

# پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی

علمی - پژوهشی

شماره ۴

هزار و سیصد و نود و سه - نیمسال دوم

- دیوان کیفری بین‌المللی و سیاست تقنینی مقتضی دولت جمهوری اسلامی ایران  
در قبال جرم‌انگاری مصادیق خشونت جنسی  
۵  
زهره موسوی‌فر
- تحول اصل قانونی بودن جرم در خصوص جنایت ضد بشریت در پرتو توسعه  
محاکم کیفری بین‌المللی  
۳۹  
مهدی مؤمنی
- آثار اصل عدم صلاحیت در حقوق کیفری در پرتو آموزه‌های حقوق عمومی  
۶۹  
آزاده‌السادات طاهری - محمدعلی رجب
- جرم سر باز‌گیری کودکان از منظر حقوق بین‌المللی کیفری  
۹۷  
سید علیرضا میرکمالی - سحر پورحسن زیوه
- نقض حقوق علامت تجاری: جرم قابل گذشت یا غیرقابل گذشت؟  
۱۲۷  
محسن صادقی
- جلوه‌های عدم تقابل در نظام حقوق بین‌الملل کیفری  
۱۵۹  
هاله حسینی اکبرنژاد





# آثار اصل عدم صلاحیت در حقوق کیفری در پرتو آموزه‌های حقوق عمومی

آزاده السادات طاهری\*

محمدعلی رجب\*\*

## چکیده:

اگر به تقسیم‌بندی دوگانه رایج در حقوق، پایبند باشیم، حقوق جزا را می‌توان یکی از زیر مجموعه‌های حقوق عمومی تلقی نمود. منطقاً این تفکیک و تقسیم‌بندی باید مبنا و آثار ویژه‌ای نیز داشته باشد که از آن میان، حاکمیت اصل عدم صلاحیت بر بخش‌های مختلف حقوق جزا به تبع حقوق عمومی است. اصل عدم صلاحیت در دو معنا بر حقوق عمومی حاکم است: یکی لزوم تعیین صلاحیت‌ها و دو دیگر، ضرورت تصریح به حدود و سازوکارهای اعمال آنها. بدین ترتیب، حقوق جزا نیز باید حاوی این دو خصلت باشد و احکام و قواعد آن در راستای همین دو اصل بنیادین تفسیر و تحلیل شود. این نوشتار، تلاشی است برای تحلیل این موضوع در حقوق جزا.

## کلیدواژه‌ها:

حقوق عمومی، حاکمیت قانون، تفسیر قوانین، اصل عدم صلاحیت، قدرت عمومی.

## مقدمه

حقوق و به تبع آن، دانش حقوق را به دو شاخه عمومی و خصوصی تقسیم می‌کنند<sup>۱</sup> و در ساده‌ترین تعریف - که وجه ممیز این دو را نیز معلوم می‌کند - حقوق عمومی را مجموعه قواعد حقوقی حاکم بر روابط بین فرد و دولت و نیز نهادهای دولتی با یکدیگر می‌دانند. در این بیان، در برابر حقوق خصوصی که سازمان‌دهنده روابط شهروندان در میان خودشان است؛ حقوق عمومی، تنظیم‌کننده روابط فرمانروایان و فرمانبران است.<sup>۲</sup> در این میان، حقوق جزا به عنوان شاخه‌ای از حقوق که متکفل بحث از قواعد حاکم بر تعیین جرم و مجازات، و سازوکارهای تعقیب و کیفر کردن مجرمان و اجرای احکام جزایی است، آشکارا شأنی از شؤون حکومت را در ارتباط با شهروندان تنسيق می‌کند و بالتبع، زیرمجموعه حقوق عمومی قرار می‌گیرد.

توضیح اینکه، حقوق ابتدائاً به «مجموعه قواعد اقتداری<sup>۳</sup> حاکم بر تنظیم روابط اجتماعی» تعریف می‌شود؛<sup>۴</sup> نمود بارز این خصیصه اقتداری بیش از همه در حقوق عمومی است. در روابط حقوق عمومی، رد پای دولت در همه جا پیداست و یک سوی رابطه، همیشه دولت

۱. این تقسیم‌بندی اصولاً در حقوق رومی - ژرمنی ریشه دارد و در سنت حقوق کامن‌لا عموماً ردی از این تفکیک از حیث تاریخی به چشم نمی‌خورد. با این حال، به نظر می‌رسد دست‌کم از نیمه سده بیستم، این تفکیک به روشنی در نظام حقوقی اخیر الذکر نیز ریشه دوانده و نظام حقوق عمومی مستقل از حقوق خصوصی با خصایصی ممتاز و ممیز راه خود را از حقوق خصوصی جدا کرده است. در این باره، نک: مارتین لاگلین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ، تهران: نی، ۸۸ و ۱۳.

Andrew Le Seur et. Al, *Principles Of Public Law*, Routledge-Cavendish, 1999; Elizabeth Zoller, *Introduction to Public Law: a Comparative Study*, Mrtinus Nijhof, 2011

۲. قاضی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، ص ۸۲.

۳. اقتداری بودن در یک معنا می‌تواند به مفهوم «لازم‌الاجرا» بودن و استظهار قواعد حقوقی به قوه قهریه تعبیر شود. با این حال، آن‌چنان که در ادامه در متن نیز توضیح داده خواهد شد، معنایی عام‌تر و گسترده‌تر - و البته هم‌ساز و هم‌نوا با تعبیر فوق - را می‌توان از «اقتداری بودن» قواعد حقوقی مراد کرد و آن، همان تفوق قواعد حقوقی نسبت به سایر قواعد اجتماعی و خصوصاً نسبت به اراده فرد، فرد شهروندان است.

۴. برای دیدن نظر موافق، نک: محمد راسخ، «پیشگفتار مترجم» در: تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، جان کلی (مؤلف)، ص ۱۱؛ منبع اخیر، در تعریف حقوق می‌نویسد: «حقوق به معنای عام تمثیت مقتدرانه روابط جمعی انسان‌هاست» و تمثیت را معادل regulation و مقتدرانه را در مفهوم الزام آور و آمرانه به نحو متکی بر قدرت سیاسی (معادل authoritative) می‌داند. (همانجا)

است<sup>۵</sup> ولی، حقوق خصوصی را غالباً با دولت کاری نیست.<sup>۶</sup> به باور نگارندگان، ترسیم مهار قدرت به عنوان اصلی‌ترین کارکرد یا دست‌کم، یکی از کارویژه‌های اصلی حقوق عمومی و متعاقب آن، تلقی دولت به عنوان مهم‌ترین تجلی‌گاه و نمود عینی قدرت عمومی موجب شده‌است که در پهنه وسیع این حوزه دانشی، اصل عدم صلاحیت - به عنوان ضامن نظام‌مندی قدرت عمومی - جایگاهی ویژه و تمایزبخش برای آن ایجاد کند.

با این اوصاف (۱) حضور حاکمیتی دولت یا نهادهای وابسته به آن در یک سوی رابطه حقوقی، (۲) استعمال ضمانت اجراهای ویژه‌ای که عمدتاً رأساً و به صورت یکجانبه اعمال می‌شود و بالاخره، (۳) آگاهانه بودن ایجاد روابط در حوزه حقوق عمومی (در مقابل روابط حقوق خصوصی که نسبت به قواعد حقوقی این حوزه غالباً تقدم دارند)، را ویژگی‌های ممتاز حقوق عمومی در برابر حقوق خصوصی دانسته‌اند.<sup>۷</sup> شاید از همین روست که اساساً در قلمرو حقوق عمومی گفته شده است که «تا جایی که ... نهادها، مقامات و سازمان‌های عمومی» در مقام اعمال حق حاکمیت و اجرای اقتدار عمومی هستند» مقررات و قواعد حقوق عمومی حاکم خواهد بود.<sup>۸</sup>

۵. تا آنجا که برخی به حقوق عمومی را «حقوق دولت» گفته‌اند که هدف آن، محدود و مقید کردن قدرت دولت است. نک: کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، ش ۱ و ۲.

۶. با گسترش تکالیف دولت در دوران معاصر البته شاهد مداخله‌های دولت در حوزه‌های مختلف هستیم. گاه، اموری که پیشتر کاملاً در دایره مناسبات خصوصی می‌گنجیدند اکنون به نحوی با تصمیم‌گیری و نظارت دولت مواجه هستند. این مسأله را در ادامه بیشتر مورد بحث قرار خواهیم داد.

۷. خدابخشی، تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری، صص ۳۴ و ۳۵؛ با این حال، تفکیک میان حقوق عمومی و خصوصی همیشه و به مذاق همه خوش نیامده است؛ گاه یکسره بازی به نفع حقوق عمومی تمام شده و چهره‌هایی هم چون دوگی داد سخن از پایان حقوق خصوصی و حاکمیت تمام حقوق عمومی سرداده‌اند؛ برای نمونه «دوگی با انکار شخصیت دولت و هر شخص حقوقی دیگر، تفاوت اساسی بین حقوق عمومی و خصوصی را رد می‌کند؛ چرا که اگر در ملاحظه و تعمیق قدرت عمومی یا افراد، عامل شخصیت را از میان برداریم، طبعاً صفات عمومی و خصوصی دیگر چندان مطرح نخواهد بود.» قاضی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، ص ۸۳. گاه نیز تفکیک میان این دوشاخه را تفکیکی انتزاعی و نظری که فایده عملی چندانی بر آن مترتب نیست برشمرده‌اند. وانگهی، برخی استادان یادآور شده‌اند که با تحولاتی که در نقش‌ها و کارکردهای دولت‌ها اتفاق افتاده و وظایف آنها افزایش یافته، عملاً و در بسیاری از شاخه‌ها مرزهای حقوق عمومی و خصوصی نیز در یکدیگر تنیده شده است.:: کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، صص ۸۴ و ۸۷؛ همو، کلیات حقوق: نظریه عمومی، ص ۲۶۵. همچنین برای مطالعه توضیحاتی پیرامون حقوق کار، نک: عراقی، حقوق کار (۱)، ص ۴۶.

۸. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۸۶.

وضع و اعمال مقررات کیفری؛ یعنی اعلام ممنوعیت‌هایی که شهروندان را از انجام اعمال معینی باز می‌دارد و بدین ترتیب، آزادی شهروندان را محدود می‌سازد و برای آنان ایجاد تکلیف می‌کند؛ و نیز تعیین ضمانت اجرای مشخصی برای مرتکبان آن اعمال، به نحوی که این ضمانت اجرا، توأم با سلب یا محدودسازی برخی حقوق متعلق به شهروندان است؛ بی‌گمان عملی حاکمیتی و در صلاحیت دولت است. در واقع، در جوامع دولت - ملت امروزی، این پذیرفته شده است که علی‌الاصول هیچ‌کس بر دیگری ولایت ندارد و هیچ‌کس نمی‌تواند دیگری را بر خلاف میل و ارادهٔ شخصی‌اش، به انجام دادن کاری وا دارد یا از انجام دادن رفتاری باز دارد؛ مگر در مورد دولتی که مشروعاً بر مبنای تئوری موجه سیاسی خود شکل گرفته و این اختیار و صلاحیت را یافته است. بدین ترتیب، حوزهٔ عمل حقوق کیفری به منزلهٔ عملی که هم مداخله در حدود آزادی‌های شهروندان است (در مرحلهٔ وضع مقررات جزایی) و هم مداخله در حقوق آنها (در مرحلهٔ وضع و اعمال مجازات)، منحصرأ در صلاحیت دولت (به معنای عام و شامل هر سه قوه) قرار دارد.<sup>۹</sup>

بر این اساس، منطقی است که وقتی از حقوق کیفری سخن می‌گوییم، آن را زیرمجموعه‌ای از حقوق عمومی بدانیم و در نتیجه، وقتی شمول اصل عدم صلاحیت و حاکمیت قانون را بر پهنهٔ حقوق عمومی می‌پذیریم، علی‌الاصول، این شمول و حاکمیت را تبعاً در حقوق کیفری نیز بپذیریم و به لوازم آن پایبند باشیم.

