

## اصل تناسب تأمین و جایگاه آن در نظام دادرسی کیفری ایران

محمدعلی رجب\*

### چکیده

صدور قرار تأمین کیفری یکی از اقدامات و اختیارات مقام قضایی در فرآیند رسیدگی کیفری و به ویژه در مرحله تحقیقات مقدماتی است. از الزامات حاکم بر تأمین کیفری، تناسب آن است. تناسب تأمین کیفری باید به مثابه یکی از راهکارها برای محدود و مهار کردن اعمال اقتدار عمومی در موارد غیرضروری سنجیده شود. جان کلام اصل تناسب این است که تأمین کیفری - مانند هر تصمیم و اقدام دیگری که از مقامات عمومی صادر می‌شود - باید محدود به مورد ضروری و صرفاً در حدود آن ضرورت بوده و از حد لازم برای تمهید هدفی که دنبال می‌کرده است، فراتر نرود. بنابراین، اگر هدف اصیل، تضمین حضور و دسترسی به متهم است، در هر مورد که می‌شود با توجه به شرایط و اوضاع و احوال خاص آن مورد، با اخذ تأمین سبک‌تر این هدف را برآورده نمود، باید به همان بسنده شود. این نوشتار، بسط مفهومی تناسب و ارتباط آن با دیگر اصول و قواعد حقوق عمومی را تحلیل می‌کند و سپس با مروری بر رویه تقنینی و قضایی برخی کشورها، تحلیل ضابطه‌های تناسب تأمین را در نظام دادرسی کیفری ایران مورد بحث قرار می‌دهد.

**کلیدواژه‌ها:** تأمین، تناسب، آیین دادرسی کیفری، دیوان اروپایی حقوق بشر.

شناسه دیجیتال (DOI): 10.22106/rlj.2017.26775

تأمین کیفری یکی از قرارهای تمهیدی است که برای تضمین حضور و دسترسی به متهم در تمام مراحل تحقیقات مقدماتی، رسیدگی و اجرای حکم، صادر می‌گردد.<sup>۱</sup> قرار تأمین در ماهیت خود، با تحدید حقوق و آزادی‌های متهم ملازمه دارد؛ تا آنجا که قرار تأمین اصلی را قرار بازداشت موقت دانسته و سایر قرارهای تأمین را جانشین‌های قرار بازداشت شمرده‌اند.<sup>۲</sup> از این رو، صدور قرار تأمین کیفری پیش از محکومیت قطعی برای متهم چالشی میان حقوق دفاعی متهم و آزادی شهروندان از یک سو، و پیشبرد اهداف نظام عدالت کیفری و تأمین فرآیند رسیدگی سریع و کارآمد از سوی دیگر است. اصل تناسب تأمین، راهکاری میانه برای حل این چالش است. به این معنا که هرچند اهداف موردنظر در رسیدگی کیفری - از جمله دسترسی به متهم برای به انجام رساندن تحقیقات به‌هنگام و جامع - اقتضا دارد که بخشی از آزادی‌های متهم تا حدی تحدید گردد، لیکن این محدودیت نباید حقوق و امنیت قضایی شهروندان را با تهدید جدی مواجه سازد؛ بلکه باید محدود به حدود ضرورت و متناسب با آن صادر گردد.

هرچند اصل تناسب تأمین کیفری از ابتدا مورد توجه قوانین و نظام حقوقی ایران قرار گرفته است، لیکن مفهوم، معیار، گستره و خصوصاً جایگاه آن در نظام حقوقی ایران چندان مورد کنکاش قرار نگرفته است. از این منظر مقاله حاضر برآن است تا نشان دهد از سویی، مفهوم، کارکرد و معیارهای اصل تناسب تأمین چیست و از سوی دیگر، زمینه‌های قانونی برای پذیرش و اجرای قاعده در نظام کیفری ایران، هم از حیث سابقه تاریخی در قوانین پیشین و هم از جهت قانون آیین دادرسی کیفری کدام است. بدین منظور، در بند نخست، ضمن بررسی دکترین حقوقی و اسناد بین‌المللی، به تبیین مفهوم و معیارهای اصل تناسب به طور کلی خواهیم پرداخت و در بند دوم، بازتاب تناسب تأمین در نظام حقوق کیفری ایران را بررسی خواهیم کرد.

## ۱. مفهوم و معیارهای اصل تناسب

در این بند ابتدا مفهوم تناسب در مورد تصمیمات و اقدامات مقامات عمومی را بررسی می‌کنیم و سپس، معیارهای ارائه‌شده برای ارزیابی و احراز تناسب را با نگاهی تطبیقی در دیگر نظام‌های حقوقی و خصوصاً رویه دیوان اروپایی حقوق بشر تحلیل می‌نماییم.

۱. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، چاپ سوم، تهران، شهر دانش، ۱۳۸۸، صص. ۱۸۹ و ۱۹۰.  
 ۲. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد ۲، چاپ دهم، تهران، سمت، ۱۳۸۸، صص. ۲۵۹ و ۲۶۴.

## ۱-۱. مفهوم تناسب

کانون تمرکز مفهوم تناسب، محدود کردن دامنه شدت و شمول اقدامات مقام عمومی است. به همین دلیل است که مفهوم تناسب از حقوق مخصصات مسلحانه<sup>۱</sup> تا مقررات ناظر به استفاده از زور در مواجهه با شورش‌های داخلی و قواعد حقوق کیفری (اعم از داخلی یا بین‌المللی) مطرح می‌شود.<sup>۲</sup> تذکر این‌که، تناسب یک اصل حقوقی است<sup>۳</sup> که در تمام مواردی که برخوردی میان یک قدرت و رای اراده فرد با حقوق و آزادی‌های مشروع فرد مطرح می‌شود، مورد توجه قرار می‌گیرد و به تبع آن حوزه، رنگ خاص آن را به خود می‌گیرد. با این حال، خاستگاه نظری اصل تناسب را باید در توصیف منشأ و مشروعیت قدرت سیاسی دید. در واقع، مبنای نظری اصل تناسب بیش از آنکه در نظریه کیفری و حتی نظریه حقوقی استوار گردد، ریشه در نظریه سیاسی دارد.<sup>۴</sup> به تبع آن، جایگاه اصل تناسب را باید در بخشی از حقوق جست که عهده‌دار تنظیم روابط نابرابر و اقتداری است؛ یعنی، حقوق عمومی. در عین حال، اصل تناسب مستقل از

۱. برای نمونه ر.ک: ژان ماری؛ و لوییس دوسوالد بک، حقوق بین‌المللی بشردوستانه عرفی، ترجمه دفتر امور بین‌الملل قوه قضاییه و کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، جلد ۱، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۹۱، صص. ۱۲۱ به بعد.
۲. Sullivan, Thomas; and Richard Frase, *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, New York, Oxford University Press, 2009, pp. 15-35.
۳. منظور از اصل حقوقی، هنجاری عام، کلی و بنیادین است که بر اساس مبانی یک نظام حقوقی و برگرفته از آن، چارچوب‌های کلی آن نظام را شکل می‌دهد و بر آن حکومت می‌کند و گاه خود منشأ وضع چندین قاعده حقوقی دیگر می‌شوند. قاعده حقوقی (Legal Rule) ناظر به هنجارهایی است که وضع شده و متضمن حکمی الزام‌آور (باید/نباید) است که دارای ضمانت اجرای معین است. قاعده حقوقی یا اجرا می‌شود یا نقض می‌شود. از حیث سلسله مراتب، فروتر از اصل می‌نشیند و در صورت تعارض، مغلوب آن می‌شود. در تعریفی دیگر، اصول کلی حقوقی، به معنای مفاهیمی تلقی شده‌اند که حاوی ارزش‌ها و معیارهای بنیادین یک نظام حقوقی است و قواعد تشکیل‌دهنده نظام حقوقی، حول محور این اصول شکل می‌گیرد. در این باره ر.ک: صادقی، محسن، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، تهران، میزان، ۱۳۸۴؛ بولانژه، ژان، «اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه» ترجمه علیرضا محمدزاده، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۶، بهار ۱۳۷۶.
۴. برای دیدن تحلیلی از تعامل نظریات سیاسی با حقوق کیفری ر.ک: Fletcher, George, *Political Theory and Criminal Law, Criminal Justice Ethics*, Vol. 25, 2006, pp. 18-38.  
اخیراً ترجمه فارسی این مقاله نیز منتشر شده است: فلچر، جورج، «نظریه سیاسی و حقوق کیفری»، ترجمه بهمن خدادادی و زینب‌السادات نوابی، در: اصل حداقل بودن حقوق جزا (مجموعه مقالات زیر نظر حسین غلامی)، تهران، میزان، ۱۳۹۳، صص. ۲۰۱ - ۱۳۹. سایر مقالات مندرج در این کتاب نیز در این زمینه قابل توجه است. در نظریه‌های سیاسی لیبرترین و لیبرال که فرد مرکزیت داشته، حفظ حقوق و آزادی عمل فردی اولویت و اصالت دارد، مداخله دولت به مثابه یک شر ضروری تصویر می‌گردد که دائماً محکوم به تفسیری حداقلی و استثنايي است. در مقابل می‌توان از نظریات جماعت‌گرایانه (communitarian) و کمال‌طلب (perfectionist) یاد کرد. همچنین ر.ک به: همپتن، جین، فلسفه سیاسی، ترجمه خشایار دیهیمی، تهران، طرح نو، ۱۳۸۹؛ امامی، حبیب، حقوق کیفری و فرمانروایی سیاسی، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۲، صص. ۸۳ - ۵۲.

