

تصمیم دادگاه: حق یا تکلیف؟*

اسمعیل رحیمی نژاد^۱

چکیده

قانونگذار ایران در قوانین و مقررات مختلف از جمله مقررات مربوط به تخفیف و تعلیق مجازات، آزادی مشروط، تعدد و تکرار جرم (مواد ۲۲ و ۲۵ و ۳۸ و ۴۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰) و نظارت و کنترل بر مجرمان خطرناک و سابقه دار (ماده ۴۸ مکرر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۸۷ و مواد ۵ و ۶ قانون اقدامات تأمینی و تربیتی مصوب ۱۳۳۹) با استفاده از تعبیری مثل «دادگاه می‌تواند»، «حاکم می‌تواند» برای قضات محاکم تفویض اختیار کرده است. با عنایت به ظهور این نوع اصطلاحات در «اختیار و آزادی قاضی» برای تصمیم‌گیری، سؤالی که به ذهن متبادر می‌شود این است که اعطای این اختیار با تکلیف دادگاهها به اجرای عدالت و حفظ نظم عمومی چگونه قابل جمع است؟ آیا تفویض اختیار در این قبیل موارد به معنای نادیده گرفتن لوازم و مقتضیات دادرسی عادلانه و مبانی و اهداف نهادهایی چون کیفیات مخففه، تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط و اقدامات تأمینی و تربیتی نیست و نهایت اینکه مبنا و منطق این اختیار چیست؟ یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد که اعطای اختیار تصمیم‌گیری برای قضات محاکم در قوانین موضوعه که اغلب ناشی از فرایند اسلامی سازی قوانین براساس پیش فهمها و پیش فرض‌های فقهی بوده است، نه تنها با ماهیت حقوقی تصمیم دادگاه به عنوان یک تکلیف بلکه با مبانی علمی نهادها و مؤسسات حقوقی نیز مغایر است.

واژه‌های کلیدی: تصمیم دادگاه، حق، تکلیف، مبانی اختیار، تعارض قوانین.

^۱ این مقاله مستخرج از طرح پژوهشی نویسنده با همین عنوان است که با حمایت مالی مدیریت امور پژوهشی دانشگاه تبریز به اتمام رسیده است.

مقدمه

یکی از مشکلات مهم در عرصه سیاست جنایی تقنینی ایران «تعارض و ناسازگاری قوانین با مبانی و اهداف نهادهای حقوقی» است که یکی از جلوه‌های بارز آن پیش‌بینی «حق تصمیم‌گیری برای محاکم» در مقررات مختلف از جمله مواد ۲۲، ۲۵، ۴۷ و ۴۸ و ۴۸ مکرر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و ۱۳۸۷ و مواد ۵ و ۶ قانون اقدامات تأمینی و تربیتی مصوب ۱۳۳۹ است. با عنایت به این که این مقررات و اصطلاحات به کار رفته در آنها نظیر «حاکم می‌تواند» و «محکمه می‌تواند» ظهور در اختیار و آزادی قاضی در تصمیم‌گیری دارد، سؤال این است که چگونه این اختیار و آزادی قاضی با تکلیف او به اجرای عدالت و رعایت لوازم و مقتضیات دادرسی عادلانه سازگار است؟ مبنا و منطق این تفویض اختیار چیست؟ آیا این اختیار به معنای نادیده گرفتن فلسفه وجودی نهادهایی چون تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط، کیفیات مخففه و اقدامات تأمینی و تربیتی نیست؟

برای یافتن پاسخ دقیق به این سؤالات ضروری است که اولاً، ماهیت حقوقی تصمیم دادگاه (به عنوان حق یا تکلیف) مشخص گردد، ثانیاً تعارض مقررات مذکور با ماهیت حقوقی این تصمیم و مبانی و اهداف نهادها و تأسیسات حقوقی روشن گردد، ثالثاً، مبانی اعطای این نوع اختیارات به دادگاهها و قضات محاکم تبیین شود.

۱- ماهیت حقوقی تصمیمات دادگاه

قبل از بحث پیرامون ماهیت حقوقی تصمیم دادگاه به عنوان حق یا تکلیف، لازم است نخست به بررسی مفاهیم کلی مرتبط با این موضوع یعنی مفهوم تصمیم دادگاه و انواع آن و مفهوم حق و تکلیف بپردازیم.

۱-۱- مفهوم تصمیم دادگاه و انواع آن

تصمیم در لغت به معنای آهنگ کاری کردن و با عزم راسخ درصدد اجرای امری برآمدن است (عمید، ۱۳۶۲: ۳۲۲) و در اصطلاح حقوقی عبارت از رأی و یا دستور قاضی دادگاه است که در امور قضایی یا شبه قضایی و یا اداری صادر می‌شود (Black's Law Dictionary, 1982: 21).

تصمیم دادگاه یا در امور ترافیعی است و یا در امور حسبی. امور ترافیعی اموری هستند که مسبقاً به نزاع و اختلاف میان دو یا چند نفر باشد و هدف از دادرسی در این امور حل یک مسأله حقوقی مورد اختلاف میان اصحاب دعوا، فصل نزاع و جلوگیری از تجاوز به قانون است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۱۵). امور حسبی هم اموری هستند که دادگاهها مکلفند نسبت به آن امور اقدام کند و تصمیمی اتخاذ نمایند، بدون اینکه رسیدگی به آنها متوقف بر وقوع اختلاف و منازعه بین اشخاص و اقامه دعوی از طرف آنان باشد؛ مثل صدور حکم موت فرضی برای غایب مفقودالاثَر، تعیین قیم برای محجورین و نصب امین برای اداره اموال غایب مفقودالاثَر، صدور گواهی تصدیق انحصار وراثت و غیره.

