

# مسئولیت امر و مأمور قانونی

(بررسی تحلیلی ماده ۵۶ ق.م.ا.)

## ۱- مقدمه:

«عملی که از مستخدمین و مأمورین دولتی واقع می‌شود، در موارد ذیل جرم محسوب نمی‌گردد:

۱- در صورتیکه ارتکاب عمل به واسطه امر آمر قانونی واقع شده و مرتکب بر حسب قانون ملزم به اجرای آن بوده است.

۲- در صورتی که ارتکاب آن عمل برای اجرای قانون لازم بوده».

در سال ۱۳۵۲، همین امر، در ماده ق.م.

ع. به شرح زیر تغییر کرد:

«اعمالی که برای آنها مجازات مقرر شده است، در موارد زیر جرم محسوب نمی‌شود:

۱- در صورتی که ارتکاب عمل به امر آمر قانونی باشد.

۲- در صورتی که ارتکاب عمل برای اجرای قانون لازم باشد».

تبصره ماده مزبور مقرر می‌داشت:

«هرگاه به امر غیرقانونی یکی از مقامات

امر آمر قانونی از جمله عوامل موجهه جرم تلقی شده است. چنانکه قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در ماده ۵۶ مقرر می‌دارد:

«اعمالی که برای آنها مجازات مقرر شده است در موارد زیر جرم محسوب نمی‌شود:

۱- در صورتی که ارتکاب عمل به امر آمر قانونی بوده و خلاف شرع هم نباشد.

۲- در صورتی که ارتکاب عمل برای اجرای قانون اهم لازم باشد».

این موضوع در ماده ۴۲ ق.م.ع. ۱۳۰۴ و ماده ۴۱ ق.م.ع. مصوب ۱۳۵۲ ذکر شده بود. همچنین ماده ۳۱ ق. راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ ناظر به همین امر بوده است:

ماده ۴۲ ق.م.ع. ۱۳۰۴، چنین انشاء شده بود:

شامل نمی‌شود. بنابراین حفظ مبانی انضباطی در سازمان‌های رسمی می‌تواند از مبانی این حکم قانونی باشد. رعایت انضباط در روابط اداری از تکالیف مستخدمین دولتی است. مهمترین جلوه انضباط، اطاعت کارمند تحت امر از اوامر رؤسای مافوق است. زیرا این مافوق اداری است که مسؤول حسن اجرای مقررات و اداره امور سازمان و دایره مربوطه است. بدیهی است که این قدرت به منظور اجرای قوانین به رؤسای ادارات داده شده، ولی گاهی ممکن است، دستورهایی که از طرف مقام‌های برتر اداری صادر می‌شود، برخلاف قوانین باشد. در این صورت مستخدم باز مکلف به اطاعت از مافوق است؟ و باید دستورهای او را اجرا کند، یا آنکه موظف است از اجرای دستور استنکاف و خودداری کند؟ خصوصاً اینکه این امر، مستقیماً ارتکاب جرم بوده یا ملازمه با آن داشته باشد. مواد ۵۶ و ۵۷ ق. م. ا. در بیان تعیین تکلیف این موارد است.

۳- عناصر زوال مسؤولیت کیفری در

اطاعت امر آمر

برای اینکه عمل مأمور فاقد عنوان جزایی باشد لازم است شرایط زیر تحقق داشته باشد:

۱/۳- وجود رابطه آمریت قانونی

مفهوم امر، طلب فعل یا ترکی برسبیل استعلا است. و لهذا در خود مفهوم امر، نوعی استیلا و سلطه نهفته است. این استیلا باید به موجب مقررات رسمی کشور و ناشی از قوانین باشد. لذا سایر اوامر که از استیلائی غیرقانونی، مانند قرارداد یا غیر آن، ناشی شده باشد، مورد

رسمی جرمی واقع شود، آمر و مأمور به مجازات مباشر جرم محکوم می‌شوند ولی در مورد مأموری که امر آمر را به علت اشتباه قابل قبولی، به تصور اینکه قانونی است اجرا کرده است. مجازات يك تا دو درجه تخفیف داده خواهد شد.

با ذکر متن مقررات، سیر تغییر و تحول

آن روشن می‌شود. و لهذا از بررسی تفصیلی آن فعلاً خودداری نموده به شرح مبانی آخرین مقررات موجود می‌پردازد.

۲- ضرورت بحث

قانونگذار جزایی، اعمال مجرمانه را تعیین یا تعریف می‌نماید. اگر این تعاریف به طور مطلق ملاک باشد، حکم قانون متوجه طبع و ذات فعل یا ترك مجرمانه می‌شود؛ در حالیکه امور حقوقی، و من جمله مقررات جزایی، اعتباری بوده، و اعتبار آن در اختیار قانون است. بنابراین ممکن است، همین قانون عملی را که طبع مجرمانه دارد، در مواردی جایز، بلکه لازم بداند. چنانکه قتل، در مقام اجرای حکم قضایی، لزوم می‌یابد. از این رو، قانونگذار با حکم و بیان کلی، موارد اباحه جرم را مشخص و معین کرده تا لزومی نداشته باشد، در هر مورد، اطلاعات نصوص جزایی را مقید نماید. یکی از این مصادیق، حکم قانون و دستور آمر قانونی است و به تفصیلی که خواهیم گفت، عنوان جزایی را زایل می‌کند، امر یا دستوری که در این مقال، مورد بررسی قرار می‌گیرد و مورد نظر قانونگذار واقع شده، امر یا دستور رسمی اداری و دولتی است، و هرگونه رابطه آمریت را

ج - امر با رعایت تشریفات و شرایط قانونی صادر شده باشد.

الف - امر صلاحیت امر داشته باشد.

در هر اداره بین مستخدمین سلسله مراتبی وجود دارد و کارمندان فقط مکلفند، نسبت به رؤسای مافوق خود که بلافاصله در همان سلسله مراتب قرار دارند، اطاعت نمایند، پس، اوامر مافوق یک اداره برای کارمندان اداره دیگر لازم‌الرعایه نیست.

ب - مأمور صلاحیت اجرای آن را داشته باشد - منظور از این شرط این است که مأمور از نظر سازمانی صلاحیت اجرای امر را داشته باشد؛ مثلاً اگر قاضی به مأمور، دستور توقیف شخصی را بدهد، چون قاضی امر قانونی است و مأمور انتظامی هم طبق قانون، مکلف به اجرای دستورهای قاضی است، لذا، توقیف شخصی از طرف مأمور انتظامی جرم تلقی نمی‌شود. ولی برعکس اگر قاضی به منشی خود، دستور توقیف شخصی را بدهد، چون منشی برحسب قانون صلاحیت اجرای چنین دستوری را ندارد، عمل بازداشت از طرف او جرم تلقی خواهد شد.

ج - امر با رعایت تشریفات و شرایط قانونی صادر شده باشد

تنها کافی نیست که امر صلاحیت صدور امر و مأمور صلاحیت اجرای آن را داشته باشد، بلکه لازم است دستور با رعایت تمام تشریفات صورتی که معمولاً برای صدور آن مرسوم و لازم است، صادر گردد. بدیهی است

حمایت قانونگذار - در این مواد - قرار نگرفته است. از مقومات امر، لزوم تبعیت مأمور است. با این وصف عنوان امر، از سایر خواسته‌هایی که به نحوی لزوم تبعیتی ندارد مانند توصیه و امثال آن تفکیک می‌شود.

۲/۲ - وجود و تحقق امر یا دستور رسمی برای اینکه از نظر اصول اداری، دستور یا امری تحقق یابد و تبعیت از آن لازم باشد باید واجد شرایط زیر باشد:

اولاً: احکام و اوامر مقامات مافوق برای مستخدمین در صورتی لازم‌الرعایه است که مربوط به وظائف اداری و از طرف رؤسای مافوق صادر شده باشد. به عبارت دیگر مستخدم فقط مکلف به اطاعت از اوامری است که مربوط به شغل اداری او باشد. در امور خارج از شغل اداری، وی هیچگونه تکلیفی به اطاعت از اوامر مافوق خود ندارد.

ثانیاً: در امور مربوط به شغل خود نیز مستخدم وقتی مکلف به اطاعت از اوامر مافوق است که اوامر مزبور از نظر صورتی و همچنین از نظر ماهیت مطابق با قوانین و مقررات باشد شرط اخیر را مستقلاً مورد بررسی قرار خواهیم داد. ولی از نظر صورتی، دستور مافوق برای مستخدم وقتی لازم‌الرعایه است که آن دستور حداقل از نظر تشریفات ظاهری صحیح باشد یعنی:

الف - امر مقام صلاحیتداری باشد.

ب - مأمور صلاحیت اجرای آن را داشته باشد.

موضوع مستقل دانسته<sup>(۲)</sup> و گروهی هر دو شرط را توأماً لازم دانسته‌اند.<sup>(۳)</sup>

آنچه از سیاق و عبارت قانون، استظهار می‌شود. این است که هر یک از شروط به صورت مستقل از اسباب و عوامل اباحه جرم شناخته شده است. و قید «موارد» در صدر ماده نیز همین نظر را تقویت می‌کند. چنانکه مرحوم دکتر علی‌آبادی نیز از انشای قانون (سابق) همین برداشت را داشته ولی آن را مورد انتقاد قرار داده و نهایتاً عبارت قانون را حمل بر «مساهل» در بیان کرده است.<sup>(۴)</sup>

به عقیده ما، هر چند از ظاهر عبارت ق. م. ا. این معنی استنباط می‌شود، ولی با احکام دیگر قانون و قیودی که در مواد دیگر، اخذ شده، لزوم انطباق امر آمر با قانون احراز شده و جای تردید به جای نمی‌گذارد. از جمله ماده ۵۷ ق. م. ا. است که در قانون راجع به مجازات اسلامی سال ۱۳۶۱ به صورت تبصره، انشاء شده بود. مفهوم این ماده به خوبی می‌رساند که تبعیت از امر آمر، وقتی لازم است که آن امر، منطبق بر قانون باشد. زیرا اجرای امر خلاف قانون آمر را، مستوجب مجازات شناخته است. بنابراین از شروط دیگر معافیت از مجازات در این ماده، انطباق ماهوی دستور آمر با قانون است.

