

بررسی تطبیقی امر آمر قانونی در ترازوی قابلیت سرزنش اخلاقی

کامران محمودیان اصفهانی*

محمد علی اردبیلی**

محمد آشوری***

نسرین مهرا****

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۵/۷ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۱/۳۰

DOI: 10.22096/law.2019.99294.1366

چکیده

مقاله حاضر ماهیت امر آمر قانونی را از منظر مبانی حقوقی و فراحقوقی (قابلیت سرزنش) واکاوی و بدین بحث می‌پردازد که امر آمر قانونی در ساحت حقوقی بنابر یک تفسیر غایت‌گرایانه و اخلاقی جرم تلقی نمی‌گردد و در ساحت فراحقوقی بنابر ملاحظات جرم‌انگارانه و مبانی توجیهی (منفعت عمومی و حق اخلاقی) قابلیت سرزنش راندارد و به عنوان

* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

Email: k.mahmoudiyan@yahoo.com

** استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

Email: m-ardebili@sbu.ac.ir

*** استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

Email: ashouri.mohammad@yahoo.com

**** دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

Email: docnas@mali.com



یک دفاع موجهه فقط تابع شرایط عینی است. این نوشتار در ادامه سه رویکرد مشهور (اطاعت محض، مسئولیت محض و رعایت ظواهر قانونی) را با حقوق کیفری بعضی از کشورهای دارای نظام حقوق نوشته (فرانسه، سوریه، لبنان، اردن) تطبیق و موضع حقوق کیفری ایران را مورد بازخوانی انتقادی قرار می‌دهد.

واژگان کلیدی: سرزنش؛ امر آمر؛ ماهیت فرا حقوقی؛ جرم انگاری.

مقدمه

حقوق کیفری با اتکا به هنجارگذاری جنایی (جرم انگاری) آزادی شهروندان را تحدید می‌نماید. از این رهگذر جوهر دستور قانونگذار جنایی به تابعان حقوق کیفری (مخاطبان) حاکی از «تکلیف» آنان به اعمال فعل یا ترک فعل‌هایی است که به‌عنوان خطای حقوقی^۱ تلقی می‌شوند. بنابراین قانونگذار کیفری نمی‌تواند و نباید طیف وسیعی از «بایدها» را مشخص نماید. علی‌رغم مطلب اخیر به‌عنوان یکی از شیوه‌های جرم انگاری، سامانه حقوق جنایی در برخی موارد «بایدها» را به‌عنوان «علل موجهه» (Justifications) تبیین نموده است؛ زیرا قابلیت سرزنش اخلاقی^۲ بعضی از رفتارها به ذات غیراخلاقی آن‌ها بازگشت نمی‌کند بلکه تابع «شرایط و اوضاع و احوال» (Circumstances) ارتکاب آن‌هاست؛ چندان که سلب یا تحدید آزادی به‌عنوان رفتار قابل سرزنش اگر در موقعیت امر آمر قانونی واقع شود، نه تنها قابل سرزنش نیست بلکه شاید قابل ستایش هم باشد. از این رهگذر سیاهه‌ای از رفتارها می‌توانند چهره دوگانه اخلاقی و غیراخلاقی داشته باشند که قانونگذار جنایی با تبیین برخی شرایط بر عدم هنجارگذاری جنایی آن‌ها تأکید می‌ورزد.^۳

۱. دو خوانش متفاوت از مفهوم خطا (Wrong) وجود دارد: مطابق با اولین قرائت، خطا رفتاری است که مستلزم نقض حق دیگری است (خطای حقوقی)؛ اما از نظر گاه دیگر رفتار خطاکارانه هیچ اثری بر حق‌ها یا منافع مشروع کسی ندارد؛ (Stewart, 2010: 34) دیدگاه اول مبتنی بر رویکرد اصل ضرر در جرم انگاری و دیدگاه دوم مبتنی بر اخلاق‌گرایی قانونی است.

۲. تاریخ حقوق جنایی حکایت از آن دارد که جرم انگاری بر مبنای سرزنش اخلاقی (Moral Blameworthy) مورد تردید است. برخی به‌خصوص نویسندگان حقوق طبیعی قرون ۱۷ و ۱۸ بر این باورند که قابلیت سرزنش اخلاقی محور جرم انگاری است؛ (Hall, 1943: 753) در میان معاصرین مایکل مور (Michale Moore) به‌عنوان فیلسوف اخلاق‌گرای لیبرال، سرزنش اخلاقی را شرط ضروری برای جرم انگاری می‌داند؛ یعنی سرزنش اخلاقی رفتار یک اماره به نفع جرم انگاری است و این اماره می‌تواند به‌وسیله ملاحظات دیگر در جرم انگاری کنار گذاشته شود؛ (Moore, 1997: 661-665) اما قرائت دیگری از اخلاق‌گرایی حقوقی (Legal Moralism) وجود دارد که سرزنش اخلاقی را دلیل «کافی» برای جرم انگاری می‌داند (Feinberg, 1988: 5) و نه اماره‌ای به نفع جرم انگاری.

۳. برای نمونه در همین راستا قانون جزای نمونه آمریکا اهداف کلی حاکم بر تعریف جرایم را این‌گونه بیان نموده است: «ممنوع نمودن و پیشگیری از ارتکاب رفتاری که به‌طور «غیر قابل توجیهی» و بدون «عذر موجهی» صدمه قابل توجهی به افراد یا منافع جامعه می‌زند یا تهدید به یک چنین صدمه‌ای می‌کند. (قانون جزای نمونه بخش ۱-۱۱)»

See: Model Penal Code, Official Draft and Explanatory Notes, The American Law Institute at Washington DC. [S.1.1].

افزون بر این، رفتارهای موضوع علل موجهه به ماهیت جرم (خطا) مربوط می‌شوند و نه قابلیت انتساب (Attribution). در مرحله جرم انگاری خوانش اخلاقی از اصل ضرر بیانگر جرم انگاری رفتارهایی است که: اولاً، مضر باشند؛ ثانیاً، به لحاظ اخلاقی «خطا» (Wrong) تلقی شوند؛ ثالثاً، خطای اخلاقی غیر قابل دفاع (Morally indefensible) (غیر قابل توجیه) باشند. (Feinberg, 1984: 106) بدین‌سان، رفتارهای موجهه اعمال مضری هستند که خطا نیستند.

این مقاله در مبحث اول، درصدد بررسی نارسایی زبانی قانونگذار در تبیین ماهیت امر آمر قانونی با محوریت سرزنش^۱ است. در این باره ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی برای اولین بار با خوانشی جدید اشعار داشته است: «... ارتکاب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می‌شود در موارد زیر قابل مجازات نیست...» این قرائت از ماهیت علل موجهه سبب شده، در جرم انگاری چنین رفتارهایی توسط سامانه حقوقی تردید ایجاد شود. حال پرسش اصلی این است که ماهیت حقوقی و فراحقوقی امر آمر قانونی چیست؟ در ادامه نیز می‌توان پرسید: علت قرائت جدید قانونگذار از علل موجهه چیست؟ آیا در سطح فراحقوقی ماهیت امر آمر قانونی با سایر عوامل موجهه یکسان است؟

نوشتار حاضر ماهیت حقوقی این عوامل را تحلیل و ابهام پیشین را با مطالعه تطبیقی با بعضی از کشورهای دارای حقوق نوشته (سوریه، لبنان، اردن و فرانسه) بررسی می‌نماید. همچنین مقاله از منظر فراحقوقی (قابلیت سرزنش) نیز رفتارهای موضوع امر آمر قانونی را مورد واکاوی قرار خواهد داد. البته دشواری موضوع فقط به نکته پیش گفته پایان نمی‌گیرد؛ از این رو تحقیق حاضر سه تئوری مشهور (اطاعت محض، مسئولیت محض و رعایت ظواهر قانونی) را در توجیه رفتارهای غیرقانونی مأمور، تحلیل و موضع اخیر مصنفین حقوق کیفری را با نگاهی تطبیقی به چالش می‌کشد.

۱. غالباً در حقوق کیفری واژه «سرزنش» در ساحت جرم انگاری و سرزنش‌پذیری (قابلیت سرزنش) در ساحت‌های مسئولیت کیفری و کیفرگذاری به کار می‌رود. بدین ترتیب قابلیت سرزنش به مسئولیت شخصی برهکار یا سرزنش‌پذیری او در قبال رفتار ارتكابی مربوط می‌شود.

