

## حمایت از حریم خصوصی در کشف جرائم مشهود

زهرا میرزازاده<sup>۱</sup>، سید محمدصادق موسوی<sup>۲</sup>

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۰/۲/۲۶ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۰/۶/۲۷)

### چکیده

مقنن در توضیح «عنوان جرم مشهود» موضوع ماده ۴۵ قانون آ.د.ک، به ذکر مصادیق آن پرداخته و ضابطه تعریف شده دقیقی معین ننموده تا در برخورد ضابط با موارد مشکوک بر اساس آن به «اصل اولیه» عمل شود؛ لذا به طریق استدلالی با تکیه بر اطلاق ادله لفظی حریم خصوصی، فتوای امام خمینی در فرمان هشت ماده‌ای ایشان و با مذاقه در مواد ۵۶ و ۵۷، اصل اولیه در برخورد ضابط با جرائم مشهودی که خلاف امنیت و آسایش عمومی بودن آنها مورد تردید است، عدم پیگیری و گزارش آن خواهد بود و چنین جرائمی حسب ضابطه «لزوم در علن بودن جرم»، یا مشهود محسوب نمی‌شوند و یا با معیار «مورد رؤیت بودن» در هر مکانی، مشهودند، اما قوانین جرم مشهود بر آنها جاری نمی‌شود و اثر اعمال ضابطین در آنها غیر شرعی و مشمول تحصیل دلیل از طریق نامشروع می‌باشد.

**کلید واژه‌ها:** آسایش عمومی، امنیت عمومی، جرم مشهود، حریم خصوصی، فرمان هشت ماده‌ای امام خمینی.

---

۱. دانش آموخته دکتری فقه و حقوق جزا دانشگاه شهید مطهری (ره) (نویسنده مسئول)؛  
Email: mirzazadeh.zh@gmail.com  
۲. دانشیار فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری (ره) تهران؛  
Email: mousavi4535@gmail.com

## درآمد

با وقوع جرم سرعت عمل ضابطان قضایی در حفظ ادله و آثار جرم در جرائم مشهود - موضوع ماده ۴۴ و ۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری - می‌تواند در روند رسیدگی قضایی تأثیر فراوانی داشته باشد؛ لذا برای کشف یا حفظ ادله به نحو یقینی و قابل استناد، ضابط خود را ناچار از نقض قواعد حریم خصوصی در جرائم مشهود می‌بیند؛ به این ترتیب که برای کشف علمی و حفظ آثار و ادله جرائم، به ناچار اقدام به «ورود» و پس از آن تفتیش حریم خصوصی اشخاص می‌کند. مسئله اصلی در این جا آن است که از سویی ضابط در جرائم مشهود نیازمند اختیارات لازم در انجام اقدامات ضروری مذکور در ماده ۴۴ در این روند می‌باشد و از سوی دیگر قلمرو این اختیارات در تعارض با حریم خصوصی به روشنی در قانون تعیین نشده و تنها در مواد ۵۶ و ۵۷ ضابط را موظف کرده تا تنها به «حفظ و گزارش آثار جرم» فعلی که موضوع پیگیری است، بسنده نماید مگر در صورت مشاهده آثار جرم دیگری که آن را «خلاف امنیت و آسایش عمومی» جامعه بدانند. به عبارت دیگر با ورود ضابط به حریم خصوصی و تفتیش آن، در صورت مواجهه با آثار جرائم دیگر، مقنن به طور دقیق و مشخصی وضعیت را تبیین ننموده و به همین جهت در چنین شرایطی، تشخیص به معیار شخصی ضابط واگذار شده در حالی که در این شرایط ادله و مبانی حریم خصوصی در مقابل اعمال ضابط باقی است.

لذا باید دریافت که اولاً: معیار جرم مشهود چیست؟ «در رؤیت ضابط یا در حکم رؤیت وی» بودن واقعه ملاک است، و یا آنکه «مرئی به معنای محل قابل رؤیت» یعنی «عرصه عمومی» و نه حریم خصوصی، ملاک مشهود بودن جرم محسوب می‌شود؟ ثانیاً: در شرایطی که هنگام تفتیش، ضابط با آثار جرم دیگری در حریم خصوصی مواجه شود، «اصل اولیه» در مبانی فقهی و حقوقی در این شرایط چیست؟ لزوم گزارش آثار جرم دیگر در صورت «خلاف امنیت و آسایش عمومی» بودن به چه معناست؟ و در این شرایط نفع حوزه عمومی مقدم خواهد شد یا نفع حوزه خصوصی؟ بنا بر اهمیت بالای کرامت انسانی، ادله پر قوت منع تجسس، اصل عدم ولایت و ادله بسیار از این دست، ایجاب می‌کند که در تقابل کشف جرائم در حریم خصوصی توسط ضابطین، مرزهای نظام عدالت کیفری به روشنی ترسیم شود تا بدانیم «اصل اولیه»، مطلق بودن ادله «ضرورت کشف جرم» است و یا مطلق بودن ادله «ضرورت حفظ حریم خصوصی»؟، تا کشف جرائم مشهود در چنین شرایطی مستدل، شرعی و قانونی بوده و مصداقی از تحصیل دلیل از طریق نامشروع محسوب نشود.

### حریم خصوصی

حریم در لغت به معنی آنچه حرام شده و مس آن جایز نباشد، پیرامون و گردا گرد خانه و عمارت، مکانی که حمایت و دفاع از آن واجب باشد [۱۸، ص ۵۶۳] محدوده، بازداشته شده و اطراف، آمده است [۲، ج ۲، ص ۸۲۴]. خصوصی در مقابل عمومی بوده، به معنای اختصاصی، محرمانه، غیرعلنی [۴، ج ۴، ص ۲۷۷۱]. درباره حریم خصوصی، تعریف لفظی که با پذیرش عام مواجه باشد وجود ندارد؛ هر چند تعریف به مصداق در این موضوع به آشکار سازی ماهیت کمک نموده. برخی از صاحب نظران، چیستی آن را «حق» دانسته‌اند، و حق بر حریم خصوصی را در شئون زندگی خود همچون حق بر تنها ماندن، آزاد بودن از علنی شدن بی‌اجازه امور زندگی، بدون مزاحمت‌های ناخواسته در موضوعاتی که ارتباط به جامعه ندارد و حق مصونیت فرد در مقابل هر نوع مداخله در زندگی یا امور شخصی از هر طریقی و از مداخله غیر، در نظر گرفته‌اند [۲۷، ص ۴۹-۵۰]؛ اما مصداقی از حریم خصوصی که در موضوع حاضر ممکن است مورد نقض قرار گیرد عموماً شامل نقض حریم مکانی، حریم لوازم شخصی و حریم اطلاعات شخصی می‌شود؛ نقض حریم مکانی در شدیدترین شکل خود، با «حضور فیزیکی» بدون مجوز در مکان اختصاصی دیگران اتفاق می‌افتد؛ نقض حریم لوازم شخصی، اطلاعات فردی و مواردی از این دست نیز با حضور فیزیکی اتفاق می‌افتد.

