



Intervention of Adults in the Process of Committing Crimes by Children (with a Critical Approach to the Article 128 of the Islamic Penal Code of 2013)

Ahmad Haji deh Abadi¹✉ Amirhossein Nezami Balouchi² Mehrdad Movahhedi³

1. Corresponding Author: Professor, Faculty of Law, Farabi College, University of Tehran, Qom, Iran. Email: adehabadi@ut.ac.ir
2. MA. Student in Criminal Law & Criminology, University of Shahid Beheshti, Tehran, Iran. Email: amirhossein.nezami.balouchi@gmail.com
3. Ph.D. in Criminal Law & Criminology, Farabi College, University of Tehran, Qom, Iran. Email: mehrdad.movahedi@ut.ac.ir

Article Info	ABSTRACT
Article type: Research Article	One of the innovations of the Islamic Penal Code of 1392, Article 128, states that: "Anyone who uses an immature person as a means to commit a crime will convict to the maximum legal punishment for that crime. also, anyone who assists in criminal behavior of an immature person will convict to the maximum punishment for accessory in that crime." Several questions arise: What reasons led the legislator to deviate from the principle of individualizing legal and judicial punishment and The legislator chooses the maximum punishment for the crime or accessory in that crime for the offender? Was there no other way to provide the basics of this article other than this writing tone? Couldn't this aggravation be applied to other disabled people like insane? Does the beginning of the article mean only the punishments of Article 19 or does it include all the punishments of Article 14(Haad punishment, Qesas Punishment)? According to the derivative liability system of crime, does the acceptance of the accessory in the juvenile crime mean to deviate from the derivative liability system of crime or does it have another meaning? Is it correct that the maximum punishment is prescribed for absolute accessory in a crime? According to Article 127 and the derivative liability system of crime, as well as taking into account the fact that immature persons are sentenced to security and educative measurer, what is the punishment of the accessory in the crimes committed by immature persons, which can be any of the punishments in Article 14? Does the meaning of "immature person" only mean "indiscerning minor " or does it include "discerning minor " as well? This article addresses the above questions and ultimately provides some suggestions.
Article history: Manuscript Received: 4 May 2024 Final revision received: 18 January 2025 Accepted: 28 February 2025 Published online: 5 March 2025	
Keywords: <i>derivative liability, stronger cause than principal, Article 128 of the Islamic Penal Code of 1392, Perpetration By Means/Indirect Co- perpetration, accessory, immature person.</i>	

Cite this article: Haji deh Abadi, Ahmad; Nezami Balouchi, Amirhossein; Movahhedi, Mehrdad. (2024) "Intervention of Adults in the Process of Committing Crimes by Children (with a Critical Approach to the Article 128 of the Islamic Penal Code of 2013), *Criminal Law and Criminology Studies*, 54 (2): 339-356, DOI: <https://doi.org/10.22059/JQCLCS.2025.376109.1915>



© The Author(s).

Publisher: University of Tehran Press.

<https://doi.org/10.22059/JQCLCS.2025.376109.1915>



مداخله بزرگسالان در ارتکاب جرم نابالغان (رویکردی انتقادی به ماده ۱۲۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲)

احمد حاجی ده‌آبادی^۱ | امیرحسین نظامی بلوچی^۲ | مهرداد موحدی^۳

۱. نویسنده مسئول: استاد گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده‌های فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران.

رایانامه: adehabadi@ut.ac.ir

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

رایانامه: amirhosein.nezami.balouchi@gmail.com

۳. دانشجوی دکترای حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشکده‌های فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران.

رایانامه: mehrdad.movahedi@ut.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله: مقاله پژوهشی تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۱۵ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۰/۲۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۱۰ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۲/۱۵ کلیدواژه‌ها: استعاره مجرمیت، سبب اقوی از مباشر، ماده ۱۲۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲، معاونت، نابالغ.	از نوآوری‌های ق.م.ا. ۱۳۹۲ ماده ۱۲۸ است که مطابق آن: «هر کس از فرد نابالغ به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم مستند به خود استفاده نماید به حداکثر مجازات قانونی همان جرم محکوم می‌گردد. همچنین هر کس در رفتار مجرمانه فرد نابالغی معاونت کند به حداکثر مجازات معاونت در آن جرم محکوم می‌شود». در مورد این ماده، سوالات متعددی مطرح است: چه دلیلی سبب شده تا قانونگذار از اصل فردی کردن قانونی و قضایی مجازات تعزیری عدول کرده و حداکثر مجازات جرم یا مجازات معاونت را بی‌کم‌وکاست بر مجرم بار می‌کند؟ راه دیگری برای تأمین مبانی وضع این ماده جز این لحن نگارش نبود؟ آیا نمی‌شد این تشدید را در مورد سایر افراد ناتوان مثل بالغ غیررشید و مجنون هم آورد؟ مقصود از صدر ماده تنها جرایم تعزیری است یا اعم از آن و جرایم مستوجب حدود و قصاص؟ با توجه به سیستم استعاره مجرمیت که معاون، جرم بودن عمل خود را از جرم بودن عمل اصلی می‌گیرد، آیا پذیرش معاونت در جرم نابالغ به معنای عدول از سیستم استعاره مجرمیت است یا معنای دیگری دارد؟ آیا اینکه برای مطلق معاونت در جرم نابالغ حداکثر مجازات پیش‌بینی شده است صحیح است؟ با توجه به اینکه مطابق ماده ۱۲۷ مجازات معاون تابعی از مجازات مباشر است و با توجه به اینکه نابالغ به اقدامات تأمینی محکوم می‌شود، مجازات معاونت در جرایم ارتكابی نابالغ اعم از جرم مستوجب حد، قصاص، دیه و یا تعزیر چگونه است؟ مقصود از نابالغ خصوص نابالغ غیرمميز است یا اعم از آن و ممیز؟ این مقاله به پاسخگویی پرسش‌های مذکور می‌پردازد و در نهایت پیشنهادهایی را ارائه می‌دهد.

استناد: حاجی ده‌آبادی، احمد؛ نظامی بلوچی، امیرحسین؛ موحدی، مهرداد (۱۴۰۳). مداخله بزرگسالان در ارتکاب جرم نابالغان (رویکردی

انتقادی به ماده ۱۲۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲)، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، ۵۴ (۲)، ۳۳۹-۳۵۶.

DOI: <https://doi.org/10.22059/JQCLCS.2025.376109.1915>



۱. مقدمه

با توجه به اینکه بزهکاری اطفال و نوجوانان تنها به یک شکل نیست و به صورت‌های مختلفی در سطح جامعه وجود دارد و همچنین بر خلاف افراد بالغ که بزهکاری آنان از پلیدی فکر نشأت می‌گیرد، بزهکاری اطفال و نوجوانان ترکیبی از عوامل محیطی، خانواده و کم‌تجربگی آنان است، حمایت از اطفال همواره مورد توجه قانونگذاران بوده است. زمانی که ارتکاب جرم توسط اطفال با مداخله افراد بالغ باشد، این حمایت و توجه قانونگذاران بیشتر خواهد بود. از نوآوری‌های قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ماده ۱۲۸ است که مطابق آن:

«ماده ۱۲۸- هر کس از فرد نابالغ به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم مستند به خود استفاده نماید به حداکثر مجازات قانونی همان جرم محکوم می‌گردد. همچنین هر کس در رفتار مجرمانه فرد نابالغی معاونت کند به حداکثر مجازات معاونت در آن جرم محکوم می‌شود.»

قانونگذار در ماده ۱۲۸ ق.م.ا. در مقام بیان دو حکم کلی است؛ ابتدا مجازات شخصی را که از نابالغ به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم مستند به خود استفاده کرده، بیان می‌دارد و مجازاتش را حداکثر مجازات قانونی جرم می‌داند و در قسمت اخیر ماده نیز مجازات شخصی را که در ارتکاب رفتار مجرمانه نابالغ معاونت کند مقرر داشته و برای وی حداکثر مجازات معاونت را تعیین کرده است.

آنچه در نگاه اول به ذهن خطور می‌کند، عدول قانونگذار از یکی از اصول بسیار مهم مجازات‌ها یعنی اصل فردی کردن مجازات‌هاست که بیشتر نظام‌های حقوقی آن را پذیرفته‌اند و نظام حقوقی اسلام نیز چهارده قرن قبل با قاعده «التعزیر بما یراه الحاكم» آن را تأسیس کرد و پذیرفت. مطابق این اصل نباید برای اشخاص متعددی که مرتکب جرم واحدی می‌شوند، همواره مجازات یکسانی در نظر گرفت؛ بلکه باید با توجه به اموری از جمله انگیزه مرتکب و وضعیت ذهنی و روانی وی حین ارتکاب جرم، شیوه ارتکاب جرم، اقدامات مرتکب پس از ارتکاب جرم، سوابق و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی مرتکب (ماده ۱۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲) میزان و مجازات مناسب انتخاب کرد. اصل فردی کردن مجازات‌ها در دو حوزه تقنینی (هنگام وضع قانون توسط قانونگذار) و قضایی (هنگام تعیین مجازات توسط قاضی) کاربرد دارد. این اصل در ماده ۱۲۸ مورد بی‌مهری قرار گرفته است. ماده ۱۲۸ قاضی را ملزم کرده است که برای فردی که از نابالغ به‌عنوان وسیله جرم مستند به خود استفاده می‌کند و یا در جرم نابالغ معاونت می‌کند، او را به حداکثر مجازات اصل جرم و یا معاونت در آن محکوم سازد.