مبنای سیاسی مورد نظر به مثابه یک نتیجه منطقی عقلی قابل استنتاج به نظر می‌رسد. در واقع، هرچند از حیث مبانی نظریات سیاسی مختلف، حدود اعمال اقتدار و مداخله حاکمیتی دولت می‌تواند بسیار متغیر و متفاوت باشد، این همه در یک نکته مشترک‌اند و یا دست کم نمی‌توانند از آن عدول کنند که مداخله دولت، هدفی را دنبال می‌کند و به هر روی، این مداخله باید با برآوردن این هدف «متناسب» باشد. در واقع، مسأله تناسب نتیجه منطقی اصل ضرورت است، چراکه مدلول اصل ضرورت در حوزه حقوق عمومی این است که اعمال قدرت عمومی، امری استثنایی و خلاف اصل است که مجاز نیست مگر در مورد ضرورت. یعنی جواز امر استثنایی تا جایی است که ضرورت موجب جواز آن استثنا، اجازه می‌دهد و این بیان، چیزی جز همان تناسب نیست. سابقه فقهی نیز با این استدلال اگر نه هم‌مبنا، دست کم همسو است. اصل بر عدم ولایت است. به بیان دیگر، اصل بر این است که اراده کسی بر دیگری ترجیح ندارد،<sup>۱</sup> لذا خروج از این اصل، امری استثنایی است که جز در مورد ضرورت استثنا، جایز نیست و بدیهی است که در استثنا باید به قدر متیقن و محل تصریح استثنا بسنده نمود و از حدودی که ضرورت اقتضا دارد، فراتر نرفت: الضروره لاتقدر الا بقدرها. به بیان دیگر، در تقریر فقهی این موضوع هرگاه احراز کردیم که امری استثنایی و ضروری است، حدود جواز آن امر ضروری تابع حدود ارتفاع ضرورت است و فراتر از آن غیرمجاز خواهد بود.<sup>۲</sup> در واقع، اصل تناسب در پیوند با سایر اصول حاکم بر حقوق عمومی، به ویژه اصل ضرورت، اصل عدم صلاحیت، اصل قانونیت و اصل لزوم رعایت تشریفات و بالاخره، اصل قابلیت اعتراض تصمیمات مقامات عمومی معنا می‌یابد.<sup>۳</sup>

۱. برای دیدن تقریرهای دیگر درباره محتوای اصل عدم ولایت و نقد و بررسی مبانی متفاوتی که در فقه شیعه ابراز شده است، ر.ک: سروش محلاتی، محمد، «اصل عدم ولایت»، مجله علوم سیاسی، دانشگاه باقرالعلوم، شماره ۲۵، بهار ۱۳۸۳، صص. ۷۲ - ۶۳. نویسنده مقاله اخیرالذکر معتقد است که برخلاف رویکرد آزادی‌محور بر مبنای انسان‌شناختی لیبرال، اصل عدم ولایت از حیث منطق کلام شیعی در اصل توحید و انحصار ولایت تکوینی و تشریحی به خداوند ریشه دارد (ر.ک: کدیور، محسن، حکومت ولایی، چاپ پنجم، تهران، نشر نی، ۱۳۷۸، صص. ۲۴۵ - ۲۴۲).

۲. در این باره لازم به یادآوری است که حتی اگر ریشه اصل عدم ولایت در مبانی فقهی و کلامی شیعه را تمکین به ولایت انحصاری و اختصاصی خداوند بدانیم، باز هم این مبنا دست کم از حیث نظری، منافاتی با این ندارد که بنابر جعل و تشریح خداوند، هر فرد را مالک و صاحب اختیار سرنوشت خود تلقی کنیم و از این منظر، اعمال ولایت غیر را بالاصاله، و نه بالعرض، ممنوع بدانیم. به نظر، ظاهر انشای اصل ۵۶ قانون اساسی نیز همین نگاه را بازتاب می‌دهد. ر.ک: ورعی، سیدجواد، مبانی و مستندات قانون اساسی به روایت قانون‌گذار، قم، انتشارات دبیرخانه مجلس خبرگان، ۱۳۸۵، صص. ۳۵۹ - ۳۵۱.

۳. مفاهیمی چون ضرورت تضمین قلمرو صلاحیت‌ها و مسأله بنیادین حاکمیت قانون یا دولت قانون‌مدار (دولت حقوقی) و به تبع آن، اصل مسئولیت مقامات عمومی از مفاهیم بنیادین و اصول کلیدی حقوق عمومی تلقی شده است که ضامن همزیستی حقوق و آزادی‌های شهروندان از یک سو و اقتدار سیاسی لازم برای اداره امور

## ۲-۱. معیارهای تناسب تأمین کیفری

بنابر آنچه گفته شد، اخذ تأمین کیفری اساساً یک اقدام مقام عمومی تلقی می‌شود و بر همین اساس، آنچه که در مورد تمام مقامات عمومی متصور است و در بالا به اختصار اشاره شد، در این خصوص نیز حاکم است؛ یعنی تحلیل عمل در چارچوب دو اصل ضرورت و تناسب. بنابراین می‌توان گزاره‌هایی کلی را در مورد نهاد تأمین کیفری مطرح نمود.

- منحصر است به موارد معین قانونی: صرفاً از سوی مقاماتی که قانون اجازه داده است.
- لزوماً باید در صورتی اخذ شود که ضرورت آن توسط مقام قضایی احراز گردد.
- می‌بایست با حدود ضرورت متناسب باشد و از آن میزان تجاوز نکرده، و متناسب با آن حداقل تضییق ممکن در حقوق و آزادی فرد مورد قرار را ایجاد نماید (در این معنا مفهوم تناسب نمی‌تواند بدون توجه به مفهوم ضرورت تبیین شود).
- با طی فرآیند قضایی شفاف و مقرر در قانون، اخذ و طی قرار مکتوب و قابل اعتراض به شخص مورد قرار، کتباً تفهیم و ابلاغ گردد.<sup>۱</sup>

در واقع، تأمین کیفری را نباید «استحقاق» مرتکب دانست. تأمین کیفری اساساً نهادی است برای تضمین منافع جامعه و به طور فرعی، حمایت از حقوق بزه‌دیده. بنابراین باید به عنوان نهادی تلقی شود که برای اداره امور جامعه و پیشبرد فرآیند کیفری، ضروری است و صرفاً در حدود این ضرورت و به نحو مضیق و استثنایی و طی تشریفات معین باید مورد استفاده قرار گیرد. به همین دلیل است که تناسب اصولاً مطابق قاعده توجه به جایگزین‌ها<sup>۲</sup> تفسیر شده است. یعنی در هر مورد باید توجه داشت که وقتی یک تصمیم مقام عمومی متناسب تلقی می‌شود که احراز شود به طور معقول جز با آن تصمیم، هدف مورد نظر محقق نمی‌شد. در واقع باید به طور مستدلی نشان داده شود که آن تصمیم «آخرین راهکار» بوده و جز با آن اقدام به شکل دیگری نمی‌شد هدف مطلوب را تأمین نمود. از این منظر، نکته کلیدی، برقراری تناسب میان گستره و

← جامعه از سوی دیگر است. رک: گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، مبانی حقوق عمومی، تهران، جنگل، ۱۳۸۸، صص. ۱۵۸ - ۱۲۸.

۱. برای نمونه بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در خصوص سلب آزادی شهروندان، که قرار بازداشت موقت می‌تواند یکی از مصادیق آن تلقی شود، بر لزوم «انطباق با فرآیندی که در قانون پیش‌بینی شده باشد» تأکید فراوان دارد. بندهای ۲ و ۳ ماده ۵ دقیقاً متوجه بازداشتی است که به ترتیب، به منظور تضمین اجرای حکم یا به منظور جلوگیری از فرار متهم انجام می‌شود. رک: آشوری، محمد، «مفاهیم و عدالت و انصاف از دیدگاه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر» در: حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۲، صص. ۲۹۳ به بعد.