در حقوق اداری، دستور مافوق وقتی

در غیر این صورت مادون، مکلف به رعایت نخواهد بود.<sup>(۱)</sup>

۲/۲- امر آمر باید قانونی باشد. علاوه بر شرایط فوق دستور آمر قانونی، وقتی لازم‌الرعایه است که از نظر ماهیت مخالف قوانین نباشد. در مقررات سال ۱۳۰۴ و ۱۳۵۲ بندهای:

«۱- ارتکاب عمل به امر آمر قانونی باشد.  
۲- ارتکاب آن عمل برای اجرای قانون لازم باشد.»

متعاقب یکدیگر ذکر شده بود، لذا این بحث مطرح بود که آیا هر دو شرط لازم است یا تحقق یکی از آنها مثلاً، امر آمر قانونی برای ارتکاب جرم کافی است؟ در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۱ و قبل از آن قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱، در بند دوم قانون را به طور مطلق ذکر نکرده، بلکه قید اهم را هم به آن افزوده است. به نظر می‌رسد که در قانون جدید، قید «قانون اهم» عنوان مستقلی است. و یکی دیگر از موجبات توجیه جرم است. البته بحث در مورد مفهوم و مبنا و ملاک تشخیص قانون اهم و نارسائی قانون در این خصوص نیاز به بررسی مستقلی دارد. که در این مقام وارد آن نمی‌شوم. در تفسیر مواد قانونی سال ۱۳۰۴ و ۱۳۵۲، بعضی از حقوقدانان، امر آمر قانونی و حکم قانون را دو

(۱) - دکتر طباطبائی مؤتمنی - منوچهر - حقوق اداری - جلد اول ص ۱۷۸.

(۲) - دکتر سیمین - حقوق جزاء - ص ۷۲ - دکتر علی‌آبادی - عبدالحسین، حقوق جنایی ج ۱ ص ۲۲۷.

(۳) - دکتر صانعی - پرویز - حقوق جزای عمومی ج ۱ ص ۱۸۶ - دکتر نوربها - زمینه حقوق جزای عمومی ص ۲۱۰.

(۴) - دکتر علی‌آبادی - عبدالحسین - حقوق جنایی ج ۱ ص ۲۴۷.

۲- وقتی حکم قانون مستقیماً جهت افراد بخصوصی صادر شده باشد. مانند مواردی که اطباء جهت حفظ بهداشت عمومی و مصالح اهم، موظف به افشای اسرار حرفه‌ای هستند.

۳- در مواردی که ضابطین دادگستری موظفند بدون آنکه به امر و دستور مقام ذیصلاح نیازی باشد، در صدد جلوگیری از محو آثار جرم، یا فرار یا اختفاء متهم گردند. (ماده ۲۲ ق. آ. د. ک. در جرائم مشهود)

ب- امر مقام صلاحیتدار بدون حکم قانون

وقتی مقام مافوق اداری، دستور انجام عملی را که غیرقانونی است و چه بسا مستوجب ارتکاب بزه است به مأمور می‌دهد، تکلیف مأمور از نظر اداری چیست؟ و در صورت ارتکاب جرم مسئولیت کیفری متوجه چه کسی خواهد بود؟

در این موارد، حقوق‌دانان، در نظام اداری، از سه نظریه سخن گفته‌اند:

۱- نظریه اطاعت محض یا کورکورانه. طرفداران این نظریه معتقدند که کارمند موظف اداری، حق ندارد، دستور مافوق را با قوانین بسنجد و خود اجتهاد کند. بلکه موظف است، بدون چون و چرا، از دستور تبعیت کند. این نظریه، بخصوص، در قوای مسلح، زمینه قوی‌تر دارد. مثل عمومی «المأمور معذور» همین مفهوم را مستفاد می‌گرداند. هرچند این نظریه، انضباط سخت‌اداری را حاکم می‌گرداند،

لازم‌الرغایه است که از نظر ماهیت مخالف قوانین نباشد. بنابراین چنانچه دستور و امر مافوق مخالف و ناقض قوانین جزایی بوده و اجرای آن مستلزم ارتکاب جرم باشد، در این صورت مأمور حق دارد. از اجرای آن خودداری نماید. زیرا اصولاً رعایت قوانین و مقررات جزایی در درجه اول از اهمیت قرار دارد و هیچ‌کس را نمی‌توان جبراً به ارتکاب جرم وادار کرد.<sup>(۱)</sup>

گاهی ممکن است که یکی از شروط تحقق یابد، یعنی یا حکم قانون، بدون دستور مقام صلاحیتدار باشد یا امر مقام صلاحیتدار بدون حکم قانون. این موارد را با اقتباس از تفصیل دکتر صانعی<sup>(۲)</sup> به اختصار توضیح می‌دهیم.

الف - حکم قانون بدون دستور مقام صلاحیتدار

«صرف وجود قانون، باعث رفع مسئولیت مأمور نمی‌شود. مثلاً مأموران انتظامی که بدون داشتن حکم توقیف از قاضی، مبادرت به بازداشت متهم نموده باشد - در غیر جرائم مشهود - مرتکب توقیف غیرقانونی شده است. مع الوصف در مواردی حکم قانون بدون دستور و امر امر موجب اباحه عمل مجرمانه است:

۱- وقتی، خود مأموری که به اجرای حکم قانون می‌پردازد، در بالاترین حد سلسله مراتب اداری قرار گرفته است مثل قاضی که حکم جلب صادر می‌کند. و در صورت لزوم می‌تواند شخصاً متهم را بازداشت کند.

(۱) - دکتر طباطبائی مؤتمنی - منوچهر - حقوق اداری - ج ۱ ص ۱۸۱.

(۲) - دکتر صانعی - پرویز - حقوق جزای عمومی ج ۱ ص ۱۸۶.

در امور اداری اطاعت نماید. اگر مستخدم حکم یا امر مقام مافوق را برخلاف قوانین و مقررات تشخیص دهد مکلف است کتباً مغایرت دستور را با قوانین و مقررات به مقام مافوق اطلاع دهد، در صورتی که بعد از این اطلاع مقام مافوق کتباً اجرای دستور خود را تأیید کرد، مستخدم مکلف به اجرای دستور صادره خواهد بود.»

از نظر سوابق بین‌المللی نیز، دادگاه نورنبرگ، صرف دستور دولت یا مافوق را در مورد افسرانی که قدرت تشخیص اوامر خلاف را داشته‌اند، موجب معافیت شناخته و نظر به مسؤولیت داشته است. ماده ۸ منشور محکمه نظامی نورنبرگ در این خصوص، چنین است:

«این امر که متهم بنا به دستور دولت یا مافوق کار کرده است، او را از مسؤولیت بری نمی‌کند، ولی در تخفیف کیفر می‌تواند منظور شود، آنهم اگر محکمه تشخیص دهد که عدالت چنین اقتضاء می‌کند.»<sup>(۱)</sup>

مع الوصف به نظر می‌رسد بین ماده ۵۴ ق. ا. ک و ماده ۵۷ ق. م. ا. م. صوب ۱۳۷۰ مغایرت وجود داشته باشد. زیرا قانون اخیر، تنها اشتباه قابل قبول، را به مثابه شبهه، در رفع مسؤولیت کیفری پذیرفته است. در صورتی که دلالت ماده ۵۴، بر ارتکاب عمل غیرقانونی پس از قبول مسؤولیت کتبی بوسیله آمر است.

ولی قبول مطلق آن، موجب تبدیل کارمند به صورت یک مهره و ابزار کار می‌شود که با خصائص فطری انسانی و روح مسؤولیت‌پذیری و اختیار و آزادی او مبیانت دارد.

۲- نظریه مسؤولیت مطلق مأمور مطابق این نظریه مأمور، حق، بلکه وظیفه دارد که در ماهیت اوامر مافوق بحث و جدل کند و تشخیص انطباق دستورات صادره با قانون به عهده اوست. و چنانچه از دستور خلاف قانون مافوق تبعیت کند به طور کابل مسؤول است. این نظریه برخلاف عقیده اولی، نظم و انضباط اداری را به صورت عمده، فلج می‌کند.

۳- نظریه رعایت ظواهر حد وسط این دو نظریه، این است که مأمور ظواهر امر و دستور مافوق را ارزیابی می‌کند و چنانچه ظاهر امر خلاف قانون نباشد ملزم به تبعیت است و مسؤولیتی نخواهد داشت. به نظر می‌رسد، سازمان اداری ایران نیز، گرایش به چنین تفکری دارد. در واقع کارمند پیش از آنکه ملزم به اجرای دستورات مافوق باشد موظف به اجرای قانون است.

ماده ۵۴ قانون استخدام کشوری که مبتنی بر چنین نظری است مقرر می‌دارد:

«مستخدم مکلف است، در حدود قوانین و مقررات احکام و اوامر رؤسای مافوق خود را

(۱) - مسؤولیت مدنی - دکتر حسین نژاد - ص ۱۷۸

The fact that the defendant acted pursuant to orders of his government or of superior shall not free him from responsibility but may be considered in mitigation of punishment if the tribunal determine that justice so require.

مقررات حقوقی جمهوری اسلامی قرار گرفت، علاوه بر اینکه شرع، منبع مستقیم قانونگذاری است، و احکام شرعی در قالب قوانین موضوعه و مدون در اختیار نظام قضایی و اجرایی و عموم مردم قرار گرفته است، در موارد عیده‌ای قانونگذار عموم مسائلی را به شرع یعنی منبع اولیه قانون - ارجاع داده است. این ارجاع گاهی ارجاع اهل خیره و تخصص است، نظیر الزام قضات به صدور رأی و فصل خصومت با استناد به منابع اسلامی و فتاوی معتبر (اصل ۱۶۷ ق.ا. و ماده ۲۹ ق. دادگاههای کیفری یک و دو) و گاهی ارجاع عموم، نظیر قید مذکور در ماده ۵۶ ق.م.ا. که مورد بحث ماست. همین قید در ماده ۵۹ ق.م.ا. (بند ۲) درخصوص اعمال جراحی مذکور است.