با توجه به آنچه بیان شد سؤالات متعددی در این زمینه مطرح می‌شود که این مقاله به بررسی آنها می‌پردازد. از جمله مبانی وضع ماده ۱۲۸ چیست؟ آیا این مبانی آنقدر اهمیت دارد که اختیار قاضی در تعیین مجازات متناسب که سبب اصلاح و درمان مجرم می‌شود و نیز سیاست کاهش حبس تعزیری را از بین ببرد؟ آیا راه دیگری برای تأمین مبانی وضع این ماده جز این لحن نگارش نبود؟ مقصود از صدر ماده ۱۲۸ تنها جرایم تعزیری است یا اعم از آن و جرایم مستوجب حدود و قصاص؟ با توجه به اینکه در معاونت سیستم استعاره مجرمیت وجود دارد و معاون جرم بودن عمل خود را از جرم بودن عمل اصلی می‌گیرد، آیا پذیرش معاونت در جرم نابالغ به معنای عدول از سیستم استعاره مجرمیت است یا معنای دیگری دارد؟ آیا این مبانی در خصوص سایر مرتکبان جرایم مانند بالغ غیررشدید و افراد خواب و مجنون قابل اعمال است یا خیر؟ اینکه برای مطلق معاونت در جرم نابالغ حداکثر مجازات پیش‌بینی شده است صحیح است؟ با توجه به اینکه مطابق ماده ۱۲۷ مجازات معاون تابعی از مجازات مباشر است و نابالغ به اقدامات تأمینی محکوم می‌شود، مجازات معاونت در جرایم ارتكابی نابالغ اعم از جرم مستوجب حد، قصاص، دیه و یا تعزیر چگونه است؟ مقصود از نابالغ خصوص نابالغ غیر ممیز است یا اعم از آن و ممیز؟ و...

این مقاله به پاسخگویی پرسش‌های مذکور می‌پردازد. ابتدا سیر قانونگذاری و بعد حقوق دیگر کشورها بررسی می‌شود. سپس به تبیین مبانی ماده ۱۲۸ و نقد و بررسی آن می‌پردازیم. پس آنگاه به تبیین و نقد و بررسی قسمت اول ماده مذکور و سپس قسمت دوم این ماده می‌پردازیم. آنگاه از رابطه قوانین خاص با ماده ۱۲۸ و در پایان نتیجه ارائه می‌شود.

۲. سیر قانونگذاری

در قوانین قبلی اعم از قوانین قبل و پس از انقلاب این ماده اثری از موضوع این ماده دیده نمی‌شود. این موضوع برای اولین بار در قانون خاص مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می‌کنند (مصوب ۱۳۸۶)، مورد اشاره قرار گرفت. تبصره ۳ ماده ۳ این قانون اشعار دارد: «استفاده از صغار برای نگهداری، نمایش، عرضه، فروش و تکثیر نوارها و لوح‌های فشرده غیرمجاز موضوع این قانون موجب اعمال حداکثر مجازات‌های مقرر برای عامل خواهد بود». همچنین در ماده ۳۵ قانون مبارزه با مواد مخدر اصلاحی سال ۱۳۸۹ قانونگذار در حکمی مشابه به این موضوع پرداخته است:

«ماده ۳۵: هر کس اطفال و نوجوانان کمتر از هجده سال تمام هجری شمسی و افراد محجور عقلی را به هر نحو به مصرف و یا به ارتکاب هر یک از جرائم موضوع این قانون وادار کند و یا دیگری را به هر طریق مجبور به مصرف مواد مخدر یا روان‌گردان نماید و یا مواد مذکور را جبراً به وی تزریق و یا از طریق دیگری وارد بدن وی نماید به یک و نیم برابر حداکثر مجازات قانونی همان جرم و در مورد حبس ابد به اعدام و مصادره اموال ناشی از ارتکاب این جرم محکوم می‌شود. در صورت سایر جهات از جمله ترغیب، مرتکب به مجازات مباشر جرم محکوم می‌شود.»

با توجه به حکم خاص قوانین مورد اشاره، امکان تعمیم آن به سایر جرایم وجود نداشت. بر اساس لایحه قانون مجازات اسلامی (کلیات، حدود، قصاص و دیات) پیشنهادی قوه قضاییه، ماده ۳-۱۳۳:

«هر کس با علم و عمد از طفل نابالغ به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم خود استفاده کند به حداکثر مجازات قانونی همان جرم محکوم می‌گردد و اگر با تحریک، ترغیب، تطمیع، تهدید و یا تسهیل ارتکاب جرم، زمینه ارتکاب جرم را برای طفل فراهم کند به حداکثر مجازات معاونت در آن جرم محکوم می‌شود.»

اما در مصوبه مجلس و با اصلاحات صورت گرفته، ماده به این شکل تغییر پیدا کرد:

«هر کس از فرد نابالغ به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم خود استفاده نماید به حداکثر مجازات قانونی همان جرم محکوم می‌گردد. همچنین هر کس در رفتار مجرمانه فرد نابالغی معاونت کند به حداکثر مجازات معاونت در آن جرم محکوم می‌شود.»

مجلس با اصلاحاتی که لحاظ کرد سبب شد تا برخی مصادیق معاونت که در لایحه به تمام آنها اشاره شده بود، با عبارت کلی «هر کس در رفتار مجرمانه فرد نابالغی معاونت کند» تکمیل شود. شورای نگهبان طی ایرادی که وارد کرد از مجلس شورای اسلامی خواست که از عبارت «جرم خود» رفع ابهام کند. به‌عبارتی ابهام شورا این بود:

«از آنجا که در این ماده مشخص نیست آیا منظور از عبارت جرم خود استناد جرم به شخص مباشر است یا غیر او، ماده ی مزبور دارای ابهام است. توضیح آنکه اگر منظور از این عبارت آن باشد که جرم مستند به مباشر است اشکالی ندارد ولی اگر منظور استناد جرم به شخصی غیر از مباشر باشد، در برخی موارد مانند جایی که فرد بالغ طفلی را اجیر کرده تا شخصی را زناکار خطاب قرار دهد، استناد جرم قذف به شخص بالغ صحیح نیست» (توکل‌پور و همکاران، ۱۳۹۷: ۷۷-۷۸).

مجلس در مصوبه اصلاحی متن ماده ۱۲۷ را بدین گونه اصلاح کرد:

«هر کس از فرد نابالغ به عنوان وسیله ارتکاب جرم مستند به خود استفاده نماید به حداکثر مجازات قانونی همان جرم محکوم می‌گردد. همچنین هرکس در رفتار مجرمانه فرد نابالغی معاونت کند به حداکثر مجازات معاونت در آن جرم محکوم می‌شود.»

نتیجه آنکه برای اولین بار قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به این موضوع پرداخت.

۳. مطالعه تطبیقی (اشاره‌ای به حقوق کیفری چین و فرانسه)

چون بررسی این موضوع در همه کشورهای از موضوع این مقاله خارج است، تنها به بررسی آن در دو کشور چین و فرانسه می‌پردازیم. چین حمایت خود را منحصر به افراد کمتر از ۱۸ سال تمام کرده، در حالی که ماده ۱۲۸ نابالغ و افراد کمتر از ۱۵ یا ۹ سال را مورد تأکید قرار داده است. مطابق ماده ۲۹ قانون جزای چین مصوب ۱۹۹۷:

«...هر کس شخصی را که کمتر از ۱۸ سال تمام دارد تحریک به ارتکاب جرم کند، به مجازات شدیدتر از مجازات اصلی محکوم می‌شود. اگر شخص تحریک شده مرتکب جرم مورد تحریک نشود، تحریک کننده به مجازات سبک تر محکوم یا در مجازات او تخفیف داده خواهد شد» (به نقل از محبی و ریاضت، ۱۳۹۷: ۶۴۷-۶۴۸).

بر خلاف ماده ۱۲۸ ق.م.ا، ماده ۲۹ قانون جزای چین وسیله قرار دادن نابالغ را پیش‌بینی نکرده و حکم ماده تنها منحصر به مصداق خاصی از معاونت است. از نظر میزان مجازات مشخص شده نیز میان دو کشور تفاوت‌هایی وجود دارد. در هر دو ماده مجازات معاون حالت تشدید دارد، با این تفاوت که تشدید ماده ۱۲۸ ق.م.ا، حداکثر مجازات معاونت در آن جرم است و در ماده ۲۹ قانون جزای چین مجازات تحریک کننده (به عنوان مصداق خاصی از معاونت) شدیدتر از مجازات اصلی جرم است که در این صورت اگر شخص کمتر از ۱۸ سال مرتکب جرمی مثلاً با مجازات ۱۰ سال حبس شود، تحریک کننده به مجازاتی بیش از ۱۰ سال محکوم خواهد شد، در حالی که در ایران تشدید کیفر معاون بیش از مجازات اصلی نیست. ذکر این نکته خالی از لطف نیست که قانون مجازات اسلامی سن رسمی مسئولیت کیفری افراد را سن بلوغ قرار داده است (ماده ۱۴۷)، در حالی که سن رسمی مسئولیت کیفری در چین ۱۴ سال است، اما ماده ۲۹ قانون جزای چین افراد موضوع حکم را زیر ۱۸ سال تمام قرار داده است و دید گسترده‌تری نسبت به حمایت از اطفال و نوجوانان دارد، لکن افراد موضوع حکم ماده ۱۲۸ قانون مجازات اسلامی افرادی را در برمی‌گیرد که از نظر معیار سن، کمتر از میزان مورد اشاره در ماده ۱۴۷ ق.م.ا است (شاملو، ۱۳۹۰: ۸۲).