تصمیم دادگاه همچنین می‌تواند به صورت «حکم» و یا «قرار» باشد. برابر ماده ۲۹۹ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۸ «چنانچه رأی دادگاه راجع به ماهیت دعوا و قاطع آن به طور کلی یا جزئی باشد «حکم» و در غیر این صورت «قرار» نامیده می‌شود». یعنی اگر تصمیم دادگاه راجع به ماهیت دعوا و یا قاطع آن نباشد، قرار است؛ مثل قرار بازداشت، تأمین خواسته، قرار عدم صلاحیت و قرار رد دعوا. همچنین تصمیم می‌تواند جنبه اداری و دستوری داشته باشد، مثل دستوری که دادگاه به منظور حفظ نظم جلسه دادرسی (برابر تبصره ۲ ماده ۱۸۸ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری) و یا انجام امور دیگر مثل تادیه دستمزد کارشناس (برابر ماده ۲۶۴ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی) ابلاغ اوراق دعوا به خواننده و یا تعیین وقت دادرسی (برابر مواد ۶۷ و ۶۴ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی) صادر می‌کند.

این دستورها که جنبه قضایی و دادرسی ندارند، در عرف قضایی ما به دستورهای اداری دادگاه معروف هستند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۱۵).

۱-۲- مفهوم حق و تکلیف

از مفاهیم کلی دیگر که با موضوع بحث ارتباط دارد مفهوم حق و تکلیف است، لذا در این قسمت به بررسی آنها می‌پردازیم.

۱-۲-۱- مفهوم حق

حق دارای معانی مختلف و متعددی است. گاهی حق به معنای مطالبه^۱ می‌دهد. دارنده این نوع حق می‌تواند انجام یا عدم انجام عملی را از کسی بخواهد. لازمه حقوق مطالبه‌ای وجود وظیفه در طرف مقابل است. مثل اینکه زوجه حق مطالبه نفقه از زوج دارد و زوج مکلف به پرداخت آن است. گاهی هم حق به معنای آزادی یا امتیاز^۲ است؛ آزادی به معنای قدرت بر اندیشیدن و انجام یا عدم انجام عمل براساس میل و اراده خود است. حق به معنای آزادی مستلزم این است که اولاً ذیحق موظف به انجام عملی نباشد، ثانیاً دیگری هم حقی در این خصوص بر او نداشته باشد. مثلاً در نظام حقوقی آمریکا فرد حق دارد از ادای شهادت علیه همسر خود امتناع نماید. زمانی هم حق به معنای قدرت^۳ به کار می‌رود. لازمه حق به معنای قدرت این است که اولاً ذیحق بتواند موضوع حق را اعمال کند و ثانیاً حق دیگری امکان دارد متأثر از اعمال این حق باشد. مثل حق رأی دادن یا این که موصی حق دارد یک سوم اموال خود را به دیگری وصیت کند. و بالاخره حق می‌تواند به معنای مصونیت^۴ باشد. حق به معنای مصونیت یعنی اینکه ذیحق در برابر اعمال دیگران مورد حمایت قرار گیرد. مثل حق مصونیت از شکنجه و بازداشت خودسرانه و یا حق کرامت انسانی (قاری سیدفاطمی، ۱۳۸۲: ۲۲۲). در این مقاله حق به معنای آزادی و قدرت به کار می‌رود نه به معنای مصونیت ماهوی قضات محاکم از تعقیب و محاکمه به سبب اظهار نظر و عقیده در امور قضایی یا شبه قضایی.

۱-۲-۲- مفهوم تکلیف

تکلیف عبارت است از اینکه کسی به موجب قانون یا قرارداد ملزم به انجام دادن یا عدم انجام دادن عملی باشد. مانند تکلیف مربوط به حضانت، حسن معاشرت، ادای دین و خودداری از ادای شهادت یا قسم دروغ.

1 - Claim- Right
 2 - Liberty/Privilege-Right
 3 - Power-Right
 4 - Immunity-Right

مراد از تکلیف در این مقاله بیشتر الزام ناشی از حکم قانون است و در تعریف حکم آورده‌اند که «عبارت از اوامر و نواهی قانونگذار است که به طور مستقیم کاری را مباح یا واجب یا ممنوع اعلام می‌کند و یا آثار حقوقی خاصی را بر اعمال اشخاص بار می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۶۶: ۱۶۳).

با عنایت به آنچه گفته شد تفاوت حق و تکلیف در این است که اولاً تکلیف همان‌گونه که گفته شد، به الزامات قانونی و یا قراردادی اطلاق می‌شود. در حالی که حق، سلطه و اختیاری است که برای شخص در روابط او با دیگران یا اشیاء ایجاد می‌شود، مانند حق قصاص برای اولیای دم برابر ماده ۲۰۵ قانون مجازات اسلامی. ثانیاً انجام دادن یا ندادن موضوع تکلیف یعنی اوامر و نواهی قانونگذار الزامی است، به گونه‌ای که فعل یا ترک آن توأم با ضمانت اجرای حقوقی است ولی اعمال یا عدم اعمال حق در اختیار صاحب حق است.

