

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

※ حوزه محتوایی: حقوق اسلامی

- صاحب امتیاز: جامعه المصطفی العالمیه - دانشگاه المصطفی واحد کابل
- مکان نشر: کابل
- مدیر مسئول: دکتر مجید عبادی
- سردبیر و دبیر علمی: دکتر عبدالخالق فصیحی
- دبیر اجرایی، ویراستار و صفحه آراء: محمدعلی عبدلی «رحیمی»
- هیئت تحریریه: دکتر محمدعلی حاجی ده‌آبادی. دکتر غلام حیدر علامه. دکتر عبدالحکیم سلیمی. دکتر حسین گلستانی. دکتر عبدالخالق فصیحی. دکتر سیدعلی مطهری.

- فصلنامه علمی - تخصصی «مطالعات حقوق اسلامی» از مقالات علمی صاحب نظران، پژوهشگران و دانش پژوهان در حوزه حقوق اسلامی، استقبال می‌کند.
- مقالات بیانگر آراء و نظریات نویسنده آنها است و لزوماً دیدگاه فصلنامه مطالعات حقوق اسلامی نمی‌باشد.

- آدرس: چوک دهمزنگ - جاده دارالامان - دست راست کوچه اول - چهار راه اول - دانشگاه المصطفی - واحد کابل - معاونت آموزش - اداره فصلنامه مطالعات حقوق اسلامی.
- شماره تماس: ۰۷۸۵۱۱۵۶۷۴
- ایمیل: alirahimi۱۲۶@yahoo.com

شیوه‌نامه تنظیم مقاله برای نشر در این فصل‌نامه

یکم- شرایط عمومی مقاله

۱. مقاله ارسالی باید علمی، تحلیلی، روشمند، مستند، مستدل و برخوردار از ساختار منطقی، دارای انسجام محتوی و قلم روان باشد و به صورت ویراسته در محیط word ارائه گردد.
 ۲. مقاله باید دارای چکیده، کلیدواژه، مقدمه، بدنه اصلی، نتیجه، ارجاع دهی و منابع باشد.
 ۳. مقاله ارسالی نباید قبلاً در نشریات و یا به عنوان بخشی از یک کتاب، چاپ شده باشد.
 ۴. مقاله شخصاً به اداره مجله تحویل داده شود.
 ۵. چنانچه مقاله ترجمه باشد، لازم است اصل متن زبان اصلی نیز، همراه ترجمه، ارائه گردد.
 ۶. حجم مقاله از ۱۵ صفحه ۳۰۰ کلمه‌ای کمتر و از ۲۵ صفحه بیشتر نباشد.
 ۷. اداره فصلنامه در ویرایش مطالب، آزاد است.
- تبصره:** چاپ مقالات، پس از ارزیابی علمی و رفع اشکال توسط نویسندگان، ممکن می‌گردد.