۱- ماهیت رفتار در امر آمر قانونی

منظور ما از «ماهیت» در امر آمر قانونی به عنوان یکی از موضوعات حقوق کیفری، پاسخ به این سؤال است که آیا رفتارهای مبتنی بر امر آمر قانونی در دو سطح حقوقی و فراحقوقی، «خطا» (Wrong) تلقی می‌شوند یا خیر؛ به عبارت دیگر آیا رفتارهای مذکور قابلیت سرزنش را به عنوان خطای حقوقی یا فراحقوقی دارند یا خیر؟

۱-۱- ماهیت حقوقی

خصیصه ذاتی حقوق کیفری تحدید آزادی شهروندان به وسیله جرم انگاری رفتارهایی است که غالباً مبنای آن «سرزنش عمومی»^۱ است. از این نظرگاه، قاعده آن است که حقوق کیفری موارد ممنوعیت هنجارهای جنایی را اعلام نماید. این قاعده پیرامون علل موجهه جرم نقض شده است؛ چراکه قانونگذار جنایی به جای پرداختن به موارد ممنوع، حوزه مباحات را تبیین نموده است.^۲ باری، در این مبحث ماهیت حقوقی امر آمر قانونی را به عنوان یک مسئله توصیفی، تحلیل می‌نماییم و درصدد پاسخ به این سؤال هستیم: آیا قانونگذار رفتارهای مبتنی بر امر آمر قانونی را جرم انگاری نموده یا خیر؟ به بیان بهتر، آیا چنین رفتاری به عنوان «خطای حقوقی» تلقی شده است یا خیر؟

با مذاقه در سیر تقنینی قبل و بعد از انقلاب اسلامی تا تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بی می‌بریم، ندای قانون از محتوای علل موجهه جرم، همگی بر غیر قابل سرزنش بودن چنین رفتارهایی دلالت داشتند،^۳ به گونه‌ای که هیچ شکی در مباح بودن رفتارهای ارتكابی

1. Public Denunciation. See: for instance, Duff, Antony, *Theories of Criminal Law*, First Published Mon Oct 14, 2002, Substantive revision Mon Apr 14, 2008. in: http://Plato.stnsford.edu/entries/criminal_law.

۲. منظور آن است که حقوق جنایی معمولاً از رفتارهایی سخن می‌گوید که مردم نباید مرتکب شوند.

۳. ماده ۴۲ قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ بیان داشته بود: «عملی که از مستخدمین و مأمورین دولتی واقع می‌شود در موارد

زیر جرم نیست...» سپس در ماده ۴۱ قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲ نیز اشعار شده بود: «اعمال زیر جرم محسوب نمی‌شود...». بعد از انقلاب اسلامی ماده ۳۱ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ و ماده ۵۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ اظهار می‌داشتند: «اعمالی که برای آن‌ها مجازات مقرر شده در موارد زیر جرم محسوب نمی‌شود...». شایان ذکر است که اعمال تأدیبی، عملیات ورزشی و عملیات جراحی که همگی به نظر ما در موضوع اجازه قانون هستند، در قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ اشاره نشده بود و مقنن در سال ۱۳۵۲ تصمیم گرفت این موارد را در قانون مجازات عمومی ذکر نماید.

وجود نداشت؛ وانگهی برای اولین بار قانونگذار با تصویب ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، خوانشی متفاوت از ماهیت علل موجهه تبیین نمود.^۱ تغییر بیانی قانونگذار موجب شد تا برخی (گلدوزیان، ۱۳۹۳: ۱۹۷) ادعا نمایند محتوای علل توجیه کننده جرم مانند عوامل رافع مسئولیت کیفری، صرفاً موجب زوال «مجرمیت^۲» می شود و کماکان رفتار ارتكابی قابلیت سرزنش (Blameworthiness) را دارد. مطابق با تفسیر تاریخی اخیر، تحول بیانی قانونگذار یک تغییر بنیادین در محتوای علل موجهه است؛ بدین ترتیب ممکن است تصور شود ماهیت علل موجهه مانند «معاذیر قانونی» است. در مقابل برخی دیگر (اردبیلی، ۱۳۹۲: ۱ / ۲۵۸؛ الهام و برهانی، ۱۳۹۴: ۱ / ۱۲۴؛ سبزواری نژاد، ۱۳۹۳: ۴۸۵) علی‌رغم تغییر در شیوه بیانی قانونگذار همچنان معتقدند مبنای عدم کیفر، جرم نبودن رفتار ارتكابی است. هر تفسیری در این خصوص بیان شود پیرامون سایر عوامل موجهه مانند حکم و اجازه قانون نیز صادق است. در ادامه نگارندگان بر آن‌اند با توجه به عدم تعین معنایی، به سبب «ابهام» (Vagueness) در حکم قانون، اصولی‌ترین و صحیح‌ترین تفسیر را بیان نمایند.

ابهام پیش گفته بدین دلیل است: از یک سو، موارد شش‌گانه ماده ۱۵۸ جرم بوده ولی قابل مجازات نیست؛ یعنی همانند آنچه در «معاذیر قانونی معاف‌کننده مجازات» و «علل رافع مسئولیت کیفری» وجود دارد، این تفسیر هنگامی بیشتر تقویت می‌شود که با تفسیر تاریخی بی‌می‌بریم قانونگذار برای اولین بار در قبل و بعد از انقلاب اسلامی به‌جای عبارت «جرم محسوب نمی‌شود»، از عبارت «جرم محسوب می‌شود» استفاده نموده است؛ از سوی دیگر با لحاظ تفسیر «غایت محور» می‌توان دریافت: جمله «ارتكاب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می‌شود» بیانگر رفتارهایی است که ذاتاً جرم است، اما در شرایط اوضاع و احوال خاص (موارد شش‌گانه ماده ۱۵۸) قابل کیفر نیست؛ به‌طور مثال اگر کسی دیگری را شلاق

۱. مقصود صدر عبارت ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ است که بیان داشته است: «ارتكاب رفتاری که طبق

قانون جرم محسوب می‌شود، در موارد زیر قابل مجازات نیست.»

۲. منظور از مجرمیت (Culpability) مسئولیت کیفری است. نهاد مسئولیت متمایز از رفتار مجرمانه است؛ بنابراین ممکن است شخص با نقض قانون کیفری مسئولیت کیفری نداشته باشد؛ از طرف دیگر، مسئولیت کیفری بدون وجود یک خطای سرزنش‌پذیر وجود ندارد.

بررسی تطبیقی امر آمر قانونی در ترازوی ... / محمودیان اصفهانی و دیگران ۱۶۳

بزند مرتکب جرم شده است، اما در صورتی که همین امر توسط مأمور اجرای احکام صورت پذیرد قابل مجازات نیست؛ زیرا در شرایط خاص (امر آمر قانونی) رفتار اخیر جرم به حساب نمی‌آید. اگر مطابق با تفسیر اول، خود را صرفاً تسلیم تفسیر «لفظ‌گرا» نماییم، آن‌گاه باید منتظر این پیامد نامعقول هم باشیم که رفتار مأمور در مثال مذکور، جرم ولی به دلایلی قابل مجازات نیست. در جدول ذیل نتایج دو روش تفسیر فوق را بر مبنای رویکرد «غیر ابزارگرایانه» بیان می‌نماییم.

