

Original Article

Basics of Criminalizing the Omission in the Penal Laws of Iran and England

Amin Kouhian afzal¹, Gholamhossein Masoud^{2*}, Mohsen Shekarchizadeh³

1. Ph. D. Student, Department of Law, Najafabad Branch, Islamic Azad University, Najafabad, Iran.

2. Assistant Professor, Department of Law, Najafabad Branch, Islamic Azad University, Najafabad, Iran.
(Corresponding Author) Email: gh.masoud@iaun.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Law, Najafabad Branch, Islamic Azad University, Najafabad, Iran.

Received: 12 Feb 2019 Accepted: 18 October 2020

Abstract

Background and Objective: In the Legal System and for the Criminalization of the Citizens' Behavior, the Justificatory Basics of Criminalization Should be Necessarily Followed in Such a Way That The Legislator's Action in Enacting the Forbidden Action Can be Accepted by the Citizens When it is in Adherence to the Basics Also Accepted by Them. In Between, the Crimes Stemming From Omission Have Been Always Seriously Discussed and Debated Due to the Special Conditions of Their Actualization; they Have Also Been Followed by This Problem That Whether Omission Follows the General Basics of Criminalization or Certain Other Special Basics?

Materials and Methods: This Subjective Research Has Been Conducted Based on Descriptive-Analytical Method. Library Research and Reference to Books, Articles and Documents Have Been the Methods of Interest for Information Gathering.

Findings: It Will be Seen in This Research That the Consideration of the Expediencies, Responsibilities, Good Governance, Legal Moralism, Principle of Necessity, Social Collaboration and General Public's Supervision Are Amongst the Very Important Basics Requiring the Criminalization of Omission in the Legal Systems of Iran and England.

Ethical Considerations: Meanwhile Keeping Text Originality, the Principles of Honesty and Trustworthiness have Been Observed in all the Stages of the Present Study's Writing.

Conclusion: It is Understood From the Investigation of Omission's Criminalization in Iran and England's Legal Systems that Omission's Criminalization Follows Such Basics as Legal Moralism and Principle of Necessity as Well as Consideration of Expediencies Which, Along With Such Other Basics as Social Collaboration and the Citizens' Participation and Supervision on one Another's Behaviors, Can be Realized as Social Basics Justifying the Legislator's Criminalization of Omission as a Criminal Behavior.

Keywords: Omission; Basics of Criminalization; Citizens' Role; Good Governance

Please cite this article as: Kouhian afzal A. Masoud G. Shekarchizadeh M. Basics of Criminalizing the Omission in the Penal Laws of Iran and England. *Iran J Med Law, Special Issue on Human Rights and Citizenship Rights 2018; 303-316.*

مبانی جرم‌انگاری ترک فعل در حقوق کیفری ایران و انگلستان

امین کوهیان افضل^۱، غلامحسین مسعود^{۲*}، محسن شکرچی‌زاده^۳

۱. دانشجوی دکتری رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران.
۲. استادیار، گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران. (نویسنده مسؤل) gh.masoud@iaun.ac.ir
۳. استادیار، گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران.

دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۲۳ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۷/۲۷

چکیده

زمینه و هدف: در نظام حقوقی برای جرم‌انگاری رفتار شهروندان الزاماً می‌بایست از مبانی توجیهی جرم‌انگاری تبعیت نمود به نحوی که عمل قانون گذار در وضع رفتار ممنوعه زمانی می‌تواند از منظر شهروندان مورد قبول واقع شود که مطابق با مبانی مورد پذیرش آنان باشد. در این بین جرائم ناشی از ترک فعل به دلیل شرایط خاص تحقق آن‌ها همواره محل بحث و مناقشه جدی بوده است و همواره این مسئله را به دنبال داشته است که آیا جرائم ترک فعل از مبانی عمومی جرم‌انگاری تبعیت می‌نماید یا از مبانی خاصی دیگر.

مواد و روش‌ها: این تحقیق از نوع نظری بوده روش تحقیق به صورت توصیفی تحلیلی می‌باشد و روش جمع‌آوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای است و با مراجعه به اسناد، کتب و مقالات صورت گرفته است.

یافته‌ها: در پژوهش حاضر مشاهده خواهد شد که مصلحت‌اندیشی، مسؤولیت‌پذیری، حکمرانی مطلوب، اخلاق‌گرایی حقوقی، اصل ضرورت، تعاون اجتماعی و نظارت عمومی، از جمله مبانی بسیار مهمی می‌باشند که ضرورت جرم‌انگاری ترک فعل در نظام حقوقی ایران و انگلستان را ایجاب می‌کند.

ملاحظات اخلاقی: در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانتداری رعایت شده است.

نتیجه‌گیری: از بررسی مبانی جرم‌انگاری ترک فعل در نظام حقوقی ایران و انگلستان این مهم به دست می‌آید که جرم‌انگاری ترک فعل از مبانی همچون اخلاق‌گرایی قانونی، اصل ضرورت و همچنین مصلحت‌گرایی تبعیت نموده است، این مسئله در کنار مبانی همچون تعاون اجتماعی و مشارکت شهروندان و نظارت بر رفتار یکدیگر به عنوان مبانی اجتماعی توجیه‌گر قانون گذار در جرم‌انگاری ترک فعل به عنوان رفتار مجرمانه شناخته می‌شود.

کلید واژه‌ها: ترک فعل؛ مبانی جرم‌انگاری؛ نقش شهروندان؛ حکمرانی مطلوب

مقدمه

یکی از موضوعات مهم مورد بحث در اندیشه‌های کیفری، بحث جرم‌انگاری و مبانی توجیهی آن می‌باشد. با آغاز دوران علمی شدن حقوق کیفری، اندیشمندان با جسارت علمی خود به نقد واکنش‌های شدید و خشن علیه رفتار مجرمانه پرداختند و با الهام از فلسفه قرارداد اجتماعی، دولت را دارای حق کیفر اعمال ممنوعه دانستند، البته، این حق کیفر ناشی از قرارداد اجتماعی، در چارچوب خاصی قابل توجیه بود. در پی این اندیشه‌ها، دولت‌ها نیز خود را موظف دیدند تا براساس اصول و معیارهای خاص، به جرم‌انگاری بپردازند. با ظهور عصر روشنگری، مباحث جدید در این زمینه مطرح گشت. دولت‌ها متأثر از این رخداد تاریخی، در تدوین مجموعه‌های قوانین کیفری خود، اصول علمی و عادلانه‌ای را مبنا قرار دادند. به عنوان مثال، مجازات‌های شدید و خشن انسانی به کلی از نظام‌های کیفری حذف گردید و مجازات‌های خفیف‌تر جایگزین آن‌ها شد. اصل فردی‌سازی مجازات به رسمیت شناخته شد که همگی پایه‌های حقوق کیفری مدرن را تشکیل دادند. مکاتب حقوق کیفری نیز سهم عمده‌ای در شکل‌گیری و استقرار اندیشه‌های نوین یادشده ایفا نمودند. امروزه نیاز حقوق دانان با تکیه بر اصول زیربنایی و به‌پشتوانه این اندیشه‌های کیفری، پیش‌تر رفته و در بحث جرم‌انگاری و مبانی آن، رویکردهای علمی و مستدلی را ارائه داده‌اند. از جمله اصول استقلال فردی، رفاه جمعی، ضرر، اخلاق‌گرائی قانونی، پدرسالاری (قیم‌مآبی) قانونی، مصلحت‌گرایی و ... می‌باشند.

از منظر حقوق‌دانان مراد از مبانی حقوق پایه و دلیل نیرویی است که آن قواعد در جامعه دارند. مبانی حقوقی پاسخی به این پرسش است که چه عاملی تحمیل قانون را بر همگان توجیه می‌کند و چرا باید از قانون پیروی کرد «مبانی حقوق سرچشمه قواعد حقوقی‌اند در اینجا مراد ما از مبانی جرم‌انگاری، ریشه‌های فلسفی (حقوقی و سیاسی)، جامعه‌شناختی و کلامی توسل به قاعده کیفری است. همچنین، پاسخی به این پرسش است که چرا جامعه و دولت به نمایندگی از آن حق دارد رفتاری را با تهدید کیفری، منع

یا الزام‌آور کند؟ و آیا موضوع از اندیشه‌ها و نظریه‌ها سرچشمه می‌گیرد و تا چه اندازه به آن مشروعیت می‌بخشد؟ با توجه به تعریف جرم می‌توان جرم‌انگاری را فرایندی گزینشی نامید که قانون‌گذار با توجه به پایه نظری‌ای که به آن معتقد است و بایدها و نبایدهای اجتماعی و معیارهای ضروری دیگر، ممنوعیت یا لزوم انجام عملی را اعلام می‌کند و برای تحکیم آن ضمانت اجرای کیفری که آخرین راهکار و اهرم فشار حقوقی است را در نظر می‌گیرد.

