

سورة الاحقاف





# مطالعات حقوق اسلامی

سال ششم-شماره دوازدهم-بهار و تابستان ۱۳۹۹

صاحب امتیاز: جامعه المصطفی (ص) العالمیه- دانشگاه بین المللی المصطفی (ص)  
افغانستان

مدیر مسئول: داکتر سید عبدالحمید ثابت

سر دبیر: داکتر محمد پناهی

مدیر اجرایی: محمدعلی نظری

طراح جلد: داکتر نصرالله نظری

هیأت تحریریه: داکتر محمدعلی حاجی ده آبادی. داکتر غلام حیدر علامه. داکتر عبدالحکیم سلیمی، داکتر حسین گلستانی، داکتر عبدالخالق فصیحی. داکتر علی اکبر فیاض، داکتر جمعه علی حقانی.

● فصلنامه علمی-تخصصی «مطالعات حقوق اسلامی» مقالات صاحب نظران،

پژوهشگران و دانش پژوهان حوزه حقوق را برای نشر، می پذیرد.

● مقالات، منعکس کننده آراء نویسندگان آنها است و لزوماً بیانگر دیدگاه فصلنامه «مطالعات حقوق اسلامی» نمی باشد.

● آدرس: کابل- کارته ۳- دهبوری- چهارراه شهید- دانشگاه بین المللی المصطفی- آمریت نشرات.

● تلفن: ۰۷۸۹۰۱۷۸۱۵

● ایمیل: [Ls.chiefeditor@miu.edu.af](mailto:Ls.chiefeditor@miu.edu.af)

## شیوه‌نامه تنظیم مقاله علمی

### ویژگی‌های ساختاری مقاله علمی

- ۱) مقاله علمی دارای چکیده، کلیدواژه، مقدمه، متن دارای ساختار، ارجاع‌دهی، استنتاج و منابع است.
- ۲) مقاله علمی، باید روشمند، مستند، توصیفی، تحلیلی، مستدل و برخوردار از ساختار منطقی، دارای انسجام محتوا و قلم روان باشد.
- ۳) فایل مقاله در قالب «word»، ارائه گردد و حجم آن کمتر از ۱۵ صفحه و بیشتر از ۲۰ صفحه نباشد (هر صفحه ۳۰۰ کلمه).

### روش تنظیم شکلی مقاله علمی

۱. قلم و فونت مقالات ارسالی باید از شیوه زیر تبعیت نماید:
  ۲. عنوان مقاله: با فونت B Nazanin ۱۶ و بولد (پررنگ) (Heading 1) با این فونت تعریف شود، مؤلف یا مؤلفان با فونت B Nazanin 12 پررنگ (Heading 3) با این فونت تعریف شود.
  ۳. در پاورقی همان صفحه اول این اطلاعات باید ذکر شود:
- ✓ عنوان وظیفه مؤلف اول و با ذکر وابستگی به دانشگاه محل تحصیل یا محل کار، شماره تماس و ایمیل (B Nazanin 10).

✓ اگر مقاله دو مؤلف دارد: عنوان وظیفه مؤلف دوم و با ذکر وابستگی به دانشگاه محل تحصیل یا محل کار، شماره تماس و ایمیل.

۱. عنوان چکیده با فونت B Nazanin 11 پررنگ
  ۲. متن چکیده بین ۱۲۰ تا ۲۵۰ کلمه و با فونت B Nazanin 11 معمولی
  ۳. واژگان کلیدی: حداقل ۴ و حداکثر ۶ واژه که به صورت ایتالیک (مورب) نوشته و با کامه از هم جدا شده باشند و در یک خط قرار گیرند. واژگان کلیدی باید با فونت (B Nazanin 10) ایتالیک باشند.
  ۴. در متن اصلی تیتراها و عناوین با فونت‌های زیر مشخص گردد:
- ✓ تیترا اصلی با فونت B Nazanin ۱۴ و بولد (پررنگ) (Heading 2) با این فونت تعریف شود)
- ✓ تیترا فرعی با فونت B Nazanin ۱۲ و بولد (پررنگ) (Heading 3) با این فونت تعریف شود)
- ✓ متن مقاله با فونت B Nazanin 13 معمولی تایپ شده باشد. (Normal) با این فونت تعریف شود)

### راهنمای نگارش مقاله علمی

۵. «چکیده»: با استفاده از جملات خبری به شرح زیر، در دو پاراگراف تنظیم می‌گردد: پاراگراف اول؛ با نگاه به عنوان مقاله تدوین گردیده و در آن امور زیر بیان می‌شود:  
تعریف موضوع تحقیق؛ بیان مجهول یا مشکل، بیان اهمیت تحقیق، اشاره به فرضیه یا راه حل مشکل یا طرح سوال اصلی، اشاره به نوع تحقیق، نوع منابع مورد استفاده، روش گردآوری اطلاعات، روش پردازش اطلاعات (توصیفی یا تحلیلی). در پاراگراف دوم، به مهم‌ترین نتایج تحقیق به صورت مختصر و مفید پرداخته می‌شود، چکیده از ۲۵۰ کلمه فراتر نرود.
۶. مقدمه: به ترتیب به بیان مسئله، سوال‌ها (و در مواردی به فرضیه)، پیشینه، ضرورت، هدف و ارائه تصویر کلی ساختار، می‌پردازد.
۷. بدنه مقاله: متنی است، دارای ساختار منطقی و متشکل از عناوین اصلی و فرعی و برخوردار از انسجام محتوایی که در آن، مدعا، استدلال، شواهد، تحلیل، استنتاج و مانند آن، آورده می‌شوند.
۸. نتیجه مقاله: متنی است که به دستاوردهای تحقیق که عبارتند از پاسخ به سوال‌های اصلی و فرعی و وضعیت فرضیه که اثبات یا رد گردیده، به صورت مختصر و به دور از عبارت‌پردازی، آورده می‌شود.
۹. هم ارجاع‌دهی در متن به صورت داخل متنی به شیوه APA باشد (مثال: مرادی، ۱۳۸۹، ص. ۵۴)، و هم ذکر منابع و مأخذ در پایان مقاله (مثال: کامکاری، کامبیز (۱۳۸۸) توصیف/آماري. تهران: انتشارات بال.

## فهرست مقالات

سخن سردبیر/۱

محمد پناهی

مسئولیت جزایی مرتکب در جنایات مادون نفس/۳

محمد الیاس معصومی

بررسی جرم تخریب آثار تاریخی فرهنگی در کود جزای

افغانستان/۳۵

نجیب الله محمدی

تقابل حقوق فردی و ملی در جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی

در نظام حقوقی افغانستان/۵۱

عبد الاحمد کریمی

خسارت ناشی از بهم خوردن نامزدی از منظر فقه و حقوق

افغانستان/۱۳

محمد داود حیدری

سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قبال جرایم نظامی/۱۰۹

محمد حسن فهیمی

تعزیر شرعی از دیدگاه فقه و تفاوت آن با تعزیر حقوقی/۱۳۱

هدایت الله هدمند نبی پور



## سخن سردبیر

خداوند را شاکر و سپاس‌گزاریم که توفیق ارزانی داشت تا شماره‌ی دیگری از فصلنامه علمی پژوهشی مطالعات حقوق اسلامی به زیور طبع آراسته و راهی محافل فقهی و حقوقی گردد. پژوهشگران و محققان بر فترت و غربت حوزه پژوهش در سرزمینی که خاستگاه مشاهیر و فرهیختگان بی‌شماری بوده است، بارها نالیده و گریسته‌اند. دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص) افغانستان با درک نقش بنیادین پژوهش در تولید علم و پیشرفت و با هدف بیرون آوردن پژوهش از رکود و انزوا، معاونت پژوهش را در سطح دانشگاه تعریف و ایجاد نموده است.

فصلنامه علمی پژوهشی مطالعات حقوق اسلامی از برکات تعامل میان معاونت پژوهش و اساتید فرهیخته و دانشجویان فاضل دانشکده فقه و حقوق دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص) افغانستان است که در فواصل زمانی منظم به جامعه حقوقی کشور ارائه می‌گردد. کلیه دست‌اندرکاران فصلنامه، ارتقای شکلی و ماهوی و کسب اعتبار منطقه‌ای و بین‌المللی مجله را در رأس اهداف خود قرار داده و از هیچ کوششی در این راستا فروگذار نیستند. امید می‌رود در آینده نزدیک فصلنامه مطالعات حقوق اسلامی در

زمره مجلات دارای رتبه ISI و ISC قرار گیرد و از این طریق بخشی از مشکلات دانشجویان جامعه حقوقی کشور رفع گردد.

این شماره از فصلنامه علمی پژوهشی مطالعات حقوق اسلامی، با مقالاتی پیرامون مسؤولیت جزایی مرتکب در جنایات مادون نفس در فقه حنفی، امامی و کود جزای افغانستان، جرم تخریب آثار تاریخی و فرهنگی در کود جزای افغانستان، تقابل حقوق فردی و ملی در جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی در نظام حقوقی افغانستان، خسارت ناشی از به هم خوردن نامزدی منظر فقه و حقوق افغانستان، سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قبال جرائم نظامی و تعزیر شرعی از دیدگاه فقه و تفاوت آن با تعزیر حقوقی مزین شده است.

فصلنامه علمی پژوهشی مطالعات حقوق اسلامی، از آثار و مقالات علمی استادان و دانشجویان در زمینه فقه و حقوق استقبال نموده و دست‌یاری و همکاری به‌سوی جامعه حقوقی کشور دراز می‌نماید.





حبس، اعدام، جریمه نقدی و غیره و یا  
احیاناً تدابیر تأمینی.

واژگان کلیدی: جرم، مسؤولیت جزایی،  
جنایات بر مادون نفس، قصاص عضو، دیه.

## مسؤولیت جزایی مرتکب در جنایات مادون نفس در فقه امامی و حنفی و کود جزای افغانستان

محمد الیاس معصومی\*

### چکیده

مسؤولیت جزائی عبارت از آن مسؤولیتی است که در اثر تخلف از قواعد جزائی که هدف آن تأمین نظم اجتماعی می باشد به وجود می آید. زمانی که شخصی مرتکب عمل مجرمانه گردد و یا در اجرا یا امتناع از این عمل مخالف قانون، اراده خود را تبارز دهد، به نحوی که میان عمل مجرمانه او و نتیجه به دست آمده رابطه سببیت وجود داشته باشد، مسؤولیت جزائی متوجه او می شود. مؤیدات آن در فقه عبارت است از مجازات قصاص، دیه و تعزیر و در کود جزا

---

\* ماستری جزا و جرم شناسی

## مقدمه

جنایات مادون نفس جنایاتی است که نه بر علیه نفس انسان، بلکه بر اعضاء و جوارح انسان واقع می‌گردد. این سنج از جنایات با وجودی که سبب فوت شخص نمی‌شود، ولی سبب مصدوم شدن شخص مجنی‌علیه، معلولیت و یا معیوب شدن او می‌شود. لذا به‌منظور حراست از سلامت کامل جسمی افراد ضرورت دارد تا مسؤولیت جزایی اعمال یاد شده متوجه کسانی که سلامت جسمی افراد را تهدید می‌نماید، گردیده و مرتکبین این اعمال مورد مجازات قرار گیرند. با توجه به اهمیت موضوع حراست از سلامت کامل جسمی افراد، در مذاهب فقهی امامیه، احناف و همچنین در کود جزاء افغانستان، احکام و مقرراتی پیش‌بینی شده است. پرسش‌های مهمی که این نوشتار در صدد پاسخ دادن به آن‌ها می‌باشد، عبارتند از این که با وجود تشریح قصاص در اسلام، آیا سازوکار تنبیهی جایگزینی نیز وجود دارد و

جایگزین‌ها کدامند؟ آیا احکام پیش‌بینی شده در کود جزای افغانستان با نظریات فقهی در مورد مجازات جنایت بر ما دون نفس همپوشانی دارد؟ برای یافتن پاسخ پرسش‌های فوق به‌تیین دیدگاه‌های فقهی امامیه و حنفی پرداخته خواهد شد و پس از آن همسازی احکام وضع شده در کود جزای افغانستان با آموزه‌های فقهی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

## ۱. مفاهیم

مفاهیم کلیدی که پیش از ورود به بحث بایستی تعریف شوند، عبارتند از «مفهوم جنایت یا جرائم بر دون نفس»، مسؤولیت جزایی،

### ۱-۱. مفهوم جنایت یا جرائم بر

#### دون نفس

برای تعریف این برساخته، نخست لازم است که مفهوم «جنایت» به لحاظ لغوی و اصطلاحی تعریف گردد و پس از آن می‌توان به تحلیل و تشریح مفهومی «جنایات

یا جرائم بر دون نفس» از دیدگاه فقه و حقوق پرداخت.

جنایت در لغت به معنی چیدن میوه از درخت و نیز گناه و جرمی است که ارتکاب آن موجب مجازات در دنیا و آخرت می‌شود. لکن جنایت در معنای لغوی عام، تنها به موردی که حرام است، اختصاص پیدا می‌کند. (نذیر، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۷-۴۸).

جنایت در اصطلاح اسم و نام عمل حرامی که است بر نفس، مال و یا غیر آن دو واقع می‌شود. اکثر فقهاء بر کاربرد لفظ جنایت در مورد افعالی که بر نفس یا اعضای بدن انسان واقع می‌شود، توافق نظر دارند. لفظ جنایت در اصطلاح فقهی مترادف با لفظ جرم است (همان، ص ۴۸).

«مفهوم جنایات یا جرائم بر ما دون نفس» در فقه به هر نوع اذیت و آزاری اطلاق می‌شود که شخص بر جسم مجنی‌علیه وارد آورد، بدون آن که منجر به فوت او گردد. این تعبیر، انواع گوناگونی از تعدیات و آزار مانند ضرب و جرح

را در بر می‌گیرد (عوده، ۱۹۸۵، ج ۱، ص ۲۰۴).

از دیدگاه حقوقی، ضرب و جرح از جمله جرایمی است که بر ما دون نفس انسانی واقع می‌گردد و با توجه به این که این اعمال به نحوی از انحاء به سلامت جسمی افراد صدمه می‌رساند، جرم پنداشته شده است.

## ۱-۲. مفهوم مسؤولیت

### جزائی

مسؤولیت کلمه‌ای است که در قرآن کریم آمده است و به معنای مطلوبیت و نیز مسؤول یا مؤظف بودن در انجام دادن امری و یا چیزی است که انسان از انجام آن امور یا اعمال، مورد سؤال قرار گیرد. مسؤول یعنی پرسیده شده یا خواسته شده و به کسی گفته می‌شود که ذمه او عهده دار عملی باشد و از آن سر باز زند. مسؤولیت در اصطلاح به معنای عام آن، حالت یا صفت کسی است که نسبت به عملی که کیفر آن متوجه او است،

مورد پرسش باشد (رعیتی، ۱۳۸۲، ص ۱۰۴).

مسئولیت جزایی در اصطلاح حقوق با توجه به تعاریف مختلفی که از سوی حقوق دانان ارائه شده، می توان آن ها را به یکی از سه تعریف ذیل ارجاع نمود:

۱. مسئولیت جزایی عبارت است از قابلیت یا اهلیت شخص برای تحمل تبعات جزایی رفتار مجرمانه خود؛

۲. مسئولیت کیفری آن است که تبعات جزایی رفتار مجرمانه شخص بر او الزام یا تحمیل گردد؛

۳. التزام یا مجبور بودن شخص نسبت به تحمل تبعات جزایی رفتار خود، مسئولیت جزایی نامیده می شود (علوی، ۱۳۹۵، ص ۱۰۴).

مسئولیت جزایی در فقه در مباحث مرتبط به حدود، قصاص و دیات مورد بحث قرار گرفته است و تعاریف مختلفی ارائه در مورد آن ارائه شده است. تعریفی که عبدالقادر عوده صاحب کتاب «التشريع الجنایی الإسلامی» از

مسئولیت جزایی نموده، چنین است:

«معنای مسئولیت جزایی در اسلام این است که انسان نتایج آن دسته از فعل حرامی را که با اختیار آن را انجام می دهد و پیامدهای آن را درک می کند، متحمل می شود. بنابراین، هر کسی که فعل حرامی را مرتکب شود که به آن رضایت نداشته باشد، مانند مکره و یا بی هوش، از لحاظ جزایی مسؤول نخواهد بود؛ همچنان کسی که در جریان عمل منع شده اراده داشته ولی به ماهیت آن فعل آگاهی نداشته باشد، مانند طفل و مجنون نیز از لحاظ کیفری مسؤول نخواهد بود (عوده، ۱۹۸۵، ج ۱، ص ۳۹۲).

## ۲. مسئولیت جزائی

### جنایات مادون نفس در فقه

در جامعه انسانی با هم زیستن در سایه برقراری امنیت و نظم اجتماعی میسر است، لذا دین مبین اسلام تجاوز بر زندگی یک فرد را بسان تجاوز بر همه جامعه دانسته است و همانگونه که نفس

آدمی را محترم و محقون الدم دانسته است، اعضاء بدن او را نیز مصون از تجاوز دانسته و هر کسی را که موجب تجاوز و تعدی بر نفس، اعضاء و اموال مردم و جامعه انسانی شود مستوجب قصاص دانسته است. قصاص در لغت به معنی مساوات است (لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۳، ص ۱۶۴۱) و در اصطلاح به معنای تلافی و استیفای عینی جنایتی می باشد که در قتل عمد، قطع عضو و جرح عمدی به مجنی علیه وارد شده است.

## ۲-۱. مسؤولیت جزایی جنایت

ما دون نفس در فقه امامیه

همه مذاهب فقهی شروط قصاص در جنایت بر اعضاء را در دو نوع شروط عام و شروط خاص تقسیم بندی کرده اند:

### الف) شروط عام:

۱. تساوی در دین: یعنی باید جانی و مجنی علیه در دین با هم مساوی باشند. در غیر آن نظر اغلب فقهای شیعه این است که قصاص

شخص مسلمان در برابر غیر مسلمان جایز نیست. به دلیل این حدیث پیامبر اکرم (ص) که فرموده است: «لَا يَقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ»، هیچ مسلمانی به عوض کافر کشته نمی شود؛ و همچنان به دلیل قاعده نفی سبیل مستنبط از آیه قرآن کریم که خداوند متعال می فرماید: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»، خداوند هرگز برای کافران راهی به (زیان) مؤمنان قرار نداده است (صادق، ۱۳۹۳، ص ۱۵۱).

باید گفت که از نظر فقهای امامیه، مسلمان معتاد به قتل ذمی قصاص می شود. دلیل این حکم روایت اسماعیل بن فضل از امام صادق (ع) است که در مورد قتل غیر مسلمان فرمود: «قصاص نمی شود مگر این که عادت به کشتن آنان کند.» (خالدیان و دیگران، بی تا، ص ۶).

## ۲. عدم رابطه ابوت: یعنی این

که میان جانی و مجنی علیه رابطه پدری وجود نداشته باشد. در غیر آن فقهای امامیه به عدم امکان

قصاص پدر به خاطر کشتن فرزندش اتفاق نظر دارند. به دلیل حدیثی که از پیامبر اکرم (ص) روایت شده که فرموده است: «پدر در مقابل پسر قصاص نمی‌شود». باید گفت که مسلمان بودن و یا نبودن بودن در این حکم تفاوت ندارد. بناءً اگر پدری غیر مسلمان، فرزند مسلمان خود را عمداً به قتل برساند، یا جراحی بر او وارد نماید، پدر قصاص نمی‌شود؛ چون رابطه ابوت و بنوت که موضوع قصاص است در اینجا نیز موجود است؛ اما اگر جانی پسر باشد و مجنی‌علیه پدر؛ در این صورت پسر در بدل پدر قصاص می‌شود. (خسروی و تاجیک، ۱۳۹۱، ص ۱۸).

**۳. تساوی در عقل: عاقل**  
بودن یکی از شروط معتبر در قصاص و توجیه مسؤولیت جزایی برای جانی است و در صورت فقدان آن، نظر مشهور فقهای شیعه مانند شیخ طوسی، محقق حلّی، فخر الاسلام و صاحب جواهر این است که مجنون در مقابل کشتن شخص عاقل قصاص نمی‌شود؛ اما اگر عقل

جانی به اثر سکران و یا شراب نوشی قصدی زایل شده باشد در این صورت قول راجح بر قصاص جانی است (همان، ص ۱۷).

همچنین عاقل به دلیل کشتن مجنون قصاص نمی‌شود؛ زیرا به باور فقهای شیعه عقل مهم‌ترین ویژگی انسان و در واقع فارق بین او حیوانات می‌باشد، پس نمی‌توان انسان عاقل و انسان دیوانه را یکسان دانست؛ چون تفاوت فاحش بین آنها وجود دارد (صادقی، ۱۳۹۳، ص ۱۵۷).

**۴. مباح الدم نبودن مجنی‌علیه:** فقهای امامیه به این نظرند اگر کسی مرتکب قتل شخصی که شود که شرعاً خون او مباح بوده باشد، مانند مرتد و یا حربی، قاتل در برابر مقتول قصاص نخواهد شد ولو بدون اجازه امام مرتکب قتل شده باشد. البته باید گفت که نفی قصاص در این مورد به معنای عدم مسؤولیت جزایی مرتکب در قبال قتل مهدور الدم نیست. بلکه مطابق ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی شخصی که

مرتکب قتل مهذور الدم شود، مجازات می‌شود و همچنان دیه بر او لازم است (خسروی، ۱۳۹۱، ص ۱۹).

#### ب) شروط خاص

مراد از شروط خاص شروطی‌اند که موجودیات آنها، علاوه بر شروط قابل تطبیق در قصاص نفس، ضروری است که عبارتند از:

**۱. تساوی اعضاء در سالم و کامل بودن:** یعنی هرگاه کسی که دستش سالم است دست شل دیگری را قطع کند دست سالم وی قصاص نخواهد شد (همان، ص ۱۶۰)؛ زیرا خداوند متعال می‌فرماید: «پس هر کس تعدی و تجاوز کرد، همان گونه که بر شما تعدی کرده، بر او تعدی کنید...» (بقره، آیه ۱۹۴). همچنین فرموده است: «اگر خواستید مجازات کنید، پس چنان مجازات کنید که شما را مجازات کرده‌اند...» (نحل، آیه ۱۲۶).

بنابراین، دست یا پا کامل که در عوض دست یا پای که تعداد

انگشتانش ناقص است، قطع نمی‌شود؛ زیرا مقتص (مجنی علیه) بیش از حقش اخذ می‌کند. اما اگر مجنی علیه قبول کند که دست شل جانی را، در عوض دست سالم او قطع کنند، می‌تواند قصاص کند. زیرا کمتر از حقش را اخذ کرده و نمی‌تواند ارزش دست سالم و شل را اخذ کند؛ زیرا دست شل در خلقت مانند دست سالم است و فقط در صفت، ناقص‌تر است و تماثل در صفات شرط نیست.

شافعیه و حنابله در قصاص عضو شل در مقابل عضو صحیح، محتاطانه نظر داده و شرط گذاشته‌اند که قطع عضو شل، در صورتی جایز است که تأثیری در حیات شخص مورد قصاص (جانی) نداشته باشد (قرطبی، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۸۳).

#### ۲. تساوی اعضاء در اصلی

**بودن:** به باور فقهای شیعه قصاص عضو اصلی در مقابل عضو غیر اصلی ممکن نیست. بنا بر این، اگر کسی عضو زاید دیگری را قطع کرده است، اگر خود دارای عضو

زاید مشابه باشد، همان عضو او قصاص می‌شود در غیر آن به پرداخت دیه محکوم می‌شود. (صادقی، ۱۳۹۳، ص ۱۶۲).

### ۳. تساوی در محل عضو

**مجروح یا مقطوع:** یعنی محل عضو مورد قصاص باید با مورد جنایت یکی باشد. بنابراین، راست و یا چپ بودن محل مورد جنایت تفاوتی نمی‌کند و در صورتی که مجرم دست راست نداشت، دست چپ او قطع می‌شود؛ زیرا جمله (والجروح قصاص) در آیه تعیین قصاص عام است و شامل همه اعضاء و جوارح از جمله دست‌ها و پاها و دیگر اعضایی که در آیه ذکر آن نیامده است، می‌شود. صرف نظر از راست و چپ بودن آن‌ها مماثل یکدیگر هستند و جنس و هویتشان نیز یکی است.

در صورتی که مجرم دست نداشته باشد، مطابق نظر مشهور فقهای امامیه پایش قطع می‌شود. همچنین اگر دست گروهی را قطع کرد و در برابر دستانش قصاص شد، نظر فقهای مشهور امامیه این

است که پایش نیز قطع می‌شود و اگر دست و پا نداشت مجنی‌علیه تنها حق مطالبه دیه را دارد. البته نظر غیر مشهور این است که هیچگاه پای جانی در برابر دست قطع نمی‌شود بلکه در صورت نداشتن دست، قصاص ساقط می‌شود و دیه لازم می‌گردد (اکبریور و گلستان رو، ۱۳۹۰، ص ۱۰).

### ۴. تساوی در جنسیت: نظر

مشاهیر فقهای شیعه این است که قصاص زن و مرد همانگونه که در قتل نفس تفاوت دارد و اولیای دم زن در صورت پرداخت نصف به ورثه جانی می‌توانند او را قصاص کنند، در اعضاء نیز با هم تفاوت دارد. چنانکه در ماده ۲۳۳ قانون مجازات اسلامی آمده است: «در قصاص عضو، زن و مرد برابرنند و مرد مجرم به سبب نقص عضو یا جرمی که به زن وارد نماید، به قصاص عضو مانند آن محکوم می‌شود، مگر این که دیه عضوی که ناقص شده، ثلث یا بیش از ثلث دیه کامل باشد که در آن صورت، زن



هنگامی می‌تواند قصاص کند که نصف دیه آن عضو را به مرد بپردازد.» (خالدیان و دیگران، بی‌تا، ص ۹).

#### ۵. تلف نشدن نفس جانی و

یا عضو دیگر وی: اگر به سبب اجرای قصاص عضو یا جرح، احتمال تلف شدن نفس جانی و یا عضو او وجود داشته باشد، در این صورت قصاص اجراء نمی‌شود؛ زیرا هدف از قصاص مماثلت است و در صورت تلف شدن نفس جانی و یا عضو مماثلت مقصود از بین خواهد رفت (صادقی، ۱۳۹۳، ص ۱۶۳).

#### ۶. عدم تجاوز از جراحت

وارده در اجرای قصاص: در اجرای قصاص عضو جانی باید در نظر داشت که از اندازه جراحت وارده تجاوز صورت نگیرد و در صورت عدم امکان رعایت تساوی، به باور فقهاء اگر احتمال ورود ضرر وجود داشته باشد، قصاص ساقط می‌شود (همان). زیرا مماثلت مجازات با جرم یکی از اهداف مشروعیت قصاص است که تجاوز در آن جایز نیست؛ اما تشخیص

مماثلت و یافتن مصادیق آن، مانند سایر مفاهیم موضوع احکام شرعی، به عرف واگذار شده است. به عبارت دیگر، مبنای اصلی فتوای فقهاء در باب قصاص، تشخیص عرف از مماثلت مجازات با جرم است.

#### ج) حکم

مطابق منطوق صریح حکم خداوند متعال مجازات هر کسی که مرتکب جنایت نفس و یا ما دون نفس شود، قصاص اعضای مماثل در برابر هم است. تفاوت نمی‌کند عضو زوج باشد و یا یکتایی؛ اما بعضاً پیش می‌آید که مجنی‌علیه یک چشم داشته و به اثر فعل جانی کاملاً نابینا می‌شود، در این صورت از نظر برخی از فقهاء جانی علاوه بر قصاص شدن یک چشم، باید دیه یک چشم را نیز به مجنی‌علیه بپردازد و یا هم مجنی‌علیه می‌تواند بدون قصاص جانی دیه دو چشم را از جانی دریافت نماید. ولی برخی دیگر با توجه به شرط مماثلت، اجرای قصاص بر یک چشم جانی را کافی می‌دانند. همین طور اگر

جانی و مجنی‌علیه هر دو دارای یک چشم بوده باشند، قصاص بر جانی جاری خواهد شد چون اصل مماثلت و برابری محقق می‌شود؛ اما اگر جانی یک چشم داشته باشد و مجنی‌علیه دو چشم در این صورت به خاطر محقق نشدن اصل مماثلت قصاص بر جانی اجرای نخواهد شد بلکه بر او دیه لازم می‌گردد (صادقی، ۱۳۹۳، ص ۱۶۷).

همچنان مطابق نظر فقهای شیعه در قصاص گوش رعایت تساوی در محل برخلاف دست، لازم است و قصاص جنایت وارده بر گوش یا چشم راست به گوش یا چشم چپ منتقل نمی‌شود و برعکس. همچنین قدرت شنوایی زیاد گوش جانی و نیز کوچکی و بزرگی گوش مجنی‌علیه هیچ تفاوتی ندارد (همان، ص ۱۷۰) و در بینی، لب و زبان نیز از نظر فقهاء امامیه باید مقدار و محل جنایت واقع شده حین اجرای قصاص در آنها رعایت شود. حتی اگر بینی مجنی‌علیه دارای حس بویایی نبوده

باشد و یا زبان او لال بوده باشد؛ زیرا نقش بینی و لبان در زیبایی چهره اساسی است که نبود آن نقص عمده محسوب می‌شود و همچنان میان زبان گویا و زبان لال تفاوتی نیست (همان، ص ۱۷۱).

به همین ترتیب، مطابق حکم آیه (والسنن بالسنن) در صورت وقوع جنایت بر دندان قصاص لازم است؛ البته باید تساوی در محل، تلف نشدن جانی و بیشتر نشدن قصاص از اندازه جنایت صورت گرفته، رعایت شود. ولی اگر مجنی‌علیه قبل از اجرای قصاص بر جانی دندان در آورد، در صورتی که دندان جدید سالم باشد جانی محکوم به تعزیر و در صورت معیوب بودن دندان جدید به ارش عیب، محکوم خواهد شد (همان، ص ۱۷۲).

## ۲-۲. دیه جنایت بر مادون نفس

### در فقه امامی

قابل یاد آوری است که بعضاً حالاتی پیش می‌آید که موجب عدم اجرای قصاص می‌شود که در

این صورت لازم می‌شود تا جانی برای مجنی‌علیه و یا اولیای دم او، دیه بپردازد. دیه در کلمه عربی است که به معنای مسترد کردن آمده است و در اصطلاح فقهاء مالی است که در بدل نفس قرار می‌گیرد (العمرانی، ۲۰۰۶، ص ۱۰۷). در اصطلاح حقوق جزاء، دیه (خون بها) مالی است که بزهکار متجاوز به جسم و جان کسی که مهذور الدم نیست شرعاً باید بپردازد. در پاره‌ای از جرائم خطائی هم دیه مقرر است (لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۱۹۹۶).

در مورد دیه اعضای بدن انسان، قاعده فقهی: «در هر عضو انسان که جفت باشد مثل دست و پا و گوش و چشم، دیه کامل و در یکی از اعضاء یاد شده نصف دیه است و در هر عضوی که یکی است مانند زبان و آلت تناسلی نیز دیه کامل است.» این قاعده مورد پذیرش فقهاء امامی و اهل سنت است که طبق آن، جنایت بر هر عضو از اعضای بدن انسان که زوج باشد مثل دست، پا و گوش و چشم در صورتی که جنایت بر هر دو عضو واقع شده

باشد، موجب دیه کامل و در صورتی که بر یکی از آن دو باشد نصف دیه لازم می‌شود... همچنان در صورتی که جنایت بر هر عضو مجنی‌علیه که فرد باشد همانند زبان، آلت تناسلی و سایر اعضای بدن موجب دیه کامل می‌باشد (نعمتی و وزیری، بی‌تا، ص ۲).

مراد از دیه کامل همان دیه نفس است. البته روشن است که حکم مذکور در ارتباط به این که مجنی‌علیه مرد باشد و یا زن؛ مسلمان باشد و یا کافر ذمی و یا مستأمن فرق می‌کند، به گونه‌ای که دیه کامل زن مسلمان معادل دیه یک مرد مسلمان و همچنان دیه کامل یک کافر ذمی برابر ثلث دیه یک مرد مسلمان است. همچنان اگر کافر ذمی باشد دیه کافر ذمی لازم می‌شود و اگر برده باشد، در این صورت قیمت او لازم می‌گردد.

### ۳-۲. مسؤولیت جزائی جنایات

#### مادون نفس در فقه حنفی

از باب مقدمه باید گفت که همانند امامیه، فقهاء احناف نیز شروط مجازات قصاص را که شامل قصاص مادون نفس نیز می‌شود، به دو بخش تقسیم کرده‌اند که ذیلاً بیان می‌گردد:

#### الف) شروط عام

۱. جانی عاقل و بالغ باشد: بناءً حکم قصاص بالای دیوانه و طفل تطبیق نمی‌گردد. به دلیل این که پیامبر اکرم (ص) فرموده است: «قلم تکلیف از دوش سه گروه برداشته شده است: از خوابیده تا زمانی که بیدار شود، از دیوانه تا هشیار گردد و از کودک تا آنگاه که به سن بلوغ برسد.»

۲. جانی اصل مجنی‌علیه نباشد: یعنی میان جانی و مجنی‌علیه رابطه أبوت موجود نباشد و در این زمینه به همان حدیث (لایقاده الوالد بولده) استدلال ورزیده‌اند. البته نزد احناف مادر عین حکم پدر است یعنی در ذیل حکم والد

مادر نیز شامل است؛ و این قول اتفاق بین ائمه چهارگانه اهل سنت نیز می‌باشد. بنابراین، برخلاف نظر امامیه، مادر در بدل پسر قصاص نمی‌شود.

۳. جنایت بر اطراف عمداً و بدون حق واقع شده باشد: زیرا در جنایت خطاء باشد قصاص لازم نمی‌شود بلکه دیه لازم است. همچنان علماء در اجرای قصاص بر شخص مکره اختلاف نظر دارند: از نظر امام ابوحنیفه، محمد بن حسن شیبانی، زیدیه، امامیه در جنایت بر اطراف به سبب اکراه، بر شخص مکره (اکراه شونده) قصاص لازم نیست بلکه او تعزیر می‌شود ولی بالای شخص مکره (اکراه کننده) قصاص است. این گروه به حدیث پیامبر اکرم (ص) که فرموده است: «خداوند از تجاوز امت من به اثر خطاء، فراموشی و اکراه در گذشته است»؛ اما از نظر امام زفر (رح) بر شخص مکره قصاص واجب است؛ زیرا از نظر او اصلاً جنایت از سوی شخص مکره صورت گرفته که حقیقتاً، جنساً و مشاهدتاً ثابت شده

و انکار از محسوس اشتباه است. ولی از نظر امام ابو یوسف: قصاص به سبب اکراه از هر دو؛ مکره و مکروه ساقط است.

۵. جنایت مباشرتاً واقع شده باشد نه بالسبب: از نظر امام ابوحنیفه جنایت مباشر، معنأ و صورتاً جنایت محسوب می شود اما جنایت بالسبب صورتاً جنایت است ولی معنأ جنایت نیست. لذا با توجه به عدم مماثلت جنایت مباشر با جنایت بالسبب قصاص لازم نمی شود.

۶. تساوی جانی با مجنی علیه در اسلام و حریت: شرط تساوی در اسلام و حریت نزد جمهور فقهای مالکی، شافعی و حنبلی شرط است به گونه ای که از نظر آنها در صورتی که جانی مسلمان و یا حرّ در مقابل مجنی علیه کافر و یا عبد قصاص نمی شود ولی برعکس؛ جانی ذمی و عبد در مقابل مجنی علیه مسلمان و یا حرّ قصاص می شود.

۷. تساوی در جنسیت: علمای احناف با استناد به عموم آیه های

(کتب علیکم القصاص فی القتل)، (و کتبنا علیهم فیها أن النفس بالنفس و العین بالعين)، (من قتل مظلوماً فقد جعلنا لولیه سلطاناً فلا یسرف فی القتل) و آیه (و لکم فی القصاص حیاة یا اُولی الألباب) به این نظر هستند که اختلاف جنسیت، موجب سقوط قصاص در نفس نمی شود ولی موجب عدم اجرای قصاص در اطراف می شود؛ زیرا به باور احناف؛ اجرای قصاص در اطراف مبتنی بر ارش است که در آن اعضای مرد و زن با هم برابر نیستند، لذا در صورت جنایت مرد بر اعضای زن قصاص جاری نمی شود بلکه دیه لازم می گردد. برخلاف جنایت بر نفس که در آن از بین بردن روح انسانی است و با توجه به این که روح مرد و زن با هم تفاوت ندارد، در آن قصاص لازم است.

### ب) شروط خاص

برای اجرای قصاص در جنایت بر اطراف، شروط خاصی نزد فقهاء وجود دارد که دیدگاه احناف در

ارتباط به شروط یاد شده قرار ذیل است:

۱. تساوی اعضاء در سالم و کامل بودن: از نظر احناف تساوی در سالم و کامل بودن اعضاء جانی با مجنی علیه شرط است. بناءً دست سالم جانی در مقابل دستی شل/ فلج مجنی علیه و همچنان برعکس آن (دست فلج جانی در مقابل دست سالم مجنی علیه) قطع نمی شود.

۲. تساوی در محل و اصلی بودن اعضاء: چنانکه گفته شد برخی از اعضاء مانند دست‌ها، پاها، چشم‌ها، گوش‌ها و... به راست و چپ تقسیم شده‌اند بناءً نزد احناف تساوی عضو جانی با مجنی علیه در محل و اصلی بودن آن‌ها شرط است؛ در غیر آن به دلیل اختلاف منافع اعضاء چپ و راست با هم و همچنان تفاوت عضو اصلی با عضو زاید قصاص جاری نمی شود.

۳. تساوی در سالم بودن اعضاء: از نظر فقهاء پای سالم برای پای شل، قطع نمی شود و عضو کامل در برابر عضو ناقص، اخذ نمی شود؛

مانند دست یا پا کامل که در عوض دست یا پایی که تعداد انگشتانش ناقص است، قطع نمی شود؛ زیرامقتص (مجنی علیه) بیش از حقیقت اخذ می کند؛ اما اگر مجنی علیه قبول کند که دست شل جانی را، در عوض دست سالم او قطع کنند؛ می تواند قصاص کند؛ زیرا کمتر از حقیقت را اخذ کرده و نمی تواند ارزش دست سالم و شل را اخذ کند؛ زیرا دست شل در خلقت مانند دست سالم است و فقط در صفت، ناقص تر است و تماثل در صفات شرط نیست.

شافعیه و حنابله در قصاص عضو شل در مقابل عضو صحیح، محتاطانه نظر داده و شرط گذاشته‌اند که قطع عضو شل، در صورتی جایز است که تأثیری در حیات شخص مورد قصاص جانی نداشته باشد (طربلی، بی تا، ج ۲، ص ۸۳).

### ج) حکم

در این شکی نیست که جنایت بر ما دون نفس مستوجب قصاص

است، ولی در قصاص اعضاء، غیر از آنچه گذشت؛ برخی از اعضاء دارای دو عضو چپ و راست مانند دو چشم، دو گوش، دو تخم و دو سوراخ بینی و امثال آن هستند که فقهاء احکام خاص را بیان کرده‌اند. در ارتباط به چشم در مجموع همه فقها به قصاص آن طبق حکم خداوند متعال «والعین با العین» قائل‌اند. بناء چشم شخص جوان با شخص پیر و بر عکس آن و همچنان چشم جور با چشم مریض و ضعیف فرقی ندارد؛ زیرا به قول فقهاء تفاوت در وصف مانع قصاص نمی‌گردد.

همچنان در گوش بنا بر گفته الله متعال «الأذن بالأذن» نیز قصاص جاری می‌شود و در این صورت گوش شنوا با گوش کر و عکس آن و یا کوچک بودن و بزرگ بودن گوش هیچ فرقی ندارد. حتی به نزد فقها در گوش اگر بخش از آن هم قطع شود حسب اجزا قابل قصاص به نصف و ثلث- ثلثان می‌شود.

به همین ترتیب از نظر احناف در صورتی که بینی به اثر جرح و یا قطع به حد مارن که حد معین بینی است برسد، قصاص است؛ اما گر بعضی از بخش بینی قطع شود، از نظر احناف؛ برخلاف جمهور علماء اعم از امامیه قصاص لازم نمی‌شود؛ زیرا در این صورت مماثلت متعذر است. البته این یک مسئله اتفاقی است در قصاص کوچک و یا بزرگ بودن بینی و همچنان کم و یا زیاد بودن حس شامه آن فرقی ندارد.

در لبها نیز فقهاء به اجرای قصاص در صورت وقوع جنایت بر لبها نیز متفق القول هستند و فرقی نمی‌کند که لب بزرگ باشد یا کوچک، باریک باشد یا عریض لکن لب بالایی در مقابل لب پایین قابل قصاص نیست؛ زیرا در محل با هم فرقی دارند و این قول جمهور فقها است مگر بعضی از فقها شافعی اختلاف کرده‌اند؛ اما به نزد فقهای حنفی شرط است در قصاص لبها که لب اگر از منتهی خود قطع شود قابل مماثلت است در غیر آن

مماثلت به میان نمی‌آید و در قطع نمودن بعضی آن قصاص بخاطر عدم مماثلت جاری نمی‌گردد.