نتایج تفسیر		روش تفسیر
به ضرر متهم	مغایر با اصول جرم انگاری	تفسیر لفظ‌گرا Literal Interpretation
به نفع متهم	موافق با اصول جرم انگاری	تفسیر غایت محور Teleological Interpretation

به نظر ما از میان این دو تفسیر، بر مبنای «قرائت اخلاقی» (Moral Reading)، تفسیر غایت محور ملاک است، زیرا بیشترین جذابیت اخلاقی را داراست و موافق با اصولی است که دخالت در آزادی‌های شهروندی را در چهارچوب محدوددیه‌های «اخلاقاً مشروع» تفسیر می‌نماید.^۲

شایان ذکر است امر آمر قانونی بر خلاف عوامل موجهه دیگر همچون دفاع مشروع تابع شرایط «عینی»^۳ است، نه «ذهنی». به عبارت بهتر براساس رویکرد ذهن گرایانه، باور

۱. بر فرضی که حقوق جنایی ملزم به رعایت «نتایج» داوری اخلاقی باشد، پذیرش رفتارهای موضوع علل موجهه به‌عنوان خطای جزایی، غیراخلاقی است. البته چنین رویکردی لزوماً به معنای تبعیت قواعد جرم انگاری از ارزش‌های اخلاقی نیست؛ بدین وصف اگر عدالت مجموعه‌ای از قواعد اخلاقی باشد، آن‌گاه هنجارگذاری جدید قانونگذار ناعادلانه تلقی می‌شود. در مورد دیدگاهی که عدالت را مجموعه‌ای از قواعد اخلاقی می‌داند (سروش، ۱۳۸۶: ۱۱) و در باب نظری که عدالت را تقسیم اخلاق می‌داند (راسخ، ۱۳۹۰)

2. See: Dorkin, 1996: 1-39.

۳. براساس این نظریه، در صورتی که از نظر عینی شرایط علل موجهه موجود باشد، حتا اگر عامل از وجود آن بی‌خبر باشد، باز می‌توان به این علل استناد کرد؛ زیرا علل موجهه ناظر بر عمل است، نه عامل و ذهنیت فاعل.

(Robinson, 1997: 100-125)

معقولانه مرتکب عمل وی را توجیه می‌نماید^۱ (Duff, 1991: 28). این مهم در دفاع مشروع به عنوان یک عامل ذهنی^۲ در کنار عوامل عینی کاربرد دارد ولی در امر قانونی این چنین نیست؛^۳ زیرا ذهنیت مأمور نقشی در تحقق یا عدم تحقق وصف مجرمانه ندارد؛ برای مثال رفتار مأموری که به موجب دستور قانونی وظیفه داشته است «الف» را بازداشت نماید ولی به خاطر اشتباه موضوعی، «ب» را بازداشت نموده، غیر قابل توجیه است؛ از سوی دیگر، اگر شرایط علل موجهه برای مأمور موجود باشد ولی وی از آن ناآگاه باشد عمل وی قابل توجیه است.

از چشم‌انداز حقوق کیفری تطبیقی قاعده امر آمر قانونی در بند ۲ ماده ۴-۱۲۲ مجموعه قانون کیفری نوین فرانسه پیش بینی شده است. این بند مقرر می‌دارد: «شخصی که عمل دستور داده شده به وسیله مقام ذی صلاح را انجام می‌دهد، از نظر کیفری مسئول نیست...»^۴. قانون کیفری سابق فرانسه (۱۸۱۰)، توجیه رفتار مجرمانه را مشروط به دو شرط «امر قانون» و «امر آمر» می‌نمود. اگر یکی از این‌ها نبود، جرم ممکن بود توجیه نشود؛ (استفانی و دیگران، ۱۳۸۳: ۴۹۱) ولی قانون مجازات جدید (۱۹۹۴) این عامل توجیه کننده را به تنهایی کافی دانسته است؛

۱. از نظرگاه فلسفه اخلاق، تکلیف ذهنی و عینی با مسئولیت‌های ذهنی و عینی متناظرند. بر همین اساس، انسان می‌تواند در وظیفه عینی و ذهنی خود خطا نماید. پزشکی می‌خواهد مریض خود را به هوش بیاورد، آمپولی تزریق می‌کند که بر حسب آن نادرست است و در نتیجه مریض از پا در می‌آید. در اینجا پزشک خطایی نکرده است؛ وظیفه ذهنی خود را به درستی انجام داده اما مرتکب در امر واقع شده، یعنی وظیفه عینی خود را نتوانسته انجام دهد. در مورد خطای اخلاقی یا خطای ذهنی مسئله کمی دشوار می‌شود؛ مثلاً کسی با کمال صداقت معتقد است کشتن فردی که با خواهر او دوست بوده است کار صحیحی است، یا سرقت دارایی کارفرمای دولتی اش اشکالی ندارد. مورد اخیر مربوط به خطای عینی نمی‌شود، بلکه مرتبط با چگونگی داوری اخلاقی است؛ نمونه این بحث در قانون مجازات اسلامی، قتل به اعتقاد صادقانه مهدورالدم بودن است. برخی معتقدند فقط کسانی قابل مجازات هستند که برخلاف آنچه خودشان اعتقاد دارند رفتار نمایند.

۲. مطابق با ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی، مدافع لازم است رفتار ارتكابی را در مقام دفاع (به قصد دفاع) انجام داده باشد. در بند پ همین ماده نیز به اقدام آگاهانه اشاره شده است.

۳. برخی (آقای نیا و منی‌زاد، ۱۳۹۳: ۳۱) بر این باورند، همه عوامل موجهه جرم تابع شرایط عینی و ذهنی هستند. استدلال اخیر صحیح به نظر نمی‌رسد. در سطح فراحقوقي نیز مبانی توجیهی رفتارهای موضوع علل موجهه یکسان نیست.

7. N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité le 'gitime.

بررسی تطبیقی امر آمر قانونی در ترازوی ... / محمودیان اصفهانی و دیگران ۱۶۵

یعنی امر آمر قانونی به تنهایی می‌تواند توجیه کننده باشد. طریقه نوشتار قانونگذار فرانسه این انگاره را به وجود خواهد آورد که رفتار ارتكابی «جرم» بوده ولی مجازات ندارد و در نتیجه قابلیت تسری به شرکا و معاونین مرتکب جرم را دارد؛ چراکه قدر متقین از منطوق عبارت «مسئول نیست»^۱ به معنای عدم مجازات بزهکار است؛ بدین ترتیب این تشکیک به وجود می‌آید که مبنای عدم مجازات زوال مجرمیت است یا خیر. بدین سان، برخی از مفسران فرانسوی (لوترمی و کلب، ۱۳۸۷: ۸۶) معتقدند قرائت قانونگذار فرانسه قابل قبول نیست؛ زیرا جمله بیان شده «از نظر کیفری مسئول نیست»، عوامل عینی و شخصی عدم مسئولیت کیفری را در برمی‌گیرد. برخی دیگر (گانپور به نقل از: محسنی، ۱۳۷۶: ۱۸۴) معتقدند، مبنای عدم مسئولیت کیفری در عوامل موجهه «فقدان سوءنیت» و در نتیجه زوال عنصر معنوی است. در این میان به نظر می‌رسد برخی دانشمندان فرانسوی (استفانی و دیگران، ۱۳۸۳: ۴۸۴) راه صواب را پیموده‌اند؛ زیرا بنابر نظر ایشان، زایل شدن مسئولیت کیفری مرتکب، نتیجه عدم جرم انگاری است. بدین ترتیب این دیدگاه به بهانه رعایت افراطی تفسیر لفظی از اراده مسلم قانونگذار چشم‌پوشی نموده است.

حقوق دانان سوری، امر آمر قانونی را ذیل عنوان «ادای واجب» بحث نموده‌اند که همان «اجرای تکلیف» است. قانون کیفری سوریه همانند قانونگذار کشورمان از عباراتی مبهم برای تبیین علل موجهه استفاده نموده است؛ بدین بیان که طبق ماده ۱۸۴ قانون عقوبات^۲ سوریه مصوّب ۱۹۴۹، ادای واجب به صورت نه چندان آشکار از اسباب تبرئه کننده [اسباب موجهه] شناخته شده است. ماده فوق اشعار داشته است: «۱- شخصی که عملی را به موجب حکم قانون یا امر قانونی انجام داده مجازات ندارد...»^۳ (الفاضل، ۱۳۹۶: ۳۵۲) از این مقرر به این نتیجه می‌رسیم که اجرای تکلیف (ادای واجب) در قانون عقوبات به دو صورت وجود دارد: ۱- تفیذ نص قانونی [حکم قانون]؛ ۲- اجرای امر مشروع؛ (ابوالزین، ۲۰۱۰: ۲۵) ضمن آنکه هرچند در ماده مورد اشاره، عبارت «مجازات ندارد» برای بیان مفهوم علل موجه جرم روشن

1. Des Causes irresponsabilite.

۲. قانون العقوبات السوري (Code Penal Syrian).