۱-۳- ماهیت حقوقی تصمیم قضایی دادگاه

با عنایت به آنچه در مورد مفهوم و ماهیت حق و تکلیف گفته شد، این سؤال مطرح می‌شود که تصمیم دادگاه به لحاظ حقوقی چه ماهیتی دارد؟ در پاسخ به این سؤال باید گفت که تصمیم‌گیری برای دادگاه چه در امور ترافعی و چه در امور حسبی یک تکلیف است و نه حق؛ زیرا اولاً اعطای حق تصمیم‌گیری به محاکم، با مبانی و اهداف قواعد حقوقی و به ویژه قواعد حقوق کیفری یعنی حفظ نظم عمومی، اجرای عدالت و حمایت از حقوق و آزادی‌های فردی و منافع اجتماعی مغایرت پیدا می‌کند. بنابراین «نمی‌توان با قائل شدن به اختیار قضایی، عدالت و حقوق و آزادی‌های فردی را به پای تمایلات شخصی قاضی قربانی کرد» (آقایی نیا، ۱۳۸۵: ۱۶). ثانیاً برابر منطوق و مفهوم اصول ۱۵۶، ۱۵۸،

۱- اصل ۱۵۶ قانون اساسی ایران در این مورد می‌گوید: «قوه قضائیه، قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت و عهده‌دار وظایف زیر است: الف) رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات، شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومت و اخذ تصمیم و اقدام لازم در آن قسمت از امور حسبیه که قانون معین می‌کند؛ ب) احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع؛ ج) نظارت بر حسن اجرای قانون؛ د) کشف جرم، تعقیب و مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام؛ ه) اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح و درمان مجرمان».

۲- اصل ۱۵۸ قانون اساسی نیز در مورد وظایف رئیس قوه قضائیه چنین مقرر می‌دارد: «وظایف رئیس قوه قضائیه به شرح زیر است:

۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مسئولیت حفظ نظم عمومی و اجرای عدالت در جامعه بر عهده قوه قضائیه است و برای اجرای این امر مهم قضات دادگاهها مکلف به رسیدگی و صدور حکم و اتخاذ تصمیم در تمامی دعاوی اعم از ترافیعی و حسبی هستند، ثالثاً از باب مقدمه واجب، قضات محاکم مکلفند مقدمات اجرای عدالت و حفظ نظم عمومی را نیز از طریق صدور دستورهای مقتضی از جمله دستورهای موضوع مواد ۲۶۴ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی و تبصره ۲ ماده ۱۸۸ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری فراهم کنند.

رابعاً منطبق مواد ۳، ۵۱، ۱۷۷ و ۲۱۴ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ و مواد ۱، ۳ و ۴ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ و ماده ۱ قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹ بیانگر این است که رسیدگی، صدور حکم و اتخاذ تصمیم در امور ترافیعی یا امور حسبی از وظایف دادگاه است. همچنین برابر مواد ۶، ۶۰، ۱۳۲، ۱۷۷، ۱۶۴ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری و مواد ۱۹۹، ۲۴۹ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، صدور قرار چه به صورت قرارهای نهایی مثل قرار موقوفی تعقیب یا منع تعقیب یا قرارهای اعدادی یا مقدماتی مثل قرار اخذ تأمین، معاینه محل و ارجاع امر به کارشناس، تحقیقات محلی یا هر نوع تحقیق و اقدام دیگری که برای کشف حقیقت لازم باشد، برای قاضی دادگاه تکلیف محسوب می‌شود.

۲- تعارض قوانین اعطا کننده تخییر با مبانی و اهداف نهادهای حقوقی و ماهیت حقوقی تصمیم دادگاه

همان‌طور که پیشتر گذشت، قانونگذار ایران در قوانین مختلف به قضات محاکم تفویض

الف) ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری به تناسب مسئولیت‌های اصل ۱۵۶؛ ب) تهیه لوایح قضایی متناسب با جمهوری اسلامی ایران؛ ج) استخدام قضات عادل و شایسته و عزل و نصب آنها».

۱ - به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز «قاضی مکلف است حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع نماید».

اختیار نموده است. این مقررات نه فقط با ماهیت حقوقی تصمیم دادگاه (به عنوان یک تکلیف) بلکه با مبانی علمی نهادهای حقوقی نیز مغایر است. در این قسمت به بررسی انتقادی نمونه‌هایی از این مقررات می‌پردازیم:

۱-۲- اعطای حق تصمیم‌گیری به محاکم در مورد حضانت اطفال در معرض خطر در قانون مدنی

یکی از مواردی که قانونگذار بدون در نظر گرفتن ماهیت حقوقی تصمیم دادگاه و مبانی علمی نهادهای حقوقی اقدام به پیش‌بینی مقرراتی نمود، ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی است. قانونگذار در این ماده چنین مقرر می‌کند:

«هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای رئیس حوزه قضایی هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند. موارد زیر از مصادیق عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی هر یک از والدین است:

۱- اعتیاد زیان آور به الکل، مواد مخدر و قمار ۲- اشتهار به فساد اخلاقی و فحشا
 ۳- ابتلا به بیماریهای روانی با تشخیص پزشکی قانونی ۴- سوء استفاده از طفل یا اجبار او
 به ورود در مشاغل ضد اخلاقی مانند فساد و فحشا، تکدی‌گری و قاچاق ۵- تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف.

