اما در اینجا به حکم قانون، وصف مجرمانه‌ی خود را از دست می‌دهند.

با دقت در مثال‌های فوق روشن می‌گردد مخاطب «حکم قانون» لزوماً «ماموران دولتی» نمی‌باشند، بلکه ممکن است «اشخاص عادی» نیز موضوع چنین احکامی قرار گیرند، مانند اطباء و پزشکان.

۴- اجازه قانون

همانگونه که ذکر شد حکم ناظر به صورتی است که قانونگذار اجرای امر ممنوعی را الزامی می‌نماید در حالی که اجازه قانون وقتی است که قانونگذار اختیار انجام یا عدم انجام یک رفتار مجرمانه را به مخاطب واگذار می‌کند. به دیگر سخن، برخلاف حکم قانون که جنبه دستوری دارد، در اجازه قانون، قانونگذار ارتکاب رفتاری را که در حالت عادی جرم است، در شرایط خاصی اجازه می‌دهد و مرجع تصمیم‌گیری نهایی، شخص مخاطب قانون است. «اجازه قانون» به عنوان یکی از عوامل موجهه جرم، در کنار «حکم قانون» در بند الف ماده ۱۵۸ ق.م.ا بیان شده است:

«علاوه بر موارد مذکور در مواد قبل، ارتکاب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، در موارد زیر قابل مجازات نیست:

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

نمونه بارز «اجازه قانون» قسمت انتهایی ماده ۴۴ ق.آ.د.ک مصوب ۹۲ می باشد، آنجا که قانونگذار بیان می‌دارد:

«...ضابطان دادگستری در اجرای این ماده و ذیل ماده ۴۶ این قانون فقط در صورتی می‌توانند متهم را بازداشت کنند که قرائن و امارات قوی بر ارتکاب جرم مشهود توسط وی وجود داشته باشد».

دقت در عبارات قانونی فوق، روشن می‌سازد در اینجا، نه حکم قانون (یعنی الزام قانونی) بلکه صرفاً اجازه قانون وجود داشته و ضابطان دادگستری مرجع نهایی تصمیم‌گیری در خصوص بازداشت کردن یا نکردن متهم می‌باشند، حال آنکه این رفتار در حالت عادی به موجب ماده ۵۷۰ ق.م.ا مصوب ۷۵ تحت عنوان «سلب غیرقانونی آزادی» جرم تلقی شده است.

۵- اجرای قانون اهم

هرچند در مرحله تقنین، قانون باید به شکلی تصویب شود که در مرحله اجرا، تراحمی میان احکام قانونی صورت نگیرد، اما به دلایل مختلف از جمله تورم قوانین کیفری، خواسته یا ناخواسته، در مرحله اجرا میان برخی از قوانین تعارض ایجاد می‌شود، به شکلی که امکان جمع میان آنها وجود ندارد. در این حالت تکلیف چیست و باید چگونه عمل کرد؟ برای مثال نجات جان یک انسان و تکلیف قانونی به کمک به افراد آسیب دیده ملازم است با تصرف در اموال سایرین، در چنین حالتی شخص اگر به رغم توانایی، به دیگران کمک نکند، مرتکب جرم شده^۱ و اگر به دنبال نجات سایرین باشد، ناگزیر به تصرف در اموال دیگران است که این هم جرم تلقی می‌گردد! سوال این است: در این موقعیت تکلیف چیست؟! پاسخ این سوال در بند ب ماده ۱۵۸ بدین صورت ذکر شده است:

«علاوه بر موارد مذکور در مواد قبل، ارتکاب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، در موارد زیر قابل مجازات نیست:

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

بی تردید استفاده قانونگذار از عبارت «اجرای قانون اهم» بدین معنی است که در «اجرای قانون اهم» حتماً بایستی «دو» قانون وجود داشته باشد که یکی از آنها از دیگری مهم‌تر است و به همین جهت باید آن را اجرا کرد. بنابراین با همین برداشت می‌توان تا حدودی بین اضطرار و اجرای قانون اهم قائل به تفکیک شده و آن دو را یکی نپنداشت، توضیح اینکه اگر شخصی صرفاً با «یک» قانون مواجه بوده و برای نجات جان یا مال خود یا دیگری اقدام به ارتکاب جرمی کند، برای تبرئه شدن نمی‌تواند به «اجرای قانون اهم» متوسل شود، چرا که در این مورد فقط یک قانون وجود دارد حال آنکه در اجرای قانون اهم باید حداقل دو قانون وجود داشته باشد، اما در صورت وجود شرایط قانونی، با استناد به اضطرار می‌تواند از مجازات برهد. برای نمونه شخصی که از شدت عطش، برای نجات خود از مرگ اقدام به نوشیدن شراب به قدر ضرورت می‌کند. با دقت در مثال مشخص می‌گردد در این مورد فقط یک قانون وجود دارد که شرب خمر را جرم انگاری و برای آن حد پیش‌بینی کرده است (مواد ۲۶۴ و ۲۶۵ ق.م.ا)، بنابراین نمی‌توان مرتکب را با استناد به «اجرای قانون اهم» تبرئه کرد، پس در این موارد اصلاً میان اضطرار و اجرای قانون اهم هم پوشانی به وجود نمی‌آید.

^۱ عدم کمک به مصدومین و افراد در معرض خطر جانی با وجود شرایطی به موجب قانون مجازات خودداری از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی مصوب ۱۳۵۴ جرم تلقی شده است. در همین راستا در بند اول این ماده واحده آمده است: «۱- هرکس شخص 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 خود او یا دیگران شود و باوجود استمداد یا دلالت اوضاع و احوال بر ضرورت کمک از اقدام به این امر خودداری ننماید. به حبس جنحه‌ای تا یک سال و یا جزای نقدی تا پنجاه هزار ریال محکوم خواهد شد. در این مورد اگر مرتکب از کسانی باشد که به اقتضای حرفه خود می‌توانسته کمک مؤثری بنماید به حبس جنحه‌ای از سه ماه تا دو سال یا جزای نقدی از ده هزار ریال تا یکصد هزار ریال محکوم خواهد شد. مسئولان مراکز درمانی اعم از دولتی یا خصوصی که از پذیرفتن شخص آسیب‌دیده و اقدام به درمان او یا کمکهای اولیه امتناع نمایند به حداکثر مجازات ذکر شده محکوم می‌شوند.....»

اما مشکل در جایی است که شخصی با «دو» قانون مواجه بوده و در این میان، ناچار به انتخاب یکی از آن‌ها گردد، در چنین مواردی ظاهراً میان «اضطرار» و «اجرای قانون اهم» به جهت وجود نوعی ناچاری و درماندگی در آن، هم پوشانی ایجاد می‌گردد، حال می‌بایست وی را با استناد به «اضطرار» تبرئه کرد یا «اجرای قانون اهم»؟ به نظر می‌رسد در این موارد به دلیل وجود دو قانون، می‌بایست آن را مشمول بند «اجرای قانون اهم» دانست نه بند «اضطرار». پس در این موارد می‌بایست به جای ماده ۱۵۲ ق.م.ا (اضطرار) به بند ب ماده ۱۵۸ ق.م.ا (اجرای قانون اهم) استناد کرد.^۱ برای روشن شدن مطلب به برخی از مصادیق اجرای قانون اهم اشاره می‌شود:

مثال اول- تخریب جهت اطفال حریق و نجات دیگری: ممکن است تخریب برای اطفای حریق و نجات جان افرادی که در معرض خطر آتش سوزی هستند انجام شود. در همین راستا، هر کس مبادرت به تخریب دیوار، در، پنجره و شکستن شیشه‌های ساختمان دیگری نماید، در موقعیتی که تخریب اموال و اشیاء مذکور با حفظ جان افراد در معرض خطر ملازمه داشته باشد و برای خودش خطری ندارد، جرم تخریب موضوعاً منتفی است.

مثال دوم- سلب آزادی به منظور نجات دیگری: پزشک جراحی که مشغول عمل جراحی است و در همین موقعیت با تعرض و مزاحمت شخصی دیگر برای الزام به حضور در بالین بیمار دیگری مواجه می‌شود، در صورتی که عمل سلب آزادی از متعرض توسط پزشک به منظور حفظ جان بیماری و ادامه جراحی صورت گیرد، چون به منظور حفظ جان بیمار تحت جراحی صورت گرفته است، سلب آزادی متعرض جرم محسوب نمی‌گردد.

مثال سوم- نقض مقررات راهنمایی و رانندگی برای نجات بیمار: راننده آمبولانسی که آژیرکشان به رغم آنکه چراغ سرچهار راه، قرمز است، بدون توقف عبور می‌کند و برای نجات جان بیمار، مقررات راهنمایی و رانندگی را نقض می‌کند مسئول تلقی نمی‌گردد. (ر.ک. گلدوزیان، ۱۳۸۲، ص ۱۱۷)

حال نوبت به پاسخ دهی به یک سوال بسیار مهم می‌رسد: منظور از «اهم» در عبارت «اجرای قانون اهم» چیست؟ به عبارت دیگر، معیار تشخیص اهم بودن یک قانون نسبت به قانون دیگر چه می‌باشد؟ ارائه‌ی پاسخی متقن به این سوال دشوار است، برخی بر این باورند ضابطه تشخیص قانون اهم با توسل به اصل ۱۶۷ ق.ا و مراجعه به منابع فقهی و ارزش‌های مورد حمایت شارع مقدس به ترتیب عبارتند از:

^۱ شاید بیان شود به جهت آنکه «اضطرار» و «اجرای قانون اهم» هر دو جزء عوامل موجهه جرم می‌باشند، چنین بحثی، بیش از آنکه جنبه کاربردی داشته باشد، جنبه نظری داشته و جنگ در لفظ باشد نه عمل! اما باید در نظر گرفت که اولاً) همان گونه که قبلاً هم ذکر شد برخی «اضطرار» را نه جزء عوامل موجهه جرم، بلکه در ردیف عوامل رافع مسئولیت کیفری می‌دانند که در این صورت بحث فوق‌الذکر، جنبه عملی نیز پیدا خواهد کرد. ثانیاً حتی اگر هر دو جزء عوامل موجهه جرم در نظر گرفته شود، باز هم مقداری تفاوت عملی ایجاد خواهد شد، مثلاً در صورت استناد به ماده ۱۵۲ ق.م.ا (اضطرار) حتماً باید شروط چهارگانه این ماده برای تبرئه شدن مرتکب وجود داشته باشد، در حالی که در صورت توسل به بند ب ماده ۱۵۸ ق.م.ا (اجرای قانون اهم) دیگر نیازی به اثبات وجود این شروط نمی‌باشد و احکام خاص خود را دارد.

- ۱- حفظ جان یا نفس: که تعدی و تجاوز به آن، جرایمی مثل قتل، جرح و ضرب را تشکیل می دهد.
- ۲- حفظ نسل، شرف و حیثیت: که تعدی و تجاوز به آن، جرایمی مثل زنا و قذف را شامل می شود.
- ۳- حفظ مال: که تعدی و تجاوز به آن، جرایمی مثل سرقت را در بر می گیرد.
- ۴- حفظ عقل: که شامل جرایمی مثل شرب خمر و نظایر آن می گردد.
- ۵- حفظ و احترام به آزادی اشخاص: که در برگیرنده جرایمی مثل حبس غیرقانونی و آدم ربایی می شود.

با توجه به ارزش های فوق و در مقام نتیجه گیری می توان بیان داشت که اهم بودن جان بر سایر ارزش ها امری بدیهی می باشد. مواردی مثل تمامیت جسمانی، مسائل مرتبط با عرض و سپس مال و آزادی در اولویت های بعدی قرار می گیرند. بنابراین می توان برای محافظت از جان، متعرض اموال سایرین شد. اما در مواردی مثل اهم بودن مال نسبت به آزادی و یا اهم بودن سلامت جسمانی نسبت به مسائل مرتبط با عرض تردید وجود دارد. در این حالات، ظاهراً شخص دارای تخییر بوده و می تواند در مواردی که اهم بودن برخی از ارزش ها نسبت به سایر موارد در هاله ای از ابهام است، باز هم به این علت موجهه استناد کند. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۱۳۸)

۶- امر قانونی مقام ذی صلاح

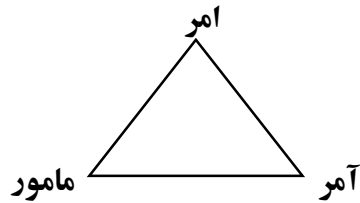
همان گونه که در قسمت «حکم قانون» ذکر شد، حکم قانون گاه به صورت مستقیم و گاه به صورت غیرمستقیم می باشد. در خصوص عنوان «امر قانونی مقام ذی صلاح»، حکم قانونی غیرمستقیم دارای اهمیت می باشد. به عبارت دقیق تر، گاهی قانون مستقیماً حکمی را متوجه افراد نمی کند، بلکه با دستور غیرمستقیم و به واسطه امر مقام برتر در سلسله مراتب اداری، آنها را ملزم به تبعیت از دستورات مافوق خود می کند، برای مثال ماموری به دستور قاضی، اقدام به اعدام یا بازداشت شخصی کرده و یا به استراق سمع یا ضبط اموال می پردازد.

قانونگذار در بند پ ماده ۱۵۸ ق.م.ا به این علت موجهه اشاره داشته است، آنجا که بیان می دارد:

«علاوه بر موارد مذکور در مواد قبل، ارتکاب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می شود، در موارد زیر قابل مجازات نیست:

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

برای بررسی علت موجهه ی فوق، بایستی در گام نخست به اصطلاح «امر قانونی مقام ذی صلاح» دقت کرد. با دقت در این اصطلاح مشخص می گردد که در این خصوص، سه ضلع وجود دارد که هر یک دارای شرایطی می باشند:



یک) آمر: برای موجهه محسوب کردن علت «امر قانونی مقام ذی صلاح» نخستین شرط این است که آمر، قانوناً صلاحیت صدور امر را داشته باشد. این شرط از اصطلاح «مقام ذی صلاح» قابل برداشت است. یعنی آمر باید دارای صلاحیت باشد. بنابراین اگر صدور امر قانوناً در صلاحیت آمر نباشد، دیگر نمی‌توان به این علت موجهه جرم استناد کرد. برای نمونه اگر فرمانده انتظامی برای کشف جرم به ماموران تحت امر خود دستور استراق سمع یا ضبط مکالمات تلفنی اشخاص را بدهد، این امر - حتی اگر فی نفسه امری قانونی به حساب آید - چون در صلاحیت این فرماندهی نیست، مانع از پذیرش توسل مامور به علت موجهه‌ی «امر قانونی مقام ذی صلاح» خواهد شد. (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۲۶۵)

دو) مأمور: شرط دیگر تحقق علت موجهه‌ی فوق‌الذکر این است که مأمور بر حسب قانون، موظف به اجرای امر آمر باشد. به دیگر سخن، مأمور می‌بایست در کادر قانون استخدام کشوری و در سلسله مراتب اداری زیردست آمر به حساب آید. بنابراین، حتی اگر آمر دارای صلاحیت بوده و امر نیز امری قانونی باشد، اما مأمور قانوناً مکلف به تبعیت از آن نباشد، وی نمی‌تواند برای تبرئه شدن به این علت موجهه استناد کند. برای نمونه، مقام قضایی صلاحیت دار، به مدیر دفتر دادگاه دستور دهد که اقدام به بازداشت یک شخص کند! بی‌تردید در این مثال حتی اگر هم آمر، صالح و هم امر، قانونی باشد، باز مدیر دفتر دادگاه بدان جهت که از لحاظ سلسله مراتب اداری موظف به اجرای این امر نیست، در صورت اطاعت، رفتار جرم تلقی شده و مجازات در پی خواهد داشت.

سه) امر: امر همانگونه که از نامش پیداست ماهیتاً جنبه‌ی «دستوری و الزامی» دارد، بنابراین صرف پیشنهاد، توصیه و مشورت کفایت نمی‌کند. البته امر در این علت موجهه‌ی جرم باید از دو جهت قانونی باشد:

- ۱) قانونی بودن امر از لحاظ شکلی: یعنی امر باید با رعایت تمامی شرایط صوری صادر گردد، برای نمونه دستور جلب متهم باید در ورقه جلب، ممضی و مهور به امضا و مهر مقام قضایی باشد. (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۲۶۶)
- ۲) قانونی بودن امر از لحاظ ماهوی: یعنی امر صادر شده نباید خلاف قانون باشد. پس اگر ماهیتاً غیرقانونی باشد، مانع از تحقق علت موجهه «امر قانونی مقام ذی صلاح» خواهد شد. برای مثال فرمانده نیروهای نظامی به هنگام رویارویی با اسیران جنگی تسلیم شده، دستور تیرباران آنها را دهد. بی‌تردید این امر هم از منظر قوانین داخلی و هم از منظر قوانین بین‌المللی امری غیرقانونی تلقی می‌شود.

سوال مهم مورد دوم این است که اگر مقام ذی صلاح، دستوری برخلاف قانون صادر کند، مامور مکلف به تبعیت از آن بوده و یا می‌بایست به بررسی قانونی بودن یا نبودن امر صادر شده بپردازد؟ در مقام پاسخ به این سوال، سه نظریه در میان حقوقدانان وجود دارد:

یک- نظریه اطاعت محض: براساس این نظریه، مامورین به صورت مطلق مکلف به تبعیت از دستورات مقامات مافوق خود هستند و در تمامی جرایم اگر دستوری از مقام صلاحیت دار صادر شده باشد، مامور قادر است با استناد به این دستور از علل موجهه جرم استفاده نموده و دیگر رفتارش جرم تلقی نگردد. این نظریه تأکید بر نظم اداری را سر لوحه کار خود قرار داده و مدعی است اگر قرار باشد مامورین در تمامی موارد، اقدام به بررسی قانونی یا غیرقانونی بودن دستورات نمایند، مسلماً ساختار نظام اداری به هم خواهد خورد.

دو- نظریه مسئولیت مامور: براساس این نظریه، مامورین مطلقاً دارای مسئولیت می‌باشند. بدین معنی که اگر جرمی ارتکاب یافت، حتی اگر مقام مافوق صریحاً ارتکاب این جرم را خواسته باشد، باز هم این دستور توجیه کننده‌ی ارتکاب جرم از طرف مامور نخواهد بود. مبنای پذیرش این نظریه، پیشگیری از جرم می‌باشد، چراکه براساس آن، چون مامور در صورت ارتکاب جرم همواره خود را در معرض محاکمه می‌بیند، از ارتکاب جرم خودداری می‌کند.

سه- نظریه رعایت ظواهر قانونی: این نظریه میان دو نوع دستور قائل به تفکیک می‌شود. دسته اول، دستوراتی هستند که ظاهری غیرقانونی دارند، به شکلی که هر ماموری بی‌درنگ با مشاهده آنها متوجه غیرقانونی بودن شان می‌شود. در این موارد، امر آمر قانونی، رفتار مامور را توجیه نمی‌نماید. اما دسته‌ی دوم، دستوراتی هستند که دارای ظاهری قانونی‌اند، بدین صورت که در نگاه نخست، تمام شرایط قانونی بودن دستور را دارا هستند، ولی ماهیتاً غیرقانونی‌اند. در این موارد مامور می‌تواند به استناد امر آمر ذی صلاح از مجازات برهد. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۱۲۸-۱۲۷)

به نظر می‌رسد از میان سه نظریه فوق، نظریه «رعایت ظواهر قانونی» عادلانه‌تر می‌باشد، چرا که:

۱- بطلان نظریه‌ی «اطاعت محض» بدان جهت است که مامور چون آلتی در دست آمر محسوب نمی‌شود که هر آنچه دستور داد، مامور مکلف به تبعیت از آن باشد. پیامبر اکرم (صل الله علیه و آله و سلم) در این خصوص می‌فرمایند: «لا طاعة لمخوق فی معصیه الخالق: نباید به بهای اطاعت از مخلوق، به ارتکاب معصیت علیه خالق دست زد». (ر.ک. میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲، ۳۷۸) پس از مامور انتظار نمی‌رود که به هر قیمتی و حتی در مواردی که به وضوح یک رفتار، مجرمانه و غیرقانونی است، به صرف اینکه دستوری از سوی مقام ذی صلاح می‌باشد از آن تبعیت کند.

۲- بطلان نظریه‌ی «مسئولیت مامور» نیز بدان دلیل است که احراز قانونی بودن دستور مافوق در همه موارد آسان نبوده تا از مامور چنین توقعی را داشت و مهمتر آنکه پذیرش این نظریه به معنای نادیده گرفتن «اصل انضباط» در ارگان‌های دولتی و به طور خاص در سازمان‌هایی همچون ارتش می‌باشد.

حال سوال دیگری مطرح می‌شود مبنی بر اینکه قانونگذار ایران از میان این سه نظریه، کدامیک را مورد پذیرش قرار داده است؟! در این خصوص، ماده ۱۵۹ ق.م.ا.م صوب ۹۲ بیان داشته است:

«هرگاه به امر غیرقانونی یکی از مقامات رسمی، جرمی واقع شود آمر و مأمور به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌شوند لکن مأموری که امر آمر را به علت اشتباه قابل قبول و به تصور اینکه قانونی است، اجراء کرده باشد، مجازات نمی‌شود و در دیه و ضمان تابع مقررات مربوطه است»

هر چند قسمت نخست ماده یعنی «هرگاه به امر غیرقانونی یکی از مقامات رسمی، جرمی واقع شود آمر و مأمور به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌شوند...» تداعی کننده نظریه مسئولیت مأمور می‌باشد، به شکلی که اطلاق عبارت فوق بدین معنی است که صرف غیرقانونی بودن امر آمر، به معنای مسئول بودن آمر و مأمور با هم می‌باشد، خواه غیرقانونی بودن امر آشکارا مشخص باشد یا نباشد. اما توجه به قسمت دوم ماده یعنی «...لکن مأموری که امر آمر را به علت اشتباه قابل قبول و به تصور اینکه قانونی است، اجراء کرده باشد، مجازات نمی‌شود...» بیانگر این موضوع است که قانونگذار در نهایت، میان امری که غیرقانونی بودن آن آشکار می‌باشد با حالتی که امری، غیرقانونی بودنش واضح نیست قائل به تفکیک شده است.

در حقیقت قانونگذار برای عدم مجازات مأمور شرط وجود «اشتباه قابل قبول»^۱ را لازم دانسته است. طبیعتاً مقصود قانونگذار از قابل قبول بودن اشتباه، قضاوت «عرف جامعه» می‌باشد، به دیگر سخن، معیار قابل قبول بودن یا نبودن یک اشتباه، «نوعی» می‌باشد نه شخصی. یعنی باید اکثریت اعضای جامعه چنین اشتباهی را قابل قبول دانسته و بیان بدانند که آنها نیز اگر جای مأمور بودند چنین اشتباهی را مرتکب شده و امر را - به جهت آنکه ظاهری قانونی داشته - قانونی تلقی می‌کردند. بنابراین به نظر می‌رسد اگر مأمور به جهات مختلف، به اشتباه بیفتد، اما از نگاه عرف جامعه چنین اشتباهی قابل پذیرش نبوده و در نگاه نخست، آحاد اعضای جامعه پی به غیرقانونی بودن امر ببرند، صرف به اشتباه افتادن مأمور، برای عدم مجازاتش شدنش کافی نباشد. برای مثال مأموری که به دستور آمر و به قصد اقرار گرفتن از متهم، اقدام به اذیت و آزار بدنی وی می‌کند، نمی‌تواند ادعا کند که نسبت به غیرقانونی بودن این رفتار جاهل بوده است!^۲

۱. قانونگذار در ادامه‌ی شرط «اشتباه قابل قبول»، عبارت «...و به تصور اینکه قانونی است...» را بیان داشته است. یعنی عملاً مأمور بایستی تصور کند امر صادر شده از سوی آمر، قانونی می‌باشد. چرا که در صورت آگاهی به غیرقانونی بودن آن دیگر «اشتباه» مندرج در اصطلاح «اشتباه قابل قبول» محقق نمی‌شود. طبیعی است در این حالت مأمور هم دارای مسئولیت کیفری بوده و هم مسئولیت مدنی.

۲. قانونگذار در حکمی استثنایی در ماده ۵۷۴ تعزیرات بیان داشته است: «اگر مسوولین و مأمورین بازداشتگاهها و ندامتگاهها ارایه دادن یا تسلیم کردن زندانی به مقامات صالح قضایی یا از ارایه دادن دفاتر خود به اشخاص مزبور امتناع کنند یا از رسانیدن تظلمات مجوسین به مقامات صالح ممانعت یا خودداری نمایند مشمول ماده قبل خواهند بود مگر اینکه ثابت نمایند که به موجب امر کتبی رسمی از طرف رییس مستقیم خود، مأمور به آن بوده‌اند که در این صورت مجازات مزبور درباره آمر مقرر خواهد شد». برخلاف ماده ۱۵۹ ق.م.ا.م، ظاهراً در این ماده آگاهی یا عدم آگاهی مأمور از غیرقانونی بودن دستور، تأثیری در وضعیت وی نداشته و حبس ماده ۵۷۳ تعزیرات در هر صورتی درباره آمر اجرا خواهد شد.

البته در صورت تحقق ماده ۱۵۹ ق.م.ا.مصوب ۹۲ به جهت وجود «اشتباه»، مامور صرفاً مسئولیت کیفری ندارد، اما این امر به معنای عدم وجود مسئولیت مدنی و دیه نخواهد بود. در همین راستا در انتهای ماده‌ی ۱۵۹ ق.م.ا.مصوب ۹۲ آمده است: «..... مامور در دیه و ضمان تابع مقررات مربوطه است».

مسلماً اگر هر سه شرط مرتبط با «آمر»، «مامور» و «امر» وجود داشته باشد، نه تنها مسئولیت کیفری، بلکه مسئولیت مدنی مامور نیز منتفی خواهد بود، چرا که «امر قانونی مقام ذی صلاح» یک عامل از عوامل موجهی جرم به حساب می‌آید. در همین راستا اشاره به ماده ۴۷۳ ق.م.ا.مصوب ۹۲ خالی از لطف نیست:

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

همانطور که مشخص است در ماده فوق‌الذکر مسئولیت بیت المال در پرداخت دیه محدود به حالتی شده است که در عین بی‌گناهی مقتول یا مصدوم، تخطی از مقررات از سوی آمر یا مامور رخ نداده باشد، مثل اینکه مامور، بنا به دستور آمر، به سوی سارق مسلحی تیراندازی کند ولی از بد حادثه، تیر به یک عابر بی‌گناه برخورد کند.

نکته: قانونگذار در انتهای بند پ ماده ۱۵۸ ق.م.ا.بیان داشته است:

«..... و امر مذکور خلاف شرع نباشد».

براستی مقصود قانونگذار از این عبارت چیست؟

۱- اولین برداشتی که می‌توان از این عبارت داشت این است که امر آمر هم باید مطابق قانون بوده و هم مطابق با شرع! اشکال این تفسیر این است که در نظام حقوقی ایران، از آنجایی که مطابقت کلیه قوانین با احکام اسلامی به تأیید شورای نگهبان می‌رسد، مگر می‌شود امری قانونی به حساب آید اما مغایر با شرع باشد؟!

لازم به ذکر است ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۸۶ که بیان می‌دارد: «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، مکلفند کتباً مغایرت دستور را با قوانین و مقررات با مقام مافوق اطلاع دهند. در صورتی که بعد از این اطلاع، مقام مافوق کتباً اجرای دستور خود را تأیید کرد، کارمندان مکلف به اجرای دستور صادره خواهند بود و از این حیث مسئولیتی متوجه کارمندان نخواهد بود و پاسخگویی با مقام دستوردهنده می‌باشد» منصرف از ارتکاب «جرم» توسط کارمندان دستگاه های اجرایی است، بلکه موضوع این ماده احکام و اوامر روسای مافوق در «امور اداری» است. به عبارت دیگر، موضوع این ماده برخی تخلفات اداری است نه ارتکاب جرم.

۲- برخی معتقدند این عبارت چنین تفسیر گردد که در «اجرای قانون» می‌بایست نکات شرعی در نظر گرفته شود، یعنی برای نمونه چنانچه به امر قانونی مقام صالح قرار باشد متهمی که زن است، بازداشت گردد، مأمور اجرای آن نیز می‌بایست زن باشد. (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۲۷۱) البته چنین تفسیری با توجه به ماهوی بودن قانون مجازات اسلامی چندان منطقی به نظر نمی‌رسد.