### جرم مشهود

جرائم به اعتبار نحوه کشف و عنصر مادی به جای مانده، به مشهود و غیرمشهود تقسیم می‌شوند؛ اساس جرم مشهود بر لزوم تسریع عملکرد است که روش غیر عادی رسیدگی است، در منابع اسلامی مفهومی با این محتوا و ساختار وجود ندارد هر چند مفاهیمی نزدیک به این مفهوم مانند «تجاهر به فسق و تظاهر» [۷، ص ۸۷-۱۳۲] را بتوان یافت اما «معادل سازی» این مفاهیم با جرم مشهود دال بر این همانی این مفاهیم نبوده و درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اولاً: در تجاهر و تظاهر رکن گناه بر فاعل و مرتکب جرم تکیه دارد و نه بر مخاطب و شاهد جرم یعنی ضابط، و ثانیاً: در تجاهر و تظاهر، در عرصه عموم بودن جرم برای تحقق عنوان ضروری است؛ در حقیقت سابقه عنوان جرم مشهود را شاید بتوان مواد ۵۳ و ۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه دانست [۵، ص ۶۶]. «مشهود» در لغت به معنی چیزی است که «قابل رؤیت باشد، حاضر شده؛ دیده شده،

آنچه بر آن گواه شوند...» [۱۸، ص ۱۱۲۶]. صدر ماده ۴۵ آ.د.ک در بند الف، جرم مشهود را جرمی دانسته که یا خود جرم یا آثار آن در «مرئی و منظر» ضابط واقع شود؛ مرئی در لغت به معنی منظر [۱۸، ص ۱۱۰۴]، و منظر به معنی جا و محل نگریستن آمده است [۱۸، ص ۱۱۶۶] که هر دو این عناوین بر وزن «مَفْعَل» و اسم مکان است و بر مکان وقوع فعل دلالت دارد؛ در بند ب «ناظر وقوع» بودن دو نفر یا بیشتر، در بند پ «یافت شدن» آثار و ادله یا همان دیدن آثار نزد متهم، در بند ت «ظن قرین به اطمینان» ناشی از «دیدن فرار متهم»، در بند ث وقوع جرم در حریم خصوصی فرد، و «ناظر وقوع» جرم بودن ضابط، معیار جواز وی برای ورود عنوان شده است؛ در برخی از این موارد «نفس رؤیت و ناظر بودن و دیدن» چه توسط خود ضابط چه غیر اوست که ملاک مشهود بودن قرار گرفته است، در بند ج و چ و همچنین ب، معرفی خود مجرم و ولگرد بودن او با فرض قانونی، معیار مشهود بودن محسوب شده است. در این رابطه که در نهایت چه ضابطه‌ای حقیقتاً مقیاس جرم مشهود است، اختلاف نظر زیادی در میان اندیشمندان حقوقی وجود دارد؛ چنانکه مشاهده شد، معیار معین و واحدی در تعریف جرم مشهود وجود ندارد تا بتوان مبتنی بر یک ضابطه واحد فهمید که بر اساس نظر مقنن و نظام عدالت کیفری، گستره اختیارات ضابط در مواجهه با حریم خصوصی چقدر خواهد بود. بر این اساس سه نوع تعریف از جرم مشهود، در نظر حقوقدانان وجود دارد: به عقیده برخی جرم مشهود آن است که در «زمان ارتکاب» یا اندکی بعد از وقوع جرم می‌توان مرتکب آن را دست‌گیر و دلایل آن را جمع‌آوری کرد و جرم غیرمشهود نیز جرمی است، که از زمان وقوع آن مدت نسبتاً زیادی گذشته و متعاقباً مأمورین و اشخاص از وقوع آن مطلع شده‌اند [۲۷، ص ۲۴۰]؛ یا هنگامی که جرم در «شرف وقوع بوده و یا زمان اندکی از وقوع آن گذشته باشد»، چنان که آثار و ادله جرم، اثبات و انتساب آن را به فاعل ممکن نماید؛ [۱، ص ۲۷۹] در این تعاریف، «فاصله زمانی ارتکاب و اطلاع ضابط» معیار محسوب شده است و در مقرر، جرائم از حیث فاصله زمانی میان وقوع و کشف به مشهود و غیر مشهود تقسیم می‌شوند [۹، ص ۵۷] با این ضابطه سعی در جمع بین جرم مشهود به معنای حقیقی کلمه یعنی جرم مورد رؤیت ضابط، و جرم در حکم مشهود شده است. اما دسته دوم، جرم مشهود را جرمی می‌دانند که در مرئی و منظر ضابط یا مردم واقع شود یا به منزله آن باشد [۳، ص ۳۲]. این تعریف به معنای لغوی مرئی و منظر یعنی محل نظاره نزدیک است، و دلالت آن بر محلی است که «عموماً عرصه نظاره

و دیدن عموم) است، یا اگر جرم در حریم خصوصی افراد اتفاق افتاده، صاحب حریم، آن را در معرض و علن قرار داده باشد. در دسته سوم، جرم مشهود جرمی دانسته شده، که وقوع یا اثر آن مورد مشاهده ضابطان دادگستری قرار گیرد. [۱۲، ص ۹۹] یعنی هر عملی که مورد مشاهده حقیقی ضابط یا دیگران قرار گیرد و موضوع «فعل دیدن» باشد، بدون در نظر گرفتن اینکه در چه عرصه‌ای یا چه زمانی به وقوع می‌پیوندد.