در زبان نیز در صورتی که از بین برود، قصاص واجب می‌گردد این قول جمهور است. اما علمای احناف گفته‌اند قصاص جاری نمی‌شود؛ زیرا زبان قابل انقباض و انقباض است و مماثلت در آن ممکن نیست. ولی به رأی امام ابو یوسف اگر کل زبان قطع شود در آن قصاص است زیرا در آن مماثلت ممکن می‌شود و از زیادت و کمی مصوون است.

همینگونه در ندان ها بنا بر قول فقها در دندان قصاص جاری می‌گردد، باید گفت که در صورت وقوع جنایت بر دندان قصاص لازم است باید تساوی در محل، تلف نشدن جانی و بیشتر نشدن قصاص از اندازه جنایت صورت گرفته، رعایت شود که از نظر فقهای امامیه در صورت عدم رعایت تساوی در محل و بقیه موارد یاد شده، قصاص ساقط می‌شود و دیه بر جانی لازم می‌شود. بنائاً دندان فک پایین در

مقابل فک بالا، دندان طرف راست در مقابل طرف چپ، دندان کرسی در مقابل دندان نیش و دندان اصلی در مقابل دندان زاید قصاص نمی‌شوند.

حتی اگر پس اجرای قصاص یا اخذ دیه، مجنی‌علیه مجدداً در آورد، یا برای خود دندان بکارد، بر حکم فوق الذکر تأثیری نخواهد داشت. کما این که نمی‌توان برای دندان درآورده شده و یا دندان غرس شده جانی را برای حفظ اثر قصاص بیرون کرد.

همچنان باید گفت که اگر مجنی‌علیه قبل از اجرای قصاص بر جانی دندان در آورد، در صورتی که دندان جدید سالم باشد جانی به محکوم به تعزیر و در صورت معیوب بودن دندان جدید به ارش عیب، محکوم خواهد شد.

#### ۲-۴. دیه جنایت بر ما دون

##### نفس در فقه حنفی

همانگونه که قبلاً بیان گردید در فقه امامی و حنفی قاعده‌ای وجود دارد که طبق این قاعده جنایت بر



هر عضو از اعضای بدون انسان که زوج باشد مثل دست، پا و گوش و چشم در صورتی که بر هر دو باشد موجب دیه کامل و در صورتی که بر یکی از آن دو باشد موجب دیه نصف دیه کامل است؛ اما فقهای حنفی می‌افزاید که ملاک و معیار برای دیه‌ای کامل از بین بردن منفعت یا از بین بردن زیبایی به‌طور کامل است، لذا در مورد سایر اعضای نیز در صورتی که جنایت باعث از میان رفتن منفعت شود یا باعث از بین رفتن جمال و زیبایی شود، دیه کامل لازم است.

اما دیه اعضای یکتایی، فقهای احناف در استدلال به وجوب دیه کامل در صورت قطع زبان، بینی و آلت تناسلی به این نظرند که جانی منافع مقصود این اعضا و زیبایی برخی از آن‌ها را از بین برده است. مقصود از بینی بوییدن و زیبایی است و مقصود از زبان تکلم و مقصود از آلت تناسلی جماع است. بناءً معیار دیه کامل نزد احناف یکی از این دو است: «از بین بردن منفعت به‌طور کامل» یا «از بین

بردن جمال و زیبایی»، یعنی هرگاه یکی از این دو امر، منفعت و یا جمال فوت شود دیه کامل لازم می‌شود (صحیح بخاری، حدیث شماره ۲۱۴۶).

همچنان از نظر آن‌ها قطع هر جفت این اعضاء باعث از بین بردن منفعت مقصود از جنس آن یا از بین رفتن زیبایی آن به‌طور کامل می‌شود. مثلاً در جنایت بر دو چشم، دو دست، دو پا، زبان، ستون فقرات و غیره اعضاء که باعث از بین رفتن منافع بینایی، حرکت و راه رفتن می‌شود و یا هم جنایت بر دو گوش، دو لب و دو ابرو در صورتی که موهای آن دیگر روید و باعث از بین رفتن جمال و زیبایی می‌شود دیه کامل لازم می‌شود (نعمتی و وزیری، بی‌تا، ص ۸) و در صورت تلف شدن یکی از آن‌ها نصف دیه لازم می‌گردد.

همچنان در اعضایی که در بدن دارای چهار بخش‌اند: مانند پلک ها؛ از نظر جمهور علماء که در آن کل دیات لازم می‌گردد؛ اما در تلف شدن یکی از آن، ربع دیات لازم

می‌گردد و این به قول احناف در صورتی است که امکان ارجاع و یا مداوای آن موجود نباشد؛ زیرا در صورت عدم مداوا کمال جمال و منفعت آن از بین خواهد رفت. همینگونه در قطع و قمع هر عضوی که دارای ده بخش هستند، دیه کامل است و در تلف شدن یکی از آن‌ها عشر دیه لازم می‌گردد و اما اعضای که تعداد آن‌ها از ده بیشتر است مثل دندان، فقهاء به اتفاق همه در هر دندان نصف عشر دیه لازم می‌گردد و آن عبارت است از پنج شتر.

### ۳-۴. شباهت‌ها و تفاوت‌های نظریات فقهای امامیه و احناف

#### الف) شباهت‌ها

براساس آنچه در مباحث گذشته بیان شد، فقهای دو مذهب امامیه و حنفیه شرایطی را برای اجرای قصاص در نظر گرفته‌اند که بیشتر این شرایط در کلیت بحث مشترکند و این شرایط عبارتند از: مکلف بودن قاتل، تساوی در آزادی و برده بودن، تساوی در دین، نبودن

رابطه اُبوت و محقون الدم بودن مقتول.

همچنین در قصاص ما دون نفس شرط است که امکان استیفاء آن بدون ضایع شدن وجود داشته باشد، یعنی بدون ظلم باشد. شرط دیگر این است که فقط از عضو مقابل، قصاص می‌شود؛ بنابراین دست فقط در مقابل دست، قصاص می‌شود و دست راست به عوض دست چپ، قصاص نمی‌شود.

#### ب) تفاوت‌ها

چنانچه بیان شد، در برخی از فروع بحث و جزئیات شرایط بین دو مذهب اختلاف وجود دارد که به مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌شود:

تساوی در دین: در مورد تساوی جانی با مجنی‌علیه در اسلام، با توجه به ادله‌ای که احناف استناد کرده و همچنان با در نظر داشت دلایل مورد استناد جمهور علماء، به نظر می‌رسد که قول احناف در این مسئله راجح است. همچنان آیات قرآن کریم (ولکم فی القصاصِ حیات) دال بر

این است که مراعات نمودن قصاص مسلمان در برابر ذمی بیشتر سبب حیات در جامعه می‌گردد و عداوت‌های مذهبی را کاملاً از جامع می‌بردارد و زمینه دعوت را به شکل خاص فراهم می‌سازد.

بنابراین، قول احناف از قوت و حکمت عالی برخوردار بوده است؛ زیرا هدف از قصاص زجر و وقایه از جرم است، در غیر آن؛ یعنی در صورت عدم قصاص مسلمانان در برابر ذمی، انگیزه انتقام جویی اولیاء مجنی‌علیه تحریک خواهد شد و این خود جرم‌زا بوده و زنجیره جنایات دوام پیدا می‌کند. خصوصاً در کشورهایی که مسلمانان در بین کفار زندگی می‌کنند و دیگر این که حقانیت اسلام معلوم آشکار و هویدا نیست، در صورت عدم قصاص مسلمان در برابر ذمی فساد به شکل گسترده در بین افراد جامعه رایج می‌گردد، مگر این که عدالت به وجه احسن آن محسوس گردد.

تساوی در جنسیت: احناف در اجرای قصاص بین زن و مرد در جنایت بر نفس با جمهور یعنی

(امامیه، شافعی و حنابله) موافقتند اما در جنایت بر مادون نفس با آن‌ها موافق نیست که دلایل هر یک بیان شد. ولی تحقیق و تتبع ثابت می‌سازد که قول راجح، قول امامیه و یا هم قول جمهور است که به جاری شدن قصاص بین زن و مرد در نفس و مادون نفس نظر داده‌اند. زیرا حکمت از مشروعیت قصاص، حفظ خون حیات انسان است؛ چنانچه قرآن به آن اشاره دارد (و لکم فی القصاصِ حیات) و ترک قصاص بین زن و مرد در مادون نفس و یا اطراف، سبب دشمنی و عداوت در میان اعضای جامعه می‌گردد. علاوه بر آن زنان طبیعتاً به لحاظ جسمی ضعیف‌اند و در صورت ترک قصاص، همواره مورد تهاجم و تعدی مردان قرار خواهند گرفت.

تفاوت زن و مرد در دیه: از نظر فقهای امامیه و نیز احناف در جنایت بر نفس و همچنان جنایت بر ما دون نفس جانی (مرد) در مقابل زن قصاص می‌شود در صورتی که مجنی‌علیه و یا اولیای

دم او نصف دیه را به جانی بپردازد. البته این نظر آن‌ها با توجه به آنچه که فقهاء در باب حکمت مشروعیت قصاص بیان کرده‌اند، در تناقض قرار دارد. پس نتیجه چنین می‌شود که نظر احناف و امامیه هر دو از ضعف خالی نیست و آنچه قابل تأیید می‌باشد نظری است که ائمه ثلاثه اهل سنت است (شافعی، مالکی و حنبلی) به آن قائلند.

مکره نبودن قاتل بر قتل: برخی فقهاء مانند احناف گفته‌اند اگر کسی از روی اکراه مرتکب قتل و یا مرتکب جنایت مادون نفس شود قصاص نمی‌شود، اما جمهور علماء به شمول امامیه گفته‌اند که اکراه به قتل مجوز قتل شده نمی‌شود و همچنان پسندیده نیست که حفظ جان شخص، توجیه کننده تجاوز به جان دیگران باشد که از این منظر نظر جمهور راجح است.

جنایت بالسبب: به قول احناف جنایت بر اعضا باید مباشر باشد، بنابراین، در صورت تسبیب قصاص صورت نمی‌گیرد؛ زیرا مماثلت در اینجا پیدا نمی‌شود، یا قابل تحقق

نیست. برخلاف قول فقهاء امامیه ایشان مثل قول جمهور (امام مالک، شافعی و حنبله) مسبب و مباشر را جانی متعمد دانسته و مستحق قصاص می‌داند. بنابراین، به نظر من با تتبع به اراده فریقین و اقوال علماء در مورد یاد شده، قول جمهور که فقهای امامیه جزء آن است، راجح می‌باشد، زیرا قول احناف خالی از ضعف نیست چون بسا اوقات می‌شود مسبب بالغ از مباشر واقع شود. مثلاً حالت اکراه را در نظر می‌گیریم مکره مسبب است و لی مکره مباشر و در این مثال اصل جانی مسبب است؛ زیرا مکره اراده به خیانت ندارد. همچنین فرض کنیم اگر دو شخص در حضور قاضی به سرقت کردن شخص شهادت بدهند و حاکم به اقرار شهود دست سارق را قطع نماید اما بعد از گذشت زمان کذب شهود ثابت شود، یقیناً که مسبب این جنایت این شهود است.

امکان استیفاء قصاص از مادر: در این مورد فقهای امامیه به ظاهر کلمه أبوت استناد نموده و به

قصاص مادر در برابر فرزند نظر داده ولی فقهای احناف به عام کلمه که همانا کلمه أبوت متداول برای والدین (پدر و مادر) می باشد و قائل به عدم قصاص مادر در برابر فرزند هستند که با توجه به جایگاه و مقام مادر که شریعت اسلامی آن را در بسا موارد بیشتر از پدر دانسته است، دلایل احناف از قوت بیشتر برخوردار است و نظر آنها در این زمینه راجح است.

باید گفت که دلیل این اختلافها مبانی فقهی و اصولی است که مورد استفاده هر یک از مذاهب قرار گرفته است. مثلاً مصادری مثل قیاس، استحسان نزد فقهای حنفی مطرح است ولی در امامیه وجود ندارد. در شمول سنت نیز بین این دو مذهب اختلاف وجود دارد، در نتیجه در آرای فقهی که از این منابع استنباط می شوند نیز اختلاف دیده شده است.

### ۳. مسؤولیت جزایی جنایت بر ما دون نفس در کود جزای افغانستان

در کود جزای افغانستان جنایات مادون نفس را تحت نام جرائم ضرب و جرح تصریح کرده است که گاهی به صورت عمدی و گاهی به صورت خطا صورت می گیرد (ندیر، بی تا، ص ۱۴۶).

#### ۳-۱. مفهوم ضرب و جرح

مطابق تعریف ارائه شده در کود جزا ضرب، عبارت از ضربه وارد کردن و یا صدمه رساندن به بدن است که سبب تورم یا کبودی با پیچ خوردن مفاصل بدون شکستگی آنها یا خون مردگی یا خون ریزی داخلی در بدن شود و با قطع نسج و جاری شدن خون از بدن همراه نباشد و اما جرح وارد کردن زخم به بدن است که سبب خراشیدگی پا بریدگی با پارگی یا قطع عضو یا سوختگی یا شکستگی آن شود و توأم با قطع نسج و خونریزی بیرونی باشد (کود جزا، ماده ۵۷۵).

### ۲-۳. شرایط تحقق جرم ضرب

#### و جرح

برای تحقق هر جرم دو شرط اساسی باید موجود باشد؛ یکی رکن مادی که به شکل فعل ضرب و یا جرح موجود می‌گردد، دوم رکن معنوی که عبارت از قصد مجرمانه می‌باشد.

در رابطه به رکن مادی جرائم مندرج مادون نفس باید گفت که شیوه‌های معمول تعرض به سلامت جسم را که همان ضرب و یا جرح و یا دادن مواد مضره است، مورد عنایت قرار داده است. برای تحقق رکن مادی این جرائم باید سه شرط موجود گردد؛ اول فعل اعتدا و تعرض، دوم نتیجه مترتب بر این افعال و سوم رابطه سببیت بین فعل و نتیجه.

فعل در جرائم مندرج مادون نفس در کود جزا هر نوع سلوکی را شامل می‌گردد که منجر به صدمه زدن به سلامت جسمی و روانی یک شخص می‌شود. با وصف این که قانون‌گذار به شیوه‌های معمول تعرض بر سلامت جسم در کود جزا

اشاره نموده است، اما این امر شامل روش‌های متعدد می‌گردد که در نتیجه آن سلامت شخص صدمه می‌بیند.

همچنان باید گفت که برای تحقق جرم ضرب و جرح شرط است که باید منتج به نتیجه مجرمانه باشد، یعنی در اثر افعال مندرج جنایات مادون نفس، به مجنی‌علیه درد و اختلال در وظایف طبیعی اعضای بدنش به وجود آمده باشد که فعالیت طبیعی اعضای بدنش مختل و یا معطل شده باشد.

### ۳-۳. انواع ضرب و جرح

ضرب و جرح از نظر حقوق جزا به دو نوع کلی تقسیم می‌گردد. یکی ضرب و جرحی که جنایت شمرده می‌شود و دیگر ضرب و جرحی که جنحه شناخته می‌شود.

**جنایت:** ضرب و جرحی که منتج به معلولیت و یا زایل شدن عقل مجنی‌علیه شود، قانون‌گذار مجازات این نوع ضرب و جرح را ذیل ماده ۵۷۷ جنایت شمرده است. به نحوی که اگر ضرب و جرح

منجر به قطع یا نقصان عضو شود مطابق حکم فقره (۱) ماده ۵۷۶ مرتکب به حبس طویل تا ده سال محکوم می‌گردد و در صورتی که سبب زایل شدن عقل مجنی‌علیه گردد، مطابق حکم فقره (۲) ماده مذکور مرتکب به حبس طویل بیش از ده سال، محکوم می‌گردد و هرگاه ضرب و جرح سبب معلولیت دایمی نگردد، مرتکب مطابق حکم فقره (۳) ماده مذکور به حبس متوسط تا دو سال، محکوم می‌گردد (کود جزا، ماده ۵۷۶).

**جناحه:** اما در بعضی حالات ضرب و یا جرح باعث معلولیت نشده، بلکه باعث ناتوانی موقت عضو در کارهای مربوط می‌گردد، این ناتوانی نظر به نوعیت ضرب و یا جرح، عضو و یا اعضای شخص را به حالت علالت و بی‌گاری موقت می‌آورد که نتواند به شکل عادی فعالیت نماید. مقنن نظر به مدت از کار افتیدن عضو، مجازات مناسب را به مرتکب پیش بینی نموده است. به نحوی که هرگاه ضرب یا جرح سبب معلولیت و از کار

افتیدن عضو نشده و سبب ناتوانی از کار گردد، مرتکب مطابق حکم ماده ۵۷۷ بادر نظر داشت مدت قرار ذیل مجازات می‌گردد ۱- در صورتی که منجر به ناتوانی از کار تا یک هفته گردد، به جزای نقدی از پنج تا پانزده هزار افغانی ۲- در صورتی که منجر به ناتوانی از کار بیش از یک هفته تا یک ماه گردد، به جزای نقدی از پانزده هزار تا سی هزار افغانی ۳- در صورتی که منجر به ناتوانی از کار بیش از یک ماه تا سه ماه گردد، به حبس قصیره. ۴- در صورتی که منجر به ناتوانی از کار برای مدت بیش از سه ماه گردد، به حبس متوسط تا دو سال (کود جزا، ماده ۵۷۷).

۳-۴. جمع شدن جرم ضرب و جرح با جرائم دیگر:

الف) تعدد جرائم

بعضاً مرتکب یک هدف داشته و خواهان نتیجه اصلی، یعنی ارتکاب جرم جناحه و با جنایت می‌باشد، اما با ارتکاب ضرب یا جرح می‌خواهد به هدف مجرمانه خویش نائل

گردد؛ بنابراین در این گونه حالات، مرتکب به مجازات هر دو جرم محکوم می‌گردد. ماده ۵۷۹ کود در زمینه چنین صراحت دارد: شخصی که دیگری را به منظور ارتکاب جنحه با جنایت دیگر مضروب یا مجروح نماید، علاوه بر مجازات جرم ارتكابی به مجازات ضرب یا جرح مندرج این فصل، نیز محکوم می‌گردد (کود جزا، ماده ۵۷۹).

#### ب) جرم ضرب و جرح به اثر جنگ مغلوبه

در صورتی که جرم نتیجه درگیری بیش از سه نفر بوده و فاعل اصلی جرم معلوم نمی‌باشد. در این حالت نسبت جرم به شخص معین نشده، بلکه تمام اشخاص شامل درگیری مقصر شناخته می‌شوند. چنانکه فقره (۱) ماده ۵۸۱ در مورد چنین تصریح نموده است: هرگاه به اثر جنگ مغلوبه قتل یا جرح شدید واقع گردد، هر یک از اشخاصی که در جنگ اشتراک نموده‌اند به سبب اشتراک در جنگ، به حبس متوسط محکوم می‌گردند، مگر این

که عدم مسؤولیت آن‌ها ثابت گردد. (۲) هر گاه در حالت مندرج فقره (۱) این ماده، محرک جنگ یا فاعل قتل یا جرح شدید تشخیص شده بتواند، مرتکب و محرک به جزای پیش بینی شده اصل جرم، محکوم می‌گردد (۳) در غیر از احوال مندرج فقره‌های (۱ و ۲) این ماده در حالاتی که ضرب واقع شده باشد، هر یک از اشتراک کنندگان به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی، محکوم می‌گردد (۴) جنگ مغلوبه به مقصد این ماده عبارت است از درگیری بیش از سه نفر که در آن فاعل عمل چرمی معلوم نباشد (کود جزا، ماده ۵۸۱).

#### ۳-۵. جنایت بر مادون نفس به غیر از ضرب و جرح

##### الف) دادن مواد مضره و غیر کشنده

یکی از شیوه‌های ضرر رساندن به دیگران دادن مواد مضره می‌باشد که باعث قتل شخص نگردیده بلکه موجب عوارض شدید چون



معلولیت دایمی، عطالت عضو و یا فقدان یکی از حواس می‌گردد. قانون‌گذار مرتکب این عمل را قابل مجازات دانسته است.

قابل یادآوری است که مواد مضره تعریف مشخص نداشته و شاید نسبت به اشخاص، وضعیت صحتی، سن و سال، جنسیت و غیره متفاوت باشد؛ به‌طور مثال شاید خوردن بعضی از دواها در حالت عادی برای همه اشخاص تجویز گردد، اما عین ادویه برای یک خانم حامله، مضر بوده و ممکن است منتج به حالات مندرج ماده ۵۸۲ گردد.

مطابق ماده مذکور شخصی که عمداً دیگری را مواد ضررناک غیر کشنده بدهد که موجب معلولیت دایمی، عطالت عضو یا از کار افتادن آن یا فقدان یکی از حواس او گردد، حسب احوال به حبس متوسط، بیش از سه سال یا حبس طویل، محکوم می‌گردد (کود جزا، ماده ۵۸۲).

ب) تعذیب جسمی یا روانی شاگرد یا کارآموز

ضرب و جرح شاگرد، کارآموز و کارکن ضمن بیان حالات مشدده جرم ضرب و جرح در ماده ۵۷۸ توضیح داده شد، اما در این ماده هر نوع عملی که شاگرد، کارآموز و کارکن را به قصد اصلاح بدون ضرب و یا جرح مورد تعذیب قرار می‌دهد، جرم‌انگاری شده است که مطابق ماده ۵۸۳ شخصی که شاگرد، کارآموز و کارکن را به منظور اصلاح، بدون ضرب یا اجرح مورد تعذیب قرار دهد، به پدیل حبس محکوم می‌گردد (کود جزا، ماده ۵۸۳).

۶-۳. ضرب و جرح غیر عمدی

ضرب و جرح غیر عمدی یا خطا عبارت است از این‌که شخصی بدون نیت اعتداء بر مجنی‌علیه قصداً فعلی را مرتکب گردد که وی را مجروح یا مضروب نماید، مانند این‌که کسی سنگی را از کلکین خانه‌اش به منظور خلاصی از آن به دور بیندازد و به یکی از عابری

اصابت کند یا کسی در اثر خطای ناشی از اهمال، غفلت، بی توجهی، بی احتیاطی، عدم مراعات قانون، مقررات، لوايح، اوامر و عدم مهارت شخصی دیگری را مجروح یا مضروب سازد (نذیر، بی تا، ص ۱۵۵).

در این صورت مطابق حکم ماده ۵۸۰ شخصی که به اثر خطای ناشی از اهمال، بی احتیاطی یا عدم مهارت، دیگری را مضروب یا مجروح کنند، به جزای نقدی از پنج هزار تا بیست هزار افغانی، محکوم می گردد (کود جزا، ماده ۵۸۰).

### ۷-۳. جبران خسارت وارده در جنایت بر ما دون نفس

یکی از شرایط تأمین عدالت، علاوه بر مجازات مجرم، پرداخت جبران خسارت به متضرر جرم می باشد؛ زیرا مجازات حبس و جریمه نقدی که مرتکب به آن محکوم می گردد، به شخص متضرر چندان فایده ای ندارد. در حالی که قربانی اصلی عمل مجرمانه شخص متضرر بوده

و نتایج جرم فوت، معلولیت، قطع و یا عطلت عضو، از دست دادن حواس و غیره می باشد که صدمه شدید جانی و مالی را برای مجنی علیه در پی دارد. بر همین اساس، مطابق حکم فقره (۱) ماده ۵۸۴ مرتکب مکلف به پرداخت جبران خسارت وارده به مجنی علیه، نیز می باشد (کود جزا، ماده ۲۸۴).

حتی قانون گذار برای تشویق مرتکبین این نوع جرائم و همچنان عام ساختن فرهنگ پرداخت جبران خسارت اشخاص متضرر، برای کسانی که خسارت وارده را به رضا و رغبت خویش جبران نمایند؛ تخفیف در مجازات قائل شده است؛ به نحوی که در فقره (۲) ماده فوق الذکر تصریح نموده است هرگاه مرتکب به رضائیت خود خسارت وارده را جبران نماید و از عمل ارتكابی اظهار پشیمانی نماید و مجرم متکرر نباشد، به چهارم حصه مجازات جرم ارتكابی، محکوم می گردد.

اما به خاطر جلوگیری از سوءاستفاده از این تخفیف، قانون‌گذار شرایطی را برای بهره‌مند شدن از این تخفیف وضع نموده است. اول این که شخص از عمل ارتكابی خود اظهار پشیمانی و ندامت نماید، دوم این که شخص مجرم متکرر نباشد. اگر این شرایط در نظر گرفته نشوند، شاید یک تعداد اشخاص ثروتمند، به تکرار این عمل را انجام داده و از تخفیف مندرج ماده مذکور مستفید گردند (شرح کود ج ۳، ص ۲۹۴-۲۹۵).

بنا بر این آنچه که در فوق بحث گردید جرائم مادون نفس در کود جزا افغانستان می‌باشد که از جمله تعزیرات می‌باشد. تعزیرات کلمه عربی جمع «تعزیر» است که در لغت به معنی نکوهیدن، ملامت کردن و همچنین به معنی منع و تأدیب آمده است (دهخدا، ۱۳۷۷، ص ۶۷۰۹) و در اصطلاح حقوق جزا، عبارت از کیفر جرم‌هایی است که نص برای آن‌ها حد معین نکرده باشد، خواه آن کیفر راجع به حقوق

عمومی باشد یا خصوصی (لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۱۲۸۷).

### ۳-۸. مشابهت‌ها و تفاوت‌های جنایات مادون نفس در فقه و کود جزا

#### الف) شباهت‌ها

در فقه جرائم معینی که حدود قصاص و دیات می‌باشد مجازات تعیین گردیده است. بنا بر این کود جزا در ماده دوم به بحث حدود، قصاص، دیات و تطبیق قانون چنین تصریح می‌دارد: «(۱) این قانون جرائم و جزاهای تعزیری را تنظیم می‌نماید. (۲) مرتکب جرائم حدود، قصاص و دیات مطابق احکام فقه حنفی و شریعت اسلامی مجازات می‌گردد.» (کود جزا، ۱۳۹۶، ماده ۲).

از فقره (۱) ماده فوق چنین استنباط می‌گردد که کود جزا، جرائم و جزاهای تعزیری را تنظیم می‌نماید و در فقره (۲) نیز در قسمت جرائم و مجازات‌های معین که شامل حدود، قصاص و دیات

می‌گردد احکام فقه حنفی و شریعت اسلامی را قابل تطبیق دانسته است. در ضمن از قید شریعت اسلامی در ماده فوق نیز استفاده می‌شود که احکام سایر مذاهب فقهی نیز قابل تطبیق می‌باشد؛ چنانچه در ماده ۱۳۰ قانون اساسی به این حکم اجازه داده شده است که شباهت کود جزا را با فقه نشان می‌دهد.

#### ب) تفاوت‌ها

فقهاء همواره در تعیین مجازات تعزیری شرایط زمانی را شرط دانسته است و به اولو الامر یا قاضی صلاحیت داده است که جزاهای تعزیری را تعیین نماید. مهم‌ترین تفاوتی که کود جزای افغانستان با فقه دارد در بخش تعیین مجازات جرائم تعزیری است که در کود جزا در بخش جنایات مادون نفس یا ضرب و جرح مجازات حبس، جریمه نقدی و جبران خسارت تعیین گردیده است.

#### نتیجه‌گیری

مسئولیت جزایی جنایات مادون نفس از دید فقهاء (امامی و حنفی) در قصاص کردن عضو، دارای همان شرایطی است که در قصاص نفس وضع شده‌اند. شروط عام برای قصاص در مادون نفس در نزد فقهاء امامیه و احناف عبارتند از این که جانی عاقل، بالغ، متعمد، همراه با اختیار باشد، اصل مجنی‌علیه نباشد یعنی پدرش نباشد. مجنی‌علیه نیز باید جزئی از جانی و یا ملک او نباشد و جنایت باید مباشرتاً انجام شود نه با واسطه و این که قصاص به صورت مماثل و امکان استیفاء آن بدون ضایع شدن وجود داشته باشد و فقط از عضو مقابل، قصاص می‌شود.

در کود جزای افغانستان حالات مختلف در مورد مجازات جرائم مادون نفس یعنی ضرب و جرح بیان گردیده است که بر اساس آن مجازات جرائم مادون نفس یعنی ضرب و جرح به نسبت ضرری که از طریق عمل به مجنی‌علیه می‌رسد، با در نظر داشت این که آیا

عمل فاعل سبب از بین رفتن عضو گردیده و یا این که سبب فوت منفعت عضو گردیده است، متفاوت است. به همین ترتیب بعضی حالاتی وجود دارد که به اساس آنها جزای ضرب و جرح حالت مشدده را به خود گرفته باشد مجازات در مورد عمل جرمی تطبیق می‌گردد که این حالات از جمله اسباب مشدده قانونی این جرم به شمار می‌روند.

## منابع

قرآن کریم احمدپور، اکبر، گلستان‌رو، صدیقه، (۱۳۹۰)، قصاص عضو و لزوم همانندی اعضاء، مجله مطالعات حقوقی؛ برگرفته از: <https://www.sid.ir/fa/journal/ViewPaper.aspx?id=17283>

۴

العمرابی، احمد التوم، (۲۰۰۶)، الجنایة علی ما دون النفس فی الشریعة الإسلامیة و القانون، سودان، دار عزة للنشر و التوزیع.

العیساری، ابراهیم، عبدالله، (۲۰۰۲ م)، الجنایة علی الأطراف فی الفقه الإسلامی، دارالبحوث للداراسات الإسلامیة و إحياء التراث، دبي، الإمارات العربیة المتحدة.

بنیاد آسیا، شرح کود جزا، ج ۳، (کتاب دوم احکام اختصاصی).

خالدیان، سعیده، دلشاد، رجبی، سجاد سلطانی، بی‌تا، تفاوت قصاص نفس زن با مرد

در فقه شیعه و سنی و همچنین تطبیق آن با قانون مجازات اسلامی جدید. برگرفته از: [http://hablolmatin.dmsontat.ir/?\\_action=articleInfo&article=156](http://hablolmatin.dmsontat.ir/?_action=articleInfo&article=156)

خسروی، عبدالحمید، تاجیک، عبدالرحیم، (۱۳۹۱)، بررسی تطبیقی شروط قصاص نفس در مذاهب امامیه و حنفی، مجله فروغ وحدت، سال هفتم، شماره ۲۷، برگرفته از: <http://ensani.ir/fa/article/325948>

دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷)، لغتنامه دهخدا، تهران، مؤسسه لغتنامه دهخدا.

رعیتی، علی، (۱۳۸۲)، مفهوم مسؤولیت کیفری و عوامل رافع آن همسو با قانون مجازات عمومی سوریه، ماهنامه رهنمون، شماره ۲. برگرفته از: <http://ensani.ir/fa/article/62035>

صادقی، حسین میر محمد،  
(۱۳۹۳)، جرائم علیه اشخاص  
تهران، بنیاد حقوقی میزان.

علوی، سید حسن، (۱۳۹۵)،  
مبانی مسئولیت کیفری در  
حقوق جزا، دو فصلنامه علمی  
تخصصی گفتمان حقوقی  
برگرفته  
از:  
<http://journals1.miu.ac.ir/backend/uploads/562167a6babbac0bc2c5907cdd0717276bad4452.pdf>

عوده، عبدالقادر، (۱۹۸۵)،  
التشريع الجنائي الإسلامي  
مقارناً بالقانون الوضعي، دار  
إحياء التراث العربي، بيروت،  
لبنان.

قرطبي، احمد بن راشيد  
(۱۳۹۲)، بدایه المجتهد، ج ۲،  
دوم، بی‌جا، مجمع جهانی  
تقریب مذاهب.

لنگرودی، جعفری، محمد  
جعفر، (۱۳۸۱)، مبسوط در  
ترمینولوژی حقوق، تهران،  
کتابخانه گنج دانش.

نذیر، دادمحمد، حقوق جزای  
عمومی اسلام

نعمتی، حسن و مجید وزیری،  
(بی‌تا)، مطالعه دیه اعضاء از  
نظر فقه امامی و مذاهب  
چهارگانه اهل سنت.

وزارت عدلیه، کود جزا، جریده  
رسمی شماره ۱۲۶۰





## بررسی جرم تخریب آثار تاریخی و فرهنگی در کود جزای افغانستان

نجیب الله محمدی\*

### چکیده

در این نوشتار به بررسی موضوع تخریب آثار تاریخی و فرهنگی از منظر فقه امامیه و حنفیه پرداخته شده است. تخریب آثار تاریخی و فرهنگی از موضوعات چالش برانگیز از گذشته تا حال بوده است. تخریب آثار تاریخی و فرهنگی از طرف افراد سودجو، سازمان‌های دولتی و خصوصی، و مالکان این اماکن برای بهره‌برداری و توسعه فضاهای مسکونی و تجاری طبق قانون مجازات اسلامی جرم است و پیگرد قانونی دارد و محکومیت سازمان‌های بین‌المللی را نیز در پی دارد. یافته‌های تحقیق که به روش تحلیلی توصیفی به دست آمده، نشان می‌دهند که با رجوع به کود جزای افغانستان، مجازات عاملین جرم را فقط حاکم شرع می‌تواند تصمیم بگیرد و در مورد عاملین تخریب این آثار طبق قوانین و مقررات تصویب شده حکم صادر کند و تا

جای که امروزه تلاش برای وضع مناسب‌ترین قوانین مقررات داخلی و خارجی برای این آثار همواره مد نظر مسوولان و قانون‌گذاران قرار گرفته، یکی از جنبه‌های مهم حفظ این اموال، نظارت از قاچاق یا نقل و انتقال آن‌ها از یک کشور به کشور دیگر می‌باشد. در نتیجه از نظر فقه باید با عاملین تخریب آثار تاریخی و فرهنگی برخورد جدی صورت گرفته و برای نگهداری آن‌ها وقایه صورت گرفته و عاملین آن طبق قانون و دستور حاکم شرع باید مجزات گردد.

واژگان کلیدی: جرم، مجرم، فقه، تخریب  
آثار تاریخی و فرهنگی

---

\* ماستری جزا و جرم‌شناسی

## مقدمه

آنچه که حاصل تفکر، اندیشه‌ها، باورها، خلاقیت‌ها و تلاش‌های تاریخی یک جامعه بوده و به صورت سنت‌ها، باورها، آداب و رسوم، تبلور یافته و به نسل‌های بعد منتقل شده، میراث فرهنگی آن ملت گفته می‌شود. این آثار خواه مادی باشد مانند بناها و اشیاء و خواه غیر مادی مانند آداب و رسوم، سنن و اعتقادات، در زمره میراث فرهنگی شناخته می‌شوند. با عنایت به این تعریف می‌توان دریافت که میراث فرهنگی هر کشور عصاره وجودی و هویت فرهنگی، اعتقادی و سیاسی هر ملتی در تاریخ بوده و هر ملتی همان قدر دارای شخصیت، هویت، اصالت ریشه و ارزش تاریخی است که مستنداتی به‌عنوان میراث فرهنگی از خود ارائه نماید.

در این نوشتار نخست نگاه گذرا به عوامل تهدیدکننده میراث فرهنگی داریم تا دریابیم که با چه سرعتی میراث فرهنگی در جهت انهدام و نابودی پیش می‌روند. مبحث دوم مربوط به مرتکبین

جرائم تخریب آثار تاریخی و فرهنگی است. مرتکبین جرائم تخریب آثار تاریخی و فرهنگی، گاه اشخاص حقیقی و گاه اشخاص حقوقی هستند.

در خصوص مسوولیت کیفری اشخاص فوق، هرگاه شخص حقیقی مبادرت به ارتکاب اعمال مجرمانه اقدام نماید، در تشخیص جرم مشکلات کمتری پیش می‌آید؛ زیرا در مورد آن‌ها تشخیص عامل جرم ساده‌تر است، اما در مورد اشخاص حقوقی سؤال‌های متعدد و گوناگونی قابل است. مسال‌های که در رابطه با اشخاص حقوقی مطرح می‌شود. این است که چه کسی مسؤول است؟ خود شخص و یا مسئولان آنکه اشخاص حقیقی هستند؟ و درمان اشخاص حقیقی نیز کدام یک مسؤول واقعی و قابل مجازات است؟

## ۱. مفاهیم و اصطلاحات

### ۱-۱. اشخاص حقیقی

مقصود از اشخاص حقیقی افرادی است که به‌طور مستقل و یا با مشارکت دیگران دست به ارتکاب جرائم تخریب آثار تاریخی و فرهنگی می‌زند و یا این‌که تسهیلاتی را جهت انجام آن توسط دیگران فراهم می‌آورند (نظام الدین، ۱۳۸۷).

این افراد اگر به‌صورت مستقل اقدام نمایند به‌عنوان مباشر یا فاعل مستقل و اگر با مشارکت دیگران اقدام نمایند به‌عنوان شریک جرم و چنانچه به فراهم نمودن تسهیلاتی برای دیگران در ارتکاب آن پرداخته باشند بدون این‌که خود به‌نحو مستقل در جرم شرکت نموده باشند به‌عنوان معاون جرم در جرائم تخریب آثار تاریخی و فرهنگی شناخته می‌شوند که به بررسی مسوولیت کیفری هر یک در حقوق میراث فرهنگی خواهیم پرداخت.

### ۲-۱. مباشر و شریک

مباشر کسی است که با علم و آگاهی در انجام عملیات اجرایی جرم به‌صورت مستقل اقدام نماید و شریک جرم کسی است که به اتفاق دیگران در انجام عملیات اجرایی جرم همکاری داشته باشد؛ بنابراین برای این‌که فرد به‌عنوان فاعل یا شریک جرم شناخته شود باید بداند که عمل او جرم است و با این وجود دست به اقداماتی که موجب ایجاد آن جرم می‌شوند بزند. به عبارت دیگر کسی که به‌صورت مستقل و یا با همکاری دیگران در ارتکاب عمل مجرمانه فعالیت نماید، به ترتیب مباشر و شریک جرم نامیده می‌شود.

ماده ۷۴۶ کود جزای افغانستان که در رابطه به تخریب آثار تاریخی و فرهنگی است، چنین مقرر می‌دارد: هرگاه شخصی که آثار تاریخی و فرهنگی را عمداً و قصداً تلف و تخریب کند و یا شریک جرم باشد و یا این‌که ثابت شود که در تحریک نمودن شخصی مجرم نقش داشته و سبب تخریب این آثار

گردد، جرم آن‌ها مطابق جرمشان حبس متوسط و طویل می‌باشد. در مورد تعریف شریک جرم ماده ۵۸ کود جزاء نیز بیان می‌دارد:

۱. شریک، شخصی است که در ارتکاب یک یا چند عمل از اعمال مادی جرم، آگاهانه و به‌طور مستقیم با فاعل یا فاعلین دیگر سهیم باشد.

۲. شریک به مجازات جرمی که در آن اشتراک نموده است، محکوم می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۲۱۶).

### ۳-۱. معاون جرم

معاون جرم کسی است که خود مستقیماً جرم را مرتکب نمی‌شود، بلکه دیگری یا دیگران را در ارتکاب عمل مجرمانه یاری می‌دهد. به عبارت دیگر، اقدامات او باعث می‌گردد تا فاعل یا شریک جرم بتواند عمل مجرمانه را انجام دهد، مثلاً در جرم تخریب اماکن تاریخی-فرهنگی، آن کسی که خود اقدام به این عمل می‌نماید فاعل و در صورت که چند نفر

باشند شریک جرم محسوب می‌گردد و کسی که مسوول مراقبت و آگاه نمودن فاعل در صورت نزدیک شدن مأمورین می‌باشد، بدون این‌که خود در انجام عملیات تخریب شرکت داشته باشند، معاون جرم می‌باشند. «معاونیت در جرم به معنای دخالت در عمل مجرمانه به شکل سببیت است طوریکه معاون در ارتکاب عمل مادی جرم دخالت مستقیم نداشته باشد (کود جزاء، ماده ۵۹).

شخص در یکی از حالات زیر معاون جرم شناخته می‌شود:

۱. به ارتکاب جرم شخص را تحریک، تهدید، تطمع یا تشویق نماید یا با دسیسه یا فریب یا سوء استفاده از قدرت موجب وقوع جرم گردد.

۲. به ارتکاب جرم با شخص دیگری موافقت نماید و جرم به اثر همین موافقت به وجود آید. (فاعل جرم را به نحوی از انحاء در اعمال تجهیزاتی یا تسهیلاتی ارتکاب جرم با داشتن علم به آن، کمک نماید و

جرم در اثر همین کمک به وجود آید).

۳. معاون به جزایی یک درجه پایین‌تر از مجازات جرم مرتکبه محکوم می‌گردد، مگر این‌که در این قانون طور دیگری حکم شده باشد.

#### ۴-۱. کیفیات مشدده و کیفیات

##### مخففه

مطالعات تاریخی حقوق جزا نشان می‌دهد که دادرسی‌های کهن، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها را نمی‌شناخت و بی‌آن که اعمال ممنوعه و مجازات‌ها از پیش مشخص باشد، مرتکبین را به دل‌خواه مجازات می‌نمود. این ظلم و بی‌عدالتی قرن‌ها ادامه داشت تا این‌که فیلسوفان قرن هیجده را به واکنش واداشت.