همانگونه که ملاحظه می‌شود قانونگذار در این ماده با عبارت محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا قیم او یا رئیس حوزه قضایی هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند»، تصمیم‌گیری در مورد اطفال در معرض خطر را در اختیار محاکم گذاشته است. در حالی که این امر نه فقط با ماهیت حقوقی تصمیم دادگاه به عنوان یک تکلیف بلکه با تئوری‌ها و نظریه‌های علمی نیز مغایرت دارد. چون اولاً اتخاذ تصمیم در این

مورد در واقع یک نوع اقدام پیشگیرانه از نوع دوم^۱ است که برابر بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی بر قوه قضائیه که نقش مدیریتی و سیاستگذاری در امر پیشگیری را دارد، تکلیف است. ثانیاً قواعد و مقررات مربوط به حضانت اطفال و همچنین پیشگیری از بزهکاری آنان هم دارای یک سلسله مبانی جرم شناختی است (Stven, 1998:11) و هدف اصلی آن جلوگیری از ارتکاب جرم از طریق مقابله با عوامل تکوین جرم و یا از بین بردن موقعیت‌ها و فرصت‌های ارتکاب جرم است (گسن، ۱۳۷۰: ۶۸). بنابراین تفویض اختیار به محاکم در این مورد با این مبانی و به ویژه تئوری اطفال در معرض خطر^۲، ناسازگار است.

البته می‌توان با صرف‌نظر کردن از معنای ظاهری ماده، آن را به این شکل تأویل و تفسیر کرد که محکمه در اتخاذ اصل تصمیم در خصوص حضانت طفل مکلف است و اختیار او صرفاً در حیطه انتخاب نوع این تصمیم قرار دارد. به نظر می‌آید تفسیر منطقی و درست ماده همین باشد.

۲-۲- اختیاری بودن تشکیل پرونده شخصیت در مورد اطفال بزهکار

برابر ماده ۲۲۲ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ «چنانچه درباره وضعیت روحی و روانی طفل یا ولی یا سرپرست قانونی او یا خانواده و محیط معاشرت طفل تحقیقاتی لازم باشد، دادگاه می‌تواند به هر وسیله که مقتضی بداند آن را انجام دهد و یا نظر اشخاص خبره را جلب نماید».

همان‌گونه که از منطوق و مفهوم این ماده برمی‌آید، ممکن است اساساً نیازی به تحقیق درباره وضعیت روحی و روانی طفل یا ولی یا سرپرست قانونی وی یا خانواده و محیط معاشرت وی به نظر دادگاه نباشد که در این صورت تکلیفی به تشکیل پرونده شخصیت نخواهد داشت. حتی در صورت لزوم هم ظاهراً دادگاه موظف به انجام چنین امری نیست. این اختیار محاکم نیز نه فقط با ماهیت، مبانی، اهداف و لوازم دادرسی عادلانه که از جمله آنها تشکیل پرونده شخصیت است بلکه با ماهیت حقوقی تصمیم دادگاه به عنوان یک

1 - Secondary Crime Prevention

2 - Child At Risk

تکلیف نیز تعارض دارد. چون اولاً تحقق این هدف یعنی دادرسی عادلانه و منصفانه که از حقوق مسلم شهروند است، بدون تشکیل پرونده شخصیت ممکن نیست (رحیمی نژاد، ۱۳۸۲: ۹۱-۱۰۵) ثانیاً پیشگیری از بزهکاری اطفال چند مبنایی^۱ است و علاوه بر خود طفل، محیط پیرامون طفل از جمله محیط خانواده و محیط معاشرت وی را نیز شامل می‌شود و این پیشگیری که خود به موجب بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی بر قوه قضائیه تکلیف است، مستلزم تحقیق و اتخاذ تصمیم مقتضی در مورد محیط پیرامون طفل است. با عنایت به آنچه گذشت، این ماده نیز همانند ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی، مادامی که اصلاح نشود، نیازمند تأویل است.

۲-۳- اختیار دادگاه در تخفیف، تعلیق و یا تشدید مجازات

یکی دیگر از مواردی که قانونگذار بدون در نظر گرفتن مبانی و اهداف نهادهای حقوقی، به قضات دادگاهها اختیار تصمیم‌گیری داده، مربوط به نهاد کیفیات مخففه، تعلیق اجرای مجازات و یا تشدید آن در موارد تعدد و تکرار برابر مواد ۲۲، ۲۵، ۴۷ و ۴۸ قانون مجازات اسلامی است.

این مواد همان‌گونه که غالب حقوقدانان (اردبیلی، ۱۳۷۷: ۲۱۰؛ رحیمی اصفهانی، بی‌تا: ۸۳ و نظریه شماره ۱۳۷۵/۳/۱۲-۷/۱۵۸۵ اداره حقوقی قوه قضائیه) معتقدند، بر اختیار آزادی مطلق قاضی در تخفیف، تبدیل و یا تشدید دلالت دارند و به آسانی نمی‌توان آنها را بر معانی خلاف ظاهر آنها حمل کرد. در ارتباط با نهاد تخفیف مجازات باید گفت که این نهاد با هدف عادلانه کردن دادرسی و اتخاذ یک سیاست جنایی جرم‌شناختی و بزه‌دیده شناختی وارد قلمرو حقوق کیفری گردیده است و اقتضای این سیاست‌ها و اهداف، تخفیف و یا تبدیل اجباری مجازات در موارد مذکور در ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی است. بنابراین پیش بینی حق تخفیف مجازات برای محاکم در موارد مذکور با این سیاست‌ها و اهداف مغایرت دارد. نهاد تعلیق محکومیت و مجازات هم مبتنی بر تئوریهای جرم‌شناسی واکنش اجتماعی و به ویژه جرم‌شناسی تعامل‌گرا و برچسب‌زنی است؛ از دیدگاه این نوع جرم‌شناسان خود

واکنش اجتماعی و نهادها و مؤسسات متولی و مجری این واکنشها جرماً هستند؛ به اعتقاد آنان فرآیند محاکمه و محکومیت (برچسب‌زنی) به منزله مراسم فروداشت جایگاه^۱ است که موجب نفی و طرد بزهکار از جامعه و معاشرت او با گروههای تبهکار و در نتیجه تکرار جرم می‌گردد (جرج ولد و دیگران، ۱۳۸۲: ۲۹۹).