تذکر این نکته لازم است که فرض پیشینی این نوشتار، پیروی از نظریهٔ تفسیری «منطق نظام‌مند حقوقی» است.<sup>۱۰</sup> بدین معنا که هر قاعدهٔ حقوقی، باید در ارتباط و انسجام با کلیت آن نظام حقوقی و در سایهٔ اصول حقوقی بنیادین حاکم، تبیین و تفسیر شود. در عین حال پذیرفته‌ایم که اصول حقوقی به عنوان مجموعه‌ای از مفاهیم فراقانونی که در پویش تاریخی اندیشهٔ حقوقی به دست آمده‌اند، بر سر قوانین داخلی کشورها سایه انداخته‌اند.<sup>۱۱</sup>

۹. گو اینکه برهمن میناست که می‌بینیم اصول مختلف قانون اساسی به صراحت نشان از انحصار و تمرکز صلاحیت وضع و اعمال مجازات در دولت به معنای عام و بالخصوص قوهٔ قضائیه دارد؛ از جمله، اصول ۳۲، ۳۳، ۳۴، ۳۶، ۳۷، ۱۵۶، ۱۶۹ و ... از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۱۰. نک: جعفری‌تبار، فلسفه تفسیری حقوق، صص ۱۸۷-۱۹۴.

۱۱. صادقی، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، ص ۱۳. برخی از قواعد فرادستوری (Supra-constitutionality) سخن گفته‌اند. بدین معنا که این سلسله قواعد، متضمن حقوق و آزادی‌هایی خدشه‌ناپذیر افرادند و در مقام تفسیر قانون - حتی به قیمت ایجاد تناقض در قانون - بر سایر قواعد تفسیری ارجح و مقدم‌اند.

بدین ترتیب، در این مجال برآنیم که نشان دهیم: اولاً اصل عدم صلاحیت در پیوند با مفهوم بنیادین حاکمیت قانون از اصول خاص و ویژگی‌های حقوق عمومی است و ثانیاً، با توجه به اینکه حقوق کیفری، به عنوان عملی از اعمال حاکمیت، ذیل و زیرمجموعه حقوق عمومی قرار می‌گیرد، این اصل در حقوق کیفری نیز مؤثر می‌افتند. در ادامه، ابتدا مبانی و محتوای اصل عدم صلاحیت را به عنوان یکی از وجوه اساسی امتیاز حقوق عمومی که ناشی از ماهیت ویژه آن است، بررسی می‌کنیم و مبنا و محتوای آن را بررسی می‌کنیم و سپس، به نحوه انعکاس این موازین، در حقوق کیفری می‌پردازیم و لوازم پایبندی به این اصول را در وضع و تفسیر مقررات کیفری بررسی می‌کنیم. همین‌جا لازم به یادآوری است که ویژگی‌های دیگر حقوق جزا از جمله<sup>۱۲</sup> سرزمینی بودن و نیز کلی و عمومی بودن آن را هم باید در ارتباط با ویژگی و خصلت عمومی حقوق کیفری دانست لیکن در این مجال، مسأله عدم صلاحیت و آثار و لوازم آن به طور خاص موضوع این نوشتار قرار گرفته است.

### ۱- مبنا و محتوای اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی

اصل عدم صلاحیت را باید در پیوند با زمینه عملی و نظری موجد آن، در عرصه روابط حقوق عمومی فهم نمود. ویژگی برجسته‌ای که حوزه حقوق عمومی را متمایز و متفاوت می‌کند، نابرابری اراده‌هاست<sup>۱۳</sup> موقعیتی نابرابر که اراده یک طرف بر طرف دیگر چیرگی داشته، و با تکیه بر عامل اجبار و اقتدار مشروع، امکان اتخاذ تصمیمات یکجانبه را به او می‌دهد که طرف دیگر، مکلف به اجرای آن است<sup>۱۴</sup> لذا به قواعدی نیاز است که از طرف ضعیف‌تر در برابر سوی قوی‌تر رابطه حمایت کند. اینچنین است که کارکرد اصلی حقوق عمومی - به عنوان مجموعه قواعد حقوقی حاکم بر رابطه‌ای نابرابر - در نحوه توزیع و صورتبندی قدرت و نیز تنظیم حدود و چگونگی اعمال آن جلوه‌گر می‌شود.<sup>۱۵</sup>

←

نک: بابایی مهر، «اصول و مبانی تفسیر در حقوق عمومی»، ص ۲۵۱.

۱۲. نک: گلدوزیان، حقوق جزای عمومی ایران، ج ۱، صص ۲۵ و ۲۶؛ محسنی، پیشین، فصل سوم.

۱۳. برخی نویسندگان تصریح کرده‌اند که «مبنای امتیاز قواعد حقوق عمومی بر حقوق خصوصی در این است که، دولت و سایر مؤسسه‌های عمومی با افراد مردم در یک موضع قرار ندارند.» نک: کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، ش ۷.

۱۴. قاضی، پیشین، ص ۸۷.

۱۵. این معیار تفکیک - که در دستگاه معرفت حقوق آلمان، تئوری حاکمیت (Subordination/Subjectation)

←

در واقع، بر خلاف حقوق خصوصی، در حقوق عمومی از آغاز اصل بر نابرابری طرفین استوار می‌شود تا آنجا که، برخی نویسندگان بر این باورند که در قلمرو حقوق عمومی، اساساً اعمال قدرت یکجانبه و برتری طلبانه مورد توجه بوده، مبانی تراضی و قرارداد آنچنان که در حقوق خصوصی مطرح است، وانهاده می‌شود.<sup>۱۶</sup> از این منظر، کارکرد حقوق عمومی در قیاس با حقوق خصوصی، تعیین چگونگی برقراری این رابطه میان دو سوی نابرابر آن و به یک تعبیر شاید بتوان گفت، تنظیم عادلانه یک نابرابری است.<sup>۱۷</sup>

از این منظر می‌توان گفت که، اگر جریان حقوق خصوصی اصولاً - و البته هر اصلی با استثنا همراه است - مبتنی بر مفهوم آزادی اراده و اباحه است<sup>۱۸</sup> و شأنیت قانونگذار، تقنین

←

نامیده شده - گاه مورد انتقاد قرار گرفته و گفته شده است که علاوه بر مبهم بودن و نیز عدم جامعیت آن، این تئوری در زمانه چیرگی گفتمان دموکراسی نمی‌تواند توضیح‌دهنده خوبی برای دستگاه دولت باشد. در مقابل از تئوری تعدیل شده حاکمیت (Modified Subject) دفاع شده است که ضمن پذیرش این امر که حاکمیت اصولاً در دست دولت منحصر و متمرکز است، همان تقریر اول را ارایه می‌دهد که حقوق عمومی در جایی پای به میدان می‌نهد که دولت در نقش حاکمیتی خود دست کم یک سوی رابطه باشد. (Dubber, "Criminal Law between Public Law and Private Law") با این حال به نظر نمی‌رسد این دو رویکرد - علی‌رغم اختلاف در مسیر استدلالی - در بنیان و نتیجه تفاوت چندانی داشته باشند. به همین دلیل است که نویسنده فوق در نهایت نتیجه می‌گیرد که از حیث عملی، در دکتترین حقوقی آلمان حقوق کیفری به عنوان یکی از شاخه‌های تخصصی حقوق عمومی در نظر گرفته می‌شود.

۱۶. قاضی، پیشین، صص ۸۷ و ۸۸؛ دو میشل و لالومی‌یر، حقوق عمومی، ص ۱۸.

۱۷. شایسته است یادآور شویم اینکه کارکرد اصلی حقوق در تنظیم و ساماندهی وضعیتی نابرابر ترسیم می‌گردد، به معنای این نیست که حقوق عمومی وضعیتی غیرمنصفانه و مبتنی بر ستم را تثبیت می‌کند. بلکه بالعکس؛ تمام تلاش حقوقی عمومی بر این است که این وضعیت نابرابر نتایج ظالمانه و غیرمنصفانه‌ای در پی نداشته باشد و شرایطی فراهم شود که حقوق و آزادی‌های مشروع شهروندان با قدرت عمومی لازم برای اداره امور جامعه هم‌نشین گردد. چه اینکه، می‌دانیم دولت و حکومت پدیده‌ای است که انسان به ضرورت به آن تن می‌دهد تا امور اجتماعی تمشیت گردد. در چنین شرایطی که نهادی دست بالاتر را دارد و از ابتدا، می‌پذیریم که دولت نماد قدرت برتر و فائقه در جامعه باشد که اراده عمومی را - برتر از اراده و خواست هر فرد دیگری از اجتماع - نمایندگی می‌کند و مشروعاً، زور و قوه قهریه لازم برای اجرای مدلول این اراده عمومی را در اختیار دولت قرار می‌دهیم؛ قواعد حقوق عمومی به میدان می‌آید تا تضمین می‌کند که حقوق و آزادی‌های شهروندان از گزند لجام‌گسیختگی این قدرت در امان‌اند. بنابراین، بخش مهمی از ادبیات حقوق عمومی، دایر مدار گفتمانی حق محور است که از حقوقی چون آزادی بیان، دسترسی به عدالت، مشارکت سیاسی و مانند آن سخن می‌گوید. حقوقی که در نهایت، و به طور مستقیم و غیرمستقیم مهاری بر قدرت دولت تلقی می‌شوند.

۱۸. همان، صص ۱۸ و ۱۹. در ارتباط با مفهوم اباحه در حقوق اسلام، نک: جعفری لنگرودی، مکتب‌های

←

سلبی و منفی و اعلام ممنوعیت‌هاست؛ و شهروندان آزادند که هر طور می‌خواهند رفتار کنند، مگر آنچه قانونگذار از آن منع کرده باشد؛ عرصه حقوق عمومی، گستره منع و ممنوعیت است و اصولاً اعمال قدرت عمومی روا نیست، مگر قانونگذار اجازه داده باشد. همین نابرابری اراده‌ها و ضرورت تحدید قدرت است که مفهوم حاکمیت قانون را در پیوند با اصل بنیادین دیگری یعنی اصل عدم صلاحیت به عنوان شالوده حقوق مدرن به طور عام و آموزه بنیادین حقوق عمومی به طور خاص طرح می‌کند. در این معنا مراد از حاکمیت قانون، تحدید اختیارات مقامات عمومی و انحصار اعمال اقتدار عمومی به موارد احصا شده در قانون است؛ به نحوی که رفتار حاکمان را در ارتباط با شهروندان پیش‌بینی‌پذیر نموده و از اعمال خودسرانه قدرت جلوگیری کند.<sup>۱۹</sup>

بدین ترتیب، تقنین در عرصه حقوق عمومی، به یک معنا، جنبه‌ای مثبت و ایجابی پیدا می‌کند. اصل، عدم ولایت بر دیگری است<sup>۲۰</sup> و اصولاً اراده هیچ‌کس، بر اراده طرف دیگر



حقوقی در حقوق اسلام، ص ۶۵ به بعد؛ در ارتباط با مفهوم آزادی اراده و مبانی آن، نک: محمدعلی موحد، در هوای حق و عدالت، ص ۲۳۰؛ کاتوزیان، کلیات حقوق، ش ۶۶ به بعد.

۱۹. برداشت شکلی از حاکمیت قانون، تأکید خود را بر شیوه‌ها و ساز و کارهای اعمال اقتدار قرار می‌دهد و فارغ از محتوای قوانین، با رویکردی فرآیند - محور، نظارت‌پذیری و «مطابقت اعمال حکومتی (اعم از قانونگذاران، قضات و مقامات اداری) با هنجارهای رویه‌ای» را مدلول اصل قانونی بو دن می‌داند. از این حیث گفته می‌شود که برداشت شکلی از حاکمیت قانون تأکید خود را بر خصایصی نظیر عام بودن، الزام‌آور بودن، وضوح، معطوف به آینده بودن، قطعیت و تعیین مرجع ذیصلاح قرار می‌دهند و قانونی را که فاقد ویژگی‌های پیش گفته باشد، اساساً قانون نمی‌داند. در مقابل، برداشت ماهوی از حاکمیت قانون به محتوای قانون نیز توجه دارد؛ لذا انطباق قانون با اهداف و مبانی ارزشی نظام حقوقی و توجه به معیارهای اخلاقی و انطباق با عدالت را در حاکمیت قانون شرط می‌داند. نک: مرکز مالگیری، حاکمیت قانون: مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها، صص ۵۷ و ۵۸ و نیز ص ۶۶ و بعد.