منتسکیو و والتر، مطالعات خود را به مباحث کیفری و از جمله اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها اختصاص داد و با نظرات خود موجب تحول دکترین حقوقی و نیز تصویب قوانین و مقررات کیفری در

این زمینه گردید. پس از شناخته شدن اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، سیستم مجازات‌های ثابت اعمال شد؛ به این صورت که برای هر جرمی، مجازات خاصی مقرر می‌گردید و محکمه‌ها صرف به احراز جرم و انطباق اعمال با مواد قانونی می‌پرداختند، بدون این‌که حق داشته باشند آن را تغییر داده و یا تبدیل نموده و یا مورد تشدید و یا تخفیف قرار دهند (افرسیابی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۶۵).

به تدریج سیستم مجازات‌های ثابت، مورد انتقاد قرار گرفت و مکتب تحقیقی که معتقد به پیشگیری از بزهکاری و درمان مجرمین با استفاده از اقدامات تأمینی بود، برای مقابله با حالت خطرناک و بالقوه مجرمانه، خواستار لغو اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها شد. مکاتب بعدی جرم‌شناسی از جمله مکتب دفاع اجتماعی، با پیشنهاد افزایش اختیارات قضات در چهارچوب اصل فردی کردن مجازات‌ها و تعیین حد اقل و حد اکثر برای مجازات‌ها و

نهایتاً سازگار نمودن کمی و کیفی مجازات‌ها با شخصیت بزهکار، در واقع از اصل قانونی بودن، دفاع و بقای آن را تضمین نمود (شامبیاتی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۴۳۵).

دانشمندان حقوق نیز دریافتند که نه تنها روش مجازات‌های ثابت، عدالت و اقلی کیفری را تأمین نمی‌کند بلکه تعیین حداقل و حداکثر نیز برای مجازات‌ها کافی نیست و عدالت کیفری اقتضا می‌کند تا در مواردی قاضی بتواند میزان مجازات را در باره بعضی از متهمان، بیش از حداکثر کیفر قانونی عمل ارتكابی، مورد حکم قرار دهد. همین امر باعث شد که اکثر کشورها با توسعه کیفیات مخففه و مشدده، اختیارات قاضی را در جهت فردی کردن مجازات‌ها افزایش دهند.

جهت تشدید مجازات، اوصاف و کیفیاتی است که قانون‌گذار تعیین نموده و سبب بالا رفتن میزان مجازات می‌گردد. عکس آن کیفیات مخففه است، که قاضی می‌تواند با وجود این کیفیات در

مجازات مرتکب جرم تخفیف قائل شود. تشدید مجازات تنها در صورتی ممکن است که از طرف خود قانون پیش‌بینی گردد و قاضی نمی‌تواند به میل خود و در غیر از مواردی که تشدید مجازات از طرف قانون مقرر شده، مجازات جرمی را تشدید نماید (اردبیلی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۲۱۹).

#### ۵-۱. اشخاص حقوقی

اشخاص حقوقی مانند اشخاص حقیقی دارای حقوق، امتیازات و تعهداتی می‌باشند. اما اعمال مجازات‌های کیفری نسبت به اشخاص حقوقی با مسائلی رو به رو است. مثلاً چگونه می‌توان به اعمال مجازات حبس، نسبت به اشخاص حقوقی پرداخت یا چگونه می‌توان مجازات شلاق را در مورد اشخاص حقوقی به کار گرفت، آیا چنین مجازاتی می‌تواند قدرت بازدارندگی داشته باشد. با توجه به مشکلات اعمال این مجازات، مقامات حقوقی معمولاً رجوع به مجازات‌های دیگر مانند مجازات‌های مالی و نقدی را

ترجیح به می‌دهند؛ زیرا این مجازات‌ها به سهولت قابل اعمال نسبت به اشخاص حقوقی بوده و مشکلات مجازات حبس را نیز ندارند (صفایی، ۱۳۹۲، ص ۴۵).

کیفر به‌عنوان آخرین حربهٔ مقابله با بزهکاران تخریب آثار تاریخی و فرهنگی است. یک سیاست جنایی مطلوب بایستی در کنار توجه به بزهکار و واکنش اجتماعی علیه بزه، به نقش مسأله بزهکاری نیز توجه نماید؛ زیرا روند سعودی و تصاعدی افزایش بزهکاری و به ویژه انواع نوین آن انتقادی است که نظام اصلاحی کیفر را به طرز شدیدی تهدید می‌نماید؛ به گونه‌ای که کارایی سیاست جنایی دفاع اجتماعی شدیداً زیر سؤال رفته است. مسأله حائز اهمیت این است که سیاست جنایی مبتنی بر اصلاح نتوانسته است از رشد بزهکاری و بالاخص بزهکارهای نوین بکاهد؛ بنابراین ضرورت ایجاد می‌کند تا سیاست جنایی، الزاماً توجه خود را به این قسم از جرائم معطوف دارد.

نکته حائز اهمیت این است که بایستی نهایت تلاش جهت بهبود سیاست جنایی مبتنی بر اصلاح کیفر صورت گیرد و توسل به نظام کیفری جز به‌عنوان نقطه انتهای سیاست جنایی اعمال نگردد. لیکن در عمل امروزه بر حسب ضرورت رجعت به جریان کیفری نمودن، دوباره قوت گرفته است. مسلم است که در این مورد استثنایی با یک جریان کیفری کردن یا جرم سازی برخی اعمال مواجه هستیم و حتی همان گونه که دیدیم بعضی معتقدند که باید برای این قبیل مجرمین از مجرمین از ضربه تند و کوتاه و سریع ناشی از زندان‌های کوتاه مدت استفاده نمود (مارک، ۱۳۷۰، ص ۱۲۹).

انواع جرائم علیه آثار تاریخی و فرهنگی، از طریق یک سیاست حمایتی و اعمال نظارت عادی اداری قابل کنترل هستند؛ اما ممکن است در دراز مدت این سیاست مفید باشد اما در کوتاه مدت همچنان که در عمل ثابت شد ناموفق بوده است. جریان

تقنینی اخیر گواه شایسته‌ای به این مدعی است؛ بنابراین نظام کیفری به‌عنوان اقدام که تأثیر آن در ممانعت از بزهکاری علیه تخریب آثار تاریخی و فرهنگی به اندازه سیاست جنایی اصلاح کیفر مشهود نبوده، آخرین حربه ممکن در جهت جلوگیری از بزهکاری مذکور است که در آخرین مرحله سیاست جنایی تقنینی قرار گرفته است.

## ۲. مجازات تخریب آثار تاریخی - فرهنگی

از جمله شدیدترین جرائم مربوط به آثار تاریخی و فرهنگی، جرم تخریب می‌باشد. جامعه ما اکنون با موج عظیم و روز افزون «تخریب» آثار تاریخی و فرهنگی روبه‌رو است. در سال‌های اخیر خسارت‌های جبران‌ناپذیری به میراث فرهنگی کشور وارد شده است؛ میراث گرانبهایی که با رنج و زحمت فراوان به دست آمده‌اند، و احیای مجدد آن‌ها امکان‌پذیر نیست به شکل گسترده‌ای تخریب و غارت می‌شوند. البته جرائم

مربوط به میراث فرهنگی و تاریخی در تمام جوامع کم یا بیش دیده می‌شود اما در کشور افغانستان میزان این نوع جرائم بسیار بالا است و این نشانه عدم آگاهی ما نسبت به ارزش و اهمیت آثار تاریخی و فرهنگی است. ارزش والای سرمایه تاریخی و فرهنگی است که مقررات کیفری کشورها با استمداد از قوی‌ترین نوع ضمانت اجرا در مقام حفاظت از این آثار برآیند.

به عنوان نمونه، ماده ۵۵۸ قانون مجازات اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۷۵ که نسخ مواد ۴۶ و ۴۷ قانون تعزیرات سابق می‌باشد، اشعار می‌دارد: «هر کس به تمام یا قسمتی از ابنیه، اماکن محوطه‌ها و مجموعه‌های فرهنگی-تاریخی مذهبی که در فهرست آثار ملی ایران به ثبت رسیده است یا تزینات، منحقات، تأسیسات، اشیاء و لوازم و خطوط و نقوش منصوب یا موجود در اماکن مذکور که مستقلاً واجد حیثیت تاریخی- فرهنگی یا مذهبی باشد خرابی



وارد آورد علاوه بر جبران خسارت وارده، به حبس از یک تا ده سال محکوم می‌شود».

در نظام تقنینی و کیفری کشور افغانستان نیز گام‌هایی در راستای حفاظت از آثار تاریخی و فرهنگی برداشته شده است، اما به نظر می‌رسد که حفظ این ثروت‌های گران‌بها و بی‌بدیل، نیاز به اقدامات و سازوکارهای تقنینی استوارتری دارد. ماده ۷۳۲ کود جزاء کشور مقرر می‌دارد: «شخصی که اثر تاریخی یا فرهنگی را عمداً تخریب، تلف یا به آن صدمه برساند، حسب احوال به حبس متوسط یا طویل محکوم می‌گردد (شرح کود جزاء، ج ۴، ماده ۷۳۲، ص ۱۱۱).

در مورد ارتکاب جرائم علیه آثار تاریخی و فرهنگی، قانون در آغاز مصادیق و موارد متعدد اثر تاریخی و فرهنگی را بیان کرده است که همه از باب نمونه است و نه از باب حصر. بنابراین، اگر موردی پیدا شود که معیار اثر تاریخی یا فرهنگی بر آن صدق کند اگرچه که ماده ۷۳۱ شرح کود جزا از آن

مستقیم نام نبرده است ولی باز در ردیف اثر تاریخی یا فرهنگی قرار می‌گیرد.

در سیستم تقنینی افغانستان، قانون‌گذار در ابتدا موضوع‌شناسی اثر تاریخی و فرهنگی را مطرح کرده است و سپس به مصادیق عنصر مادی جرم علیه اثر تاریخی و فرهنگی پرداخته است، که منطقی به نظر می‌رسد. زیرا اول باید آنچه که اثر تاریخی و فرهنگی است شناسایی گردد، پس از آن است که می‌توان سازوکاری بازدارنده را متناسب به مصادیق مشخص کرد. کود جزاء، موارد متعدد و مختلفی را به‌عنوان عنصر مادی جرم اثر تاریخی یا فرهنگی ذکر کرده که هر کدام شرایط و مجازات خاصی خود را دارد. در ادامه عنصر مادی جرم تخریب اثر تاریخی و فرهنگی و مصادیق آن شرح داده خواهد شد (شرح کود جزاء، جر ۴، ص ۱۱۲).

### ۳. ارکان جرم اموال تاریخی و فرهنگی

#### ۱-۳. موضوع جرم

ماده ۷۳۱ جریده رسمی کود جزا، موارد متعدد و مختلفی را ذکر کرده که می‌تواند در ردیف اثر تاریخی و فرهنگی قرار گیرند. طبق فقره (۲) این ماده، در مورد ماهیت اثر تاریخی یا فرهنگی یک شیئی به منشأ ایجاد آن توجه نمی‌شود و مهم نیست که محصول توسط چه کسی و چگونه به دست آمده است؛ همچنین به مالکیت آن نیز توجه نمی‌شود، ممکن است مالک آن دولت باشد یا مالک شخصی داشته باشد یا بدون مالک باشد. به این ترتیب، هر زمان که یک شیئی منقول یا غیر منقول دارای ارزش تاریخی یا علمی یا هنری یا فرهنگی تشخیص داده شود و صد سال هم از عمرش گذشته باشد، در ردیف اثر تاریخی قرار می‌گردد. اما اگر یک شیئی چه منقول یا غیر منقول، دارای ارزش علمی یا هنری یا فرهنگی شناسایی شود و عمر

کمتر از صد سال داشته باشد، در ردیف اثر فرهنگی قرار می‌گیرد (شرح کود جزا، ج ۴، ماده ۷۳۱، ص ۱۰۷).

بنابراین، جزء ۱ فقره (۲) ماده ۷۳۱ جریده رسمی کود جزا، موارد زیادی را به‌عنوان مصادیق آثار تاریخی و فرهنگی بیان کرده است؛ مانند بناهای معماری و هنری مناره‌های هرات یا ساحه تاریخی مانند مجسمه‌های بودا و شهر غلغه در بامیان. ساختمان‌های که دارای ارزش تاریخی باشد و همچنین نسخه‌های خطی، کتاب و آرشیف ملی، آثار تاریخی و فرهنگی محسوب می‌شوند.

در هر صورت، برای تشخیص جرائم علیه آثار تاریخی و فرهنگی در گام اول باید روشن شود که تعریف و معیار میراث تاریخی و فرهنگی چیست. این موضوع مهم توسط قانون حفظ آثار تاریخی و فرهنگی به خوبی صورت پذیرفته و معیارهای آن مشخص شده است، بنابراین، هر چیز منقول و غیر منقول که مطابق مواد ۳ و ۴ قانون

حفظ آثار تاریخی و فرهنگی از آثار تاریخی و فرهنگی شمرده شود، موضوع جرائم مندرج در فصل ششم باب نهم کود جزاء قرار می‌گیرد (شرح کود جزاء، ۱۳۹۰، ج ۴، ص ۱۹۰).

## ۲-۳. تشخیص آثار فرهنگی

برای تشخیص آثار فرهنگی باید از ملاک ثبت فهرست آثار ملی، نظریه کارشناسان میراث فرهنگی و تعاریف قانونی استفاده کرد. ماده ۳ قانون حفظ آثار تاریخی و فرهنگی مقرر می‌دارد آثار تاریخی و فرهنگی عبارت است از:

۱. کلیه محصول کار بشر منقول یا غیر منقول که از نظر تاریخی، علمی، هنری و فرهنگی دارای ارزش برجسته و جامع بوده، حداقل قدمت صد ساله داشته باشد.

۲. آثاری که کمتر از صد سال عمر داشته ولی از نظر ارزش علمی، هنری و فرهنگی قابل نگهداشت شناخته شود.

مطابق جزء ۱ ماده ۳ قانون حفظ آثار تاریخی و فرهنگی، هر

محصول انسانی که از جنبه تاریخی یا علمی یا هنری یا فرهنگی دارای سه ویژگی باشد، اثر تاریخی است: یکی از ارزش برجسته برخوردار باشد، برای مثال جنبه ارزش تاریخی محصول نسبت به سایر محصولات تاریخی بسیار برجسته و قابل توجه باشد. دوم، ارزش جامع و همه جانبه داشته باشد و سوم سابقه تاریخی او حداقل صد ساله باشد، بنابراین اگر یک محصول بشری، سه ویژگی فوق را داشت، اثر تاریخی شمرده می‌شود و موضوع جرم این فصل قرار می‌گیرد. جزء ۲ ماده ۳ این قانون، اثر فرهنگی را تعریف کرده است: «آثاری که کمتر از صد سال عمر داشته ولی از نظر ارزش علمی، هنری و فرهنگی قابل نگهداشت شناخته شود.» اگر کمیته باستان‌شناسی کشور، در مورد یک اثر و ساخته بشری که عمر کمتر از صد سال دارد، تشخیص بدهد که از لحاظ علمی، هنری یا فرهنگی ارزش نگهداشت و مراقبت را دارد «اثر فرهنگی» محسوب می‌شود. از

مقایسه بین جزء ۱ و ۲ این ماده فرق بین اثر تاریخی و فرهنگی روشن می‌شود که اثر تاریخی چیزی است که حداقل قدمت صد ساله دارد و اثر فرهنگی محصول است که سابقه کمتر از صد سال را داشته باشد.

ماده ۵ قانون حفظ آثار تاریخی و فرهنگی برای شناسایی و تعیین آثار مندرج فقره دو ماده سوم، مقرر می‌دارد که باید کمیته باستان‌شناسی ایجاد گردد و هر اثر را که این کمیته تشخیص دهد که از نظر علمی و یا هنری یا فرهنگی ارزش نگهداری دارد و مطابق ماده ۴ این قانون وزارت اطلاعات و فرهنگ کشور، نظریه کمیته باستان‌شناسی را تأیید کند، اثر مزبور در ردیف اثر فرهنگی قرار می‌گیرد (شرح کود جزا، ۱۳۹۸، ج ۴، ص ۱۰۷-۱۰۸).

#### ۴. مجازات تخریب آثار

##### تاریخی و فرهنگی

جامعه در قبال جرائم به وسیله اهرم مجازات و اقدامات تأمینی و

تربیتی از خود واکنش نشان می‌دهد. مجازات‌هایی که برای اعمال مجرمانه در قوانین جزایی پیش‌بینی شده‌اند مجازات‌هایی اصلی نامیده می‌شوند (صانعی، ۱۳۸۴، ص ۲۱۴).

مجازات‌های اصلی جرائم علیه میراث فرهنگی از نظر موضوعی که مجازات به آن‌ها لطمه می‌زند به مجازات‌های بدنی، سالب آزادی، مالی تقسیم می‌گردد. مجازات شخصی که مرتکب جرائم ماده ۷۳۲ کود جزا شود، حبس متوسط یا حبس طویل است؛ بنابراین محکمه می‌تواند با توجه به اوضاع و احوال مرتکب و درجه اهمیت موضوع جرم، مرتکب را به حبس متوسط یا حبس طویل که جزایی شدیدتر است، محکوم نماید.

#### ۴-۱. اختلاس آثار تاریخی و

##### فرهنگی

هر گاه مسؤل یا محافظ، آثار تاریخی یا فرهنگی را اختلاس نماید، به حبس طویل‌المدت محکوم می‌شود؛ و هرگاه از اثر

غفلت یا اهمال مسؤل یا محافظ، آثار تاریخی یا فرهنگی تخریب، تلف یا مفقود گردد یا به قسم دیگری به آن صدمه وارد گردد مرتکبین به حبس متوسط یا قصیر محکوم می‌شود (شرح کود جزا، ج ۴، ماه ۷۳۴، ص ۱۱۴).

فقره ۱ ماده ۷۳۴ به مسؤلیت خاص مسؤل اداری و حفاظتی اثر تاریخی و فرهنگی توجه نموده است در این صورت اگر شخصی مسؤلیت اداری اثر تاریخی و فرهنگی یا مسؤلیت اداری ساختمان آن‌ها را به عهده گرفت باشد و با استفاده از این موقف، در آثار تاریخی یا فرهنگی تصرف غیر قانونی کند مرتکب اختلاس نسبت به آثار تاریخی یا فرهنگی شده است برای نمونه شخص مسؤل اثر تاریخی و فرهنگی را برای خود یا شخص دیگر به فروش برساند یا آن را به همین هدف پنهان یا حیف و میل کند، مرتکب جرم اختلاس علیه آثار تاریخی و فرهنگی شده است.

رفتار مجرمانه در فقره اول این ماده، عمل اختلاس در اثر تاریخی یا فرهنگی است به این معنا که رفتار مسؤل یا محافظ با اثر تاریخی یا فرهنگی مانند رفتار مالک نسبت به مال خود باشد که در آن به سود خود یا دیگری تصرف نماید مثل این‌که بفروش برساند و یا از آن کدام منفعت دیگر را ببرد و آثار باستانی را برای خود یا دیگران به نمایش بگذارد. در این جا نوع جرم از نوع مقید است؛ زیرا هر تصرف در آثار تاریخی و فرهنگی اختلاس نیست، بلکه تصرف و استفاده از نوع مالکانه و برای خود و یا شخص اگر باشد اختلاس واقع شده است (شرح کود جزا، ج ۴، ص ۱۱۴).

فقره ۱ ماده ۷۳۴ بیانگر جرم عمدی علیه آثار تاریخی و فرهنگی می‌باشد و شخص مسؤل یا با آگاهی و قصد از آثار مزبور اختلاس نماید عنصر معنوی تحقق پیدا کرده است. در این صورت مختلس به جرم حبس طویل‌المدت محکوم است که نسبتاً مجازات شدید می‌باشد. زیرا اختلاس از طرف

محافظ صورت گرفته است در حالیکه انتظار جامعه از این نخبگان بیشتر این است که این افراد مراقب آثار فرهنگی و تاریخی هستند. لذا در صورت ارتکاب جرم، باید متحمل مجازات شدیدتر شود؛ بخاطریکه دسترسی آن‌ها به آثار فوق، آسان‌تر از سایر اشخاص و افراد است و در این جا تناسب جرم و جزا رعایت شده است (شرح کود جزا، ج ۴، ص ۱۱۵).

آثار تاریخی و فرهنگی هر کشور از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است؛ لذا قانون غفلت یا اهمال نسبت به آن‌ها را که منجر به تخریب، تلف یا صدمه آثار تاریخی و یا فرهنگی گردد را نمی‌پذیرد و مرتکب آن را مستحق مجازات می‌داند. اگر در نتیجه غفلت مسؤل، اثر تاریخی از بین برود یا ویران گردد یا مفقود شود یا از هر راه و شیوه‌ای بر آثار تاریخی و فرهنگی صدمه برسد مرتکب جرم علیه اثر تاریخی شده و باید مجازات جرم خود را ببیند.

#### ۲-۴. خارج ساختن آثار تاریخی و فرهنگی از موزیم

شخص که آثار تاریخی یا فرهنگی را بدون اجازه مراجع ذیصلاح، به منظور نمایش یا هر مقصد دیگری، از محل نگهداشت آن خارج کند، به حبس متوسط تا دو سال محکوم می‌گردد و هر گاه در نتیجه‌ای ارتکاب اعمال مندرج فقره ۱ ماده ۷۳۵ آثار تاریخی تغییر، تبدیل، تخریب، تلف، مفقود یا به آن صدمه وارد گردد، مرتکب حسب احوال به حبس متوسط یا حبس طویل‌المدت تا هشت سال، محکوم می‌گردد (شرح کود جزا، ج ۴، ص ۱۱۶).

بنابراین، استفاده یا به نمایش گذاشتن آثار تاریخی و فرهنگی باید منظم باشد و در چارچوب قانون مشخص از آثار باستانی کشور استفاده صورت گیرد و هر شخص به هر بهانه و هدفی اجازه ندارد که اثر تاریخی و فرهنگی را از محل نگهداری آن بیرون برده و استفاده کند مگر با اجازه اشخاص ذیصلاح. لذا برای دستیابی به

هدف فوق، قانون خارج کردن اثر تاریخی یا فرهنگی را از محل نگهداری آن بدون اجازه مرجع صاحب صلاحیت به هر بهانه که باشد جایز ندانسته است.

### نتیجه‌گیری

با توجه به مباحث مطرح شده در این تحقیق می‌توان به این نتیجه رسید که در منابع قانونی برای جلوگیری از تخریب آثار تاریخی و فرهنگی سازوکارهای حمایتی وجود دارد تا این که برای مرتکبین این جرم مسئولیت کیفری در نظر گرفته شود و آن‌ها را از تهدید و تخریب این آثار بازدارد. مبنای تصمیم‌گیری در مورد این آثار، قوانین و مقررات حکومت اسلامی است. هر چند که در منابع فقهی و روایی اسناد متقن و نص خاص و دقیقی در مورد حراست و حفاظت از آثار تاریخی و فرهنگی و مجازات مرتکبین تخریب این آثار وجود ندارد، اما با بررسی فروع و ابواب فقهی و اصول حاکم به کار گرفته شده در قواعد فقهی می‌توان به این

جم بندی رسید که حفظ این آثار و دستاوردها دارای منافع عقلایی مانند حفظ شعائر الهی، موعظه و عبرت، هدایت بشر، دارای مصلحت عامه، دارای اثر علمی، دارای منافع اقتصادی و ... می‌باشد.

حکمی و محجورین (بر اساس  
قانون مدنی افغانستان) کابل.

## منابع

اردبیلی، محمدعلی، (۱۳۸۰)،  
حقوق جزای عمومی، ج ۲،  
تهران، نشر میزان.

افرسیایی، محمداسماعیل،  
(۱۳۷۷)، حقوق جزای  
عمومی، ج ۲، تهران، فردوسی.  
شامبیاتی، هوشنگ، (۱۳۷۸)،  
حقوق جزای عمومی، ج ۱،  
تهران، ژوبین.

شرح کود جزاء، جلد چهارم،  
چاپ اول، ۱۳۹۸، صص ۱۰۷-  
۱۰۸.

صفایی، سید حسین، (۱۳۹۲)،  
حقوق مدنی اشخاص و  
محجورین، کابل.

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۸۲)،  
مقدمه علم حقوق، تهران،  
شرکت سهامی انتشار.

مارک آنسل، دفاع اجتماعی،  
(۱۳۷۰)، تهران، انتشارات  
دانشگاه تهران.

نظام الدین، عبدالله، (۱۳۸۷)،  
حقوق اشخاص حقیقی و



## تقابل حقوق فردی و ملی در جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی در نظام حقوقی افغانستان

عبدالاحمد کریمی\*

### چکیده

یکی از موضوعات مهم و اساسی در مباحث حقوقی، تقابل حقوق فردی و ملی به ویژه در جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی می‌باشد. عنوان جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی به جرایمی اطلاق می‌گردد که در درجه اول پایه‌ها و اقتدار حکومت را هدف قرار می‌دهد و از طرف دیگر، امروزه حقوق فردی جایگاه ویژه‌ای در عرصه حقوقی پیدا کرده است؛ بنابراین، تقابل حقوق فردی و حقوق ملی به‌عنوان یکی از موضوعات چالشی در رشته حقوق جزا مطرح است. در نظام حقوقی افغانستان دیده می‌شود که موضوع جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی با توجه کامل و همه‌جانبه مورد تأکید قانون‌گذاران قرار گرفته و در کود جزا اولین موادی که جزای اختصاصی را بیان کرده، جرائم علیه امنیت داخلی و

خارجی می‌باشد. در جرائم علیه امنیت حقوق فردی و ملی در تقابل هم قرار می‌گیرند، چراکه دولت به‌منظور تحقق نظم و امنیت تدابیر شدیدی را پیش‌بینی نموده است که در اکثر موارد با حقوق فردی در تعارض واقع شده و نقض می‌شود. نتایج به دست آمده در این تحقیق عبارتند از این که دولت به منظور تأمین امنیت، حقوق فردی متهم به جرائم علیه امنیت ملی را نقض می‌کند. اصول ماهوی از جمله بنیادهای حقوق جزا می‌باشد که در جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی در مواردی از قبیل اصل قانونی، اصل تناسب جرم و مجازات و اصل فردی کردن مجازات، مورد نقض قرار گرفته‌اند. در مقام اجراءات جزایی اصولی وجود دارد که روند رسیدگی باید مطابق این اصول به پیش برده شود؛ ولی در قوانین اجرایی در مورد متهمان جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی، از این اصول عدول صورت گرفته است.

**کلید واژگان:** امنیت، حقوق جزا، جرائم علیه امنیت، حقوق فردی، حقوق ملی

\* ماستری حقوق جزا و جرم‌شناسی

## مقدمه

عنوان جرائم علیه امنیت به جرایمی اطلاق می‌شود که در درجه اول مضر به حال امنیت حکومت هستند. در این جرائم از آن‌جا که زیان‌دیده مستقیم و اولیه آن حکومت وقت است بحث در مورد رعایت حقوق متهمان چنین جرایمی مطرح بوده و هست؛ حکومت در چنین جرایمی نمی‌تواند کاملاً بی‌طرف باشد و احتمال جانب‌داری به نفع خودش همواره وجود دارد. حقوق فردی مظنون یکی از مباحث اساسی در حوزه حقوق جزا می‌باشد که حین تقابل با حقوق ملی قانون‌گذار ما آن را به دیده تبعیض‌آمیز دیده و توجیه می‌کند. امنیت در توسعه و پیشرفت نظم و امن عامه نقش اساسی و حیاتی دارد، کشورها همواره سعی کرده‌اند به هر طریق ممکن عنصر جامعه برقرار باشد؛ اما حرف مهم این است که برقراری نظم در جامعه نباید باعث نقض حقوق فردی مظنون گردد.

واقعیت آن است که برخلاف جرائم در قلمرو مسائل شخصی یا اخلاقی که دولت‌ها بر حسب رعایت آزادی‌های فردی، استراتژی عقب‌نشینی و عدم مداخله را در پیش گرفته‌اند، در حوزه اعمال ضرر بار امنیتی، به خاطر ایجاد ثبات در نظم عمومی و حاکمیت سیاسی به جرم‌انگاری حداکثری و توسعه‌طلبی روی آورده‌اند. اگر چه ممکن است در قوانین سایر کشورها نیز چنین وضعیتی مشاهده شود، اما این مطلب (رویه شدن نقض اصول)، لزوماً به معنای مشروعیت آن نباید باشد. (دانش پژوه، ۱۳۹۲، ص ۶۷).

با توجه به قوانین جزایی کشور ما افغانستان چنین مشاهده می‌کنیم که این موضوع، یعنی روند نقض حقوق متهمان علیه جرائم امنیت ملی، سیر صعودی داشته و با توجه به این که سخت‌گیری در این جرائم با میزان ثبات ملی رابطه معکوس دارد، ظاهراً هر چه نقض حقوق فردی در تقابل با امنیت ملی بیشتر باشد آسیب‌پذیری بیشتر

امنیت ملی را متبادر می‌نماید؛ چراکه بقای درازمدت نظام با رعایت اصول و مبانی عدالت جزایی امکان‌پذیر است و توسل به مفهوم مصلحت عمومی در این زمینه اگر جایگاهی داشته باشد لاقلاً بدون رعایت محدودیت‌ها و شرایط آن با اصول عدالت سازگاری ندارد.

در این مقاله، مکاتب حقوقی را از لحاظ اصالت فرد و جامعه مورد بررسی قرار داده و بعداً موقعیت کود جزا را نسبت به تقابل حقوق فردی و ملی که چه‌روندی را در پیش گرفته است، بیان خواهیم نمود و سپس به مشروعیت نقض این اصول در پرتو دیدگاه‌های مختلف می‌پردازیم.

## ۱. جرم‌انگاری اعمال مقدماتی در جرائم علیه امنیت

یکی از موضوعات اساسی در مباحث حقوقی، تقابل حقوق ملی و فردی در عرصه‌های مختلف است. از یک طرف، حاکمیت ملی و اقتدار سیاسی مهم‌ترین ارزش برای

حکومت‌ها محسوب می‌شود و دولت مردان از هیچ‌گونه تلاشی در جهت تضمین حقوق حاکمیت دریغ نمی‌کنند. از طرف دیگر، امروزه مفهوم حقوق فردی به‌عنوان نقطه مقابل حقوق ملی جایگاه ویژه‌ای در عرصه حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی کشورهای مختلف به ویژه در مباحث مربوط به حقوق بشر پیدا کرده است. یک نظام حقوقی پویا و ایده‌آل از یک طرف، باید مدافع حقوق شهروندی و رعایت آن باشد و از سوی دیگر، بر تحکیم پایه‌های حاکمیت و امنیت موجود در کشور، اصرار ورزد. (کاتوزیان، ۳۸۷، ص ۱۲۲).

در این میان، بدون هیچ تردیدی جرائم علیه امنیت را می‌توان از مهم‌ترین و حساس‌ترین عرصه‌های چالش و تقابل میان حقوق فردی و ملی دانست. به دلیل اهمیت فراوان جرائم علیه امنیت، تبعات و نتایج مهلک و زیانباری که این جرائم برای نظم و امنیت عمومی، استقلال و حاکمیت ملی به دنبال دارند، دولت‌ها در واکنش نسبت به

این جرائم معمولاً در جهت تضمین حقوق حاکمیت گام برداشته و بعضاً از اصول کلی و تثبیت شده حقوق جزایی عدول می‌کنند.

جرم‌انگاری اعمال مقدماتی، توسعه دامنه شمول جرائم، محروم کردن مرتکبان از تدابیر ارفاقی و حقوق دفاعی، عدول از اصل سرزمینی یا درون مرزی بودن حقوق جزا و اتخاذ رویکرد سخت‌گیرانه در واکنش به اعمال ضدامنیتی از مهم‌ترین مصادیق عدول از اصول کلی و تثبیت شده حقوق جزایی در حوزه جرائم علیه امنیت محسوب می‌شوند.

در مراحل تکوین جرم، دومین مرحله از فرایند مجرمانه یا همان روندی که طی آن ممنوعیت جزایی نقض می‌شود، مرحله تهیه مقدماتی است که طبق اصول کلی و به منظور احترام به حقوق و آزادی‌های فردی در قلمرو حقوق جزا قرار نمی‌گیرد. ولی این قاعده در جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی اعمال نمی‌شود.

یکی از دلایلی که دولت‌ها را به سمت جرم‌انگاری اعمال مقدماتی سوق می‌دهد، جلوگیری به موقع مأموران پلیس از ارتکاب جرایمی است که نظم و امنیت عمومی، ثبات سیاسی و حقوق حاکمیت را خدشه‌دار می‌سازد. برای مثال: تهیه تناب و یا نردبان به قصد ارتکاب جرمی مثل قتل یا سرقت نمی‌تواند تحت عنوان یک جرم خاص قرار گیرد؛ اما در جرائم علیه امنیت، قانون‌گذار گاهی اعمال مقدماتی را که در راستای ارتکاب جرائم علیه امنیت ارتکاب می‌یابند تحت عنوان جرم خاص قرار داده و به این ترتیب، امکان مداخله زود هنگام مأموران پلیس و ضابطان دادگستری را برای دستگیری مرتکبان و مجازات آن‌ها، به منظور پیشگیری از ارتکاب جرائم علیه امنیت فراهم آورده است. (صادقی ۱۳۸۷ ص ۳۴)

در همین راستا، قانون‌گذار ما نیز در برخی موارد اقدام به جرم‌انگاری اعمال مقدماتی در حوزه جرائم علیه امنیت نموده

است. در جزء ۵ ماده ۲۳۸، تصریح شده است: «جمع‌آوری معلومات حاوی اسرار نظامی، دفاعی یا امنیتی کشور، به‌منظور تسلیم دهی آن به دولت خارجی، سازمان یا گروه ضد دولتی یا گماشتگان آن‌ها».

در این فقره، موضوع جمع‌آوری مطرح شده است که مرحله دوم یعنی تهیه وسایل است که مطابق اصول کلی حقوق جزا، نباید مجازات شود، اما قانون‌گذار ما آن را جرم‌انگاری نموده و برایش مجازات حبس دوام درجه ۲ را در نظر گرفته است. همچنین جزء ۶ همین ماده بیان می‌نماید: «استخدام اشخاص، تهیه اموال یا تجهیزات نظامی برای دولت خارجی در حال جنگ با دولت جمهور اسلامی افغانستان یا نیروی‌ها مسلح در حال جنگ یا منازعه مسلحانه با دولت جمهوری اسلامی افغانستان».

در این فقره به‌صورت آشکار، قانون‌گذار تهیه مقدمات (تهیه اموال یا تجهیزات نظامی) را

جرم‌انگاری نموده و برایش مجازات پیش‌بینی نموده است که این یک نقض بزرگ در اصول قوانین جزایی می‌باشد.

## ۲. نقض اصول ماهوی در جرائم علیه امنیت

مقصود از این اصول، بنیادهای است که حقوق جزایی بر آن‌ها استوار است. از جمله این اصول، اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل شخصی بودن مسئولیت، اصل تناسب جرم با واکنش، اصل برائت، اصل علنی بودن رسیدگی و غیره می‌باشند. این اصول و به تبع آن موارد نقض اصول را می‌توان به دو دسته، اصول ماهوی و اصول شکلی تقسیم نمود.

حقوق جزا از اصولی پیروی می‌کند که هر کدام از این اصول هدف ایجاد نظم و حمایت از حقوق فردی و اجتماعی را تعقیب می‌کند، این اصول زیربنای عدالت جزایی را تشکیل داده و امروزه اصول راهبردی در تدوین قوانین و مقررات شکلی و ماهوی در حوزه

جزایی، به حساب می‌آیند (نوربها، ۱۳۹۰، ص ۴۴).

همین اصول را قوانین جزای افغانستان، به طور کامل مد نظر گرفته و در کود جزا ۱۳۹۶ فصل دوم را به همین اصول اختصاص داده است. این اصول در تمام مراحل تعقیب عدلی و قضای در نظام حقوق جزایی افغانستان از جمله الزاماتی است که باید مراعات شود؛ اما در بیشتر موارد شاهد آن هستیم که این اصول در جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی نقض می‌شوند. قانون‌گذار بنا بر توجیهاتی که داشته، نقض این اصول را در جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی مجاز دانسته و موارد آن را در کود جزا بیان داشته است که اجمالا مورد اشاره قرار می‌گیرد:

۱-۲. اصل قانونی بودن جرائم و مجازات و نقض آن در جرائم علیه امنیت

اصل قانونی بودن جرائم و مجازات، یکی از اصول بنیادین حقوق جزا است. اصل مزبور به این معناست

که افراد تنها در برابر اعمالی مسئولیت جزایی خواهند داشت که اعمال مزبور در زمان ارتکابش بدون هیچ ابهامی در قانون جرم شمرده شده و برای آن‌ها مجازات در نظر گرفته شده باشد (نبوی ۱۳۹۷، ص ۴۵؛ بکاریا، ۱۳۷۷، ص ۲۷).

همان‌طور که «فون لیست» حقوقدان آلمانی می‌گوید: «اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها حفاظتی است برای شهروندان در برابر قدرت بی‌مهار دولت، این اصل از افراد در برابر فشار بی‌رحمانه اکثریت و به عبارت دیگر هیولای قدرت، حمایت می‌کند» (نجفی ۱۳۹۱، ص ۶۷).

سابقه شناسایی این اصل در اروپا به منشور کبیر یا مگناکارتا در سال ۱۲۱۵ بر می‌گردد. این منشور سندی است که پادشاهان انگلستان در آن برای اولین بار به محدود شدن قدرت خویش به قانون تن در می‌دهند و در آن قدرت خود سرانه پادشاه مهار شده و تحت انقیاد قانون در می‌آید. در

ماده ۳۹ این منشور آمده است: «هیچ فرد آزادی دستگیر یا زندانی نخواهد شد... مگر بر اساس قوانین کشور» (گودرز ۱۳۷۸، ص ۸۱).

اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، در دین مبین اسلام هم جایگاه رفیعی دارد. به‌عنوان نمونه، آیات شریفه ذیل ناظر به اعتبار این اصل در اسلام است: «و ما كنا معذبین حتی نبعث رسولا» (اسراء، آیه ۱۵)؛ ما شخصی را مجازات نمی‌کنیم تا آن که رسولی فرستاده و حرمت اشیا را بیان نماییم (گیلانی، ۱۳۸۶، ص ۸۷).

حدیث شریف رفع: عن رسول الله صلی الله علیه و سلم قال: «رفع عن امتی الخطاء و النسیان و ما استکرهوا علیه» (ابوزهره، ۱۳۹۴، ص ۱۳۲)، از رسول خدا صلی الله علیه و سلم روایت شده است که فرمود: از امت من خطا و فراموشی و آنچه که بر آن اکراه شده باشد، برداشته شده است.

و همچنین این اصل در قانون اساسی افغانستان صریحاً شناسایی شده و در ماده ۲۷ قانون اساسی

تصریح می‌نماید: «هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد. هیچ شخص را نمی‌توان تعقیب، گرفتار و یا توقیف نمود مگر بر طبق احکام قانون. هیچ شخص را نمی‌توان مجازات نمود مگر به حکم محکمه با صلاحیت و مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.»

کود جزا ماده ۷ نیز به پیروی از آموزه‌های فوق بر اصل قانونیت جرم و جزا و محکمه صالحه تأکید کرده است. این ماده می‌گوید:

۱. هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود، مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد.

۲. هیچ جزای را نمی‌توان تطبیق نمود، مگر این که در این قانون تصریح شده باشد.

۳. هیچ شخصی را نمی‌توان مجازات نمود، مگر به حکم محکمه ذی‌صلاح، مطابق به احکام قانونی

که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام، نافذ گردیده باشد.

۴. مجازات بالای مرتکب با در نظرداشت سایر شرایط و احوال مندرج در این قانون، متناسب با جرم ارتكابی تطبیق می‌گردد.

با تأکیدات فراوانی که در قوانین مختلف نظام حقوقی افغانستان در مورد این اصل ذکر شده، باز هم شاهد آن هستیم که قانون‌گذار در فصل جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی در بعضی موارد از این اصل عدول و مواردی را نقض کرده است. عدم رعایت این اصل نه به دلیل نوعی خطا و به صورت سهو، بلکه با عنایت و به عمد صورت گرفته است.

در ماده ۱۴۷ که تحت عنوان «عدم ایفای تعهد در زمان جنگ» اشعار می‌دارد «شخصی که در زمان جنگ به اجرای تمام یا قسمتی از تعهدات خود با دولت جمهوری اسلامی افغانستان مبنی بر تولید یا رساندن مواد مورد ضرورت نیروهای نظامی یا مواد ارتزاقی اولیه و یا سایر موادی که

جهت وقایه مردم بکار می‌رود عمداً بمنظور صدمه رسانیدن به دولت جمهوری اسلامی افغانستان، خلل وارد نماید و یا «به نحوی از انحا» در اجرای تعهدات متذکره به حيله یا تقلب متوسل گردد، به حبس طویل محکوم می‌گردد...».