پذیرش هر یک از این سه معیار یعنی «فاصله زمانی ارتکاب تا کشف»، و «در محل رؤیت و در منظر بودن عمومی» و «موضوع فعل دیدن یا در حکم آن»، از دو رویکرد مجزا حاصل می‌شود. چنانچه بپذیریم تنها فاصله زمانی کوتاه تا کشف جرم توسط ضابط (چه به نحو حکمی چه حقیقی) و یا هر عمل مجرمانه‌ای که مورد مشاهده قرار گیرد، (یعنی معیار اول و سوم) ملاک باشد، در این صورت اسم مکان در تعریف جرم مشهود نقشی ندارد و در «معرض دید» بودن ضابط یا مردم بنا بر تبصره ۱ ماده ۴۵ ملاک نیست. چنین نگرشی از توجه به امنیت حوزه عمومی و حفظ حقوق شهروندان در مقابله با جرم و تسریع در پیگیری عوامل ناقض عدالت کیفری ناشی می‌شود. در این تفسیر چنانچه جرمی در معرض عموم یا به اصطلاح عرصه عمومی اتفاق نیافتد نیز، اگر دارای یکی از دو معیار اول و سوم باشد مشهود محسوب شده، و اختیارات گسترده‌ای برای ضابط در ورود به حریم خصوصی و اماکن و تفتیش آنها وجود دارد. با همین رویکرد در نظر برخی ماده ۵۵ آ.د.ک که اشعار می‌دارد «ورود به منزل، اماکن تعطیل و بسته و تفتیش آنها همچنین بازرسی اشخاص و اشیا در جرائم غیر مشهود با اجازه موردی مقام قضایی است.» دارای «مفهوم مخالف» دانسته شده و در حیطه دلالت این ماده بیان شده است که «بازرسی.. اماکن یا ورود به منزل در جرائم مشهود اقداماتی هستند که نیاز به حکم قبلی مقام قضایی ندارد و مشهود بودن جرم و ضرورت دخالت فوری ضابطان آن را توجیه می‌کند» [۹، ص ۶۴]. لذا در این رویکرد فرض اولیه بر اهمیت کشف جرم بوده و حریم خصوصی در اولویت بعد قرار می‌گیرد؛ به این ترتیب انجام «تمام اقدامات لازم» در مسیر کشف جرم، مندرج در ماده ۴۴، شامل ورود به حریم خصوصی به نحو ابتدایی نیز می‌شود. به نظر می‌رسد در فقه نیز از بین دو دیدگاه فقهی رایج، عده‌ای طرفدار این نظریه باشند، آنها این موضوع را در مباحث امر به معروف و نهی از منکر مورد بحث قرار داده و «علم» به وقوع منکر را برای نهی از آن کافی می‌دانند، در نتیجه برداشت آنها از ادله امر به معروف و نهی از منکر مطلق بوده و نهی از منکر را حتی در برخی

منکرهای پنهان نیز ضروری می‌دانند. [۲۶، ص ۳۹۴-۳۹۵] البته دیدگاه دیگری نیز وجود دارد که در ذیل مباحث به آن اشاره می‌کنیم؛ اما چنانکه در صدر ماده ۴۵ آمده بپذیریم اینکه جرم در مکان عمومی در معرض دید ضابطین یا مردم باشد ملاک جرم مشهود (اعم از حقیقی و حکمی) است، فرض اولیه بر این است که جرم یا آثار یا ادله آن باید به «ظهور» برسد و جرم در خفا، بالذات و ابتدائاً مشمول تعریف جرم مشهود نمی‌شود، مگر به نحو عرضی و پسینی، یعنی پس از جواز ورود توسط قربانی یا ساکنین عرصه خصوصی (مندرج در بند ث ماده ۴۵) لذا جرم مشهود جرمی است که ارتکاب آن یا آثار آن، عموماً بتواند در معرض ادراکات ضابطین یا مردم قرار گیرد و بستر آن عرصه عموم و آشکار است. چنین معیاری در جرم مشهود از باب توجه به حقوق فردی و توجه به حفظ حریم خصوصی و حقوق شهروندی ناشی می‌شود؛ در نتیجه این رویکرد است که شاید بتوان گفت ماده ۵۵ تنها در صدد بیان شرط جرم غیر مشهود بوده و متعرض غیر آن نشده، لذا مفهوم مخالف ندارد و بر اساس ادله فقهی مهمی که به حفظ حریم خصوصی دلالت دارند، نسبت به جرم مشهود بلا بیان است و قدر متیقن، سکوت قانونگذار نسبت به جواز ورود ضابطین به اماکن و منازل در جرم مشهود است. دیدگاه فقهی دیگر، تقویت کننده همین برداشت است. براساس این نظر، ادله نهی از منکر اطلاق نداشته لذا جلوگیری عملی از منکر، مقید به «منکرهای آشکار» است و اطلاع از آنها مشمول ادله نهی از منکر نشده و منع نمودن و عمل مبتنی بر اطلاع، به دلیل آشکار و در علن نبودن، واجب نیست. مانند آنکه اگر آثار آلات گناه در پوششی مخفی باشد ولی آشکار نباشد، نباید متعرض آن شد [۱۹، ج ۷، ص ۳۶] لذا مشخص گردید که ترجیح هر یک از سه معیار ارائه شده به نحو ضمنی در لسان شارع و قانونگذار، از چه رویکردی ناشی شده و چه آثاری در پی خواهد داشت. برای انتخاب دقیق هر یک از معیارهای ارائه شده در مواجهه با جرم مشهود باید دید اصل اولیه در نگاه قانونگذار تأمین مصلحت عمومی است و یا حفظ حریم خصوصی؟

### اصل اولیه در تقابل منفعت عمومی با حریم خصوصی در فقه

نقض حریم خصوصی به طور معمول به پشتوانه حفظ مصلحت عمومی توجیه می‌شود؛ در اینکه مصلحت عمومی چیست به طور کلی دو رویکرد وجود دارد: اصالت جامعه و اصالت فرد. رویکردی که در آن اصالت با جامعه است و هر نفعی که به کلیت جامعه،

