



صاحب امتیاز، مدیر مسئول و سردبیر: دکتر امین امیریان فارسانی

مدیر داخلی: مهدی عبدی ابیانه

مدیر اجرایی: مصطفی اکبری

دبیر علمی: احمد امیریان فارسانی

اعضای هیئت تحریریه:

دکتر محمود مالیر (دانشیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد اصفهان)

دکتر مسعود حیدری (استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد اصفهان)

دکتر کریم صالحی (استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهرکرد)

دکتر رشید قدیری (استادیار دانشگاه شهرکرد)

دکتر محمد رضا شادمان فر (استادیار دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی)

دکتر امین امیریان فارسانی (استادیار دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی)

دکتر راضیه قاسمی (استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد تیران)

دکتر علی زلقی (دکترای حقوق کیفری و جرم شناسی و عضو باشگاه پژوهشگران جوان)

دکتر الهام حیدری (استادیار دانشگاه شهرکرد)

فصلنامه سراسری دادگران کیفری (حقوق تخصصی)

به شماره ثبت ۸۸۴۶۵ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی

این فصلنامه در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود:

www.chaponashr.ir/dr-amirian

www.chaponashr.ir

وب سایت اختصاصی دکتر امین امیریان فارسانی

سازمان چاپ و نشر ایران

آماده سازی، تهیه و تنظیم و ویراستاری: سازمان چاپ و نشر ایران (www.chaponashr.ir)

نشانی: اصفهان، سپاهان شهر، دانشگاه شهید اشرفی

اصفهانی، گروه حقوق

صفحه آرا: پروانه مهاجر

☐ نقل مطالب مندرج در فصلنامه با ذکر مأخذ آزاد است.

☐ مسئولیت صحت اطلاعات مندرج در مقالات به عهده نویسندگان است.

فهرست مطالب

سیاست کیفری حاکم بر سزاگرایی در نظام حقوقی ایران ۳

سیمین آزادیان، تورج دالکی

بررسی جایگاه دادستان در حقوق کیفری ایران و دادگاه بین‌المللی کیفری ۲۴

لیلی رئیسی دزکی

بررسی ابعاد اخلاقی و حقوقی تعلیق مراقبتی در حقوق کیفری ایران و آمریکا ۵۵

اسماعیل کشکولیان، عباس شیخ الاسلامی، سارا سادات هاشمی

بررسی فقهی - حقوقی محاربه و افساد فی الارض ۷۰

محسن صفاری فرد خوزانی

بررسی تطبیقی پیشگیری از فساد اداری در ایران و نظام حقوقی کامن لا ۹۲

مصطفی اکبری، منوچهر فانی

سیاست کیفری حاکم بر سزاگرایی در نظام حقوقی ایران

سیمین آزادیان* تورج دالکی**

نوع مقاله : پژوهشی	تاریخ دریافت : ۱۴۰۳/۱/۱۰	تاریخ پذیرش : ۱۴۰۳/۱/۱۷	شماره صفحه : ۲۳-۳
--------------------	--------------------------	-------------------------	-------------------

مجازات به عنوان واکنشی اجتماعی با تحمیل عمدی رنج و مشقت، نابودی یا کسر حیثیت و سلب حق افراد همراه است. به همین دلیل اعمال چنین واکنشی مستلزم تبیین و توجیهی شایسته است. در این میان نظریه سزاگرایی با رویکردی اخلاقی، از قدیمی ترین مدعیان توجیه مجازات محسوب می شده است. اما در قسمت قابل توجهی از قرن بیستم، این اندیشه از سوی جرم شناسان، کیفرشناسان و فلاسفه حقوق کیفری، اندیشه ای واپسگرا و متروک تلقی می شد. اما دهه های آخر سده بیستم، دوران رستاخیز پارادایم سزاگرایی است، به گونه ای که بسیاری از منتقدان این تفکر به حامیان جدی آن تبدیل شدند. این نوشتار در پی آن است تا ضمن کاوش در علل استقبال مشتاقانه صاحب نظران حوزه عدالت کیفری از نظریه مذکور، قابلیت ها و نقص های آن را ارزیابی کند.

واژگان کلیدی: سزاگرایی، توجیه اخلاقی کیفر، مشروعیت ذاتی مجازات، پیامدگرایی،

رستاخیز، سزاگرایی

* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران
** قاضی دادگستری، و استادیار مدعو گروه جزا و جرم شناسی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران

مقدمه

سزاگرایی در شمار نخستین نظریه‌ها در باب توجیه کیفر قرار دارد. این اندیشه قدمتی برابر با تاریخ حیات انسان دارد. از بدیهی ترین و اولین پاسخ‌هایی که در باب چرایی کیفر به ذهن متبادر می‌شود این است که هر کس مرتکب خطایی شود مستحق تنبیه و کیفر است. سزاگرایان نیز با تکیه بر همین برداشت بر این باورند که مجازات دارای مشروعیتی ذاتی است. پیش از بررسی چارچوبهای اندیشه سزاگرا لازم است به این پرسش اساسی پاسخ داده شود که اصولاً اندیشه مذکور در چه بستری ارائه میشود؟ اساساً ضرورت توجیه و استدلال در راستای مشروعیت کیفر، ناشی از چیست؟ به بیان دیگر، فلسفه وجودی مجازات چیست؟ واقعیت این است که اجرای مجازات همواره با نوعی سلب حق همراه است. به یک تعبیر، بسته به نوع حقوقی که در فرایند اعلام حکم و اجرای مجازات از افراد سلب می‌گردد میزانی از رنج و مشقت بر آنان تحمیل می‌شود. اعدام و شلاق موجب سلب حیات و نیز سلب سلامت انسان شده و زندان نیز حق آزادی را از انسان سلب می‌نماید. گونه‌ای دیگر مجازات‌ها نیز هر یک نوعی محرومیت از حق به شمار می‌آید. علاوه بر این، مجازات، تحمیل عمدی درد و رنج بر انسانهاست. بنابراین، ضروری است که انجام چنین اقداماتی علیه منافع و حقوق انسانها توجیهی متقاعدکننده به همراه داشته باشد. از آنجا که طبق تعریف، تدابیر کیفری اموری ناخوشایندند، جز در صورت وجود کارکرد و توجیهی مناسب برای آنان، در این جهان جایی ندارند (Bagaric, 2001: 3)

بنابراین توجیه اخلاقی کیفر، امری اجتنابناپذیر و ضروری است. در این خصوص، تبیینهای متفاوت و گاهی متناقض برای اقدامات کیفری در جامعه ارائه شده است. از نگاه برخی، کیفر علیه مجرم ان اجرا میشود تا موجب پیشگیری از ارتکاب جرم در و یا سایر کسانی که ظرفیت آینده از سوی آنها (گردد بازدارندگی خاص تا ارتکاب جرم را دارند از روی آوردن به رفتار مجرمانه خودداری نمایند برخی نیز معتقدند که مجازات اگر اثر بازدارندگی نداشته باشد، بازدارندگی عام میتواند به گونه ای اجرا شود که امکان ارتکاب جرم از ناحیه مجرم و ایجاد مجازات میتواند مزاحمت برای دیگران را از او سلب نماید توانگیری از مجرم به عنوان روشی برای اصلاح، بازپروری و بازپذیری مجرم تلقی شود اصلاح در نهایت، کیفر میتواند پاسخ طبیعی خطای فرد در قالب جرم ارتکابی باشد (سزاده‌ی). آنچه گذشت بخش مهمی از نظریه های موجود است که هر یک به شیوه ای مدعی عقلانیتی هستند که میتواند

توجیه گراعمال کیفر علیه بزهکاران باشد. در هر نظام کیفری، قانونگذار یا مقام قضایی ممکن است یکی از این مبانی توجیهی را مورد توجه قرار دهد. این امکان نیز وجود دارد که در زمان ها و مکانهای مختلف، برخی از این رویکردها در مقام عمل از اولویت بیشتری برخوردار گردند. با این وجود چه ضرورتی اقتضا کرده است که در طول تاریخ مباحث دامنہ داری از سوی محققان حوزه فلسفه، سیاست و حقوق همراه با چالش های فراوان در این زمینه مطرح گردد؟ مشکل از آنجا ناشی می شود که گاه بین اهداف متفاوت کیفر تعارضاتی ایجاد میشود. به عنوان مثال، آیا می توان اهداف ارعاب، اصلاح و استحقاق را در مهندسی یک نظام کیفری توأمان لحاظ نمود؟ هدف ارعابی مقتضی شدت و حدت بیشتری در واکنش های کیفری بوده و در مقابل اهداف اصلاحی مستلزم نوعی ملایمت و انعطاف پذیری نظام کیفری در مواجهه با بزهکاران است. در حالی که رویکرد سزاگرا، نظام کیفری را به برابری یا تناسب جرم و مجازات فرامیخواند. همچنین، گاه گزینش اهداف مذکور به صورت همزمان به عنوان مبنای نظام کیفری می تواند تعارضی اجتناب ناپذیر میان حقوق جامعه، متهم و بزه دیده ایجاد نماید. الزاماتی که گاه به دشواری قابل جمع با یکدیگرند. قبل از ورود به مباحث اصلی این نوشتار شایسته است به عنوان بخشی از مقدمه ابتدا نگاهی کلی به مفهوم سزاگرایی داشته باشیم و سپس ریشه های این اندیشه را در دوران باستان جستجو نماییم. این امر میتواند از یک سو نمایی روشن از موضوع مقاله در ذهن خواننده ترسیم و از سویی دیگر قدمت و اصالت این اندیشه را آشکار نماید.

۱. مفهوم سزاگرایی

بر خلاف اندیشه های پیامدگرا که هدف کاستن از میزان جرایم را مشروعیت بخش اقدامات کیفری خویش می دانند؛ سزاگرایان در پی آنند که «مجرمان آنچه را شایسته هستند دریافت نمایند» (کاوادینو، ۱۳۸۴: ۳۰۹؛ وایت، ۱۳۸۶: ۹۳) آنچه در نگاه سزاگرایان تحمیل کیفر را توجیه می نماید نتایج حاصل از اجرای آن نیست. اگرچه اجرای مجازات پیامدهای فردی و اجتماعی مثبتی به همراه خواهد داشت، این پیامدها نمیتواند توجیه گر اصل مجازات باشد. از دیدگاه معتقدان به این اندیشه، حق بر خیر مقدم بوده و حق کیفر از نقض قانون و تجاوز به اصول اخلاقی سرچشمه میگیرد (تبیت، ۱۳۸۴: ۲۵۳) توجه به جرم ارتكابی، پایبندی به اصول اخلاقی، اعتقاد به حسن ذاتی کیفر، تناسب و برابری مجازات با

عمل خلاف ارتكابی و عدم توجه به پیامدهای حاصل از اجرای مجازات از اصول اندیشه سزاگرایی است. در واقع با ارتكاب رفتار مجرمانه، اصول اخلاقی چون عدالت مخدوش شده و تنها از طریق اجرای مجازات است که می توان نظم مختل شده را احیا نمود و با اجرای کیفری شبیه به جرم ارتكابی، تعادل را مجدداً به جامعه بازگرداند (پرادل، ۱۳۷۳: ۱۸) بر خلاف باورهایی که به نظریه سزاگرایی نسبت داده می شود و آن را اندیشه ای ارتجاعی، خشونت طلب و انتقامجو تلقی میکند، مفهوم استحقاق و تناسب در این رویکرد عاملی برای کنترل خشونت، تعیین مرز و محدودیت برای میزان مجازات و نهایتاً حفظ کرامت انسانی و پاسداری از حقوق متهمان محسوب میشود. آنگونه که در بخش مربوط به سزاگرایان نوین مشاهده خواهیم نمود، یکی از دلایل ظهور مجدد اندیشه های سزاگرا در دوران معاصر، انتقادهای شدیدی بود که به نامعین بودن، نامحدود بودن و نیز پراکندگی اقدامات کیفری وارد می شد. در تقابل با رویکردهای پیامدگرا، سزاگرایان در پی آن نیستند که با استفاده از هر شیوه ممکن به اهداف خویش دست یابند. برعکس، تناسب و برابری میان جرم و مجازات، خود یکی از اهداف سیاستهای کیفری مبتنی بر سزاگرایی است. دردوران کهن نیزوضع قاعده مشهور چشم در برابر چشم، تلاشی برای انتظام بخشی به مجازات های انتقام جویانه ای بود که در جریان آن مجازات تا حصول تشفی خاطر بزه دیدگان تداوم می یافت. این کینه توزی و آتش انتقام، گاه دامنگیر خانواده و قوم و قبیله بزهکار نیز می شد. سزاگرایان با کنترل این کینه توزی عریان به دنبال حاکمیت مفهوم استحقاق بر جریان تعیین و اجرای کیفر بودند (Berry, 1999: 676) به رغم دریافت های متعددی که از اندیشه سزاگرایی صورت می گیرد (کاتینگهام، ۱۳۸۴: ۱۵۰)، اندیشه بنیادین این نظریه آن است که بزهکار با ارتكاب جرم نسبت به جامعه خویش مدیون میشود و مجازات، توانی است که او باید در قبال این دین پرداخت نماید. در نتیجه، برقراری تناسب میان جرم و مجازات امری اخلاقی اجتناب ناپذیر است. استفاده از استعاره «احیای تعادل در جامعه و یا امحای آثار جرم از ضمیر جامعه»، بیان دیگری از اندیشه مکافات گرایی است.

۲. سزاگرایی دردوران باستان

تفکر سزاگرایی همانگونه که پیشتر اشاره شد، در زمره ریشه دارترین و پراسابقه ترین اندیشه های بشری در حوزه فلسفه کیفر، در مقام اندیشه و عمل است. با گذار جوامع انسانی

ازدوره انتقام خصوصی به دوران دادگستری خصوصی، می توان شاهد نخستین مقررات نوشته و نانوشته در حکومت های مقتدر مشرق زمین و به ویژه بین النهرین بود. قانون نامه (کد) حمورابی یکی از بارزترین نمونه های قانونی گذاری است که در آن رویکرد سزادهی جایگزین روشهای برگرفته از جنگ و انتقام خصوصی شده است. حمورابی سده ها پیش از آنکه اندیشه های بزرگانی مانند افلاطون و ارسطو مطرح شود، به جرم انگاری رفتارهایی میپردازد که به بنیادهای جامعه و حکومت آسیب میرساند. در قانون نامه او کیفر، پاسخ بدیهی این خطاکاری هاست (پاشا صالح، ۱۳۴۸: ۱۱۴؛ نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۳: ۲۳) اما در بُعد نظری، اولین بارقه های رویکرد سزاگرایی را می توان در اندیشه های متفکران یونان باستان یافت. شاید بتوان ارسطو را نخستین فردی دانست که تلاش نمود اجرای کیفر را ضابطه مند نماید. در واقع او را میتوان نماینده برجسته سزاگرایی در جهان باستان دانست. در اندیشه او همانند دیگر سزاجرایان در طول تاریخ، آزادی اراده و پایبندی به اخلاق عناصری اساسی تلقی می شوند. از نگاه او بزهکار کسی است که با اراده آزاد فضیلت را رها نموده و ردیلت را برگزیده است. همچنین او جرم را عملی می داند که روابط متقابل را در جامعه انسانی از حالت اعتدال خارج نموده و موجبات تجاوز به حقوق انسانها را فراهم میآورد. بنابراین برای اعاده وضع سابق و ایجاد تعادل مجدد در جامعه چاره ای جز کیفر بزهکاران وجود ندارد. در اندیشه او به حکم عدالت و اخلاق، کیفر بزهکاران امری اجتنابناپذیر است. این حکم آنچنان گسترده و فراگیر است که در منطق او درخت و یا خنجری که جرم به وسیله آن واقع شده است فارغ از مسئولیت کیفری نمی باشد (آقایی، ۱۳۸۶: ۷۶) ارسطو همانند دیگر طرفداران حقوق طبیعی و فطری، مبنای حقوق را در حوزه ای ورای اراده قانونگذاران جستجو میکند. در این اندیشه قواعد طبیعی حاکم بر زندگی اجتماعی برتر از اراده حاکمان و غایت مطلوب انسان است و قانونگذار باید تلاش کند تا آنها را بیاید و در تدوین قواعد راهنمای خود قرار دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۴۲). او همانند کانت، فیلسوف برجسته آلمانی، عقل بشر را ابزاری برای کشف این قواعد آرمانی و مطلوب می داند. ارسطو در کتاب اخلاق خود تلاش ذهن انسان را برای کشف این قواعد ازلی به تصویر کشیده است (انتروز، ۱۳۸۵: ۸۰). او معتقد است که هدف حقوق، تأمین سعادت همگانی است. سعادت همگانی تنها به یاری عدالت میسر خواهد گردید و کیفر نیز مسیری برای پاسداری از فضیلت عدالت در جامعه است. برای پژوهش پیرامون توجیهات مذکور، عموماً نظریه های موجود را به دو گروه پیامدگرایان و پیشینه گرایان تقسیم می کنند. گروه نخست

به مقوله پیشگیری ارتکاب جرم در آینده توجه دارند و نظریه دوم، تمرکز خود را معطوف به جرم ارتكابی در گذشته کرده است.

بخش اول: سزاگرایی کلاسیک

این عصر دوره شکوفایی علوم، فنون و اندیشه انسانی در حوزه‌های مختلف از جمله در قلمرو فلسفه حقوق است. نظریه حقوق طبیعی که از قرن هفدهم به بعد در نوشته‌های کسانی چون گرسیوس، پوفندورف، جان لاک و کانت مطرح شد، بخش در میان نویسندگان^۱ ییجدا ناپذیر اندیشه ضرورشنگری است (Alam, 2011: 76) شاید بتوان مدعی شد که امانوئل کانت، فیلسوف آلمانی در زمره کسانی بود که بیشترین نقش را در شکوفایی حقوق فطری داشتند (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۶۶-۶۷) از جمله موضوعاتی که در آثار نویسندگان و فلاسفه این دوران مورد توجه قرار گرفته است، اصول و قواعد پیشینی حاکم بر روابط انسان هاست. اصول و قواعدی که در نظر طرفداران حقوق فطری و رای اراده دولتها و حاکم بر آنهاست. در این میان برخی از متفکران عصر روشنگری به کاربرد قواعد حقوق فطری در حوزه عدالت کیفری نیز پرداخته اند..

۱-۱ - امانوئل کانت

دیدگاه کانت معمولاً به عنوان مشهورترین الگوی سزاگرایی شناخته می شود. اگرچه در نظر برخی سزاگرایان معاصر همچون جفری مورفی، در اندیشه‌های کانت نه تنها نظریه سزاگرایی، بلکه هیچ رویکردی در باب مجازات مشاهده نمی شود زیرا از نگاه او نظریه مجازات باید به صورت همزمان عناصری (Corlet, 2006: 49) راجع به ماهیت جرم، توجیه اخلاقی کیفر، توجیه سیاسی مجازات، اصول مربوط به مسئولیت کیفری و مجازات متناسب را در خود داشته باشد (Murphy, 1987: 532) در حالی که حتی در کتاب نظریه حقوقی کانت هم عناصر پنج گانه فوق به صورت منسجم مشاهده نمیشود. لیکن همین نویسنده در ادامه چنین نتیجه میگیرد: اگر نوشته ها و نگرشهای به جامانده از او به دقت مورد توجه قرار گیرد، می توان از آجرهای موجود در آن چنین بنایی را ساخت کانت فیلسوفی اخلاق محور است. به نظراورزندگی اجتماعی بدون اخلاق و عدالت بی معناست. به همین سبب «اگر پیشنهاد شود مجرمی را که محکوم به مرگ شده با این شرط که موافقت کند در صورت زنده ماندن آزمایشهای خطرناکی

در مورد اوانجام گیرد، آزاد بگذاریم، چه پاسخی خواهیم داد؟ به نظر او اگر چنین پیشنهادی از طرف دانشکده پزشکی به دادگاه‌های دادگستری شود، با تحقیر و تمسخر رد خواهد شد. زیرا اگر بتوان عدالت را در مقابل هرگونه وضعی به معامله پایاپای گذاشت، دیگر عدالت نخواهد بود» (صانعی، ۱۳۸۸: ۶۱) در نگاه او جرم دارای قبح ذاتی بوده و در مقابل کیفر نیز ذاتاً پسندیده است. جرم تعرض به نظم اخلاقی است. به همین دلیل است «که مجازات در احیای اصول اخلاقی مورد تعرض، دارای حسن ذاتی می باشد. به تعبیر دیگر تکلیف مجازات را قانون عدالت بردوش ما خواهد گذاشت (خسروشاهی، ۱۳۸۰: ۱۶۲). کانت در کتاب عناصر متافیزیکی عدالت سزاگرایی را به عنوان اصلی اخلاقی تلقی مینماید. به نظر او مجازات نباید هیچ گاه به عنوان ابزاری برای مصلحت مجرم یا جامعه مدنی به کار گرفته شود، بلکه فقط باید بر این مبنا بر مجرم تحمیل گردد تا که او جرمی مرتکب شده است» (Honderich; 2005: 17) او از هرگونه فایده اجتماعی و فردی به عنوان پیامدی برای مجازات رویگردان است و آن را به تمسخر می گیرد. او بر این باور است «وای به حال کسی که با تمسک به یاوه های اصالت سودمندی، سهمی در رهنیدن بزهکار از مجازات داشته باشد (McCormick, 2001: 19) تساوی در تعیین میزان کیفر به عنوان یکی از اصول بنیادین سزاگرایی در اندیشه های کانت نمود آشکاری دارد. کانت به حکم نگاه اخلاقی خود در تعیین اندازه کیفر نیز التزام به عدالت را ضروری می داند. به نظر او در حقیقت «خطاکار با ارتکاب رفتار ارادی معارض اخلاق، پذیرفته است که به میزان تعرض خود متحمل کیفر گردد» (یزدیان جعفری، ۱۳۸۶: ۳۳۰) این نگاه کانت، توأمان دربردارنده دو جنبه مثبت و منفی است. یعنی از یک سو، شدت مجازات به هیچ روی نباید کمتر از شدت جرم ارتكابی باشد و از سوی دیگر، هیچ توجیهی برای تخفیف مجازات را نمیپذیرد. به نظر او تخفیف مجازات برخی از بزهکاران به واسطه همکاری آنان با دولت اقدامی خلاف عدالت است. از مجموع آنچه گذشت میتوان ادعا نمود که «دیدگاه کانت در مورد عدالت کیفری بالاتر دیدگاهی سزایارانه است که بر اصل قصاص یا اصل پیشینی تساوی مبتنی است. اصلی که به موجب آن دادگاه‌ها مجازاتی را علیه مجرم‌ان اعمال میکنند که با جرم آنها برابر است.

بخش دوم: سزاگرایی نوین

هرچند که سزاگرایی به عنوان یکی از کهن ترین منشاهای توجیه مجازات هیچگاه به کلی از بین نرفته است، در قرن بیستم علی رغم وجود معتقدان معدودی برای آن، کیفرشناسان و به ویژه جرمشناسان این اندیشه را در مقایسه با تفکر اصلاح گرایی، نظریه ای ارتجاعی تلقی میکردند. در این زمان به نظر می رسید که سزاگرایی اندیشه ای کهن و یادگار دورانی است که در آن انتقام مبنای اصلی کیفر را تشکیل میداد. در دهه پنجاه تصور میشد که سزاگرایی به طور کلی جایگاه خویش را در میان نظریه های مرتبط با توجیه کیفر از دست داده و کاملاً به اندیشه ای متروک مبدل شده است (Cragg, 1990: 2) به رغم این تصور، مدتی پس از آن و در دهه ۱۹۸۰ به نظر میرسید که این اندیشه در همه جا دچار رستاخیز شده است، به گونه ای که نه تنها توسط قانون گذاران و جرم شناسان بلکه توسط فلاسفه و صاحب نظران دانشگاهی نیز با اشتیاق فراوان مورد حمایت قرار گرفت. جان همتون میگوید: در چند سال گذشته من در میان کسانی بودم که برای این شهرت عزا گرفته بودند و سزاگرایی را به عنوان اندیشه ای که دست کمی از انتقام جویی ندارد، محکوم میکردم؛ زیرا به نظر من تنها آلترناتیو نظریه بازدارندگی و اعراب، اندیشه آموزش اخلاقی کیفر بود. اما در چند سال گذشته دیدگاهم تغییر کرده است و در حال حاضر نه فقط سزاگرایی را به عنوان واکنشی متفاوت از انتقام می بینم، بلکه آنرا به عنوان پاسخی اخلاقی و مهم نسبت به رفتار غیر اخلاقی تلقی می کنم در نیمه دوم قرن بیستم سزاگرایی کهن احیا شد و کیفرشناسانی که به سزاگرایی بی اعتنا بودند تغییر عقیده دادند و به حامیان این تفکر بدل شدند. در دهه هشتاد سزاگرایی نوین به تأثیرگذارترین نظریه کیفری مبدل گردید (Hudson, 2003: 39)

۱-۲. زمینه های ظهور مجدد سزاگرایی

نظریه ها و اندیشه ها فرزندان زمان خود هستند. شرایط اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و یا به بیان دیگر مشکلات و نیازهای موجود تاریخی در حوزه های مذکور زمینه های بروز و ظهور یک نظریه را فراهم می سازد. به همین ترتیب، عدم توفیق برنامه های اجرایی ملهم از نگاه ها و اندیشه های اصلاحی در سطح کلان، منتهی به نقدهای گسترده از نظریه های مذکور شده و زمینه را برای ظهور نظریه های رقیب و جایگزین آن فراهم میکند. ظهور و افول اندیشه های کیفری نیز در این بستر تاریخی و اجتماعی رخ میدهد. از یک سو،

زمینه های اجتماعی و اقتضای، ظهور اندیشه های متفاوت در حوزه جرم و مجازات را موجب میگردد و از سوی دیگر، عدم توفیق اندیشه های حاکم و پیامدهای احتمالی حاصله از اجرای یک نظریه موجبات افول آن را فراهم ساخته و زمینه را برای بروز اندیشه های کیفری بدیل مهیا میکند. دلایل ظهور اندیشه های سزاگرایانه نوین در همین بستر قابل بررسی و تحقیق است. در حقیقت مشکلات نظری و عملی گفتمان های حاکم در زمینه توجیه مجازات، عرصه را برای گرایش به اندیشه سزاگرایی گشود.

۲-۱-۱- افراط در مجازاتهای اصلاحی

افراط در پایبندی به کیفرهای اصلاحی موجبات نگرانی را در افرادی که گرایش های لیبرالیستی داشتند، فراهم ساخت. به ویژه اجرای سختگیرانه ناتوان سازی به عنوان یکی از داده های مکتب اصلاح گرایی در مورد مجرمان اصلاح ناپذیر، که از سوی محافظه کاران تعقیب میشد نگرانی بیش از پیش گروه های طرفدار حقوق مدنی و حقوق بشر را برانگیخت

۲-۱-۲. پراکندگی مجازاتها

وجود مجازاتهای حبس نامعین در امریکا و به ویژه در مناطقی مانند کالیفرنیا که در آن مدت زندان توسط یک کمیسیون ویژه و بر مبنای میزان تغییر رفتار فرد از بعد اجتماعی و روانشناسی بر مبنای جرم ارتکاب تعیین میشد، انتقاداتی را به همراه داشت. احتمال ارتکاب جرم در آینده به عنوان عاملی در تعیین مجازات ارزیابی میشد. یعنی این امکان وجود داشت که یک بزهکار تنها ارتکاب جرمی ساده، به اندازه مرتکب یک جرم خوشنیتآمیز ناگزیر از تحمل حبس باشد؛ زیرا ممکن بود به نظر برسد که در مورد مجرم اول نیاز بیشتری به درمان و مراقبت در م قایسه با بزهکار دوم وجود داشته و احتمال ارتکاب جرم در آینده از ناحیه او بیشتر باشد.

۲-۱-۳ - گستردگی اختیارات مقامات قضایی و اجرای

از دیگر انتقادات وارده به کیفرهای اصلاحی این بود که سیستم فردی کردن مجازاتها راه را برای هرگونه سوء استفاده از قدرت فراهم می ساخت؛ زیرا در چنین سیستمی در عمل، نظام عدالت کیفری از مجازات های نامعین بهره می گیرد و قانون انعطاف بسیار

زیادی در برخورد با مجرم آن از خود نشان می دهد. از سوی دیگر، همان گونه که قبلاً اشاره شد، تصمیمگیری در مورد مجازاتها الزاماً توسط مقامات قضایی صورت نمیگیرد؛ بلکه بخشی از تصمیمات به مقاماتی که اجرای مجازاتها را بر عهده دارند واگذار شده است. وجود چنین اختیارات گسترده قضایی و اجرایی نگرانیهای زیادی در زمینه سوء استفاده احتمالی از قدرت ایجاد کرده بود.

۴-۱-۲- شورش در زندانها

تحقیقات در خصوص شورشهای صورتگرفته در زندانها از جمله شورش در مرکز فرصتهای اصلاحی آتیکا در نیویورک ۱۹۷۱ که در جریان آن ۳۹ نفر از جمله ده نشان داد افسر مأمور اصلاح و کارمند زندان کشته شدند (Hudson, 2008: 39-40) که مشخص نبودن تاریخ آزادی افراد از زندان، احساس بی عدالتی و عدم ارتباط میان جرم و مجازات از جمله مهم ترین علت های رنج و عذاب مجرم آن و شورش آنان است. همان گونه که مشاهده میشود این زندان و زندان های مشابه بر مبنای سیاست اصلاحی اداره میشدند.

۲-۲. مفهوم سزاگرایی نوین

در سزاگرایی مدرن مانند همۀ رویکردهای سزاگرایی، مجرم مستحق مجازات است؛ چرا که به صورت آزادانه ای عمل خلاف را برگزیده است. این اقدام او را اخلاقاً پاسخگو و قابل مجازات می سازد. اما در شکل مدرن سزاگرایی، اندیشه برابری جرم و مجازات که مورد تأکید سزاگرایان سنتی است، تبدیل به تناسب کیفر با جرم در این رویکرد، دیگر ت اکید بر مجازات قصاص گونه مشاهده ارتكابی میشود نمیشود. از سوی دیگر تلاش بر آن است تا برای کاربردی نمودن اندیشه سزاگرایی جدولی از مجازاتها تهیه شود که در آن سنگین ترین مجازاتها برای سنگین ترین جرایم و برعکس است. این شکل از دسته بندی کلی مجازاتها بر مبنای شهرت یافته است .. در این خصوص باید اشاره نمود که مجازات های پیشگفته از نظام حداقل و حداکثر تبعیت کرده و بر اساس شرایط جرم بر بزهکار تحمیل میشوند. به عنوان مثال، برای جرم سرقت مقرر به آزار و جرایم ی با شدت مشابه، پنج سال حبس پیشبینی می شود که تا دو سال قابلیت کاهش و افزایش دارد. برای جرمی با شدت کمتر، مدت سه تا پنج سال و جرمی با شدت بیشتر، مدت پنج تا هفت سال در نظر گرفته می

شود. در این خصوص ملاک اصلی تصمیم گیری، جرم ارتكابی و میزان استحقاق مرتكب است؛ یعنی اندازه مجازات بر اساس شدت جرم و میزان قابلیت سرزنش که بر اساس ملاک های عینی همچون سابقه ارتكاب جرم مشخص میگردد، تعیین میشود. طبیعی است که یکی از مهم ترین عوامل در میزان سرزنش، عنصر معنوی است. بنابراین کسی که مرتكب تکرار جرم می شود آگاهی بیشتری نسبت به اعمال خود خواهد داشت و به همان نسبت نیز استحقاق و قابلیت سرزنش بیشتری پیدا میکند. از دیدگاه سزاگرایان آنچه ماهیت اصلی مجازات را تشکیل داده و آن را از سایر ضمانت اجراها و تنبیهات متمایز می سازد، این است که کیفر حامل نوعی سرزنش اجتماعی و اخلاقی است. یکی از مشکلات اساسی نظریه سزاگرایی ترجمه تناسب جرم و مجازات در مقام عمل؛ یعنی تعیین مجازات متناسب برای جرایم مختلف در مرحله قانونگذاری و قضاوت است.

بخش سوم: ارزیابی سزاگرایی

سابقه نظریه سزاگرایی و گرایش های قوی که در نظام های عدالت کیفری نوین نسبت به این اندیشه مشاهده می شود، حاکی از ویژگیها و نقاط قوتی است که ماهیتاً در این تفکر وجود دارد. این نظریه از هر مبنای دیگری در فلسفه مجازات به عدالت نزدیکتر است؛ زیرا در پی اجرای مجازاتی برابر با متناسب با جرم ارتكابی است. در این تفکر هیچ زمینه ای برای مجازات بیگانهان وجود ندارد (آنگونه که در اندیشه ارباب و بازدارندگی مشاهده می شود). در حقیقت، فرض غیر قابل اثبات احتمال ارتكاب جرم در آینده از شاخصه های تصمیم گیری در باب چگونگی برخورد با مجرمان نیست (وضعیتی که در اندیشه اصلاح و بازپروری مجرمان مشاهده میشود). در این نگاه به مجازات، دامنه آزادی قضات و مجریان نظام عدالت کیفری در برخورد با مجرمان کاهش یافته و احتمال سوء استفاده از قدرت و برخورد خودسرانه کاهش مییابد. در نظام کیفری برگرفته از این تفکر برای جرم واحد مجازات هایی متکثر و پراکنده وجود نداشته و دامنه نوسان مجازات برای جرم واحد بسیار محدود است. آنگونه که در دستورالعمل مینوسیتا آمده است، نژاد، مذهب، جنسیت و امثال آن عملاً شاخصه موثرتری در تبیین کیفر نخواهد بود. اما فارغ از قابلیت ها و مزایای ذاتی اندیشه مذکور، مبانی و کارکردهای آن در بعد توجیه و توزیع کیفر قابل تأمل و تعمق است. در ادامه تلاش خواهد گردید تا کاستی ها و نواقص بنیادین نظریه سزاگرایی در دو حوزه توجیه و توزیع کیفر

مورد نقد و ارزیابی قرار گیرد.

۳-۱ - سزاگرایی و توجیه کیفر

بر اساس آنچه گذشت در نظریه سزاگرا، مجازات به مثابه تحمیل عمدی درد و رنج و سلب حق از دیگری است. فلسفه مجازات تلاشی برای یافتن مبانی مشروعیت مشقتی است که به صورت ارادی به انسانها در اجتماع تحمیل می شود. دشواری پاسخ به این پرسش تا آنجا جدی است که فلاسفه حقوق کیفری اعتقاد به حل نشدن آن دارند (Boonin, 2008: 1) احتمالاً چه انتقاداتی بر توجیهات مذکور وارد است. در مباحث مقدماتی اشاره شد که حامیان این تفکر از گذشته تا کنون مبنای توجیه مشترکی برای مجازات بیان می کرده‌اند. اگرچه بر اساس آنچه مشاهده خواهیم نمود، در جلوه‌های نوین سزاگرایی برای پاسخ گویی به ایرادات احتمالی اشکال متفاوتی از سزاگرایی ارائه شده است. در نگاه برخی از سزاگرایان مجازات امری بدیهی تلقی می شود که تلاش ذهنی و زیادی برای توجیه آن لازم نیست. مجرم باید مجازات شود؛ زیرا مرتکب جرم شده است (Honderich, 2005: 17) اندیشه سزاگرایی به طور کلی مجازات را با ملاحظات عدالت، استحقاق و حقوق توجیه می نماید. در حقیقت سزاگرایان هیچ گاه مجازات را به مثابه امری تلقی نمی نمایند که باید با توجه به نتایج شخصی و اجتماعی حاصل از اجرای آن ارزیابی گردد (White, 2011: 17) مجازات مقتضی عدالت، استحقاق و سزا برای مجرم و نیز احقاق حق برای جامعه است. مجازات در این اندیشه با اخلاق پیوندی ناگسستنی پیدا میکند. مجازات انعکاسی از سرزنش اجتماعی علیه رفتارهای نابهنجار و غیر اخلاقی مجرمان است که به صورت رسمی اعلام میشود. سوال ابتدایی در زیربنای این اندیشه آن است که این رویکرد تا چه میزان یک نظریه اخلاقی است؟ با فرض اینکه اجرای مجازات آثار سوء فردی و اجتماعی به همراه داشته باشد و یا اینکه هیچ گونه فایده و ثمره اجتماعی برای مجازات تصور نشود، تا چه میزان میتوان به اخلاقی بودن این رفتار کیفری باور داشت؟ نکته قابل ذکر دیگر در مطالعه این رویکرد آن است که آیا همه قوانین کیفری که بر مبنای آنها مجازات تحمیل میشود، الزاماً اخلاقی هستند؟ به نظر می رسد که توافقی کلی در این باب وجود دارد که رابطه کیفر و اخلاق رابطه تساوی نبوده و می توان آن را عموم و خصوص من وجه دانست. یعنی به رغم پذیرش این نکته که بسیاری اعمال مجرمانه غیر اخلاقی هستند و اعمال مجازات نسبت به ارتکاب آنها می تواند توجیه اخلاقی داشته باشد، لیکن

کم نیستند اعمالی که به لحاظ شکلی جرم محسوب می شوند، اما آنها را نمی توان غیر اخلاقی تلقی نمود. در مقابل نیز اعمالی غیر اخلاقی را می توان عنوان نمود که در سیاهه ی قوانین کیفری نیامده و جرم انگاری نشده اند. کسی که از نجات کودک خردسالی که در حال غرق شدن و یا در معرض تصادف است جلوگیری نمیکند، اخلاقاً قابل سرزنش است، در حالی که عمل او جرم محسوب نمیشود. فردی که برای نجات جان دوست خود که در وضعیت اضطراری است، قوانین رانندگی را رعایت نکرده و از چراغ قرمز عبور می کند اخلاقاً قابل سرزنش نیست، هرچند مرتکب تخلف شده است (Corlett, 2006: 2) به همین ترتیب، افرادی که در قالب اعمال غیر مجرمانه، مرتکب همسرآزاری و کودک آزاری شده یا اقدامات نژادپرستانه انجام میدهند، غیرقابل مجازاتند (Boonin, 2008: 99) مثالهای فوق را چگونه می توان با مبانی سزاگرایی توجیه نمود؟ آیا مجازات اعمال اخلاقی و عدم مجازات اعمال غیر اخلاقی می تواند جایگاهی در اندیشه فوق داشته باشد؟ اعمال مجرمانه ای که با حسن نیت اتفاق میافتند، اشکال دیگری برای توجیه مجازات در اندیشه مورد بحث ایجاد میکنند. افرادی که با انگیزه شرافتمندانه، با جهل به حکم قانون و یا اشتباه در موضوع، مرتکب جرم، حتی جرم سنگینی مانند قتل میشوند، اخلاقاً قابل سرزنش نیستند تا مجازات آنها قابل توجیه باشد. حالتی را میتوان تصور نمود که فردی در حال عبور از کنار مدرسه ای، فریادهای نامتعارفی را میشنود. با دقت بیشتر متوجه میشود که عده ای، دانش آموزان مدرسه را گروگان گرفته اند و با گرفتن سلاح به سمت آنها مرتباً تهدید به شلیک میکنند. فرد رهگذر با دیدن این صحنه برای نجات جان کودکان به سمت گروگان گیران شلیک کرده و یکی از آنها را به قتل می رساند. بعداً معلوم میشود که صحنه مذکور ساختگی و آموزشی بوده و سلاحها نیز واقعی نبوده اند. درموردی مشابه آنچه گفته شد وبه ویژه درموردی که افراد به علت اشتباه در حکم قانون و مصادیق آن و با حسن نیت مرتکب جرم میشوند الزاماً اعمال غیر اخلاقی مرتکب نشده، در حالی که غالباً به لحاظ کیفری پاسخگو و قابل مجازاتند. با بررسی مثال های پیشگفته ممکن است این گونه بیان شود که نویسنده برای اثبات مدعای خود از موارد و مصادیق خاص و استثنایی بهره می گیرد و ذکر چند مورد خاص نمی تواند مبانی عام و مستحکم نظریه مورد اشاره را سست نما ید. در پاسخ باید اشاره نمود که از یک سو و وجود چند مورد نقض که اتفاقاً چندان هم استثنایی و خاص نیستند، می تواند نارسایی های یک نظریه را که مدعی است مبنای توجیه کیفر را به صورت انحصاری و مطلق