در مواد ۱۸-۲۲۷ تا ۲۱-۲۲۷ قانون کیفری فرانسه به موضوع حمایت از اطفال و نوجوانان پرداخته شده و همچنین تشدیدهایی نیز نسبت به افرادی که اشخاص کمتر از ۱۵ سال را تحریک و ترغیب می‌کنند، در نظر گرفته شده است. مطابق ماده ۱۸-۲۲۷، ترغیب کودکان به استفاده از مواد مخدر کیفر پنج سال حبس و جزای نقدی ۱۰۰,۰۰۰ یورو خواهد داشت. در خصوص چگونگی و میزان تشدید، قانونگذار فرانسه به گونه‌ای دقیق‌تر عمل کرده و هم میزان تشدید را به‌طور حداکثری قرار نداده است و هم اینکه امکان اعمال اصل فردی کردن مجازات وجود دارد. به این صورت که اگر شخص، طفل زیر ۱۵ سال باشد، یا در صورتی که ترغیب به استفاده از مواد مخدر در چارچوب امورات تحصیلی طفل واقع شده باشد (بدین معنا که این اعمال مجرمانه در محیط تحصیلی طفل و یا در حین ورود و خروج دانش آموزان باید صورت بگیرد)، کیفر مرتکب تا هفت سال حبس و ۱۵۰,۰۰۰ یورو جزای نقدی قابل تشدید است. ماده جدید ۱-۱۸-۲۲۷ نیز تحریک کودکان به حمل، نگهداری، عرضه و فروش مواد مخدر را جرم‌انگاری کرده است. بر اساس ماده ۲۰-۲۲۷ تحریک به تکی‌گری

طفل، دو سال حبس و جزای نقدی ۴۵,۰۰۰ یورو خواهد داشت. در این مورد نیز اگر طفل زیر ۱۵ سال باشد، مجازات مرتکب تا سه سال حبس و ۷۵,۰۰۰ یورو جزای نقدی است (فرانسوا رنوچی و کورتن، ۲۰۰۱: ۷۲-۷۳). سن رسمی مسئولیت کیفری در فرانسه ۱۳ سال است، لیکن قانونگذار تشدید جرایم مذکور را برای تحریک و ترغیب‌کنندگان افراد زیر ۱۵ سال در نظر گرفته است (شاملو، ۱۳۹۰: ۸۲). به‌طور کلی سیاست نظام‌های حقوقی پیش‌گفته بر این است که از سوءاستفاده از اطفال و نوجوانان، با وضع مجازات شدیدتر جلوگیری به‌عمل آورد. در مقایسه، ذیل ماده ۱۲۸ ق.م.ا. با مواد مورد اشاره از قانون کیفری فرانسه هماهنگ است، لکن قانونگذار فرانسه در تعیین مجازات به‌صورت دقیق‌تری عمل کرده و اعمال اصل فردی کردن مجازات از نظر قانونگذار فرانسه دور نمانده است.

۴. مبنای ماده و ارزیابی ماده بر اساس آن

۴.۱. مبنا

رویکرد تمام نظام‌های حقوقی در سراسر جهان بر این است که حتی‌الامکان از اطفال و نوجوانان حمایت لازم به‌عمل آید تا به تعالی و رشد برسند. این افراد به لحاظ وضعیت جسمی و روانی که دارند، بعضاً در معرض سوءاستفاده و ارتکاب جرم قرار می‌گیرند و در نتیجه از هدف تعیین‌شده که همان رشد و رسیدن به اهداف متعالی است، بازمی‌مانند.

در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ نمونه‌هایی از حمایت‌های قانونگذار و مجازات‌های سنگین برای مجرمان مشاهده می‌شود. همچنین در قانون مذکور هشت نهاد و دستگاه را مکلف به همکاری با دفتر حمایت از اطفال و نوجوانان کرده و تکالیفی را برای آنان مقرر کرده است (رزازاده، ۱۴۰۰: ۳-۴). در ماده ۱۲۸ قانون مجازات اسلامی نیز رویکرد قانونگذار حمایت از نابالغان است. در هر صورت باید توجه داشت که نحوه واکنش به این دسته می‌تواند در سوییچری نظام رفتاری آنان در آینده نقش‌آفرین باشد و نباید به‌گونه‌ای واکنش نشان داد که بزهکاری آنان در بزرگسالی حالت مستمر داشته باشد (نیازپور، ۱۴۰۱: ۲۰ و ۲۱).

این موضوع برگرفته از آموزه‌های جرم‌شناسی و نظریاتی چون نظریه معاشرت‌های ترجیحی است که مطابق آن رفتار مجرمانه آموختنی است و این آموزش رفتار، در خلال تعامل با دیگر افراد در فرایندی از ارتباط صورت می‌پذیرد (پی ویلیامز و همکاران، ۱۳۹۸: ۱۲۹).

همچنین نظریه یادگیری اجتماعی - که اندیشمندانی همچون جفری واکرز، آن را مطرح کرده‌اند - یکی از مبانی جرم‌شناختی وضع این ماده است. نظریه یادگیری در خصوص تأثیر رفتار یک فرد بر محیط و به‌دنبال آن پیامدهای آن تأثیر بر روی فرد است (پی ویلیامز و همکاران، ۱۳۹۸: ۳۱۲). چنانچه بالغی، نابالغ را به ارتکاب رفتار مجرمانه تشویق یا تحریک کند، به‌دلیل تشویق و تقویت مثبت، درصدد تکرار جرم افزایش می‌یابد و پیامدهای جبران‌ناپذیری برای شخص مرتکب و جامعه رقم خواهد خورد. حساسیت انحراف به سمت بزهکاری در این گروه سنی، سبب شد که برای سوءاستفاده کنندگان و اشخاصی که از این گروه برای ارتکاب جرم استفاده می‌کنند، مجازات‌های سنگین از جمله ماده ۱۲۸ و ماده ۳۵ قانون مبارزه با مواد مخدر الحاقی سال ۱۳۸۹، در نظر گرفته شود.

۴.۲. ارزیابی ماده بر اساس مبنای آن

بررسی ضرورت وضع ماده به این پرسش پاسخ می‌دهد که آیا امکان تأمین مبانی ماده ۱۲۸ قانون مجازات اسلامی از طرق دیگری غیر از اعمال حداکثر مجازات قانونی یا حداکثر مجازات معاونت وجود دارد یا خیر؟ و آیا سیاست افتراقی صورت‌گرفته در خصوص نابالغ صحیح است، بدین‌معنا که تنها و تنها نابالغان مشمول این مبنا هستند؟ و یا قانونگذاری صورت‌گرفته به‌نحو صحیح بوده است؟

۴.۲.۱. عدول نابجا از اصل فردی کردن مجازات‌ها

مطابق اصل فردی کردن مجازات‌ها، در تعیین نوع و میزان مجازات باید به ویژگی‌های مرتکب از جمله ویژگی‌های جسمی، روانی و شخصیت اجتماعی توجه کرد. یکی از دلایل موافقان اصل فردی کردن مجازات‌ها این است که تنها وجه مشترک افرادی که مرتکب جرم یکسان می‌شوند، همان جرم ارتكابی است و از جهات دیگر تفاوت میان آن‌ها کاملاً مشخص است (میرمحمد صادقی، ۱۴۰۰: ۱۲۲-۱۳۲). با توجه به این توضیحات و ضرورت اعمال اصل فردی کردن مجازات‌ها، نادیده گرفتن مواردی چون سن، شخصیت اجتماعی، وضعیت روحی و روانی و سلامت جسمانی به دور از عدالت است.

در ماده ۱۲۸، قانونگذار از اصل فردی کردن مجازات‌ها عدول کرده و مجازات ثابتی برای مرتکبان مقرر کرده است. به نظر می‌رسد قانونگذار می‌توانست ضمن برخورد شدید با معاونان جرایم نابالغان یا افرادی که نابالغان را وسیله ارتکاب جرم قرار می‌دهند، از اصل فردی کردن مجازات‌ها عدول نمی‌کرد و اختیار قاضی را برای تعیین کیفر محدود می‌کرد؛ برای مثال مقرر می‌کرد که قاضی نمی‌تواند به کمتر از نصف یا سه‌چهارم مجازات اصلی حکم دهد. چرا قاضی باید برای مطلق افرادی که از نابالغ به‌عنوان وسیله برای جرم مستند به خود استفاده کرده یا در جرم او معاونت کردند، حداکثر مجازات را در نظر بگیرد و حتی نتواند مجازات را به نوع دیگری تبدیل کند؟ چه‌بسا مرتکبان این جرایم از وضعیت یکسانی برخوردار نبوده و می‌طلبید که مجازات متفاوت داشته باشند. بهتر بود قانونگذار به‌جای لزوم اعمال حداکثر، از یک سو حداقلی بیش از حداقل قانونی در نظر می‌گرفت و از سوی دیگر در جانب حداکثر دست قاضی را باز می‌گذاشت تا مجازات مناسب را اعمال کند.

۴.۲.۲. بی‌اثر بودن ماده در عمل

توضیح بیشتر اینکه تنها جایی که این ماده نمود پیدا می‌کند در فرضی است که کیفیات مخففه ماده ۳۸ موجود نباشد و گرنه در فرضی که این جهات موجود است و دادگاه بخواهد بر اساس ماده ۳۷ عمل کند فرقی نمی‌کند شخص از فرد بالغ به‌عنوان جرم مستند به خود استفاده کند و یا در جرم او معاونت کند؛ در هر صورت نتیجه یکسان است. بله در فرضی که موضوع این ماده محقق باشد و جهات مخففه نباشد، دادگاه باید مرتکب را به حداکثر مجازات جرم یا معاونت در آن محکوم کند. این در حالی است که اگر به‌جای نابالغ، بالغ باشد دادگاه می‌تواند حداقل مجازات قانونی جرم را حکم دهد. در ادامه خواهد آمد که این ماده در جایی که کسی از نابالغ به‌عنوان وسیله برای جرم مستند به خود در جرایم موجب حد و قصاص استفاده کند، هیچ اثری ندارد و بود و نبود این ماده یکسان است. اثر ماده تنها در جایی است که جرم ارتكابی تعزیری باشد و یا شخص در ارتکاب جرم نابالغ معاونت نماید که معاونت هم ماهیتاً تعزیری است. حال در نظر بگیرید کسی که از نابالغ به‌عنوان وسیله جرم استفاده کرده است و یا در جرم نابالغ معاونت کرده است، طبعاً در این موارد- اگر نگوئیم همواره، لااقل در بیشتر موارد- یکی از جهات مخففه ماده ۳۸^۱ فراهم است. به‌خصوص که بند پ و ث و ژ از قبیل را آورده است. نتیجه آن می‌شود که دادگاه می‌تواند مطابق ماده ۳۷ تخفیف بدهد. به تعبیر دیگر اگرچه ماده ۱۲۸ حداکثر مجازات را پیش‌بینی کرده، ولی منعی از اعمال تخفیف مواد ۳۷ و ۳۸ در صورت وجود جهات مخففه نکرده است. از سوی دیگر بعید است بتوان فرض کرد در جرایم تعزیری یکی از

۱. «الف) گذشت شاکی یا مدعی خصوصی؛ ب) همکاری مؤثر متهم در شناسایی شرکا یا معاونان، تحصیل ادله یا کشف اموال و اشیای حاصله از جرم یا به‌کاررفته برای ارتکاب آن؛ پ) اوضاع و احوال خاص مؤثر در ارتکاب جرم، از قبیل رفتار یا گفتار تحریک‌آمیز بزه‌دیده یا وجود انگیزه شرافتمندانه در ارتکاب جرم؛ ت) اعلام متهم قبل از تعقیب یا اقرار مؤثر وی در حین تحقیق و رسیدگی؛ ث) ندامت، حسن سابقه و یا وضع خاص متهم از قبیل کهولت یا بیماری؛ ج) کوشش متهم به‌منظور تخفیف آثار جرم یا اقدام وی برای جبران زیان ناشی از آن؛ چ) خفیف بودن زیان وارده به بزه‌دیده یا نتایج زیانبار جرم؛ ح) مداخله ضعیف شریک یا معاون در وقوع جرم».