2. Alternative-Means Proportionality; See: Cross, Noel, Criminal Law and Criminal Justice: an Introduction, London, Sage Pub, 2010, p. 40 .

شدت تأثیر اقدام مقام عمومی با اهدافی است که انتظار می‌رود آن اقدام تأمین نماید. گفته شد که هدف اصلی از اخذ تأمین، تضمین دسترسی به متهم است. با این حال، این امر خود هدفی میانی است که اهداف دورتری را دنبال می‌کند:

- دسترسی به متهم برای کشف واقعیت ضروری است. از سویی، تکمیل تحقیقات و کشف جرم، در غالب موارد با حضور و دسترسی به متهم مرتبط است و از سوی دیگر، در مواردی، عدم دسترسی به متهم می‌تواند موجب از میان رفتن سایر زمینه‌های کشف واقع شود. مواردی نظیر از میان بردن آثار جرم، ارباب و تهدید شکات یا شهود، فراهم کردن زمینه فرار سایر مرتکبان احتمالی و ...
  - دسترسی به متهم در برخی جرایم به جریان انداختن دادرسی ضرورت می‌یابد. در این موارد، رسیدگی غیابی<sup>۱</sup> ممنوع است و ناگزیر باید به متهم دسترسی داشته باشیم.
  - هدف نهایی از دسترسی به متهم، تضمین حفظ نظم و امنیت جامعه، اجرای مجازات و جبران خسارات بزه‌دیده است. در واقع، تمام تأمین‌هایی که اخذ می‌شود نهایتاً به این می‌اندیشد که مانع از حضور آزادانه شخصی در جامعه شود که برای نظم و امنیت جامعه مخل است؛ لیکن نکته اینجاست که پیش از رسیدگی کیفری و صدور حکم مبنی بر محکومیت قطعی شخص، چنین امری محرز نگردیده و لذا نباید شخص تحت تأمین کیفری را با دید شخص خطرناک تصور نمود. با این حال، بر کسی پوشیده نیست که دست کم در برخی موارد صدور قرار تأمین با توجه به حالت خطرناک متهم صورت می‌گیرد.
- در اینجا، رویه قضایی برخی کشورها و نیز برخی مراجع بین‌المللی در خصوص تناسب تأمین بررسی می‌شود.

### ۱-۲-۱. انگلستان و ایالات متحده

اصلاحیه هشتم قانون اساسی آمریکا تأمین «اضافی [غیرمتناسب]»<sup>۲</sup> را ممنوع کرده است. اصطلاح تأمین اضافی مندرج در اصلاحیه هشتم قانون اساسی، در رویه قضایی (Stack V. Boyle)<sup>۳</sup> عملاً مشابه آنچه در خصوص «آخرین راهکار» گفته شد،

۱. عدم امکان رسیدگی غیابی در ماده ۳۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مورد اشاره قرار گرفته است. همچنین تبصره ماده ۳۹۴ همین قانون تصریح دارد که رسیدگی غیابی در هر مورد مستلزم صدور و انتشار قرار رسیدگی غیابی است که قابل اعتراض است. امکان رسیدگی غیابی در ماده ۴۰۶ پیش‌بینی شده و فقط جرایم حق‌اللهی از رسیدگی غیابی مستثنا شده است. ماده ۱۷۴ نیز امکان رسیدگی غیابی را در مرحله تحقیقات مقدماتی به طور مطلق پیش‌بینی نموده است.

2. excessive bail

3. Sammaha, Joel, Criminal Procedure, 8th ed, Belmont, Wadsworth Pub, 2010, pp. 400-401 .

تفسیر شده است.<sup>۱</sup> برخی نویسندگان بر مبنای استقرا در آرای صادره در نظام کیفری ایالات متحده، برخی معیارها را برای احراز تناسب پیشنهاد داده‌اند:<sup>۲</sup>

- شدت جرم
- دلایل توجه اتهام،
- پیوندهای خانوادگی متهم، شغل، وضعیت مالی، شخصیت و وضعیت روانی
- مدت حضور متهم در جامعه
- سابقه کیفری
- درخواست متهم در خصوص تأمین.

در انگلستان نیز مطابق قانون سال ۱۹۷۶ (Bail Act)<sup>۳</sup> بازداشت متهم اصولاً استثنایی است و در مواردی قابل اعمال است که صور دیگر تأمین کافی نباشد. در این صورت دادگاه باید به نحو مستدلی نشان دهد که چرا سایر اشکال تأمین را نپذیرفته است.<sup>۴</sup> در واقع در این نگاه، نوعی حق بر اخذ وثیقه پیش‌بینی و طرح شده است.<sup>۵</sup> با این حال، نظام قرار تأمین در قانون عدالت کیفری (۲۰۰۳) تا حدی دستخوش تحول شده است.

#### ۲-۲-۱. رویه دیوان اروپایی حقوق بشر

در نظام اروپایی نیز قرارهای تأمین پیش از محکومیت و خصوصاً قرارهای منتهی به بازداشت متهم، از این حیث که با مدلول مواد ۵ (حق بر آزادی) و ۶ (حق بر دادرسی عادلانه) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در تناقض قرار می‌گیرند و حقوق و آزادی‌های متهم را از حیث «امری که در آینده ممکن است رخ دهد» و هنوز واقع نشده است، محدود می‌کند، مورد انتقاد قرار گرفته‌اند.<sup>۶</sup>

پرادل و همکارانش،<sup>۷</sup> با تأکید بر ریشه مفهوم تناسب در مفاهیم کلاسیک حقوق داخلی اعم از مدنی (مثلاً تعیین نفقه به تناسب نیازهای داین و توانایی مدیون) و یا کیفری (تناسب جرم و مجازات، تناسب تهاجم و دفاع در دفاع مشروع، تناسب مدت بازداشت موقت با اهمیت جرم و ضرورت تحقیقات)؛ می‌نویسند که هرچند قاعده تناسب

1. Sullivan, Thomas; and Richard Frase, Op. cit., p. 103.

2. Ibid, p. 401.

۳. در زبان انگلیسی اصولاً bail به معنای وثیقه و تضمینی است که با سپردن آن، متهم ضمن تضمین حضور خود در وقت مقرر در جریان رسیدگی از توقیف و بازداشت رهایی می‌یابد. این تضمین می‌تواند به صورت وجه التزام یا وثیقه و یا حتی کفالت باشد. بنابراین، دامنه شمول bail در زبان انگلیسی محدودتر از تعبیر «تأمین» در زبان فارسی است که ممکن است شامل توقیف فرد نیز بشود.

4. Cross, Noel, Op. Cit., p. 40.

۵. مشابه این نهاد در ماده ۵۱۵ قانون کیفری کانادا نیز دیده می‌شود.

6. Ibid, pp. 40-41.

۷. پرادل، ژان؛ و گرت کورستنز، حقوق کیفری شورای اروپا، ترجمه محمد آشوری، تهران، خرسندی، ۱۳۹۳، ص. ۴۱۰.

به تصریح در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ذکر نشده «لیکن دیوان اروپایی حقوق بشر در اغلب موارد و از برخی مواد کنوانسیون چنین مفهومی را استنتاج می‌کند.» یکی از معیارهایی که دیوان در موجه یا غیرموجه دانستن تصمیمات مراجع ملی لحاظ می‌کند، تناسب آن تصمیمات با ضرورت موجهه آن است. به بیان دیگر، «اعمال و به اجرا گذاشتن تدابیری که ... با لحاظ اوضاع و احوال موجود، از آنچه که ضروری است، فراتر نرود».<sup>۱</sup>