کشف کرده است، نشان دهد. از سوی دیگر، رجوع به ادبیات موضوع در سزاگرایی و به ویژه شکل نوین آن نشان می دهد که این همان روشی است که سزاگرایان برای ادبیات نظریه خود از آن بهره برده اند. برخی با ذکر چند نمونه خاص که در آنها مجرم ان با خشونت و بی رحمی انسانها و به ویژه اطفال بی گناهی را قربانی هوسهای نفسانی خود کرده اند، به طرح این پرسش می پردازند که آیا این افراد مستحق کیفر نیستند؟ آیا شایسته است که اقدامات درمانی و تربیتی در مورد آنها اعمال گردد؟ آیا افکار عمومی می پذیرد که با رأفت و ترحم نسبت به آنها برخورد شود. برخی از فلاسفه معاصر مانند آنتونی داف تلاش کرده اند تا با ارائه الگوی دیگری از سزاگرایی به برخی از انتقادات پاسخ داده و یا حداقل در معرض آنها قرار نگیرند. داف ضمن وارد آوردن نقدهای تند به پیامدگرایان و پذیرش بعد اخلاقی کیفر، گرایش مبنایی خود را به سزاگرایی به وضوح نشان می دهد. اما از دیدگاه او هدف نهایی و توجیه کننده مجازات، تحقق توبه، ندامت و پشیمانی بزهکار است. مجازات باید راهی برای انتقال پیام اخلاقی اجتماع بهمجرمان باشد؛ به گونهای کهوی این پیام را درک کرده و به پذیرش خطا از ناحیه او منتهی گردد (Duff, 2001: 62) مجازات در اندیشه او مفهومی کفاره ای دارد اما فارغ از نقدهای احتمالی مشابهی که بر این مدل از سزاگرایی می تواند وارد باشد، سؤال اساسی دیگری را می توان درباره این بیان از سزاگرایی طرح نمود. آیا اصولاً تحلیل آنتونی داف، تحلیلی سزاگرایانه است؟ حداقل می توان ادعا کرد که این تفکر، نظریه سزاگرایی محض تلقی نمیشود؛ زیرا همان گونه که ملاحظه شد، این نظریه یکی از ارکان سزاگرایی یعنی عدم توجه به هدف و پیامدهای حاصل از مجازات را فاقد است. برعکس، تمرکز اصلی توجیه کیفر بر رسیدن به هدفی معین، یعنی ندامت، پشیمانی و در نهایت اصلاح مجرمان است. مدل دیگر از سزاگرایی، گونهای است که جان رالز بیان داشته است. به نظر او مجازات فقط بر مبنای استحقاق مجرم توجیه می شود. فقط تحمیل رنج متناسب با خطای مرتکب از بعد اخلاقی پذیرفتنی است. همچنین شدت مجازات بستگی به زشتی عمل بزهکار دارد (Rawls, 1999: 2-21) اما بلافاصله ادامه میدهد که گذشته، گذشته است و تنها نتایج آن برای اتخاذ تصمیم فعلی اهمیت دارد. مجازات تنها با ارجاع به نتایج شایسته، یعنی منافع اجتماعی که البته نظم اجتماع نیز از جمله این منافع است، توجیه میشود. (این مدل از سزاگرایی را می توان سزاگرایی ترکیبی دانست. یعنی نارسایی سزاگرایی محض در توجیه کیفر سبب شده است که جان رالز تلاش کند با توسل به اندیشه های پیامدگرایی آن را تکمیل نماید. در گونه ای دیگر از سزاگرایی تلاش شده است مجازات بر

اساس انصاف توجیه شود. در این اندیشه مجازات براساس یک توصیف بنیادین از جامعه تعریف می شود. زندگی اجتماعی عبارت از فعالیت سودآوری است که بقای آن به همکاری افراد بستگی دارد. همه افراد از یک نظم منبعث از قانون منتفع می گردند. در یک عمل مشارکتی و تحت قاعده بازی منصفانه، هر کس از اطاعتی که دیگران از قانون می کنند، بهره‌مند می‌شود. قانونشکن مانند کسی است که از دیگران سواری رایگان میگیرد. او بدون اینکه هزینه اطاعت از قانون را پردازد، از آرامش و نظم حاصل از عمل دیگران سود می برد. اصولاً آیا در جرایم اخیر می توان گفت که فرد قاتل یا زناکار در قیاس با افرادی که مرتکب این جرایم نمی شوند، امتیاز ویژه‌ای گرفته است که باید از او سلب شود؟ یا به تعبیرداف این فرد فقط به منافع و تمامیت جسمانی و اخلاقی دیگران آسیب زده است (Duff, 1986: 212) از سوی دیگر، به نظر نمی رسد که مردم نسبت به همه جرایم از جمله جرایم اخیر گرایش داشته باشند که عدم ارتکاب این جرایم گذشت از منافع و پرداخت هزینه تلقی شود. علاوه بر این، بسیاری از افراد، اگر مرتکب جرم نمی شوند به این دلیل نیست که آزادانه اطاعت از قانون را انتخاب کرده اند. در مورد آنها علت عدم ارتکاب جرم توجه به منع قانون، منافع اجتماعی و امثال آن نیست. گاه علت عدم ارتکاب جرم، ناتوانی از ارتکاب آن است. به عنوان مثال چند نفر در طول تاریخ قادر بوده اند و یا هستند که سیستم نرم افزاری پنتاگون را هک نمایند؟ در مجموع می توان ادعا کرد که این گونه از سزاگرایی نیز مانند دیگر انواع آن، در توجیه کیفر جامع و مانع نیست. علاوه بر آنچه گفته شد، در اندیشه سزاگرایی از یک سو پیش فرض ارتکاب جرم به عنوان یک گزینش کاملاً ارادی و آزاد از سوی انسانها حاکم است و تأثیر عوامل درونی و اجتماعی در ارتکاب جرم نادیده گرفته می شود. از سوی دیگر این تئوری مجوزهای لازم را برای برخوردهای شایسته با افرادی که حالت خطرناک دارند صادر نمی نماید؛ زیرا عامل اصلی تعیین مجازات جرم ارتکابی است و شخصیت فرد در آن جایگاهی ندارد، در نتیجه قدرت کافی را برای مقابله با مرتکب آن تکرار جرم در اختیار عدالت کیفری قرار نمی دهد. این اندیشه ظرفیت های لازم را برای مقابله با امواج جرایم ندارد. یعنی در شرایطی که جامعه با افزایش مقطعی برخی از جرایم مواجه است و برای مقابله با آنها چاره ای جز اتخاذ سیاست کیفری خاص مقطعی ندارد، نمیتواند داده های این نظریه را به کاربندد. چون در این اندیشه، شرایط خاص اجتماعی در تنظیم سیاست کیفری نقشی ندارد و در نهایت اینکه به تعبیر جفری مورفی، «در جامعه ای که فرصتها و امکانات به صورت عادلانه و منصفانه توزیع نشده اند، امکان

توجیه کیفر با مبنای مورد بحث وجود ندارد « (Hudson, 2003: 49) اما اگر نظریه سزاگرایی در توجیه کیفر از ظرفیت کافی برخوردار نیست، استعداد این اندیشه در تعیین اندازه مجازات تا چه میزان است؟ علت طرح این سؤال آن است که اصولاً از عمده دلایل ظهور اندیشه سزاگرایی در دهه های اخیر، اعتراضی بود که به پراکندگی و عدم تناسب مجازات با جرایم ارتكابی، به علت حاکمیت اندیشه اصلاح طلبی صورت می گرفت. تصور میشود که حتی اگر اندیشه سزاگرایی در توجیه کیفر از ظرفیت کافی برخوردار نباشد، برای توزیع و تعیین مجازات بهترین گزینه است.

بخش چهارم: جلوه های سیاست جنایی سزاگرا در قوانین ایران

قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

ماده ۴۷- صدور حکم و اجرای مجازات در مورد جرائم زیر و شروع به آنها قابل تعویق و تعلیق نیست:

الف- جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور، خرابکاری در تأسیسات آب، برق، گاز، نفت و مخابرات

ب- جرائم سازمان یافته، سرقت مسلحانه یا مقرون به آزار، آدمربایی و اسیدپاشی

پ- قدرت نمایی و ایجاد مزاحمت با چاقو یا هر نوع اسلحه دیگر، جرائم علیه عفت عمومی، تشکیل یا اداره مراکز فساد و فحشا

ت- قاچاق عمده مواد مخدر یا روانگردان، مشروبات الکلی و سلاح و مهمات و قاچاق انسان

ث- تعزیر بدل از قصاص نفس، معاونت در قتل عمدی و محاربه و افساد فی الارض

ج- جرائم اقتصادی، با موضوع جرم بیش از یکصد میلیون (۱۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال

ماده ۷۱- اعمال مجازات های جایگزین حبس در مورد جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور ممنوع است.

قانون مجازات اخلاگران در نظام اقتصادی کشور

تبصره ۵ - هیچ یک از مجازاتهای مقرر در این قانون قابل تعلیق نبوده و همچنین اعدام و جزاهای مالی و محرومیت و انفصال دائم از خدمات دولتی و نهادها از طریق محاکم قابل تخفیف یا تقلیل نمی‌باشد.

قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری

تبصره ۱ - در کلیه موارد مذکور در این ماده در صورت وجود جهات و کیفیات مخففه دادگاه می‌تواند با اعمال ضوابط مربوط به تخفیف، مجازات مرتکب را فقط تا حداقل مجازات مقرر در این ماده (حبس) و انفصال ابد از خدمات دولتی تقلیل دهد ولی نمی‌تواند به تعلیق اجرای کیفر حکم دهد.

نتیجه گیری

قانون گذار ایران، در سه دهه‌ی گذشته به انگیزه‌ی کاهش جرم، در موارد مختلف، اقدام به تشدید کیفرهای قبلی یا جرم انگاری های جدید با کیفرهای سزاگرایانه نموده است. بی توجهی به محدودیت های موجود برای جرم انگاری و تکیه صرف به توجیهات نظری و فلسفی در توسل به ساز و کار جرم انگاری و تشدید کیفرها بدون مبنای علمی جرم شناختی و کیفر شناختی می تواند حقوق کیفری را با چالش جدی رو به رو ساخته و مشروعیت و جایگاه و نقش آن را به پرسش بکشاند. «هگل» معتقد است: «کیفر چیزی نیست جز یکی از نمودهای جرم، یعنی نیمی از جرم است که نیمه ی دیگر آن را ایجاب می کند». مروری بر تاریخ تحولات کیفری گواه این امر است که صرف شدت و خشونت عمل ارتكابی، نمی تواند مبنای مناسبی برای مداخله ی کیفری و یا تشدید کیفری باشد. بلکه علاوه بر آن، باید امکان تأثیر گذاری و اثر بخشی مداخله ی کیفری از یک طرف، و تشدید کیفرهای قبلی از طرف دیگر نیز، اندیشید؛ لذا، قانون گذار به جای تشدید کیفر، باید سیاست پیش گیرانه به منظور جلوگیری از وقوع جرم اتخاذ نماید. به این ترتیب، می توان گفت مداخله ی کیفری و تشدید کیفرها بیش از آن که فایده مند باشد، خود زمینه ی تشدید خشونت و ترغیب بزه کار را فراهم نماید. حقوق کیفری بدون پای بندی به اصل حداقل بودن حقوق کیفری، به مثابه ی جنگجویی است که همواره در حال شمشیر کشیدن است. بدیهی است در چنین وضعیتی، اگرچه ظرفیت های کیفری

مراجع سیاست گذار و مجری قوانین کیفری به وفور آزاد شده، به مرحله ی اجرا در می آید، اما نه تنها توانایی و مهارت مراجع رسمی جهت استفاده از سایر ظرفیت های اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و ... کاهش خواهد یافت، بلکه دور نیست زمانی که شهروندان نیز پرداخت هزینه های کیفری را، جزیی از هزینه های معمول زندگی در ساخت سیاسی، حقوقی جامعه ی خود تلقی می کنند؛ در این صورت، تحمل یا تصور شمول کیفر نسبت به شهروندان هیچ کدام از اهداف نظام دادگری کیفری را محقق نخواهد کرد. بر این اساس، هم چنان که «هابز» بیان نموده است: «حاکم مدنی شمشیر دادگری را به صورت ناپیوسته به کار می برد، چنان که گویی مثل چیز داغی، نمی تواند آن را پیوسته در دست نگه دارد».

بررسی فرآیند تدوین و تصویب برخی قوانین کیفری ایران، بیانگر تقارن زمانی میان وقوع حوادث جنایی شدید مانند: قتل، سرقت مسلحانه و تجاوز به عنف با تصویب قوانین سزاگرایانه است. حال آن که گذشت زمان و تکرار حوادث مشابه به رغم اعمال سیاست های سزاگرایانه، نشان داده که این سیاست ها از اثر بخشی لازم برخوردار نبوده است. بنابراین، هنر سیاست جنایی، آن است که با تلفیق کارآیی و انسانی بودن، به مدیریت جرم پردازد. همان گونه که حرف تسامح صفر در برابر جرم عاقلانه نیست، و مطلق سخت گیری هر چند ممکن است در کوتاه مدت پاسخ گوی نیازهای نظام دادگری کیفری در کاستن از میزان جرایم باشد، اما به دلیل فرهنگ سازه نبودن، در دراز مدت نهادینه نشده و کارآیی لازم را نخواهد داشت. به علاوه امروزه منطقه ای و جهانی شدن حقوق بشر، اصولاً تا حد زیادی امکان توسل به حربه های بسیار قهرآمیز و سرکوبگر خارج از محدوده حقوق بشر و قوانین اساسی را از دولت ها سلب نموده است. در همین راستا لازم است تدابیری ارایه شود تا با ترکیب آن ها بتوان به یک سیاست جنایی متوازن، چند بعدی، همه سو نگر و کاربردی نایل گشت که علاوه بر پرهیز از تساهل صرف و تسامح صفر در قبال جرم، زمینه ی اجتماعی شدن بزه را زایل نمود و منجر به باز هم نوایی او با جامعه و پیش گیری از تکرار جرم توسط وی و ارتکاب جرم توسط دیگران گردد.

رویکرد قانون گذرا در ق.م.ا ۱۳۹۲ با رویکرد سزاگرایی انطباق و همخوانی ندارد، زیرقانون از نگرش فایده گرایانه و عقلانی بوجود آمده و با رویکردی آینده گرا به دنبال کاهش احتمالی تکرار جرم است به دیگر سخن ق.م.ا با رویکرد سود محوری و فایده گرا، به دنبال تغییر و بهبود وضعیت برخی از بزهکاران و همچنین سیستم عدالت کیفری در آینده است. لذا با رویکرد

سزاگرایی همخوانی ندارد. از این رو، در پرتوی الگوی جرم شناسانه، قانون م.ا با رویکردی مصلحت سنجانه به دنبال پاسخ دهی به پدیده مجرمانه است، به این سان، ق.م.ا با ره آوردهایی که بیشتر جنبه اصلاحی، درمانی و تربیتی دارند همراه است، لذا، ق.م.ا به نظر می رسد، با رویکرد فایده گرایانه تطابق داشته باشد با این استدلال که، باید بین سه الگوی اصلاح و بازپروری بزه کاران الگوی بازدارندگی و الگوی ناتوان سازی، تفکیک قائل شده بدین صورت که نهاد های همچون تعویق صدور حکم، تعلیق صدور حکم، آزادی مشروط، نیمه آزادی مشروط و در پرتوی الگوهای جرم شناسی فایده گرا منجر به اصلاح و بازپروری بزه کاران خواهند شد، اما اگر الگوی ناتوان سازی و بازدارندگی را از رهگذر مجازات و قطعیت و سرعت در مجازات آن گونه که ژرمی بنتام گفته است را در نظر بگیریم، رویکرد قانون گذار در این قانون نمی تواند با این دو الگو قابل انطباق باشد

فهرست منابع و مآخذ

۱. آقایی، مجید، ۱۳۸۶ مکاتب کیفری، چاپ اول، تهران، خرسندی.
۲. انتروز، الکساندر پاسرین، ۱۳۸۵ «درآمدی بر فلسفه حقوق»، ترجمه محمدحسین طالبی، فصلنامه معرفت، شماره ۴۹
۳. پاشا صالح، علی، ۱۳۴۸ مباحثی از تاریخ حقوق، چاپ اول، تهران، دانشگاه تهران.
۴. پردال، ژان، ۱۳۸۳ تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علیحسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، تهران، سمت.
۵. تبیت، مارک، ۱۳۸۴ فلسفه حقوق، ترجمه حسن رضایی خاوری، چاپ اول، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۶. خسروشاهی، قدرت الله، ۱۳۸۰ فلسفه قصاص از دیدگاه اسلام، چاپ اول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۷. صانعی، پرویز، ۱۳۸۸ حقوق جزای عمومی ۲، ج، چاپ دوم، تهران، طرح نو.
۸. فلچر، جورج. پی، ۱۳۸۴ مفاهیم بنیادین حقوق کیفری، ترجمه سیدمهدی سیدزاده ثانی، چاپ اول، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۹. کاتوزیان، امیرناصر، ۱۳۸۸ فلسفه حقوق، جلد اول، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۰. کاتینگهام، جان، ۱۳۸۴ «فلسفه مجازات»، ترجمه ابراهیم باطنی و محسن برهانی، مجله فقه و حقوق، سال اول.
۱۱. کاوادیانو، میشل و جیمز دیگنان، ۱۳۸۴ «توجیه یا دلیلاوری برای مجازات»، ترجمه علی صفاری، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۲.
۱۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین و حسین بادامچیان ۱۳۸۳ (مترجمان)، تاریخ حقوق کیفری بین النهرین، چاپ اول، تهران، سمت.
۱۳. وایت، راب و فیونا هینز، ۱۳۸۶ جرم و جرم‌شناسی، ترجمه علی سلیمی، چاپ سوم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

۱۴. یزدیان جعفری، جعفر، ۱۳۸۶ «توجیه فلسفی مجازات، از وحدتگرایی تا تکثرگرایی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال ۳۷، شماره ۴، ..
۱۵. Bagaric, Mirko, 2001 Punishment and Sentencing: A Rational Approach, Cavendish Publishing Limited, London,.
۱۶. Berry, Gray-Christopher 1999, The philosophy of law (an encyclopedia), Garland Publishing, New York and London,.
۱۷. Boonin, David 2008, The Problem of Punishment, Cambridge University Press,
۱۸. Brooks, Thom, 2007 Hegel's Political Philosophy: A systematic Reading of the Philosophy of Right, Edinburgh, Edinburgh University Press,.
۱۹. Caygill, Howard, 2011 A Kant Dictionary, Volume 2 of the Blackwell Philosophy Dictionaries Blackwell University Press,
۲۰. Zimring, Franklin E. & Gordon Hawkins & Sam Kamin 2001, Punishment and Democracy: Three Strikes and You're Out in California, Oxford University Press,.

بررسی جایگاه دادستان در حقوق کیفری ایران و دادگاه بین‌المللی کیفری

لیلی رئیسی دزکی*

نوع مقاله: پژوهشی	تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱/۱۸	تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱/۲۹	شماره صفحه: ۶۹-۲۴
-------------------	-------------------------	------------------------	-------------------

دادسرا و دادستان به عنوان اولین نهاد قضایی ایران در مواجهه با جرم، نقش بسزایی در تشکیل و تکوین و به ثمر نشستن دعوی کیفری را برعهده دارد. دادستان دیوان کیفری بین‌المللی نیز به عنوان عضوی از اعضاء رسیدگی‌های قضایی، نقش موثری در برپایی عدالت و رسیدگی‌های بین‌المللی ایفا می‌نماید. همچنین نظارت بعد از اساسی در عملکرد سازمانها است که موجب افزایش سطح کارایی و بهره‌وری و تعالی سازمان نیز خواهد شد. نظارت قضایی یا کنترل قضایی را می‌توان به عنوان یکی از مولفه‌های حاکمیت قانون دانست که در چارچوب قانون قرار داشته و بر آن نظمی حاکم بوده که در نهایت حقوق افراد تنظیم می‌شود.

مهمترین هدف پژوهش فوق، تبیین و بررسی نقش و جایگاه دادستان می‌باشد. که در این مسیر از روش توصیفی و تحلیلی و و داده‌های مورد نیاز با استفاده از کتب و اسناد جمع‌آوری شده استفاده گردیده است.

واژگان کلیدی: دادستان، تشخیص دادستان، حقوق کیفری ایران، دیوان کیفری بین‌المللی

* استاد حقوق بین‌الملل عمومی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران

مقدمه و بیان مساله

از زمانی که انسان زندگی را آغاز نمود وبا شکل گیری اولین جوامع انسانی و اجتماعی به دلیل ضرورت ومورد لزوم بودن انتقال تجربه ها و آموخته ها از نسل و جوامعی به جوامع و نسل هایی دیگر،همیشه تربیت وآموزش مورد توجه بوده است.ودر همین راستا نیز به جهت سنجش عملکرد افراد در ارتباط با آموخته ها رعایت هنجارها بتدریج موضوع نظارت نیز در زندگی انسان مطرح گردید، آموزش و نظارت را می توان دو بعد اساسی زندگی انسان برشمرد.

در این مسیر به علت ضرورت وجود عدالت در جوامع بتدریج به قضا توجه شد؛ نهادهای قضایی از مفهوم سنتی و قبیله ای، که همان قضاوت توسط بزرگان بود تا مفهوم امروزی آن به معنای سازمانها و نهاد های قضایی شکل گرفت.در جهت بهینه نمودن این مسیر وجلوگیری از هرج و مرج از همان ابتدا افرادی تأمین نظم و امنیت جامعه و برقراری عدالت را بر عهده داشتند. ودر این بین به علت گستردگی وظایف ضابطان نظم و امنیت، آشنا نبودن آنان با وظایف و به وجود آمدن مشکلات جدید در زندگی بشر و جلوگیری از کجرویها، شناسایی و مجازات تخلفات و جرائم ضابطان، نظارت مطرح شد که با گذر زمان شاهد تغییرات بنیادی و تأکید قانونگذار بر این موارد می باشیم. همچنین به منظور جلوگیری از تضییع وقت مقامات قضایی، استفاده از روشهای نظارتی مؤثر و شناخت جزئیات و چگونگی این اقدامات برای مقامات قضایی از اهمیت خاصی برخورداراست.ودر این رابطه بدیهی است که با استفاده از روشهای مؤثر نظارت مبتنی بر امکانات جدید می تواند خلأ و ضعف آموزشی عملکردی را جبران، و موجبات تضمین حقوق شهروندان، رعایت عدالت و پیشگیری از کوتاهی، تخلفات و جرائم را نیز فراهم کرد.

دادستان‌ها نقش حیاتی در اجرای عدالت ایفا کرده و قواعد مربوط به اجرای مسئولیت‌های مهم‌شان باید کمک به عدالت جزایی عادلانه و برابر و حمایت مؤثر از شهروند در قبال جرم باشد. دادستان در عمده نظام‌های قضایی دنیا نقش برجسته و بااهمیتی دارد؛ گاهی به عنوان مدافع حقوق دولت (وکیل‌الدوله) و گاهی به عنوان مدافع حقوق ملت (وکیل‌المله) و گاهی در جهت احقاق حقوق ملت و دولت، توأمان ایفای نقش می‌کند وظیفه دادستان به عنوان نماینده مدعی العموم بر این است تا در صورت اطلاع از وقوع جرم، برای حفظ حقوق فردی و حقوق عامه مردم به عنوان مدعی به تعقیب متهمان بپردازد با دقت در اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به روشنی می توان دریافت که قوه مقننه واضع قانون و قوه مجریه مجری آن و قوه قضاییه بررسی

کننده اجرای درست قوانین وضع شده در کشور است (اصل ۵۷ قانون اساسی ناظر بر اصول ۱۷۱ و ۱۱۳ و ۱۵۶ این قانون). این نوع نظارت بر اعمال قوانین نظارت عمومی و عامی است که در مقابل نوعی از نظارت خاص قرار می گیرد. در نظارت به معنای خاص، دستگاه ناظر اقدام به ارزیابی نحوه اعمال حکم بر موضوع می کند با توجه به اینکه دادستان نماینده جامعه است و متهم را به نمایندگی از جامعه تحت تعقیب قرار می دهد.

دادستان در عمده نظام‌های قضایی دنیا نقش برجسته و بالاهمیتی دارد؛ گاهی به عنوان مدافع حقوق دولت (وکیل‌الدوله) و گاهی به عنوان مدافع حقوق ملت (وکیل‌المله) و گاهی در جهت احقاق حقوق ملت و دولت، توأمان ایفای نقش می‌کند. در برخی کشورها به عنوان عضوی از کابینه (وزیر دادگستری) و در برخی به عنوان رأس دستگاه قضایی یا یکی از ارکان آن با تشخص شناخته می‌شود. دادستان به عنوان مدعی‌العموم وظایف نظارتی دارد و در کنار آن وظایفی در چارچوب قضایی و اداری را ایفا می‌کند. با توجه به اینکه بالاترین مقام دادر، دادستان است، لذا علاوه بر ریاست دادر و وظایفش در امر تحقیق و تعقیب، وظایف دیگری نیز از قبیل اجرای حکم، نظارت بر محاکم و وظایف خاص در امور بین‌الملل، اداری، ورشکستگی، و به طور مشخص درباره برخی قوانین وزارتخانه‌ها، سازمان ثبت احوال، محیط زیست، جنگل‌ها و مراتع، امور بانک‌ها، بهداشت، تخلیه اماکن اداری و دولتی و استیجاری به عهده دارد.

نظارت نیز بعد اساسی در عملکرد سازمانها است که در صورت اجرای دقیق آن، ضمن اینکه از کوتاهی، تخلفات و جرائم کارکنان پیشگیری می‌کند، موجب افزایش سطح کارایی و بهره‌وری و تعالی سازمان نیز خواهد شد. با توجه به انواع نظارت، یک نوع نظارت، نظارت بر اشخاص یعنی نظارت بر شخص دادستان و مقامات قضایی دادرها است که اصلاً چگونه، با چه شرایط و شاخصه‌هایی باید منصوب شوند. یک بخش

از نظارت هم مربوط به عملکرد و تصمیمات آنهاست و اینکه دادستان‌ها در برخورد با مسائل، تعقیب، صدور و دفاع از کیفر خواست و اجرای احکام و پیشگیری از وقوع جرم چگونه عمل کنند.

نظر به گستردگی روشهای نظارتی و همچنین وسعت حوزه کاری ضابطان و مقامات قضایی و به منظور جلوگیری از تضییع وقت مقامات قضایی و ضابطان، استفاده از روشهای نظارتی مؤثر و شناخت جزئیات و چگونگی این اقدامات برای مقامات قضایی و مسئولان ضابطان از اهمیت

خاصی برخوردار است.

این تحقیق براین مفروض استوار است که حفظ کرامت و ارزش‌های والای انسانی، احترام به آزادی‌های مشروع، حقوق شهروندی و رعایت اصول و ارزش‌های اسلامی در گروی اقدامات صحیح و عادلانه عوامل و ارکان دستگاه قضایی است. در این تحقیق به بررسی و تبیین نظارت قضایی بر تشخیص دادستان در حقوق کیفری جمهوری اسلامی ایران و همچنین دادگاه بین‌المللی کیفری پرداخته می‌شود.

۱- جایگاه دادستان در نظام حقوقی ایران

دادسرا و دادستان به عنوان اولین نهاد قضائی در مواجهه با جرم، نقش مهمی را در ابتدای فرآیند کیفری جهت تعقیب و کشف جرم بر عهده دارد، زیرا جمع‌آوری دلایل و مدیریت قضائی پرونده در ابتدا به عهده دادستان است و ضابطان دادگستری تحت نظارت وی انجام وظیفه می‌کنند. (میری، ۱۳۹۰: ۲۳۹) در اصل ۱۵۶ قانون اساسی، ۵ وظیفه مهم برای قوه قضائیه تعیین شده که در هر ۵ وظیفه، به نوعی نقش دادستان یا نهاد تعقیب مشخص شده است. در اصل یکصد و پنجاه و ششم از فصل یازدهم قانون اساسی بین می‌گردد که:

“قوه قضائیه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت و عهده‌دار وظایف زیر است:

- ۱- رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات، شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومات و اخذ تصمیم و اقدام لازم در آن قسمت از امور حسبیه، که قانون معین می‌کند.
- ۲- احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادیهای مشروع. ۳- نظارت بر حسن اجرای قوانین.

۴ - کشف جرم و تعقیب مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام. ۵ - اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین.“

در بند یک اصل ۱۵۶، بحث رسیدگی به امور حسبیه مطرح شده که بخش عمده آن توسط دادستان صورت می‌پذیرد.

در بند دوم این اصل موضوع احیای حقوق عامه که دادستان در آن نقش مهمی را ایفا می‌کند، ذکر شده که بحث احیای حقوق عامه در ماده ۴۹ قانون اصول تشکیلات دادگستری مصوب سال ۱۳۰۷ نیز پیش‌بینی شده است.

بند سوم وظیفه نظارت بر حسن اجرای قوانین که از وظایف دیوان عالی کشور و دادستانی کل است را پیش‌بینی کرده که در این مورد نیز دادستان نقش دارد.

در بند چهارم، مباحث کشف جرم، تعقیب مجرمان و اجرای احکام که از وظایف اصلی دادستان است، تصریح گردیده.

و در بند پنجم موضوع پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمان که در این مورد هم دادستان دخیل است، ذکر شده است.

بنابراین در اصل ۱۵۶ قانون اساسی که یک اصل راهبردی و محوری در خصوص وظایف قوه قضاییه است، وظیفه نهاد تعقیب یا دادرسی و دادستان، کاملاً مشخص شده است. در اصل ۱۶۵ قانون اساسی نیز که ناظر بر محاکمات علنی است، ذکر شده که در موارد استثنایی محاکمات می‌تواند به صورت سری صورت پذیرد. به عبارت دیگر در اصل ۱۶۵ آمده که محاکمات علنی انجام می‌شود و حضور افراد بلامانع است مگر آن که به تشخیص دادگاه، علنی بودن آن منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد یا در دعاوی خصوصی طرفین دعوا تقاضا کنند که محاکمه علنی نباشد. در این مورد نیز دادستان باید در خصوص سری بودن محاکمه اظهار نظر کند. در اصل ۱۷۲ قانون اساسی، دادستانی نظامی به عنوان بخشی از قوه قضاییه به صراحت پیش‌بینی شده است.

۱-۱- جایگاه دادستان در قوانین کیفری جدید

وظایف و اختیارات دادستان و بازپرس در قانون آئین دادرسی کیفری به قدری افزایش یافته است که باید مطالعات زیادی در باب این موضوع انجام گیرد. اما به صورت اختصار می‌توان به نقل از یکی از مؤلفین کتب حقوقی چنین بیان داشت که:

“دادرسی اگر چه طرف دعواست اما دعوائی که اقامه می‌کند برای مصلحت جامعه است، بنابراین چنانچه دعوای او منتهی به محکومیت متهم نشود نباید وی را از نظر کیفری و مدنی مسئول شناخت، چون سوء نیت ندارد و اگر آن را مسئول بدانیم سبب عدم تعقیب بسیاری از

جرائم خواهد شد که احتمال فقدان دلایل برای اثبات آنها می‌رود. البته عدم مسئولیت دادسرا در صورتی است که تعدد و تقصیری رخ نداده باشد و گرنه قاضی دادسرا نیز همچون سایر قضات مسئولیت خواهد داشت). «زراعت، ۱۳۹۱: ۳۰۰)

۲-۱ دادستان به عنوان مقام تعقیب

بند الف ماده ۳ قانون موسوم به احیاء دادسراها مقرر می‌دارد؛ دادسرا که عهده دار کشف جرم، تعقیب متهم به جرم، اقامه دعوی از جنبه الهی و حفظ حقوق عمومی و حدود اسلامی، اجرای حکم و همچنین رسیدگی به امور حسبه وفق ضوابط قانونی است به ریاست دادستان می‌باشد و در حوزه قضایی بخش وظیفه دادستان را دادرسی علی‌البدل برعهده دارد. پس دادستان عمومی و انقلاب به عنوان مدعی‌العموم وظیفه اقامه دعوی از جنبه حق الهی و حفظ حقوق عمومی و حدود اسلامی را برعهده دارد و مقامات و اشخاص رسمی در مواردی که باید امر جزایی را تعقیب نمایند موظفند مراتب را فوراً به دادستان اطلاع دهند.

۳-۱ دادستان به عنوان مقام ارجاع

دادستان به عنوان مقام قضائی در جرائمی که در صلاحیت رسیدگی دادگاه کیفری استان نیست می‌تواند شخصا تحقیقات مقدماتی را انجام دهد یا به یکی از معاونان یا دادیاران ارجاع دهد.

برابر ماده ۶۴ قانون جدید، جهات شروع به تعقیب شامل:

«شکایت شاکی یا مدعی خصوصی، اعلام و اخبار ضابطان دادگستری، مقامات رسمی یا اشخاص موثق و مطمئن، وقوع جرم مشهود در برابر دادستان و بازپرس، اظهار و اقرار متهم و اطلاع دادستان از وقوع جرم به طرق قانونی دیگر» مقرر شده است. در بند د ذیل ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب و اصلاحات بعدی نیز آورده شده است که جهات شروع تحقیقات از سوی بازپرس در:

«۱- ارجاع دادستان، شکایت یا اعلام جرم به بازپرس در مواقعی که دسترسی به دادستان ممکن نیست و رسیدگی به آن فوریت داشته باشد، ۲- در جرائم مشهود، در صورتی که بازپرس

شخصاً_ ناظر وقوع آن باشد. ۳- در جرائم مشهود در صورتی که بازپرس شخصا ناظر وقوع آن باشد. فلذا غیر از موارد استثناء قانونی، مجوز شروع تحقیقات بازپرس یا دادیار، ارجاع دادستان می باشد. بدیهی است دادستان در اموری که به بازپرس ارجاع می شود حق نظارت و دادن تعلیمات لازمه را خواهد داشت و در صورتی که تحقیقات بازپرس را ناقص ببیند می تواند تکمیل آن را بخواهد. "به موجب ماده ۶۵ این قانون: "هرگاه کسی اعلام کند که خود ناظر وقوع جرمی بوده و جرم مذکور از جرائم غیرقابل گذشت باشد، در صورتی که قرائن و اماراتی مبتنی بر نادرستی اظهارات وی وجود نداشته باشد، این اظهار برای شروع به تعقیب کافی است، هر چند قرائن و امارات دیگری برای تعقیب موجود نباشد؛ اما اگر اعلام کننده شاهد قضیه نبوده، به صرف اعلام نمی توان شروع به تعقیب کرد، مگر آنکه دلیلی بر صحت ادعا وجود داشته باشد. یا جرم از جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی باشد."

۱-۴ - دادستان به عنوان مقام صدور و نظارت برقرار کیفری

بعد از اینکه قاضی تفهیم اتهام نمود وی مکلف است یکی از قرارهای تأمین التزام با قول شرف، التزام با تعیین وجه التزام، کفالت، وثیقه یا بازداشت موقت صادر نماید.

بر اساس بند ج ماده ۳ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱، ممکن است دادستان شخصا از متهم بازجویی و تفهیم اتهام نموده و قرار تأمین هم صادر کند لیکن چنانچه بازپرس یا دادیار قرار تأمین صادر نماید دادستان بر آن نظارت خواهد داشت به این شرح که؛ کلیه قرارهای دادیار بایستی با موافقت دادستان باشد و در صورت اختلاف نظر بین دادستان متبع خواهد بود.

۱-۵ - دادستان به عنوان مقام تحقیق مقدماتی

تحقیقات مقدماتی شامل:

الف: جمع آوری دلایل از طریق تحقیق از شاکی، اخذ اظهارات شهود، احضار شهود، احضار متهم، جلب شهود، جلب متهم، معاینه محل و تحقیق محلی، ارجاع امر به کارشناسی، معرفی مصدوم به پزشکی قانونی و اخذ گواهی پزشکی قانونی و هر اقدام دیگری که به نفع یا علیه متهم باشد.

ب: صدور قرار تأمین مناسب، تشدید، تخفیف و تبدیل تأمین به منظور جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم و فراهم کردن زمینه دسترسی به و در مواقع ضرورت حضور.

ج: اظهار نظر نهایی اعم از منع تعقیب، موقوفی تعقیب یا مجرمیت می باشد.

طبق ماده ۱۲۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸، دستور اخذ وجه التزام، وجه الکفاله و وجه الوثاقه از شخص متهم، کفیل و وثیقه گذار از دیگر وظایف و اختیارات دادستان در مرحله تحقیقات مقدماتی است.

در ق.آ.د.ک. جدید مشاهده می گردد که تغییرات وسیعی در مسیر فرایند تحقیقات مقدماتی و دادرسی کیفری، با حذف قاضی تحقیق و قاضی تحکیم صورت پذیرفته است. ضمن اینکه با این تغییرات نشان از این می دهد که بر نقش و اهمیت نهاد دادستانی و بخش‌های متبوعه آن (بازپرسی، دادیاری و...) تاکید نموده است.

ضابطان دادگستری، طبق ماده ۲۲ این قانون تحت آموزش، ریاست و نظارت دادستان قرار دارند و نقش سایر مقامات قضایی، صرفاً نظارتی است. حق نظارت در امور ارجاعی به بازپرس (ماده ۷۳)، نظارت بر تحقیقات (ماده ۷۴)، دستور لازم برای حفظ آثار و علائم، جمع آوری ادله وقوع جرم و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم، قبل از حضور و مداخله بازپرس از سوی دادستان (ماده ۷۷)، صدور قرار ترک تعقیب توسط دادستان، در پی درخواست شاکی قبل از صدور کیفرخواست در جرائم قابل گذشت (ماده ۷۹)، حق تعلیق تعقیب متهم، با اخذ تأمین مناسب و صدور دستورات قهری از سوی دادستان نسبت به وی (ماده ۸۱)

و...، از زمره تکالیف و اختیارات دادستان در قانون جدید برشمرده شده است.

در قانون جدید با حذف عملی اختیارات رئیس حوزه قضایی و قاضی تحقیق مقرر در قانون سابق، تعقیب کیفری مراتب را به دادستان، بازپرس و عنداللزوم، دادیار محول نموده است. با توجه به ماده ۸۹ این قانون:

“شروع به تحقیقات مقدماتی از سوی بازپرس منوط به ارجاع دادستان است. چنانچه، بازپرس، ناظر وقوع جرم باشد، تحقیقات را شروع می کند، مراتب را فوری به اطلاع دادستان می رساند و در صورت ارجاع دادستان، تحقیقات را ادامه می دهد.”

و همچنین طبق ماده ۹۰ در مورد تحقیقات مقدماتی قانون مزبور بیان می دارد که:

“تحقیقات مقدماتی، مجموعه اقدامات قانونی است که از سوی بازپرس یا دیگر مقامات قضائی، برای حفظ آثار و علائم و جمع‌آوری ادله وقوع جرم، شناسایی، یافتن و جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم انجام می‌شود.” در مفاد مندرج در ماده ۹۲ قانون فوق این تغییر محسوس تر بوده بطوریکه برابر این ماده:

“تحقیقات مقدماتی تمام جرائم بر عهده بازپرس است. در غیر جرائم موضوع ماده ۳۰۲ این قانون، در صورت نبودن بازپرس، دادستان نیز دارای تمام وظایف و اختیاراتی است که برای بازپرس تعیین شده است. در این حالت، چنانچه دادستان انجام تحقیقات مقدماتی را به دادیار ارجاع دهد، قرارهای نهایی دادیار همچنین، قرار تامین منتهی به بازداشت متهم، باید در همان روز صدور به نظر دادستان برسد و دادستان نیز مکلف است حداکثر ظرف مدت بیست و چهار ساعت در این باره اظهار نظر کند.”

ترتیب نخست مزبور در بند و ذیل ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب و اصلاحات بعدی نیز مقرر شده بود. مراتب یاد شده با تغییر شکلی و محتوایی مفاد مندرج در فصل دوم قانون سابق آ.د.ک (مواد ۳۱-۲۶ آن) در قانون جدید، به ترتیب مزبور منعکس شده است.

۱-۶ دادستان به عنوان مقام اظهار نظر

به استناد بند ک ماده ۹ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱، پس از آنکه تحقیقات پایان یافت بازپرس آخرین دفاع متهم را استماع نموده با اعلام ختم تحقیقات و اظهار عقیده خود پرونده را نزد دادستان می‌فرستد. قرار مجرمیت؛ در صورت وجود دلایل کافی و عقیده بازپرس بر تقصیر متهم قرار مجرمیت یا منع تعقیب یا موقوفی تعقیب به نزد دادستان ارسال می‌گردد دادستان نیز مکلف است ظرف پنج روز از تاریخ وصول پرونده را ملاحظه و نظر خود را اعلام دارد. (محمدبیکی خورتائی، ۱۳۹۲: ۲۹)

۱-۷ نقش دادستان در آیین دادرسی کیفری

نقش دادستان بیشتر در قانون آیین دادرسی کیفری به عنوان مهم‌ترین قانون جزایی، شکلی مطرح و متجلی است. بر اساس مفاد ماده ۱ قانون آیین دادرسی عمومی و انقلاب در امور کیفری:

«آئین دادرسی کیفری مجموعه اصول و مقرراتی است که برای کشف و تحقیق جرایم، تعقیب مجرمان، نحوه رسیدگی و صدور رأی و تجدید نظر و اجرای احکام و تعیین وظایف و اختیارات مقامات قضایی وضع شده است.» در واقع قانون آیین دادرسی کیفری، مجموعه اصول و مقررات و قواعدی است که در خصوص کشف جرم، تعقیب متهم، تحقیق جرایم، رسیدگی و صدور رأی، تجدیدنظرخواهی از آرای محاکم، اجرای احکام، حدود اختیارات و وظایف مقامات قضایی و سازمان و صلاحیت مراجع کیفری بحث می‌کند. البته باید با توجه به اهداف آیین دادرسی کیفری، جایگاه دادستان را مورد بررسی قرار داد. آیین دادرسی کیفری دو هدف مهم را تعقیب می‌کند:

۱-۷-۱ حفظ و صیانت از مصالح جامعه

همه اندیشمندان و صاحب‌نظران برای تکامل جامعه مدنی چهار پایه امنیت، فرهنگ، بهداشت و عدالت را لازم دانسته‌اند. عدالت که عالی‌ترین هدف زندگانی است، نیازمند ضوابط درست دادرسی می‌باشد. جرم، حقوق جامعه را تضییع می‌کند و ضوابطی که در آئین دادرسی مقرر شده است می‌تواند هدف یاد شده یعنی صیانت از جامعه را تأمین کند.