در این ماده قانون‌گذار از کلمات حيله یا تقلب استفاده کرده که معنای این آن‌ها تقریباً واضح است، اما قانون‌گذار از قید «به نحوی از انحا» استفاده نموده است که به نظر می‌رسد با آوردن این قید، به دنبال توسعه دامنه جرم بوده است، بدون آن که متوجه تفسیرهای متعدد پیرامون این قضیه باشد.

مورد دیگر ابهام در عنصر مادی جرم توهین به بیرق دولت جمهوری اسلامی افغانستان می‌باشد. در این ماده قانون‌گذار بیان نموده است «شخصی که طور علنی به بیرق یا نشان دولت جمهوری اسلامی افغانستان توهین نماید، به حبس قصیر محکوم



می‌گردد» (کود جزا، ماده ۲۶۰، فقره ۱).

رفتار مجرمانه در این ماده، شامل عمل «توهین نمودن» می‌باشد. توهین از لحاظ لغوی و اصطلاحی تعاریف متعددی دارد؛ اما این رفتار توهین‌آمیز به صورت مطلق و بدون بیان مصادیق آن بیان شده است که این امر به طور واضح می‌تواند نقض آشکار و سوء استفاده از تفاسیر متعددی را داشته باشد. رفتار مجرمانه توهین نمودن، ممکن است به صورت‌های مختلف گفتاری، نوشتاری، اشاره‌ای و یا انجام عملی خاص صورت گیرد. در فقره ۱ این ماده توهین

به صورت عام ذکر شده است؛ ازین جهت ممکن است عمل توهین نمودن، به صورت گفتاری با بیان عبارات ناپسند صورت گیرد و یا ممکن است به صورت نوشتاری در قالب نوشتن عباراتی ناپسند یا رسم تصویر ناهنجار بر روی بیرق یا نشان صورت گیرد و یا ممکن است حتی به صورت اشاره‌ای دست به صورت خاص که در برخی از

فرهنگ‌ها نیز رایج می‌باشد صورت گیرد، مانند این که شخصی به قصد توهین به بیرق، در قالب گفتار یا نوشتار عبارات بیرق متحجرین، یا بر روی بیرق تصویر ناپسند را رسم نماید. (شرح کود ۱۳۹۸، ص ۸۷).

واضح است که این کلی‌گویی‌ها و حذف مصادیق، نبود تعریف مشخص و مطلق بیان نمودن عناصر مادی جرم، با هدف توسعه مفهوم جرائم صورت گرفته، اما آیا اصل قانونی بودن جرم بدین ترتیب رعایت می‌شود؟ جواب واضح است که نخیر. چون اصل قانونیت به این معنی است که همه ابعاد جرم، یعنی مصادیق، عناصر (مادی، معنوی و قانونی) و مجازات آن‌ها به طور واضح و صریح بیان شود (نوبهار، ۱۳۷۷، ص ۴۵).

## ۲-۲. نقض اصل تناسب جرم و

### مجازات

هدف از اعمال کیفر بر مجرمین اصلاح، تربیت، عبرت‌آموزی، پرهیز از ارتکاب و تکرار جرم و برگشتن دوباره آنان به جامعه و حیات

اجتماعی است. این هدف مهم و انسانی در صورتی تحقق یافته و امکان پذیر خواهد شد که جرائم و مجازات‌ها با توجه به شخصیت مجرم، نوع جرم، شدت جرم، میزان صدمه وارده، قبح عمل، بازدارندگی، عدالت و کرامت انسانی توسط قانون‌گذار در نظر گرفته شده و تعیین گردد که همه این موارد بر تناسب جرم و مجازات استوار است.

تناسب بین جرم و مجازات تابع معیارهایی است که اگر مورد دقت کافی قانون‌گذاران قرار نگیرد بدون شک که اهداف مهم مجازات‌ها و اعمال آن تأمین نخواهند شد. لذا پیش‌بینی مجازات‌های سنگین و خفیف بدون در نظر داشت قواعد تناسب جرم و جزا در قوانین جزایی کشور خلاف اصول عدالت جزایی بوده و مجازات سنگین حس انتقام جوی را تقویت بخشیده و مجازات خفیف فاقد بازدارندگی است. به همین لحاظ لازم است که قانون‌گذار باید دقت کامل را به

خرج دهد تا جنبه‌های مفید آن ترجیح پیدا کند.

متأسفانه در افغانستان چنانکه در قوانین جزایی مثل کود جزا مشاهده می‌گردد، در تعدادی از جرائم علی‌الخصوص در جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی معیارهای تناسب بین جرم و جزا مغفول مانده و مورد توجه قانون‌گذار قرار نگرفته و یا عمداً این کار را انجام داده است. با وجودی که قانون‌گذار خود، در فقره ۴ ماده ۷ کود جزا اصل تناسب بین جرم و مجازات را به عنوان یکی از جمله اصول کلی و پذیرفته شده مورد تأیید قرار داده و اشعار می‌دارد که «مجازات بالای مرتکب با نظر داشت سایر شرایط و احوال مندرج در این قانون، متناسب با جرم ارتكابی تطبیق می‌گردد»، ولی در جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی مشاهده می‌کنیم که قانون‌گذار این اصل را نقض نموده است.

ماده ۲۶۸ کود جزا بیان می‌دارد «شخصی که به منظور ارتکاب جرم تروریستی، مواد هسته‌ای یا رادیو

اکتیف را استعمال، انتشار یا تخریب کند و در نتیجه سبب قتل یا وارد نمودن صدمه به اشخاص یا اموال یا تأسیسات گردد، به اعدام محکوم می‌گردد.» چنان‌که در این فقره مشاهده می‌شود رفتارهای مجرمانه شامل، استعمال، انتشار و تخریب، می‌باشد که باعث صدمات جدی بر اشخاص و اموال می‌گردد. اما مشکل این جاست که در این فقره، قانون‌گذار نتیجه مجرمانه این عمل را مقید به این نموده است که باید عمل مجرمانه منجر به قتل، وارد نمودن صدمه به اشخاص، وارد نمودن صدمه به اموال یا وارد نمودن صدمه به تأسیسات گردد. حالا اگر تناسب بین جرم و مجازات را در این فقره مشاهده نماییم، در گزینه اول که منجر به قتل می‌شود، تناسب جرم و مجازات وجود دارد ولی در گزینه دوم، سوم و چهارم که منجر به صدمه شود، مثلاً شخصی مواد را استفاده کرد که باعث شد دیگری حس بویای خود را از دست بدهد و یا دستش فلج شد و یا مثل آن، در این موارد

اگر شخص را به اعدام مجازات کنیم، تناسب بین جرم و مجازات رعایت نشده است. اگر فرض بر این باشد که این‌ها مواد خطرناک و تخریب‌کننده شدید است، به این خاطر قانون‌گذار مجازات اعدام را در نظر گرفته است، این استدلال هم درست نیست؛ چون که خود قانون‌گذار جرم این فقره را مقید به نتیجه بیان نموده است و جرم مقید این است که هرچه نتیجه بدست آید، متناسب به نتیجه حاصل شده مجازات می‌شود. حال نتیجه اگر به قتل بینجامد، مجازات اعدام متناسب است، ولی اگر منجر به صدمه شود، می‌باید حبس دوام می‌بود.

همین‌طور در گزینه دیگر که منجر به صدمه زدن اموال می‌باشد، در این مورد واقعاً جای بحث است که به‌خاطر از بین رفتن قسمتی از اموال، مجازات اعدام را در نظر بگیریم. هم‌چنین تخریب تأسیسات که از بین رفتن قسمتی از اموال و اشیاء می‌باشد، برای آن‌هم مجازات اعدام در نظر گرفته شده است که

به‌طور واضح معیارهای که تناسب بین جرم و مجازات است، رعایت نگردیده است.

یک دیگر از موارد قابل اعتراض در جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی این است که برای شریک در جرم، معاون و اتفاق‌کننده بر جرم را دارای یک حکم دانسته و در ماده ۲۷۸ تصریح نموده: «شریک، معاون، شروع‌کننده و اتفاق‌کننده به جرائم مندرج این فصل به عین جزای فاعل جرم محکوم می‌گردند.»

در خصوص این ماده باید گفت که از ویژگی‌های خاص جرائم علیه امنیت است که همه (فاعل، شریک، معاون و اتفاق‌کننده) را در یک حکم دانسته و مجازات مشابه برایشان در نظر گرفته است؛ این یک سیاست جنایی خاص و افتراقی در باره این جرائم می‌باشد. (شرح کودجزا ۱۳۹۸، ۱۴۲)

چنان‌که در فوق تذکر داده شد، در فقره ۴ ماده ۷ کودجزا این اصل را تصریح نموده که مجازات باید متناسب به جرم ارتكابی باشد و

هم‌چنین در مواد ۵۲- الی ۵۵ مجازات شروع‌کننده به جرم به‌طور صریح بیان شده است و در چهار بند، چهار نوع مجازات که در همه موارد دو درجه پایین‌تر از مجازات فاعل است، در نظر گرفته شده است.

هم‌چنین در ماده ۵۹ کودجزا مجازات جرم معاون بیان شده است که یک درجه پایین‌تر از مجازات فاعل است. ولی در فصل جرائم تروریستی در ماده ۲۷۸ مستقیم از این اصل عدول نموده و مجازات شریک، معاون و شروع‌کننده به جرم را در حکم فاعل می‌داند، این استثناء در مورد این جرائم مجاز دانسته شده و از جمله ویژگی‌های جرائم علیه امنیت بیان شده است. اما سؤال این است که مبنای این استثناء چیست؟ آیا حقوق افراد در مقابل حقوق ملی و عمومی زیرپا نمی‌شود؟ که در آخر این تحقیق به بیان این مطلب می‌پردازیم که عدول از اصول کلی در موادی که قانون‌گذار تصریح کرده، مشروعیت دارد یا خیر.

### ۳-۲. اصل فردی کردن مجازات

اصل فردی کردن مجازات‌ها به‌عنوان یکی از اصول مترقی حاکم بر مجازات‌ها، به‌معنی اعمال و اجرای مجازات متناسب با شخصیت و ویژگی‌های جسمی، روانی و اجتماعی فرد مجرم است که به اعتبار ماهیت جرم ارتكابی و یا خصوصیات مجنی‌علیه از طرف مقنن پیش‌بینی شده است و از سوی قوای قضائیه و مجریه به منصفه ظهور رسیده و ممکن است حسب مورد منجر به تشدید، تخفیف یا تعلیق و... مجازات شود. (سایت سیویلیکا، مقاله اصل فردی کردن مجازات، ص ۲۲).

در این اصل چند مورد تذکر یافته است که به همان دلایل این اصل کاربرد دارد. به‌عنوان مثال شخصیت مجرم باید مد نظر گرفته شود و مطابق آن حکم صادر شود. ویژگی‌های جسمی، روانی و اجتماعی شخص مجرم باید ملاحظه شوند و نکته مهم‌تر، ماهیت جرم ارتكابی است که باید

در زمان محاکمه مورد توجه خاص قرار گیرد.

در این مورد کود جزای افغانستان در موادی چند، نکاتی را یاد آوری نموده که به خصوص در جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی قضای باید در حین حکم به مجازات، به این نکات توجه کرد:

### ۳. محرومیت مجرمین جرائم علیه امنیت، از جزاهای بدیل حبس

جایگزین‌های مجازات سالب آزادی، مجازات‌های هستند که به تبع محکومیت و مجازات، امکان گذراندن تمام یا بخشی از مجازات‌ها را در اجتماع و خارج از زندان به مجرم می‌دهد. ماده ۱۴۸ کود جزا تعریف قانونی به‌معنای خاص از بدیل حبس ارائه کرده است: «بدیل حبس جزایی است که بالای مرتکب جرم به عوض حبس، به شکل رهایی مقید از طرف محکمه حکم می‌شود». هم‌چنین جزء ۱ ماده ۲ ضمیمه شماره دوم

ق. ا. ج. نشر شده در جریده رسمی، عین این تعریف را ارائه کرده است. یکی از مباحث مهم در قسمت بدیل‌های حبس، روشن کردن دامنه و محدوده استفاده از آن‌ها است و باید به این نکته توجه نمود که در هر جرمی استفاده از تدبیر بدیل حبس مجاز نیست، برای مثال در جرائم جنایت یا جرائم علیه امنیت... که هرگز به خیر جامعه نیست که از بدیل‌ها استفاده شود، لذا کود جزا محدودیت‌ها را از دو جهت مشخص کرده است:

#### از جهت نوع جزا

مطابق فقره ۱ ماده ۱۵۱ کود جزا، حکم به بدیل حبس و تطبیق آن تنها در جرایمی که مجازات اصلی آن‌ها در کود جزا حبس متوسط یا قصیر پیش‌بینی شده، امکان‌پذیر است.

#### از جهت ماهیت جرم

مطابق فقره ۳ ماده ۱۵۱ و همچنین ماده ۱۰ قانون تطبیق بدیل حبس و حجز مرتکبین جرائم

علیه امنیت داخلی و خارجی را به اضافه مجرمین متکرر... از حکم فقره ۱ این ماده استثناء کرده است؛ بنابر این مرتکبین جرائم فوق نمی‌توانند از ارفاق و تخفیف سیاست بدیل حبس بهره‌مند شوند. (شرح کود جزا ۱۳۹۸، ص ۴۲۲).

ماده ۱۵۱ کود جزا یکی از مهم‌ترین مباحث مربوط به تدابیر بدیل حبس را بیان می‌کند که عبارت است از شرایط استفاده از بدیل حبس. بدون شک، محکومیت مرتکب به بدیل حبس دارای شرایطی است که به اصل حکم بدیل حبس مربوط می‌شود یا به تعیین نوع بدیل حبس ارتباط پیدا می‌کند.

فقره ۳ ماده ۱۵۱ بیان نموده است: «مرتکبین جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی... از حکم مندرج فقره ۱ این ماده مستثنی است». اگر شخصی مرتکب جرائم جنایی و سنگین شود، محکمه نمی‌تواند در قدم اول، او را به بدیل حبس محکوم نماید. این فقره چند مورد

را از تطبیق مجازات بدیل حبس مورد استثناء قرار داده که مهم‌ترین آن‌ها مجرمین جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی است. همچنین این مجرمین نمی‌توانند از تخفیف و ارفاق ماده ۸ ضمیمه شماره ۲ ق. ا. ج. در مورد تطبیق بدیل‌های حبس و حجز که تعویض حبس به بدیل آن را استفاده کنند، چون در ماده ۸ استفاده از این ارفاق را مشروط به رعایت ماده ۱۰ این قانون کرده است و ماده ۱۰ علاوه بر مرتکبین فوق‌الذکر، مجرمین متکرر، مرتکبین خشونت علیه زن، قاچاق مواد مخدر و جرم اختطاف را نیز استثناء کرده است. (شرح کود جزا ۱۳۹۸، ص ۲۷۸).

تعلیق تنفیذ حکم یکی از مباحث مهم حقوق جزا است. ارتکاب جرم در اوضاع و احوال مختلفی می‌تواند انجام شود. در حالی که یک تعداد اشخاص با سازمان‌دهی قبلی دست به ارتکاب جرم می‌زنند، یا مجرم متکرر هستند، اما هستند اشخاص دیگری که بدون کدام برنامه قبلی یا تحت

احساسات آنی مرتکب جرم شده‌اند. (گلدوزیان، ۱۳۸۸، ص ۷۸).

نهاد تعلیق تنفیذ حکم، در حقیقت یک تدبیر ارفاقی و تسهیلی است که افراد واجد شرایط می‌توانند از آن برخوردار شوند. لذا قانون‌گذار افرادی را اعم از مرتکب عادی یا نظامی که صلاحیت و شرایط استفاده از این تسهیل را نداشته باشد، روشن و مشخص کرده است.

قانون جزا و قانون اجرائات جزایی گذشته، محدودیت‌های خاصی را برای مرتکبین که در قلمرو و محدوده تعلیق تنفیذ حکم قرار بگیرند، در نظر نگرفته بود و حتی مرتکبین جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی در صورت داشتن بقیه شرایط می‌توانستند از این ارفاق بهره‌مند شوند؛ لکن کود جزا با دقت بیشتری به این موضوع توجه داشته و مرتکبین جرائم سنگین را از این حکم استثناء کرده است.

فقره ۴ ماده ۲۲۳ کود جزا، بیان می‌کند: «مجازات جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی، تروریستی، تمویل تروریسم، مواد مخدر، تجاوز جنسی، اختطاف، فساد اداری و مالی، نسل کشی، ضد بشری، جنگی و تجاوز علیه دولت، تعلیق شده نمی‌تواند»؛ بنابراین، مرتکبین این دسته از جرائم، نمی‌توانند از نهاد تعلیق تنفیذ حکم استفاده کنند. هر کدام این جرائم علاوه بر ایجاد بحران داخلی، از چالش‌های جدی نظام بین المللی در عرصه حقوق جزا است، از این رو، استثناء آن‌ها از سیاست تسهیلی و ارفاقی، امر درست و سنجیده ارزیابی می‌شود (ماهنامه تخصصی، حقوقی و فرهنگی ۱۳۹۷، ص ۱۸۷).

#### ۴. نقض اصول شکلی جرائم علیه امنیت

حقوق جزا به دو بخش عمده تقسیم می‌شود؛ یکی جنبه ماهوی و دیگری جنبه شکلی است. حقوق جزای شکلی، مجموعه قواعد و

مقررات مربوط به کشف و تعقیب متهمان و تحقیق از آنان... در یک بیان کوتاه، از روند رسیدگی به جرم بحث می‌کند. همین بخش حقوق جزا شامل اصولی است که همه جوانب و مراحل رسیدگی به ارتکاب جرم، تحت شعاع قرار داده و طبق همین اصول باید انجام شود؛ اما در مواردی مشاهده می‌شود که قانون‌گذار ما از این اصول عدول نموده که مصادیق آن را مطابق مواد قانونی تحلیل و بررسی می‌نماییم:

۴-۱. عدول از اصل سرزمینی حقوق جزا در جرائم علیه امنیت  
 صلاحیت قوانین جزایی از لحاظ قلمرو مکانی به دو دسته صلاحیت اعمال قوانین جزایی در داخل قلمرو حاکمیت (اصل صلاحیت سرزمینی) و صلاحیت اعمال قوانین جزایی در خارج از قلمرو حاکمیت تقسیم می‌شود. در یک جمع‌بندی کلی این صلاحیت‌ها را می‌توان به انواع ذیل بیان نمود:



۱ - اصل صلاحیت سرزمینی؛  
 ۲ - اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی علیه؛  
 ۳ - اصل صلاحیت واقعی؛  
 ۴ - اصل صلاحیت جهانی؛

اصل صلاحیت سرزمینی یا درون مرزی از مهم‌ترین و قدیمی‌ترین اصول پذیرفته شده برای تعیین صلاحیت جزایی در همه نظام‌های حقوقی است که به موجب آن، صلاحیت دولت برای رسیدگی به جرم با توجه به محل ارتکاب تمام یا بخشی از آن جرم تعیین می‌شود. به موجب این اصل کلیه جرائم ارتكابی در داخل قلمرو حاکمیت یک کشور، مطابق قوانین آن کشور قابل تعقیب، محاکمه و مجازات است، اعم از این‌که مرتکب، تبعه یا بیگانه باشد، (پور بافرانی ۱۳۹۶، ص ۱۵).

در این مورد فقره (۱) ماده ۱۶ کود جزا با تأکید بر این اصل مقرر می‌دارد: «۱- احکام این قانون بر هر تبعه افغانستان، شخص بدون تابعیت یا هر تبعه خارجی که در

قلمرو کشور مرتکب جرم شود، تطبیق می‌گردد.»  
 از آن جا که دولت‌ها اصل صلاحیت واقعی (داشتن صلاحیت رسیدگی به جرائم علیه امنیت ارتکاب یافته در خارج از مرزهای کشور) را به منظور حمایت و حفاظت از منافع واقعی و حقوق اساسی حاکمیت خود شناسایی کرده‌اند، این اصل به «اصل صلاحیت واقعی» یا «اصل صلاحیت حمایتی یا حفاظتی» معروف است. کود جزا در ماده ۲۳ چنین تصریح کرده است «شخصی که در خارج قلمرو کشور علیه تبعه یا منفعت افغانستان، مرتکب جرم شود، احکام این قانون بالایش تطبیق می‌گردد.» در این ماده صلاحیت شخصی منفعل و هم‌چنین صلاحیت واقعی را قانون‌گذار مقرر کرده است.

در فقره (۱) ماده ۲۰ کود جزا این صلاحیت را از ویژگی‌های جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی دانسته، چنین تصریح کرده است: (۱) احکام این قانون بالای شخصی

که در خارج قلمرو کشور مرتکب یکی از جرائم ذیل شود، تطبیق می‌گردد. ۱- جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی جمهوری اسلامی افغانستان یا دولت خارجی.

بر اساس فقره ۱ ماده مذکور ارتکاب جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی افغانستان و یا دولت خارجی، در خارج از افغانستان، ارتکاب جرم تزویر اسناد رسمی مندرج ماده‌های ۴۳۶ و ۴۴۳ در خارج از افغانستان و یا ادخال آن‌ها به کشور، ارتکاب جعل موضوع ماده ۲۸۴ در خارج از افغانستان و یا ادخال آن‌ها به افغانستان را مشمول صلاحیت سیستم جزایی افغانستان دانسته است؛ یعنی مرتکب بر اساس احکام کود جزا و در محاکم کشور قابل تعقیب، محاکمه و مجازات است.

دولت‌ها برای حمایت از منافع اساسی و حیاتی خود و بر خلاف قاعده سرزمینی بودن حقوق جزا، قوانین خود را برای مقابله با مرتکبین جرائم علیه منافع حیاتی و اساسی دولت در خارج از قلمرو

خود، نیز دارای صلاحیت می‌دانند. این نوع از صلاحیت عموماً راجع به جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور و نیز جرائم علیه امنیت اقتصادی کشور که در خارج از قلمرو کشور ارتکاب یافته، اعمال می‌شود (شرح کود جزا ۱۳۹۸، ص ۱۰۱). در ماده ۲۳ کود جزا مشاهده می‌شود که قانون‌گذار از اصل صلاحیت سرزمینی عدول نموده و برای مجرمین خارج از قلمرو سرزمین کشور مجازات تعیین نموده است.

ماده ۲۳ کود جزا این قاعده را وضع نموده است: «شخصی که در خارج قلمرو کشور علیه تبعه یا منفعت افغانستان...» در این ماده از کلمه منفعت افغانستان استفاده نموده که منظور آن جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی است که اگر شخصی در خارج از قلمرو افغانستان جرمی را انجام دهد که علیه منفعت و از جرائم علیه امنیت باشد، مطابق قوانین جزایی افغانستان مجازات می‌شود.

در مواد چندی در کود جزا مصادیق این مطلب به گونه واضح تذکر رفته که اگر جرمی در خارج از افغانستان علیه منفعت آن ارتکاب یابد، مجازات آن طبق این کود خواهد بود. به عنوان نمونه می توان به ماده ۲۵۱ کود جزا اشاره کرد: «۱. شخصی که اطلاعات، بیانات یا شایعات غیر واقعی و مغرضانه را در مورد اوضاع داخلی کشور به منظور تضعیف اعتبار ملی یا امنیت ملی عمداً در داخل یا خارج کشور نشر نماید، به حبس متوسط محکوم می گردد.»

۴-۲. محروم کردن مرتکاب جرائم علیه امنیت از تدابیر ارفاقی به طور کلی، با توجه به آثار و تبعاتی که ورود مجرم به چرخه عدالت جزایی به دنبال دارد، امروزه اکثر نظام های حقوقی به منظور اصلاح و بازاجتماعی کردن مجرمان، از طریق دور ساختن آنها از سازوکارها، مساعدت ها و تدابیر ارفاق آمیزی مثل تعویق صدور حکم، تعلیق اجرایی

مجازات، مرور زمان، اعمال مجازات های جایگزین حبس و غیره را در مورد آنها قابل اجرا می دانند که شامل موارد ذیل می شود.

الف) محروم کردن مرتکبان جرائم علیه امنیت از تخفیف و عفو مجازات معاذیر قانونی چنان که در ماده ۲۱۲ کود جزا تعریف شده است شامل حالات و مواردی است که موجب معافیت، تخفیف جزا و یا تبرئه مرتکب گردد.

قانون گذار در این جا حالات نقصان ادراک و شعور را، در دو ماده، به عنوان سبب تخفیف در قالب عذر نیز مطرح کرده است که شامل فقره ۲ ماده ۸۷ و فقره ۲ ماده ۵۱۹ می گردد. در هر دو مورد عذر همکاری مؤثر مرتکب موجب تخفیف جزایی وی در نظر گرفته شده است. در ماده ۲۱۳ کود جزا موارد احوال مخففه در دوازده مورد بیان شده است که عفو عمومی و خصوصی، از همین جمله می باشد.

عفو در واقع یکی از وسایل و ابزارهای سیاست جنایی می باشد که به خاطر تعدیل مجازات های شدید، جبران اشتباهات قضایی، لحاظ برخی جنبه های سیاسی، تقلیل موارد اعدام، تشویق جنایت کاران به ارائه رفتاری مناسب در زندان و ارضای افکار عمومی، از زمره اهداف عفو عمومی تلقی شده اند.

در قانون جزای ۱۳۵۵ عفو به گونه صریح بیان شده بود. ولی در کود جزا ۱۳۹۶ حذف شده و در قانون اجراءات جزایی بیان شده است.

با این که عفو یکی از مباحث مهم و اساسی در عین حال از جمله حقوق فردی مظنون می باشد، اما در بحث جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی مرتکبین آن از این حق برخوردار نمی باشند. در ماده ۱۰ ضمیمه شماره یک ق. ا. ج. افغانستان چنین بیان کرده است. «محکومین جرائم تروریستی و جرائم علیه امنیت داخلی و

خارجی از فرامین عفو و تخفیف مجازات مستفید شده نمی توانند».

ب) محرومیت مرتکبان جرائم علیه امنیت از دیگر تدابیر ارفاقی

کود جزای افغانستان موارد متعددی را بخاطر ارفاق برای متهمین و مجرمین پیشی بینی نموده است که این تدابیر اکثراً به منظور پیش گیری از جرم می باشد و هم چنین سهولتی برای دولت است، به عنوان مثال مجازاتی که تا پنج سال باشد، برای آن جرم تعلیقی در نظر گرفته است.

کود جزا، از ماده ۱۴۸ الی ماده ۱۶۷ در مورد مجازات بدیل حبس می باشد که همه این موارد نظر به معیارهای جدیدی که در قوانین جزایی کشورها و هم چنین تطبیق نظریات جرم شناسان از امتیازهای کود جزا می باشد که در قانون جزایی گذشته لحاظ نشده بود. انسان ها از یک سری حقوق اساسی برخوردار می باشند که از جمله آزادی است.

آزادی حق طبیعی انسان‌ها می‌باشد و باید در مورد سلب آزادی احتیاط لازم انجام شود. رهایی موقت مظنون، متهم یا محکوم هم به تضمین مالی یا تأدیه وجه کفالت مالی مشخص... صورت گرفته می‌تواند. ق. ا. ج. افغانستان در ماده ۱۰۵ تا ماده ۱۱۱ شش ماده را در مورد رهایی موقت از قبیل رهایی کفالت بالمال، اندازه آن، وجوه تخصیص، تأدیه وجه کفالت... را به گونه واضح بیان نموده است.

رهایی مشروط که به نام آزادی مشروط نیز یاد می‌گردد؛ یکی از تدابیر مؤثر در حقوق جزا می‌باشد و آن عبارت از رهایی زندانی قبل از اتمام دوران محکومیت است. رهایی مشروط دارای یک سلسله شرایطی است که در ق. ا. ج. بیان شده است. در حقوق جزا واضح است که یکی از اهداف اصلی و عمده تطبیق مجازات حبس، اصلاح محکوم علیه و برگشت دوباره وی منحصراً یک انسان سالم به جامعه می‌باشد. در صورتی که

این هدف به غیر از سپری نمودن محکومیت یا اتمام مدت زندان به دست آید، ضرورت آن احساس نمی‌گردد تا شخص تا ختم میعاد حبس در زندان باقی بماند. این نظر در اکثر نظام‌های جزایی مورد قبول واقع شده که مبنای آن نظریات مگاتب تحقیقی می‌باشد. (شرح قانون اجراءات جزایی افغانستان ۱۳۹۸، ص ۳۶۸)

ق. ا. ج. افغانستان از ماده ۳۳۴ الی ماده ۳۴۲ به بیان احکام رهایی مشروط پرداخته و تمام موضوعات و شرایط آن را به طور واضح بیان نموده است.

منظور از بیان این همه موارد این است که مرتکبین جرائم علیه امنیت از این تدابیر ارفاقی بهره‌مند شده نمی‌توانند و این تدابیر فقط برای مجرمینی است که شامل مجازات‌های جنحه یا قباحت یعنی مرتکبین جرائم سبک باشند، به همین منظور مرتکبین جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی، مرتکبین جرائم تروریستی و امثال این‌ها، شامل این موارد ارفاقی نمی‌شوند.

ماده ۱۲ ضمیمه شماره ۱ ق.ا. ج. افغانستان در تحت یک ماده اکثریت این تدابیر را بیان نموده و مرتکبین جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی و تروریستی را از آنها محروم نموده است. «احکام بدیل حبس، تعلیق تنفیذ حکم، رهایی موقت، رهایی مشروط و اعطای رخصتی در مورد محکومین جرائم تروریستی و جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی تطبیق نمی‌گردد.» (ضمیمه شماره ۱ قانون اجراءات جزایی افغانستان، ۱۳۹۵، ماده ۱۲).

د) مدت زمان تعقیب عدلی در جرائم علیه امنیت

اصطلاح تعقیب عدلی جزایی زمانی که استفاده می‌شود، شامل تمام مراحل جرم می‌شود. از تدابیر امنیتی شروع تا کشف جرم، تحقیق و تعقیب در حارنوالی و دوره سه‌گانه محاکمه و در آخر تنفیذ حکم بالای مجرم را در بر می‌گیرد. این مراحل هر کدامشان (بخاطر جلوگیری از ضیاع حقوق متهم و

هم‌چنین عدم تراکم در دستگاہای عدلی و قضایی) مدت زمان‌های مشخصی دارد که قانون آنرا تعیین نموده است.

کشف جرم، مطابق ماده ۱۳۴ ق.ا.؛ و ماده ۸۰ ق.ا.ج. این وظیفه به پولیس تفویض گردیده است و موظفین ملی هم در واقع پولیس مخفی می‌باشند. در فقره ۳ ماده ۸۰ راجع به مدت زمان این مرجع سخن رانده است: «پولیس و موظف امنیت ملی مکلف‌اند، بعد از کشف جرم در خلال مدت (۲۴) ساعت، موضوع را به حارنوالی مربوط اطلاع دهد.»، و در ماده ۸۷ آخرین مدت قابل تمدید را ۷۲ ساعت تعیین نموده است.

چنان که بیان شد مدت زمان صلاحیت مرجع کشف نباید از ۷۲ ساعت اضافه شود، ولی همین موضوع در جرائم علیه امنیت بسیار متفاوت است. در ماده پنجم ضمیمه شماره ۱ ق.ا.ج. مدت زمان را برای این مرجع تا ۱۰ روز در نظر گرفته است: «موظفین امنیتی می‌توانند مظنونین جرائم

تروریستی و جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی را به منظور تکمیل اجراءات و جمع آوری دلایل اثبات جرم از تاریخ گرفتاری الی (۱۰) روز تحت نظارت قرار داده و در خلال (۲۴) ساعت به حارنوالی اطلاع دهند.»

تحقیق جرم، مطابق ماده ۱۳۴ ق.ا.ا؛ و ماده ۱۴۵ ق.ا.ج. این وظیفه به حارنوال محول شده است. در ماده ۱۴۹ ق.ا.ج. مدت زمان برای تکمیلی آن در سه نوع جرم بیان شده است. در جرم قباحت مدت ۱۰ روز. در جرم جنحه مدت ۲۷ روز و در جنایت مدت ۷۵ روز است. (موضوع ماده ۱۴۹ ق.ا.ج) ولی همین مدت‌ها در جرائم علیه امنیت، متفاوت است.

در ماده هفتم ضمیمه شماره ۱ چنین می‌خوانیم: «حارنوال موظف می‌تواند در صورت موجودیات دلایل کافی الزام، امر توقیف مظنون را بعد از تأیید حارنوال مافوق بالترتیب در جرم جنحه الی

مدت ۳۰ روز و در جرم جنایت الی مدت ۶۰ روز صادر نماید.»

مدت زمان در مرحله محاکمه نیز متفاوت می‌باشد. ماده ۱۰۱ ق.ا.ج. در مورد مدت‌های محکمه ابتدائیه، استیناف و ستره محکمه چنین اظهار دارد «در جریان رسیدگی قضیه در محکمه ابتدائیه الی (۳۰) روز. در جریان رسیدگی قضیه در محکمه استیناف (۳۰) روز؛ و در جریان رسیدگی قضیه در ستره محکمه الی مدت (۶۰) روز می‌باشد» و در آخر این ماده بیان کرده است که مراحل محاکمه در همه این مراحل از ۱۲۰ روز بیشتر بوده نمی‌تواند.

ولی در مورد مرتکبین جرائم علیه امنیت، ماده هشتم ضمیمه شماره ۱ ق.ا.ج. این میعادها چنین برشمرده است. «محکمه می‌تواند در جریان محاکمه به توقیف متهم جرائم تروریستی و جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی حسب آتی تصمیم اتخاذ نماید. ۱- محکمه ابتدائیه جهت رسیدگی قضیه الی مدت (۶۰) روز. ۲-

محکمه استیناف جهت رسیدگی استینافی قضیه الی مدت (۶۰) روز؛ و ستره محکمه جهت رسیدگی به فرجام خواهی الی مدت (۹۰) روز». (ماده ۸ ضمیمه شماره ۱ ق، ا، ج) و در آخر بیان نموده است که مجموع مدت توقیف در تمام مراحل محاکمه از ۲۱۰ روز بیشتر بوده نمی‌تواند.

#### ۴- مشروعیت یا عدم مشروعیت نقض اصول

در مورد این که آیا اصول حقوق جزایی به لحاظ مبنایی قابل نقض هستند یا نه ظاهراً اختلاف نظرهای وجود دارد. برخی به مطلق بودن این اصول نظر داده‌اند و برخی این اصول را اصولی نسبی تلقی می‌کنند. برخی نیز قائل به جمع این دو بوده و بیان می‌دارند: منافع ملی از جمله اقتضات عدالت است که در ردیف دیگر اقتضات عدالت مانند حق قرار دارد و باید به شکلی از اشکال با آن‌ها هم‌نشین شود (صلبیا، ۱۳۹۰، ص ۴۴).

حق در پی حفظ گوهر فرد و مصلحت گروهی در پی حفظ کیان جمع است. به‌طور کلی هیچ یک را نباید فدای دیگری کرد، مهم هم‌نشین ساختن این دو است که امری بس دشوار و ظریف می‌نماید. باید به‌صورت موردی و به دست مرجعی مجرب با اتکا به خرد جمعی و جاری انجام شود. صدور حکم کلی در این زمینه که در عمل کارساز باشد تقریباً ناممکن است. دیدگاه اخیر اگرچه جذاب، اما غیر عمل‌گرایانه است. به نظر می‌رسد اختلاف واقعی بر سر جایگاه مصلحت عمومی در کنار حقوق فردی است؛ زیرا یکی از مصادیق مصلحت عمومی، امنیت عمومی است و مراد از امنیت عمومی همان امنیت ملی است که بدان وسیله تلاش می‌شود کشور از تعرض دیگر کشورها مصئون بماند و تمامیت ارضی و استقلال نسبی آن حفظ شود. (پیمانی، ۱۳۷۷، ص ۵۴)

برخی معتقد اند مصلحت عمومی به یک سلسله ملاحظات در حمایت از سیاستی معین اشاره



دارد که افراد بدان دلیل در مقابل آنها مقاومت نمی‌کنند؛ که نزد بسیاری از افراد حقیقتاً از ارزش و اعتبار فوق‌العاده‌ای برخوردار است. برخی دیگر بر این باور اند که این مفهوم در نهایت سرپوش زیرکانه‌های برای پنهان کردن صورت واقعی تصمیماتی است که سیاستمداران و مقام‌های دولتی برای کسب بیشترین منافع شخصی اتخاذ می‌کنند. از این رو کاربرد آن در بیشتر موارد خدعه‌آمیز و بی‌معناست. از نظر فلسفی نیز در این زمینه به عقیده برخی فلاسفه چون توماس هابز این که صاحب قدرت حکمرانی، خود تابع قوانین کشور باشد را، مغل اساس دولت می‌دانند و معتقد است تبعیت حاکم از قانون یک اشتباه است؛ زیرا خود او قانون را به وجود آورده است (صناعی ۱۳۸۴، ص ۷۲).

در مقابل، جان لاک قدرت دولت را محدود دانسته و معتقد است هیچ دولتی نمی‌تواند به دلخواه خود حکومت کند، دولت

نیز مانند فرد با قوانین اخلاقی (طبیعی) محدود است و نباید از آن پا فراتر نهد. در حوزه فلسفه مجازات در مواردی که حقوق جزایی از مکافات‌گرایی محض تبعیت می‌کند متهم را به مثابه یک شهروند تلقی می‌کند و جزا به‌عنوان ابزاری برای نکوهش و اعتراض به عمل شخص است، اما وقتی برای فایده‌بازدارنده‌گی عام یا دفع خطر عمل می‌کند، جزا و سیله‌ای برای چیره شدن بر منبع خطر می‌گردد و موضوع آن (انسان) ابزار حفظ امنیت عمومی می‌شود. در این جا طبیعی است که نگاه انسانی و بشری آن کمرنگ شود (صدر، ۱۳۸۵، ص ۴۸۳).

در حوزه عدالت جزایی نیز دو مدل با هم رقابت دارند مدل امنیت‌مدار و مدل کرامت‌مدار. در مدل امنیت‌گرا اولویت با حقوق شهروندان قانون‌مدار است، اما در مدل کرامت‌مدار، حمایت از حقوق متهمان در الویت قرار دارد (مجیدی، ۱۳۸۶، ص ۹۸).

برخی معتقدند هیچ قاعده مطلق وجود ندارد که بدون هیچ استثنائی پذیرفته شود و از این جهت شک دارند که اصول یا قواعدی حقیقی در باره وظایف در مقام عمل وجود باشند که لازم باشد همواره بر اساس آنها عمل شود یا هیچ گاهی حتی زمانی که با سایر اصول تعارض کنند نقض نگردد؛ بنابراین اصول از جمله اصول عدالت جزایی در برخورد با سایر اصول از جمله حفظ امنیت ملی قابل تحدید اند. اگر به موارد نقض دقت شود مشاهده می شود عمده آنها برای حفظ امنیت کشور (مصلحت) صورت گرفته است. اگر تعارض میان دو مصلحت باشد می توان به نفع مصلحت عظم تر حکم کرد که ممکن است بقای نظام و امنیت کشور باشد. (توحید، ۱۳۹۴، ص ۷۶).

ظاهراً قانون گذار ما نیز این زمینه اصول عدالت جزایی را اصولی قابل نقض تلقی کرده است، اما به فرض قبول این دیدگاه آیا این نقضها با شرایط شناخته شده

آن صورت گرفته است؟ آیا همگی با حسن نیت بوده و متناسب با خطری است که جامعه را تهدید می کرده است؟ آیا ویژگی ابزاری بودن آنها توجه شده است؟ در مورد برخی اصول مثل اصل مادی بودن جرائم، برخی از نقض اصل دفاع کرده اند با این استدلال که اگر قرار باشد جرم تمام و کمال واقع شود دیگر حکومتی وجود ندارد تا بخواهد به محاکمه و مجازات مجرم بپردازد.

بنابراین لازم است امکان مداخله زود هنگام مأمورین برای دستگیری و مجازات مجرمین را فراهم آورد؛ اما در پاسخ باید گفت آیا جرم انگاری شروع به جرم به جرائم علیه امنیت مانند باقی جرائم این هدف را تأمین نمی کند تا محدودده نقض به اعمال مقدماتی و حتی تفکر نرسد؟ آیا گذشت بیش از سه دهه از حکومت های متعدد اسلامی برای گذار از مرحله بحران و تثبیت حکومت کافی نیست تا شرط ابزاری بودن نقض را رعایت کنیم؟ چرا برای معاونت در جرم

مجازات اعدام در نظر گرفته می‌شود. (به‌عنوان مثال: موضوع ماده ۲۶۵ کود جزا) و چراهای دیگر که شائبه عدم گذار از دوران بحران و فاصله با دوران تثبیت نظام را ایجاد می‌نماید.