دأب قانونگذار جمهوری اسلامی، چنان است که برای مبنای قانون موضوعه، یعنی شرع، اصالت قائل است. و مسامحه، غفلت، اجمال یا نقص مقررات مدون را با شرع، جبران می‌کند. و در واقع آن را منبع اصلی حقوق قرار می‌دهد. نگرانی منقن از مقررات قبل از انقلاب، تصریح به این قید، را توجیه می‌کند. ولی باتوجه به وجود شورای نگهبان و منقن مقید به ضوابط شرع - مجلس شورای اسلامی - قوانین بعد از انقلاب، خصوصاً مقررات مصوب مجلس شورای اسلامی، باید منطبق بر شرع بوده و لذا قانون و شرع، اعتبار واحدی یافته‌باشند.

لذا می‌توان احتمال داد که قانونگذار لفظ شرع و قانون را در ماده ۵۶ ق.م.ا. مترادف

هرچند، مأمور علم به خلاف قانون بودن حکم، داشته باشد. ولی ماده ۵۷ ق.م.ا. تنها جهل یا اشتباه مورد قبول را موجب رفع مسئولیت می‌داند. واضح است که دستور مافوق، لزوماً، موجب اشتباه مأمور نمی‌شود. چه بسا، پس از تأیید کتبی آمر، وی همچنان بر عقیده خود راسخ بوده و هیچ شبهه‌ای نداشته باشد. درچنین موردی ارتکاب فعل مجرمانه به استناد اشتباه قابل قبول، مجاز نمی‌شود. زیرا اشتباهی حاصل نشده، بلکه تعبد به دستور مافوق باعث ارتکاب جرم شده است و قانونگذار تعبد به قانون را موجبی جهت ارتکاب جرم نشناخته است. ولی اگر پس از اعلام کتبی مافوق، مأمور در نظر خود تردید کرد یا عقیده به صحت نظر آمر پیدا کند، ولی بعداً کشف خلاف شود، می‌توان آن را مصداق اشتباه قابل قبول دانست.

می‌توان گفت، که با توجه به تاریخ تصویب قانون جزایی که مؤخر برقانون استخدام کشوری است، قانون جزایی ماده ۵۴ ق.ا.ک. را درخصوص ارتکاب جرم تخصیص زده است. ولی در سایر اعمال خلاف قانون به اعتبار خود باقی است.

۲/۴ - حکم آمر نباید خلاف شرع باشد.

از دیگر شرایطی که قانونگذار جهت توجیه ارتکاب جرم به امر آمر، افزوده است، شرط «خلاف شرع نبودن» دستور صادره است. این قید از ملحقیات قانون جمهوری اسلامی است. بعد از انقلاب شکوهمند اسلامی که شرع مقدس اسلام، مبنای کلیه قوانین و

در هر حال، مشکل جدی که در این موارد، وجود دارد، خصوصاً در مورد ارجاع عموم مردم به شرع، ملاک تشخیص مشروعیت است. زیرا منبع مقررات شرعی، به طور اولیه، کتاب، سنت، اجماع و عقل است. که استنباط مستقیم آن در صلاحیت کارشناس فقهی است. و عموم در خصوص فرور شرعی، موظف به تقلید هستند. لذا اصولاً عامه مردم یا از طریق «رساله‌های عملیه» یا از طریق استفسارهای شفاهی از نهادهای مذهبی مانند روحانیت و ائمه مساجد تکالیف شرعی خود را قرا می‌گیرند. ماخذ احکام شرعی، در این موارد، فتاوی، مجتهد مرجع تقلید، مکلف است.

بنابراین تصور اختلاف، در فتاوی و آرای شرعی، منتفی نیست. چه بسا که امری در نزد مرجع يك مأمور مشروع و در نزد دیگری چنین نباشد. به طور مثال ممکن است، در يك فتاوی شرعی، اخذ عوارض یا مالیات خاص، مشروعیت نداشته باشد و مأموریکه به حکم امر مکلف به اجرای آن است، در این مورد دچار مشکل می‌گردد. در يك مثال دیگر. می‌توان عملیات جراحی را نام برد که مطابق ماده ۵۹ ق. م. ا. باید مشروع باشد. اگر به فتاوی فقیهی عمل جراحی اهداء عضو یا تغییر جنسیت مشروع و به نظر فقهی دیگر چنین نباشد، تکلیف پزشک و بیمار چیست؟ و به کدام فتوا باید عمل شود؟ و آیا باید ملاک مشروعیت را نظر مرجع تقلید خاص مرتکب فعل قرار داد؟ به طور کلی در ارجاع مسائل عمومی به شرع می‌توان طرق زیر را به عنوان ماخذ تصور کرد:

یکدیگر استعمال کرده باشد. اگر این احتمال صحیح باشد، ثمره آن این خواهد بود که اگر فرامین مافوق با قوانین مدون منطبق باشد بالطبع مشروع نیز خواهد بود. البته، این احتمال را در خصوص قوانین مؤید به تأیید شورای نگهبان، می‌توان تصور کرد. در این فرض، نسبت به مقررات مصوب مجلس شورای اسلامی، قید زائدی بوده. و در مفهوم قانون قابل تفسیر است. ولی نسبت به مقررات قبل از مجلس شورای اسلامی، لازم است، فرامین مورد اجراء، با شرع، منطبق باشد و این تطبیق به وسیله مأمور باید انجام شود. در خصوص مقررات بعد از انقلاب نیز، در موردی که فرمان صادره بدون مبنای قانونی باشد قابل تصور است. با این توضیح که اگر فرض کنیم، دستور امر، در خصوص موضوعی باشد که قانون راجع به آن ساکت باشد و فرض بر این باشد که با فقدان نص، امر، حق دارد، دستوراتی صادر کند، در این مورد، قید مشروعیت فرمان و حداقل خلاف شرع نبودن آن باید مورد توجه و دقت مأمور قرار گیرد. می‌توان اختیارات قضات را در حدود ماده ۲۹ ق. تشکیل دادگاههای کیفری يك و دو مصوب ۱۳۶۸ را مصادقاً برای این فرض شمرد. مثلاً قاضی دادگاه کیفری، حکم جلب متهمی را به دلیل شرعی ولی فاقد نص قانونی به مأمور موظف، صادر کرده باشد. چون ملاک عمل قاضی، حکم شرعی است، آیا مأمور حق دارد که مشروعیت یا خلاف شرع نبودن آن را مورد نظر و توجه خود قرار دهد؟

ولی لازم است در هر مورد به صورت رسمی اعلام شود. ولی رویه جاری قانونگزاری نشان داده است که درخصوص قانونگزاری، مآخذ احکام، اصولاً فتاوی رهبری نبوده است. ولی در امور مختلف فیه، که موجب توقف امور گردیده، شورای نگهبان نظرات فقهی حضرت امام (قدس سره الشریف) را استفتاء و قول فصل، قرار داده است در مورد استناد به نظر قاضی مجتهد، ضمن اینکه، تنها در وقتی قابل استناد است که موضوع به صورت يك واقعه قضایی مطرح شده باشد، و قبل از آن قابل وصول نیست، و نیاز جامعه به آگاهی نسبت به احکام، جهت جلوگیری از تبدیل واقعه به دعوی قضایی است، مشکل تعدد و تشتت اقوال را در امور عمومی نیز دارد. به نظر می‌رسد دأب قانونگذار جمهوری اسلامی نیز پرهیز و اجتناب از این تشتت و تعدد آراء و اقوال است، چنانکه در تبصره ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری يك و دو مصوب ۱۳۶۸ مقرر داشته است:

«در صورتی که قاضی مجتهد جامع‌الشرایط باشد و فتاوی فقهی او مخالف قانون مدون باشد پرونده جهت رسیدگی به قاضی دیگر محول می‌شود.»

در مجموع به عقیده ما، ملاک مشروعیت احکام را باید همان ملاکی قرار داد که قانونگذار در انطباق قوانین با احکام شرعی از آن تبعیت می‌کند و در هر مورد که مشکلی باقی بماند، نظر حکومتی یا نظر حاکمی را که مسئولیت امور عامه را عهده‌دار است و دارای ولایت فعلی

۱- ملاک تعیین امر شرعی، نظر مشهور و عموم فقهاء است.

۲- ملاک تعیین امر شرعی، نظر مرجع تقلید خاص مکلف است.

۳- ملاک تعیین امر شرعی، نظر حاکم یا رهبری است.

۴- ملاک تعیین امر شرعی، نظر قاضی مجتهد جامع‌الشرایط است.

درخصوص بند يك، کار نیاز به شناخته عمیق و کارشناسی دارد. و اصولاً مرجع رسمی آن در کشور، شورای نگهبان است. هر چند ملاک عمل شورای نگهبان که نهادی است شورایی، و به صورت يك لجنه فقهی عمل می‌کند، مشخص نیست. اجتهاد شخصی است یا اخذ نظر مشهور یا انطباق با نظر حاکم و رهبری. به هرحال اگر مآخذ امر شرعی، قول عموم و مشهور باشد، باید مرجع تخصصی و مشخصی جهت اعلام این نظرات وجود داشته باشد. و محول نمودن آن به فرد مکلف کاری مشکل و دشوار است.

درخصوص نظر دوم، هر چند، دسترسی به منبع شرعی حکم، به وسیله مکلف، سهل‌تر است، ولی ملاک قرار دادن آن برای اموری که با نظم اجتماعی مرتبط است. موجب تشتت و پراکندگی امور می‌شود. و محل به انتظام و وحدت عملی جامعه است.

نظر سوم که اخیراً به وسیله رئیس قوه قضائیه جمهوری اسلامی به عنوان منبع رجوع شرعی جهت مشکلات مشابه فوق بیان گردیده می‌تواند موجب وحدت و انسجام امور گردد.