بنابراین مجازات و کیفرزدایی از دیدگاه این نوع جرم‌شناسان یکی از شیوه‌های مقابله با پدیده تکرار جرم تلقی می‌شود و تفویض اختیار تعلیق مجازات به محاکم در مواردی که مقتضی موجود، شرایط فراهم و مانع هم مفقود باشد، با این میانی ناسازگار است و اقتضای اقدام مناسب برای پیشگیری از جرم و اصلاح و درمان بزهکار که برابر بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی از وظایف قوه قضائیه است، اجباری بودن تعلیق و نه اختیاری بودن آن است.

در ارتباط با پدیده تکرار جرم و اختیار دادگاه در تشدید مجازات نیز باید گفت که پدیده تکرار جرم با تئوری برچسب‌زنی که مورد اشاره قرار گرفت و همچنین تئوری حالت خطرناک قابل تبیین و توجیه است. براساس تئوری اخیر مجرم خطرناک کسی است که سوابق، خصوصیات روحی و روانی، کیفیت و نوع جرم ارتكابی، وی را در مظان ارتكاب جرم در آینده قرار می‌دهد. مجرم خطرناک دارای شخصیت جنایی است که مولفه‌های تشکیل دهنده هسته مرکزی این شخصیت، خودبینی، گه‌گیری، پرخاشگری و بی‌تفاوتی عاطفی است (کی‌نیا، ۱۳۷۳: ۳۰۰). آقای ژان پیناتل که تئوری شخصیت جنایی^۲ را مطرح کرده، معتقد است که مجرم خطرناک، به شخصی اطلاق می‌شود که از رسوایی و بدنامی ناشی از ارتكاب جرم و رنج و عذاب ناشی از کیفر نمی‌ترسد (کی‌نیا، ۱۳۷۳: ۴۳۹). بنابراین رویکرد کیفری در قالب تشدید مجازات برای مجرمی که از رنج و عذاب ناشی از مجازات نمی‌ترسد و تشدید مجازات برای او فاقد هرگونه اثر بازدارندگی است، رویکرد منطقی و علمی نیست و در قالب اقدام مناسب برای پیشگیری، اصلاح و درمان بزهکار برابر بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی هم نمی‌گنجد.

الگوی کیفری در مهار پدیده تکرار جرم کارنامه عملی درخشانی ندارد. علاوه بر این

1 - Status Degradation Ceremony

2 - Criminal Personality

مبانی نظری الگوی کیفری (عقلانیت انسان، آزادی اراده و شباهت انسانها با یکدیگر در کیفیت تصمیم‌گیری) از طرف جرم‌شناسان به شدت مورد انتقاد قرار گرفته است (غلامی، ۱۳۸۲: ۱۳۸).

با عنایت به مباحث فوق، در مورد این دسته از بزهکاران همان‌گونه که ماده ۱ قانون اقدامات تأمینی و تربیتی مصوب ۱۳۳۹ پیش‌بینی می‌کند، باید از اقدامات تأمینی استفاده کرد. این اقدامات ماهیتاً تدابیر فردی و قهرآمیز هستند، لذا اعمال آنها بر قاضی دادگاه تکلیف است و نه حق.

۲-۴- اختیار قاضی در اعمال یا عدم اعمال اقدامات تأمینی و نظارتی نسبت به مجرمان خطرناک

یکی دیگر از مواردی که قانونگذار بدون توجه به مبانی و اهداف قواعد و تأسیسات حقوقی اقدام به وضع مقرراتی کرده و به موجب آن مقررات اختیار تصمیم‌گیری را به قضات محاکم واگذار نموده است، به قانون اقدامات تأمینی و تربیتی مصوب ۱۳۳۹ مربوط می‌شود.

اقدامات تأمینی و تربیتی بر آموزه‌های بنیانگذاران مکتب تحقیقی مبتنی است. از نظر بنیانگذاران این مکتب بویژه آقای «رافائل گاروفالو» که تئوری حالت خطرناک^۱ را مطرح کرده، خطری که جامعه را تهدید می‌کند نه در جرم ارتكابی بلکه در مجرم است. حالت خطرناک مجرم مناسب‌ترین معیار برای اعمال اقدامات دفاع اجتماعی است. آنچه اهمیت پیدا می‌کند پیشگیری از جرایم آتی از طریق کنترل حالت خطرناک است. جرم تنها نشانه و علامتی از حالت خطرناک و تمایلات جنایی افراد مرتکب است. بنیانگذاران این مکتب، قائل به اقدامات دفاع اجتماعی (تأمینی و تربیتی) بر مبنای مراتب و درجات حالت خطرناک بزهکاران هستند (Fattah, 1997:226).