۳. الفعل المرتكب انفاذ النص قانونی او لأمر مشروع صادر لا بعد جرمه.

نیست، اما عنوان «اجرای تکلیف» می‌تواند گویای غرض اصلی قانونگذار در باب مباح بودن چنین رفتارهایی باشد. عبارت «ادای واجب» با قرائت اسلامی قرابت بیشتری دارد زیرا از نقطه نظر حقوق کیفری اسلام موارد علل موجهه ذیل عناوین کلی «اجرای حق و تکلیف» بحث می‌شوند و با اجرای «حق» حکم تکلیفی بر اباحه به معنی اخص مترتب می‌گردد و با ادای «تکلیف» گناه از مکلف زدوده می‌شود، از این رو در هر دو مورد می‌توان گفت مسئولیتی بر شخص مکلف نیست.

ماده ۱۸۵ قانون جزای لبنان (۱۹۴۳) بر خلاف قانون عقوبات سوریه با عباراتی آشکار ماهیت حکم قانون را بیان نموده است به موجب این ماده: «عملی که در اجرای قانون یا امر قانونی صادره از حکومت انجام شود جرم به حساب نمی‌آید...». ضمن آنکه بنابر ماده ۶۱ قانون عقوبات اردن (۲۰۱۰): «انسان برای هیچ عملی مسئولیت کیفری ندارد هرگاه آن عمل را در یکی از حالت‌های زیر انجام داده باشد: ۱- برای امر قانون...» عبارت «مسئولیت کیفری ندارد» در این مورد مانند واژه‌پردازی قانون کیفری ایران، صریح در مقصود نیست و علت این مهم، گرت‌برداری از قانون کیفری فرانسه (ماده ۴-۱۲۲) است که توضیح آن از نظر گذشت.

۲-۱- ماهیت فراحقوقی

در این مبحث در جستجوی ماهیت رفتارهای موضوع امر آمر قانونی هستیم که چه چیزی «باید» باشد. در این راستا دو سؤال قابل طرح است: اول، با توجه به قاعده جرم انگار آیا رفتارهای موضوع امر آمر قانونی قابلیت سرزنش را دارد؟ دوم، بر فرض عدم قابلیت جرم انگاری رفتار امر آمر قانونی چه چیزی رفتار مأمور را که به‌طور عادی قابل سرزنش است موجه می‌سازد؟ پاسخ به مسائل اخیر را از منظر قاعده جرم انگار و مبانی علل موجهه تحلیل می‌نماییم.^۲

۱. بحث امر آمر قانونی به‌عنوان رفتار موجهه راجع به «ماهیت» جرم است و نه سرزنش‌پذیری مأمور؛ وانگهی اگر امر غیرقانونی به تصور قانونی بودن انجام پذیرد، آن‌گاه مأمور به‌دلیل عدم مسئولیت کیفری سرزنش‌پذیر نیست، ولی رفتار وی همچنان خطا تلقی می‌شود؛ در ضمن پیش فرض ما این است که امر و آمر، قانونی است.

۲. به نظر می‌رسد، پاسخ به سؤال اول برخلافی سؤال دوم به موارد دیگر علل موجهه نیز قابل تعمیم است.

بررسی تطبیقی امر آمر قانونی در ترازوی ... / محمودیان اصفهانی و دیگران ۱۶۷

بدیهی است که «حقوق کیفری نباید خواهان جلوگیری از رفتارهایی باشد که به حق باعث ورود ضرر می‌شود.» (Duff, 2002: 13) از این نظرگاه، هرچند رفتارهای موضوع علل موجهه «مضر» هستند، ولی آن‌ها را نمی‌توان «خطا» تلقی نمود؛ زیرا بنابر خوانش اخلاقی از اصل ضرر^۱ خطا باید به لحاظ اخلاقی «غیر قابل توجیه» باشد. (Feinberg, 1984: 105) معتقد است ترکیب «ضرر» و «خطا» می‌تواند رهنمون صحیحی برای تبیین دامنه اصل ضرر باشد. از منظر رویکر فایده‌گرایانه اخلاقی عمل محور، تصمیم‌گیری اخلاقی با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قضیه صورت می‌گیرد. (فرح بخش، ۱۳۹۲: ۳۱۸) از این چشم‌انداز، صدور حکم اخلاقی در باب رفتارهای موضوع علل موجهه با توجه به سیاق رفتار امکان‌پذیر خواهد بود، نه نفس رفتار. بدین‌سان، علی‌رغم مضر بودن چنین رفتارهایی، جرم‌انگاری آن‌ها از منظر فایده‌گرایی و حتا تکلیف‌گرایی موجه نیست.

برطبق قاعده جرم‌انگار، دلیل عدم قابلیت سرزنش رفتارهای موضوع علل موجهه از نظر گذشت. اکنون تأملی در مبانی توجیه امر آمر قانونی می‌نماییم. به‌طور کلی، چهار تئوری در باب مبانی علل موجهه بیان شده است: ۱- منفعت عمومی؛ ۲- محرومیت از حق اخلاقی؛ ۳- محافظت از حق اخلاقی؛ ۴- منفعت عالی.^۲ (Milhizer, 2006: 14) و ۱۸۹-۱۸۰ (Dressler, 1995: 180-189) توجیه رفتار مأمور با نظریه محرومیت از حق اخلاقی^۳ و منفعت عمومی سازگارتر است؛ بدین شرح که: افراد دارای حقی‌هایی (Rights) هستند که توسط قانون کیفری به رسمیت شناخته شده است. گاهی دارنده حق به واسطه نقض حق دیگری، از حق خود محروم می‌شود، لذا امر آمر قانونی توجیهی است برای تحدید یا سلب

۱. رویکرد رقیب اصل ضرر، جرم‌انگاری اخلاق‌گرایانه است. مطابق این دیدگاه فرد زمانی استحقاق تحمل مجازات را دارد که از نظر اخلاقی سرزنش‌پذیر باشد، لذا این امر متوقف بر انجام رفتار ضد اخلاقی است؛ (Husak, 225: 1987) این رویکرد از منظر جرم‌انگاری لیبرال مورد نقدهای جدی قرار گرفته است.

۲. بحث تفصیلی در نقد و تحلیل این نظریات در مجال این نوشتار نیست؛ لذا خوانندگان را به منابع معتبر در این زمینه که در متن آمده است ارجاع می‌دهیم.

۳. منظور، حق‌های فراقانونی نیست، بلکه حق‌هایی است مانند حق حیات و حق آزادی که توسط قانون کیفری نیز به رسمیت شناخته شده‌اند.

این حق‌ها (نظریه محرومیت از حق)؛ به‌طور مثال، مأموری که به دستور آمر قانونی فردی را اعدام یا زندانی یا بازداشت می‌نماید، نفس رفتارش قابل سرزنش است، اما در اوضاع و احوال خاص (نقض قانون کیفری)، حق مجرم (حق حیات یا حق آزادی) به‌وسیله امر آمر قانونی نقض می‌شود؛ بدین لحاظ، ارتکاب رفتار به امر آمر قانونی قابلیت سرزنش خود را از دست می‌دهد؛ ضمن آنکه رفتار مأمور برای پیشبرد یک هدف عمومی قانونی، جامعه را نیز منتفع می‌سازد.

پاره‌ای نویسندگان حقوقی (حبیب زاده و فخر بناب، ۱۳۸۴: ۴۰) تصور نموده‌اند، مبنای توجیهی زوال عنصر قانونی در امر آمر قانونی «انگیزه پسندیده» در مرتکب است.^۱ از این منظر تعلق اراده مخالف با قانون در ذهنیت مأمور ناممکن است. وانگهی مأموری که دستور قانونی و شرعی آمر را انجام می‌دهد ممکن است با تمام وجود باور به ناعادلانه بودن دستور داشته باشد،^۲ در این صورت اجرای حکم توسط وی با انگیزه فضیلت مدارانه نخواهد بود و چنین انگیزه‌ای قابلیت سرزنش را دارد. باری، نگارندگان معتقدند «رفتار» موضوع امر آمر قانونی غیر قابل سرزنش است و انگیزه پسندیده نمی‌تواند مبنای زوال عنصر قانونی باشد؛ زیرا انگیزه غیر قابل سرزنش می‌تواند در رفتار قابل سرزنش ظهور نماید و برعکس.^۳

۱. اگر چنین نظری صحیح باشد آنگاه مأموری که با انگیزه قابل سرزنش اخلاقی مانند انتقام جویی دستور آمر را اجرا می‌نماید باید مجازات شود چون انگیزه پسندیده نداشته لذا رفتارش مجرمانه است. باید توجه نمود اموری مانند انگیزه امور ثابتی نیستند.