جهات ماده ۳۸ نباشد. نتیجه آن می‌شود که دادگاه می‌تواند بر اساس ماده ۳۷ تخفیف دهد. در نتیجه بود و نبود ماده ۱۲۸ یکسان خواهد بود.

۴.۲.۳. روشن نبودن چرایی حمایت از خصوص نابالغ (وضعیت مشابه بالغ غیررشد و مجنون)

قانونگذار در ماده ۱۲۸ ق.م.ا، تنها به نابالغان اشاره کرده و دیگر مجبوران را مشمول حکم ماده قرار نداده است. سؤال این است که آیا حکم ماده نمی‌توانست سایر مصادیق را در برگیرد؟

۴.۲.۳.۱. بالغ غیررشد

ناتوانی نابالغان از بعد جسمی و ذهنی می‌تواند از موجبات سوءاستفاده باشد. قانونگذار می‌توانست این ناتوانی از بعد جسمی و ذهنی را در خصوص بالغ غیررشد نیز در نظر گرفته و بالغ غیررشد را مشمول حکم ماده ۱۲۸ قانون مذکور قرار می‌داد به‌خصوص که قانونگذار در تحولی قابل تأمل در ماده ۹۱ صرف بلوغ را برای تحمیل قصاص و حدود کافی نمی‌داند. روشن نیست، چرا قانونگذار با پیش گرفتن سیاست افتراقی تنها در مورد نابالغ به وضع ماده مذکور پرداخته است. قانونگذار می‌توانست حکم این ماده را، حداقل نسبت به بالغ غیررشد نیز تعمیم دهد. آنچه بر اهمیت این مطلب می‌افزاید اینست که قانونگذار واژه نابالغ را بکاربرده و می‌دانیم که سن بلوغ در دختران اتمام ۹ سال قمری و در پسران ۱۵ سال قمری است. نتیجه این می‌شود که اگر کسی از دختری مثلاً ده ساله به عنوان وسیله ارتکاب جرم مستند به خود استفاده کند یا در جرم وی معاونت کند، مشمول ماده ۱۲۸ نمی‌باشد! برای رفع مشکل بهتر است قانونگذار به جای واژه نابالغ، میزان سنی را مشخص کند.

۴.۲.۳.۲. مجنون

اگرچه جنون به معنای فقدان اراده یا قوه تمیز است (ماده ۱۴۹)، اما جنون ملازمه با زوال کامل عقل و آموزش پذیری ندارد. بسیاری از مجانین بعد از مدت‌ها آموزش، آموزش‌های لازم برای انجام حرفه و... را یاد گرفته و چنین زندگی می‌کنند. در نتیجه به‌نظر می‌رسد اینکه قانونگذار تشدید مجازات را تنها در فرضی بیان کرده که شخصی از نابالغ استفاده نماید این حصر به نظر نادرست است. چنانکه در ماده ۳۵ قانون مبارزه با مواد مخدر اصلاحی سال ۱۳۸۹ قانونگذار علاوه بر اطفال و نوجوانان کمتر از هجده سال تمام هجری شمسی، افراد مجبور عقلی را هم مدنظر قرار داده بود.

۴.۲.۴. اطلاق نادرست ماده

با توجه به آنچه در تبیین مبنای ماده گذشت، روشن می‌شود که اطلاق صدر و ذیل ماده درست نیست، به‌خصوص اطلاق ذیل ماده. توضیح اینکه معاونت در ارتکاب جرم به این صورت است که معاون یا در ایجاد عنصر معنوی جرم مؤثر است و عنصر معنوی را در مرتکب ایجاد می‌کند، مثلاً او را تحریک و تشویق و تطمیع می‌کند و یا در ایجاد عنصر مادی، مثلاً وسیله ارتکاب جرم را تهیه می‌کند. در فرض اخیر مرتکب قصد مجرمانه را دارد. اطلاق ماده شامل هر دو فرض می‌شود؛ یعنی کسی که در جرم نابالغی معاونت کرده اعم از اینکه قصد مجرمانه را در او ایجاد کرده یا تنها وسیله ارتکاب جرم را به او داده یا راه ارتکاب جرم را به او آموزش داده به حداکثر مجازات معاونت محکوم می‌شود؛ درحالی‌که در مورد فرض دومی تشدید به نظر بی‌جهت است، زیرا موضوع تعلیم جرم و... بی‌معناست. در نظر بگیری نابالغی که مجرم به عادت است و جرم سرقت انجام می‌دهد، به دیگری مراجعه کند و

از او کلیدی برای جرم سرقت بخواهد و او با ساخت کلید و تحویل آن به نابالغ معاونت در جرم کند. واقعاً کار این شخص چگونه سبب آموزش جرم می‌شود و چه دلیلی دارد که مجازاتش تشدید شود. به همین دلیل است که در برخی کشورها مثل چین تشدید مجازات تنها در مورد معاونی است که نابالغ را تحریک و تشویق می‌کند. در ماده ۳-۱۳۳ پیشنهادی قوه قضاییه هم به‌درستی آمده بود: «هر کس.. با تحریک، ترغیب، تطمیع، تهدید و یا تسهیل ارتکاب جرم، زمینه ارتکاب جرم را برای طفل فراهم کند به حداکثر مجازات معاونت در آن جرم محکوم می‌شود» که مورد بی‌توجهی واقع شد. عین همین وضعیت در صدر ماده هم حاکم است. کسی که از نابالغ به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم مستند به خود استفاده می‌کند گاه او را اجبار و اکراه به جرم کرده است، یعنی به‌نوعی نابالغ خبر از وقوع جرم دارد و برای او بدآموزی دارد، ولی گاه چنین نیست. برای مثال کسی داخل غذای نذری مواد مخدر جاسازی می‌کند و از نابالغ می‌خواهد که آن را به آدرس خاصی ببرد و او چنین می‌کند. بعداً جرم کشف می‌شود و بدون اینکه پای نابالغ به دادگاه و دستگاه قضایی باز شود، مرتکب تحت پیگیری قرار می‌گیرد. کار او بدآموزی و آموزش جرم به دنبال نداشته است. بنابراین اطلاق ماده با توجه به مبنای ماده صحیح نیست.

۵. تبیین قسمت اول ماده

۵.۱. چگونگی وسیله بودن فرد نابالغ (جاهل، مجبور، مکره)

در صورتی می‌توان مرتکب را ضامن دانست که بتوان رفتار مجرمانه را به وی مستند دانست (مواد ۴۹۲ و ۴۹۳). با توجه به ذیل ماده ۴۹۳ معلوم می‌شود بحث لزوم استناد در همه جرایم مطرح است و نه خصوص جنایت (حاجی ده‌آبادی، ۱۴۰۱: ۵۹). با توجه به قسمت اخیر ماده ۵۲۶ ق.م.ا که مقرر می‌دارد: «...در صورتی که مباشر در جنایت بی‌اختیار، جاهل، صغیر غیرممیز یا مجنون و مانند آنها باشد فقط سبب، ضامن است»، می‌توان نتیجه گرفت در صورتی که شخص بالغی از شخص بی‌اختیار، جاهل، صغیر غیرممیز یا مجنون برای ارتکاب جرم استفاده کند، نمی‌توان جنایت را به اشخاص اخیرالذکر مستند دانست و شخص بالغ، مباشر معنوی محسوب و به مجازات جرم محکوم می‌شود. بنابراین اگر زنی، آب میوه مسمومی را به فرزند غیرممیزش بدهد تا آن را برای همسرش ببرد و پدر در اثر نوشیدن آب میوه بمیرد، جنایت حاصله به آن زن مستند می‌شود.

پس با توجه به تصریح قسمت اخیر ماده ۵۲۶، در خصوص صغیر غیرممیز هیچ‌گونه شبهه‌ای وجود ندارد که می‌تواند وسیله ارتکاب جرم باشد، تبصره ۱ ماده ۳۷۵ ق.م.ا. نیز با این حکم هماهنگ است. مطابق تبصره مذکور «اگر اکراه‌شونده طفل غیرممیز یا مجنون باشد فقط اکراه‌کننده محکوم به قصاص است».

در خصوص صغیر ممیز هم در صورتی که در ارتکاب جرم مجبور، جاهل و مکره باشد، جرم به وی مستند نیست و به سبب مستند است. عین این وضعیت در جایی که مباشر جاهل یا بی‌اختیار باشد، جاری است.