برای همین به نظر می‌رسد که اساساً عبارت فوق الذکر حشو بوده و نیازی به الحاق آن به بند «پ» ماده ۱۵۸ ق.م.ا.نمی‌باشد. (ر.ک. توجهی، ۱۳۹۴، ص ۲۱۷)

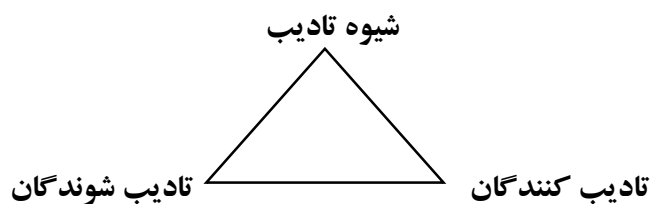
۷- تادیب و حفاظت

یکی دیگر از عوامل موجهه جرم، «تادیب و حفاظت» می‌باشد. در این خصوص در بند «ت» ماده ۱۵۸ ق.م.ا. آمده است:

«علاوه بر موارد مذکور در مواد قبل، ارتکاب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، در موارد زیر قابل مجازات نیست:

ت- اقدامات والدین و اولیای قانونی و سرپرستان صغار و مجانین که به منظور تادیب یا حفاظت آنها انجام می‌شود، مشروط بر اینکه اقدامات مذکور در حد متعارف و حدود شرعی تادیب و محافظت باشد.»

برای تحلیل این بند باید مباحث را در سه قسمت «تادیب کنندگان»، «تادیب شوندگان» و «شیوه تادیب» بیان کرد:



الف) تادیب کنندگان:

۱- **والدین**: مراد از والدین، پدر و مادری می‌باشند که قانوناً با یکدیگر پیوند زناشویی بسته‌اند.

۲- **اولیاء قانونی**: اولیاء جمع ولی، مشتق از ولایت می‌باشد. اولیای قانونی در معنای خاص خود، کسانی هستند که از طرف والدین یا به موجب تصمیم قضایی، نگاهداری صغار و مجانین را بر عهده می‌گیرد. به نظر می‌رسد مطابق با ماده ی ۱۱۸۸، ۱۱۹۳ و ۱۱۹۴ ق.م اولیاء قانونی عبارتند از: پدر، جد پدری، وصی منصوب از سوی هر یک از آنها و قیم.

۳- **سرپرستان**: مراد از سرپرستان، زن و شوهرانی هستند که با توافق یکدیگر کودک را با تصویب دادگاه و به موجب قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب ۵۳ به سرپرستی پذیرفته اند. به موجب ماده ۱۱ قانون مذکور: «وظایف و تکالیف سرپرست و طفل تحت سرپرستی او از لحاظ نگاهداری، تربیت و نفقه و احترام، نظیر حقوق و تکالیف اولاد و پدر و مادر است».

ب) تادیب شوندگان :

۱- **صغیر**: صغیر به شخصی گفته می‌شود که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد. طبق ماده ۱۴۷ ق.م.ا مصوب ۹۲، «سن بلوغ، در دختران و پسران، به ترتیب نه و پانزده سال تمام قمری است».

۲- **مجنون**: مجنون به شخصی گفته می‌شود که به جهت اختلالات روانی، درک درستی از امور ندارد. به تعبیر دیگر مطابق با ماده ۱۴۹ ق.م.ا مصوب ۹۲: «هرگاه مرتکب در زمان ارتکاب جرم دچار اختلال روانی بوده به نحوی که فاقد اراده یا قوه تمییز باشد مجنون محسوب می‌شود و مسؤولیت کیفری ندارد».

ج) **شیوه تادیب**: «تادیب و حفاظت» در صورتی جزء عوامل موجهه جرم به حساب می‌آید که شیوهی آن مطابق با اراده قانونگذار باشد. با توجه به بندت ماده ۱۵۹ ق.م.ا مصوب ۹۲، شیوهی مطابق با قانون، شیوهی است که مجموعاً دارای دو ضابطه ی «ذهنی» و «عینی» باشد:

۱- **ضابطه ذهنی**: عبارت «... به منظور تادیب یا حفاظت آنها انجام می‌شود...»، اثبات کننده ی لزوم وجود ضابطه ذهنی می‌باشد، به عبارت دقیق تر، برخلاف اصل اولیه، قانونگذار در اینجا «انگیزه» را در حقوق کیفری موثر دانسته است. بنابراین اگر تادیب به منظور ایذاء، انتقام جویی، لجاج بازی، تحقیر و نظایر آنها باشد، قطعاً مشمول علت موجهه فوق الذکر نخواهد بود.

۲- **ضابطه عینی**: علاوه بر انگیزه ی تادیب کننده، برای تمسک به علت موجهه ی «تادیب و حفاظت» وجود ضابطه ی عینی نیز لازم می‌باشد. عبارت «... اقدامات مذکور در حد متعارف و حدود شرعی تادیب و محافظت باشد» اثبات کننده ی این ادعاست. در این عبارت دو شرط «متعارف بودن» تادیب و «شرعی بودن محدوده ی آن» لازم دانسته شده است. طبیعی است که ملاک تشخیص متعارف بودن یا نبودن «عرف» می‌باشد، مقصود از عرف در اینجا، عرف عام است نه عرف خاص. جالب آنکه برخلاف

قانون سابق، قانونگذار در کنار «متعارف بودن تادیب»، به «... حدود شرعی...» بودن آن نیز تاکید داشته است. یعنی علاوه بر عرف عام، شرع نیز بایستی تایید کننده شیوه اجرای تادیب باشد. در این خصوص به نظر می‌رسد با تمسک به اصل ۱۶۷ ق.ا. مقصود از «حدود شرعی» یعنی اینکه شدت و حدت تادیب بایستی به حد سرخ کردن یا سیاه کردن بدن برسد.

بنابراین اگر سه ضلع فوق با تمامی شروطش وجود داشته باشد، دیگر رفتار تادیب‌کنندگان جرم نخواهد بود، برای مثال اگر پدری فرزند خود را با رعایت حدود متعارف تهدید نماید، مشمول ماده ۶۶۹ ق.م.ا. مصوب ۷۵ نخواهد شد یا اگر برای مدت متعارف وی را در اتاقی محبوس نماید، مشمول جرم بازداشت غیرقانونی ماده ۵۸۳ ق.م.ا. مصوب ۷۵ نمی‌گردد.

۸- رضایت بزه دیده (عملیات ورزشی و عملیات جراحی یا طبی)

رضایت در لغت به معنی خشنودی، اجازه و رخصت است، اما از لحاظ حقوقی رضایت بزه دیده یعنی موافقت و تمایل قلبی وی مبنی بر اینکه تعرضی برخلاف قانون علیه حقوق و آزادی‌های وی انجام گیرد. در خصوص میزان اثرگذاری رضایت بزه دیده در جرم تلقی شدن یا نشدن یک رفتار باید اذعان داشت از آنجایی که حقوق کیفری جزء قواعد آمره بوده و هدف اصلی از آن، نه حفظ منافع فردی، بلکه دفاع از منافع اجتماعی است، اصل بر این است که رضایت بزه دیده تاثیری در حوزه کیفری ندارد (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۱۴۱) اما به طور استثنایی، به دو صورت بر ماهیت جرم اثرگذار می‌باشد:

یک - عدم تحقق ابتدایی جرم: در حقوق کیفری، لازمه‌ی تحقق برخی از جرایم وجود شرط «عدم رضایت بزه دیده» است، برای نمونه در جرایمی مثل آدم ربایی، هتک حرمت منزل و کلاهبرداری، باید شرط «عدم رضایت بزه دیده» وجود داشته باشد تا اساساً جرمی واقع گردد. بنابراین اگر شخصی در خصوص وقوع این جرایم نسبت به خود، رضایت داشته باشد، دیگر جرمی محقق نمی‌گردد تا نوبت به بررسی وجود یا عدم وجود ارکان آن برسد. بنابراین اگر رضایت بزه دیده از همان ابتدا وجود داشته باشد، به جای آدم ربایی، رفتن گردش با یکدیگر؛ به جای هتک حرمت منزل، دعوت مهمان به خانه و به جای کلاهبرداری، پرداخت مبلغی به دیگری با رضایت واقع می‌شود.

دو- زوال رکن قانونی جرم: گاه اثرگذاری رضایت نه در عدم تحقق ابتدایی جرم، بلکه در «زوال رکن قانونی جرم» می‌باشد، یعنی وجود رضایت بزه دیده باعث می‌شود رفتاری که در حالت عادی جرم محسوب می‌گردد، دیگر جرم تلقی نشود. یعنی در این موارد با اجازه قانون، رضایت بزه دیده باعث توجیه جرم می‌گردد. این موارد که مفصلاً بررسی خواهند شد عبارتند از:

○ عملیات ورزشی (بند ۱ ماده ۱۵۸ ق.م.ا)

○ عملیات جراحی یا طبی (بند ۱ ماده ۱۵۸ ق.م.ا)

قبل از بررسی مواردی عوامل موجهه جرم فوق، باید در نظر داشت در تمامی این موارد، رضایت باید دارای شرایط زیر باشد:

- ۱- اهلیت داشتن رضایت دهنده: یعنی رضایت دهنده باید «عاقل»، «بالغ» و «مختار» باشد. بنابراین رضایت مجنون، صغیر، مست، مکره و مانند آنها فاقد اثر می‌باشد.
- ۲- تقدم یا تقارن زمانی رضایت با وقوع جرم: چراکه رضایت پس از ارتکاب جرم، «گذشت» نام دارد نه رضایت.

۱ - ۸ - عملیات ورزشی

همانگونه که بیان شد، مبنای موجهه محسوب شدن «عملیات ورزشی»، رضایت می‌باشد. با توجه به این نکته، علت موجهه‌ی «عملیات ورزشی» بررسی می‌گردد. قانونگذار در بند «ث» ماده ۱۵۸ ق.م.ا، این مورد را به عنوان یکی از عوامل موجهه‌ی جرم تلقی کرده است:

«علاوه بر موارد مذکور در مواد قبل، ارتکاب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، در موارد زیر قابل مجازات نیست:

ث- عملیات ورزشی و حوادث ناشی از آن، مشروط بر اینکه سبب حوادث، نقض مقررات مربوط به آن ورزش نباشد و این مقررات هم مغایر موازین شرعی نباشد.»

با کمی تأمل در بند فوق، مشخص می‌شود که قانونگذار وجود دو شرط را برای موجهه محسوب کردن «عملیات ورزشی و حوادث ناشی از آن» لازم دانسته است:

- ۱- عدم نقض مقررات ورزشی
- ۲- عدم مخالفت مقررات ورزشی با موازین شرعی

اما قبل از بررسی این دو شرط، کالبدشکافی عبارت «عملیات ورزشی و حوادث ناشی از آن» بسیار حائز اهمیت است. این مهم در دو قسمت جداگانه‌ی «عملیات ورزشی» و «حوادث ناشی از آن» صورت می‌گیرد:

یک) تعریف عملیات ورزشی: ورزش اسم مصدر ورزیدن، در لغت به معنی عمل و پیاپی کاری را انجام دادن می باشد. در معنای اصطلاحی، ورزش به اجرای مرتب تمرین های بدنی با هدف تقویت قوای جسمی و روحی گفته می شود. (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۲۸۳-۲۸۲)

اما در خصوص چگونگی تفسیر اصطلاح «عملیات ورزشی» در عالم حقوق می توان دو رویکرد را بیان داشت:

در **رویکرد نخست**، معیار تشخیص «عملیات ورزشی» از دیگر موارد «عرف» دانسته شده است، بدین صورت که هرگونه رفتاری که از نظر عرفی، عملیات ورزشی شناخته می شود در بند ۱ ماده ۱۵۸ ق.م.ا قرار می گیرد. طرفداران این رویکرد بر این باورند چنین امری با فلسفه‌ی موجه دانستن «عملیات ورزشی» نیز منطبق است، توضیح اینکه ورزش و عملیات ورزشی نقش انکار ناپذیری را در کاهش هیجانات آنی نوجوانان و جوانان، اثبات هویت و افزایش عزت نفس، برقراری تعاملات اجتماعی وسیع، تقویت پیوندهای اجتماعی و نظایر آنها دارد، حال اگر قرار باشد امتیاز مذکور در بند ۱ ماده ۱۵۸ ق.م.ا مصوب ۹۲ صرفاً محدود به ورزشکاران در معنای خاص باشد، ترس ناشی از حوادث احتمالی عملیات ورزشی مانع از حضور پررنگ شهروندان در سطوح مختلف ورزشی خواهد شد. بنابراین همان قدر که ورزش فوتبال در سطح لیگ برتر با تمامی قواعد و ضوابط حرفه‌ای اش نوعی عملیات ورزشی به حساب می آید، فوتبال کردن نوجوانان در کوچه، پس کوچه‌های شهر و بر روی آسفالت نیز عملیات ورزشی تلقی می گردد. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۱۴۹)

در **رویکرد دوم**، برخی دیگر معتقدند «عرف» ملاک مناسبی برای تفسیر «عملیات ورزشی» نیست، بلکه در اینجا می بایست «عملیات ورزشی» را نه در معنای موسع، بلکه در معنای مضیق تفسیر کرده و به قدر متیقن آن بسنده نمود، بنابراین مقصود از عملیات ورزشی، یعنی عملیاتی که رسماً ورزش محسوب شده و برای مثال دارای سازمان یا فدارسیون بوده و در مکان‌های استاندارد برگزار شود نه در کوچه پس کوچه های شهر! مانند بازی فوتبال یا والیبال در معبر عام بدون نظارت مربی و عدم استفاده از وسایل ورزشی مطمئن. (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۲۸۴)

هر چند در این خصوص چندان قاطعانه نمی توان نظر داد، بدین دلیل که هر دو رویکرد طرفداران خاص خود را دارند، ولی به نظر می رسد با توجه به استثنایی بودن کلیه عوامل موجهه‌ی جرم، در صورت وجود تردید در شمول یا عدم شمول برخی از مصادیق در آنها، باید به قدر متیقن بسنده کرد و سایر مصادیق را از قلمرو آنها خارج ساخت. بنابراین به نظر می رسد با تکیه بر استدلال فوق باید رویکرد دوم را بهتر از رویکرد نخست دانست.

دو) حوادث ناشی از آن: از یک سو، بدیهی است که واژه‌ی «حوادث» در عبارت «عملیات ورزشی و حوادث ناشی از آن» هم در برگیرنده صدمات جسمانی مانند جراحات، قطع عضو و یا مرگ و هم زیان های مالی همانند خسارت

وارده بر اتومبیل یا دوچرخه در ورزش های اتومبیل رانی، دوچرخه سواری می باشد و از سوی دیگر، قید «ناشی از آن» در عبارت «حوادث ناشی از آن» بیانگر این مطلب است که حادثه باید در اثنای انجام ورزش رخ دهد، بنابراین حوادثی که قبل یا بعد از انجام ورزش رخ می دهد، حادثه ناشی از ورزش نیست و مشمول مقررات فوق قرار نمی گیرد.

بعد از ذکر مبحث مقدماتی فوق، نوبت به بررسی جداگانه‌ی دو شرط بند ث ماده ۱۵۸ ق.م.ا مصوب ۹۲ می رسد که به ترتیب بیان می گردد:

شرط اول - عدم نقض مقررات ورزشی: در ورزش های حرفه‌ای، مقررات خاص هر ورزش، قانون آن ورزش به شمار می رود و هدف از وضع آن عموماً کاستن از میزان خطرها و محدود کردن حرکات ورزشی در مرز ضرورتها است. در این موارد، نظارت بر حسن اجرای مقررات ورزشی به عهده‌ی مربیان، داوران و ناظران هر ورزش است که با تذکر و اخطار لزوم رعایت آن را به ورزشکاران گوش زد می کنند، (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۲۸۴) محدود کردن مقررات ورزشی به مورد بالا در حالتی است که ورزش و عملیات ورزشی در معنای مضیق آن تفسیر شود، اما اگر بیان شود عملیات ورزشی نه در معنای خاص خود، بلکه در معنای عرفی تعریف می گردد، آنگاه طبیعتاً مقصود از مقررات ورزشی نیز مقرراتی فراتر از مقررات مدونه می باشد، یعنی علاوه بر آن‌ها، شامل مقررات غیر مدونه که عرف مردم رعایت آن را در خصوص ورزش های غیر رسمی پذیرفته اند، نیز خواهد شد. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۱۴۹)

از اختلاف فوق الذکر گذشته، به طور کلی رفتارهایی مثل گاز گرفتن، کشیدن مو، مشت زدن و یا تکل از پشت در فوتبال و ضربه زدن با سر در کشتی و نظایر آنها نقض مقررات ورزشی محسوب شده و به همین جهت از شمول بند ث ماده ۱۵۸ ق.م.ا مصوب ۹۲ خارج می گردد. به همین دلیل آسیب دیده می تواند با طرح شکایت از شخص خاطی، تقاضای مجازات وی را نماید. اما چنانچه بازیکن فوتبال، بعد از اجازه داور، ضربه ایستگاهی زده و صرفاً به جهت شدید بودن ضربه، بینی مدافع بشکند و یا کشتی گیری در چهارچوب مقررات، حریف خود را روی پُل نگه دارد، اما کشتی گیر به جهت مقاومت کردن، قطع نخاع گردد، این موارد بدین دلیل که نقض مقررات ورزشی به حساب نمی آید، در قلمرو بند ث ماده ۱۵۸ ق.م.ا مصوب ۹۲ قرار گرفته و مرتکب از علت موجهه‌ی «عملیات ورزشی و حوادث ناشی از آن» برخوردار خواهد شد. (برای مطالعه بیشتر ر.ک. آقایی نیا، ۱۳۹۲، ص ۳۳)

شرط دوم - عدم مخالفت مقررات ورزشی با موازین شرعی: منظور از «موازین شرعی» در اینجا قاعدتاً قواعد شریعت اسلام می باشد. البته به نظر می رسد در حال حاضر مشخص نیست ملاک دقیق شرع مقدس برای تفکیک ورزش های منطبق با موازین شرعی از غیر شرعی چیست! اما به طور اجمالی می توان بیان داشت اسلام با آن دسته از ورزش ها و رقابت های

ورزشی که مستلزم ایذاء نفس یا ایذاء غیر است مخالف است،^۱ به عکس با ورزش هایی که موجب تقویت جسم و شادابی روح می گردد موافق می باشد. بنابراین به نظر می رسد حوادث ناشی از ورزش هایی مثل کشتی کج را نمی توان داخل در قلمرو بندت ماده ۱۵۸ ق.م.ا مصوب ۹۲ دانست. (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۲۸۵)

۲ - ۸ - عملیات جراحی یا طبی

منظور از عملیات جراحی یا طبی، تمامی تصرفاتی است که در تمامیت جسمانی افراد صورت می پذیرد. به دیگر سخن، قانونگذار عمل جراحان و پزشکان در درمان بیماران - که نوعی تصرف در نفس آنها محسوب می شود - را در صورت وجود شروطی، جایز دانسته است. در جواز ارتکاب این اعمال که ضرورت حفظ تندرستی و درمان بیمار آن را ایجاب نموده، در بند ج ماده ۱۵۸ ق.م.ا مصوب ۹۲ قانونگذار بیان داشته است:

«علاوه بر موارد مذکور در مواد قبل، ارتکاب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می شود، در موارد زیر قابل مجازات نیست:

ج- هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی وی و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام می شود. در موارد فوری اخذ رضایت ضروری نیست».

قبل از تحلیل بند اخیر الذکر باید در ابتدا معنای واژه «پزشک» مشخص گردد تا بعد از آن به بیان شروط سه گانه ی این بند پرداخته شود. به دیگر سخن، در گام نخست باید به این سوال پاسخ داد که مخاطبین بند ج ماده ۱۵۸ ق.م.ا مصوب ۹۲ چه اشخاصی اند؟ به طور کلی در این خصوص دو رویکرد وجود دارد:

در **رویکرد نخست**، برخی بر این باورند این مورد، فقط شامل پزشکان دارای پروانه پزشکی نبوده، بلکه شامل تمامی اشخاصی می شود که در عرف عام شهروندان یک جامعه «پزشک» به حساب می آیند نه عرف خاص پزشکان مانند شکسته بندهایی که در شهرهای مختلف کشور به جای متخصصین ارتوپد مورد مراجعه آسیب دیدگان می باشند (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۱۴۶-۱۴۵)

در **رویکرد دوم**، تعدادی دیگر معتقدند با توجه به ماده ۳ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی مصوب ۱۳۳۴، منظور از پزشکان، اشخاصی اند که صلاحیت علمی لازم را توسط مراجع صالح

^۱ . مستند قرآنی لزوم وجود این شرط می تواند آیه ی شریفه ی «لَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ: خود را با دست خود به هلاکت نیاندازید» باشد. (سوره مبارکه بقره / آیه شریفه ی ۱۹۵)

کسب کرده‌اند و اشتغال عموم به امور پزشکی بدون داشتن شایستگی که باید به تایید خبرگان این رشته برسد، مداخله غیرمجاز در کار پزشکی و جرم محسوب می‌شود. (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۲۷۹) در ماده اخیرالذکر آمده است:

«هر کس بدون داشتن پروانه رسمی پزشکی، داروسازی، دندان پزشکی به فنون مزبور اشتغال ورزد و یا بدون اخذ پروانه از وزارت بهداشتی اقدام به تاسیس یکی از موسسات پزشکی مطرح در ماده یک نماید یا پروانه خود را به دیگری واگذار نموده یا پروانه دیگری را مورد استفاده قرار دهد، بلافاصله محل کار او از طرف بهداشتی تعطیل و به حبس تادیبی از شش ماه تا دو سال و پرداخت غرامت از پنج هزار ریال تا پنجاه هزار ریال محکوم خواهد شد.»

هر چند نمی‌توان قاطعانه گفت، اما در مقام قضاوت به نظر می‌رسد رویکرد دوم با وجود قراین زیر رویکردی بهتر باشد:

اولاً چون موجهه بودن «عملیات جراحی یا طبی» امری استثنایی است، پس باید به قدر متقین آن بسنده شود.

ثانیاً تصویب قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی در سال ۱۳۳۴ و به طور خاص، ماده ۳ آن موید نظر فوق می‌باشد.

ثالثاً کمیسیون حقوق جزای اداره حقوق وزارت دادگستری نیز طی دو نظر مشورتی در تاریخ های ۱۳۴۳/۹/۴ و ۱۳۵۱/۹/۲۹ به ترتیب عمل اشخاصی را که بدون داشتن گواهی نامه رسمی پزشکی مبادرت به شکسته بندی می‌کنند را دخالت در امر پزشکی و بالنتیجه جرم تلقی کرده است اما صرف اشتغال به ساختن دندان‌های مصنوعی را یک کار فنی غیرطبی و لذا یک رفتار غیرمجرمانه به شمار آورده است. در حالی که دندان‌سازی به معنای ساختن و گذاشتن دندان در دهان را که مستلزم مباشرت در قالب گیری دهان و قرار دادن دندان‌های مصنوعی در آن است مداخله در امور پزشکی و قالب تعقیب و مجازات دانسته‌اند. (محسنی، ص ۳۲۵ به نقل از امید، ۱۳۸۲، ص ۷۵)

بعد از بیان مقدمه فوق، با دقت در بند ج ماده ۱۵۸ ق.م.ا مصوب ۹۲ روشن می‌شود اعمال جراحان و پزشکان با رعایت سه شرط، جرم تلقی نمی‌شود. این سه شرط عبارتند از:

- (۱) مشروع بودن عمل جراحی یا طبی
- (۲) وجود رضایت شخص یا اولیاء، سرپرستان یا نمایندگان قانونی وی
- (۳) رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی

شرط اول - مشروع بودن عمل جراحی یا طبی: بی تردید این شرط، مبنایی ترین شرط در تحقق علت موجهی فوق الذکر می‌باشد. وجود این شرط تا آنجا اهمیت دارد که در صورت عدم وجود آن، حتی رضایت شخص بزه دیده نیز باعث

جرم تلقی نشدن رفتار پزشک نخواهد شد، برای نمونه رضایت والدین جهت سقط جنین غیراضطراری و یا رضایت مجرم جنسی در عقیم کردنش جهت جلوگیری از تکرار جرم و نظایر آن موجب انتفاء جرم نخواهد شد و در تمامی این حالات، پزشک تحت عناوینی مثل سقط جنین یا جرح عمدی قابل تعقیب و مجازات خواهد بود، چرا که این قبیل اعمال خلاف شرع می باشد. البته مثال های فوق به جهت بدیهی بودن قابل درک و پذیرش می باشد، اما همواره تشخیص شرعی بودن یا نبودن یک رفتار به راحتی ممکن نیست. به همین جهت این سوال قابل طرح می باشد که مرجع تشخیص مشروع بودن اقدامات جراحی یا طبی چیست؟

طبیعتاً در این موارد می بایست با توسل به اصل ۱۶۷ ق.ا و رجوع به منابع فقهی در پاسخ بیان داشت منظور از مشروع، یعنی عملی که از نظر شرعی و فقهی، امری مجاز محسوب می شود، بنابراین باید حکم هر موضوع را به صورت مستقل در فقه مورد واکاوی قرار داد. برخی بر این باورند انسان، اگر مالک اعضای بدن خود نباشد، حداقل نسبت به آنها تسلط دارد، بنابراین با استناد به اصاله البرائت می تواند هر نوع تصرفی را در آنها انجام دهد، البته مادامی که ضرر عمده ای به بدن وارد نکند، تا جایی که حتی می تواند به خرید و فروش اعضای بدن خود بپردازد. حتی در صورت عدم پذیرش تفسیر فوق، حداقل می توان پذیرفت اقدامات پزشکی که نه باعث ورود ضرر به جسم و نه روح شخص شده، بلکه در راستای بهبود بخشی به آنها می باشد، اصولاً مغایرتی با شرع ندارد، مگر آنکه برای آن دلیل خاصی وجود داشته باشد. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۱۴۵-۱۴۴) بنابراین به نظر می رسد مثلاً انجام عمل جراحی زیبایی که به نوعی باعث ایجاد تعادل روحی برای اشخاص می گردد، نیز مشروع محسوب شود. حتی می توان گفت مواردی همچون تغییر جنسیت، تلقیح و باروری مصنوعی و بیرون از رحم و کشت نطفه در رحم دیگری، چنانچه جنبه عقلانی و درمانی داشته باشد، اصولاً نباید مغایر با شرع تلقی شوند.

شرط دوم - وجود رضایت شخص یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی وی: صرف مشروع بودن عمل جراحی یا طبی برای موجه محسوب کردن آن کفایت نمی کند، بلکه علاوه بر آن، می بایست خود شخص یا سایر اشخاص مذکور در قانون بدین امر رضایت داشته باشند، البته به نظر می رسد منظور از رضایت در این بند همان «اذن» می باشد. مطابق با این شرط، در ابتدا خود شخص و اگر به هر دلیلی همچون فقدان اهلیت قانونی چنین امری ممکن نباشد، رضایت اولیاء، سرپرستان یا نمایندگان قانونی آن دارای اعتبار خواهد بود. در این قسمت قانونگذار به سه مورد اشاره کرده است:

۱) **اولیاء:** همانگونه که قبلاً ذکر شد با توجه به برخی از مواد قانون مدنی، اولیاء قانونی عبارتند از: پدر، جد پدری، وصی منصوب از سوی هر یک از آنها و قیم.

۲) **سرپرستان:** همانگونه که قبلاً ذکر شد به نظر می رسد با توجه به قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب ۵۳ مقصود از سرپرستان، زن و شوهرانی هستند که با توافق یکدیگر کودک را با تصویب دادگاه به سرپرستی پذیرفته اند.

۳) **نمایندگان قانونی:** به نظر می رسد مقصود از نمایندگان قانونی، اشخاصی همانند وکیل شخص می باشند که قانوناً نماینده وی محسوب شده و چنین اختیاری به ایشان تفویض شده باشد.