۲۰. اصل عدم ولایت - اگر نه در مبانی، دست‌کم در محتوا و دلالت - با اصل عدم صلاحیت پیوند و یگانگی دارد لیکن، در علوم انسانی و اجتماعی و از آن جمله حقوق وقتی از اصول کلی و تمایزبخش یک رشته سخن گفته می‌شود، حکم ناظر به موارد غالب بوده و موارد استثنایی از باب مثال نقض خللی در صحت حکم پدید نمی‌آورد. بنابر این، اینکه موارد اعمال اصل عدم ولایت در حقوق خصوصی نیز موجود است، منجر به نقض این حکم نمی‌شود که به عنوان یک کلیت اصل عدم صلاحیت از خصایص حقوق عمومی است. وانگهی، اعمال عدم ولایت در موردی نظیر ولایت بر صغار در حقوق خصوصی اساساً در سطحی متفاوت و از جنسی دیگر است. چه اینکه، صحبت از اعمال اراده یک فرد در امور فردی دیگر و (خصوصاً در مورد صغار و مجانین) در غیاب اراده معتبر قانونی اوست و البته، خبری هم از قوه قهریه است؛ حال آنکه، در حقوق عمومی، فرد مقام عمومی مطرح نیست؛ بلکه او به نمایندگی از اراده عمومی عمل می‌کند و اراده خود را به جانشینی اراده فرد وای بسا، برخلاف خواست و





ارجحیت و برتری ندارد، هرگاه از این اصل خروج می‌کنیم و با مصداقی روبه‌رو می‌شویم که در آن اراده برتر یکی بر دیگری اعمال می‌شود، در واقع شخص یا گروهی را از صلاحیت اعمال اقتدار عمومی برخوردار کرده‌ایم؛ صلاحیتی که اصل بر عدم آن است.<sup>۲۱</sup>

در این تعبیر، قواعد حقوق عمومی به میان می‌آید تا دو چیز را تعیین کند: نخست، نفس وجود صلاحیت و برخورداری از اقتدار عمومی؛ و دو دیگر، حدود و چگونگی اعمال آن. از همین روست که حقوق اساسی - به عنوان اصلی‌ترین شاخه حقوق عمومی - از یک سو «فن مربوط به اقتدار» و از سوی دیگر، «فن مربوط به آزادی» دانسته شده و در این باره گفته‌اند که «راهیابی متعادل به نظمی که آزادی‌های اساسی فرد و حقوق و صیانت‌های اولیه را در ارتباط با اقتدار دولت - که الزاماً وجود دارد و با پشتیبانی قوه قاهره به منصفه ظهور می‌رسد ولی، با مرزبندی قانونی و با حفظ حقوق فردی ادامه حیات می‌دهد - از نخستین اهداف و رسالت‌های حقوق اساسی است.»<sup>۲۲</sup>

در مورد حدود صلاحیت‌ها نیز ضوابط حقوق عمومی متفاوت است. در این قلمرو، اطلاق قواعدی چون «اذن در شیء اذن در لوازم آن است» کمرنگ می‌شود. در واقع، هر چند قاعده مزبور قاعده‌ای عقلی و منطقی است که شهود وجدانی به روشنی بر صحت آن گواهی می‌دهد؛ لیکن، امتداد دلالت آن تا جایی است که قاعده معارضی در کار نباشد و در عرصه حقوق عمومی، با استقرار اصل عدم صلاحیت این تراجم محقق است.<sup>۲۳</sup>



اراده او و عنداللزوم توأم با قهر و غلبه اعمال می‌کند.

۲۱. برای دیدن تفسیری تطبیقی از ارتباط اصل عدم ولایت در فقه و قاعده عدم صلاحیت در حقوق مدرن، نک: معرفت، «دیدگاه‌های فقهی جدید در حوزه عمومی»، صص ۳۵ و ۳۶؛ همچنین برای دیدن نقدی در اختلاف مبانی اصل عدم ولایت در فقه با اصل عدم صلاحیت در حقوق مدرن که ریشه اولی را در باور به حاکمیت خداوند و نفی ولایت غیر او و ریشه دومی را در باور به خودبنیادی انسان و اصالت آزادی او می‌داند؛ نک: سروش محلاتی، «اصل عدم ولایت»، صص ۶۳ - ۷۲.

۲۲. قاضی، پیشین، صص ۷۹ و ۸۰؛ همچنین برای دیدن جمع بندی خلاصه‌ای از نظرات مختلف در این رابطه، نک: پروین و احمدوند، «حقوق اساسی: فن قدرت یا فن آزادی؟ گفتاری در کارکردشناسی حقوق اساسی»، صص ۷۳ و بعد.

۲۳. در مورد نحوه اعمال این قاعده در حوزه حقوق عمومی به طور عام و حقوق کیفری به طور خاص به شکلی دیگر و با حفظ اقتدار و دلالت این قاعده نیز می‌توان استدلال کرد. بدین نحو که، اگر به استناد قاعده مزبور، با تأسیس صلاحیت برای یک مقام عمومی، تفویض اختیارات «لازمه» برای اجرای آن را نتیجه می‌گیریم؛ از این سو نیز تصریح به حقوق بنیادین شهروندان (فصل سوم قانون اساسی) و لزوم پاسداشت آن و منع تضییع آن به هر



چه، آنچنان که به درستی اشاره نموده‌اند «اصولاً محل اجرای این قاعده، حوزه حقوق خصوصی است که در آن اصل آزادی اراده حاکم است.»<sup>۲۴</sup> بر عکس، در حوزه عمومی هر صلاحیت و اختیاری نه تنها باید صراحتاً از سوی مقنن برقرار شده باشد بلکه، سازوکار اعمال آن نیز باید روشن و معین باشد.<sup>۲۵</sup> در حقیقت، جان کلام حکومت قانون، در صورتبندی رفتار کنشگران اجتماعی، به ویژه فرمانروایان و کارگزاران حکومت، در قالب «قانون» است؛ قانونی که اولاً برخاسته از اراده عمومی ملت است؛ و ثانیاً، اعمال و اجرای آن از سوی دستگاه قضایی بی طرف و مستقلی تحت نظارت قرار دارد.

همین مسأله است که موجب می‌شود که نویسندگان،<sup>۲۶</sup> رشته‌ای چون آیین دادرسی مدنی را - که شاید در نگاه اول، با حقوق خصوصی قرابت بیشتری دارد - زیر مجموعه حقوق عمومی قرار دهند. چرا که در آن، فرد در موقعیتی نابرابر در مقابل «دادگاه» قرار می‌گیرد که صاحب اقتدار عمومی است و این اقتدار را نسبت به فرد اعمال می‌کند.

و همچنین بر همین مبناست که نهادی چون کانون وکلای دادگستری - که تعیین می‌کند چه کسی و چگونه مجاز باشد که به شغل وکالت بپردازد و به تبع آن، ضوابط خاصی را بر افراد تحمیل می‌کند - علی‌رغم اینکه نهادی اصولاً غیردولتی است، باز هم شخص حقوقی موضوع حقوق عمومی محسوب می‌شود و برای تعیین حدود صلاحیت و عملکرد آن، لازم است که «قانون» به تصویب «نمایندگان مردم» برسد.

بازتاب اصل عدم صلاحیت را در معنایی که گفته شد می‌توان در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به روشنی یافت. اصل ۵۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ذیل فصل پنجم با عنوان «حق حاکمیت مردم و قوای ناشی از آن» قابل توجه است که اعلام داشته

←

بهبانه و عنوان (اصل نهم قانون اساسی)، لوازمی دارد که باید به آن ملتزم شد و تحدید اقتدارات عمومی و تصریح و تبیین حدود صلاحیت مقامات عمومی از جمله این لوازم است.

۲۴. خالقی، «تأملی بر انتشار تصویر چهره متهم در روزنامه‌ها»، ص ۱۸.

۲۵. با این حال، در هر مورد که احراز گردد اجرای مفاد قاعده مزبور با اصل عدم صلاحیت تزامنی پیدا نمی‌کند و در واقع، صلاحیتی بر موارد صلاحیت مقام عمومی افزوده نمی‌گردد و توسعه‌ای از حدود اختیارات مصرح قانونی صورت نمی‌گیرد، اشکالی در جریان قاعده در این حوزه نیز دیده نمی‌شود.

۲۶. کاتوزیان، پیشین، ش ۱۷؛ مقایسه شود با تبیین مضیق‌تری که برخی در مقام تخصصی‌تر شدن حقوق عمومی از آن ارائه کرده و شاخه‌های آن را محدود به اساسی، اداری و مالی و کار شمرده‌اند. نک: عمید زنجانی و محمدی، «منابع و مبانی حقوق عمومی در اسلام»، ص ۶.

است:

«حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست و هم او، انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است. هیچ‌کس نمی‌تواند این حق الهی را از انسان سلب کند یا در خدمت منافع خویش، فرد یا گروهی خاص قرار دهد و ملت این حق خداداد را از طرقی که در اصول بعد می‌آید اعمال می‌کند.»<sup>۲۷</sup>

این اصل متضمن چند مفهوم اساسی است: اولاً، مبنا و ریشه حق حاکمیت را الهی می‌داند - و از این منظر تا حدی از برخی از نظریات مدرن فاصله می‌گیرد - ثانیاً، این «حق الهی» را برای «ملت» ثابت می‌داند که، سرنوشت اجتماعی خویش را خود رقم بزند؛ و ثالثاً، اشاره می‌کند که ملت در «اجرا» و «اعمال» این امر، آزاد نیست بلکه، از «طریق» سازوکارهایی که در این «قانون» پیش‌بینی شده است، عمل می‌کند.

این قانون، سپس در ادامه سه شاخه اصلی اقتدار عمومی را در سه حوزه تقنین، اجرا و قضا مورد اشاره قرار داده و به ترتیب، در اصول ۵۸ تا ۶۱ قانون اساسی، یگانه مرجع صالح به اعمال هر یک را تعیین می‌نماید. صلاحیتی که اولاً به طور انحصاری در اختیار هر یک از قوای سه‌گانه قرار گرفته است و ثانیاً، هر یک از این قوا و نهادهای ذیل آنها، محدود به همان حدود معین شده هستند.<sup>۲۸</sup>

در این باره، انشای قانون اساسی در قیاس با متن پیش‌نویس نخستین<sup>۲۹</sup> این قانون جالب توجه می‌نماید. در متن پیش‌نویس (اصول ۱۸ تا ۲۰) آمده بود<sup>۳۰</sup>: «اعمال قوه مقننه با مجلس

۲۷. مقایسه شود با اصل ۲۶ متمم قانون اساسی مشروطه که مقرر می‌داشت: «قوای مملکت ناشی از ملت است. طریقه استعمال آن قوا را قانون اساسی معین می‌نماید.» همچنین مقایسه شود با: ماده ۳ اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۲۶ اوت ۱۷۸۹ فرانسه (ریشه هر حاکمیتی اساساً در ملت است...) و نیز بند ۳ ماده ۲۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر (اساس و منشأ قدرت حکومت اراده مردم است...). نک: قاضی، گفتارهایی در حقوق عمومی، ص ۲۲۷ به بعد.

۲۸. در این باره، نک: مهرپور، «محدوده صلاحیت نهادها در قانون اساسی و لزوم پایبندی به آن»، ص ۹ به بعد.

۲۹. منظور، پیش‌نویس اولیه‌ای است که توسط گروهی از حقوقدانان و سیاسیون از جمله آقایان ناصر میناچی، دکتر جعفری لنگرودی و دکتر ناصر کاتوزیان تدوین شده بود و در ابتدا مبنای کار مجلس خبرگان بود لیکن بعد، کنار گذاشته شده و پیش‌نویس دیگری که در همان مجلس فراهم شده بود، اساس تدوین قانون اساسی قرار گرفت.

۳۰. نقل از: کاتوزیان، از کجا آمده‌ام، آمدنم بهرچه بود؟ زندگی من، ص ۱۹۶.

