



The Scientific Journal in Jurisprudence and Bases of Islamic law The 3rd.

Year/NO: 4 / Winter 2021

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۹/۳۰

تاریخ پذیرش: ۹۹/۱۲/۰۷

قاعده دفع افسد به فاسد در قوانین کیفری ایران و سیاست پیش‌گیرانه

هوشنگ گل محمدی^۱ سیدمحمد رضا آیتی^۲ محمد کاظم رحمان ستایش^۳

چکیده

با تقابل دو حرام که یکی فاسد و دیگری افسد باشد و تنها راه خلاصی از افسد، ارتکاب و تن دادن فاسد باشد، به حکم عقل و جهت پرهیز از امر افسد، امر فاسد و ناخوشایند مورد استقبال قرار می‌گیرد. تعبیر فقها از این قاعده، «دفع افسد به فاسد» است که مصادیقی از این قاعده در حقوق موضوعه به ویژه حقوق کیفری ایران و سیاست پیش‌گیرانه، قابل طرح و بررسی است. با توجه به نیازهای جامعه امروزی، اهمیت و ضرورت تطبیق این قاعده فقهی با مقررات و قوانین کیفری ایران و سیاست پیش‌گیرانه در تبیین راهبردهایی برای سیاست جنایی، نمود می‌یابد.

به موجب این تحقیق که به روش توصیفی-تحلیلی صورت گرفته می‌توان گفت، در حقوق کیفری ایران چنانچه ارتکاب عمل برای اجرای قانون اهم لازم باشد، آن عمل جرم محسوب نمی‌شود. اضطراب نیز از عوامل ثانوی است که با پیدایش آن تکلیف مربوطه از عهده مکلف خارج می‌شود. از دیگر مصادیق کاربردی قاعده مذکور تجویز پاسخ‌هایی است که تحت عنوان اصلاح و درمان با استفاده از وسایل و داروهای حرام صورت می‌گیرد و از جمله معاذیر معاف‌کننده قانونی، همکاری مجرم با دستگاه قضایی است. دستگاه قضایی جهت رسیدن به اهدافی مهمتر یعنی متلاشی نمودن گروه‌های مخرب و فاسد و نیز پیشگیری از ارتکاب جرائم بزرگتر و مؤثرتر، به ناچار از مهم دیگر که همان مجازات مجرم و مفسد است، صرف نظر می‌کند. البته جواز دفع افسد به فاسد، حتی اگر به عنوان عامل موجهه نیز باشد، منافاتی با لزوم پرداخت ضرر و زیان ندارد.

واژگان کلیدی: دفع افسد به فاسد، قوانین کیفری، سیاست پیش‌گیرانه

۱ دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۲ استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

۳ استادیار گروه علوم قرآن و حدیث، دانشگاه قم، قم، ایران.

مقدمه و طرح مسأله

در تراحم، انسان مکلف نمی‌تواند هر دو یا چند تکلیف را با هم به جای آورد و چاره‌ای جز انجام تکلیف مهم‌تر ندارد به نحوی که مورد اهم را بر مورد مهم ترجیح دهد. بنابراین به تبع تراحم دو فعل حرام، چاره‌ای جز ارتکاب و اتیان یکی از آن دو نیست. به عبارت دیگر، هرگاه دو فعل حرام که یکی فاسد و دیگر افسد(فاسدتر) باشد و نتوان از ارتکاب هر دو صرف نظر کرد، عقل حکم می‌کند که جهت پرهیز از امر افسد و ناخوشایندتر، فعل فاسد که آثار منفی کمتری نسبت به افسد دارد، انجام گیرد با این شرط که راه خلاصی از مفسده بیشتر، صرفاً ارتکاب و تن دادن به امر دارای مفسده کمتر باشد و راه دیگری وجود نداشته باشد.

در توجیه این موضوع، می‌توان گفت که از جمله اهداف اصلی شریعت، تحقق مصلحت‌ها و جلب منافع برای مردم و به تبع، دفع مفسد است، از این رو دفع مفسده تا حد امکان بر همه واجب است. اما در همه موارد نمی‌توان همه مفسد را دفع نمود و به ناچار مواردی که فساد بیش‌تری دارد و به اصطلاح افسد است، باید دفع شود. این امر تحت عنوان قاعده «دفع افسد به فاسد» و به عنوان یکی از مصادیق قاعده اهم و مهم، مطرح می‌گردد. مبنای احکام بر مصالح و مفسد به تبع مبادی یا مقاصد احکام است و قاعده «دفع افسد به فاسد» بر این مبنا استوار است. قاعده مذکور به عنوان یکی از قواعد پرکاربرد در انجام وظایف شرعی، هنگامی جاری است که بین دو چیزی که حرام شده یا دارای مفسده است، تراحم وجود داشته باشد و با اعمال قاعده، آن چه درجه کمتری دارد، انتخاب شود.