البته آنچه بیان شد بدین معنی نیست که بایستی در هر حالتی از خود شخص و یا افراد تصریح شده در قانون رضایت را اخذ کرد، چرا که در برخی موارد عملاً امکان این امر وجود ندارد. برای نمونه در جایی که شخصی بر اثر خونریزی شدید ناشی از تصادف رانندگی، به گما رفته و امکان دسترسی به اطرفیانش نیز وجود ندارد، در چنین حالتی اخذ رضایت لزومی ندارد. در همین راستا قسمت انتهایی بند ج ماده ۱۵۸ ق.م.ا. مصوب ۹۲ بیان می‌دارد:

«.... در موارد فوری اخذ رضایت ضروری نیست».

شرط سوم - رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی:

در خصوص چگونگی تعریف «رعایت موازین فنی، علمی و نظامات دولتی» چنانچه در تعریف پزشک رویکرد نخست مطرح شده در ابتدای بحث مقبول افتد، باید پذیرفت نبایستی موازین فنی و علمی را محدود به آیین‌نامه‌های نظام پزشکی و وزارت بهداشت نمود، بلکه بایستی معنای عامی را از این عبارت مدنظر قرار داد تا از این طریق رفتارهای پزشکان سنتی نیز مشمول آن قرار گیرند. اما در صورت پذیرش رویکرد دوم که به نظر می‌رسد رویکرد بهتری باشد، مقصود از موازین فنی، علمی و نظامات دولتی «مجموعه‌ای از هنجارهای مورد پذیرش جامعه علمی پزشکی و همه قاعده‌هایی است که به موجب قوانین، آیین‌نامه‌ها، بخش‌نامه‌ها و دستورالعمل‌ها در گرایش‌های مختلف پزشکی لازم‌الرعایه قلمداد شده‌اند».

نکته بسیار مهم اینکه آنچه بیان شد بدین معنی نیست که صرف رضایت شخص یا سایر اشخاص مذکور در قانون به معنای این است که پزشک در قبال پیامدهای رفتار خود در هر حالی مصون بوده و مسئولیتی ندارد. در حقیقت اذن بیمار یا سایر اشخاص مذکور در قانون، صرفاً به «نفس رفتار پزشک یا جراح» مشروعیت می‌بخشد و به هیچ روی ناظر به «پیامدهای آن» نیست. در این خصوص در ماده ۴۹۵ ق.م.ا. مصوب ۹۲ آمده است:

«هرگاه پزشک در معالجاتی 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 براءت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه اخذ براءت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد و یا تحصیل براءت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، براءت از ولی مریض تحصیل می‌شود».

با دقت در ماده مشخص می‌گردد برای عدم مسئولیت مدنی و منتفی شدن ضمان از پزشک دو راهکار وجود دارد. باید توجه داشت در این حالت پزشک نه تنها مسئولیت کیفری ندارد، بلکه مسئولیت مدنی وی نیز منتفی می‌باشد. این دو رویکرد عبارتند از:

یک- رعایت مقررات پزشکی و موازین فنی: بنابراین صرف رعایت مقررات پزشکی برای عدم تحقق ضمان کافی می‌باشد، حتی اگر عملاً پزشک براءت نگرفته باشد. به این موضوع در تبصره ۱ ماده ۴۹۵ ق.م.ا نیز اشاره شده است:

«در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد هر چند براءت اخذ نکرده باشد.»

دو- اخذ براءت از بیمار و عدم تقصیر وی: مطابق با این حالت، اگر پزشک براءت اخذ کرده باشد و در معالجات خود مرتکب تقصیری نشده باشد، مسئولیت نخواهد داشت. بنابراین اگر پزشک، براءت را اخذ کرده، حتی اگر در اعمال خود مرتکب قصور نیز شده باشد، ضمان منتفی خواهد بود. به نظر می‌رسد منظور از قصور، مواردی است که رفتار شخص از مذمت کمتری برخوردار باشد و متعلق قصور هم می‌تواند علم باشد و هم عمل. مانند برداشت اشتباه وی از مقررات پزشکی. اما منظور از تقصیر به قرینه ی تبصره ماده ی ۱۴۵ ق.م.ا بی احتیاطی یا بی مبالاتی است. مثلاً پزشک بدون داشتن تخصص لازم اقدام به معالجه نماید در حالی که حق چنین کاری را ندارد.^۱ (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۱۴۸)

^۱ در این مورد ماده ۴۹۷ ق.م.ا حائز اهمیت است: «در موارد ضروری که تحصیل براءت ممکن نباشد و پزشک برای نجات مریض، طبق مقررات اقدام به معالجه نماید، کسی ضامن تلف یا صدمات وارده نیست.»

رکن مادی

دومین رکن، رکن مادی جرم است. رکن قانونی، در واقع رکن اعتباری جرم به حساب می‌آید، یعنی قانونگذار با وضع حکم، رفتاری را در عالم اعتبار جرم تلقی می‌کند، در حالی که رکن مادی، رکن واقعی و عینی جرم محسوب می‌شود، یعنی رفتاری که نمود خارجی پیدا کرده و یا حداقل پیامدهای آن در عالم خارج قابل درک و مشاهده است. بنابراین می‌توان رکن مادی را جسم و پیکره جرم تلقی کرد. (ر.ک. منصورآبادی، ۱۳۹۵، ص ۲۹۷)

در همین راستا حقوق جزا، برخلاف اخلاق که قواعد آن ناظر بر وجدان‌هاست و هر گونه پندار زشت و ناپسند را محکوم می‌کند، متضمن اصولی است که حاکم بر رفتار انسان‌ها می‌باشد نه افکار آن‌ها! بنابراین اصل بر این است که مجرد قصد ارتکاب جرم، جرم نبوده و به همین دلیل قابل مجازات نیست. پس تا زمانی که قصد سوء انسان، با انجام یک رفتار، آن هم در بستری که قانونگذار آن را در قالب «شرایط قانونی» ترسیم می‌کند، به مرحله فعلیت نرسد، نمی‌توان مدعی آن شد که «جرم مقصود» واقع شده است! با توجه به مقدمه‌ی فوق، می‌توان اجزاء رکن مادی را به شرح زیر دانست:

- ۱- رفتار ارتكابی
- ۲- اوضاع و احوال و شرایط
- ۳- نتیجه مجرمانه (البته این جزء در تمامی جرایم وجود ندارد که بعداً توضیح داده خواهد شد)

۱- رفتار ارتكابی (رفتار فیزیکی)

همان گونه که ذکر شد، در حقوق کیفری، آنچه که موضوعیت دارد رفتار شهروندان است نه افکار آن‌ها، به عبارت دیگر وضعیت ذهنی مرتکب آنگاه که به عرصه‌ی ظهور و بروز خارجی برسد، وارد قلمرو حقوق کیفری می‌گردد، چرا که فکر مجرمانه بدون مظهر خارجی قابل اثبات نیست. به طور کلی «رفتار ارتكابی» در دو قالب متجلی می‌گردد که عبارتند از:

- ۱- فعل
 - ۱) کردار
 - ۲) گفتار
- ۲- ترک فعل

با دقت در نمودار فوق مشخص می‌شود اصولاً «رفتار ارتكابی» یا در قالب «فعل» بوده و یا «ترك فعل». فعل خود یا به صورت كردار می‌باشد و یا گفتار. به دیگر سخن، گاه آنچه که نمود خارجی پیدا می‌کند با حرکاتی همراه بوده و گاه به زبان جاری می‌گردد. اصل بر این است که جرایم با فعل محقق می‌شوند و وقوع جرم با ترك فعل جنبه استثنایی دارد. در همین راستا برای روشن شدن مطلب می‌توان به مثال‌های زیر اشاره کرد:

۱	فعل	كردار	۱- تیراندازی كردن و كشتن دیگری در جرم قتل (ماده ۲۹۰ ق.م.ا) ۲- فروختن مال امانی به دیگری (تصاحب) در جرم خیانت در امانت (ماده ۶۷۴ تعزیرات) ۳- ربودن مال دیگری در جرم سرقت (ماده ۲۶۷ ق.م.ا)
		گفتار	۱- توهین شفاهی (ماده ۶۰۸ تعزیرات) ۲- تهدید شفاهی (ماده ۶۶۹ تعزیرات) ۳- افترای قولی (ماده ۶۹۷ تعزیرات)
۲	ترك فعل		۱- عدم ثبت واقعه ازدواج دائم (ماده ۶۴۵ تعزیرات) ۲- عدم قبول یا رسیدگی به شکایت یا تظلم از سوی مقامات قضایی (ماده ۵۹۷ تعزیرات) ۳- ترك نفقه (ماده ۵۰ قانون حمایت خانواده) ۴- خودداری از ثبت ولادت یا فوت (ماده ۴۸ قانون ثبت احوال مصوب ۵۵) ۵- عدم گزارش جرایم مالی توسط روسا، مدیران یا مسئولان سازمان‌ها (ماده ۵۹۷ تعزیرات) ۶- خودداری اشخاص از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی (قانون مجازات خودداری از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی مصوب ۵۴)

بعد از بیان مقدمه‌ی فوق، در خصوص «رفتار ارتكابی» ذکر چند نکته حائز اهمیت است:

نکته اول: در یک تقسیم بندی مهم، از منظر رفتار ارتكابی، جرایم دارای سه حالت می‌باشند:

یک- رفتار ارتكابی برخی از جرایم فقط در قالب «فعل» قابل تحقق می‌باشد، یعنی به هیچ وجهی نمی‌توان تحقق آن جرم را به صورت «ترك فعل» تصور کرد. برای نمونه جرم کلاهبرداری از این قبیل جرایم می‌باشد. (ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری)

دو- رفتار ارتكابی بعضی از جرایم فقط در قالب «ترك فعل» محقق می‌گردد. یعنی ابدأ با «فعل» قابل تحقق نمی‌باشند. نمونه‌ی بارز آن را می‌توان جرم ترك نفقه دانست. (ماده ۵۰ قانون حمایت خانواده)

سه- رفتار ارتكابی تعدادی از جرایم هم با «فعل» و هم با «ترك فعل» قابل تحقق است. قتل و خیانت در امانت از این قبیل جرایم می‌باشند. چرا که قتل مثلاً هم با تیراندازی كردن یا خفه كردن با دست محقق می‌گردد و هم با عدم نجات دادن شناگر توسط ناجی. و خیانت در امانت نیز هم با فروختن مال امانی (تصاحب) قابل تحقق بوده و هم با عدم آب دادن به اسب امانی و تلف شدن آن (تلف) (ماده ۶۷۴ ق.م.ا مصوب ۷۵)

نکته دوم: برخی از حقوقدانان، علاوه بر «فعل» و «ترک فعل»، در خصوص نوع شناسی رفتار ارتكابی به مواردی همانند «نگهداری»، «حالت» و «فعل ناشی از ترک فعل» نیز اشاره کرده‌اند:

یک- نگهداری: به رغم وجود برخی از اختلاف نظرها به نظر می‌رسد «نگهداری» نوعی «فعل» به حساب می‌آید که باید ذیل همان عنوان ذکر شود، نه به عنوان یک نوع مستقل، مثل نگهداری مشروبات الکلی (ماده ۷۰۲ ق.م.ا.مصوب ۷۵) و یا نگهداری آلات و وسایل قمار (ماده ۷۰۶ ق.م.ا.مصوب ۷۵).

دو- حالت: در مورد «حالت» نیز اختلاف نظر وجود دارد. حالت نوعی تجسم اندیشه است که شخص در آن به سر می‌برد. برای مثال می‌توان به ولگردی (ماده ۷۱۲ ق.م.ا.مصوب ۷۵)، اعتیاد (ماده ۱۵ اصلاحیه قانون اصلاح مبارزه با مواد مخدر)^۱ و یا فقدان حجاب شرعی در زنان (تبصره ماده ۶۳۸ ق.م.ا.مصوب ۷۵) اشاره داشت. در این مورد هر چند ممکن است بیان گردد بهتر است «حالت» را نه در قالب فعل و نه در قالب ترک فعل، بلکه در عرض آن‌ها و به عنوان قسم سوم ذکر کرد، اما به نظر می‌رسد «حالت» نیز یا در قالب فعل (دو مثال نخست فوق الذکر) و یا ترک فعل (مثال سوم فوق الذکر) قرار گرفته و نیازی به ذکر مستقلانه آن نمی‌باشد.

سه- فعل ناشی از ترک فعل: در ادبیات حقوقی ایران، در کنار فعل و ترک فعل، اصطلاح دیگری تحت عنوان «فعل ناشی از ترک فعل» وجود دارد که به نظر نمی‌رسد اصلاً مصداقی در عالم خارج داشته باشد. طرفداران وجود چنین عنوانی، به مثال‌هایی از این دست متوسل می‌شوند: عدم نجات دادن غریق توسط ناجی. در این مثال ترک فعل، «عدم نجات دادن» و فعل، «مرگ» می‌باشد، بنابراین فعل (یعنی مرگ) ناشی از ترک فعل (یعنی عدم نجات دادن) است، پس «فعل ناشی از ترک فعل» دارای مصداق است. بی‌اساس بودن استدلال فوق بدان جهت است که آنچه آنها به عنوان فعل از آن یاد می‌کنند، در حقیقت همان «نتیجه مجرمانه» در جرایم مقید می‌باشد نه فعلی مستقلانه! جالب آنکه در صورت پذیرش این رویکرد، دیگر نمی‌توان هیچ جرم مقیدی را مثال زد که با ترک فعل محض محقق می‌گردد، چرا که در تمامی جرایم مقید، نتیجه‌ای وجود دارد، بنابراین نتیجه را در تمامی این حالات باید فعلی تلقی کرد که از ترک فعل نخستین ناشی شده است! امری که اشتباه بودن آن بدیهی و آشکار است. بنابراین به نظر می‌رسد «فعل ناشی از ترک فعل» در حقوق کیفری ایران مصداقی ندارد.

بنابراین در مقام نتیجه‌گیری در خصوص ماهیت «رفتار ارتكابی» باید بیان داشت: رفتار ارتكابی یا در قالب فعل محقق شده یا ترک فعل. البته اصل بر این است که رفتار ارتكابی، فعل می‌باشد و جرم تلقی کردن ترک فعل امری استثنایی به

^۱ ماده ۱۵: «معتادان مکلفند با مراجعه به مراکز مجاز دولتی، غیردولتی یا خصوصی و یا سازمان‌های مردم‌نهاد درمان و کاهش آسیب، اقدام به ترک اعتیاد نمایند. معنادی که با مراجعه به مراکز مذکور نسبت به درمان خود اقدام و گواهی تحت درمان و کاهش آسیب دریافت نماید، چنانچه تجاهر به اعتیاد نماید از تعقیب کیفری معاف می‌باشد. معنادانی که مبادرت به درمان یا ترک اعتیاد ننمایند، مجرمند».

حساب می آید. گفتار، نگهداری و حتی حالت را نیز می توان در داخل یکی از دو عنوان «فعل» یا «ترك فعل» جای داده و نیازی به ذکر مستقلاً آن ها در عرض فعل و ترك فعل نمی باشد. محدود کردن رفتار ارتكابی در «فعل» یا «ترك فعل» حتی دارای پشتوانه ی قانونی نیز می باشد. چرا که قانونگذار در ماده ۲ ق.م.ا بیان داشته است:

«هر رفتاری اعم از فعل یا ترك فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می شود.»

با دقت در ماده فوق مشخص می گردد قانونگذار مصادیق رفتار را به صورت حصری یا در قالب «فعل» و یا «ترك فعل» قرار داده است، چرا که عبارت «... اعم از ...» را به کار برده است. طبیعتاً اگر قانونگذار در خصوص مصادیق رفتار، در مقام بیان مثال بود، از عبارت «... از قبیل ...» استفاده می کرد.

۲- شرایط قانونی (اوضاع، احوال و شرایط)

برای تحقق یک جرم، صرف انجام «رفتار ارتكابی» کافی نیست، بلکه «فعل» یا «ترك فعل» باید همراه با شرایطی قانونی (اوضاع، احوال و شرایط) رخ دهد تا جرم به وقوع بپیوندد. به طور کلی این شرایط را می توان تحت عناوینی مثل «موضوع جرم»، «وسیله ی ارتكاب جرم»، «زمان ارتكاب جرم»، «مکان ارتكاب جرم»، «شخصیت مرتكب» و «شخصیت بزه دیده» به بحث گذاشت. قبل از بررسی موردی هر یک از مصادیق فوق، توجه به این نکته مهم می باشد که شروط را می توان از دو منظر به شرح زیر تقسیم بندی کرد:

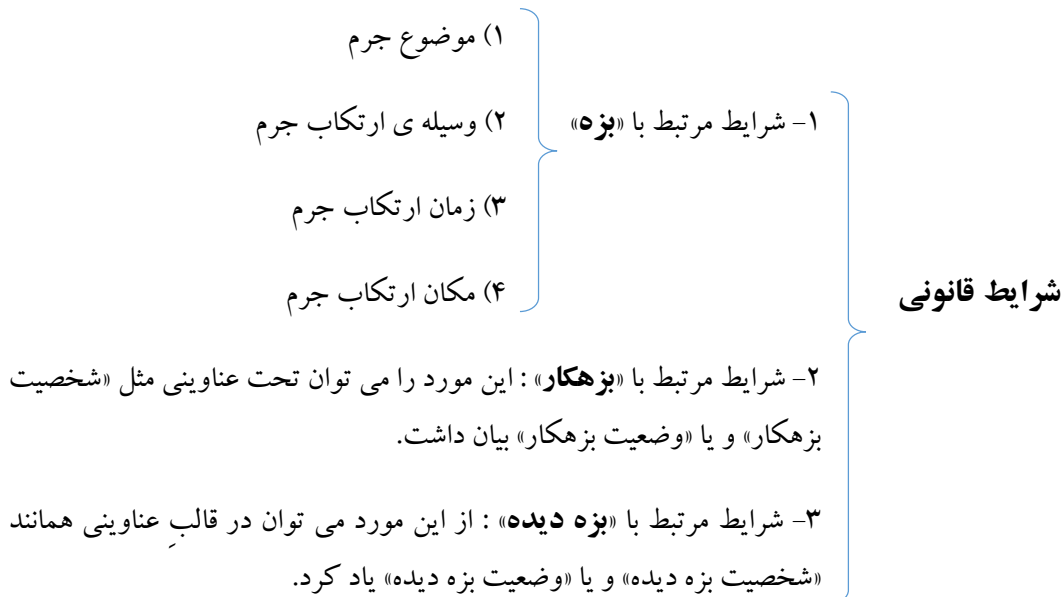
۱) از یک منظر شروط به دو قسم «شروط صریح» و «شروط ضمنی» تقسیم می شوند:

- یک- **شروط صریح**: یعنی شروطی که به صراحت در متن ماده ذکر می شود. برای مثال ذکر صریح پنج شرط در ماده ۵۰۶ ق.م.ا مصوب ۷۵.
- دو- **شروط ضمنی**: یعنی شروطی که بدون آنکه به صراحت در ماده بیان شود، از متن ماده برداشت می گردد. مثل شرط «عمومیت داشتن» در جرم اغوا یا تحریک مردم به جنگ و کشتار (ماده ۵۱۲ ق.م.ا مصوب ۷۵)

۲) از منظر دیگر شروط ماهیتاً به دو قسم «شروط ایجابی» و «شروط سلبی» تقسیم می شوند:

- یک- **شروط ایجابی**: یعنی شروطی که ماهیتاً جنبه ی «وجودی» دارد همانند «مال بودن» چیز ربوده شده در جرم سرقت.
- دو- **شروط سلبی**: یعنی شروطی که ماهیتاً جنبه «عدمی» دارد مثل «فقدان رضایت بزه دیده» در جرم زنا ی به عنف. (ر.ک. میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲، ص ۲۵)

در همین راستا برای صرفاً برای تسهیل یادگیری، می‌توان مهمترین شرایط ارتکاب جرم را در قالب تقسیم بندی زیر بیان داشت:



نکته بسیار مهم اینکه آنچه بیان شد بدین معنی نیست که حتماً بایستی در تمامی جرایم، موارد ذکر شده‌ی فوق وجود داشته باشند، چرا که تحقق بسیاری از جرایم منوط به وجود تمامی شرایط فوق نیست، حتی تحقق برخی از جرایم تنها بسته به وجود یکی از موارد فوق می‌باشد و دیگر موارد اصلاً موضوعیتی ندارد، برای مثال مکان یا زمان ارتکاب جرم در بسیاری از جرایم، همانند کلاهبرداری یا خیانت در امانت اصلاً مدخلیتی نداشته و مهم تلقی نمی‌گردد، بنابراین برای بیان «شرایط» یک جرم، بایستی با دقت در ماده‌ی قانونی آن، بررسی شود قانونگذار برای تحقق آن جرم، کدامیک از شرایط فوق را مهم تلقی کرده است. لازم به ذکر است نمودار فوق، صرفاً برای فهم هر چه بهتر مطلب می‌باشد، بنابراین در تحلیل جزء «شرایط قانونی» یک جرم، حتی نیاز به تقسیم بندی سه گانه‌ی آن به شرایط «جرم»، «مجرم» و «بزه دیده» نیز نمی‌باشد. بلکه تنها بیان شرایط قانونی کفایت می‌کند.

بعد از بیان مقدمه‌ی بالا، شروط فوق الذکر در قالب سه قسمت «شرایط مرتبط با بزه»، «شرایط مرتبط با بزه‌کار» و «شرایط مرتبط با بزه دیده» مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرند:

الف) شرایط مرتبط با بزه (جرم):

شروط مرتبط با بزه متعدد می‌باشد که در اینجا صرفاً به بیان چندین مورد آن بسنده می‌شود:

۱) **موضوع جرم:** در بین حقوقدانان در اینکه هیچ جرمی بدون «موضوع» وجود ندارد اختلافی نیست، اما در خصوص چگونگی تعریف آن تفاوت سلیقه وجود دارد. اما به طور کلی می‌توان بیان داشت منظور از موضوع جرم در اینجا، ارزش مورد حمایت از سوی قانونگذار نمی‌باشد، چرا که در این صورت، موضوع جرم فاقد اثر عملی خواهد بود، بنابراین در اینجا نمی‌توان بیان داشت موضوع جرم سرقت، «مالکیت»؛ موضوع جرم قتل عمدی، «جان انسان» و موضوع جرم محاربه، «امنیت عمومی» است. بلکه مقصود از موضوع جرم در این قسمت، «نه ارزشی که قانونگذار در مقام حمایت از آن بوده، بلکه امری است که عمل مرتکب بر آن یا در آن واقع می‌شود». (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۲۰۳) به عبارت دقیق‌تر، آنچه که مهم می‌باشد «متعلق جرم» می‌باشد، برای مثال در جرم سرقت، ارزش مورد حمایت قانونگذار «حقوق مالکانه اشخاص» است نه مال، اما متعلق جرم، «مال غیر» می‌باشد. بنابراین برای مثال یکی از شروط جرایم مالی‌ای مثل سرقت و کلاهبرداری، «تعلق مال به دیگری» می‌باشد. چرا که اگر شخصی مال خود را از دیگری بر باید و یا با توسل به وسایل متقلبانه و اغفال دیگری، مال خود را از وی بستاند، جرم سرقت و کلاهبرداری محقق نمی‌گردد، چون شرط «تعلق مال به دیگری» وجود ندارد.

۲) **وسیله‌ی ارتکاب جرم:** همانگونه که ذکر شد، لزومی ندارد تمامی شروط فوق در یک جرم وجود داشته باشد. شرط «وسیله‌ی ارتکاب جرم» از این قبیل شروط می‌باشد، یعنی وجود آن در تمامی جرایم لازم نمی‌باشد، مثلاً در جرم توهمین، وسیله اصلاً شرط نمی‌باشد، اما در برخی از جرایم، استفاده از وسیله‌ای خاص شرط تحقق آنها می‌باشد، به شکلی که اگر آن وسیله خاص در ارتکاب جرم به کار گرفته نشود، نمی‌توان حکم به ارتکاب آن جرم داد، برای نمونه در جرایمی مثل محاربه (ماده ۲۷۹ ق.م.ا) و یا تظاهر یا قدرت نمایی.... (ماده ۶۱۷ ق.م.ا مصوب ۷۵)، یکی از شروط، «وجود اسلحه» می‌باشد که بدون آن، جرایم موضوع این مواد محقق نمی‌گردد.^۱

۳) **مکان ارتکاب جرم:** همانند مورد قبل، شرط «مکان ارتکاب جرم» نیز در تمامی جرایم وجود ندارد، اما در برخی از جرایم، «مکان ارتکاب جرم»، شرط تحقق ابتدایی جرم می‌باشد. برای مثال جرم سرقت موضوع ماده‌ی ۶۵۳ ق.م.ا مصوب ۷۵ حتماً باید در «راه‌ها و شوارع» صورت گیرد تا بتوان مرتکب آن را به مجازات مقرر در این ماده محکوم کرد.^۲

۴) **زمان ارتکاب جرم:** شرط «زمان ارتکاب جرم» نیز در برخی از جرایم وجود داشته و در برخی جرایم خیر. برای نمونه می‌توان به مواد ۶۵۱ و ۶۵۴ ق.م.ا مصوب ۷۵ اشاره کرد که در آنها تحقق برخی از اشکال سرقت منوط به وقوع آن در «شب» شده است.^۳

۱. لازم به ذکر است در برخی از جرایم، استفاده از وسیله‌ی خاص، باعث تشدید مجازات خواهد شد، به عبارت دیگر، در این قبیل جرایم بایستی «وجود وسیله» را به عنوان علت مشدده مجازات به حساب آورد و نه از شروط تحقق جرم، چرا که بدون آن نیز، اصل جرم محقق می‌گردد. برای نمونه در جرم آدم ربایی (ماده ۶۲۱ ق.م.ا مصوب ۷۵) استفاده از وسایل نقلیه باعث تشدید مجازات و محکوم شدن مجرم به حداکثر مجازات قانونی می‌گردد. بنابراین این قبیل موارد باید در جزای عمومی سه که بحث «مجازات» است، مطرح گردند.

۲. برای نقش «مکان» در تشدید مجازات می‌توان به قتل در حرم مکه اشاره کرد که باعث تغلیظ دیه می‌گردد. (ماده ۵۵۵ ق.م.ا مصوب ۹۲)

۳. همانند مورد قبلی، گاهی «زمان» نه در تحقق اصل جرم، بلکه در تشدید مجازات آن اثر گذار می‌باشد، مثلاً تغلیظ دیه ی قتل در ماه های حرام. (ماده ۵۵۵ ق.م.ا مصوب ۹۲)

ب) شرایط مرتبط با بزهکار (مجرم) :

غالباً در حوزه حقوق کیفری، «شخصیت» و «وضعیت» بزهکار تأثیری در وقوع یا عدم وقوع جرم ندارد. بنابراین در چنین مواردی تردیدی وجود ندارد که شخصیت بزهکار جزء «شرایط قانونی» رکن مادی جرم نمی‌باشد، یعنی مرتکب برای مثال مرد باشد یا زن؛ پیر باشد یا جوان؛ شخص عادی باشد یا مامور دولتی، تفاوتی در تحقق جرم نخواهد داشت. قرینه‌ای چنین موضوعی در قانون شروع بسیاری از مواد به صورت «هر کس.....» می‌باشد. اما باید توجه داشت:

از یک سو گاهی طبیعت برخی از جرایم به شکلی است که صرفاً توسط اشخاص خاصی قابل تحقق می‌باشد، برای نمونه ذات جرم لواط به شکلی است که حتماً مرتکب آن بایستی «مرد» بوده (ماده ۲۳۳ ق.م.ا) و یا طبیعت جرم مساحقه به گونه‌ای است که ارتکاب آن جزء از طریق «زن» ممکن نیست. (ماده ۲۳۸ ق.م.ا).

از سوی دیگر، گاهی قانونگذار وقوع برخی از جرایم را تنها از سوی اشخاص خاصی امکان پذیر دانسته است. برای نمونه تحقق جرم ماده ۵۹۷ ق.م.ا مصوب ۷۵ جز از طریق «مقامات قضایی» امکان پذیر نمی‌باشد. جرایم موضوع مواد ۶۰۰، ۶۰۱ و ۶۰۲ ق.م.ا مصوب ۷۵ نیز جز از طریق «مستخدمین و مامورین دولتی» محقق نمی‌گردد.