«فرایند» است، چرا که تصویب عنوانی مجرمانه نیازمند شور، مشورت و ملاحظه بسیاری از جنبه‌های فردی و اجتماعی است. «گزینشی» است، زیرا دولت از میان رفتارهای ناقص هنجارهای پذیرفته‌شده یا اخلاقی‌کننده در زندگی فردی و اجتماعی، برخی را در دایره کیفری قرار می‌دهد و نه همه را، پایه این گزینش‌گری آن مبانی و اصولی است که برای مداخله دولت وجود دارد (۱).

حیات انسان‌ها، تمامیت جسمانی‌شان، حیثیت و آبروی آنها، دارایی‌شان، و امنیت و نظم اجتماعی جامعه‌ای که در آن زندگی می‌کنند محترم و مصون از تعرض است. قانون‌گذاران، ادیان و مذهب‌های مختلف همواره به دنبال حفظ این احترام و مصونیت هستند. بنابراین باید اعمالی را که سبب ورود ضرر به هر یک از آنها می‌شوند ممنوع و محدود کرد، مصالح و منافع فرد و جامعه باید از ورود ضرر مصون بمانند، معیاری که در جرم‌انگاری جرائم ایجابی مد نظر قرار می‌گیرد. این مصالح در مکاتب مادی، صرفاً مصالح مادی است، اما در اسلام علاوه بر آن مصالح معنوی را نیز دربر می‌گیرد. محدود کردن خواست آزادانه یک فرد جز در غیر از مواردی که مطرح شد خارج از عدالت و انصاف است و آزادی مشروع انسان‌ها را مورد هجوم قرار می‌دهد.

قانون‌گذار بر روی این موضوع تأکید دارد که انسان‌ها در قبال یکدیگر مسؤولیت دارند و داشتن حس بی‌تفاوتی در قبال رنج و موقعیت‌های دشوار دیگر افراد و به طور کلی جامعه و مصالح آن اشتباه است، باید حس همکاری در جامعه را پررنگ‌تر نمود و به دیگر افراد جامعه خیر و نیکی رساند. این عقیده ملاک و معیار جرم‌انگاری در جرائم ترک فعل محض

است. قانون‌گذار بر این مبنا انجام بعضی از افعال را الزامی دانسته و ترک آنها را جرم اعلام می‌کند. در جرائم فعل ناشی از ترک فعل نیز موارد گفته شده جاری است، اما معیاری به آن اضافه می‌شود و آن جلوگیری از ورود ضرر به تمامیت جسمانی و حیات انسان‌ها است (۲).

در راستای اهمیت و ضرورت پژوهش حاضر، باید به این مسئله عنایت داشت که، با توجه به آنچه که بیان شد، عالم حقوق، مجموعه‌ای از هنجارها می‌باشد که رسالت اصلی آن تنظیم روابط تابعان حقوق است. هنجارهای حقوقی در پاسخ به نیازهای فضای روابط تابعان حقوق طراحی و ارائه می‌شوند. برای طراحی و ارائه هنجارهای مناسب، لازم است که مبانی هر نظام حقوقی به دقت مورد توجه و بررسی قرار گیرند. از طرفی، مقصود از مبانی نظام حقوقی، اصول و پایه‌های اصلی می‌باشد که منابع نظام حقوقی (مانند قانون) در پرتو آن شکل می‌گیرند. شناخت ضرورت‌ها و نیازها در پرتو مبانی هر نظام حقوقی، در واقع معیار اصلی برای ارزشیابی اعمال قانون‌گذار محسوب و به طریق اولی معیاری مهم برای تشخیص قانون خوب و کارآمد است. در واقع به هر میزان که فرایند قانون‌گذاری با ضرورت‌ها، نیازها و مبانی نظام حقوقی بیشتر منطبق باشد، قانون مزبور، قدرتمندتر و کارآمدتر خواهد بود. قانون خوب و کارآمد، نقش محوری و بسیار مهمی در فرایند حکومت قانون ایفا می‌کند. فرایند حکومت قانون در واقع به هر نظام حقوقی هویت می‌بخشد. چنانچه عناصر مختلف حکومت قانون در یک نظام حقوقی اعمال و اجرا شود، محصول آن ایجاد شفافیت و «قابلیت پیش‌بینی» و همچنین پذیرش قانون از سوی شهروندان و در نهایت اجرای آن با کمترین فشار از سوی حاکمیت می‌باشد.

همچنین در ارتباط با مرور ادبیات و سوابق پژوهش حاضر می‌توانیم به برخی مقالات اشاره کنیم که متغیر اصلی این پژوهش (یعنی جرم‌انگاری ترک فعل) را از جنبه‌های دیگری مورد توجه قرار داده‌اند. در همین راستا می‌توانیم به مقاله محمدهادی صادقی و بهزاد جودکی تحت عنوان «امکان وقوع جنایت به وسیله ترک فعل» اشاره کنیم که در فصلنامه پژوهش حقوق کیفری به چاپ رسیده است. در این مقاله به

نقش ترک فعل در وقوع جنایت با محوریت ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی پرداخته شده است. مقاله دیگری که در این زمینه حائز اهمیت می‌باشد، مقاله احمد حاجی ده‌آبادی تحت عنوان «ترک فعل در جنایات غیر عمدی: از معیار تا مصداق» می‌باشد که در فصلنامه پژوهش کیفری به چاپ رسیده است. چالش اصلی در این پژوهش، امکان تحقق جنایت خطای محض با ترک فعل است. از نظر نویسنده، تحقق جنایت خطای محض موضوع بند الف ماده ۲۹۲ با ترک فعل ممکن نیست، زیرا در این فرض، یا تارک فعل به علت فقدان شرط توانایی مسؤول نیست یا در صورت مسؤولیت، جنایت او عمدی یا شبه عمدی است. برخی دیگر از آثار نویسندگان، مصادیق خاصی از رفتارهای مجرمانه که به صورت ترک فعل ارتکاب می‌یابند را مورد توجه و بررسی قرار داده‌اند. در همین راستا می‌توانیم به مقاله محسن اسماعیلی تحت عنوان «تسبیب در قتل ناشی از ترک فعل» اشاره کنیم که در فصلنامه مطالعات حقوق به چاپ رسیده است. از نظر نویسنده ترک فعل با لحاظ شرایط دیگر نه تنها می‌تواند موجب قتل شود بلکه حسب مورد می‌تواند مشمول بندهای چندگانه ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی شده و قتل ارتکابی را عمدی سازد. همان‌طور که مشاهده می‌شود، در آثار مختلف نویسندگان، عموماً مصادیق و معیارهای رفتارهای مجرمانه‌ای که به صورت ترک فعل ارتکاب می‌یابند مورد بحث و بررسی قرار گرفته است و به طور خاص «مبانی جرم‌انگاری» رفتارهای مزبور مورد توجه نویسندگان قرار نداشته است. این مسئله نیز وجه تمایز و نوآوری پژوهش حاضر نسبت به پژوهش‌های سابق می‌باشد. به بیان ساده‌تر، مبانی جرم‌انگاری ترک فعل به صورت بسیار مختصر و گذرا در برخی آثار مورد اشاره قرار گرفته است، در حالی که، پژوهش حاضر با نگاهی تفصیلی و رویکردی تطبیقی به بررسی این موضوع پرداخته است.

در ارتباط با محدودیت‌های پژوهش حاضر نیز باید دقت داشت که، اساساً مسائل مربوط به منابع حقوق (نص مواد قانونی) و مصادیق رفتارهای ترک فعلی که در قوانین داخلی به طور خاص جرم‌انگاری شده‌اند، در دایره مسائل پژوهش حاضر قرار ندارد. به تعبیری در این پژوهش، یک رویکرد

مصدق محوری (که در سایر پژوهش‌ها محور اصلی می‌باشد) وجود ندارد. در واقع آن دسته از مسائل مبنایی که در فرایند قانون‌گذاری و تشخیص ضرورت‌ها و نیازها کاربرد دارند، در پژوهش حاضر محور اصلی مباحث را تشکیل می‌دهد.