با استناد به قاعده «دفع افسد به فاسد» در زمان تراحم دو حرام، حرامی که مفسده کم‌تری دارد به استناد برخی محرمات شرعی، حرمت محرمات ساقط می‌شود و به جواز تبدیل می‌گردد. از طرفی دیگر مکلف با عدم کاربرد قاعده مذکور، یعنی ترک فاسد و ارتکاب افسد به صورت عمدی و از روی علم، عصیان نموده و باید مجازات شود. زیرا فاسد، فعل حرامی است که به منظور دفع افسد، مباح شده است و مکلف موظف است، فعل مباح را مرتکب شود. قاعده «دفع افسد به فاسد» در زمان اضطرار به ارتکاب دو حرام جریان دارد و هرگاه مکلف در مقام عمل توانایی ترک هر دو حرام را ندارد، از این قاعده برای دفع حرامی که حرمتش شدیدتر و فسادش بیشتر است، استفاده می‌کند، در نتیجه به باب تراحم مربوط شده و صرفاً در تراحم مفسد جریان دارد.

برخورد کیفری با مجرمین، در سیره دیرینه جرم‌انگاری، برجسته‌ترین شکل برخورد با جرم و مجرم بوده و به همین دلیل نخستین کاربردهای اصطلاح سیاست جنایی در معنایی معادل حقوق کیفری یا «سیستم کیفری» که مبتنی بر حریم مجازات و قانون و قضا می‌باشد، بوده است. البته با لحاظ کردن عقلانیت در آن. تا آنجا که به حقوق جزا و جرم‌شناسی مربوط می‌شود مطالعه سیاست جنایی حد و مرز مشخصی داشته با بررسی موضوعات و مواد حقوق جزای عمومی و اختصاصی، آیین دادرسی کیفری و مباحث مربوط به ازاله علل فردی و اجتماعی بزهکاری به عمل می‌آید. اما در کاربرد «پدیده مجرمانه» در معنای اعم، مشتمل بر جرم و انحراف، و با احتساب آن دسته عملیات مراجع اجتماعی که به عنوان پاسخ به نقض هنجارهای اجتماعی مربوط می‌شود و به دلیل تنوع و تغییر بسیار آنها، بررسی سیاست جنایی کاری همیشه متغیر خواهد بود که لزوماً تصویر واحد و منسجمی از سیاست جنایی به دست نمی‌دهد.

با توجه به مبنا و جایگاه قاعده «دفع افسد به فاسد» و نیز، سیاست کیفری ایران در خصوص مجرمین مسأله قاعده مذکور در قوانین کیفری ایران و سیاست پیش‌گیرانه قابل طرح است. به عبارت دیگر، با عنایت به اینکه هر فاسد و افسدی جرم نیست ولی مصادیقی از مفاسد در قانون عنوان مجرمانه به خود گرفته است، در صورت ارتکاب یک عمل فاسد جهت اجتناب و دفع افسد، در شرایطی که هیچ راهی به جز ارتکاب عمل فاسد نباشد، آیا در قوانین کیفری ایران در این خصوص پیش‌بینی خاصی شده و می‌توان این موارد را مشمول علل و عوامل موجهه جرم یا از جمله عوامل رافع مسئولیت کیفری دانست و به استناد این قاعده، مرتکب را مسئولیت کیفری مبری دانست؟ علاوه بر این، آیا در جهت اعمال سیاست پیش‌گیرانه می‌توان به استناد و بر مبنای قاعده دفع افسد به فاسد» ارتکاب برخی مفاسد را جهت پیشگیری از افسد(مفاسد بزرگتر) جایز دانست؟ در پاسخ به مسائل مطرح شده، طی مباحثی مجزا برخی مصادیق قاعده «دفع افسد به فاسد» و تطبیق آن در حقوق کیفری ایران و سپس کاربرد این قاعده در سیاست پیشگیرانه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- تطبیق مصادیق قاعده دفع افسد به فاسد در قوانین کیفری ایران

اجرای قانون اهم، اضطرار و امر آمر قانونی از جمله مواردی است که می‌توان به عنوان مصادیق پیش فرض برای قاعده دفع افسد به فاسد در قوانین کیفری ایران مورد بررسی قرار داد.

۱-۱: اجرای قانون اهم

یافته‌های جدید دانش اصول، حاکی از آن است که تنها مرجح مطمئن در تراحم احکام، قانون اهم و مهم است؛ به موجب قانون اهم و مهم که مبتنی بر مصالح احکام است؛ اگر در نزد شارع، ملاک یکی از دو حکم، از ملاک حکم دیگر قویتر باشد، همان حکم بر حکم دیگر مقدم می‌شود. یکی از مصادیق قانون اهم و مهم، همان قانون دفع افسد به فاسد است که چیزی جز اهمیت سنجی اعمال حرام نیست. بنابراین ماهیت قانون اهم و مهم همان تشخیص مصلحت و مفسده موجود در احکام و سنجش آنها با یکدیگر است. (خردمندی و موسوی، ۱۳۹۲، ص. ۳۹)