۲. بر فرضی که جایگاه اخلاق برتر از قانون و شرع باشد.

۳. به نظر می‌رسد این مبنای فراحقوقی در سایر عوامل موجهه یکسان نباشد. مبنای عمده زوال عنصر قانونی در دفاع مشروع، انگیزه غیر قابل سرزنش (قصد دفاع) است. در مورد اخیر ذات رفتار خطا است، ولی به‌دلیل ذهنیت قابل ستایش مدافع عنصر قانونی زایل می‌شود. در مورد اضطرار با یک دیدگاه فایده‌گرایانه (نظریه منفعت عالی) رفتار فاعل، غیر قابل سرزنش می‌شود، درحالی‌که از منظر اخلاق اجتماعی ممکن است قابل سرزنش باشد. در مورد اخیر رفتار فاعل به‌علت «ذهنیت فاعل» در عدم قابلیت انتخاب آزاد غیر قابل سرزنش است، لذا رفتار ارتكابی بدین سبب توجیه می‌شود.

۲- بازخوانی انتقادی تئوری‌های مشهور

سئوال اساسی در اینجا این است: مأمور در چه وضعیتی در برابر دستورات غیرقانونی امر^۱ باید سرزنش شود؟ در این رابطه سه نظریه مطرح شده که در ادامه بدان خواهیم پرداخت.^۲

نظریه اول، موسوم به اطاعت محض (کامل یا کورکورانه) است. مطابق این رویکرد، به منظور دستیابی به نظم اداری، مأمور مکلف است دستور مافوق خود را بی چون و چرا اجرا کند. یک دستور حتی غیر قانونی در هر نوع شرایطی عامل موجه برای مأمور تلقی می‌شود، بدین ترتیب مأمور هیچ گاه در قبال دستورات غیر قانونی امر قابل سرزنش نیست. به این نظریه انتقاد وارد شده که مأمور آلت بی‌اراده در دست آمر خواهد بود که هرگونه دستور را بی توجه به صحت یا سقم آن به موقع اجرا خواهد گذاشت. از چشم انداز حقوق اسلامی نظریه اخیر پذیرفته نشده است. حق امر حاکم و وجوب اطاعت از آن هر دو مقید هستند و

۱. چهار حالت در این رابطه وجود دارد: ۱- آمر قانونی + امر قانونی؛ ۲- آمر غیرقانونی + امر غیرقانونی؛ ۳- آمر قانونی + امر غیرقانونی؛ ۴- آمر غیرقانونی + امر قانونی. (نجفی توانا و میلکی، ۱۳۹۳: ۲۴۱) در حالت اول، رفتار مأمور مطابق با بند پ ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی جرم نیست. در سایر موارد مانند وضعیت‌های دوم و سوم که امر و آمر هر دو غیرقانونی یا فقط امر غیرقانونی است، رفتار مأمور «جرم» تلقی می‌شود، مگر اینکه دفاع «تصور قانونی» بودن امر توسط مقام قضایی پذیرفته شود که در این صورت مأمور مجازات نمی‌شود؛ یعنی وصف مجرمانه باقی است ولی مأمور «مجرم» نیست؛ لذا کسانی که به‌عنوان معاون یا شریک مأمور در این فرایند مجرمانه دخالت داشته‌اند، همچنان مجرم خواهند بود. در حالت چهارم، هرچند آمر غیرقانونی است، ولی غالباً نباید مجازات متوجه مأمور باشد؛ زیرا ماهیت امر، غیرقانونی نیست؛ به‌طور مثال، متهم به قتل عمد مطابق با قانون باید بازداشت شود و حال فرض نمایید بازرسی که قرار بازداشت موقت را صادر می‌نماید، صلاحیت قضایی خود را به دلایلی از دست می‌دهد؛ در اینجا مجازات متوجه مأمور اجراکننده دستور قانونی نیست. به نظر ما در این مورد حتا اگر مأمور از غیرقانونی بودن صلاحیت آمر آگاهی داشته باشد، بازهم مجازات نمودن مأمور به‌علت بازداشت غیرقانونی موجه نخواهد بود؛ زیرا «دستور» صادره قانونی بوده است.

۲. همین سه نظریه نیز از سوی حقوق‌دانان سوری مورد بحث قرار گرفته است: نظر اول، اطاعت کورکورانه یا سلبی است؛ یعنی مأمور حتماً باید امر آمر را تبعیت نماید. این نظریه مورد نقد قرار گرفته است؛ زیرا ممکن است مورد سوء استفاده آمر قرار بگیرد. نظر دوم، نظریه جنگ شعله‌ور است؛ یعنی اطاعت امر غیرمشروع مجاز نیست. این نظریه به‌خاطر چشم‌پوشی از امر مورد انتقاد قرار گرفته است؛ زیرا باعث اختلال در نظام می‌شود. نظر سوم، نظریه اطاعت معتدل است؛ مطابق با این نظریه اگر امری که صادر شده باشد قانونی باشد باید اجرا شود و اگر به شکل «واضحی» غیرقانونی باشد برای مأمور اجرای آن مجاز نیست. (ابراهیم العطور، ۲۰۰۲: ۱۵۲)

دستور دهنده حق ندارد به چیزی مخالف شرع فرمان دهد و مخاطب حق ندارد در چیزی که با شرع مخالف است از فرمان حاکم اطاعت کند فرمایش پیامبر نیز مؤید همین مطلب است؛^۱ (عوده، ۱۳۹۰: ۵۱۳) لذا عبارت مشهور «المأمور معذور» متوقف بر انجام رفتارهای شرعی توسط مأمور است.

رویکرد دوم تحت عناوینی همچون «بررسی اوامر»، «مسئولیت مأمور»، «سر نیزه آگاه»، «وجدان آگاه» یا به قول فرانسوی‌ها «سر نیزه ذکاوت» (Baronetess Intelligent) مورد بررسی قرار می‌گیرد. در این دیدگاه مأمور مکلف به بررسی قانونمند بودن امر است. اجرای یک دستور غیرقانونی همواره مسئولیت مأمور را به همراه دارد؛ زیرا فرض این دیدگاه متکی بر عدم قبول اشتباه حکمی از سوی مأمور است. بر این نظریه این اشکال وارد شده که هر مأموری ممکن است قانون را به میل و تشخیص خود تعبیر و تفسیر کند و با توسل به بهانه‌های گوناگون از اجرای اوامر مافوق سرباز زند و نظم و ترتیب اداری با اشکال مواجه شود. قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲ از این نظریه متابعت کرده بود. برحسب این نظریه، اگر مأمور پس از انجام تکلیفش یعنی بررسی امر، دستور در واقع غیرقانونی را حتا با پنداشت قانونی اجرا نماید، رفتارش قابل سرزنش است.^۰

دیدگاه آخر موسوم به نظریه «تفکیک»، «بینابین»، «رعایت ظواهر قانونی» یا «اطاعت معقول» است. به موجب آن باید بین موقعیتی که امر آمر «آشکارا غیرقانونی» و «ظاهراً قانونی» است، تفاوت قائل شد. بنابراین رفتار مأموری که امر غیرقانونی آشکار را به اجرا می‌گذارد، قابل سرزنش است. (اردبیلی، ۱۳۸۴: ۱۸۵؛ نوربها، ۱۳۸۴: ۲۵۲؛ باهری، ۱۳۸۴: ۳۴۵؛ شامبیاتی، ۱۳۸۲: ۳۲۲؛ علی‌آبادی، ۱۳۸۵: ۲۴۵)

برخی معتقدند، قانون کیفری ایران از نظریه دوم تبعیت نموده است؛ زیرا مقصود از عبارت «... و امر مذکور خلاف شرع نباشد»، احراز خلاف قانونی نبودن دستورات مافوق است و مأمور باید اوامر مافوق خود را مورد ارزیابی قرار داده و در صورت قانونی بودن به موقع اجرا

۱. «لاطاعة لمخلوق فی معصية الخالق.»