۱-۷-۲ رعایت حقوق متهم و متضرر از جرم

کسی که در معرض اتهام قرار می‌گیرد باید بتواند آزادانه از خود دفاع کند. همچنین برای متضرر از جرم هم باید شرایط رسیدن به حقوق از دست رفته باشد و آیین دادرسی کیفری رسالت تأمین حقوق هر دو دسته را به عهده دارد. (زراعت، ۱۳۸۳: ۳۶) حال با توجه به این دو هدف مهم آیین دادرسی کیفری یعنی یکی حفظ منافع و مصالح جامعه و دیگری حمایت از حقوق و آزادیهای فردی متهم است که ما باید جایگاه و نقش دادستان را با امعان نظر به این دو هدف مهم بررسی کنیم. نتیجه تحقیق این دو هدف این است که افراد بی‌گناه مجازات نمی‌شوند و برعکس مجرمان گرفتار عدالت می‌شوند و در نتیجه دادرسی عادلانه و منصفانه تحقق پیدا می‌کند.

۱-۷-۳- جایگاه دادستان در مراحل پنج‌گانه دادرسی

در مراحل پنج‌گانه دادرسی یعنی کشف جرم، تعقیب مجرمان، تحقیقات مقدماتی، دادرسی، صدور حکم و در نهایت اجرای حکم، دادستان در دو مرحله تعقیب و اجرای حکم،

محوریت و موضوعیت و نقش اساسی دارد. در ۳ مرحله دیگر نیز دادستان یا دادسرا نقش اثرگذار، تعیین‌کننده و فعال دارد که این نقش مبتنی بر دو اصل نظارت و کنترل و در مواردی توأم با ریاست است. با توجه به اینکه قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۰ در دادگاه‌های نظامی و قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ در محاکم عمومی انقلاب جاری است، در این قسمت از تحقیق جایگاه و اختیارات دادستان را در مورد قانون بررسی مورد بررسی قرار می‌دهیم.

در بند (الف) ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه عمومی و انقلاب، کشف جرم به عنوان یکی از وظایف دادسرا پیش‌بینی شده است. در این مرحله دادستان نظارت بر اقدامات ضابطان در جرایم مشهود دارد که در ماده ۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۰ و ۱۳۷۸ تصریح شده است. در این مرحله بازرسی منازل و جلب اشخاص نیز در جرایم غیرمشهود با اجازه مخصوص دادستان صورت می‌پذیرد. نظارت و ریاست بر ضابطان و تعلیمات آن‌ها در مورد کشف جرم بر عهده دادستان است که در مواد ۱۵ و ۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ و مواد ۳۵ و ۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۰ پیش‌بینی شده است. دادستان می‌تواند دستور انجام یا تکمیل تحقیقات مقدماتی و جمع‌آوری دلایل را از ضابطان بخواهد. این موضوع در مواد ۲۰ و ۲۴ قانون آیین دادرسی ۱۳۷۸ و ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۰ اصلاحیه ۱۳۱۱ پیش‌بینی شده است. در اصطلاح، دادستان در مرحله تعقیب به عنوان مقام تعقیب نامیده می‌شود، ریاست نهاد تعقیب بر عهده دادستان است. پس مهم‌ترین نقش دادستان تعقیب متهم و یا تعقیب جرایم است، به عبارت دیگر تعقیب امر جزایی مأموریت مخصوص و عمده دادستان است.

جهات شروع به تعقیب برابر ماده ۶۴ قانون جدید، مشتمل بر “شکایت شاکی یا مدعی خصوصی، اعلام و اخبار ضابطان دادگستری، مقامات رسمی یا اشخاص موثق و مطمئن، وقوع جرم مشهود در برابر دادستان و بازپرس، اظهار و اقرار متهم و اطلاع دادستان از وقوع جرم به طرق قانونی دیگر” مقرر شده است.

اما در بند د ذیل ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب و اصلاحات بعدی، جهات شروع تحقیقات از سوی بازپرس در:

“ ۱- ارجاع دادستان، شکایت یا اعلام جرم به بازپرس در مواقعی که دسترسی به دادستان ممکن نیست و رسیدگی به آن فوریت داشته باشد، ۲- در جرائم مشهود، در صورتی که بازپرس شخصا ناظر وقوع آن باشد.” مشاهده می‌گردد، ترتیب مقرر در قانون اخیرالذکر از این حیث با

ماده ۶۴ قانون جدید تغییر یافته است.

همچنین، به موجب ماده ۶۵ این قانون؛ «هرگاه کسی اعلام کند که خود ناظر وقوع جرمی بوده و جرم مذکور از جرائم غیرقابل گذشت باشد، در صورتی که قرائن و اماراتی مبتنی بر نادرستی اظهارات وی وجود نداشته باشد، این اظهار برای شروع به تعقیب کافی است، هر چند قرائن و امارات دیگری برای تعقیب موجود نباشد؛ اما اگر اعلام کننده شاهد قضیه نبوده، به صرف اعلام نمی توان شروع به تعقیب کرد، مگر آنکه دلیلی بر صحت ادعا وجود داشته باشد. یا جرم از جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی باشد.» حذف قاضی تحقیق و احیاء نهاد دادستانی در قانون جدید:

ق.آ.د.ک. جدید ضمن انجام تغییرات گسترده در فرایند تحقیقات مقدماتی و دادرسی کیفری، با حذف قاضی تحقیق و قاضی تحکیم، بر نقش و اهمیت نهاد دادستانی و بخش های متبوعه آن (بازپرسی، دایاری و...) تاکید نموده است. ضابطان دادگستری، طبق ماده ۲۲ این قانون تحت آموزش، ریاست و نظارت دادستان قرار دارند و نقش سایر مقامات قضایی، صرفا نظارتی است. حق نظارت در امور ارجاعی به بازپرس (ماده ۷۳)، نظارت بر تحقیقات (ماده ۷۴)، دستور لازم برای حفظ آثار و علائم، جمع آوری ادله وقوع جرم و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم، قبل از حضور و مداخله بازپرس از سوی دادستان (ماده ۷۷)، صدور قرار ترک تعقیب توسط دادستان، در پی درخواست شاکی قبل از صدور کیفرخواست در جرائم قابل گذشت (ماده ۷۹)، حق تعلیق تعقیب متهم، با اخذ تامین مناسب و صدور دستورات قهری از سوی دادستان نسبت به وی (ماده ۸۱) و... از زمره تکالیف و اختیارات دادستان در قانون جدید برشمرده شده است.

۱-۷-۴ تفکیک مقام تعقیب و رسیدگی

تفکیک میان تعقیب و قضاوت دو اثر بسیار مهم در نظام دادرسی کیفری دارد. دادسرا عهده دار صدور رأی نهایی نیست و اتخاذ تصمیم نهایی از وظایف دادگاه است. هیچ استثنایی بر این ممنوعیت نیست. از سوی دیگر، مراجع صدور رأی حق اقامه دعوای عمومی و تعقیب دعوا را ندارند. دادستان یکی از طرفین دعوا محسوب میشوند، بنابراین نقش و اختیار آنها نیز در چارچوب همین عنوان است. آنها در مرحله دادرسی امتیازی بیشتر از حقوق سایر طرفین دعوا را برعهده ندارند و لذا به هیچ عنوان نمی تواند به مراجع صدور رأی دستور دهند و یا اینکه از آنها بخواهند به کیفیتی خاص رأی صادر کنند. (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه، ۱۳۸۳: ۳۰) باید توجه

داشت که در مراحل پنجگانه فرآیند کیفری، مرحله رسیدگی و قضاوت وجود دارد و در نهایت کیفر خواست و ادله دادستان و دیگر طرفهای دعوا مورد سنجش و ارزیابی واقع می شود. (کشاورز، ۱۳۷۴: ۳۵) عطف به نامه شماره ۴۳۲۸۴/۱۱۲۳۵۲ مورخ ۱۳۸۹/۵/۲۳ در اجرای اصل یکصد و بیست و سوم (۱۲۳)

قانون نظارت بر رفتار قضات که دادستان نیز به جهت قاضی بودن مشمول آن می گردد، در راستای اجرای اصل یکصد و بیست و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ابتدائاً با عنوان لایحه تشکیلات دادسرا و دادگاه عالی و نظارت انتظامی بر رفتار قضائی به مجلس شورای اسلامی تقدیم گردیده بود در سال ۱۳۹۰ با عنوان قانون نظارت بر رفتار قضات به تصویب مجلس رسید. به موجب این قانون تمامی قضاتی که به حکم رئیس قوه قضائیه به سمت قضائی منصوب می شوند مشمول این قانون می باشند و این قانون به نظارت بر نحوه عملکرد و رفتار قضات و رسیدگی به تخلفات انتظامی و صلاحیت قضائی آنها می پردازد. و کلیه امور بنا به تشخیص رئیس قوه قضائیه انجام وظیفه می نمایند. با توجه به اینکه دادستان طبق ابلاغ و انتخاب رئیس قوه قضائیه به این سمت منصوب می گردد فلذا موارد ذکر شده در ماده ۲ قانون نظارت بر رفتار قضات شامل دادستان نیز می گردد و طبق ماده ۲ این قانون: "تمامی قضاتی که به حکم رئیس قوه قضائیه به سمت قضائی منصوب می شوند مشمول این قانون می باشند." طبق بند ۴ ماده ۶ این قانون حل اختلاف بین دادستان انتظامی و دادیار انتظامی موضوع ماده (۲۸) این قانون در صلاحیت دادگاه عالی می باشد.

به استناد ماده ۷ قانون نظارت: به تخلفات اعضاء دادگاههای عالی و عالی تجدیدنظر و دادستان توسط هیأتی مرکب از رؤساء شعب دیوان عالی کشور که با حضور دوسوم آنان رسمیت می یابد رسیدگی می شود. ملاک در صدور رأی، نظر اکثریت حاضرین است. "نظارت بر دادسراها که مورد مشمولیت دادستان نیز می گردد در دو بعد کمی و کیفی انجام می شود، از بعد کمی رسیدگی ها و آمار پرونده های ورودی، مختومه و مانده مورد ارزیابی قرار گرفته و از نظر کیفی نیز کلیه امور مانند ارجاع پرونده، نحوه رسیدگی، نحوه صدور قرار تامین یا قرار نهایی و در واقع انجام تحقیقات مقدماتی که از وظایف خاص قضات تحقیق اعم از دادستان، دادیار و بازپرس است، سنجیده می شود. البته این را باید بیان نمود که این نوع نظارت موجب ارتقای علمی و عملی مجموعه دادسرا می شود و با توجه به ماده ۲۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری، انتصاب، جابجایی یا تغییر دادستان های عمومی و انقلاب و نظامی سراسر کشور است و در این بازرسی ها افرادی که

توانمندی برای ارتقا به سمت دادستانی را دارند، مورد ارزیابی قرار می‌گیرند.

قابل ذکر است دادستان کل بعنوان مدعی العموم در گستره کشوری عمل می‌کند و اختیارات دادستان‌های عمومی که بصورت میدانی و عملیاتی اقدام می‌کنند قابل اعمال از سوی وی نیست؛ لذا می‌تواند تعقیب متهم یا متهمان را از دادستان عمومی (دادستان جزء) تقاضا کند، اما مجاز نیست که اقدامات تعقیبی را به جانشینی مدعی العموم مربوطه که صلاحیت محلی تعقیب جرایم را دارد انجام دهد؛ ضمانت اجرای عدم اطاعت دادستان‌های جزء از مقام ما فوق در عمل می‌تواند بصورت تعقیب انتظامی و یا تغییر سمت و مأموریت دادستان متخلف به دستور مقام ذیصلاح بروز و پیدا کند. بر این اساس دادستان کل کشور بعنوان مدعی العموم در گستره کشوری می‌تواند در مواردی که هر فعل یا ترک فعلی در عرصه ملی، جامعه را متضرر ساخته به طرفیت و به نیابت از جامعه از دادستان‌هایی که شأنیت و صلاحیت عملیاتی دارند بخواهد به تعقیب عاملان مزبور مبادرت کنند.

با عنایت به نظارتی که وفق ماده ۱۷ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۶۵/۳/۲۵ برای دادستان کل منظور شده است و با امعان نظر به اصل ۱۶۱ قانون اساسی و استفساریه شورای نگهبان در خصوص نظارت دیوانعالی و دادسرای آن (دادستانی کل) بر قانونی بودن مراحل دادرسی (در دادگستریها و دادسراها) و نیز اختیارات مفوضه ریاست قوه قضائیه به دادستانی کل کشور (مورخ ۸۳/۸/۲)، دادستان کل کشور می‌تواند نسبت به ایفای نقش مدعی العمومی در گستره کشوری به احسن وجه انجام وظیفه کند و در صورتی که اهرم‌های عملیاتی وی (دادستان‌های سراسر کشور) از انجام امور محوله توسط دادستان کل استنکاف ورزیدند از ضمانت اجرای خاص خویش (تعقیب انتظامی - تغییر سمت یا مأموریت و...) اقدام کند.

براساس اصل ۱۵۶ قانون اساسی، نظارت بر حسن اجرای قوانین از وظایف قوه قضائیه می‌باشد. براساس اصل ۱۵۷ قانون اساسی، به منظور انجام مسئولیت‌های قوه قضائیه در کلیه امور قضایی و اداری و اجرایی مقام رهبری یک نفر مجتهد عادل و آگاه به امور قضایی و مدیر و مدبر را برای مدت پنج سال به عنوان رئیس قوه قضائیه تعیین می‌نماید که عالی‌ترین مقام قوه قضائیه است. و با توجه به این قدرت، نظارت نهاد دادستانی بر عهده او می‌باشد. (صدرزاده افشار، ۱۳۷۳: ۹۹) که برای روشن شدن این نظارت بعضی از وظایف ریاست قوه قضائیه که در ارتباط با نظارت بر نهاد دادستانی استنباط می‌گردد، بیان می‌گردد:

۱ - ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری به تناسب مسئولیت های اصل یکصد و پنجاه و ششم. (براساس اصل ۱۵۸ قانون اساسی) ۲- نصب رئیس دیوان عالی کشور و دادستان کل، با مشورت قضات دیوان عالی کشور برای مدت پنج سال.

(براساس اصل ۱۶۰ قانون اساسی) از طرفی هم دادستان در معیت دیوان عالی کشور می باشد و نظارت دیوان نیز بر او وجود دارد. دیوان عالی کشور عالی ترین مرجع قضایی کشور است و براساس اصل ۱۶۱ قانون اساسی به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی و انجام مسئولیت هایی که طبق قانون به آن محول می شود براساس ضوابطی که رئیس قوه قضاییه تعیین می کند تشکیل شده است. در معیت دیوان عالی کشور دادرای دیوان عالی کشور یا دادستانی کل کشور متشکل از رئیس (دادستان کل کشور) و معاونان قضایی - امنیتی و سیاسی و تعدادی دادیار است که در معیت دیوان عالی کشور انجام وظیفه می نماید. به جهت تکمیل این مبحث می توان چنین بیان نمود که رئیس دیوان عالی کشور نیز خود رئیسی دارد و تشکیلات دادستانی کل یا دادرای دیوان کشور جزئی از آن است و بر اجرای صحیح قوانین در محاکم نظارت می کند، بنابراین در حال حاضر مساله نظارت بر دادگاه ها و دادرها بدون متولی نیست و قانونگذار در قانون اساسی و قوانین عادی مکانیسم و روش این نظارت را همراه با ابزارها و اشخاص مسؤل، پیش بینی و تعریف کرده است.

۱-۲-۵ حق در خواست نقض احکام قطعی محاکم

به موجب ماده ۳۱ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳:

محکوم علیه می تواند احکام قطعیت یافته هر یک از محاکم را که قابل در خواست تجدید نظر بوده از تاریخ ابلاغ حکم - تا یک ماه از دادستان کل کشور در خواست رسیدگی بنماید. دادستان کل کشور در صورتی که حکم را مخالف بین با شرع یا قانون تشخیص دهد از دیوان عالی کشور در خواست نقض می نماید. دیوان عالی کشور در صورت نقض حکم رسیدگی را به دادگاه هم عرض ارجاع می دهد؛ رأی دادگاه در غیر موارد مذکور در ماده ۱۸ غیر قابل اعتراض و در خواست تجدید نظر است.

۲- جایگاه دادستان در دیوان کیفری بین‌المللی

عمده دادرسی‌های کیفری بین‌المللی، از تفکیک مرحله تحقیقات مقدماتی، از مرحله رسیدگی که خود از مختصات و ویژگی‌های نظام‌های حقوقی نوشته است بهره‌جسته‌اند. از دادگاه نورنبرگ گرفته تا دیوان کیفری بین‌المللی، دادستانی در راس دادسرا قرار گرفته است. که وظایف تعقیب و تحقیق ذاتا بر عهده اوست. در این دادگاه‌ها دادستان اطلاعات لازم را از طریق مختلف از جمله از طریق اصحاب دعوی اعم از زیان‌دیده از جرم و دارندگان حق، دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی و سازمان‌های غیردولتی و نیز اشخاص ثالث در یافت می‌نماید و نهایتاً نظر می‌دهد که آیا تعقیب متهم ضروری است یا خیر. این امر معنای همان نظام قدیمی مناسب داشتن آغاز تعقیب کیفری است. (خزانی، ۱۳۶۵: ۸۵) در واقع دادستان به اقتضای اختیارات ناشی از مقام خود، یعنی بر اساس اطلاعاتی که از راه‌های گوناگون بدست می‌آورد، تحقیقات را آغاز می‌نماید. (داوید، ۱۳۸۳: ۲۲۲) دادستان پس از ارزیابی اطلاعات بدست آمده، تصمیم می‌گیرد که آیا اطلاعات مزبور برای شروع به رسیدگی کفایت می‌کنند یا خیر. اختیار اینکه علیه چه کسی باید کیفر خواست تنظیم شود با دادستان است. کیفر خواست دادستان به یکی از قضات شعبه بدوی تسلیم و توسط او مورد بازبینی قرار می‌گیرد. اگر قاضی مزبور موافق باشد که پرونده‌ای که دادستان تهیه و تنظیم و به او تقدیم نموده است، وقوع جنایتی را نشان می‌دهد فادعا نامه او را تأیید و گرنه رد می‌نماید. (داوید، ۱۳۸۳: ۲۲۳) این حساسیت در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی شکل تکامل یافته به خود گرفته است. در واقع با توجه به این که منصب دادستانی، منصبی است که هم جنبه قضایی و هم جنبه سیاسی دارد، یکی از نگرانی‌های اساسی که در مورد دادستان وجود دارد، احتمال داشتن انگیزه سیاسی در تعقیب هاست و این امر در محاکم کیفری بین‌المللی به دلیل ویژگی‌های صلاحیت موضوعی و وضعیت افراد تحت تعقیب بسیار جدی است. لذا اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی جهت جلوگیری از چنین امری، علاوه بر اندیشیدن تمهیداتی نظیر ممانعت از شرکت دادستان با معاونان وی در هر فعالیت تعقیبی یا تحقیقی که دلایل معقولی مبنی بر تردید در بی‌طرفی آنها وجود دارد، (با توجه به بندهای ۶، ۷ و ۸ ماده ۴۲ اساسنامه دیوان) حاوی مقرراتی است که پیگیری و جستجوی ادله دال بر بی‌گناهی متهم را نیز تکلیف دادستان دانسته (ردیف الف از بند یک ماده ۵۴ اساسنامه دیوان) و حتی امکان در خواست پژوهش و تجدید نظر خواهی به نفع متهم را از سوی دادستان پیش‌بینی کرده است.

۲-۱ ابتکار دادستان

به موجب ماده ۱۳ و ۱۵ اساسنامه دیوان کیفری بین المللی پیش، بینی کرده است که دادستان می تواند راساً بر اساس اطلاعاتی که در مورد جرایم مشمول صلاحیت دیوان بدست می آورد تحقیقات را آغاز نماید. بر این اساس دادستان می تواند با جمع آوری اطلاعات و سایر مستندات از طریق دولت ها، سازمان ملل متحد و ارکان آن و نیز سایر سازمان ها و گروه های بین المللی، منطقه ای، غیر دولتی و منابع معتبر دیگر به تشخیص خود تحقیقات خود را تکمیل کند. در دیوان کیفری بین المللی نظارت بر دادستان در تمام مراحل تحقیق و تعقیب تا قبل از مرحله محاکمه برعهده شعبه مقدماتی است.

بر اساس ماده ۱۵ اساسنامه دیوان کیفری بین المللی، دادستان می تواند بر اساس اطلاعاتی که در مورد جنایات در صلاحیت دیوان به دست می آورد تحقیقات خود را آغاز کند و موظف است که پس از بررسی و ارزیابی اطلاعاتی که در دسترس وی قرار می گیرد شروع به تحقیق اولیه نماید مگر این که تشخیص دهد که مطابق اساسنامه دلایل قانع کننده ای برای اقدام وجود ندارد. اما اگر به این نتیجه برسد که مبنای مستدلی برای پرداختن به تحقیق وجود دارد باید درخواستی را به ضمیمه تمامی اسناد و مدارک تأیید کننده که جمع آوری کرده است برای گرفتن مجوز تحقیق به شعبه مقدماتی تسلیم نماید. نکته اساسی در این مورد این است که حتی در وضعیت هایی که از سوی شورای امنیت یا کشورهای عضو به دادستان ارجاع می شود در نهایت این دادستان است که باید پس از بررسی ادله و شواهد ارائه شده تصمیم بر تعقیب و شروع به تحقیق بگیرد. بنابراین مطابق ماده ۵۳ اساسنامه و مواد ۱۰۷ تا ۱۱۰ آیین دادرسی و ادله، دادستان می تواند به دلایل الف- فقدان مبنای واقعی یا قانونی برای بازداشت یا احضار ب- یا به دلیل این که پرونده به موجب ماده ۱۷ اساسنامه غیرقابل پذیرش است.

ج- یا به دلیل این که رسیدگی به موضوع به لحاظ تمامی جوانب امر از جمله اهمیت جرم ارتكابی و منافع قربانی و سن و ناتوانایی متهم و نقش او در ارتكاب جرم ادعایی در راستای عدالت نیست به این نتیجه برسد که دلایل کافی برای تحقیق وجود ندارد. باید به این نکته نیز اشاره کرد که به دلیل

مشکلاتی که دادستانی دیوان در جمع آوری دلایل در محل وقوع جرم ارتكابی در صلاحیت دیوان، با آن روبرو بوده است تا کنون کمتر به موارد ابتکاری در تحقیق پرداخته است.

(میر محمد صادقی، ۱۳۸۷: ۷۵)

۲-۲- چگونگی استقلال دادستان

به استناد ماده ۱۳ اساسنامه و مواد بعدی مرتبط با این موضوع، سه طریق عمده برای به جریان انداختن یک دعوی کیفری بین‌المللی تعبیه شده است. نکته اصلی و اساسی در این خصوص این است که در دو مورد دیگر غیر از تصمیم دادستان دیوان (فرض ارجاع یک وضعیت توسط شورای امنیت ملل متحد و یا اعلام یک وضعیت توسط کشورهای عضو) نیز نهایتاً دادستان است که باید پس از بررسی ادله و شواهد ارائه شده، تصمیم بر تعقیب و شروع به تعقیب بگیرد. اساسنامه می‌گوید که دادستان می‌تواند به دلیل فقدان مبنای واقعی یا قانونی برای بازداشت یا احضار یا به دلیل اینکه پرونده به موجب ماده ۱۷ غیر قابل پذیرش است و یا به دلیل اینکه رسیدگی به موضوع به لحاظ تمامی جوانب امر از جمله اهمیت جرم ارتكابی و منافع قربانی و سن و ناتوانی متهم او در ارتكاب جرم ادعایی در راستای عدالت نیست، (بند ۲ ماده ۵۳ اساسنامه دیوان) به این نتیجه برسد که دلایل کافی برای ادامه تحقیق وجود ندارد. (بند ۳ ماده ۵۳ اساسنامه و مواد ۱۰۷ الی ۱۱۰ آیین دادرسی و ادله)

۲-۳- عدم استقلال دادستان در مواد ۱۸ و ۱۹ دیوان

استقلال دادستان در ردیف مسایل بحث‌انگیز می‌باشد و همیشه مورد توجه قرار گرفته است. در واقع مسئله اختیارات دادستان و بطور مشخص شناسایی این حق برای دادستان که بتواند مستقلاً علیه شخص یا اشخاصی پرونده‌ای را در دادگاه مطرح کند از جمله مسائلی بوده که نیاز به بررسی دارد. هر چند با نظر به بند ج ماده ۶ اساسنامه پیشنهادی اعلام می‌نماید که در صورتی که دادستان پرونده‌ای را در دیوان مطرح کند؛ دادگاه دارای صلاحیت باشد. ولی این ضرورت به علت مخالفت کشورهای که همیشه نگران حاکمیت خویشند؛ رای نیاورد و رد شد. (شریعت باقری، ۱۳۸۶: ۲۰۶) اگر معنا و مفهوم تحقیقات مقدماتی را به شکلی بدانیم که جمع‌آوری ادله شکات و دفاعیه متهمان مورد نظر باشد، که به احتمال یقین هم چنین باید باشد؛ چون همه قرائن و شواهد بر این مسئله دلالت می‌نماید برای از بین نرفتن دلایل و آثار جرم و نیز عدم فرار متهم و جانی؛ لازم است که تحقیقات سریع و توسط یک رکن بی‌طرف صورت گیرد. و اگر بنا به هر دلیلی؛ فرجه‌ای برای فرار جانی؛ فرصتی برای از بین آثار جرم؛ مهلتی

برای اختفاء اسناد جنایت؛ و یا مانعی برای تحقیق و تحقیق کننده یعنی دادستان موجود باشد؛ بعد از سپری شدن زمان اعاده وضعیت به حالت سابق و جمع آوری ادله اثبات اگر غیر ممکن هم نباشد خیلی مشکل خواهد بود. بنابراین روند رسیدگی در هر دادگاهی گرفتار یکی از موانع بالا باشد؛ به حتم به قضاوت بی طرفانه؛ سریع؛ دقیق و منصفانه منتهی نخواهد شد. که متأسفانه همه معایب فوق یکجا در مواد ۱۸ و ۱۹ اساسنامه دیوان بیان شده است. و برغم وجود تمایل در برخی از کشورها به اعطای اختیاریه دادستان برای طرح پرونده در دیوان؛ مانع دائمی توسعه حقوق بین الملل یعنی حاکمیت دولتها سبب شد که مسئله شروع دادرسی منوط ومشروط به تصویب سه قاضی شعبه مقدماتی دیوان شود. (شبت، ۱۳۸۴: ۱۳۰) بند یک ماده ۱۸ دیوان، در خصوص تصمیمات قبل از قابل پذیرش بودن، مقرر کرده است که:

“هنگامی که موضوعی به موجب بند الف ماده ۱۳ به دیوان ارجاع شده و دادستان رای داده است که اساس مستدلی برای شروع تحقیق وجود دارد؛ یا آنکه دادستان تحقیقی را به موجب بند ج ماده ۱۳ و ماده ۱۵ آغاز کرده است دادستان بایستی این تصمیم را به کلیه دولتهای عضو ودولت های که با توجه به اطلاعات آغاز کرده باشد، اعلام کند. دادستان موجود معمولاً بر جنایات مورد نظر اعمال صلاحیت می نمایند.” و در برابر منطوق بند دو همان ماده دولتهای دیگر یک ماه فرصت دارند قسمتی از تحقیقات را برعهده گیرند و برابر بند سه همان ماده دادستان شش ماه حق دخالت در کار تحقیق دولتها را ندارد؛ و اظهار نظر در خصوص جدیت دادگاه ملی توسط دادستان منوط به سپری شدن شش ماه است. و اگر احیاناً در اثر اعتراض دادستان شعبه مقدماتی در خصوص بی کفایتی و عدم جدیت دادگاه ملی آن رای صادر کرد برابر بند ۲ ماده ۸۳ قابل اعتراض در شعبه استیناف است والخر. همه اینها نشان دهنده تلف شدن زمان به نفع جانیان در اثر تعارف دیوان به دادگاههای ملی است. (شبت، ۱۳۸۴: ۲۴۹) برابر بند ۵ و ۶ ماده ۱۸ شروع عملی دادستان به تحقیق منوط به تائید شعبه مقدماتی است و حداکثر در موارد ضروری و استثناً از شعبه مقدماتی برای حفظ ادله اختیاراتی می تواند بخواهد. به دیگر سخن از یک سو دیوان به اهمیت استفاده از زمان در ابتدای وقوع جرائم آگاهی دارد؛ ولی از سوی دیگر به وابسته کردن دادستان به شعبه مقدماتی و وابسته کردن شعبه مقدماتی به دادگاههای ملی دست خود را برای رسیدگی سریع و دقیق می بندد. تازه بعد از ماده ۱۸ نوبت ماده ۱۹ می رسد که دیوان را ملکف می کند که اطمینان حاصل نماید که آیا دادگاههای ملی اقدامی کرده یانه. و اگر دیوان رای به غیرقابل پذیرش بودن داد؛ دادستان وفق بند ۱۰ ماده ۱۹ حق درخواست بازنگری دارد.

در کنار این دو ماده اصل عدم محاکمه مضاعف که در عین حال اصل مفیدی است؛ سبب مطول شدن دادرسی و فرار بدون محاکمه جانیان به مکان امن شده؛ و یا امکان فرار از محاکمه دیوان به بهانه محاکمه صوری در محکمه داخلی خود را پیدا میکنند و اگر هم دیوان به فرض محال صوری بودن دادگاه ملی را که معمولاً سخت و مورد قبول کشور محاکمه کننده نخواهد بود؛ کشف کند و با استفاده از تمام ابزار و امکانات جانی را در دیوان حاضر کرده و شروع به تحقیق و یا محاکمه نماید؛ باز کلی از زمان فقط به خاطر تعارف به دادگاه ملی تلف شده است. و این نگرش دائمی دولتها سبب شد تمامی ایرادات مذکور در مواد ۱۸ و ۱۹ با شکل و صورتی دیگر در مواد ۵۳ و ۵۴ نیز تکرار شده است و هیچکدام از بندهای مواد ۵۳ و ۵۴ اختیار جدیدی را به دادستان نمی‌دهند و هیچ بندی از قیود و موانع پیش روی دادستان را حذف نمی‌کند و هیچ بندی از مواد ۵۳ و ۵۴ اساسنامه از تاخیر در تحقیقات نمی‌کاهد. (طهماسبی، ۱۳۸۸: ۲۲)

۲-۴- وظایف و کارکردهای شعبه مقدماتی

از مراحل دادرسی در دیوان که شامل؛ تحقیقات مقدماتی، رسیدگی بدوی و تجدیدنظر می‌باشد، کار شعبه مقدماتی، با همکاری و تعامل دادسرا، همان مرحله تحقیقات مقدماتی است که از لحظه ارجاع مورد به دیوان آغاز و تا تایید اتهام و ارسال پرونده به شعبه بدوی ادامه خواهد یافت. در این مرحله (تحقیقات مقدماتی) عملکرد شعبه مقدماتی بی شباهت به عملکرد دادسرا در حقوق داخلی نیست. همانطور که می‌دانیم در حقوق داخلی نیز جرایم از طریق دادسرا و با ارجاع مقام مدعی‌العموم مورد رسیدگی مقدماتی قرار گرفته و پس از تایید کیفر خواست صادره توسط دادستان یا دادیار اظهارنظر (منصوب از طرف دادستان) پرونده جهت رسیدگی به دادگاه ارسال می‌گردد. (بند ک ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ و اصلاحی ۱۳۸۱)

۲-۵- چگونگی روند رسیدگی مقدماتی

بر اساس ماده ۱۳، دادستان پس از انجام ارجاعات مختلف، از سوی اشخاص مذکور در اساسنامه دیوان اقدام به بررسی دلایل ارائه شده و اطلاعات مآخوذه نموده و پس از احراز وجود مبانی مستدلی جهت پرداختن به تحقیق، اقدام به اخذ مجوز از شعبه مقدماتی می‌نماید. (بند ۳ ماده ۱۵) متعاقباً شعبه مقدماتی دیوان با بررسی درخواست دادستان و احراز وجود مبانی

مستدل و نیز صلاحیت دیوان، مجوز تحقیق را صادر و در غیر این صورت از صدور مجوز امتناع خواهد نمود (بند ۴ ماده ۱۵) نیلز به توضیح می باشد که امتناع شعبه مقدماتی از صدور مجوز مانع درخواست مجدد دادستان، در صورت تحصیل دلایل جدید، نخواهد بود. در صورت اخذ مجوز، دادستان شروع به تحقیق نموده و در این راستا ممکن است اقدامات زیر را انجام دهد: با توجه به قسمت الف بند ۳ ماده ۵۷، درخواست صدور دستورات و قرارهای مقتضی از شعبه مقدماتی را می نماید. با استناد به قسمت د بند ۳ ماده ۵۷، اخذ مجوز از شعبه مقدماتی در خصوص انجام تحقیقات خاص در قلمرو دول عضو، به جهت فقدان مراجع مسئول یا هیئت حاکمه قضایی صلاحیت دارد که منجر به عدم امکان انجام تحقیق از جانب دولت مذکور می گردد.

- بر اساس بند ۱ و ۶ ماده ۵۸، درخواست صدور قرار بازداشت موقت از شعبه مقدماتی یا اصلاح آن دادستان پس از انجام تحقیقات لازم، با در نظر گرفتن وجود و عدم وجود دلایل قانع کننده جهت شروع به رسیدگی و انطباق آن با مبانی عدالت، حسب مورد اقدام به درخواست تایید اتهامات از شعبه مقدماتی نموده و یا با اطلاع شعبه مذکور، ادامه تحقیقات را منتفی اعلام خواهد نمود. متعاقب درخواست تایید اتهامات از جانب دادسرا، شعبه مقدماتی جلسه ای را جهت بررسی این امر با حضور متهم، وکیل متهم و دادستان تشکیل داده و نسبت به این موضوع اتخاذ تصمیم می نماید که؛ آیا دلایل کافی برای ارتکاب جرم از ناحیه متهم وجود دارد یا خیر؟ و در نهایت نیز تصمیمات لازم بر طبق اساسنامه از جانب شعبه مقدماتی اتخاذ می گردد.

هرچند ممکن است برای برخی این سوال مطرح باشد که چگونه ممکن است دخالت شورای امنیت با آن ترکیب نامتقارن از چند کشور محدود و با آن حق قانونی ولی غیر عادلانه و تو؛ در دیوان در ارتقاء حقوق موثر افتد؟ در جواب این سوال باید گفت که این اختیار بر خلاف ظاهرش یک دخالت مستقیم و یک مرحله ای نیست. بلکه در نهایت این دیوان و شعبه مقدماتی آن است که تصمیم می گیرد که چه وضعیتی برای اعمال صلاحیت دیوان قابل پذیرش است. همچنین که تقاضای مورخه ۲۱ اوت ۲۰۰۸ شورای امنیت سازمان ملل متحد در خصوص پرونده دارفور از دادستان دیوان؛ که موجب تقاضای دادستان دیوان برای صدور جلب عمرالبشیر از شعبه مقدماتی گردید؛ علیرغم اینکه تقاضای دادستان حاوی مدارک و اسناد مستدل برای مسئولیت عمرالبشیر در جنایات مزبور بود؛ اتوماتیک سبب صدور حکم جلب عمرالبشیر نگردید. و نه تنها شورای امنیت و حتی دادستان هم توانائی و اختیار صدور چنین حکمی را نداشت و در نهایت شعبه مقدماتی دیوان بود که تصمیم نهائی را اتخاذ نمود. (طهماسبی، ۱۳۸۸: ۱۴۲)

۳- چگونگی نظارت و زمان نظارت بر تشخیص دادستان در دیوان کیفری بین‌المللی

با وجود شباهت‌های عنوان شده، عملکرد شعبه مقدماتی در برخی از موارد با حقوق داخلی ما متفاوت بوده و تدوین‌کنندگان اساسنامه دیوان مکانیزم‌های خاصی را جهت ارائه یک سیستم دادرسی پیشرفته ارائه داده‌اند. بعنوان مثال اساسنامه ضمن تفکیک عملکرد شعبه مقدماتی از دادسرا، به پیش‌بینی انواع نظارت‌های شعبه مقدماتی، در جهت تضمین کامل انطباق تحقیقات مقدماتی با اصول آیین دادرسی کیفری، نموده است.

زمان اعمال نظارت قضایی در دیوان: شعبه مقدماتی از همان آغاز رسیدگی می‌کند در اساسنامه دیوان نظارت قضایی هم در مرحله شروع به تحقیقات و هم در مرحله تایید محتویات کیفرخواست پیش‌بینی شده است در دیوان یک قاضی قبلاً در مرحله تحقیقاتی مداخله می‌کند تا مشخص شود که آیا دلایلی مبتنی بر شروع تحقیق وجود دارد یا نه.

در مورد دیوان کیفری بین‌المللی هنگامی که شورای امنیت یا دولت‌های عضو وضعیتی را به دیوان ارجاع می‌دهند نیازی به مداخله مقامات قضایی و یا نظارت قضایی آنها نیست دلیل این امر این است که علت کشف مجوز قضایی از شعب مقدماتی در حالی که دادستان خود راسا تحقیقات را شروع می‌کند تحدید اختیارات دادستان است پیش‌بینی قاضی مقدماتی برای این است که از تصمیمات خودسرانه دادستان جلوگیری شود چرا که اقدامات ناسنجیده مقامات دادسرا می‌تواند منجر به تنش در روابط بین‌المللی گردد ولی در مواردی که دولت‌ها اقدام به ارجاع موضوع می‌نمایند چنین شرطی پیش‌بینی نشده است.

۳-۱ انواع نظارت‌های شعبه مقدماتی

الف- نظارت اطلاعاتی: نظارت اطلاعاتی را می‌توان بدینگونه توضیح داد که؛ مطابق با قسمت ج از بند ۱ ماده ۵۳ اساسنامه، شامل مواردی است که اساسنامه دیوان اطلاع برخی امور را از جانب دادستان به شعبه مقدماتی مقرر نموده است. مثلاً "در مواردی که دادسرا بعد از بررسی دلایل موجود اعتقاد به عدم وجود دلایل قانع‌کننده برای رسیدگی و یا عدم مطابقت رسیدگی با مبانی عدالت را احرار می‌نماید، ضمن اطلاع مورد به شعبه مقدماتی، شروع به تحقیق را نیز منتفی اعلام خواهد کرد. درخصوص نظارت اطلاعاتی، همچنین می‌توان به ماده ۵۶ اساسنامه و انجام تحقیقات در موارد فوق‌العاده اشاره کرد که باید با اطلاع شعبه مقدماتی انجام گیرد.

ب- نظارت استصوابی: نظارت استصوابی یعنی مواردی که اخذ تصمیم در مورد آنها، توسط دادستان، منوط به تایید شعبه مقدماتی می باشد. از مصادیق نظارت استصوابی شعبه مقدماتی، مندرج در اساسنامه، می توان به موارد زیر اشاره کرد:

- به استناد قسمت الف بند ۳ ماده ۵۷، صدور دستورات و قراردایی که جهت انجام تحقیقات به توسط دادستان لازم است و باید با تایید شعبه مقدماتی صورت گیرد.
- بر طبق بند ۳ ماده ۱۵، اخذ مجوز تحقیق از شعبه مقدماتی پس از حصول اطمینان برای دادسرا در خصوص وجود مبانی مستدل جهت پرداختن به تحقیق.
- با توجه به بند ۲ ماده ۱۸، صدور مجوز تحقیق به درخواست دادستان، در مواقع ضروری، علی رغم اعمال صلاحیت از جانب دول دیگر.
- بر اساس بند ۶ ماده ۱۸، اخذ مجوز دادستانی در زمینه اعطای اختیارات، جهت پیگیری اقدامات تحقیقی لازم برای حفظ ادله.