از حیث روش‌شناسی نیز، پژوهش حاضر با روش تحلیلی - توصیفی - تبیینی تنظیم شده است و روش گردآوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای و با ابزار فیش‌برداری از منابع مختلف از جمله قوانین و مقررات داخلی، کتاب‌ها و مقالات و به طور کلی نظرات حقوقدانان و نویسندگان حقوقی می‌باشد.

در نهایت باید عنایت داشت که، تحلیل مبانی جرم‌انگاری در دو نظام ایران و انگلستان مشخص می‌نماید که قانون‌گذار بر چه مبنا و معیاری حق دارد براساس مبانی جرم‌انگاری رفتار نماید و ترک فعل را به عنوان رفتار مجرمانه تلقی نماید. در واقع پاسخ به پرسش فوق نیازمند طرح مبانی است که به عنوان الگو و راهنما و به طور مشخص و معین بیانگر این است که چه رفتاری از حیطة اقتدار دولت و حکومت خارج است و بنابراین دولت باید با دلایل قطعی یک رفتار مجرمانه را به عنوان جرم‌انگاری محسوب نماید. بنابر آنچه در قسمت بالا ذکر شد محقق در این پژوهش به بررسی مبانی حقوقی جرم‌انگاری ترک فعل به عنوان رفتار مجرمانه می‌پردازد تا در این زمینه به یک جمع‌بندی مطلوب و ارائه تحلیلی منطقی، دست یابد.

حکمرانی مطلوب

حکمرانی مطلوب مفهومی است مشتمل بر معیارها و استانداردها، رویه‌ها و اصول حکومت‌هایی که دولت‌ها از آن طریق امور عمومی را به انجام رسانیده و حقوق بشر را تضمین می‌کنند، حکمرانی مطلوب نسبت نزدیکی با مردم‌سالاری و فرایندهای دموکراتیک دارد. حکمرانی مطلوب در ابتدا ناظر به مسائل مرتبط با توسعه اقتصادی در کشورهای فقیر آفریقایی و مهم‌ترین هدفش ریشه‌کنی فقر بود؛ ولی با گذر زمان و روشن شدن تأثیر مثبت آن در امور مدیریتی ابعاد تازه‌ای پیدا کرد، اما در حال حاضر اهداف و ابعادی دارد که با هدف اولیه آن سازگاری ندارد.

به دنبال تحولات بنیادین بین‌المللی ورای ساختار دولت‌های برخوردار از حاکمیت همبستگی و همفکری، در سطح بین‌المللی و نیز ارتباط معنوی و مادی بین شهروندان پیامدهای ویژه‌ای را در پی داشته است، از این رهگذر سامانی نو در شیوه حکومت و تدبیر امور ضروری است. می‌بایست نظمی در فرایند تکوین جامعه مدنی بروز نماید تا بتوان از ظرفیت‌های جامعه در بخش خصوصی و مدنی استفاده نمود. در این راستا نظریه حکمرانی خوب می‌تواند نظریه‌ای نوین برای تأمین منافع اقتصادی، سیاسی و قضایی بوده و در بردارنده مسؤولیت‌های جدیدی باشد.

در باب مفهوم حکمرانی مطلوب تعاریف و مفاهیم مختلفی وجود دارد که با دقت نظر در آنها می‌توان دریافت که روح حاکم بر تمامی آنها یکی است. در یک تعریف حکمرانی یا حکومت‌داری مطلوب روشی است که از طریق آن ارزش‌ها و اهدافی که مهم‌ترین آن در ادبیات سازمان ملل، حقوق بشر است محقق می‌شود و از این لحاظ تضمین حقوق بشر را می‌توان مهم‌ترین سنجش و معیار حکمرانی خوب به شمار آورد (۳).

در بیانی دیگر حکمرانی مطلوب عبارت است از نظامی که ارزش‌ها، سیاست‌ها و نهادهایی که جامعه به وسیله آنها اقتصاد، سیاست و مسائل اجتماعی خود را از طریق سه بخش دولت، خصوصی و مدنی مدیریت می‌کند (۴). در تعریفی دیگر آمده است: «حکمرانی مطلوب، راهکارها و فرایندها و نهادهایی است که به واسطه آنها شهروندان، گروه‌ها و نهادهای مدنی منافع خود را دنبال، حقوق قانونی خود را استیفا، تعهداتشان را برآورده و تفاوتشان را تعدیل می‌کنند (۵).

شاید در این بین دقیق‌ترین تعریف حکمرانی در گزارش کمیسیون حکمرانی جهانی یا «همسایگی جهانی ما (۱۹۹۵م)» آمده باشد: «حکمرانی مجموعه‌ای از روش‌های فردی و نهادی، عمومی و خصوصی است که امور مشترک مردم را اداره می‌کند. حکمرانی فرایندی پیوسته است که از طریق آن منافع متضاد یا متنوع را همساز نموده و اقدام همکاری‌جویانه اتخاذ می‌گردد. حکمرانی شامل نهادهای رسمی و نظام‌هایی است که برای تضمین رعایت قانون،

رسمیت پیدا کرده‌اند، همچنین قراردادهای غیر رسمی که مردم و نهادها بر سر آنها توافق نموده‌اند یا درک می‌کنند که به نفع آنها است» (۶).

در حکمرانی خوب با رویکرد اسلامی، تأکید اساسی بر حضور و مشارکت مردم در عرصه‌های مختلف سیاسی، فرهنگی، اجتماعی و حقوقی است؛ به نحوی که اداره کشور با اتکال آراء عمومی از طریق انتخابات فراهم می‌گردد و از سوی دیگر شوراها و مجلس ارکان تصمیم‌گیری کشور در شئون مختلف می‌باشند، این در حالی است که برای اینکه این حضور و مشارکت از بعد معنوی نیز ارزش‌گذاری و از بعد انگیزش برای آحاد جامعه ظرفیت‌سازی شود با استناد به تکلیف دینی امر به معروف و نهی از منکر (اصل هشتم قانون اساسی) وظیفه مردم نسبت به یکدیگر و دولت نسبت به مردم تعریف شده است (۷).

حق مشارکت شهروندان در تمامی عرصه‌ها نه تنها یکی از مؤلفه‌های حکمرانی خوب شناخته می‌شود، بلکه معیاری برای دموکراسی پایدار نیز شناخته می‌شود؛ چرا که دخالت شهروندان در امور اجتماعی نه تنها باعث ایجاد جامعه مطلوب می‌شود، بلکه شهروندان با مشارکت خود در تعیین سرنوشتشان نیز سهیم هستند و در مقام استیفاء از حقوق خود برمی‌آیند.

یکی از مؤلفه‌های حکمرانی مطلوب مشارکت است از این رو می‌توان گفت در جرائمی که از مبنای مشارکت تبعیت می‌نماید در هر دو نظام حقوقی ایران و انگلستان، حکمرانی مطلوب به عنوان یکی از مبانی جرم‌انگاری این دسته از جرائم شناخته می‌شوند. از این رو بررسی این مبنا با توجه به اصل مشارکت نیازمند تحلیل مجزا و جدایی نمی‌باشد.

اصل ضرر

اصل ضرر تنها اعمالی که موجب ضرر مادی و خارجی به دیگران می‌شود را ممنوع و مستحق مجازات می‌داند. فلذا اصل عدم ضرر خواندن این مفهوم مناسب‌تر است. جان استورات میل فیلسوف قرن هجدهم نخستین بار به نقد ساختار حقوقی - حکومتی جامعه پرداخت، محدوده رفتارهای ممنوع را مشخص کرد و پردازش و اصلاح مبانی اصل ضرر را انجام داد (۸).

طبق این نظر، دولت‌ها تنها زمانی حق ورود و مداخله در آزادی افراد را دارا هستند که اعمال آنها موجب آسیب و ضرر بقیه افراد جامعه شود. میل معتقد است محافظت از خود تنها نقطه مقابل آزادی عمل اشخاص است. زمانی که با مداخله می‌توان جلوی ورود ضرر به دیگران را گرفت، اعمال و اجرای قدرت علیه رفتار و خواست آزادانه اشخاص دارای توجیه و صحیح است و این محدودیت بر مبنای منع آسیب به دیگران اخلاقی به نظر می‌رسد.