بررسی تطبیقی امر آمر قانونی در ترازوی ... / محمودیان اصفهانی و دیگران ۱۷۱

گذارد؛ به عنوان مثال، چنانچه بازپرسی برای شخصی دستور بازداشت صادر و پلیس را مأمور جلب نماید، مأمور باید دلایل اتهام را بررسی و مطمئن شود که دستور با قانون انطباق دارد یا خیر؛ (افراسیابی، ۱۳۷۶: ۲۳۶؛ الهام، ۱۳۷۵: ب: ۲۳۱) ناگفته نماند منظور از عبارت «خلاف شرع نبودن» به این معنا نیست که مأمور خود به منابع شرعی و فقهی مراجعه نماید، بلکه مقنن بر این نکته تأکید داشته است که مأمور در اجرای حکم باید سعی در رعایت موازین شرعی داشته باشد. به هر روی، برخی حقوق دانان به استناد صدر ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی که اشعار داشته است: «هرگاه به امر غیرقانونی یکی از مقامات رسمی جرمی واقع شود، آمر و مأمور به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌شوند...»، از نظریه دوم پیروی نموده‌اند و برخی دیگر (صالح ولیدی، ۱۳۸۸: ۱۶۶؛ گلدوزیان، ۱۳۸۴: ۱۱۴) به لحاظ ذیل ماده مذکور که بیان داشته است: «... ولی مأموری که امر آمر را به اشتباه قابل قبول و به تصور اینکه قانونی است اجرا کرده باشد، مجازات نمی‌شود...» رویکرد سوم را پذیرفته‌اند.

در مقام داوری این نظریات می‌توان اذعان نمود، قانونگذار کشور ما دیدگاه اول را نپذیرفته است؛ زیرا اطاعت کورکورانه مأمور از امر غیرقانونی مطابق با ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی مسئولیت کیفری مأمور را در پی دارد. (در مورد دیدگاه دوم، مأمور مکلف به بررسی قانونی بودن امر است و هیچ‌گاه دفاع اشتباه قابل قبول از وی پذیرفته نیست؛ زیرا پیش فرض این دیدگاه آن است که مأمور بررسی لازم را در مورد قانونی یا غیرقانونی بودن امر انجام داده است. این نظریه با ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی همخوانی ندارد؛ زیرا مأمور مطابق با ماده فوق‌الذکر می‌تواند از

۱. ناگفته نماند در موارد منصوص در حقوق کیفری ایران نظریه اطاعت محض مورد قبول واقع شده است، مانند مواد ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح؛ ضمن آنکه در مواد ۵۷۸ و ۵۷۹ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) این اتهام وجود دارد که آیا توری پذیرفته شده اطاعت محض است یا خیر. بر همین اساس، برخی معتقدند در این موارد «قانونگذار کیفری تابع شرایط کلی ماده ۱۵۹ نبوده و فقط آمر مجازات می‌شود.» (الهام، ۱۳۷۵: ب: ۱۳۳) در مقابل برخی دیگر بر این باورند که مسئول نبودن مأمور به شرطی است که مأمور امر آمر را مطابق با ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی قانونی پنداشته باشد (شکری، ۱۳۸۵: ۵۸۷) به نظر ما اصول کلی مربوط به امر آمر در بند پ ماده ۱۵۸ و ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی ذکر شده است و ترجیحی در مورد مقرره‌های منصوص وجود ندارد؛ یعنی تفاوتی ندارد که مأمور با وجود آنکه -در موضوع مواد ۵۷۸ و ۵۷۹ تعزیرات- امر آمر را غیرقانونی دانسته از مسئولیت مبرا باشد، ولی در بقیه موارد مسئولیت داشته باشد!

دفاع «اشتباه قابل قبول»^۱ استفاده نماید، درحالی که دفاع اخیر در نظریه دوم جایگاهی ندارد. با ارزیابی دقیق دیدگاه سوم به نکته مهمی پی می‌بریم مبنی بر اینکه «اشتباه قابل قبول» با امر «ظاهراً قانونی» ممکن است مشتبه شود. «اشتباه قابل قبول» پیرامون امر مساوی با «ظاهر قانونی» دانستن آن نیست. ممکن است با وجود اینکه امر «ظاهر» قانونی دارد ولی دفاع «اشتباه قابل قبول» پذیرفته نشود یا برعکس؛ مانند اینکه مأمور به دلیل بالا بودن سطح تحصیلی اش و نوع آموزش‌هایی که دیده امر به ظاهر قانونی را به تصور قانونی بودن اجرا نموده است؛ لکن ادعای «اشتباه قابل قبول» که - با توجه به اوضاع و احوال قضیه و شخص مأمور سنجیده می‌شود - از وی پذیرفته نشود. بدین طریق می‌توان گفت دیدگاه سوم هم مورد پذیرش قرار نگرفته است. یقیناً رویکرد قانونگذار در ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی دیدگاه مطلق‌گرا (نظریه اول و دوم) نیست و از این منظر با نظریه سوم شبیه است. مسئولیت مأمور با دفاع «اشتباه قابل قبول»^۲ رفع می‌شود؛ بدین‌سان بهتر است دیدگاه قانونگذار را نظریه «مسئولیت قابل دفاع» بنامیم؛ یعنی مطابق با ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی، مأمور با وجود دو شرط مسئولیت کیفری ندارد: (شرط اول)، هنگامی که مأمور با تصور قانونی بودن، دچار اشتباه قابل قبول (شرط دوم) شود.

ناگفته نماند، به خاطر تأسی از مقررۀ قانون کیفری فرانسه در باب «امر آمر قانونی»^۳ برخی مصنفین پنداشته‌اند، دیدگاه «ظواهر قانونی» مورد قبول قانونگذار ایران است.

۱. اگر قید قابل قبول را همان معقول و متعارف بودن بدائیم و آن را به دفاعیات دیگر نیز تسری دهیم، آن وقت می‌توان گفت: در نظام حقوقی ایران نیز معقول بودن باور مرتکب از شرایط اساسی پذیرش اسباب اباحت ظاهری است. (آقای نیا و منتی نژاد، ۱۳۹۳: ۳۴)

۲. همچنین باید توجه نمود تشخیص «اشتباه قابل قبول» در ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی با دادگاه است زیرا مقام قضایی با توجه به معیار «شخصی» تصمیم‌گیری خواهد نمود. البته «سوابق اداری مأمور، میزان تحصیلات، مدت استخدام، نوع دستور صادره، می‌تواند قرائن و اماراتی بر تشخیص این موضوع باشند و قطعاً دادگاه در صدور حکم آن را لحاظ خواهد کرد» (الهام، ۱۳۷۵ الف: ۴۳). اشتباه ذکر شده در ماده فوق‌الذکر اشتباه «حکمی» است چراکه با امعان نظر به ماده ۱۵۹ مشخص می‌گردد که وضعیت روانی مأمور «تصور قانونی» بودن امر است. بر اساس آموزه‌های اسلامی هم چون «مأمور حسن نیت دارد بر مأمور واجب است که در محدوده وظایف در امری که معصیت تلقی نمی‌شوند از رئیس خود اطاعت کند» (عوده، ۱۳۹۰: ۵۱۳) باید دقت نمود که دفاع اشتباه قابل قبول نافی استفاده مأمور از سایر موانع مسئولیت کیفری مانند دفاع «اشتباه موضوعی» بر اساس ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی نیست.