۳-۲ نقش شعبه مقدماتی در نظارت بر تحقیق و تعقیب

با توجه به اینکه در اساسنامه دیوان کیفری بین المللی نظارت قضایی بر مرحله تعقیب و تحقیق به یک شعبه مقدماتی سپرده شده است. پیش بینی چنین شعبه ای در دیوان و نظارت آن بر اقدامات دادستان بیشتر برای اطمینان یافتن دولت هایی بوده که با اعطای اختیار آغاز تحقیقات به دادستان مخالف بوده اند و بیم آن را داشتند که انجام تحقیقات بی پایه از سوی دادستان، روابط بین المللی را به خطر بیندازد. بنابراین دادستان دیوان علاوه بر این که در عملکرد خود مستقل است اما در عین حال دادستان دیوان در انجام اقدامات خود، باید نظر شعبه مقدماتی دیوان را جلب نماید. به این معنا که دادستان در تمام مراحل تحقیق، تحت کنترل و نظارت قضایی شعبه مقدماتی قرار دارد. یعنی تصمیمات دادستان باید به تأیید شعبه مقدماتی برسد تا جنبه اجرایی پیدا کند. به عبارت دیگر مطابق با اساسنامه دیوان، تشخیص دادستان قاطع نیست بلکه مشمول نظارت است. نقش نظارتی شعبه مقدماتی نه تنها به مواردی که دادستان راسا تحقیق را آغاز کرده محدود نمی شود بلکه در مواردی که شکایت از سوی یک دولت یا شورای امنیت ارجاع شده باشد نیز شامل می شود. (شریعت باقری، ۱۳۸۶: ۵۱) عمده وظایف شعبه مقدماتی بر اساس اساسنامه و آیین دادرسی و ادله عبارتند از:

۱- تصمیم دادستان مبنی بر عدم آغاز تحقیق باید با تأیید شعبه مقدماتی باشد. ۲- شروع به تعقیب و تحقیق باید با تأیید شعبه مقدماتی باشد.

۳- دستور بازداشت یا احضار متهم توسط شعبه مقدماتی صادر می‌گردد.

۴- شعبه مقدماتی بر جریان بازداشت و آزادی موقت متهم توسط مراجع ملی نیز نظارت دارد.

۵- تبدیل قرار متهم و آزادی موقت وی در صلاحیت شعبه مقدماتی است. (شریعت باقری، ۱۳۸۶: ۵۱) موارد ذکر شده در فوق تنها عمده‌ترین وظایف شعبه مقدماتی می‌باشد. شعبه مقدماتی وظایف دیگری نیز مطابق با اساسنامه و آیین دادرسی و ادله دارد.

تمایز عمده‌ای بین امر تعقیب در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل وجود دارد و آن تشخیص و صلاح‌دید بی‌قید و شرط دادستان در حقوق داخلی است. در حقوق داخلی، فرض بر این است که کلیه جرایم ولو بسیار ناچیز و کم‌اهمیت می‌بایست مورد تعقیب قرار گیرد. اما در یک دادگاه بین‌المللی، به ویژه دادگاهی مبتنی بر اصل صلاحیت تکمیلی تشخیص لازم برای تعقیب، به طور قابل ملاحظه‌ای مهم‌تر و خطیرتر است و ضابطه و معیاری که می‌بایست برای چنین تعقیبی اعمال گردد پیچیده و تعریف نشده است. با توجه به تجربه موجود که مبتنی بر فعالیت دو دادگاه اختصاصی بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا (تا به امروز است، باید گفت که دادستان در یک مبارزه واقعی می‌بایست از میان خیل شاکیان، به جای پرونده‌ای سبک و کم‌اهمیت پرونده‌ای را برگزیند که شایسته دخالت بین‌المللی باشند.

در فصل سوم دیوان کیفری بین‌المللی و علل تشکیل آن، ساختار و ارکان و صلاحیت‌های آن را برشمردیم و سپس به جایگاه دادستان در دیوان که از دادگاه نورنبرگ گرفته تا دیوان کیفری بین‌المللی پرداختیم که در راس دادسرا دادستان قرار دارد و وظایف تعقیب و تحقیق ذاتاً برعهده اوست و حتی می‌تواند راساً براساس اطلاعاتی که در مورد جرایم مشمول صلاحیت دیوان بدست می‌آورد تحقیقات را آغاز کند دادستان در دیوان ابتکار و استقلال دارد البته در موارد ۱۸ و ۱۹ دیوان به عدم استقلال دادستان در برخی موارد اشاره شده است و در آخر چگونگی نظارت بر دادستان در دیوان مورد بررسی قرار گرفته که نظارت‌های شعبه مقدماتی مانند نظارت اطلاعی نظارت استصوابی را در بر می‌گیرد.

نتیجه گیری

باید به این مقوله پرداخت که با اینکه تا سال ۱۳۷۳ نهاد دادسرا و تشکیلات آن در کشور وجود داشته است

از سال ۱۳۸۱ نیز دوباره مورد اقبال قانونگذار قرار گرفته است؛ ولی با این حال باید اذعان کرد که دادستان دادسرا، علیرغم سابقه مذکور در ایران نیازمند دقت و تأمل است. کارآمدی نهاد دادسرا وابسته به آن است که فعالیتهای این نهاد در عمل همواره مورد ارزیابی قرار گیرد تا میزان توفیق و یا ناکامی آن مشخص شود. آیین دادرسی کیفری و نهادهای آن محصول تجربه بشری است. مطالعات تطبیقی در این زمینه می تواند تجربه کشورهای دیگر را به ما منتقل کند و هزینه های نظام عدالت کیفری را در مسیر خطا و آزمایش کمتر کند. ولی در هر صورت در حال حاضر با ایجاد یک تشکیلات قدیمی ولی نوپا در کشور خود شاهد هستیم که ضروری است مورد بررسی و مطالعه عمیق قرار بگیرد.

با مطالعه در مقررات آیین دادرسی کیفری می توان وظایف و اختیارات دادستان را در دو دسته طبقه بندی کرد: برخی از وظایف مذکور ناشی از نقش طرف و یا مدعی بودن دادستان در دعوی کیفری است و برخی دیگر از وظایف و اختیارات دادستان جنبه قضاوتی دارد.

در نظام دادرسی کیفری ایران وظایف قضاوتی نیز برای دادستان پیش بینی شده است. مطابق مقررات آیین دادرسی کیفری جمهوری اسلامی ایران، اختیارات قضایی فراوانی به دادستان اعطا شده و در قانون آیین دادرسی کیفری تصریح شده است که دادستان در مواردی عهده دار انجام تحقیقات مقدماتی می گردد و به این ترتیب دادستان به مانند یک قاضی تمام عیار اختیارات وسیعی در جریان تحقیقات از قبیل به کارگیری اقدامات سالب آزادی مانند بازداشت موقت و یا اقدامات محدودکننده آزادی مانند دستور جلب، بازرسی و تفتیش را برعهده دارد و از سوی دیگر چنانچه انجام تحقیقات مقدماتی برعهده بازپرس قرار گیرد، بازپرس مکلف به انجام دستورات او در مورد تحقیقات است.

از طرفی دادستان طرف دعوی کیفری نیز محسوب می شود که به نمایندگی از جامعه به اقامه دعوی عمومی و پیگیری آن اهتمام می ورزد. بنابراین عنوان طرف دعوی عمومی وصف اصلی دادستان محسوب می شود و وظایف و اختیارات او نیز باید بر این اساس در قانون آیین دادرسی کیفری مورد توجه قرار بگیرد. ولی همانطور که توضیح داده شد، در حقوق ایران بیشتر

وظایف دادستان جنبه قضاوتی دارد. ویکی از مباحث عمده در ارتباط با ساختار و سازمان دادرسی، وابستگی دادرسی به قوه مجریه یا قضائیه است. در ایران قضات دادرسی وابسته به قوه قضائیه اند.

اصل ۱۶۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد که رئیس دیوان عالی کشور و دادستان کل بایست از اشخاص مجتهد عادل و دارای اطلاعات و آگاهی نسبت به مسائل قضایی باشند که در زمان پیش از بازنگری قانون اساسی از سوی رهبر تعیین می‌شدند، چون نظام قضایی ما شورایی بود و شورای عالی

قضایی در رأس نظام قضایی بود، بنابراین در آن زمان دادستان کل یک نهاد مستقل و فعال می‌باشد بود. پس از بازنگری قانون اساسی تغییراتی در این مسأله ایجاد شد.

در جایگاه دادستانی کل تغییری ایجاد نشد اما رئیس دادستانی کل از آن جایگاه ویژه‌ای که داشت به یک زیرمجموعه تبدیل گردید، یعنی منصوب رئیس قوه قضائیه شد. یعنی از آن حالت مستقل و فعال به شکل یک زیرمجموعه قرار گرفت. با عنایت به نظارتی که وفق ماده ۱۷ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۶۵/۳/۲۵ برای دادستان کل منظور شده است و با امعان نظر به اصل ۱۶۱ قانون اساسی و استفساریه شورای نگهبان در خصوص نظارت دیوانعالی و دادرسی آن (دادستانی کل) بر قانونی بودن مراحل دادرسی (در دادگستریها و دادرسیها) و نیز اختیارات مفوضه ریاست قوه قضائیه به دادستانی کل کشور (مورخ ۸۳/۸/۲)، دادستان کل کشور می‌تواند نسبت به ایفای نقش مدعی العمومی در گستره کشوری به احسن وجه انجام وظیفه کند و در صورتی که اهرم‌های عملیاتی وی (دادستان‌های سراسر کشور) از انجام امور محوله توسط دادستان کل استنکاف ورزیدند از ضمانت اجرای خاص خویش (تعقیب انتظامی، تغییر سمت یا مأموریت و...) اقدام کند. به استناد ماده ۱۱، رئیس دیوان یا دادستان کل پس از دریافت گزارشها و پیشنهادها، ضمن اقدام مقتضی، مراتب را جهت اطلاع به رئیس قوه قضائیه ارایه می‌دهند و در مواردی که مستلزم اقدام از سوی رئیس قوه قضائیه باشد، درخواست اقدام مقتضی خواهد شد.

دیوان کیفری بین‌المللی نیز به گونه ای طراحی شده است که مرحله بازپرسی که خاص نظامهای مختلط است از بین رفته و وظیفه تحقیق نیز در کنار وظیفه تعقیب بر عهده دادستان قرار گرفته است. البته به منظور کنترل قضایی بر اعمال دادستان نهادی به نام شعبه مقدماتی ایجاد شده است که دادستان تقریباً تمام وظایف خود را تحت نظارت این شعبه انجام می‌دهد.

در مورد جرایم اصلی و مهم، برتری صلاحیت دیوان نسبت به صلاحیت محاکم ملی در نظر گرفته شده است اما در سایر (جرائم تعهداتی) تقدم رسیدگی به محاکم ملی داده می شود. علی رغم مباحثات و مناقشات فراوان در باره این مقوله، به منظور جلب رضایت کشورها و اینکه دیوان کیفری بین المللی در همان نخستین مراحل تاسیس خود در اثر هراس کشورها در از دست دادن حاکمیت ملی قضایی خود در باب رسیدگی به جنایات بین المللی، متوقف نشود، نهایتاً اصل صلاحیت تکمیلی دیوان نسبت به محاکم ملی به معنای تقدم رسیدگی محاکم ملی بر دادگاه بین المللی، در چندین جای اساسنامه رم مورد تصریح قرار گرفته است. از جمله در مقدمه اساسنامه و سپس در نخستین ماده اساسنامه، اصل صلاحیت تکمیلی به عنوان یکی از اصول دادرسی دیوان مورد پذیرش قرار گرفته است؛ و متعاقب این امر مواد ۱۷ و ۱۸ و ۱۹ اساسنامه به قابلیت پذیرش یک قضیه در دیوان اختصاص یافته است و ماده ۱۲ آن نیز به عنوان مکمل این امر، اصل عدم جواز محاکمه مجدد برای یک جرم یا اعتبار امر مختومه را به رسمیت شناخته است که در مجموع نحوه اجرای اصل صلاحیت تکمیلی را مشخص می کند.

در دیوان کیفری بین المللی، دادستانی در راس دادسرا قرار گرفته است که وظایف تعقیب و تحقیق ذاتاً بر عهده اوست. در واقع با توجه به اینکه منصب دادستانی منصبی است که هم جنبه قضایی و هم جنبه سیاسی دارد، یکی از نگرانی های اساسی که در مورد دادستان وجود دارد، احتمال داشتن انگیزه سیاسی در تعقیب هاست و این امر در محاکم کیفری بین المللی به دلیل ویژگی های صلاحیت موضوعی و وضعیت افراد تحت تعقیب بسیار جدی است. لذا اساسنامه دیوان کیفری بین المللی جهت جلوگیری از چنین امری، علاوه بر اندیشیدن تمهیداتی نظیر ممانعت از شرکت دادستان یا معاونان وی در هر فعالیت تعقیبی و یا تحقیقی که دلایل معقولی مبنی بر تردید در بیطرفی آنها وجود دارد، حاوی مقرراتی است که پیگیری و جستجوی ادله دال بر بی گناهی متهم را نیز تکلیف دادستان دانسته و حتی امکان درخواست پژوهش و تجدید نظر خواهی به نفع متهم را از سوی دادستان پیش بینی کرده است.

بنابراین تشخیص دادستان قاطع نیست، بلکه مشمول نظارت قضائی می باشد. در هر صورت که دادستان شروع به تحقیقات نماید، اعم از این که بر اساس کسب مجوز قضائی از شعبه مقدماتی برای شروع تحقیقات یا به تقاضای شورای امنیت یا به درخواست دولتهای عضو، در پیشبرد یا توقف رسیدگی اختیار دارد. حال با توجه به اینکه شعبه مقدماتی بر اعمال دادستان نظارت داشته، این نظارت هرچند ممکن است در استحکام رسیدگی های بین المللی کمک های

شایان توجه ای داشته باشد. و منجر به اهمیت فوق العاده محاکمات بین المللی گردد اما امکان تهدید صلح و امنیت بین الملل نیز دور از واقعیت نمی باشد. از اینرو، در رسیدگی های بین المللی، باید سعی شود که نظارت و کنترل در کوتاهترین زمان ممکن صورت گیرد تا فرصت ارتکاب جرایم بیشتر را از مجرمان بین المللی سلب نماید.

فهرست منابع

الف- کتب فارسی

۱. آخوندی، محمود، ۱۳۸۲، آیین دادرسی کیفری، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ ارشاد اسلامی، جلد دوم
۲. آشوری، محمد، ۱۳۸۷، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، انتشارات سمت، تهران
۳. آشوری، محمد، ۱۳۸۸، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، نشر: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، تهران
۴. امامی، محمد، استوار سنگری، کوروش، زمستان ۱۳۸۸، حقوق اداری ایران، جلد اول، نشر میزان، تهران
۵. باقری، علیرضا، ۱۳۸۴، آیین دادرسی کیفری ۳ استاد، تهران، نوای دانش
۶. پرادل، ژان، ۱۳۹۴، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، نشر: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، مرکز تحقیق و توسعه علوم
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۷، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش
۸. خالقی، احمد، ۱۳۸۲، قدرت، زبان، زندگی روزمره، نشر گام نو، تهران
۹. حکیمی نژاد، امرالله، علی اعتمادی خیای، ۱۳۸۸، دادسرا در سامانه حقوقی کنونی با نگاهی کاربردی، تهران، اندیشه عصر
۱۰. راسخ، محمد، ۱۳۸۸، نظارت و تعادل در حقوق اساسی، تهران، نشر درآسا
۱۱. راسخ، محمد، ۱۳۸۸، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، تهران، طرح نو ۱۲-زراعت، عباس، ۱۳۸۳، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران، فکرسازان
۱۲. زراعت، عباس، ۱۳۷۹، شرح قانون مجازات اسلامی بخش کلیات (حقوق جزای عمومی)، انتشارات ققنوس، تهران
۱۳. زراعت، عباس، ۱۳۹۱، قانون آیین دادرسی کیفری، در نظم حقوق کنونی، تهران،

انتشارات خط سوم

۱۴. سلیمی، علی، ۱۳۹۲، آرای وحدت رویه، تهران، انتشارات دوراندیشان
۱۵. شامبیاتی، هوشنگ، ۱۳۸۸، حقوق جزای عمومی، ج ۱، نشر ژوبین، تهران
۱۶. شبت، ویلیام، ۱۳۸۴، مقدمه ای بر دیوان کیفری بین‌المللی، ترجمه سید باقر میر عباسی و حمید الهوئی نظری، انتشارات جنگل
۱۷. شریعت باقری، محمد جواد، ۱۳۸۶، اسناد دیوان کیفری بین‌المللی، انتشارات جنگل
۱۸. صدر الحافظی، سید نصرالله، ۱۳۷۲، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران، نشر شهریار
۱۹. صدرزاده افشار، سید محسن، ۱۳۷۳، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد اول، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی
۲۰. طباطبایی موتمنی، منوچهر، ۱۳۸۲، حقوق اداری، تهران، انتشارات سمت
۲۱. طباطبایی موتمنی، منوچهر، ۱۳۸۷، حقوق اداری تعلیقی، تهران، انتشارات سمت
۲۲. طهماسبی، جواد، ۱۳۸۸، صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی؛ انتشارات جاودانه جنگل
۲۳. علم، محمود، ۱۳۸۴، دادگستری استاندارد در اسناد بین‌المللی، نشر میزان، تهران
۲۴. عمید، حسن، ۱۳۶۲، فرهنگ عمید، تهران، امیرکبیر

ب- مقالات

۱. امبوس، کای، تابستان ۱۳۸۶، آیین دادرسی کیفری بین‌المللی: توافقی، تفتیشی یا مختلط ترجمه حسین آقایی جنت مکان، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۵
۲. امیرارجمند، اردشیر، و زرگوش، مشتاق، بهار-تابستان ۱۳۸۷، نظریه اضطراری حقوق اداری، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق شهید بهشتی، شماره ۴۷
۳. خزانی، منوچهر، ۱۳۶۵، سیستم قانونی بودن و سیستم موقعیت داشتن تعقیب کیفری، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، دوره دوم، ش ۲-۴۵، داوید، اریک، ۱۳۸۳،

دادگاه بین المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق، مجله حقوقی بین المللی، ش ۱۸ و ۱

۴. ج-منابع انگلیسی

۱. “Universal Criminal Jurisdiction and an international Criminal (۱۹۹۰-Graefrath, Bernhard, (Court”, EJIL, vol. 50-Meron,
۲. Theodor (2006) Humanization of International Law The Hague Academy Of International Law, Martinus Nijhoff Publisher, Hague.

بررسی ابعاد اخلاقی و حقوقی تعلیق مراقبتی در حقوق کیفری ایران و آمریکا

اسماعیل کشکولیان* عباس شیخ الاسلامی** سارا سادات هاشمی***

نوع مقاله: پژوهشی	تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۲/۴	تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۲/۱۳	شماره صفحه: ۶۹-۵۵
-------------------	------------------------	------------------------	-------------------

زمینه و هدف: تعلیق مراقبتی، به عنوان یکی از نهادهای ارفاقی حقوق کیفری و در راستای اخلاق گرایی و حفظ کرامت انسانی محکومین، ایجاد شده است. هدف به سایر کشورها نظیر ایران منتقل شده است. این مطالعه با هدف تبیین ابعاد اخلاقی و حقوقی نهاد مذکور در دو نظام کیفری ایران و آمریکا، خلاء ها را شناسایی و راهکار متناسب ارائه نمود.

مواد و روش‌ها: در این تحقیق تحلیلی با استفاده از روش کتابخانه‌ای مطالب مرتبط با موضوع گردآوری و تحلیل شد. سپس، نتایج بررسی تطبیقی، بر مبنای شناخت ابعاد اخلاقی و حقوقی ارائه گردید.

یافته‌ها: بطور کلی مهمترین ابعاد حقوقی نهاد تعلیق مراقبتی، کاهش جمعیت کیفری زندانها، کاهش تورم کیفری در محاکم قضایی، کاهش چشمگیر اطلاع دادرسی و همچنین بروز روند نزولی جرایم در زندانها می باشد. مهمترین ابعاد اخلاقی این نهاد کیفری نیز، اصلاح محکومین در دوران تعلیق مراقبتی، بازپروری محکومین در جهت بازگشت پذیری به جامعه و همزیستی مسالمت آمیز، ارتقای سطح امنیت و اخلاق مداری اجتماعی می باشد.

* استادیار گروه حقوق، واحد شهرضا، دانشگاه آزاد اسلامی، شهرضا، ایران. (نویسنده مسئول)

** دانشیار گروه حقوق کیفری و جرم شناسی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران.

*** دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، واحد اصفهان، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران.

نتیجه‌گیری: نظر به سیاست حبس زدایی در نظام کیفری ایران، الگو برداری از نظام های پیش رو نظیر آمریکا در این حوزه و بومی سازی آن و همچنین ایجاد زیر ساخت های اجرایی و قضایی در جهت تحقق کارکردهای حقوقی و اخلاقی نهاد تعلیق مراقبتی توصیه می‌شود.

واژگان کلیدی: تعلیق مراقبتی؛ حقوق کیفری ایران؛ اخلاق گرایی؛ پیشگیری؛ حقوق کیفری امریکا

مقدمه

یکی از اهداف نظام تقنینی کشورها از اعمال مجازات حبس، سیاست راهبری اصلاح و درمان محکومین در راستای اخلاق گرایی و همچنین بازگشت پذیری به جامعه و شروع یک همزیستی مسالمت آمیز در کنار سایر افراد جامعه است. اما بررسی های علمی و پژوهشی نمایانگر آن است که اعمال این سیاست در قرن اخیر توفیق چندانی نداشته است. در واقع با توجه به محیط های غیراستاندارد زندانها، نه تنها این اهداف تامین نگردیده است؛ بلکه زندان به محیط تعلیمی ناخودآگاهی تبدیل شده است که محکومان را در معرض تعلیم، آموزش و یادگیری شیوه های نوین ارتکاب انواع جرایم و انحرافات قرار داده است. از سوی دیگر روند فرایند دادرسی در بسیاری از کشورها با چالش های جدی روبروست. برای مثال، قضات بدون توجه به اهداف بنیادین واکنش کیفری نظیر اخلاق مدار نمودن، اصلاح کردن و بازسازگار نمودن محکومین، توجه خود را به هدف اربابی حبس معطوف نموده اند که این امر علاوه بر رشد کمی زندانیان، زمینه بروز آسیب های اخلاقی، فردی و اجتماعی متعددی را برای آنها فراهم آورده است (۱).

نظر به عدم کارایی موثر مجازات حبس در تحقق اهداف بنیادین کیفر از یک سو و بروز چالش های عمده قضایی و تقنینی نظیر تورم کیفری محاکم و افزایش جمعیت کیفری زندان ها، جرم شناسان را برآن داشت تا نهادهای قضایی کارآمد و موثرتری را در جهت حفظ توان بازداندگی حقوق کیفری و همچنین ارتقای سطح اخلاق مداری و کرامت انسانی در سطوح فردی و اجتماعی تبیین نمایند. بنابراین، در نظام های کیفری کامن لو و نظامهای مبتنی بر حقوق موضوعه، بهره گیری از تعلیق مجازات به صورت اعطای آزادی یا مراقبت به شکل خاصی به موقع اجرا درآمد و زمینه همگرایی حقوقی و اخلاقی بین این دو نظام در مساله تعلیق مجازات گسترش یافت و در نتیجه اعمال تعلیق مجازات در قالب تعلیق ساده و مراقبتی ابتدا در قوانین کیفری ایالات متحده امریکا و سپس در راستای انتقال سیاست جنایی در سایر کشورها از جمله ایران پذیرفته شد (۲).

البته این نهاد حقوقی سالها مورد بی توجهی نظام قضایی کشورمان قرار گرفت؛ لکن با تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ این نهاد مجدداً احیاء گردید و در بسیاری از موارد راهگشا بود است. در مقابل ایالات متحده آمریکا به عنوان مبتکر نهاد ارفاقی تعلیق مجازات، نزدیک به دو قرن است که علاوه بر مزایای قضایی و حقوقی آن، موجب ارتقای اصول و مبانی اخلاقی را نیز در میان محکومین به حبس فراهم آورده است. این مقاله در مطالعه ای تطبیقی در پی یافتن ابعاد حقوقی و اخلاقی این نهاد در نظام حقوقی ایران و آمریکا است تا بتواند سبب رشد گام به گام این نهاد در کشور از طریق ایجاد بسترهای لازم را فراهم آورد.

۱- مفاهیم

۱-۱- تعلیق مجازات

تعلیق در لغت به معنای درآویختن چیزی به چیزی و معلق گردانیدن آن است. در معنای اصطلاحی نیز تعلیق مجازات، منوط و معلق کردن اجرای مجازات به سپری گشتن مدت معین و عدم احراز تخطی از برخی شرایط آن و عدم ارتکاب مجدد جرم است (۳). در مفهوم حقوقی نیز، تعلیق اجرای مجازات عبارت است از: «متوقف ساختن مجازات محکوم، طی مدت معین که در صورت عدم ارتکاب جرم و نیز تبعیت از دستورات دادگاه در این مدت، محکومیت وی فاقد اثر تلقی خواهد شد» (۴).

همچنین در تعریفی دیگر آمده است: «هرگاه مجرم محکوم، سابقه ارتکاب جرم نداشته باشد، به او اخطار می شود که هرگاه بعداً مرتکب جرم جدیدی نشود حکم فعلی هم تا هنگامی که جرم جدیدی مرتکب نشده به مرحله اجرا در نمی آید وگرنه هر دو مجازات در حق او اجرا خواهد شد. این را تعلیق مجازات گویند که در حقیقت تعلیق اجرای مجازات است» (۵). تعلیق مجازات در حقوق کیفری به تعلیق ساده و تعلیق مراقبتی تقسیم بندی می شود.

۱-۱-۱- تعلیق ساده

تعلیق ساده عبارت است از عدم اجرای مجازات محکوم علیه و آزادی وی در مدت معین، بدون آنکه فرد ملزم به انجام دستوری از سوی مرجع قضایی باشد یا آن مرجع برای وی تدابیر الزام آوری را تعیین و اعمال کند (۶).

۱-۲-۱- تعلیق مراقبتی

تعلیق مراقبتی عبارت است از اعطای آزادی به محکوم به حبس، تحت سرپرستی و نظارت مددکاران اجتماعی در مدت معین، به منظور آماده ساختن او برای بازگشت به یک همزیستی مسالمت آمیز. در تعلیق مراقبتی محکوم علیه ملزم به انجام تعهداتی اعم از تدابیر و دستورات مرجع قضایی صالح در دوران تعلیق می گردد که در جهت اصلاح اخلاقی و پیشگیری از ارتکاب جرم در آینده است. به عبارت دیگر، تعلیق مراقبتی، یک رویکرد کیفری با مبانی اخلاقی - تربیتی می باشد که با سیاست تسامح گرایانه قابل شناسایی است (۷).

این رویکرد در نظام های کیفری مدرن نظیر ایالات متحده امریکا، در مورد محکومینی اعمال می گردد که انتخاب آنها برحسب شخصیت جرم شناختی آنها بوده و هدفش فراهم آوردن فرصت اصلاح برای آنها و رهیافتی برای زندگی اخلاق مدارانه او در جامعه است، بی آنکه خطر تکرار تعرض به هنجارهای اخلاقی و اجتماعی وجود داشته باشد (۸).

۱-۲-۱- اخلاق کیفری

اخلاق کیفری یکی از اصول مهم جرم انگاری است که هدف آن تعیین و اعمال واکنش های کیفری مطابق با مبانی و اصول اخلاقی پذیرفته شده در جامعه انسانی است. بر مبنای این اصل، نمی توان واکنش های کیفری معرض با حقوق و کرامت انسانی را وضع یا اجرا نمود. علاوه بر این، لزوم پیش بینی رویکرد های ارفاقی - اصلاحی نیز در قوانین کیفری امری اجتناب ناپذیر شمرده می شود که اصل مذکور بر آن تاکید دارد. تعلیق مراقبتی مجازات یکی از مصادیقی است که بنظر بر مبنای همین اصل بنا شده است تا در راستای موازین اخلاقی و حقوقی جامعه بتوان سیاست های کیفر زدایی همراه با پیشگیری را به موقع اجرا گذارد (۹).

۱-۳-۱- معامله اتهام

معامله اتهام یکی از مفاهیم مرتبط با تعلیق مراقبتی است که در حقوق کیفری اکثر کشورها پذیرفته شده و خواستگاه آن ایالات متحده امریکا است. در تعریف معامله اتهام آمده است: «توافق حاصل از مذاکره میان متهم و دادستان بدین ترتیب که متهم در برابر اقرار به ارتکاب جرم، نسبت به یک جرم سبک تر می تواند در انتظار مجازات خفیف تری بوده یا تعلیق مراقبتی جایگزین مجازات وی شود» (۱۰).

مهمترین مبنایی که برای معامله اتهام وجود دارد؛ منفعت فردی، اخلاق مداری و مصلحت عمومی است. بر این اساس، زمانی که مصلحت عمومی به دلیل فقدان دلایل کافی علیه متهم و یا به دلایل دیگر چنین امری را توجیه میکند، دادستان ها قدرت معامله با متهم را دارند در کشورهای مبتنی بر نظام کامن لا همچون ایالات متحده آمریکا، دادستانها از این قدرت خود در راستای انطباق تعداد پرونده ها با امکانات و منابع دادسرا بهره می برند و سعی بر آن دارند که با ترغیب متهم به بهره گیری از نهادهای ارفاقی، وی را به قبول اتهام وارده یا کمتر از آن سوق دهند (۱۱). در قوانین کیفری ایران هرچند از این مفهوم، عنوانی دیده نمی شود، اما نهادهای ارفاقی نظیر آزادی مشروط، تعویق صدور حکم و تعلیق مراقبتی مجازات را می توان از جمله مصادیق معامله اتهام دانست.

۲- ویژگی های تعلیق مراقبتی

۲-۱- جایگزین واکنش کیفری

صدور قرار تعلیق مراقبتی به معنای اعطای آزادی مطلق به مجرم نیست بلکه این اقدام رافت آمیز، در اختیار قرار دادن فرصت محدودی است که تحت نظارت و راهنمایی مددکاران اجتماعی به طور موقت و به صورت آزمایشی برای ترغیب مجرم به استفاده از این فرصت به منظور اصلاح و بازگشت به زندگی عادی داده می شود و در عین حال چنانچه مجرم در مدت آزمایش مرتکب جرم جدیدی گردد و یا اینکه به راهنمایی و ارشاد مامور نظارت توجه ننماید یا به عبارت دیگر عوامل نظارت با نقض قانون یا قصور مجرم مواجه شوند حکم تعلیق کان لم یکن خواهد شد (۱۲).

۲-۲- اختیاری بودن تعلیق مراقبتی

امروزه در نظام های کیفری نهادینه شدن تعلیق مراقبتی به عنوان یک مجازات جانشین زندان وسیله قابل انعطافی است که به دادگاه اختیار می دهد تا بتواند اجرای حکم محکومیت به مجازات را برای مدتی در مورد مجرمین معلق نموده و به تاخیر اندازد و در نتیجه با اتخاذ این سیاست کیفری نظام کیفری نیز قادر خواهد بود تا در مقابل تغییرات رفتار مجرمین واکنش مناسبی نشان دهد بنابراین اعطای تعلیق توأم با مراقبت بستگی به شدت و ضعف و وخامت جرم

و همچنین خصوصیت مجرم از نظر شرایط سنی و سابقه کیفری دارد (۱۳).

بدین لحاظ انتخاب مجرم برای اعطای این ارفاق قانونی مبتنی بر شایستگی های او، نوع جرم، شرایط معین، و شخصیت اجتماعی او دارد. از این رو یکی دیگر از ارکان تعلیق مراقبتی، انتخاب مجرم در چارچوب قانون است. منتها این ارفاق قانونی که در ابتدا مختص جرایم کم اهمیت بوده و تنها نسبت به مجرمین جوان اعمال می گردیده است به تدریج در مورد برخی از مجرمین بزرگسال و جرایم مهمتری از قبیل هتک ناموس به عنف، جرایم مواد مخدر، صدمات بدنی شدید، سرقت اتومبیل و نظایر اینها اعمال گردیده است.

۳-۲- موقتی بودن تعلیق مراقبتی

رکن تشکیل دهنده تعلیق مراقبتی، معلق کردن مشروط مجازات مجرم در مدت زمانی است که دادگاه برای آزمایش تبعیت و پیروی مجرم از راهنمایی و دستورات مامور تعلیق مراقبتی در نظر می گیرد. بنابراین، این روش تلفیقی است از مجازات و نظارت، و این دو عامل به نحو غیرقابل تفکیکی برای بازپروری اجتماعی شخص مجرم مورد توجه می باشد (۱۴). در واقع تعلیق مراقبتی یک ارفاق قانونی موقت است که به عنوان یک فرصت مناسب برای اصلاح به مجرم اعطا می شود ولی در صورت عدم اطاعت مجرم از دستورات دادگاه امکان اعمال مجازات در ساختار این نوع تعلیق وجود خواهد داشت.

۴-۲- اصلاحی- اخلاقی بودن تعلیق مراقبتی

صدور قرار تعلیق مراقبتی که به منظور تربیت و بازسازی شخصیت مجرم صورت می گیرد مستلزم اعمال نوعی سرپرستی و ارشاد مجرم توسط متخصصین و مددکاران اجتماعی در دورانی است که مجرم به طور آزمایشی تحت مراقبت قرار می گیرد. در این مدت شخص یا سازمانی که سرپرستی مجرم را عهده دار می شود بایستی با استفاده از مبانی جرم شناسی مجرم را تحت نظارت خویش مورد راهنمایی قرار داده و زمینه اصلاح و سازگاری وی را در جامعه، برای بازیافت موقعیت اجتماعی مناسب فراهم نماید. از این رو نظارت بر رفتار مجرم در مدت تعلیق، یکی از ارکان تشکیل دهنده تعلیق توأم با مراقبت محسوب می شود (۱۵).

۳- تعلیق مراقبتی در حقوق ایران

در نظام کیفری ایران از نهاد تعلیق مجازات پیشینه زیادی دیده نمی شود؛ که علت آن را می توان بر رویکرد کیفرگرایانه مقنن در قبال اعمال مجرمانه به ویژه در دو دهه گذشته دانست. به عبارت دیگر سیاست کیفری ایران همواره مبتنی بر نظریات مکتب عدالت مطلق بنا شده است که اعمال واکنش کیفری را به عنوان روش متناسب برای نیل به عدالت در جامعه می داند (۱۶). اما نتایج اعمال این سیاست نشان داد که نه تنها وضع و اعمال کیفرهای شدید بر کنترل ارتکاب جرم در جامعه اثری نداشته است، بلکه زمینه تجری مجرمین و افزایش ظرفیت جنایی آنها را نیز به فراهم نموده است. بنابراین قانونگذار ایران به پیروی از نظام های قضایی پیشرفته نظیر آمریکا، سیاست و مبانی خود را به سوی کیفرزدایی و کاهش تورم کیفری تعدیل نموده است (۱۷).

بطوریکه در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، بسیاری از جرایم مشمول حبس را مشمول نهادهای ارفاقی نظیر تعلیق مراقبتی قرار داده و شرایطی را نیز برای اعطای آن در نظر گرفته است. به موجب ماده ۲۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، دادگاه اختیار دارد با توجه به اوضاع و احوال محکوم علیه و محتویات پرونده، اجرای دستور یا دستوراتی را که در ۶ بند به آن اشاره شده است از محکوم علیه بخواهد بدیهی است این تکالیف و تعهدات وقتی برای محکوم علیه ایجاد می شود که بخواهد. از معافیت موضوع حکم تعلیق استفاده نماید و لذا اگر شخصی تحمل مجازات را به قبول و اجرای دستور دادگاه ترجیح دهد، راه برای او باز است و دیگر موضوع تکلیف محکوم علیه به تبعیت از دستور های دادگاه و تعهد رعایت آن منتفی خواهد بود (۱۸).

ضمانت اجرای تخلف از دستور دادگاه را قانونگذار در تبصره ۱ ماده ۲۹ قانون مجازات اسلامی صراحتاً بیان نموده است. به موجب این قانون اگر مجرمی که مجازات او معلق شده است، در مدت تعلیق بدون عذر موجه از دستورات دادگاه تبعیت ننماید، بر حسب درخواست دادستان و پس از ثبوت مورد در دادگاه صادر کننده حکم تعلیق برای بار اول به مدت تعلیق مجازات او یک سال تا دو سال افزوده می شود و برای بار دوم حکم تعلیق لغو و مجازات معلق به موقع اجرا گذاشته خواهد شد که رای وحدت رویه شماره ۸/۱۶۵۴۹ مورخ ۹۴/۹/۲۴ هیات عمومی دیوان عالی کشور راجع به عدم شمول موارد مربوط به تعدد جرم در مجازات معلق شده مؤید این موضوع می باشد (۱۹).

در تحلیل سیاست قانونگذار ایران در تعیین این نهاد کیفری به جای اعمال مجازات آن

است که، مقنن علاوه بر اهداف تنبیهی و ارعابی، سعی بر آن دارد تا رویه ایی اخلاقی و اصلاحی را در قبال مجرمین اتخاذ کند تا بتواند زمینه بازپروری آنها را از طریق اعتماد سازی متقابل فراهم کند تا یک همزیستی مسالمت آمیز در کنار سایر افراد جامعه داشته باشند. بنابراین ارتقای اصول و مبانی اخلاقی مجرمین مشمول تعلیق مجازات در کنار اجرای سیاست های کیفری امری اجتناب ناپذیر محسوب می شود. بطوریکه عدم توجه به ابعاد اخلاقی در نهادهای ارفاقی حقوق جزا، سبب عدم اثر بخشی موثر این نهاد ها خواهد شد (۲۰).

۴- تعلیق مراقبتی در حقوق آمریکا

در ایالات متحده، قضات فدرال مجموعه ایی از پاسخ های کیفری و غیر کیفری را برای مجرمین در نظر گرفته اند. تفاوت سیاست کیفری این کشور با نظام قضایی ایران آن است که رویکرد اخلاق مدارانه و اصلاحی موثرتری را در قبال مجرمین و پدیده های مجرمانه اتخاذ می کند. به عبارت دیگر، در محاکم قضایی این کشور علاوه بر وجود هیات منصفه از روانشناسان تربیتی نیز استفاده می شود (۲۱). همچنین قضات فدرال این اختیار را دارند تا با تعیین مددکار اجتماعی یا الزام محکوم به شرکت در کلاسهای آموزشی یا خدمت در کلیسا، هویت اخلاقی و اجتماعی آن را ارتقاء دهند و ظرفیت جنایی آنها بشدت کاهش یابد. این رویکرد در ماده ۳۱ بخش ۱۷ قانون جزای آمریکا پیش بینی شده است. در این ماده آمده است: «قضات دادگاه های کیفری فدرال دستورات تعلیق مراقبتی را می بایست متناسب با شرایط روحی، روانی و مناسبات اخلاقی فرد تعیین نمایند.» همچنین در ماده ۱۱۸ از بخش ۱۷ قانون مذکور آمده است: «قضات دادگاه های محلی و فدرال در جرایم درجه ۳، نظیر توهین به افراد عادی می تواند فرد را به شرکت در جلسات هفتگی کلیسا یا کلاسهای همگن سازی اخلاقی که توسط سازمان های مردم نهاد تشکیل می شود، ملزم نماید» (۲۲).

در ایالات متحده آمریکا، برای اعمال تعلیق صدور حکم، دادگاه ابتدا، اقرار مرتکب به جرم را می پذیرد و سپس از اجرای حکم مجازات خودداری نموده و وی را تحت یک دوره ی مراقبت تعلیقی قرار می دهد. اگر متهم به طور موفقیت آمیز دوره تعلیق مراقبتی را سپری نماید، دادگاه وی را از اتهامات وارده معاف می نماید، به نحوی که بتوان او را فاقد هرگونه سابقه محکومی و سوءپیشینه کیفری تلقی نمود (۲۳). علت این امر آن است که به موجب قوانین اغلب حوزه های قضایی آمریکا تا زمانی که به متهم مجازاتی تحمیل نشده است، محکومیتی هم برای وی قابل

تصور نمی باشد.

۵- ابعاد اخلاقی تعلیق مراقبتی

سیاست قانونگذار از وضع و تبیین نهاد های ارفاقی نظیر تعلیق مراقبتی، صرفا ایجاد عدالت کیفری و تنبیه متناسب مرتکب جرم نیست؛ بلکه ابعاد تربیتی و اخلاق مدار نیز در ورای آن دیده شده که علاوه بر اثرات فردی، بارتاب های مثبت اجتماعی به دنبال دارد که در ادامه به مهمترین آنها اشاره می کنیم.