مستقل از افراد می‌رسد، نفع عمومی دانسته می‌شود [۸، ج ۱، ص ۸۱]، و دیگری رویکردی که اصالت را به فرد می‌دهد و نفع تک تک افراد را به نحو استغراقی، نفع عمومی می‌داند، لذا، مصلحت عبارت است از هر پدیده یا فعلی که دارای خیر مشتمل بر سودمندی باشد [۱۷، ص ۱۵۱]. به این ترتیب عملاً مفهوم نفع عمومی از ایدئولوژی حاکم بر جامعه تبعیت می‌کند و بر حسب مکاتب و تغییرات اجتماعی و سیاسی متغیر خواهد بود [۱۵، ص ۲۵۷]؛ اما ایدئولوژی حاکم و سیاست با وصف تغییر «نمیتواند» و «نباید» پشتوانه کافی و محکمی در تضمین اصول اساسی افراد بدون توجه به ادله فقهی باشد. به دلیل تغییر ماهیت این مفاهیم، نیاز به تشخیص اصل اولیه بیشتر آشکار می‌شود.

فهم اصل اولیه برای رجوع در مورد مشکوک، درگرو بررسی دو مبنای اصلی در نگاه اندیشمندان به حریم خصوصی و نفع عمومی است. بر اساس مبنای نخست، ماهیت حریم خصوصی یک «حق ذاتاً مطلق»، بی قید و لازم الرعایه دانسته شده است، محدوده‌ای که رعایت حرمت مرزهای آن، ذاتاً وابسته به امر دیگری نیست. اما بر اساس مبنای دوم، حریم خصوصی یک «حق ذاتاً مقید» است. حقی که مقید به عدم تأثیر بر دیگران است و محدود به چارچوبی است که ارتباطی با غیر نداشته باشد، و به این ترتیب مرزهای آن و وجوب رعایت آن‌ها وابسته به امور دیگری است [۱۳، ص ۱۸۵] ترجیح هر یک از این دو مبنای، سه اثر متفاوت در پی دارد:

۱- نخست آنکه بر اساس مبنای اول، تحدید حریم خصوصی به عنوان حق مطلق، نیاز به ادله محکم و نقض آن، نیاز به احراز ضرورت برتر و اهم دارد که قاعده اهم و مهم هنگام تزامن این دو، مورد استفاده قرار می‌گیرد. [۲۲، ج ۲، ص ۹۰ و ۲۳ ج ۱، ص ۲۲۱] اما بر اساس مبنای دوم حریم خصوصی مقید به عدم ارتباط با غیر است و در نتیجه آنجا که به دیگران ارتباط پیدا می‌کند سالبه به انتفای موضوع بوده و اصلاً حریم خصوصی محسوب نمی‌شود تا نقض آن برای حفظ منفعت و مصلحت عمومی، مصداق نقض حریم خصوصی باشد؛

۲- اثر دوم آنکه با پذیرش نظریه اطلاق حق حریم خصوصی و عدم تقیید رعایت آن به امری دیگر، این حکم «اصل واجب مفروض» دانسته می‌شود که نسبت به فرد مشکوک، اصله‌الاطلاق را جاری و حکم اولیه یعنی حرمت تعدی به حریم خصوصی در فرد مشکوک عنوان، جاری می‌شود. اما مبتنی بر مبنای دوم در موارد مشکوک یعنی جایی که نمیدانیم نقض شئون حریم خصوصی لازم و ضروری است یا غیر ضروری، یا به

عبارت دیگر موضوع متعلق حکم حریم خصوصی است یا متعلق حکم مصلحت عمومی، بر اساس اصل اباحه، اصل اولیه بر حرمت نبوده، و می‌توان شئون حریم خصوصی را نقض نمود زیرا اصل اولیه اعلام می‌داشت که در صورت ارتباط حریم خصوصی با مصلحت عمومی دیگر نقض حریم خصوصی محسوب نمی‌شود و مقتضای آن حرمت نخواهد بود.

۳- سومین نتیجه آنکه مفهوم مصلحت عمومی امری ذو مراتب است، و گستره آن از حداقل تا حداکثر همگی شامل این عنوان می‌شود. به این ترتیب مشخص نیست که کدام مرتبه از نفع عمومی می‌تواند ناقض حریم خصوصی محسوب شود. بر اساس مبنای اول حداکثر میزان مصلحت عمومی است که می‌تواند به عنوان معیار اهم، نقض حریم خصوصی را تجویز کند. اما بر اساس مبنای دوم، حداقل آن نیز می‌تواند حریم خصوصی را نقض نماید. در فرض اول، اگر تمام مراتب مصلحت عمومی را مجوز نقض حریم خصوصی بدانیم (نه حداکثر آن را) عملاً دچار تخصیص اکثر شده ایم؛ زیرا با اولویت قرار دادن مصلحت عمومی در همه مراتب، حرمت حریم خصوصی را در اکثر مصادیقش به حفظ مصلحت عمومی تخصیص زده‌ایم.

#### ۱. ادله عمومی اطلاق حریم خصوصی

«ادله کرامت ذاتی انسانی»، «اختیار انسان»، و «ضرورت عقلی» ایجاب می‌کند که ضابط به عنوان نماینده حاکمیت اسلامی موظف به پیگیری همه زمینه‌های گناه شرعی و یا جرم قانونی، نباشد، زیرا در غیر این صورت اراده و اختیار انسانی در ارتکاب یا عدم ارتکاب جرم یا معصیت بلا وجه خواهد بود. به این ترتیب هر چند حکومت اسلامی وظیفه از بین بردن زمینه‌های منکر یا جرم را داشته باشد اما مزرهای این مسئولیت نمی‌تواند اختیار عمل افراد را سلب نماید. [۱۶، ص ۲۹۸] در حالی که بروز فیزیکی و مادی اعمال این اختیار در اولین سطح، خود را در حریم خصوصی افراد نشان می‌دهد. لذا با تمام اختلافاتی که بر سر تعریف مرزها و شئون حریم عمومی و خصوصی وجود دارد، مبتنی بر وجدان عرفی، محکمترین دلیل بر لزوم امری وجود آن است و به دلایل عقلی و لفظی، حق بر حریم خصوصی حقی است که از کرامت انسانی ناشی می‌شود، و کرامت ذاتی تمام ابعاد و حیثیات انسانی را در بر می‌گیرد؛ زیرا اراده در تمام شئون انسانی جاری است. عمومیت «اصل عدم ولایت» نیز ایجاب می‌کند که در هر مورد که تردید یا ابهامی در ولایت، یا حدود آن پیدا شد، نباید آن را پذیرفت، و اصل بر برائت