دیوان در دعوای زوبانی علیه ایتالیا (۱۹۹۶) معیار تناسب را چنین تعریف کرد که «باید دید آیا میان توقعات ناظر به حفظ منافع عمومی و ضرورت‌های مربوط به صیانت از حقوق فردی تعادل صحیحی برقرار شده است یا خیر».<sup>۲</sup> این توازن میان اهداف به‌ظاهر ناهم‌ساز در دیگر تصمیمات این دیوان نیز مورد تأکید قرار گرفته است. از جمله در پرونده گات علیه دولت مالت (۲۰۱۰) که «مقامات داخلی باید توازن منصفانه‌ای میان اهمیت اطاعت از دستور دادگاه در یک جامعه دموکراتیک و اهمیت حق بر آزادی شخصی برقرار نمایند».<sup>۳</sup> در این پرونده گات به دلیل عجز از پرداخت مبلغ وثیقه‌ای که برای وی صادر شده بود، روانه زندان شده بود و به دنبال آن، در اعتراض به این قرار، از حیث «نامتناسب و بیش از اندازه» بودن مدت حبس بدل از جزای نقدی نزد دیوان اروپایی طرح شکایت نموده بود و در این راستا، عدم تعیین سقف معینی برای موارد تبدیل جزای نقدی به حبس را از مصادیق مجازات نامتناسب و غیرانسانی قلمداد کرده بود.<sup>۴</sup> در این خصوص، دیوان، ضمن ارجاع به مواد ۳ و ۵ کنوانسیون اروپایی و ماده ۱ پروتکل ۴ الحاقی به آن، هرچند استدلال مدعی را (به دلیل عدم شدت لازم برای شمول عنوان شکنجه یا رفتار غیرانسانی) نپذیرفت،<sup>۵</sup> لیکن با ارزیابی موضوع تناسب به معیارهایی از قبیل هدف صدور قرار، امکان تبعیت از قرار و مدت بازداشت توجه کرده و دست آخر نتیجه گرفت انتظار تأمین مبلغ مورد قرار پس از این که مدت بازداشت خانگی آقای گات در اقامتگاهش نزدیک به پنج سال به طول انجامیده، انتظار نامتعارف و نامتناسبی است.<sup>۶</sup>

۱. همان، ص. ۴۰۵.

2. CEDH, 7 aout. 1996, Zubani c/ Italie, p. 50.

نقل شده در: پرادل و دیگران، پیشین، ص. ۴۱۰.

3. ECHR, Gatt V. Malta, Application no. 28221/08, 27 Jul 2010, para. 40.

۴. در این پرونده، آقای گات به اتهام قاچاق مواد مخدر تحت قرار صادره از دادگاه صلح مالت مکلف بوده که اقامتگاه خود را جز برای همراهی پسرش از خانه تا مدرسه و بالعکس ترک نکند. برای تضمین این قرار مبلغ ۲۳,۳۰۰ یورو وجه التزام تعیین گردیده بود که از این مبلغ، ۱,۱۶۵ یورو آن را شاکای در همان زمان تودیع کرده بوده است. به دلیل نقض دستور دادگاه، قرار فوق به اجرا گذاشته شد و دادگاه ضمن ضبط ودیعه، گات را به پرداخت مابقی محکوم نمود که با توجه به ناتوانی وی از تأدیه آن، طبق قوانین داخلی مالت، به نزدیک به ۲۰۰۰ روز حبس بدل از جزای نقدی (۱۱/۵ یورو برای هر روز) تبدیل شد.

5. Gatt V. Malta, Paras. 26-30.

۶. به علاوه دیوان استدلال نموده است که تعبیر مورد ۲ از شق ب بند ۱ ماده ۵، ناظر به «تضمین» اجرای تعهد از سوی مرتکب است و نه تنبیه پس از نقض تعهد. مضافاً اینکه، ایرادات دیگر از قبیل خروج از



دیوان در رأی اخیر خود علیه مالت اشعار می‌دارد که توازن میان شیوه تضمین اجرای یک تعهد و حق بر آزادی شخصی را بر اساس معیارهایی از قبیل «ماهیت تعهد مورد بحث با توجه به قانون منشأ آن تعهد و از جمله، اهدافی که آن قانون با ایجاد آن تعهد دنبال می‌کند، وضعیت شخص تحت بازداشت، اوضاع و احوال خاصی که منجر به توقیف شده و طول مدت توقیف» همگی باید مد نظر قرار گیرد.

### ۱-۲-۳. رویه دیوان کیفری بین‌المللی (ICC)

در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، در چند موضع مسأله تناسب مطرح شده است. از جمله ماده (C)(۱)۳۱ در خصوص دفاع مشروع و یا (a)(۲)۸۱ در مورد تناسب جرم و مجازات. بنابراین می‌توان گفت نفس اصل تناسب به طور کلی مورد پذیرش قرار گرفته است. برای نمونه، تصمیم ۱۴ دسامبر ۲۰۰۶ دیوان در قضیه لوبانگا به طور مشخص بند ۱ ماده ۶۸<sup>۱</sup> را مفید اصل تناسب می‌داند. بر این اساس، اقدامات حمایتی نسبت به بزه‌دیدگان یا شهود باید متناسب با ضرورت امر بوده و به همین تناسب، حقوق دفاعی متهم یا اقتضات و لوازم یک دادرسی منصفانه را محدود نماید. در همین ماده، در کنار تصریح به هدف (یعنی حمایت و تأمین امنیت و سلامت شهود و بزه‌دیدگان) معیارهای خاصی نیز برای احراز تناسب مورد اشاره قرار گرفته است؛ از قبیل سن، جنسیت، وضعیت سلامت و ماهیت جرم (خصوصاً در جرایم خشونت‌آمیز).

علاوه بر این، ماده ۵۸ اساسنامه، در خصوص دستگیری و بازداشت متهم قابل توجه است. بند ۱ این ماده صدور قرار را در جایی جایز می‌داند که اولاً دلایل و زمینه‌های معقولی برای توجه اتهام به متهم ارائه شود<sup>۲</sup> و ثانیاً، دستگیری متهم به دلایل

← شمول مورد سوم از شق ب بند ۱ ماده ۵ (ناظر به بازداشت موقت یا توقیف احتیاطی) نیز از سوی دیوان ذکر شده است.

See: Gatt V. Malta, paras 43-46.

۱. این ماده مقرر می‌دارد: «دادگاه برای تأمین امنیت، سلامت جسمانی و روانی، کرامت و حریم خصوصی بزه‌دیدگان و شهود اقدامات مناسبی را معمول می‌دارد. در این خصوص، دادگاه تمامی عوامل مرتبط از جمله سن، جنسیت مطابق تعریف ماده ۷، سلامتی، ماهیت جرم، خصوصاً جرایم متضمن خشونت جنسی یا جنسیتی یا خشونت علیه اطفال را مد نظر قرار می‌دهد. دادستان به‌ویژه در مراحل تحقیقات و تعقیب چنین جرایمی این اقدامات لازم را اتخاذ خواهد نمود. چنین اقداماتی نباید منافی یا ناسازگار با حقوق متهم و یا اقتضات دادرسی منصفانه باشد.»

۲. تذکر اینکه دیوان در جای دیگری در قضیه عمرالبشیر (پرونده سودان) تأکید می‌کند برای صدور قرار بازداشت، مراد از چنین زمینه‌های معقول و قرآینی بر ارتکاب بزه از سوی متهم، این نیست که تنها معنای قابل فهم ادله موجود، توجه اتهام به متهم باشد. بلکه کافی است که یکی از برداشت‌های معقول و قابل استنتاج از ادله و قراین موجود در پرونده، توجه اتهام به متهم باشد و همین مقدار کافی است تا دیوان اقتناع شود نسبت به صدور قرار اقدام نماید. ر.ک:

ICC, The Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir", No.: ICC-02/05/01/09-73, 3 Feb 2010, para. 39

ذیل ضروری باشد: «الف) تضمین حضور متهم در جریان دادرسی؛ ب) تضمین اینکه متهم مانع از تحقیقات نمی‌شود یا تحقیقات یا فرایند دادرسی را به مخاطره نمی‌افکند؛ ج) ممانعت از اینکه متهم به ارتکاب آن جرم یا جرایم مرتبطی که داخل در صلاحیت دیوان است یا جرایمی که از شرایط مشابه ناشی می‌شود، ادامه ندهد.»