«اقدام تأمینی واکنشی است مبنی بر حمایت پیشگیرانه که یکی از دو شکل واکنش اجتماعی علیه جرم محسوب می‌شود. این واکنش حمایتی پیشگیرانه متضمن اصلاح

مجرمی است (چه مسئول و چه غیرمسئول) که در حالت خطرناک به سر می‌برد؛ یعنی حالتی که احتمال ارتکاب جرم را توسط او جدی می‌نماید.» (بلوک، ۱۳۸۵: ۷۳).

از جهت ماهیت نیز این نوع اقدامات تدابیر فردی و قهرآمیزی هستند که رنگ اخلاقی ندارند و به افرادی که برای نظم اجتماعی خطرناکند، به منظور پیشگیری از جرایمی که حالت آنان، ارتکاب آنها را محتمل می‌سازد، تحمیل می‌شوند. هدف اقدامات تأمینی عمدتاً پیشگیری است و اگر چه بعضی از آنها عملاً دارای آثار ارباب انگیزی هستند، ولی به هیچ وجه اهداف سزادهی و اربابی را دنبال نمی‌کنند (همان).

برابر ماده ۱ قانون اقدامات تأمینی و تربیتی مصوب ۱۳۳۹، اقدامات تأمینی تدابیری هستند که دادگاه برای جلوگیری از تکرار جرم درباره مجرمین خطرناک اتخاذ می‌کند. مجرمین خطرناک کسانی هستند که سوابق، خصوصیات روحی و اخلاقی، کیفیت ارتکاب و جرم ارتكابی آنان را در مظان ارتکاب جرم در آینده قرار دهد، اعم از اینکه قانوناً مسئول باشند یا غیرمسئول.

براساس این مبانی و با هدف جلوگیری از تکرار جرم، مقابله با حالت خطرناک بزهکاران، حمایت از نظم و امنیت اجتماعی و اصلاح و درمان بزهکاران اقدامات تأمینی و تربیتی وارد قلمرو حقوق کیفری و سیاست جنایی گردیده است. با وجود این قانونگذار ایران بدون توجه به این مبانی و اهداف و ماهیت این اقدامات که تدابیر قهری و الزام‌آورند، در مواد مختلف این قانون از جمله مواد ۵ و ۶ ماده ۴۸ مکرر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۸۷ برای دادگاهها در خصوص اعمال یا عدم اعمال این نوع اقدامات تأمینی و مراقبتی حق تصمیم‌گیری پیش‌بینی کرده و بدین ترتیب فلسفه و منطق وجودی این نوع اقدامات را نادیده گرفته است.

برای نمونه قانونگذار در ماده ۵ این قانون چنین مقرر داشته است: «هرگاه کسی به علت ارتکاب جنایت یا جنحه عمدی که به موجب قانون مجازات حبس برای آن پیش‌بینی گردیده دو مرتبه یا بیشتر محکوم به حبس بیش از دو ماه شده و بعد از اجرای مجازات مرتکب جرمی شود که مستلزم مجازات حبس است و از این رو دادگاه تشخیص دهد که

مشارالیه دارای حالت خطرناک بوده و تمایل به ارتکاب جرم داشته و یا از راه قوادی و فحشاء و یا نظایر آن امرار معاش می‌نماید مجرم به عادت محسوب شده و دادگاه می‌تواند حکم نگهداری او را در تبعیدگاه برای مدت نامعینی صادر نماید، تبعیدگاه مؤسسه‌ای است که از طرف دولت به منظور نگهداری مجرمین به عادت تاسیس گردیده است...» برابر ماده ۴۸ مکرر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۸۷ نیز دادگاه در خصوص اعمال یا عدم اعمال اقدامات نظارتی و مراقبتی در مورد مجرمان خطرناک و سابقه دار کاملاً مخیر است. سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که «حق تصمیم‌گیری دادگاه» در مورد مجرمان به عادت و خطرناک چگونه با ماهیت الزام‌آور و قهری این نوع اقدامات و با مبانی و اهداف اقدامات تأمینی و تربیتی سازگار است؟

لذا لازم است قانونگذار به منظور رعایت ماهیت حقوقی تصمیم دادگاه در مورد اقدامات تأمینی و تربیتی و همچنین مبانی و اهداف این اقدامات، قضات محاکم را مکلف به اتخاذ تصمیم نماید.

۳- مبانی اختیار و آزادی قاضی در تصمیم‌گیری

پیش‌بینی اختیار و حق تصمیم‌گیری برای محاکم در قوانین موضوعه از عوامل و فرایندهای مختلفی ناشی می‌شود که یکی از آنها به «فرایند اسلامی سازی قوانین براساس پیش‌فهم‌ها و پیش‌فرض‌های متفاوت فقهی» مربوط است. بعد از پیروزی انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷ و به دنبال آن تصویب قانون اساسی در مجلس خبرگان، ما شاهد انقلاب و تحولی عظیم در قلمرو سیاست جنایی تقنینی کشور بوده ایم. قانونگذار ما براساس اصول مختلف قانون اساسی به ویژه اصل چهارم این قانون که بیانگر لزوم مطابقت قوانین با معیارها و موازین اسلامی است و همچنین یک سلسله پیش‌فهم‌ها و پیش‌فرض‌های فقهی اقدام به ایجاد تغییرات وسیعی در قوانین ماهوی و شکلی به ویژه در سالهای ۱۳۶۱ و ۱۳۶۲ نمود که نمونه بارز این تحولات پیش‌بینی اختیارات کلان تصمیم‌گیری برای قضات دادگاهها به خصوص در قلمرو جرایم مستلزم مجازات‌های تعزیری و بازدارنده بود.