لزوم تقدم حکم اهم بر حکم مهم در جایی که امکان انجام دادن هر دو حکم وجود ندارد، چنان وضوحی دارد که برخی از فقها آن را از فطریات دانسته‌اند. (سبزواری، ۱۴۱۳، ص. ۲۳۶) سند دیگری که برای اعتبار این قانون وجود دارد، عقل است؛ در تراحم احکام مکشوف، عقل حکم می‌کند که آنچه در نظر شارع اهم است باید مقدم شود، چرا که در کنار تقدیم حکم اهم، سه گزینه رقیب وجود دارد، یکی تقدیم حکم غیر اهم بر حکم اهم، دوم انجام دادن یکی از دو حکم بدون توجه به اهم و مهم بودنشان و سوم ترک هر دو وظیفه. براساس درک عقل، همه گزینه‌های رقیب، قبیح هستند. بنابراین تنها گزینه ممکن، همان تقدیم حکم اهم بر حکم مهم است. (خردمندی و موسوی، ۱۳۹۲، ص. ۴۱) آخرین سندی که می‌توان برای اعتبار این مرجح ارائه کرد نیز اجماع است. جستارهای فقهی نشان می‌دهد که با این قانون هیچ فقیهی مخالفت نکرده است. (علیدوست، ۱۳۸۹، ص. ۴۰)

در حقوق موضوعه نیز، چنانچه ارتکاب عمل برای اجرای قانون اهم لازم باشد، آن عمل جرم محسوب نمی‌شود. بنابراین هرگاه انجام وظایف شخصی مستلزم به کاربردن و انجام عملیات و اقداماتی باشد که در نتیجه آنها به منافع غیر،

لطمه وارد شود، در شرایطی که اعمال مزبور در وضعیت عادی جرم تلقی می‌شوند، ارتکاب همان اعمال در اجرای قانون اهم نسبت به مرتکب، جرم تلقی نمی‌شود.

مصادیق اجرای قانون اهم عبارت است از: تخریب در جهت اطفای حریق و نجات دیگری، سلب آزادی به منظور نجات دیگری و نقض مقررات راهنمایی و رانندگی برای نجات بیمار. همچنین برای تشخیص قانون اهم باید به اولویت ارزش‌های مورد احترام قانونگذار یعنی حفظ جان، حفظ سند، حفظ مال و حفظ آزادی اشخاص توجه نمود. (گلدوزیان، ۱۳۷۸، ص. ۱۴۰)

۲-۱: اضطرار

اضطرار حالتی است که در آن تهدید خارجی برای شخص وجود ندارد ولی اوضاع و احوال برای انجام یک عمل به نحوی است که انسان با وجود عدم رضایت و تمایل به آن کار، با توجه به اوضاع و احوال خاص، آن کار را از روی قصد و رضای خاصی انجام می‌دهد. رضای کامل را در فقه طیب نفس می‌گویند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ص. ۵۶)

اضطرار از عوامل ثانوی است که با پیدایش آن تکلیف مربوطه از عهده مکلف خارج می‌شود. بدین معنی که مکلف را از موضوع حکم شرعی خارج می‌کند که نتیجه آن جواز ارتکاب حرام و یا ترک واجب در حال اضطرار است. به همین دلیل اضطرار را به ناچاری و بی‌اختیاری معنی نموده‌اند. (کریمی، ۱۳۸۳، ص. ۵۱) در مورد تفاوت اضطرار و اکراه گفته شده است که اضطرار اختصاص به وضعیت موجود دارد و از ناحیه فعل شخص است اما اکراه از ناحیه فعل غیر است؛ بنابراین در اضطرار آنچه که محرک مضطر برای انجام فعل است، ضرورت و وضعیت خاصی است که برای خود او ایجاد شده و در اکراه محرک مکره یعنی آنچه در حقوق مدنی جهت و در حقوق کیفری انگیزه نامیده می‌شود، دفع ضرر و خطری است که ممکن است به دلیل عدم انجام کاری از ناحیه اکراه‌کننده برایش ایجاد شود و همچنین در اکراه، تهدید و فشار به طور مستقیم برای انجام فعل است، در حالی که در اضطرار فشار مستقیمی برای انجام کار نیست، بلکه وضعیت موجود به طور غیر مستقیم، مکره را به انجام عمل وادار می‌کند. (عبدی‌پور، ۱۳۷۶، ص. ۴۵)

ماده ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در این زمینه مقرر می‌دارد: «هرکس هنگام بروز خطر شدید فعلی یا قریب‌الوقوع از قبیل آتش‌سوزی، سیل، طوفان، زلزله یا بیماری به منظور حفظ نفس یا مال خود یا دیگری مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود قابل مجازات نیست مشروط بر اینکه خطر را عمداً ایجاد نکند و رفتار ارتكابی با خطر موجود متناسب و برای دفع آن ضرورت داشته باشد.»