شورای ملی»، اعمال قوه قضائیه «با دادگاه‌های دادگستری» و اعمال قوه مجریه «با رئیس جمهور» است. در تعبیری متفاوت - که قاعدتاً باید ظهور در تفاوت معنایی هم داشته باشد - در متن قانون اساسی فعلی (اصول ۵۸، ۶۰ و ۶۱) آمده است که اعمال این سه قوه، به ترتیب، «از طریق مجلس شورای اسلامی»، «از طریق رئیس جمهور و وزرا» و «به وسیله دادگاه‌های دادگستری» است. در واقع، حق حاکمیت ملی، که شاید به تسامح بتوان آن را تقریری دیگر از اراده عمومی (امری مستقل از اراده فرد، فرد شهروندان و مافوق آن) که به عنوان یک حق خداداد برای ملت ثابت است، یکسره یله و رها نیست؛ بلکه اولاً به سه شاخه اصلی تفکیک شده است و ثانیاً، در چارچوب و «از طریق» سازوکارهای پیش‌بینی شده در قانون اساسی (ولایت فقیه و قوای سه‌گانه) باید اعمال شود. این همه برای تأمین این هدف است که (۱) قدرت عمومی که برآیند تأسیس دولت - ملت بوده و در پی آن، در اختیار مقامات عمومی است، صورتبندی و توزیع شود و (۲) بخش‌های مختلف، مجزا و مستقل در مقام اعمال آن، هریک به واسطه بخشی دیگر، محدود و کنترل شود. در این معنا، نظریه تفکیک قوا مصداق بارزی از ایجاد و تدوین سازوکارهای دقیق و منفک‌شده برای جریان دادن و در عین حال، مهار کردن قدرت است.

توضیح این نکته شاید ضروری باشد که در اینجا، با رویکردی توصیفی در مقام تفسیر قانون و احراز نظر مقنن هستیم؛ و الا اساساً کاربرد تعبیر «حق» در خصوص حاکمیت با تردید روبه‌روست. در واقع، در چارچوب دولت - ملت مدرن، مسأله حاکمیت در مفهوم صلاحیت اعمال قدرتی فراتر از اراده فرد شهروندان؛ حق کسی تلقی نمی‌شود؛ بلکه، قدرت عمومی، ناشی از اراده عمومی، و به مثابه کارکرد و اختیاری صرفاً برای اداره امور جامعه و تأمین و پاسداشت حقوق شهروندان و تسهیل حیات آنها است. بدین ترتیب، تفکیک قوا به مانند یک نظام تقسیم کار فهم می‌شود که هدف آن تضمین عدم انباشت قدرت نزد یک نهاد و در عین حال، تدوین مسیرهای مجزایی برای اعمال قدرت است. در این معنا، تنظیم عبارت در پیش‌نویس قانون اساسی دقیق‌تر است که اعمال هر شاخه از قدرت عمومی را «با» دستگاه معینی می‌داند: آن دستگاه، مسؤول و متولی اعمال آن قدرت و آن اعمال قدرت، کارکرد یا کارویژه آن شاخه تلقی می‌شود. گو اینکه در پیش‌نویس قانون اساسی (اصل ۱۲) آمده بود: «حاکمیت ملی از آن همه مردم است و باید به نفع عموم مردم به کار رود و هیچ فرد یا گروهی نمی‌تواند آن را به خود اختصاص دهد» لازم به یادآوری است که نویسندگان مقاله حاضر، مدعی نیستند لزوماً نویسندگان پیش‌نویس، چنین تفسیر یا

تدوین‌گران قانون اساسی، چنان تقریری را مد نظر داشته‌اند؛ لیکن، دست‌کم تفسیر لفظی عبارات به کار رفته می‌تواند مؤید چنین برداشت‌هایی باشد. در این باره، رجوع به مشروح مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی (۱۳۵۸) می‌تواند مفید باشد. در مجموع، فحوای عباراتی که از سوی اعضای مجلس مزبور ابراز شده است، نیز مؤید برداشتی است که در متن فوق دیدیم.<sup>۳۱</sup>

بدین ترتیب، به نظر می‌رسد قانونگذار اساسی اعمال حاکمیت را در این چارچوب‌ها و طرق مشخص سازمان‌مند کرده، تأکید می‌نماید که اجرا و اعمال اقتدار عمومی، باید در قالب مسیرهای پیش‌گفته، و آن هم صرفاً در چارچوب ضوابط و سازوکارهایی که «قانون» معین می‌کند؛ صورت پذیرد. فراموش نکنیم که انحصار صلاحیت اعمال قدرت، نیازمند تصریح نیست؛ در واقع، بر مبنای منطقی که توضیح داده شد، اصولاً در هر موردی که صلاحیتی برای مرجعی پیش‌بینی می‌شود، این صلاحیت را باید انحصاری دانست، مگر تصریحی خلاف آن از سوی مقنن وارد شود. چرا که در حوزه حقوق عمومی، اصل بر عدم صلاحیت است. به بیان دیگر، به نظر می‌رسد این منطق، در تدوین قانون اساسی ایران نیز مد نظر قرار گرفته است که نخست، به مسأله وجود صلاحیت و اقتدار اشاره شده است و سپس، به طریق و شیوه اعمال آن تصریح شده است. این بدین معناست که بر این مبنا می‌توان تعیین نمود که مقام صاحب صلاحیت کیست و نیز از «چه طریقی» (و نه جز آن) می‌تواند صلاحیت خود را به اجرا گذارد.

از این منظر می‌توان گفت در منطق حقوق عمومی که از نظام حقوق اساسی ایران نیز پذیرفته شده است، اعمال حاکمیت در هر یک از شقوق سه‌گانه آن، فراتر از چارچوب، حدود و سازوکارهای پیش‌بینی‌شده در قانون اساسی با منطق حاکم بر نظام حقوق عمومی - که به نظر، در قانون اساسی ما نیز پذیرفته شده است - همخوان نیست.

از آنچه گفته شد، می‌توان چند نکته را نتیجه گرفت:

نخست - برای تشخیص اینکه آیا یک رابطه موضوع حقوق عمومی است، بیش از آنکه مهم باشد در یک رابطه لزوماً پای دولت در میان است یا نه؛ و پیش از آنکه به دنبال تشخیص قواعد حقوق عمومی بود؛ باید دید آیا مسأله اعمال اقتدار عمومی مطرح است یا

۳۱. برای دیدن فهرستی منظم از نظرات متفاوتی که در مجلس خبرگان قانون اساسی در این باره ابراز شده است، نک: ورعی، مبانی و مستندات قانون اساسی به روایت قانون‌گذار، صص ۳۵۳-۳۸۱.

خیر؟ آیا موضوع از موارد مواجهه دو اراده نابرابر است یا خیر؟ موضوع رابطه و ارتباط آن با «حوزه عمومی» و یا «قلمرو دولت» می‌تواند در دست یافتن به ملاکی روشن ما را یاری دهد.

دوم - بعد از آنکه یک رابطه موضوع حقوق عمومی تشخیص داده شد، باید دو اصل اساسی را بر آن حاکم دانست: اولاً، چون صلاحیت اعمال اقتدار عمومی یک امر استثنائی و خلاف اصل است که با حق‌ها و آزادی‌های فردی افراد (که در اصل نهم قانون اساسی، قویاً بر آن تأکید شده) مرتبط است و می‌تواند آنها را در خطر بیندازد؛ در تمام موارد، محتاج تصریح روشن و شفاف نص قانون بوده، توسعه آن با کمک تفسیرهای مختلف مردود و بلاوجه است و می‌تواند موجبات بروز سوءاستفاده، اقتدارگرایی و استبداد را فراهم سازد. ثانیاً، در هر مورد که صلاحیت اعمال اقتدار عمومی برای یک دستگاه یا مقام حقوق عمومی به رسمیت شناخته شده باشد، حدود و سازوکار اعمال آن، باید به روشنی تبیین شود. در واقع، کارکرد اصلی حقوق عمومی در تنظیم عادلانه موقعیت‌های نابرابر، خود را به شکل تعیین سازوکارهای اعمال اقتدار نشان می‌دهد. به همین خاطر است که در حوزه حقوق عمومی، صحت شکلی رفتار کنشگران به اندازه صحت رفتار از حیث ماهوی مهم و تأثیرگذار است و دقت، شفافیت و نیز عینی و ملموس بودن فرآیندهای حقوق عمومی ضروریست. این مسأله در فرآیندهایی چون انتخابات عیان است تا حتی فرآیندی نظیر تجدیدنظر در آراء؛ یک قرارداد حقوق خصوصی که با اراده باطنی افراد منطبق نبوده، همیشه قابل خدشه است ولی، رأی دادگاهی که از حیث شکلی، صحیحاً صادر شده، در مرحله فرجامی ابرام می‌شود<sup>۳۲</sup>؛ هرچند ماهیتاً محل خدشه باشد.<sup>۳۳</sup> قواعدی نظیر اعتبار امر مختومه و یا قطعیت دادرسی را نیز - علاوه بر ضرورت فصل خصومت و ممانعت از تشتت آرا و عدم اخلال در نظم امور - می‌توان از این زاویه نیز فهم نمود.

از سوی دیگر نباید از نظر دور داشت که قواعد حقوق عمومی، سلسله اصولی آمره و

۳۲. از این نظر، می‌توان مسأله اعاده دادرسی قابل انتقاد موضوع ماده ۱۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب (که البته در چند سال اخیر به درستی، رو به محدودتر شدن رفته) را مصداقی از نقض قاعده فوق شمرد.

۳۳. یادآور می‌شود که در اینجا دو اصل و شاخصه برجسته‌تر و «تمایزبخش» حقوق عمومی که بیش‌وکم مغفول مانده است مورد تأکید قرار گرفت؛ با این حال، فهرستی از اصولی را که در طبع حقوق عمومی نهفته است، می‌توان ترسیم کرد که بسی مطول‌تر و مبسوط‌تر از این خواهد بود. برای نمونه، نک: نوین، «تعریف و قلمرو حقوق عمومی»، صص ۱۴-۱۶؛ گرجی ازندریانی، مبانی حقوق عمومی، ص ۹۱ و بعد.

خداشه‌ناپذیرند که در بر فراز هرم حقوقی جای گرفته‌اند و با ماهیتی هنجاری، کلی و الزام‌آور خصوصاً در مقام ابهام و اجمال نصوص قانونی مرجع و ملجأ مفسر قانون‌اند.<sup>۳۴</sup> بدین ترتیب اصولی نظیر پابندی به حاکمیت قانون و توجه به اصل عدم صلاحیت، به شرحی که گفته شد در تفسیر مقررات حقوق عمومی ضرورت می‌یابد.<sup>۳۵</sup>

## ۲- حقوق کیفری ماهوی و اصل عدم صلاحیت

در رویکرد مدرن، حقوق جزا را از این حیث که اصولاً با اعمال فرآیندها و واکنش‌های کیفری علیه متهمان و مجرمان - به عنوان گروهی از شهروندان جامعه - همراه است، باید از شاخه‌های حقوق عمومی شمرد.<sup>۳۶</sup> پیش‌تر قبل دیدیم تفکیک دیرپای حقوق به دو شاخه عمومی و خصوصی که نسب به حقوق رم می‌برد، در حقوق امروز نیز همچنان معتبر است و در این میانه، حقوق کیفری زیرمجموعه حقوق عمومی قرار داده می‌شود.<sup>۳۷</sup> حقوق کیفری در معنای اخص (حقوق کیفری ماهوی) و نیز آیین دادرسی کیفری، تعیین می‌کند در چه مواردی، به چه شکل و میزانی، و چگونه و با چه فرآیندهایی، فرد مجرم شناخته شده، موضوع واکنش کیفری واقع می‌شود. بدین ترتیب، مصادیق قابل مطالعه از هر مورد را طی دو بند ذیل بررسی می‌کنیم.