۵.۲. مقصود از نابالغ؟ غیرممیز یا اعم از آن و ممیز؟

در این خصوص اختلاف نظر است. برخی معتقدند نابالغ مطلق و اعم از صغیر ممیز و غیرممیز می‌باشد (محبی و ریاضت، ۱۳۹۷: ۶۴۷). برخی دیگر از حقوقدانان نیز تفاوتی میان صغیر ممیز و غیرممیز ننهاده‌اند (فتحی، ۱۴۰۲: ۳۵۴). در مقابل برخی معتقدند صدر ماده به صغیر غیرممیز اشاره دارد (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۲: ۳۱۶). برخی دیگر با این استدلال که ارتکاب جرم از سوی کسی که حسن و قبح فعل یا ترک فعلش را نمی‌داند قابل تصور نیست معتقدند صدر ماده ۱۲۸ را باید بر غیرممیز بودن طفل بار کرد که صرفاً

ابزاری در دست سایرین است (برهانی و لطفعلی‌زاده، ۱۴۰۱: ۱۸۵). نویسندگان دیگری نیز با بیانی متفاوت بر همین نظر بوده و بیان کرده‌اند: «ماده ۱۲۸ در خصوص صغیر غیرممیز است که معاون جرم، مباشر جرم تلقی می‌شود» (حسنی و علیزاده، ۱۳۹۹: ۱۵۳).^۱

به نظر می‌رسد با توجه به اطلاق کلمه نابالغ در صدر ماده و با توجه به اینکه امکان تصور استفاده از نابالغ ممیز به عنوان وسیله ارتکاب جرم وجود دارد، می‌توان نتیجه گرفت که منظور از نابالغ در صدر ماده ۱۲۸ هم شامل صغیرممیز و هم شامل صغیر غیرممیز است. ظاهراً استدلال کسانی که صدر ماده را ناظر به صغیر غیرممیز می‌دانند، این است که نمی‌توان از صغیر ممیز به عنوان وسیله ارتکاب جرم استفاده کرد؛ حال آنکه بیان شد حتی می‌توان از شخص بالغ عاقل نیز به عنوان وسیله ارتکاب جرم استفاده کرد (چه رسد به شخص صغیر ممیز)؛ مانند پستیچی ناآگاه از محتوای بسته حاوی بمب که آن را در خانه‌ای تحویل می‌دهد و انفجار بمب موجب مرگ یا جراحت افراد حاضر در خانه می‌شود که مسلماً هیچ‌کس در این نکته که باید ارسال‌کننده بسته و نه پستیچی بی‌گناه را مرتکب جرم ارتکاب یافته دانست، تردیدی نخواهد داشت (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۰: ۱۷).

مثال دیگری که می‌توان ذکر کرد آن است که شخص بالغی به شخص نابالغ ممیزی که کنارش ایستاده می‌گوید که قصد دارد محتویات انبار ضایعات خود را به آتش بکشد، زیرا فایده‌ای برای وی ندارند و از نابالغ ممیز می‌خواهد با بنزینی که در آنجا قرار دارد این کار را انجام دهد. شخص ممیز نیز این عمل را انجام می‌دهد و بعداً معلوم می‌شود شخص بالغ صاحب انبار نبوده است. در این حالت به دلیل جهل صغیرممیز، شخص بالغ مباشر معنوی محسوب می‌شود و به حداکثر مجازات مقرر در ماده ۶۷۵ ق.م.ا. ۱۳۷۵ محکوم خواهد شد.

در حقوق کیفری اطفال، در کنار اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری، از قاعده دیگری تحت عنوان «اصل تفسیر کودک‌مدارانه»^۲، نام برده‌اند. با این توضیح که در حوزه حقوق کیفری، قوانین و مقررات باید به نفع طفل یا نابالغ تفسیر شود و منافع و مصلحت اطفال در تفسیر قوانین کیفری حاکم باشد. این اصل در اسناد بین‌المللی نیز مورد تأکید قرار گرفته است و در ماده ۳ اصول و قواعد ریاض که در کنگره هشتم به تصویب سازمان ملل متحد رسید، اشاره شده است. ماده ۳ اشعار دارد که: «به منظور تعبیر و تفسیر مقررات مربوط به اطفال بزهکار باید از موضع‌گیری کودک‌مدارانه پیروی نمود...» (شاملو، ۱۳۹۰: ۹۹-۱۰۰). مدنظر قرار دادن اصل تفسیر کودک‌مدارانه و همچنین اهداف حمایتی، آموزشی و تربیتی که قانونگذار از آنها پیروی می‌کند، این نتیجه را در پی دارد که معتقد باشیم نابالغ مذکور در ماده شامل لفظ کودک به معنای مطلق آن (هم صغیر ممیز و هم شامل صغیر غیرممیز) باشد و خصوصیتی وجود ندارد میان این دو دسته طفل تمایز قائل شویم.

۵.۳. چگونگی تعیین مجازات

با توجه به صدر ماده ۱۲۸ که حداکثر مجازات قانونی جرم ارتكابی را برای شخصی که از نابالغ به عنوان وسیله ارتکاب جرم استفاده کرده است، باید به این پرسش‌ها پاسخ داده شود که با توجه به ثابت بودن مجازات جرم مستوجب حد و قصاص، آیا می‌توان حالتی تصور کرد که شخص به حداکثر مجازات حدی محکوم شود؟

۵.۳.۱. حدود

مطابق ماده ۱۵ «حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس، تعیین

۱. برای دیدن نظر موافق ر.ک: بوری‌پور و موسوی، ۱۴۰۲: ۴۱-۴۰.

شده است». برخی شمول ماده ۱۲۸ نسبت به جرایم موجب حد به‌جز سرقت (ماده ۲۷۲) را محل تردید جدی دانسته و معتقدند در جرایم موجب حد نمی‌توان تصور کرد که صغیر جرم را انجام داده باشد و این جرم منتسب به دیگری باشد (برهانی و لطفعلی‌زاده، ۱۴۰۱: ۱۸۵). این سخن قابل نقد است. شخص الف، به دروغ به شخص ب می‌گوید قصد دارد فیلمی ضبط کند و ب باید قداره در دست گرفته و به طرف مردم حمله‌ور شود و سبب ترس و وحشت مردم شود. شخص ب نیز این گفته را می‌پذیرد و این اقدامات را انجام می‌دهد و به‌دلیل نبودن هیچ‌گونه لوازم و ملزومات فیلم‌برداری، مردم نیز دچار وحشت می‌شوند و حتی یکی از افراد حاضر در صحنه، به‌دلیل ترس بی‌هوش و به بیمارستان منتقل می‌شود. شکی وجود ندارد که ارتکاب جرم محاربه به الف مستند است و هیچ‌گونه مجازاتی برای ب متصور نیست. در این مثال شخص الف، از ب به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم حدی استفاده کرده است. عین این وضعیت در قذف و سب غیرلفظی و افساد و بغی جاری است.

در نگاه نخست باید گفت صدر ماده ۱۲۸ در خصوص جرایم دارای مجازات حدی کاربرد ندارد، زیرا اگر شخص از فرد نابالغ به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم حدی مستند به خود استفاده کند، چون نوع و میزان در قانون مشخص شده است، امکان تعیین حداقل یا حداکثر وجود ندارد و چه شخص از نابالغ به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم حدی استفاده کند و چه خودش رفتار مستوجب حد را مرتکب شود به یک مجازات ثابت محکوم می‌شود.

اما در خصوص جرم محاربه و قوادی در بار دوم امکان شمول صدر ماده ۱۲۸ ممکن است. با این توضیح که اگر شخص از فرد نابالغ به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم محاربه استفاده کند، قاضی نمی‌تواند مطابق ماده ۲۸۲ ق.م.ا. یکی از مجازات مندرج در ماده را اعمال کند و با توجه به ماده ۱۲۸ فقط باید شخص بالغ را به مجازات اعدام محکوم کند و اختیار قاضی در انتخاب هریک از این مجازات‌ها (موضوع ماده ۲۸۳) تخصیص خورده است. البته به نظر می‌توان از نظر فقهی نپذیرفت. به‌عبارت دیگر اطلاق آیه شریفه و روایاتی که برای حاکم اختیار انتخاب مجازات محارب را بیان کرده است، قابل تنقید به اینکه جرم به‌وسیله نابالغ ارتکاب یابد نیست.

در صورت امکان تصور اینکه مردی، از نابالغ به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم قوادی (برای مرتبه دوم) استفاده کند، مطابق ماده ۲۴۳ ق.م.ا. و ماده ۱۲۸ قاضی مکلف است قواد را علاوه بر ۷۵ ضربه شلاق، به یک سال تبعید محکوم کند. این در حالی است که اگر خود رأساً مرتکب جرم قوادی در بار دوم می‌شد، دادگاه الزامی به صدور حکم یک سال ندارد و تا یک سال را می‌تواند حکم دهد. گرچه از نظر فقهی بعید است بتوان این را پذیرفت.

۵.۳.۲. قصاص

در خصوص مجازات قصاص می‌توان گفت صدر ماده ۱۲۸ در خصوص جرایم مستوجب قصاص کاربرد ندارد، زیرا در این جرم نیز حداقل یا حداکثر وجود ندارد و در هر صورت یک مجازات ثابت بر شخص بالغ بار خواهد شد؛ چه شخص مباشرتاً رفتار مستوجب قصاص را انجام داده باشد و چه از نابالغ به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم مستند به خود استفاده کند. برای مثال اگر بالغی، به نابالغ بگوید این مایع را بر دست دیگری بریزد و بعداً مشخص شود این مایع اسید بوده و سبب قطع دست قربانی شود، در این حالت شخص بالغ به قصاص عضو محکوم خواهد شد و تفاوتی نمی‌کند که خودش اسید را روی دست دیگری ریخته باشد یا اینکه به‌وسیله نابالغ این کار را انجام داده باشد، زیرا در هر دو حالت جرم به شخص بالغ مستند است.

۵.۳.۳. تعزیرات

در خصوص تعزیرات، امکان تحقق صدر ماده ۱۲۸ وجود دارد و اگر شخص از نابالغ به عنوان وسیله ارتکاب جرم مستند به خود استفاده کند، شخص به حداکثر مجازات تعزیری مقرر در قانون برای آن جرم محکوم خواهد شد. البته برخی از مجازات‌های تعزیری وجود دارد که دارای حداقل یا حداکثر نیستند و در این حالت نیز موضوع مشمول صدر ماده ۱۲۸ نخواهد شد. مانند ارتکاب جرایم مندرج در مواد ۵۷۲ و ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی کتاب تعزیرات ۱۳۷۵ که دارای مجازات انفصال دائم هستند.

۶. تبیین قسمت دوم ماده

۶.۱. عدول یا عدم عدول از استعاره مجرمیت؟

قانونگذار، در بحث مبنای مسئولیت معاونت از نظریه استعاره نسبی تبعیت کرده است لیکن در برخی موارد از نظریه مسئولیت مستقل و تفکیکی (مصادیق معاونت به عنوان جرم مستقل)، نظریه تلفیقی (تبصره ماده ۱۲۶) و نظریه استعاره مطلق (ماده ۷۱۰ قانون مجازات اسلامی کتاب تعزیرات) نیز استفاده کرده است (شمس ناتری و همکاران، ۱۳۹۸: ۳۲۲).