قانونگذار ارتکاب جرم را با توجه به حالت اضطرار در شرایط خاص موجه شناخته است. در عین حال با به کار بردن عبارت از قبیل سیل و طوفان تنها نمونه‌هایی از مصادیق خطر شدید را عنوان می‌کند و موجه بودن جرم را در حالت ضرورت به این چند مورد منحصر نمی‌سازد. بنابراین ذکر موارد موجود در ماده از باب حصر نیست. پس اگر موقعیت دیگری هم به وجود آید که متضمن خطر شدید برای شخص باشد، قانونگذار با جمع بودن سایر شرایط، مرتکب عمل مجرمانه را از مجازات معاف می‌شناسد. (جعفری، ۱۳۹۲، ص. ۱۸۲) با توجه به منطبق نفع اجتماعی، دلیلی برای معافیت

مرتکب از مجازات در جرم اضطراری وجود دارد. کسی که مرتکب جرم ضروری است، لزوماً دارای منش انحرافی و ضد اجتماعی نیست و به همین جهت، اجرای مجازات در مورد او از باب اصلاح یا ارباب بی فایده خواهد بود. به علاوه چون جرم ضروری در شرایط بسیار استثنائی صورت می گیرد، بازدارندگی مجازات، از ارتکاب جرم توسط سایرین نیز بی نتیجه است. شرایط براءت و معافیت مرتکب جرم ضروری با توجه به مطالب گفته شده، عبارت است از: وجود خطر شدید، ضرورت ارتکاب جرم، عدم دخالت مرتکب در ایجاد خطر و تناسب جرم با خطر موجود.

برخی افراد به موجب عقد قرارداد یا مقررات قانونی، وظایفی را عهده دار می شوند که با قبول خطر ملازمه دارد. برای نمونه شخصی که دارای مهارت و گواهینامه مخصوص است، متعهد می شود که در کنار دریا بایستد و از جان کسانی که در آب شنا می کنند در مقابل خطر غرق شدن حفاظت نماید، حال اگر چنین شخصی برای نجات یک انسان به دریا برود ولی قدرت جسمانی خود را از دست بدهد، نمی تواند شناگر دیگر را غرق کند تا بتواند به تنهایی به ساحل برگشته و به حالت ضرورت استناد نماید تا از مجازات معاف شود. به همین ترتیب نیروهای پلیس که موظف به حفظ جان و مال و ناموس مردم هستند نمی توانند برای آنکه در مقابل حمله غیرقانونی یک دزد کشته نشوند، شخص بیگناهی را به کشتن داده و عمل خود را در حالت ضرورت بخوانند. (عبدی پور، ۱۳۷۶، ص. ۲۲۷)

از دیگر مصادیقی که ذیل اضطرار قابل تبیین است، مجازات راشی و مرتشی است. رشا و ارتشا از جمله جرایمی است که اعتماد عمومی را از نظام اداری سلب کرده و موجب تزلزل آن می شود. (اصغری، ۱۳۹۲، ص. ۵۹) با شیوع جرایمی از جمله جرم ارتشا در دوره پس از جنگ، قانونگذار به فکر تشدید مجازات این جرایم افتاد و با توجه به عدم تایید شورای نگهبان «قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری» در تاریخ ۱۳۶۷/۰۹/۱۵ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید، که ماده ۳ آن راجع به جرم ارتشا می باشد. به موجب ماده مذکور «هر یک از مستخدمین و مأمورین دولتی اعم از قضایی و اداری یا شوراها یا شهرداریها یا نهادهای انقلابی و بطور کلی قوای سه گانه و همچنین نیروهای مسلح یا شرکت های دولتی یا سازمان های دولتی وابسته به دولت و یا مأمورین به خدمات عمومی خواه رسمی یا غیررسمی برای انجام دادن یا انجام ندادن امری که مربوط به سازمان های مزبور می باشد، وجه یا مال یا سند پرداخت وجه یا تسلیم مالی را مستقیماً یا غیر مستقیم قبول نماید در حکم مرتشی است؛ اعم از این که امر مذکور مربوط به وظایف آنها بوده یا نبوده و انجام آن برطبق حقانیت و وظیفه بوده یا نبوده باشد و یا آن که در انجام یا عدم انجام آن مؤثر بوده یا نبوده باشد...»

به استناد ماده ۵۹۲ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) هرگاه ثابت شود که رشوه دهنده برای حفظ حقوق حقه خود ناچار به دادن وجه یا مالی بوده تعقیب کیفری ندارد و وجه یا مالی که داده به او برگردانده می شود. همچنین بر اساس تبصره ماده ۵۹۲ در صورتی که رشوه دهنده برای پرداخت رشوه مضطر بوده و یا پرداخت آن را گزارش دهد یا شکایت نماید از مجازات حبس مزبور معاف خواهد بود و مال به وی مسترد می گردد. در این رابطه قانونگذار اضطرار رشوه دهنده را از علل رافع مسئولیت دانسته است.

خداوند متعال در آیه ۵۹ سوره نساء فرموده است: «ای اهل ایمان، فرمان خدا و رسول و فرمانداران (از طرف خدا و رسول) که از خود شما هستند اطاعت کنید، پس اگر در چیزی کار به نزاع کشد آن را به حکم خدا و رسول بازگردانید اگر به خدا و روز قیامت ایمان دارید. این کار برای شما بهتر و خوش‌عاقبت‌تر خواهد بود»^۱ همه مفسران شیعه در این زمینه اتفاق نظر دارند که منظور از «اولی الامر» امامان معصوم می‌باشند که رهبری مادی و معنوی جامعه اسلامی، در تمام شئون زندگی از طرف خداوند و پیامبر (ص) به آنها سپرده شده است، و غیر آنها را شامل نمی‌شود. (طباطبایی، ۱۳۹۲، ۶۱۹/۴ و مکارم شیرازی، ۱۳۹۱، ۴۳۵/۳) البته کسانی که از طرف آنها به مقامی منصوب شوند و پستی را در جامعه اسلامی به عهده بگیرند، با شروط معینی اطاعت آنها لازم است نه به خاطر این که اولی الامرند، بلکه به خاطر این که نمایندگان اولی الامر می‌باشند.