در مقابل، اعتقاد دیگری وجود دارد مبنی بر این‌که نقض برخی از حقوق حتی در شرایط سخت مطلقاً نادرست است؛ زیرا اگر چه ممکن است شر کمتری ایجاد کند، اما هم‌چنان شر است و هر کس مرتکب آن شود مقصر است. ارزش سخن از حق مطلق آن است که ایده عدالت را زنده نگه می‌دارد و راه پیامد انگاری محض را می‌بندد. در چنین دیدگاهی حق نسبت به خیر عمومی مقدم است. دغدغه اصلی حکومت حفظ حقوق افراد است و برای تحدید یا تضییق آن دلیل قوی‌تری از خیر عمومی لازم است. در جوامع لیبرال برخی حقوق آن‌قدر صبغه بنیادین دارند که قانون نه‌تنها در آن دخالت نمی‌کند، بلکه خود را ملزم به حمایت از آن می‌بیند؛ بنابراین

تأکید حتی بر خواست عمومی و جمعی بدون توجه به مبانی و آثار حقوق اساسی و بنیادین فرد نمی‌تواند دقیق باشد باید قلمروی تعیین کرد که هیچ قدرت ساسی یا اجتماعی، مشروع یا نامشروع، تفکیک شده یا یک‌پارچه حق هیچ‌گونه مداخله‌ای در آن نداشته باشد (یزدیان ۱۳۹۵، ص ۱۷).

الزامات حقوق جزایی در جوامع مردم سالاری نسبت به کسانی که امنیت حکومت را مورد خدشه قرار داده‌اند نه‌تنها کمتر نیست، بلکه مرد تأکید بیشتری است؛ زیرا یکی از شاخص‌های سنجش میزان اعتقاد حکومت به عدالت را باید در شیوه برخورد با مخالفان سنجید. حق بر امنیت سایر شهروندان نمی‌تواند نقض حقوق مشروع مظنونین، متهمین و مجرمین را توجیه کند (نجفی ۱۳۹۱، ص ۱۹).

کسانی که نقض اصول را موجه می‌دانند عمدتاً به مصلحت متوسل می‌شوند و مراد از مصلحت را یکی از این سه معنا می‌دانند. ۱-

مصلحت یعنی نفع عظیم تر ۲-  
 مصلحت یعنی یک حق رقیب و ۳-  
 مصلحت یعنی ضرورت (محمدی  
 گیلانی، ۱۳۸۶، ص ۲۱۲)

واقعیت این است توسل به  
 مفهوم مصلحت در مقابل حقوق  
 فردی ناشی از عدم تفکیک میان  
 مقام نظر و عمل است. در مقام  
 عمل میان میزان قدرت واقعی ما  
 در عملی ساختن نمونه آرمانی  
 فاصله هست. باید فاصله موجود را  
 شفاف کرد و تصمیمی به فراخور  
 امکانات واقعی گرفت و هم‌چنان به  
 نظریه قابل دفاعی که ارائه شده  
 وفادار ماند. پس نباید  
 محدودیت‌های عملی را به جای  
 نظری بشناسیم و نام مصلحت به  
 آن برنیم.

### نتیجه‌گیری

برخی موارد نقض در قوانین  
 کشورهای مختلف دیده می‌شود  
 این اصول حقوق جزایی لااقل از  
 دید برخی قانون‌گذاران، اصولی  
 غیر قابل نقض و مطلق نیستند، اگر  
 چه به لحاظ مبنایی قبول این

وضعیت با مخالفت‌هایی رو به رو  
 است. جرائم علیه امنیت را می‌توان  
 یکی از مهم‌ترین عرصه‌های تقابل  
 میان حقوق فردی و حقوق ملی  
 قلمداد کرد. به دلیل خطرات و  
 تهدیدات زیانباری که می‌توانند  
 برای حاکمیت دولت‌ها و حقوق و  
 منافع آن‌ها، از جمله نظم و امنیت  
 عمومی، ایجاد نمایند، از قدیم و در  
 تمامی نظام‌های حقوقی دنیا از  
 اهمیت و حساسیت بسزایی  
 برخوردار بوده‌اند و مقررات خاص و  
 متفاوتی نسبت به آن‌ها اعمال  
 می‌شده است. در حقوق جزایی  
 افغانستان نیز قانون‌گذار در  
 جرم‌انگاری اعمال و اقدامات مخل  
 نظم و امنیت عمومی، گرایش  
 نسبی به سمت تضمین حقوق و  
 منافع حاکمیت داشته و در این  
 راستا، بعضاً از اصول کلی و پذیرفته  
 شده حقوق جزا عدول نموده است.  
 آنچه به‌عنوان مصلحت با هر  
 معنای آن در دفاع از نظریه نقض  
 اصول گفته شود مواجه با چالش و  
 اشکال است. به فرض قبول چنین  
 وضعیتی نیز سؤال در مورد

محدوده نقض است، به نظر می‌رسد قانون‌گذار در جرائم علیه امنیت، دامنه نقض را گسترش داده است و این امر نه تنها به نفع و مصلحت جامعه نیست، بلکه در درازمدت آثار زیان‌باری نیز برای خود حکومت خواهد داشت. شاید ادله مخالفان در مطلق تلقی کردن این اصول همین عدم امکان کنترل موارد نقض در صورت جواز کلی آن باشد. افزایش موارد نقض اصول در سیر قانون‌گذاری‌های دوره‌های گذشته در افغانستان آسیب‌پذیرتر شده که حکومت با شدت برخورد با مرتکبین جرائم امنیتی به دنبال ایجاد هراس در آنهاست یا لا اقل اگر این فرض غلط باشد فرض دیگری ثابت می‌شود و آن این که قانون‌گذار بیش از اندازه و غیر واقع‌بینانه به این موضوع پرداخته است؛ بنابراین جا دارد دیدگاه قانون‌گذار نسبت به چنین قوانینی که به نقض اصول شناخته شده می‌پردازند، تغییر یافته و همواره توجه داشته باشیم که متهم همیشه متهم است و مجرم نیز

همیشه مجرم و مجرمان صرف نظر از این که چه جرمی مرتکب شده‌اند به‌عنوان یک انسان از برخی حقوق اولیه و اساسی برخوردارند.

حقوق جزایی زمانی می‌تواند به رسالت خود عمل کرده باشد که بتوان بین حفظ نظم و امنیت اجتماعی از یک طرف و حقوق و آزادی‌های فردی از طرف دیگر توازن ایجاد کند. همواره باید به دنبال وضعیت ایده‌آل بود و تسلیم وضعیت موجود نشد. قبول استثنائات و ویژگی تلقی کردن آنها برای جرائم علیه امنیت یعنی مشروعیت بخشیدن به آنها. این در حالی است که همه جرائم علیه امنیت حتی به زعم قانون‌گذار دارای درجه شدید نیستند. وجود مجازات‌های نسبتاً خفیف برای برخی از آنها گویای این مطلب است.

در بحث عدول از اصول، می‌توان گفت یکی از مهم‌ترین عرصه‌های که قانون‌گذار در حوزه جرائم علیه امنیت، حقوق حاکمیت را به حقوق شهروندی مرتکبان این

جرائم ترجیح داده و از اصول کلی حقوق جزا عدول کرده، توسعه قلمرو جرم‌انگاری و کاستن از شرایط لازم برای تحقق جرم و سهل‌تر نمودن امکان وقوع آن است. بدین ترتیب، دست‌کنشگران عدالت جزایی برای جلوگیری زودهنگام از ارتکاب جرایمی که نظم و امنیت عمومی، ثبات اساسی و حقوق حاکمیت را خدشه‌دار می‌سازد، باز گذشته شده است؛ به عبارت دیگر، در این مورد، مقنن به منظور حفظ اقتدار و حاکمیت ملی، قلمرو مداخله جزایی را تا مرحله مقدماتی که اصولاً و در وضعیت عادی نباید تحت تدابیر جزایی قرار بگیرد، توسعه داده است. به همین رو، امکان مداخله زودهنگام مجریان قانون برای دستگیری مرتکبان و مجازات آن‌ها به منظور پیش‌گیری از ارتکاب جرائم علیه امنیت فراهم شده است.

در ارتباط با توطئه و تبانی برای ارتکاب جرائم علیه امنیت، به‌عنوان مهم‌ترین جرمی که در آن بیم

نقض حقوق فردی مظنون، متهم یا مجرم در جهت تضمین امنیت و حقوق حاکمیت وجود دارد، به نظر می‌رسد که اولاً، سیاست تقنینی و رویه قضایی باید به منظور جلوگیری از مجازات کردن صرف اندیشه مجرمانه، علاوه بر توافق، یک نمود عینی و خارجی از آن را نیز برای تحقق جرم مذکور شرط بدانند؛ زیرا در غیر این صورت، معیار و ملاک مشخصی برای اثبات این‌که آیا توطئه و تبانی صورت گرفته یا نه وجود ندارد و در نتیجه، امکان اعمال نظر سلیقه‌ای قضات در این زمینه بیشتر می‌شود که این امر خلاف آزادی‌ها و حقوق فردی افراد و همچنین اصول حاکم بر حقوق جزا است. ثانیاً، به منظور پیش‌گیری از وقوع جرائم علیه امنیت و کشف سریع‌تر آن‌ها، هرگونه همکاری و مساعدت تبانی‌کنندگان با دستگاه‌های «پلیسی» و «قضایی»، پیش از ارتکاب جرم مقصود موجب معافیت یا تخفیف زیاد مجازات آن‌ها دانسته شود.

دانش پژوه، مصطفی. ۱۳۹۲. مقدمه علم حقوق، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، نهم، بهار.

رسولی، محمد اشرف. ۱۳۹۶. دوره کامل حقوق جزای عمومی، کابل: موسسه نشر واژه، دوم.

رسولی، محمد اشرف، ۱۳۹۸. شرح کود جزای افغانستان ۱۳۹۶. چاپخانه سعید، اول.

صلیبا، دکتر جمیل. ۱۳۹۰. فرهنگ فلسفی، ترجمه، صناعی دره بیدی، انتشارات حکمت، ششم.

صناعی، محمود. ۱۳۸۴. آزادی فرد و قدرت دولت، تهران: انتشارات هرمس، پنجم.

صادقی، میر محمد. ۱۳۷۸. جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، نشر میزان، ششم.

کاتوزیان، دکتر ناصر. ۱۳۸۷. مقدمه علم حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، شصت و هفتم.

منابع

ابو زهره، محمد. ۱۳۹۴. الجریمة العقوبیت فی الفقه الاسلامی، کتابخانه مدرسه عالی فقه و معارف اسلامی، قم، هفتم.

بکاریا، سزار. ۱۳۷۷. رساله جرائم و مجازات‌ها، ترجمه دکتر محمدعلی اردبیلی، نشر میزان، سوم.

پوریافرانی، دکتر حسن. ۱۳۹۶. حقوق جزای بین‌الملل، تهران: انتشارات جنگل، جاودانه، دهم.

پیمانی، ضیاءالدین. ۱۳۷۷. جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی، تهران: نشر میزان، سوم.

توحید، دکتر محمد. ۱۳۹۴. چرخش‌های لیبرالیسم، ناشر، روزنه، اول.

جعفری، جعفر یزدیان. ۱۳۹۵. مقاله، تقابل امنیت فردی و ملی در جرایم علیه امنیت، پژوهش حقوق کیفری.

- گلدوزیان، دکتر ایرج. ۱۳۸۸. بایسته‌های حقوق جزای عمومی، نشر میزان، هجدهم، زمستان.
- گودرز، افتخار جهرمی. ۱۳۷۸. اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و تحولات آن، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵-۲۶.
- مجیدی، سید محمود. ۱۳۸۶. جرائم علیه امنیت، تهران: نشر میزان، اول.
- ماه نامه تخصصی، حقوقی و فرهنگی. ۱۳۹۷. سال بیستم، شماره مسلسل ۱۸۷، وزارت عدلیه.
- محمدی گیلانی، محمد. ۱۳۸۶. حقوق کیفری در اسلام، تهران: نشر میزان.
- نبوی، نعمت‌الله. ۱۳۹۷. حقوق جزای عمومی افغانستان، نشر واژه، دوم.
- نوربها، رضا. ۱۳۹۰. زمینه‌های حقوق جزای عمومی، تهران: نشر میزان، سی و دوم.
- نوبهار، رحیم. ۱۳۷۷. حمایت حقوق جزایی از حوزه‌های عمومی و خصوصی، تهران: نشر مرسل، اول.
- نجفی، ابرندآبادی. ۱۳۹۱. علی حسین، در باره امنیت شناسی، از حق بر امنیت تا حق بر تأمین، دیباچه مدیریت انسان‌مدار ریسک جرم، سوابه رفوانی.
- قوانین قانون اساسی افغانستان، ۱۳۸۲.
- ضمیمه شماره (۱) قانون اجراءات جزایی، تاریخ نشر ۱۳۹۵، در مورد جرائم تروریستی و جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی، جریده رسمی شماره ۱۲۲۲.
- قانون اجراءات جزایی افغانستان، تاریخ نشر، ثور ۱۳۹۳، شماره مسلسل ۱۱۳۲.
- کود جزای افغانستان، تاریخ نشر، ۲۵ ثور ۱۳۹۶، شماره مسلسل ۱۲۶۰.



قیمت جبران خسارت کند. اما در صورتی که تقصیری وجود نداشته باشد، مسؤولیتی نیز نخواهد داشت. دومین بحث مهم، بحث نفقه زن در دوران عقد است. در دوران نامزدی به زن نفقه تعلق نمی‌گیرد؛ اما در دوران عقد و قبل از عروسی، گرچه قانون مدنی افغانستان ملاک لزوم نفقه زوجه را عقد نکاح صحیح و نافذ دانسته است، اما قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان، وجود عقد و سکونت در منزل زوج را برای پرداخت نفقه ضروری دانسته است. بر اساس آن کسانی که در دوران نامزدی عقد شده و هنوز عروسی نکرده‌اند، نفقه به آن‌ها تعلق نخواهد گرفت. این در حالی است که قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران به صرف اجرای عقد، پرداخت نفقه را لازم و زنان در دوران عقد و قبل از عروسی را مستحق نفقه دانسته است.

واژگان کلیدی: ازدواج، نامزدی، نفقه زن، حقوق افغانستان

## خسارت ناشی از به هم خوردن نامزدی از منظر فقه و حقوق افغانستان

محمد داود حیدری\*

### چکیده

در این تحقیق به دو بحث مهم، و کاربردی پرداخته شده است که عبارتند از جبران خسارت ناشی از به هم خوردن نامزدی و نفقه زن در دوران عقد. اگر یکی از طرفین عقد، بدون دلیل قانع‌کننده و عذر موجه نامزدی را به هم بزند و باعث ضرر و زیان و خسارت به طرف مقابل گردد، مسؤول جبران خسارات وارده خواهد بود و خسارات زیان‌دیده را باید جبران نماید. یکی از مصادیق تحمل خسارت، تبادل هدایا در این دوران است. آن دسته از هدایایی که عادتاً قابل نگهداری است مانند حلقه نامزدی و ساعت، قابل مطالبه است. در صورتی که عین مال و هدایای خرید شده موجود باشد، باید به صاحبش مسترد گردد. البته این قسم از هدایا نیز در صورتی که از بین برود اگر فرد در از بین بردن آن مرتکب تقصیر شده باشد، باید به وسیله پرداخت

---

\* ماستری حقوق خصوصی.  
mdhmdh1354@gmail.com

## مقدمه

از جمله موضوعات مهم و البته بسیار کاربری تعیین تکلیف خسارات «دوران نامزدی» در صورت اختلاف میان دو نامزد، و هم چنین بحث «نفقه زن در زمان عقد و قبل از عروسی» است. سؤال این است که جبران خسارت مادی و اقتصادی که از به هم خوردن نامزدی به وجود می‌آید، به عهده چه کسی است؟ آیا زوج متحمل این خسارت می‌شود یا زوجه و کدام یک ملزم به جبران ضرر و زیان طرف مقابل خواهد بود؟ گاه در زمان نامزدی، عقد نیز جاری شده و دختر مدت‌های طولانی در منزل پدر سکونت می‌کند. این پرسش مطرح می‌شود که در این مدت زمان آیا به زن نفقه تعلق می‌گیرد یا خیر؟

متأسفانه، در موارد زیادی میان دو نامزد و نیز میان زوجین بعد از عقد و قبل از عروسی شاهد ناسازگاری‌ها و به وجود آمدن اختلافات هستیم و گاه این نزاع‌ها و مشکلات مالی و روحی و روانی

ناشی از آن مدت‌های طولانی ادامه پیدا می‌کند. اختلاف بر سر خسارت‌های مالی و نفقه زن (بعد از عقد و قبل از عروسی) موارد زیادی از نزاع‌ها را در دادگاه‌ها به خود اختصاص داده است. با توجه به مشکلات یادشده، در این مقاله سعی شده است که راه حل حقوقی و قانونی برای معضل مذکور ارائه گردیده و چگونگی جبران خسارت زیان‌دیده و چگونگی تأمین نفقه زن در دوران عقد مورد بحث قرار گیرد. مطالب این نوشتار در سه گفتار تهیه و تنظیم شده که عبارتند از خواستگاری و نامزدی، جبران خسارت دوران نامزدی در حقوق افغانستان و ایران، نفقه زن در دوران نامزدی و عقد.

## ۱. خواستگاری و نامزدی

### ۱-۱. مفهوم خواستگاری و

#### نامزدی

خواستگاری عملی است که به موجب آن یک نفر به دیگری پیشنهاد ازدواج می‌دهد. عمل

خواستگاری ممکن است به وسیله نزدیکان فرد متقاضی ازدواج به عمل آید و ممکن است خود متقاضی ازدواج، شخصاً مبادرت به خواستگاری نماید. خواستگاری همیشه از ناحیه جنس مذکر انجام می‌شود که مطابق فطرت و طبیعت انسان، امر طبیعی است. این قاعده حتی در مورد حیوانات نیز جاری است (مطهری، ۱۳۵۷، ص ۱۶). هر چند طبق آداب و رسوم جاری، مردان از زنان خواستگاری می‌نمایند، اما شرعاً و قانوناً مانعی وجود ندارد که زنان از مردان خواستگاری کنند.

در لغت و اصطلاح فقهی به خواستگاری از زن، «خِطْبَه» گفته می‌شود. راغب اصفهانی و سایر کتب لغت واژه خِطْبَه را به «طَلَبُ الْمَرْأَةِ لِلزَّوْجِ» یعنی خواستگاری از زن برای ازدواج معنی کرده است (اصفهانی، ۱۳۸۲، ص ۲۸۶).

قانون مدنی افغانستان در ماده ۶۴ نامزدی را این گونه تعریف کرده: «نامزدی عبارت از وعده به ازدواج است، هر یک از طرفین

می‌تواند از آن منصرف شود». ماده ۷۴ قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان، در مورد معنی خواستگاری چنین آورده است: «خواستگاری عبارت است از تقاضای ازدواج مرد از زن».

عمل خواستگاری قبل از مراسم عقد و اجرای صیغه نکاح صورت می‌گیرد و چنانچه مورد قبول واقع شود این فاصله زمانی میان خواستگاری و اجرای مراسم عقد شرعی را «نامزدی» (fiancaille) می‌گویند (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۲۶). به هر حال، نامزدی یا همان وعده ازدواج توافقی است بین زن و مردی که به همدیگر وعده می‌دهند تا در آینده باهم ازدواج نمایند.

## ۲-۱. شرایط خواستگاری

زنانی که خواستگاری می‌شوند، باید شرایطی را داشته باشند تا بتوان شرعاً و قانوناً از آنها خواستگاری نمود. مثلاً، نمی‌توان از زن شوهردار و یا زنی که در نامزدی

کسی دیگری است، یا زنی که در عده است، خواستگاری نمود.

ماده ۷۴ قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان، در مورد شرایط خواستگاری این گونه آورده است: خواستگاری عبارت است از تقاضای ازدواج مرد از زن که با رعایت شرایط ذیل صورت می‌گیرد:

۱. زن عاری از موانع نکاح و عده باشد.

۲. زن و مرد یا شخصی که از طرف مرد خواستگاری و یا از طرف زن قبول می‌کند، اهلیت داشته باشند.

۳. از زنی خواستگاری شود که نامزد شخص دیگری نباشد، ولی اگر اقدام کند و نکاح صورت گیرد، عقد صحیح است.»

خواستگاری از زنی که در عده رجعیه است، جایز نیست و از زنی که معتده به عده به این باشد، به کنایه، (نه صراحت) مانعی ندارد (بند ۲، ماده ۷۴ قانون احوال شخصیه). در قانون مدنی افغانستان نیز در مورد خواستگاری از زن در عده چنین آورده شده

است که «خواستگاری زن در عدت طلاق رجعی یا به این به عبارت صریح و کنایه و در عدت وفات به عبارت صریح جواز ندارد» (همان، ماده ۶۳).

قانون‌گذار در ماده ۶۲ قانون مدنی افغانستان، نامزدی با زنی را جایز دانسته که در قید نکاح کسی و یا در عده نباشد. با توجه به این که قانون‌گذار در این ماده در صدد بیان موارد عدم جواز نامزدی بوده و خواستگاری و نامزدی از زنی که نامزد دارد را منع نکرده و به خصوص این که به قید نکاح تصریح شده، امکان چنین برداشتی وجود دارد که می‌توان از زنی که نامزد دارد خواستگاری و در خواست نامزدی کرد.

یکی از مباحث مطرح شده میان فقهاء این است که آیا می‌توان از نامزد دیگری خواستگاری کرد یا خیر؟ در فقه اهل سنت به استناد احادیث نبوی، خواستگاری از زنی را که توسط دیگری خواستگاری شده و موافقت کرده است، ممنوع و حرام دانسته‌اند (زحیلی، ۱۴۱۸،

ج ۹، ص ۶۴۹۳). یکی از این روایات، حدیثی است که پیامبر (ص) فرموده است: «هیچ یک از شما زنی را که دیگری خواستگاری نموده، خواستگاری ننمائید تا این که او ازدواج کند یا منصرف شود» (بخاری، ۱۴۰۱، باب ۴۵).

اما در این مسأله میان فقهاء امامیه اختلاف نظر است و نظریات آنان به دو دسته تقسیم می‌شود:

دسته‌ای از فقهاء از جمله شیخ طوسی (طوسی، بی‌تا، ج ۴، ص ۳۲۲) و شهید اول (شهید اول، بی‌تا، ج ۵، ص ۲۴۱)، معتقدند که خواستگاری از زنی که مرد مسلمانی از او خواستگاری کرده و از طرف او یا وکیلش مورد موافقت قرار گرفته حرام است. آنها می‌گویند این عمل از طرف پیامبر (ص) نهی شده و نهی ظهور در حرمت دارد؛ علاوه بر آن، این‌گونه خواستگاری باعث ایذا و اذیت و موجب عداوت می‌شود، بنابر این حرام است.

اما بیشتر فقهای امامیه مانند شهید ثانی (همان، ص ۲۴۲)

چنین خواستگاری را مکروه دانسته‌اند. به این دلیل که اولاً اصل عدم حرمت است؛ ثانیاً وعده ازدواج به خودی خود هیچ گونه علقه‌ای بین زن و مرد ایجاد نمی‌کند. بنا بر این، همانگونه که طرفین، حق به هم زدن آن را دارد، خواستگاری دیگران نیز بلامانع است؛ ثالثاً هر چند نهی مذکور در احادیث ظهور در حرمت دارد ولی سند روایات مذکور ضعیف است.

فقهای امامیه به اتفاق معتقدند که چنین عقدی باطل نیست هر چند مرتکب، کار حرام انجام داده است اما منافات بین حرمت خواستگاری و صحت عقد وجود ندارد (شهید اول، بی‌تا، ج ۵، ۲۴۱). ابن رشد قرطبی، دیدگاه اهل سنت را در مورد چنین عقدی این‌گونه آورده است: «فقال داود یفسخ و قال الشافعی و أبوحنیفه لا یفسخ و عن مالک القولان جمیعاً و ثالث و هو أن یفسخ قبل الدخول و لا یفسخ به عده»

(قرطبی، ۱۴۰۲، ج ۲، ص ۳). داود قائل به بطلان، شافعی و ابوحنیفه

قائل به صحت چنین عقدی است و مالکی قول به تفصیل را پذیرفته است؛ یعنی قبل از دخول قائل به فسخ و بعد از دخول قائل به عدم فسخ شده است و دلیل آنان نهی وارده از رسول خداست که فرمود: «لَا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أُخِيهِ» نباید هیچ یک از شما نامزد دیگری را خواستگاری نماید. نهی موجود در حدیث دلالت بر حرمت و فساد عمل نهی شده دارد.

بعضی از فقهاء به این استدلال اشکال نموده و گفته‌اند چنین عقدی صحیح است، زیرا آنچه مورد نهی واقع شده خواستگاری از چنین زنی است. فساد و حرمت خواستگاری ملازمه با فساد و بطلان عقد ازدواج ندارد (علامه حلی، بی تا، ج ۲، ص ۵۷۰؛ علامه حلی، ۱۳۷۹، ج ۳، ص ۴۳۲؛ شهید ثانی، بی تا، ج ۵، ص ۲۴۱).

با توجه به این که عموم فقهاء به این روایات عمل کرده‌اند، به نظر می‌رسد که ضعف سند آن‌ها جبران شده است. از طرفی، خواستگاری از زنی که وعده ازدواج

به کسی دیگر داده، اخلاقاً زشت و ناپسند است و گاه در جامعه باعث عناد و دشمنی می‌گردد. به این ترتیب بهتر این است که معتقد شویم خواستگاری از زنی که مورد خواستگاری دیگری قرار گرفته و از طرف زن یا قائم مقام قانونی او با آن موافقت شده، حرام است (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۲۹). هر چند چنین عملی از دیدگاه اخلاقی و عرفی ناپسند است اما از جهت قانونی خواستگاری از چنین زنی منع حقوقی ندارد و بالطبع ازدواج با چنین زنی هم بدون اشکال است (شیروی، ۱۳۹۵، ص ۲۸).

قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان، در ماده ۷۴ یکی از شرایط خواستگاری زن را نبودن در نامزدی شخص دیگر دانسته و تصریح نموده که اگر از چنین زنی که خواستگاری شده و موافقت هم صورت گرفته، کسی دیگری خواستگاری نماید و زن با خواستگار دوم موافقت کرده و عقد جاری گردد، این عقد صحیح است.

### ۱-۳. جواز انصراف از نامزدی

یکی از مشکلاتی که نامزدها در این دوران با آن مواجه می‌شوند، نبود تفاهم و عدم سازگاری میان آنهاست که گاه به بروز اختلافات جدی منجر شده و در همان آغاز زندگی مشترک دو جوان تحت فشارهای روحی و روانی و حیثیتی قرار می‌گیرند موجب شکست و سر خوردگی برای آنان می‌گردد.

سؤال این است که آیا طرفین نامزد و یا یکی از آنها می‌توانند در صورت بروز اختلاف وعده نامزدی را به هم زده و از ازدواج منصرف شود؟

پاسخ این سؤال با صراحت در قوانین باز گو شده است. در صورتی که یکی از نامزدان بخواهد از ازدواج انصراف دهد، طرف دیگر نمی‌تواند او را ملزم به عقد نکاح نموده و یا به محض امتناع از او مطالبه خسارت نماید. قانون مدنی افغانستان در ذیل تعریف نامزدی می‌گوید: «هر یک از طرفین می‌تواند از آن منصرف شود». در ماده ۷۶ قانون احوال شخصیه

شیعیان افغانستان آمده است که حتی اگر وجه الالتزام برای تعهد به ازدواج تعیین شده باشد، الزام‌آور نیست و وجه الالتزام نیز قابل مطالبه نمی‌باشد.

قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران در ماده ۱۰۳۵ با شفافیت و وضوح بیشتر این موضوع را ذکر نموده است: «وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند اگر چه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده پرداخت شده باشد. بنابراین، هر یک از زن و مرد مادام که عقد نکاح جاری نشده می‌تواند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی‌تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده یا از جهت صرف امتناع از وصلت، مطالبه خسارتی نماید».

بنابراین، بر اساس قانون و شرع هر گونه الزام، علقه، تعهد الزام‌آور و مسئولیت منوط به اجرای عقد نکاح است، قبل از اجرای صیغه عقد هیچ گونه رابطه حقوقی بین طرفین، گرچه بخشی از مهریه پراخت شده و یا وجه التزام معین

شده باشد، به وجود نمی‌آید؛ نه آن تعهد الزام‌آور است و نه وجه التزام قابل مطالبه. در نتیجه، هر گونه تعهدی قبل از وقوع عقد باطل و بدون اثر بوده و الزام‌آور نخواهد بود. اما در این‌جا، این سؤال مطرح می‌شود که آیا تعهد و وعده ازدواج و قول و قراری که صورت گرفته، باعث التزام به تعهد نمی‌شود؟

نامزدی در حقیقت وعده به ازدواج محسوب شده و نوعی تعهد به ازدواج است. بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران هرگونه تعهد و قراردادی، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است؛ اما در مورد ازدواج، تعهد صریح نامزدان به ازدواج الزام‌آور نیست؛ و اصل حاکمیت اراده در باب نکاح، به خاطر حفظ سلامت خانواده و تأمین آزادی کامل نامزدها، اجرا نمی‌شود و ماده ۱۰ قانون مدنی نمی‌تواند مستند الزام به متعهد قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۳۵). این مسأله نشان دهنده اهمیت ازدواج است که نامزدها با

آزادی کامل و با آگاهی مسیر زندگی خود را انتخاب نمایند و از روی اجبار تن به ازدواج ندهند و در زمان نامزدی اگر متوجه شوند که طرفین تفاهم و سازگاری ندارد و ازدواج به خیر و صلاح‌شان نیست، از آن ازدواج انصراف بدهند.

## ۲. جبران خسارت وارده در

### دوران نامزدی

بعد از این که ناسازگاری و عدم تفاهم نامزدها روشن شد و آنان خواستند که به هر دلیلی از ازدواج انصراف بدهند، یکی از مشکلات بروز اختلاف در مورد هزینه‌ها و مخارج، است. مرسوم است که در دوران نامزدی طرفین و به خصوص مرد برای زن متحمل هزینه‌ها و مصارفی شده و هدایای میان آن‌ها رد و بدل می‌شود؛ حال سخن این است که تکلیف این هدایا چه می‌شود؟ مسئولیت ضرر و زیان در دوران نامزدی و خسارت وارده به خصوص خسارت مالی به عهده چه کسی خواهد بود؟



همانگونه که گفته شد نامزدها می‌توانند از ازدواج انصراف بدهند، اما این بدان معنی نیست که آن‌ها در قبال مصارف و هزینه‌های که به طرف تحمیل کرده هیچ گونه مسئولیتی نداشته ندارد. بلکه قانون‌گذار نامزدی را که بدون دلیل قانونی و یا عذر موجه بعد از قبولی، نامزدی را فسخ کند، مکلف به پرداخت مخارج ضروری کرده است (ماده ۷۸ قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان).

با اینکه قانون مدنی وعده نکاح را الزام‌آور نمی‌داند و به نامزدها حق داده است که هر گاه بخواهند این پیمان را به هم بزنند؛ اما طرفی که پیمان شکنی نموده باید علت موجهی برای آن داشته باشد و گرنه متخلف باید خساراتی را که به بار آورده باید جبران نماید.

از آنجایی که قرارداد نامزدی عقدی است جایز، طرفین می‌توانند آن را به هم بزنند، لذا مبنای الزام به جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد قراردادی نیست؛ بلکه سبب مسئولیت نامزدی که از

تصمیم خود منصرف شده تقصیر اوست. بنابراین، اگر به هم زدن نامزدی همراه با تقصیر نباشد، ایجاد مسئولیت نمی‌کند و بر اساس قواعد عمومی، در اختلاف بین نامزدها اثبات تقصیر به عهده زیان‌دیده است و نامزدی که وعده ازدواج را به هم زده است الزامی در اثبات موجه بودن کار خود ندارد.

به هر حال در مسأله جبران خسارات وارده در دوران نامزدی، طرفی که بدون دلیل قانع‌کننده و بدون عذر موجه نامزدی را به هم زده و باعث ضرر و زیان و خسارت به طرف مقابل شده، مسؤول جبران خسارات وارده خواهد بود و زیان‌های زیان‌دیده را باید جبران نماید.

صرف امتناع یکی از نامزدها از وصلت، موجب توجه خسارت به طرف دیگر نمی‌گردد؛ اما در صورتی که در اثر امتناع یکی از نامزدها از وصلت، خسارتی به طرف دیگر وارد شده باشد، مانند هزینه‌های که در اثر نامزدی یکی از زوجین مقدمه برای ازدواج نموده

از قبیل اجاره کردن خانه، تهیه وسایل زندگی، خرید جهیزیه و امثال آن، باید جبران گردند. برای مطالبه جبران خسارت باید علت امتناع نامزد را جستجو نمود که به دو صورت است:

الف) ترک ازدواج با علت موجهه در صورتی که نامزدی از وصلت امتناع ورزد و برای به هم زدن نامزدی علت موجهی نیز داشته باشد مانند این که معلوم شود که نامزدش با شخص دیگری رابطه جنسی داشته، یا نامزدش محکومیت کیفری دارد؛ در چنین مواردی به هم زننده وصلت، مسئول پرداخت خسارت به طرف مقابل نیست، زیرا او سبب توجه خسارت شناخته نمی‌شود، بلکه سبب آن، پنهان کاری و داشتن وضعیت اخلاقی طرف دیگر بوده است.

ب) ترک ازدواج بدون علت موجه

در صورتی که امتناع کننده از وصلت و ازدواج بدون عذر و بدون علت موجه اقدام به ترک ازدواج

نماید و اقدام او باعث ایجاد خسارت به طرف مقابل شود، او ملزم به جبران خسارت نامزد دیگر خواهد بود، زیرا او باعث توجه خسارت به طرف خود شده است. ماده ۱۰۳۶ پیشین قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران ( این ماده در اصلاحات سال ۱۳۶۱ حذف شده) در این مورد می‌گوید: «اگر یکی از نامزدها وصلت منظور را بدون علت موجهی به هم بزند در حالی که طرف مقابل یا ابوین او یا اشخاص دیگر به اعتماد وقوع ازدواج مغرور شده و مخارجی کرده باشند طرفی که وصلت را به هم زده است باید از عهده خسارات وارده بر آید ولی خسارات مزبور فقط مربوط به مخارج متعارفه خواهد بود.»

قانون‌گذار در این ماده مخارج متعارفی را که آن‌ها به اعتماد وقوع ازدواج نموده‌اند، قابل مطالبه دانسته است. منظور از مخارج متعارف، هزینه‌های لازمی است که به اعتبار شخصیت خانوادگی برای ازدواج می‌نمایند؛ از قبیل اجاره کردن خانه، تهیه جهاز و وسایل

زندگی و دوخت لباس که اگر ازدواج نمی‌بود چنین هزینه‌های نمی‌شد. اما مخارج غیر متعارف از قبیل مهمانی‌های معارفه و آشنایی، مسافرت‌های تفریحی و امثال آن قابل مطالبه نیست، زیرا این امور مصارف اضافی محسوب شده و عرف لازم نمی‌داند و مستقیماً نامزدی سبب آن‌ها نشده است (امامی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۳۳۰).

برخی از حقوق‌دانان نسبت به حذف این ماده اعتراض نموده و اشاره نموده است که به نظر می‌رسد که علت موجه شرعی و فقهی برای این حذف وجود ندارد، این گونه خسارات شرعاً و قانوناً قابل مطالبه است و در این مورد قانون مدنی با موازین شرعی مطابقت دارد؛ زیرا فرض مسأله در ماده فوق این است که طرفی که به او وعده نامزدی داده شده با این وعده مغرور گردیده و مخارجی را متحمل می‌شود. به نظر می‌رسد همانگونه که از کلمه مغرور در ماده فوق بر می‌آید، این گونه خسارات شرعاً و به موجب «قاعده غرور» که

رسول خدا فرمود: «الْمَغْرُورُ يَرْجِعُ إِلَى مَنْ غَرَّهُ»، قابل مطالبه است (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۳۶).

#### ۱-۲. استرداد هدایا

در مورد هدایا باید گفت هدایای که داده شده به چند صورت است:

۱. بعضی از هدایا قابل نگهداری نیست، طبیعت‌شان به گونه‌ای است که باید به زودی مصرف شوند و اگر مصرف نشوند از بین رفته و فاسد می‌شوند. چنین هدایای اگر از بین رفته باشد، قابل مطالبه نیست.

۲. برخی از هدایا به گونه‌ای هستند که عادتاً قابل نگهداری است، مانند حلقه نامزدی، ساعت، دست‌بند، انگشتر چنین هدایای قابل مطالبه است. در صورتی که عین مال و هدایای خرید شده موجود باشد، باید به صاحبش مسترد گردد. البته این قسم هدایا نیز در صورتی که یکی از طرفین در از بین بردن آن مرتکب تقصیر شده باشد، باید به وسیله پرداخت قیمت آن از عهده خسارت بیرون

بیاید. ولی در صورتی که تقصیری وجود نداشته باشد، مسؤولیتی نخواهد داشت.

ماده ۱۰۳۷ قانون مدنی ایران: «هر یک از نامزدها می‌تواند در صورت به هم خوردن وصلت منظور، هدایایی را که به طرف داده یا ابوبین او برای وصلت منظور هدایا است مطالبه کند. اگر عین هدایا موجود نباشد مستحق قیمت هدایایی خواهد بود که عادتاً نگاه داشته می‌شود، مگر اینکه آن هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشد» با توجه به این ماده اشیاء که عادتاً مصرف می‌شود مانند خوراکی‌ها، لباس، جوراب و دستمال و امثال آن پس از به هم خوردن وصلت، دهنده نمی‌تواند عوض آن را از طرف خود بخواهد؛ زیرا از طبیعت این گونه اشیاء معلوم است که هدیه دهنده آن را به طرف خود اباحه نموده و اجازه تلف آن را داده است.

در ماده ۷۹ قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان به مطالبه عین یا مثل هدایا اشاره

شده است: «عین، مثل یا قیمت هدایا، در صورت فسخ قرارداد نامزدی، تحت شرایط ذیل قابل مطالبه می‌باشد:

۱. در صورتی که هدایای مصرفی قبل از فسخ قرارداد نامزدی مصرف نشده باشد.

۲. در صورتی که هدایای غیر مصرفی که عرفاً نگهداری می‌شود، تلف نشده باشد ولی در صورت تلف با تقصیر، قابل مطالبه است.» اما در قانون مدنی افغانستان به صورت کلی و بدون ذکر قید عذر موجه برای انصراف، حق مطالبه هدایا را محفوظ دانسته است.

در ماده ۶۵ قانون مدنی چین آمده است: «هر گاه نامزد به نامزد خود هدیه داده باشد، هدیه دهنده می‌تواند در صورت انصراف جانب مقابل و موجودیت هدیه، عین یا قیمت روز خرید آن را مطالبه نماید. اگر انصراف از طرف هدیه دهنده صورت بگیرد یا هدیه هلاک و استهلاک گردیده باشد، رد آن به هیچ صورت مطالبه کرده نمی‌تواند.» در این ماده قانون‌گذار

دو فرض برای هدایا مطرح نموده: با انصراف طرف مقابل هدیه دهنده در صورت موجودیت هدیه از حق مطالبه برخوردار می‌باشد؛ اما اگر انصراف از طرف هدیه دهنده صورت بگیرد و یا هدیه از بین رفته باشد، در این صورت حق مطالبه وجود نخواهد داشت.

بند ۲ ماده ۷۹ قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان فرض فوت یکی از نامزدان را نیز مطرح کرده و چنین آورده است: در صورت فوت یکی از طرفین نامزد هدایای مصرفی که به مصرف رسیده، قابل مطالبه نمی‌باشد. از این ماده چنین برداشت می‌شود که اگر در صورت موجود بودن هدایا، قابل مطالبه خواهد بود.

از دیدگاه فقه، تقدیم هدایا از سوی نامزدان یا بستگان آنان به طرف دیگر از مصادیق هبه است و واهب می‌تواند در غیر مورد ذوی الأرحام، مال موهوبه را مسترد نماید، مگر این‌که مال تلف شده باشد و یا این‌که واهب یا متّهب، فوت کند که در این موارد مال

موهوبه قابل استرداد نیست (امام خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، مسأله ۸). حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که اگر هدایا نامزدی از نظر فقهی و حقوقی از مصادیق هبه است؛ چرا پس از تلف قابل استرداد دانسته شده است، با آن‌که مال موهوبه اگر تلف شود دیگر واهب حق رجوع ندارد؟

برخی از صاحب نظران در پاسخ به این پرسش گفته‌اند: هنگام نامزدی، هدیه دهنده اموالی را که عادتاً قابل نگهداری است از قبیل طلا و زیورآلات، به نحو مطلق هدیه نمی‌کند، بلکه به شرط وقوع عقد ازدواج، آن‌ها را هدیه می‌کند؛ در حقیقت هدیه به صورت مشروط بوده و در نتیجه تملیک قطعی صورت نگرفته است. به همین دلیل در صورتی که ازدواج به هر دلیلی مانند فوت طرفین تحقق پیدا نکند، مال هدیه شده قابل برگشت خواهد بود؛ اما در مورد مواد خوراکی و مصرفی چون اصل مصرف و عدم نگهداری آن‌هاست، از همان ابتدا تملیک به نحو منجز صورت

می‌گیرد و طرف مقابل مالک آن هدایا می‌شود، لذا قابل استرداد نیست (طاهری، بی‌تا، ج ۳، ص ۵۰).