بنابراین افعال معاون جرم، مجرمیت خود را از افعال فاعل یا شرکای جرم کسب می‌کند و بزهکاری فعل معاونت تنها در پرتو رفتار مجرمانه فاعل اصلی جرم معنا پیدا می‌کند.

اشکال این است که با توجه به اینکه صغیر به خصوص صغیر غیرممیز در ارتکاب رفتار مجرمانه فاقد عنصر معنوی لازم است، بنابراین اساساً رفتار وی جرم نیست و چون رفتار وی جرم تلقی نمی‌شود، معاونت در جرم نیز موضوعاً منتفی است. به خصوص اینکه شرط وحدت قصد زمانی محقق می‌شود که مسیر روانی یا معنوی معاون و مرتکب اصلی به سمت «عنوان یا ماهیت» واقعه مجرمانه‌ای واحد باشد (حسانی و حاجی ده‌آبادی، ۱۴۰۱: ۱۰۰). حال چگونه معاون در جرم نابالغ، جرم بودن رفتار را از جرم بودن عمل اصلی به عاریت می‌گیرد و به حداکثر مجازات معاونت محکوم می‌شود، درحالی‌که عمل نابالغ جرم نیست؟

ممکن است بگوییم منظور از استعاره مجرمیت در نظر گرفتن رفتار مرتکب اصلی فارغ از وضعیت روانی اوست. به تعبیر دیگر قتل و ضرب و جرح و ربودن مال دیگران و... همه و همه رفتارهایی هستند که از نظر قانونگذار نباید محقق شوند، ولو بدون عنصر معنوی و به همین جهت هم جرایم نابالغان اگرچه مجازات ندارد، ولی مستوجب اقدام تأمینی و تربیتی است. اینکه قانونگذار در ماده ۱۲۹ مقرر کرده است: «هر گاه در ارتکاب رفتار مجرمانه، مرتکب به جهتی از جهات شخصی مانند صغر و جنون، قابل تعقیب نباشد یا تعقیب یا اجرای مجازات او به جهتی از این جهات، موقوف گردد تأثیری در تعقیب و مجازات معاون جرم ندارد.» خود شاهدهی بر این مطلب است.

۶.۲. مقصود از نابالغ؟ ممیز یا اعم از آن و غیرممیز؟

در خصوص اینکه منظور از نابالغ در ذیل ماده، صغیر ممیز یا اعم از آن است، اختلاف نظر است. برخی آن را ناظر به صغیرممیز می‌دانند (برهانی و لطفعلی‌زاده، ۱۴۰۱: ۱۸۵؛ میرمحمدصادقی، ۱۴۰۲: ۳۱۶؛ حسنی و علیزاده، ۱۳۹۹: ۱۵۳). مستند نظر نویسندگان ممکن است این سخن باشد که تحقق معاونت در رفتار مجرمانه نابالغ غیرممیز اساساً غیرممکن است؛ چون این افراد فاقد درک لازم برای تشخیص حسن و قبح اعمال هستند، بنابراین وحدت قصد به عنوان یکی از شرایط لازم برای تحقق معاونت در جرم محقق نمی‌شود. بنابراین اگر کسی نابالغ غیرممیزی را تحریک و تشویق و... به جرم نماید، در واقع سبب اقوی از مباشر خواهد بود و جرم به وی مستند خواهد بود. برخی صغیر غیرممیز را نیز مشمول ماده می‌دانند (محبی و ریاضت، ۱۳۹۷: ۴۷؛ شمس ناتری و همکاران، ۱۳۹۸: ۳۴۲).

مهم این است که آیا می‌توان مثال‌هایی مطرح کرد که شخص در رفتار مجرمانه نابالغ غیرممیز معاونت کند و در عین حال سبب اقوی از مباشر نباشد و جرم ارتكابی به وی مستند نبوده بلکه به نابالغ غیرممیز مستند باشد؟ پاسخ مثبت است. فرض کنید پسر نه‌ساله‌ای (شخص الف) درون کلاس درس، به‌دنبال همکلاسی خود (شخص ب) می‌دود تا او را مورد صدمه بدنی قرار دهد و در این حین، مدیر مدرسه که در کلاس حضور دارد، با آگاهی از این موضوع در کلاس را می‌بندد تا دانش‌آموزان به یکدیگر برسند و الف، ب را مورد صدمه بدنی قرار دهد. مدیر مدرسه معاون در جرم ایراد صدمه بدنی (صرف‌نظر از مجازات) تلقی می‌شود. نیز صغیر غیرممیزی خودکاری را در دست گرفته و در حال سیاه کردن اسناد دولتی است. حال اگر کسی اسناد را ورق بزند یا آن را بپرچاند تا جاهای بیشتر سیاه شود، معاون در جرم از بین بردن اسناد دولتی است.

به نظر نگارندگان، با توجه به اطلاق لفظ نابالغ و نظر قانونگذار در ماده ۱۲۹ که قابل تعقیب نبودن مباشر به‌سبب صغر و حتی جنون مانع تعقیب و مجازات معاون ندانسته باید بر این نظر بود منظور از نابالغ اعم از ممیز و غیرممیز است.

۳.۶. چگونگی تعیین مجازات

با توجه به اینکه مطابق این ماده ۱۲۷، مجازات معاون تابعی از مجازات مرتکب اصلی است یعنی مثلاً اگر مجازات قانونی مباشر، اعدام باشد معاون به حبس درجه ۲ یا ۳ محکوم می‌شود، باید دید مجازات کسی که در ارتکاب رفتار مستوجب مجازات حدود، قصاص و تعزیرات نابالغ، معاونت می‌کند چیست؟

۳.۶.۱. حدود

مطابق ماده ۱۲۷ مجازات کسی که در جرم حدی معاونت کرده برحسب اینکه مجازات جرم حدی ارتكابی توسط مرتکب اصلی، قتل و حبس دائم یا قطع عضو یا شلاق باشد، حبس تعزیری درجه ۲ یا ۳ و حبس تعزیری درجه ۵ یا ۶ و ۳۱ تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری درجه ۶ است. برای مثال معاونت در جرم مصرف مسکر و قذف و قوادی و زناهی که مشدد نیست، ۳۱ تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری است. این در فرضی است که مرتکب اصلی بالغ عاقل یعنی دارای مسئولیت کیفری باشد. حال سؤال این است که مجازات کسی که در ارتکاب رفتار مستوجب مجازات حدی نابالغ معاونت می‌کند، چیست؟ مجازات نابالغ چیست تا بر اساس آن مجازات معاون تعیین شود؟ قبل از آن باید به این پرسش پاسخ داد که مگر نابالغ به مجازات حدی محکوم می‌شود که مجازات معاون تابعی از آن باشد و مطابق هریک از بندهای الف، ب و پ ماده ۱۲۷ بتوان حداکثر آن را برای معاون در نظر گرفت؟ وفق ماده ۱۴۸ ق.م.ا. «در مورد افراد نابالغ، بر اساس مقررات این قانون، اقدامات تأمینی و تربیتی اعمال می‌شود». بنابراین اگر نابالغی مرتکب جرمی مانند محاربه یا زنا به عنف گردد مجازات قانونی وی اعدام نیست و مطابق تبصره ۲ ماده ۸۸ ق.م.ا. به یکی از اقدامات تأمینی و تربیتی مندرج در ماده ۸۸ محکوم می‌شود.

با توجه به اینکه نابالغ هیچ‌گاه به مجازات به‌خصوص حدود و قصاص محکوم نمی‌شود و اقدامات تأمینی و تربیتی نیز تعزیر محسوب نمی‌شوند، در خصوص مجازات معاون می‌توان دو احتمال را مطرح کرد.

مطابق احتمال نخست با توجه به عدم تعیین مجازات برای چنین معاونی در قانون و اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و قاعده قبح عقاب بلا بیان، چنین معاونی را نمی‌توان مجازات کرد.

از سوی دیگر شاید بتوان معاون را بر اساس ماده ۶۹ ق.م.ا.^۱ به جایگزین‌های حبس محکوم کرد. البته این ایراد مطرح است که مقررات ماده ۶۹ در مقام تعیین مجازات رفتاری است که به موجب قانون به صراحت جرم شناخته شده، ولی مجازاتی به‌طور خاص برای آن مقرر نشده است که در این صورت مجازات جایگزین حبس خواهد بود. تسری مجازات جایگزین حبس به جرایم تعزیری که نوع و میزان مجازات آنها در قوانین موضوعه تعیین نشده است، ضمن رویارویی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها موجبات سوءاستفاده و اعمال نظر شخصی قضات را فراهم می‌آورد (شمس ناتری و همکاران، ۱۳۹۸: ۲۱۳).

در نهایت به‌نظر می‌رسد باید دیدگاه سومی را مطرح کرد و آن اینکه در این مورد فرض را بر آن بگیریم که مرتکب بالغ بوده و بر اساس آن مجازات معاون را تعیین کنیم. برای مثال معاونت در زنای بالغ عاقل از ۳۱ تا ۷۴ ضربه شلاق دارد و معاونت در زنای نابالغ ۷۴ ضربه شلاق دارد. این مطلب به عللی است که در ذیل بیان می‌شود:

۱. قانونگذار در ماده ۱۲۸ در مقام تشدید مجازات معاونت در جرم نابالغ است و یقیناً دو احتمال اول یعنی برائت معاون و محکومیت او به جایگزین حبس با روح قانونگذاری ماده منافات دارد. معنا ندارد قانونگذار از یک سو برای معاون در جرم نابالغ خط و نشان بکشد و او را به تشدید مجازات تهدید کند، بعد در عمل نه‌تنها تشدید، که هیچ مجازاتی اعمال نگردد یا مجازات سبکی مثل جایگزین حبس اعمال شود. خصوصاً اینکه قانونگذار در ماده ۱۲۹ قابل تعقیب نبودن مباشر به‌سبب صغر و حتی جنون را مانع تعقیب و مجازات معاون ندانسته است.