این موضوع در ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ این گونه عنوان شده است: «هرگاه به امر غیرقانونی یکی از مقامات رسمی، جرمی واقع شود آمر و مأمور به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌شوند لکن مأموری که امر آمر را به علت اشتباه قابل قبول و به تصور اینکه قانونی است، اجراء کرده باشد، مجازات نمی‌شود و در دیه و ضمان تابع مقررات مربوطه است.»

به موجب این ماده هرگاه عملی بر اساس قانون یا امر آمر قانونی، ارتکاب یابد، مشمول و مصداق عمل مجرمانه نمی‌شود و در نتیجه تقصیری بر عهده مرتکب نیست. در واقع حکم قانون و امر آمر قانونی افعال مأموران دولتی، از جمله پلیس که در مواقعی نیز در مقام ضابطین دادگستری و به دستور مقامات قضایی به انجام وظایفی اقدام می‌نمایند و در این راستا به ناچار تیراندازی می‌کنند را مشروع می‌سازد. چنانچه این موارد در حالت عادی ارتکاب یابند، فاعل آنها مجرم و قابل مجازات است؛ زیرا عنوان‌هایی چون بازداشت غیر قانونی، ضرب و جرح و قتل و نظایر آن در قانون توصیف شده اند ولی چون به موجب حکم قانون وصف مجرمانه در مواردی از این اعمال برداشته می‌شود، گویی جرمی واقع نشده است. (اردبیلی، ۱۳۸۹، ص. ۱۷۹) در این مصداق، عناوین مذکور یعنی بازداشت غیر قانونی، ضرب و جرح و قتل و نظایر آن به عنوان امری فاسد می‌باشند که در شرایط عادی مجاز نیستند، در حالی که اگر این موارد در جهت ایجاد نظم و امنیت جامعه و نیز مجازات مجرمین باشد، ممنوعیتی ندارد.

مقصود از امر آمر قانونی، دستورات و فرامینی است که از طرف یک مقام صلاحیت دار صادر شده باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص. ۸۰) امر آمر قانونی باید دارای شرایطی باشد:

۱- امر از ناحیه آمر قانونی صادر شده باشد. در این زمینه باید قانونی وجود داشته باشد تا آمر و مأمور طبق آن رفتار نمایند. چرا که مقنن، اجرای عملی را که خود تجویز نموده باشد تکذیب نمی‌کند و از طرفی چنانچه کسی عملی را طبق قانون انجام دهد، مرتکب جرمی نشده است.

۱- «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا»

۲- امر باید در سلسله مراتب اداری قرار گرفته باشد. به عبارت دیگر باید در سلسله مراتب اداری هم قانوناً حق صدور امر به مأموری که وی را مکلف به اجرای دستور غیرقانونی می نماید، داشته باشد و رابطه استخدامی و نیز مافوق و مادون بودن امر و مأمور از جهت سلسله مراتب اداری باید محرز گردد.

۳- امر امر قانونی باید واجد شرایط کتبی و رسمی باشد. چنانچه شخصی محدود به سلسله مراتب اداری بوده و بتواند بدون اذن مافوق و امر مقام صلاحیت دار، عملی را انجام دهد، در این حالت مرتکب رافع مجازات نبوده و فاعل جرم قابل تعقیب کیفری و مجازات خواهد بود.

۴- مأمور موظف به اجرای امر باشد و امر صادره نه تنها می بایست در حدود شرح وظایفی باشد که مأمور ملزم به اجرای آن طبق مقررات است، بلکه مأمور نیز باید طبق آموزشی که به او داده شده است، رفتار نماید. چنانچه در تبصره ۲ ماده ۲۴ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران در خصوص تیراندازی مأمور تأکید شده که تیراندازی باید مطابق مقررات صورت گیرد و مقررات مربوط به موجب آیین نامه ای است که حسب مورد توسط سپاه یا ارتش یا نیروی انتظامی تهیه و به تصویب ستاد کل نیروهای مسلح می رسد. (شامبیاتی، ۱۳۹۶، ص. ۸۴-۸۵)