خصوصاً جرائم سازمان یافته گروه‌های ضداجتماعی است. مانند باندهای بین‌المللی قاچاق و مواد مخدر.

در این گونه موارد، پلیس به دستور مافوق خود، ملزم به انجام اقداماتی است که اولاً و بالذات مجرمانه است. هرچند داعی پلیس، کشف جرم است. و می‌دانیم که داعی غیر از قصد مجرمانه است و علی‌الاصول در تحقق جرم، ملاک واقع نمی‌شود. مثل اقدام پلیس به خرید یا فروش مواد مخدر. در این موارد، ارتکاب بعضی اعمال مجرمانه از ابتداء، وظیفه پلیس قرار می‌گیرد و پاره‌ای جرایم را به عنوان ثانوی، مثل اضطرار، تقییه و ضرورت، ناگزیر به ارتکاب است. البته این نوع اعمال اضطراری یا ضروری، از نوع افعالی است که موجبات اضطرار را خود او تدارک دیده است و ماده ۵۵ ق. م. ا. استفاده از عامل موجهه اضطرار را در این موارد، مجاز ندانسته است.

به هر حال لازم است، قانونگذار خصوصاً در امور کیفری، به نحوی عمل نماید که تردید بین احکام شرعی و مقررات مدون قانونی از بین برود. و در نظام اسلامی، این دوگانگی، به یک وحدت نظر قطعی برسد.

۴- آثار کیفری اجرای احکام و فرامین

غیرقانونی

مطابق ماده ۵۷ ق. م. ا. «هرگاه به امر غیرقانونی یکی از مقامات رسمی جرمی واقع شود، آمر و مأمور به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌شوند. ولی مأموری که امر آمر را به

و عملی است، ملاک قرار داد. لازم به ذکر است که از نقش رویه قضایی و دیوان عالی کشور در امور شرعیه فاقد نص قانونی، در حدود ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری یک و دو، نباید غافل بود.

با این تفصیل، تکلیف یک مأمور دولتی به تطبیق فرامین صادره اداری با احکام شرعی، کاری دشوار و دارای تکلف است. خصوصاً اینکه، اجرای امور اداری قائم به تسریع و فوریت است. و مطابق قانون استخدام کشوری، هر نوع وقفه در امور اداری به وسیله مستخدم ممنوع است. برای خروج از این مشکل، باید موضوع امر شرعی مذکور در این ماده را، مانند قوانین به مراعات ظواهر امر حمل نمود. هرچا که «مأموریه» به طور آشکار، با میانی و احکام شرعی مغایرت داشته باشد کارمند و مأمور مکلف به استتکاف از اجرای آن است. و در نظام اسلامی، اصل را در فرامین اداری، بر مشروعیت مبتنی کرد و به عبارت دیگر حمل بر صحت نمود. مع الوصف تمسک به این اصل در مانحن فیه، بسیار دشوار است. زیرا در فرض حکم این است که امر آمر، اساساً جرم است، و تشخیص مشروعیت امری که اولاً و بالذات جرم است، اداری عمیق از شناخت بواطن احکام می‌خواهد، و یا تمسک به ظاهر قابل حل نیست. و توسل به اصل در اموری که خلاف اصل هستند بسیار مشکل است. یک مشکل واقعی، که به طور مثال می‌توان ذکر کرد، اقدامات پلیسی برای کشف جرائم مهم و

مربوطه اعم از صدق عنوان مباشرت و یا معاونت است.

برخلاف قانون فعلی، تبصره ماده ۴۱ ق. م. ع. سال ۱۳۵۲، مسئولیت آمر و مأمور را مسئولیت مباشر تلقی کرده و هر دو را در حکم مباشر، قرار داده بود.

درخصوص مأمور، مسئولیت در صورتی محقق است که مأمور بداند، امر آمر، برخلاف قانون است. قانونگذار در این قسمت از ماده ۵۷، شرط مذکور در بند یک ماده ۵۶ را مسکوت رها کرده است. و ظاهراً از آن عدول کرده و آن قید خلاف شرع بودن امر آمر است. زیرا تنها مسئولیت را در صورتی محقق دانسته که اقدام در نتیجه تبعیت از یک امر غیرقانونی باشد ولی اگر خلاف شرع باشد، حکم موضوع را بیان نکرده، شاید این قرینه‌ای باشد بر اینکه قانونگذار قید «خلاف شرع» را در بند یک ماده ۵۶ مترادف با قانون ذکر کرده است.

۵- مسئولیت آمر و عدم مسئولیت مأمور در قسمت اخیر ماده ۵۷، و به دنبال تعیین تکلیف اجرای حکم غیرقانونی، چنین مقرر می‌دارد:

«... ولی مأموری که امر آمر را به علت اشتباه قابل قبول و به تصور اینکه قانونی است، اجراء کرده باشد، فقط به پرداخت دیه یا ضمانت مالی محکوم خواهد شد.»

قانونگذار سال ۱۳۵۲، در تبصره ماده ۴۱ ق. م. ع. در چنین موردی، فقط مجازات مأمور را یک تا دو درجه تخفیف می‌داد، یعنی در واقع اصل مسئولیت مأمور را پذیرفته و

علت اشتباه قابل قبول و به تصور اینکه قانونی است اجراء کرده باشد، فقط به پرداخت دیه یا ضمانت مالی محکوم خواهد شد.»

چنانکه قبلاً متذکر شدیم، هر چند مواد مذکور در ماده ۵۶ ق. م. ا. را متعدد بدانیم، مع الوصف امر آمر رسمی، نمی‌تواند خلاف قانون باشد. و در واقع قانونی بودن امر، در شرایط آن، اخذ شده است. ماده ۵۷، مؤید همین مطلب است.

زیرا آثار مترتب بر امر غیرقانونی را بیان کرده و به صراحت مسئولیت آمر و مأمور را در اجرای چنین امری مشخص کرده است: «آمر و مأمور به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌شوند.»

#### ۴/۱- ماهیت مسئولیت آمر و مأمور

در چنین فرضی، اولین مسأله‌ای که مطرح است، اینکه آمر به عنوان کدامیک از عناوین مباشر یا شریک و یا معاون قابل تعقیب است به نظر می‌رسد، چون آمر، در تحقق رکن مادی جرم نقشی نداشته است، و مساعدت او در ایجاد رکن روانی و قصد ارتکاب جرم در مأمور بوده است، به عنوان شریک یا مباشر قابل تعقیب نبوده و عمل وی با معاونت سازگار باشد. مگر اینکه قانونگذار نفس امر به جرم را به عنوان یک عمل مجرمانه مستقل بشناسد. و برای آن عمل مجازات مقرر کند. که چنین استقلال عنوانی را هم ما در قانون مشاهده نکردیم. قانونگذار به نحو کلی، تطبیق فعل آمر و مأمور را به قوانین مربوطه برحسب مورد، موکول کرده است. و این احاله امر به قانون

البته این نکته قابل ذکر است که متن مصوب کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی، درخصوص دیه و ضمان مالی، مسکوت بوده است. ضمان مالی، از بحث جزایی، تخصصاً خارج است. و سکوت قانون جزا در آن مورد، موجب نفی یا اثبات آن نیست. زیرا ضمان، یا مسؤولیت مدنی، مبانی خاص خود را دارد و در قوانین مربوطه درخصوص آن تعیین تکلیف می‌شود. و اساساً انتقاف مسؤولیت جزایی موجب سلب مسؤولیت مدنی نیست. و این قاعده مسلم است. ولی در مورد دیه که ماهیاً امری است که هم حیثیت جزایی دارد و هم مدنی. قانون جزایی، ناگزیر از تعیین تکلیف و بیان حکم است. به نظر می‌رسد، استنباط شورای نگهبان این بوده است که سکوت قانونگذار مفهوم، نفی ضمان داشته و ناچار آن را خلاف شرع تلقی کرده است.

قسمت اخیر این نظریه، که مبنای تغییر در قانون و اصلاح آن گردیده، به صراحت روشن نمی‌کند که مقصود شورای نگهبان، معافیت مأمور از ضمان و دیه است یا مطلق معافیت از دیه و ضمان مالی، توضیح آنکه چنانکه گفتیم قانونگذار ابتدائاً، نقیماً یا اثباتاً متعرض دیه و ضمان مالی نشده بود، و صرفاً «اشتباه قابل قبول» مأمور را سبب تخفیف مجازات او دانسته بود. شورای نگهبان، این مسؤولیت را خلاف شرع دانسته و متعاقب آن ابتدا به ساکن موضوع دیه و ضمان را طرح

نهایتاً، اشتباه قابل قبول را موجب تخفیف در مسؤولیت تلقی می‌گرد.

سوابق امر، نشان می‌دهد که قانونگذار اسلامی نیز، در قانون راجع به مجازات اسلامی در سال ۱۳۶۱، ابتدائاً همین نظر را برگزیده و عیناً تبصره ماده ۴۱ را در قانون جدید، یعنی تبصره ماده ۳۱ قانون راجع به مجازات اسلامی تکرار کرده است، ولی شورای نگهبان، از حیث انطباق آن باموازین شرعی، آن را صحیح ندانسته و به مجلس اعاده داده است. نظر شورای نگهبان بدون‌نکته اتکا دارد: یکی اینکه مرتکب غیرمقصر از نظر کیفری مطلقاً مسؤول نیست، و در واقع مسؤولیت کیفری را مبتنی بر تقصیر دانسته و با عدم تحقق آن، نتیجه یعنی مسؤولیت نیز منتهی است. این نظریه، به صورت تضمینی بیانگر این مطلب نیز هست که ارتکاب جرم در اثر «اشتباه قابل قبول» شبهه‌ای است که وجود تقصیر و آثار کیفری آن را منتفی می‌سازد. نکته دیگر که این نظریه بر آن مبتنی است، مسأله ضمان با مسؤولیت مدنی است که بر «تقصیر» مبتنی نمی‌باشد، و لهذا معافیت از مسؤولیت مدنی را مشروع ندانسته است. متن نظر شورای نگهبان چنین است:

«... همچنین ذیل تبصره ماده ۳۱ که مرتکب غیرمقصر را با رعایت تخفیف محکوم به مجازات می‌نماید، و همچنین از نظر معافیت از پرداخت دیه یا ضمان مالی منطبق بر موازین شرعی شناخته نشد.»<sup>(۱)</sup>

(۱) - نظریات شورای نگهبان - دکتر حسین مهرپور - ص ۲۳۹ - تاریخ نظریه: ۲۱/۶/۶۱ است.