۲. به‌نظر می‌رسد قانونگذار در ماده ۱۲۸ در مقام بیان این نکته است که معاونت در جرم نابالغ مجازات دارد آن هم حداکثر مجازات و دیگر ناظر بر این نکته نیست که مجازات معاون تابعی از مجازات مباشر باشد؛ اگر چنین باشد ماده ۱۲۸ لغو خواهد بود، زیرا جرم نابالغ جرم غیرعمدی است و مطابق ماده ۱۲۶ معاونت در جرایم غیرعمدی محقق نمی‌شود؛ چراکه تبصره ماده مقرر می‌دارد: «برای تحقق معاونت در جرم، وحدت قصد و... شرط است». به تعبیر دیگر ماده ۱۲۶، معاونت را تنها در جرایم عمدی محقق می‌داند (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۳: ۹۵) و بسیاری از حقوقدانان معاونت در جرایم غیرعمدی را نمی‌پذیرند (اردبیلی، ۱۴۰۱: ۷۵؛ میرمحمد صادقی، ۱۴۰۰: ۹۶). با توجه به اینکه جرم نابالغ به‌خصوص در فرضی که غیرممیز است غیرعمدی است، چگونه می‌توان میان این دو را جمع کرد؟ از یک طرف معاونت در جرایم غیرعمدی محقق نیست و از یک طرف ماده ۱۲۸ معاونت در جرم نابالغ را قابل مجازات دانسته آن هم حداکثر مجازات؟

۳. اگرچه ماده ۱۲۷ مجازات معاون را تابعی از مجازات مرتکب دانسته، ولی به‌نظر می‌رسد مقصود قانونگذار مجازات اولی و اصلی آن جرم است نه مجازاتی که ممکن است بر حسب حالات مختلف مجرم تغییر پیدا کند. برای مثال مجازات معاونت در سرقت حدی، حبس درجه ۵ یا ۶ است، حال چه مرتکب اصلی در بار اول و دوم است که مرتکب جرم می‌شود یا در بار سوم و چهارم. بنابراین اگر کسی در جرم سرقت حدی دیگری معاونت کند و از قضا مرتکب به‌علت اینکه سرقت حدی برای بار سوم و چهارم است به حبس ابد یا اعدام محکوم شود، مجازات معاون حبس درجه ۵ یا ۶ است نه حبس درجه ۲ یا ۳.

در نهایت باید گفت لازم است قانونگذار در این زمینه به صراحت تعیین تکلیف کرده و معلوم کند که مجازات معاونت در جرم ارتكابی نابالغ چگونه تعیین می‌شود.

۱. ماده ۶۹: «مرتکبان جرایمی که نوع یا میزان تعزیر آن‌ها در قوانین موضوعه تعیین نشده است به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌گردند.»

۶.۳.۲. قصاص

در خصوص شخص بزرگسالی که در ارتکاب جرم قتل عمد معاونت کرده، چنانچه قاتل قصاص نفس شود، معاون بر اساس بند «الف» ماده ۱۲۷ به حبس تعزیری درجه ۲ یا ۳ محکوم می‌شود و اگر به هر علت قصاص نفس اجرا نشود، مجازات معاون بر اساس میزان تعزیر فاعل اصلی جرم، یک یا دو درجه پایین‌تر تعیین می‌شود، یعنی چون قاتل بر اساس ماده ۶۱۲ ق.م.ا. ۱۳۷۵ به حبس درجه ۴ محکوم شود، معاون به حبس درجه ۵ یا ۶ محکوم می‌شود.

در خصوص قصاص عضو نیز بر اساس بند «ب» ماده ۱۲۷، مجازات کسی که در قطع عمدی عضو معاونت کند و مرتکب قصاص شود، حبس تعزیری درجه ۵ یا ۶ خواهد بود و اگر به هر علت قصاص عضو اجرا نشود، بر اساس میزان تعزیر مباشر که مجازاتش در ماده ۶۱۴ اصلاحی ۱۳۹۹ آمده است، به حبس درجه ۷ یا ۸ یا مجازات‌های نوع دیگری از درجه ۷ و ۸ محکوم می‌شود.

حال سؤال این است که مجازات معاونت در جنایت ارتكایی نابالغ اعم از قتل و مادیون قتل چیست تا معاون به حداکثر آن محکوم شود؟ از یک سو ممکن است گفته شود معاون به هیچ مجازاتی محکوم نمی‌شود، زیرا:

اولاً: با توجه به تبصره ۲ ماده ۸۸ نابالغی که مرتکب جرم مستوجب قصاص می‌شود، به اقدامات تأمینی و تربیتی محکوم می‌شود و چون اقدامات تأمینی و تربیتی مجازات نیستند و درجه ندارند، در نتیجه معاون مجازات نخواهد شد؛

ثانیاً: بند «پ» ماده ۲۹۲ قانون مجازات اسلامی جنایات صغیر را خطای محض می‌داند. با توجه به اینکه در جنایات خطای محض مرتکب نه قصد فعل دارد و نه قصد جنایت، جمع بین این ماده و ماده ۱۲۶ نتیجه‌ای جز این ندارد که نمی‌توان معاون جنایات عمدی صغیر را مجازات کرد، زیرا شرط وحدت قصد میان نابالغ و معاون مخدوش است.

از سوی دیگر همان‌گونه که گذشت به‌نظر می‌رسد قانونگذار در ماده ۱۲۸ در مقام بیان این نکته است که معاونت در جرم نابالغ مجازات دارد آن هم حداکثر مجازات و دیگر ناظر بر این نکته نیست که مجازات معاون تابعی از مجازات مباشر باشد، به‌گونه‌ای که اگر مباشر نابالغ است، باید مجازات او را در نظر گرفت و... نه! شاهد این موضوع این است که اگر چنین باشد، ماده ۱۲۸ لغو خواهد بود و موضوعی برای آن باقی نخواهد ماند.

در مقام دآوری به‌نظر می‌رسد احتمال دوم صحیح است. خصوصاً اینکه قانونگذار در ماده ۱۲۹ قابل تعقیب نبودن مباشر به‌سبب صغر و حتی جنون را مانع تعقیب و مجازات معاون ندانسته است. تنها نکته‌ای که در اینجا باقی می‌ماند این است که چون قانونگذار مجازات معاونت در جنایات عمدی را بر حسب اینکه قصاص اجرا بشود یا نشود تعیین کرده است، فرض می‌کنیم که مرتکب جرم اصلی بالغ است. حال آیا بالغی که قصاص شده تا معاون به حداکثر درجه ۲ محکوم شود یا بالغی که قصاص نشده تا معاون به حداکثر درجه ۵ یعنی پنج سال محکوم شود و معاونت در سایر جنایات عمدی نابالغ شش ماه حبس یعنی حداکثر درجه ۷ خواهد داشت؟ در فرض شک باید به نفع متهم تفسیر کرد، یعنی حداقل و قدر متیقن را در نظر می‌گیریم. باز هم تکرار می‌کنیم لازم است قانونگذار به‌صراحت تعیین تکلیف کند.

۶.۳.۳. تعزیرات

فرض کنیم شخصی بنزینی در اختیار پسر ۱۲ ساله‌ای قرار می‌دهد و او مرتکب تحریق خودرو می‌شود. مجازات معاون چیست؟ شبیه موارد بالا ممکن است بگوییم چون مجازات معاون بر اساس ماده ۱۲۷ تابعی از مجازات مباشر است و چون در این حالت مباشر بر اساس ماده ۸۸ به اقدام تأمینی

و تربیتی محکوم خواهد شد و اقدام تأمینی و تربیتی، مجازات نیست و تعزیر محسوب نمی‌شود و درجه ندارد، نمی‌توان بر اساس ماده ۱۲۷ معاون را به مجازاتی محکوم کرد. از سوی دیگر اگر چنین بگوییم لازمه‌اش لغویت ماده ۱۲۸ است که مجازات معاونت در جرم نابالغ را مفروض گرفته و تشدید کرده است (حداکثر مجازات). به نظر می‌رسد در اینجا نیز باید گفت فرض قانونگذار این است که اگر مرتکب و مباشر، بالغ بود، چه مجازاتی اعمال می‌شد؛ حداکثر آن را باید اعمال کرد. تفسیر دوم صحیح است، اگرچه باز ادعان داریم که اصلاح قانون لازم است.

۷. رابطه ماده ۱۲۸ با مواد خاص؛ تخصیص یا نسخ؟

پیشتر گذشت که قانونگذار در برخی مواد برای کسی که از نابالغ به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم استفاده کرده یا در جرم او معاونت می‌کند، با تشدید مجازات به‌گونه‌ای دیگر (و نه شبیه ماده ۱۲۸ که حداکثر مجازات باشد) برخورد کرده است. سؤال این است که رابطه این مواد خاص با ماده ۱۲۸ چیست؟ آیا آن مواد به‌وسیله ماده ۱۲۸ منسوخ شده‌اند یا عموم ماده ۱۲۸ توسط آن مواد تخصیص زده شده است؟ برای نمونه به ماده ۳۵ قانون مبارزه با مواد مخدر الحاقی ۱۳۸۹ اشاره می‌شود که مطابق آن:

«هر کس اطفال و نوجوانان کمتر از هجده سال تمام هجری شمسی و... را به هر نحو به مصرف و یا به ارتکاب هریک از جرائم موضوع این قانون وادار کند و یا دیگری را به هر طریق مجبور به مصرف مواد مخدر یا روان‌گردان نماید و یا مواد مذکور را جبراً به وی تزریق و یا از طریق دیگری وارد بدن وی نماید به یک و نیم برابر حداکثر مجازات قانونی همان جرم و در مورد حبس ابد به اعدام و مصادره اموال ناشی از همان جرم محکوم می‌شود. در صورت سایر جهات از جمله ترغیب، مرتکب به مجازات مباشر جرم محکوم می‌شود.»

در ماده ۴۵ (الحاقی ۱۳۹۶) نیز نمونه دیگری از این موارد است:

«مرتکبان جرائمی که در این قانون دارای مجازات اعدام یا حبس ابد هستند در صورت احراز یکی از شرایط ذیل در حکم مفسد فی الارض می‌باشند و به مجازات اعدام و ضبط اموال ناشی از مواد مخدر یا روان‌گردان محکوم و در غیر این صورت حسب مورد «مشمولین به اعدام» به حبس درجه یک تا سی سال و جزای نقدی درجه یک تا دو برابر حداقل آن و «مشمولین به حبس ابد» به حبس و جزای نقدی درجه دو و در هر دو مورد به ضبط اموال ناشی از جرائم مواد مخدر و روان‌گردان محکوم می‌شوند...».