مشهور است که حقوق جزا برای حمایت از نظم که قانونگذار (مطابق حقی که در قانون اساسی به او داده شده است) مستقر کرده و حفظ ارزش‌های حیاتی جامعه پا به میدان می‌گذارد و از این حیث، مصداق کاملاً روشنی از اعمال اقتدار عمومی است. مجرم برای اینکه سزای تعدی خود به نظم اجتماعی و تهدید ارزش‌های حیاتی جامعه را ببیند (رویکرد سزاگرایانه) و/یا برای آنکه بار دیگر با ارزش‌های اجتماعی آشتی کند و از نو، برای زیست در اجتماع خود مهیا شده، اصطلاحاً بازجامعه‌پذیر شود (رویکرد اصلاح‌گرایانه) و نیز گاهی برای

۳۴. گرجی، پیشین، ص ۲۰۶.

۳۵. بابایی مهر، پیشین، صص ۲۴۳ و ۲۴۴.

۳۶. صانعی، حقوق جزای عمومی، صص ۸۹ و ۹۰.

۳۷. این دستبندی از آغاز ورود حقوق مدرن به ایران، به تبعیت رویکرد آکادمیک حاکم بر حقوق اروپایی به ادبیات حقوقی ایران نیز راه یافته است. برای نمونه، میرزا حسن‌خان مشیرالملک در مقدمه دروس حقوق بین‌الملل که در ۱۳۱۷ هجری قمری در مدرسه سیاسی ارائه نموده، از «حقوق عمومی» و «حقوق شخصی» سخن می‌گوید و «حقوق جنایت» را ذیل اولی قرار می‌دهد (مشیرالملک، حقوق بین‌الملل، ج اول، ص ۱۷).

ترمیم خسارات بزه‌دیده و التیام آلام او و اجتماع، «مجازات» می‌شود. مجازات - در معنایی وسیع‌تر - واکنش کیفری علیه مجرم، مصداق روشنی است از اعمال اقتدار عمومی. بر این مبنا، رابطه بزه‌کار با دستگاه عدالت کیفری، نمونه‌ای روشن از یک رابطه حقوق عمومی است و تبعاً، حقوق جزا به عنوان شاخه‌ای از حقوق عمومی نمی‌تواند از اصول حاکم بر آن به دور باشد.

حقوق کیفری داعیه حفظ نظم عمومی دارد و اصولاً جرم را به عنوان عملی تعریف می‌کنند که اختلالی عمده در نظام اجتماعی پدید آورده و مجرم را کسی می‌دانند پنجه در پنجه «جامعه» - که دولت علی‌الادعا نماینده اوست - انداخته است.

از اصول پذیرفته‌شده حقوق کیفری، «ضرورت پیش‌بینی اعمال مجرمانه به وسیله قانون» و «حق انحصاری دولت در اعمال واکنش‌های قانونی» است<sup>۳۸</sup>؛ اولی ناشی از توجه به اصل عدم صلاحیت و در عین حال دغدغه تضمین حقوق و آزادی‌های فردی است و دومی را باید نشانی از حاکمیتی بودن امر جزایی تلقی نمود.<sup>۳۹</sup>

اصل بنیادین قانونی بودن جرم و مجازات، بازتابی از قاعده حاکمیت قانون در حقوق عمومی باید تحلیل نمود. از همین روست که اصل سی و ششم قانون اساسی، حکم به جرم و مجازات را فقط در صلاحیت دادگاه صالح و به موجب قانون می‌داند؛ چراکه، موارد اعمال اقتدار جزایی به عنوان مصداقی از اقتدار عمومی، باید منحصرأ مطابق تصریحات قانونی و در همان چارچوب‌های قانونی پیش‌بینی‌شده صورت بگیرد. اشاره به عبارت «دادگاه صالح» نیز از همین مورد خبر می‌دهد که مرجع اعمال این اقتدار نیز باید «صلاحیت» آن را داشته باشد. همچنین می‌توان گفت تأکید قانونگذار اساسی بر «صالح» بودن آن مرجع، تلویحاً اشاره‌ای است به این نکته که صلاحیت مرجع - و ای بسا، در تفسیری موسع، بتوان استفاده کرد که

۳۸. محسنی، دوره حقوق جزای عمومی، ج ۱، صص ۲۴ و ۲۵؛ و برای دیدن بحثی مستوفی درباره ریشه‌ها و مبانی اصل قانونی بودن، نک: همان، قسمت سوم، فصل اول.

۳۹. گو اینکه در مورد تعارض قوانین نیز تأکید شده است که چون حقوق جزا در پیوند با حاکمیت تعریف می‌شود، میان صلاحیت تقنینی و قضایی در این حوزه همواره ملازمه وجود دارد و هرجا دادگاه ملی صالح است، منحصرأ باید مقررات جزایی دولت متبوع خود را به اجرا گذارد. نک: خالقی، «مقدمه‌ای بر مطالعه اصول صلاحیت حاکم بر صلاحیت کیفری در حقوق جزای بین‌الملل». مقایسه کنید با وضعیت حقوق مدنی و آیین دادرسی مدنی که در اولی تعارض قوانین ایجاد می‌شود و دادگاه ملی ممکن است قانون خارجی را به اجرا بگذارد؛ لیکن در دومی، علی‌الاصول دادگاه ملی بر اساس قوانین داخلی عمل می‌کند و این خود دلیلی دیگر است بر عمومی بودن آیین دادرسی مدنی.



سازوکارهای اعمال اقتدار - باید به روشنی در قانون تبیین و تصریح شده باشد. (البته نگفته پیداست که این تحلیل، سایر مبانی فکری که برای این اصل بیان شده است - مانند تأمین امنیت قضایی مردم، احترام به حقوق فردی، ممانعت از بروز استبداد قضایی، احترام به اصل تفکیک قوا و حاکمیت قانون و ... - را نفی نمی‌کند.) این در حالی است که در موارد متعددی قانونگذار در تدوین قوانین عادی از این اصل عدول کرده است. عدم تعیین دقیق میزان مجازات در موارد گوناگون و یا انشای مواد قانونی به صورتی مبهم مصداق روشنی از این تخطی است<sup>۴۰</sup> که به نظر می‌رسد باید در سایه توجه به اصول حاکم بر حقوق عمومی تفسیر شوند. (هر چند، همچنان ضرورت اصلاح این قوانین پابرجاست.)

لازم است در اینجا به اختصار اشاراتی به وضعیت اصل مزبور در نظام حقوق اساسی ایران شود. اختلاف نظر در تفسیر اصل ۱۶۷ قانون اساسی و تزامم احتمالی آن با اصول ۳۶ و ۱۶۹ قانون اساسی از مواردی است که شاید از بدو تصویب قانون اساسی مورد توجه بوده و موجب ابراز نظرات متفاوت و متنوعی گردیده است.<sup>۴۱</sup> برخی اصل ۱۶۷ را منصرف از امور کیفری دانسته‌اند و با استدلال‌های مختلف - از جمله استدلال‌های لفظی نظیر حکومت اصل ۳۶ بر ۱۶۷ یا تخصیص ۱۶۷ توسط ۳۶، تمسک به تعهدات بین‌المللی دولت ایران در قالب اسناد بین‌المللی مانند میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶، استدلال به سابقه تاریخی تدوین و تصویب در مجلس خبرگان قانون اساسی و حتی تمسک به اصول ۴ و ۹۱ قانون اساسی (و انحصار مرجع حمایت از شرعی بودن مقررات در شورای نگهبان و عدم صلاحیت دستگاه قضا در این خصوص) - کوشیده‌اند نشان دهند که در امور کیفری اصل ۳۶ و ۱۶۹ مجراست و نوبت به اصل ۱۶۷ نرسیده، تأسیس عناوین کیفری و حکم به مجازات به استناد

۴۰. برای دیدن تحلیلی سودمند از این موارد، نک: نورپها، «اصلی منطقی و ناب، گرفتار مفاهیمی مملو از ابهام»، ص ۳۵ به بعد.

۴۱. برای دیدن برخی نظرات در مخالفت با تسری اصل ۱۶۷ به امور کیفری، نک: محقق داماد، قواعد فقه ۴: بخش جزایی، صص ۳۵-۴۰؛ حبیب زاده و توحیدی فرد، قانون مداری در قلمرو حقوق کیفری؛ هاشمی و کوشا، «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها»، صص ۶۹-۹۶؛ بشیریه، «پاسداشت حقوق اساسی در پرتو تعامل اصول ۳۶ و ۱۶۷ قانون اساسی»، صص ۱۴۵-۱۵۶. و برای دیدن برخی نظرات در موافقت با تسری اصل مزبور به امور کیفری، نک: حبیب‌زاده و قیاسی، «حدود اختیارات قاضی در مراجعه به منابع فقهی در امور کیفری»، صص ۳۳-۴۲؛ همچنین برخی اصل ۱۶۷ را اگر چه در امور کیفری هم مجرا شمرده‌اند لیکن، آن را ناکافی و نارسا دانسته، سازکارهای جایگزین نظیر شورای فتوا را پیشنهاد داده‌اند؛ نک: جباری، «فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی»، صص ۱۲۷-۱۳۷.

منابع فقهی جایز نیست. در مقابل، گروهی دیگر، با تمسک به منطوق اصل ۱۶۷ و عموم و اطلاق آن استدلال فوق را مردود شمرده‌اند و با توجه به اصل ۴ قانون اساسی که اطلاق و عموم تمام قوانین و مقررات از جمله قانون اساسی را مقید به حدود و احکام شرعی دانسته، معتقدند اصل ۳۶ و ۱۶۷ اساساً تعارضی ندارند و اصل ۳۶، ناظر به فرض وجود قانون و اصل ۱۶۷ فرض فقدان قوانین مدون است. بنابراین، به اقتضای حاکمیت موازین شرعی و به تبعیت از منطوق اصل ۱۶۷ و بنا بر مقتضای قواعدی چون «التعزیر لکل امر محرم» و «التعزیر بما یراه الحاکم»، قاضی در موارد سکوت یا اجمال قوانین کیفری باید به منابع معتبر شرعی یا فتاوی معتبر فقهی مراجعه و حسب مورد، حکم به جرم و مجازات نماید. در این میان، شورای نگهبان به عنوان مرجع رسمی و انحصاری تفسیر قانون اساسی (اصل ۹۸) با تأیید قوانین مختلف<sup>۴۲</sup> و بعضاً، نظام قضایی با صدور برخی آرا<sup>۴۳</sup> کراراً نشان داده‌اند که نظر دوم را ترجیح داده و درست می‌دانند.

در این راستا، در تفسیر مواردی مانند اصل ۱۶۷ قانون اساسی، باید منطوق قانون را در سایه اصول بنیادین حاکم بر حقوق جزا به عنوان زیرمجموعه‌ای از حقوق عمومی فهم نمود. ارجاع اصل ۱۶۷ به منابع فقهی معتبر و یا فتاوی معتبر و مشهور در فقه امامیه - همان‌گونه که به روشنی از ظاهر حصری اصل ۳۶ نیز فهمیده می‌شود و در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰) و مواد ۲ و ۱۱ قانون جدید مجازات اسلامی (۱۳۹۲) نیز به درستی تصریح شده است - هرگز نمی‌تواند در حوزه تعیین جرم و یا نوع و میزان مجازات باشد؛ بلکه، باید مدلول اصل ۱۶۷ را این دانست که قانونگذار در مقام تعیین مرجع برای موارد ابهام و اجمال قوانین کیفری «فقهی» (مانند حدود، دیات و ...) بوده است.

بر این اساس و با توجه به آنچه که تفصیلاً بیان شد، به نظر می‌توان پذیرفت که در نظام

۴۲. از جمله تصویب ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از آیین دادرسی کیفری (۱۳۶۱)، ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو (۱۳۶۸)، ماده ۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب (۱۳۷۳)، ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری (۱۳۷۸) و نیز به ویژه ماده ۲۲۰ قانون جدید مجازات اسلامی (۱۳۹۲) که مقرر داشته: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است، طبق اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی عمل می‌شود.»

۴۳. از جمله آرای وحدت رویه شماره ۴۵ مورخ ۱۳۶۵/۱۰/۲۵ و شماره ۷۳۷ مورخ ۱۳۹۳/۹/۱۱. همچنین می‌توان به برخی آرای محاکم تالی اشاره نمود که بعضاً به عنایینی حکم نموده‌اند که در قوانین مدون کشور نیامده است. با این حال، برخی آرا با دلالتی متفاوت نیز قابل ذکرند.