یکی از این پیش‌فهم‌ها و پیش‌فرض‌های فقهی این بود که تعیین نوع و مقدار تعزیرات

از طریق مراجع قانونگذاری و محدود نمودن قضات محاکم در یک چهارچوب معین و قانونی براساس قاعده فقهی «التعزیر بما یراه الحاکم» خلاف شرع است. هر نوع تعیینی اعم از اینکه در نوع مجازاتها باشد یا مقدار آنها با مفاد قاعده مذکور مغایرت دارد و در نتیجه غیرشرعی است.

شورای نگهبان در نامه شماره ۱۰۴۰۳ خود در تاریخ ۶۲/۱۰/۲۱ خطاب به مجلس شورای اسلامی و در ارتباط با لایحه تعزیرات مصوب ۱۳۶۲/۵/۱۸ کمیسیون امور قضایی مجلس شورای اسلامی چنین اعلام کرد: «چون در تعزیرات نظر حاکم در تعیین نوع و مقدار تعزیر و عفو از مجرم شرعاً معتبر است و تعیین مقدار خاص در بعضی موارد موجب تعطیل تعزیر مناسب و لازم و در بعضی موارد موجب ظلم بر مجرم می‌گردد، لذا این‌گونه تعیین‌ها نیز مغایر با موازین شرعی است». لکن به نظر می‌رسد که در فرایند اسلامی سازی قوانین، پاره‌ای از برداشتهای سطحی و گاهی ناصواب و متعارض از منابع فقهی و عدم توجه به واقعیت‌های اجتماعی منشأ این تغییرات و تحولات بوده است. برای مثال قاعده فوق‌الذکر که اساس نظرات فقهای محترم شورای نگهبان قرار گرفته، با عبارت «بما یراه الحاکم» در هیچ یک از متون معتبر فقهی و روایی امامیه و اهل سنت وارد نشده است؛ بلکه در این متون صرفاً تعبیر «الی الامام»، «الی الوالی» و یا «الی السلطان» در ارتباط با نوع و مقدار تعزیر وارد شده است (محقق داماد ۱۳۷۹: ۱۱۲). برای نمونه در صحیح سماعه از امام صادق (ع) درباره عقوبت کسانی که شهادت کذب داده بودند چنین آمده «یجلدون حدّاً لیس له وقت فذلک الی الامام» (الحر العاملی، بی‌تا: ۵۸۴) و در صحیح حماد از امام صادق (ع) از مقدار تعزیر سؤال شده و در جواب چنین آمده است که «علی قدر ما یراه الوالی من ذنب الرجل و قوه بدنه» (همان). بر فرض هم که این عبارت صحیح باشد، مراد از حاکم در این قاعده حکومت اسلامی است که در رأس آن ولی فقیه (مقام رهبری) قرار دارد و نه قاضی پرونده. بنابراین امر تعزیر از جهت تعیین جرایم و مجازات‌های متناسب با آن بر عهده ولی امر و رهبر جامعه اسلامی است که گروهی از فقهای صاحب نظر و آگاه به اوضاع و احوال جامعه را بر این امر بگمارد تا جرم‌ها و جنایت‌های احتمالی را با در نظر گرفتن علل وقوع آنها ارزیابی نماید و مجازات‌های متناسب را که باز دارنده و مؤثر هستند وضع نمایند.

چرا که نخستین بنیان عدالت این است که جرایم و مجازت‌ها از قبل تعیین شود (معرفت، ۱۳۶۸: ۵۷) و نهادی که در حکومت اسلامی زیر نظر ولایت امر و با تنفیذ او عهده‌دار این امر است، قوه مقننه است (محقق داماد، ۱۳۷۹: ۱۱۲).

نمونه دیگر تحول ناشی از فرایند فقهی‌سازی قوانین را که منجر به ایجاد تناقض‌های درونی در خود قانون گردیده است، می‌توان در مقررات تعدد و تکرار جرم مشاهده کرد. برای مثال مقنن در ماده ۴۸ قانون مجازات اسلامی که مربوط به تکرار جرم است، از جمله شرایط تحقق تکرار جرم را «اجرای حکم محکومیت قبلی» دانسته است، در حالی که برابر تبصره همین ماده داشتن سابقه محکومیت قطعی قبلی، همانند قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲ برای اعمال مقررات تکرار جرم کافی است.

این تناقض و ابهام در مورد مقررات تکرار جرم و همین طور مقررات مربوط به تعدد جرم (اختیاری بودن و نامعین بودن میزان تشدید) همگی ناشی از سیاست حدود محور مقنن و اندیشه اسلامی کردن قوانین و مقررات مربوط به تعدد و تکرار جرم بوده است (پورباقرانی، ۱۳۸۴: ۴۴).

عامل مهم دیگر در شکل‌گیری این نوع مقررات بی‌توجهی قانونگذار به مبانی نظری و علمی هر یک از نهادها و مؤسسات حقوقی است. نهادها و مؤسسات حقوقی براساس مبانی و اهداف خاص شکل گرفته‌اند. «تئوری اطفال در معرض خطر»، «تئوری برچسب‌زنی»، «شخصیت جنایی» و «تئوری حالت خطرناک» از مهمترین مبانی نهادها و مؤسسات حقوقی مورد اشاره‌اند و پیشگیری از وقوع جرایم در سطوح مختلف، اجرای عدالت، اصلاح و درمان بزهکاران و دفاع اجتماعی از طریق مقابله با حالت خطرناک از اهداف اساسی این نهادهاست. توجه به این مبانی و اهداف اقتضای آن را دارد که اتخاذ تصمیم متناسب درخصوص هر مورد برای قضات محاکم اجباری باشد و نه اختیاری.