قانونگذار در مورد حکم قانون در ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی ساکت است؛ اما باید توجه داشت که این سکوت را باید با سایر قوانین، قواعد و مقررات حل نمود. به عبارت دیگر در بسیاری از موارد قانونگذار با ایجاد تکلیف قانونی از مأمور دولت می خواهد که عملی را انجام دهد و در واقع وی را موظف به انجام آن عمل می نماید؛ روشن است که در این موارد وصف مجرمانه نیز از عمل برداشته خواهد شد. به عنوان مثال، هنگامی که در آیین نامه راجع به اجرای حکم قصاص گفته می شود که محکوم به اعدام مصلوب می شود و یا در آیین نامه نحوه اجرای احکام قصاص، رجم، قتل، صلب، اعدام و شلاق موضوع ماده ۲۹۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۸۲/۶/۲۷، مأمور اجرای حکم مکلف به اجرای این احکام شده است، همه این موارد از مصادیق حکم قانون هستند؛ بنابراین حکم قانون موجب سلب عنوان مجرمانه از آنها می گردد. گاهی اوقات حکم قانون در انجام مأموریت به قائم مقامی امر قانونی، می تواند صادر شود. مثلاً ضابطین دادگستری در جرائم مشهود مکلفند کلیه اقدامات لازم را برای جلوگیری از امحاء اثرات جرم و فرار متهم و هر تحقیقی که برای کشف جرائم لازم بدانند انجام دهند؛ در این مورد حکم قانون مستقیماً رفتار مأمورین را موجه ساخته که این همان مفهومی است که در خصوص عوامل موجهه جرم در ابتدا گفته شد. (گلدوزیان، ۱۳۷۸، ص. ۱۳۲)

در خصوص امر امر قانونی سه نظر وجود دارد: ۱- اطاعت بی چون و چرا (کورکورانه) ۲- سرنیزه آگاه ۳- بینابین. مطابق نظریه شماره ۷/۱۵۲۳ - ۱۳۷۳/۲/۳ اداره حقوقی قوه قضائیه، کلیه کارمندان دولت در محدوده وظایف خود، قائم مقام رسمی محسوب می شوند. منظور از مقام رسمی مذکور در ماده ۵۷ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۰) مستخدمی است که نسبت به کارمند مرئوس خود امر قانونی بوده و مأمور مرئوس قانوناً مکلف به اجرای دستور مافوق خود می باشد. به عبارت دیگر کسی که با احراز و رعایت شرایط قانونی و با صدور حکم، تصدی مقامی را عهده دار می گردد و وظایف و تکالیفی به عهده وی گذاشته می شود، مقام رسمی محسوب می گردد. (معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح مقررات ریاست جمهوری، ۱۳۸۲، ص. ۱۵۹)

با دلایل گفته شده اصولاً اجرای حکم قانون بدون شرایط لازم از مأموری که به ادای وظیفه می پردازد و در نتیجه آن مرتکب عملی می شود که جنبه مجرمانه دارد، رفع تقصیر نمی کند. (حبیب زاده و فخریناب، ۱۳۸۴، ص. ۵۱) این حکم حداقل در مورد کارمندان دولت و کارکنان نیروهای مسلح که عموماً تابع سلسله مراتب اداری یا نظامی هستند و نمی توانند بدون دستور مافوق و یا در چهارچوب وظایف قانونی محوله عمل کنند، صادق است؛ در نتیجه هرگاه حکم قانون رأساً تکلیفی برای مأموران تعیین نکند و ادای تکلیف مستلزم امر مافوق باشد، ارتکاب عمل به هیچ وجه مشروع تلقی نمی شود. برای مثال چنانچه مأموران پلیس که به موجب قانون اختیار جلب متهمان و اعمالی مانند تفتیش منازل را دارند، در غیر موارد جرم مشهود اگر بدون دستور قاضی رسیدگی کننده به جلب اشخاص یا تفتیش منازل بپردازند به اتهام جلب غیرقانونی و یا هتک حرمت منازل، قابل تعقیب در مراجع قضایی ذیصلاح هستند. در حقیقت بیشتر مسائل مربوط به امر آمر قانونی یا دستور مافوق از شرایطی ناشی می شوند که پلیس در آن قرار می گیرد. یعنی شرایطی که این نیروها بایستی از اسلحه استفاده نمایند. در این شرایط استدلالات زیادی می شود که نشان دهنده این هستند که در واقع امر یادشده در اینجا مسئول خواهد بود. یعنی اگر کسی دستور ارتکاب جرمی را بدهد، خود مسئول آن جرم است، منتهی اگر بحث در جایی باشد که با وجود تمام شرایط قانونی دستوری داده و مأمور نیز اجرا نموده است در اینجا چنین امری جزء عوامل موجهه جرم بوده و وصف مجرمانه عمل را برخواهد داشت.

۲- کاربرد قاعده دفع افسد به فاسد در سیاست پیشگیرانه

در رابطه با کاربرد قاعده دفع افسد به فاسد در سیاست پیشگیرانه، نهاد و مرجع تشخیص دهنده ضرورت دفع افسد به فاسد و دشواری‌هایی که در این رابطه وجود دارد، به عنوان مسأله اصلی مطرح می گردد. (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷، ص. ۲۹) در مواردی که قوای حاکمه، فاسدی را برای دفع افسدی مجاز می‌داند، از آنجا که اجازه حکومت نظر به فرد خاصی ندارد، ممکن است هر شخصی خود را در ارتکاب این فاسد مجاز بداند که این خود در واقع تبدیل شدن منکر به معروف است. پذیرش دیدگاه کارشناسی نیازمند تصویب مراجع قانونگذاری (مجلس شورای اسلامی) و تأیید نظر مجلس توسط شورای نگهبان است که البته برای مدت زمانی و با شرایطی، عمل مجرمانه‌ای ممکن است مجاز شمرده شود. بدون شک این جواز می‌تواند محدود به افراد و گروه‌ها و مناطق خاصی باشد، هرچند این مسئله باید به درستی برای جامعه تبیین شود. (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷، ص. ۳۰)