اصل ضرر، تنها در رابطه با آسیب به دیگران صحبت می‌کند. رفتاری که به طور مستقیم به فرد دیگر ضرری نمی‌رساند، مربوط به خود و رفتاری که به طور مستقیم به دیگران ضرر می‌رساند رفتار مربوط به دیگران است. مدافعه از مباحث و امور ماورایی و انتزاعی، سود رساندن به اشخاص و حتی دفاع از خود مرتکبین دلیلی موجه نبوده و اجازه‌ای برای جرم‌انگاری نیست. کمیته ولفندن در اوایل دهه ۱۹۵۰ میلادی این نظریه را پذیرفت و بر پایه آن پیشنهاد برداشتن عنوان جرم از زنا، همجنس‌بازی و روسپیگری جز در موارد رفتار علنی روسپی به مجلس انگلستان داده شد (۹).

در قرن بیستم، فاینبرگ کسی که همچنان از نظریه میل دفاع می‌کرد، با توجه به نقص اصل ضرر در عمل و کارایی، پا را از معیار منع ورود ضرر و آسیب به دیگران فراتر گذاشت و منع ایجاد ناخوشایندی شدید را مطرح نمود که اصل آزار نامیده شد (۱۰).

مفهوم ضرر توسعه و بسط یافت و ناراحتی غیر قابل تحمل و ناخوشایندی شدید نیز به آن اضافه شد، که جرم‌انگاری و ایجاد محدودیت و ممنوعیت بر مبنای معیار جدید مطرح شده، نقص‌های موجود را برطرف نماید، امنیت و آرامش بیشتری در جامعه برپا کرده و از حقوق افراد جامعه به طور بهتری دفاع کند. مثلاً خودآزاری یک مازوخیست در ملاء عام براساس این اصل قابل جرم‌انگاری و اعلام ممنوعیت است (۱۱).

افراد در اعمال و رفتار خود آنجا که تماماً مربوط به خود آنهاست به طور مطلق آزادی داشته و محدودیتی ندارند. آن بخش از اعمال که اثر آنها به دیگران رسیده و به آنها مربوط است بخشی است که در اصل ضرر در رابطه با آن صحبت

عدم رعایت تشریفات ازدواج موجب بطلان آن خواهد بود و سکوت عمدی یکی از طرفین یا هر دو آنان بطلان را مستند به عمل کسی می‌سازد که عمداً سکوت اختیار کرده است ولی رعایت نکردن بعضی از تشریفات غیر مهم به صحت عقد ازدواج خللی وارد نمی‌آورد.

مثلاً هرگاه عقد ازدواج به جای آنکه با حضور دو شاهد انجام گیرد در برابر یک گواه اجرا شود عقد نکاح باطل نیست ولی عدم رعایت بعضی از تشریفات عقد که به نظر قانون‌گذار فوق‌العاده مهم رسیده‌اند نه‌تنها موجب بطلان عقد بلکه جرم و مستوجب مجازات شدید خواهد بود. مثلاً هرگاه کسی عالمماً و عمداً عقد ازدواجی را که طبق آداب مذهبی کلیسای انگلستان منعقد می‌گردد در محلی غیر از کلیسا یا محلی که در آنجا اعلامیه‌های ازدواج به اطلاع عمومی رسیده است اجرا نماید مرتکب جرمی شده که مجازات آن ممکن است ۱۴ سال زندان باشد. در انگلستان قاعده‌ای وجود دارد که به موجب آن شهرت یافتن رابطه‌ی زوجیت زن و مردی یا عادت آنان به مصاحبت یکدیگر دلیل ازدواج ایشان محسوب می‌گردد، مجری نمی‌باشد. در موردی که قبلاً بیان شد هرگاه یکی از شرایط صحت ازدواج تحقق نیابد عقد باطل و گفته شده است که عقد از ابتدا کان لم یکن خواهد بود و با آنکه ضرورتی ندارد می‌توان از اداره‌ی طلاق حکم مبنی بر بطلان چنین عقدی را تحصیل کرد. چون عقد باطل هرگز به وجود نمی‌آید و منشأ هیچ‌گونه اثر قانونی هم نمی‌شود بنابراین فرزندان حاصل از ازدواج باطل، اولاد غیر قانونی و نامشروع تلقی خواهند شد (۱۵).

اصل ضرورت

اصل ضرورت در جرم‌انگاری به این معنا است که استفاده از حقوق کیفری، برای عملی که قابلیت کنترل را دارد و نیز لازم است بر آن عمل نظارت وجود داشته باشد، در صورتی خواهد بود که آن عمل با استفاده از دیگر ابزارهای غیر حقوقی و حقوقی غیر کیفری، محدود نشده باشد و در ثانی، به‌کارگیری حقوق کیفری منوط به این است که براساس نیاز جدی و شدید همزیستی مسالمت‌آمیز، توسل به ابزار جزایی، ضرورت داشته باشد و این ضرورت، تابع مبانی و اصول است. بنابراین اگر

می‌کنیم و فرد را در مقابل جامعه دارای مسؤولیت می‌دانیم. اصل ضرر بیان می‌دارد که جامعه و دولت تنها زمانی می‌توانند در آزادی اشخاص دخالت کنند و در مورد افراد اعمال قدرت و اجبار نمایند که با آن مداخله قصد جلوگیری از ورود آسیب و ضرر به دیگران را داشته باشند. اجبار دیگران و محدود کردن آزادی آنها تنها جایی مجاز است که بتوان نشان داد و ثابت نمود که در صورت انجام آن عمل ضرری به فردی خواهد رسید. بنابراین نمیتوان به خاطر خیر و صلاح، حق و عدالت، سودمند بودن عملی، خوشبختی فرد یا عقلانی و درست بودن فعلی افراد را محدود کرد یا مجبور به انجام یا عدم انجام عملی قرار داد (۸).

بر مبنای اصل ضرر مداخله‌ی حقوق کیفری زمانی مشروع، مجاز و قابل پذیرفتن است که قصد از آن جلوگیری از اضرار و آسیب دیدن افراد دیگر باشد (۱۲).

میل معتقد است برخی منافع منشأ حق می‌باشند. به عبارت دیگر، دولت حقوقی را برای افراد به رسمیت می‌شناسد که تعرض به این حقوق باعث ایراد ضرر به منافع افراد می‌باشد. بر این اساس، میل دو دسته اصلی از منافع را بر می‌شمارد: نخست امنیت و دوم خودمختاری یا اصل استقلال عمل فردی (۱۳).

اثبات رابطه‌ی زوجیت در بحث نکاح به دلیل نبود تشریفات خاص در قواعد اسلامی و قانون مدنی سخت به نظر می‌رسد. ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی می‌گوید ایجاب و قبول با الفاظ صریح مبنی بر قصد برای وقوع نکاح کافی است و تشریفات خاصی برای آن بیان نمی‌کند. دشواری اثبات رابطه‌ی زوجیت بستری را فراهم می‌کند که از این موضوع بتوان سوء استفاده کرد و در جهات نادرست آن را پیش برد و با انکار رابطه‌ی زوجیت به زوجه و فرزندان حاصل از آن نکاح ضرر وارد کرد (۱۴). قانون‌گذار و دولت هریک با توجه به نقش خود کوشش کرده‌اند جلوی ورود ضرر و آسیب در این زمینه را گرفته و اقدامات پیشگیرانه‌ی لازم را انجام دهند. حتی با استناد به اصل سبب می‌توان مداخله‌ی کیفری انجام داد. در قوانین موجود نیز ماده ۴۹ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ عدم ثبت نکاح را جرم اعلام کرده است.

ضرورت ناشی از همزیستی مسالمت‌آمیز وجود نداشته باشد، وضع قوانین جزایی محدودیتی ناروا خواهد بود و مهمترین راه برای سنجش لزوم قوانین کیفری، تطبیق آن با واقعیت‌های جامعه و نیاز آن است.