نسبت به غیر متیقن است، مگر دلیلی اقامه شود که رضایت شخص معتبر نیست و بایستی در مورد وی اعمال ولایت شود. [۱۰، ص ۲۳۷] به این ترتیب برای اثبات ضرورت حفظ مصلحت عمومی، ادله نقلی یا عقلی لازم است. در ادله لفظی متعددی ممنوعیت تجسس و تفتیش مورد تأکید قرار گرفته است. چنانکه امام علی (ع) در نامه خود به مالک اشتر برای فرمانداری مصر، فرموده است که «حاکم از هر کس دیگر سزاوارتر به پوشاندن عیوب مردم است، پس در جستجوی امور پنهان مباش، ... و تا جایی که می‌توانی عیب را بپوشان...». [۱۴، ص ۵۶۸-۵۶۹] ادله عنوان شده در این باره مطلق است و حریم خصوصی به عنوانی حقی مطلق و به عنوان اصل اولیه در لسان شارع مطرح شده است؛ در همین رابطه در نظریات امام خمینی (ره) آمده است: «... از اطلاق بسیاری از اخبار معلوم می‌شود که کشف سرّ مؤمنین حرام است؛ یعنی، عیوبی که از مؤمنین مستور و مخفی است، چه خلّقی یا خلّقی یا عملی باشد، حرام است اظهار آن را و افشا آن را؛ چه شخص متصف، راضی به آن باشد یا نه؛ و چه قصد انتقاص در کار باشد یا نباشد» [۲۴، ص ۳۰۲]

با بررسی ادله فقهی مطرح شده، در میان متأخرین فقها، اصلی با عنوان «عدم عمومی بودن» رایج شده که شالوده آن را مبتنی بر اصل عدم می‌دانند. محتوای این اصل در تطبیق بر موضوع ما چنین است که در صورت مواجهه ضابط با ادله مجرمانه دیگر، مانند نگهداری مشروبات الکلی در خانه، یا مقادیری مواد مخدر، و یا مباردت به جرائم منافی عفت که به عنف نبوده، در صورت شک در ثبوت وظیفه گزارش و احتساب آن به عنوان جرم مشهود، محتوای اصل عدم، وی را از این امر باز خواهد داشت، حتی در تبیین این موضوع در شباهت نهاد دایره حسبه با ضابط قضایی، حوزه اختیارات و وظایف او را که نماینده حکومت اسلامی در عمل نسبت به امور منکر بوده‌اند، در پرتو همین اصل مورد بازخوانی قرار می‌دهند. [۲۱، ص ۵۱-۶۱]. اما نکته‌ای که در اینجا باید به آن توجه شود آن است که اصل عدم نمی‌تواند ما را از استدلال‌های لفظی مطرح شده بی‌نیاز کند؛ زیرا عمومی و خصوصی بودن، موضوع حکم شرعی نیست، بلکه نتیجه سایر موضوعات است؛ لذا فی نفسه اثبات یا نفی آن توسط اصل ممکن نیست. همچنین «اصل بر عدم عمومی بودن»، با «اصل بر عدم خصوصی بودن» فی نفسه قابل معارضه است و هیچکدام ترجیحی بر دیگری ندارد. همچنین اصل عدم مثبت آثار عقلانی و با واسطه خود نیست (اصل مثبت) [۱۳، ص ۱۰۳] به این ترتیب مفاد این نهاد، در بحث حاضر

گره‌گشا نخواهد بود و ما را بی نیاز از توجه به اطلاق ادله لفظی که پشتوانه حریم خصوصی است نخواهد کرد و با توجه به آنچه بیان شد، ادله عقلی و نقلی است که از باب اطلاق الفاظ، به تقویت مبناى نخست یعنی اطلاق ذاتی حریم خصوصی منجر می‌شوند.

## ۲. ماهیت فرمان هشت ماده‌ای امام خمینی (ره)

در ۲۴ آذر ماه سال ۱۳۶۱، امام خمینی (ره) در پیامی به قوه قضائیه و ارگان‌های اجرایی، که بعدها به فرمان هشت ماده‌ای ایشان شهرت پیدا کرد مطالبی عنوان نمودند که از حیث استحکام و اهمیت محتوا، سندی قابل استناد محسوب می‌شود. در بندهای متعددی از این نگاشته، به لزوم حفظ حریم خصوصی افراد اشاره شده است. به طور خاص در ارتباط با موضوع مورد بحث ما، ذیل بند هفت نامه اشاره شده است که اگر ضابطین به «اشتباه» یعنی برای مورد دیگری مانند کشف خانه تیمی، وارد حریم خصوصی فردی از جمله منزل و محل کار شدند، و با آثار جرائم دیگری روبه رو شدند، حق افشای آن را ندارند. [۱۱، ج ۱۷، ص ۱۴۳-۱۳۹] منزل و محل کار از نمونه‌های بارز حریم خصوصی محسوب شده و از این جهت قرینه‌ای برای حصری بودن این دو مکان وجود ندارد؛ لذا هر مکان دیگری مانند محل‌های مخفی ماشین یا هر فضایی که عرف آن را مخفی از عموم می‌داند، را می‌تواند شامل شود. همچنین عبارت «و سایر جهات انحرافی» در این بند، نشان می‌دهد که کشف و تعقیب آلات قمار، مواد مخدر محدود، آلات لهو و فحشا نیز تمثیلی بوده و عناوینی کلی هستند، پس کشف و گزارش جرائم دیگری مانند مشروبات الکلی، داشتن انواع قرص‌های روان گردان، ارتباطات مخابراتی غیر مجاز، لوح‌های فشرده متضمن فحشا، محصولات صوتی و تصویری معارض با شرع، و تمامی جرائمی از این دست نیز در صورت «عمده و سازمان یافته نبودن آن جرم» مشمول عنوان اشاعه دادن فحشا می‌شود و از این باب هیچ جوازی ندارد. بیان مستندی که در باب علت منع ضابطین از تعرض بلاوجه به حریم خصوصی و آثار شرعی تخلف از آن استفاده شده است، کاملاً گویا و بی نیاز از هر توضیحی است. اما در اینکه «ماهیت» این پیام چه بوده و آیا «حجیت» این پیام مخصوص به همان زمان یعنی موارد اتفاق افتاده، طی سال‌های اطراف صدور آن بوده و یا نسبت به تغییرات زمانی پس از خود نیز قابلیت استناد دارد. دکتر محقق داماد، دبیر ستاد اجرایی فرمان امام (ره) - که برای نظارت بر عمل به این فرمان، تشکیل شده بود- در این رابطه می‌گویند:

«... (این بیانات) از یک فقیه و مرجع تقلید صادر شده. این که فقیه جامع الشرایطی، که هیچ کس در فقهتس تردید ندارد، در آن شرایط بگوید کسی حق تعرض به حریم خصوصی افراد ندارد، «مستند و سندی فقهی» است... تمام این مسایلی که ایشان فرمودند در قانون اساسی هم آمده بود. درست است فقها قانون اساسی را تصویب کرده‌اند اما «فتوا» تلقی نمی‌شود. به هر حال قانون اساسی ایران است. اما این جا یک فقیه این حرف را می‌زند و مثل این است که در توضیح المسائلش فتوایی صادر کند... این برای ما یک سند است که نه خیر، هیچ کس حق تعرض به حریم خصوصی مردم ندارد. آبروی مردم در رأس امور است. آبروی مردم مثل جان آن‌ها است. تعرض به آبرو مثل تعرض به جان است... این مفاد پیام هشت ماده‌ای است و از شخصیتی که دارای مرجعیت فقهی است صادر شده. این را می‌توانیم فتوا تلقی کنیم. ایشان که بیخود با خط و امضای خودشان نمی‌نویسند. حتما یک مستندی به آیه، سنت، عقل یا اجماع دارند که این مطلب را می‌گویند. براساس مصالح نیست؛ بر اساس فتاوی حکم اولیه است که این‌ها را صادر فرمودند. این پیام مهم است و منحصر به یک روز و دو روز نیست؛ جاودان است... این‌ها یک احکام لایزال الهی است. هیچ وقت در هیچ زمانی و هیچ لحظه‌ای استثنا بردار نیست که بگوییم دیگر آثارش برداشته شد» [۲۰]. به این ترتیب ابتدای این فرمان به ادله فقهی آنچنانکه در متن آن به منع تجسس، منع اشاعه فحشا، تعدی از حدود الهی و غیره اشاره شده است، سبب فتوا بودن ماهیت آن می‌شود و ماهیت این فتوا حکم اولیه دانسته شده است، به نحوی که امام (ره) جرم خلاف مصلحت عمومی را در سطح غیر گسترده، به هیچ عنوان امر اهم محسوب ننموده و اطلاق ادله صیانت از حریم خصوصی را متذکر می‌شوند، از این باب عنوان می‌دارند که کسانی که معلوم شود «شغل» آنان جمع مواد مخدره و پخش بین مردم است، در حکم مفسد فی الأرض و مصداق «ساعی در ارض برای فساد» است و باید علاوه بر ضبط آنچه از این قبیل موجود است آنان را به مقامات قضایی معرفی کنند؛ اما نکته مهم آن است که تا وقتی برای ضابط این تردید وجود دارد که فرد اشتغال به جرم دارد یا به صورت عمده در این فعالیت است، مورد از موارد رجوع به اصل اولیه لفظی یعنی اطلاق حریم خصوصی بوده نه از مصادیق لزوم احتیاط در مصالح عمومی، این همان موضوعی است که در ماده ۵۷ قانون آ.د.ک به آن اشاره شده است؛ یعنی احراز جرائمی که خلاف امنیت و آسایش باشند. به همین جهت است که فتوای مرجع تقلید و حاکم حکومت اسلامی از

جمله دلایل خاص و مستحکم در تقویت استدلال مطرح شده محسوب می‌شود.

### ۳. مواد ۵۶ و ۵۷ قانون آ.د.ک

مقنن در ماده ۵۶ در تکمیل محتوای ماده ۵۵ در باب حوزه اختیارات ضابطین در جرائم غیر مشهود [۹، ص ۶۵]، ایشان را از بازرسی اشخاص، اشیاء و اماکن غیر مرتبط با موضوع منع نموده است. پشتوانه این ماده، بند هشت ماده واحده حقوق شهروندی است، که بیان می‌دارد «بازرسی‌ها و معاینات محلی، جهت دستگیری متهمان فراری یا کشف آلات و ادوات جرم بر اساس مقررات قانونی و بدون مزاحمت و در کمال احتیاط انجام شود و از تعرض نسبت به اسناد و مدارک و اشیایی که ارتباطی به جرم نداشته و یا به متهم تعلق ندارد و افشای مضمون نامه‌ها و نوشته‌ها و عکس‌های فامیلی و فیلم‌های خانوادگی وضبط بی‌مورد آنها خودداری گردد». عبارت «خودداری از ضبط و افشای اسنادی که ارتباط به جرم یا متهم نداشته» در بند هشت، و عبارت «خودداری از بازرسی اشیاء غیر مرتبط با موضوع» در ماده ۵۶، دقیقاً موضوع مطالعه حاضر است آنچنان که در فرمان هشت ماده‌ای آمده بود، و آن برخورد با آثار جرمی دیگر هنگام بازرسی جرم غیر مشهود و یا مشهود مانند کشف خانه تیمی یا مراکز فساد است؛ اما این دو عبارت به چه معناست؟ آیا به این معناست که اگر محتوای مجرمانه بود قابل پیگیری است و اگر مانند آنچه در ماده آمده، مثل عکس و فیلم خانوادگی و نامه و نوشته که ذاتاً اسناد مجرمانه محسوب نمی‌شود باشد، قابل ضبط و پیگیری نیست؟ یا منظور آن است که حتی اگر اسناد ماهیت مجرمانه ذاتی هم داشت، ماند آنچه در فرمان امام آمده بود، مانند آثار لهو و قمار یا تمام مصادیق مجرمانه‌ای که در بخش قبل اشاره نمودیم، به دلیل «بی ارتباطی با جرم فعلی» قابل ضبط و گزارش نیست و از مصادیق جرم مشهود محسوب نمی‌شود؟ در پاسخ، ماده ۵۷ قرینه ایست که بیان می‌دارد، چنانچه ضابط «آثار جرم دیگری را که تهدیدکننده امنیت و آسایش عمومی جامعه است مشاهده کند، ... ادله را حفظ و مراتب را به مرجع قضایی صالح گزارش می‌دهند و وفق دستور وی عمل می‌کنند»؛ مفهوم مخالف ماده آن است که اگر خلاف امنیت و آسایش عمومی نبود، قدر متیقن آن است که «چنین وظیفه‌ای ندارد»، اما همین جا «چنین وظیفه‌ای ندارد»، با «وظیفه دارد که آن را گزارش نکند» از نظر محتوا و آثار عملی بر اساس مبانی فقهی بیان شده تفاوت بسیاری دارد، و این تفاوت به محتوا و آثار اصل اولیه اطلاق حرمت