۴- نتیجه گیری و پیشنهاد

حفظ نظم عمومی، اجرای عدالت، حمایت از حقوق فردی و اجتماعی، پیشگیری از وقوع جرایم، اصلاح و درمان بزهکاران و مقابله با حالت خطرناک آنان و جلوگیری از مزمن شدن بزهکاری چیزی نیست که به مصلحت اندیشی قضات محاکم واگذار گردد. بنابراین لازم است قانونگذار با در نظر گرفتن واقعیتهای اجتماعی، مبانی و اهداف هر یک از نهادها و مؤسسات حقوقی و همچنین با توجه به ماهیت حقوقی تصمیم دادگاه به عنوان یک تکلیف به اصلاح مقررات مذکور بپردازد و اتخاذ تصمیم در این قبیل موارد را برای محاکم اجباری اعلام نماید و بدین ترتیب بنیان عدالت و قانونمندی و نظم و امنیت را در جامعه مستحکمتر نماید و ناسازگاری قوانین با مبانی و اهداف نهادهای حقوقی را از بین ببرد.

منابع

الف) منابع فارسی

- ۱- آقای نیاء حسین، (۱۳۸۵)، «تخفیف مجازات: سلطنت مطلق یا اختیار مقید»، علوم جنایی (مجموعه مقالات)، تهران، انتشارات سمت.
- ۲- اردبیلی، محمدعلی، (۱۳۷۷)، *حقوق جزای عمومی*، ج ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
- ۳- بلوک، برنار، (۱۳۸۵)، *کیفرشناسی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- ۴- پوربافرانی، حسن، «تقد سیاست جنایی حدود محور در مقررات مربوط به تعدد و تکرار جرم در حقوق کیفری ایران»، نامه مفید، مجله علمی و پژوهشی دانشگاه مفید، سال یازدهم شماره ۴۹.
- ۵- رحیمی اصفهانی، عباسعلی، (بی تا)، *مجموعه قانون مجازات اسلامی*، ج ۲، تهران، معاونت پژوهشی ریاست جمهوری.
- ۶- رحیمی نژاد، اسمعیل، (۱۳۸۷)، *کرامت انسانی در حقوق کیفری*، تهران، نشر میزان.
- ۷- _____، «بررسی جایگاه و نقش تشکیل پرونده شخصیت در نظام دادرسی کیفری ایران»، مجموعه مقالات همایش منطقه‌ای نقش و جایگاه قوانین دادرسی و ضرورت تحول آن در نظام حقوقی ایران، معاونت پژوهشی دانشگاه آزاد اسلامی مراغه، آبان ماه ۱۳۸۲.
- ۸- عمید، حسن، (۱۳۶۲)، *فرهنگ فارسی عمید*، تهران، انتشارات امیرکبیر.
- ۹- غلامی، حسین، (۱۳۸۲)، *بررسی حقوقی و جرم شناختی تکرار جرم*، تهران، انتشارات میزان.
- ۱۰- قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، (۱۳۸۲)، *حقوق بشر در جهان معاصر (دفتر اول)*، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی.
- ۱۱- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، *اعتبار امر قضاوت شده*، تهران، نشر دادگستر.
- ۱۲- _____، (۱۳۷۵)، *مقدمه علم حقوق*، تهران، انتشارات بهنشر.

- ۱۳- _____، (۱۳۶۵)، *فلسفه حقوق*، ج ۱، تهران، انتشارات بهنشر.
- ۱۴- کی نیا، مهدی، (۱۳۷۳)، *روانشناسی جنایی*، تهران، انتشارات رشد.
- ۱۵- گسن، ریموند، (۱۳۷۰)، *جرم شناسی کاربردی*، ترجمه دکتر مهدی کی نیا، تهران، چاپخانه علامه طباطبایی.
- ۱۶- محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۷۹)، *قواعد فقه (بخش جزایی)*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۱۷- معرفت، محمدهادی، (۱۳۶۸)، «*بختی در تعزیرات*» *مجله کانون وکلا*، شماره ۱۴۶ و ۱۴۷.
- ۱۸- مهرپور، حسین، (۱۳۷۱)، *مجموعه نظریات شورای نگهبان*، تهران، انتشارات موسسه کیهان.
- ۱۹- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، *تقریرات جرم شناسی دوره کارشناسی*، دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۸۶-۸۵.
- ۲۰- ولد، جرج و دیگران، (۱۳۸۲)، *جرم شناسی نظری*، ترجمه علی شجاعی، تهران، انتشارات سمت.

ب) منابع عربی

- ۲۱- الحرّ العاملی، محمدبن حسن، (بی تا)، *وسایل الشیعه*، الجز ۱۸، بیروت، دار احیا التراث العربی.

ج) منابع انگلیسی

- 22- Black, Henry Campbell; *Black's law Dictionary*, west Publishing Co.1983.
- 23- Stven, P.lab; *Crime Prevention*, Anderson publishing Co.1998.
- 24- Fattah, A. Ezzat; *Criminology: Past, Present and Future*, Creat Britain, macuilan press ltd, 1997.