جمهوری اسلامی مجلس - که در معیت شورای نگهبان عمل می‌کند - به عنوان بازوی تقنینی نظامی عمل می‌کند که ولی فقیه در رأس آن قرار دارد؛ در حقیقت قوای سه‌گانه نظام که در اختیار ولی فقیه است «از طریق» سازوکارهای معین شده در قانون اساسی - و عندالافتضاء سایر قوانین و مقررات - اعمال می‌شود و نظارت عالی آن، بر عهده مقام رهبری است. لذا اگر اختیار تنظیم قواعد و مقررات حکومتی و از آن جمله، مقررات کیفری را برای ولی فقیه ثابت می‌دانیم، مجلس (و همچنین - لاقلاً بنا بر یک تفسیر - مجمع تشخیص مصلحت نظام) مجرا و سازوکار اعمال این اختیار است.<sup>۴۴</sup>

این استدلال ظاهراً با ذهن - دست کم برخی از - نویسندگان قانون اساسی نیز بیگانه نبوده است. آنچنان که مرحوم شهید بهشتی در پاسخ به اشکال آیت الله صافی که تصریح به استقلال قوه قضائیه را در بند ۱ اصل ۱۵۶ منافی بسط ید ولی فقیه می‌دانستند و معتقد بودند که ضوابط و حدود استقلال قاضی را ولی امر می‌تواند معین کند، به ظرافت بیان داشته‌اند که هدف از تدوین قانون اساسی ترسیم مسیرها و سازوکارهای اجرای اقتدارات حاکم مشروع است و بر این اساس، تصریح به این سازمان‌بندی نه تنها منافاتی با تأسیس آن صلاحیت ندارد بلکه، نحوه اعمال آن را شفاف می‌سازد.<sup>۴۵</sup>

۴۴. برخی نویسندگان با تفکیک میان حیثیت حکومتی و حیثیت شرعی احکام جرم‌انگاری و مجازات را مربوط به حیثیت حکومتی دانسته‌اند که هرچند در یک نظام اسلامی، مبانی و مصالح و آرمان‌هایی که مجموعه حکومت دنبال می‌کند، یکسره مبتنی بر آموزه‌های اسلامی است؛ اما هیچ‌یک از احکام بی‌واسطه جعل حکومت - که تابع اقتضات حکومتی است - حیثیت حکومتی (و اجرایی) نمی‌یابد. در این باره، نک: سیدحسینی تاشی، رابطه جرم و گناه، صص ۱۰۷-۱۴۹ و ۱۸۹-۲۱۱.

۴۵. مرحوم دکتر بهشتی در این جلسه می‌گوید: «آنچه اینجا به عنوان قانون اساسی می‌نویسیم در حقیقت استنباط و منظم کردن و فورموله کردن همان چیزهایی است که والی باید انجام بدهد یعنی اگر والی بخواهد قاضی‌اش مستقل بماند می‌گوییم که باید این کار را بکند در حقیقت بسیاری از مسائل قانون اساسی از همین قبیل است». (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ص ۱۵۷۳) تقریر صریح‌تر همین استدلال را چند جلسه بعدتر و در پاسخ به نگرانی جمعی از نمایندگان - که محدود شدن انتخاب رئیس دیوانعالی کشور و دادستان کشور را به گزینه‌های پیشنهادی از سوی اکثریت قضات، منافی نصب قاضی از سوی رهبر می‌دانستند - بیان می‌کنند: «مکرر صحبت شده که بسیاری از اصول قانون اساسی در حقیقت تعیین رویه ثابتی برای اعمال ولایت ولی است. عین این مسأله در مسأله پارلمان است. چون اگر تعیین نخست وزیر از حقوق والی است پس چرا باید اکثریت نمایندگان مجلس منتخب مردم رأی بدهند؟ همه اینها یک پاسخ دارد که بهترین راه اعمال ولایت والی آن است که جا بیفتد. چرا نمی‌خواهیم انتخاب والی با یک مقدماتی باشد که آن مقدمات نقش او را سنگین‌تر و مؤثرتر بکند» (همان، ص ۱۶۰۴).

گو اینکه در جریان تصویب بند ۴ از اصل ۱۵۶ و در دفاع از ضرورت افزودن قید «مدون» به «مقررات جزایی اسلام» نیز در همین راستا بیان شد که تدوین و تنسیق مقررات مربوط به حدود و تعزیرات در واقع از شاخه‌های اعمال اقتدار حاکمیت مشروع است که توسط بازوی تقنینی آن انجام می‌گیرد و این، با مقررات شریعت اسلامی در بسط ید قاضی تناقضی ندارد.<sup>۴۶</sup>

همچنین رئیس مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نیز در جریان تصویب اصل ۱۶۹ و در پاسخ به اشکال یکی از نمایندگان که «طبق این اصل تمام احکام اسلامی باید از مجرای مجلس شورای ملی بگذرد تا جنبه حجیت پیدا کند» پاسخ می‌دهد، ضرورت وضع آن را در نفی هرج و مرج و تشتت آراء و تلویحاً، حاکمیت و استقرار قانون بیان می‌کند.<sup>۴۷</sup>

بدین ترتیب، نمی‌توان گفت عباراتی نظیر آنچه در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ (مشابه عبارات ماده ۲ قانون مجازات اسلامی پیشین) آمده است،<sup>۴۸</sup> از باب «اثبات شیء نفی

۴۶. در این خصوص بیان مرحوم بهشتی در آن جلسه قابل توجه است: «وقتی ولی امر تعزیرات را تنظیم کند و حدود تعزیرات را مشخص کند، این دیگر از آن جاهاست که اعمال ولایت و مصادیق مسلم اعمال ولایت است [...] کاملاً بجاست که ولی امر تعزیرات را مشخص و مدون کند» همان، صص ۱۵۸۰ و ۱۵۸۱؛ در این جلسه، غالب نمایندگان حاضر (خصوصاً نفراتی که واجد تخصص حقوقی نیز بودند) از درج قید مدون دفاع نموده‌اند؛ از جمله آقایان منتظری، یزدی، خامنه‌ای (محمد) و گلزاده غفوری. مرحوم گلزاده غفوری که با توجه به دانش حقوقی خود به ضرورت مسأله واقف بود در جلسه تصویب اصل ۱۶۷ نیز با اشاره به نامه تنی چند از قضات کشور در خصوص درج صریح اصل قانونی بودن و اصل شخصی بودن مجازات؛ بر اهمیت موضوع تأکید نموده است. نک: همان، ص ۱۶۵۱.

۴۷. «هرج و مرج می‌خواهیم نباشد که هرکس بگوید این خلاف اسلام است، آن خلاف است. از یک مجرای که منتخبین ملتند زیر نظر فقیهی که ولایتش را قبول کردید، مجلس شورای ملی تمام قوانینی که می‌گذرد بر اساس شرع است [...] برای اینکه هرج و مرج نشود [...] فعل و ترک فعل وقتی که قانون وضع شده باشد، آن وقت می‌توانیم بگوییم مجرم قانون است و تعقیبش می‌کنیم.» همان، ص ۷۵۴. بر خلاف آنچه در برخی منابع نقل شده (ورعی، قانون اساسی در آیینة قانون‌گذار، ص ۹۶۷) ابعاد مختلف این اصل برای نمایندگان روشن نبوده و بحث در خصوص آن میان نمایندگان بالا می‌گیرد و حتی در رأی‌گیری نخست، در جلسه بیست و نهم رأی نمی‌آورد. با این حال، در نهایت، در بررسی مجدد اصل در جلسه شصت و یکم، اصل با همان انشاء و بدون مخالف و تنها با چهار رأی ممتنع تصویب می‌شود.

۴۸. این ماده مقرر می‌دارد: «هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم

محسوب می‌شود.»

ما عدا نمی‌کند» مفید حصر نیست؛<sup>۴۹</sup> بلکه فقط یکی از مصادیق و منابع جرم‌انگاری را بیان داشته، لذا سایر منابع - از جمله منابع غیرمدون فقهی که در قانون ذکر نشده - می‌توانند مبنای جرم دانستن یک عمل قرار گیرند.<sup>۵۰</sup>

در حقیقت، عمل جرم‌انگاری به عنوان یکی از مصادیق اعمال حاکمیت، عملی است ابتدائاً ممنوع؛ که منحصرأ در موارد معین که قانون تصریح نموده و فقط از طریق سازوکار عینی و قابل سنجش و نظارتی که در قانون اساسی پیش‌بینی شده (یعنی سازوکار قانونگذاری) قابل اعمال است.

از سوی دیگر، اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری نیز که به عنوان یکی از اصول پذیرفته شده در حقوق کیفری مد نظر قرار گرفته است، بی‌ارتباط با مبانی حقوق عمومی نیست. اختیار مقام عمومی، محدود است به حدود مصرح در قانون؛ لذا در مقام شک، باید به قدر متیقن اکتفا کرده، از توسعه آن، پرهیز نمود. این اصل دقیقاً با آنچه در حقوق اسلامی درباره اصل برائت و لزوم احتیاط در باب دماء و نفوس گفته شده است، هماهنگ می‌نماید. به بیان دیگر، از نتایج لزوم پایبندی به تصریحات مقنن، یکی همانست که از توسعه آن به ویژه در مواردی که با عرض و نفس و حیات دیگران در ارتباط است، پرهیز نمود. این مورد، در چارچوب مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ قانون جدید مجازات اسلامی (۱۳۹۲) در باب قاعده درأ بازتاب یافته است.

۴۹. چنین برداشتی را می‌توان در یکی از ایرادات شورای نگهبان به لایحه مجازات اسلامی دنبال نمود. ماده ۲ لایحه مزبور ابتدائاً بدین شکل تنظیم شده بود: «جرم فعل یا ترک فعلی است که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است و هیچ فعل یا ترک فعلی را نمی‌توان جرم دانست مگر آنکه در قانون برای آن مجازات در نظر گرفته شده باشد.» این امر با اشکال شورای نگهبان مواجه شد و شورا یادآور شد: «ماده ۲ از این جهت که فعل یا ترک فعلی را که شرعاً مجازات داشته باشد ولی قانون متعرض مجازات آن نشده، مستوجب مجازات نمی‌داند، خلاف موازین شرع شناخته شد. هرگاه این ماده به صورت متن سابق اصلاح شود، ایراد برطرف می‌گردد.» (نامه مورخ ۸۸/۱۰/۲۹ قائم مقام دبیر شورای نگهبان به رئیس مجلس شورای اسلامی - بند ۱) بدیهی است چنین برداشتی، مبتنی بر همان تفسیر مذکور در متن بالاست؛ حال آنکه این تفسیر با اصول حاکم بر حقوق عمومی سازگار نیست. ۵۰. در ماده ۲۲۰ قانون مذکور مقرر شده است «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل ۱۶۷ عمل می‌شود.» بدین ترتیب مقنن به صراحت اعمال و اجرای اصل ۱۶۷ در امور کیفری را پذیرفته است. پیش از این آیین نامه دادسرا و دادگاه ویژه روحانیت مقرر داشته است که «هر فعل یا ترک فعلی که مطابق قوانین موضوعه یا احکام شرعیه قابل مجازات یا مستلزم اقدامات تأمینی و تربیتی باشد» و نیز «اعمالی که عرفاً موجب هتک حیثیت روحانیت و انقلاب باشد» برای روحانیون جرم محسوب شده و در این مراجع رسیدگی می‌شود (ماده ۱۸) همچنین رسیدگی و «ارشاد» در «اعمال خلاف شأن روحانیون» در صلاحیت دادسرا و دادگاه ویژه روحانیت قرار دارد. (مواد ۳ و ۱۳). ابهام و غیرضابطه‌مند بودن این عبارات مشهود است.