3. Le commandement de l'autorite' le'gitime.

بررسی تطبیقی امر آمر قانونی در ترازی ... / محمودیان اصفهانی و دیگران ۱۷۳

بند ۲ ماده ۴-۱۲۲ قانون کیفری فرانسه مصوب ۱۹۹۲ در این رابطه بیان داشته است: «شخصی که عمل دستور داده شده به وسیله مقام ذی صلاح را انجام می‌دهد، از نظر کیفری مسئول نیست، مگر اینکه این عمل آشکارا خلاف قانون باشد.»^۱ حال فرض نمایم مطابق با دیدگاه قانون فرانسه، اگر به نظر دادگاه دستور غیر قانونی، آشکارا غیر قانونی^۲ تلقی شود ولی مأمور با توجه به شرایط و اوضاع و احوال قضیه، مرتکب اشتباه «قابل قبول» شود، مأمور همچنان مسئولیت کیفری خواهد داشت؛ زیرا دفاع اشتباه قابل قبول برخلاف دفاع امر به ظاهر قانونی صرفاً بر «دستور» صادره متمرکز نیست. این دقیقاً نشانگر تفاوت نقطه نظر قانون مجازات اسلامی با قانون کیفری فرانسوی است. بدین ترتیب می‌توان اذعان نمود حقوق کیفری فرانسه نظریه «رعایت ظواهر قانونی» را پذیرفته است.^۳ به نظر می‌رسد، دیدگاه قانونگذار کشورمان صائب‌تر باشد؛ زیرا بنابر معیار سرزنش اخلاقی‌گرایانه، رفتار مأمور در وضعیت دفاع «اشتباه قابل قبول» سرزنش‌پذیر نیست. با این وجود رویکرد قانون فرانسه حقوق جامعه را بهتر تضمین می‌نماید؛ زیرا هیچ‌گونه عذری در رفتارهای به ظاهر غیر قانونی حتی به تصور قانونی بودن امر پذیرفته نیست. به هر حال در قانون فرانسه تعیین گستره موارد آشکارا غیر قانونی همچنان با چالش روبه‌رو است.

در این رابطه ماده ۱۸۴ قانون عقوبات سوریه مصوب ۱۹۴۹ اشعار داشته است: «... ۲۰۰- هنگامی که امری که صادر شده غیر مشروع باشد، فاعل [مأمور] براءت می‌جوید، مشروط بر اینکه قانون به او اجازه نداده باشد در مورد قانونی بودن امر تحقیق کند.»^۴ (الفاضل، ۱۳۹۶ق: ۳۵۲) در مورد اجرای امر مشروع قانون ارتکاب جرم به واسطه امر آمر غیر قانونی را موجه دانسته است، مشروط بر آنکه مأمور قانوناً حق تحقیق و تفحص پیرامون مشروعیت یا عدم مشروعیت امر آمر را نداشته باشد. (محقق داماد، بی‌تا: ۱۹۷) در حقوق کیفری سوریه در مورد ماده فوق‌الذکر

1. Article 122-4: N'est pas pe'nalement responsable la personne qui accomplit un acte commande' par l'autorite le'gitime, sauf si cet acte est manifestement ille'gal.

۲. گفتنی است که قانونگذار فرانسه به هیچ وجه مشخص ننموده است که چه مواردی آشکارا غیر قانونی می‌باشند یا آشکارا غیر قانونی نمی‌باشند. (لوترمی و کلب، ۱۳۸۷: ۹۰؛ استفانی و دیگران، ۱۳۸۳: ۴۹۵).

۳. همسو با این دیدگاه بعضی (گارو، ۱۳۴۴: ۶۲؛ استفانی و دیگران، ۱۳۸۳: ۴۹۵) معتقد به این نظریه هستند ولی در مقابل برخی دیگر معتقدند قانون کیفری فرانسه نظریه مسئولیت مأمور را پذیرفته است. (محسنی، ۱۳۷۶: ۲۰۸)

۴. اذا كان الأمر الصادر غیر مشروع جاز تبریر الفاعل اذا كان القانون لایجیز له ان یتحقق شرعية الأمر.

دو اصل کلی حائز اهمیت است: اولین اصل در امر غیرقانونی برانتِ مأمور است و این قاعده کلی قابل نقض است؛ دوم، اصل بر این مهم مترتب می‌شود که مأمور اجازه در تفحصِ قانونی یا غیرقانونی بودن اوامر را دارد، مگر اینکه «قانون» وی را منع کرده باشد. با این توضیحات می‌توان بیان نمود رفتار مأمور در امر غیرقانونی مباح است، مگر اینکه از مأمور حق «بررسی قانونی بودن» به استناد قانون سلب شده باشد. در این مورد برخلافِ حقوق کیفری ایران عذر «اشتباه قابل قبول» مبتنی بر «تصور قانونی» بودن پذیرفته نیست، چون مأمور خود مکلف به تحقیق بوده است؛ لذا می‌توان گفت: درحالتی که قانون مأمور را برای تفحص منع نکرده نظریهٔ مسئولیتِ مطلقِ مأمور (نظر دوم) پذیرفته شده است و در موردی که چنین منعی وجود دارد از نظریهٔ اطاعت محض پیروی شده است. مادهٔ ۱۸۵ قانون عقوبات لبنان (۱۹۴۳) نیز با رویکرد مشابه بیان داشته است: «... هرگاه امر صادره غیرقانونی باشد، فاعل مسئولیت ندارد، مشروط بر اینکه قانون به او اجازه نداده باشد در مورد قانونی بودن امر تحقیق کند؛ همچنین امر کتبی که صادر می‌شود، جزء اوامر قانونی است اگر از: ۱- رئیس هیئت بازرسی قضایی؛ ۲- رئیس هیئت بازرسی مرکزی؛ ۳- مدیر کل نیروهای امنیت داخلی؛ ۴- مدیر کل امنیت عمومی، و در محدودیت صلاحیت خود صادر کرده باشند.» اما قابل توجه است، مطابق با مادهٔ ۶۱ قانون عقوبات اردن (۲۰۱۰)، دیدگاه مسئولیت مطلقِ مأمور مورد پذیرش واقع شده است و مأمور مطلقاً دارای مسئولیت کیفری است. مطابق با مادهٔ اخیرالذکر: «هرگاه عمل در یکی از حالت‌های زیر انجام شده باشد، انسان برای هیچ عملی مسئولیت کیفری ندارد: ۱- برای اجرای قانون؛ ۲- برای اطاعت امری که از سوی یک مرجع صلاحیت‌دار صادر شده باشد، مگر اینکه امر غیرقانونی باشد.» بدین ترتیب حتی اگر امر غیرقانونی، به «ظاهر قانونی» یا «به تصور قانونی بودن» انجام شده باشد؛ باز هم مأمور مسئولیت دارد.

نتیجه‌گیری

۱- دفاع امر آمر قانونی به‌عنوان سبب موجه فقط تابع شرایط عینی است. در مرتبهٔ فراحقوقی علت زوال رکن قانونی رفتارهای موضوع امر آمر قانونی غیر قابل سرزنش بودن نفس رفتار است. تحلیل مسئله اخیر به ساحت جرم‌انگاری مربوط می‌شود و از این نقطه‌نظر رفتارهای موضوع علل موجه اعمال مضر هستند که «خطا» تلقی نمی‌شوند. این برداشت

بررسی تطبیقی امر آمر قانونی در ترازوی ... / محمودیان اصفهانی و دیگران ۱۷۵

از خطا به خوانش اخلاقی اصل ضرر معطوف می‌شود که به موجب آن خطا به لحاظ اخلاقی باید غیر قابل توجیه باشد؛ به علاوه از میان تئوری‌های مختلف مبنای توجیهی امر آمر قانونی نظریه محرومیت از حق اخلاقی و منفعت عمومی است.

۲- نکته دیگر آنکه دکترین حقوق کیفری سه تئوری را در رابطه با امر غیرقانونی آمر بیان نموده‌اند: الف- نظریه اطاعت محض؛ ب- دیدگاه مسئولیت محض مأمور؛ ج- تئوری وسط یا رعایت ظواهر قانونی. به نظر نگارندگان رویکرد قانونگذار ایران مطلق‌گرا نبوده و مسئولیت یا عدم مسئولیت مطلق مأمور را مورد پذیرش قرار نداده است. قانون کیفری ایران شباهت رهنمی با رویکرد سوم دارد، لیکن با توجه به اینکه دفاع «اشتباه قابل قبول» مساوی با امر به «ظاهر قانونی» نیست، بدین وصف بهتر است دیدگاه قانونگذار کیفری ایران را در عناوینی همچون نظریه «مسئولیت مقید» یا «مشروط» شناسایی نماییم.