در رأی دیگری در قضیه آقای لوبانگا (وضعیت جمهوری دموکراتیک کنگو) دیوان تلویحاً ارتباط اصل ضرورت و اصل تناسب را در مواردی که اتخاذ تصمیم به صلاحیت و اختیار مقام قضایی وانهاده شده، از جمله مورد قرار بازداشت پذیرفته‌است.<sup>۱</sup> شعبه تجدیدنظر دیوان در پاسخ به اشکال عدم رعایت اصول ضرورت و تناسب در اعطای آزادی موقت از بازداشت، استدلال کرده است که «از آنجا که اتخاذ تصمیم ذیل بند ۲ ماده ۶۰ فاقد ماهیت اختیاری است، هیچ دلیلی ندارد که دادگاه بدوی اصل ضرورت و اصل تناسب را به عنوان ملاحظات مستقلی در تصمیم خود مد نظر قرار دهد.» از این تعبیر دیوان چنین مستفاد می‌شود که اصل ضرورت و اصل تناسب، در جایی قابلیت اعمال می‌یابد که قانون‌گذار قواعد و مقررات اخصی پیش‌بینی ننموده باشد. مثلاً، شرایط و ملاک‌های صدور قرار بازداشت در ماده ۵۸ و ۶۰ اساسنامه پیش‌بینی شده است. بنابراین، آنچه برای صدور قرار باید توسط دیوان احراز گردد، تحقق یا عدم تحقق آن شرایط است. با این حال، باید در نظر داشت که تصریح دیوان به اینکه در چنین مواردی لازم نیست اصول فوق‌الذکر «بالاستقلال» مورد توجه قرار گیرد، نشان از آن دارد که دیوان رعایت این ضوابط را در ضمن قواعد و مقررات پیش‌بینی شده در قانون مفروض می‌گیرد. شعبه بدوی دیوان در یکی از آرای خود با شناسایی وضع محدودیت تماس در حین بازداشت به عنوان یک عمل استثنایی که حقوق متهم را محدود می‌کند، حاکمیت دو اصل ضرورت و تناسب را در خصوص موضوع مورد تأکید قرار داده است.<sup>۲</sup>

هم‌چنین در رأی دیگری تصریح کرده که هر اقدامی نافذ حقوق متهم باشد، باید در چارچوب مقررات و مستند به رعایت دو اصل تناسب و ضرورت اتخاذ شده باشد.<sup>۳</sup> به علاوه، دیوان همین مبنا را در آرای متعدد دیگر محاکم کیفری بین‌المللی مورد شناسایی قرار داده است. از جمله در رأیی از دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در قضیه فاتمیر لیماج<sup>۴</sup> که این دادگاه معیارهای رعایت تناسب را در خصوص

1. ICC, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo, 13 Feb 2007, No.: 01/04-01/06 (OA 7), para. 140.
2. ICC, Decision on the Application for Interim Release of Mathieu Ngujolo Chui, Trial Chamber I, No.: ICC-01/04-01/07-345, 27 Mar 2008, p. 10.
3. ICC, Decision on Revoking the prohibition of contact and communication between Germain Katanga and Mathieu Ngujolo Chui, No. ICC-01/04-01/07-322, 27 Mar 2008, p. 9.
4. Fatmir Limaj

اقدام مقام قضایی چنین احصا می‌نماید: «۱- مناسب باشد؛ ۲- ضروری باشد؛ ۳- شدت و دامنه آن در ارتباطی معقول با هدف مورد نظر از اتخاذ آن اقدام قرار گیرد.»<sup>۱</sup>

## ۲. اصل تناسب تأمین کیفری در ایران

در این بند ابتدا ویژگی‌های اصلی تأمین را در نظام کیفری ایران مطالعه می‌کنیم و سپس مسأله تناسب تأمین را به طور خاص مورد تحلیل قرار می‌دهیم.

### ۲-۱. تأمین کیفری در نظام حقوقی ایران

قرار تأمین کیفری در ایران از قرارهای اعدادی است که در جریان تحقیق و رسیدگی و به ویژه با هدف تضمین حضور و دسترسی به متهم توسط مقام قضایی ذی صلاح صادر می‌شود. هرچند انواع این قرار همگی ذیل عنوان قرار تأمین ذکر شده‌اند (ر.ک ماده ۱۳۲ قانون ۱۳۷۸ و ماده ۲۱۷ قانون ۱۳۹۲) لیکن در واقع، تمام انواع قرار تأمین جانشین قرار بازداشت هستند. قانون جدید آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) برای تبیین و شفاف‌سازی ابهامات پیشین گام‌های مهمی برداشته است؛ از جمله اینکه، صلاحیت انحصاری و غیر قابل تفویض مقام قضایی را در صدور قرار تأمین مورد تصریح قرار داده است و در عین حال، آن را مقید به رعایت مقررات قانونی نموده است. قانون مزبور مشحون از مواردی است که ضرورت متناسب بودن تأمین مأخوذه تصریح شده است. از سوی دیگر، عبارات مورد استفاده مقنن (از جمله اشاره به ضرورت «تفهیم اتهام» پیش از صدور قرار تأمین) نشان می‌دهد که این قرار صرفاً به صورت حضوری صادر و به متهم ابلاغ می‌شود.<sup>۲</sup> علاوه بر این محدودیت‌ها، تأکید بر مستدل بودن قرار، و نیز اینکه صدور آن تنها علیه «متهم» و نه مظنون و پس از تفهیم اتهام و احراز دلایل کافی جهت توجه اتهام به وی، امکان دارد، خود محدودیت مهمی است که باید مورد توجه قرار گیرد. متهم یعنی کسی که پس از تحقیقات اولیه، قرائن و زمینه‌های معقولی برای توجه اتهام به وی یافت شده و لذا می‌توان او را مورد تفهیم اتهام قرار داد و متهم خواند.

قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ صرفاً به قرارهای تأمین معمول بسنده نکرده و از قرارهای دیگری به نام «نظارت قضایی» نیز نام برده است. این قرارها نیز هرچند

1. ICTY, The Prosecutor v. Fatmir Limaj, Descision on Fatmir Limaj's Request for provisional Release, paras. 13; cited in: Ibid, note 25.

۲. موضوع در خصوص قرار منع خروج از کشور متفاوت است و در برخی موارد این قرار ناظر به صورت غیابی صادر می‌شود. تفکیکی که مقنن در ماده ۱۳۳ سابق داشت، این موضوع را تقریباً روشن می‌کرد اما در ماده ۲۴۷ فعلی ممنوعیت خروج از کشور در ردیف سایر قرارهای نظارت قضایی آمده و از این حیث منوط به حضور متهم و تفهیم اتهام به او است، مگر اینکه در چارچوب ماده ۱۸۸ صادر شود. ر.ک: خالقی، علی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، تهران، شهردانش، ۱۳۹۳، ص. ۲۱۸.

آزادی آمد و شد متهم را در معنای اخص سلب نمی‌کند لیکن با وضع تحدیدات و تزییقاتی برای برخی آزادی‌های علی‌الاصول مشروع متهم، از جمله آزادی تردد با وسایل نقلیه، آزادی اشتغال، آزادی تردد به خارج از کشور و ... همراه است (مواد ۱۸۸ و ۲۴۷). بدین ترتیب، روشن است که این نوع قرار نیز ویژگی‌های پایه‌ای قرار تأمین کیفری را دارد. با این حال، به نظر می‌رسد هدف از اخذ آن نه لزوماً تضمین حضور و دسترسی به متهم بلکه، بیشتر تسهیل اعمال «نظارت قضایی» بر وی و بازداشتن وی از مبادرت به رفتارهایی است که می‌تواند حسب مورد نتایج زیانباری را در پی داشته باشد. خوب است همین‌جا اشاره کنیم که از حیث مسأله تناسب، علی‌رغم اختلاف قرارهای تأمین و نظارت قضایی از حیث کارکرد و هدف، به نظر اشتراک در ویژگی‌های اساسی با قرار تأمین، مقنن را بر آن داشته تا لزوم رعایت تناسب را در خصوص این نوع از قرارهای قضایی برقرار بدارد و از این حیث، قرار تأمین و قرار نظارت قضایی را یکسان مورد حکم قرار دهد (ماده ۲۵۰). بنابراین، انحصار صلاحیت مرجع قضایی، امکان صدور در مرحله تحقیقات مقدماتی، ضرورت کتبی بودن و ابلاغ شدن به متهم و بالاخره، قابلیت اعتراض از ویژگی‌های کلیدی قرارهای تأمین در نظام کیفری ایران است. بر این فهرست باید ویژگی بسیار مهم متناسب بودن را نیز افزود که شرح آن را در بند بعدی دنبال می‌کنیم.

## ۲-۲. تناسب تأمین در حقوق کیفری ایران

با توضیحاتی که در گفتار پیشین داده شد دیدیم که مفهوم تناسب تأمین جز در پیوند با اهدافی که برای آن ترسیم می‌شود، نمی‌تواند معنا شود. لذا باید ببینیم قانون‌گذار خود از وضع این قرار چه اهدافی را دنبال کرده است. سپس، مصادیق معیارهای منظور مقنن را بررسی می‌کنیم و بالاخره، ضمانت اجرای عدم رعایت تناسب را مطالعه خواهیم کرد.