البته، سوابق اداری مأمور، میزان تحصیلات مدت استخدام، نوع دستور صادره، می‌توانند، قرائن و اماراتی برتشخیص این موضوع باشند و قطعاً دادگاه در صدور حکم آن را لحاظ خواهد کرد.

#### ب - میانی حقوقی قبول اشتباه

آیا اشتباه می‌تواند در تعیین مسئولیت کیفری مؤثر باشد؟ بیان عقاید حقوقدانان و فقها در این خصوص و تبیین تفاوت جهل و اشتباه و تقسیم امر به اشتباه حکمی و موضوعی، در این مجال نمی‌گنجد. آنچه قابل ذکر است، در حقوق جزای ایران، اشتباه قطعاً در مسئولیت تأثیر دارد. هرچند به تعبیر بعضی حقوقدانان، جای تعجب است که علی‌رغم تأثیر اشتباه در مسئولیت، مقررات عمومی قانون مجازات اسلامی متعرض آن نشده است.<sup>(۱)</sup> یکی از مصادیق پذیرش تأثیر اشتباه در مسئولیت همین ماده ۵۷ ق. م. ا. است. در مورد حدود و قصاص و حتی در مورد اشتباه در قتل عمدی، نصوص قانونی و رویه‌های قضایی متعددی در دست است. به نظر می‌رسد قاعده کلی «درء حدود به شبهات» (تدرأ الحدود بالشبهات) که آن را به طور عام شامل قصاص و تعزیرات نیز دانسته‌اند، یکی از میانی تأثیر اشتباه در مسئولیت است. حدیث رفع و بحث از «مالایعلمون» و در واقع جهل نیز از دیگر میانی این نظر است. ولی اثر اشتباه در همه موارد یکسان نیست. مثلاً

کرده، اگر این اضافه برای دفع اشکال مقدر بوده و بلافاصله خواسته است، بین دیه و مسئولیت جزایی تفصیل قائل شود. و در واقع برای جلوگیری از اشکال بعدی، آن را به مجلس متذکر شده است؛ می‌توان آن را این گونه تلقی کرد که مقصود شورای نگهبان این بوده است که «معافیت مأمور» از دیه و ضمان مالی خلاف شرع است، هرچند او را از مسئولیت جزایی مبری بدانیم. این معافیت در هر حال شامل دیه نمی‌شود. تلقی دیگر آن است که بخش اخیر نظریه در خصوص دیه و ضمان، مطلق بوده و نفس معافیت از پرداخت دیه و ضمان را نامشروع دانسته و نه معافیت مأمور را از پرداخت دیه. و به عبارت دیگر نظر شورا معطوف به نفس ضمان و دیه است و نه مسئول پرداخت آن. در این صورت مسئول پرداخت دیه هم مأمور می‌تواند باشد و هم آمر. شاید با توجه به اینکه شورا، نظر مجلس را مبنی برتحلیل ضمان بر مأمور، تأیید کرده است، بتوان گفت تلقی اول مورد نظر بوده است. هرچند به نظر نمی‌رسد که این استدلال، برای اثبات مدعا کافی باشد.

#### ۱/ ۵- اشتباه قابل قبول

##### الف - ملاک

از ارکان عدم مسئولیت جزایی مأمور، اشتباه قابل قبول در تلقی قانونی بودن دستور آمر قانونی است، اشتباه قابل قبول امر موضوعی است و تشخیص آن با دادگاه است.

(۱) - دکتر نوربها - رضا - زمینه حقوق جزای عمری ص ۲۵۲.

و یا ماهیت مختلط داشته باشد، بی تردید در مانحن فیه، جنبه ضمان دارد. قانونگذار این ضمان را متوجه مباشر جرم یعنی مأمور نموده است. لازم است مبنای حقوقی که بتواند آن را توجیه نماید، مورد تحقیق و مذاقه قرار گیرد.

ضمان یا بر مبنای تقصیر و یا اتلاف و تسبیب است. قانون مسؤولیت مدنی مصوب ۱۳۲۹، تقصیر را مبنای مسؤولیت قرار داده است. ولی به علت اینکه ظاهراً با مقررات اسلامی منطبق نیست، و اینکه اصولاً این قانون مورد توجه و عمل قضایی نیست، پیرامون آن بحث نمی‌کنیم. و ضوابط اتلاف و تسبیب را از دیدگاه فقه امامیه مورد توجه قرار می‌دهیم.

در هر جا که شخص به کاری دست می‌زند که به حکم عادت منجر به اتلاف مال می‌شود. (ایجاد علت تلف) کار او را اتلاف می‌نامند، برعکس در موردی که کار انجام شده، ایجاد علت تلف نیست، بلکه فراهم آوردن زمینه ای است که احتمال منجر شدن آن به اتلاف وجود دارد، آن را تسبیب می‌گویند.<sup>(۱)</sup>

تسبیب در صورتی ضمان آور است که در نظر عرف تجاوز و عدوان باشد، هر چند که در شرع در زمره اعمال حرام به حساب نیاید. حاج میرزا حبیب‌اله رشتی در شرایط تسبیب می‌نویسد:

«الثانی ان لایکون مباحاً شرعياً... ثالثاً ان لایکون مقروناً لغرض الصحیح العقلایی... و

قانون مجازات اسلامی در ماده ۲۹۵ (تبصره ۲) اشتباه موضوعی یا حکمی در قتل را موجب تغییر عنوان قتل عمدی به شبه عمدی دانسته است. در پاره‌ای از مقررات حدود، اشتباه را موجب زوال عنوان مجرمانه یا سقوط مجازات شناخته است. (مواد ۶۵ و ۶۶ تبصره ۱ ماده ۱۶۶)

ج - شمول مقررات اشتباه در مورد حدود و قصاص و دیات

حکومت ماده ۵۷ بر کلیه مصادیق تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده بدون تردید است. ولی در مورد حدود و قصاص و دیات، اصل بر این است که این مقررات به مثابه یک قاعده کلی و عمومی همه موارد را در بر می‌گیرد. هر چند ماده مزبور اطلاق دارد و اطلاق آن باید شامل کل مقررات جزایی اعم از حدود و قصاص و دیات و تعزیرات بشود ولی با توجه به اینکه اصولاً در مورد حدود و قصاص، ضوابط خاصی وجود دارد، نسبت به شمول مواد عمومی به این موارد، باید به صورت اصل توجه کرد. بدین نحو که اگر حاکم خاصی در خصوص موضوع نباشد، استناد به این مقررات جایز است.

۶- مسؤولیت مدنی مأمور

قانونگذار در ماده ۵۷ به رغم انتقای تقصیر و رفع مسؤولیت جزایی مأمور، وی را نسبت به پرداخت دیه، ضامن شناخته است. صرف نظر از اینکه دیه، مجازات یا ضمان باشد

مورد بحث خسارت جانی یا مالی ناشی از اجتماع فعل مسبب و مباشر است. و قاعداً در چنین مواردی مباشر ضامن است مگر اینکه سبب اقوی باشد. مدعای ما نیز در این خصوص اقوی بودن مسبب است. به علاوه در مواردی که مسبب و مباشر هر دو دخالت داشته باشند، بعضی از فقهاء عقیده به مسئولیت تضامنی دارند. صاحب ریاض می‌گوید: «حدیث لاضرر اقتضاء دارد که هرکس در ایجاد ضرر به گونه‌ای دخالت داشته باشد، مسئول جبران آن باشد. در جایی نیز که رابطه مسبب با اتلاف ضعیف‌تر است، این ضعف نمی‌تواند مسئولیت او را از بین ببرد. پس برطبق قاعده، بایستی در همه حال مباشر و مسبب هر دو ضامن باشند و مالک مال اختیار داشته باشد که به هر کدام می‌خواهد رجوع کند، مانند وضعی که غاصبان متعدد در برابر مالک دارد.»<sup>(۲)</sup>

هرچند به این نظر ایراد شده و گفته شده است که رابطه سبب و تلف رابطه مجازی و ضعیف است و تنها در صورتی ضامن‌آور است که فعل اختیاری بین سبب و تلف واسطه نشود. و به علاوه خود صاحب ریاض این نظر را در صورتی می‌پسندد که اجماعی برخلاف آن نباشد مع‌الوصف در خصوص قوی بودن، مباشرت نیز نظر صاحب جواهر و حاج میرزا حبیب‌اله دشتی این است که «قوی بودن

الرابع ان يعد فی‌الصرف والعهاده عدواناً و ان لم یکن حراماً شرعياً...»<sup>(۱)</sup>

اگر متکی به شرایط فوق باشیم. درماندن قیه، سبب، یعنی آمر، واجد هیچیک از شرایط فوق نیست. زیرا اولاً عمل وی نه تنها مباح نبوده که به تصریح قانون، جرم بوده است و به سبب همین فعل مجرمانه، مجازات نیز شده است. غرض صحیح عقلانی نیز از ارتکاب جرم، متصور نیست. اگر چنین فرضی محقق می‌بود، عمل وی به اتکاء قانون خصوصاً با توجه به بند دوم ماده ۵۶ ق. م. ا. که ارتکاب بزه را به خاطر قانون اهم جرم نمی‌شناسد، محتمل بود، عمل وی فاقد عنوان جزایی تلقی شود.