نکته: اگر پذیرفته شود میان «شخصیت» و «وضعیت» بزهکار تفاوت وجود دارد، برای اثرگذاری «وضعیت بزهکار» در تحقق یک جرم می‌توان به جرم ترک نفقه اشاره داشت. (ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده).^۱ در این مورد یکی از شروط تحقق جرم «استطاعت مالی داشتن بزهکار» می‌باشد. بنابراین اگر بزهکار وضعیت مالی مناسبی نداشته باشد، به شکلی که امکان پرداخت نفقه برایش ممکن نباشد، جرم ترک نفقه محقق نمی‌شود.^۲ (ر.ک. شمس و همکاران، ۱۳۹۲، ص ۲۴)

ج) شرایط مرتبط با بزه دیده :

هر چند در بسیاری از جرایم، «شخصیت» و یا «وضعیت» بزه دیده اثرگذار نمی‌باشد، اما گاهی ممکن است وقوع برخی از جرایم تنها بر بزه دیده‌ای خاص ممکن باشد.^۳ بدین صورت که وجود ویژگی‌ای خاص در بزه دیده باعث شده است قانونگذار رفتار مرتکب را جرم تلقی کرده و قابل مجازات بداند. برای مثال تحقق جرم موضوع ماده ۶۳۱ ق.م.ا مصوب

^۱ ماده ۵۳ ق.ح.خ: «هر کس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تادیه نفقه سایر اشخاص واجب النفقه امتناع کند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود.....».

^۲ گاهی «شخصیت مرتکب» نه در تحقق اصل جرم، بلکه در تشدید مجازات مرتکب اثرگذار می‌باشد، برای مثال چنانچه مرتکب جعل گواهی اشتغال به تحصیل و... (ماده ۵۲۷ ق.م.ا مصوب ۷۵)، نه یک شخص عادی بلکه یکی از «کارکنان وزارتخانه‌ها یا سازمانها و موسسات وابسته به دولت یا شهرداری‌ها یا نهادهای انقلاب اسلامی» باشد، قاضی ملزم می‌باشد وی را به حداکثر مجازات پیش بینی شده در قانون محکوم نماید.

^۳ گاه «شخصیت بزه دیده» نه در «وقوع جرم» بلکه صرفاً در «تشدید مجازات» اثرگذار است. برای مثال چنانچه سن بزه دیده در جرم «آدم ربایی» موضوع ماده ۶۲۱ ق.م.ا مصوب ۷۵، کمتر از ۱۵ سال تمام باشد، مرتکب به حداکثر مجازات قانونی یعنی ۱۵ سال حبس محکوم خواهد شد.

۷۵ منوط به این است که بزه دیده «طفل تازه متولد شده» باشد. در خصوص «وضعیت بزه دیده» نیز می توان به ماده ۶۳۳ ق.م.ا.مصوب ۷۵ اشاره کرد که در آن «شخص ناتوان از حفاظت خود» به عنوان بزه دیده‌ی جرم در نظر گرفته شده است.

البته آنچه بیان شد صرفاً مهمترین شروطی است که ممکن است در وقوع یک جرم وجود داشته باشد، نه تمامی شروط. در پایان بحث جزء «شرایط قانونی» به منظور روشن شدن هر چه بیشتر این مبحث، شرایط لازم برای تحقق جرایم قتل (ماده ۲۹۰ ق.م.ا.)، کلاهبرداری (ماده ۱ ق.ت.م.ا.ا.ک) و جعل مُفادی (ماده ۵۳۴ ق.م.ا.مصوب ۷۵) بیان می گردد:

۱- رفتار ارتكابی: (می تواند فعل باشد مثل تیراندزی، می تواند ترك فعل باشد مثل عدم نجات دادن غریق توسط ناجی)

- (۱) انسان بودن
- (۲) زنده بودن
- (۳) دیگری بودن
- (۴) محقون الدم بودن

۲- شرایط قانونی

رکن مادی جرم قتل

۳- نتیجه مجرمانه: خروج روح از بدن

۱- رفتار ارتكابی: توسل به وسایل متقلبانه

- (۱) متقلبانه بودن وسایل مورد استفاده
- (۲) اغفال و فریب قربانی
- (۳) تعلق مال به دیگری

۲- شرایط قانونی

رکن مادی جرم کلاهبرداری

۳- نتیجه مجرمانه: بردن مال دیگری

۱- رفتار ارتكابی: تغییر موضوع یا مضمون؛ تحریف گفته یا نوشته یکی از مقامات رسمی؛ تحریف مهر یا تقریرات یکی از طرفین؛ امر باطلی را صحیح یا صحیحی را باطل جلوه دادن یا چیزی را که بدان اقرار نشده، اقرار شده جلوه دادن.

- (۱) کارمند ادارا دولتی، مراجع قضایی و یا مامورین به خدمات عمومی بودن مرتکب
- (۲) راجع به وظیفه بودن جعل یا تزویر صورت گرفته.
- (۳) هنگام تنظیم سند بودن جعل یا تزویر صورت گرفته.

۲- شرایط قانونی

رکن مادی جرم جعل مُفادی

۳- نتیجه مجرمانه: این جرم، جرمی مطلق بوده و فاقد نتیجه مجرمانه است.

۳- نتیجه مجرمانه

سومین و آخرین جزء رکن مادی «نتیجه مجرمانه» می‌باشد. دقت در نمودارهای سه‌گانه فوق اثبات‌کننده‌ی این موضوع است که این جزء از رکن مادی، لزوماً در تمامی جرایم وجود ندارد، از همین منظر می‌توان جرایم را به دو قسم «جرایم مقید» و «جرایم مطلق» تقسیم بندی کرد:

یک) جرم مقید: به جرایمی گفته می‌شود که علاوه بر رفتار ارتكابی، تکمیل شدن آن منوط به تحقق حادثه یا امر دیگری می‌باشد که از آن تحت عنوان «نتیجه مجرمانه» یاد می‌شود. به عبارت ساده‌تر، همان‌گونه که از واژه‌ی «مقید» برداشت می‌شود، این قبیل جرایم علاوه بر رفتار ارتكابی، نیازمند قید «نتیجه» نیز می‌باشند، به شکلی که بدون آن، به صورت کامل محقق نمی‌شوند. برای مثال می‌توان به موارد زیر اشاره داشت:

- ۱) جرم قتل که نتیجه مجرمانه آن «خروج روح از بدن» است. (ماده ۲۹۰ ق.م.ا.مصوب ۹۲)
- ۲) جرم کلاهبرداری که نتیجه مجرمانه آن «بردن مال دیگری» است. (ماده ۱ ق.ت.م.م.ا.ک)
- ۳) جرم جاسوسی که نتیجه مجرمانه آن «ورود صدمه به امنیت ملی» است. (ماده ۵۰۲ ق.م.ا.مصوب ۷۵)
- ۴) جرم افترای عملی که نتیجه مجرمانه آن «تعقیب شخص مورد افتراء» است. (ماده ۶۹۹ ق.م.ا.مصوب ۷۵)

دو) جرم مطلق: به جرایمی گفته می‌شود که صرفاً ارتكاب رفتار ارتكابی برای تحقق کامل آن‌ها کافی می‌باشد. بنابراین برخلاف جرایم مقید، رکن مادی جرایم مطلق صرفاً دارای دو جزء «رفتار ارتكابی» و «شرایط قانونی» می‌باشد. برای مثال می‌توان به موارد زیر اشاره داشت:

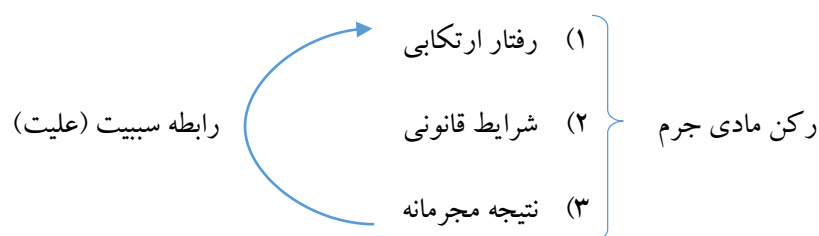
- ۱) جرم تخلیه اطلاعاتی شدن (ماده ۵۰۶ ق.م.ا.مصوب ۷۵)
- ۲) جرم توهین ساده (ماده ۶۰۸ ق.م.ا.مصوب ۷۵)
- ۳) جرم اغوا و تحریک به جنگ و کشتار (ماده ۵۱۲ ق.م.ا.مصوب ۷۵)
- ۴) جرم نشر اکاذیب (ماده ۶۹۸ ق.م.ا.مصوب ۷۵)

بعد از روشن شدن تقسیم‌بندی جرایم از منظر «نتیجه مجرمانه»، طرح دو بحث بسیار مهم «رابطه سببیت» و «جرایم ناقص» به جهت ارتباط مستقیم آن‌ها با این جزء حائز اهمیت است، چرا که از یک سو، بررسی ارتباط میان «نتیجه مجرمانه» و «رفتار ارتكابی»، لزوم توجه به بحث «رابطه سببیت» را روشن می‌سازد و از سوی دیگر، پرداختن به جرایمی که به رغم ورود به عملیات اجرایی جرم و یا انجام تمامی اقدامات از سوی مرتکب، منتهی به حصول موفقیت آمیز «نتیجه مجرمانه» نمی‌شوند، اهمیت بررسی «جرایم ناقص» را آشکار می‌سازد، دو بحث مهمی که در زیر بدان آن‌ها پرداخته می‌شود:

یک - رابطه سببیت (علیت)

یکی از مباحث مهمی که بایستی ذیل عنوان «نتیجه مجرمانه» ذکر کرد، رابطه سببیت (علیت) می‌باشد. مقصود از رابطه سببیت (علیت) در اینجا یعنی «نتیجه مجرمانه بایستی ناشی از رفتار ارتكابی مرتکب بوده و هیچ عامل مستقلی آن را قطع نکند».

با دقت در مطلب فوق مشخص می‌گردد که طرح بحث این نوع از «رابطه سببیت (علیت)» در جرایم مقید معنی پیدا می‌کند، چرا که در اینجا، رابطه سببیت (علیت) یعنی وجود پیوند میان «رفتار ارتكابی» و «نتیجه مجرمانه». بنابراین این نوع از رابطه سببیت (علیت) در جرایم مطلق محلی از اعراب ندارد، چرا که جرایم مطلق، نتیجه مجرمانه‌ای ندارند که کوشش شود رابطه‌ی آن را با رفتار ارتكابی مرتکب اثبات کرد.^۱



هرچند اثبات رابطه‌ی سببیت (علیت) در برخی از موارد سهل و آسان است، تا جایی که به نظر می‌رسد فهم این موضوع، چندان پیچیده و غامض نباشد، مثلاً در جایی که تنها یک عامل در وقوع جرم دخالت داشته باشد، مانند اینکه شخصی با پرتاب کردن دیگری از بلندی یا به وسیله تیراندازی موجب قتل وی گردد، اما در بسیاری از موارد به دلیل حضور و دخالت چند عامل، احراز رابطه سببیت (علیت) بسیار دشوار می‌شود.

با تمامی این اوصاف با توجه به مواد ۴۹۲ و ۴۹۳ ق.م.ا مصوب ۹۲ مشخص می‌گردد در تمامی جرایم مقید بایستی این نوع از رابطه سببیت (علیت) به اثبات رسد. در همین راستا، قانونگذار در ماده ۴۹۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ بیان داشته است:

«جنایت در صورتی موجب قصاص یا دیه است که نتیجه حاصله مستند به رفتار مرتکب باشد اعم از آنکه به نحو مباشرت یا به تسبیب یا به اجتماع آنها انجام شود».

^۱ البته به نظر می‌رسد باید نوع دیگری از رابطه سببیت (علیت) در جرایم مطلق به اثبات رسد، توضیح اینکه گاه مقصود از اثبات رابطه سببیت، اثبات وجود پیوند میان «رفتار ارتكابی» و «نتیجه مجرمانه» است که در این حوزه جرایم مطلق به دلیل نداشتن نتیجه مجرمانه وارد نمی‌شوند، اما گاهی منظور از رابطه علیت، اثبات وجود پیوند میان «مرتکب» و «رفتار فیزیکی صادر شده از وی» می‌باشد که در خصوص جرایم مطلق نیز صدق می‌کند، برای مثال به رغم اینکه جرم شهادت کذب، جرمی مطلق بوده و نیازمند نتیجه‌ای نیست، اما در همین جا نیز برای مسئول دانستن شاهد، باید وجود رابطه علیت میان مرتکب و رفتار فیزیکی وی به اثبات رسد، برای مثال چنانچه شاهد بر اثر اکراه دیگری، مرتکب شهادت کذب شود، عرف مکره را سبب اقوای از مباشر و عمل را منسوب به او و حتی مسئولیت کیفری را نیز متوجه او می‌داند مگر در استثنائاتی مثل قتل.

همچنین در ماده ۴۹۳ بیان داشته است:

«وجود فاصله زمانی، میان رفتار مرتکب و نتیجه ناشی از آن، مانع از تحقق جنایت نیست مانند فوت ناشی از انتقال عامل بیماری کشنده، که حسب مورد موجب قصاص یا دیه است. حکم این ماده و ماده (۴۹۲) این قانون در مورد کلیه جرائم جاری است.»

با دقت در این دو ماده و به طور خاص، قسمت انتهایی ماده ۴۹۳ یعنی «...حکم این ماده و ماده (۴۹۲) این قانون در مورد کلیه جرائم جاری است» روشن می شود هر چند این دو ماده در بخش جنایات ذکر شده است، اما ضرورت وجود رابطه سببیت (علیت) صرفاً محدود به جنایات نبوده و لازم است در تمامی جرایم وجود پیوند میان «رفتار ارتكابی» مرتکب و «نتیجه حاصله» ثابت گردد، چرا که اگر وجود چنین رابطه‌ای به اثبات نرسد، نمی توان جرم واقع شده را به مرتکب نسبت داد، درست به همین دلیل است که قانونگذار در ماده‌ی ۳۷۱ ق.م.ا.م.صوب ۹۲ آورده است:

«هرگاه کسی آسیبی به شخصی وارد کند و بعد از آن دیگری او را به قتل برساند قاتل همان نفر دوم است اگرچه آسیب سابق به تنهایی موجب مرگ می گردید و اولی فقط به قصاص عضو محکوم می شود.»

با دقت در این ماده مشخص می گردد آنچه که باعث شده است جراح اول، قاتل محسوب نگردد، عدم وجود رابطه سببیت (علیت) میان رفتار وی و نتیجه حاصله (مرگ) بوده است، چرا که نفر دوم با ورود صدمه به مقتول، در واقع قطع کننده رابطه سببیت (علیت) میان رفتار ارتكابی شخص نخست با نتیجه حاصله بوده است.^۱

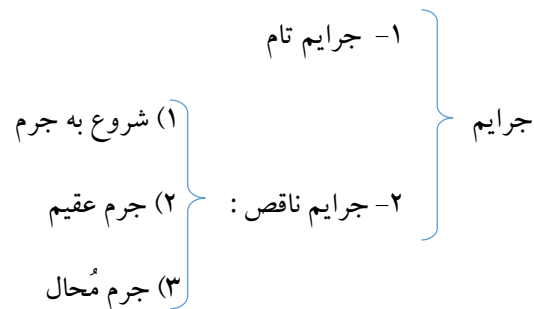
دو- جرایم ناقص (شروع به جرم، جرم عقیم و جرم مُحال)

یکی از مباحث مهمی که بایستی در انتهای بحث جزء سوم رکن مادی یعنی «نتیجه مجرمانه» ذکر شود، بحث مهم «جرایم ناقص» می باشد. هر چند برای تحقق جرم و تحمیل مجازات، همواره وقوع «رفتار ارتكابی» شرط می باشد، اما این امر لزوماً منوط به تحقق «نتیجه مجرمانه» نیست، چرا که ممکن است بزهکار:

^۱ در خصوص رابطه سببیت (علیت) توجه به مواد ۵۲۶، ۵۳۳، ۵۳۵ و ۵۳۶ ق.م.ا.م.صوب ۹۲ حائز اهمیت است که باید در درس حقوق جزای اختصاصی یک مفصلاً بیان شود. در اینجا تنها به ذکر این نکته بسنده می شود که قانونگذار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ برخلاف قانون سابق که در ماده ۳۶۳ بیان داشته بود: «در صورت اجتماع مباشر و سبب در جنایت، مباشر ضامن است مگر اینکه سبب اقوی از مباشر باشد»، در ابتدای ماده ی ۵۲۶ بیان داشته است: «هرگاه دو یا چند عامل، برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی تاثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به اوست، ضامن است...».

- (۱) یا در مرحله شروع به اجرا، بنا به عللی که خارج از اراده‌ی اوست، از ادامه عمل متوقف بماند که در این حالت با وجود شرایطی که بعداً ذکر خواهد شد، «شروع به جرم» محقق می‌شود.
- (۲) یا به رغم انجام کامل تمامی مراحل ارتکاب جرم، به مقصود واقعی یعنی حصول «موفقیت آمیز» نتیجه مجرمانه دست پیدا نکند که در این حالت، یکی از دو عنوان «جرم مُحال» و «جرم عقیم» واقع می‌شود.

به مجموع چنین جرایمی در حقوق جزا «جرایم ناقص» گفته می‌شود. به عبارت دیگر، از منظر حصول یا عدم حصول نتیجه و طی شدن یا نشدن تمامی مراحل ارتکاب جرم، جرایم را می‌توان به دو قسمت کلی زیر تقسیم کرد:



توضیح اینکه وقوع کامل یک جرم منوط به طی مراحل از سوی مرتکب است. اصولاً رفتار مجرمانه همچون سایر رفتارهای آدمی با «قصد» آغاز می‌شود، بعد از تحقق قصد، مرحله «تهیه مقدمات» فرا می‌رسد، پس از فراهم شدن مقدمات، شخص «شروع به اجرا» می‌کند. پس از این سه مرحله، مطابق با قواعد حقوقی، یکی از این چهار حالت قابل تصور است: جرم تام، شروع به جرم، جرم مُحال و جرم عقیم. در ادامه تلاش می‌شود هر یک از این چهار حالت توضیح داده شود.



مراحل چهار گانه‌ی ارتکاب جرم

یک- جرم تام

جرمی که «تمام» مراحل ارتکاب آن با «موفقیت» سپری شده است را جرم تام گویند. واژه‌ی «تمام» در تعریف، باعث تمییز جرم تام از «شروع به جرم» و کلمه‌ی «موفقیت» وجه ممیزه آن از «جرم مُحال» و «جرم عقیم» می‌باشد. بنابراین در نمودار فوق، هر چهار مرحله «قصد مجرمانه»، «تهیه مقدمات»، «شروع به اجرا» و «اجرای تام» با «موفقیت» سپری می‌گردد. برای

مثال الف قصد قتل ب را می کند (قصد مجرمانه)، سپس اقدام به تهیه اسلحه می کند (تهیه مقدمات)، بعد از تهیه اسلحه، در سر راه ب کمین کرده و به سمت وی نشانه می گیرد (شروع به اجرا) و سرانجام با شلیک تیر وی را از پای در می آورد. (جرم تام قتل) در چنین مواردی، مرتکب براساس نوع جرم ارتكابی به مجازات قانونی محکوم می گردد.

دو- شروع به جرم

بر مبنای برخی از آراء دیوان عالی کشور مقصود از شروع به جرم یعنی «توسل به عوامل اجرایی جرم که اگر برای مرتکب انصراف حاصل نشده و عایقی نرسد جرم ناگزیر به وقوع می پیوندد». براساس این تعریف، جایگاه شروع به جرم، در مرحله سوم یعنی «شروع به اجرا» می باشد. یعنی مرتکب بعد از «قصد ارتکاب جرم»، اقدام به «تهیه مقدمات» کرده و بعد از آن «شروع به اجرای جرم» می نماید اما به جهت یک عامل خارج از اراده، قصدش معلق می ماند. برای مثال الف قصد قتل ب را می کند (قصد مجرمانه)، سپس اقدام به تهیه اسلحه می کند (تهیه مقدمات)، بعد از تهیه اسلحه، در سر راه ب کمین کرده و به سمت وی نشانه می گیرد (شروع به اجرا)، اما قبل از تیراندازی، توسط پلیس دستگیر می شود. (انصراف غیرارادی) برای فهم هر چه بهتر شروع به جرم، توجه به صدر ماده ۱۲۲ و ماده ۱۲۳ ق.م.ا مصوب ۹۲ حائز اهمیت است. قانونگذار در این مواد آورده است:

ماده ۱۲۲ ق.م.ا: «هر کس 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 می شود:.....»

ماده ۱۲۳ ق.م.ا: «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 نمی باشد.»

با جمع دو ماده ی فوق الذکر، فرمول شروع به جرم عبارتند از :

شروع به جرم = قصد مجرمانه + تهیه مقدمات + شروع به اجرا + انصراف غیرارادی

(۱) قصد مجرمانه

مرحله «قصد مجرمانه» که نهانی و نفسانی بوده و تجلی بیرونی پیدا نکرده است، حتی در صورت اثبات از طرقی مثل اقرار یا شهادت شهود، اصولاً قابل مجازات نبوده و از سیطره احکام جزایی خارج می باشد. قانونگذار خود در صدر ماده ۱۲۳ ق.م.ا مصوب ۹۲ به این نکته تاکید کرده است، آنجا که بیان داشته است:

«مجرد قصد ارتکاب جرم شروع به جرم نیست و از این حیث قابل مجازات نمی باشد»

هر چند به نظر می‌رسد قانونگذار در این ماده ذکر کرده است قصد مجرمانه از حیث شروع به جرم بودن قابل مجازات نیست، اما به نظر می‌رسد که تعبیر «... شروع به جرم نیست و از این حیث قابل مجازات نمی‌باشد» ناظر به قسمت دوم ماده ۱۲۳ ق.م.ا مصوب ۹۲ یعنی «تهیه مقدمات» بوده و منصرف از «قصد مجرمانه» است، چرا که قصد مجرمانه مطلقاً قابل مجازات نیست، نه اینکه از حیث شروع به جرم قابل مجازات نباشد.

در پایان این قسمت، در خصوص مولفه‌ی «قصد مجرمانه» ذکر دو نکته حائز اهمیت است:

نکته اول: ممکن است تصور شود در برخی از موارد، قانونگذار استثنائاً «قصد مجرمانه» را جرم تلقی کرده و برای آن مجازات پیش‌بینی کرده باشد، برای مثال محتمل است به مواد ۶۱۰ و ۶۶۹ ق.م.ا مصوب ۷۵ اشاره شود. اما باید بیان داشت چنین تصویری اشتباه و به دور از واقعیت است، چرا که:

- ۱) در ماده ۶۱۰ ق.م.ا مصوب ۷۵، آنچه که جرم تلقی شده است نه صرفاً «قصد مجرمانه»، بلکه «تبانی» یعنی توافق طرفین بر ارتکاب جرائم علیه امنیت می‌باشد. به عبارت دیگر، در جرم موضوع این ماده یعنی «اجتماع و تبانی در ارتکاب جرائم علیه امنیت کشور»، قصد مجرمانه در قالب تبانی «نمود خارجی» پیدا می‌کند. بنابراین بدیهی است که رکن مادی این جرم «تبانی» بوده و امری فراتر از «قصد مجرمانه» می‌باشد.
- ۲) در خصوص ماده ۶۶۹ ق.م.ا مصوب ۷۵ که ناظر به «تهدید» می‌باشد نیز وضعیت به همین منوال است، یعنی قانونگذار در این ماده، «قصد مجرمانه» محض را قابل مجازات ندانسته است، بلکه قصد مجرمانه‌ای که در قالب «گفتار، نوشتار و یا مانند آن» به منصفه ظهور رسیده و نمود خارجی پیدا کرده است را جرم تلقی کرده و برای آن مجازات تعیین کرده است.

نکته دوم: توجه به مولفه‌ی «قصد مجرمانه» که در ابتدای ماده ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ بدان تصریح شده است، بدین معنی است که قاعدتاً در جرایم غیر عمدی فرض وجود «شروع به جرم» منتفی می‌باشد، چرا که رکن معنوی جرایم غیر عمدی نه قصد مجرمانه، بلکه «تقصیر جزایی» است.

۲) تهیه مقدمات

همانند مرحله‌ی «قصد مجرمانه»، اصل بر این است که تهیه مقدمات نیز جرم نبوده و قابل مجازات نمی‌باشد. این نکته‌ی حقوقی به درستی توسط قانونگذار در ماده ۱۲۳ ق.م.ا مصوب ۹۲ بیان شده است:

«مجرد 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».

دقت و تفحص در این قسمت ماده تبیین‌کننده این موضوع است که «تهیه مقدمات» صرفاً به عنوان شروع به جرم، قابل مجازات نمی‌باشد، اما چه بسا تحت عناوین دیگری جرم تلقی شده و قابل مجازات باشد:

برای مثال قانونگذار صرف «تهیه وسیله ارتکاب جرم علیه امنیت» را در ماده ۶۱۰ ق.م.ا.مصوب ۷۵ جرم دانسته و برای آن مجازات در نظر گرفته است، در حالی که از لحاظ موازین حقوقی این مقدار رفتار در مرحله «تهیه مقدمات» جای می‌گیرد و اصولاً قابل مجازات نیست!

مثال دیگر اینکه تصور کنید الف به قصد قتل ب اقدام به خرید اسلحه غیرمجاز نموده و بعد از نشانه‌گیری به سمت وی، در واپسین لحظات، با اختیار خود از تیراندازی منصرف گردد، هر چند به جهت انصراف ارادی (فقدان مولفه‌ی چهارم فرمول شروع به جرم)، رفتارش تحت عنوان «شروع به جرم» قابل مجازات نیست، اما به جهت خرید اسلحه غیرمجاز و با استناد به ماده ۶ قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز مصوب ۹۰، رفتارش جرم تلقی شده و مجازات خواهد شد.

توجه به مثال‌های فوق روشن می‌سازد چرا قانونگذار در انتهای ماده‌ی ۱۲۳ ق.م.ا.مصوب ۹۲ آورده است، تهیه مقدمات صرفاً «...از این حیث [شروع به جرم] قابل مجازات نمی‌باشد». یعنی هرچند چنین رفتاری در قالب شروع به جرم قابل مجازات نیست، ولی ممکن است از حیث دیگری غیر از شروع به جرم دارای مجازات باشد.

نکته: با توجه به مطالب فوق مشخص شد وجه اشتراک مرحله «قصد مجرمانه» و «تهیه مقدمات» این است که در هر دو «اصل بر عدم جرم بودن و غیرقابل مجازات بودن می‌باشد» اما وجه افتراقشان این است که در «قصد مجرمانه»، این اصل هیچ استثنایی ندارد، یعنی مطلقاً مرحله‌ی «قصد مجرمانه» جرم نبوده و قابل مجازات نیست، در حالی که در «تهیه مقدمات» هر چند اصل بر جرم نبودن و مجازات نشدن می‌باشد، اما ممکن است مقدار رفتار ارتكابی استثنائاً تحت عنوان دیگری قابل مجازات باشد.

۳) شروع به اجرا

با توجه به صدر ماده ۱۲۲ و ماده ۱۲۳ ق.م.ا.مصوب ۹۲ پس از مراحل «قصد مجرمانه» و «تهیه مقدمات»، نوبت به مرحله «شروع به اجرا» می‌رسد. بی تردید برای محکوم کردن مرتکب به مجازات شروع به جرم، بایستی وی شروع به اجرای جرم

نماید یعنی وارد عملیات اجرایی جرم شود، به شکلی که اگر در مرحله «تهیه مقدمات» باقی بماند، با توجه به ماده ۱۲۳ ق.م.ا مصوب ۹۲، محکوم کردن وی به مجازات شروع به جرم ممکن نیست. بنابراین مهمترین نکته‌ی این قسمت، معیار تفکیک دو مرحله «تهیه مقدمات» و «شروع به اجرا» از یکدیگر است. در همین راستا، میان حقوقدانان برای تمییز «اعمال مقدماتی» از «اعمال اجرایی» سه نظریه مطرح شده است که به شرح زیر می‌باشد:

یک- نظریه عینی: براساس این نظریه ورود به مرحله «شروع به اجرا» زمانی تحقق می‌یابد که شخص یکی از رفتارهایی که در تعریف قانونی جرم ذکر شده است (خواه به عنوان رکن تشکیل دهنده‌ی جرم و خواه به عنوان یکی از کیفیات مشدده جرم) را مرتکب شود. برای مثال در جرم سرقت، بعد از آنکه «الف» بر روی جواهرآلات «ب» دست گذاشته (اقدام به ربودن که رکن تشکیل دهنده‌ی جرم سرقت است / ماده ۲۶۷ ق.م.ا مصوب ۹۲) و یا در حین شکستن گاو صندوق جواهرآلات (یکی از کیفیات مشدده جرم / بند ۴ ماده ۶۵۱ ق.م.ا مصوب ۷۵) دستگیر شود، محکوم کردن وی به شروع به جرم سرقت بی‌اشکال است. بدیهی است که پذیرش این نظر بیش از آنکه منافع اجتماعی را تامین نماید، منافع متهم را تامین می‌کند.