حوزه خصوصی باز می‌گردد. اصل اولیه اطلاق حرمت نقض حریم خصوصی، مفهوم مخالف ماده را به «امر در قالب جمله خبری» تبدیل می‌کند، یعنی «وظیفه دارد که در صورت فقدان این شرایط، ادله را حفظ نکند و گزارش ندهد». بنابراین در صورت تردید در تحقق شرایط، اصل اولیه بر اساس قرائن قانونی و فقهی مشخص شد و ضمانت اجرای آن در مواردی که به وسیله ضابطین رعایت نگردد، ماده ۷ قانون آ.د.ک جدید با ارجاع به ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی است.

حال مهم آن است که شرایطی را که تحقق واجب، معلق به احراز آن است مورد بررسی قرار دهیم تا بدانیم جرم خلاف امنیت و آسایش عمومی چیست؟ در باب این دو مفهوم تعریف به مصداق شده، و مانند مفهوم مصلحت عمومی معمولاً فرض بر بدیهی بودن این مفاهیم است، اما تأثیر تعریف دقیق این مفاهیم در موضوع حاضر آن است که در صورت عدم تبیین دقیق ماهیت آن، مصادیق به درستی قابل شناسایی نیست. وقتی مصادیق به درستی و یقینی قابل تطبیق بر تعریف نباشد، در عمل بر اساس معیار شخصی ضابطین عمل می‌گردد و این خطر نقض شدید حریم خصوصی را که حرمت مطلق آن و نه مقید، مورد پذیرش قرار گرفت، به دنبال خواهد داشت که هم جرم، هم معصیت، و هم تحصیل دلیل فاقد اعتبار شرعی خواهد بود. باید دید چه ویژگی در جرائم خاص علیه امنیت و آسایش وجود دارد که در سایر جرائم نیست؛ زیرا تمامی جرائم به نوعی امنیت و آسایش عمومی را خدشه دار می‌نمایند و اصلاً از همین روست که عنوان جرم و ضمانت اجرای کیفری به آنها تعلق گرفته است؛ اما در جرائمی که اختصاصاً ذیل این دو عنوان قرار می‌گیرد، ویژگی خدشه بر امنیت و آسایش ملموس‌تر و روشن‌تر از سایر جرائم است. یعنی به طور مستقیم با مفاهیم امنیت ملی در ارتباط است و آسایش عمومی را با سلب اعتماد عمومی نسبت به بنیان‌های اساسی اجتماع از بین می‌برد؛ [۲۵، ص ۱۵] به عبارت دیگر جرائم علیه امنیت به جرائمی اطلاق می‌شود که ضرر آن «مستقیماً» متوجه کشور، حکومت و ملت شود و با داشتن «قابلیت» لطمه به استقلال یا تمامیت ارضی کشور، امنیت و آسایش عمومی را مخدوش سازد [۶، ص ۱]؛ بر اساس این تعریف، قید «ارتباط مستقیم با امنیت و آسایش»، مواردی را که تنها ضرر به صورت محدود متوجه افراد می‌شود و یا اصلاً ضرر به غیر در این جرائم وجود ندارد را از تعریف خارج می‌کند.

در فصل سوم قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴، تعریف و مصادیق جنحه و

جنایت بر ضد آسایش عمومی در شش بحث، به طور کامل مشخص شده بود.<sup>۱</sup> حتی جنایت علیه امنیت داخلی و خارجی در دو عنوان مجزا بررسی شده بود؛ در قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲ به دلیل فقدان چنین تقسیم بندی صریحی، تشخیص این نوع جرائم بر اساس معیار شخصی و سلیقه‌ای بود؛ در ادامه همین روند در قانون سال ۱۳۷۵ نیز هر یک از این جرائم، بدون قید، ذیل یک عنوان کلی در بخش مربوط مورد بررسی قرار گرفت [۲۵، ص ۱۸]، و همین روش، در قانون مجازات ۱۳۹۲ نیز پی گرفته شده؛ در هر حال از آنجا که ابواب قانون مجازات اسلامی تقسیم بندی شرعی دارد نمی‌توان به صورت یقینی مصادیق خاص این نوع جرائم را شمارش نمود، مگر آنکه به تقسیم بندی عرفی جرائم که توسط حقوقدانان انجام شده است، یعنی جرائم علیه اموال، اشخاص و امنیت، کفایت نموده و قدر متیقن در جرائم علیه امنیت و آسایش را تنها جرائمی دانست که در این تقسیم‌بندی‌ها گنجانده شده است.