اصل ضرورت به چیزی بیش از نیاز به جرم‌انگاری اشاره می‌کند و آن اینکه «جرم‌انگاری صورت نمی‌گیرد، مگر اینکه دخالت، ضرورت داشته باشد و در ثانی این دخالت براساس مبانی و اصول بوده و همچنین مؤثر باشد» (۱۶). در همین راستا اصل ضرورت، بدون تأکید ویژه بر اولین و آخرین راه‌حل، جرم‌انگاری را در حالت ضرورت موجه می‌داند. حقوق کیفری دارای یک کارکرد خاص است و تا زمانی که این کارکرد مورد تحلیل قرار نگیرد، در تعلق رفتارها به حقوق کیفری همیشه می‌توان شک کرد و در صورتی که در میدان عمل رفتاری توسط سایر ابزارها کنترل نشود، استفاده از ابزار کیفری در صورتی خواهد بود که رسالت و فلسفه‌ی حقوق کیفری در آن عمل نمود باید و صرف عدم موفقیت سایر ابزارها، توجیه‌کننده استفاده از ابزار کیفری نخواهد بود. در همین ارتباط بیان شده است: «برداشت سطحی از این اصل می‌تواند این باشد، اگر ابزارهای غیر کیفری در نیل به اهداف قانون‌گذار بر ابزار کیفری ترجیح و برتری داشتند، نباید از ابزار کیفری استفاده کرد. این برداشت ابتدایی و ساده است؛ چراکه چیز خاص یا جدیدی را بیان نمی‌کند و این یک مسأله پذیرفته شده است که ابزار غیر کیفری بر ابزار کیفری تقدم دارد. براساس برداشتی دیگر، در صورتی که ابزارهای غیر کیفری که همانند حقوق کیفری مؤثر هستند، وجود داشته باشند، نباید حقوق کیفری به کار گرفته شود» (۱۷).

قواعد حقوق کیفری، محدودکننده حقوق و آزادی‌های فردی برای تضمین همزیستی مسالمت‌آمیز است، از این رو اعمالی که صدمه‌ای به نظم عمومی وارد نمی‌کند در محدوده دخالت حقوق کیفری نبوده و باید تا حد امکان و به قدر ضرورت از این قواعد استفاده نمود.

این در حالی است که در شریعت اسلامی محدوده کوچکی برای استفاده از ابزارهای کیفری پیش‌بینی شده است. در

روایات اسلامی قاعده «الاسهل ثم الاسهل» باعث می‌شود که در استفاده از ابزارهای حقوقی، ضمانت اجراها و سازوکارهای کیفری به عنوان آخرین راه‌حل پیش‌بینی گردد؛ از همین رو در مثلی آمده است: «آخرالدوا الکی». آخرین مرهم، داغ نهادن باشد. نهایتاً در صورتی که ابزارهای دیگر کارایی نداشته باشند، آخرین راه‌کار استفاده از ضمانت اجرای کیفری است.

درباره نظام کیفری و نقش آن در حمایت از جامعه و ایجاد امنیت نباید مبالغه کرد و باید دیگر عوامل اجتماعی را نیز در این مقوله در نظر گرفت. انجام امور اجتماعی و حمایت از جامعه صرفاً به تضمین‌های حقوقی آن هم از نوع کیفری محدود نمی‌گردد و باید سایر مؤلفه‌ها و موارد را نیز در تضمین این امر به کار گرفت.

در ایجاد الزامات کیفری برای شهروندان و ترک آن با تضمین‌های کیفری باید مصلحتی باشد که بر مفسده ناشی از آن ترجیح داشته باشد؛ به عبارت دیگر استفاده از تضمین‌های حقوق کیفری باید باعث خودمختاری، حفظ حیثیت و کرامت شهروندان شود. ضرورت تکالیف و الزامات برای شهروندان نه برای محدود کردن آنان، بلکه با هدف منتفع شدن هرچه بیشتر شهروندان از حقوق شهروندی است.

اخلاق‌گرایی حقوقی

علاوه بر دو حالت قبلی، جرم‌انگاری رفتارها را می‌توان بر این اساس که مخالف با اخلاق و ارزش‌های پذیرفته‌شده جامعه باشند نیز محقق ساخت. این امکان با پیروی از متد اخلاق‌گرایی حقوقی فراهم می‌شود. در این مکتب، برای جرم دانستن یک رفتار، لزوماً نباید آن رفتار موجب تضرر خود مرتکب یا دیگری باشد، بلکه صرف مغایرت آن رفتار، با ارزش‌های عقل محور یا ارزش‌های انسان محور، برای جرم دانستن آن کفایت (۱۸).

پس در اخلاق‌گرایی قانونی، سه منشاء و منبع عقل‌محور و وحی‌محور و جامعه‌محور برای ارزش‌ها وجود دارد. با توجه به روشن شدن محتوای اخلاق در این اصطلاح، می‌توان گفت که اخلاق در معنای عام آن به کار رفته است چرا که شامل هر سه دسته اخلاقیات می‌شود، البته به اخلاقی که بر مبنای ارزش‌های

سیاسی توسط جامعه، ضرورتاً حاصل بررسی علمی و پیروی از تأملات فلسفی نیست (۲۱).

با اندک تأملی درمی‌یابیم که در مواجهه با ارزش‌های اجتماعی نیز، این اختلاف آراء وجود دارد. اصولاً این پرسش مطرح است که جامعه به واسطه اهرم کیفری باید به حمایت از چه ارزش‌هایی بپردازد؟ در مقابل، هر نظام کیفری، رویکرد مخصوص به خود را در قبال این پرسش‌های بنیادین اتخاذ می‌کند. برای نمونه، ملاک لیبرالیسم برای جرم‌انگاری، همانا صرفاً تأکید بر ورود ضرر به خود و دیگران و آسیب‌زا بودن رفتار است. به عبارت دیگر، قانون‌گذار نمی‌تواند فراتر از ارزش‌های فردی، به حمایت از ارزش‌های جمعی و تبعاً جرم‌انگاری آن بپردازد. از این‌رو، تئوری جمع‌گرایی یا جماعت‌گرایی، در نقد نگرش افراطی لیبرالیسم به حمایت از آزادی‌های شخصی شکل گرفت. پیروان این نظریه معتقدند که حفظ و حراست از ارزش‌های اخلاقی جامعه و عوامل همبستگی اجتماعی، مقوله مهمی است و نمی‌توان آن را بر عهده شخص و محدود به ارزش‌های شخصی افراد کرد (۲۲).

همچنین جمع‌گرایان معتقدند؛ اخلاق باید رعایت شود، و الزام متمردین را ممکن است حتی با ضمانت اجرای کیفری تأمین نمود. آنان در تعارض منافع فردی با جامعه، رعایت منافع جامعه را سزاورتر می‌دانند. از این منظر که هدف جمع‌گرایی، پاسداری از ارزش‌ها و اخلاق است؛ کاملاً با رویکرد اخلاق‌گرایی قانونی، همسو است، خاصه از این جهت که در صورت لزوم، از ضمانت اجرای کیفری نیز بهره می‌برد (۲۳).

اگرچه نمی‌توان برای هرگونه وقوع رفتارهای ناقض اخلاق، مجازات وضع نمود؛ حتی می‌توان گفت جرم‌انگاری باید آخرین راه چاره باشد، ولی آرمان اخلاق‌گرایی قانونی این است که حقوق باید در خدمت اخلاق باشد. به عبارت دیگر، هروقت که حاکمیت برای پاسداری از ارزش‌ها، مجازاتی تعیین می‌کند، مطابق رویکرد اخلاق‌گرایی عمل نموده است (۱۳).

اخلاق‌گرایی قانونی در گستره حمایتی خویش، تأکید فراوانی بر حفظ و پاسداری از نهاد خانواده دارد. چرا که خانواده همان جامعه کوچکی است که در صورت سالم بودن، مهم‌ترین ارزش‌ها را در بستر خود پرورش می‌دهد و برآیند

عقلانی استوار است، اخلاق انتقادی، و به اخلاقی که بر مبنای ارزش‌های اجتماعی و انسانی استوار است، اخلاق متعارف نیز می‌گویند (۱۹).

از این‌رو می‌توان گفت نگرش قانون‌گرایی اخلاقی، عملکرد و واکنش خود را براساس ارزش‌ها قرار می‌دهد. پس هر رفتار غیراخلاقی که ناقض ارزش‌های تعریف شده باشد، جرم‌انگاری می‌شود. چرا که آن ارزش‌ها برای حیات جامعه و همزیستی مسالمت‌آمیز اجتماعی لازم هستند و حفظ و حراست از آن‌ها بر عهده دولت است. لازم به ذکر است که در رویکرد قانون‌گرایی اخلاقی، حمایت دولت صرفاً در محدوده پاسداری از منافع افراد نیست، بلکه موجودیت خود ارزش‌ها نیز مورد حمایت دولت است. همچنین روشن است که با توجه به متفاوت بودن و نامحدود بودن افق‌های فکری در جوامع مختلف، طبیعتاً ارزش‌های کاملاً مختلفی را می‌توان مشاهده نمود.