### ۳- حقوق کیفری شکلی و اصل عدم صلاحیت

تقابل دوگانه قدرت‌گرایی و آزادی‌مداری حقوق عمومی شاید بیش از همه در اهداف دوگانه‌ای که برای آیین دادرسی کیفری ذکر کرده‌اند، خودنمایی کنند. «تأمین منافع افراد» و حمایت از حقوق و آزادی‌های فردی و تضمین حقوق دفاعی متهم از یک سو و، «حفظ مصالح اجتماع» و پاسداری از نظم عمومی از سوی دیگر به روشنی بازتابی است از پیوند حقوق عمومی و مقررات آیین دادرسی کیفری.<sup>۵۱</sup> در دعوی کیفری، ادعا می‌شود ارزش‌های حیاتی جامعه نقض شده و به همین اعتبار است که دعوی کیفری، دعوی عمومی نامیده می‌شود که «دادستان» به عنوان بخشی از دولت و به نمایندگی از جامعه در دادگاه حاضر می‌شود. گو اینکه هدف از تعقیب دعوی عمومی ناشی از جرم را که معنایی جز تعقیب کیفری متهم ندارد، «حفظ نظم و تأمین امنیت و آسایش اجتماع با اعمال مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی» دانسته و به همین اعتبار انجام این تکلیف را متوجه مقامات عمومی دادسرا کرده‌اند.<sup>۵۲</sup> از این حیث، همان معیار سنتی در تعریف حقوق عمومی، یعنی وجود رابطه‌ای میان شخص و دولت به شکلی کاملاً ملموس نمود می‌یابد و می‌توان مدعی بود که این امر رنگ حقوق عمومی به خود گرفته است.<sup>۵۳</sup>

تردیدی نیست که در دولت مدرن اعمال مجازات همواره به عنوان خصیصه‌ای انحصاری برای دولت ثابت دانسته شده است. تا آنجا که یکی از ویژگی‌های تمایزبخش مجازات از سایر ضمانت اجراها، اعمال آن از طریق سازوکار و سیستم معین قضایی عنوان شده است.<sup>۵۴</sup> این

۵۱. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، صص ۴۴ و ۴۵؛ خالقی، آیین دادرسی کیفری، صص ۷ و ۸.

۵۲. آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۱۳۵.

۵۳. هرچند در دعوی خصوصی نیز ممکن است دولت طرف دعوا (خواهان یا خوانده) واقع شود اما در این مقام، نگاهی که به شخص خصوصی می‌شود به دولت نیز بار خواهد شد. در واقع، این دولت است که با ورود به دعوی خصوصی تحت حکومت مقررات حوزه روابط خصوصی قرار می‌گیرد، نه اینکه ماهیت این دعوا قلب شود. (تفکیک نظام‌های دادرسی اداری و از دادرسی قضایی در حقوق کشورهای که تابع نظام رومی- ژرمنی هستند و حتی بعضاً در نظام‌های حقوقی دیگر نظیر انگلستان خود شاهدی است بر این مدعا که طبع این دعوی دگرگون شده است.)  
54. Hart, "Prolegomenon to the Principles of Punishment" pp. 4, 5.

برای دیدن تحلیل فقهی موضوع، نک: نوبهار، اصل قضایی بودن مجازات‌ها: تحلیل فقهی حق بر محاکمه عادلانه. در این اثر نویسنده یادآور می‌شود که دو معنا را می‌توان از اصل قضایی بودن استفاده نمود: نخست - مداخله مقام صلاحیتدار در تعیین مجازات و دوم - انحصار تعیین و اجرای مجازات در ید مقام قضایی صلاحیتدار و منع سایرین از اقدام به چنین عملی. نویسنده، این قواعد را در ارتباط با اصل عدم ولایت و عدم صلاحیت تفسیر

خصلت حقوق کیفری را به عنوان ویژگی آیینی و نهادی (procedural and institutional) آن ردی از عمومی بودن این رشته تلقی کرده‌اند.<sup>۵۵</sup>

نمونه‌ای روشن در این زمینه نحوه مواجهه با «می‌تواند»‌های متعددی است که در نصوص کیفری آمده است. در موارد متعددی قانونگذار اشاره می‌کند که «دادگاه می‌تواند...» در بیشتر موارد، نباید این تعبیر را (علی‌رغم ظهور لفظی آن) حمل بر «اختیار» و امکان دادرسی در «انتخاب» اجرای حکم قانون نمود. این تصریح به «می‌تواند» در غالب (و نه همه) موارد نه برای تأسیس یک اختیار، بلکه برای رفع و ملغی ساختن یک ممنوعیت است. در واقع، در این موارد، «می‌تواند» مصرح در مواد قانونی، در برابر «نمی‌تواند»ی است که اصل حاکم بر تمام حقوق عمومی و از جمله حقوق کیفری است؛ نه تصریح به اختیار مطلق و بی‌چون و چرای دادرسی. شاید از همین روست که برخی نویسندگان<sup>۵۶</sup> به فراست در تفسیر موادی مانند ماده ۲۲ قانون سابق مجازات اسلامی (۱۳۷۵)، تأکید کرده‌اند که اختیار دادگاه در تخفیف یا عدم تخفیف مجازات مطلق نیست. لذا دادرسی در اجرای این ماده، هرگاه شرایط تخفیف را احراز کند و مانعی در کار نباشد، مکلف به تخفیف در مجازات است و البته، هرگاه آن شرایط احراز نشود، از تخفیف ممنوع است.<sup>۵۷</sup>

در این رابطه قانون جدید مجازات اسلامی (۱۳۹۲) در ماده ۳۷ مقرر داشته است:

«در صورت وجود یک یا چند جهت از جهات تخفیف، دادگاه می‌تواند مجازات تعزیری را به نحوی که به حال متهم مناسب‌تر باشد به شرح ذیل تقلیل دهد یا تبدیل کند.»<sup>۵۸</sup>

←

می‌کند و معتقد است هر دو معنای اصل فوق مبتنی بر ادله شرعی، در فقه شیعه ثابت است (همان، صص ۱۸، ۱۹، ۴۲ و ۴۳).

55. Dubber, *op. cit.*, p. 9.

این نویسنده میان عمومی بودن (Publicness) حقوق کیفری و زیرمجموعه حقوق عمومی بودن (Public-lawness) آن تفکیک قائل می‌شود.

۵۶. آقای نیا، «تخفیف مجازات؛ سلطنت مطلق یا اختیار مقید»، ص ۳ به بعد.

۵۷. برای دیدن تفسیر مشابه در مورد صدر ماده ۱۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۲۹۰) و ماده ۱۳۲ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۷۸) که تعبیر «می‌تواند» نه را ناظر به اختیار مقام قضایی بلکه ناظر به جواز اقدام می‌داند و با حصول شرایط، مقام قضایی را مکلف به اخذ تأمین می‌شمارد؛ نک: آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۵، ص ۲۱۵ به بعد؛ به نظر در تفسیر ماده ۲۱۷ قانون جدید آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) نیز باید همین شیوه را در پیش گرفت.

۵۸. به نظر می‌رسد ماده ۳۹ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) نیز همین معنا را تقویت می‌کند که اختیار دادگاه در

←

از سایر مقررات مشابه در تعویق صدور حکم (ماده ۴۰)، تعلیق اجرای مجازات (ماده ۴۶)، نظام نیمه آزادی (ماده ۵۷)، آزادی مشروط (ماده ۵۸) و ... نیز باید همین تفسیر را ارائه نمود. از این حیث، انشای ماده ۶۸ قانون مزبور را که حکم به مجازات جایگزین حبس در جرایم غیر عمدی با مجازات زاید بر دو سال را «اختیاری» می‌داند، باید حمل بر مسامحه نمود.

در دیگر حوزه‌های فرآیند دادرسی کیفری نیز نشانه‌هایی از انعکاس این تفسیر به چشم می‌خورد؛ از جمله، می‌توان به تأکید برخی نویسندگان آیین دادرسی کیفری بر ممنوعیت انتشار تصاویر مجرمان و متهمان در فرآیند دادرسی اشاره نمود که به درستی در این باره گفته‌اند: «کافی نیست که قانون، به طور صریح، این اقدام را منع نکرده باشد تا جواز آن را نتیجه بگیریم، بلکه لازم است که قانون، به طور صریح، آن را اجازه داده باشد تا آن را امکان‌پذیر بدانیم، زیرا در مورد حدود اختیارات مقامات قضایی [و کلاً مقامات عمومی]، اصل اباحه جاری نبوده و اصل بر ممنوعیت هر اقدامی است که موجب لطمه به حقوق و آزادی‌های فردی گردد.»<sup>۵۹</sup> اینکه برخی نویسندگان<sup>۶۰</sup> به درستی اشاره کرده‌اند که تورم قوانین آیین دادرسی کیفری (دقیقاً بر خلاف قوانین جزایی ماهوی) نه تنها مذموم نیست بلکه، پسندیده و نشانه کارآمدی و دقت نظام عدالت کیفری است؛ از همین موضوع ناشی می‌شود که در یک نظام کیفری که با اصول حقوق عمومی منطبق است، فرآیندهای اجرای عدالت کیفری - به مثابه فرآیندهای اعمال اقتدار عمومی در برابر افراد - باید روشن و دقیق بوده، حتی‌الامکان از ابهام و اجمال به دور باشند. از همین روست که تأکید می‌شود از شاخصه‌های قانون کیفری مناسب، عبارات روشن، دقیق و حتی‌الامکان خالی از ابهام و اجمال است.

اصرار مؤکد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر ضرورت قانونی بودن فرآیندهای دستگیری، بازرسی، تفتیش و مانند آن به خوبی در اصول مختلف این قانون دیده می‌شود. از جمله: اصل ۲۲ در خصوص مصونیت «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص» از

←

مقام تخفیف مجازات مطلق نیست؛ و با احراز شرایط دادگاه مکلف به تخفیف است. این ماده مقرر می‌دارد: «در صورت وجود یک یا چند جهت از جهات تخفیف، دادگاه می‌تواند مجازات تعزیری را به نحوی که به حال متهم مناسب‌تر باشد به شرح ذیل تقلیل دهد یا تبدیل کند.»

۵۹. خالقی، آیین دادرسی کیفری، صص ۱۶۸ و ۱۶۹.

۶۰. همان، ص ۱۰.



هرگونه تعرض مگر در موارد مصرح در قانون؛ اصل ۲۵ در خصوص ممنوعیت بازرسی و مداخله در مکاتبات و مکالمات اشخاص؛ اصل ۳۲ در خصوص ممنوعیت دستگیری افراد جز در چارچوب مقرر قانونی؛ و نیز اصل ۳۷ در خصوص تأکید بر ضرورت رسیدگی به اتهامات در مرجع قضایی صاحب صلاحیت و در حدود موازین مقرر قانونی.<sup>۶۱</sup>

### نتیجه

حقوق عمومی در برابر حقوق خصوصی یکی از تقسیم‌بندی‌های آشنا در دانش حقوق را تشکیل می‌دهد. این تفکیک سنتی علی‌رغم تمام تحولاتی که در چند و چون آن در طول سالیان ظاهر شده است، همچنان می‌تواند معنادار و مفید باشد. تمیز این دو شاخه، نه بر مبنای اکتفا به مشخصات شکلی و سازمانی بلکه بر اساس دقت در موقعیت طرفین رابطه حقوقی ممکن می‌شود. حقوق عمومی، در یک معنا حقوق قدرت است و روابطی که در شمول قواعد آن قرار می‌گیرند، از مواردی هستند که طرفین رابطه در موقعیت برابری از حیث وضعیت اراده‌ها قرار ندارند. از قضا در حقوق عمومی، این نابرابری نه تنها نامطلوب نیست، بلکه از برخی زوایا اساساً خودخواسته و آگاهانه و بنا به ضرورت‌ها و مصالحی شکل گرفته است. با این حال، تمام تلاش و هدف نهایی حقوق عمومی و شاخه‌های مختلف آن همین است که در این میان بکوشد میان قدرت و آزادی سازگاری ایجاد کند. در یک نظام دموکراتیک برخورداری از قدرت عمومی که فراتر از اراده فرد شهروندان می‌ایستد، امری استثنائی است و کارویژه حقوق عمومی ممکن ساختن این همنشینی میان آزادی‌های شهروندان از یک‌سو، و اعمال اقتدار عمومی از سوی دیگر است. بدین ترتیب، اعمال قدرت عمومی در هر شکل با دو اصل عدم صلاحیت از یک‌سو و قاعده‌مندی در اجرا از سوی دیگر گره می‌خورد. بنابراین، پارچه لباس حکومت با دو تیغه اصل عدم صلاحیت (به معنای عدم برخورداری از قدرت عمومی) و قاعده سازوکارمندی اعمال اقتدار برش می‌خورد.