۱-۲: اصلاح و درمان مجرم

از دیگر مصادیق کاربردی قاعده دفع افسد به فاسد در سیاست جنایی، استفاده از آن در اصلاح و درمان مجرمان است؛ یکی از پاسخ‌های واکنشی مطرح در سیاست جنایی، پاسخ‌هایی است که نام اصلاح و درمان به آنها اطلاق می‌شود. قاعده دفع افسد به فاسد نیز در مقام تجویز این گونه پاسخ‌ها کاربرد دارد؛ زیرا، از جمله درمان‌های مطرح، درمان‌هایی است که با

استفاده از وسایل و داروهای حرام صورت می گیرد. به عنوان مثال، برای رفع ناسازگاری‌های جنسی زوجین که معلول عدم تحریک کافی جنسی آنهاست، توصیه به دیدن فیلم‌های جنسی می شود که مشتمل بر صحنه‌های حرام است. حال آیا مراکز درمانی می توانند برای حل معضل ناسازگاری جنسی زوجین که زندگی آنها را در آستانه فروپاشی قرار داده است، چنین اموری را تجویز کنند تا جلوی طلاق و پیامدهای بسیار سوئی که برای خود زوجین و فرزندان آنها دارند، بگیرند؟ آیا می توان برای درمان اعتیاد به مواد مخدر، مصرف مقداری شراب را در فرض کارگشایی آن، تجویز کرد؟ فقهای امامیه براساس برخی روایات، تداوی به حرام، به ویژه مسکرات را جز در فرض تعیین و ضرورت، جایز نمی دانند. (نجفی، ۱۹۸۱، ص. ۴۴۵)

۲-۲: عذر همکاری

از جمله معاذیر معاف کننده قانونی، همکاری مجرم با دستگاه قضایی در کشف و پیشگیری از جرائم برنامه ریزی شده است. از جمله مصادیقی که در این خصوص قابل ملاحظه است، ماده ۵۰۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) است. به موجب این ماده: «هر کس داخل دسته جات مفسدین یا اشخاصی که علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور اقدام می کنند بوده و ریاست یا مرکزیتی نداشته باشد و قبل از تعقیب، قصد جنایت و اسامی اشخاصی را که در فتنه و فساد دخیل هستند به مأموران دولتی اطلاع دهد و یا پس از شروع به تعقیب با مأموران دولتی همکاری موثری بعمل آورد از مجازات معاف و در صورتیکه شخصاً مرتکب جرم دیگری شده باشد فقط به مجازات آن جرم محکوم خواهد شد.»

در این ماده دستگاه قضایی جهت رسیدن به اهدافی مهمتر یعنی متلاشی نمودن گروه‌های مخرب و فاسد و نیز پیشگیری از ارتکاب جرائم بزرگتر و مؤثرتر، به ناچار از مهم دیگر که همان مجازات مجرم و مفسد است، صرف نظر می کند.

نتیجه گیری

در جمع بندی مباحث مورد بررسی می توان گفت:

جهت استناد به قاعده دفع افسد به فاسد و نیز جریان آن، لازم است شرایطی وجود داشته باشد که از جمله این شرایط، تراحم افسد و فاسد، اشتراک حکم حرمت در آنها، ناتوانی مکلف از ترک دو تکلیف، وحدت مکلف و نبود جایگزین است که وجود همه این شرایط در کنار هم، جهت جاری شدن قاعده ضرورت دارد.

در حقوق کیفری ایران چنانچه ارتکاب عمل برای اجرای قانون اهم لازم باشد، آن عمل جرم محسوب نمی‌شود. بنابراین هرگاه انجام وظایف شخصی مستلزم به کاربردن و انجام عملیات و اقداماتی باشد که در نتیجه آنها به منافع غیر، لطمه وارد شود، در شرایطی که اعمال مزبور در وضعیت عادی جرم تلقی می‌شوند، ارتکاب همان اعمال در اجرای قانون اهم نسبت به مرتکب، جرم تلقی نمی‌شود.

اضطرار نیز از عوامل ثانوی است که با پیدایش آن تکلیف مربوطه از عهده مکلف خارج می‌شود. بدین معنی که مکلف را از موضوع حکم شرعی خارج می‌کند که نتیجه آن جواز ارتکاب حرام و یا ترک واجب در حال اضطرار است. به همین دلیل اضطرار را به ناچاری و بی‌اختیاری معنی نموده‌اند. قانونگذار نیز ارتکاب جرم را با توجه به حالت اضطرار در شرایط خاص موجه شناخته است. در عین حال موجه بودن جرم را در حالت ضرورت به این چند مورد منحصر نمی‌سازد. بنابراین اگر موقعیت دیگری هم به وجود آید که متضمن خطر شدید برای شخص باشد، قانونگذار با جمع بودن سایر شرایط، مرتکب عمل مجرمانه را از مجازات معاف می‌شناسد. البته با توجه به منطق نفع اجتماعی، دلیلی برای معافیت مرتکب از مجازات در جرم اضطراری وجود دارد. از دیگر مصادیقی که ذیل اضطرار قابل تبیین است، مجازات راشی و مرتشی است بدین نحو که هرگاه ثابت شود که رشوه‌دهنده برای حفظ حقوق حقه خود ناچار به دادن وجه یا مالی بوده تعقیب کیفری ندارد.