دو- نظریه ذهنی: براساس این نظریه برای تشخیص ورود به مرحله «شروع به اجرا» بیش از رفتار ارتكابی، به قصد مجرمانه توجه می‌شود. بر این اساس ورود به مرحله شروع به اجرا، انجام رفتاری است که مبین تصمیم شخص بر ارتكاب جرم باشد حتی اگر این رفتار از ارتكاب جرم فاصله‌ی بسیاری داشته باشد. برای مثال طرفداران این نظریه معتقدند اگر «الف»، «ب» را به سرقت جواهرآلاتش تهدید کند، به شکلی که این مقدار رفتارش - مثلاً به جهت اختلاف مالی که با «ب» دارد- مبین تصمیم قطعی و عزم راسخ در عملی کردن تهدیدش نسبت به «ب» باشد، بعید نیست که بتوان وی را به شروع به سرقت محکوم ساخت. تردیدی نیست که پذیرش این نظریه دقیقاً برخلاف نظریه نخست، بیش از منافع متهم، حافظ منافع جامعه می‌باشد.

سه- نظریه ترکیبی: طرفداران این نظریه بر این باورند برای تحقق «شروع به اجرا» نه بایستی همانند نظریه نخست منتظر ماند تا شخص اقدام به انجام رکن مادی جرم یا کیفیات مشدده آن کرده تا از این طریق امنیت جامعه به خطر افتد و نه بایستی همچون نظریه دوم، انجام رفتارهایی دور و مبهم را به بهانه روشن شدن قصد مجرمانه «شروع به اجرا» تلقی کرده تا امنیت فردی به مخاطره افتد. به همین جهت، طرفداران نظریه ترکیبی معتقدند رفتاری باید شروع به اجرا تلقی گردد که اولاً بدون هیچ ابهامی مترجم قصد سوء مرتکب باشد و ثانیاً باید با ارتكاب جرم مقصود، پیوندی آشکار و مستقیم داشته باشد. بنابراین مثلاً زمانی «الف» را می‌توان به مجازات شروع به سرقت محکوم ساخت که بعد از آماده شدن برای بالا رفتن از دیوار منزل «ب»، به جهت فریادهای مکرر صاحبخانه، در حین فرار توسط همسایگان و یا پلیس دستگیر شود.

آنچه بیان شد اختلاف میان حقوقدانان در خصوص معیارهای تفکیک «شروع به اجرا» از «تهیه مقدمات» است. در ادامه تلاش می‌شود در ابتدا نظریه پذیرفته شده توسط «رویه قضایی» و سپس نظریه نزدیک‌تر به رویکرد قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ بیان گردد:

یک- رویه قضایی: به رغم وجود نوعی تشویش در رویه قضایی کشور، در مجموع می‌توان گفت رویکرد دیوان عالی کشور بیشتر متمایل به «نظریه عینی» می‌باشد. در همین راستا، برخی از آراء دیوان عالی کشور عبارتند از:

- ۱) رای شماره ۱۸۵۲ / ۱۷۱۱ - ۱۹ / ۷ / ۱۳۲۹: «..... اگر کسی در حالی که می‌خواهد از پنجره بالا رود دستگیر شود با احراز قصد سرقت، تعقیب وی به عنوان شروع در سرقت صحیح نیست».
- ۲) رای شماره ۶ د ۱۴۳۸ - ۲۲ / ۵ / ۱۳۲۱: «صرف شکستن قفل و ورود به خانه غیر برای دزدی از مقدمات قریبه و شروع به سرقت محسوب می‌شود....»
- ۳) رای شماره ۵ د ۴۱۳ - ۲۲ / ۲ / ۱۳۱۷: «کندن پاشنه در خانه و ورود در آن به منظور سرقت شروع به سرقت محسوب است....».
- ۴) رای شماره ۱۴۵۲ / ۱۷۰ - ۴ / ۱۲ / ۱۳۲۸: «کسی که به قصد سرقت برای باز کردن در خانه زور می‌دهد و همان موقع دستگیر می‌شود شروع به سرقت نکرده است چه این عمل ایجاد مقدماتی است برای سرقت....» (ر.ک. زراعت، ۱۳۹۲، ص ۱۶۵)

دو- قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲: تا بدین جا مشخص شد درباره تفکیک مرحله «تهیه مقدمات» از «شروع به اجرا» در میان «حقوقدانان» سه نظریه‌ی مهم «عینی»، «ذهنی» و «ترکیبی» مطرح شده که «رویه قضایی» بیشتر متمایل به پذیرش «نظریه عینی» می‌باشد، شاید بدین دلیل که به نفع متهم است. با تمامی این اوصاف به نظر می‌رسد قانونگذار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ بیشتر گرایش به «نظریه ترکیبی» داشته و برای تحقق «شروع به جرم» لزومی ندیده است که مرتکب حتماً وارد تعریف قانونی جرم گردد. پشتوانه حقوقی چنین ادعایی ادبیات ماده ۱۲۳ ق.م.ا مصوب ۹۲ می‌باشد، آنجا که قانونگذار بیان داشته است:

«..... عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم است و ارتباط مستقیم با وقوع جرم ندارد، شروع به جرم نیست...»

دقت در عبارات فوق مشخص می‌سازد قانونگذار برای شروع به اجرا تلقی کردن یا نکردن یک رفتار قائل به تفسیر «عملیات مقدماتی» شده است، بدین صورت که:

- یک -** اگر «عملیات مقدماتی» ارتباط مستقیمی با وقوع جرم نداشته باشد و صرفاً مقدمه جرم باشد، به معنای «شروع به اجرا» و به تبع آن در صورت وجود سایر شرایط «شروع به جرم» نمی‌باشد.
- دو-** اگر «عملیات مقدماتی» ارتباط مستقیم با وقوع جرم داشته باشد، با حصول سایر شرایط، «شروع به جرم» محسوب می‌گردد، حتی اگر این مقدار رفتار هنوز به معنای ورود به تعریف قانونی جرم نباشد.

در مقام **قضاوت نهایی** باید اعتراف کرد تشخیص «شروع به اجرا» بودن یا نبودن یک رفتار همواره از جمله امور موضوعی بوده که تعیین و تشخیص آن در هر مورد با توجه به نوع جرم، سوابق و خصوصیات متهم و کیفیات قضیه با قاضی رسیدگی کننده می‌باشد.

بحث آخر قسمت «شروع اجرا» ذکر دو نکته‌ی مهم می‌باشد:

نکته اول: ممکن است تصور شود از آن جایی که شروع به اجرا - به عنوان رکن مادی شروع به جرم - مستلزم ارتکاب یک رفتار می‌باشد، بنابراین فرض تحقق شروع به جرم در «جرائم ترک فعل» ممکن نمی‌باشد، چون در جرائم ترک فعل، یا انسان از دستور قانونگذار اطاعت کرده و یا از آن سرپیچی می‌کند و بنابراین در آن امکان تصور شروع به اجرا وجود ندارد. این در حالی است که می‌توان موردی را تصور کرد که به رغم آنکه جرم در قالب «ترک فعل» محقق می‌گردد اما دارای شروع به جرم باشد، برای مثال فرض کنید مربی شنا با شخصی قراردادی مبنی بر آموزش شنا به فرزند وی منعقد نموده و در ضمن آن حفظ حیات فرزند را نیز شرط کرده باشد. حال اگر شخص، فرزند خود را برای آموزش شنا به وی بسپارد و فرزند جهت آموزش شنا، وارد آب شود و در معرض غرق شدن قرار گیرد و مربی شنا با رویت وی و با قصد غرق شدنش هیچ اقدامی انجام ندهد (ترک فعل)، و در همین لحظه پدر فرزند وارد استخر شده و او را نجات دهد، به نظر می‌رسد محکومیت مربی شنا به شروع به قتل عمدی بلاشکال باشد، (ر.ک. شمس و همکاران، ۱۳۹۲، ص ۲۶۶) چرا که تا آخرین لحظه همچنان امکان نجات فرزند توسط ناجی وجود داشته است، بنابراین نمی‌توان ادعا کرد که به محض ترک کمک رسانی، جرم به صورت تام محقق شده است و نمی‌توان آن را شروع به جرم در نظر گرفت.

نکته دوم: علاوه بر جرائم ترک فعل، در خصوص «جرائم مطلق» نیز برخی بر این باورند از آنجایی که این جرائم نیازی به نتیجه مجرمانه نداشته و به محض تحقق رفتار ارتكابی، جرم واقع می‌گردد، پس در این قبیل جرائم به دلیل عدم امکان تصور شروع به اجرا، تحقق شروع به جرم منتفی می‌باشد. بنابراین باید شروع به جرم را فقط در جرائم مقید قابل تصور دانست. ولی به نظر می‌رسد در این جرائم هم فرض شروع به جرم ممکن باشد، برای مثال می‌توان به جرم جعل، به عنوان یک جرم مطلق اشاره کرد. فرض کنید شخصی در حالی که نصف یک اسکناس ده هزار ریالی را ساخته است، توسط ماموران انتظامی دستگیر شود. در این حالت هر چند محکوم کردن مرتکب به مجازات جرم تام جعل ممکن نمی‌باشد، اما دلیلی برای عدم محکومیت وی به مجازات شروع به جعل وجود ندارد، چرا که بخشی از جرم جعل را انجام داده است. یا اینکه متهمی برای رهایی از چنگال عدالت به قاضی پیشنهاد رشوه دهد و در حین دادن پول به قاضی، توسط پلیس دستگیر شود. در این مثال به رغم آنکه جرم رشاء یک جرم مطلق می‌باشد، اما تصور تحقق شروع به جرم ممکن می‌باشد.

۴) انصراف غیرارادی

بعد از آنکه یک شخص «قصد» ارتکاب جرم داشته، اقدام به «تهیه مقدمات» نموده و «شروع به اجرا» کرده است، در دو حالت ممکن است جرم خود را به اتمام نرساند که به شرح زیر است:

حالت نخست- مرتکب «با رضایت قلبی»، شخصاً دست از ارتکاب جرم کشیده و آن را به پایان نمی‌رساند که در این حالت، انصراف، «انصراف ارادی» تلقی می‌گردد.

حالت دوم- مرتکب «برخلاف رضایت قلبی» خود و به جهت حضور عامل خارجی، جرم مقصود را به اتمام نمی‌رساند که در این حالت، انصراف، «انصراف غیرارادی» محسوب می‌شود.

در خصوص **حالت نخست** یعنی «انصراف ارادی» قانونگذار ماده ۱۲۴ ق.م.ا.م.صوب ۹۲ را پیش‌بینی کرده است:

«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».

با توجه به ماده‌ی فوق‌الذکر، اگر شخصی با اراده خود و بدون آنکه تحت تاثیر هیچ عامل خارجی قرار گرفته باشد، پس از شروع به اجرا، جرم را به اتمام نرساند، بی تردید تحت عنوان «شروع به جرم» قابل مجازات نیست. البته در این خصوص توجه به نکات زیر حائز اهمیت است:

نکته اول: انصرافی، «انصراف ارادی» محسوب می‌شود که «قبل از اتمام ارتکاب جرم» باشد، یعنی توجه به «زمان انصراف» بسیار مهم می‌باشد، به عبارت ساده‌تر:

یک- اگر زمان انصراف «بعد از شروع به اجرا» و «قبل از اتمام کامل جرم» باشد، چنین انصرافی، «انصراف ارادی» محسوب شده و طبق ماده ۱۲۴ ق.م.ا.م.صوب ۹۲ باعث عدم تحقق «شروع به جرم» می‌گردد.

دو- اگر زمان انصراف، «بعد از اتمام ارتکاب جرم» و «تحقق نتیجه مجرمانه» باشد بدین معنی که مرتکب بعد از انجام جرم از کرده خود نادم و پشیمان گردد، این حالت روانی، تاثیری بر ماهیت جرم واقع شده نداشته و تنها ممکن است با استناد به بندهایی مثل بند «ث» ماده ۳۸ ق.م.ا.م.صوب ۹۲ از «جهات تخفیف» مجازات به حساب آید. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۲۲۷؛ برای مطالعه بیشتر ر.ک. شمس و همکاران، ۱۳۹۲، ص ۲۶۹)

با توجه به مطالب فوق روشن می‌شود که باید میان «انصراف ارادی» و «احساس ندامت و پشیمانی» قائل به تفکیک شد. برای مثال اگر سارقی بعد از جمع آوری اموال مسروقه و قبل از خارج کردن آنها از منزل، از اتمام کار منصرف شود مشمول ماده ۱۲۴ ق.م.ا مصوب ۹۲ بوده و بنابراین رفتار وی «شروع به سرقت» محسوب نمی‌گردد. اما چنانچه بعد از بردن مال به منزل خود، از کرده خویش پشیمان شده و و اموال مسروقه را بازگرداند، دیگر مشمول ماده ۱۲۴ ق.م.ا نخواهد بود، بدین دلیل واضح که با خروج مال از ید مالکانه‌ی صاحب مال، جرم سرقت به وقوع پیوسته است. در این حالت النهایه ممکن است به جهت ندامت مجرم، مطابق با ماده ۳۸ ق.م.ا مصوب ۹۲ در مجازات وی تخفیف داده شود.

نکته دوم: گاه ممکن است حالات بینابینی ایجاد گردد مبنی بر اینکه امر مشتبه شود که انصراف واقع شده، «انصرافی ارادی» است و یا اینکه «انصرافی غیرارادی» می‌باشد! برای روشن شدن مطلب به سه مثال زیر توجه شود:

یک - شخصی در هنگام سرقت صدایی را می‌شنود و به خیال آنکه صاحب‌خانه بیدار شده است، از انجام سرقت خودداری کرده و فرار می‌کند.

دو - شخصی هنگامی که در آستانه قتل دیگری است، سایه‌ای را از دور می‌بیند و به تصور اینکه صاحب سایه از مأمورین انتظامی بوده و در مقام دستگیری وی می‌باشد، فرار را بر قرار ترجیح دهد.

سه - شخصی که در حال ارتکاب جرمی مثل سرقت یا قتل است، با حضور شخص دیگری مواجهه شده که با پند و اندرز و یادآوری عواقب جرم ارتكابی، در نهایت باعث انصراف وی از اتمام جرم خود می‌شود.

حال سوال این است که آیا این قبیل موارد را باید انصراف ارادی تلقی کرد یا غیرارادی؟ در پاسخ باید گفت به نظر می‌رسد ملاک تشخیص ارادی بودن یا نبودن انصراف در این قبیل مثال‌ها «عرف» می‌باشد، بدین صورت که آیا در نگاه اکثریت مردم چنین انصرافی، «انصراف ارادی» به حساب می‌آید یا خیر. به دیگر سخن:

یک - چنانچه عرف انصراف واقع شده را «برخلاف رضایت قلبی» بدانند، می‌بایست انصراف را «انصراف غیرارادی» محسوب کرد و صرف عدم حضور شخص ثالث نیز دلیلی برای «ارادی دانستن انصراف» نمی‌باشد. بنابراین باید انصراف دو مثال نخست را «انصراف غیرارادی» به حساب آورد، چون آنچه که باعث عدم اتمام جرم سرقت و قتل شده است، به ترتیب «صدای شنیده شده» و «سایه دیده شده» بوده است و اگر این موارد وجود نمی‌داشت، مرتکب مصمم به اتمام جرم خود بوده است.

دو - چنانچه عرف انصراف واقع شده را با «رضایت قلبی» همراه بدانند، می‌بایست انصراف را «انصراف ارادی» دانست و صرف حضور شخص ثالث نیز دلیلی برای «غیرارادی دانستن انصراف» نمی‌باشد. بنابراین باید انصراف مثال سوم را «انصراف ارادی» دانست، چرا که به رغم وجود شخص ثالث، در نهایت، خود مرتکب تصمیم گرفته است از اتمام جرم خود دست کشد بدون آنکه عامل قهری و خارج از اراده بر وی تحمیل شده باشد.

نکته سوم: هر چند ممکن است در جرایم مطلق، تصور وقوع «انصراف ارادی» سخت باشد، اما به نظر می‌رسد بتوان مثال‌هایی را در این مورد ذکر کرد. برای نمونه در جرم مطلق قاچاق طلا می‌توان تصور نمود شخص قاچاقچی، درست در لحظه‌ای که قصد تسلیم طلا به متصدی حمل و نقل دارد، از ادامه‌ی عمل نادم شده و از ارتکاب جرم منصرف شود. در این حالت، بی‌تردید انصراف، ارادی می‌باشد. بنابراین نه تنها در جرایم مقید، بلکه در جرایم مطلق نیز امکان انصراف ارادی وجود دارد. (ر.ک. شمس و همکاران، ۱۳۹۲، ص ۲۶۹)

نکته چهارم: اینکه در ماده ۱۲۴ ق.م.ا.مصوب ۹۲ آمده است انصراف ارادی چنانچه قبل از اتمام جرم باشد، شروع به جرم نبوده و از این منظر قابل تعقیب نیست، بدین معنی نیست که مرتکب در هیچ حالتی مجازات نخواهد شد، بلکه به حکم ماده ۱۲۴ ق.م.ا.مصوب ۹۲:

«.... لکن اگر همان مقدار رفتاری که مرتکب شده است جرم باشد به مجازات آن محکوم می‌شود».

برای مثال اگر شخصی به قصد قتل دیگری، اقدام به خرید اسلحه غیرمجاز نموده ولی قبل از تیراندازی از کرده خود منصرف گردد، هر چند طبق ماده ۱۲۴ ق.م.ا.مصوب ۹۲ و به جهت «انصراف ارادی قبل از اتمام جرم»، تحت عنوان «شروع به قتل» قابل تعقیب و مجازات نمی‌باشد، اما به جهت خرید اسلحه غیرمجاز قابل مجازات خواهد بود، چراکه «همین مقدار رفتاری که مرتکب شده است، جرمی مستقل می‌باشد».

با توجه به مطالب قبل، تکلیف حکم «حالت دوم» نیز روشن شده است. به دیگر سخن، با توجه به فرمول ارائه شده در ابتدای بحث «شروع به جرم» مشخص می‌گردد اگر بعد از طی مراحل «قصد مجرمانه»، «تهیه مقدمات» و «شروع به اجرا»، علت عدم تحقق جرم «انصراف غیرارادی» باشد، رفتار ارتكابی «شروع به جرم» بوده و مشمول ماده ۱۲۲ ق.م.ا.مصوب ۹۲ می‌گردد. این مولفه به صراحت در صدر این ماده بیان شده است، آنجا که قانونگذار آورده است:

«..... لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند.....».

مجازات شروع به جرم

بعد از بیان مراحل تحقق «شروع به جرم» نوبت به ذکر «مجازات شروع به جرم» می‌رسد. در این مورد، پیش از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲، موضع قانونگذار عدم پذیرش شروع به جرم به عنوان جرمی مستقل در نظام حقوق کیفری ایران بود. به همین جهت اصل بر عدم جرم بودن شروع به جرم بوده و قانونگذار به طور استثنایی در جرایم خاصی مثل جعل، خرابکاری، تحریق، آدم ربایی، قتل عمد، ارتشا و کلاهبرداری به جرم انگاری شروع به جرم اقدام نموده بود.

این در حالی است که در قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲، قانونگذار با عدول از رویکرد قبلی خود، در ماده ۱۲۲ ق.م.ا. مصوب ۹۲ «اصل را بر جرم بودن شروع به جرم گذاشته» و با توجه به مجازات جرم اصلی - که البته تحقق نیافته است - به تعیین مجازات پرداخته است. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۲۲۹) در بندهای سه گانه‌ی این ماده آمده است:

- الف- در جرائمی که مجازات قانونی آنها سلب حیات، حبس دائم یا حبس تعزیری درجه یک تا سه است به حبس تعزیری درجه چهار.
- ب - در جرائمی که مجازات قانونی آنها قطع عضو یا حبس تعزیری درجه چهار است به حبس تعزیری درجه پنج.
- پ - در جرائمی که مجازات قانونی آنها شلاق حدی یا حبس تعزیری درجه پنج است به حبس تعزیری یا شلاق یا جزای نقدی درجه شش.

قانونگذار در بندهای سه گانه‌ی ماده ۱۲۲ ق.م.ا. مصوب ۹۲، صرفاً «شروع به جرم» یک سری از جرایم را قابل مجازات دانسته است که عبارتند از:

- ۱) جرایمی که «مجازات قانونی» آنها، «سلب حیات» است.
- ۲) جرایمی که «مجازات قانونی» آنها، «حبس ابد» است.
- ۳) جرایمی که «مجازات قانونی» آنها، «حبس تعزیری از درجه یک تا پنج» است. البته قانونگذار این مورد را در سه قسمت در بندهای الف، ب و پ ذکر کرده است.
- ۴) جرایمی که «مجازات قانونی» آنها، «شلاق حدی» است.
- ۵) جرایمی که «مجازات قانونی» آنها، «قطع عضو» است.

بنابراین طبق ماده ۱۲۲ ق.م.ا. مصوب ۹۲ روشن می‌شود شروع به جرم جرایمی که مجازات قانونی آنها در سه بند فوق بیان نشده است، تحت عنوان «شروع به جرم» قابل مجازات نیست. برای مثال می‌توان به چند مورد مهم اشاره شود:

- یک-** شروع به جرم جرایم مستوجب تعزیری که مجازات قانونی آنها، «درجه شش تا هشت» باشد، قابل مجازات نیستند. چون در هیچ یک از بندهای سه گانه‌ی ماده ۱۲۲ ق.م.ا. مصوب ۹۲ ذکر نشده‌اند. در این خصوص تفاوتی نمی‌کند جرم ارتكابی دارای چه مجازات قانونی‌ای باشد، حبس، جزای نقدی، شلاق و یا هر نوع دیگر.
- دو-** شروع به جرم جرایم مستوجب تعزیری که مجازات قانونی آنها «درجه یک تا پنج» بوده و غیر از «حبس» باشد، قابل مجازات نیستند. چون در هیچ یک از بندهای سه گانه‌ی ماده ۱۲۲ ق.م.ا. مصوب ۹۲ ذکر نشده‌اند.
- سه-** شروع به جرم جنایات عمدی که مجازات قانونی آنها، «قصاص عضو» باشد، قابل مجازات نیستند. چون در هیچ یک از بندهای سه گانه‌ی ماده ۱۲۲ ق.م.ا. مصوب ۹۲ ذکر نشده‌اند.

بعد از تحلیل اجمالی «مجازات شروع به جرم» در ماده ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ نوبت به بررسی یک بحث چالشی تر می‌رسد. همان گونه که در ابتدای جزوه بیان گردید، از یک منظر، قوانین جزایی ایران به دو قسمت زیر تقسیم می‌شوند:

یک- قانون عام جزایی: مقصود از قانون عام جزایی، «قانون مجازات اسلامی» است که:

۱- چهار کتاب اول آن یعنی «کلیات، حدود، قصاص و دیات» مصوب کمیسیون داخلی قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۹۲ می‌باشد.

۲- کتاب پنجم آن یعنی «تعزیرات» مصوب خود مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۷۵ است.

دو- قوانین خاص جزایی: منظور از قوانین خاص جزایی، قوانین جزایی غیر از قانون مجازات اسلامی است که:

۱- گاهی مصوب «مجلس شورای اسلامی» است: همانند «قانون صدور چک» و «قانون مبارزه با پولشویی».

۲- گاهی مصوب «مجمع تشخیص مصلحت نظام» است: همانند «قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری»، «قانون تعزیرات حکومتی» و «قانون مبارزه با مواد مخدر».

با توجه به مقدمه فوق این سوال قابل طرح است که در حال حاضر برای تعیین مجازات شروع به جرم، در مواردی که هم طبق ماده ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ مجازاتی برای آن تعیین شده است و هم به صورت خاص در کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی مصوب ۷۵ و یا در قوانین خاص جزایی مصوب «مجلس شورای اسلامی» و مخصوصاً «مجمع تشخیص مصلحت نظام» برای آن مجازات تعیین شده است، چگونه باید حکم داد؟! به دیگر سخن، در موارد وجود تعارض، باید مجازات شروع به جرم را طبق ماده ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ تعیین نمود و یا همان مجازات پیش‌بینی شده در کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی مصوب ۷۵ و یا قوانین خاص جزایی را مجری دانست؟!

برای مثال اگر شخصی مرتکب شروع به جرم قتل عمدی شود، آیا بایستی مطابق با ماده ۶۱۳ ق.م.ا مصوب ۷۵ به ۶ ماه تا ۳ سال حبس تعزیری محکوم شده و یا مطابق با بند الف ماده ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ به بیش از ۵ تا ۱۰ سال حبس محکوم گردد؟! (تعارض میان ماده ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ با شروع به جرم‌های خاص در کتاب پنجم). یا اگر شخصی مرتکب شروع به کلاهبرداری ساده شود، آیا باید با استناد به تبصره ۲ ماده ۱ ق.ت.م.ا.ا.ک به ۱ سال حبس محکوم شده و یا با استناد به بند ب ماده ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ به ۲ تا ۵ سال حبس تعزیری محکوم گردد؟! (تعارض میان ماده ۱۲۲ ق.م.ا با شروع به جرم‌های مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام)

در مقام پاسخ‌دهی باید گفت به طور کلی در خصوص چگونگی اعمال مجازات شروع به جرم اختلاف نظرهای بسیار جدی‌ای میان حقوقدانان وجود دارد به شکلی که هنوز نظر واحدی در این باره به دست نیامده است. اما در مجموع برای پاسخ به این سوال به نظر می‌رسد باید به صورت زیر عمل شود:

یک- وجود تعارض میان ماده ۱۲۲ ق.م.ا.م صوب ۹۲ با دیگر قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی: در میان حقوقدانان، در خصوص تعارض میان قوانین مصوب مجلس، یعنی تعارض بین اعمال ماده ۱۲۲ ق.م.ا.م صوب ۹۲ با شروع به جرم‌های خاص کتاب پنجم مصوب ۷۵ و دیگر قوانین خاص مصوب مجلس، دو دیدگاه وجود دارد:

دیدگاه نخست: برخی بر این باورند به جهت وجود دلایل زیر همچنان شروع به جرم‌های خاص اعتبار دارند:

- ۱) توسل به قاعده «عام موخر ناسخ خاص مقدم نمی‌باشد». بنابراین ماده ۱۲۲ ق.م.ا.م صوب ۹۲ (عام موخر)، ناسخ شروع به جرم‌های خاص کتاب پنجم (مصوب ۷۵) و دیگر قوانین خاص جزایی مصوب مجلس (خاص مقدم) نیست.
- ۲) ثانیاً رویه قضایی نیز متمایل به آن است که شروع به جرم‌های خاص مجلس شورای اسلامی، به رغم پیش بینی ماده ۱۲۲ ق.م.ا.م صوب ۹۲ همچنان نسخ نشده و معتبر می‌باشند.

دیدگاه دوم: در نقطه مقابل، تعدادی دیگر از حقوقدانان معتقدند به جهت وجود دلایل زیر، باید قائل به نسخ ضمنی شروع به جرم‌های خاص شده و در کلیه این موارد مطابق با ماده ۱۲۲ ق.م.ا.م صوب ۹۲ عمل کرد:

- ۱) ایجاد نظم خاص برای تعیین مجازات در شروع به جرم.
- ۲) توجه به لزوم یکسان سازی نحوه رسیدگی در امور قضایی که در بند ۷ سیاست‌های کلان نظام مورد تاکید مقام معظم رهبری قرار گرفته است.
- ۳) اطلاق ماده ۷۲۸ ق.م.ا.م صوب ۹۲ در خصوص لغو کلیه مقررات و قوانین مغایر با این قانون.
- ۴) وجود تفاوت و شدت و ضعف میزان مجازات و عدم تناسب آن در صورت قائلیت به عدم نسخ موارد خاص مندرج در قوانین جزایی در خصوص تعیین مجازات شروع به جرم. (نظریه مشورتی ۷ / ۹۶۴ - ۲۶ / ۵ / ۹۲) (ر.ک. شمس و همکاران، ۱۳۹۲، ص ۲۷۱)
- ۵) مضافاً بر اینکه پیش بینی شروع به جرم‌های خاص زمانی معنی داشت که اصل بر عدم جرم بودن شروع به جرم بوده است نه در حال حاضر که طبق ماده ۱۲۲ ق.م.ا.م صوب ۹۲ اصل بر جرم بودن آن می‌باشد.