بالتبع عمل مجرمانه یا تحقق کلیه شرایط آن، در عرف و عادت تعدی و تجاوز تلقی می‌شود. با اجتماع چنین شرایطی چگونه «سبب» از مسئولیت مدنی و دیه - که شائیه جزا و کیفر نیز دارد - میری تلقی شده است؟

اضافه می‌نماید که قانونگذار با فرض مسئولیت جزایی، عمل مجرمانه را به او اسناد داده، چگونه آثار این اسناد مجرمیت را که جبران خسارت ناشی از آن است، سلب و متوجه غیر نموده است؟ بند یک ماده ۹ ق. آ. د. ک ناظر به این نوع ضرر و زیان است: «ضرر و زیان‌های مادی که در نتیجه ارتکاب جرم حاصل شده است.»

البته باید توجه داشت که در موضوع

(۱) - دکتر کاتوزیان - ناصر - حقوق مدنی - ضمانت قهری - مسئولیت مدنی ص ۸۲.

(۲) - دکتر کاتوزیان - ناصر حقوق مدنی - ضمانت قهری - مسئولیت مدنی ص ۸۲ و نیز جواهر الکلام رجوع شود که نظر

صاحب ریاض را نقل کرده است.

مأمور به پرداخت دیه، می‌توان ادعا کرد که این حق برای مأمور باقی است که به سبب «غرور» به آمر رجوع کرده و خسارات وارده به خود را مطالبه کند. زیرا به موجب این قاعده، هرکس دیگری را به امری اغوا کند، و از این راه زیانی به او برساند، ضامن جبران خسارت است (المغرور یرجع الی من غره) در تعریف غرور گفته‌اند: در هر مورد که در اثر جهل به واقع به کسی زیان رسد و سبب این جهل، تدلیس دیگری باشد مغرورکننده ضامن است. بنابراین در تحقق غرور لازم است که زیان دیده جاهل به واقع باشد و بین کار مغرورکننده و این پندار نادرست رابطه علیت وجود داشته باشد.<sup>(۱)</sup>

در اینجا نیز، مأمور، به سبب امر آمر، تصور کرده است که اقدام او قانونی است و در واقع مغرور شده است. و این غرور سبب ارتکاب جرم شده و نتیجتاً به حکم قانون ملزم به پرداخت دیه و سایر خسارات شده و از این راه زیان دیده است. علت این زیان، پندار نادرست بوده و آن نیز معلول امر آمر بوده است. و لهذا وی حق دارد که بعد از محکومیت خود، علیه آمر قانونی، طرح دعوی نموده و به وی در اخذ خسارات خود رجوع نماید. و ماده ۵۷ ق. م. ا. مانع آن نیست. زیرا این امر بر اصول کلی مسؤولیت مدنی و ضمان قهری مبتنی است.

مباشرت در جایی است که اتلاف به قصد اضرار و اختیار انجام پذیرد و ضعف آن در صورتی است که یکی از دو عامل نباشد یا به اذن شرعی انجام شود.<sup>(۲)</sup>

چنانکه ملاحظه می‌کنیم، وجود اشتباه قابل قبول، بعد از اینکه مسبب مقدم یعنی امر آمر ایجاد شده، شائبه، غیر اخلاقی بودن عمل مباشر مأمور را زائل می‌کند. بلکه این تصور محتمل است که مأمور به تصور وجود اذن شرعی مرتکب عمل شده است. به تعبیر دیگر می‌توانیم بگوئیم، دستور آمر، مقتضی بوده که علم متعارف مأمور به خلاف قانون بودن دستور، می‌توانست مانع ارتکاب فعل مجرمانه در خارج باشد. با تصور جهل قصوری یا اشتباه قابل قبول مأمور مبتنی بر قانون بودن دستور، مانع، مقفود بوده لذا سبب تام عمل مجرمانه ایجاد شده است. مأمور که فاقد تقصیر است و همین ضعف مباشرت را به خوبی نشان می‌دهد. مأمور فقط می‌توانسته مانع باشد و نه بیشتر. و جهل مرکب وی این توان را از او سلب کرده است، در اجتماع اسباب متعدد در يك واقعه، اگر یکی از اسباب متعددی باشد، ضمان متوجه او است. و دیگری ضامن نیست.<sup>(۳)</sup> آیا همین قول را نمی‌توان در اجتماع سبب و مباشر، اخذ و ملاک قرار داد؟

۷- ضمان آمر به استناد قاعده غرور  
با قبول فرض قانون مبتنی بر مسؤولیت

(۱) - دکتر کاتوزیان - ناصر - حقوق مدنی - ضمان قهری - مسؤولیت مدنی ص ۸۲.

(۲) - جواهرالکلام - ج ۲۳ - ص ۱۴۶ - ۱۴۷.

(۳) - کاتوزیان - دکتر ناصر - حقوق مدنی - مسؤولیت مدنی - ضمان قهری - ص ۸۸ (نقل از عنارین میرفتاح ص ۲۱۲).

نکته دیگری که در قانون اخیر است این است که اگر مقتول یا مصدوم، مقصر نیز باشد، کسی ضامن نیست. درحالیکه در ماده ۳۳۲ ق. م. ا. تنها در صورت مهدورالدم بودن، ضمانتی ندارد. در هر حال این حکم از تأسیسات اصلاحیه قانون مجازات اسلامی و کیفر نیروهای مسلح است و تا قبل از سال ۱۳۷۰، حکم صریحی در این موارد وجود نداشت. و آراء متفاوتی از محاکم و احیاناً دیوان عالی کشور در این خصوص صادر می‌شد و نوعاً ناظر به مسئولیت مأمور بود. به طور مثال رأی اصـرارای ۶۸/۱۰/۱۹ دیوان کشور، در خصوص پاسداری که با امر فرمانده مبادرت به تیراندازی کرده است و دادگاه نظامی نظر به ضمان متهم به دیه داده و شعبه ۲۶ دیوان، نظر دادگاه نظامی را نپذیرفته (رأی ۶۶/۱۱/۴/۱۱۷۰) و مورد را از مصادیق قاعده «قد اعذر من حذر» دانسته بود، مع الوصف نظر دادگاهی نظامی را تأیید و ضمان مأمور را پذیرفته است.<sup>(۱)</sup> نظر شعبه ۲۶ دیوان کشور، بر قاعده فقهی «قد اعذر من حذر» مبتنی بوده و نه بر مبنای دستور آمر، که موضوع و مصداق این قاعده از این بحث خارج است.

لذا به حکم ضرورت، قانونگذار در اصلاحیه سال ۱۳۷۰ و نیز در ق. م. ج. ن. م. در سال ۱۳۷۱ به صراحت حکم قضیه را بیان کرده و به موجب آن مسئولیت کیفری رامتقی و ضمان مدنی یعنی دیه را به عهده بیت‌المال

۸- مصادیق مسئولیت آمر و مأمور در سایر مواد ق. م. ا. و سایر قوانین هرچند ماده ۵۸ ق. م. ا. حکم کلی را بیان داشته است. ولی در موارد متعددی قانونگذار نظرات دیگری را برگزیده است که به نظر مغایر با حکم کلی فوق‌الذکر است.

ماده ۳۳۲ ق. م. ا. در خصوص نیروهای مسلح نظامی و انتظامی است که در اجرای دستور آمر قانونی مبادرت به تیراندازی کرده و موجب قتل یا صدمه بدنی می‌شوند. در این ماده، در صورتی که به وسیله مأمور رعایت ضوابط شده باشد، بیت‌المال ضامن دیه است. مگر اینکه مقتول یا مصدوم مهدورالدم باشد. در این ماده قانونگذار هیچ اشاره‌ای به قانونی بودن دستور آمر نکرده و سیاق ماده چنان است که عبارت «هیچگونه تخلف از مقررات نکرده است» به مأمور برمی‌گردد. همین ماده با اندکی تغییر و با تفصیل بیشتر در تبصره یک ماده ۲۴ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۱، بیان شده است. در قانون اخیر، قید شده است که تیراندازی مطابق مقررات صورت گرفته باشد و در خصوص آمر یا مأمور، سخنی نگفته است ولی در تبصره ۲ همین ماده، تصریح کرده است که مقررات مربوط به تیراندازی به موجب آئین‌نامه‌ای خواهد بود که حسب مورد توسط سپاه یا ارتش یا نیروی انتظامی تهیه و به تصویب ستاد کل نیروهای مسلح می‌رسد.»

(۱) - محقق داماد - سیدمصطفی - قاعده تحذیر - نقش هشدار در رفع مسئولیت - مجله قضائی و حقوقی دادگستری

نمائیم. اگر چنین فرضی قابل قبول باشد مطابق ماده ۴۲ ق.م.ا. مجازات او، مجازات فاعل مستقل است. ب - ماده ۵۸ ق.ت. درخصوص شکنجه جهت اخذ اقرار است. مطابق این ماده، امر به شکنجه و مبادرت به آن را، موجب مجازات تعزیری از شش ماه تا سه سال ذکر کرده است. انشاء قانون به گونه‌ای است که به نظر می‌رسد، آمر و مباشر يك مقام است. «... او را اذیت و آزار بدنی کرده یا در این باب امری دهد...» کلمه «یا» موجب همین برداشت می‌شود. در صورتی که جرم با صدور امر آمر انجام شود، لازم بود، قانونگذار تصریح نماید که آمر و مباشر به مجازات مقرر محکوم می‌شوند. و لذا به نظر ما، مجازات ماده ۵۸ صرفاً متوجه آمر قانونی است و یا مباشرتی که به وسیله خود وی انجام شود و در مورد مأمور ساکت است. مگر این‌که در این مورد نیز مانند ماده ۵۲ از باب مشارکت در جرم موضوع را تحلیل کنیم. عبارت اخیر ماده که حکم قتل را به طور مشخص معین کرده، مؤید همین برداشت است، چرا که درخصوص قتل، حکم خاصی وجود دارد (ماده ۲۱۱ ق.م.ا) و استثناء را تنها متوجه همین جرم کرده است. از سوی دیگر این ماده در مورد دیه نیز، هیچ سخنی نگفته است. و تکلیف آمر و مأمور را به همان اجمال صدر ماده رها کرده است. در این ماده اگر به عموماً