دولین و هارت در مباحثات گسترده و ادامه‌دار خود به طور مفصل به موضوع معارضة ارزش‌های انسان‌محور با اصل ضرر پرداخته‌اند. موضوعی که به اعتقاد برخی ریشه در اندیشه افلاطون و ارسطو دارد، که این دو فیلسوف پختگی این بحث را در خیل مباحث فلسفه حقوق در نیمه دوم قرن بیستم، تقویت کرده‌اند (۱۹).

وابستگی و ارتباط تنگاتنگ میان مقوله سیاست جنایی و جرم‌انگاری با مقوله ارزش‌ها، موجب گردیده برخی معتقد باشند که این دو مقوله کاملاً درهم تنیده‌اند (۲۰). اگرچه اطلاق این نظریه را نمی‌توان پذیرفت، اما پرواضح است اکثر ابعاد سیاست جنایی در تعامل با ارزش‌های اجتماعی هستند؛ خاصه مقوله جرم‌انگاری که تکیه‌گاه و پشتوانه آن از حیث مقبولیت، جامعه و آرمان‌های آن است. از طرفی اشاره شد که نظام‌های ارزشی متنوعی وجود دارد که همین امر، موجب ایجاد سیاست‌های جنایی متنوع و نظام‌های کیفری مختلفی شده که بر ارزش‌های آن جامعه استوار است. این نسبی‌گرایی حتی در اصول عام اجتماعی؛ همچون دموکراسی و لیبرالیسم نیز حاکم است. از این‌رو، هر سیستم سیاسی، سیستم کیفری متناسب با خود را انتخاب می‌کند. این ارتباط و انتخاب درحالی رخ می‌دهد که انتخاب رژیم

ممکن است به وسیله شخص ثالث و غیر از زوجین انجام گردد، مانند آنکه پدر یا مادر یا فرد دیگر اوصافی را برخلاف حقیقت در یکی از زوجین برای طرف دیگر بیان کند که سبب میل و رغبت او در انعقاد نکاح گردد و به اعتماد وجود آن اوصاف ازدواج محقق شود، همچنان که ممکن است این عمل به وسیله خود زن یا شوهر انجام پذیرد (۲۴).

تشخیص عملیاتی که تدلیس به شمار می‌رود با عرف است، البته اخلاق هر دروغ و تصنعی را نکوهش می‌کند، ولی در حقوق پاره‌ای از دروغ‌ها به حکم عرف مجاز است و مستند فسخ نکاح نیست، مثل توصیف از نجابت و خانه‌داری مبالغه‌آمیز دختر یا شجاعت و لیاقت پسر از این رو تغییر عادات و رسوم نیز در چگونگی این عملیات تأثیر دارد. امکان دارد عملی در زمانی فریب به شمار آید، ولی در نظر عرف زمان دیگر نه (۲۵)، اما در هر حال اخلاق یکی از مبانی مهم حقوق است (۲۶). بنابراین نظر عرف تا جایی قابل قبول است که از محدوده اخلاق فراتر نرود.

اگرچه اصل تدلیس با عمل انسانی از طریق فعل محقق می‌گردد در برخی از موارد ترک فعل همانند عدم اعلام ازدواج سابق یا عدم اعلام دوشیزگی می‌تواند به عنوان مصداق تدلیس شناخته شود که قانون‌گذار در ماده ۶۴۷ قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی کرده است.

اصل مسؤلیت‌پذیری

یکی از ویژگی‌های بارز و وظیفه مهم حکومت، رعایت اصل مسؤلیت‌پذیری در ازای حقوق دیگران است و در اندیشه و سلوک علوی مسؤلیت‌پذیری حکومت همان پاسخگویی به مردم است.

اصل مسؤلیت‌پذیری ضامن اجرای قوانین در همه نظام‌های حقوقی است، این اصل در فطری بودن دین و مسؤلیت انسان در برابر خدا ریشه دارد و ناظر بر مسؤلیت‌های سیاسی، اداری، قانونی، کیفی در مقابل دولت و افراد ملت، مسؤلیت‌های مالی و سرانجام مسؤلیت مقابل دولت‌ها در نظام بین‌المللی است. مسؤلیت‌پذیری اجتماعی عامل مهمی در ایجاد وحدت و همبستگی اجتماعی است؛ به

خانواده‌هاست که چگونگی ارزش‌های یک جامعه را تعیین می‌کند. از طرفی باید با حمایت از ارزش‌هایی همچون صداقت، مهرورزی، ایثار و اعتماد نیز از نهاد خانواده حمایت کرد. در راستای این حمایت، حاکمیت باید رفتارهای غیر اخلاقی و ناقض این ارزش‌ها را جرم‌انگاری نماید.

آنچه که اساس خانواده را تشکیل می‌دهد، همانا ازدواجی موفق و توأم با عشق و علاقه است که شروع آن با صداقت است و استمرار آن نیز باید با صداقت باشد. در یک خانواده موفق، آنچه در گذر ایام و وقوع اتفاقات سخت و شیرین زندگی، پایدار و عامل پیوند و وحدت است، همان علاقه و عشق است که مورد احترام جامعه نیز می‌باشد، اما از آنجایی که در بدو هر آشنایی، افرادی دروغگو یا فریبکار نیز وجود دارند که با سوءنیت، سعی در موجه نشان دادن خود و خلاف واقع نشان دادن موقعیت خویش هستند، باید اذعان کرد که در مقوله ازدواج نیز این رفتارها وجود دارد. آنها در بسیاری از موارد ممکن است مخاطب خود را بفریبند و در نتیجه، زندگی سست و زودگذری را رقم بزنند که منجر به طلاق شود. شکی در مضر بودن چنین ازدواج‌هایی برای شخص، خانواده وی و جامعه نیست؛ از این رو دولت باید اینچنین رفتارهای نیرنگ‌آمیزی را محکوم کند، چرا که به مفهوم ازدواج که یک سرمایه و ارزش اجتماعی است، لطمه شدیدی وارد می‌کند. اخلاق‌گرایی قانونی نیز شدیداً بر این مبنا تأکید دارد و قانون‌گذار نیز با تکیه بر این رویکرد، به جرم‌انگاری این رفتارها اقدام نموده است.

از این رو مفاد ماده ۶۴۷ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات در راستای حمایت از نهاد خانواده در برابر شیادی‌ها، اشعار می‌دارد که اگر افراد قبل از انعقاد نکاح، هرگونه اظهار خلاف واقع در اموری همچون موقعیت اجتماعی از قبیل شغل و مسکن و اموال و غیره بنمایند، که عقد نیز با تکیه بر وجود چنین اموری واقع شود، شخص فریبکار به حبس تعزیری از شش ماه تا دو سال محکوم می‌شود.

تدلیس در امر نکاح عبارت از عملیاتی است که نسبت به زن یا مرد انجام می‌شود و موجب فریب طرف دیگر ازدواج می‌گردد. عملیات فریبنده که موجب خیار تدلیس می‌شود،

باعث حفظ نظم و آرامش جامعه می‌باشد این است که افراد با چشم خود اجرای عدالت را ببینند و در دل احساس امنیت کنند از این رو جرم‌انگاری رفتاری همانند امتناع والدین از تحصیل فرزندان که در ماده ۴ قانون تأمین وسایل و امکانات تحصیل اطفال و نوجوانان ایرانی مصوب ۱۳۵۳ آمده از مبنای مصلحت تبعیت می‌نماید. چرا که قانون‌گذار در این قانون به منظور رعایت مصلحت افراد در راستای رشد و ارتقای آنها والدین را در صورت امتناع از تحصیل فرزندان مجرم شناخته و برای آنها مجازات در نظر می‌گیرد.

مفاد ماده ۴ این قانون بیان می‌دارد که هرگونه جلوگیری از تحصیل افراد نابالغ، توسط ولی قهری یا ولی قانونی که تکلیف به تأمین مایحتاج و ملزومات تحصیل وی را دارد در صورتی که در آن منطقه امکان تحصیل وجود داشته باشد، جرم است و به جزای نقدی و فراهم نمودن امکانات تحصیل وی و رفع موانع موجود، محکوم می‌شود و مراجع قضایی نیز باید خارج از نوبت به آن رسیدگی کنند. همچنین در صورت تکرار جرم، به حبس سنگین‌تر و اکتیاف شرایط و هزینه‌های زندگی و تحصیل کودک یا نوجوان محکوم خواهد شد.