۵-۱- اعتلای اخلاقی محکوم در دوران تعلیق مراقبتی

بی تردید یکی از ابعاد اخلاقی تعلیق مراقبتی، ارتقای آموزه های اخلاقی و زیستی در مجرمین است. این موضوع تحت تاثیر نظریه تعلیم اخلاقی قابل بحث می باشد. مطابق این نظریه می توان با تعیین تدابیر و دستورات مراقبتی در جهت تهذیب نفس مجرم، زمینه ارتقای سطح اخلاق مداری وی در زندگی فردی و اجتماعی را فراهم نمود (۲۴). در قوانین جرایمی امریکا توجه به الزام مجرمین تعلیقی به شرکت در دوره های سالم سازی اخلاقی برای مدت مشخص پیش بینی شده است. در ماده ۳۶ از بخش ۱۷ قانون مذکور آمده است: «دادگاه کیفری فدرال در جنایات درجه ۳ که مجازات مرتکب را قابل تعلیق می داند، می تواند وی را از ۶ ماه تا ۳ سال به شرکت در دوره های سالم سازی اخلاقی که زیر نظر زندان تشکیل می شود، محکوم نماید. گزارش دوره مذکور پس از پایان آن در پرونده کیفری فرد برای رای نهایی دادگاه، ضمیمه می شود.» همچنین در تبصره این ماده آمده است: «مفاد ماده مذکور را می توان در مورد مرتکبین به جرایم رانندگی نیز اعمال نمود.» در قوانین کیفری ایران ماده ایی صراحتا به این موضوع اشاره نکرده است (۲۵). اما در قانون جرایم رانندگی به شرکت راننده متخلف به شرکت در کلاس های ویژه حقوق شهروندی زیر نظر دادگاه تاکید شده است.

۵-۲- اصلاح و بازپروری محکوم برای بازگشت پذیری

اصلاح و بازپروری محکومین از دیگر ابعاد اخلاقی تعلیق مراقبتی محسوب می شود. ازمنظر روان شناسان تربیتی، توجه به شخصیت مرتکبین و همچنین حفظ کرامت وی در تمام فرایند دادرسی، از اصول اخلاقی حقوق کیفری محسوب می شود (۲۶). یکی از طرق اصلاح

مرتکب اعطای تعلیق مراقبتی است که علاوه بر اعاده شخصیت وی و کنترل رفتار در طول دوران تعلیق، می‌توان زمینه اعتماد سازی متقابل را در وی ایجاد نمود. به عبارت دیگر، می‌توان با تعیین و اجرای تدابیر و دستورات اصلاحی و پیشگیرانه، شرایطی را فراهم نمود که مرتکب بر حمایت قانونگذار تکیه زده و پاسخ اعتماد مقنن را با تغییر در رفتار و شیوه زندگی خود که در طول دوران تعلیق آموخته است بخوبی ارائه دهد (۲۷). در نظام کیفری امریکا این جنبه اخلاقی در راستای نظریه عدالت ترمیمی مورد نظر قانونگذار بوده است. بطوریکه مرتکب خودش زمینه اصلاح خود را با استفاده از ابزارهای قانونی و پشتیبانی مقنن فراهم می‌آورد. در ماده ۴۰ بخش ۱۷ قانون جزای آمریکا آمده است: «بازپروری مجرمین مشمول تعلیق می‌بایست با حفظ کرامت انسانی آنها و القای حس مشابهت اخلاقی با سایر افراد جامعه در آنها انجام شود و حس خود باوری در آنها از طریق شرکت در دوره‌های روان‌شناسی تقویت شود». در نظام کیفری ایران، می‌توان مصداق این موضوع را در بازپروری متهم از اعطای فرصت‌های برابر برای مجرمین مشمول تعلیق مراقبتی، در زمینه‌های آموزش، اشتغال و تحصیل مشاهده نمود (۲۸).

۳-۵- ارتقای سطح امنیت و اخلاق مداری اجتماعی

بی‌تردید اعمال واکنش کیفری در قبال پدیده مجرمانه، یکی از طرق معقول و موثر در نظام کیفری کشورها پذیرفته شده است. اما نکته‌ای که باید در نظر داشت اینک، واکنش‌های کیفری، واجد اثرات محربی هم هستند که می‌بایست آنها را مدنظر قرار داد. به عبارت دیگر، پس از آنکه شخصی از سوی مرجع قضایی برچسب مجرم خورد، بر اساس آن، تصویر شخصی‌اش را تغییر داده و خودانگار مجرمانه در وی بروز می‌کند. سپس شخص برای مطابقت هرچه بیشتر با این نقش، به سوی نقش‌های مجرمانه بیشتری سوق داده می‌شود. برای مثال؛ هرگاه شخص با آزادی از زندان به دلیل محکومیت کیفری، نتواند کار مشروعی به دست آورد و از سوی دیگر مورد ملامت و سرزنش جامعه قرار گیرد، دچار عدم جامعه‌پذیری شده و ممکن است دوباره مرتکب جرم شود و امنیت اجتماعی و اخلاقی جامعه را به خطر بیندازد (۲۹).

اینجاست که اهمیت نهادهای ارفاقی نظیر تعلیق مراقبتی بروز می‌کند. به عبارت دیگر می‌توان با اعمال تعلیق مراقبتی بر مرتکب به جایگزینی مجازات، زمینه جامعه‌پذیری و انطباق وی با محیط جامعه را فراهم نمود؛ زیرا علاوه بر اینکه وی دیگر در آن جامعه به عنوان مجرم شناخته نمی‌شود، بلکه می‌تواند در فرایند یک همزیستی مسالمت‌آمیز در کنار سایرین قرار

گرفته و موجبات ثبات و رشد اخلاق مداری فردی و اجتماعی را نیز فراهم آورد (۳۰).

۶- ابعاد حقوقی تعلیق مراقبتی

آنچه واضح است، تعلیق مراقبتی با اهداف و ابعاد مشخصی در نظام حقوقی کشورها ایجاد شده است تا بتواند تحول موقری را در جهت نیل به دادرسی منصفانه سوق داده و حقوق اطراف دعوی کیفری و جامعه را به نحو مطلوب اعاده کند. لذا لزوم شناخت ابعاد حقوقی نهاد ارفاقی مذکور، امری اجتناب ناپذیر بنظر می رسد.

۶-۱- کاهش جمعیت کیفری و جرایم در زندانها

یکی از ابعاد مهم و مثبت اجرای نهاد تعلیق مراقبتی کاهش جمعیت کیفری زندان است. مطابق آمار سازمان عفو بین الملل تا سال ۲۰۲۰ میلادی ایران با بیش از ۲۴۰ هزار زندانی و ایالات متحده امریکا با حدود ۳۷۰ هزار زندانی به ترتیب در رتبه نهم و ششم بیشترین محکومین به حبس قرار دارند. بی تردید این میزان از زندانی علاوه بر تحمیل هزینه های سنگین بر اقتصاد هر دو کشور، بروز بیماری های روانی و جسمی، می تواند زمینه گسترش ارتکاب جرایم در زندانها را نیز فراهم آورد (۳۱).

یکی از موثرترین راهکارهای پیش روی نظام قضایی کشورها، بهره گیری از سیاستهای کیفری ارفاقی نظیر تعلیق مراقبتی است. بطوریکه، با استفاده و اجرای صحیح این نهاد می توان علاوه بر تحقق اهداف حقوق کیفری زمینه کاهش هزینه ها و پیشگیری از ارتکاب جرایم متعدد علیه تمامیت جسمانی نظیر قتل و ضرب و جرح عمدی در زندان را فراهم نمود. این سیاست در امریکا و ایران غالبا از طریق ملزم کردن فرد به استفاده از پابند الکترونیکی در طول دوران تعلیق مراقبتی ضمن انجام دستورات و تدابیری است که دادگاه متناسب با جرم ارتكابی برای وی تعیین نموده است (۳۲).

۶-۲- کاهش تورم کیفری در محاکم قضایی

شیوه های نوین قضازدایی در پی آن هستند که نه تنها از ورود به سیستم عدالت کیفری جلوگیری به عمل آورند بلکه با ارائه راهکارهای اجتماعی به رفع اختلال ایجادشده از جرم یا ترمیم رابطه اجتماعی بپردازند. نهاد تعلیق مراقبتی، خود منجر به قضازدایی و کاهش تورم

کیفری در محاکم می شود، چرا که دادگاه پس از احراز مجرمیت فرد خاطی بلافاصله کیفر را در ارتباط با او اعمال نمی کند، بلکه برای مدتی صدور حکم مجازات وی را معلق می نماید (۳۳). افزون بر این، اگر دستگاه عدالت کیفری را از زمان کشف جرم تا زمان اجرای مجازات و حتی مراقبت های بعد از خروج درگیر بدانیم، با استفاده از چنین نهادهای حمایتی، بار دستگاه قضایی کاهش پیدا خواهد کرد. در ایالات متحده آمریکا از ۱۹۹۰ تا کنون با اجرای نهاد تعلیق مراقبتی بیش از ۱۸۰۰۰ نفر از رفتن به زندان خلاصی یافته و پس از پایان دوران تعلیق خود به زندگی عادی بازگشته اند. البته امار دقیقی در این مورد از کشور ایران وجود دارد که دلیل آن را می توان در نوظهور بودن اجرای این نهاد در کشور و رویکرد سنتی و کیفرگرایانه محاکم قضایی به اعمال کیفر به جای نهاد های ارفاقی دانست (۳۴).

نتیجه گیری

با مشخص شدن معایب مجازات حبس در اصلاح و بازپروری بزهکاران و افزایش تعداد جرایم و ازدحام زندانیان، نظام های کیفری نظیر آمریکا تحت تاثیر نظریات جرم شناسی، که سیاست کیفری خاصی را در جهت جرم زدایی و محدود کردن مجازات سالب آزادی با استفاده از تدابیر خاصی چون تعلیق مراقبتی به جای مجازات حبس به عنوان یک راهکار مشخص برای کاهش جمعیت زندان ها و اصلاح و تربیت و بازسازی شخصیت اخلاقی و اجتماعی مجرمین و تقلیل هزینه های ناشی از اعمال مجازات حبس و پیشگیری از تکرار جرم را در پیش گرفته اند، نتایج خوبی را به دست آورده اند. نظام قضایی ایران نیز لازم است؛ با استفاده از تجارب کشورهای دیگر نسبت به تاسیس یک نظام و سازمان تعلیق مراقبتی که متناسب با ساختار فرهنگی و اجتماعی و قضایی کشور ما باشد اقدام کند. در این راستا، ایجاد زیر ساخت های اجرایی و قضایی در جهت تحقق کارکردهای حقوقی و اخلاقی نهاد تعلیق مراقبتی توصیه می شود.

Reference

۱. Bruce C. Fundamentals of Sociology. Journal of Legal Studies 2015; 7(5): 83-99. [Persian]
۲. Copas J, Marshall P The offender group reconviction scale: a statistical reconviction score for use by probation officers. Journal of Legal Justice 2014; 26(4): 32-50
۳. Najafiabrandabadi A.H. Suspension of punishment and restorative justice. Journal of Criminal law and Criminology, 2018; 26(4): 32-50. [Persian]
۴. Mirtorabi M.S, Shafiei F, Rezvanfar A. Pains of Probation: Effective Practice and Human Rights. Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology 2015; 3(6): 27-41
۵. Mohammad Nasl G.R. A Practical Study of Suspension of Punishment in Criminal Law and Procedure of Iranian Courts. Journal of Private Law Studies 2017; 4(2): 75-87. [Persian]
۶. Hosseinian, H. Ethics and a fair trial in the light of the predictability of suspended sentences). Journal of Parliament and Strategy 2016; 23(1): 49-73. [Persian]
۷. Pour-Safari H. International Criminal Law. Journal of Political law 2017; 21(3): 20-33. [Persian]
۸. Javid Nia J. International Crimes. Tehran: Khorsandi Publishing, First Printing; 2010. [Persian]
۹. Misaghi A. Suspension of criminal punishment in the United States and Europe. Fourth Edition, Tehran: Ministry of Foreign Affairs Publishing House, 2019. [Persian]
۱۰. Roche Gee. Postponement of punishment and fair trial. by Iraj Goldouzian, Nashr-e N, Fourth Edition, 2011. [Persian]
۱۱. Razavi F, Public International Criminal Law, Second Edition, and Tehran: Publishing University of Tehran, 2016. [Persian]
۱۲. Mirkamali A, Hajiyavand A. Environmental Prevention Analysis in the Light of UN Directives and the Ethical Principle of Prevention of Loss. Journal of Biomedicine 2014; 26(4): 61-75. [Persian]
۱۳. Saadati R, Hashemi H, Varvae A. The Impact of Ethics on Criminalization

- and Decriminalization in the Islamic Criminal Law System of Iran. Journal of Criminal Law Research 2013; 3(8): 33-62. [Persian]
۱۴. Falsafi H. International Law of Treaties. Tehran: Publishing Culture of Nashr-e-Pr, First Edition, 2018. [Persian]
۱۵. Mohseni, M. Criminal ethics in America. Tehran: Taheri Publishing, First Printing, 2010. [Persian]
۱۶. Gholami N, Moazenzadegan H. The place of ethical requirements in the preliminary investigation process in the Iranian Code of Criminal Procedure. Bioethics Journal 2016; 7(25): 31-44. [Persian]
۱۷. Moustaghi H. International Law between the Rule of Will and Law. Tehran: First Printing, Tabriz, Islamic Azad University, Tabriz Branch, 2013. [Persian]
۱۸. Karimzadeh M.S, Erfani F, Sedighi A. Defendant's rights at trial. Journal of Natural Environment 2013; 3(4): 28-44. [Persian]
۱۹. Ahmadian J, Tabrizian B. Restorative criminal policy in the institution of suspension of punishment. Journal of Criminology 2017; 9(3): 14-30. [Persian]
۲۰. Pourbafarani H .Hemati M .A Review of Iran's Criminal Code Against International Crimes .Journal of Parliament and Strategy 2016; 23(12): 349-373. [Persian]
۲۱. Bahrami N. Rehabilitation of the accused in the suspension of punishment, by the editorial board of the Yasaa Lawyers Group, 2018. [Persian]
۲۲. Javadi R. A Brief History of Legal Theory in the West. Tehran: Mizan Publishing, Second Printing, 2009. [Persian]
۲۳. Ward T, Salmon K. The ethics of punishment: Correctional practice implications. Journal of Aggression and Violent Behavior 2009;14(8): 239-247. [Persian]
۲۴. Bahremand H. Uncle imprisonment policy in the legislative system of the Islamic Republic of Iran. Journal: Strategy 2017; 82(26):316-332. [Persian]
۲۵. Dadgarnia AR. Suspension of punishment, a deterrent to the commission of a crime. Journal of Judgment 2013;17(21): 29-43. [Persian]
۲۶. Safari AR. Suspension of execution of punishment (goals and effects). Journal of Correction and Education 2012; 19(4):41-59. [Persian]
۲۷. Jamadi A. The role of the provincial appellate court in mitigating punish-

- ments with emphasis on reducing imprisonment. Journal of Jurisprudence 2019;16(7): 135-156[Persian]
۲۸. Taghipour AR. Observance of privacy, correspondence and conversations in the procedure of the European Court of Human Rights with a look at the Iranian Code of Criminal Procedure. Journal of Bioethics 2016; 6(21):177-199. [Persian]
۲۹. Validi MS. The Modifying Role of Custody Suspension as an Alternative to Prison Punishment. Journal of Jurisprudence 2013;3(2): 11-27. [Persian]
۳۰. Peymani Z. Effects of Suspension on Punishment in Iranian Criminal Law. Journal of Criminal Law Research 2014; 8(2): 26-42. [Persian]
۳۱. Shahidi, F. Suspension of Punishment, Journal of Legal Research, 2015; 11(6): 51-69. [Persian]
۳۲. Pourgharmani B. Alternative punishments to imprisonment. Journal of Justice 2016; 21(5): 31-49[Persian]
۳۳. Najafi Abdandabadi AH. International Efforts and Iran's Criminal Legislator to Extend Cases of Imprisonment. Journal of Judgment 2015; 9(5)12-28.

بررسی فقهی - حقوقی محاربه و افساد فی الارض

محسن صفاری فرد خوزانی*

نوع مقاله : پژوهشی	تاریخ دریافت : ۱۴۰۳/۴/۵	تاریخ پذیرش : ۱۴۰۳/۴/۱۲	شماره صفحه : ۷۰-۹۱
--------------------	-------------------------	-------------------------	--------------------

با آنکه جرم محاربه در قرآن به صراحت بیان شده و مجازات آن اعلام شده است ولی در اینکه آیا مجازات‌های تعیین شده در آیه یاد شده از باب تخییر هستند یا ترتیب، میان فقها و مفسران اختلاف نظر وجود دارد. همچنین از حیث مشخص نمودن مصادیق آن با توجه به اعمال جنایت‌آمیزی که امروزه وجود دارد ممکن است میان فقها اختلاف نظر وجود داشته باشد از این رو در این تحقیق نظرات فقها از جمله امام خمینی و مقایسه و بررسی آنها بیان شده است.

کلیدواژه‌ها : محارب، محاربه، افساد فی الارض، بغی، قطاع الطريق

مقدمه

شارع مقدس به عنوان خالق که مصلحت هر شخص را بهتر از او می‌داند به همه جنبه‌های زندگی فرد نظر داشته و روابط شخص را با خویشستن و جامعه و خالق در نظر گرفته است و انسان را به عنوان موجودی ممکن‌الخطا دانسته که گاهی پا بر حرمت‌ها می‌نهد و دید اسلام به این انسان به عنوان فردی بیمار و عنصری خطرناک نیست و دیدی انتقام جویانه ندارد، بلکه مجرم را انسانی خطاکار می‌داند که باید اصلاح شود تا علاوه بر آگاه کردن مجرم زمینه پیشگیری را نیز فراهم آورد.

جرایم در اسلام بنابر آنکه سه نوع حق را مورد تجاوز قرار می‌دهند به سه دسته کلی

* دانش آموخته کارشناسی دانشگاه جامع علمی کاربردی هرن

تقسیم می‌شوند. حق‌الله، حق‌الناس و حق‌النفس، ولی بعضاً می‌بینیم که جرایمی وجود دارند که هدف مستقیم آنها سلب نظم و آرامش و امنیت عمومی است که محاربه از جمله آنهاست، جرمی که قرآن صریحاً آن را معرفی و مجازات آن را اعلام کرده است. در واقع اسلام این جرم را یکی از بزرگ‌ترین جرایم می‌داند و این نکته را می‌توان از عکس‌العمل شدید شرع در مقابل مرتکب نتیجه گرفت.

هر چند حد محاربه به عنوان یکی از مجازات‌های تعیین شده در نظام جزایی اسلام به شمار می‌رود و به عنوان مجازات حدی محسوب می‌شود و به نظر می‌رسد که کمتر اختلافی در احکام آن میان فقیهان وجود داشته باشد، ولی با ملاحظه آیه «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ» و در اینکه آیا مجازات‌های تعیین شده در آیه یاد شده از باب تخیر هستند یا ترتیب، میان فقها و مفسران اختلاف نظر وجود دارد. همچنین از حیث مشخص نمودن مصادیق آن با توجه به اعمال جنایت آمیزی که امروزه وجود دارد ممکن است میان فقیهان اختلاف نظر وجود داشته باشد. از این رو در این تحقیق در صدد هستیم تا از یک سو مبنای فقهی و از سوی دیگر مبانی حقوقی را در کنار آرای امام خمینی که برخاسته از دیدگاه فقهی ایشان است و با ملاحظه نظرات فقیهان مقایسه و بررسی کنیم.

برای روشن شدن بحث، ابتدا با معانی اصطلاحی محاربه آشنا می‌شویم و در ادامه، مباحث فقهی و حقوقی را بررسی می‌کنیم.

۱. معنای محاربه

معنای لغوی محاربه

در زبان عربی «محاربه» مصدر باب مفاعله است که ماضی آن «حَارَبَ» بر وزن فاعل از ریشه ثلاثی مجرد «حرب» است.

«حرب» به معنای تاراج و غارت غنایم در جنگ معروف است. چه بسا هر تاراجی حرب نامیده شده است.

گفته‌اند که «الحرب» مشتق از «حرب» به معنای کارزار، ربودن و خشمگین شدن است.

«قَدْ حُرِبَ» یعنی او غارت شد و تخریب به معنای آتش جنگ را افروختن.

«رَجُلٌ مُحَرَّبٌ» یعنی مرد بسیار جنگجو، گویی که خود ابزار یا وسیله جنگ است.

«حَرَبَهُ» به معنای خنجری که وسیله معروفی است برای جنگیدن و اصلش بر وزن فَعَلَهُ از حَرَب یا حرا به است. گفته‌اند نامگذاری محراب مسجد برای آن است که جایگاه محاربه و مجاهده شیطان با هوای نفس است. و نیز گفته‌اند برای این است که شایسته است انسان در آنجا از پریشانی خاطر کنار باشد و با سرگرمی به امور دنیا بستیزد... (راغب اصفهانی ۱۴۱۲: ۲۲۵).

معنای اصطلاحی محاربه

فقه‌ای اسلام درباره تعریف محاربه، عبارات و تعاریف گوناگونی دارند که می‌توان آنها را به چهار دسته تقسیم نمود:

گروه اول: عده‌ای محاربه را به قطع الطريق معنی کرده‌اند. شیخ طوسی در *الخلاف*، محارب را منحصر به «قطاع الطريق» می‌داند که منظور از آن، راهزنی است (شیخ طوسی بی تا ج ۵: ۴۵۸-۴۵۷).

بسیاری از علمای اهل سنت نیز محاربه را به همین صورت تعریف نموده‌اند و آن را منحصر به قطع الطريق می‌دانند؛ به عنوان مثال یکی از آنها می‌گوید: «محارب کسی است که احکام قطع الطريق بر او جاری می‌شود و آن کسی است که در صحرا یا بیابان سلاح حمل کند. اما اگر حمل سلاح در شهر باشد، قاطع نیست» یا: «حرا به عبارت از قطع طریق یا سرقت کبری است». ابن حزم اندلسی و ابن مورود نیز همین نظریه را دارند (عوده بی تا ج ۲: ۲۶۸؛ حبیب‌زاده ۱۳۷۹: ۲۹).

گروه دوم: محاربه را به معنی کشیدن اسلحه برای ترساندن مردم می‌دانند، محقق حلی در *شرایع* (۱۴۰۹ ج ۴: ۹۸۶)، شهید اول در *لمعه* (بی تا ج ۱: ۲۶۳) و خویی (بی تا ج ۱: ۳۱۸ م ۲۶۰) از جمله فقهایی هستند که این نظریه را مطرح کرده‌اند.

گروه سوم: کسانی هستند که علاوه بر کشیدن سلاح و ترسانیدن مردم قصد افساد در زمین را نیز بیان نموده‌اند که امام خمینی قائل به این تعریف بوده، می‌گوید: محارب کسی است که سلاح خود را برکشد و از غلاف بیرون آورد یا آماده کند برای ترساندن مردم، و قصد افساد فی الارض نماید، در خشکی باشد یا دریا، در شهر باشد یا در خارج از آن، شب باشد یا روز [۳].

صاحب جواهر نیز در تعریف خود، کشیدن سلاح و حمل آن برای ترساندن مردم را به نحوی محاربه می‌داند که فساد فی الارض به سبب آن محقق گردد (نجفی ۱۴۱۰ ج ۴۱: ۵۶۴).

به نظر می‌رسد نظریه صاحب جواهر با بیان گروه سوم همانندی داشته باشد.

گروه چهارم: کسانی هستند که محاربه را کشیدن اسلحه برای ترسانیدن مردم و مبارزه با حکومت اسلامی می‌دانند. چنانکه در *فقه‌السنه* در تعریف حرا به آمده است: «حرا به که قطع طریق هم نامیده می‌شود، عبارت است از خروج طایفه‌ای با اسلحه در کشور اسلامی که هرج و مرج پدید آورند و خونریزی کنند و اموال مردم را بربایند و هتک عرض و حیثیت مردم را فراهم آورند و موجب رکود و هلاکت منابع درآمد و نسل شوند. همانطور که در محاربه گروه‌های مختلف که عهده دار و مسئول انجام کاری هستند داخل می‌شوند، مانند گروه کشتار و تروریست‌ها و ... به این جهت این گروه‌ها محارب نامیده شده‌اند، چون بر نظام صالح خروج کرده‌اند، در نتیجه با جامعه مسلمین در ستیز و محاربه می‌باشند و از جانب دیگر با تعالیم عالیه اسلامی که برای تثبیت امنیت عمومی و حفظ حقوق و سلامت بشریت است، در جنگ و ستیزند.

و بالاخره در یک تعریف جامع‌تر آمده است هر کس اسلحه بکشد و قصد ترساندن مردم را داشته باشد «محارب» است و به تعبیر ساده‌تر، همان دزد سرگردنه را گویند که امنیت جاده‌ها را از بین می‌برد و مشخص است که خدا و رسول (ص) در آیه کنایه می‌باشد؛ بلکه مراد از آنها همه امت اسلامی است. کسی به صرف کشیدن اسلحه محارب نیست، بلکه علاوه بر آن باید رعب و وحشت و هراس ایجاد کند و به عقیده برخی علما أخذ مال هم نماید. اگر چه برخی دیگر اعتقاد به آن نداشته و معتقدند که تنها در کیفیت مجازات او نقش دارد؛ یعنی اگر مالی را أخذ نماید، دست او قطع می‌شود و الا فلا، و احکامی همچون نفی بلد شامل او می‌شود. در این میان تفاوتی میان شب و روز، خشکی و دریا و سفر و حضر نیست (موسوی بجنوردی ۱۳۸۴: ۱۵۹).

۲. بررسی شأن نزول آیه محاربه

آیه‌ای که برای جرم محاربه به آن اشاره شده است آیه ۳۳ سوره مبارکه مائده است، که صریح‌ترین آیه‌ای است که هم موضوع محاربه را بیان کرده و هم حکم آن را.

در این آیه خداوند می‌فرماید:

«إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ

تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ.

«همانا کیفر آنان که با خدا و رسول او به مبارزه برمی‌خیزند و در زمین به فساد کردن می‌کوشند، این است که یا کشته شوند یا بر دار آویخته شوند یا دست‌ها و پاهایشان در جهت خلاف یکدیگر بریده شود یا از آن سرزمین تبعید شوند، این خوارگی آنها در دنیاست و برای آنها در آخرت عذابی بزرگ است.»

در کافی به سند خود از ابی صالح از امام صادق (ع) روایت کرده که فرموده: عده‌ای از قبیله بنی‌ضبه در حالی که همه بیمار بودند به حضور رسول خدا (ص) رسیدند، حضرت به ایشان دستور داد چند روزی نزد آن جناب بمانند تا بیماریشان بر طرف شده و بهبود یابند، آنگاه ایشان را به جنگ خواهد فرستاد، این عده می‌گویند: از مدینه خارج شدیم، رسول خدا (ص) ما را مأمور کرد تا در بیابان مدینه نزد شتران صدقه برویم و از شیر آنها بخوریم و بول آنها را بنوشیم و ما چنین کردیم تا همه بهبودی یافتیم و کاملاً نیرومند شدیم، امام (ع) اضافه کردند که این عده همین که نیرومند شدند، سه نفر از چوپان‌های رسول خدا (ص) را به قتل رساندند، رسول خدا (ص) علی (ع) را برای دستگیری و سرکوبی آنان روانه کرد، حضرت علی (ع) آنان را در یک وادی پیدا کرد که به حال سرگردانی افتاده بودند، چون آن بیابان نزدیکی‌های یمن بود و آنان نمی‌توانستند از آن وادی خارج شوند، پس علی (ع) اسیرشان کرده به نزد رسول خدا (ص) آورد، و آیه شریفه: «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خِلَافٍ» در این مورد نازل شد (علامه طباطبایی ۱۳۷۴ ج ۵: ۵۴۰).

۳. افساد فی الارض

معنای لغوی افساد فی الارض

چنانکه می‌دانیم در وضع هر لفظی، واضع معنای خاصی را مد نظر دارد که معنای اصطلاحی نیز وام‌گیر این معنا می‌باشد. لذا در این قسمت ما نیز جهت درک بهتر تعریف فساد به بررسی معانی ریشه فساد و مشتقات آن در فرهنگ‌های مختلف می‌پردازیم:

إفساد مصدر باب افعال است و به معنای تباه سازی است و ریشه آن فسد است. فساد ضد صلاح است. لفظ «فسد» در فارسی به معنای تباه شدن، نابود شدن، از بین رفتن، متلاشی شدن

و نیز به معنای تباهی، خرابی، فتنه، آشوب، شرارت و بدکاری آمده است و گفته شده: «فساد ضد صلاح است و بر هر چه که از حالت صالح منفعت آور خود خارج شود گفته می‌شود فاسد شده» (ابن منظور ۱۴۱۴ ج ۳: ۳۲۵). افساد فی الارض در لغت به معنی فاسد کردن، تباه کردن و فتنه آمده است (معین ۱۳۷۷ ج ۱: ۳۱۵). و در اصطلاح به معنی بستن راه و ضرر رساندن است.

معنای اصطلاحی افساد فی الارض

در بررسی کتب فقهی ملاحظه می‌شود که هیچ یک بابی را در حدود، تحت عنوان افساد فی الارض بیان ننموده‌اند و لذا کمتر تعریفی از فقها در خصوص افساد فی الارض یافت می‌شود و این امر به گونه‌ای است که عده‌ای متوهم شده و بیان کرده‌اند که چون فقها متعرض عنوان افساد فی الارض نشده‌اند، لذا چنین عنوانی در فقه وجود ندارد. اما با کمی دقت در کتب فقهی متوجه می‌شویم که درست است که فقها بابی را به افساد فی الارض اختصاص نداده یا تعریفی از آن ننموده‌اند لکن مصادیق زیادی از آن را برشمرده‌اند و در واقع لفظ افساد در نظر فقها لفظی عام بوده و به جای تعریف لفظی عام که ممکن است شبهات متعدد به وجود آورد به بیان مصادیق آن پرداخته‌اند؛ لذا به تبعیت از فقها ابتدا چند مورد از مصادیق فساد را از دیدگاه ایشان بررسی کرده و سپس به نتیجه گیری می‌پردازیم.

۴. مصادیق فساد از دیدگاه فقها:

الف) حکم فقها در مورد اعتیاد به کشتن اهل ذمه و عبید:

چنانکه می‌دانیم، یکی از شرایط قصاص، تساوی در دین است و حکم اولیه، عدم قصاص مسلمان در مقابل کافر است و دلیل آن قاعده نفی سبیل است ولیکن فقهای اسلام حکم کلی فوق را به عدم اعتیاد در قتل کافر مقید کرده‌اند و گفته‌اند اگر کسی به قتل اهل ذمه اعتیاد پیدا کند قصاص می‌شود و در خصوص علت قصاص، بعضی از فقها می‌گویند که قصاص از باب حد نیست. ولیکن برخی آن را از باب اجرای حد به واسطه ایجاد افساد می‌دانند و می‌گویند: او را به واسطه افساد فی الارض حد می‌زنند (مرعشی نجفی ۱۴۱۵: ۲۶۵).

ب) در مورد قطع دست در تکرار جرم کفن دزدی:

ابن ادریس می‌گوید که هنگامی که کفن دزد، مرتکب تکرار عمل خود می‌شود، مفسد و سعی‌کننده در فساد بر روی زمین است که به خاطر آن دستش را قطع می‌کنیم، نه به خاطر اینکه سارق است و به همین خاطر است که اصحاب ما روایت کرده‌اند که هر کس حق صغیری را سرقت کند و سپس آن را بفروشد قطع دست او واجب است و گفته‌اند که قطع دست به خاطر آن است که از مفسدان بر روی زمین است (ابن ادریس ۱۴۱۰ ج ۳: ۱۸۹).

ج) قطع دست کسی که آدم ربایی می‌کند و او را می‌فروشد:

شیخ طوسی بر آن است که حد قطع در آدم ربایی به جهت سرقت نیست که در سرقت، نصاب و حرز و امور دیگر لازم است و لذا حد مذکور را از جهت افساد فی الارض می‌داند (شیخ طوسی ۱۳۴۳: ۲۸).

شهید ثانی در *لمعه* نیز همین مطلب را بیان نموده (شهید ثانی ۱۴۰۳ ج ۹: ۱۹۳) و محقق حلی می‌گوید: «دست چنین شخصی برای افساد قطع می‌شود نه از باب حد سرقت». در کتب اهل سنت هم آمده: «مَنْ سَرَقَ حَرًّا فَبَاعَهُ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَطْعُ لِأَنَّهُ مِنَ الْمَفْسِدِينَ فِي الْأَرْضِ» (شیخ طوسی ۱۰۲۷: ۷۲۲).

د) در مورد کسی که منزل دیگری را آتش بزند:

شیخ طوسی می‌گوید: «کسی که عمداً به منزل دیگری آتش بيفکند و منزل را با وسایل موجود در آن آتش بزند ضامن هر چه تلف شود، می‌باشد و کشته می‌شود» (شیخ طوسی ۱۳۶۵ ج ۱۰: ۲۳۱).

نسبت میان افساد فی الارض با محاربه

در مورد نسبت بین عناوین محارب و افساد فی الارض اختلاف است. گروهی نسبت این دو را عموم و خصوص مطلق می‌دانند، یعنی هر محاربی مفسد فی الارض نیز هست. گروهی بر این نظرند که هر دو یک فعل هستند (محاربه با خدا و سعی در ایجاد فساد در زمین).

همانگونه که گفتیم فساد ضد صلاح است و به «بیرون رفتن چیزی از اعتدال» نیز تفسیر شده است. از این رو، فساد هر چیزی بر حسب خود آن چیز معنا می‌شود. بدون شک، هر جرم و

معصیتی که از انسان سر می‌زند، فسادی است در یکی از جنبه‌های زندگی او، اما عنوان «فساد و افساد» چون اضافه شود به «الارض» (زمین)، معنای آن قید می‌شود و اختصاص پیدا می‌کند به فسادی که در زمین واقع می‌شود. درباره تقیید به «فسادی که در زمین واقع شود»، سه احتمال وجود دارد:

احتمال اول: این تقیید صرفاً برای بیان ظرف فساد است، یعنی فساد در زمین واقع می‌شود، بر پایه این احتمال، عنوان «فساد در زمین» همه مفاسدی را که در زمین به وقوع می‌پیوندد، دربرمی‌گیرد. چنین احتمالی بسیار بعید بلکه اصلاً نادرست است؛ زیرا لازمه آن این است که قید «فی الارض» در آیه، زاید و بیهوده باشد. چون بسیار روشن است که زمین محل زندگی انسان است. از این رو هر کار شایسته یا ناشایستی از انسان سر زند به ناچار بر روی زمین خواهد بود، بر این اساس آوردن قید «فی الارض» چه فایده‌ای خواهد داشت؟ بلکه می‌توان گفت آوردن چنین قیدی، محل معنای کلام و یا دست کم نامناسب است؛ زیرا میزان کیفر دادن کسی به خاطر ارتکاب جرمی، این نیست که آن جرم بر روی زمین از مجرم صادر شده باشد یا در ظرف دیگری؛ از این رو ظرف وقوع جرم (زمین)، در استحقاق مجازات تأثیری ندارد تا به عنوان قیدی در موضوع آن به کار گرفته شود.

احتمال دوم: تقیید برای دلالت بر گستردگی و فراوانی و شیوع فساد در میان مردم است، در نقطه مقابل فسادهای فردی و جزئی.

این احتمال را نیز نمی‌توان پذیرفت؛ زیرا اولاً چگونگی پیوند و نسبت میان فساد و زمین را بیان می‌کند، ثانیاً گاهی بر یک جرم جزئی غیر شایع نیز عنوان «افساد فی الارض» صدق می‌کند. مثلاً اگر یک نفر در یک مکان یا راه محدودی که اتفاقاً یک یا دو نفر از آن می‌گذرند، سلاح بکشد، این کار فساد در زمین شمرده می‌شود و مشمول اطلاق آیه است. با آنکه جرمی شخصی است که از یک نفر و چه بسا بر روی یک نفر انجام گرفته است و مصداق شیوع در فساد نیست، آری اگر مقصود از شیوع فساد، آن باشد که جرم و فساد بر روی زمین آشکارا صورت گرفته باشد یا جرمی عام بوده و متوجه شخص خاص نباشد، با توجه به نکته‌ای که در احتمال سوم مطرح خواهد شد، می‌توان از ترکیب آیه چنان معنایی را به دست آورد.

احتمال سوم: تقیید افساد به قید «فی الارض» برای دلالت بر این معناست که «فساد در زمین حلول می‌کند و زمین فاسد می‌شود. «بر این اساس، افساد در زمین به معنای تباه کردن

زمین است. اما نه بدان معنا که ذات زمین تباه شود، بلکه بدان معنا که آن حالت اصلاح و سامانی که در زمین است، تباه شود. پس مراد از زمین، خاک و سنگ و امثال آن نیست، بلکه زمین از آن جهت که مکان زندگی و محل استقرار انسان است، مراد می‌باشد؛ زیرا زمین و مکان از آن جهت برای انسان مطلوب است که برای زندگی و استقرار او صلاحیت داشته باشد. از این رو صلاح زمین به آن است که برای زندگی انسان مناسب باشد و فساد آن به این است که صلاحیت و مناسبت او برای زندگی از میان برود. اینکه تعبیر «افساد در زمین» آورده شده نه «افساد زمین» برای دلالت بر این نکته است که عمل محاربان همین حالت اصلاح را در زمین تباه می‌کند و فساد را در آن برپای می‌دارد، نه اینکه ذات زمین را فاسد می‌کند.

نتیجه آنکه، اثر ظرف در مثل این ترکیب «و یسعون فی الارض فساداً» تقیید فساد است به زمین و در این ترکیب نسبت فساد به زمین، نسبت حلولی است، یعنی فساد حلول می‌کند در زمین و زمین فاسد می‌شود و صلاحیت آن برای استقرار زندگی انسان از میان می‌رود. وجدان عرفی بر این معنا گواهی می‌دهد و ملاحظه موارد استعمال این ترکیب در دیگر آیات قرآن هم بر همین معنا تأکید می‌ورزد.

در بعضی از آیات، میان «افساد فی الارض» و «صلاح فی الارض» مقابله صورت گرفته است: «و لا تُفْسِدُوا فی الارضِ بَعْدَ اصلاحِهَا وَ ادْعُوهُ خَوْفًا وَ طَمَعًا» (اعراف: ۵۶) «و لا تَبْخُسُوا النَّاسَ اَشْیَاءَهُمْ وَ لا تُفْسِدُوا فی الارضِ بَعْدَ اصلاحِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ اِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ» (اعراف: ۸۵) تقابل انداختن میان «افساد در زمین» و «صلاح الارض» می‌رساند که مراد از «افساد در زمین»، «فساد زمین» است، یعنی نقطه مقابل اصلاح زمین، نه صرف معنای ظرفیت و اینکه زمین ظرف وقوع فساد است. بلکه در مواردی مثل آیات زیر، ظرف دانستن «فی الارض» مستلزم لغو بودن آن و تکرار بیهوده در کلام است: «وَ اِذَا تَوَلَّى سَعَى فی الارضِ لِيُفْسِدَ فِیْهَا وَ یُهْلِكَ الْحَرْثَ وَ النَّسْلَ وَ اللّٰهُ لَا یُحِبُّ الْفُسَادَ» (بقره: ۲۰۵) «اَتَجْعَلُ فِیْهَا مَنْ یُفْسِدُ فِیْهَا وَ یَسْفِكُ الدِّمَاءَ» (بقره: ۳۰) تکرار قید «فیها» در این جملات، تناسبی با ظرف بودن آن ندارد، بلکه ناچار باید برای بیان نکته و خصوصیت دیگری غیر از ظرفیت باشد و آن خصوصیت عبارت است از افکندن فساد در زمین و فاسد کردن آن، بلکه می‌توان گفت که در همه مواردی که ظرف «فی الارض» قید یا وصف «فساد» قرار داده شده قبل از آنکه فساد به فاعل خود در جمله اسناد داده شود، از چنین ترکیبی همواره همین خصوصیت به ذهن تبادر می‌کند. این آیات را ملاحظه کنید:

«وَلَا تَبْغِ الْفُسَادَ فی الارضِ» (قصص: ۷۷) «أَمْ نَجْعَلُ الذِّبْنَ اٰمَنًا وَ عَمِلُوا الصَّالِحَاتِ

كَالْمُفْسِدِينَ فِي الْأَرْضِ» (ص: ۲۸) از این آیات و آیات دیگر که این ترکیب در آنها به کار رفته است، به دست می آید زمین از آن جهت که محل استقرار و سکونت انسان است موضوعیت دارد چنانکه جمله «وَيُهْلِكُ الْحَرْثَ وَ النَّسْلَ» در آیه ای که گذشت، نیز همین معنا را می رساند. ممکن است گفته شود: این برداشت از آیات مذکور، متوقف بر آن است که ظرف «فِي الْأَرْضِ» ظرف لغو باشد؛ یعنی متعلق به افساد باشد و این برخلاف ظاهر است یا متعارف نیست، در حالی که ظرف در مثل «وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً» (مائده: ۳۳) ظرف مستقر بوده و متعلق به سعی (یسعون) است، یعنی ظرف است برای فعل و فاعل.