گذاشته است. نظیر آنچه در ماده ۵۹ ق.م.ا. در مورد قضاات و اشتباهات آنان که از روی تقصیر نباشد بیان کرده است. مورد مواد ۲۲۲ ق.م.ا. و تبصره‌های يك و دو ماده ۲۴ ق.م.ج. ن.م. حکم خاص است. ولی با الغاد خصوصیت از آن، می‌توان گفت که مبنای آن در سایر اقدامات عمومی عوامل دولت وجود دارد. به جا بود که قانونگذار از تفصیل مذکور در ماده ۱۱ قانون مسؤولیت مدنی مصوب ۱۳۲۹ بهره می‌جست. و بین اشتباهات ناشی از تقصیر اشخاص و اشتباهات ناشی از نقص اداری و اعمال ناشی از حاکمیت قائل به تفصیل می‌شد.<sup>(۱)</sup>

علاوه بر موارد فوق در مواردی از قانون تعزیرات نیز، قانونگذار از قاعده کلی ماده ۵۷ ق.م.ا. عدول کرده است:

الف - در ماده ۵۲ ق.ت. از امر غیرقانونی قضاات به توقیف اشخاص سخن گفته است مطابق این ماده، اگر حکم غیرقانونی باشد، مجازات صرفاً متوجه آمر است، و از مأمور مطلقاً سخنی نرفته است. ناگزیر مأموری را که مقصر نیز باشد، نمی‌توان مجازات کرد. زیرا این مباشرت است در حالیکه قانونگذار مجازات را متوجه آمر غیرمباشر نموده، مگر اینکه ما اقدام مأمور را مشارکت در جرم بدانیم و مجازات شریک جرم را در مورد مأمور اعمال

(۱) - ماده ۱۱ قانون مسؤولیت مدنی: «کارمندان دولت و شهرداری و مؤسسات وابسته به آنها که به مناسبت انجام وظیفه عملاً یا در نتیجه بی احتیاطی خسارتی به اشخاص وار نمایند شخصاً مسؤول جبران خسارات وارد می‌باشند. ولی هرگاه خسارات وارده مستند به عمل آنان نبوده و مربوط به نقص وسائل ادارات و مؤسسات مزبور باشد، در این صورت جبران خسارات برعهده اداره یا مؤسسه مربوطه است. ولی در مورد اعمال حاکمیت دولت، هرگاه اقداماتی که برحسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارت نخواهد بود.

یا به صورت مباشرت و یا آمریت بیان نموده، و حکم ناظر به مرتکب واحد است که یا مستقیماً مرتکب جرم می‌شود و یا امر به آن می‌نماید و در واقع نحوه ارتکاب متفاوت است. استثناء مذکور در تبصره نیز مؤید همین امر است. زیرا قانون اسلامی تنها در خصوص قتل است که در مورد آمر یا مکره حکم خاص دارد. با این وصف، نمی‌توان مأمور را مجازات کرد. زیرا، هیچ مجازاتی برای مأمور بیان نکرده است. سکوت این ماده در مورد مأمور، به طور مطلق، با ماده ۵۷ ق. م. ا. معارض است. زیرا در ماده مزبور، در صورت تفصیر، مأمور نیز به مجازات محکوم می‌شود. و چون مجازات باید منصوص باشد، و در ماده ۵۹ ق. ت. از مأمور هیچ سخنی نگفته است، کفیر او فاقد مبنای قانونی است. و نیز می‌بایست در صورت «وجود اشتباه» دیه متوجه مأمور مباشر می‌شد. در صورتی که طبق این ماده، مسئولیت پرداخت دیه نیز به عهده آمر است.

د - ماده ۶۲ ق. ت. نیز به صراحت امر به آزار کسی را، موجب قصاص یا دیه دانسته، درحالیکه در ماده ۵۷ ق. م. ا. دیه متوجه مأمور است. و این مورد نیز با ماده ۵۷ معارض است. ه - ماده ۲۱۱ ق. م. ا. در خصوص آمر به قتل حکم خاص دارد. و آن را مانند اگرچه دانسته و آمر را به مجازات حبس ابد و مأمور را به قصاص محکوم نموده است. ولی روشن است

ماده ۵۷ ق. م. ا. تمسک نموده و مأمور را نیز مجازات کنیم، این ایراد وارد خواهد بود که دامنه ماده را توسعه داده و مجازات را شامل فرد دیگری - مأمور - نیز نموده‌ایم و به نظر می‌رسد این تفسیر موسع باشد.

ج - ماده ۵۹ ق. ت. چنین مقرر داشته است:

«هرمستخدم یا مأمور دولت که محکوم را سخت‌تر از مجازاتی که مورد حکم است مجازات کند یا امر به آن نماید و یا جزائی دهد که مورد حکم نبوده است، در صورتی که این عمل موجب قصاص یا دیه باشد، عامل یا آمر، حسب مورد محکوم به آن می‌شود و الا به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم خواهد شد. و اگر اقدام مستخدم مزبور متضمن جرم دیگری نیز باشد مجازات همان جرم نیز درباره او مجری خواهد شد.»

تبصره - مکره به قتل از این ماده مستثنی است.

ملاحظه می‌شود که حکم ماده ۵۹ صرفاً در مورد آمر است و در مورد مأمور سخنی نگفته است. ممکن است گفته شود که قید عامل یا آمر حسب مورد ناظر به قواعد کلی باشد که اگر عامل قابل مجازات است عامل، و اگر آمر باید مجازات شود، همو مجازات خواهد شد. ولی تا آنجا که از ظاهر ماده مستفاد می‌شود، قید «عامل یا امر حسب مورد، ناظر به صدر ماده است که در آن، شکل مادی، ارتکاب جرم را

ضمانی متوجه نیست. ولی اگر علم یا ظن داشته باشد که دستور پزشک صحیح نیست و مع‌الوصف اقدام به اجرای آن نماید، آیا باز پزشک مسؤول خواهد بود؟ و یا اینکه اگر پزشک به پرستار دستیار خود، دستور تزریق آمپولی به مریض نمود و تزریق به علت دارو موجب مرگ وی شد، پزشک آمر، ضامن است و نه پرستار.

و در هر حال به نظر می‌رسد که ماده ناظر به موردی است که مأمور مریض یا مجنی‌علیه باشد و شامل موردی که دستور پزشک را فرد تحت امر انجام می‌دهد نباشد.

#### ۹- نظری به مبانی فقهی

در اندیشه اسلامی بی‌تردید، تبعیت جاهلانه و محض، از اوامر مورد تأیید نیست. حتی تقلید از احکام که امری واجب است. منوط به حصول اطمینال نسبت به صلاحیت علمی و عملی و اخلاقی مقلد است. زیرا بدین وسیله، مأمور مکلف اطمینان حاصل می‌نماید که فتاوی و اندیشه حقوقی مقلد، متخذ از دین است و طبق قوانین می‌باشد. و مکلف از این طریق، اطمینال حاصل می‌نماید که فرامین مجتهد یا مقلد، منطبق بر شرع و قانون است.

در فرمان امیرالمؤمنین (ع) به مالک اشتر، حضرت ایشان را از امر و نهی بی‌مینا و به اتکای قدرت خود شدیداً برحذر داشته و می‌فرماید:

که حکم ناظر به مواردی است که مأمور خلاف شرع و قانون بودن قتل را بداند. ولی اگر مأمور تصور نماید که مقتول مهدورالدم است، ثبوت حکم قصاص در مورد وی با قواعد و مقررات جزایی سازگار نیست. ولی توجه قصاص به آمر نیز، به دلیل عدم مباشرت به قتل مشکل است.

ح — ماده ۳۱۹ ق. م. ا. درخصوص مسؤولیت طبیب است. در این ماده تصریح می‌کند که طبیب نسبت به معالجاتی که شخصاً انجام می‌دهد یا دستور آن را صادر می‌کند، هرچند با اذن مریض یا ولی او باشد، در صورت تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی، ضامن است. ضمان در خسارات متوجه تمامیت جسمی، منصرف به دیه است. و قانونگذار آمر به آن را مستوجب پرداخت دیه دانسته است. این ماده در اینکه مأمور مقام رسمی دولتی است و یا شخص مریض اجمال دارد. و اگر هر دو مورد را شامل بشود با ماده ۵۷ ق. م. ا. تعارض دارد. زیرا دیه صرفاً متوجه آمر شده است. مثلاً استاد دانشکده پزشکی که احیاناً دستور اقدام خاصی به دانشجوی پزشکی می‌دهد. و دانشجوی طبق دستور استاد عمل می‌نماید، ضامن نخواهد بود. و در مورد مریض که خود رأساً مبادرت به اجرای دستور پزشک می‌نماید و در واقع خودش نیز مجنی‌علیه واقع می‌شود، به علت اقوانیت سبب

در منابع فقهی، آثار «امر» مورد توجه قرار گرفته است. ولی آنچه از این اقوال استظهار می‌شود، این است که در امری که موجب آثار حقوقی گردیده، در حدی است که به اکراه نزدیک و مقارن شده باشد. و این دو را در مواردی در کنار یکدیگر بیان کرده‌اند. چنانکه در مورد قتل عمدی، اکراه یا امر به قتل، گفته شده است و در ماده ۲۷ ق. م. ا. امر و مکروه دارای يك حکم هستند.

علامة حلی (ره) می‌فرماید:

«ولو امره نائب الامام بالصعود الى نخله او النزول الى بئرقات، فان اکراهه ضمن الذیة و لو كان لمصلحة المسلمين فالذیة فی بیت المال لولم یکرهه فلاضمان و کذا لو امر انسان غیره بذلك من غیر اجبار» (۳)

اگر نائب امام کسی را به صعود نخل یا رفتن درون چاه، فرمان داد. و اثر آن مأمور قوت کرد، چنانچه او را اکراه کرده باشد، ضامن دیه است. و اگر این کار به خاطر مصلحت مسلمین بوده است، دیه او برعهده بیت‌المال است. ولی اگر اکراه نکرده باشد، ضامن نیست و همین‌طور اگر انسانی دیگری را بدون اجبار، امر کرده باشد.