در حقوق انگلستان نیز جرائمی را می‌توان یافت که جرم‌انگاری آنها از مبنای مصلحت تبعیت می‌نماید از جمله ماده ۵۲۰ مجموعه قوانین کیفری انگلستان امتناع از خدمات را به عنوان یک جرم در نظر گرفته است که مبنای آنها مصلحت می‌باشد. ماده ۵۲۰ مجموعه قوانین کیفری انگلستان مقرر می‌دارد: هر پزشک، داروساز، دندان‌پزشک و جراح یا پرستار یا هر شهروند دیگری که قانوناً مکلف به خدمات حرفه‌ای عمومی می‌باشد هرگاه بدون عذر موجه امتناع نماید از ارائه خدمات در زمانی که نیاز ضروری است به دلیل خودخواهی، طمع‌ورزی یا هر انگیزه مشابه دیگری به مجازات جزای نقدی و در صورت تکرار به مجازات حبس ساده محکوم می‌گردد.

درباره مصلحت به عنوان مفاد اساسی حکم شرعی باید گفت که قوانین همواره از ملاک‌های منفعت تبعیت می‌کند و این ملاک‌ها برای بشر قابل دستیابی است؛ به عبارت دیگر بشر با درک ملاک‌های احکام و قوانین، مصلحت‌اندیشانه قوانین را وضع می‌کند.

همین جهت است که در قرآن کریم به وحدت و همبستگی اجتماعی در آیه ۱۰۳ سوره آل‌عمران تأکید شده است. اساساً افرادی که روحیه مسؤلیت‌پذیری نداشته باشند نمی‌توانند به عنوان عنصری مفید در فعالیت‌های اجتماعی حاضر شوند. در جهان‌بینی اسلامی تنها وجود غیر مسؤول خداوند است: «لایسأل عما یفعل و هم یسألون» در آیه ۲۵ سوره انبیا، خداوند نسبت به آنچه انجام می‌دهد بازخواست نمی‌شود ولی دیگران بازخواست می‌شوند؛ بدین ترتیب، در این جهان‌بینی، اصل مسؤولیت، اصل عام و فراگیر نسبت به همه انسان‌ها، حتی معصومان است. لازمه پذیرش این اصل پاسخ‌گویی است، افراد زمانی خود را به پاسخ‌گویی در امری ملزم می‌کنند که مسؤولیت آن را پذیرفته باشند (۲۷).

مصلحت‌اندیشی

از دیرباز تمام ادیان و حکام درصدد جرم‌انگاری رفتارهایی بوده‌اند که به هر نحوی علیه امنیت جامعه، دارایی‌های خصوصی و ملی، آزادی اشخاص و شخصیت معنوی است. چرا که حفظ و صیانت از این دارایی‌ها و ارزش‌ها، برای بقای هر جامعه‌ای لازم است. از این رو برای حفظ منافع و مصلحت فردی و اجتماعی ضرورت دارد که جرائم ایجابی، جرم‌انگاری شود، اما از سویی دیگر، اگر قانون‌گذار به جرم‌انگاری عملی دست بزند که برای مصالح فردی و جمعی ضرری نداشته باشد، بدون دلیل آزادی‌های مشروع افراد را محدود کرده و چنین محدودیتی، ناعادلانه است و مشروعیت ندارد و مصداقی از سوء استفاده از قدرت حاکمیتی است.

مصلحت از جمله مفاهیمی است که در فقه و اندیشه اسلامی دارای اعتبار زیادی است و مبنایی برای بسیاری از قوانین و رفتارهای اجتماعی شمرده می‌شود. در فقه اسلامی فقیهان اهل سنت به مراتب بیشتر از شیعیان به این موضوع پرداخته‌اند. امروزه در تمامی قانون‌گذاری‌ها مصلحت عمده‌ترین دلیل و توجیه برای مداخله در حوزه آزادی‌های افراد از طریق جرم‌انگاری بسیاری از رفتارها شناخته می‌شود. یکی از مواردی که به عنوان مصداق مصلحت عمومی شناخته می‌شود حفظ نظم و آرامش است یکی از مواردی که

جنبه‌های امور میان حقوق معارض انتخاب و با در نظر گرفتن مصلحت زوجه اقدام به جرم‌انگاری نموده است.

در حقوق کامن لا واژه نفقه به معنی تغذیه، حفظ و بقا یا پشتیبانی که زن از شوهرش برخوردار است اطلاق می‌شود. در نظام حقوقی کامن لا حق زوجه شناخته شده که به وسیله شوهرش حمایت و همچنین به وسیله او تغذیه و نگهداری شود. در حقوق امروز انگلستان از کلمه (Maintenance) معادل کلمه نفقه استفاده می‌شود (۲۹).

(Maintenance) به معنای نفقه دادن، نگهداری، حفظ و خرجی آمده است (۳۰)، ترک انفاق تحت عنوان (Discontinue the payment of the cost of maintenance) قرار می‌گیرد.

Maintenance مترادف Sustenance است که در شرح آن گفته به وسیله یک شخص به دیگری برای حمایت از او جهت تهیه ابزار زندگی، غذا، پوشاک، مسکن به خصوص وقتی که رابطه قانونی بین طرفین به گونه‌ای باشد که یک نفر ملزم به حمایت از دیگری باشد مانند رابطه موجود بین پدر و فرزند یا شوهر و زن (۲۹).

با توجه به توضیح فوق، مخارجی همچون هزینه حمل و نقل یا تهیه اتومبیل، مخارج پزشکی و دارویی و همچنین سایر هزینه‌هایی که برای تهیه و خرید اقلام مفید به حال خانواده لازم است، به عهده شوهر است، هرچند در بررسی کتب موجود، به طور جامع از ترک انفاق در حقوق انگلستان تعریفی به چشم نمی‌خورد لیکن می‌توان گفت جرم ترک انفاق در حقوق انگلستان عبارت از خودداری فرد متمکن از پرداخت نفقه نسبت به همسر خود، در صورت عدم سوء رفتار زوجه و تمکین وی و نسبت به اولاد در صورت عدم تمکن مالی طفل می‌باشد (۲۹).

با توجه به موارد فوق می‌توان گفت در حقوق انگلستان نیز ترک انفاق به عنوان یک جرم از نوع سلبی (ترک فعل) شناخته شده است.

نتیجه‌گیری

مبانی جرم‌انگاری به عنوان خط مشی قانون‌گذار در ایجاد محدودیت‌هایی برای رفتار شهروندان در هر نظام حقوقی

یکی از مشهورات کلامی شیعه، تبعیت احکام از مصالح و مفاسد نفس‌الامری است. مقصود این است که جعل احکام به وسیله شارع مقدس بر پایه جلب مصلحت و دفع مفسده است. احکام برای انسان جعل می‌شود؛ بنابراین، جعل احکام شرعی بر پایه جلب مصلحت و دفع مفسده انسان‌هاست. خصوصیت باور شیعه (در تعبیر کلامی آن، عدلیه)، در «نفس‌الامری» بودن مصالح و مفاسدی است که در جعل احکام لحاظ شده. قول مقابل آنکه به اشاعره نسبت داده می‌شود، به انکار نفس‌الامری بودن مصالح و مفاسد مربوط است، اما نهایتاً اینکه احکام شرع، تأمین‌کننده سعادت بشر یعنی باعث جلب مصالح و دفع مفاسد برای اوست، مورد انکار هیچ مسلمانی نیست. توضیح اینکه شیعه می‌گوید: مصالح و مفاسد واقعی و نفس‌الامری برای انسان، جدا از جعل و خواسته تشریحی شارع وجود دارد که در نظام علی و معلولی تکوینی عالم، انسان می‌تواند با انجام رفتارهایی، باعث جلب آنها به خود یا دفع آنها از خود شود، اما قول مقابل بر آن است که جدا از جعل و خواسته تشریحی شارع، مصلحت و مفسده‌ای وجود ندارد. مصلحت و مفسده همان است که شارع در رفتار انسان‌ها فعلاً (انجام دادن) و ترک (انجام ندادن) می‌خواهد (۲۸). این رویکرد یعنی تبعیت احکام و قوانین از مفاسد و مصالح رویکرد اتخاذی معتزله و اکثریت مشهور امامیه است و حال آنکه اشاعره قائل به عدم امکان تبعیت احکام از مصالح و مفاسدند. در حقوق عرفی و به طور خاص حقوق انگلستان توجه به اصل مصلحت عمومی به عنوان یکی از مبانی قانون‌گذاری، قانون‌گذار را بر آن می‌دارد که در جرم‌انگاری و نتیجه‌گیری پیرامون مصلحت عمومی منافع تمام کسانی که نمایندگی آنها را عهده‌دار است در نظر می‌گیرد.