نکته دیگر، این است که در اصطلاح فقهی و حقوقی برای افساد فی الارض تعریف مستقل و جداگانه ای وجود ندارد بلکه فقها جرایم معینی را تحت عنوان فساد و افساد فی الارض معرفی کرده اند؛ بنابراین گروهی از فقها بر این نظرند که افساد فی الارض، عنوان مجرمانه مستقلی نیست که در مقابل محاربه قرار گیرد، بلکه یک عنوان عامی است که هر جرمی از آن جهت که ضد صلاح می باشد تحت عنوان آن قرار می گیرد.

مفسد فی الارض خود موضوع حکم نیست، بلکه به اصطلاح علمای معقول، واسطه و علت در ثبوت مجازات است پس اینکه گفته می شود «مُفْسِدٌ بِمَا هُوَ مُفْسِدٌ»، خود موضوع مجازات است وجهه شرعی و قانونی ندارد بلکه می توان گفت نامعقول هم می باشد؛ زیرا اگر مقصود از مفسد بما هو مفسد به حمل اولی باشد قطعاً غلط است، مفهوم بما هو نمی تواند موضوع مجازات قرار گیرد و اگر مراد از مفسد، مفسد به حمل شایع باشد، دیگر نمی توان از آن چنین تعبیر کرد بلکه باید گفت مفسد بما هو زان، او بما هو ساحر، او بما هو محارب و مانند اینها اعدام می شود و بدیهی است که در این صورت زانی و ساحر و محارب موضوع حکم قرار گرفته است، فلذا هیچ موردی از فقه دیده نشده است که مفسد مستقلاً موضوع حکمی از احکام قرار گیرد و با توجه به اینکه مفسد فی نفسه نمی تواند خود موضوع مجازات قرار گیرد نیازی به تعریف آن هم نیست؛ زیرا چیزی را لازم است تعریف کرد که از نظر شرعی و قانونی حکمی بر آن مترتب گردد و مفسد چنین نیست.

پس نسبت بین افساد در روی زمین و بین محاربه نسبت عموم و خصوص مطلق است که بر هر چه محاربه صدق می کند، افساد بر روی زمین هم صدق می کند؛ ولی چنانکه ملاحظه گردید، در مواردی افساد در روی زمین «يَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً» صدق می کند، ولی محاربه انطباق ندارد و در یک جمله می توان گفت که افساد در روی زمین اموری از قبیل تقنین قوانین فاسده، تأسیس قمارخانه ها و عشرتکده ها، سوزاندن خرمن ها و نظایر اینها و احیاناً عمل زنا و

لواط و مساحقه و مانند اینها را که حدود معین دارد، شامل می‌گردد؛ اما چون برای آنها عقوبت تعیین شده، مشمول کیفرهای چندگانه در آیه نمی‌شود. مگر در صورت صدق «يَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا» به آنها که در این صورت کیفر مفسد فی الارض بر آنها جاری می‌گردد.

احتمال دیگری هم در اینجا مطرح شده است، مبنی بر اینکه افساد فی الارض جرمی است که مجازات آن اعدام است و دلیل آن، آیه ۳۲ سوره مائده است که می‌فرماید: «مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا» : و به همین دلیل بر بنی اسرائیل چنین حکم کردیم که هر کس دیگری را بکشد بدون آنکه مرتکب قتل شده باشد یا افساد در زمین کرده باشد، گویی همه مردم را کشته است.

از این آیه چنین استفاده می‌شود که هر کس، شخصی را که مرتکب افساد در زمین شده است بکشد گناهی بر او نیست. پس هر کس افساد در زمین کند، مستحق کشته شدن است.

قبلاً اشاره شد که علامه طباطبایی منظور از فساد را همان فساد فی الارض می‌داند که در آیه بعد بیان شده است (علامه طباطبایی ۱۳۷۴ ج ۵: ۴۹۶).

بنابراین منظور از فساد هر گونه افساد فی الارض نیست، بلکه همان محاربه مورد نظر است و مجازات چنین فسادی مجازات محاربه است. اما در عمل دیده می‌شود که در قوانین موجود افساد فی الارض به عنوان یک جرم مستقل از محاربه مورد شناسایی قرار گرفته است مانند مصادیقی که قبلاً ذکر شد. مقدس اردبیلی می‌گوید: «از مفهوم آیه ۳۲ سوره مائده «مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ» استنباط می‌شود که افساد فی الارض موجب قتل است» (مقدس اردبیلی بی تا: ۶۶۴).

بر این اساس مفسد فی الارض محکوم به قتل است و نوع مجازات قتل در مورد او مانند قصاص صورت می‌گیرد و لزومی ندارد که مقررات راجع به محاربین در اینجا اعمال شود.

الف) وجه اختلاف محاربه با افساد فی الارض

محاربه و افساد فی الارض از چند جهت اختلاف دارند که عبارتند از:

۱. محاربه عبارت است از برهنه کردن سلاح برای ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم، اما افساد فی الارض عبارت است از هر گونه رفتار آگاهانه و عمدی هر کس یا کسانی، برای بر هم زدن امنیت و سلامت نظام جامعه اسلامی به قصد براندازی یا ضربه زدن به

آن و با علم به مؤثر بودن این رفتار مرتکب عملی شوند؛ چنانکه ملاحظه می‌شود در محاربه هدف ایجاد اخافه، رعب و وحشت و سلب آزادی و امنیت در جامعه است، ولی در افساد فی الارض هدف ضربه زدن و مقابله با نظام اسلامی است و می‌تواند از طریق محاربه و برهنه کردن سلاح و بر هم زدن امنیت جامعه نیز صورت گیرد، به عبارت دیگر محاربه همچون بغی می‌تواند وسیله‌ای برای تحقق افساد فی الارض باشد.

۲. در محاربه، عنصر مادی جرم، فقط از طریق به‌کار بردن سلاح و برهنه کردن و ایجاد اخافه و سلب آزادی از مردم صورت می‌گیرد؛ ولی در افساد فی الارض عنصر مادی عبارت است از هر گونه رفتار که می‌تواند شامل فعل، ترک فعل یا گفتار نیز باشد (نعناکار ۱۳۷۷: ۱۷۹-۱۷۸). در محاربه تحقق عنصر مادی فقط به صورت فعل مثبت شرط است و باید علنی صورت گیرد، اما در فساد فی الارض چنانکه گفته شد عنصر مادی می‌تواند به صورت فعل، ترک فعل و گفتار حتی به صورت غیر علنی صورت گیرد.

ب) بررسی نسبت میان محاربه و افساد فی الارض با بغی

در برخی از کتب لغت «بغی» به معنای فاسد کردن آمده و اصل آن حسد و ورزیدن دانسته شده است. به همین جهت است که ستمگر را باغی گفته‌اند؛ زیرا هر کس که حسادت ورزد، به ستمگری نیز اقدام می‌کند (طریحی ۱۳۷۰: ۵۴). در برخی از کتب لغت مفهوم «بغی» به معنای تجاوز از حد اعتدال ذکر شده است. منشأ بغی آیه نهم سوره حجرات می‌باشد که در این آیه مبارکه خداوند می‌فرماید:

«اگر دو گروه از مؤمنان با هم جنگ کردند میان آنها آشتی دهید. اگر یک گروه علیه گروه دیگر طغیان کرد با او بجنگید تا حکم خدا را بپذیرد و وقتی بازگشتند بین آن دو به عدالت، مصالحه برقرار سازید».

در خصوص دلالت این آیه بر جرم بغی اختلاف نظر وجود دارد. گروهی آن را در مورد بغی می‌دانند (کاظمی ۱۳۷۰ ج ۲: ۳۸۶). اما گروهی دیگر اعتقاد دارند که این آیه دلالتی بر جرم بغی ندارد زیرا باغی، کافر است حال آن که آیه مزبور در مورد نزاع مؤمنان با یکدیگر می‌باشد (مقداد سیوری ۱۳۷۸ ج ۱: ۳۸۶).

از نظر تاریخی نیز پیامبر اکرم(ص) اصطلاح بغی را در مورد قاتلان عمار به کار برده است،

آنجا که پیامبر(ص) به کمک یاران خود مسجد النبی را می‌ساخت، گروهی از سادگی عمار سوء استفاده کردند و بیش از تحمل عادی او بر وی سنگ حمل کردند، عمار به پیامبر(ص) گفت که مرا با حمل این بار سنگین کشتند که پیامبر(ص) فرمودند: آنان قاتل تو نمی‌باشند، زیرا تو را گروه متجاوز و باغی می‌کشند و بالاخره هم او توسط باغی شام کشته شد.

فقه‌های امامیه بر خلاف سایر جرایم که آنها را در کتاب‌های حدود، قصاص و دیات ذکر نموده‌اند بحث بغی و شرایط آن را در کتاب جهاد مطرح کرده‌اند. اگر چه برخی از فقه‌های امامیه مانند شهید ثانی اجرای احکام بغی را منحصر به زمان امام معصوم(ع) دانسته‌اند، لیکن اکثریت فقه‌های امامیه باغی را کسی دانسته‌اند که بر امام واجب الطاعه و یا نائب او خروج می‌نماید، اعم از اینکه به وسیله سلاح صورت گیرد و یا بدون آن انجام شود و اعم از اینکه موجبات سلب آسایش جامعه اسلامی را فراهم نماید یا ننماید. از این روست که کاشف الغطاء در این زمینه بیان کرده است: هر کس علیه امام معصوم(ع) و یا نائب او خروج کند و از فرمان او سرپیچی نماید امر او را اطاعت نکند و نهی او را ترک ننماید و یا با او از راه ترک زکات و یا خمس مخالفت ورزد و یا حقوق شرعی او را ندهد باید با او جنگید.

برخی از نویسندگان با استناد به اقوال فقها، شرایط مبارزه با بغات را به وجود پنج شرط اصلی دانسته‌اند (مرعشی شوشتری ۱۳۷۳: ۶۳).

شرط اول آن است که از امام جدا گردیده و از پیروی وی خودداری ورزند و خود را از رعایای او ندانسته باشند؛ خواه در شهر و یا روستایی اقامت نموده باشند.

شرط دوم آن است که دارای قدرت و شوکتی باشند، به نحوی که حاکم نتوانسته باشد بدون تهیه نیروهای کافی آنان را سرکوب نماید.

شرط سوم آن است که در تشخیص خود نسبت به حقانیت حکومت حاکم دچار اشتباهی باشند که از آن معذور نباشند.

شرط چهارم آن است که ارشاد آنان از راه بحث و اقامه حجت و دلیل ممکن نباشد.

شرط پنجم آن است که از راه ایجاد اختلاف و فتنه بین آنها نیز دفع آنها امکان نداشته باشد.

وجود این شروط پنجگانه به این دلیل است که فقه‌های امامیه، بغات را بر خلاف محاربین به دو دسته تقسیم کرده‌اند. دسته نخست کسانی هستند که اقدام به قیام مسلحانه نکرده‌اند که

در مقابله با این گروه، حاکم وظیفه دارد ابتدا آنها را ارشاد و هدایت نماید و اگر قابل هدایت و ارشاد باشند و خطری برای نظام نداشته باشند. نباید معترض آنها شد.

دسته دوم کسانی هستند که قیام مسلحانه کرده‌اند که این گروه خود بر دو قسم می‌باشند.

گروه اول کسانی هستند که دارای سرپرست، حکومت مستقل و تشکیلات هستند و خطرناک می‌باشند، که باید در مقابله با این گروه سختگیری نمود و فراری‌های آنان را مورد تعقیب قرار داد.

گروه دوم کسانی هستند که فاقد تشکیلات هستند مانند اصحاب عایشه در جنگ جمل و خوارج نهروان که در مقابله با این گروه، جنگ تنها تا زمان متفرق شدن آنها ادامه دارد و فراریان آنها نباید مورد تعقیب قرار گیرند، بلکه مجروحان آنها نیز مداوا می‌شوند و آنها را در ابتدا به توبه و بازگشت به راه صحیح رهنمون می‌سازند، اگر توبه نمودند و خطرناک هم نبودند آزاد می‌شوند و اگر توبه نکردند و خطرناک باشند باید در حبس باقی بمانند تا توبه نمایند.

مستند فقهای امامیه در تقسیم بندی فوق، روایات متعددی است که در این زمینه در کتب روایی نقل گردیده است.

ج) وجوه افتراق بغی و محاربه

بررسی تفاوت‌های محاربه با مفهوم بغی، زمینه مناسب را جهت بررسی برخی از موارد مربوط به بزه محاربه و افساد فی الارض - که به نظر می‌رسد قانونگذار مفهوم مزبور را با هم آمیخته است، فراهم می‌سازند. این تفاوت‌ها می‌تواند شامل موارد ذیل گردد:

۱. محارب فردی است که به قصد بر هم زدن امنیت و ایجاد رعب و وحشت عمومی دست به اسلحه می‌برد، اما باغی فردی است که علیه امام عادل و یا حاکم شرع خروج می‌کند ولو آنکه قصد ارباب و اخافه را برای مردم نداشته باشد. به کلام دیگر محاربه یک جرم علیه امنیت ملت شمرده می‌شود و به همین جهت است که شارع و قانونگذار به دلیل حفظ و صیانت کامل از نظم و آرامش عمومی، مجازات‌های شدیدی را برای عمل محارب تعیین نموده است. این در حالی است که عمل بغی بیشتر از آنکه یک جرم علیه امنیت مردم تلقی شود، به عنوان جرم علیه دولت و حاکمیت شمرده می‌شود و به همین دلیل است که شارع و قانونگذار تا حدود زیادی نسبت به باغیان، سیاست وفق و مدارا را در پیش گرفته است.

۲. برای تحقق جرم بغی به کار بردن وسیله اعم از اسلحه و غیر از آن ضروری نیست، لیکن برای تحقق جرم محاربه استفاده از اسلحه ضروری است.

ضمانت اجراهای بزه محاربه دارای تفاوت‌های زیادی با مجازات جرم بغی می‌باشد. مجازات محاربه همان انواع چهارگانه‌ای است که به آنها در ماده ۱۹۰ ق.م.ا اشاره شده، اما برای عمل باغی حد شرعی خاصی تعیین نگردیده است. تنها در جهت مبارزه با باغیان دستور قتال و جهاد داده شده و به همین دلیل بوده است که فقها بحث آن را در کتاب جهاد مطرح کرده‌اند (مجیدی ۱۳۸۶: ۱۶۴).

۳. تحقق بزه بغی به صورت فردی میسر نبوده و به همین دلیل حرکت باغیان به صورت گروهی صورت می‌گیرد، لیکن بزه محاربه به صورت فردی و گروهی میسر می‌باشد.

۴. جرم بغی از نظر زمانی باید در زمان شورش و انقلاب صورت گیرد حال آنکه محاربه چنین شرطی ندارد.

۵. برای تحقق جرم محاربه تفاوتی بین مسلمانان و غیر مسلمانان نیست، ولی در جرم بغی باغی خود مسلمان است، لیکن حاکم اسلامی را به خاطر شبهه‌ای که از او دارد، قبول ندارد. ۶. توبه مرتکب جرم محاربه پس از دستگیری به عنوان عذر قانونی پذیرفته نخواهد شد، لیکن توبه باغی پذیرفته می‌شود مگر اینکه دارای تشکیلاتی باشند و منهدم نشده باشند.

۵. انواع مجازات‌ها

در کتب فقهی برای مجازات‌ها و به طور کلی مسئولیت‌های کیفری، انواعی ذکر شده که مهم‌ترین آنها عبارتند از: ۱. حد؛ ۲. تعزیر؛ ۳. قصاص؛ ۴. دیات.

حد

حد در لغت به معنی مرز میان دو چیز، اندازه، عقوبت، جدا کردن چیزی از چیز دیگر، بازداشتن و پایان هر چیز است. حدود جمع حد است.

و در اصطلاح فقه عبارت است از مجازات‌هایی که در شرع برای بعضی از گناهان معین شده است. این مجازات‌ها را از آن جهت حد گویند که جرایم را محدود می‌کنند، یعنی مانع از تکرار جرم هم در مورد مجرم و هم در مورد دیگران (به لحاظ عبرت) می‌شوند.

قانون مجازات اسلامی در فصل اول از باب دوم در ماده ۱۳، حد را توضیح داده و گفته است: «حد به مجازاتی گفته می‌شود که نوع و میزان و کیفیت آن در شرع تعیین شده است». گناهانی که کیفر آنها از طرف شارع تعیین شده است محاربه، ارتداد و چند گناه دیگر است. حد محارب عبارت است از:

کشتن، به دار آویختن، قطع دست و پا به طور مخالف، نفی بلد

۱. کشتن: ریشه اصلی «يُقْتَلُوا» «قَتَلَ، يُقْتَلُ، تَقْتِيلٌ» (باب تفعیل) که صیغه مبالغه است، می‌باشد. وقتی فعل به باب تفعیل می‌رود، شدت و زیادت در معنای آن را می‌رساند، پس به نظر می‌رسد منظور آیه کشتن با شدت و سختی فراوان به بدترین شکل است. آنچه از روایات استفاده می‌شود، کشتن محارب است و چگونگی کشتن در جایی مطرح نشده است، پس تنها با رجوع به لغت که غلظت و شدت را می‌رساند، نمی‌توان او را به بدترین وجه کشت. در زمان نزول آیه با شمشیر کشتن متداول بود. شاید در منطقه‌ای دیگر، آتش زدن شدیدترین وجه باشد؛ در جایی دیگر، از کوه پرت کردن، در مکان دیگر میان دیوار گذاشتن و ... پس نحوه کشتن محارب بستگی به نظر حاکم شرع دارد.

۲. به دار آویختن: مجرم به طور مستقیم به دار بسته می‌شود، به طوری که از دو طرف دست‌هایش بسته باشد و سه روز بردار می‌ماند و بعد از سه روز از دار پایین آورده می‌شود و غسل و کفن و دفن می‌شود. اگر بر بالای دار پس از سه روز کشته نشد چه باید کرد؟ شهید ثانی می‌فرماید: اگر زنده است او را جهاز می‌کنند؛ یعنی او را می‌کشند (شهید ثانی ۱۴۰۳ ج ۲: ۳۸۶).

صاحب جواهر می‌فرماید: دلیلی بر کشتن او نداریم (نجفی ۱۴۱۰ ج ۴۱: ۵۸۹).

امام خمینیدراین باره می‌گوید: محارب به طور زنده به دار آویخته می‌شود و ابقای او به طور آویختگی بیش از سه روز جایز نمی‌باشد. سپس پایین آورده می‌شود، پس اگر مرده باشد غسل و کفن می‌شود و بر او نماز خوانده می‌شود و دفن می‌گردد. و اگر زنده باشد بعضی گفته‌اند در قتل او تسریع می‌شود ولی این مشکل است؛ البته ممکن است گفته شود که جایز است طوری مصلوب شود که به سبب آن بمیرد، ولی این هم خالی از اشکال نیست (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۱ و ۲: ۸۹۱ م ۹).

۳. قطع دست و پا به طور مخالف: که دست راست و سپس پای چپ قطع می شود.

۴. نفی بلد: اختلاف است میان تبعید در زندان و تبعید از شهر محل سکونت.

آیا حاکم در انتخاب یکی از این چهار مجازات مختار است؟ یا اینکه انتخاب آنها بر اساس شدت و ضعف جرمی می باشد که مجرم مرتکب شده است؟

در پاسخ به این سؤال باید گفت عده ای از فقها قائل به قول تخییر هستند و امام را در انتخاب یکی از این چهار مجازات مختار می دانند (اکثر فقهای شیعه قائل به این نظر هستند).

و عده ای دیگر معتقدند این «أو» که درآیه آمده بیانگر ترتیب مجازات براساس شدت و ضعف جرم است.

امام خمینی: قول قوی تر درحد محارب، اختیار حاکم بین قتل، به دار آویختن، قطع به طور مخالف و نفی بلد است. و بعید نیست که برای حاکم بهتر باشد که جنایت را ملاحظه کند و آنچه مناسب است را اختیار کند. پس اگر کشته است قتل یا صلب را اختیار کند، و اگر مال را برداشته است، قطع را اختیار نماید، و اگر فقط شمشیر کشیده و ترسانده، نفی بلد را اختیار نماید (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۱ و ۲: ۸۹۰ م ۵).

با بررسی روایت ها، به نظر می رسد که اگر ترتیب را شرط بدانیم بهتر است؛ یعنی نسبت به مقدار جنایت، حکم را برای جانی در نظر بگیریم (موسوی بجنوردی ۱۳۸۴: ۱۶۷).

عناصر تحقق جرم محاربه

در مورد عناصر کشیدن اسلحه به قصد ترساندن مردم و ایجاد رعب و سلب امنیت از مردم و جامعه، میان فقها اتفاق نظر وجود دارد؛ اما در مورد عناصر اهل ربه بودن و بالغ بودن میان فقها اختلاف است برخی از فقها این عناصر را نیز شرط می دانند و برخی شرط نمی دانند. برخی حکم محارب را شامل زن و مرد هر دو می دانند و برخی فقط شامل مردان می دانند.

عناصر جرم محاربه

محاربه از لحاظ قانونی جرم است چون برای آن مجازاتی در قانون در نظر گرفته شده و هر جرمی دارای سه عنصر است:

عنصر قانونی جرم محاربه: ماده ۱۸۳ ق.م.ا است که مقرر داشته: «هرکس که برای ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم دست به اسلحه ببرد محارب و مفسد فی الارض می باشد».

عنصر مادی جرم محاربه: دست به اسلحه بردن و استفاده از سلاح را عنصر مادی جرم محاربه گویند.

عنصر روانی جرم محاربه: قصد ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت از مردم را عنصر روانی جرم محاربه گویند.

مجازات محارب به موجب ماده ۱۹۰ ق.م.ا: «۱. قتل؛ ۲. به دار آویختن؛ ۳. قطع دست راست و سپس پای چپ؛ ۴. نفی بلد».

راه های ثبوت جرم محاربه و افساد فی الارض طبق ماده ۱۸۹ ق.م.ا: محاربه و افساد فی الارض از راه های زیر ثابت می شود: الف) یک بار اقرار به شرط آنکه اقرارکننده بالغ و عاقل و اقرار او با قصد و اختیار باشد؛ ب) با شهادت فقط دو مرد عادل».

امام خمینی: محاربه با یک مرتبه اقرار و بنابر احوط (استحبابی) با دو مرتبه — و با شهادت دو عادل ثابت می شود (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۱ و ۲: ۸۹۰ م ۴).

همچنین ایشان می فرماید: قاضی اجازه دارد که در حقوق الله و حقوق الناس به علم خود عمل کند (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۱ و ۲: ۸۲۶ م ۸).

موارد سقوط حد محاربه

۱. توبه : توبه قبل از دستگیری؛

۲. فوت مجرم؛

۳. جنون : ماده ۵۱ ق.م.ا مقرر می دارد: «جنون در حال ارتکاب جرم به هر درجه که باشد رافع مسئولیت کیفری است». مفهوم مخالف این ماده آن است که اگر جنون پس از ارتکاب جرم باشد رافع مسئولیت کیفری نیست.

عفو عمومی و گذشت شاکی خصوصی تأثیری در سقوط ندارد.

نتیجه گیری

جرم در حقوق جزای اسلامی، عبارت است از رفتار خلاف دستورات شارع مقدس که خود، مبنای نظم عمومی را تشکیل می‌دهد و بر این اساس محاربه یکی از جرایم بزرگ و از گناهان کبیره است که به عنوان جرم مستلزم حد، شناخته شده است به علاوه، افساد فی الارض از عناوین مخصوص قرآنی است که محاربه مصداق بارز آن است. بنابراین، محاربه عبارت است از رفتاری که منجر به خوف مردم شود و اخافه و ایجاد رعب و وحشت، نوعی افساد فی الارض است. در محاربه به کار بردن وسیله شرط است و لیکن منحصر به اسلحه از نوع گرم یا سرد آن نیست، بلکه وسایل دیگری که در جنگ و دفاع مورد استفاده قرار می‌گیرد را شامل می‌شود. اساس محاربه، رکن روانی آن است که عبارت است از قصد به کار بردن وسیله و قصد اخافه است. همچنین محاربه از جرایم مطلق است که تحقق نتیجه مجرمانه در آن شرط نیست و شروع به جرم آن هم به عنوان انجام فعل حرام قابل مجازات است. از آنجایی که قصد اخافه عنصر روانی جرم مذکور را تشکیل می‌دهد اما در افرادی که از اهل ربه و فساد هستند؛ چون اصولاً شکل و نوع رفتارشان موجب خوف و رعب می‌شود، اثبات این جزء روانی، لازم نیست. در عین حال برای تحقق محاربه، اهل ربه بودن شرط نیست، چنانچه تعدد مجرمین ملاک نمی‌باشد. از نظر مجازات، قول تخیر و لزوم رعایت تناسب بین جرم و بزه با ظاهر آیه ۳۳ سوره مائده و اصول کلی حقوق جزای اسلام هماهنگی بیشتر دارد و در اجرای هر یک از مجازات‌های چهارگانه، بایستی خفت و خواری محارب مورد تأکید و توجه قرار گیرد و در این مورد فرقی بین زن و مرد وجود ندارد.

چنانچه ارتکاب قتل به وسیله محارب و یا عمل مجرمانه دیگر، تأثیری در سقوط اختیار حاکم بر انتخاب یکی از حدود چهارگانه ندارد. از نظر مصداقی، دزدانی که با قهر و غلبه و به طور علنی وارد منزل مردم می‌شوند اگر قصد اخافه داشته باشند یا عملشان نوعاً منجر به ایجاد اغتشاش شود و نیز راهزنانی که در راه‌ها و شوارع، راه را بر مردم می‌بندند و موجب رعب و وحشت عمومی می‌شوند، محارب هستند و در صورت دستگیری محکوم به حد محاربه می‌شوند.

برای اثبات جرم محاربه، علم قاضی، بینة و اقرار می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد که شرایط هر کدام در جای خود قابل طرح است. اگر محارب پس از ارتکاب جرم بمیرد و یا توبه کند، در صورتی که توبه او قبل از دستگیری باشد حد از او ساقط می‌شود و اما توبه بعد از دستگیری، تأثیری در اجرای حد نخواهد داشت و در هر حالت حقوق خصوصی افراد قابل مطالبه است.

گذشت شاکی خصوصی و اولیای دم نمی‌تواند مانع اجرای حد باشد؛ چرا که محاربه از جرایم عمومی و یا حق الهی است و کسی نمی‌تواند مانع اجرای حدود الهی شود.

در خصوص موارد اختلاف بین جرم بغی با محاربه نیز آنچه بیشتر مورد تمیز و تفکیک بین این دو عنوان مجرمانه می‌باشد، این که اهداف محاربان اقدام علیه امنیت و آسایش مردم و ایجاد رعب و هراس برای رسیدن به یک سری اهداف پست و مادی بوده که البته ممکن است اهداف غیر مادی و بعضاً سیاسی نیز مد نظر قرار گیرد، در حالی که گفته می‌شود بغات گروهی هستند که برای ایشان شبهه ایجاد شده است و اینها ظاهراً در جهت صلاح و رفع فساد، علیه امام مسلمین دست به شورش، تمرد و قیام مسلحانه می‌زنند. به عبارت دیگر می‌توان گفت، در جرم بغی که مصداق بارز جرم سیاسی در اسلام شناخته شده است اهداف پست و مادی وجود ندارد؛ بنابراین محاربه با بغی و جرم سیاسی تفاوت دارد.

در خاتمه یادآور می‌شود که رابطه بین محاربه با افساد فی الارض عبارت است از عموم و خصوص مطلق، یعنی هر محاربه‌ای، افساد فی الارض است؛ بعضی از مصادیق افساد فی الارض محاربه است، بعضی از مصادیق افساد فی الارض محاربه نیست.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد. (۱۴۱۰ ق) *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین قم.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ ق) *لسان العرب*، بیروت: دارالفکر للطباعه و النشر و التوزیع.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۱ ق) *تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، چاپ اول.
- حبیب زاده، محمدجعفر. (۱۳۷۹) *محاربه در حقوق کیفری ایران (مطالعه تطبیقی در فقه اسلامی و عناوین مشابه در کامن لا)*، تهران: دانشگاه تربیت مدرس.
- خویی، ابوالقاسم. (بی تا) *مبانی تکمله المنهاج*، نجف: مطبعه الآداب.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ ق) *مفردات الفاظ القرآن*، بیروت: دارالقلم.
- شهید اول، محمد بن مکی. (بی تا) *اللمعه دمشقیه فی فقه الامامیه*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۰۳ ق) *الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۳۶۵) *تهذیب الاحکام*، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
- _____ . (بی تا) *الخلاص*، تهران: نشر اسلامی، چاپ دوم.
- _____ . (۱۰۲۷ ق) *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بیروت: دارالکتب العربی.
- طریحی، فخرالدین. (۱۳۷۰) *مجمع البحرين*، تحقیق سید احمد حسینی، تهران: انتشارات مرتضویه.
- علامه طباطبائی، محمد حسین. (۱۳۷۴) *ترجمه تفسیر المیزان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- عوده، عبدالقادر. (بی تا) *التشريع الجنایی الاسلامی*، بیروت: دارالکتب العربی.
- کاظمی، جواد. (۱۳۷۰) *مسالك الافهام الى آیات الاحکام*، تهران: انتشارات مرتضویه، چاپ اول.
- مجیدی، سید محمود. (۱۳۸۶) *جرائم علیه امنیت*، تهران: نشر میزان، چاپ اول.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۹ق) *شرايع الاسلام*، تهران: نشر استقلال، چاپ دوم.
- مرعشی شوشتری، محمد حسن. (۱۳۷۳) *دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام*، تهران: نشر میزان، چاپ اول.
- مرعشی نجفی، شهاب الدین. (۱۴۱۵ق) *القصاص على ضوء القرآن و السنه*، مکتبه آیه الله المرعشی العامه.
- معین، محمد. (۱۳۷۷) *فرهنگ فارسی*، تهران: چاپخانه سپهر، چاپ دوازدهم.
- مقداد سیوری، جلال الدین. (۱۳۷۸) *کنز العرفان فی فقه القرآن*، تهران: انتشارات مرتضویه.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (بی تا) *زبدۀ البیان فی احکام القرآن*، تهران: انتشارات مرتضویه.
- موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۸۴) *فقه تطبیقی بخش جزایی*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول.

بررسی تطبیقی پیشگیری از فساد اداری در ایران و نظام حقوقی کامن لا

مصطفی اکبری منوچهر فانی

نوع مقاله : پژوهشی	تاریخ دریافت : ۱۴۰۳/۲/۲۷	تاریخ پذیرش : ۱۴۰۳/۳/۱	شماره صفحه : ۹۲-۱۲۳
--------------------	--------------------------	------------------------	---------------------

فساد اداری یکی از مقوله‌های مهم در عرصه مسائل ادارات و موسسات دولتی و خصوصی است که همواره موجب بروز مشکلاتی را در سیستم معاملات دولتی ایجاد نموده است. کارکنان دولت یکی از سرمایه‌های سازمانی در اداره امور کشور هستند. حسن عملکرد آنان در تحقق اهداف سازمان و دولت بسیار مهم و رابطه مستقیم با بازدهی بیشتر و مفیدتر، دور شدن از زمینه‌های تخلف و تخطی کارمند، زمینه ساز پیشرفت خود کارمند و سازمان را دارد. فساد اداری عبارت از استفاده غیرقانونی از اختیارات اداری و دولتی برای تأمین منافع شخصی است. این فساد شکل‌های گوناگونی داشته که اختلاس، ارتشا و سوءاستفاده از اموال و امکانات دولتی نمونه‌های شناخته شده‌ای از آن است. از آن جا که مهم‌ترین سرمایه سیاسی حکومت‌ها اعتماد مردم به حاکمان است و انواع فساد، خصوصاً فساد اداری، این اعتماد را خدشه دار می‌کند، مقابله با فساد در عرصه اداری ضرورتی انکارناپذیر است. شیوع ارتکاب این فساد در سطح ملی و بین المللی، جامعه جهانی را بر آن داشته تا اقداماتی هماهنگ برای مقابله با آن طراحی کند. پیشگیری از فساد اداری در قانون ارتقای سلامت و با نظارت دولت و قوه قضاییه مورد بررسی قرار گرفته و در حقوق انگلستان، مبارزه با فساد اداری که حقوق اداری آن بر اساس عرف و رویه قضایی می‌باشد

کلید واژه : فساد، فساد اداری، رشا، ارتشا، پیشگیری.

مقدمه

یکی از رویکردهای سیاست جنایی که در سال‌های اخیر بیشتر مورد توجه حقوقدانان کیفری و انواع جرم شناسان قرار گرفته، پیشگیری از وقوع جرایم است. لطمات و هزینه‌های اقتصادی که ارتکاب جرایم مختلف بر دولت‌ها بار نموده، آنها را بر آن داشته تا نسبت به اندیشیدن راهکارهایی جهت حذف این معضلات و هم زمان از بین بردن یا به حداقل رسانیدن ارتکاب جرایم با پیشگیری از وقوع آنها ترغیب شوند. (باقر زاده، ۱۳۸۶، ۱۲۱)

شکی وجود ندارد که یکی از مهم‌ترین راه‌های دستیابی به سلامت اداری در نظام هر کشوری، مبارزه با فساد اداری است و شاید از همین رو است که بسیاری کشورهای جهان تلاش می‌کنند ساز و کارهای قانونی خود را در این زمینه ارتقا دهند. متأسفانه باید پذیرفت نظام اداری ایران در حال حاضر، تا دستیابی به جایگاه مطلوب خود راه درازی در پیش دارد.

در واقع می‌توان گفت فساد اداری پدیده‌ای همزاد حکومت است. یعنی از زمانی که فعالیتهای بشر شکل سازمان یافته و منسجمی به خود گرفت از همان زمان فساد اداری نیز همچون جزء لاینفکی از متن سازمان ظهور کرده است. بنابراین می‌توان فساد را فرزند ناخواسته سازمان تلقی کرد که در نتیجه تعاملات گوناگون در درون سازمان و نیز به مناسب تعامل میان سازمان و محیط آن به وجود آمده است. (بهره‌مند، ۱۳۸۷، ۳۰)

فساد اداری بخشی از مجموعه مسایلی است که سازمانها در دوره عمر خود به ناگزیر آن را تجربه می‌کنند. این مجموعه مسایل به معطلاتی اشاره دارد که به طور عمده ریشه‌های آن در خارج از سازمان قرار داشته ولی آثار آن سازمانها را متأثر می‌سازد. این معضلات به عنوان چالشهایی که همواره پیش روی مدیران هستند تلقی می‌شوند که به دلیل عدم کنترل سازمان بر علل پیدایی آنها، طبیعتاً کنترل آنها نیز بسیار دشوار است. (ولیدی، ۱۳۸۶، ۴۵) به عنوان مثال فساد اداری تا حد زیادی از نظامهای اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی تأثیر می‌پذیرد؛ برای مثال بالا بودن نرخ بیکاری، میزان سلطه روابط غیر رسمی و سنتی بر ارتباطات میان افراد، میزان بلوغ نظام سیاسی و... بر حجم فساد اداری یک جامعه تأثیر مستقیم می‌گذارد از طرفی فساد اداری به طور مستقیم بر کارایی نظام اداری، مشروعیت نظام سیاسی و مطلوبیت نظام فرهنگی و اجتماعی اثرات ناهنجاری خواهد گذارد که این تعامل باعث ایجاد دوری باطل و مارپیچی نزولی می‌شود که در نهایت جامعه را به افول خواهد کشاند. (آشوری، ۱۳۸۶، ۵۴)

رشا و ارتشا به عنوان یکی از مصادیق مفساد اقتصادی، از طریق نادیده انگاشتن و ایجاد اختلال در ضوابط اداری موجود، بنیان‌های اجتماعی و اقتصادی جامعه را متزلزل ساخته و باعث افزایش بی‌اعتمادی افکار عمومی و کاهش اثر بخشی تدابیر دولت در دستیابی به اهداف توسعه پایدار و تزلزل حاکمیت قانون در قلمرو اقتصادی می‌گردد. نکته ای که بر اهمیت مسئله مفساد اقتصادی می‌افزاید، رابطه مفساد اقتصادی با جرایم سازمان یافته و تاثیرات منفی‌ای است که بر اقتصاد داخلی، اداره عمومی جامعه و اقدامات دولت‌ها در جهت توسعه می‌گذارد.

از آن جایی که وجود فساد در دستگاه‌های دولتی باعث اختلال در اداره امور دولتی و مانع رشد و توسعه یافتگی و نیز باعث نارضایتی مردم و تضعیف اقتدار حاکمیت در هر جامعه ای می‌شود، لذا حقوق کیفری برای مبارزه با این امر مهم، موظف است به عنوان مهم‌ترین اهرم مقابله با جرم در جامعه، با اعمال روش‌های خاص خود و تدوین قوانین کیفری مناسب، به حفظ و ارتقاء سلامت نظام اداری بپردازد. (حسینی، ۱۳۸۷، ۹۱)

فساد اداری، اگر چه ممکن است در مقایسه با جرایم دیگر، نظیر قتل و سرقت، رعب انگیز نباشند، اما به لحاظ تاثیرگذار بودن در تخریب اجتماع و انحراف عمومی جامعه بیش از خطاهای دیگر باید مورد ملاحظه و توجه قرار بگیرند. به تعبیر دیگر، بارزترین نشانه انحراف دولت (به معنای عام) و جامعه از قانون، زیاده‌تر از حد طبیعی بودن تخلفات اداری است. اگر در خانواده دولت میزان فساد زیاد شود، جامعه با یک فاجعه واقعی روبه‌رو است، زیرا براساس قاعده، کارکنان دولت شاخص‌ترین افراد جامعه‌اند و بروز تخلف و انحراف در چنین قشری مشکلی نیست که بتوان به سادگی از کنار آن گذشت.

در ایران کارکنان کلیه وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، موسسات و شرکتهای دولتی و شرکت ملی نفت و گاز و پتروشیمی و شهرداری‌ها و بانک‌ها و موسسات و شرکتهای دولتی که تمام یا قسمتی از بودجه آنها از بودجه عمومی تامین می‌شود و نیز کارکنان مجلس شورای اسلامی و نهادهای انقلاب اسلامی مشمول مقررات این قانون هستند و مشمولان قانون استخدام نیروهای مسلح و غیرنظامیان ارتش و نیروهای انتظامی، قضات، اعضای هیئت علمی دانشگاه‌ها و موسسات آموزش عالی و مشمولان قانون کار تابع مقررات مربوط خود هستند نه این قانون.

کشور انگلستان که یکی از اعضای اصلی سازمان توسعه و همکاری اقتصادی، شورای اروپا و کنوانسیون‌های مختلف آن می‌باشد، در سال ۲۰۱۰ برای اعمال مفاد این کنوانسیون‌ها در قوانین

داخلی خود اقدام به تصویب قانون رشا و ارتشا نمود، که این قانون در نوع خود به عنوان یکی از پیشرفته ترین تدابیر تقنینی، در کنترل و مبارزه با این جرم می باشد. (والاسیس، ۲۰۱۲، ۱۸)

قوانین مجازات ایران از ابتدایی ترین آن ها (۱۳۰۴) تا قانون مجازات اسلامی فعلی، با تعیین مصادیق فساد و تعیین مجازات برای آن ها سعی در مبارزه با این جرایم داشته اند اما قانون الحاق ایران به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد (مریدا) دولت ها را تشویق به تصویب قوانین سرکوبگرانه و پیشگیرانه می کند و قانون ارتقاء سلامت اداری در جهت عمل به این تکلیف، از طریق تدابیر پیشگیرانه که خلاء آن در قوانین کیفری احساس می شد به مبارزه با این جرایم پرداخته است. با توجه به این که قانون گذاری ایران در مبارزه با این جرم در عمل دارای نقص های زیادی می باشد و امروزه شاهد افزایش این جرم در سطح جامعه هستیم، تصویب قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد از سوی مقنن رویکرد نوینی است که به نظر می رسد در صورت ابلاغ به سازمان های اداری می تواند در پیشگیری از فساد اداری موثر باشد. (رهبر، ۱۳۸۱، ۱۹)

متأسفانه نظام حقوقی ایران رشوه دادن به مقامات رسمی بیگانه را جرم انگاری نکرده است. اما شاید مهم ترین ضعف نظام حقوقی ایران در مقایسه با قانون جدید مبارزه با ارتشای انگلیس، پیش بینی نکردن مجازات برای اشخاص حقوقی است. در نظام حقوقی ایران، پیش بینی مسئولیت کیفری و به تبع آن مجازات اشخاص حقوقی، غیر معمول و تعریف نشده است؛ در موارد بسیار معدودی هم که رویه قضایی اقدام به تسری پاره ای اقدامات پیشگیرانه کیفری نسبت به اشخاص حقوقی کرده است، این اقدامات بدون اتکا به پشتوانه قانونی مناسب و بیشتر از روی ابتکار شخصی بوده که مورد اعتراض قاطبه حقوقدانان واقع شده است.