هرگاه عملی بر اساس قانون یا امر آمر قانونی ارتکاب یابد، مشمول و مصداق عمل مجرمانه نمی‌شود و در نتیجه تقصیری بر عهده مرتکب نیست. عناوینی از جمله بازداشت غیر قانونی، ضرب و جرح و قتل و نظایر آن به عنوان امری فاسد می‌باشند که در شرایط عادی مجاز نیستند، در حالی که اگر این موارد در جهت ایجاد نظم و امنیت جامعه و نیز مجازات مجرمین باشد، ممنوعیتی ندارد.

در رابطه با کاربرد قاعده دفع افسد به فاسد در سیاست پیشگیرانه، نهاد و مرجع تشخیص‌دهنده ضرورت دفع افسد به فاسد و دشواری‌هایی که در این رابطه وجود دارد، به عنوان مسأله اصلی مطرح می‌گردد. پذیرش دیدگاه کارشناسی نیازمند تصویب مراجع قانونگذاری (مجلس شورای اسلامی) و تأیید نظر مجلس توسط شورای نگهبان است که البته برای مدت زمانی و با شرایطی، عمل مجرمانه‌ای ممکن است مجاز شمرده شود. بدون شک این جواز می‌تواند محدود به افراد و گروه‌ها و مناطق خاصی باشد، هرچند این مسأله باید به درستی برای جامعه تبیین شود.

از دیگر مصادیق کاربردی قاعده دفع افسد به فاسد در سیاست جنایی، استفاده از آن در اصلاح و درمان مجرمان است. یکی از پاسخ‌های واکنشی مطرح در سیاست جنایی، پاسخ‌هایی است که نام اصلاح و درمان به آنها اطلاق می‌شود. قاعده دفع افسد به فاسد نیز در مقام تجویز این گونه پاسخ‌ها کاربرد دارد؛ زیرا، از جمله درمان‌های مطرح، درمان‌هایی است که با استفاده از وسایل و داروهای حرام صورت می‌گیرد.

از دیگر معاذیر معاف‌کننده قانونی، همکاری مجرم با دستگاه قضایی در کشف و پیشگیری از جرائم برنامه‌ریزی شده است. دستگاه قضایی جهت رسیدن به اهدافی مهمتر یعنی متلاشی نمودن گروه‌های مخرب و فاسد و نیز پیشگیری از ارتکاب جرائم بزرگتر و مؤثرتر، به ناچار از مهم دیگر که همان مجازات مجرم و مفسد است، صرف نظر می‌کند.

منابع و مأخذ

- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، نشر میزان، چاپ پنجاه و ششم، تهران، ۱۳۸۹.
- اصغری، سید محمد، بررسی حقوقی و فقهی دو مسأله رشوه و احتکار، مؤسسه اطلاعات، تهران، ۱۳۹۲.
- جعفری، مجتبی، تعدد جرم و آثار آن در قانون جدید مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، فصلنامه حقوق کیفری، دوره ۲، شماره ۵، زمستان ۱۳۹۲.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۵.
- حاجی ده‌آبادی، محمدعلی، قاعده دفع افسد به فاسد و دلالت‌های حقوقی جرم شناختی آن، نشریه حقوق اسلامی، سال پنجم، شماره ۱۸، پاییز ۱۳۸۷.
- حبیب زاده، محمدجعفر و فخریناب، حسین، مقایسه عوامل موجهه جرم و عوامل رافع مسئولیت کیفری، نشریه دادرسی، شماره ۵۴، ۱۳۸۴.
- خردمندی، سعید و موسوی، سید محمد، اجرای تزامم در احکام حقوقی، فصلنامه دانش انتظامی آذربایجانغربی، سال ششم، شماره ۲۱، زمستان ۱۳۹۲.
- سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام، ج ۲، نشر المنار، قم، ۱۴۱۳ق.
- شامبیاتی، هوشنگ، حقوق کیفری اختصاصی، ج ۱، انتشارات مجد و ژوبین، چاپ دوازدهم، تهران، ۱۳۹۶.
- طباطبایی، تفسیر المیزان، ج ۴، ترجمه موسوی همدانی، نشر دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۹۲.
- عبدی‌پور، ابراهیم، بررسی تطبیقی مفهوم و آثار اضطرار در حقوق مدنی، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۶.
- علیدوست، ابوالقاسم، فقه و مصلحت، نشر پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه، قم، ۱۳۸۹.
- کریمی، حسین، فرهنگ دادرسی، نشر دفتر فرهنگ اسلامی، تهران، ۱۳۸۳.
- گلدوزیان، ایرج، بایسته های حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۸.
- معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح مقررات ریاست جمهوری، مجموعه قانون مجازات اسلامی، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۸۲.

- مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، ج ۳، دار الکتب الإسلامیه، تهران، ۱۳۹۱.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۳۶، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۹۸۱ م.