در مقام **قضاوت نهایی**، به نظر می‌رسد دیدگاه دوم، دیدگاهی منطقی‌تر و صائب‌تر می‌باشد. بنابراین باید قائل به این شد که شروع به جرم‌های خاص مصوب مجلس شورای اسلامی، خواه در کتاب پنجم مصوب ۷۵ (تعزیرات) و خواه دیگر قوانین خاص جزایی به وسیله ماده ۱۲۲ ق.م.ا.م صوب ۹۲ نسخ ضمنی شده‌اند.

دو- وجود تعارض میان ماده ۱۲۲ ق.م.ا.م صوب ۹۲ و قوانین مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام: چنانچه تعارض میان قوانین مصوب «مجلس شورای اسلامی» و قوانین مصوب «مجمع» باشد، به نظر می‌رسد باید قائل به تفکیک شد:

۱- تعارض ماده ۱۲۲ ق.م.ا. مصوب ۹۲ با «قوانین ابتدایی» مصوب مجمع: اگر مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام جنبه «ابتدایی» داشته باشد، یعنی مجمع تشخیص مصلحت نظام، ابتدا به ساکن اقدام به تصویب قانونی کند، بدون آنکه جزء موارد اختلافی میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان باشد، در این حالت به دلیل نظریه تفسیری شماره ۵۳۱۸ - ۲۴ / ۷ / ۷۲ شورای نگهبان باید قائل به این شد که این مصوبات همچنان اعتبار خود را دارا می‌باشد. بنابراین اصل بر این است که «شروع به جرم‌های قوانین ابتدایی مصوب مجمع در تعارض با ماده ۱۲۲ ق.م.ا. مصوب ۹۲ نسخ نشده‌اند». در این نظریه تفسیری آمده است:

«...هیچ یک از مراجع قانونگذاری حق رد، ابطال، نقض و فسخ مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام را ندارند...».

البته تنها استثنایی که می‌توان بر این قبیل قوانین مصوب مجمع وارد دانست آن است که در خود این قبیل قوانین، مجمع اجازه‌ی نسخ یا اصلاح را به مجلس اعطا کرده باشد. برای مثال هر چند «قانون مبارزه با مواد مخدر»، ابتدائاً در مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب رسید و اصولاً مصوبات مجلس قابلیت نسخ آن را ندارند، اما به جهت پیش‌بینی ماده ۴۵ در این قانون باید قائل به این شد که شروع به جرم‌های این قانون، به رغم ابتدایی بودنش، توسط ماده ۱۲۲ ق.م.ا. مصوب ۹۲ قابل نسخ می‌باشند. در این ماده آمده است:

«اصلاح این قانون توسط مجلس شورای اسلامی بلامانع است»

۲- تعارض ماده ۱۲۲ ق.م.ا. مصوب ۹۲ با «قوانین اختلافی» مصوب مجمع: اگر قوانین مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام مربوط به اختلاف نظر شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی باشد، در این حالت مطابق با نظریه تفسیری شماره ۵۳۱۸ - ۲۴ / ۷ / ۷۲ شورای نگهبان می‌توان قائل به نسخ شروع به جرم‌های قوانین مصوب مجمع شد. در این قسمت از نظریه تفسیری آمده است:

«...اما در صورتی که مصوبه مجمع تشخیص مصلحت مربوط به اختلاف نظر شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی بوده، مجلس پس از گذشت زمان معتدبه که تغییر مصلحت موجه باشد، حق طرح و تصویب قانون مغایر را دارد...»

در این زمینه می‌توان به قانون «تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری» اشاره کرد که جزء قوانین اختلافی است.^۱ بنابراین در این مورد به نظر می‌رسد شروع به جرم‌های خاص این قانون نیز با تصویب ماده ۱۲۲ ق.م.ا. مصوب ۹۲ نسخ شده و دیگر اعتباری ندارند.

بعد از پایان بحث «شروع به جرم» و چگونگی تعیین «مجازات آن» نوبت به بررسی سایر جرایم ناقص یعنی «جرم مُحال» و «جرم عقیم» می‌رسد که در ادامه بدان پرداخته می‌شود:

۱. قانون فوق مشتمل بر ۸ ماده و ۱۴ تبصره در جلسه علنی روز پنجشنبه مورخ ۲۸ / ۶ / ۱۳۶۴ مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۵ / ۹ / ۱۳۶۷ با اصلاحاتی به تایید و تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام اسلامی رسیده است.

سه - جرم مُحال

جرم مُحال به جرمی گفته می‌شود که مرتکب با قصد ارتکاب جرم، تمام کوشش خود را به کار بسته و مسیر جرم را تا آخر می‌پیماید، لیکن به جهت «غیرممکن بودن» وقوع آن، از کوشش خود نتیجه‌ای را به دست نمی‌آورد. مانند آنکه «الف» به قصد کشتن «ب»، ضربه‌ی چاقویی به وی می‌زند، غافل از اینکه «ب» ساعتی قبل به جهت سکنه مغزی در گذشته است و یا اینکه «الف» به قصد کشتن «ب»، گرد سفید رنگی را به تصور اینکه سم می‌باشد، در لیوان وی می‌ریزد، ولی بعداً مشخص شود که این گرد سفید رنگ، شکر بوده است!

با توجه به مطالب فوق، در خصوص جرم مُحال ذکر چند نکته حائز اهمیت است:

نکته اول: در یک تقسیم بندی حقوقی، «غیرممکن بودن» وقوع جرم مُحال به دو صورت می‌باشد:

۱) جرم مُحال قانونی: غیرممکن بودن وقوع جرم مُحال، وقتی «قانونی» است که به جهت عدم وجود «شرایط قانونی» تحقق جرم، «قانوناً» وقوع جرم ممکن نباشد. به عبارت ساده‌تر، رفتار مرتکب با تعریف قانونی جرم تطبیق نکند. برای مثال از نظر قانون، قتل عبارتند از «خاتمه دادن به حیات انسان زنده دیگر» و یا سقط جنین یعنی «سلب حیات از جنین در رحم مادر». پس «زنده بودن انسان» و «آبستن بودن مادر» به ترتیب، جزء شروط قانونی جرائم «قتل» و «سقط جنین» تلقی می‌شوند. حال اگر در مورد خاصی این شروط قانونی مصداق پیدا نکنند، علت غیرممکن بودن وقوع جرم، عدم وجود شروط موجود در تعاریف قانونی می‌باشد. بنابراین اگر شخصی به قصد «قتل» به سمت مرده‌ای تیراندازی نماید و یا به قصد «سقط جنین» با لگد به پهلوی زنی که اصلاً آبستن نیست، ضربه‌ای را وارد کند، وقوع این قبیل جرایم، به جهت فقدان تعاریف قانونی‌شان، «محال» می‌باشد.

۲) جرم مُحال مادی: غیرممکن بودن وقوع جرم مُحال، وقتی «مادی» است که وقوع جرم به جهت وجود تمامی شروط قانونی، قانوناً امکان پذیر باشد، ولی تحقق نتیجه مدنظر مرتکب به علل مادی غیرممکن است. البته غیرممکن بودن در جرم مُحال مادی خود به دو قسمت زیر تقسیم می‌شود:

یک - مُحال مادی مطلق: جرم مُحال مادی زمانی «مطلق» است که اصولاً تصور وقوع جرم امکان‌پذیر نباشد. برای مثال شخصی به قصد قتل در غذای دیگری شکر را به تصور سم بودن بریزد، و یا اینکه کسی به قصد احراق، آب را به تصور بنزین بودن بر روی اموال دیگری بریزد.

دو - مُحال مادی نسبی: جرم مُحال مادی زمانی «نسبی» است که غیرممکن بودن وقوع جرم در آن لحظه به عللی «غیرممکن» باشد، هر چند تصور وقوع آن در حالات دیگر ممکن باشد. برای نمونه شخصی که به قصد سرقت، دست در جیب دیگری می‌کند ولی اتفاقاً در آن لحظه جیب آن شخص خالی است، یا شخصی به تصور آنکه دیگری بر حسب معمول در رختخواب خوابیده است، به سمت وی تیراندازی کند، غافل از آنکه آن شخص در همان ساعت برای انجام امری از اتاق خارج شده است، و یا اینکه شخصی اقدام به تیراندازی به سمت کسی می‌کند که وی از تیررسش خارج است.

نکته دوم: وجه اشتراک «جرم مُحال»، «جرم عقیم» و «شروع به جرم» در این است که همه جزء «جرایم ناقص» به حساب می آیند، اما وجه افتراقشان این است که برخلاف «شروع به جرم» که در آن تمامی مراحل چهارگانه‌ی وقوع جرم سپری نشده و در مرحله سوم یعنی «شروع به اجرا» متوقف می‌شود، در «جرم مُحال» و «جرم عقیم» تمامی چهار مرحله‌ی «قصد ارتکاب جرم، تهیه مقدمات، شروع به اجرا و اجرای کامل» سپری می‌گردد، اما تنها «موقفیتی» از این تلاش بدست نمی‌آید. اما وجه افتراق «جرم مُحال» و «جرم عقیم» در این است که در «جرم مُحال»، وقوع جرم «ذاتاً غیرممکن» می‌باشد، یعنی تحت هیچ شرایطی جرم واقع نمی‌گردد، در حالی که وقوع جرم عقیم، «ممکن» می‌باشد، اما به دلیل وجود یک «مانع» مثل عدم مهارت مرتکب، جلیقه ضد گلوله داشتن شخص، وزش باد و مانند آن اتفاقاً در آن لحظه محقق نمی‌شود.

مجازات جرم مُحال

در خصوص چگونگی کیفرگذاری جرم مُحال، در تبصره ماده ۱۲۲ ق.م.ا آمده است:

«هرگاه رفتار ارتكابی، ارتباط مستقیم با ارتكاب جرم داشته، لکن به جهات مادی که مرتکب از آنها بی‌اطلاع بوده وقوع جرم غیرممکن باشد، اقدام انجام شده در حکم شروع به جرم است»

از تبصره فوق الذکر چند نکته مهم قابل برداشت است:

نکته اول: این تبصره ناظر به جرم انگاری «جرم مُحال» می‌باشد، چرا که قانونگذار با استفاده از عبارت «...وقوع جرم غیرممکن باشد...» به صراحت به «جرم مُحال» اشاره داشته و «جرم عقیم» را از شمول تبصره خارج کرده است.

نکته دوم: به نظر می‌رسد قانونگذار در تبصره فوق الذکر، به طور کلی جرم مُحال را قابل مجازات ندانسته است، بلکه در صورت وجود شرایط زیر حکم به قابل مجازات بودن «جرم مُحال» داده است:

شرط نخست- اول آنکه به نظر می‌رسد قانونگذار صرفاً «جرم مُحال مادی» را قابل مجازات دانسته و اعتقادی به جرم انگاری «جرم مُحال قانونی» نداشته است. دلیل اثبات این سخن، استفاده قانونگذار از واژه‌ی «مادی» در عبارت زیر است:

«...لکن به جهات مادی که مرتکب از آنها بی‌اطلاع بوده وقوع جرم غیرممکن باشد...»

بنابراین اگر وقوع جرم به جهات «قانونی» غیرممکن باشد، مشمول تبصره فوق الذکر نمی‌باشد. به دیگر سخن نباید «جرم مُحال قانونی» را «در حکم شروع به جرم» تلقی کرده و بدین ترتیب آن را قابل مجازات دانست!

شرط دوم- قانونگذار در تبصره فوق‌الذکر حتی تمامی اقسام «جرم مُحال مادی» را «در حکم شروع به جرم» ندانسته است، بلکه آن را در صورت وجود دو شرط زیر قابل مجازات دانسته است:

الف- وجود ارتباط مستقیم میان رفتار ارتكابی و جرم مقصود: هر چند این عبارت قانونگذار مبهم است، اما به نظر می‌رسد منظور قانونگذار آن است که «رفتار ارتكابی قابلیت وقوع جرم را دارا بوده ولی در یک اوضاع، احوال و شرایط خاص وقوع آن غیرممکن باشد». با چنین تفسیری می‌توان بیان داشت مقصود از این عبارت، آن است که قانونگذار صرفاً «جرم مُحال مادی نسبی» را مشمول تبصره دانسته است، چرا که با این تفسیر، میان رفتار ارتكابی در «جرم مُحال مادی مطلق» و وقوع جرم مقصود هیچ گونه ارتباط مستقیمی وجود ندارد. بنابراین «جرم مُحال مادی مطلق» را نیز نباید مشمول تبصره و بنابراین «در حکم شروع به جرم» دانست.

ب- بی‌اطلاع بودن مرتکب از وجود جهات مادی مانع تحقق جرم: وجود این شرط بدان جهت است که در صورت مطلع بودن مرتکب، باید در «قصد مجرمانه» وی تردید کرد! چون به رغم آنکه می‌دانسته قطعاً وقوع جرم منتفی است، باز اقدام به انجام آن کرده است. در واقع، چنین قصدی قصد عقلاهی محسوب نمی‌شود.

نکته سوم: با توجه به مطالب فوق روشن می‌شود قانونگذار از میان تمامی اقسام جرم مُحال، صرفاً «جرم مُحال مادی نسبی» را «در حکم شروع به جرم» دانسته است. البته باید توجه داشت که قانونگذار «جرم مُحال مادی نسبی» را «در حکم» شروع به جرم دانسته است، یعنی با علم به اینکه «جرم مُحال مادی نسبی»، ارکان شروع به جرم را دارا نیست، صرفاً احکام مرتبط با «شروع به جرم» را بر آن حاکم دانسته است.

چهار) جرم عقیم

جرم عقیم به جرمی گفته می‌شود که مرتکب با قصد ارتكاب جرم، تمام کوشش خود را به کار بسته و مسیر جرم را تا آخر می‌پیماید، اما به رغم وجود تمامی شرایط لازم برای تحقق جرم، بنا به علل غیرقابل پیش‌بینی که خارج از اراده‌ی مرتکب است، «اتفاقاً» در آن لحظه جرم واقع نمی‌شود. در حقیقت توجه به این نکته بسیار مهم است که برخلاف جرم مُحال، وقوع جرم عقیم همواره ممکن است اما وجود یک «مانع» وقوع آن را عقیم می‌سازد.

البته «موانعی» که باعث عدم حصول موفقیت در جرم عقیم می‌گردد، می‌تواند مختلف باشد که عبارتند از:

یک- وقوع عوامل عارضی مربوط به بزهکار: در این خصوص می‌توان به عواملی مثل عدم مهارت، عدم دقت یا خطای در دید مرتکب اشاره کرد. برای مثال «الف» به قصد قتل «ب» به سمت وی تیراندازی می‌کند اما به رغم آنکه «ب» در تیررس وی بوده است، اما به جهت عدم مهارت داشتن، تیرش به خطا رفته و «ب» جان سالم به در می‌برد.

دو- وقوع عوامل عارضی مربوط به بزه‌دیده: در این باره می‌توان عواملی مانند جاخالی دادن بزه‌دیده یا پوشیدن جلیقه‌ی ضد گلوله توسط وی را بیان کرد. مثلاً در همان مثال فوق، به جای آنکه عدم اصابت تیر به «ب» ناشی از عدم مهارت «الف» باشد، جلیقه‌ی ضد گلوله‌ای که «ب» پوشیده است، مانع از تحقق جرم قتل توسط «الف» می‌گردد.

سه- وقوع عوامل عارضی طبیعی: در این مورد می‌توان به عواملی مثل بارندگی و وزش شدید باد اشاره کرد. برای مثال «الف» به قصد کشتن «ب» به سمت وی تیراندازی می‌کند و به رغم آنکه در این کار مهارت کامل را نیز دارا بوده، بر حسب اتفاق و به جهت «وزش شدید باد» تیر کمانه کرده و به جای اصابت به «الف» از کنارش عبور می‌کند.

با دقت در تعریف و مثال‌های فوق مشخص می‌شود احتمال وقوع «جرم عقیم» به مراتب از «شروع به جرم» و «جرم مُحال» بیشتر است، چرا که:

از یک سو، در «شروع به جرم»، مرتکب تمامی مراحل ارتکاب جرم را سپری نکرده است، در حالی که در «جرم عقیم» و «جرم مُحال» این مراحل کاملاً سپری شده‌اند و به عبارتی تا یک قدمی ارتکاب کامل جرم، پیش رفته‌اند.

از سوی دیگر، در «جرم عقیم»، وقوع جرم «همواره محتمل بوده است» اما در آن لحظه به دلیل وجود یک «مانع» جرم واقع نمی‌گردد، در حالی که در «جرم مُحال»، به دلیل آنکه وقوع جرم «غیرممکن بوده است»، جرم واقع نمی‌شود، نه آنکه مانعی ایجاد گردد. بنابراین احتمال وقوع «جرم عقیم» از «جرم مُحال» نیز بیشتر است.

البته باید به این نکته مهم نیز توجه داشت که صرف آنکه احتمال وقوع جرم در «جرایم عقیم» نسبت به «جرایم مُحال» و «شروع به جرم» بیشتر است، لزوماً بدین معنی نیست که مرتکبین «جرایم عقیم» نیز خطرناک‌تر از مرتکبین «جرایم مُحال» و «شروع به جرم» باشند.

مجازات جرم عقیم

متأسفانه جرم انگاری شدن یا نشدن جرم عقیم در قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ در هاله‌ای از ابهام و تردید می‌باشد، چرا که برخلاف «شروع به جرم» که به صراحت در «صدر» ماده ۱۲۲ق.م.ا مصوب ۹۲ جرم انگاری شده است و همچنین

«جرم مُحال مادی نسبی» که به صراحت در «تبصره» ماده ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ «در حکم شروع به جرم» دانسته شده است، در ماده ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ تکلیف قابل مجازات بودن یا نبودن «جرم عقیم» مشخص نشده است! برای روشن شدن تکلیف این امر می‌توان چندین رویکرد را مطرح ساخت:

رویکرد نخست - از یک منظر می‌توان گفت شاید برای جرم انگاری «جرم عقیم»، بتوان به «صدر» ماده ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ متوسل شد. چرا که قانونگذار در ابتدای این ماده آورده است:

«... لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند.....»

با دقت در این «عبارت مطلق» به نظر می‌رسد «صدر» ماده ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ علاوه بر «شروع به جرم»، شامل «جرم عقیم» نیز می‌گردد، چون «جرم عقیم» نیز به واسطه عاملی خارج از اراده، واقع نمی‌شود. بنابراین همچون «شروع به جرم»، باید برای تعیین مجازات «جرم عقیم» نیز به بندهای سه‌گانه‌ی ماده‌ی ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ مراجعه کرد.

رویکرد دوم - در رویکرد دوم می‌توان بیان داشت برای جرم انگاری و کیفرگذاری «جرم عقیم»، می‌توان با تمسک به «قیاس اولویت»، آن را مشمول «تبصره» ماده ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ دانسته و از این طریق کوتاهی عبارت قانون را جبران نمود، چراکه اگر قانونگذار برای «جرم مُحال» مجازات پیش‌بینی کرده است، به طریق اولی بایستی «جرم عقیم» که مرتکبین آن از حالت خطرناک بالاتری نسبت به «جرم مُحال» برخوردارند، قابل مجازات باشد. بنابراین در این رویکرد به جای توسل به «صدر» ماده ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ به «تبصره» آن استناد می‌گردد.

رویکرد سوم - و اما در رویکرد سوم می‌توان گفت هر چند توقع می‌رود زمانی که قانونگذار «شروع به جرم» و «جرم مُحال» را جرم انگاری کرده است، بایستی «جرم عقیم» را نیز جرم انگاری می‌کرد، اما به نظر می‌رسد نه می‌توان با توسل به «صدر» ماده ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ و نه می‌توان با تمسک به «تبصره» آن، قائل به جرم انگاری و کیفرگذاری برای «جرم عقیم» شد. بنابراین باید بیان داشت ارتکاب «جرم عقیم» طبق قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ غیرقابل مجازات می‌باشد، هر چند هر چه سریع‌تر باید خلاء قانونی موجود در این زمینه برطرف گردد.

طرفداران این رویکرد برای اثبات ادعای خود به نقد دو رویکرد قبل پرداخته‌اند که در زیر بدان‌ها اشاره می‌شود:

نقد رویکرد اول - اگر گفته شود عبارت «صدر» ماده ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ اطلاق داشته و این اطلاق هم شامل «شروع به جرم» شده و هم «جرم عقیم» باید در پاسخ گفت:

اولاً: با دقت در عبارات صدر ماده مشخص می گردد که «معلق ماندن قصد» بلافاصله بعد از مرحله شروع به اجرا بیان شده است، یعنی یک مرحله قبل از اتمام مراحل چهارگانه ی جرم، پس شامل «جرم عقیم» که تمامی مراحل ارتکاب جرم در آن سپری شده است، نمی گردد.

ثانیاً: اگر قرار بود عبارت «...لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند...» اطلاق داشته و علاوه بر «شروع به جرم»، شامل «جرم عقیم» هم بشود، پس چه نیازی برای جرم انگاری مستقلانه ی «جرم مُحال» در تبصره ی ماده ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ وجود داشت؟ چون در این صورت، اطلاق عبارت صدر ماده، علاوه بر «جرم عقیم»، شامل «جرم مُحال» نیز می شد.^۱

ثانیاً: مهمتر از همه آنکه اگر قانونگذار در صدد آن بود که علاوه بر «شروع به جرم»، «جرم عقیم» را نیز در صدر ماده ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ جای دهد، می بایست همانند قانون مجازات عمومی (اصلاحی ۵۲) عمل می کرد، چرا که در ماده ۲۰ قانون اخیرالذکر آمده بود:

«هر کس قصد ارتکاب جنایتی کرده و شروع به اجرای آن نماید ولی به واسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آنها مدخلیت نداشته قصدش معلق یا بی اثر بماند و جنایت منظور واقع نشود به ترتیب زیر محکوم خواهد شد:.....».

در واقع قانونگذار در سال ۱۳۵۲، با دقت نظر بالا در متن ماده، در کنار «معلق ماندن قصد مرتکب»، به «بی اثر ماندن» آن نیز اشاره داشته است. موردی که هر گونه ابهامی را در خصوص شمول صدر ماده ۲۰ ق.م.ع نسبت به جرم عقیم، مرتفع ساخته است. (ر.ک. توجهی، ۱۳۹۴، ص ۱۷۷)

نقد رویکرد دوم- در مقام نقد رویکرد دوم باید بیان داشت اگرچه در صورت وجود تمامی ارکان و شرایط قیاس اولویت، امکان توسل به آن در حقوق کیفری به نظر خالی از اشکال باشد، اما به نظر نمی رسد در این مورد تمامی شروط قیاس اولویت وجود داشته باشد تا بتوان به وسیله آن «جرم عقیم» را قابل مجازات دانست. به دیگر سخن، همان گونه که قبلاً نیز ذکر شد این استدلال که مرتکبین «جرم عقیم» صرفاً بدین دلیل که احتمال وقوع این جرم بیشتر از «جرم مُحال» و «شروع به جرم» است، خطرناک تر از دو مورد دیگر می باشند، چندان قابل پذیرش نیست.

بنابراین در مقام نتیجه گیری باید بیان داشت به نظر می رسد از لحاظ قانونی و تئوریک، رویکرد سوم قابل قبول تر می باشد، به خصوص آنکه با توجه به لزوم پای بندی به «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها» و امتناع از «تفسیر موسعاً قوانین کیفری»، در وضع کنونی باید قائل به این شد که در قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ حکم خاصی برای «جرایم عقیم»

۱. مگر آنکه گفته شود تبصره در مقام بیان آن بوده است که «جرم مُحال قانونی» و «جرم مُحال مادی مطلق» قابل مجازات نمی باشد.

نمی‌توان یافت. (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۳۳۵) ولی بسیار بعید می‌باشد که در عمل، قضات با توسل به استدلال‌های نظری مطروحه در رویکرد سوم، قائل به عدم جرم انگاری جرم عقیم شده و مرتکبین آن را قابل مجازات ندانند! در واقع برخی از آن‌ها با استناد به صدر ماده ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ و این استدلال که شخصی که مرتکب جرم عقیم شده است، حداقل چیزی که درباره وی به اثبات رسیده است این است که از مرحله شروع به جرم گذشته است براین باورند هیچ دلیلی وجود ندارد که نتوان با استناد به صدر ماده اخیرالذکر، رفتار وی را جرم ندانسته و مجازات‌های تصریح شده در بندهای سه‌گانه‌ی ماده ۱۲۲ ق.م.ا مصوب ۹۲ را نسبت به وی جاری ندانست!

۴- تقسیم بندی جرایم براساس رکن مادی^۱

بعد از بیان اجزای سه‌گانه‌ی رکن مادی یعنی «رفتار ارتكابی؛ اوضاع، احوال و شرایط و نتیجه مجرمانه» آخرین بحث رکن مادی، تقسیم بندی‌های موجود در این زمینه است. توضیح اینکه جرایم براساس رکن مادی دارای تقسیمات متعددی بوده و بر این تقسیمات آثاری مهمی مترتب می‌شود، به همین دلیل، شناخت تقسیم بندی‌های آن حائز اهمیت است:

- (۱) جرم آنی و جرم مستمر
- (۲) جرم ساده، جرم مرکب و جرم به عادت
- (۳) جرم مشهود و جرم غیرمشهود
- (۴) جرم با فعل و جرم با ترک فعل
- (۵) جرم مقید و جرم مطلق

از آنجایی که تقسیم بندی چهارم و پنجم به مناسبت‌هایی در مباحث قبل توضیح داده شد، در این قسمت صرفاً به توضیح موارد دیگر پرداخته می‌شود:

یک- جرایم آنی و جرایم مستمر

جرایم از منظر «دوام رفتار ارتكابی» به دو قسم جرایم «آنی» و «مستمر» تقسیم می‌شوند. به دیگر سخن، معیار این تقسیم بندی «زمان مورد نیاز جهت ارتكاب جرم» است. با این مقدمه، در زیر به تعریف این قبیل جرایم پرداخته می‌شود:

الف- جرم آنی: جرم آنی به جرمی گفته می‌شود که تحقق آن دفعتاً یا در فاصله زمانی کوتاه انجام می‌گیرد. به بیان دیگر، جرم آنی جرمی است که در یک آن تحقق یافته و نیازی به استمرار رفتار مجرمانه ندارد. برای نمونه:

^۱ علاوه بر رکن مادی، جرایم را می‌توان از منظر رکن قانونی و رکن معنوی نیز تقسیم بندی کرد. توضیح تقسیم بندی جرایم از منظر رکن معنوی (جرایم عمدی و جرایم غیرعمدی) در ادامه خواهد آمد، تقسیم بندی جرایم از منظر رکن قانونی نیز به مواردی مثل «جرایم غیرقابل گذشت و جرایم قابل گذشت»، «جرایم نظامی و جرایم عمومی» و «جرایم سیاسی و جرایم عمومی» تقسیم می‌شوند.

۱- جرم سرقت (ماده ۲۶۷ ق.م.ا.مصوب ۹۲) یک جرم آنی می‌باشد بدان جهت که «ربودن» یعنی خروج مال از ید مالکانه‌ی صاحب مال که رفتار ارتكابی جرم سرقت می‌باشد، در یک لحظه‌ی زمانی واقع می‌گردد.