توجه به این تفکیک، خصوصاً در مقام تأسیس اصل برای اداره موارد مبهم و مجمل و مورد تردید راهگشاست. حقوق کیفری به عنوان زیرمجموعه حقوق عمومی، بازتابنده اصول و ویژگی‌های این شاخه حقوقی است. نتیجه منطقی این موضوع، لزوم توجه به این اصول و

۶۱ گو اینکه قوانین عادی نیز همین اهمیت را بازتاب داده‌اند. مقررات مواد ۱۸ و ۲۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری (۱۳۷۸) و مواد ۴۱ تا ۵۸ قانون جدید آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴) مصادیق روشنی از این موضوع است.

مبانی در تفسیر قواعد حقوق جزاست. مسأله اصلی در این میان توجه به این نکته است که در مقام اعمال و اجرای قواعد کیفری، از میان تفاسیر متفاوتی که ممکن است از قوانین (ظاهر باشد یا مجمل و مؤول) قابل ارائه است، باید تفسیری را برگزید که با مبانی و مبادی حقوق عمومی سازگارتر است.

در حقوق عمومی، اصل بر عدم صلاحیت است؛ در هر مورد، نه تنها اصل وجود صلاحیت اعمال اقتدار عمومی - که مجازات فرد اجلای آن است - بلکه حدود صلاحیت و مهم‌تر از آن، شیوه‌ها و سازوکارهای اجرای آن اختیارات و صلاحیت‌ها باید در قانون تبیین شود و در هر مورد که با شک روبه‌رو باشیم، اصل عدم صلاحیت، مبنای کمک‌کننده خواهد بود. در نتیجه، در رویارویی با موضوعاتی مانند قانونی بودن جرم و مجازات باید مبانی پیش‌گفته را در نظر داشت. بدین ترتیب، و به عنوان مثال، در داوری نهایی میان اصول ۳۶، ۱۶۷ و ۱۶۹ قانون اساسی نباید صرفاً به استدلال لفظی چنگ زد بلکه با دیدی گشوده‌تر، توجه به اقتضات بنیادین حقوق عمومی (به مثابه اصول پیشینی تفسیر در مواجهه با متن) را مد نظر قرار داد. آنچنان که در مورد حدود اختیار مقام قضایی نیز در موارد سکوت یا اجمال قانون - مانند مسأله انتشار تصویر متهم - نه فقط با ارجاع به نص یا عدم نص، بلکه با نگاه به فحوا و بستری که قانون در آن تقنین شده، تفسیر می‌شود.

## فهرست منابع

- آخوندی، محمود. آیین دادرسی کیفری، ج ۱، تهران: فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۵.
- آقای‌نیا، حسین. «تخفیف مجازات؛ سلطنت مطلق یا اختیار مقید»، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات تقدیمی به دکتر آشوری) به کوشش: علی حسین نجفی ابرندآبادی، چ ۳، تهران: سمت، ۱۳۸۹.
- بابایی مهر، علی. «اصول و مبانی تفسیر در حقوق عمومی»، مجله قانون و کلاهی دادگستری، ش ۲۱۲، ۱۳۹۰.
- پروین، خیراله و یاسر احمدوند. «حقوق اساسی: فن قدرت یا فن آزادی؟ گفتاری در کارکردشناسی حقوق اساسی»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، ش ۴، ۱۳۸۸.
- تهمورث بشیریه. «پاسداشت حقوق اساسی در پرتو تعامل اصول ۳۶ و ۱۶۷ قانون اساسی» مجله حقوقی دادگستری، ش ۶۲ و ۶۳، صص ۱۴۵-۱۵۶.
- جباری، مصطفی. «فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی»، فصلنامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره ۳۸، ش ۳، پاییز ۱۳۸۷، صص ۱۲۷-۱۳۷.
- جعفری تبار، حسن. فلسفه تفسیری حقوق، تهران: شرک سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، چ ۳، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر و جلال‌الدین قیاسی، «حدود اختیارات قاضی در مراجعه به منابع فقهی در امور کیفری»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، ش ۳۳، پاییز ۱۳۸۸، صص ۳۳-۴۲.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر و محمد توحیدی فرد، قانون‌مداری در قلمرو حقوق کیفری، تهران: دادگستر، ۱۳۸۶.
- خالقی، علی. آیین دادرسی کیفری، چ ۳، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸.
- خالقی، علی. «تأملی بر انتشار تصویر چهره متهم در روزنامه‌ها»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ش ۱۵، ۱۳۸۸.
- خالقی، علی. «مقدمه‌ای بر مطالعه اصول صلاحیت حاکم بر صلاحیت کیفری در حقوق جزای بین‌الملل» در: جستارهایی از حقوق جزای بین‌الملل، تهران: شهردانش، ۱۳۸۸.
- خدابخشی، عبدالله. تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۹.
- دو میشل، آندر و پی‌یر لالومی‌یر. حقوق عمومی، ترجمه ابوالفضل قاضی، تهران: دادگستر، ۱۳۷۶.
- راسخ، محمد. «پیشگفتار مترجم» در: تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، جانی کلی (مؤلف)، چ ۲، تهران: طرح نو، ۱۳۸۸.
- سروش محلاتی، محمد. «اصل عدم ولایت»، مجله علوم سیاسی دانشگاه باقرالعلوم (ع)، ش ۲۵، صص ۶۳-۷۲، ۱۳۸۳.
- سیدحسینی تاشی، سیدصادق. رابطه جرم و گناه، تهران: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۶.
- صادقی، محسن. اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، تهران: میزان، ۱۳۸۴.
- صانعی، پرویز. حقوق جزای عمومی، چ ۲، تهران: طرح نو، ۱۳۸۸.
- صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۳ جلد، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴.
- عراقی، عزت‌الله. حقوق کار (۱)، تهران: سمت، ۱۳۸۸.
- عمید زنجانی، عباسعلی و محمدعلی محمدی. «منابع و مبانی حقوق عمومی در اسلام»، اندیشه‌های حقوقی، س چهارم، ش یازدهم، ۱۳۸۵.

- قاضی، ابوالفضل. حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چ ۱۲، تهران: میزان، ۱۳۸۳.
- قاضی، ابوالفضل. گفتارهایی در حقوق عمومی، تهران: دادگستر، ۱۳۷۵.
- کاتوزیان، ناصر. از کجا آمده‌ام، آمدنم بهرچه بود؟ زندگی من، چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
- کاتوزیان، ناصر. کلیات حقوق: نظریه عمومی، چ ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲.
- کاتوزیان، ناصر. مبانی حقوق عمومی، چ ۳، تهران: میزان، ۱۳۸۶.
- کاتوزیان، ناصر. مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چ ۵۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶.
- گرچی ازندریانی، علی اکبر. مبانی حقوق عمومی، چ ۲، تهران: جنگل، ۱۳۸۹.
- گلدوزیان، ایرج. حقوق جزای عمومی ایران، ج ۱، چ ۱۰، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
- لاگین، مارتین. «نظریه مشروطه‌خواهی» ترجمه محمد راسخ، مجلس و پژوهش، س ۱۴، ش ۵۶، ۱۳۸۶.
- لاگین، مارتین. مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۸۸.
- محسنی، مرتضی. دوره حقوق جزای عمومی، ج ۱، چ ۳، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲.
- محقق داماد، مصطفی. قواعد فقه ۴: بخش جزایی، چ ۱۶ تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۹.
- محمود آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۵، تهران: مجد، ۱۳۸۴.
- مرکز مالگیری، احمد. حاکمیت قانون: مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۵.
- مشیرالملک، میرزا حسن خان، حقوق بین‌الملل، ج اول، تهران: دارالطباعة، ۱۳۱۷ هجری قمری.
- معرفت، هادی. «دیدگاه‌های فقهی جدید در حوزه عمومی»، فصلنامه حقوق عمومی، ش اول، ۱۳۸۵.
- موحد، محمدعلی. در هوای حق و عدالت، چ ۳، تهران: کارنامه، ۱۳۸۴.
- مهرپور، حسین. «محدوده صلاحیت نهادها در قانون اساسی و لزوم پایبندی به آن» مجله تحقیقات حقوقی، ش ۵۱، ۱۳۸۹.
- نوبهار، رحیم. اصل قضایی بودن مجازات‌ها: تحلیل فقهی حق بر محاکمه عادلانه، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۹.
- نوربها، رضا. «اصلی منطقی و ناب، گرفتار مفاهیمی مملو از ابهام»، مجله کانون وکلا، ش ۱۷۲، بهار ۱۳۸۰.
- نوبهار، پرویز. «تعریف و قلمرو حقوق عمومی»، ماهنامه قضاوت، ش ۶۰، ۱۳۸۸.
- ورعی، سیدجواد. مبانی و مستندات قانون اساسی به روایت قانونگذار، قم: انتشارات دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری، ۱۳۸۵.
- هاشمی، سیدحسین و جعفر کوشا، «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها»، مجله نامه مفید، ش ۲۶، تابستان ۱۳۸۰، صص ۶۹-۹۶.
- Hart, H.L.A. "Prolegomenon to the Principles of Punishment" in: *Punishment and Responsibility*, (John Gardner ed.) 2<sup>nd</sup> edition, New York: Oxford University Press, 2007.
- Le Seur, Andrew et al. *Principles of Public Law*, New York: Rutledge-Cavendish, 1999.
- Markus, Dubber. "Criminal Law between Public Law and Private Law", University of Toronto, Faculty of Law; available at: <http://ssrn.com/abstract=1499538>, 2009.
- Zoller, Elizabeth. *Introduction to Public Law: a Comparative Study*, Leiden: Mrtinus Nijhof, 2011.

## **The Effects of Presumption of Non-authority in Criminal Law in the light of Public Law Doctrines**

*Azadeh-Sadat Taheri (Ph.D.)*

Assistant Professor at University of Semnan, Email: azadetaheri@semnan.ac.ir

**&**

*Mohammad-Ali Rajab*

Ph.D. Student at University of Tehran, Email: ma.rajab1989@gmail.com

Following the usual dichotomy in law, criminal law can be categorized under the title of public law. This classification must reasonably be followed by some particular subsequences and advantages as well as being rooted in a reasonable basis - including the repercussion of publicness in criminal law. There are two particular characteristics governing on public law: first the principle of incompetence of public authorities and the necessity of the competence being nominated case by case; and the second, the requirement of precise clarification of mechanisms and procedures of applying public authority. The criminal law being a sub-section of public law must reduplicate both characteristics in compliance with which its rules and regulations should be interpreted. The present article is an attempt to represent and explain these qualifications.

**Keywords:** criminal law, incompetence, public authority, public law, jurisdiction, jurisprudence.

# Journal of CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

VOL. II, No. 2

2014-2

- **International Criminal Court and appropriate Law-Making Policy of Islamic Republic of Iran for Criminalizing Sexual Violence**  
*Zohreh Mousavifar (Ph.D.)*
- **Evolution of the Principle of Legality of Crime about Crime against Humanity in the light of Development of International Criminal Courts**  
*Mahdi Momeni (Ph.D.)*
- **The Effects of Presumption of Non-authority in Criminal Law in the light of Public Law Doctrines**  
*Azadeh-sadat Taheri (Ph.D.) & Mohammad-Ali Rajab*
- **Child Soldiers Recruitment in International Criminal Law**  
*Seyed Alireza Mirkamali (Ph.D.) & Sahar Pourhasan Ziveh*
- **Infringement of Trademark Rights: Waivable or non-Waivable Crime?**  
*Mohsen Sadeghi (Ph.D.)*
- **Implications of the Non-Reciprocity in the International Criminal Law**  
*Haleh Hosseini Akbarnezhad (Ph.D.)*



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law

Research & Study