### ۲-۲-۱. هدف مقنن از تأمین کیفری

در این خصوص، نخست مسأله ضرورت و هدف موجه کلی مورد نظر مقنن باید بررسی شود. از یاد نباید برد که هدف دشوار آیین دادرسی کیفری سازگار کردن و برقراری تعادل و توازن میان تأمین و حفظ نظم و آسایش و امنیت عمومی از یک سو و پاسداشت حقوق و آزادی‌های مشروع شهروندان از سوی دیگر است. بدین ترتیب، فرآیند کشف جرم، تعقیب مظنونان و متهمان، تحقیق در جرایم و در نهایت، رسیدگی به جرایم و عندالاقضاء، صدور و اجرای حکم به مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی؛ به عنوان بخش اعظم مقررات آیین دادرسی کیفری به تمامی در سایه تعقیب این هر دو

هدف در عرض یکدیگر قرار می‌گیرد. طرفه اینکه در ماده ۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ «رعایت حقوق متهم، بزه‌دیده و جامعه» به عنوان یکی از اهداف یا کارکردهای آیین دادرسی کیفری ذکر شده است. این مهم نشان می‌دهد که مقنن نیز به روشنی، برقراری تعادل میان دو کفه ترازو را در نظر داشته است.

صدر ماده ۱۳۲ قانون ۱۳۷۸ بیان می‌داشت که قرار تأمین «به منظور دسترسی به متهم و حضور به موقع وی، در موارد لزوم و جلوگیری از فرار یا پنهان شدن یا تبانی با دیگری» صادر می‌شود<sup>۱</sup> و در ماده ۲۱۷ قانون ۱۳۹۲ می‌خوانیم «به منظور دسترسی به متهم و حضور به موقع وی، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او و تضمین حقوق بزه‌دیده برای جبران ضرر وی»<sup>۲</sup> مقام قضایی حسب مورد نسبت به صدور قرار تأمین اقدام می‌نماید. برخی نویسندگان این موارد را «جهت اخذ تأمین» نامیده‌اند و موارد مذکور در ماده ۱۳۴ قانون ۱۳۷۸ را معیارهای تناسب می‌دانند.<sup>۳</sup> بنابراین می‌توان گفت که اصلی‌ترین هدفی که مقنن از وضع قرارهای تأمین دنبال می‌کند، حصول اطمینان از دسترسی به موقع و مؤثر به متهم در روند تحقیقات و در نهایت، تضمین حضور وی در عندالاقضاء، فرآیند رسیدگی و حسب مورد، اجرای مجازات<sup>۴</sup> است.

## ۲-۲-۲. معیارهای تناسب در قانون ایران

قانون‌گذار ایرانی اصولاً معیارهایی کلی برای تناسب تأمین به دست داده است. ماده ۲۵۰ قانون «نوع و اهمیت جرم، شدت مجازات، ادله و اسباب اتهام، احتمال فرار یا مخفی شدن متهم و از بین رفتن آثار جرم، سابقه متهم، وضعیت روحی و جسمی، سن، جنس، شخصیت و حیثیت او» را مورد اشاره قرار داده است. با توجه به تفکیک میان «نوع و اهمیت جرم» و «شدت مجازات» می‌توان فهمید که اولی ناظر به قبح اجتماعی و آثاری است که رفتار مجرمانه در پی داشته است که لزوماً با شدت مجازات سنجیده نمی‌شود.<sup>۵</sup> سایر موارد مورد اشاره، چندان با ابهام روبرو نیست و ضرورت توجه به آن در اصدار قرار متناسب روشن به نظر می‌رسد، چه اینکه هر یک از این عوامل منطقی می‌تواند در احتمال حضور متهم در فرآیند رسیدگی کیفری و یا فرار و فریبکاری او مؤثر باشد.

۱. در ماده ۱۲۹ قانون ۱۲۹۰ فقط به «جلوگیری از فرار یا پنهان شدن متهم» اشاره شده بود. به علاوه، امکان منع خروج متهم از حوزه قضایی معین در ماده ۱۲۸ و تبصره ۱ ماده ۱۲۹ همان قانون پیش‌بینی شده بود.  
۲. حذف قید «تبانی با دیگری» در ماده ۲۱۷ اقدام معقولی به نظر می‌رسد؛ چون تنها قرارهایی که می‌تواند چنین کارکردی داشته باشد قرار بازداشت موقت است که وجه مربوط به آن به درستی در جای خود و ذیل بند الف ماده ۲۳۸ آمده است.

۳. آخوندی، محمود، منبع پیشین، صص. ۱۳۷، ۱۳۸ و ۲۱۹.

۴. برای نمونه، ر.ک. مواد ۵۰۷، ۵۰۸ و ۵۲۰.

۵. خالقی، علی، منبع پیشین، ص. ۲۲۰.

در این میان، ادله و اسباب اتهام تنها موردی است که به شخص متهم مربوط نیست. لیکن ظاهراً در نظر مقنن هر چه اسباب توجه اتهام به متهم قوی‌تر باشد، باید قرار صادره شدیدتر و سنگین‌تر باشد. به نظر می‌رسد که این معیار می‌تواند محل نقد قرار گیرد، چراکه یا ادله توجه اتهام به میزان کافی موجود است، که در این صورت بنا بر صدر ماده ۲۱۷ می‌تواند در جمع با سایر شرایط مجوز صدور قرار تأمین باشد و یا چنین ادله‌ای به حد کفایت در کار نیست؛ که در این صورت صدور قرار نیز وجهی ندارد. از این حیث، شدت و خفت ادله و خصوصاً تأثیر آن در تناسب نوع تأمین مأخوذه معنای محصلی نمی‌تواند داشته باشد، مگر اینکه چنین تصور شود که وجود ادله قطعی و قوی‌تر بر اثبات و توجه اتهام می‌تواند انگیزه متهم را در فرار یا عدم حضور تقویت کند و از این حیث، مآلاً مبنایی برای صدور قرار شدیدتر تلقی گردد. از سویی، صدر ماده ۲۱۷ مقرر می‌دارد که «بازپرس پس از تفهیم اتهام و تحقیق لازم، در صورت وجود دلایل کافی» به اصدار قرارهای احصاشده در این ماده (از جمله قرار بازداشت موقت) مبادرت می‌کند و از سوی دیگر، در صدر ماده ۲۳۷ از جواز صدور این قرار آن هم مشروط بر کفایت ادله در توجه اتهام سخن می‌گوید.<sup>۱</sup> در واقع، این مقام قضایی است که بنا بر تشخیص قضایی خود و با توجه به شرایط مندرج در قانون و در صورت احراز ضرورت تأمین متناسب را اخذ می‌نماید. این شیوه تقنین، در واقع، تأکید مجددی است بر اعتماد به تشخیص قضایی مقام ذی‌صلاح در تعیین و انتخاب نوع تأمین مناسب. به هر روی، می‌توان ضوابط فوق را به عنوان ضوابط عام تناسب در نظر گرفت که در برخی موارد با ضوابط دیگری که ضوابط خاص تناسب و ناظر به برخی از انواع تأمین یا برخی از انواع اتهام هستند، تکمیل می‌شوند. برای مثال، در خصوص قرارهای وثیقه و کفالت، ماده ۲۱۹ مبلغ خسارت وارد به بزه‌دیده را به عنوان کف میزان قرار تأمین تعیین نموده است؛ یا در جرم صدور چک بلامحل، صرفاً قرارهای کفالت و وثیقه تجویز شداند؛ یا در ماده ۶۹۰ قرارهای قابل اصدار در خصوص شخص حقوقی محدود به دو مورد ممنوعیت از تغییر در وضعیت حقوقی و ممنوعیت از اشتغال به برخی فعالیت‌های شغلی گردیده است. توضیح اینکه، ماده ۲۱۹ قانون جدید، به تبع مقررات قانون پیشین (ماده ۱۳۴) میزان خسارات وارده به بزه‌دیده را حداقل غیرقابل تخطی در قرارهای وجه التزام، کفالت و وثیقه ذکر نموده است تا بدین ترتیب، تضمینی حداقلی در تأمین خسارات بزه‌دیده فراهم آید. با این حال ناگفته پیداست که در این موارد، قرار صادره نباید به همین میزان بسنده کند و با توجه به اینکه صحبت از وقوع یک جرم در میان است، میزان قرار صادره باید حداقل خسارات وارده

۱. نباید میان مفهوم جواز و اختیار خلط نمود. اصولاً سخن گفتن از اختیار مقامات عمومی به معنای اینکه موضوع در ید ميسوط مقام عمومی و تابع خواست و میل آنها باشد، تعبیر نادرستی است. تعبیری نظیر اینکه صدور قرار «جایز است» یا قاضی «می‌تواند» ناظر به اختیار محدود و مقید مقام قضایی و به تعبیر برخی «تکلیف به انتخاب میان باید و نباید» است (ر.ک: آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد ۵، تهران، میزان، ۱۳۸۴، ص. ۱۳۸).