ایشان همچنین می‌فرماید:

... ولو امر متغلب یعهد منه الضرر عند المخالفة فهو کالاکراه (۴)

«ولاتقولن انی مؤمّر امر فاطاع، فان ذلك ادغال فی القلب و منهکة للذین و تقرّب من الغیر» (۱)

«مبادا بگوئی مأموریت دارم، دستور می‌دهم، باید اجرا گردد. زیرا این معنی باعث تباهی قلب و سستی و نابودی دین است و به زوال نعمت و دگرگونی در زندگی می‌گراید.» و در ادامه می‌فرماید:

«واذا احدث لك ما انت فیه من سلطانك ابهة او مخيلة فانظر الى عظیم ملك الله فوقك و قدرته منك على ما لاتقدر علیه من نفسك، فان ذلك یطامن اليك من طحاحك و یكف عنك من غربك و یفتی اليك بما غرب عنك من عقلك.» (۲)

«هرگاه قدرت و حکومت برایت عظمت و بزرگی یا کبر و خودپسندی پدید آورد، نگاه کن به عظمت قدرت پروردگار که برتر از توست و قدرتی که نسبت به تو دارد، در حالیکه تو هیچ قدرتی بر او نداری، زیرا این معنی، خودخواهی و سرکشی تو را فرو می‌نشاند و از گردنکشی بازمی‌دارد و خردمندی را که از تو دور شده به تو باز می‌گرداند.»

دقت در این مضامین نشان می‌دهد که امر و حکومت بی‌مبنا و اطاعت بی‌چون و چرا، ثمری جز تباهی و نابودی دین و کشور ندارد. و لذا این کار مذموم و نکوهیده است.

(۱) و (۲) - نهج البلاغه - صبحی صالح - نامه ۵۲ ص ۲۲۸.

(۳) - قواعد الاحکام - علامه حلی - ینابیع الفقیه - کتاب الحدود و فی الدفوع، ص ۲۲۵.

(۴) - قواعد الاحکام - نقل از ینابیع الفقیه - ص ۵۲۰.

شده است. زیرا این عمل از مصادیق بارز، یاری ظالمین شمرده می‌شود. درعین حال فقها در موارد اجبار و الزام، قبول آن را تجویز نموده و اقدامات لازم با آن را مباح دانسته‌اند:

شیخ انصاری (ره) قبول تولیت را در مواردی که با اکراه توأم باشد جایز دانسته و در مورد جوان، به ادله مربوط به تقیه، اکراه و اضطراب استناد نموده‌اند. این دانشمند بزرگ اسلامی اضافه می‌نماید.

«همان طوری که نفس ولایت مباح می‌شود، آنچه که ملازم با آن بوده و از لوازم تصدی کار محسوب می‌شود، نیز مباح است. مانند تخریب اموال، هتک اعراض و امثال آن به استثنای قتل و با جواب به ادله مخالفین قول خود را تحکیم می‌بخشد.»<sup>(۱)</sup>

در مبانی تکملة المنهاج مرحوم آیت‌الله خوئی (ره) در مورد قتل ارتكابی عبد به دستور ارباب با ذکر حکم مشهور در آن تردید نموده و نظر به قتل ارباب یعنی آمر قتل داده و برآن چنین استدلال می‌کنند:<sup>(۲)</sup>

مشهور فقها در حکم قتلی که به آمر انجام می‌شود، بین اینکه مأمور «عبد» آمر باشد یا غیر آن، فرقی نگذاشته‌اند. از تعبیر محقق (ره) در مختصرالنافع آنجا که می‌فرماید: (ولو كان المأمور عبده قولان اشبهما انه كغیره) این

اگر امر به نحو تغليب باشد، به گونه‌ای که در صورت مخالفت بیم ضرر برود، مانند اکراه است.

ایشان در مورد امر لازم الاطاعة که حکم به فعل مجرمانه داده باشد چنین می‌فرماید:

«ولو امر واجب الطاعة بقتل من يعلم فسق الشهود علیه، فهو شبهة، من حيث أن مخالفة السلطان تثير فتنة و كون القتل ظلماً بخلاف العبد اذا امره سيده فالقصاص على العبد ولا يباح بالاكراه القتل و يباح به ماعداه حتى اظهر لفظة الشرك و الزنى و اخذ المال و الجراح و شرب الخمر و الافطار»<sup>(۳)</sup>

اگر فرد واجب الاطاعة‌ای، امر به قتلی کسی نماید که مأمور بداند شهودی که علیه او شهادت داده‌اند، فاسق هستند، شبهه است زیرا از يك سو مخالف سلطان موجب فتنة می‌شود و از سوی دیگر قتلی است که به ظلم انجام شده است. برخلاف عبد که اگر مالك او دستور قتل بدهد، قصاص می‌شود و قتل با اکراه مباح نمی‌شود. ولی غیر از قتل، حتی اظهار شرك و ارتكاب زنا و اخذ مال و ایراد جراحت و شرب خمر و افطار روزه، مباح می‌شود.

قبول ولایت در تصدی امور مردم از سوی حکام جور، از محرّمات شرعی محسوب

(۱) - قواعد الاحکام - نقل از ینابیع الفقهیه - ص ۵۲۰.

(۲) - خلاصه تاجر شیخ - زین‌العابدین ذوالمجدین ص ۲۹ - انتشارات دانشکده علوم معقول و منقول دانشگاه تهران.

(۳) - مبانی تکملة المنهاج ج ۲ ص ۱۴.

یا عدم تبعیت موجب زیان شود در مواردی نیز که به حد اکراه رسیده باشد - در غیر از قتل - همین حکم وجود دارد. واضح است که این حکم ناظر به مواردی است که مأمور علم به خلاف قانون بودن عمل خود دارد. ولی در مواردی که جهل باشد و جهل هم قصوری باشد و نه تقصیری، شبهه وجود دارد. و چگونه می‌توان با وجود شبهه حکم به مجازات داد؟

۱۰ - نظری به مسئولیت مأمور در قانون

مصر

در پایان ماده ۱۶۷ قانون مدنی جدید مصر را در خصوص تأثیر امر در ضمان مدنی به نظر ماده‌ای جامع است نقل می‌نماید. «لایکون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذی اضر بالغير اذ اقام به تنفيذ الامر صدرالیه من رئیس متی کانت اطاعة هذا الامر واجبه علیه او کان یعتقدانها واجبه و اثبت انه کان یعتقد مشروعیة العمل الذی وقع منه و کان اعتقاده مبنیا علی اسباب معقولة و انه راعی قی عمله جانب الحیطه.»<sup>(۱)</sup>

همان طور که ملاحظه می‌شود. در خصوص اقدامات زیان‌آور نسبت به غیر، با حصول شرایط زیر مسئولیتی متوجه عامل نمی‌شود:

۱- حکم ناشی از امر مافوق باشد.

گونه ظاهر می‌شود که قائلین به تفاوت میان موردی که مأمور عبد‌امر است و غیر آن، وجود دارند. سپس می‌گوید: اظهر این است که امر - که نقش ارباب و امر دارد - قصاص می‌شود و عبد مأمور محبوس ایشان در این نظر به روایت زیر استناد نموده‌اند «معتبرة السکونی عن ابی عبدالله (ع) قال: قال امیرالمؤمنین (ع) فی رجل امر عبده ان قتل رجلاً فقتل، فقال امیرالمؤمنین (ع) و هل عبدالرجل الاکسوطه اوکسیفه»<sup>(۱)</sup>

و پس از آن به مناقشات مربوط به مستند حکم پرداخته و بار د این ایرادات استدلال خود را تقویت می‌نماید. آنچه از این روایت استفاده می‌شود، این است که معصوم (ع) از «عبد» که بین او و مولایش، رابطه خاصی از آمریت و مأموریت وجود دارد، به شکل ابزار و آلات فاقد اراده تعبیر نموده (شلاق و شمشیر) و از وی رفع مسئولیت شده است.<sup>(۲)</sup>

اگر مناط روایت فقدان اختیار و اراده تام باشد - البته واضح است که اختیار در این موارد سلب نمی‌شود، ولی به علت مخدوش بودن اراده و اختیار حکم خاصی وجود دارد - و بتوان از عبدالغاء خصوصیت نمود، دلیلی ندارد که در خصوص سایر مأمورین حکم جاری نباشد. مشروط بر اینکه تبعیت به نحوی ضروری بوده

(۱) - وسائل الشیعه - ج ۱۹ باب ۱۴ از ابواب قصاص نفس حدیث ۱ و ۲.

(۲) - تکرمة المنهاج - ج ۲ ص ۱۵.

(۳) - حسن عکروش - المسئولية المدنية فی القانون المدنی الجدید ص ۲۵ - مکتبه القاهرة الحدیثه ۱۹۵۷.

- ۲- اجرای آن به لحاظ قانون واجب باشد. بر همین شرایط است. و در این حالت مرتکب مسؤولیت جنایی و مدنی ندارد.<sup>(۱)</sup> از توجیهاات عدم مسؤولیت جزایی، ضمانت مرتکب و فقدان قصد جنایی ذکر شده است. و اگرچه در این مورد، منتفی دانسته شده است. در این موارد مأمور، باید اثبات کند که مرتکب فعل مجرمانه نشده مگر بعد از تأمل و تحقیق و اعتقاد یافتن بر مشروعیت فعل خود و این مشروعیت مبتنی بر اسباب متعارف و معقول باید باشد.<sup>(۲)</sup>
- ۳- یا مأمور اعتقاد بر وجوب اجرای آن داشته باشد.
- ۴- اعتقاد کارمند مجری حکم مبتنی بر اسباب معقول و قابل قبول باشد.
- ۵- مأمور بتواند تصور خود را بر مشروعیت عمل به اثبات برساند.
- ۶- در اجرای حکم جانب احتیاط را مراعات کرده باشد.
- ماده ۵۸ قانون عقوبات مصر نیز مبتنی