۱- روش های مقابله با فساد اداری در حقوق کیفری

مسئله فساد اداری و سیاست های مقابله با آن از اساسی ترین مسائل کشور بوده است. در این رابطه جمهوری اسلامی ایران تلاش داشته است تا با ارائه راهکارها و تصویب قوانین در این رابطه عمل نماید. در این فصل سیاست های پیشگیری کیفری ایران در مقوله فساد اداری مورد بررسی قرار گرفته و بیان می گردد.

۱-۱- تدابیر پیش گیرانه وضعی از فساد اداری در اسلام

بسیاری از نهادهایی که تأسیس آن‌ها به صدر اسلام باز می‌گردد، مانند نهادهای امر به معروف و نهی از منکر و حسبه و اموری چون وجوب حفظ اموال، ضرورت حفظ حجاب و عفاف، ضرورت مکتوب کردن معاملات یا اخذ شهود، حمایت از بزه دیدگان بالقوه و موارد مشابه دیگر، مجموعه‌ای از تدابیر پیش گیری وضعی را تشکیل می‌دهد. همه این موارد نمونه‌هایی از راهبردهای پیش گیری وضعی در سیاست جنایی اسلام و مصادیقی از شیوه‌های متعدد این پیشگیری است. (میر خلیلی، ۱۳۸۸، ۲۰-۱۹)

چنانکه در پیش‌گیری کیفری، پاسخ به تخطی از هنجارها به گونه‌ای مشهود با مراجع دولتی یا رسمی و مراجع مردمی یا غیر رسمی، مرتبط است، در پیش‌گیری وضعی نیز می‌توان با تفکیک این دو مرجع، شیوه‌ها و مراجع دولتی و مردمی را مورد بررسی قرار داد. (میر خلیلی، ۱۳۸۸، ۱۴۷)

به نظر می‌رسد کنترل رسمی و دولتی شامل مواردی همچون مراقبت و کنترل فیزیکی، حسبه و نهادهای رسمی مؤثر در پیش‌گیری وضعی می‌شود. نظارت و مراقبت غیررسمی شامل موضوعاتی چون امر به معروف و نهی از منکر، مشارکت مردم و نهادهای جامعه مدنی در امر پیش‌گیری وضعی است.

نظارت رسمی مربوط به فعالیت آن دسته از سازمان‌ها و نهادهای دولتی است که پیش‌گیری از جرم از جمله کارکردهای اصلی آن‌هاست. دولت موظف به حفظ نظم و امنیت جامعه و افراد است. ایجاد امنیت و آرامش در جامعه تنها با توسل به شیوه‌های کیفری و پس از وقوع جرم محقق نمی‌شود، بلکه دولت باید با تأسیس نهادهای تخصصی مبارزه با فساد، قبل از وقوع بزه زمینه‌ها و فرصت‌های تحقق این جرم را از بین ببرد.

با مطالعه آیات کلام الله مجید و دقت در احادیث، به ویژه کتب ارزشمندی مانند نهج البلاغه و سایر منابع درمی‌یابیم که در اسلام بر امر نظارت و ثواب و عقاب اعمال انسان‌ها تأکید فراوانی شده است. برای مثال آیات ۷ و ۸ سورة زلزال، آیه ۱۸ سورة ق، آیه ۱۰ سورة انفطار، آیه ۴۹ سورة کهف و آیه ۴ سورة طارق، بر همین موضوع دلالت دارند.

در زمان صدر اسلام اشخاص امین و قابل اعتماد و خبره برای کارهای گوناگون منصوب می‌شدند و از آنان خواسته می‌شد تا در بخش‌های مختلف روابط اجتماعی، ناظر و رابط و

چشم حکومت باشند و مسائل گوناگون را به حکومت و یا مردم منتقل کنند و پل ارتباطی میان مسئولان جامعه و مردم باشند.

در این مورد امام رضا (ع) می‌فرماید: رسول خدا هرگاه لشکری را اعزام می‌کردند و فرمانده‌ای، مسئولیت آن را به عهده می‌گرفت، یکی از افراد مورد اعتمادش را با او می‌فرستاد تا کارهایش را به پیامبر گزارش دهد. همچنین نقل شده آن حضرت افرادی را به عنوان جاسوس تعیین می‌فرمود تا وی را از اخبار شهر یا جنگ مطلع نمایند. (عبدالحی کتانی، ۱۳۸۴، ۱۷۵)

نامه‌های امیرالمؤمنین (ع) در نهج البلاغه نیز مؤید این موضوع است که آن امام همام دائماً خطاب به والیان، استانداران و سایر کارگزاران خود تأکید بر اهتمام جدی در مورد نظارت و بازرسی بر اداره امور جامعه داشته‌اند تا زمینه فساد اداری را از بین ببرند. آن حضرت در عهدنامه معروف مالک اشتر، این نکته را این گونه متذکر می‌شوند: «سپس رسیدگی به کارهایشان را به ناظران امین و راستگو واگذار، چرا که این نظارت کوشش آن‌ها را در آبادانی و مدارا با مردم و دوری از ستم و مراقبت از یاران افزون می‌کند. و در جای دیگر به مالک اشتر می‌فرماید: مراقب کارکنان خود باش، اگر یکی از آنان دست به خیانت آلود و گزارش همه بازرسان آن را تأیید کرد، باید به آن اکتفا کنی و او را مجازات نمایی». (نهج البلاغه، نامه ۵۳)

نظارت و مراقبت غیررسمی نهادهای مدنی و مشارکت مردم در اداره امور اجتماع نیز ضرورتی اجتناب ناپذیر است. زیرا نهادهای مدنی با نظارت خود بر عملکرد سازمان‌ها و نهادهای عمومی دولتی می‌توانند فعالیت‌های آن‌ها را از طریق شفاف سازی در معرض نگاه و داوری جامعه قرار دهند.

در سیاست جنایی اسلام، مشارکت مردمی در پیش گیری از جرم در قالب امر به معروف و نهی از منکر، به عنوان مهم ترین نهاد نظارتی، با هدف مبارزه با ارتکاب جرم مورد تأکید قرار گرفته است. البته برحسب اینکه چه معنایی از معروف یا منکر اراده شود، تبیین جایگاه امر به معروف و نهی از منکر متفاوت می‌شود زیرا اگر معنای مضیق اراده شود، کارکرد این شیوه در سیاست جنایی اسلام تنها به بخش رفتاری واجب و حرام محدود می‌شود، در حالی که سیاست جنایی اسلام با توجه به تنوع پاسخ‌ها به نقض هنجارها از تنفر قلبی و تذکر لسانی تا واکنش‌های شدیدتر، ترک مستحبات و انجام مکروهات با درجات خفیف تری مشمول امر به معروف و نهی از منکر می‌شود. (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۳، ۷۹)

در مورد اهمیت امر به معروف و نهی از منکر، به ویژه در خصوص ارتباطی که با پیش گیری دارد باید به این نکته اشاره کرد که این تدابیر همه در جهت بازداشتن افراد از فعل منکر یا به تعبیر فقهاء (ردع المنکر) است. تعبیری که در منابع اسلامی مطرح شده مبنی بر اینکه نهی از منکر چیزی جز ردع (بازداشتن) و پیش گیری از فعل مرتکبان نیست و هرکدام از مراتب آن در صورتی که مؤثر در پیش گیری نیفتد باید به سراغ مرحله بعد رفت، این امر حاکی از ارتباط تنگاتنگ نهی از منکر و پیش گیری است. (خویی، ۱۳۷۱، ۱۸۱)

به نظر می‌رسد می‌توان گفت امر به معروف و نهی از منکر، در حقیقت همان بحث نظارت به مفهوم عام کلمه است و درحوزه حکومت و مردم، قابل پیگیری است. انجام این دو وظیفه مقدس، هم در رابطه متقابل دولت با مردم و مردم با دولت، و هم در درون سیستم اداری و قضایی حکومت، به صورت یک اصل فراگیر، قابل توجه و دارای آثار و برکات بی شمار است.

۱- قرآن

با نگاهی به آیات قرآن کریم به خوبی آشکار می‌شود که یکی از مهمترین اهداف بلند انبیای الهی مبارزه با انواع فسادها، محو ظلم و استبداد، بسط و گسترش عدالت و تأمین حقوق مردم بوده است. قرآن کریم می‌فرماید: «لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ» (حدید: ۲۵) (ما رسولان خود را با دلایل روشن فرستادیم، و با آنها کتاب (آسمانی) و میزان (شناسایی حق از باطل و قوانین عادلانه) نازل کردیم تا مردم قیام به عدالت کنند).

قرآن بارها مردم را به اقامه عدل و دوری از ظلم و هر نوع اقدامی که بر خلاف فرامین الهی باشد، دعوت کرده است، «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاؤُكُمْ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اْعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ» (مائده: ۸) (ای کسانی که ایمان آورده اید! همواره برای خدا قیام کنید، و از روی عدالت، گواهی دهید! دشمنی با جمعیتی، شما را به گناه و ترک عدالت نکشاند! عدالت کنید، که به پرهیزگاری نزدیکتر است! و از (معصیت) خدا بپرهیزید، که از آنچه انجام می‌دهید، با خبر است!).

از طرفی فساد اداری مهمترین نمود فساد، نابرابری و نبود عدالت در جامعه است، انواع فساد اداری به عنوان یک تهدید جدی برای عدالت اجتماعی و امنیت عمومی کشور تلقی

می‌شود. پس یقیناً از مفاهیم بلند قرآنی می‌توان مبارزه با فساد اداری استنباط کرد.

در قرآن کریم مفهوم فساد زیاد به کار رفته و همواره مورد تقبیح قرار گرفته است. فساد گاه مرادف معصیت و گاه قتل و گاه هم وزن کفر قلمداد شده است که یقیناً بر اساس باورهای توحیدی گناهی بزرگتر از کفر وجود ندارد.

قرآن فساد را یکی از ویژگی‌های فاسقان و انسان‌های دور از خدا می‌داند و می‌فرماید: «وَالَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَ لَهُمْ سُوءُ الدَّارِ» (رعد: ۲۵) (و آنان که پیمان خدا را پس از استوارکردنش می‌شکنند و آنچه را که خدا به پیوستن آن فرمان داده می‌گسلند و در زمین فساد می‌کنند، لعنت بر آنهاست و بدی‌های آن جهان نصیبشان و در آیه‌ای دیگر آن‌ها را افراد زیان کار می‌داند. (بقره: ۲۷)

البته این خود مطلبی روشن است، آنها که خدا را فراموش کرده و سر از اطاعت او بر تافته اند، و حتی نسبت به خویشاوندان خود، رحم و شفقت ندارند پیدا است با دیگران چگونه معامله خواهند کرد؟ آنها در پی کام جویی و لذت‌های خویش و منافع شخصی خود هستند، جامعه به هر جا کشیده شود برای آن‌ها فرق نمی‌کند، هدفشان بهره بیشتر و کامجویی افزونتر است، و برای رسیدن به این هدف از هیچ خلاقی پروا ندارند، پیدا است که این طرز فکر و عمل چه فسادهایی در جامعه به وجود می‌آورد. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ۱۵۵)

در جای دیگر قرآن کریم مردم را از فساد نهی می‌کند و می‌فرماید: «وَإِذِ اسْتَسْقَى مُوسَى لِقَوْمِهِ فَقُلْنَا اضْرِبْ بِعَصَاكَ الْحَجَرَ فَانفَجَرَتْ مِنْهُ اثْنَتَا عَشْرَةَ عَيْنًا قَدْ عَلِمَ كُلُّ أُنَاسٍ مَشْرَبَهُمْ كُلُوا وَ اشْرَبُوا مِنْ رِزْقِ اللَّهِ وَ لَا تَعْتُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ». (بقره: ۶۰) (و) بخاطر بیاور (زمانی را که موسی برای قوم خویش طلب آب کرد به او دستور دادیم عصای خود را بر سنگ مخصوص بزن، ناگاه دوازده چشمه آب از آن جوشید، بطوری که هر یک از طوائف دوازده گانه بنی‌اسرائیل) چشمه مخصوص خود را می‌شناخت (و گفتیم) از روزی‌های الهی بخورید و بیاشامید و در زمین فساد نکنید و فساد را گسترش ندهید)

با توجه به آیات قرآنی به نظر می‌رسد قرآن مجید نیز مقوله فساد را جدی گرفته و آن را یکی از اساسی‌ترین مسائل تقبیح بشر می‌داند و بر ریشه کنی آن تاکید دارد.

۲- سنت

یقیناً یکی از منابع مهم و اساسی باورهای اعتقادی و فرهنگ دینی ما و یکی از مهمترین منابع قوانین سنت نبوی یا روایاتی است که از زبان گهر بار پیامبر اسلام (ص) و ائمه معصومین (ع) به ما رسیده است. در رابطه با فساد اداری و مصادیق آن هم روایات ما نکات مهمی را مطرح کرده اند.

به عنوان نمونه پیامبر اسلام (ص) و ائمه معصومین (ع) رشوه را در هر شکل و قیافه ای محکوم کرده اند، در روایات و تاریخ زندگانی آن بزرگواران نکات ارزنده و آموزنده ای در این زمینه به چشم می خورد. یک وقتی به پیغمبر اکرم (ص) خبر دادند یکی از فرماندارانش رشوه ای در شکل هدیه پذیرفته، حضرت بر آشفت و به او فرمود: «چرا آنچه حق تو نیست می گیری؟» او در پاسخ با معذرت خواهی گفت: «ای پیامبر خدا آنچه گرفتم هدیه بود». پیامبر (ص) فرمود: «اگر شما در خانه بنشینید و از طرف من فرماندار محلی نباشید آیا مردم به شما هدیه ای می دهند؟» سپس دستور داد هدیه را گرفتند و در بیت المال قرار دادند و وی را از کار برکنار کرد.

اسلام حتی برای اینکه قاضی گرفتار رشوه های مخفی و ناپیدا نشود، دستور می دهد قاضی نباید شخصا به بازار برود مبدا تخفیف قیمتها بطور ناخودآگاه روی قاضی اثر بگذارد و در قضاوت جانبداری تخفیف دهنده را کند. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ۸)

یا پیامبر (ص) در حدیث معروفی فرموده است: «لَعَنَ اللَّهُ الرَّاشِيَّ وَ الْمُرْتَشِيَّ وَ الْمَاشِيَّ بَيْنَهُمَا» (خوانند گیرنده و دهنده رشوه و آن کس را که واسطه میان آن دو است از رحمت خود دور گرداند). (مجلسی، ۱۴۰۳، ق، ۲۷۳) و یا از نظر پیامبر گرامی اسلام آنقدر رشوه منفور است که آن را کفر محض می داند و می فرماید که صاحب رشوه نه تنها از سوی خداوند مجازات خواهد شد و به بهشت نمی رود بلکه حتی بوی بهشت را هم استشمام نمی کند: «إِيَّاكُمْ وَ الرِّشْوَةَ فَإِنَّهَا مَحْضُ الْكُفْرِ وَ لَا يَشْمُ صَاحِبُ الرِّشْوَةِ رِيحَ الْجَنَّةِ» (بر شما باد که از رشوه دوری کنید که آن کفر خالص است و صاحب رشوه بوی بهشت را استشمام نخواهد کرد). (مجلسی، ۱۴۰۳، ق، ۲۷۵)

حضرت علی (ع) فساد اداری و رشوه خواری را آن قدر خطرناک می داند که آن را یکی از عوامل مهم هلاکت و نابودی آن جهت که حق مردم را نپرداختند، پس دنیا را با رشوه دادن به دست آوردند و مردم را به راه باطل بردند و آنان اطاعت کردند. (دستی، ۱۳۸۰، ۶۲۱)

با توجه به روایات فوق به نظر می رسد مسئله فساد از دیدگاه امامان بسیار مهم بوده و آن را به نوعی یکی از اساسی ترین و اصلی ترین مسائل در زمینه نوع بشر می دانستند. به واقع از

دیدگاه آنان فساد باید توسط حاکم برچیده شده و شخص فساد کننده باید مجازات گردد.

۳-۱- اجماع

اجماع، به معنی اتفاق نظر علمای دین و صاحب نظران مسائل حقوق اسلامی در یک مسئله در عصری پس از رحلت پیامبر گرامی اسلام (ص)، یکی از منابع مهم حقوق اسلامی اعم از کیفری و مدنی است. زیرا علمای اهل سنت بر این عقیده اند که به دلیل آیات و روایات، اجتماع مسلمین هیچ گاه به خطا نمی‌رود و اگر همهٔ علما در یک عصری بر موضوعی اتفاق نظر داشته باشند، نظر آنان از احکام دین تلقی می‌شود و بر اساس نظر علمای شیعه اجماع به دلیل کاشف بودن از نظر معصوم معتبر است. (گدوزیان، ۱۳۸۶، ۳۷)

نکتهٔ مهم در مورد اجماع این است که این منبع از نظر موقعیت و رتبه، در استنباط احکام و قوانین اسلامی در رتبهٔ سوم قرار دارد. یعنی اگر از قرآن و سنت دلیلی نیافتیم نوبت به اجماع می‌رسد. اما با وجود دلایل قرآنی و روایی باز هم می‌توان سراغ اجماع رفت منتها به عنوان مؤید که آن را اجماع مدرکی می‌گویند. (دادوئی و دریکنده، ۱۳۸۳، ۱۱۰)

در نتیجه با توجه به این که فساد اداری و مصادیق آن را با استفاده از دو منبع قرآن و سنت می‌توان جرم انگاری کرد دیگر نیازی به اجماع نیست ولی به عنوان مؤید به این موضوع اشاره می‌کنیم و آن اینکه به طور یقین در مورد حرمت مصادیق فساد اداری همهٔ علمای دین و کارشناسان حقوق اسلامی اتفاق نظر دارند. از جمله یکی از علمای فقه گفته است: مسلمین در حرمت رشوه بر قاضی و کارمند اتفاق نظر دارند. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ۴۱۹) و یکی دیگر از فقها بر حرمت رشوه بر رشوه گیرنده ادعای اجماع منقول و محصل کرده است. (نجفی، بی‌تا، ۱۲۱) در واقع و باتوجه به دیدگاه علمای دین به نظر می‌رسد آنان حدود شرعی را برای شخص فساد کننده ملزم دانسته و آن را یکی از ضروریات اصلاح جامعه می‌دانند.

۲- پیشگیری وضعی از فساد در قانون ارتقاء سلامت

پیشگیری اجتماعی به طور کلی بر مبنای رویکرد علل بزهکاری و سازمان‌دهی برنامه‌هایی با هدف از بین بردن یا مهار آثار آن اتخاذ و اجرا می‌شود (ابراهیمی، ۱۳۹۱، ۶۱) پیشگیری وضعی بر این اندیشه استوار است که علل گذر از اندیشه به عمل جنایی نه تنها انگیزه مرتکب، بلکه

خصوصیات وضعی- موقعیتی مشرف بر زمان و لحظه ارتکاب جرم یعنی شرایط پیش جنایی (ماقبل بزهکاری) است. بدین ترتیب، می‌توان با مدیریت و نیز تغییر و دستکاری در وضعیت و اوضاع و احوال مادی و غیر مادی مشرف بر ارتکاب جرم، دست کم از ارتکاب برخی از جرایم پیشگیری کرد. (نجفی ابرند آبادی، ۱۳۸۶، ۴۱)

به نظر می‌رسد این رویکرد می‌تواند به دو دسته اقدامات منتهی شود. دسته اول اقداماتی که با هدف کاهش وضعیت‌های پیش جنایی اعمال می‌شود. دسته دوم برنامه‌هایی که با هدف افزایش خطر و هزینه ارتکاب جرم برای مرتکب طراحی و دنبال می‌شود.

اما از آنجا که از یک سو، عمر دولت‌ها (قوه مجریه) به لحاظ مهلت‌های تعیین شده در قانون اساسی جوامع دموکراتیک کوتاه است و از سوی دیگر، اقدامات پیشگیری وضعی بیشتر عینی و قابل رؤیت است و اجرای آن بلافاصله آثار خود را نشان می‌دهد، در مقایسه، با اقدامات پیشگیری اجتماعی- همانند آنچه نسبت به قانون ارتقاء سلامت نیز تا حدود زیادی صدق می‌کند، بیشتر مورد استقبال قرار گرفته است. بدین ترتیب برخی از تدابیر کنشی موقعیت مدار این قانون به دنبال کاهش وضعیت‌های پیش جنایی از طریق مدیریت آن و برخی ناظر به افزایش هزینه و خطر ارتکاب است که قانون گذار خواسته است از طریق شفافیت به آن جامه عمل بپوشاند.

۲-۱- اولویت بخشی به پیشگیری وضعی فنی - فناورانه

قانون گذار در قانون ارتقاء سلامت، پس از ذکر تعاریف و اشخاص مشمول در مواد ۱ و ۲ بلافاصله در ماده ۳ به تکلیف دستگاه‌ها در پیشگیری از مفاسد اداری، از گونه‌ی پیشگیری وضعی - به تعبیر ما- می‌پردازد. این اقدام قانون گذار، در مقدم دانستن پیشگیری وضعی بر پیشگیری اجتماعی، موضوع ماده ۷، حاوی پیام و معنادار است.

در واقع از یک سو، قانون گذار، با مبنا قرار دادن نظریه انتخاب عقلانی، فرض را بر این قرار داده است که عمل انتخابی بزهکار در حوزه فساد، ابزاری جهت رسیدن به اهداف مشخص است. لذا این دسته، عقلانی عمل و برای دستیابی به هدف، خود را با موقعیت‌ها منطبق می‌کنند. نتیجه اینکه تغییر در موقعیت‌های پیش جنایی، آنان را ناگزیر به پذیرش این واقعیت می‌کند که منافع عدم ارتکاب بر ارتکاب فزونی دارد. بدین ترتیب، به جای سرمایه گذاری در پیش آمادگی فردی، با مداخله در موقعیت‌ها، می‌توان تصمیم بزهکاران بالقوه را تحت الشعاع قرار داد.

قانون گذار بر همین اساس، اول در قانون ارتقاء سلامت، پیشگیری را با اقدامات وضعی شروع نمود، دوم از لحاظ محتوایی، بخش عمده مواد قانون را، از جمله ماده ۳ با ۲ بند و دو تبصره طولانی، با موضوع «اطلاع رسانی تصمیمات مرتبط با حقوق شهروندی در دیدارگاه‌های الکترونیکی و نیز ثبت قراردادهای در پایگاه اطلاعات قراردادهای» (دانایی فرد، ۱۳۸۶، ۱۰۱) ماده ۴ با دو تبصره در زمینه «پوشش اطلاعاتی نقاط آسیب پذیر فعالیت‌های کلان اقتصادی» ماده ۹ با پنج بند با موضوع «راه اندازی نظام جامع اطلاعات مالیاتی» ماده ۱۲ با سه بند و دو تبصره در جهت «اجرای طرح حدنگاری (کاداستر)»، ماده ۲۱ با دو تبصره در خصوص «امنیت محیط مجازی»، و نیز ماده ۳۲ با موضوع «استفاده حداکثری از ظرفیت بخش‌های نظارتی» به پیشگیری وضعی اختصاص داده و بدین ترتیب به اختصاص تنها یک ماده مختصر (ماده ۷) با موضوع «منشور اخلاق حرفه‌ای کارگزاران نظام»، و وضع کدهای رفتاری یا رفتارنامه‌های اخلاقی، بر مبنای یک افق کوتاه مدت، به اثربخشی بی درنگ و زودهنگام تدابیر پیشگیری وضعی دل بسته است. حال آنکه پیشگیری اجتماعی تخصصی بیشتر «آموزش» و «پرورش» محور است و در درازمدت پاسخ می‌دهد. (آقا بابایی، ۱۳۸۸، ۲۱)

بزهکار در این رویکرد، در مجرمیت خود سهمی ندارد و بیشتر قربانی محیط‌های شخصی، محیط‌های اجتماعی و به طور خاص سیاست‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. (بابایی، ۱۳۸۸، ۲۲) لذا این تصور که پیشگیری اجتماعی به محدودیت رسیده یا ناکارآمد است، ناپخته و نسنجیده است؛ اما دولت‌ها به این استدلال‌ها توجه نکرده و از ترس اینکه به تساهل متهم شوند، پیشگیری اجتماعی را به حاشیه رانده و سعی می‌کنند با توسل به پیشگیری‌های وضعی به مردم نشان دهند که می‌توانند در کوتاه مدت به ناامنی پاسخ دهند.

۲-۲- پیشگیری وضعی از فساد از طریق شفافیت

از آنجایی که ارتکاب جرایم مرتبط با فساد اداری بیشتر به علت موقعیت‌های مشرف بر لحظه ارتکاب جرم، از جمله نبود بزه دیده حقیقی، رؤیت ناپذیری محیط‌های بسته و به طور خاص، عدم شفافیت است، تغییر و مدیریت این وضعیت‌ها از طریق پیش بینی برنامه‌هایی که در جهت: ۱- کاهش موقعیت پیش جنایی؛ ۲- افزایش خطر ارتکاب برای بزهکار، به اجرا درمی‌آید می‌تواند از احتمال ارتکاب پیشگیری نموده و یا از شدت آن بکاهد.

اهمیت شفافیت و تأثیر آن در از بین بردن وضعیت‌های پیش جنایی تا بدان حد است که

کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد، آن را شرط لازم هر اقدام پیشگیرانه از مظاهر فساد تلقی نموده و در مواد مختلفی از جمله بند یک ماده ۵، بند «الف» و «ت» ماده هفت، بند یک ماده نه، و ... بر ضرورت آن تأکید کرده است. ماده ۵ این کنوانسیون از کشورها خواسته است سیاست‌های پیشگیری و مقابله با فساد را با محوریت حاکمیت قانون، مدیریت صحیح امور عمومی و اموال دولتی، پاسخگویی، مسئولیت‌پذیری، مشارکت جامعه مدنی و گروه‌های برخاسته از متن مردم و شفافیت تنظیم نمایند. برخی از کشورها مانند فرانسه، در سال ۱۹۹۳، شفافیت را موضوع قانون مستقلی در همین زمینه با عنوان «قانون پیشگیری از فساد و شفافیت مجاری اقتصادی و آیین‌های عمومی» قرار دادند.

احتمال سوءاستفاده از عدم شفافیت به عنوان یک موقعیت مشرف به لحظه ارتکاب بزه، به ویژه در نظام‌های اقتصاد دولتی. (صادق نژاد نایینی، ۱۳۹۳، ۸۶)

در واقع می‌توان گفت گاهی به دلیل احتمال تعارض منافع متصدیان مشاغل عهده دار مأموریت عمومی به جهت موقعیت اجرایی- اداری و گاهی ناظر به قوانین، مقررات، قراردادهای معاملات، فرآیندهای کاری و زمان بندی انجام آن‌هاست.

۲-۳- شفافیت فعالیت‌های متصدیان مشاغل

در نظام‌های غیر دموکراتیک سیاست جنایی، شفافیت در اداره کشور امری استثنایی محسوب و فساد کارگزاران امری عادی جلوه می‌نماید. در نظام‌های مردم سالار تلاش می‌شود از طریق تقویت حضور مردم در روند تصمیم‌گیری، ایجاد اطمینان از دسترسی مؤثر مردم به اطلاعات، پیش‌بینی برنامه‌های آموزش عمومی از جمله در مواد درسی مدارس و دانشگاه‌ها و نیز حمایت از آزادی دریافت و انتشار اطلاعات مربوط به مفاسد مالی، زمینه مبارزه با جلوه‌های فساد فراهم گردد. در این صورت، شفاف سازی می‌تواند خطر شناسایی و دستگیری را افزایش و فرایند گذر از اندیشه به عمل را مختل نماید. (ساریخانی و اکرمی سراب، ۱۳۹۲، ۹۹)

کنوانسیون مریدا به نوبه خود ذیل فصل دوم و به ویژه ماده هفت، (اقدام پیشگیرانه در بخش دولتی) مقرر داشته است کشورها بر اساس اصول قانونی داخلی خود، نسبت به اتخاذ تدابیری که شفافیت در تأمین مالی داوطلبان مشاغل دولتی را ارتقاء بخشد و از تعارض منافع شخصی و دولتی بکاهد اقدام نمایند. در ارتباط با شفافیت تأمین مالی متصدیان و مقامات، اگرچه

اصل ۱۴۲ قانون اساسی در ایران رییس قوه قضائیه را ملزم ساخته است تا به دارایی رهبری، رییس جمهور، معاونان وی، وزیران، همسر و فرزندان آن‌ها در دوره قبل و بعد از خدمت رسیدگی کند تا برخلاف حق افزایش نیافته باشد، اما از آنجا که این شفافیت در اصل ۱۴۲ صرفاً به برخی شخصیت‌ها محدود شده بود فرایند تصویب قانون اجرای این اصل با فراز و نشیب فراوان همراه شده است.

در واقع از آنجا که بروز موقعیت‌های موجب تعارض منافع شخصی و عمومی در عمل، استقلال و بی طرفی صاحب منصبان را به خطر می‌اندازد، قانون‌گذاران تلاش می‌کنند از طریق جرم‌انگاری جرایم مانع، کارگزاران را به اعلام دارایی و منافع و دیون قبل، حین و بعد از تصدی مشاغل، و شفاف‌سازی شیوه‌های تأمین مالی ملزم و امتناع از انجام این کار را با ضمانت اجرای کیفری همراه سازند. این اقدام از یک سو، از خطر تعارض منافع عمومی و شخصی در تصمیم‌گیری و اقدامات خواهد کاست و از سوی دیگر ابزاری خواهد بود برای بازسازی اعتماد جامعه نسبت به کارگزاران.

بر همین اساس مجلس هفتم قانون‌گذاری، طرحی با عنوان «صیانت جامعه در برابر مفاسد اقتصادی» تهیه کرد، اما بعدها عنوان آن به طرح «رسیدگی به دارایی مقامات، مسئولان و کارگزاران نظام جمهوری اسلامی ایران» تغییر یافت. با توجه به عدم تعیین تکلیف این طرح در مجمع تشخیص مصلحت نظام و ضرورت اتخاذ تدابیر مناسب پیشگیری از فساد، لایحه دیگری با عنوان «لایحه شفاف‌سازی و بررسی اموال و دارایی‌های مسئولان کشور پس از انقلاب» در کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس مطرح شد، ولی هیچ‌کدام از طرح‌ها و لوایح هنوز به تصویب نهایی نرسیده و شورای نگهبان همچنان معتقد به حصری بودن مصادیق مذکور در اصل ۱۴۲ بوده و با توسعه دامنه آن به سایر مقامات مخالفت است. این برداشت از اصل ۱۴۲ عملاً جامعه را از یکی از کارآمدترین ساز و کارهای پیشگیری از جرایم اقتصادی- مالی محروم می‌کند.

۲-۴- پیشگیری از طریق شفافیت در فرایندها و قوانین و مقررات

اقدامات پیشگیرانه در دو رویکرد اجتماعی و وضعی، به طور کلی یا ناظر به افراد است یا ناظر به موقعیت‌ها؛ در ارتباط با اقدامات ناظر به افراد، حذف یا محدود ساختن عوامل جرم‌زا در اولویت قرار می‌گیرد و در خصوص اقدامات ناظر به موقعیت، بر مدیریت عوامل فیزیکی جهت کاهش وضعیت‌های مستعد گذر از اندیشه به عمل تأکید می‌شود. کارآمدی تدابیر دسته دوم مستلزم

این است که پس از تعیین و تعریف جرم موردنظر، وضعیت‌های پیش‌جنایی تسهیل‌کننده، شناسایی گردد. از جمله مهم‌ترین وضعیت‌های پیش‌جنایی در ارتباط با فساد اداری، با توجه به ویژگی‌های این دسته جرایم، به ویژه ارتکاب آن در محیط بسته، فقدان بزه دیده حقیقی، ارتکاب به مناسبت شغلی و ...، عدم شفافیت می‌باشد. این عدم شفافیت گاهی مربوط به فرایندهاست و گاهی مربوط به قوانین و مقررات و در دسترس بودن آن است.

۲-۵- پیشگیری از گذر شفافیت فرایندها

تدابیری که با جهت‌گیری شفافیت جهت کاهش ارتکاب فساد اداری اعمال می‌شود، متنوع است. برخی از اقدامات از لحاظ علمی هرگز به نتیجه موردنظر منتهی نمی‌شود و برخی دیگر در صورت اجرا به شکل مناسب، با افزایش هزینه و کاهش منافع برای مرتکب، موجب کاهش فرصت ارتکاب این جرم می‌گردد. تصویب مقرراتی با هدف مهیا ساختن مراجعه مستقیم مردم به اطلاعات مربوط به روند سازماندهی، اجرای وظایف و تصمیم‌گیری‌های تشکیلات دولتی، حذف تشریفات اداری به منظور تسهیل دسترسی مردم به مقامات تصمیم‌گیر و اطلاع‌رسانی به مردم از طریق انتشار گزارش‌های دوره‌ای، از جمله تدابیر دسته‌آخر است که در ماده ۱۰ کنوانسیون میردا بر آن تأکید شده است. در همین راستا، فصل سوم قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات با عنوان «ترویج شفافیت» هر یک از مؤسسات عمومی را مکلف ساخته است در راستای نفع عمومی و حقوق شهروندی، به طور سالانه اهداف، وظایف، سیاست‌ها، خطی‌مشی و ساختار؛ مراحل انجام خدمات مربوط به اعضای جامعه؛ انواع اسناد و اطلاعاتی که در آن مؤسسه نگهداری می‌شود، همراه با آیین دسترسی به آن؛ سازوکارهای مشارکت مردم و نیز سازوکارهای شکایت شهروندان را منتشر نمایند.

شفافیت در اینجا هدف نیست، بلکه ابزار است؛ درواقع شفافیت، علاوه بر این که اجازه کنترل و نظارت شهروندان را فراهم نموده، موجب بازسازی اعتماد آنان نسبت به سلامت کارگزاران و فرایندهای اداری مرتبط با حقوق شهروندی نیز می‌شود. بی‌جهت نیست قانون‌گذار در قانون ارتقاء سلامت با تأکید بر لزوم اطلاع‌رسانی عمومی مأموریت‌ها و رویه‌ها (ماده ۳)، پوشش اطلاعاتی فعالیت‌های عمده اقتصادی دولتی و عمومی (ماده ۴)، تهیه پایگاه اطلاعات قراردادها، تدوین راهکارهای شفاف سازی اطلاعات و فعالیت‌های دستگاه‌های اجرایی (ماده ۸)، نظارت بر فعالیت‌های اقتصادی اشخاص حقیقی و حقوقی (ماده ۹)، اجرای برنامه‌های آموزش عمومی و

اطلاع رسانی این قانون (ماده ۳۱) و ... خواسته است از طریق مکلف ساختن دستگاه‌های دولتی و مؤسسات خصوصی حرفه‌ای عهده دار مأموریت عمومی به شفافیت فرایندهای سیاستگذاری- تصمیم‌گیری، این پیام جرم‌شناختی را به بزه‌کاران بالقوه القاء کند که آن‌ها در معرض دید و پایش و دستگیری هستند و بدین طریق از ارتکاب جرایم مندرج در ماده ۱ همین قانون، مانند ارتشاء، اختلاس، تبانی، سوءاستفاده از مقام یا موقعیت و پرداخت‌های غیرقانونی، پیشگیری و در صورت ارتکاب به کشف و مجازات مرتکبین مطمئن شود. هرچند در تناقض با این خواسته، دامنه شمول شفافیت را محدود نموده است.

۳- پیشگیری کیفری از فساد اداری در قانون ارتقاء سلامت

تاریخ بشر از تمایل قوی به ارائه پاسخ‌های قهرآمیز و سرکوبگر به رفتارهای خلاف هنجار یا به عبارت دیگر مجازات مرتکب حکایت دارد. تا مدت‌ها خود افراد، یعنی بزه‌دیدگان یا خانواده‌های آنان، اختیار تحمیل کیفر با رویکرد انتقام‌جویانه را در دست داشتند. آرام آرام و با گذشت زمان، عمل کیفردهی از طریق قانون مند کردن شکل و میزان آن به دست مأموران متصدی قرار گرفت. در اینجا ایده و تفکر غالب این بود که کیفر می‌تواند و باید ترس از ارتکاب ایجاد کند. بدین ترتیب سه کارکرد پیشگیرانه به ضمانت اجرای کیفری اختصاص یافت.

در بحث پیشگیری کیفری، ابتدا کارکرد پیشگیری عمومی مطرح است که بر اساس آن کیفر و مجازات مرتکب باید عبرت همه کسانی باشد که ممکن است از اندیشه به عمل گذر کرده و مرتکب شوند. سپس کارکرد پیشگیری خاص، یعنی کیفر مرتکب، به گونه‌ای که موجب انصراف وی از تکرار رفتارهای مجرمانه اش گردد، مطرح می‌شود. در این حالت، فرض بر این است که هرچه مجازات شدیدتر باشد، اثر بازدارندگی آن بیشتر خواهد بود. سرانجام سومین کارکرد خنثی‌سازی است. این کارکرد به دنبال کاهش توان و امکان ارتکاب اعمال مجرمانه به صفر می‌باشد، خواه به صورت موقت، خواه دائم. به عنوان مثال کیفر مرگ و زندان ابد ابزاری است برای سلب توان ارتکاب و قرار دادن آنان در حالتی که امکان صدمه زدن نداشته باشند (جندلی، ۱۳۹۳، ۳۴).

بدین ترتیب، نظام عدالت کیفری همچنان به دنبال این است که از طریق دخالت‌های کیفری به پیشگیری نائل آید، اما این دخالت کیفری پیشگیرانه باید با توجه به اشکال جرایم متفاوت باشد؛ به عبارت دیگر، عدالت اقتضا می‌کند که حقوق کیفری در اصول، رویکرد و پاسخ‌های خود بر پایه تحولات همه‌جانبه اجتماعی، علمی و حقوق بشری سده بیست و یک،

بازنگری و بسیاری از آن‌ها را در پرتو متنوع شدن جرایم، مجازات‌ها و مجرم در قالب راهبردی افتراقی بازتعریف کند.

افتراقی سازی به لحاظ تاریخی ابتدا به صورت دوقطبی (جرایم عادی - خطرناک) و با گذر زمان با وارد کردن «موقعیت جنایی»، که آماج بزه دیده جزء آن محسوب می‌شود، درمحتوای برنامه‌های خود، علاوه بر جرم و مجرم، دارای هندسه سه ضلعی شد. بدین ترتیب، افتراقی سازی تقنینی سیاست جنایی عمدتاً در چارچوب سه معیار ۱- گونه شناسی جرایم ۲- گونه شناسی بزهکاران ۳- گونه شناسی بزه دیدگان و موقعیت‌های مشرف بر ارتکاب جرم صورت می‌گیرد. (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۲، ۵۲)

افتراقی سازی سیاست جنایی بر اساس گونه شناسی جرایم در قلمرو فساد اداری - مالی، به شکل پیش‌بینی قوانین کیفری ماهوی و شکلی خاص و فساد مالی، معمولاً خارج از قانون مجازات صورت می‌گیرد.

۳-۱- افتراقی سازی حقوق کیفری ماهوی

حقوق کیفری مدرن بر پایه یک سلسله اصول کلی، با توجه به زمینه‌ها و نیازهای اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی وقت جوامع اقدام، به جرم انگاری و کیفرگذاری می‌کند و در طول زمان اقدام‌ها و پاسخ‌های خود را بر پایه تحولات بزهکاری متنوع می‌سازد. بدین ترتیب راهبرد افتراقی سازی (مهدوی پور، ۱۳۹۰، ۲۲۵) گاه در حوزه جرم انگاری است، یعنی ممنوع کردن یک رفتار، اعم از فعل و یا ترک فعل و گاه در حوزه کیفرگذاری، یعنی پاسخ رسمی دولت به پدیده مجرمانه.

۳-۱-۱- افتراقی سازی از طریق توسعه جرم انگاری ترک فعل

بر اساس ماده ۲ قانون مجازات اسلامی، جرم هر رفتار، اعم از فعل یا ترک فعل است که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است. در حوزه فساد اداری - مالی، گرایش اسناد بین المللی و نیز قانون گذار داخلی، به دلیل تسری آثار جرم نسبت به تمام جامعه و خطرات بالقوه آن برای سلامت و امنیت عمومی، توسعه دامنه جرم انگاری ترک فعل است.

در همین راستا، قانون ارتقاء سلامت، مجازات ترک گزارش جرایم و تخلفات مرتبط با مفاسد اقتصادی که در ماده ۶۰۶ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۷۵ و نیز ماده ۱۳ قانون ارتقاء سلامت

به مسئولان دستگاه‌های مشمول منحصر کرده بود را ناکارآمد دانسته و به لحاظ رؤیت پذیر نبودن جرایم مرتبط با مفاسد اقتصادی و بالا بودن رقم سیاه، مجازات ترک گزارش جرم و تخلف را به هر یک از کارکنان دستگاه‌های موضوع این قانون تسری داده است. (طاهر، ۱۳۹۵، ۷۲)

ماده ۱۴ همین قانون، با هدف پیشگیری از فساد، قدم را فراتر نهاده و با توسعه قلمرو ترک فعل به غیر کارکنان دستگاه‌های دولتی، ترک اعلام فساد از جانب کنش گران پیشگیری از جرایم شرکتی یعنی بازرسان، کارشناسان، حساب‌رسان، ممیزین و ناظران را جرم انگاری و مشمول پاسخ‌های کیفری و نیز غیرکیفری به صورت توأمان نموده است. (خاندوزی، ۱۳۸۶، ۵۵)

بدین ترتیب، توسعه جرم انگاری ترک فعل گزارش دهی جرایم مرتبط با مفاسد اقتصادی به کارکنان دستگاه‌های اداری، از درک خطر تهدیدات ناشی از فساد نسبت به ثبات و امنیت جامعه، توسط قانون گذار و مصمم شدن دولت بر پیشگیری از فساد حکایت دارد.