به علاوه مبلغی بیشتر (از حیث جنبه عمومی جرم و مجازات‌هایی که احتمالاً می‌تواند در پی داشته باشد) تعیین گردد تا تضمین کافی برای حضور متهم فراهم سازد. وانگهی، توجه قانون‌گذار در این مقرر به خسارات وارده به بزه‌دیده نشان از آن دارد که مقنن با قرارهای تأمین نه فقط تضمین حضور و دسترسی به متهم را دنبال می‌کند، بلکه علاوه بر آن می‌خواهد در جرایمی که بزه‌دیده دارد، گوشه‌چشمی هم به وی و خسارات احتمالی او داشته باشد. بدین ترتیب، در این موارد هدف، نه فقط دسترسی به متهم بلکه جبران آسیب‌هایی است که بزه‌دیده متحمل شده است.

نباید از این ماده نتیجه گرفت که موارد صدور قرار کفالت و وثیقه محدود به جرایم دارای بزه‌دیده یا فقط مسأله جبران خسارت است. کما اینکه سیاق عبارت قانون‌گذار تعیین مقداری است که مبلغ قرار «نباید کمتر از» آن باشد و نه به میزان آن. این معنا در تبصره ۳ ماده ۲۱۷ همین قانون نیز محسوس است. این تبصره در جرایم غیر عمدی (که علی‌الاصول مستلزم مجازات‌های خفیفی است و هدف اصلی در آن، حمایت از بزه‌دیده است) به مقام قضایی اجازه داده است تا «اگر تضمین حقوق بزه‌دیده به طریق دیگر امکان‌پذیر» است، از صدور قرارهای کفالت و وثیقه خودداری کند (مثلاً اخذ بیمه‌نامه شخص ثالث در تصادفات رانندگی). با این حال از سیاق انشای این تبصره به خوبی فهمیده می‌شود که مقام قضایی مجاز به اخذ تأمین‌های خفیف‌تر یعنی موارد الف تا چ ماده ۲۱۷ خواهد بود و بدیهی است که منظور و هدف از این قرارها جبران خسارت بزه‌دیده نیست، بلکه تضمین حضور متهم است. این عبارات در تبصره ۳ ماده ۲۱۷ و ماده ۲۱۹ قانون فوق‌الذکر به خوبی دوگانگی هدفی را که مقنن به طور توأمان دنبال نموده، به نمایش می‌گذارد.

قانون‌گذار در موارد خاصی به معیار درجه‌بندی جرایم و مجازات‌ها توجه کرده است. برای مثال در خصوص قرار بازداشت موقت (ماده ۲۳۷) و نیز قرارهای نظارت قضایی (تبصره ۱ ماده ۲۴۷). بدین ترتیب، معیارهای خاص احصاشده در مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ را نیز باید از موارد توجه مقنن به ضابطه‌ای خاص با توجه به نوع قرار دانست که در خصوص بازداشت موقت علاوه بر مدخلیت نوع اتهام، آن‌چنان که در ماده ۲۳۸ می‌بینیم سایر اوضاع و احوال حاکم بر قضیه نیز باید در کنار نوع جرم مورد توجه مقام قضایی قرار گیرد. نکته قابل طرح اینکه آیا جز موارد مصرح در قانون، آیا می‌توان عامل دیگری را نیز در سنجش تناسب و مستدل شدن تصمیم قاضی دخیل دید. آیا باید موارد ماده ۲۵۰ را حصری دانست و توجه به سایر عوامل در توجیه و تنظیم تناسب قرار تأمین را منتفی شمرد؟ برای نمونه، آن‌چنان که برخی نویسندگان به درستی متذکر شده‌اند «قرارهای جان‌شینی در حقوق ایران به ویژه قرارهای وثیقه و کفالت با توجه به فرهنگ جامعه و تعلقات خانوادگی و هم‌بستگی‌های موجود از دیرباز نقشی اساسی در اجتناب از زندانی کردن

متهمان در مرحله تحقیقات مقدماتی داشته است.<sup>۱</sup> بدین ترتیب باید پرسید که آیا می‌توان گفت وضعیت فرهنگی جامعه مورد نظر نیز در نوع و میزان قرار تأمین صادره باید مورد توجه قرار گیرد؟ دشوار بتوان پاسخ صریحی به این پرسش داد. از سویی، تردیدی نیست که عبارات مقنن در موادی نظیر ماده ۲۱۷ و ۲۵۰، حصری است و جهات و ملاک‌هایی که ذکر نموده، به ظاهر منحصر در همان موارد است. این تفسیر ظاهری، در خصوص مقررات خطیری نظیر ماده ۲۳۷ و ۲۳۸ در مورد بازداشت موقت یا ماده ۲۴۷ در مورد نظارت قضایی که به نحوی تحدیدی بر برخی آزادی‌های متهم است، یقیناً تبدیل به یک ضرورت انکارناپذیر می‌شود. با این حال، نباید چندان متصلب با موضوع مواجه شد. فراموش نکنیم که هدف از اصل تناسب، کمک به تحدید اعمال اقتدار عمومی در راستای تأمین یک هدف مشروع است. در عین حال، مفاد ماده ۲۵۰ اشاره به ضرورت رعایت تناسب با عوامل مندرج در این ماده دارد و نافی رعایت سایر جهات تناسب - علاوه بر موارد مذکور در این ماده - نیست. گو اینکه، تعبیری مثل ضرورت مستدل و موجه بودن قرار و البته، مداخلت نهایی تشخیص قضایی مقام مربوطه، دست قاضی را به نحو معقولی باز می‌گذارد تا سایر جهات تناسب را نظیر آنچه فوقاً گفته شد، مورد توجه قرار دهد. نکته اینک رعایت تناسب تأمین هم در مرحله صدور و هم در ادامه ضروری است. به بیان دیگر، گاه قرار تأمینی که در بادی امر متناسب به نظر می‌رسد، با ادامه رسیدگی وصف تناسب خود را از دست می‌دهد و حسب مورد باید تخفیف یا تشدید شود.<sup>۲</sup> در این مورد ماده ۲۴۲ قابل ذکر است (مدت‌ها به ۲ ماه و ۱ ماه تقلیل داده شده و تغییراتی نیز از حیث نوع جرایم وجود دارد). ماده ۲۴۳ تصریح دارد که بازپرس در هر مورد که لازم باشد می‌تواند قرار تأمین را تخفیف دهد یا تشدید کند (مشابه صدر بند ح ماده ۳ قانون تشکیل) و ماده ۲۴۴ را نیز امکان درخواست تشدید یا تخفیف از سوی دادستان را در هر مرحله از رسیدگی پیش‌بینی نموده و تأکید می‌کند که هرگاه قرار تأمین متناسب نباشد، دادگاه نسبت به تشدید یا تخفیف آن اقدام می‌نماید (تبصره ۲ همان ماده).

### ۲-۳. ضمانت اجرای عدم رعایت تناسب

نکته قابل توجه دیگر پیش‌بینی ضمانت اجرای تخلف از اصل است. علی‌رغم حذف تصریح به ضمانت اجرای اخذ تأمین نامتناسب در قانون ۱۳۷۸<sup>۳</sup> و اجمال و ابهام در قانون نظارت بر رفتار قضات ۱۳۹۰ سرانجام در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مقنن در تبصره

۱. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، ص. ۲۶۴.

۲. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، ص. ۱۹۱.

۳. برخی نویسندگان به درستی یادآور شده‌اند که در این موارد، همچنان اخذ تأمین نامتناسب یک تخلف انتظامی محسوب می‌شد لیکن، دادگاه انتظامی قضات در تعیین مجازات دست گشاده‌تری داشت و ملزم به صدور حکم محکومیت درجه ۴ به بالا نبود. ر.ک: خالقی، علی، منبع پیشین، ص. ۱۹۱.