۲- جرم قتل (ماده ۲۹۰ ق.م.ا.مصوب ۹۲) نیز یک جرم آنی می‌باشد چون به محض «خروج روح از بدن» محقق می‌گردد. لازم به ذکر است صرف وجود فاصله زمانی میان «رفتار ارتكابی» و «نتیجه مجرمانه» نباید باعث مستمر محسوب کردن جرم قتل شود. مثلاً اگر شخصی در ابتدای سال به دیگری ضربه چاقویی زده و مجروح در اواخر سال فوت کند، نباید باعث ایجاد این شبهه شود که جرم قتل یک جرم مستمر می‌باشد. چون تا زمانی که «خروج روح از بدن» صورت نگیرد، اصلاً جرم قتل محقق نشده است.

۳- جرم توهین (ماده ۶۰۸ ق.م.ا.مصوب ۹۲) نیز یک جرم آنی می‌باشد، چرا که رفتار ارتكابی آن یعنی «استفاده از الفاظ وهن آور» در یک لحظه زمانی واقع شده و تحقق آن منوط به گذر زمان نیست.

ب- جرم مستمر: جرم مستمر به جرمی گفته می‌شود که رفتار ارتكابی آن در طول زمان استمرار داشته، به گونه‌ای که این استمرار، مبین قصد مجرمانه‌ی مرتکب می‌باشد. (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۳۰۷) به عبارت دیگر، «بقاء زمانی رفتار مجرمانه» برای تحقق این قبیل جرایم ضروری است یعنی جرم در یک آن تحقق پیدا نمی‌کند بلکه رفتار ارتكابی باید مدتی در طول زمان به حیات خود ادامه دهد تا جرم مدنظر ارتكاب یابد. برای مثال می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۱- در جرم نگهداری آلات و وسایل مخصوص قماربازی (ماده ۷۰۶ ق.م.ا.مصوب ۷۵) و همچنین «نگهداری اموال مسروقه» (ماده ۶۶۲ ق.م.ا.مصوب ۷۵) عرفاً تحقق رفتار ارتكابی «نگهداری»، مستلزم گذر یک بازه زمانی می‌باشد به شکلی که نمی‌توان صرف قبول آلات و وسایل قماربازی و یا پذیرش اموال مسروقه را به معنای «نگهداری» دانست. بنابراین برای وقوع این قبیل جرایم، حتماً باید مدت زمانی بگذارد تا رفتار مرتکب در قالب «نگهداری» قرار گیرد. به همین دلیل آن‌ها جرایمی مستمر می‌باشند نه آنی.

۲- در جرم ترک نفقه (ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده) که در قالب ترک فعل واقع می‌گردد، اینگونه نیست که به محض خودداری شخص از دادن نفقه به افراد واجب‌النفقه، محقق شود، بلکه باید مدت زمانی از خودداری وی از پرداخته نفقه بگذرد و وی کماکان از انجام وظیفه قانونی خود سر باز زند، تا عرفاً «ترک نفقه» محرز گردد. به همین دلیل، جرم «ترک انفاق» یک جرم مستمر می‌باشد نه آنی.

۳- جرم استفاده غیرمجاز از لباس‌های رسمی ماموران نظامی یا انتظامی (ماده ۵۵۶ ق.م.ا.مصوب ۷۵) محقق نمی‌شود مگر آنکه مرتکب این لباس‌ها را به مقداری بپوشد که عرفاً صدق «استفاده» کند، امری که مستلزم گذر یک بازه زمانی قابل توجه می‌باشد. بنابراین اگر شخصی برای مثال در منزل خود و یا حتی در یک مکان عمومی لباس نظامی یا انتظامی را به صورت غیرمجاز پوشیده و بلافاصله آن را در آورد، مشمول ماده ۵۵۶ ق.م.ا.مصوب ۷۵ نخواهد شد.

۴- در جرم بازداشت غیرقانونی (ماده ۵۸۳ ق.م.ا.مصوب ۷۵) نیز به نظر می‌رسد همچون جرم‌های فوق الذکر باید رفتار ارتكابی یعنی «بازداشت کردن» در بستر زمان واقع گردد، به گونه‌ای که یک لحظه نگاه داشتن یک شخص در یک مکان، طبیعتاً باعث تحقق جرم بازداشت غیرقانونی نمی‌شود.

سوال که در اینجا قابل طرح است این است که چه مدت زمانی باید بگذرد تا گفته شود جرم مستمر تحقق پیدا کرده است؟ در پاسخ می توان گفت هر چند در برخی از موارد قانونگذار راساً زمان خاصی را برای تحقق یک جرم در نظر گرفته است، به شکلی که گذر آن زمان به معنای تحقق آن جرم است مانند جرم فرار نیروهای مسلح (ماده ۵۶ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح)^۱ اما در اکثر جرایم مستمر، زمانی برای تحقق استمرار تعیین نشده است. در این قبیل موارد به نظر می رسد ملاک تحقق یا عدم تحقق استمرار «عرف» می باشد. به دیگر سخن، این درک عموم مردم است که مشخص می نماید آیا «استمرار» تحقق پیدا کرده است یا خیر. بی تردید در هر موردی که شک به وجود آید، وجود اصل عدم، مقتضی عدم تحقق عنوان مجرمانه و وجود اصل براءت مقتضی عدم محکومیت شخص به مجازات مندرج قانونی است. بنابراین در این مورد نیز مقام تعقیب ملزم به اثبات تحقق عنصر استمرار در جرایم مستمر است. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۲۴۰-۲۳۷)^۲

آخرین نکته اینکه تقسیم بندی جرایم به «آنی» و «مستمر» آثاری را در پی دارد که به شرح زیر است:

یک- از حیث تعیین قانون حاکم: تشخیص قانون حاکم در جرایم آنی، سهل و آسان است، چراکه این قبیل جرایم در یک لحظه تحقق می یابند، بنابراین قانون حاکم، قانون زمان وقوع جرم است؛ اما جرم مستمر از آن جهت که در طول یک بازه زمانی واقع می گردد، ممکن است نقطه آغازین آن در زمان حاکمیت یک قانون و نقطه پایان آن در زمان حاکمیت قانون دیگری باشد، به طور کلی این قبیل جرایم مشمول قانونی است که در آن، استمرار قطع شده است، حتی اگر مجازات آن شدیدتر از قانون سابق باشد.

دو- از حیث تعیین دادگاه صالح: تعیین دادگاه صالح در خصوص جرایم آنی دشوار نیست، چراکه این جرایم در یک لحظه زمانی و مکانی واقع می شوند. بنابراین دادگاهی صالح به رسیدگی است که جرم در قلمرو آن ارتکاب یافته است. ولی در جرایم مستمر که ممکن است رفتار مجرمانه در مکان های متعددی دوام داشته باشد، به نظر می رسد تمام دادگاه هایی که جرم مستمر در آنها در حال استمرار بوده، صالح به رسیدگی به جرم هستند.

سه- از حیث تاثیر مرور زمان تعقیب: آغاز مرور زمان تعقیب در جرایم آنی از لحظه ای است که جرم تحقق یافته است. در حالی که مرور زمان در جرایم مستمر از زمان انقطاع استمرار آغاز می شود. برای نمونه در جرم بازداشت غیرقانونی، آغاز مرور زمان از لحظه ای است که شخص بازداشت شده، آزادی خود را دوباره باز می یابد. (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۳۰۸-۳۰۷)

^۱ ماده ۵۶: «اعضای ثابت نیروهای مسلح هر گاه در زمان صلح بیش از پانزده روز متوالی مرتکب غیبت شده و عذر موجهی نداشته باشند فراری محسوب می شوند....»

^۲ گاه جرمی که طبیعتاً آنی است، خصوصیت جرم مستمر را پیدا می کند. بدین معنی که اگر یک جرم آنی با «هدف» و «مقصد» واحد، به دفعات تکرار شود و اعمال مجرمانه مشابه ولی متعدد در طول زمان استمرار یابد، گفته می شود **جرم استمرار یافته** (یا جرم جمعی متحد المقصد) صورت گرفته است، برای مثال سرقت جرمی آنی است و با ربایش مال دیگری تحقق می یابد، ولی اگر مستخدم منزلی به جای آنکه پول های ارباب خود را یک باره از کیف یا جیب وی بیرون آورد، سرقت را به دفعات انجام دهد و هر بار مقداری از این پول را بریابد، جرم واقع شده، جرم استمرار یافته تلقی می گردد. جرم استمرار یافته از جهاتی شبیه جرم آنی است، زیرا هر عمل مجرمانه ای که صورت می گیرد، به تنهایی جرم است، اما از جهاتی نیز شبیه جرم مستمر است، زیرا اعمال متعددی که صورت می گیرد و در طول زمان ادامه می یابد، دارای هدف و مقصد واحد است، یعنی این اعمال به خاطر ارتکاب جرم واحد علیه موضوع واحد صورت می گیرد. سخن کوتاه، این قبیل جرایم بهتر است مشمول احکام جرایم مستمر باشند نه جرایم آنی.

دو- جرم ساده، جرم مرکب و جرم به عادت

جرایم از منظر «شمار رفتار مجرمانه» به سه قسم «جرم ساده»، «جرم مرکب» و «جرم به عادت» تقسیم می‌شوند:

الف- جرم ساده: جرم ساده جرمی است که رفتار مجرمانه آن از یک فعل واحد تشکیل شده است؛ جرم قتل، توهین، تهدید، سرقت و نظایر آن جرایم ساده می‌باشند، چراکه رکن مادی آن‌ها از چند بخش مختلف تشکیل نشده و صرفاً دارای یک بخش است.

ب- جرم مرکب: جرم مرکب جرمی است که رکن مادی آن از افعال «متنوع» اما به قصد تحقق نتیجه‌ی واحدی تشکیل شده است. به عبارت دیگر، رفتار مجرمانه‌ی تشکیل دهنده‌ی آن در برگیرنده‌ی بخش‌های «غیرمشابه‌ای» است که وقتی تمامی این بخش‌ها ارتکاب یابد، جرم به صورت تام تحقق پیدا می‌کند. مصداق بارز جرم مرکب، جرم کلاهبرداری است که رفتار مجرمانه آن عبارتست از: «توسل به وسایل متقلبانه» و «بردن مال دیگری» که بر این اساس «توسل به وسایل متقلبانه» و «بردن مال دیگری» دو بخش مختلف جرم کلاهبرداری تلقی می‌گردد. مثال دیگر جرم مرکب، تبصره ماده ۵۱۰ ق.م.ا.مصوب ۷۵ می‌باشد که در آن، رکن مادی از سه قسم مختلف «شناسایی»، «جذب» و «معرفی» تشکیل شده است، به نحوی که مجموع آن‌ها باعث وقوع یک جرم می‌شود.

ج- جرم به عادت: در کنار جرم مرکب و در نقطه مقابل جرم ساده، جرم به عادت وجود دارد. جرم به عادت موکول به وقوع فعل «مشابه» در دفعات مکرر است، چندان که عادت مرتکب در انجام آن رفتار محرز گردد. به دیگر سخن جرم به عادت به جرمی گفته می‌شود که مرتکب، رفتارهای «مشابه‌ای» را مرتکب می‌شود که انجام یک مرتبه‌ای آن جرم نبوده و قانونگذار آنگاه که آن رفتار به مرحله عادت رسیده باشد، آن را جرم به حساب آورده است. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۲۴۱) جرایم تکدی‌گری (ماده ۷۱۲ ق.م.ا.مصوب ۷۵)، دایر کردن قمارخانه (ماده ۷۰۸ ق.م.ا.مصوب ۷۵)، حرفه قرار دادن معامله اموال مسروقه (ماده ۶۶۲ ق.م.ا.مصوب ۷۵) و ولگردی (ماده ۷۱۲ ق.م.ا.مصوب ۷۵) را می‌توان از مصادیق بارز جرم به عادت به حساب آورد.

سوال قابل طرح در اینجا چگونگی احراز عادت در جرایم به عادت می‌باشد، به دیگر سخن انجام چند مرتبه‌ای یک رفتار - خواه فعل و خواه ترک فعل - باعث احراز عادت و اعتیاد می‌گردد؟ به نظر می‌رسد چون برای تحقق جرم به عادت، تکرار یک رفتار مشابه و معین ضروری است و از یک بار ارتکاب رفتار عادت احراز نمی‌گردد، دست کم بایستی رفتار ارتکابی دو مرتبه واقع شود تا عادت احراز گردد. در این خصوص برخی از آراء قدیمی دیوان عالی کشور نیز ارتکاب دو مرتبه‌ای رفتار را برای تحقق جرم کافی دانسته‌اند.

همچون تقسیم بندی جرایم به «جرایم آنی و مستمر»، تقسیم بندی جرایم به «ساده، مرکب و به عادت» نیز دارای آثار مهمی به شرح زیر می‌باشد:

یک- از حیث تعیین قانون حاکم: تشخیص قانون حاکم در جرایم ساده کار آسانی است، چرا که رکن مادی آن از یک بخش تشکیل شده است. اما در خصوص جرایم مرکب، چنانچه جزء آخر فعل مادی در زمان حکومت قانون لاحق، به تحقق بپیوندد، جرم مذکور تابع قانون لاحق خواهد بود، حتی اگر مجازات آن شدیدتر از قانون سابق باشد، برای نمونه چنانچه در جرم کلاهبرداری، «توسل به وسایل متقلبانه» در زمان قانون سابق بوده و بعد از حکومت قانون لاحق، مرتکب اقدام به «بردن مال دیگری» نماید، وی مشمول قانون لاحق می‌باشد. در جرایم به عادت نیز اگر آخرین فعل تشکیل دهنده جرم در زمان حکومت قانون لاحق به وقوع بپیوندد، حتی اگر قانون مذکور به لحاظ مجازات، شدیدتر باشد، جرم ارتكابی برابر با قانون جدید مجازات خواهد شد.

دو- از حیث تعیین دادگاه صالح: همانند تعیین قانون حاکم، تشخیص دادگاه صالح در جرایم ساده کار ساده‌ای می‌باشد، بدین دلیل که رکن مادی آن از یک بخش تشکیل شده است. اما درباره جرم مرکب، از آنجایی که از افعال متعدد و مختلف تشکیل شده است، تمامی دادگاه‌هایی که یکی از این افعال در قلمرو آن‌ها ارتکاب یافته است، صلاحیت رسیدگی به این جرم را دارند. در خصوص جرایم به عادت نیز دادگاهی صالح به رسیدگی است که فعل مکرری که باعث احراز عادت شده است، در قلمرو آن واقع شده است، زیرا ارتکاب یک بار رفتار مجرمانه، عادت را به وجود نیاورده و بنابراین جرمی واقع نشده است.

سه- از حیث تاثیر مرور زمان: تعیین مبدا مرور زمان در جرایم ساده که رکن مادی آن یک جزئی است، دشوار نمی‌باشد، اما درباره جرایم مرکب که در برگیرنده چندین جزء مختلف می‌باشند باید بیان داشت مرور زمان از لحظه‌ای آغاز می‌شود که آخرین فعل تشکیل دهنده جرم انجام گرفته است. برای مثال در جرم کلاهبرداری، نقطه آغازین مرور زمان، از زمان انجام «بردن مال دیگری» می‌باشد نه «توسل به وسایل متقلبانه». در جرایم به عادت نیز تکرار آخرین رفتار تشکیل دهنده جرم، مبدا مرور زمان به حساب می‌آید. به عبارت دیگر، آغاز مرور زمان از لحظه‌ای است که جرم به عادت به وقوع پیوسته است. (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۳۱۱-۳۱۰)

سه- جرم مشهود و جرم غیر مشهود

جرایم از منظر «مدت فاصله زمانی میان وقوع جرم و کشف آن» به دو قسم «جرم مشهود» و «جرم غیر مشهود» تقسیم می‌شوند که تعریف آن‌ها عبارتند از:

الف- جرم مشهود: در معنای واقعی کلمه جرم مشهود به جرمی گفته می‌شود که در مرئی و منظر ضابطان دادگستری واقع شود، ولی علاوه بر این مورد قانونگذار در ماده ۴۵ ق.آ.د.ک مصوب ۹۲ در بندهای هفت گانه‌ای به بیان مصادیق دیگری از جرم مشهود پرداخته است، بدون آنکه تعریفی از آن را ارائه کند.

ب- جرم غیر مشهود: هر جرمی که مشمول تعریف «جرم مشهود» نباشد، جرم غیر مشهود تلقی می‌گردد.

هر چند بررسی مفصل تفاوت‌های میان جرایم مشهود و جرایم غیر مشهود باید در کتب «آیین دادرسی کیفری» صورت گیرد، اما تردیدی نیست که اختلاف‌های جدی‌ای میان آن‌ها وجود دارد، برای مثال مطابق با ماده ۴۶ ق.آ.د.ک مصوب ۹۲ «چنانچه در جرایم مشهود، نگهداری متهم برای تکمیل تحقیقات ضروری باشد، ضابطان اختیاراتی را دارا می‌باشند.

رکن معنوی

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 دیگر سخن، میان فعل مادی و حالات روانی فاعل باید نسبتی وجود داشته باشد تا بتوان مرتکب را مقصر شناخت. (ر.ک. اردبیلی، ۱۳۹۲، ص ۳۳۶) بنابراین رکن روانی اجمالاً یعنی: «فعل و انفعال ذهنی مغایر با قوانین جزایی یا فعالیت آگاهانه روانی و ذهنی یا حرکت ذهنی با احتمال وقوع نتیجه‌ی مغایر قانون جزا». (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۱۸۴) بنابراین ارتکاب جرم یا تظاهر نیت سوء مرتکب بوده و یا ناشی از خطای جزایی وی، در صورت نخست، جرم ارتكابی «عمدی» تلقی شده و در صورت دوم «غیرعمدی» به حساب می‌آید. بنابراین اولین گام در تشخیص رکن معنوی یک جرم تشخیص این مهم است که جرم ارتكابی، عمدی بوده یا غیرعمدی.

قبل از توضیح مستقلانه رکن معنوی جرایم عمدی و غیرعمدی، ذکر این نکته خالی از لطف نیست که اصل بر عمدی بودن جرایم است و جرم انگاری جرایم غیرعمدی، امری استثنایی به حساب می‌آید.

۱- رکن معنوی جرایم عمدی

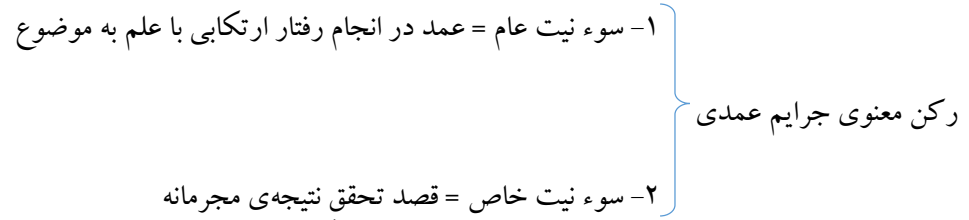
در خصوص رکن معنوی جرایم عمدی سخن بسیار است، اما آنچه که در اینجا بررسی آن حائز اهمیت است ماده ۱۴۴ ق.م.ا مصوب ۹۲ است. قانونگذار در این ماده آورده است:

«در تحقق جرائم عمدی علاوه بر علم مرتکب به موضوع جرم، باید قصد او در ارتکاب رفتار مجرمانه احراز گردد. در جرائمی که وقوع آنها براساس قانون منوط به تحقق نتیجه است، قصد نتیجه یا علم به وقوع آن نیز باید محرز شود»

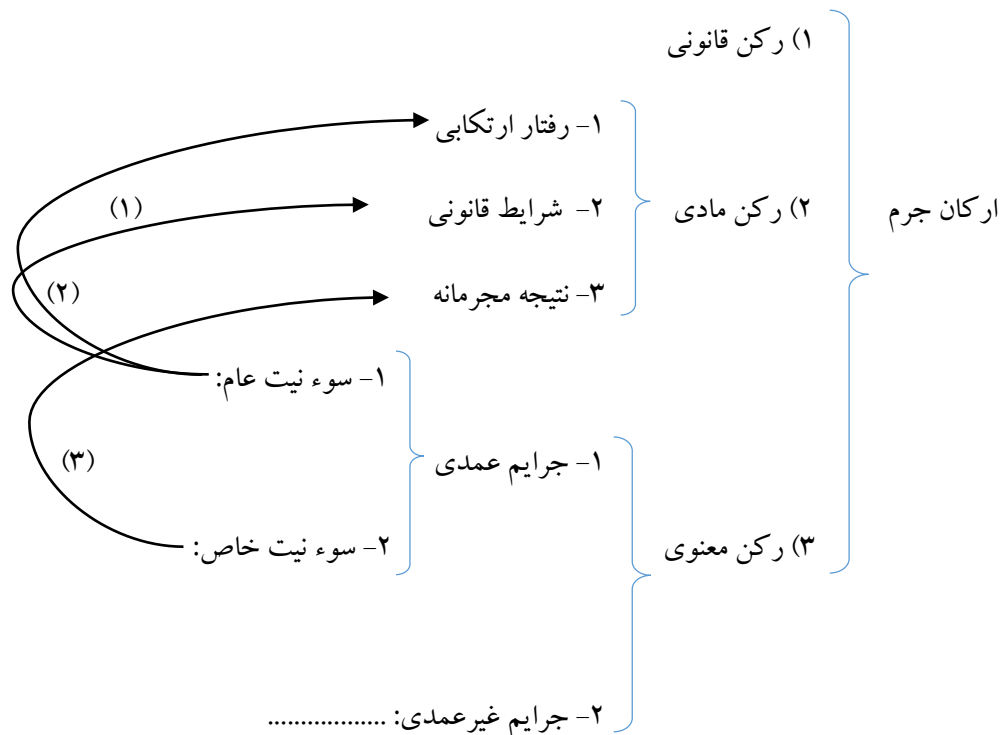
با دقت در ماده فوق الذکر مشخص می‌شود برای تحقق کامل رکن معنوی جرایم عمدی، احراز و اثبات وجود سه مورد در مرتکب لازم و ضروری می‌باشد:

- ۱) علم به موضوع جرم ← یعنی عدم وجود جهل موضوعی (علم به غیرقانونی بودن ماهیت رفتار ارتكابی)
- ۲) قصد ارتكاب رفتار مجرمانه ← یعنی عمد در انجام رفتار ارتكابی
- ۳) قصد تحقق نتیجه مجرمانه در جرایم مقید ← یعنی قصد تحقق نتیجه مجرمانه

در حقوق کیفری، دو مورد نخست ناظر به «سوء نیت عام» و مورد سوم ناظر به «سوء نیت خاص» می باشد.^۱ به دیگر سخن، رکن معنوی جرایم عمدی دارای دو جزء می باشند:



با توجه به مطالب فوق می توان «سوء نیت عام» و «سوء نیت خاص» را بدین شکل بر روی نمودار ترسیم کرد:



بنابراین تا بدین جا با توجه به مطالب مطروحه مشخص گردید:

^۱ البته دیدگاه دیگری نیز در این زمینه وجود دارد مبنی بر اینکه سوء نیت عام یعنی «قصد ارتكاب رفتار مجرمانه»، سوء نیت خاص یعنی «قصد تحقق نتیجه مجرمانه». و «علم به موضوع» نیز نه به عنوان جزئی از «سوء نیت عام»، بلکه به عنوان قسم سوم رکن معنوی جرایم عمدی در عرض «سوء نیت عام» و «سوء نیت خاص» قرار می‌گیرد که به صراحت ماده ۱۴۴ ق.م.ا مصوب ۹۲ همانند دو قسم دیگر باید احراز گردد.

یک - سوء نیت عام یعنی «عمد در انجام رفتار ارتكابی با علم به موضوع» دارای دو مولفه می‌باشد:

مولفه نخست (که در نمودار با شماره ۱ مشخص شده است) یعنی «عمد در انجام رفتار ارتكابی» به جزء **نخست رکن مادی** یعنی «رفتار ارتكابی» بر می‌گردد.

مولفه دوم (که در نمودار با شماره ۲ مشخص شده است) یعنی «علم به موضوع» به جزء **دوم رکن مادی** یعنی «اوضاع، احوال و شرایط» بر می‌گردد. چون همانگونه که بیان گردید «موضوع جرم» یکی از «شروط بزه» است که در جزء «اوضاع، احوال و شرایط» مطرح شده و بدون استثناء در همه جرایم وجود دارد. بدیهی است که علم به موضوع منتهی به علم به «غیرقانونی بودن ماهیت رفتار ارتكابی» می‌شود.

دو - سوء نیت خاص یعنی «قصد تحقق نتیجه مجرمانه» (که در نمودار با شماره ۳ مشخص شده است) به جزء **سوم رکن مادی** یعنی «نتیجه مجرمانه» بر می‌گردد.

با توجه به مقدمه فوق‌الذکر، دو مولفه‌ی رکن معنوی جرم عمدی به شرح ذیل است:

یک - سوء نیت عام

برای توضیح سوء نیت عام در ابتدا می‌بایست فرمول سوء نیت عام مطرح گردد:

سوء نیت عام = عمد در انجام رفتار ارتكابی با علم به موضوع (علم به غیرقانونی بودن ماهیت رفتار ارتكابی)

این فرمول از قسمت نخستین ماده ۱۴۴ ق.م.ا.مصوب ۹۲ قابل برداشت است، آنجا که قانونگذار بیان داشته است:

«در تحقق جرائم عمدی علاوه بر علم مرتکب به موضوع جرم، باید قصد او در ارتكاب رفتار مجرمانه احراز گردد.....»

منظور از قسمت نخست سوء نیت عام یعنی «عمد در ارتكاب رفتار ارتكابی»، یعنی باید انجام رفتار ارتكابی عامدانه صورت گیرد. به عبارت دیگر، می‌بایست ناشی از «اراده آزاد» شخص باشد، پس برای مثال اگر شخصی به انجام رفتاری اکراه شده باشد، علت عدم استناد جرم به وی، فقدان مولفه‌ی اول سوء نیت عام یعنی «عمد در انجام رفتار ارتكابی» می‌باشد.

منظور از قسمت دوم سوء نیت عام یعنی «علم به موضوع جرم» اینکه مرتکب نباید جهل موضوعی داشته باشد. به عبارت ساده‌تر، باید بدانند رفتاری که در حال انجام آن می‌باشد همان رفتاری است که در قانون جرم تلقی شده است. بنابراین نباید میان «جهل موضوعی» و «جهل حکمی» خلط کرد. توضیح اینکه جهل در یک تقسیم بندی کلی به دو دسته تقسیم می‌شود:

یک- جهل حکمی: در مقابل «جهل حکمی»، «علم حکمی» است. منظور از «علم حکمی» یعنی اینکه مرتکب آگاه به جرم بودن رفتار ارتكابی باشد. البته قبلاً بیان گردید که بعد از گذشت ۱۵ روز از انتشار قوانین، فرض بر این است که تمامی شهروندان نسبت به آن آگاه می‌باشند. بنابراین «اصل بر آن است که شهروندان جامعه دارای علم حکمی می‌باشند». پس بار اثبات عدم آگاهی بر عهده‌ی خود مرتکب است نه مقامات قضایی. به همین جهت در ماده ۱۵۵ ق.م.ا.م. مصوب ۹۲ آمده است:

«جهل به حکم، مانع از مجازات مرتکب نیست مگر اینکه تحصیل علم عادتاً برای وی ممکن نباشد یا جهل به حکم شرعاً عذر محسوب شود».

دو- جهل موضوعی: مرتکب چنانچه از ماهیت فعل ارتكابی خود آگاهی داشته و بداند آنچه که تصمیم به ارتكاب آن گرفته، غیرقانونی و جرم می‌باشد بدین معنی است که دارای «علم موضوعی» است، بنابراین عدم آگاهی به این امر، یعنی شخص دارای «جهل موضوعی» می‌باشد. جالب آنکه برخلاف «علم حکمی»، قانونگذار در خصوص «علم موضوعی» اصل را بر «جهل» گذاشته و احراز آن را لازم دانسته است:

«در تحقق جرائم عمدی علم مرتکب به موضوع جرم باید احراز گردد»^۱.

برای روشن شدن مطلب می‌توان به مثالی اشاره داشت. تصور بفرمایید «الف» که شاهد بودنِ موبایل «ب» بر روی میز کارش می‌باشد، در لحظه‌ای که «ب» از اتاق کار خود بیرون می‌رود، موبایل وی را می‌رباید. در این مثال:

از یک سو، فرض بر آن است که بعد از تصویب قانون و گذشت ۱۵ روز از زمان انتشار آن، «الف» به اینکه «سرقت جرم است» آگاه می‌باشد، یعنی دارای «علم حکمی» است. حال اگر «الف» ادعا نماید به «جرم بودن سرقت» آگاه نبوده است مطابق با ماده ۱۵۵ ق.م.ا.م. مصوب ۹۲ باید آن را اثبات کند.