جرم‌انگاری ترک انفاق موضوع ماده ۵۳ قانون حمایت از خانواده در حقوق ایران صرفاً از مبنای مصلحت حمایت می‌نماید چرا که قانون‌گذار در این قانون به دنبال حمایت از مصالح زوجه بوده به نحوی که امکان ترک آن وجود نداشته باشد. بنابراین در این جرم مصلحت فرد در برابر مصلحت عمومی قرار می‌گیرد که نه امکان جمع آن وجود دارد نه امکان ترک آن، لذا از این رهگذر قانون‌گذار با ملاحظه تمام

قضایی خارج از حدود مبانی مذکور همواره جامعه و افراد را با چالش‌های جدی روبه‌رو می‌نماید که در نظام حقوقی جرم‌انگاری ترک فعل به عنوان اصل ضروری مورد پذیرش است و از مبانی گفته شده تبعیت می‌نماید گرچه گسترش و برخی مصادیق آن همواره با چالش جدی روبه‌رو می‌باشد که خود پژوهش مستقلی در این باب را می‌طلبد.

معین و مشخص است، با این حال در جرائم ترک فعل از آنجایی که رفتار مجرمانه از یک امر عدمی نشأت می‌گیرد خطمشی خاصی را می‌طلبد که قانون‌گذار دنبال کند گرچه غالب رفتار مجرمانه با مبانی مشترکی قابل توجیه است با این حال برخی از مصادیق جرائم مبنی بر ترک فعل براساس مبانی خاصی قابل توجیه است.

مشارکت شهروندان در حل مسائل اجتماعی از جمله مبانی است که قانون‌گذار را بر آن داشته است که عدم اقدام شهروندان در برخی موارد به عنوان رفتار مجرمانه شناخته شود. نه تنها در نظام حقوقی ایران بلکه در نظام حقوقی انگلستان قانون‌گذار از این مبنا تبعیت نموده است. جرم‌انگاری جرائم حوزه مالیاتی همچون عدم پرداخت مالیات در هر دو نظام ریشه در مبانی مشارکت شهروندان دارد.

نقش فعال شهروندان در اداره امور جامعه همواره قانون‌گذار را بر آن داشته است که در صورت عدم اهتمام شهروندان به اداره امور جامعه ایشان را مسؤول شناخته و به دلیل عدم انجام وظایف محوله مورد سرزنش و مؤاخذه قرار دهد. از این‌رو مبانی همچون تعاون، حق نظارت شهروندان بر رفتار یکدیگر یا اصل ولایت به عنوان مبانی خاص جرم‌انگاری ترک فعل شناخته شده است.

بروز و ظهور مفاهیم حکمرانی مطلوب به عنوان دغدغه اصلی حکومت همواره حکومت را بر آن داشته است که برای شهروندان به طور خاص و کلیه تابعان حقوق کیفری الزاماتی را در نظر بگیرد که عدم اقدام به آنان با سرزنش حاکمیت روبه‌رو شود. این مفهوم در کنار حق بر توسعه به عنوان یکی از مطالبات شهروندان جامعه، قانون‌گذار را بر آن داشته است تا الزاماتی را که مانع این امر است تا حدی که منجر به ضرر به دیگران شود جرم‌انگاری نماید از این‌رو حکمرانی مطلوب، حق بر توسعه و اصل ضرر به عنوان مبانی خاص جرم‌انگاری ترک فعل شناخته می‌شود.

در یک جمع‌بندی کلی باید بیان داشت که جرم‌انگاری عدم اقدام شهروندان به وظایف محوله از طریق قانون‌گذار هم براساس مبانی حقوقی و هم براساس مبانی اجتماعی قابلیت توجیه و پذیرش دارد چرا که خروج قانون‌گذار یا نهادهای

References

1. Abazari K, Rezaei Rad A, Ale Taha H. Legal jurisprudential analysis of rational guarantee and insurance liability. 1th. Tehran: Majd Publication; 2015. p. 29.
2. Baheri M. An Attitude Towards Public Criminal Law. 1th. Tehran: Majd Publication; 2005. p. 204.
3. Zare'ee M. The rule of law in political thought. *Nameye Mofid* 2001; 26 (7): 51-68.
4. Gholi Pour R. Analyzing the relationship between good governance and the role of government and culture. *Journal of Management Culture* 2005; 10 (1): 103-127.
5. Sharif Zade F, Gholi Pour R. Good governance and the role of government and culture. *Organizational culture management* 2003; 1(2): 93-109.
6. Boshrie H. [Translation of Leviathan]. Hobbes T. (Author). 1th. Tehran: Ney Publication; 2006. p. 194.
7. Nezami Ardakani M. Good governance with an Islamic approach. *Humanities* 2008; 31(1): 107-128.
8. Sheykh Al-Eslami J. [Translation of A treatise on freedom]. Mill J. (Author). 1th. Tehran: Scientific and cultural publications; 2006. p. 238-290.
9. Hammelmann H. Report of the Committee on Homosexual offences and prostitution. *The Modern Law Review* 1958; 21(1): 68-73.
10. Feinberg J. Harm to Self. Oxford University Press; 1986. p. 19.
11. Clarkson CMV. Understanding Criminal Law. 1th. London: Sweet & Maxwell Publication; 2005. p. 262.
12. Najafi Tavana A, Mostafa Zade F. Criminalization in the penal system of the Islamic Republic of Iran. *Studies of Islamic jurisprudence and law* 2013; 8(1): 149-169.
13. Mahmoudi Janaki F. Principles, principles and methods of criminalization. Ph.D. Dissertation. Tehran Iran: Tehran University; 2003. 192, 797.
14. Haji Deh Abadi M, Haeri E. Investigating the costs of crime with an Islamic perspective in criminology and criminal policy. 1th. Tehran: Publications of the Institute of Islamic Culture and Thought; 2014. p. 14.
15. Fathi Pour A. Liaison. *Today's salary* 1964; 14(1): 42-61.
16. Jared org N. criminalization as last Resort (utimaritio). *Ohio state journal of criminal law* 2004: 521.
17. Husar D. The Criminal Law as Last Resort. *Oxford Journal of Legal Studies* 2004; 24(2): 207-235.
18. Stanton J. The Limits of Law. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2006; 6. Available at: <http://plato.stanford.edu/entries/law-limits>.
19. Hart H.L.A. Social Solidarity and the Enforcement of Morality. *Chicago Law Review* 1968; 35(1): 50-288.
20. Key Nia M. [Translation of Applied Criminology]. Gassin R. (Author). 1th. Tehran: Translator Publications; 1991. p. 10.
21. Ghiasi J. A Comparative Study of Islamic General Criminal Law and positive Law. 1th. Ghom: University and University Research Institute Publications; 2002. p. 95.
22. Ghari Seyyed Fatemi M. The right to self-determination and responsibility for election monitoring, guaranteed monitoring versus restricted monitoring. *Teacher of Humanities* 2004; 31(1): 48-69.
23. Moghaddasi MB, Yazdani J. Patients Protection in the Light of Principles of Criminalization. *Iran J Med Law* 2018; 12(44): 27-53.
24. Safaei H, Emami A. Brief Family Law. 1th. Tehran: Mizan Publication; 2019. p. 539.
25. Katouzian N. Civil rights (family and children). 1th. Tehran: Publishing Joint Stock Company; 1997. p. 288.
26. Katouzian N. Expertise, science and experience in the service of justice. *Journal of the Faculty of Law and Political Science* 2004; 62(1): 61-89.
27. Javan Araste H. The eighth principle of the constitution and the legal jurisprudential requirements of enjoining the good and forbidding the evil. Mashhad: Islamic Research Foundation. 2012; p. 290.
28. Sarami S. An introduction to the place of expediency in the jurisprudence. *Qabsat Quarterly* 2004; 32(9): 81-100.
29. Arshadi A. Wife alimony in Iranian, British and Indian law. 1th. Tehran: Justice of opinions publication; 2000. p. 146, 148.
30. Heydari Z. A Comparative Study of the Crime of Abandonment in Iranian and British Law. MA Dissertation. Tehran Iran: Islamic Azad University Tehran Markaz; 2013. p. 65.