که یکی از این شرایط مطابق بند «ب» این است که: «...مرتکب... از اطفال و نوجوانان کمتر از هجده سال... برای ارتکاب جرم استفاده کرده باشد.»

قانونگذار در حوزه جرایم مواد مخدر بعضاً شدیدتر از ماده ۱۲۸ ق.م.ا عمل کرده و حتی برای مرتکب مجازاتی بیش از حداکثر مجازات قانونی در نظر گرفته است. آیا ماده ۱۲۸ ق.م.ا نسخ ماده ۳۵ قانون مبارزه با مواد مخدر الحاقی سال ۱۳۸۹ است؟ به عبارت دیگر آیا عام مؤخر، نسخ خاص مقدم است؟ یا خاص مقدم منحصص عام مؤخر است؟

به نظر می‌رسد ماده ۱۲۸ نسخ مواد قبلی هستند، مگر مواد قبلی مصوبه مجمع تشخیص در غیر موارد اختلاف نظر باشند که در این صورت منحصص ماده ۱۲۸ هستند. شبیه این وضعیت پس از تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در مورد مجازات معاونت و شروع به جرم‌های خاص بود که آیا منحصص مواد ۱۲۲ و ۱۲۷ هستند یا منسوخ شده‌اند؟ که در نهایت قانون کاهش مجازات حبس تعزیری ۱۳۹۹ در ماده ۱۵ بر منسوخ بودن نظر داد.

۸. خلاصه و نتیجه

۱. ماده ۱۲۸ از نوآوری‌های قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ است، اگرچه گاه به‌طور خاص شبیه مفاد آن در برخی قوانین دیده می‌شود.

۲. مبنای این ماده در تشدید مجازات کسانی که از نابالغ به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم مستند به خود استفاده کرده یا در جرم نابالغ معاونت می‌کنند، حمایت از نابالغ و جلوگیری از یادگیری شیوه ارتکاب جرم و همچنین جلوگیری از استمرار بزهکاری آنان در بزرگسالی است.

۳. به‌نظر می‌رسد قانونگذار در دستیابی به هدف خود درست عمل نکرده است، زیرا اولاً قانونگذار می‌توانست ضمن تشدید مجازات و با در نظر گرفتن حداقل و حداکثر برای مجازات مشدد، از اصل فردی کردن قضایی مجازات عدول نکند؛ ثانیاً نمود اصلی این ماده در قسمت تعزیرات است و ماده ۱۲۸ منعی از اعمال تخفیف ماده ۳۷ ندارد و در جرایم تعزیری نوعاً یکی از جهات مخففه ماده ۳۷ فراهم است، در نتیجه بود و نبود ماده در غالب موارد یکسان می‌نماید؛ ثالثاً اطلاق صدر و ذیل ماده نادرست است و قانونگذار باید در مواردی که مجرم نابالغ را تحریک و تشویق به جرم کرده یا او را اجبار و اکراه کرده است، تشدید را در نظر بگیرد و نه در مواردی که نابالغ از قبل قصد ارتکاب جرم دارد و به بالغ مراجعه می‌کند تا وسیله ارتکاب جرم را از او بگیرد یا راه آن را یاد بگیرد؛ رابعاً اینکه از میان افراد ناتوان تنها نابالغ را قانونگذار مورد توجه قرار داده، درحالی که بالغ غیر رشید و مجنون هم در وضعیتی مشابه نابالغ‌اند، صحیح نیست. خامساً قانونگذار باید به جای واژه نابالغ، عددی را به عنوان سن مشخص کند؛ چرا که در حال حاضر اگر کسی از دختر ۱۰ ساله به عنوان وسیله ارتکاب جرم استفاده کند یا در جرم وی معاونت نماید، مشمول ماده ۱۲۸ نخواهد بود اما اگر به جای او، پسر ۱۴ ساله باشد، مشمول ماده خواهد بود! امری که پذیرفتنی نیست.

۴. بر اساس صدر ماده در مواردی که کسی از نابالغ به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم مستند به خود استفاده کند، به حداکثر مجازات آن جرم محکوم می‌شود. این ماده در جایی که جرم ارتكابی مستوجب حد یا قصاص باشد بی‌اثر است، زیرا حدود و قصاص ثابت‌اند و حداقل و حداکثر ندارند. بلکه تنها در جایی که جرم ارتكابی محاربه باشد، معنا پیدا می‌کند؛ زیرا مطابق این ماده مرتکب باید به اعدام محکوم شود و اختیار قاضی در انتخاب یکی از مجازات‌های محاربه از بین می‌رود که خود جای تأمل دارد. ضمن اینکه نتیجه این می‌شود کسی که خود محاربه کرده و مال برده و شخصی را مجروح کرده یا کشته است، قاضی می‌تواند او را از حیث محاربه تنها به یک سال تبعید محکوم کند؛ اما شخصی که از طریق نابالغ محاربه کرده و فقط رعب و وحشت ایجاد کرده است، باید او را به اعدام محکوم کند! این وضعیت در قوادی دربار دوم هم متصور است.

۵. نابالغ در صدر و ذیل ماده اطلاق دارد و شامل ممیز و غیرممیز هر دو می‌شود.

۶. نسبت به ذیل ماده که مجازات معاونت در جرم ارتكابی نابالغ را حداکثر مجازات معاونت می‌داند، ممکن است این ایراد مطرح شود که این ماده در عمل بی‌اثر است، زیرا مطابق ماده ۱۲۷ مجازات معاون بر اساس مجازات مباشر تعیین می‌شود و چون مباشر جرم نابالغ است و نابالغ تنها به اقدام تأمینی محکوم می‌شود، از این‌رو امکان اعمال هیچ‌یک از بندهای ماده ۱۲۷ نیست.

در پاسخ به ایراد مذکور باید گفت قانونگذار با وضع ماده ۱۲۸ و نیز تصریح به صغر و جنون در ماده ۱۲۹ درصدد بیان این مطلب است که برای تعیین مجازات معاونت در جرم نابالغ به نابالغ بودن مرتکب توجه نشود، بلکه گویا جرم را بالغ انجام داده است. تفسیری غیر از این سر از لغویت ماده درمی‌آورد.

۷. در نهایت اصلاح ماده ۱۲۸ پیشنهاد می‌شود.

منابع

۱. اردبیلی، محمدعلی (۱۴۰۱). حقوق جزای عمومی. ج ۲، چ شصت و دوم، تهران: میزان.
۲. الهام، غلامحسین؛ برهانی، محسن (۱۴۰۰). درآمدی بر حقوق جزای عمومی (واکنش در برابر جرم). ج ۲، چ ششم، تهران: میزان.
۳. برهانی، محسن؛ لطفعلی‌زاده، الهه (۱۴۰۱). تأملات شرحی بر قانون مجازات اسلامی کتاب اول- کلیات. تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
۴. پی‌ویلیامز، فرانک؛ مک‌شین، ماری‌لین دی (۱۳۹۸). نظریه‌های جرم‌شناسی. ترجمه حمیدرضا ملک محمدی، چ هفتم، تهران: میزان.
۵. توکل‌پور، محمدهادی؛ مسعودیان، مصطفی؛ کوهی اصفهانی، کاظم (۱۳۹۷). مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ (برگرفته از مشروح مذاکرات شورای نگهبان). تهران: پژوهشگاه شورای نگهبان.
۶. حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۳). بررسی فقهی-حقوقی جنایات ارتكابی توسط صغیر ممیز با تأکید بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲. مطالعات راهبردی زنان، (۶۶)، زمستان، ۸۵-۱۱۶.
۷. حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۴۰۱). درسنامه جرایم علیه اشخاص (قتل). چ اول، تهران: میزان.
۸. حسانی، یعقوب، حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۴۰۱). ارکان تشکیل‌دهنده عنصر روانی معاونت در حقوق کیفری. نشریه علمی پژوهشنامه حقوق کیفری، (۲)، زمستان، ۸۱-۱۰۶.
۹. حسنی، محمدحسن؛ علیزاده، حمید (۱۳۹۹). مطالعه تطبیقی معاونت در جرم در حقوق کیفری ایران، آمریکا و اسکاتلند. پژوهش‌های حقوقی، (۴۳)، پاییز، ۱۲۵-۱۵۶.
۱۰. رزاز زاده، امیرحسین (۱۴۰۰). کارگاه حقوقی حمایت از اطفال و نوجوانان. چ اول، تهران: جنگل.
۱۱. شاملو، باقر (۱۳۹۰). عدالت کیفری و اطفال (شخصیت طفل، بزهکاری، دادرسی، پاسخ‌ها). تهران: جنگل.
۱۲. شمس ناتری، محمدابراهیم؛ کلاتنری، حمیدرضا؛ زارع، ابراهیم؛ ریاضت، زینب (۱۳۹۸). قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی. ج ۱، چ پنجم، تهران: میزان.
۱۳. صبوری‌پور، مهدی؛ موسوی، سیدپوریا (۱۴۰۲). حقوق کیفری عمومی اطفال و نوجوانان. چ اول، تهران: میزان.
۱۴. فتحی، محمدجواد (۱۴۰۲). تأملاتی در حقوق جزای عمومی. چ دوم، تهران: میزان.
۱۵. فرانسوا رنوچی، ژان؛ کورتن، کریستین (۱۳۹۵). حقوق کیفری کودکان و نوجوانان. ترجمه بهزاد رضوی فرد، خدیجه بهشتی، تهران: میزان.
۱۶. محبی، جلیل؛ ریاضت، زینب (۱۳۹۷). شرح قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۰. ج ۱ و ۲، تهران: میزان.
۱۷. میرمحمدصادقی، حسین (۱۴۰۲). جرایم علیه اموال و مالکیت. چ شصت و سوم، تهران: میزان.
۱۸. میرمحمدصادقی، حسین (۱۴۰۰). حقوق جزای عمومی (۲). چ اول، تهران: دادگستر.
۱۹. نیازپور، امیرحسن (۱۴۰۱). حقوق کیفری کودکان و نوجوانان (فرایند پاسخ‌دهی به بزهکاری کودکان و نوجوانان). چ سوم، تهران: میزان.