از سوی دیگر، در این مثال علاوه بر آنکه «الف» دارای «علم حکمی» است، می‌داند رفتاری که در حال انجام آن می‌باشد، همان سرقتی است که در قانون جرم تلقی شده است. به این آگاهی «علم موضوعی» گفته می‌شود. حال اگر «الف» بداند که «سرقت جرم است» یعنی دارای «علم حکمی» باشد، اما به جهت وجود تشابه، تصور نماید موبایل روی میز برای خودش می‌باشد، نه شخص «ب». در اینجا هر چند دارای «علم حکمی» است، اما به جهت «فقدان علم موضوعی» رکن معنوی وی مخدوش است چراکه مولفه‌ی دوم «سوء نیت عام» یعنی «علم به موضوع» وجود ندارد. پس وی مرتکب جرم «سرقت» نشده است.

^۱. با دقت در تعاریف فوق الذکر مشخص می‌شود «جهل حکمی» در صورت اثبات یکی از «عوامل رافع مسئولیت کیفری» تلقی می‌گردد که می‌بایست در حقوق جزای عمومی (۲) ذکر شود، در حالی که «جهل موضوعی» در قلمرو رکن معنوی باید مطرح شود.

البته در خصوص چگونگی اثرگذاری «جهل موضوعی» می‌توان به حالات زیر اشاره کرد:

یک- عدم تحقق ابتدایی جرم: گاه «جهل موضوعی» باعث می‌شود جرم اصلاً محقق نشود، مثال فوق‌الذکر از مصادیق این مورد است. یعنی «الف» با تصور بر اینکه موبایل برای خودش می‌باشد آن را برادشته و ببرد. در این حالت هر چند «علم حکمی» وجود دارد، اما به جهت فقدان «علم موضوعی»، جرم سرقت اصلاً محقق نشده است.

دو- عدم تحقق کیفیات مشدده جرم: گاه وجود «جهل موضوعی» صرفاً کیفیات مشدده جرم را زائل می‌کند. یعنی در این حالت، اصل جرم واقع می‌شود، ولی کیفیات مشدده جرم از بین برود. برای مثال در جایی که شخصی به دیگری توهین می‌کند، حال آنکه به سمت کارمند دولت بودن وی آگاه نیست. در این حالت به جای جرم «توهین مشدد» (ماده ۶۰۹ ق.م.ا.مصوب ۷۵)، به مجازات جرم «توهین ساده»، (ماده ۶۰۸ ق.م.ا.مصوب ۷۵) محکوم می‌شود.

در جنایات نیز «جهل موضوعی» تحت عناوین گوناگونی قابل بحث است که دو صورت مهم آن عبارتند از:

یک- اشتباه در هویت: اشتباه در هویت یعنی اینکه مثلاً «الف» با تصور به اینکه شخص روبرو «ب» می‌باشد به سمت وی تیراندازی کرده و تیر بعد از اثبات به همان شخص، باعث مرگش می‌شود. سپس «الف» متوجه می‌شود که شخص روبرو «ج» بوده است نه «ب»!

هر چند به نظر می‌رسد این مورد از مصادیق «جهل موضوعی» است، اما چون اشتباه در ویژگی‌ها و خصوصیات فرعی بوده است، چنین جهل موضوعی‌ای هیچ‌گونه اثری در ماهیت قتل ارتكابی ندارد. بی‌جهت نیست که قانونگذار در ماده ۲۹۴ ق.م.ا.مصوب ۹۲ چنین جهلی را باعث تغییر عنوان مجرمانه ندانسته و جنایت ارتكابی، قتل عمد مستوجب قصاص محسوب شده است.

دو- اشتباه در اعتقاد به مهدورالدم بودن: اشتباه در اعتقاد به مهدورالدم بودن، مانند آنکه «الف» با تصور به اینکه «ب» مهدورالدم است وی را می‌کشد ولی بعداً مشخص می‌گردد که «ب» محقون‌الدم بوده است. چنین اشتباهی یکی از مصادیق بارز «جهل به موضوع» در جنایات می‌باشد که برخلاف مورد قبل، قانونگذار آن را در بند ب ماده ۲۹۱ ق.م.ا. و ماده ۳۰۳ ق.م.ا. از مصادیق تغییر عنوان قتل عمد به قتل شبه عمد محکوم دانسته است.^۱

^۱ از مصادیق دیگر «اشتباه»، اشتباه در هدف است. البته این نوع از اشتباه در «جهل موضوعی» قرار نمی‌گیرد. اشتباه در هدف یعنی اینکه مثلاً الف به قصد کشتن حیوان و یا حتی انسانی (خواه محقون‌الدم یا مهدورالدم) به سمت وی تیراندازی کرده ولی تیر بر اثر عوامل مختلف - البته به غیر از تقصیر مرتکب مانند عدم مهارت - همچون کمانه کردن تیر یا ورزش باد به انسان دیگری اصابت کند و وی را بکشد، در این حالت جرم ارتكابی به حکم بند پ ماده ۲۹۲ ق.م.ا. «خطای محض» محسوب می‌شود.

نکته قابل توجه آن است که به طور کلی رکن معنوی جنایات با دیگر جرایم متفاوت می‌باشد. قانونگذار در یک تقسیم‌بندی کلی جنایات را به «عمد»، «شبه عمد» و «خطای محض» تقسیم کرده است که به ترتیب در مواد ۲۹۰، ۲۹۱ و ۲۹۲ ق.م.ا. مصوب ۹۲ به بیان مصادیق آن پرداخته است. هر چند می‌توان در این قسمت به تحلیل رکن معنوی جنایات نیز پرداخت، اما به جهت بررسی تفصیلی آن در جرایم علیه اشخاص، در اینجا به بیان همین مقدار بسنده می‌شود.

دو- سوء نیت خاص

همچون سوء نیت عام، برای توضیح سوء نیت خاص در ابتدا می‌بایست فرمول آن ذکر شود:

سوء نیت خاص = قصد تحقق نتیجه مجرمانه

بنابراین «سوء نیت خاص» یعنی خواستنِ تحقق نتیجه مجرمانه. با دقت در فرمول فوق مشخص می‌گردد که «سوء نیت خاص» به نتیجه مجرمانه بر می‌گردد و از آنجایی که نتیجه مجرمانه فقط در «جرائم مقید» لازم می‌باشد، منطقیاً «سوء نیت خاص» نیز فقط در جرائم مقید وجود دارد، چرا که جرائم مطلق فاقد نتیجه مجرمانه می‌باشد و بنابراین قصد تحقق آن نیز بی‌معنی می‌باشد. غالباً تشخیص «سوء نیت خاص» با دقت در واژه‌هایی مثل «قصد» و «هدف» که در ماده آمده است، قابل تشخیص می‌باشد. برای نمونه به ماده‌ی زیر توجه شود:

ماده ۶۹۹ ق.م.ا.مصوب ۷۵: «هر کس عالماً عامداً به قصد متهم نمودن دیگری آلات و ادوات جرم یا اشیایی را که یافت شدن آن در تصرف یک نفر موجب اتهام او می‌گردد بدون اطلاع آن شخص در منزل یا محل کسب یا جیب یا اشیایی که متعلق به اوست بگذارد یا مخفی کند یا به نحوی متعلق به او قلمداد نماید و در اثر این عمل شخص مزبور تعقیب گردد، پس از صدور قرار منع تعقیب و یا اعلام براءت قطعی آن شخص، مرتکب به حبس از شش ماه تا سه سال و یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم می‌شود»

تامل در این ماده اثبات می‌کند جرم «افترای عملی» که موضوع ماده فوق الذکر است، یک جرم مقید می‌باشد، چرا که در متن ماده آمده است:

«..... و در اثر این عمل شخص مزبور تعقیب گردد.....».

بنابراین تا زمانی که شخص مورد تعقیب قرار نگیرد، جرم تام «افترای عملی» واقع نمی‌گردد. از آنجایی که این جرم، یک جرم مقید می‌باشد، یعنی «نیازمند نتیجه مجرمانه» است، پس طبیعتاً دارای سوء نیت خاص که «قصد تحقق نتیجه مجرمانه» می‌باشد نیز می‌باشد. دقت در متن ماده مشخص می‌کند که قانونگذار در صدر ماده به «سوء نیت خاص» اشاره کرده است:

«..... قصد متهم نمودن دیگری.....»

پس می‌توان نتیجه گرفت: «اصل بر این است که سوء نیت خاص در جرایم مقید وجود داشته و جرایم مطلق فاقد سوء نیت خاص می‌باشند، مگر آنکه قانونگذار خودش به وجود آن تصریح کرده باشد».^۱ یعنی گاهی ممکن است قانونگذار به رغم آنکه جرم، یک جرم مطلق می‌باشد، (یعنی جرمی که با صرف انجام رفتار ارتكابی به صورت تام محقق شده و نیازی به نتیجه مجرمانه ندارد)، اما برای آن تحقق آن «سوء نیت خاص» را لازم و ضروری می‌داند.

برای مثال می‌توان به مواد زیر اشاره کرد:

یک- ماده ۵۰۳ ق.م.ا مصوب ۷۵: «هر کس به قصد سرقت یا نقشه برداری یا کسب اطلاع از اسرار سیاسی یا نظامی یا امنیتی به مواضع مربوطه داخل شود..... به شش ماه تا سه سال حبس محکوم می‌شوند».

دو- ماده ۵۱۱ ق.م.ا مصوب ۷۵: «هر کس به قصد برهم زدن امنیت کشور و تشویش اذهان عمومی تهدید به بمب گذاری هواپیما، کشتی و وسایل نقلیه عمومی نماید یا ادعا نماید که وسایل مزبور بمب گذاری شده است علاوه بر جبران خسارات وارده به دولت و اشخاص، به شش ماه تا دو سال حبس محکوم می‌گردد».

سه- ماده ۵۱۲ ق.م.ا مصوب ۷۵: «هر کس مردم را به قصد برهم زدن امنیت کشور به جنگ و کشتار با یکدیگر اغوا یا تحریک کند صرفنظر از اینکه موجب قتل و غارت بشود یا نشود به یک تا پنج سال حبس محکوم می‌گردد».

با دقت در سه ماده فوق مشخص می‌شود که جرایم هر سه ماده، جزء جرایم مطلق می‌باشد چرا که:

^۱ به طور کلی در این خصوص سه دیدگاه قابل طرح می‌باشد:

یک- اکثر حقوقدانان بر این باورند این قبیل جرایم، جرایم مطلق می‌باشند که قانونگذار استثنائاً برای آن‌ها «سوء نیت خاص» در نظر گرفته است. در این رویکرد برخی از جرایم به رغم مطلق بودن، دارای سوء نیت خاص می‌باشند. در این رویکرد، این قبیل جرایم استثنایی بر این اصل است که «جرایم مطلق فاقد سوء نیت خاص می‌باشند».

دو- برخلاف رویکرد نخست، برخی دیگر از حقوقدانان معتقدند این اصل که «جرایم مطلق فاقد سوء نیت خاص می‌باشند»، اصلی بدون استثناء می‌باشند، بنابراین باید در این قبیل جرایم قائل به این شد که هر چند قانونگذار از واژه‌های «قصد» و «هدف» در ماده استفاده کرده است اما مقصود وی از این واژه‌ها نه «قصد مجرمانه» (سوء نیت خاص)، بلکه «انگیزه مجرمانه» می‌باشد. پس این قبیل جرایم، جرایمی مطلق می‌باشند که قانونگذار صرفاً به «انگیزه مجرمانه» آن‌ها نیز در ماده اشاره کرده است.

سه- برخی دیگر بر این باورند این قبیل جرایم، در حقیقت جرایمی مقیدی هستند که دارای سوء نیت خاص می‌باشند، ولی قانونگذار برای سهولت اثبات جرایم ارتكابی، «نتیجه مجرمانه» آن‌ها را حذف کرده است. اینکه قانونگذار چنین کاری را غالباً در جرایم علیه امنیت انجام داده است، دلیلی است که طرفداران این رویکرد بدان استناد می‌کنند.

در مجموع به نظر می‌رسد رویکرد نخست که در متن جزوه نیز پذیرفته شده است، رویکردی بهتر از دیگر رویکردها می‌باشد، ولی در هر صورت نمی‌توان رویکردهای دوم و سوم را نیز قاطعانه رد کرد.

یک- در ماده ۵۰۳ ق.م.ا مصوب ۷۵، «صرف ورود به مواضع ممنوعه» که رفتار ارتكابی این جرم می باشد، باعث تحقق «کامل» این جرم می شود، ولی با این عبارت قانونگذار سوء نیت خاص «قصد سرقت یا نقشه برداری یا کسب اطلاع از اسرار سیاسی یا نظامی یا امنیتی» را نیز لازم دانسته است.

دو- در ماده ۵۱۱ ق.م.ا مصوب ۷۵، «صرف تهدید یا ادعای به بمب گذاری» که رفتار ارتكابی این جرم می باشد، باعث تحقق «کامل» این جرم می شود، ولی با این عبارت قانونگذار سوء نیت خاص «قصد برهم زدن امنیت کشور و تشویش اذهان عمومی» را نیز ضروری دانسته است.

سه- در ماده ۵۱۲ ق.م.ا مصوب ۷۵، «صرف اغوا یا تحریک مردم به جنگ و کشتار» که رفتار ارتكابی این جرم می باشد، باعث تحقق «کامل» این جرم می شود، ولی با این عبارت، قانونگذار سوء نیت خاص «قصد برهم زدن امنیت کشور» را نیز لازم دانسته است.

نکته. نباید «سوء نیت خاص» (قصد مجرمانه) و «انگیزه مجرمانه» را با هم خلط کرد. تفاوت های این دو عنوان عبارتند از:

یک- انگیزه کوشش درونی و میل نهانی است که انسان را به سوی عملی خاص سوق می دهد، بنابراین همیشه مقدم بر اراده است زیرا به هر حال مجرم، جرم را به خاطر منفعتی مرتکب می شود، در حالی که سوء نیت خاص متاخر بر اراده می باشد، چون قصد مجرمانه (سوء نیت خاص) یعنی تمایل اراده به ارتكاب یک جرم خاص.

دو- انگیزه، هدف غایی وقوع جرم بوده درحالی که سوء نیت خاص، هدف ابتدایی وقوع جرم است، برای مثال در جرم قتل، هدف ابتدایی، «خروج روح از بدن» می باشد؛ در حالی که هدف غایی می تواند حسادت، رقابت، ترحم و مانند آن باشد. به همین جهت برخی معیار تفکیک سوء نیت خاص از انگیزه مجرمانه را این دانسته اند که سوء نیت خاص در تمامی افراد یکسان است، در حالی که انگیزه می تواند متعدد باشد. (ر.ک. الهام و برهانی، ۱۳۹۴، ص ۱۸۹)

سه- در حقوق کیفری، برخلاف سوء نیت خاص، اصل بر عدم تاثیر انگیزه می باشد، مگر در مواردی که قانونگذار بدان تصریح کرده است برای نمونه گاهی قانونگذار وجود انگیزه ی خاص را موجب تشدید مجازات دانسته است، مثلاً در تبصره ی ماده ۵۲۵ ق.م.ا مصوب ۷۵ آمده است:

«هر کس عمدأ و بدون داشتن مستندات و مجوز رسمی داخلی و بین المللی و به منظور القای شبهه در کیفیت تولیدات و خدمات از نام و علائم استاندارد ملی یا بین المللی استفاده نماید به حداکثر مجازات مقرر در این ماده محکوم خواهد شد.»

و گاهی قانونگذار وجود انگیزه ی خاص را موجب تخفیف مجازات دانسته است، مثلاً در بند پ ماده ۳۸ ق.م.ا یکی از جهات تخفیف عبارتند از:

«اوضاع و احوال خاص مؤثر در ارتكاب جرم، از قبیل وجود انگیزه شرافتمندانه در ارتكاب جرم.»

در مجموع و به عنوان نتیجه گیری می توان بیان داشت که رکن معنوی جرایم عمدی ترکیبی از «سوء نیت عام» و «سوء نیت خاص» می باشد. البته همانگونه که ذکر شد، سوء نیت خاص در تمامی جرایم عمدی وجود ندارد.^۱ حال برای فهم بهتر مطلب به تحلیل رکن معنوی جرایم قتل عمد (ماده ۲۹۰ ق.م.ا.مصوب ۹۲)، کلاهبرداری (ماده ۱ ق.ت.م.م.ا.ک)، ترکه نفقه (ماده ۵۳ ق.ح.ا) و خیانت در امانت (ماده ۶۷۴ ق.م.ا.مصوب ۷۵) پرداخته می شود:

الف) سوء نیت عام: عمد در (برای مثال) تیراندازی کردن با علم به محقون الدم بودن انسان
 ب) سوء نیت خاص: قصد خروج روح از بدن

قتل

الف) سوء نیت عام: عمد در توسل به وسایل متقلبانه با علم به تعلق مال به دیگری
 ب) سوء نیت خاص: قصد بردن مال دیگری

کلاهبرداری

الف) سوء نیت عام: عمد در عدم پرداخت نفقه با علم به واجب النفقه بودن آن ها
 ب) سوء نیت خاص: ندارد، چون «ترک نفقه» جرمی مطلق است. پس اصولاً فاقد سوء نیت خاص می باشد، چرا که سوء نیت خاص یعنی قصد تحقق نتیجه مجرمانه، حال آنکه ترک نفقه اصلاً نتیجه ای ندارد!

ترکه نفقه

الف) سوء نیت عام: عمد در استعمال، تصاحب، تلف و مفقود با علم به تعلق مال به دیگری.
 ب) سوء نیت خاص: قصد ورود ضرر به دیگری.

خیانت در امانت

^۱ در کنار تقسیم بندی رکن معنوی به «سوء نیت عام» و «سوء نیت خاص»، انواع دیگری از «سوء نیت» وجود دارد که یکی از مهمترین آنها «سوء نیت نامعین» می باشد. مقصود از «سوء نیت نامعین» یعنی اینکه مرتکب در عین حال که خواستار تحقق نتیجه مجرمانه از رفتار خویش است، برایش تفاوتی نمی کند که کیفیت نتیجه حاصله چه باشد. برای مثال، کسی که به قصد آزردهن دیگری عمداً ضربه ای را به وی وارد می کند، برایش اصلاً مهم نیست که نتیجه ناشی از این رفتار چه باشد، خواه ورود ضرب، کبودی، نقص دائمی عضوی از اعضای بدن و یا سلب حیات. در مقام قضاوت، در این حالت مطابق با نتیجه حاصله، مرتکب مجازات خواهد شد.

۲- رکن معنوی جرایم غیر عمدی

در جرایم غیر عمدی هم رابطه ی ذهنی میان مرتکب و رفتار وی باید وجود داشته باشد، اما نه به طور مستقیم، بلکه به صورت غیر مستقیم. قانونگذار به رکن معنوی جرایم غیر عمدی در ماده ۱۴۵ ق.م.ا اشاره داشته است:

«تحقق جرائم غیر عمدی، منوط به احراز تقصیر مرتکب است. در جنایات غیر عمدی اعم از شبه عمدی و خطای محض مقررات کتاب قصاص و دیات اعمال می شود.

تبصره - تقصیر اعم از بی احتیاطی و بی مبالاتی است. مسامحه، غفلت، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی و مانند آنها، حسب مورد، از مصادیق بی احتیاطی یا بی مبالاتی محسوب می شود».

با توجه به ماده ی فوق الذکر می توان رکن معنوی جرایم غیر عمدی «تقصیر جزایی» است. مطابق با تبصره ماده ۱۴۵ ق.م.ا مصادیق مهم «تقصیر جزایی» عبارتند از:

یک- بی احتیاطی: احتیاط به معنای دور اندیشی است. پس بی احتیاطی به عنوان یکی از دو مصداق «تقصیر جزایی» یعنی «عدم دوراندیشی» مرتکب در انجام رفتاری که یک «انسان متعارف» آن را انجام نمی دهد. بنابراین در جایی که رفتار ارتكابی در رکن مادی «فعل» باشد، عدم دوراندیشی در انجام آن در رکن معنوی «بی احتیاطی» محسوب می شود. برای مثال می توان به «رانندگی با سرعت غیر مجاز و تصادف ناشی از آن» اشاره داشت. در این مثال مشخص است که یک «انسان متعارف» هیچ گاه با سرعت غیر مجاز رانندگی نمی کند، بنابراین مرتکب چنین رفتاری اگر تصادف نماید، «رانندگی کردن با سرعت غیر مجاز» (فعل) رفتار ارتكابی این جرم بوده که «تصادف» به عنوان نتیجه مجرمانه آن از مصادیق بارز «بی احتیاطی» محسوب می شود.

دو- بی مبالاتی: بی مبالاتی به معنای «بی پروایی» است. پس بی مبالاتی به عنوان یکی از دو مصداق «تقصیر جزایی» یعنی «بی پروایی» مرتکب در عدم انجام رفتاری که یک «انسان متعارف» آن را انجام می دهد. با تسامح حتی می توان گفت بی مبالاتی، همان بی احتیاطی است تنها با این تفاوت که در بی مبالاتی، رفتار ارتكابی در رکن مادی در قالب «ترک فعل» می باشد، برای مثال «عدم چراغ راهنما زدن به هنگام گردش به راست و تصادف ناشی از آن». در این مثال بدیهی است که یک «انسان متعارف» همواره در هنگام گردش به راست، چراغ راهنما می زند»، بنابراین اگر شخصی «بدون زدن چراغ راهنمای سمت راست»، (ترک فعل) گردش به راست داشته باشد و این امر منجر به تصادف شود، رکن معنوی انی جرم، «بی مبالاتی» خواهد بود. عدم بستن کمربندی ایمنی و عدم گذاشتن درپوش چاه های فاضلاب در خیابان ها توسط کارگر نیز مثال های دیگر «بی مبالاتی» است.

بنابراین با تسامح می توان بیان داشت رکن معنویِ جرایم غیر عمدی عبارتند از «سوء نیت عام» و «تقصیر جزایی». در حقیقت، همانند جرایم عمدی، در جرایم غیر عمدی نیز سوء نیت عام وجود دارد و تنها تفاوت آن ها در این است که در جرایم غیر عمدی «تقصیر جزایی»^۱ جایگزین «سوء نیت خاص» جرایم عمدی می گردد. همانگونه که بیان شد مقصود از سوء نیت عام یعنی «عمد در انجام رفتار با علم به موضوع جرم». مثلاً در تصادف غیر عمدی ناشی از رانندگی با سرعت غیر مجاز؛ هر چند تصادف غیر عمدی می باشد، اما رانندگی با سرعت غیر مجاز عامداً و عالمأ صورت گرفته است، به عبارتی راننده هم در رانندگی با سرعت غیر مجاز عمد داشته و هم علم به اینکه رفتارش جرم رانندگی با سرعت غیر مجاز است.

تقارن رکن مادی و رکن معنوی

آخرین بحث «ارکان سه گانه ی جرم»، وجود تقارن زمانی بین «رکن مادی» و «رکن معنوی» است. بنابراین اگر رکن مادی مقدم بر رکن معنوی و یا رکن معنوی مقدم بر رکن مادی به وجود آید و هیچ گونه تقارن زمانی میان آن ها ایجاد نگردد، جرم مقصود واقع نخواهد شد. برای فهم مطلب می توان به مثال های زیر اشاره کرد:

یک- تقدم زمانی رکن معنوی بر رکن مادی: اگر بدهکاری که از دست طلبکار خود به ستوه آمده است، به قصد کشتن وی با اتومبیل به سمت خانه طلبکار برود ولی به جهت سرعت زیاد در میانه راه با شخصی تصادف کرده و باعث مرگ وی شود، و بعد از پیاده شده ببیند که بر حسب اتفاق متوفی همان شخص طلبکار می باشد، حتی اگر از این موضوع خوشحال نیز شود، نمی توان وی را به جرم «قتل عمد» محکوم کرده و مستوجب قصاص دانست، چرا که آن زمانی که وی قصد قتل (رکن معنوی) را داشت، رکن مادی محقق نشده بود و آن زمان که رکن مادی محقق شد، رکن معنوی وجود نداشت. در این مثال، رکن معنوی مقدم بر رکن مادی به وقوع پیوسته است. پس در این مثال، مرتکب به جای «قتل عمد مستوجب قصاص» به «قتل شبه عمد» محکوم خواهد شد.

دو- تقدم زمانی رکن مادی بر رکن معنوی: شخصی به قصد مزاح، کتاب دوست خود را برداشته و آن را به خانه می برد، اما بعد از آنکه آن را به خانه برد، از برگرداندن آن پشیمان شده و آن را برای خود تصاحب می کند. در این مثال، آن زمان که شخص مرتکب رکن مادی شد، رکن معنوی وجود نداشته و زمانی که رکن معنوی به وجود آمد، رکن مادی به اتمام رسیده بود. بنابراین شخص را نمی توان به جهت ارتکاب جرم سرقت محکوم کرد. شاید وجود ماده ی ۶۶۵ ق.م.ا. مصوب ۷۵ موید همین ادعا باشد. در این ماده قانونگذار آورده است:

«هر کس مال دیگری را بر باید و عمل او مشمول عنوان سرقت نباشد به حبس از شش ماه تا یک سال محکوم خواهد شد و اگر در نتیجه این کار صدمه ای به مجنی علیه وارد شده باشد به مجازات آن نیز محکوم خواهد شد.»

^۱ . شاید تقصیر جزایی را بتوان در قالب «سوء نیت احتمالی» نیز مطرح ساخت. سوء نیت احتمالی یعنی اینکه مرتکب به هیچ وجهی خواستار حصول نتیجه زیانبار و حتی نتیجه ای از رفتار خویش نیست، ولی می تواند این نتیجه را پیش بینی کرده و وقوع آن را احتمال دهد.

منابع و مأخذ

- ۱) اردبیلی، محمدعلی، (۱۳۹۲)، **حقوق جزای عمومی**، جلد اول، تهران، انتشارات میزان، چاپ سی ام.
- ۲) الهام، غلامحسین؛ برهانی، محسن، (۱۳۹۴)، **درآمدی بر حقوق جزای عمومی (جرم و مجرم)**، جلد اول، تهران، نشر میزان، چاپ اول.
- ۳) امیدی، جلیل، (۱۳۸۹)، **تفسیر قانون در حقوق جزا**، تهران، انتشارات جاودانه (جنگل)، چاپ اول.
- ۴) آقایی نیا، حسین، (۱۳۹۲)، **حقوق ورزشی**، تهران، نشر میزان، چاپ سیزدهم.
- ۵) توجهی، عبدالعلی، (۱۳۹۴)، **آسیب شناسی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲**، تهران، انتشارات مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول.
- ۶) زراعت، عباس، (۱۳۹۲)، **حقوق جزای عمومی ۱ و ۲**، جلد اول، تهران، انتشارات جاودانه (جنگل)، چاپ دوم.
- ۷) شمس ناتری، محمدابراهیم؛ کلانتری، حمیدرضا؛ زارع، ابراهیم؛ ریاضت، زینب، (۱۳۹۲)، **قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی**، جلد اول، تهران، نشر میزان، چاپ اول.
- ۸) قیاسی، جلال الدین، (۱۳۹۴)، **تسبیب در قوانین کیفری**، تهران، انتشارات جاودانه (جنگل)، چاپ سوم.
- ۹) گلدوزیان، ایرج، (۱۳۸۲)، **بایسته های حقوق جزای عمومی ۱، ۲ و ۳**، تهران، نشر میزان، چاپ هشتم.
- ۱۰) منصورآبادی، عباس، (۱۳۹۵)، **حقوق کیفری عمومی ۱ (کلیات حقوق کیفری و پدیده مجرمانه)**، تهران، نشر میزان، چاپ اول.
- ۱۱) میرمحمد صادقی، حسین، (۱۳۹۲)، **جرایم علیه اشخاص**، تهران، نشر میزان، چاپ دوازدهم.
- ۱۲) نوربها، رضا، (۱۳۸۳)، **زمینه حقوق جزای عمومی**، تهران، نشر دادآفرین، چاپ یازدهم.