البته مسئولیت کیفری، ناشی از ترک فعل در حقوق کیفری دیرینه طولانی دارد، لیکن توسعه آن به حوزه فساد اداری- مالی در راستای افتراقی سازی سیاست جنایی تقنینی در زمینه فساد تعبیر می‌شود. مسئله مهم دیگر که در قلمرو پیشگیری از فساد اداری- مالی، نوآوری محسوب می‌شود و ضرورت دارد موضوع تحقیقات خاص قرار گیرد، مسئولیت ناشی از ترک پیشگیری از فساد است؛ یعنی مسئولیت مقامات، مدیران و سرپرستان هر واحد سازمان‌های دولتی در قبال پیشگیری از جرایم کارکنان مجموعه تحت سرپرستی خود آنان است. (طاهر، ۱۳۹۵، ۷۲)

ماده ۱۵ قانون ارتقاء سلامت در همین راستا، مقامات و مدیران هر واحد در سازمان‌های دولتی را به تناسب مسئولیت و سرپرستی خود موظف به پیشگیری از فساد نموده است. نتیجه منطقی پیش بینی این تکلیف پیشگیرانه این است که هر مدیری، در زمان انتصاب یا پذیرش مسئولیت، باید علاوه بر برنامه اجرایی صنفی، برنامه پیشگیری نیز ارائه و شیوه اجرای آن را مشخص نماید. در همین راستا ماده ۱۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲، کلیه دستگاه‌های عضو ستاد را موظف ساخته است در چهارچوب اولویت‌های تعیین شده، برنامه‌های سالانه پیشگیری از قاچاق کالا و ارز دستگاه متبوعه خود را جهت بررسی و تصویب به ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز ارائه نمایند. این بحث در حقوق بین الملل کیفری و پس از جنگ جهانی دوم، زمانی مورد توجه جدی قرار گرفت که یک ژنرال ژاپنی به دلیل خودداری از مراقبت

و نظارت بر اعمال افراد زیردستش که منجر به ارتکاب اعمال مجرمانه شده بود، به مجازات مرگ محکوم کرد. استدلال دادگاه این بود که او «حتماً از این وقایع ارتكابی مطلع بوده ولی هیچ اقدامی برای پیشگیری از ارتكاب آن به عمل نیاورده است». (میر محمد صادقی، ۱۳۸۳، ۱۴۴)

اما اگرچه این الزام به پیشگیری از جرایم کارکنان تحت سرپرستی در ماده ۱۵ قانون ارتقاء سلامت، به دلیل عدم پیش بینی ضمانت اجرای کیفری ممکن است در درازمدت کارایی خود را از دست بدهد، ولی به عنوان قدم نخست از آن جهت که می تواند موجب تقویت و توسعه فرهنگ پیشگیری از جرم در سطح نهادهای اجرایی گردد قابل توجه است.

ناگفته پیداست موظف ساختن مدیران به پیشگیری از جرایم حوزه سرپرستی خود، مجوز توسل به هر وسیله و نیز نقض حق بر حریم خصوصی افراد نمی باشد و برنامه های پیشگیرانه کنشی مدیران، به ویژه پیشگیری های وضعی- فنی باید با رعایت حقوق بنیادین افراد اجرایی شود.

بدین ترتیب، این محورها اگرچه به طور متفرقه در قانون ارتقاء سلامت پیش بینی شده است، ولی می تواند، در راستای سیاست جنایی افتراقی تقنینی در خصوص فساد، اجزاء «لایحه جامع پیشگیری کیفری از فساد» را تشکیل دهد، لایحه ای که قوه قضائیه در ماده ۱۱ همین قانون، ملزم به تهیه آن ظرف یک سال از طریق بازنگری قوانین جزایی مرتبط با جرایم موضوع این قانون از طریق تناسب مجازات ها با جرایم و بررسی خلأهای موجود شده است. هرچند با وجود گذشت بیش از دو سال از انقضاء مهلت تعهد، یعنی آبان ۱۳۹۱، هنوز به طور رسمی چنین لایحه ای از طرف قوه قضائیه در اختیار دولت قرار داده نشده است.

۳-۱-۲- افتراقی سازی پاسخ

از آنجایی که مرتکبان فساد اداری- مالی اغلب از دانش اقتصادی، تجاری و مالی برخوردارند و معمولاً با حسابگری جزایی هزینه- فایده ارتكاب جرم را ارزیابی می کنند، به دورنمای کیفر بی توجه و بی تفاوت نیستند. لذا حفظ شرط بازدارندگی منوط به رعایت تناسب کیفر با شدت جرم است. علاوه بر این، ضمانت اجراها تعرفه میزان اهمیت جرم برای جامعه نیز محسوب می شوند؛ به عبارت دیگر، مردم از طریق نوع و میزان مجازات پیش بینی شده اول متوجه اهمیت جرم می شوند، دوم تکلیف کیفری خود را به روشنی تشخیص خواهند داد، سوم بین آن جرم و پاسخ

مربوط رابطه ذهنی برقرار و تصمیم به ارتکاب یا عدم ارتکاب می گیرند.

پیشگیری کیفری از فساد از گذر افتراقی سازی ضمانت اجراها گاه به شکل تغییر کیفرهای موجود و وارد کردن ضمانت اجراهای جدید در زرادخانه کیفری و گاهی به صورت افزایش شدت، پیش بینی امکان صدور یک مجازات تکمیلی مانند منع از داشتن دسته چک و یا اصدار اسناد تجاری، موضوع بند «ج» ماده ۲۳ قانون مجازات و یا پیش بینی کیفیات مشدده مانند حداقل دو برابر شدن میزان جزای نقدی در زمان ارتکاب جرم توسط اشخاص حقوقی موضوع ماده ۲۱ قانون مجازات با جهت گیری خنثی سازی و سلب توان ارتکاب جرم انجام می شود. ماده ۵ قانون ارتقاء سلامت در همین راستا، محکومان به مجازات های قطعی، در جرائم مالی عمدی تصریح شده در این قانون را به مدت سه سال از تاریخ قطعیت رأی، به عنوان نوعی مجازات تکمیلی، مشمول کلیه محرومیت های مندرج در بند «الف»، یعنی محرومیت شرکت در مناقصه ها و مزایده ها، دریافت تسهیلات مالی و اعتباری، تأسیس شرکت تجاری، مؤسسه غیر تجاری و عضویت در هیأت مدیره و مدیریت و بازرسی هر نوع شرکت یا مؤسسه، دریافت و یا استفاده از کارت بازرگانی، اخذ موافقت نامه اصولی و یا مجوز واردات و صادرات، عضویت در ارکان مدیریتی و نظارتی در تشکل های حرفه ای، صنفی و شوراهای عضویت در هیأت های رسیدگی به تخلفات اداری، انتظامی و انتصاب به مشاغل مدیریتی نموده است.

۴- افتراقی شدن حقوق کیفری شکلی

صیانت از جامعه در برابر فساد مالی تنها از طریق وضع مجازات مؤثر و متناسب تضمین نمی گردد، بلکه علاوه بر آن لازم است قانون گذار در راستای سیاست جنایت افتراقی درصدد وضع مقررات شکلی برآید (آشوری، ۱۳۸۳، ۱۱) تا با توجه به پیچیدگی و فنی بودن جرایم مرتبط با فساد، امکان کشف، تعقیب و تسریع در اجرای کیفر (جعفری، ۱۳۹۰، ۵) نسبت مجرم را فراهم سازد. این اراده مبارزه مؤثر با فساد، در قانون ارتقاء سلامت ظهور یافته است.

بر همین اساس، بند «ب» ماده ۱۵ قانون ارتقاء سلامت، قوه قضائیه را ملزم ساخته است لایحه جامعی به منظور رسیدگی به جرایم مربوط به مفاصد اقتصادی و مالی مدیران کارکنان دستگاه های دولتی عمومی که به سبب شغل و یا وظیفه مرتکب می شوند، شامل تشکیلات، صلاحیت ها، آیین دادرسی و سایر موضوعات مربوطه تهیه کند و به دولت ارائه دهد که البته تاکنون نسبت به آن اقدام نشده و در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب اسفند ۱۳۹۲ نیز

انعکاسی از آن وجود ندارد.

۵- پیشگیری از فساد اداری در حقوق کیفری کامن لا

مسئله مقابله با فساد اداری در حقوق کامن لا یکی از مصادیق بارز و مهمی است که همواره توسط دولت این کشور دنبال شده است. سیستم جزایی انگلستان که به صورت رویه قضایی اداره می‌گردد، مسئله فساد اداری را در قانون رشا و ارتشا سال ۲۰۱۰ جرم‌انگاری نموده است.

۵-۱- پیشگیری از فساد اداری در حقوق کامن لا

شکی وجود ندارد که یکی از مهم‌ترین راه‌های دستیابی به سلامت اداری در نظام هر کشوری، مبارزه با رشوه خواری است و شاید از همین رو است که بسیاری کشورهای جهان تلاش می‌کنند ساز و کارهای قانونی خود را در این زمینه ارتقا دهند. متأسفانه باید پذیرفت نظام اداری ایران در حال حاضر، تا دستیابی به جایگاه مطلوب خود راه درازی در پیش دارد. تصویب جدیدترین قانون مبارزه با ارتشا در انگلستان در سال گذشته، که به حق دارای ساز و کارهای بسیار پیشرفته‌ای برای مبارزه با رشا و ارتشا است، در این بخش سازو کارهای مقابله با فساد اداری در انگلستان و نحوه پیشگیری از آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۵-۱-۱- سوء استفاده از اختیارات اداری در نظام حقوقی کامن لا

اصل حاکمیت قانون بر اداره، در معنای سلبی و مضیق خود عبارت است از التزام اداره در برابر قانون به این که از مرجع عمومی، عملی مادی یا قانونی سرزنشند که با حکم قانون در مغایرت باشد و در معنای ایجابی و موسع خود اشعار دارد به این که مرجع عمومی باید کلیه اعمالی که از ناحیه وی صادر می‌شود را بر مبنای قاعده‌ای قانونی - مدون یا عرفی - مستند کند که به وی اجازه این اعمال را می‌دهد، به ویژه در مواردی که متضمن مداخله‌هایی در حقوق شهروندان است لازمه استقرار و تثبیت چنین اصلی، آن است که نظامی ترجیحاً قضایی برای کنترل قانونیت اعمال مراجع عمومی، اعم از تصمیم‌ها، اقدام‌ها، مقررات و هم‌چنین ترک فعل و قصور در اقدام وجود داشته باشد که در صورت بروز هرگونه اختلافی میان دولت و شهروندانی که از منفعت قابل ملاحظه‌ای در رابطه با این اعمال برخوردارند، مراتب را رسیدگی کند. (برادلی، ۱۹۹۹، ۵)

اختلاف‌های ی که می‌توانند به انحاء مختلف بروز یابند: اختلاف بر سر وجود صلاحیت

قانونی اعم از تکلیفی یا تخییری؛ اختلاف در رابطه با روش اتخاذ تصمیم‌ها و به عبارت دیگر، توافق نداشتن درباره‌ی آیین‌های تصمیم‌گیری به کار گرفته شده؛ اختلاف در رابطه با انگیزه و هدف مقامات عمومی از اعمال صلاحیت واگذار شده به آن‌ها؛ و اختلاف در رابطه با نتیجه‌گیری نادرست و مبادرت به تصمیم‌گیری بر این اساس. (آلدر، ۱۹۸۹، ۲۳)

در واقع می‌توان گفت این توصیف، کنترل قضایی، ابزار و ضمانت اجرایی است که مقتضیات حاکمیت قانون بر اداره، یعنی مخالفت نکردن اعمال اداری با صلاحیت‌های واگذار شده به مراجع عمومی و انطباق آن‌ها با استانداردهای اساسی شکلی (انصاف و برابری) را تضمین میکند؛ البته با این توضیح که دادگاه‌ها وارد ماهیت موضوع مورد رسیدگی نشده و از صلاحیت جایگزین کردن صلاح دید شخصی‌شان به جای صلاح دید مرجع صلاحیت دار برخوردار نیستند و تنها می‌توانند با الغای عمل اداری، تصمیم‌گیری مجدد را به مرجع صلاحیت دار احاله کنند.

۵-۱-۲- مصادیق سوء استفاده از اختیارات اداری

تعریف روشن و دقیقی از این مفهوم در نظام حقوقی کامن لا وجود ندارد و از این رو برخی نویسندگان حقوقی بنا به نظر خود، فهرست بلند بالایی از مصادیق آن را در اختیار خوانندگان آثار خود قرار می‌دهند حال آن که برخی دیگر به دو یا سه مورد، به عنوان مصادیق سوء استفاده از اختیارات بسنده می‌کنند؛ در این میان، آن چه که روشن است اول آن که، هدف از آن به گفته‌ی «ژرژ»، حقوقدان برجسته فرانسوی پیش‌گیری از تمایلی طبیعی است که اساساً واگذاری قدرت می‌تواند در مقامات عمومی به وجود آورد؛ یعنی «استفاده از صلاحیت‌های واگذار شده برای دستیابی به اهدافی غیر از اهدافی که قانون واگذارنده‌ی صلاحیت، مطمح نظر داشته است» و دوم آن که، منظور از این عبارت، موردی است که در آن، عمل خطایی واقع نشده (مانند خروج از اختیارات) و یا حتی عمل درستی به شیوه و روشی خطا انجام نشده است (مانند نقض اصول شکلی و عدالت طبیعی)، بلکه اقدامی درست با انگیزه و دلیلی نادرست انجام شده است. (نجابت‌خواه، ۱۳۹۰، ۲۴)

به عبارتی دیگر: «سوء استفاده از اختیارات یا قدرت وقتی است که مامور یا مقام اداری تصمیماتی می‌گیرد یا عملی انجام می‌دهد که به ظاهر قانونی اما در باطن، هدفی خلاف آنچه که قانون گذار تعیین کرده است تعقیب می‌کند؛ مانند آن عمل و تصمیم اداری که از روی حب و بغض یا به منظور انتقام جویی یا کینه توزی یا اخاذی و جلب سود برای خود یا دیگران انجام شود

و یا اساساً مامور کار دیگری خارج از صلاحیت خود انجام دهد» (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۵، ۳۳) البته شاید با توجه به آن چه که بیش تر مؤلفان حقوقی بر آن تأکید دارند بهتر آن باشد که در این تعریف، کمی جرح و تعدیل کنیم و براساس نظام حقوقی کامن لا، این توصیف از سوء استفاده از اختیارات را ارایه کنیم:

سوء استفاده از اختیارات وقتی است که مامور یا مقام اداری تصمیم‌های ی می‌گیرد یا عملی انجام می‌دهد که به ظاهر قانونی بوده اما در باطن، تحت تأثیر انگیزه‌های درونی - مثبت یا منفی، یا با استنباط و تفسیر نادرست از قانون، هدفی خلاف آن چه که قانون گذار تعیین کرده است را تعقیب می‌کند؛ عوامل غیرمرتبط را در تصمیم‌گیری خود دخالت می‌دهد؛ عوامل موثر و مرتبط را در تصمیم‌گیری لحاظ نمی‌کند و یا صلاحیتی را به جای صلاحیتی دیگر به کار می‌بندد.

با عنایت به این تعریف می‌توان سوء استفاده از اختیارات را بنا به نظر بیش تر مؤلفان نظام حقوقی کامن لا شامل موارد زیر دانست: تعقیب اهدافی غیر از هدف قانون گذار؛ توجه به عوامل غیرمرتبط و ملاحظه نکردن عوامل مرتبط در تصمیم‌گیری؛ به کارگیری و اجرای صلاحیت قانونی معین به جای صلاحیت قانونی لازم یا اصلی. (باربر، ۱۹۸۵، ۱۲)

اگرچه برخی «سوء نیت» را هم از مصادیق آن دانسته‌اند و دعوای «آنیسمینیک» در سال ۱۹۶۹ را یکی از موارد درخواست کنترل قضایی بر این اساس به شمار آورده‌اند. اما با این حال تأکید کرده‌اند که هم موارد ادعای آن نادر است و هم احراز آن، بسیار مشکل؛ به طوری که به سختی می‌توان مثالی یافت که در آن، سوء نیت مبنای مستقلی برای اعتراض به یک تصمیم اداری بوده باشد و خواهان توانسته باشد به طور موفقیت آمیزی دعوای بطلان یک عمل اداری را به پیش ببرد. (باربر، ۱۹۸۵، ۱۳)

از این رو صحیح‌تر دانسته‌اند که آن را انگیزه و موجبی به شمار آورند که مقام عمومی را به دخالت دادن عوامل غیرمرتبط در تصمیم یا تعقیب اهدافی غیر از هدف قانون گذار و می‌دارد و یا آن که موجب «غیرعقلانی» قلمداد کردن تصمیم می‌شود؛

مانند دعوای «وب» علیه وزیر مسکن و دولت محلی در سال ۱۹۶۵. اگرچه باید به این نکته توجه کرد که اقدامی می‌تواند با هدف درست و قانونی هم انجام شود، در حالی که توأم با سوء نیت باشد و یا این که اقدامی بدون سوء نیت انجام شود، اما به دلیل دخالت دادن عوامل غیرمرتبط یا

تعقیب هدفی نادرست براساس تفسیر اشتباه قانون، غیرقانونی و خارج از حدود اختیارات قلمداد شود. لازمه ی سوء نیت، غرض ورزی و نداشتن صداقت است و چنانچه مقام تصمیم گیرنده بدون هیچ گونه غرض ورزی، با وجود آگاهی از بی اعتباری تصمیم خود، تصمیمی اتخاذ کند که آثار حقوقی به بار نمی آورد، اقدام توأم با سوء نیت قلمداد نمی شود. (آلدر، ۲۰۰۲، ۳۰)

در واقع سوء استفاده از اختیارات یکی از اساسی ترین و اصلی ترین موارد در حقوق کیفری انگلستان و مقابله با فساد اداری بوده که همواره قانون گذار تلاش داشته است به واسطه سوء استفاده از قدرت فرد در انجام این مسئله، تلاش نماید به این موضوع پایان دهد و در این رابطه رویه قضایی یکسانی را در پیش گرفته است.

با این توضیح، حال به بررسی مصادیق سوء استفاده از اختیارات که مورد اشاره قرار گرفته اند، که در حقوق اداری کامن لا بررسی می گردد:

۵-۱-۳- تعقیب اهدافی غیر از هدف قانون گذار

هیچ صلاحیت مطلقى در حقوق عمومى وجود ندارد. قدرت قانونى واگذار شده به منظور اهداف عمومى بر مبنای اعتماد واگذار شده است و نه به طور مطلق؛ یعنی تنها در صورتى معتبر خواهد بود که به شیوه ی درست و مشروع که پارلمان در هنگام واگذار کردن آن مد نظر داشته است، به کار گرفته شود. به عبارتى در مواردی که قانون موضوعه، صلاحیتی را به مقام یا نهادی قانونی واگذار کرده و خواه به موجب مقررات صریح یا بنا بر ویژگی کلی قانون، به نظر می رسد که قصد از واگذاری این صلاحیت، این است که تنها برای هدفی خاص به کار گرفته شود، اعمال آن برای غیر از این هدف و به منظور دست یابی به برخی اهداف جانبی، غیرمعتبر خواهد بود. (باربر، ۱۹۸۵، ۱۵)

از این رو قابل تصور است که مرجع عمومى برخلاف اعتمادی که قانون گذار در هنگام واگذاری صلاحیتی به وی داشته است، این صلاحیت را با هدف و انگیزه ی منفعت شخصی یا اضرار به دیگری و یا با اهداف اخلاقی، سیاسى و حزبی به کار ببندد و یا آن که با انگیزه ی تأمین منافعى برای دستگاه متبوع خود یا تأمین منافعى که نتیجه ی آن به اقشار جامعه خواهد رسید، اعمال کند. هم چنین امکان دارد که مرجع عمومى صلاحیت را به جای هدف اصلی از آن و با نادیده گرفتن هدف اصلی، با هدفی دیگر که هرچند اشکال خاصی بر آن وارد نیست، اما متفرع

بر هدف اصلی بوده و یا در درجه اهمیت پایین تری قرار دارد و به عبارتی، با هدفی که در واقع، اعمال درستِ صلاحیت موردنظر نیست، به کار ببندد. این گونه اعمال، مصداقی از سوء استفاده از اختیارات واگذار شده از سوی پارلمان بوده و محل ایراد هستند. (باربر، ۱۹۸۵، ۱۷)

در این رابطه مثال‌هایی مد نظر می‌باشد:

- هم چنان که شورای مشاوران سلطنتی در دعوای شورای شهر سیدنی علیه کمپل (۱۹۲۵)، اظهار داشته، مرجع محلی نمی‌تواند صلاحیت خود مبتنی بر خرید قهری اراضی برای توسعه ی خیابان‌ها و بهبود فضای شهری را برای سرمایه گذاری و کسب منفعت از افزایش احتمالی در ارزش زمین استفاده کند، هرچند از منافع به دست آمده از آن برای تعدیل در عوارض اهالی محل استفاده شود.

- هیچ وزیری که باید به صلاحیت قانونی خاصی عمل کند، نمی‌تواند تحت تأثیر ملاحظه‌های سیاسی وسیع تری که سیاست قانون را پیش نمیبرد، قرار گرفته و بر این اساس عمل کند. هم چنان که در دعوای پادفیلد علیه وزیر کشاورزی، شیلات و تغذیه (۱۹۶۸)، اقدام وزیر مبنی بر عدم ارجاع شکایت‌های مربوط به عملکرد طرح بازاریابی شیر به کمیسیونی که قانوناً، وزیر از صلاحیت ارجاع شکایت‌ها به این کمیسیون برخوردار بوده، به خاطر ترس از این که تأیید این شکایت‌ها می‌تواند به کلّ طرح یادشده لطمه وارد کند (و به عبارتی، با هدف حمایت از طرح موجود)، از سوی مجلس اعیان غیرقانونی قلمداد شده است. (بارنت، ۲۰۰۷، ۹۱)

- دولت نمی‌تواند در حالی که به وی این صلاحیت قانونی داده شده که بنا بر اهداف صرفاً «اقتصادی» به دیگر کشورها کمک مالی کند، براساس اهداف دیگری هم چون تسهیل در ترتیبات فروش اسلحه، به پروژه‌های هرچند اقتصادی دیگر کشورها کمک مالی اختصاص دهد.

- یک مرجع محلی نمی‌تواند در ایام نزدیک به انتخابات اقدام به فروش ارزان و یک جای ساختمان‌های در اختیار وی، با انگیزه ی واقعی جذب آراء کند؛ هم چنان که مجلس اعیان اظهار داشته با وجود پذیرش واقعیت‌های سیاسی دایر بر این که یک نهاد دموکراتیک میتواند متوقع آن باشد تا در نتیجه ی سیاست‌های خود امتیازاتی را در انتخابات به دست آورد، اما باید توجه داشت که این سیاست‌ها نمی‌تواند برخلاف هدف قانون گذار از ساخت و ساز این ساختمانها اتخاذ شود و صلاحیت واگذار شده از سوی قانون گذار برای ساخت و در اختیار قرار دادن ساختمانها در راستای منافع حزبی تحریف شوند.

- شورای محلی نمی‌تواند به صرف مخالفت برخی از اعضای یک کمیته زیرمجموعه‌ی خود با سیاست‌هایش و وابستگی آن‌ها به حزب رقیب، هرچند که از صلاحیت اخراج افراد زیرمجموعه‌ی خود برخوردار باشد، اقدام به این امر کند؛ چراکه چنین امری، هم چنان که اعضای اخراجی هم ادعا کرده‌اند، جز این قلمداد نمی‌شود که شورا، صلاحیت خود را به صورتی غیرقانونی در راستای هدفی که نسبت به هدف اصلی از اعطای این صلاحیت، نامربوط به شمار می‌آید، به کار بسته است. (بارنت، ۲۰۰۷، ۹۲)

- مرجع محلی نمی‌تواند براساس صلاحیت خود مبنی بر حفظ حیات وحش منطقه، به دلیل این که این مرجع شکار حیوانات خاصی را با اصول اخلاقی خود سازگار ندانسته و آن را اخلاقاً انزجارآور قلمداد می‌کند، اقدام به منع شکار یادشده کند؛ چراکه همان طور که یکی از قضات خاطر نشان کرده به عنوان یکی از اصول بنیادین حقوق عمومی، صلاحیت بنا به هدف خاصی که عبارت است از برآورده کردن منافع عمومی جامعه، اعطا می‌شود و نه بنا به آن چه که دارنده صلاحیت خوشایندش باشد.

- مرجع آموزشی محلی که از صلاحیت نصب و هم چنین عزل مدیران مدارس در صورت وجود شرایطی خاص برخوردار است، نمی‌تواند برخی از مدیران را که در انجام وظایف خود از استقلال برخوردارند، صرفاً به دلیل هم سو نبودن آن‌ها با سیاست‌های ش از کار برکنار کند.

- مرجع عمومی که از صلاحیت بررسی درخواست‌های جواز و صدور آن برخوردار است نمی‌تواند با هدف رشد و ترویج آگاهی معنوی در جامعه، درصدد آن برآید تا در اعمال صلاحیت خود به حمایت از پیروان فعال یک دین شناسایی شده مبادرت کند؛ چرا که هدف قانون گذار از اعطای چنین صلاحیتی، تنها این است که مرجع یادشده به افرادی جواز کار را بدهد که به تداوم جریان بازار توسط اشخاص سالم و مناسب لطمه وارد نکنند و از این روی هدف بیان شده، از اهداف مورد نظر قانو نگذار نبوده است. (لیلند، ۲۰۰۵، ۱۰)

در واقع و در مجموع با توجه به مطالب گفته شده می‌توان چنین استدلال نمود که به واسطه این مسئله در واقع به نوعی قانون گذار انگلستان دولت را نیز مجاز به اعمال خلاف حقوق شهروندی نمی‌داند و در این رابطه همواره پیشگیری از تخلفات دولت و سازمان‌ها را ضروری دانسته است.

۵-۱-۴- توجه به عوامل غیر مرتبط و عدم ملاحظه عوامل مرتبط در تصمیم گیری

یکی دیگر از فاکتورهای شکل دهنده سوء استفاده از اختیارات، این است که مراجع عمومی باید عوامل و ملاحظات را که غیر مرتبط یا فرعی می باشند، در تصمیم گیری خود دخالت ندهند؛ چراکه در غیر این صورت، همچنان که «لرد اشِر»^۱ اظهار داشته: «اگر افرادی که باید یک تکلیف عمومی را با اعمال صلاحیت خود به انجام برسانند، موضوعاتی را مورد توجه قرار دهند که دادگاه ها، این موضوعات را در رابطه با اعمال صلاحیت غیر معتبر بشمار می آورند، از نگاه قانون این مراجع اصلاً صلاحیت خود را اعمال ننموده اند.» هم چنین مراجع عمومی باید ملاحظات را که مرتبط و مؤثر در تصمیم گیری می باشند، حتماً در تصمیم گیری های خود بطور مقتضی و صحیحی دخالت دهند و آن ها را نادیده نگیرند. قصور در توجه به ملاحظات مرتبط می تواند به معنای آن باشد که مقام تصمیم گیرنده بدون ادله لازم جهت توجیه تصمیمش عمل نموده است.

البته باید تأکید نمود که عدم توجه به عوامل مرتبط و مؤثر در اتخاذ تصمیم و توجه به عوامل غیر مرتبط، در صورتی زمینه مداخله دادگاه ها جهت کنترل قضایی را فراهم می آورند که اولاً تصمیم به انجام یک کار ویژه صرفاً اداری مربوط نشود که تأثیری بر حقوق اشخاص ندارد و ثانیاً مطابق حکم صادره در دعوی «اوئن» تصمیم از نظر مادی بواسطه آن عامل مرتبط یا غیر مرتبط، تحت الشعاع قرار گرفته باشد، و گرنه چنانچه تصمیم نهایی، مشابه حالتی باشد که اگر آن موضوع مرتبط لحاظ می شد یا عامل غیر مرتبط نادیده گرفته می شد، اتخاذ می شد قانونیت تصمیم قابل خدشه نخواهد بود. (برادلی، ۱۹۹۹، ۳۷)

با این توصیف، اقدام وزیری که با وجود صلاحیت ارجاع شکایات به کمیته تحقیق، به دلیل ترس از مشکلات تبعی سیاسی از این ارجاع خودداری می نماید، و به عبارتی افکار عمومی را عاملی برای تصمیم گیری خود در رابطه با اعمال صلاحیتش قرار می دهد (عامل غیر مرتبط) و یا تصمیم مرجعی محلی که از صلاحیت راه اندازی سیستم حمل و نقل عمومی و صرف کرایه های دریافتی در مواردی که مناسب تشخیص می دهد، برخوردار است، مبنی بر راه اندازی سیستم حمل و نقل رایگان برای سالمندان که برخلاف شرط تعیین شده اعمال صلاحیت بر اساس اصول شغلی متعارف (عامل مرتبط و مؤثر) می باشد، مصادیقی از تصمیمات غیر قانونی و توأم با سوء استفاده از اختیارات می باشند. همین طور است اگر که مرجع محلی عمومی تحت تأثیر ملاحظات

1. Lord Asher

غیرمرتبطی مانند «اصول نامتعارف بشردوستی سوسیالیستی» و «زیاده خواهی های فمینیستی مبنی بر تضمین برابری جنسیتی در موضوع دستمزد» و با نادیده گرفتن ملاحظات مرتبطی مانند هزینه روبه کاهش زندگی و سطح دستمزدها در سطح ملی، اقدام به تعیین مزد برابر ۴ پوند در هفته برای کارگران زن و مرد بنماید یا اینکه بدون توجه به برخی ملاحظات مرتبط و مؤثر مانند تهیه پارکینگ، مسأله ترافیک و امکان دسترسی، تصمیم خود مبنی بر اجازه تأسیس یک استادیوم ورزشی در پارک عمومی را صادر نماید و یا بنا به عاملی غیرمرتبط مانند اقدامات ناشران در جریان اختلافات صنعتی ناشران و کارگران آنها، تصمیم به لغو خرید مجله تایمز برای کتابخانه های عمومی بگیرد و یا بنا به این دلیل که رئیس مرجع محلی بخاطر افترا از ناشران روزنامه خاصی شکایت نموده است (عامل غیرمرتبط)، تصمیم به عدم انتشار آگهی در آن روزنامه را بگیرد. (استوت، ۱۹۹۷، ۱۳۱)

در اینجا، در رابطه با این مؤلفه از سوء استفاده از اختیارات، یعنی ملاحظه عوامل غیرمرتبط و عدم لحاظ عوامل مرتبط، چند نکته را باید خاطر نشان نمود:

نخست اینکه، همانطور که قاضی «لرد سیمون براون»^۱ اظهار داشته، مرجع عمومی در تصمیم گیری های ش با سه نوع از ملاحظات مواجه می باشد:

این مرجع، در مواردی می بایست ملاحظاتی را مورد توجه قرار دهد (فاکتورهای الزامی) و یا در مواردی باید ملاحظاتی را نادیده بگیرد (فاکتورهای ممنوعه) که خود، عبارتند از:

الف- عواملی که قانون صلاحیت بخش، آنها را مشخص نموده، اعم از اینکه طبق گفته قاضی «لرد گرین» در دعوای «ونزبری» صراحتاً معین شده باشند و یا اینکه بطور ضمنی و بر اساس موضوع، قلمرو و هدف قانون موضوعه تعیین شده باشند؛

مثل اینکه در قانون برنامه ریزی شهری و کشوری مصوب ۱۹۹۰ صریحاً مشخص شده باشد که در رابطه با تعیین تکلیف درخواست های مجوز طرح، مراجع محلی و در صورت تجدیدنظرخواهی، وزارت کشور باید «طرح توسعه» و «هرگونه ملاحظات مادی دیگر» را مورد توجه قرار دهند و یا اینکه در قانون برای صدور جواز فعالیت در بازار شرط شده باشد که باید رعایت شود که افرادی اجازه فعالیت بیابند که شخص سالم و مناسبی باشند، که در اینجا بررسی

1. Lord Simon Brown

محکومیت‌های قبلی درخواست دهنده صدور جواز به جرایم جدی می‌تواند ملاحظه ای مرتبط، اما ضمنی بشمار آید. (مک لوی، ۱۹۹۳، ۵۷)

در این باره که آیا ملاحظاتى که بطور ضمنی از قانون بر می‌آیند، برای مقام تصمیم گیرنده الزام آور می‌باشند، هیچ اصول روشنی و جود ندارد و بستگی به اراده دادگاه دارد که با توجه به عبارات قانون موضوعه، تفسیر خود را از قصد پارلمان بیان دارد که آیا این ملاحظات را باید جدی گرفت و الزام آور دانست یا خیر؛ که البته این موضوع، می‌تواند به عنوان یک خطر بشمار آید که دادگاه، نظر و سیاست خود را جایگزین دیدگاه مرجع عمومی قرار دهد و بدین ترتیب، با دخالت دادن دیدگاه‌های سیاسی یا دیگر ارزشها و یا با موسع تر یا مضیق تر تعریف نمودن نظر قانون گذار، تصمیم متفاوت با مرجع عمومی اتخاذ نماید.

ب- مواردی که برای مخاطبان تصمیم، انتظارات مشروعی بوجود آمده است. در مواردی مرجع عمومی تصمیم گیرنده می‌تواند بنا به صلاحدید خود عمل نموده و ملاحظاتى را مورد توجه قرار داده و یا عواملی را نادیده بگیرد؛ (لیند، ۲۰۰۵، ۸۸)

به عبارتی ملاحظاتى که ضروری نیستند و بسته به نظر مرجع عمومی می‌باشند تا تصمیم بگیرد که چه ملاحظاتى باید در فرآیند استدلالی وی نقش ایفا کنند؛ ملاحظاتى که توجه یا عدم توجه به آنها خدشه‌ای به قانونیت تصمیم وارد نمی‌سازند.

نتیجه گیری

شکی وجود ندارد که یکی از مهم‌ترین راه‌های دستیابی به سلامت اداری در نظام هر کشوری، مبارزه با رشوه خواری است و شاید از همین رو است که بسیاری کشورهای جهان تلاش می‌کنند ساز و کارهای قانونی خود را در این زمینه ارتقا دهند. متأسفانه باید پذیرفت نظام اداری ایران در حال حاضر، تا دستیابی به جایگاه مطلوب خود راه درازی در پیش دارد.

به منظور مبارزه همه جانبه با فساد اداری علاوه بر اقدامات سرکوب گرانه که حاکی از اتخاذ سیاست جنایی واکنشی است باید اقداماتی از قبیل اتخاذ سیاست‌های کلیدی و داشتن برنامه همه جانبه و عمومی، به منظور مطالعه و پیش گیری از فساد اداری، تشکیل نهادهای مستقل که مسئولیت انجام فعالیت‌های تبلیغی، آموزشی و پیگیری اصلاحات ساختاری در سازمان‌ها را در جهت کاهش امکان فساد و افزایش شفافیت کارکردی و عملکردی در بخش عمومی را عهده‌دار

باشند، انجام نظارت‌های قانونی برای فراهم آوردن توان لازم جهت کنترل بیشتر مقام‌های اجرایی، ایجاد خطوط ارتباطی و حمایت از مخابرات، انتخاب قضات سالم، پاسخگویی و نظارت مدنی و توجه به احیا و آموزش ارزش‌های اخلاقی که حاکی از اتخاذ سیاست جنایی پیشگیرانه است، صورت پذیرد. - ضمانت اجرای کیفری در حقوق کیفری انگلستان بر اساس قانون رشا و ارتشا مصوب ۲۰۱۰ و استفاده از رویه‌های قضایی در اسناد است. تحولات حقوق اداری در انگلستان حاکی از آن است که در قرن نوزدهم، کم و بیش این اصل در حوزه‌های اداری اعمال شده است، با این حال با پدیداری جنگ جهانی اول و توسعه‌ی صلاحیت‌های اختیاری مقامات اداری، محدودیت‌هایی چون دوگانگی میان تصمیمات اداری و قضایی و حق‌ها و امتیازات نسبت به آن وارد شد. رویه قضایی حقوق عرفی در دهه هفتاد میلادی دست به بازخوانی رویه‌های گذشته می‌زند و این محدودیت‌ها را مرتفع می‌سازد. در واقع در انگلستان با این قانون روند تحولات مقابله با رشوه و ارتشا در نظام اداری وارد فاز جدید شده و کشور انگلستان تلاش داشته است تا در زمینه مسائل و مباحث مرتبط با فساد اداری بیش از پیش موفق عمل نماید. به علاوه با توجه به اینکه توفیق در راهبردهای پیشگیری و مبارزه با فساد و همچنین بهبود وضعیت سلامت، عدالت، شفافیت و مقابله با فساد در کشور، نیازمند ایفای نقش فعال‌تر مجلس شورا اسلامی و قوه قضاییه است، پیشنهاد می‌شود مجلس شورای اسلامی تهیه و تدوین گزارش جامع نظارتی با محوریت تحلیل و ارزیابی سیاست ارتقای نظام اداری و مقابله با فساد را در دستور کار قرار دهد تا بتوان با تکیه بر آن چرخه سیاست گذاری علیه فساد را مورد بازنگری قرار داد.

منابع و مآخذ

۱. اباذری فومشی، منصور، ۱۳۹۲، *ترمینولوژی حقوق نوین*، جلد سوم، چاپ اول، قائم شهر، نشر شهید داریوش نوراللهی.
۲. آقابابایی، حسین، ۱۳۸۸، «توانمندسازی عمومی و پیش گیری اجتماعی از فساد اقتصادی»، *مجموعه مقالات همایش ملی علمی کاربردی پیشگیری از جرم*، تهران، نشر میزان.
۳. باردان، پراناب، ۱۳۸۳، *فساد/داری و توسعه*، ترجمه جواد روحانی، *مجله برنامه و بودجه*، شماره ۴۲.
۴. باقری، ر، ۱۳۸۴، *انحلال ستاد مبارزه با مفاسد اقتصادی به دلیل ناکارآمدی، سیاست روز*، برنامه مبارزه با فساد و ارتقای سلامت در نظام اداری (حکومت).
۵. بیات، محمود، ۱۳۸۷، *نظارت و کنترل اسلامی، نشریه مجلس و پژوهش*، شماره ۵۳.
۶. حاجی ده آبادی، محمد علی، ۱۳۸۳، *امر به معروف و نهی از منکر و سیاست جنایی*، *مجله فقه و حقوق*، شماره ۱، تابستان.
۷. دانایی فرد، حسن، ۱۳۸۶، «*استراتژی مبارزه با فساد: آیا فناوری اطلاعات فساد اداری را کاهش می دهد؟*» *فصلنامه مدرس علوم انسانی*، دوره ۹، شماره ۲ تابستان.
۸. داوید، رنه و کامی ژوفره، اسپینوزی، ۱۳۸۱، *در آمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر*، ترجمه و تلخیص: سید حسین صفایی، تهران، میزان.
۹. زارعی، محمد حسین، ۱۳۸۹، «*حاکمیت قانون در اندیشه های سیاسی و حقوقی*» *فصلنامه مفید*، شماره ۲۶، سال دوم.
۱۰. شمس ناتری، محمد ابراهیم و توسلی زاده، توران، ۱۳۹۰، «*پیشگیری وضعی از جرایم اقتصادی*»، *فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۴۱، شماره ۴.
۱۱. صادق نژاد نایینی، مجید، ۱۳۹۳، *مطالعه جرم شناختی جرایم اشخاص حقوقی حقوق خصوصی: از علت شناسی تا پیشگیری*، رساله دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

۱۲. صفاری، مهدی، ۱۳۸۰، مبانی نظری پیشگیری از وقوع جرم، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۳ و ۳۴، تهران.

۱۳. فرجیها، محمد و محمدباقر مقدسی، ۱۳۹۲، پاسخ‌های کیفری عوام‌گرایانه به مفاسد اقتصادی، دایره المعارف علوم جنایی (مجموعه مقاله‌های تازه‌های علوم جنایی، کتاب دوم، تهران، میزان.

۱۴. 14-Alder, John, "Constitutional and Administrative Law", Macmillan Professional Master, 1989

۱۵. 15-Alder, John, General Principles of Constitutional and Administrative Law, New York: Palgrave Macmillan, 4th ed, 2002