### ۲-۲. وضع نامه‌ها و عکس‌های دوران نامزدی

پس از به هم خوردن نامزدی وضع نامه‌های که در این دوران مبادله شده چگونه است؟ در صورتی که نامه‌ها باقی مانده باشد آیا نامزدی که آن نامه‌ها را فرستاده است حق دارد که نامه‌های خود را در زمره سایر هدایا مطالبه کند؟ یا باید گفت که گیرنده آن نامه مالک آن است و نامه‌ها پس داده نمی‌شود. رویه قضایی هنوز در این باره تصمیم وجود ندارد، ولی به نظر می‌رسد که نامه‌ها نیز در زمره سایر هدایا قابل پس گرفتن باشد؛ زیرا نوشتن این نامه‌ها نیز مانند هدیه‌ها بر مبنای وقوع ازدواج در آینده صورت می‌گیرد، در صورت به هم خوردن ازدواج دلیلی وجود ندارد که این نامه‌ها به دست طرف

دیگر باقی بماند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۵۲).

### ۳. نفقه زن در دوران نامزدی و عقد

اخذ نفقه از مرد در صورتی که او قانوناً و شرعاً ملزم به پرداخت نباشد، خود نوعی ایجاد خسارت و وارد کردن ضرر محسوب می‌شود. به این ترتیب بحث نفقه زن در دوران عقد هم به دلیل مذکور و هم به دلیل کاربردی بودن آن در این مقاله مورد بحث قرار گرفته است. نفقه زن به عهده شوهر است. در نکاح دائم این وظیفه مرد ناشی از حکم قانون است و ریشه قراردادی ندارد؛ به همین دلیل دو طرف نمی‌توانند ضمن عقد نکاح یا پس از آن تکلیف مرد را ساقط کنند؛ اما در عقد موقت دین شوهر بر دادن نفقه متکی بر تراضی زن و شوهر است؛ به این معنی که شوهر در صورتی نفقه زن را می‌پردازد که به صراحت شرط شده یا عقد مبنی بر آن جاری شده باشد.

وقتی نفقه زن به حکم قانون و شرع به عهده شوهر است، سخن در این است که در دوران نامزدی و عقد (قبل از عروسی) آیا به زن نفقه تعلق می‌گیرد یا خیر؟ در ادامه این سؤال مهم مورد بحث و بررسی قرار گرفته و نگاه حقوق افغانستان و ایران و همچنین دیدگاه فقهاء امامیه در این زمینه تبیین خواهد شد.

### ۱-۳. نفقه زن در دوران نامزدی

در مباحث قبلی گفته شد که به وعده ازدواج تا قبل از مراسم عقد دوران نامزدی گفته می‌شود، اما طرح این بحث به این دلیل است که اولاً در عرف گاه به زن تا وقتی که عروسی نکرده، حتی عقد هم شده باشد نامزدی اطلاق می‌شود و ثانیاً بحث مورد نظر بسیار کاربردی بوده و تعداد زیادی از جوانان با این معضل مواجه هستند؛ لذا بررسی نفقه زن در دوران عقد می‌تواند برای جوانان راهگشا و مفید باشد. از آنجا که یکی از شرایط وجوب نفقه عقد دائم است، با توجه به

مفهوم نامزدی، باید گفت که در این دوران نفقه به زن تعلق نمی‌گیرد؛ زیرا قبل از اجرای عقد میان زن و مرد هیچ گونه علقه و پیوندی برقرار نشده، لذا تکالیف قانونی هم میان آنها به وجود نمی‌آید. علاوه بر این، چون در دوران نامزدی زن از شوهر خود تمکین نمی‌کند، مرد نیز مکلف به پرداخت نفقه به زوجه در ایام نامزدی نمی‌باشد. پس از نامزدی، در صورتی که عقد نکاح و ازدواج میان زن و مرد به وقوع پیوست و هم چنین زن تمکین نمود، زن استحقاق دریافت نفقه پیدا می‌کند.

### ۲-۳. نفقه زن بعد از عقد و قبل

#### از عروسی

گاه در دوران نامزدی عقد هم جاری می‌شود، ولی عروسی به تأخیر افتاده و زن به خانه شوهرش نمی‌رود. بحث در این است که در چنین زمانی آیا نفقه زن بر مرد واجب است یا خیر؟ این بحث، مهم و مورد ابتلاست؛ زیرا تعداد زیادی از جوانان با این مشکل مواجه شده

و می‌شوند. متأسفانه گاه در همین زمان اختلافاتی به وجود می‌آید که منجر به انصراف از ازدواج می‌شود. وقتی ازدواج به هم خورد، تازه نزاع و کشمکش و مطالبه خسارت از همدیگر شروع می‌شود، گاه این دعوا و شکایت سال‌ها به طول می‌انجامد. این واقعیت‌ها می‌طلبد که جوانان به این مسائل آگاهی داشته باشند تا در دام افراد سودجو و بی‌انصاف قرار نگیرند؛ و چنانچه نفقه دوران قبل از عروسی به عهده زوج نباشد، دریافت و اخذ آن خود نوعی خسارت نسبت به زوج محسوب می‌گردد.

نفقه زوجه به معنی نیازمندی‌های متعارف زندگی است که انسان معترف به آن ضرورت دارد، مانند خوراک، پوشاک، مسکن، تداوی و امثال آن.

قانون مدنی افغانستان در بند اول ماده ۱۱۷ ملاک لزوم نفقه زوجه را عقد نکاح صحیح و نافذ دانسته؛ گرچه زوجه در مسکن زوج نباشد، اما در صورتی که زوجه از رفتن به مسکن زوج بدون حق و

دلیل امتناع ورزد، نفقه زن بر زوج لازم نمی‌باشد. در بند دوم این ماده دو مورد از حق رسمی زن را بازگو می‌کند که در آن دو مورد زن می‌تواند از رفتن به مسکن زوج امتناع ورزد: مسکن مناسب برای زوجه از طرف زوج تهیه نشده باشد و یا این‌که مهر معجل زن ادا نگردیده باشد.

از آنجا که قانون مدنی افغانستان مبتنی بر فقه حنفی است، در فقه حنفی با عقد نکاح پرداخت نفقه ضرورت پیدا می‌کند، حتی اگر زوجه به منزل زوج منتقل نشده باشد در این مورد مغنیه نویسنده کتاب «الفقه علی المذاهب الخمسة» در پاسخ به این سؤال که اگر زوجه بعد از اجرای عقد، مدتی در منزل پدر خود مانده و مطالبه نفقه نماید، آیا به این زن نفقه تعلق می‌گیرد یا خیر؟ به این مطلب اشاره نموده است: «قال الحنفیه: تستحق النفقه و ان لم تنتقل إلی منزل الزوج» (مغنیه، ۱۹۶۰). بند اول ماده ۱۱۷ قانون مدنی



افغانستان در لزوم پرداخت نفقه با اجرای عقد از فقه حنفی پیروی کرده است.

اما قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان در ماده ۱۶۲ صرف انعقاد نکاح را باعث وجوب نفقه نمی‌داند؛ بلکه برای وجوب نفقه علاوه بر انعقاد نکاح، سکونت زوجه در منزل زوج نیز ضرورت دارد: «(۱) زوج با انعقاد نکاح و سکونت زوجه در منزل او، مکلف به ادای نفقه زوجه بوده، در صورت امتناع، مدیون او می‌باشد. هر گاه زوجه برای رفتن به منزل زوج آمادگی داشته باشد ولی زوج کوتاهی نماید، عدم سکونت مانع ادای نفقه زوجه نمی‌گردد. (۲) هرگاه زوجه بدون عذر شرعی و قانونی از ادای وجایب شرعی و قانونی زوجیت امتناع ورزد، مستحق نفقه نمی‌باشد».

تفاوت این دو ماده از حقوق افغانستان، ناشی از تفاوت دیدگاه میان فقه حنفی و فقه جعفری است؛ قانون مدنی افغانستان که مبتنی بر فقه حنفی است، ملاک

وجوب نفقه زن را عقد دانسته اما قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان صرف عقد را باعث وجوب نفقه نمی‌داند، بلکه هم عقد و هم سکونت در منزل زوج را سبب وجوب نفقه برای زن می‌داند.

با توجه به مواد فوق در صورتی که زن قبل از عروسی بدون عذر و دلیل از رفتن به خانه شوهر امتناع ورزد، نفقه او ساقط می‌شود.

در مورد شیعیان افغانستان، قانون احوال شخصیه شیعیان حاکم است که این قانون در سال ۱۳۸۸ پس از طی مراحل قانونی به امضای رییس جمهور وقت رسید و به صورت قانون پذیرفته شد. بر اساس همین قانون ملاک وجوب نفقه زن عقد و سکونت در منزل زوج است، شرط سکونت در منزل زوج به این دلیل مطرح شده است که با شرط «سکونت در منزل»، در حقیقت زمینه تمکین کامل زوجه فراهم می‌شود. بعداً در مباحث فقهی مطرح خواهد شد که فقهاء تمکین را یکی از شرایط وجوب نفقه دانسته‌اند.

قانون احوال شخصیه افغانستان از نظر مشهور فقهای امامیه پیروی کرده و با صرف عقد، نفقه را واجب ندانسته است. به این ترتیب، بر اساس این قانون کسانی که در دوران نامزدی عقد شده‌اند و هنوز عروسی نکرده و به خانه شوهر نرفته‌اند، نفقه آن‌ها واجب نیست، زیرا زن تا عروسی نکرده در جامعه سنتی افغانستان تمکین کامل نداشته و در صوتی عدم تمکین نفقه واجب نخواهد بود.

اما قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران از نظر غیر مشهور پیروی کرده و با اجرای عقد پرداخت نفقه لازم دانسته شده است. ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران در این زمینه اظهار می‌دارد: «همین که نکاح به طور صحّت واقع شد، روابط زوجیت بین دو طرف موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود». نکاح در این ماده به معنای عقد بوده و با وقوع عقد میان زن و شوهر، حقوق و تکالیف ایشان نسبت به یکدیگر

برقرار می‌گردد و آنان ملزم به رعایت آن‌ها می‌باشند؛ یکی از آن تکالیف مهم، تعلق حق نفقه برای زوجه است. با توجه به همین ماده دخترانی که عقد شده، اما مراسم عروسی‌شان تاکنون برگزار نشده است، از حق نفقه برخوردارند؛ زوج ملزم به پرداخت نفقه زوجه می‌باشد.

در صورتی که به زن حق نفقه تعلق گرفته باشد، اما زوج از پرداخت آن امتناع ورزد؛ دادگاه زوج را ملزم به پرداخت نفقه می‌نماید. ماده ۱۱۹ قانون مدنی افغانستان آورده است که: «...محکمه با صلاحیت، زوج را به ادای نفقه مکلف می‌گرداند.» بند دوم ماده ۱۶۳ قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان می‌نویسد: «در صورت امتناع زوج، از مال او به طور متعارف مصرف نماید و یا به محکمه شکایت کند.» در ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران چنین مقرر شده است که: «زن می‌تواند در صورت استنکاف شوهر از دادن

نفقه به محکمه رجوع کند در این صورت محکمه میزان نفقه را معین و شوهر را به دادن آن محکوم خواهد کرد».

در صورت عدم پرداخت از سوی مرد، زن می‌تواند به نزدیکترین محل سکونت خودش و یا همسرش مراجعه نماید و شکایت خود را به صورت کتبی و یا شفاهی مطرح نماید. همچنین عدم پرداخت نفقه از سوی شوهرش را اثبات نماید و جهت اثبات رابطه زوجیت نیز بایست که عقدنامه و یا همان سند نکاح را به دادگاه تقدیم نماید و سایر مراحل اداری، قضایی، ارائه شهود و درخواست نفقه عقب افتاده را بنماید و یا حتی برای مجازات شوهرش شکایت کیفری علیه او انجام دهد؛ چرا که طبق ماده ۶۴۲ قانون مجازات، هر شخصی با داشتن استطاعت مالی و تمکین زن، نفقه زوجه را نپردازد و امتناع نماید دادگاه او را از سه ماه و یک روز تا پنج ماه حبس محکوم می‌نماید.

## ۲-۳. مبنای وجوب نفقه

یکی از مباحث مهمی که در فقه مطرح شده این است که آیا نفقه مثل مهریه به موازات عقد بر زوج واجب می‌گردد؟ به بیان دیگر آیا صرف جاری شدن عقد باعث وجوب نفقه می‌گردد یا این که اصولاً نفقه با وجود تمکین وجوب پیدا می‌کند، نه با عقد تنها.

پذیرفتن هر یک از این مبانی، نتایج و آثار متفاوتی را به دنبال دارد، اگر کسی عقد را عامل وجوب نفقه بداند، وقتی عقد جاری شد حتی قبل از عروسی و رفتن زن به خانه شوهر، باید نفقه زنش را پرداخت نماید؛ اما در صورتی که مبنای دوم مورد قبول واقع شود، با صرف عقد نفقه واجب نمی‌شود، بلکه وجوب نفقه مشروط به تمکین و رابطه خواهد بود. در این صورت دخترانی که عقد شده اما عروسی و تمکین کامل ننموده باشند، نفقه آنها به عهده شوهرشان واجب نخواهد بود.

اگر زن و مرد در مورد تمکین یا عدم تمکین باهم اختلاف پیدا

کنند، زن بگوید من خودم را در اختیار شوهر قرار دادم اما مرد منکر شود؛ در این صورت اگر قائل شدیم که با تمکین نفقه واجب می‌شود، قول مرد پذیرفته می‌شود زیرا اصل عدم تمکین است، اگر حرف زن پذیرفته شود باید بینه اقامه نماید و ادعای خود را ثابت نماید.

اما اگر قائل شدیم که نفقه با عقد واجب می‌شود، در این صورت قول زن پذیرفته می‌شود، زیرا عقدی که واقع شده استمرار داشته است و در این صورت اگر مرد ادعای سقوط و از بین رفتن را بکند باید بینه نشوز که مسقط است، آورده شود.

ثمره دیگر انتخاب یکی از این دو دیدگاه این است که اگر زن و مرد عروسی نمایند تا چند مدتی مرد با زن مقاربت نکند، یعنی مرد مطالبه زفاف نکرده و زن هم منع نکرده باشد، در این صورت اگر عقد را باعث وجوب نفقه بدانیم، نفقه زن به عهده مرد واجب خواهد بود؛ اما اگر تمکین را باعث وجوب نفقه بدانیم، نفقه به عهده مرد تعلق

نخواهد گرفت (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ج ۸، ص ۴۴۲ و ۴۶۸).

اگر مراد از نامزدی صورتی باشد که تنها گفت و گویی بین پسر و دختر، در مورد ازدواج صورت گرفته و توافق حاصل شده که در آینده با یکدیگر ازدواج کنند و چه بسا مرد حلقه یا انگشتری هم به رسم هدیه و نامزدی به دختر داده باشد، لیکن هنوز صیغه عقد جاری نشده باشد، در این صورت، هیچ گونه نفقه‌ای به دختر تعلق نمی‌گیرد. اما اگر مراد، موردی است که عقد دائم شرعی بین دختر و پسری واقع شده و دختر به خانه شوهر نرفته، در این صورت، در وجوب نفقه بر مرد، بین فقهاء اختلاف وجود دارد. در این مورد دو نظریه وجود دارد:

#### الف) وجوب نفقه با عقد دائم

بعضی از فقهاء معتقدند که نفقه با عقد دائم واجب می‌شود و با نشوز ساقط می‌گردد؛ به عبارت دیگر نفقه مانند مهریه به صرف عقد واجب می‌شود و تمکین، شرط

پرداخت نفقه نیست تنها ناشزه بودن زن، مانع پرداخت نفقه است. همین که زن حاضر به ایفای وظایف زناشویی باشد، مستحق نفقه خواهد بود و در صورت امتناع از وظائفی که قانوناً بر عهده اوست، مستحق نفقه نخواهد بود؛ زیرا فلسفه تعیین نفقه برای زن، استحکام خانواده و حمایت از زندگی مشترک است، زن در صورتی مستحق نفقه خواهد بود که بدون دلیل از وظایف زناشویی امتناع نکند.

به هر حال گروهی از فقها که عقد نکاح را علت و سبب وجوب نفقه می‌دانند، معتقدند به جهت اینکه ادله وجوب نفقه، بر عنوان زوجه حمل می‌شود و زوجیت هم به مجرد عقد حاصل می‌شود، پس عقد، سبب وجوب انفاق است و فقط نشوز باعث سقوط نفقه خواهد شد. بنا بر این نفقه در دوران عقد بر مرد واجب است. قانون مدنی ایران از نظر این فقها پیروی نموده و در زمان عقد نفقه را واجب دانسته و مردان در این زمان ملزم

به پرداخت نفقه می‌باشند. بر اساس ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی، به محض وقوع نکاح، رابطه زوجیت میان طرفین ایجاد و حقوق و تکالیف زوجین در قبال یکدیگر به وجود می‌آید لذا به محض امضای سند نکاحیه، حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر شروع می‌شود و نفقه نیز مشمول زن می‌شود.

#### ب) وجوب نفقه با تمکین زوجه

نفقه، تنها با خواندن صیغه عقد واجب نمی‌شود، بلکه علاوه بر عقد، تمکین کامل هم انجام شده باشد تا نفقه واجب گردد. نفقه در صورتی بر مرد واجب است که زن در برابر مرد تمکین کامل داشته باشد، تمکین کامل به این معنی است که زن خود را در اختیار مرد قرار دهد، مرد در هر زمان و در هر مکانی که بخواهد زن در اختیارش باشد؛ به این صورت نباشد که زن در بعضی از زمان‌ها یا در بعضی از مکان‌ها فقط در اختیار مرد قرار داشته باشد، این تمکین کامل محسوب نمی‌شود (نجفی، بی‌تا، ج ۳۱، ص

۳۰۳). مثل زمانی که دختر در منزل پدرش است، در این زمان ممکن است گاهی از اوقات اگر شوهر خوش شانس باشد و برای او موقعیت تمکین فراهم گردد که این تمکین کامل حساب نمی‌شود.

بنابراین، در موردی که دختری عقد کرده ولی هنوز به خانه شوهر نرفته و زفاف (عمل دخول یا رابطه کامل) انجام نگرفته باشد، نفقه او بر مرد واجب نیست؛ زیرا تمکین کامل صورت نگرفته است. این نظریه طرفداران بیشتری در بین فقهاء دارد.

اما اگر پذیرفتیم که تمکین، شرط نفقه است و زن حاضر باشد به خانه شوهر برود و به او تمکین کند، پرداخت نفقه واجب می‌شود و در غیر این صورت حق نفقه او ساقط می‌گردد.

مشهور فقها (رجوع شود به شهید ثانی، بی‌تا، ج ۸، ص ۴۴۲؛ نجفی بی‌تا، ج ۳۱، ص ۳۰۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۱۰۳). نظریه دوم را پذیرفته‌اند و معتقدند که شرط وجوب نفقه تمکین کامل

است. مرحوم اصفهانی در کتاب وسیله النجاء فرموده: «انما تجب نفقة الزوجة على الزوج به شرط أن تكون دائمة، فلا نفقة للمنقطعة و أن تكون مطيعة للزوج فيما يجب اطاعتها له فلا نفقة للناشزة»؛ (موسوی اصفهانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۲۴). محقق حلی در کتاب شرائع الاسلام در وجوب نفقه زوجه فرموده: «و الشرط اثنان: الأول: ان يكون العقد دائماً. الثاني: التمکين الكامل» (محقق حلی، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۳۹۷).

در ادامه محقق حلی در مورد اینکه این وجوب نفقه آیا به خاطر عقد است یا به خاطر تمکین؟ فرموده این بحث محل تردید است اما در میان اصحاب اظهر و بهتر این است که وجوب متوقف بر تمکین باشد «أظهره بين الاصحاب وقوف الوجوب على التمکين». مرحوم آیت الله خوئی هم به دلیل اینکه وجوب نفقه را متوقف بر تمکین دانسته فرموده است بعد از عقد و قبل از

عروسی و ارتباط زناشویی پرداخت نفقه واجب نیست «لا تجب نفقة الزوجة في الزمان الفاصل بين العقد و الزفاف، فان الارتكاز العرفي قرينة على اسقاطها في هذه المدة» (خویی، ۱۳۹۷، ج ۲، ص ۳۱۲).

مشهور فقهای شیعه تمکین را همانند عوض یا شبه عوض در برابر نفقه قرار داده و نفقه را مشروط به تمکین نموده‌اند و وجوب نفقه را مشروط به عقد دائم و تمکین کامل زوجه می‌دانند.

بنابراین، با توجه به نظر مشهور فقها در مدت زمان فاصل میان وقوع عقد و انجام زفاف نفقه زوجه بر زوج واجب نیست، زیرا در این زمان تمکین کامل صورت نگرفته است؛ و رویه مستمره و رویه جاری در جوامع اسلامی نیز مؤید این نظریه است.

فقهاء و دانشمندان دینی نیز در این راستا عقیده دارند تا زمانی که دختر در خانه پدر خود زندگی می‌کند و به خانه شوهر نرفته است می‌بایست که از پدر خود تبعیت

نماید و نفقه او برعهده پدر وی است نه شوهر. شاید به همین دلیل است که فرموده‌اند در صورتی که زوجه صغیره بوده و امکان التذاذ و بهره بری برای شوهر وجود نداشته باشد، نفقه او به عهده شوهر نیست (امام خمینی، ۱۳۷۹، ص ۷۵۳).

فقه اهل سنت نیز به این مطلب اشاره نموده که یکی از شرایط وجوب نفقه زن، هم بستر شدن و دخول است. صاحب کتاب «الجامع لأحكام الفقه على المذاهب الأربعة» در مورد فقه مالکی چنین آورده است: «لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى إلى الدخول بها...» (حمادة، ۲۰۰۹، ص ۳۶۷). در این جا به صراحت وجوب نفقه به رابطه زناشویی مشروط شده است.

### جمع بندی و نتیجه گیری

در این تحقیق نتایج ذیل حاصل شده است:

۱. نامزدی وعده و توافق برای ازدواج است، در صورتی که یکی از

نامزدان بخواهد از ازدواج انصراف دهد، طرف دیگر نمی‌تواند او را ملزم به عقد نکاح نموده و یا به محض امتناع از او مطالبه خسارت نماید. بر اساس قانون و شرع هر گونه الزام، علقه، تعهد الزام‌آور و مسئولیت منوط به اجرای عقد نکاح است، قبل از اجرای صیغه عقد هیچ گونه رابطه حقوقی بین طرفین، به وجود نمی‌آید.

۲. در مسأله جبران خسارات وارده در دوران نامزدی، طرفی که بدون دلیل قانع کننده و بدون عذر موجه نامزدی را به هم زده و باعث ضرر و زیان و خسارت به طرف مقابل شده، مسؤول جبران خسارات وارده خواهد بود و زیان‌های زیان‌دیده را باید جبران نماید.

۳. یکی از مصادیق تحمّل خسارت، تبادل هدایا در این دوران است؛ آن دسته از هدایایی که عادتاً قابل نگهداری است مانند حلقه نامزدی و ساعت، قابل مطالبه است. در صورتی که عین مال و هدایای خرید شده موجود باشد،

باید به صاحبش مسترد گردد. البته این قسم هدایا نیز در صورتی که از بین برود اگر نامزدی در از بین بردن آن مرتکب تقصیر شده باشد، باید به وسیله پرداخت قیمت آن از عهده خسارت بیرون بیاید. ولی در صورتی که تقصیری وجود نداشته باشد، مسؤولیتی نخواهد داشت.

۴. در دوران نامزدی به زن نفقه تعلق نمی‌گیرد؛ اما در دوران عقد و قبل از عروسی، گرچه قانون مدنی افغانستان، با پیروی از فقه حنفی، ملاک لزوم نفقه زوجه را عقد نکاح صحیح و نافذ دانسته است، اما قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان، وجود عقد و سکونت در منزل زوج را برای پرداخت نفقه ضروری دانسته است. بر اساس آن کسانی که در دوران نامزدی عقد شده و هنوز عروسی نکرده‌اند، نفقه به آنها تعلق نخواهد گرفت. این در حالی است که قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران به صرف اجرای عقد، پرداخت نفقه را لازم و زنان در دوران عقد و قبل از عروسی را مستحق نفقه دانسته است.



## منابع

اصفهانى، راغب، (۱۳۸۲) مفردات الفاظ القرآن، قم، اميران.

امامى، سيد حسن، (۱۳۷۷) حقوق مدنى، ج ۴، انتشارات اسلاميه، تهران.

بخارى، ابو عبد الله محمد بن اسماعيل، (۱۴۰۱) صحيح بخارى، بيروت، دارالفكر.

حبيب الله طاهرى، بى تا، حقوق مدنى (۵)، ج ۳، قم، انتشارات اسلامى.

حلى، حسن بن يوسف، (۱۳۷۹) تحرير الاحكام الشرعيه على مذهب الاماميه، ج ۳، قم، مؤسسه الامام الصادق (ع).

حلى، حسن بن يوسف، تذكرة الفقهاء، بى تا، ج ۲، المكتبة المرتضويه لاحياء الآثار الجعفريه.

حلى، حسن بن يوسف، (۱۴۱۹) قواعد الاحكام فى

معرفة الحلال والحرام، ج ۳، قم، مؤسسه النشر الاسلامى.

حمادة، شيخ عبد الحكيم، (۲۰۰۹) الجامع الأحكام الفقه على المذاهب الأربعة، بيروت، دار الكتب العلمية.

خمينى، روح الله، (۱۳۷۹) تحرير الوسيله، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى.

خويى، ابوالقاسم، (۱۳۹۷)، منهاج الصالحين المعاملات، ج ۲، النجف الاشرف، مطبعة النعمان.

الزحيلي، وهبة، (۱۴۱۷) الفقه الاسلامى و أدلته، ج ۹، چهارم، دمشق.

شهيد اول، محمد مكى عاملى، بى تا، اللمعة الدمشقية، ج ۵، چاپ سوم، دار احياء التراث العربى، بيروت.

شهيد ثانى، زين الدين بن على العاملى، (۱۴۱۶) مسالك الافهام الى تنقيح شرائع

الاسلام، ج ۸، قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه.

شیروی، عبد الحسین، ۱۳۹۵، حقوق خانواده: ازدواج، طلاق و فرزندان، تهران، سمت.

طوسی، محمد بن الحسن، بی تا، الخلاف، ج ۴، قم، موسسه النشر الإسلامی؛

قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان؛

قانون مدنی جمهوری اسلامی افغانستان؛

قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران؛

قرطبی، احمد بن رشد، (۱۴۰۲) بدایة المجتهد و نهایة المقتصد، ج ۲، ششم، بیروت، دار المعرفة.

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۱) حقوق مدنی، حقوق خانواه، ج ۱، سوم، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.

محقق حلّی، (۱۴۱۵) شرائع الاسلام، ج ۲، چاپ دوم، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیة.

محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۱) بررسی فقهی حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی. مطهری، مرتضی، (۱۳۵۷) نظام حقوق زن در اسلام، قم، انتشارات صدرا.

مغنیه، محمد جواد، (۱۹۶۰) الفقه علی المذاهب الخمسة، دارالتعارف للمطبوعات.

موسوی اصفهانی، بی تا، سید ابو الحسن، وسیله النجاء، ج ۳، قم، مهر استوار.

نجفی، شیخ محمد حسن، بی تا، جواهر الکلام، ج ۳۱، بیروت، دار احیاء التراث العربی.

تسهیل فرایند تطبیق قوانین، توضیح جرائم  
وظیفوی منسوبین نظامی و مجازات  
مرتکبین آنها، تضمین رعایت احکام قانون  
اساسی و سایر قوانین، تحکیم حاکمیت  
قانون و تأمین انضباط و دسپلین در ساحه  
نظامی، تقویه مبارزه علیه جرائم وظیفوی  
منسوبین نظامی، ارتقای سطح احضارات  
محاروبی، اهداف این نوشتار را شکل  
می‌دهند. روش پژوهش در این مقاله،  
توصیفی و تحلیلی است.

واژگان کلیدی: سیاست، جنایی، تقنینی،  
جرائم نظامی، افغانستان

## سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قبال جرائم نظامی

محمدحسن فهیمی\*

### چکیده

سیاست جنایی هر کشور متأثر از حقوق  
جزایی آن است. تدوین سیاست جنایی  
کارآمد ایجاد می‌نماید که تمام ابعاد  
نیازمندی‌های یک کشور در نظر گرفته  
شود؛ زیرا یک کشور بدون داشتن یک  
سیاست جنایی ناممکن است که به اهداف  
استراتژیک و تأمین منافع ملی خویش نائل  
آید؛ مخصوصاً در کشورهای در حال جنگ  
و پسابهران، پیشگیری و مقابله به جرایم،  
محور اصلی سیاست جنایی را شکل  
میدهد. در این تحقیق، تحلیل و توصیف  
علل و عوامل جرم، شرایط، تأمین عدالت،

\* ماستری فقه قضایی

## مقدمه

سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قبال جرائم نظامی، به صورت اساسی و مفید، در جهت رسیدن به عدالت، جلوگیری از جرایم، اصلاح مجرمین و تضمین یک آینده عاری از جرم و اصلاح مجرمین بنا نهاده شده است.

روی این ملحوظ سیاست جنایی مبتنی بر قانون اساسی و دیگر ارزش‌های حاکم بر یک کشور می‌تواند نیازمندی‌های جامعه خویش را پاسخ گفته و محور قرار گرفتن قانون اساسی، پایه و اساس سیاست جنایی هر کشور را تشکیل می‌دهد. تشکیلات نظامی افغانستان بر بنیاد قوانین خاص، دارای تشکیلات خاص عدلی قضایی بوده و هم‌چنان قوانین (ماهوی و شکلی) خاص به منظور تعیین جرائم و رسیدگی صریح به تخلفات و جرائم منسوبین نظامی وضع و تدوین گردیده است.

در مجموع وضع و تدوین مقررات خاص بیان‌کننده سیاست

جنایی تقنینی افتراقی را مشخص می‌نماید. این‌که سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قبال جرائم نظامی چگونه تبیین شده است؟ و سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قبال وضع قوانین ماهوی نظامی چگونه می‌باشد؛ هم‌چنین سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قبال وضع قوانین شکلی چگونه می‌باشد؟ سازمان و تشکیلات قضایی نظامی افغانستان چگونه تشکیل گردیده است را بحث خواهند نمود.

افغانستان سیاست جنایی افتراقی تقنینی خاص را در برابر جرائم نظامی تعیین نموده است که بر پایه این سیاست تقنینی خاص قوانین خاص نظامی و تشکیلات خاص عدلی و قضایی برای رسیدگی به جرائم و تخلفات نظامی وجود دارد. بناء سیاست جنایی تقنینی افغانستان به صورت اساسی مورد تحلیل و بررسی و مطالعه قرار گیرد تا به صورت خاص نقاط افتراقی سیاست جنایی تقنینی مورد مطالعه قرار گرفته تا نقاط

قوت و ضعف آن شناسایی گردد. تبیین و توضیح قوانین ماهوی و شکلی. شناخت ارگان‌های عدلی و قضایی نظامی. توضیح و تبیین عدالت نظامی برای کارمندان حقوقی مربوطه. مشکلات جرم‌انگاری در قوانین نظامی و توضیح و بیان مواد قانونی برای علاقمندان و کارمندان این رشته تخصصی، توضیح جرائم منسوبین نظامی و مجازات مرتکبین آنها، تضمین رعایت احکام قانون اساسی و سایر قوانین، تحکیم حاکمیت قانون و تأمین انضباط و دسپلین در ساحت نظامی، تقویه مبارزه علیه جرائم وظیفوی منسوبین نظامی، ارتقایی سطح احضارات محاربوی، ازاهداف این سیاست جنایی تقنینی، در نظر گرفته شده است.

## ۱. تعریف مفاهیم

### ۱-۱. مفهوم سیاست

سیاست کلمه عربی است و به معنای پاس داشتن ملک تدبیر، اداره امور، مدیریت اوضاع و شرایط

و بیشترین بهره برداری از امکانات موجود برای دستیابی به مصالح افراد و جامعه است (المنجد، ۱۴۰۰، ص ۱۴).

سیاست در اصطلاح، عبارت است از اعمال قدرت سازمان یافته که در جهت انجام عمل معین و مشخص در بین جوامع صورت می‌پذیرد؛ و نیز به معنایی تدبیر و رهبری قوم آمده است (بندرریگی، ۱۳۷۲، ص ۱۵). اداره کارهای مملکت، اصلاح مردم یا ارشاد آنها به راه نجات بخش و نیز به معنای حکم راندن و تدبیر معنی شده است (عمید، ۱۳۶۴، ص ۲۵۶). گاهی هم به معنایی بهبود وضع مردم با رهنمایی آنان به مصالح جمعی، حسن تدبیر و اداره امور به کار رفته است.

### ۱-۲. مفهوم جنایت

کلمه جنایی، عربی و از ریشه «جَنَى»، به معنای چیدن میوه از درخت و گناه، به کار رفته است (دهخدا، ۱۳۷۷، ص ۲۰). در فرهنگ لاروس نیز به «گناه یا آنچه

ارتکاب آن موجب عقاب و قصاص دنیوی و اخروی می‌شود، اطلاق شده است (جرخلیل، ۱۳۸۱، ص ۷۶۹). مفهوم اصطلاحی جنایت از منظر حقوق جزا همان جرم و بزه است که در مقابل آن مکاتب مختلف فکری و حقوقی تدابیر، مجازات و شیوه‌هایی را برای جلوگیری و مبارزه، با آن در نظر گرفته است (قنواتی، ۱۳۷۷، ص ۵۵) حقوق جزا در واقع رکن اساسی سیاست جنایی را در جهت محو جرم، تدبیر امنی و وقایوی، در برابر جرم ترسیم می‌نماید.

### ۳-۱. مفهوم تقنین

تقنین در لغت به معنای قانون وضع کردن، قانون‌گذاران، قانون‌گذاری است (عمید، ۱۳۶۴، ص ۲۵۶) قانون گذاشتن عبارت است از وضع مجموعه قواعد حقوقی الزامی که بعد از تدوین و تصویب شورای ملی و توشیح ریس جمهور، به مرحله اجرا قرار داده می‌شود. (وزارت عدلیه، ۱۳۸۴، ص ۱۵) به تعبیر دیگر، قانون عبارت از

مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد، مگر این که در این قانون اساسی طور دیگری تصریح گردیده باشد، در صورتی که رئیس جمهور با مصوبه شورای ملی موافقت نداشته باشد می‌تواند آن را در ظرف پانزده روز از تاریخ تقدیم با ذکر دلایل به ولسی جرگه مسترد نماید. به سپری شدن این مدت و یا در صورتی که ولسی جرگه آن را مجدداً با دوثلث آراء کل اعضا تصویب نماید، مصوبه توشیح شده محسوب و نافذ می‌گردد (وزارت عدلیه، ۱۳۸۴، ص ۳۱).

### ۴-۱. مفهوم سیاست جنایی

#### تقنینی

سیاست جنایی تقنینی که شاخه از حقوق کیفری حقوق عمومی است، به شیوه اعمال قانون، واکنش علیه جرم، مجرم، بررسی علل و عوامل جرم، می‌پردازد. در واقع مجموعه شیوه‌های سرکوبگرانه است که دولت با استفاده از آن‌ها علیه جرم

واکنش نشان می‌دهد؛ و یا مجموعه از قواعد و دستوراتی قانونی است که در حقوق جزای تجلی یافته است و ضمانت اجرایی مطمئنی چون ضمانت اجرایی حقوقی دارد (وزارت عدلیه، ۱۳۹۱، ص ۲۰).

#### ۵-۱. مفهوم نظامی

۱. نظامی کلمه عربی است، در فارسی به معنای ارتشی، سرباز، مربوط به نظام: لباس نظامی. (حسینی، ۱۳۸۵، ص ۲۳) ۲. آراستن، ترتیب دادن، به رشته کشیدن مروارید. (عمید، ۱۳۶۴، ص ۷۰) ۳. سپاهی، قشونی، لشکری، جنگی، مقابل چریک. (معین، ۱۳۷۱، ص ۴۰) ۴. در فرهنگ المنجد، نظام که نظامی از آن مأخوذ شده است به این معنا آمده است: واسطه نظم و آراستگی، آنچه امر به آن قائم شود و مایه آن قوام الامر و ملاک امر و قوام آن، است.

#### ۶-۱. مفهوم جرم نظامی

۱) جرم نظامی به جرمی اطلاق می‌شود که صرفاً از سوی نظامیان قابل ارتکاب است، مانند

فرار از خدمت نظامی و تمرد از دستور فرمانده و غیره.

۲) جرم نظامی جرمی است که مرتکب آن، نظامی یا در حکم نظامی (هم ردیف نظامی و غیره) و عمل ذاتاً نظامی باشد؛ مانند فرار از میدان جنگ و تمرد از امر فرمانده و امثال آن.

#### ۲. چارچوب نظری تحقیق

نظریه‌های مختلفی از جمله سیاست جنایی موسع و مضیق در رابطه به موضوع بحث وجود دارد، اما سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قبال جرائم نظامی به بعد مضیق سیاست جنایی متکی است؛ زیرا اگر سیاست جنایی تقنینی در قبال جرائم نظامی را از بعد موسع آن نگاه نماییم خواهیم دید که عدالت آنگونه که باید تأمین گردد، دچار آسیب خواهند شد. به این لحاظ در این تحقیق، سیاست جنایی تقنینی در قبال جرائم نظامی در افغانستان همان تفسیر مضیق و افتراقی است.

## ۲. پیشینه ادبیات سیاست جنایی

### ۲-۱. سیاست جنایی در جهان

واژه سیاست جنایی برای اولین بار توسط دانشمند آلمانی فوئرباخ در کتابی تحت عنوان حقوق کیفری به سال ۱۸۰۳ میلادی به کار برده شد. در ادوار پیشین، به مجازات مجرم بیش از علل جرم اهمیت داده می‌شد اما سیاست جنایی به تمامی علوم راجع به بزه و بزهکاری ارتباط دارد، از جمله با حقوق کیفری و کیفرشناسی (دانش، ۱۳۷۱، ص ۳۵).

به‌طور کلی مفهوم سیاست جنایی از ابتدا تا کنون به دو صورت متفاوت، از مضیق شروع شده و با رویکرد موسع به اوج رسیده است. آغازگر این اندیشه در سال ۱۸۰۳ میلادی، فویرباخ پروفیسور آلمانی است که با به کار بردن اصطلاح سیاست جنایی در کتاب حقوق کیفری خویش، برای اولین بار این اصطلاح را وارد قلمرو حقوق کیفری نمود. از دیدگاه او سیاست

جنایی، شامل مجموعه شیوه‌هایی سرکوبی می‌شود که دولت از طریق آن‌ها و با توسل به آن‌ها علیه جرم واکنش نشان می‌دهد.

با توجه به مؤلفه‌های تعریف فوق از یک سو و گستردگی قلمرو حقوق کیفری از سوی دیگر، باعث شده است که امروزه، به برداشت فویرباخ از سیاست جنایی، تعبیری مضیق یا به اصطلاح همان سیاست کیفری در معنای خاص، اطلاق گردد. چرا که سیاست جنایی در تفکر فویرباخ تدبیرها و اقدام‌ها، عمدتاً ماهیت قهرآمیز و تنبیهی دارد. این ابزارها کاملاً جنبه رسمی (دولتی) دارند، بدین معنا که صرفاً قوای عمومی حاکمیت (محکمه، پولیس، زندان...) اجرا کننده این ابزارها می‌باشند. جرم اولاً تنها پدیده‌ای است که این ابزارها به مقابله با آن می‌پردازند. ثانیاً تعریف و حد و مرز جرم را نیز قانون‌گذار مشخص نموده است؛ بنابراین سایر رفتارهای منحرفانه، هرچند که از لحاظ اخلاقی و



اجتماعی مذموم هم باشند از این تعریف خارج است.

۲) پیشگیری از جرم نیز، تبعاً تنها پیشگیری کیفری را شامل می‌شود، چرا که اقدام‌های پیشگیری غیر کیفری در این تعریف جایگاهی ندارد. دانشمند آلمانی فون لیست، در سال (۱۸۸۹) نیز مبتنی بر همین دیدگاه مضیق، سیاست جنایی را «سازماندهی عقلی مبارزه علیه جنایت بر پایه داده‌های دانش جرم‌شناسی» می‌دانست (نوربها، ۱۳۷۰، ص ۱۳۲).

## ۲-۲. سیاست جنایی تقنینی در

### افغانستان

باید اذعان نمود که شناخت جرائم بدون موجودیات اسناد تقنینی مشکل است، بنابراین لازم است که ما جرم‌نظامی را از حالات و اوضاع سیاسی، نظامی و عمومی هر مقطع تاریخی مورد استنباط قرار دهیم.

۱) سیاست جنایی تقنینی نانوخته در زمان میرویس هوتک:

برای اولین بار اردوی منظم در قرن هجدهم توسط میرویس هوتک به وجود آمد؛ اما در این دوره سیاست جنایی تقنینی مشخص در قبال جرائم نظامی در دسترس نمی‌باشد؛ بلکه به‌صورت خواست پادشاه در محور علایق و سلاطین اجراءات می‌شده است (فرهنگ، ۱۳۷۱، ص ۷۶).