۳- از حیث حقوق تطبیقی مطابق با دیدگاه قانون کیفری فرانسه مبنی بر «رعایت ظواهر قانونی» اگر امر آشکارا غیرقانونی باشد ولی اشتباه مأمور بر پایه معیار نوعی، اشتباه «قابل قبول» تلقی شود، مأمور مسئولیت کیفری دارد. به استناد ماده ۱۸۴ قانون عقوبات سوریه مصوب ۱۹۴۹ برخلاف حقوق کیفری ایران عذر «اشتباه قابل قبول» مبتنی بر «تصور قانونی» بودن پذیرفته نیست، چون مأمور خود مکلف به تحقیق بوده است؛ لذا می‌توان گفت درحالتی- که قانون مأمور را برای تفحص منع نکرده، نظریه مسئولیت مطلق مأمور پذیرفته شده است و در موردی که چنین منعی وجود دارد، از نظریه اطاعت محض پیروی شده است؛ ضمناً مطابق با قانون عقوبات اردن دیدگاه مسئولیت مطلق مأمور مورد پذیرش واقع شده است.

۴- در انتها پیشنهاد می‌شود، ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بدین ترتیب اصلاح شود: «... ارتکاب رفتارهایی که در شرایط عادی جرم است، در موارد ذیل جرم محسوب نمی‌شود...» تا این ابهام نزد صاحب‌نظران برطرف شود که قانونگذار با الفاظ جدید در مقام انقلاب ماهیتی برای عوامل موجهه جرم نبوده است، ضمن آنکه لازم می‌آید قانونگذار با توجه به پیامدهای مفید و غیر قابل انکار حاکمیت قانون، عبارت «خلاف شرع نباشد» را مانند آنچه که در لایحه قانون جدید مجازات اسلامی بود، از بند پ ماده ۱۵۸ حذف نماید.

کتاب‌نامه

الف- کتب و مقالات

الف-۱: فارسی

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۲)، حقوق جزای عمومی، چاپ سی و دوم، تهران: میزان.
- استفانی، گاستون؛ ژرژ لواسور و برنار بولوک (۱۳۸۳)، حقوق جزای عمومی (جرم و مجرم)، مترجم حسن دادبان، چاپ دوم، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی.
- افراسیابی، اسماعیل (۱۳۷۶)، حقوق جزای عمومی، چاپ دوم، تهران: انتشارات فردوسی.
- آقایی‌نیا، حسین و صادق منتی نژاد (۱۳۹۳)، «کاربرد عینی و ذهنی در عوامل موجهه جرم»، فصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۱، شماره ۱، صص ۲۳-۳۶.
- الهام، غلامحسین (۱۳۷۵ الف)، «مسئولیت آمر و مأمور قانونی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۱۵، شماره ۱۵، صص ۳۱-۵۴.
- الهام، غلامحسین (۱۳۷۵ ب)، امر آمر قانونی در حقوق کیفری ایران، رساله دوره دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تربیت مدرس، دانشکده حقوق.
- باهری، محمد (۱۳۸۴)، نگرشی بر حقوق جزای عمومی، چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد.
- توجهی، عبدالعلی (۱۳۹۴)، آسیب‌شناسی قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، چاپ اول، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر و حسین فخر بناب (۱۳۸۴)، «مقایسه عوامل موجهه جرم و عوامل رافع مسئولیت کیفری»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۹، شماره ۳، صص ۳۷-۵۷.
- سبزواری‌نژاد، حجت، (۱۳۹۳)، حقوق جزای عمومی (جرم، مجرم، مسئولیت کیفری و موانع آن)، چاپ دوم، تهران: جنگل.
- سروش، عبدالکریم (۱۳۸۶)، ادب، قدرت و ادب عدالت، چاپ اول، تهران: موسسه فرهنگی صراط.
- شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۸۲)، حقوق جزای عمومی، چاپ یازدهم، تهران: انتشارات مجد و ژوبین.
- شکری، رضا و قادر سیروس (۱۳۸۵)، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، چاپ پنجم، تهران: مهاجر.

بررسی تطبیقی امر آمر قانونی در ترازوی ... / محمودیان اصفهانی و دیگران ۱۷۷

- شمس‌ناتری، ابراهیم (۱۳۹۲)، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، چاپ اول، تهران: میزان.

- علی‌آبادی، عبدالحسین (۱۳۸۵)، حقوق جنایی، چاپ چهارم، تهران: انتشارات فردوسی.
- عوده، عبدالقادر (۱۳۹۰)، بررسی تطبیقی حقوق جزای اسلامی (جرم و ارکان آن)، مترجم حسن فرهودی‌نیا، تهران: شرکت بین‌المللی پژوهش و نشر یادآوران.

- فرح‌بخش، مجتبی (۱۳۹۲)، جرم‌انگاری فایده‌گرایانه (جستاری در فلسفه حقوق کیفری)، چاپ اول، تهران: میزان.

- گارو، رنه (۱۳۴۴)، مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا، مترجم سید ضیاء‌الدین نقاب، تهران: ابن‌سینا.

- گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۴)، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، چاپ دهم، تهران: میزان.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۹۳)، محشای قانون مجازات اسلامی: کلیات، حدود، قصاص، دیات، تعزیرات، چاپ سوم، تهران: مجد.

- لوترمی، لورانس و پاتریک کلب (۱۳۸۷)، بایسته‌های حقوق کیفری عمومی فرانسه، مترجم محمود روح‌الامینی، تهران: میزان.

- محسنی، مرتضی (۱۳۷۶)، مسئولیت کیفری (دوره حقوق جزای عمومی)، چاپ اول، تهران: گنج دانش.

- محقق‌داماد، مصطفی (بی‌تا)، تقریرات حقوق کیفری کشورهای اسلامی، چاپ اول، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

- نجفی‌توانا، علی و ایوب میلکی (۱۳۹۳)، حقوق جزای عمومی، چاپ اول، تهران: جنگل.
- نوربها، رضا (۱۳۸۴)، زمینه حقوق جزای عمومی، چاپ چهاردهم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- ولیدی، محمد صالح (۱۳۸۸)، بایسته‌های حقوق جزای عمومی (۳-۲-۱)، چاپ اول، تهران: جنگل.

الف-۲: عربی

- ابراهیم العطور، د. رنا (۲۰۰۲)، دور القانون فی اباحة التجريم. مجلة الشريعة و القانون. جامعة الإمارات العربية المتحدة كلية الشريعة، المجلد ۲۶، الاصدار ۵۰، صص ۱۳۱-۱۹۲.
- الفاضل، محمد (۱۳۹۶ق)، المبادئ العامة فی التشريع الجزائي، چاپ اول، دمشق: مطبعة الداودي.

الف-۳: لاتین

- Dorkin, Ronald (1996). *Freedom's Law; The Moral Reading of the American Constitution*, New York: Oxford University Press.
- Dressler, Joshua (1995). *Understanding Criminal Law*, San Francisco: Lexis Nexis.
- Duff, Antony (1991). *Subjectivism, Objectivism and Criminal Attempts, in Harm and Culpability*, New York: Clarendon Press.
- Duff, Antony (2002). *Theories of Criminal Law*, Stanford, California: Stanford University
- Feinberg, Joel (1984). *Harm to Others; The Morals Limits of The Criminal Law*, Vol. 1, New York: Oxford University Press.
- Feinberg, Joel (1988). *Harmless Wrongdoing*, New York: Oxford University Press.
- Hall, Jeorm (1943). "International of Criminal Law and Torts", *Columbia Law Review*, Vol. 63, No. 7, pp. 967-1001.
- Hamish, Stewart (2010). The Limits of the Harm Principle, *Crim Law and Philos*, Vol. 4, No. 1, pp. 17-35.
- Husak, Douglas (1987). *Philosophy of Criminal Law*, New York: Oxford University Press.
- Milhizer, Eugener (2006). "Justification and Excuse: what they were, what they are and what they thought to be", *ST, Johns Law Review*, Vol. 78, No. 3. pp. 725- 896.
- Moore, Michale (1997). *Placing Blame; A Theory of Criminal Law*, New York: Oxford University Press.
- Robinsion, Paul (1997). *Structure and Function in Criminal Law*, New York: Clarendon Press.

ب: وبسایت های اینترنتی

- «نسبت اخلاق و حقوق» (۱۳۹۰)، محمد راسخ (مصاحبه با روزنامه شرق، ۲۰ مرداد)

<http://old.sharghdaily.ir/news/90/05/20/25633.htm>