## برآمد

در تطبیق آنچه گفتیم با ماده ۵۷ قانون. آ.د.ک نکاتی قابل توجه است:

۱. با توجه به در مقام بیان بودن قانونگذار، استفاده از عناوینی چون جرائم علیه امنیت و آسایش دارای حقیقت قانونی با تعریفی خاص بوده که این تعریف آنچنان که گفتیم مبنای مشخصی ندارد و این ابهام و اجمال در ماده، کیفیت محتوای قانونی را کاهش می‌دهد و عمل به آن را با مشکلاتی رو به رو می‌سازد.
۲. بر فرض پذیرش تقسیم بندی عرفی حقوقدانان نسبت به این جرائم به عنوان مبنای مقرر، فرض قانونگذار بر «اطلاع ضابط از این تقسیم بندی علمی و تمامی جرائم علیه امنیت و آسایش هنگام رویارویی با جرائم» است، که در عمل، فرضی بعید و دور از ذهن می‌نماید، هرچند در صورت آموزش ابتدایی و در حین خدمت ضابطین قضایی می‌توان به رعایت آن امیدوار بود.
۳. براساس اجمال الفاظ قانونگذار در تقنین، و براساس آنچه در باب معیار جرم مشهود، و اصل اولیه بیان شد، در بزنگاه مواجهه ضابط با جرائمی که مصادق جرم علیه امنیت و آسایش بودن آن به وضوح محرز نیست، در تصمیم‌گیری لحظه‌ای نسبت به

۱. شامل جرائم قلب سکه، جعل و تزویر، محو یا شکستن مهر و سرقت نوشتجات از اماکن دولتی، فرار محبوسین، اخفاء مقصرین، غصب عناوین و مشاغل و تخریب ابنیه و آثار.

اقدام یا عدم اقدام در چنین مواردی، اصل بر عدم اقدام نسبت به ادله موجود در حریم خصوصی افراد می‌باشد.

۴. مواردی که مورد تردید ضابط در صدق این عناوین قرار گیرد، به دلیل اطلاق حرمت مکان خصوصی، یا نباید جرم مشهود دانسته شود که این به معنای انتخاب معیار «در مرئی و منظر و علن» بودن جرم مشهود است، و یا باید جرم مشهود تلقی شود اما با این موارد مورد تردید، مطابق جرم مشهود رفتار نشود.

## منابع

- [۱]. اردبیلی، محمدعلی (۱۳۸۶). حقوق جزای عمومی. جلد اول، تهران، نشر میزان
- [۲]. انصاری، مسعود، طاهری، محمدعلی (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی. جلد ۲، تهران، محراب فکر.
- [۳]. انصاری، ولی الله (۱۳۸۰). حقوق تحقیقات جنایی «مطالعه تطبیقی». چاپ اول، تهران، سمت.
- [۴]. انوری، حسن (۱۳۸۱). فرهنگ بزرگ سخن. چاپ اول، تهران، سخن.
- [۵]. تدین، عباس (۱۳۹۴). قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه. چاپ دوم، تهران، خرسندی.
- [۶]. توجهی، عبدالعلی (مهر ۱۳۸۸). تقریرات درس جزای اختصاصی ۳ (جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی). تهران، دانشگاه شهید مطهری.
- [۷]. چوپانی، مهدی (۱۳۸۸). مبانی و آثار فقهی و حقوقی جرائم مشهود. فصلنامه پژوهشنامه حقوق اسلامی، تهران، دوره ۱۰، شماره ۳۰.
- [۸]. حریری، محمد یوسف (۱۳۸۸). فرهنگ موضوعی تشریحی علوم اقتصادی. چاپ اول، تهران، نشر اطلاعات.
- [۹]. خالقی، علی (۱۳۹۳). نکته‌ها در آیین دادرسی کیفری. چاپ دوم، تهران، شهر دانش.
- [۱۰]. خلخالی، سید محمد مهدی موسوی (۱۴۲۲ ه. ق.). حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه. مترجم: جعفر الهادی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۱۱]. خمینی، روح‌الله (۱۳۸۹). صحیفه امام: مجموعه آثار امام خمینی (س) (بیانات، پیام‌ها، مصاحبه‌ها، احکام، اجازات شرعی و نامه‌ها). چاپ پنجم، جلد ۱۷، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
- [۱۲]. زراعت، عباس و مهاجری، علی (۱۳۸۳). شرح قانون آیین دادرسی کیفری. چاپ دوم، تهران، فکر سازان.
- [۱۳]. سروش، محمد (۱۳۹۳). مبانی حریم خصوصی. چاپ اول، تهران، انتشارات سمت و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- [۱۴]. سیدرضی (۱۳۷۹). نهج البلاغه. ترجمه: محمد دشتی، چاپ اول، تهران، علامه.
- [۱۵]. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۷۳). حقوق و اداری. تهران، سمت.
- [۱۶]. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۶ ق.). الاقتصاد. بیروت، دار الاضواء.
- [۱۷]. عمید زنجانی، عباسعلی و موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۸۸). بایسته‌های فقه سیاسی. چاپ اول، تهران، مجد.
- [۱۸]. عمید، حسن (۱۳۷۶). فرهنگ عمید. چاپ نهم، تهران، انتشارات امیرکبیر.
- [۱۹]. غزالی، امام محمد (بی تا). احیاء علوم الدین. جلد ۷، بیروت، دارالکتب العربی.

- [۲۰]. فرمان هشت ماده‌ای امام در گفتگو با آیت الله محقق داماد، قابل بازیابی در:  
<http://www.imam-khomeini.ir>
- [۲۱]. کدیور، محسن (۱۳۸۸). *حق الناس*. چاپ چهارم، تهران، نشر کویر.
- [۲۲]. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶ ق). *قواعد فقه*. چاپ دوازدهم، جلد ۲، تهران، علوم اسلامی.
- [۲۳]. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۰). *القواعد الفقهیه*. قم، مدرسه امام علی بن ابیطالب (ع).
- [۲۴]. موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۷۱). «اربعین حدیث» (چهل حدیث). تهران موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- [۲۵]. میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۳). *جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی*. چاپ بیست و پنجم، تهران، میزان.
- [۲۶]. نراقی، ملا احمد (بی تا). *معراج السعاده*. تهران، رشیدی.
- [۲۷]. نوبهار، رحیم (۱۳۸۷). *حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی*. چاپ اول، تهران، جنگل.
- [۲۸]. ولیدی، محمدصالح (۱۳۸۲). *بایسته‌های حقوق جزای عمومی*. چاپ سوم، تهران، امیرکبیر.
- [۲۹]. هدایتی، ابوالفضل (۱۳۸۷). *اصول اخلاق اجتماعی اسلام از منظر امام خمینی*. چاپ اول، تهران، نشر عروج.