ماده ۲۵۰ به رویه سنجیده قانون ۱۲۹۰ باز گشت و به مجازات انتظامی اخذ تأمین نامتناسب تصریح نمود. هرچند ضرورت رعایت تناسب در مورد هر دو نوع قرار تأمین و نظارت قضایی عنوان شده است. لیکن تبصره و ضمانت اجرای مربوط به عدم رعایت تناسب صرفاً از «اخذ تأمین نامتناسب» یاد کرده است که دست کم منطوقاً باید آن را منحصر به قرار تأمین دانست. با این حال، علاوه بر اشتراک در مفهوم و امکان تسری قاعده، همچنان عموم بند ۱ ماده ۱۵ قانون نظارت بر رفتار قضات شامل قرارهای نظارت قضایی نیز خواهد بود. مگر اینکه بگوییم سکوت ممتن در مقام بیان در تبصره ماده ۲۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری، عموم مقررده مربوطه از قانون نظارت بر رفتار قضات را مقید می‌سازد و در این مورد، حتی عموم مقررات قانون نظارت بر رفتار قضات نیز قابل استناد نیست. لیکن چنین برداشتی نمی‌تواند بر مبنای نظری موجهی استوار شود و در واقع باید گفت که هیچ خصوصیت و مبنای معقولی برای چنین تخصیص و استثنایی نمی‌توان متصور بود. به‌ویژه اینکه پذیرش ضمانت اجرای تخلف از اختیارات کاملاً با اصول حقوق عمومی نظیر اصل مسئولیت مقامات عمومی هم‌جهت بوده و با حرکت جدید ممتن در راستای وضع ضمانت اجرای خاص در تبصره ۲۵۰ نیز هم‌راستاست. بنابراین، اقتضای تفسیر منطقی و هدفمند از این مقررده این است که حتی اگر شمول تبصره ماده ۲۵۰ را نمی‌پذیریم که آن هم در جای خود قابل تفسیر و تعمیم می‌نماید، دست کم دلیلی ندارد از اطلاق و عموم مقررات قانون نظارت بر رفتار قضات دست بشوییم. علاوه بر این ضمانت اجرای انتظامی، می‌توان زمینه دو ضمانت اجرای مدنی و کیفری را نیز بررسی نمود. اولاً هرگاه از محل تعیین تأمین نامتناسب خسارتی متوجه شخص گردد، عموم مقررات و قواعد مسئولیت مدنی که همیشه حاضر و ناظرند، چه از باب تسبیب و چه عندالاقضاء از باب اتلاف قابل تمسک است و در این مورد خاص، مستظهر به اصل ۱۷۱ قانون اساسی نیز خواهد بود. گو اینکه فرض خاص بازداشت ناروا در ماده ۲۵۵ قانون جدید به بعد مبنای مطالبه خسارت قرار گرفته است و برخی<sup>۱</sup> به قیاس از تبصره ماده ۵۱۵ آن را به نگهداری تحت نظر نیز تعمیم و توسعه داده‌اند. ثانیاً و از حیث ضمانت اجرای کیفری نیز در صورت صدق بازداشت غیر قانونی شمول مقرراتی نظیر مواد ۵۷۵ و ۵۸۳ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات - ۱۳۷۵) در خصوص توقیف غیرقانونی قابل بررسی است.<sup>۲</sup> همچنین عموم ماده ۵۷۰ همین قانون در خصوص سلب حقوق و آزادی‌های مشروع شهروندان از سوی مقامات عمومی به قدر وسیع است که بعید نیست دست کم صدور عمدی برخی قرارهای تأمین یا قرارهای نظارت قضایی نامتناسب (به ویژه اگر منجر به توقیف و سلب آزادی گردد) را از مصادیق آن دانست.

۱. خالقی، علی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، منبع پیشین، صص. ۲۴۵ - ۲۴۴.

۲. ر.ک. آشوری، محمد، منبع پیشین، صص. ۲۰۴ - ۲۰۰.

## نتیجه‌گیری

دیدیم که مفهوم تناسب تأمین، بازتابی از اصل عام تناسب در تمام اقدامات مقامات عمومی به عنوان یکی از نتایج پایبندی به مسأله حاکمیت قانون و اصل عدم صلاحیت است. در واقع اگر پذیرفته‌ایم که مداخله اقتداری در زندگی شهروندان، امری استثنایی و دایر مدار ضرورت است، به تبع آن می‌پذیریم که این مداخله نباید از موارد ضرورت و حدود لازم برای ارتفاع آن ضرورت فراتر رود. این اصل، نه فقط در منطق حقوق مدرن توجیه شدنی است بلکه سابقه آرای فقهی نیز می‌تواند مؤید آن قلمداد شود. این مقبولیت تا آنجاست که رویه تقنینی و قضایی گسترده‌ای در کشورهای مختلف و حتی مراجع قضایی فراملی بر آن صحنه گذارده و ادبیات غنی و چشمگیری در خصوص آن پدید آورده است. نظام کیفری ایران نیز هم در قوانین پیشین و هم به‌ویژه در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به صراحت مسأله تناسب تأمین را در مواد مختلف خود پذیرفته و معیارهایی برای ارزیابی آن تعیین کرده و نسبت به تعیین ضمانت اجرای انتظامی خاص در کنار ضمانت اجرای مدنی و کیفری عام نیز مبادرت نموده است. در جمع‌بندی طرح اولیه برای معیارها می‌توان شمایی از این قرار ترسیم نمود: مرحله‌ای که قرار صادر می‌شود (دادسرا، پیش از صدور حکم بدوی، پیش از صدور حکم قطعی، پس از محکومیت)، شدت و آثار جرم و نحوه، زمان و مکان وقوع آن، شدت و نوع، میزان و درجه مجازات جرم، ماهیت جرم ارتكابی، وضعیت شخصی (سن، سلامت، روان) و اجتماعی و اقتصادی متهم، سوابق کیفری متهم، مدت زمان تأمین، ساختار و بافت فرهنگی جامعه مورد بحث و نظایر اینها. با این حال، دیدیم که مفهوم تناسب، مفهومی سیال است که به فراخور مصداق مورد بررسی می‌تواند با معیارهای متفاوتی ارزیابی گردد. به هر روی به نظر می‌رسد که محمل لازم برای اعمال صحیح این اصل در قانون جدید آیین دادرسی کیفری فراهم آمده است.

## منابع

- آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد ۵، تهران، میزان، ۱۳۸۴.
- آشوری، محمد، «مفاهیم و عدالت و انصاف از دیدگاه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر» در: حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.
- \_\_\_\_\_، آیین دادرسی کیفری، جلد ۲، چاپ دهم، تهران، سمت، ۱۳۸۸.
- امامی، حبیب، حقوق کیفری و فرمانروایی سیاسی، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۲.
- بولانژه، ژان، «اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه» ترجمه علیرضا محمدزاده، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۶، بهار ۱۳۷۶.
- پرادل، ژان؛ و گرت کورستنز، حقوق کیفری شورای اروپا، ترجمه محمد آشوری، تهران، خرسندی، ۱۳۹۳.
- خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، چاپ سوم، تهران، شهر دانش، ۱۳۸۸.
- \_\_\_\_\_، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، تهران، شهردانش، ۱۳۹۳.
- سروش محلاتی، محمد، «اصل عدم ولایت»، مجله علوم سیاسی، دانشگاه باقرالعلوم، شماره ۲۵، بهار ۱۳۸۳.
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی: دوره پیشرفته، جلد ۲، چاپ بیست و چهارم، تهران، دراک، ۱۳۸۹.
- صادقی، محسن، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، تهران، میزان، ۱۳۸۴.
- فلچر، جورج، «نظریه سیاسی و حقوق کیفری»، ترجمه بهمن خدادادی و زینب‌السادات نوابی، در: اصل حداقل بودن حقوق جزا (مجموعه مقالات زیر نظر حسین غلامی)، تهران، میزان، ۱۳۹۳.
- گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، مبانی حقوق عمومی، تهران، جنگل، ۱۳۸۸.
- ماری، ژان؛ و لوییس دوسوالد بک، حقوق بین‌المللی بشردوستانه عرفی، ترجمه دفتر امور بین‌الملل قوه قضاییه و کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، جلد ۱، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۹۱.
- همپتن، جین، فلسفه سیاسی، ترجمه خشایار دیهیمی، تهران، طرح نو، ۱۳۸۹.
- ورعی، سیدجواد، مبانی و مستندات قانون اساسی به روایت قانون‌گذار، قم، انتشارات دبیرخانه مجلس خبرگان، ۱۳۸۵.

- 
- Fletcher, George, Political Theory and Criminal Law, Criminal Justice Ethics, Vol. 25, 2006.
  - ICC, The Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the “Descision on the Prosecution’s Application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, No.: ICC-02/05/01/09-73, 3 Feb 2010.
  - ICC, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Décision sur la demande de mise en liberté proviso ire de Thomas Lubanga Dyilo, 13 Feb 2007, No.: 01/04-01/06 (OA 7).
  - ICC, Decision on the Application for Interim Release of Mathieu Ngudjolo Chui, Trial Chamber I, No.: ICC-01/04-01/07-345, 27 Mar 2008.
  - Sammaha, Joel, Criminal Procedure, 8th ed, Belmont, Wadsworth Pub, 2010.
  - Sullivan, Thomas; and Richard Frase, Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions, New York, Oxford University Press, 2009.