۲) سیاست جنایی تقنینی نانوخته در زمان احمدشاه درانی: در سال‌های ۱۷۴۷ تا ۱۷۷۲، در زمان احمدشاه درانی اردوی منظم ایجاد شد. در این دوره نیز سیاست جنایی تقنینی مدون و رسمی وجود نداشت، بلکه در تابعیت دیگر قوانین اجراءات می‌شده است (همان، ص ۱۴۶).

۳) سیاست جنایی تقنینی در زمان امیر عبدالرحمن خان: در سال‌های ۱۸۸۰-۱۹۰۱ نظام متمرکز به وجود آمد و یکی از مهم‌ترین دستاوردهای امیرعبدالرحمن، توفیق در نظام لشکری بود، این اردو بزرگترین اردوی منظم دایمی را برای

اولین بار در تاریخ افغانستان تشکیل می‌داد (فرهنگ، ۱۳۷۱، ص ۴۴۷). اما از زمان‌های خیلی دور تا دوران حکومت امیر عبد الرحمن خان در مورد این که چه جرایمی از جمله جرائم نظامیان بوده و بر چه اساس و معیارهای مورد رسیدگی قرار می‌گرفته، مطابق وضعیت عمومی اجتماعی که در آن اوضاع و احوال وجود داشت چنین استنباط می‌گردد که تشخیص جرائم نظامیان بسته به وضعیت نظامی‌گری آن روز گار بوده است. مسلماً عدم اطاعت، فرار، بی‌انضباطی در آن ایام به‌عنوان تخلف بوده و رسیدگی به آن از صلاحیت قوماندانان مربوطه و سایر جرائم نظامیان تشخیص و رسیدگی به آن، به تشخیص مفتی‌ها و علمای دینی بوده است. نظام قضایی افغانستان در کل تا زمان امان الله خان به نحوی ثابت و انحصاری تحت اختیار و صلاحیت علما و یا به عبارت دقیق‌تر در اختیار مفتی‌ها و قضات بوده است (همان، ص ۴۴۷).

۴) سیاست جنایی تقنینی در قبال جرائم نظامی دوره امانیه: در زمان حکومت امان الله خان ۱۹۱۹، مبنای سیاست جنایی تقنینی در قبال جرائم نظامی، نظامنامه خدمات داخله عسکریه می‌باشد که با تصویب این نظامنامه نظام عسکری افغانستان دارای اصول و قواعد مشخص گردید (ماکس پلانگ، ۱۳۸۱، ص ۱۷) و محاکم خاص عسکری نیز در همین زمان برای اولین بار ایجاد شد (همان، ص ۱۸) در همین ایام در افغانستان پولیس ملی نیز به شکل عصری آن به وجود آمد (همان، ص ۲۰).

۵) سیاست جنایی تقنینی در قبال جرائم نظامی در زمان ظاهرشاه:

در سال ۱۹۴۳، در زمان حکومت ظاهر شاه، اصولنامه مکلفیت عسکری به تصویب رسید که بر مبنای آن برای اشخاص متخلف فراخوانده شده به خدمت، زمان احضار و غیر حاضر و فرار داخل قطعه، جزا پیشبینی شده

بود. جزای شاقه مطابق این اصولنامه عبارت از جزای بود که در صورتی که یک شخص در زمان احضار، غیر حاضر و یا ارتکاب فرار، به دو چند ایام غیابت به خدمت گماشته می‌شد (فرهنگ، ۱۳۷۱، ص ۵۶۹).

۶) سیاست جنایی تقنینی در قبال جرائم نظامی در زمان حزب دموکراتیک خلق افغانستان:

قانون جرائم عسکری به تاریخ ۱۳۶۴/۱۱/۹، مشتمل بر ۴۴ ماده به تصویب رسید. این قانون تمام قوانین نافذه قبلی را ملغی نمود و جرائم و جزاهای عسکری را تعریف و مشخص کرد. به تاریخ ۱۳۶۹/۱۱/۱۶، قانون تشکیل و صلاحیت سارنوالی به تصویب رسید که در متن این قانون صلاحیت‌های سارنوالی نظامی در ارتباط به جرم نظامی مشخص گردید.

۷) سیاست جنایی تقنینی در قبال جرائم نظامی در دوران جدید: الف) در سال ۱۳۸۴، قانون اجراءات جزایی محاکم عسکری به

تصویب رسید که با انفاذ این قانون تمام اجراءات شکلی ازمرحله کشف جرم تا رسیدگی نهایی به تصویب رسید.

ب) در سال ۱۳۸۷، قانون جزای عسکری برای اردوی ملی افغانستان به تصویب رسید که از لحاظ عناوین مجرمانه و میزان مجازات تفاوت چندانی با قانون جرائم عسکری ۱۳۶۴، نداشت.

ج) در سال ۱۳۸۹ قانون تشکیل و صلاحیت محاکم عسکری به تصویب رسید که این قانون صرف در سازمان قضایی اردوی ملی محکمکه ابتداییه، محکمکه استیناف عسکری، فرجام‌خواهی در مورد قضایای عسکری و سایر موارد را پیش‌بینی نموده است.

د) ضمیمه نمبر (۱) کودجزا، در سال ۱۳۹۶ در قبال جرائم نظامی تصویب و تنفیذ گردید.

### ۳. اهمیت سیاست جنایی

#### تقنینی

یک) سیاست جنایی تقنینی، نقش اساسی در بازدارندگی از

ارتکاب جرائم و انحرافات را به عهده دارد؛ زیرا موجودیت سیاست جنایی تقنینی که پاسخگوی نیازمندی‌های جامعه باشد، نه تنها باعث مبارزه باجرائم و انحرافات، تسهیل می‌کند بلکه از وقوع موارد جرمی، انحرافی، و تمامی انواع مظاهر منفی پیشگیری می‌کند (ماکس پلانگ، ۱۳۸۱، ص ۲۵).

دو تدوین، تصویب و تنفیذ سیاست جنایی تقنینی که برگرفته از آموزه‌های اسلامی باشد، نقش تعیین‌کننده‌ای در مبارزه باجرائم و انواع ناهنجاری‌ها خواهد داشت.

سه روی این ملحوظ یک سیاست جنایی تقنینی غیر عادلانه خود ظلمی است نابخشودنی و جرمی است که به صورت هنجار بالای مردم اعمال شده و در نتیجه بی‌عدالتی را فراهم می‌نماید؛ و این برخلاف روحیه عدالت طلبی ناشی از اهداف سیاست جنایی تقنینی است که در لباس قانونی بر مردم تطبیق می‌گردد؛ بناء سیاست جنایی تقنینی باید براساس حق و عدالت و در جهت تأمین منافع

مردم و سعادت و صلاح جامعه تصویب و تطبیق گردد (گلوبل رایتس، ۲۰۰۷، ص ۴).

#### ۴. ساحت تطبیق سیاست جنایی تقنینی

##### ۴-۱. ساحت تطبیق در سطح قلمرو داخلی

در این سطح نیز به هماهنگ نمودن سیاست جنایی تقنینی در لایه‌های ابتدائی آن یعنی در سطح تدوین، تصویب و توشیح - تنفیذ قانون، به همکاری نهادهای دیگر دولتی و جامعه مدنی ضروری می‌باشد. فوئرباخ، سیاست جنایی تقنینی را «خردمندی تقنینی دولت» دانسته و آن را با اقدام در قلمروهایی متعدد، به‌ویژه در زمینه حقوقی، از طریق قانونگذاری دانسته است (اصولنامه مکلفیت عسکری، ۱۳۴۳، ص ۳۳).

##### ۴-۲. ساحت تطبیق در سطح منطقه

امروزه سیاست جنایی تقنینی به طرف جهانی شدن در حرکت

است. بدون ملاحظات عوامل دخیل در سیاست جنایی تقنینی منطقه، سیاست جنایی تقنینی داخلی را که مغایر سیاست جنایی تقنینی باشد نمی‌توان تطبیق کرد؛ زیرا پیامدهای سیاست‌های جنایی داخلی به نحوی در منطقه تأثیرگذار است و با آن ارتباط دارد. چراکه امروزه منطقه، جزء لاینفک در رعایت سیاست جنایی تقنینی منطقه دیگر به حساب می‌آید.

#### ۳-۴. در سطح فرامنطقه (جهانی)

از این‌که جهان به یک دهکده مبدل شده است، سیاست جنایی تقنینی یک کشور به نحوی با تمامی کشورها ارتباط داشته و بدون در نظر داشت جهان، تدوین یک سیاست جنایی تقنینی ناممکن و یا چالش‌زا خواهند بود. پدیده‌های جرمی و تابعیت مجرمین، هریک به نحوی ما را در تدوین سیاست جنایی تقنینی به طرف جهانی شدن می‌کشاند که

بدون لحاظ آن در فرایند تطبیق دچار مشکل خواهیم شد.

#### ۵. مصادیق بارز جرائم تقنینی نظامی در قوانین جزایی نظامی افغانستان

##### ۱-۵. تسلیم شدن به دشمن

هرگاه منسوب نظامی از اثر ترس و وهم (کمسیون تحلیل نظامی، ۱۳۹۷، ص ۳)، نبود امکانات و حمایت کافی به دشمن طوری تسلیم گردد که جز تسلیمی راه دیگری موجود نباشد، مطابق طرزالعمل انضباطی مربوط با وی برخورد می‌گردد (ضمیمه نمبریک کود جزا، ۱۳۹۶، ماده ۱۱).

هرگاه منسوب نظامی بدون موجودیات معاذیر مندرج فقره (۱) این ماده به دشمن تسلیم گردد، حسب احوال به حبس قصیر محکوم می‌گردد.

جرائم، دارای شرایط عمومی و شرایط اختصاصی می‌باشند. جرائم نظامی نیز علاوه بر عناصر

اختصاصی، شرایط عمومی جرایم را نیز باید داشته باشد.

عنصر مادی، معنوی و قانونی از جمله مهم ترین عناصر عمومی تشکیل دهنده جرم هستند که در صورت فراهم شدن همه آنها، یک عمل یا خودداری از عمل را می توان جرم نامید.

عنصر روانی جرم : عنصر روانی جرم یعنی کسی که قصد ارتکاب جرم را دارد ، نیت و اراده درونی انجام این کار را داشته، برای انجام آن نقشه کشیده و در ذهنش این که قصد انجام عمل مجرمانه را دارد پرورانده است ، بنابراین عمل مجرمانه باید در نتیجه خواست و اراده فرد باشد.

عنصر مادی جرم : عنصر مادی ظهور قصد و نیت فرد ( عنصر روانی ) در عمل و واقعیت است. آنچه فرد برای انجام عمل مجرمانه در فکر و ذهنش می پروراند تا به مرحله عمل نرسد ، قابل مجازات نیست. البته عمل انجام شده باید دارای عنصر قانونی نیز باشد .

عنصر قانونی: یک عمل هر چند از دیدگاه اجتماعی زشت و ناپسند باشد اما زمانی می توان گفت آن عمل مجرمانه است که قانون گذار آن را جرم دانسته است و برایش مجازات تعیین کرده است. بنابراین تا زمانی که شرایط تحقق یک جرم و مجازات آن در قانون مشخص نشود، نمی توان به آن عمل عنوان مجرمانه داد.

ارکان عمومی جرم تسلیم شدن به دشمن عبارتند از:

رکن قانونی این جرم ماده (۱۱) ضمیمه شماره (۱) کودجزا است. رکن مادی این جرم، خود را در اختیارات دشمن قراردادن است که این جرم به صورت فعل و احیاناً به صورت ترک فعل تحقق می یابد. به عنوان مثال، یک منسوب نظامی در جریان عملیات نظامی، قطع عملیات کرده و به صف دشمن برود و یا این که احیاناً در ایام رخصتی یا از قطعه مربوطه بدون کدام مشکل به صفوف دشمن بپیوندد.

عنصر معنوی این جرم آن است که با اراده و انگیزه جرمی تحقق

می‌یابد و مجرم می‌داند که پیوستن به صفوف دشمن باعث خلأ در صفوف قوای مسلح و تضعیف مورال هم‌قطاران او می‌شود. انگیزه این جرم می‌تواند تهدید، تطمیع، موضوعات مذهبی، تقلید عقاید دشمن، ترس و جبن و غیره باشد. بنابراین، مسئولین جلب و جذب نیروهای مسلح مکلفاند در قدم اول آن عده افرادی را به صفوف قوای مسلح جذب نمایند که از روحیه عالی و جسارت قوی برخوردار باشند. در قدم دوم مکلفیت ریاست عقیدتی این است که منسوبین نظامی را مستند با ادله و احکام شریعت اسلام آموزش داده و حس دفاع از وطن و نوامیس ملی را در ضمیر ایشان زنده و مستحکم گردانند. در قدم سوم، وظیفه ریاست حارنوالی و محاکم نظامی است تا افرادی که به دشمن تسلیم شده‌اند از طریق مراجع کشفی و امنیتی شناسائی و تحت تعقیب قرار داده امر دستگیری ایشان را به ارگان‌های مربوطه صادر

نماید تا در صورت امکان گرفتار و مورد تعقیب عدلی قرار گیرند.

عناصر اختصاصی:

(۱) شخص منسوب نظامی باشد؛

(۲) تسلیم شدن باوصف نبود ترس و وهم علی‌رغم امکانات و حمایت کافی و توان دفع دشمن تحقق یافته باشد؛

(۳) شخص عملاً به دشمن تسلیم شده باشد.

جرم تسلیم شدن نظر به حالات جرم فرق می‌کند. در بعضی اوقات تنها موضوع قطع مقابله و در اختیار دشمن قرار گرفتن مطرح است، اما در بعضی اوقات قطع محاربه در مقابل دشمن و قتل هم‌قطاران، تخریب بیز، سلاح، وسایط و غیره که هر کدام در میزان مجازات اثرات خود را دارد (قانون، تعلیمات مشترک محاربوی، ۱۳۹۹، ص ۱۰).

## ۲-۵. فرار از میدان جنگ

یک) هرگاه منسوب نظامی از صحنه محاربه فرار یا از استعمال

سلاح امتناع نماید، به حبس قصیر محکوم می‌گردد.

دو) هرگاه عمل مندرج فقره (۱) این ماده به منظور تضعیف مورال همکاران یا سوء قصد صورت گرفته باشد، به حبس متوسط، محکوم می‌گردد.

رکن قانونی جرم فرار از محاربه و امتناع از استعمال سلاح ماده (۱۲) ضمیمه نمبر (۱) کود جزا است.

رکن مادی این جرم گریختن از موقعیت تعیین شده در فرار و فیر نکردن در امتناع از استعمال سلاح است.

رکن معنوی هر دو رفتار عبارت است از این که اعمال یاد شده به صورت عمدی و قصدی اتفاق افتاده است؛ به طوریکه مرتکب در جرم فرار می‌داند که این کار باعث تضعیف مورال سایر هم‌قطاران او می‌شود و در جرم امتناع مرتکب می‌داند که چنین عملی شایسته یک نظامی نبوده و در نهایت موجب شکست می‌شود. چون وظایف نظامی به صورت انفرادی نه

بلکه به صورت مشترک و زنجیره‌ای به پیش برده می‌شود.

این دو جرم از جمله جرائم امتناعی است ولی در فرار با انجام فعل مادی مثبت تحقق می‌یابد. فرار و امتناع از جمله جرائم مطلق است که در چنین جرائمی حصول و عدم حصول نتیجه اهمیت ندارد و میزان خسارت اثری ندارد. عناصر اختصاصی:

- ۱) مرتکب منسوب نظامی باشد؛
- ۲) امتناع یا فرار تحقق یافته باشد،
- ۳) به صورت عادی یا با سوء قصد تحقق یافته باشد.

### ۳-۵. عدم اطاعت

عدم اطاعت یعنی امتناع صریح از اجرای امر آمر و هم چنین عدم اجرای عمدی امر، مستلزم جزای حبس می‌باشد. اگر عین عمل در زمان سفر، یا حالت محاربه ارتکاب یابد، مستلزم جزای حبس بیشتری است.



در قانون جزای عسکری جر در  
مود جرم عدم اطاعت آمده است:

(۱) هرگاه منسوب عسکری از  
اجرای امر قانونی آمر صریحاً امتناع  
ورزد یا عمداً از اجرای آن خود  
داری نماید، این عمل وی عدم  
اطاعت پنداشته شده، حسب احوال  
به جزای حبس از شش ماه الی  
یکسال محکوم می‌گردد.

(۲) هرگاه عمل مندرج فقره  
(۱) این ماده در حالت سفر یا جنگ  
یا محاربه، ارتکاب یابد، مرتکب  
حسب احوال به جزای حبس یک  
الی پنج سال محکوم می‌گردد  
(نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۰، ص  
۲۱).

در مورد جرم عدم اطاعت در  
ضمیمه نمبر یک کود جزا  
می‌خوانیم:

۱. هرگاه منسوب نظامی از  
اجرای امر قانونی آمر صریحاً امتناع  
ورزد یا عمداً از اجرای آن خودداری  
نماید، این عمل وی عدم اطاعت  
پنداشته شده، به حداقل حبس  
قصیر، محکوم می‌گردد.

۲. هرگاه عمل مندرج فقره (۱)  
این ماده در حالت سفر یا محاربه،  
ارتکاب یابد، مرتکب به  
حداکثر حبس قصیر، محکوم  
می‌گردد (ضمیمه نمبر یک کود  
جزا، ۱۳۹۶، ماده ۱۴).

عناصر عمومی:

رکن قانونی این جرم ماده (۱۴)  
ضمیمه شماره (۱) کد جزا است.

رکن مادی این جرم عدم اجرای  
امر آمر و فرمانده است

رکن معنوی این جرم آن است  
که به صورت عمدی و ارادی انجام  
می‌شود

عناصر اختصاصی:

(۱) شخص منسوب عسکری  
باشد؛

(۲) امر قانونی باشد؛

(۳) امر از طرف آمر باشد؛

(۴) امتناع به شکل صریح شده  
باشد.

#### ۴-۵. بغاوت نظامی

هرگاه منسوب نظامی با شور و  
غوغا در اجتماع علنی در برابر آمر  
خود از اطاعت خودداری یا به

تعرض اقدام نماید، بغاوت نظامی محسوب شده (همان، ماده ۱۶) مرتکبین آن حسب احوال، به قرار ذیل مجازات می‌گردند:

۱. در حالت حضر به حبس قصیر؛
۲. در حالت سفر به حداقل حبس متوسط؛
۳. در حالت محاربه به حداکثر حبس متوسط

۵-۶. نقض مقررات استعمال سلاح

یک هرگاه منسوب نظامی، مقررات استعمال سلاح، مهمات، مواد انفجاری و سایر مواد خطرناک را نقض نماید و عمل وی موجب جراحات جسمی شخص یا اشخاص یا خسارت مالی شود، حسب احوال به حبس قصیر، محکوم می‌گردد (همان، ماده ۲۳).

دو هرگاه عمل مندرج فقره (۱) این ماده باعث مرگ شخص یا اشخاص یا عواقب زیان‌بخش و یا عواقب سنگین شود، مرتکب به

حداکثر حبس متوسط، محکوم می‌گردد.

## ۶. مراجع رسیدگی به

### جرائم کارکنان قوای مسلح

جرائم قوای مسلح از نوع جرائم خاص است و سازوکارهای رسیدگی خاص خودش را دارد. در سیاست جنایی تقنینی افغانستان، ارگان‌های که صلاحیت رسیدگی به این جرائم را دارا می‌باشند عبارتند از:

#### ۱-۶. ریاست تحقیقات جنایی

ریاست تحقیقات جنایی در سال ۱۳۹۸ ایجاد گردیده است؛ هدف از ایجاد تشکیل این ریاست در چوکات وزارت دفاع ملی مبارزه با فساد و جرائم جنایی می‌باشد. بعد از نتایج محسوس و ملموس در راستایی مبارزه با جرایم جنایی و فساد اداری، طی فرمان تقنینی نمبر (۷۷) مورخ ۱۳۹۹/۶/۱۳ مقام عالی ریاست جمهوری اسلامی افغانستان، مواد ۱۷، ۱۸ و ۱۹ قانون اجراءات جزائی عسکری

تعدیل و ایزاد گردید که صلاحیت مواد متذکره رسماً طی فرمانی به ریاست مبارزه با جرایم جنایی منسوبین عسکری (تحقیقات جنایی) وزارت دفاع ملی تفویض گردیده است (سمینار علمی، ۱۳۹۹).

## ۲-۶. ریاست کشف و استخبارات

الف) ریاست کشف و استخبارات ستردرستیز، کشف جرائم سیاسی، امنیتی را عهده‌دار می‌باشد. بخش ضد استخبارات نیز بعداً در چوکات ریاست کشف و استخبارات ایجاد گردیده است که با جرایم داخلی در قوای مسلح سروکار دارد که معمولاً در جهت جلوگیری از نفوذ دشمن به داخل نیروهای نظامی فعالیت می‌نماید.

ب) معاونیت کشف و استخبارات وزارت دفاع ملی نیز وظایف مشابه ریاست کشف و استخبارات ستردرستیز دارد؛ با این تفاوت که داری دیدگاه استراتژیکی و کلان است.

ج) ریاست تفتیش مربوط این ارگان بوده و در نهایت قضایا را به مرجع مربوطه مطابق قانون محول می‌نماید. همچنین به دیگر موضوعات مربوط به تخلفات و جرائم از طریق صندوق سمع شکایات و شماره (۱۹۶) نیز اقدام به سمع شکایات و بررسی موضوعات مربوطه می‌نماید.

د) ریاست امنیت ملی بخش نظامی

ریاست امنیت ملی، طی تفاهم نامه‌ای با وزارت دفاع ملی، موضوعات جرمی را کشف و در اختیار ریاست کشف و استخبارات قرار می‌دهد و جرائم جنایی و فساد اداری را به ریاست تحقیقات جنایی محول می‌نماید.

ه) قوماندانان قطعات نظامی نزدیک‌ترین افراد به منسوبین تحت امر هستند که به مجرد آگاهی از ارتکاب جرم، موضوعات را به منسوبین تحقیقات جنایی محول نموده و مکلفیت خویش را ادا می‌نمایند.

نماید. در جایی که منسوبین تحقیقات جنایی موجود نباشند قوماندان مکلفیت بررسی ابتدائی جرائم جنایی را دارا است که بعداً به منسوبین تحقیقات جنایی محول می‌نماید.

۷) ارگان‌های عدلی و قضائی ریاست حارنوالی و محاکم نظامی، همانگونه که از عنوان آن‌ها معلوم است، دو نهادی است که در یک تشکیل فعالیت می‌نمایند. حارنوالی نیز به کشف، تحقیق، و بررسی جرم اقدام نموده و قضایا را در صورت لزوم تعقیب عدلی، به محکمه ارجاع می‌دهد. در صورتی که ایجاب تعقیب عدلی ننماید موضوع را طی قراری حفظ می‌نماید.

محکمه نظامی، صلاحیت بررسی و اصدار حکم را دارد؛ البته در محاکم و زارت دفاع ملی محاکم صلاحیت اصدار حکم در مرحله تمیز را ندارد، بلکه این مرحله به ستر محکمه ارجاع می‌شود.

### نتیجه‌گیری و پیشنهادها

سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قبال جرائم نظامی، به منظور تقلیل جرم، جلوگیری از ارتکاب جرم، اصلاح و تنبیه مجرمین با استفاده از ابزار قانونی، قانون‌گذاری و جرم‌انگاری رفتارهای خلاف و ناقض نظم و دسپلین که امنیت و منافع نظام را به مخاطره می‌اندازند، اقدام می‌کند و در صدد اصلاح کلیه موارد جرمی و مسائل جرم‌زا در جامعه می‌باشد، به ویژه زمانی که جرائم در بخش‌های نظامی اتفاق می‌افتد. در این نوشتار سیاست جنایی تقنینی در قبال جرائم نظامی افغانستان بررسی شده است.

سیاست جنایی تقنینی، مجموعه‌ای از تدابیر مبارزه با جرائم را در برمی‌گیرد که در قوانین کشورها وضاحت داده شده است و ضمانت اجرایی قانونی نیز به همراه دارد. سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قبال جرائم نظامی، یکی از مهم‌ترین موضوعات در تاریخچه سیاست‌گذاری تقنینی

افغانستان در قبال جرائم نظامی بوده است.

سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قبال جرائم نظامی در ادوار مختلف از جنبه عدالت محوری برخوردار نبوده و دارای کاستی‌ها و خلاءهای فراوانی بوده است. سیاست جنایی تقنینی که در قانون اجراءات جزای عسکری انعکاس یافته، دارای کمبودی و نواقصات جدی می‌باشد. به‌طورمثال؛ بررسی قضایای عدلی و حقوقی در صلاحیت یک ارگان قرار دارد که عبارت است از ریاست حارنوالی و محاکم نظامی. این ریاست در چوکات ستردرستیز قوای مسلح فعالیت دارد که ممکن است حارنوالی و محاکم نظامی تحت نفوذ مسئولین این نهاد قرار گرفته و در نتیجه از فلسفه وجودی خویش (تأمین عدالت) دوری جسته و عدالت قربانی شود.

با توجه به نواقص و خلاهای موجود در سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قبال جرائم نظامی، جهت مرفوع ساختن آن‌ها نگارنده

تحقیق حاضر پیشنهادات ذیل را مطرح می‌کند: قانون‌گذاری در امور نظامی در شرایط فعلی باید مختص به ضمیمه نمبر یک کود جزا نباشد و جرائم و انحرافات به‌صورت واضح‌تر و مصداقی در تطابق با شرایط کنونی نظامی مورد بحث قرار داده شود.

در زمینه تطبیق قوانین مربوط به نظامی، تشکیل ریاست حارنوالی باید جدا از ریاست محاکم نظامی باشد نه مختلط؛ زیرا در یک نهاد ممکن است فعالیت یک بخش تحت نفوذ بخش دیگر قرار گرفته و عدالت تأمین نگردد.

در فرایند بررسی، تعقیب عدل و اصدار حکم از روش‌های علمی و معیاری جهت اجرای تأمین عدالت استفاده شود تا مبدا یک شخص بی‌گناه، مجرم و یک شخص مجرم، برائت حاصل نماید.

ضرورت ایجاد می‌کند که یک سیاست جنایی تقنینی عدالت‌محور و کارا، در قبال جرائم نظامی تدوین، توشیح و به مرحله اجرا گذاشته شود که هم از جرائم

جلوگیری شود و هم مورال و روحیه نظامی را حمایت نماید. سیاست جنایی تقنینی در قبال جرائم نظامی، یکبار دیگر مرور و در روشنایی فقه و حقوق و تجارب دیگر ممالک جهان مورد بازنگری قرار گیرد.

برای تحقیقات آتی پیشنهاد می‌گردد که محقق با بخش نظامی و شرایط حاکم بر آن آشنایی کامل داشته باشد، زیرا جرائم نظامی هم چون فرد نظامی خاص بوده و به متخصص این بخش ضرورت دارد. از دیدگاه تقنینی در قبال جرائم خاص اصل بر محوریت عدالت و تناسب است اما در سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قبال جرائم نظامی در ادوار سابق، نوع اجحاف و اقدامات غیر عادلانه دیده می‌شود.

## منابع

- آزمایش، سیدعلی، (۱۳۵۱) -  
۱۳۵۲)، تقریرات حقوق  
کیفری نظامی، انتشارات  
دانشکده حقوق دانشگاه تهران.  
آنسل، مارک، (۱۳۷۰)، دفاع  
اجتماعی، ترجمه  
محمدآشوری و علی حسین  
نجفی ابرندآبادی؛ چ ۲، تهران:  
موسسه انتشارات و چاپ  
دانشگاه تهران.  
بجنوردی، سیدمحمدکاظم،  
(۱۴۱۷) ۱۱۸، قاعده فقهیه،  
قم، موسسه نشراسلامی.  
برومند، فاطمه، (۱۳۹۰)،  
ارزیابی بازدارندگی مجازات‌ها  
در جرائم نظامی، دانشگاه  
علامه طباطبایی.  
بندرریگی، محمد، (بی‌تا)  
فرهنگ جدید عربی-فارسی،  
ترجمه منجد طلاب، انتشارات  
اسلامی تهران.  
جر، خلیل، (بی‌تا)، فرهنگ  
لاروس عربی به فارسی، ج ۱،  
ترجمه سیدحبیبیان، ج ۱.

الحسینی، السید نذیر،  
(۱۴۲۷)، نظریه بین الشریعه و  
القانون، مرکز العالمی  
للدراست الاسلامیه، معاونیه  
التحقیق، قم، مرکز العالمی  
للدراست الاسلامیه.

حقوق جزای عمومی ماکس  
پلانگ

دسته‌نامه آموزشی عملی،  
(۲۰۰۷)، طرز اجراءات جزایی  
در سیستم عدلی و قضایی  
افغانستان، گلوبل رایتنس.

دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷)،  
لغت نامه، ج ۲، تهران،  
انتشارات دانشگاه تهران.

توحید خانه، محمد صدر،  
(۱۳۹۴)، رهنمود ماکس  
پلانگ برای تشکیلات و  
صلاحیت محاکم افغانستان،  
پنجم.

علی آبادی، عبدالحسین،  
(۱۳۶۷)، حقوق جنایی، ج ۱،  
تهران،

استفانی، گاستون، (۱۳۷۷)،  
حقوق جزای عمومی، ترجمه

- حسین دادبان، ج ۱، تهران، دانشگاه علامه طباطبایی.
- عمید، حسن، (۱۳۶۴)، فرهنگ فارسی عمید، تهران، موسسه انتشارات امیرکبیر.
- قانون اجراءات جزایی عسکری، ۱۳۸۹.
- قانون اجراءات جزایی، ۱۳۹۳.
- قانون جرائم عسکری، ۱۳۶۵.
- قانون جزای عسکری، ۱۳۸۷.
- قانون نظارت بر تطبیق استراتژی مبارزه به افساد داری
- قنواتی، جلیل، (۱۳۷۷)، نظام حقوقی اسلام، قم، مرکز جهانی علوم اسلامی.
- کود جزا، (۱۳۹۷)، چ اول، ناشر، انتشارات فرهنگ، چاپ مطبعه کاروان، کابل، افغانستان.
- لازرژ، کریستین (۱۳۸۲)، درآمدی به سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، انتشارات میزان، تهران.
- مارتی، میری دلماس (۱۳۸۱)، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، ج ۱، انتشارات میزان، تهران.
- مقررہ طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی، ۱۳۹۱.
- میر محمد صدیق فرهنگ، (بی تا)، افغانستان در پنج قرن اخیر، بی جا
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۷۲-۱۳۷۱)، سیاست جنایی، مجله تحقیقات حقوقی، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۱ و ۱۲.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، (۱۳۹۰)، جرم شناسی در آغاز هزاره سوم، انتشارات گنج دانش
- نوربها، رضا، (۱۳۹۱)، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران نشر گنج دانش.



تعزیرات، زمان و مکان و نوع جرم تأثیر دارد، یعنی هر اندازه که جرم ارتکاب یافته سنگین باشد، مجازات تعزیری آن سنگین تعیین خواهد شد و بر عکس. همچنین مکان که جرم ارتکاب یافته است از لحاظ قدسیت و عدم قدسیت تفاوت می‌کند و اگر مکان جرم از قدسیت برخوردار باشد، اندازه مجازات از جانب حاکم اسلامی سنگین تعیین خواهد شد. در کل، می‌توان گفت که مجازات تعزیری به سه دسته تقسیم می‌شود: خفیف، متوسط، ثقیل و شدید که هر کدام به تناسب جرم ارتکاب یافته، شخصیت مجرم، مکان که جرم اتفاق افتاده و زمان که در آن مجرم جرم را مرتکب شده است، فرق می‌کند.

واژگان کلیدی: تعزیر، حکومت، شرع، فقه، و حقوق

## تعزیر شرعی از دیدگاه فقه و تفاوت آن با تعزیر حقوقی

هدیت الله هدفمند نبی پور\*

### چکیده

در این نوشتار تعزیرات در فقه و تفاوت آن با تعزیرات حکومتی مورد بررسی قرار گرفته است. نخست، تلاش گردیده که تصور روشنی از تعزیر ارائه گردد و پس از آن تعزیر در فقه و تفاوت آن با تعزیرات حکومتی یا همان مجازات بازدارنده، به کاوش گرفته شده است. در این تحقیق، از روش کتابخانه‌ای بهره گرفته شده است. نتیجه‌ای به دست آمده عبارت است از این که تعزیرات، مجازاتی است که در اغلب موارد از جانب شارع مقدس میزانی برای آن معین نگردیده است و صلاحیت تعیین آن به ولی امر مسلمین تفویض شده است. در میزان سنگین بودن یا خفیف بودن

---

\* ماستری حقوق جزا و جرم‌شناسی

## مقدمه

تعزیرات بخشی از نظام مجازات اسلامی است که شارع مقدس نوع و شیوه‌ای خاصی را برای آن تعیین نکرده است و صلاحیت رسیدگی و تعیین روش مجازات‌های تعزیری به حاکم شرع و یا امام و فقیه جامع الشرایط واگذار شده است. هر چند این موضوع به صورت پراکنده و فرعی در کتب فقهی، مورد بحث قرار گرفته است، اما تمرکز این نوشتار بر آن است که علاوه بر مفهوم‌شناسی، سنخ‌شناسی و بیان انواع تعزیرات، تفاوت تعزیرات فقهی با تعزیرات حقوقی را روشن سازد.

در نظام کیفری اسلام، جرم عبارت است از فعل یا ترک فعلی که در شریعت بر تحریم و مجازات مرتکب آن نصی وارد شده باشد. این جرایم ممکن است مستوجب حد، قصاص، دیه و تعزیر گردد. در حقوق جزای اسلام، تعزیرات از جمله مجازات‌های اسلامی است که در برابر حدود و قصاص قرار می‌گیرد. در بحث تعزیرات، حقیقت

و ماهیت حقوقی تعزیر، تحت عنوان قاعده «التعزیر دون الحد» مورد بحث قرار می‌گیرد و مرجع تعیین‌کننده کم و کیف تعزیر تحت قاعده «التعزیر بما یراه الامام» بررسی می‌گردد.

### ۱. مفهوم شناسی

تعزیرچیست و تعزیر فقهی چه تفاوتی با تعزیرحقوقی دارد؟ برای روشن شدن این پرسش‌ها، لازم است که هم از نگاه لغوی و هم از زاویه‌ای فقهی و حقوقی، مفهوم تعزیر مورد تأمل و بررسی قرار گیرد.

#### ۱-۱. تعزیر در لغت

تعزیر در لغت به معنای نکوهش کردن، ملامت کردن، سرزنش کردن، ادب کردن، چوب زدن آمده است (عمید، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۶۹۷).

به گفته‌ی ابن اثیر، تعزیر به معانی رجوع، تعظیم و کمک و یاری آمده است، ولی در اصل مانع شدن و بازداشتن را گویند.

همچنین به تنبیه کمتر از حد، تعزیر گفته می‌شود، زیرا با آن از تکرار جرم جلوگیری می‌شود (ابن اثیر، ۱۳۸۴، ج ۳، ص ۲۲۸). راغب اصفهانی نیز تعزیر را به معنای نصرت و یاری گرفته است، و معتقد است که آیات «وَتَعَزَّرُوهُ وَتُقَرِّوهُ» (سوره فتح، آیه ۹) و «وَأَمَّنْتُمْ بِهِ رَسُلِي وَعَزَّرْتُمُوهُمْ» (مائده، آیه ۱۲)، به این معنا اشاره دارد؛ سپس اضافه می‌کند که معنای تأدیب از همین جا سرچشمه می‌گیرد؛ زیرا ادب‌کننده (تعزیرکننده) در مقام یاری نمودن بر آمده و تأدیب‌شونده را از آنچه به زیان اوست دور می‌کند (اصفهانی، ۱۳۸۷، ص ۳۴۵).

با مراجعه به کتب لغت دیده می‌شود که برای واژه تعزیر بیش از دوازده معنا ذکر شده است که اجمالا به آن‌ها اشاره می‌گردد:

- ردّ و منع: با اجرای تعزیر، مجرم از انجام و تکرار جرم منع می‌گردد.

- زدن کمتر از حد: هدف این است تا بدین وسیله مجرم از بازگشت به سوی گناه بازماند.
- ضرب شدید: منظور کیفیت ضرب است، برخلاف معنای دوم که مقدار ضرب منظور بود.
- توقیف به جهت دین: کسی به خاطر تقصیر در امر دین تعزیر تنبیه و تعزیر می‌شود.
- توقیف و بازداشت به ترک واجب و مخالفت با احکام: این معنا نسبت به معنی قبلی اخصّ است.
- تأدیب: زدن کمتر از حدّ را که از مصادیق تأدیب به حساب می‌آید، تعزیر نامیده‌اند.
- سرزنش و ملامت: چون مجرم استحقاق

سرزنش و ملامت را دارد.

- اجبار بر انجام عمل: حاکم با اجرای تعزیر، فرد را مجبور بر انجام اعمال لازم می‌سازد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۷، ص ۶۵-۶۶).

معانی دیگری هم برای تعزیر بیان شده است که ارتباط با بحث ما ندارد و از ذکر آن‌ها خودداری نمودیم.

## ۲-۱. تعزیر در اصطلاح

این واژه در اصطلاح فقهی، به نوعی از مجازات‌های شرعی اطلاق می‌گردد که برخلاف مجازات‌های حدّی، نوع و میزان در کیفیت آن‌ها در شرع معین نشده و تعیین این امور در اختیار حاکم اسلامی گذاشته شده است. در اصطلاح فقها عبارت است از «تأدیب به مقداری که حاکم، آن مقدار را برای عدم ارتکاب مجدد کافی می‌داند»؛ بنابراین کسی که عمل حرامی را که دارای حدّ قصاص و کفّاره نباشد

مرتکب شود، حاکم به انواع تعزیری که مجرم را از ارتکاب مجدد باز دارد، اعم از تنبیه بدنی، زندان یا توبیخ، متوسل می‌شود (جریری، ۱۴۲۴، ج ۵، ص ۳۹۷ - ۳۹۸).

الف. تعزیر در اصطلاح فقیهان اهل سنت

ابن قدامه که یکی از فقیهان مذهب حنبلی است، در این مورد می‌گوید: «تعزیر همان تأدیب است و برای ارتکاب گناهانی که حدّ و کفّاره‌ای برای آن‌ها تعیین نشده است، واجب می‌گردد.

محقق می‌نویسد: تعزیر، تنبیهی است برای گناهانی که در شرع حدّی برای آن‌ها تعیین نشده است و اختلاف مقدار آن بستگی به نوع گناه و خصوصیات مجرم دارد. بعضی از فقیهان شافعیه گفته‌اند تعزیر از نظر شرع همان تأدیب است، برای گناه و معصیتی که حدّ و کفّاره‌ای برای آن معین نشده است.

برخی گفته‌اند تعزیر عقوبت شرعی است، برای گناهایی که در آن‌ها حدّ وجود ندارد.

ولی در یک تعریف کامل‌تر می‌توان گفت «تعزیر، عقوبت و تأدیبی است، بر انجام گناهان و تخلفاتی که از طرف شارع برای آن‌ها، در اغلب موارد، اندازه‌ای تعیین نشده است و مقدار آن به حاکم واگذار گردیده است که طبق مصلحت عمل نماید (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۷، ص ۷۲-۷۳).

ب. تعزیر در اصطلاح فقیهان شیعه

فقیهان شیعه تعاریف گوناگونی برای تعزیر ارائه کرده‌اند. در یک تعریف، تعزیر وصف برای «معصیت» یا «جرم» دانسته شده است. به عنوان نمونه، محقق حلی می‌نویسد: «آنچه عقوبتی معین ندارد، تعزیر نامیده می‌شود».

شهید ثانی در تعریف تعزیر می‌نویسد: «تعزیر در اصطلاح شرع عبارت است از عقوبتی که در غالب موارد در اصل شرع برای آن اندازه‌ای، معین نگردیده است.»

عده‌ای دیگر از فقیهان در تعریف تعزیر گفته‌اند: «تعزیر عقوبتی شرعی است بر جنایتی که در آن مورد، حدی وجود ندارد.» براساس دو تعریف اخیر، تعزیر وصف عقوبت است. با توجه با تعاریف فوق می‌توان گفت که معنای اصطلاحی تعزیر در فقه شیعه تفاوت چندانی با معنای لغوی آن ندارد (فیاض، ۱۳۹۷، ص ۴۹-۵۰).

### ۳-۱. تعزیر در مقام اجرا

تعزیر از نظر اجراء به سه صورت انجام می‌شود:

#### الف. تعزیر بر معاصی

به اتفاق تمام علماء در معاصی که از طرف اسلام بر آن‌ها حدّ، یا کفّاره مقرر و معین نشده باشد، خواه این معاصی در حق افراد باشد، یا در حق جامعه، تعزیر لازم می‌شود (نذیر، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۲۴۹).

اما می‌توان به این موضوع اشاره کرد که سرقت درحالی که از جانب شرع برای آن حدّ در نظر گرفته شده است باز هم می‌توان به

سرقتی که مستوج تعزیر است اشاره نمود که خود بر دو نوع است. نوع اول عبارت از هر نوع سرقت مستوجب حدّ که شروط اجرای حدّ را فاقد بوده یا حدّ سرقت به دلیل وجود شبهه ساقط شده باشد، مانند سرقت پدر از پسر و یا سرقت مال مشاعی، اعم از آن که سرقت در اصل خود کوچک باشد یا بزرگ. نوع دوم عبارت است از گرفتن مال غیر، بدون پنهان کاری؛ یعنی مال باخته مطلع باشد ولی رضایت نداشته باشد و زورهم به کار نرفته باشد. اختلاس، غصب و غارت مال دیگری از این نوع محسوب می‌گردند. مثلاً، سارق لباس‌های شخصی را که بر دیوار خود گذاشته، بردارد و فرار کند؛ یا مثل کسی که سند مالی دیگری را که در میان انگشتان خود نگاه داشته بود، بگیرد و فرار کند. این قبیل سرقت‌ها مستوجب حدّ نیست (عوده، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۵۸۰).

ب. تعزیر به خاطر مصلحت عامه

اگر شخصی فعلی را انجام دهد که نه حرام است و نه از جانب شریعت برایش مجازات در نظر گرفته شده است، ولی مصلحت عامه و جامعه را به خطر مواجه می‌سازد؛ باید از سوی قاضی به مجازات‌های تعزیری محکوم گردد. نظریه تعزیر براساس مصلحت عامه، هر نوع اجرائتی را که برای حمایت جامعه و حفظ نظام آن مفید و مؤثر واقع می‌گردد، برای ولی امر مسلمانان، یا نایب او اجازه داده و مشروع می‌پندارد. این نظریه از قاعده عمومی شریعت اسلامی گرفته شده است که می‌گوید: «جهت دفع ضرر بزرگ ضرر کوچک را باید تحمل کرد» (نذیر، ۱۳۹۱، ص ۲۴۹-۲۵۰؛ عوده، ۱۳۹۴، ۱۹۷ - ۲۰۳).

حمایت از نظم و مصالح عمومی جامعه مستلزم وجود اوامر و دستورات انعطاف‌پذیری است که با همه زمان‌ها و شرایط و حالات سازگار باشد. تجویز تعزیر بر اساس

مصلحت عمومی، به منظور منع اشخاصی که در صدد زیان رساندن به جامعه و نظم اجتماعی می‌باشند، یکی از مهم‌ترین سازوکارهای انعطاف‌پذیر شرعی است. به نظر عبدالقادر عوده، مجوز پذیرش جرائم تعزیری در شریعت، ضرورت‌های اجتماعی است (عبدالقادر عوده، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۲۰۲).

#### ج. تعزیر بر مخالفت‌ها

منظور از ارتکاب مخالفت‌ها انجام فعل‌های مکروه و ترک فعل‌های مندوب است. حالا سؤال این است که آیا در برابر ارتکاب مخالفت‌ها، جزای تعزیری جایز است یا خیر؟ فقها در این مورد اختلاف نظر دارند. گروهی به عدم مجازات تعزیری، و درمقابل، گروهی دیگر قائل به جزای تعزیری در موارد ارتکاب مخالفت‌ها هستند. اساس اختلاف فقها در این مورد، ناشی از اختلاف در تعریف فعل مکروه و مندوب است. گروهی از فقها که در این زمینه مجازات تعزیری را رد

می‌کنند، فعل مکروه و مندوب این گونه تعریف می‌کنند: فعل مکروه آن است که در آن نهی اختیاری است، و فعل مندوب آن است که در آن امر اختیاری است. ولی گروهی که معتقد به مجازات تعزیری در انجام فعل مکروه و ترک فعل مندوب‌اند، این دو را این گونه تعریف نموده‌اند: فعل مکروه آن است که در آن نهی اختیاری نیست، و فعل مندوب آن است که در آن امر اختیاری نیست.

جالب توجه این است که کسانی که مجازات تعزیری را بر انجام فعل مکروه و ترک فعل مندوب جایز می‌دانند، هر دو را معصیت به حساب نمی‌آورند، بلکه انجام فعل مکروه و ترک فعل مندوب را مخالفت، و مرتکب آن را مخالف می‌شمارند.

استدلال گروه که به جزای تعزیری در این گونه موارد تاکید دارند، این است که می‌گویند: روزی حضرت عمر (رض) از راه عبور می‌کرد، نظرش به شخصی افتاد که گوسفندی را به زمین

انداخته است و می‌خواهد آن را ذبح کند، ولی او در حضور آن گوسفند کارد خود را تیز می‌کند، آن حضرت او را با تازیانه زد و برایش گفت: چرا کاردت را از قبل تیز نکردی؟ از این عمل معلوم می‌شود که بر ارتکاب مخالفت‌ها تعزیر جایز می‌باشد. ولی باور این گروه بر این است که در صورتی می‌توان مجازات تعزیری را بالای این اشخاص انجام داد که ارتکاب مخالفت‌ها از جانب این‌ها تکرار شود در غیر آن تعزیر نخواهد داشت (نذیر، ۱۳۹۱، ص ۲۵۰-۲۵۱؛ عوده، ۱۳۷۹، ص ۲۰۳-۲۰۴).

## ۲. تعزیر در فقه

همانگونه که فقها نیز از تعزیر تعاریف مختلفی ارائه کرده‌اند. گاه آن را وصف جرم و گاهی هم وصف مجازات دانسته‌اند و گفته‌اند: تعزیر عبارت از کیفری است که در شرع از حیث مقدار مشخص نیست و در مقابل حد آمده است و در فقه بر کیفری اطلاق می‌شود که برخلاف حد، شارع مقدس

اندازه‌ای برای آن تعیین نکرده است. جایگاه اصلی بحث آن، باب حدود است؛ ولی در ابواب مانند صوم، حج، تجارت و نکاح نیز به مناسبت از آن سخن رفته است (خرمی، ۱۳۸۹، مقاله حد و تعزیر، سایت ویکی فقه)

### ۱-۲. دیدگاه فقهای اهل سنت

یکی از فقیهان حنفی می‌گوید: تعزیر در هر جرم و معصیتی وجود دارد و مقدار آن معین نیست چون تعیین آن به امام واگذار شده است تا به اقتضای جنایات مردم و احوال آنان آن را تعیین کند.

فقهی از پیروان مذهب شافعی می‌گوید: هرکس جرمی مرتکب شود که مجازت معین یا کفاره نداشته باشد، بر طبق نظر حاکم تعزیر می‌شود.

یکی از فقهای مالکی بر این نظر است که جرایمی دیگر غیر از جرایم حدود، قصاص و دیات، موجب تعزیر است و تعزیر موکول به اجتهاد امام است و امام هم در



حق الله و هم در حق الناس تعزیر می‌کند.

عالمی از فقهای حنبلی دیدگاهش را این‌گونه مطرح می‌کند: تعزیر به معنای تأدیب است و در هر جرمی که مجازات معین یا کفاره ندارد واجب است. کم‌ترین حد آن معین نیست و از این رو مقدار آن، به اجتهاد امام و نظر حاکم و آنچه حال شخص اقتضا می‌کند مربوط می‌شود (عوده، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۱۹۰). دیدگاه فقیه حنبلی در حقیقت تکرار دیدگاه هر سه فقیه فوق است.

#### مراتب تعزیر

در خلاصه الفتاوی آمده است که تعزیر چهار مرتبه دارد: اول: تعزیر اشراف، مثل فقها، علوی‌ها و سادات. در این تعزیر اعلام از طرف قاضی است نه غیر او. اعلام این است که قاضی می‌گوید، به من اطلاع رسیده است که تو چنین و چنان کاری را انجام میدهی.

دوم: تعزیر اشراف مردم، مثل صاحبان زمین و سران قوم. تعزیر این طبقه اعلام و احضار تا دروازه قاضی است.

سوم: تعزیر اوساط مردم. تعزیر دسته سوم از مردم که عبارتند از دکان‌داران، بازرگانان و کسبه‌کاران اند اعلام، احضار تا دروازه قاضی و زندانی کردن است. چهارم: تعزیر طبقات پائین‌رتبه مردم. تعزیر این طبقه اعلام، احضار، زدن و زندانی کردن است (بدخشانی، بی‌تا، ص ۵۰۴-۵۰۵).

#### اصول تعزیر

در شریعت اسلامی جزاهای تعزیری بر اساس یک سلسله اصولی بنا یافته است که به اختصار مورد اشاره قرار می‌گیرد:

۱. عقوبات تعزیری بر کسانی قابل تطبیق و اجرا می‌باشد که فرایض شرعی را ترک می‌کنند و یا اعمالی را مرتکب می‌شوند که شریعت آن را حرام قرار داده، ولی مجازاتی بر آن تعیین نکرده است؛ مانند رباخواری، خیانت در امانت،

دشنام دادن، رشوه گرفتن، فریبکاری در توزین، امتناع از ادای زکات، خوردن چیزهای حرام و ... ۲. انجام هر فعلی یا امتناع از هر عملی در صورتی جرم پنداشته می‌شود و مجازات تعزیری بر آن تعیین می‌گردد که مخل مصلحت جامعه باشد، هرچند انجام آن فعل و یا امتناع از آن در اصل حرام نباشد، مانند مجازات کسی که قوانین و مقررات دولتی را که برای نظم عامه از قبیل قوانین تعلیم و تربیه در موسسات تعلیمی و تحصیلی، قوانین کار و... وضع شده است مراعات نمی‌کند.

۳. مجازات تعزیری در مواردی بر مجرمین قابل تعیین و تطبیق است که در آن موارد حدود به علت موجودیت شبهه و یا به خاطر عفو مجنی علیه و یا وارث وی ساقط می‌شود (نذیر، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۲۵۱).

برخی از فقهای اهل سنت نیز اعدام تعزیری را در صورتی که شخص پی در پی مرتکب جرم شود، و فساد آن جامعه را تهدید

کند، از باب دفع افساد در زمین جایز شمرده‌اند و گفته‌اند اعدام تعزیری مجازاتی است که از طرف حاکم معین می‌شود؛ مانند جادوگری کردن مسلمان، جاسوسی کردن مسلمان به نفع دشمن (خرمی، ۱۳۸۹، مقاله حد و تعزیر، سایت ویکی فقه).

به نظر می‌رسد تعزیری که به اعدام منتهی می‌گردد، بیشتر از همین مبنا، یعنی تأمین مصلحت عمومی، گرفته شده است و چنین اعدامی در واقع، پیش‌گیری از جرائم کلان اجتماعی است؛ مانند عقوبت باغی، مرتد، محارب، مفسد فی الارض و خیانت به حاکمیت، اعدامش برای این است که جامعه از وجود افراد خطرناک و خطرناک‌ساز پاک گردد. اعدام تعزیری جنگجویان بنی قریظه را می‌توان از همین موارد محسوب کرد. زمانی که به تاریخ و سیره نبی مکرم اسلام مراجعه می‌کنیم درمی‌یابیم که در آن حادثه پیامبر اسلام با تأیید حکم سعد بن معاذ، خواست از نقض پیمان، خیانت، جاسوسی،

همسو شدن با دشمنان مسلح علیه مسلمانان، جلوگیری نماید (فیاض، ۱۳۹۷، ص ۵۰).

## ۲-۲. دیدگاه فقهای شیعه

تعزیر از دیدگاه فقیهان شیعه به امر به معروف و نهی از منکر مرتبط دانسته شده است. (طائی، ۱۳۸۱، ص ۲۵).

در روایات شیعه تعزیر به عنوان مجازات برخی گناهان معرفی گردیده و به شیوه‌های مختلف آن مانند شلاق زدن، زندانی کردن و در اجتماع گرداندن اشاره شده است. (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۲۴۰؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۹).

در فقه شیعی دامنه تعزیر به احکام شرعی محدود نشده بلکه تعزیرات حکومتی را هم در برمی گیرد. منظور از تعزیرات شرعی مجازات‌های است که برای متخلفان از قوانین شرعی، مانند ترک واجبات و انجام محرمات اجرا می‌شود. (خمینی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۴۸۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص

۴۴۸)؛ مواردی مانند هتک حرمت، توهین به دیگران، دشنام دادن، نسبت‌های ناروا دادن، مساحقه، استمنا، دزدی کردن بچه از جمله مصادق‌های تعزیر شرعی محسوب می‌شوند (همان، ج ۲، ص ۴۷۳ و ۴۷۲ و ۴۸۲؛ نجفی، ج ۴۱، ص ۶۴۷ - ۶۴۹).

اما تعزیرات حکومتی عبارت از مجازات‌های است که حکومت برای متخلفان از قوانین و مقررات حکومتی تعیین می‌کند و امام خمینی از آن‌ها به عنوان مجازات‌های بازدارنده یاد کرده است (یوسفیان، بی‌تا، صص ۴۸ - ۴۹). احتکار، گران‌فروشی، کم‌فروشی و ... از مصادیق تعزیر حکومتی به‌شمار می‌روند.

برخی از فقیهان شیعه معتقدند که تعزیر شامل هر نوع مجازاتی می‌شود که مجرم را از تکرار جرم بازدارد و زندان، جزای نقدی، توقیف مال، توبیخ علنی و تبعید را در برمی‌گیرد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۳۲ و ۴۹، ص ۴۹).

فقیهان شیعه بر این عقیده‌اند که جرم تعزیر با دوبار اعتراف یا شهادت دو عادل اثبات می‌شود و گفته‌اند که اگر مجرم در حال اجرای تعزیر از دنیا برود، دیه ندارد (همان).

### ۳. تفاوت حد و تعزیر

شناخت تفاوت تعزیر از حدّ، باعث می‌شود که کاربردهای تعزیر را بهتر دریابیم و بازخوانی کتب سیره و متون فقهی که در آن، تعزیر به کار رفته، این موضوع را روشن می‌سازد. حال به چند تفاوت تعزیر با حد اشاره می‌کنیم:

۱. کیفر تعزیر نامعین و کیفر حدّ معین است.
۲. تعزیر قبل از قیام بینه و بعد از آن، با توبه ساقط می‌گردد اما در حدّ، اگر مرتکب بعد از قیام بینه توبه کند، ساقط نمی‌گردد.

۳. تعزیر، برخلاف حدّ، شفاعت‌پذیر و وکالت‌پذیر است. پس مجازاتی که از

طرف حاکم و امام با شفاعت تقلیل می‌یابند یا مورد عفو قرار می‌گیرند، تعزیری‌اند. (فیاض، ۱۳۹۷، ص ۵۹).

برخی تفاوت میان حد و تعزیر را این گونه بیان کرده است:

۱. در حدود قاضی و حاکم حق عفو و بخشش ندارند اما در تعزیر حاکم می‌تواند از اجرای حکم تعزیر صرف نظر کند.

۲. قاضی و حاکم حق کم و یا زیاد کردن مجازات در حدود را ندارند، ولی در تعزیر تشخیص مصلحت با حاکم و قاضی است.

۳. در حدود شفاعت جایز نیست، نه برای حاکم که شفاعت بپذیرد و نه برای شفیع که واسطه شود برخلاف تعزیر.

اثبات حدود با یک شاهد ممکن نیست در برخی چهار و در برخی

حداقل دو شاهد لازم است برخلاف تعزیرات که با یک شاهد قابل اثبات است. (خرمی، ۱۳۸۹، سایت ویکی فقه).

### ۳-۱. تفاوت حدود تعزیر در منابع فقهی

در منابع فقهی این تفاوت‌ها به صورت جزئی‌تر مورد توجه قرار گرفته است که به آن‌ها اشاره می‌کنیم:

۱. ملاک اصلی تعزیر کم‌تر بودن آن نسبت به حد است؛
۲. مقدار و کیفیت تعزیر در صلاح‌دید حاکم شرع است، برخلاف حد؛
۳. در تعزیر شخصیت مجرم، وضع روحی و جسمی و زمان و مکان دخالت دارد، در صورتی که حد تابع صدق عنوان است؛
۴. در تعزیر، امید به اصلاح و تأدیب مجرم

شرط است، اما فلسفه اجرای حد دفاع از مصالح بنیادین جامعه است.

۵. تعزیر با توبه ساقط می‌شود، در حدود اختلاف نظر است، ظاهر سقوط آن است در اثر توبه قبل از رسیدن نزد حاکم و قیام بینه؛

۶. تعزیر قابل شفاعت است، اما در حد واسطه و شفاعت ممنوع است؛

۷. در تعزیر، حاکم حق عفو دارد، برخلاف حدود که حاکم حق عفو را ندارد؛

۸. تعزیرات احصائی نیستند، اما در حدود اصل احصائی بودن است، در موارد مشکوک مجازات غیر حدی جاری می‌شود.

به صورت خلاصه تر می توان گفت که تفاوت عمده حدود با تعزیرات در دو نکته ذیل است:

اول این که در صورت توافر شرایط حد و اثبات جرائم حدی، قاضی مکلف به اجرای دقیق آن می باشد و حق هیچ گونه حق و مصالحه با مجرم را ندارد. برخلاف جرائم تعزیری که در این گونه جرائم قاضی از این گونه اختیارات برخوردار است. به همین خاطر معروف است که دامنه تعزیر، با توجه به اصل تناسب بین جرم و مجازات، عبارت است از «یک پیشانی ترشی تا اعدام».

دوم این که شریعت برای اثبات و اجرای حدود، شرایط بسیار دقیق و سختی را تعیین نموده است. به طوری که در بسیاری موارد این شرایط تکمیل نمی شود. حتی بر طبق برخی مذاهب اسلامی، در اقامه حدود نه تنها باید شرایط اجرای حد فراهم باشد بلکه تطبیق کننده حد هم باید از شرایط لازم برخوردار باشد به طوری که هرگاه اگر مجری حد از شرایط معتبر

برخوردار نباشد، مجازات اجرا شده، وصف «حدود الهی» را دارا نخواهد بود (علامه، ۱۳۹۳، ص ۱۲۰).

### ۲-۳. جرائم تعزیری

منظور از جرایم تعزیری آن عده جرایمی است که دین اسلام جزاهای آن ها را معین نکرده، بلکه تعیین مقدار و نوعیت آن ها را در حدود قوانین شریعت و مبادی عام آن به اولی الامر مسلمانان و یا قاضی تفویض کرده است. جزاهای این گونه جرائم را تعزیر می نامند. (نذیر، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۲۴۸).

یعنی اولی الامر می تواند با در نظر داشت شرایط و ایجات وقت و زمان، خیر، مصلحت و منافع عمومی جامعه، تمام اعمال قبیح و شنیع را جرم محسوب نموده و برای آن مجازات تعیین نماید. قلمرو و ساحه این جرائم بسیار وسیع است. معمولاً به خاطر سهولت تعیین و تشخیص این جرائم و سهولت رسیدگی اولی الامر می تواند این نوع جرائم و جزاها را درج قانون نماید یعنی به گونه ای

قانون‌گذاری شود که هر جرم تعزیری به شکل جداگانه تعریف و توصیف گردیده و برای آن جزای لازم تعزیری تعیین گردد. قانون جزای ۱۳۵۵ که دارای ۵۲۳ ماده بود به غیر از ماده اول بقیه مواد آن به جرائم و جزاهای تعزیری اختصاص یافته بود (دانش، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۲۳ - ۲۴).

پس دیده می‌شود که جرائم تعزیری، از یک طرف جرائم ثابت و دگرگونی‌ناپذیر نیستند و در شرایط مختلف، حالت‌های گوناگون و خصوصیات متفاوتی پیدامی‌کنند. از طرف دیگر از کوچک و سبک‌ترین کیفرها شروع شده و به سنگین‌ترین کیفر و مجازات منتهی می‌گردد (نذیر، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۲۴۸).

لازم به یاد آوری است که تقسیم جرائم به مقدر و غیرمقدر از مزایای بسیاری برخوردار است که می‌توان به مزایای آن از حیث عفو، صلاحیت قاضی، حالات مخففه و مشدده و ثبوت اشاره کرد. (دانش، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۲۴ - ۲۶).

### ۳-۳. انواع تعزیر

از یک جهت تعزیرات به دو نوع شرعی و حکومتی تقسیم می‌شود. هرچند در بحث تعزیرات از دیدگاه فقیهان شیعی اشاره مختصری به این موضوع شد، اما لازم است به صورت مفصل‌تر روی این دو نوع تعزیر بحث صورت گیرد که در ذیل به آن می‌پردازیم:

#### الف. تعزیر شرعی

تعزیر شرعی عبارت است از عقوبت بر انجام جرایمی که عنوان اولی و ذاتی آن‌ها گناه و معصیت و حرمت است و شارع در اغلب موارد اندازه عقوبت آن را تعیین نکرده و به حاکم واگذار کرده است تا طبق مصلحت عمل نماید؛ مانند دشنام دادن، توهین به دیگران، دروغ گفتن، ترک نماز، شهادت باطل و... (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۷، ص ۹۳ - ۹۴).

پس منظور از تعزیرات شرعی مجازات‌هایی است که برای خاطیان و متخلفان از قوانین شرعی مانند ترک واجبات و

ارتکاب محرمات به اجرا درمی آیند. چنان که امام خمینی (ره) می فرماید: هر کس یکی از محرمات را - غیر از آنهایی که شارع در آن حدّ معین کرده - با علم به حرام بودنش انجام دهد، تعزیر می شود؛ خواه آن محرمات از گناهان کبیره باشد یا صغیره (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۴۸۱).

برخی از کارهای که موجبات تعزیر شرعی می شوند عبارتند از: ۱. جرائم بر ضد عفت و اخلاق عمومی؛

۲. هتک حرمت اشخاص؛

۳. دشنام دادن؛

۴. نسبت های ناروا به غیر از نسبت زنا؛

۵. سرقت های فاقد شرایط اجرای حد؛

۶. استمنا کردن (همان، ص ۴۷۴).

ب. تعزیر حکومتی

نوع دوم، تعزیرات حکومتی می باشد و آن عبارت از عقوبتی است که حکومت به منظور حفظ

نظم و رعایت مصالح اجتماعی در قبال تخلف، مقررات حکومتی تعیین می کند.

مقصود از تعزیرات حکومتی، عقوبت های است که به وسیله حاکم اسلامی به معنای عام کلمه (مثل پیامبر) برای تخلف از اموری که مخالفت با آنها خلاف مصالح عمومی مملکت است، وضع می شود؛ گرچه ممکن است این امر به عنوان اولی و بالاصاله حرام شرعی نباشد؛ مانند قوانین گمرکی، تخلفات راهنمایی و رانندگی، مقررات ورود و خروج کالا از کشور و غیره.

بدون تردید تحولات مستمر و روابط زندگی اجتماعی و پیش آمدهای مختلف، وجود مقررات و ضوابط خاصی را که متناسب با وضعیت اجتماعی هر زمان باشد، ضروری می سازد. این ضرورت در تمام جوامع احساس می شود. حتی در نظام توحیدی اسلام نیز، با وجود قوانین جامع و کامل الهی که از وحی سرچشمه می گیرند، نیاز به



این مقررات و اهمیت آن بر کسی پوشیده نیست.

این مقررات ممکن است به دو صورت جعل و ارائه گردد:

۱. وضع قانون به وسیله قوه مقننه

این روش در حقیقت تحقق عینی مضمون آیات ۳۸ سوره شوری و ۵۹ سوره آل عمران است که می فرماید: «وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ»، «وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ». با اتکاء به شیوه عملی (سیره) رسول اکرم (ص)، مشورت دارای اعتبار و جزء عبادات است و در روایات عمل به آن موجب رشد و زایش اندیشه‌های درست توصیف شده است؛ چنانچه که حضرت علی (ع) می فرماید: در بین خود به تبادل نظر و فکر پردازید تا به نظر حق و ثواب برسید.

۲. احکام ولایی

طریقه دیگر، احکامی است که به وسیله رهبر یا رهبران صادر می گردد. به استناد ادله‌ای که در جای خودش به اثبات رسیده است رهبر (فقیه جامع شرایط که به عنوان

حاکم جامعه اسلامی برگزیده شده است) می تواند در جهت حفظ نظام و مصالح عمومی، احکام ولایی و حکومتی صادر نماید. علامه طباطبائی در توضیح احکام حکومتی می نویسد: در چهارچوب قوانین شریعت و رعایت موافقت با آن، ولی امر مسلمین می تواند یک سلسله تصمیمات بر حسب مصلحت وقت گرفته، طبق آن‌ها مقرراتی وضع نماید، مقررات نام برده لازم الاجرا و مانند احکام ثابت شریعت دارای اعتبار است، با این تفاوت که قوانین آسمانی ثابت و غیر قابل تغییر است، ولی مقررات موضوعه قابل تغییر و در ثبات و بقا تابع مصلحتی می باشد که آن‌ها را به وجود آورده است. و چون پیوسته زندگی جامعه انسانی در تحول و رو به تکامل است، طبعاً این مقررات تدریجاً تبدیل و تغییر پیدا کرده و جای خود را به احکام بهتری دهد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۸، ص ۳۹۶-۳۹۸).

ادله تعزیرات حکومتی در فقه اهل سنت

فقه‌های مذاهب مختلف اهل سنت برای جواز تعزیر در تخلف از احکام حکومتی ادله ذیل را ذکر نموده‌اند.

۱. وجوب اطاعت از ولی امر

در آیه ۵۸ سوره نسا آمده است: «از خدا و پیامبر و ولی امر اطاعت کنید». بنا بر دیدگاه فقه‌های اهل سنت مقصود از ولی امر حاکمان و رؤسای حکومتی هستند که اطاعت‌شان بر دیگران واجب است و اطلاق وجوب اطاعت در این آیه، احکام حکومتی را نیز شامل می‌گردد. بنابراین، اطاعت از این گونه احکام واجب است و تخلف از آن موجب تعزیر می‌شود.

۲. از امور حسبیه بودن احکام حکومتی

برای حفظ نظم و جلوگیری از هرج و مرج چه بسا لازم شود اموری که به حکم اولی مباح است حرام یا واجب گردد. تعیین این امور به عهده سلطان یا حاکم است و به‌عنوان امور حسبیه شناخته

می‌شوند؛ مانند قیمت‌گذاری اجناس، در مواردی که صاحبان کالا به مردم اجحاف کنند. این قیمت‌گذاری واجب است و درحقیقت مجازات متخلفان به جهت مخالفت با واجب انجام می‌شود.

۳. حفظ نظم و اقتضای مصلحت

ممکن است برخی از امور فی نفسه مباح باشند، اما بر اثر نیازها و عواملی از این قبیل واجب یا حرام گردند. در چنین مواردی مصالح عمومی اقتضا دارد حکومت احکامی را جعل کند و متخلف آن را تعزیر نماید. همانگونه که خلیفه دوم حضرت عمر فاروق (رض) شیری را که با آب مخلوط شده بود بیرون ریخت این کار به آن جهت صورت گرفت تا شخصی که به این عمل مبادرت می‌ورزید تأدیب گردد و دیگران نیز آن را انجام ندهند. در حقیقت مصلحت اجتماعی اقتضای چنین روشی را داشت.

هم‌چنین فقها معتقدند در صورتی که بیت المال مسلمین خالی از ذخایر گردد، حاکم اسلامی ثروت‌مندان را مؤظف می‌سازد که مقداری از اموال خود را در اختیار بیت المال قرار دهند، این حکم برای ایجاد شرکت و جبران ضعف دولت اسلامی و به مصلحت جامعه است، تخلف از این گونه احکام، عقوبت تعزیری را به دنبال دارد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۸، ص ۳۰۹-۳۱۰).

#### ۴. کثرت گناهان

تحولات جامعه و ارتباط آن‌ها با یکدیگر به‌ویژه در دوران فعلی سبب شده است که گناهان و معصیت‌های بسیاری انجام شود که در گذشته و در عصر رسول الله (ص) وجود نداشته‌اند. این نوع گناه گرچه ممکن است به حکم اولی دارای حرمت نباشد یا به تعبیر دیگر حرمت آن از طرف شارع معین نشده باشد، اما طبق فرموده رسول اکرم (ص) «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» لازم است از طرف

حکومت برای آن‌ها احکامی وضع و متخلف تعزیر گردد؛ زیرا عدم وضع چنین قوانینی موجب ضرر و زیان جامعه می‌گردد.

#### ۵. مصالح مرسله

اصحاب رسول الله (ص) مصالحی را که شارع مقدس آن را اعتبار نکرده و لغو هم ننموده است «مصالح مرسله» تلقی کرده و طبق آن عمل می‌کردند، مثل این‌که اقدام به ساخت زندان و جمع‌آوری مفسدین، می‌نمودند و یا ساختمان‌های موقوفه مقابل مسجد النبی را تخریب کردند و آن را توسعه دادند و نیز قرآن‌های مختلف را سوزاندند و آن‌ها را دری ک نسخه جمع‌آوری نمودند. ولی امر نیز می‌تواند چنین مصالحی را پیش‌بینی کند و طبق آن احکامی را وضع و متخلف را مجازات نماید.

#### ۶. قیاس

چون امر تعزیر به نظر قضات مجتهد و یا گروهی از آن‌ها واگذار شده است، آن‌ها می‌توانند تا اندازه که اجتهادشان اجازه می‌دهد با

استفاده از روش قیاس استفاده کنند. همان‌گونه که حضرت عمر (رض) به موسی اشعری نوشت: «قس الاشباه و الامثال» یعنی با استفاده از قیاس حکم مسائل جدید را از موارد مشابه به دست آور. قاضی مجتهد نیز در صورتی که ولی امر به او اجازه داده باشد می‌تواند با مقایسه بعضی از جرایم با بعضی دیگر و نیز مقایسه مجازات آن‌ها، عقوبتی جرائم را که در شرع بیان نشده است (از جمله تخلف حکومتی) را به دست آورد (همان، صص ۳۱۰ - ۳۱۱).

پس می‌توان گفت که در اسلام، تعزیری به نام تعزیرات حکومتی وجود دارد که غیر از تعزیر مصطلح و رایج است و آن مجازاتی است که حاکم آن‌ها را تعیین می‌کند (عمید، شبکه اختصاصی اجتهاد). پس منظور از تعزیرات حکومتی، مجازات‌هایی است که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماع، در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی، تعیین می‌گردد (سایت

ویکی فقه). برای نمونه، تعزیر، جزای بدلی در قتل عمد بوده و امام مالک (ره) در صورت سقوط قصاص، تعزیر را لازم می‌داند و به نظر امام مذکور، جزای تعزیری حبس به مدت یک‌سال و یا صد درّه می‌باشد.

اما به نظر ائمه ثلاثه، جزای تعزیری نظر به واقعه و شخصیت مجرم فرق می‌کند و صلاحیت آن را قاضی دارد. در شریعت مانع وجود ندارد که در صورت موجودیت اسباب و دلایل، جزای تعزیری اعدام و یا حبس ابد باشد (واصل، ۱۳۹۸، ص ۳۴).

برای نمونه در صورتی که در جرم راهزنی، شرایط اقامه حد تکمیل نگردد، راهزن مستلزم مجازات تعزیری دانسته می‌شود. مجازات تعزیری جرم راهزنی در کود جزا عیناً مانند شریعت دین مقدس اسلام می‌باشد (همان، ص ۲۰۸).

ماده ۶۰۳ کود جزا صراحت دارد که هرگاه توسط راهزن جرم قتل صورت گیرد عمدیت شرط

نبوده بلکه جرم، ارتکاب یافته تلقی شده محسوب می‌گردد ولو اگر عمل وی غیر عمدی بوده باشد.

مطابق صراحت ماده ۶۰۱ کود جزا، فاعل در هر یکی از حالات ذیل به جزای مشخص محکوم می‌گردد:

اول) در صورتی که سبب تخویف عابرین شده باشد، به حبس متوسط بیش از سه سال

دوم) در صورتی که سبب تخویف عابرین و گرفتن مال شده باشد، به حبس طویل

سوم) در صورتی که سبب قتل شده باشد، به اعدام (کود جزا، ۱۳۹۶، مواد ۶۰۱ و ۶۰۳).

فقه‌های حنفی و مالکی اعدام تعزیری را به خاطر مصالح اجتماعی و به عنوان «قتل سیاسی» پذیرفته‌اند. بر اساس نقل وهبه<sup>۱</sup> زحیلی، از فقیهان حنفی و مالکی، تعزیر کشتن مجرم را هم شامل می‌شود که به عنوان سیاست، مجرم را به قتل برسانند.

فقیهان مالکی و حنفی تصمیم‌گیری در کیفرهای تعزیری

و تعیین نوع مجازات را از اختیارات دولت اسلامی می‌دانند.

در فقه اهل سنت اعدام تعزیری در موارد زیادی دیده می‌شود. از مهم‌ترین مواردی که فقیهان اعدام تعزیری را جایز دانسته‌اند، جرائم جاسوسی، کشتن با شیء سنگین وزن، لواط و نوآوری در دین است. همچنین باغی را نیز می‌توان تعزیراً اعدام کرد، زیرا در سوره حجرات آیه ۹ جواز نبرد و قتال با باغیان داده شده که جواز کشتن را در ضمن دارد.

اما فقه‌های حنبلی در مجازات تعزیری، قتل را قبول ندارند. ایشان معتقدند در مجازات تعزیری به توبیخ، زدن و حبس کردن اکتفا می‌شود چراکه در تعزیر ادب کردن واجب است و تعزیر با اتلاف تحقق نمی‌یابد، پس قطع قسمتی از عضو، وارد کردن جراحات و گرفتن مال، جایز نیست. چون از جانب شرع هیچ کدام این‌ها وارد نشده است (فیاض، ۱۳۹۷، ص ۵۸ - ۵۹).

### دسته بندی سه گانه

در نگاه دیگر تعزیر به سه نوع تقسیم شده است. تعزیر نسبت به گناهان (تعزیرات در رابطه به اعمالی مقرر شده است که شریعت اسلامی آنها را بذاته تحریم و انجام آنها را جرم پیش بینی کرده است).

تعزیر برای حفظ مصلحت عمومی (تعزیرات نسبت به اعمال و حالاتی مقرر شده است که شریعت اسلامی آنها را بذاته تحریم نکرده، بلکه آنها را به سبب اوصافشان حرام قرار داده است و شرط نیست که فعل یا حالت تحریم شده، جرم باشد).

تعزیر نسبت به خلاف کاریها (تعزیرات نسبت به اعمالی مقرر شده اند که شریعت آنها را بذاته تحریم، و انجام دادن آنها را خلاف پیش بینی کرده است نه جرم).

در نوع اول، عمل همیشه جرم بوده و انجام آن حرام، در نوع دوم، عمل جز در صورتی که مقترن با وصف معینی باشد، حرام نیست، اما در نوع سوم عمل، مأمور به یا

منهیی عنه است ولی انجام دادنش جرم نه بلکه خلاف دانسته شده است (فکرت بخشی، ۱۳۹۲، ص ۱۰۱-۱۰۲).

### جمع بندی و نتیجه گیری

در یک جمع بندی می توان گفت، تعزیرات آن دسته از مجازاتهایی است که از جانب شارع مقدس تشریح نشده باشد و یا به عبارت دیگر در مورد آن نصی وجود ندارد و صلاحیت این مجازاتها به حاکم شرع و یا ولی امر مسلمین داده شده که بنا بر مصلحت، می تواند اندازه این گونه مجازاتها را تعیین نماید. ناگفته نماند که تعیین این نوع مجازات از طرف حاکم و فقیه جامع الشرایط بستگی به نوع جرائم، مکان و زمان دارد، بدین معنی، هر اندازه ای که جرم ارتکاب یافته سنگین باشد، به همان اندازه مجازات تعزیری آن از جانب حاکم و یا ولی امر مسلمین سنگین تعیین خواهد شد و بر عکس.

بر همین اساس، مکان که جرم در آن ارتکاب یافته است به

هراندازه‌ای که از قدسیت برخوردار باشد، به همان اندازه تعیین مجازات از جانب حاکم اسلامی سنگین تعیین خواهد شد. پس درکل می‌توان گفت که مجازات تعزیری به سه دسته تقسیم می‌شود که عبارت‌اند از خفیف، متوسط، و ثقیل و شدید که هر کدام به تناسب جرم ارتکاب یافته، شخصیت مجرم، مکان و زمان ارتکاب جرم، بستگی دارد. برای نمونه، می‌توان از همبستر شدن شوهر با همسرش در روز ماه مبارک رمضان یاد کرد و یا همبستر شدن همسرش درحالت حیض، یا تنجیس مسجد الحرام با بول کردن در آن یاد کرد.

در مجموع از بررسی که در این نوشتار انجام گرفت می‌توان نتیجه گرفت که تطبیق تعزیرات شرعی یا حکومتی در جوامع انسانی و بشری، کارکردهای زیادی دارد و می‌تواند نظام زندگی مردم یک جامعه، سامان بدهد و از وقوع هرج و مرج و بی‌نظمی جلوگیری کند. استفاده درست و دقیق حاکم

اسلامی از صلاحیت‌های که شریعت اسلامی برایش در نظر گرفته است می‌تواند زمینه‌ساز زندگی مسالمت‌آمیز در جامعه انسانی گردد. تطبیق تعزیرات زمینه‌ساز تأمین عدالت اجتماعی، حاکمیت قانون و سلامت معاملات اقتصادی و روابط اجتماعی خواهد شد. پس برای نهادینه‌سازی حاکمیت قانون و تأمین عدالت باید تعزیرات را تطبیق نمود.

امت اسلامی و کشورهای اسلامی نیازمند جامعه عقیف و پاک‌اند که در نظام اجتماعی اسلام برآن تأکید شده است. پس می‌توان از طریق تطبیق تعزیرات شرعی یا حکومتی به آن دست یافت. مجازات‌های تعزیری زمینه‌ساز حاکمیت اخلاق اجتماعی خواهد بود. نظامی که نتواند قانون یا مجازات‌های تعزیری را به اجرا بگذارد، اخلاق آن جامعه نابود خواهد شد. بنابراین، لازم است برای نهادینه‌سازی اخلاق هم قانون و هم مجازات‌های تعزیری تطبیق گردند.

## منابع

- ابن اثیر، النهایه، فی غریب الحدیث، ج ۳، (سایت ویکی فقه).
- اصفهانى، راغب، المفردات فی غریب القرآن، (سایت ویکی فقه).
- امام خمینی، روح الله (۱۳۷۴)، تحریرالوسیله، ج ۲، قم، مؤسسه مطبوعات، دار العلم.
- بدخشانی، عبدالودود، بی تا، مسلک اعتدال در مسائل اختلافی، بی جا.
- جریری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۵، (سایت ویکی فقه).
- جمعی از نویسندگان، زمستان (۱۳۸۷)، تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزا، دوم، تهران، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- خرمی، احمد، مقاله، حدّ و تعزیر (سایت ویکی فقه)
- دانش، حفیظ الله، (۱۳۹۴)، حقوق جزای عمومی، ج ۲، سوم، کابل، انتشارات سیرت.
- رضایی، علی احمد، مصادیق قاعده تعزیر در منابع فقهی و روایی فرقین، سایت دانشگاه خاتم النبیین (ص).
- شیخ صدوق، محمد بن علی، (۱۴۱۳)، من لایحضره الفقیه، ج ۳، تصحیح علی اکبر غفاری، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طائی، (۱۳۸۱)، التعزیر فی الفقه الاسلامی، (سایت ویکی شیعه).
- علامه، غلام حیدر، (۱۳۹۳)، حقوق جزای عمومی افغانستان، کابل، انتشارات دانشگاه ابن سینا، خدمات چاپ مقصودی.
- عوده، عبدالقادر، (۱۳۷۹)، حقوق جنائی اسلام (براساس مذاهب پنجگانه و مقایسه آن با حقوق عرفی با تعلیقات مرحوم



سید اسماعیل صدر، ج ۱، مترجم، غفوری، اکبر، دوم، ایران، موسسه چاپ آستان قدس رضوی.

عوده، عبدالقادر، (۱۳۹۴)، بررسی تطبیقی حقوق جزای اسلامی و قوانین عرفی، ج ۲، حقوق جزای اختصاصی، مترجم، حسن فرهودی نیا، نشر احسان.

فکرت بخشی، عبدالبشیر، (۱۳۹۴)، اصل قانونیت جرائم و جزاها در شریعت و قانون، کابل، انتشارات حامد رسالت.

فیاض، علی اکبر، (۱۳۹۷)، مجازات اعدام تعزیری در فقه و قوانین جزائی افغانستان، دوفصلنامه علمی تخصصی مطالعات حقوق اسلامی، سال چهارم، شماره هشتم.

کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷)، الکافی، تصحیح علی اکبر غفاری و محمد آخوندی، ج ۷، تهران، دارالکتاب الاسلامیه.

کود جزا، (۱۳۹۷)، چ اول، ناشر، انتشارات فرهنگ، چاپ مطبوعه کاروان، کابل، افغانستان.

مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۵) تعزیر و گستره آن، گردآوری ابوالقاسم علیان نژادی، قم انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).

نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴)، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، تصحیح عباس قوچانی و علی آخوندی، ج ۴۱، بیروت، دار الاحیاء التراث العربیه.

نذیر، دادمحمد، (۱۳۹۱)، اساسات حقوق اسلام، ج ۲، چهارم، کابل، انتشارات رسالت. واصل، عبدالاقرار، (۱۳۹۸)، حقوق جزای اختصاصی، سوم، کابل، انتشارات سعید.