دوم- روش تنظیم فنی مقالات

۱. «چکیده»؛ با استفاده از جملات خبری در دو پاراگراف تنظیم می‌گردد:
در پاراگراف اول؛ امور ذیل به صورت فشرده بیان می‌شود: (۱) تعریف موضوع (۲) بیان اهمیت یا مشکل (۳) اشاره به فرضیه و راه حل مشکل در تحقیقات کتابخانه‌ای (یا طرح سوال در تحقیقات توصیفی- میدانی)، (۴) اشاره به روش تحقیق و نوع منابع مورد استفاده.
در پاراگراف دوم؛ به مهمترین دستاوردهای تحقیق به صورت شماره‌وار پرداخته می‌شود.
حجم چکیده حداکثر از حدود ۲۵۰ کلمه فراتر نمی‌رود و در آن از کاربرد هرگونه تعابیر بی‌نقش، کلمات مرادف، توضیح، استناد، مثال و مانند آن، پرهیز می‌گردد.
۲. **کلیدواژه‌ها** از ۵ تا ۷ کلمه پدید می‌آیند و آن‌ها کلماتی هستند که با محتوای مقاله مرتبط می‌باشند و در غیر اسم و اصطلاحات علمی، حتماً باید به صورت ترکیبی باشد.
۳. در «مقدمه»، به بیان مسأله، سوال‌ها، پیشینه، ضرورت، اهمیت، هدف و ارائه تصویر کلی از ساختار مقاله، بدون قید عنوان، پرداخته می‌شود.
۴. در «بدنه مقاله»، مدعا، استدلال، شواهد، تحلیل، استنتاج و مانند آن؛ آورده می‌شود.
۵. «نتیجه مقاله»، متنی است در پایان تحقیق که در آن ضمن اشاره به کمیت؛ به بیان کیفیت پرداخته می‌شود؛ یعنی پاسخی که به سوال‌های اصلی و فرعی داده شده و وضعیت فرضیه که اثبات یا رد گردیده، به طور مختصر و به دور از عبارت‌پردازی، بیان می‌گردد.
۶. **الگوی ارجاع‌دهی و منبع نویسی** (مورد کاربرد در این فصلنامه)، قرار ذیل است:
الف. **الگوی ارجاع‌دهی** (در داخل متن): ... شهرت سال چاپ، صفحه. **مثال:** ... (غبار، ۱۳۶۸، ۷۲۵).
ب. **الگوی منبع نویسی** (در پایان متن): شهرت مولف، نام. تاریخ نشر. عنوان کتاب، مکان، ناشر، نوبت چاپ. **مثال:** (غبار، غلام محمد. ۱۳۷۸. تاریخ افغانستان، کابل، انتشارات قلم، سوم).

فهرست مقالات

* بررسی اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی و استثنائات آن در حقوق کیفری افغانستان

محمدعلی عظیمی / ۳-۳۲

* قاعده دفاع مشروع در حقوق جزای افغانستان

علی جان فهیم / ۳۳-۷۶

* بررسی تطبیقی تحقیقات مقدماتی در قانون اجرائات جزایی افغانستان و ایران

زهرا نظری / ۷۷-۱۲۵

* فلسفه مجازات در اسلام و حقوق موضوعه

عبدالخالق فصیحی / ۱۲۷-۱۶۰

* پیوند اعضا از نگاه فقه جعفری

عبدالعزیز بیانی / ۱۶۱-۱۹۸

سخن سردبیر

بهبود شرایط زندگی، ایجاد نظم، امنیت و رفاه از مهمترین وظایف حاکمیتی نظام‌های سیاسی است. رسیدن به اهداف بالا، نیازمند تدوین قوانین و مقررات جامع متناسب با نیازها و واقعیت‌های روز جامعه است. همچنین گذشت زمان توأم با دگرگونی‌های اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و مانند آن، می‌تواند بر قوانین و مقررات گذشته تأثیرگذار باشد و احیانا اثر سوء نهاد و موجب ناکارآمدی آن‌ها گردد. در این جاست که مسأله اصلاح، بازنگری و حذف برخی قوانین و مقررات به میان می‌آید. امروزه حتی کشورهای توسعه یافته نیز از راه بازنگری و اصلاح قوانین و مقررات، به دنبال سازگاری هر چه بیشتر آن‌ها با تحولات جدید هستند.

قوانین و مقررات کشور ما نیز از این قاعده مستثنا نیست؛ بسیاری از قوانین و مقرراتی که زمانی پاسخگوی نظم و امنیت ... بودند؛ اکنون به دلیل گذشت زمان مدید از تصویب آن‌ها و ظهور مسائل نوپیدا؛ دیگر کارآمدی لازم و تاثیر سابق را ندارد از این‌رو، به اصلاح و بازنگری نیاز مبرم دارند.

یکی از قوانینی که در حوزه قوانین و مقررات جزایی کشور نیاز شدید به اصلاح و بازنگری داشت، قانون جزای مصوب ۱۳۵۵ بود. قانون یاد شده به عنوان مهمترین سند تقنینی افغانستان در حوزه حقوق کیفری با گذشت چند دهه از تولدش، دیگر توان پوشش و واکنش در برابر رفتارهای نابهنجار جدید

و نوپیدا را نداشت. پیدایش جرایم جدید؛ مانند جرایم سایبری و پیوستن جمهوری اسلامی افغانستان به کنوانسیون‌های بین‌المللی؛ همچون کنوانسیون جرایم سازمان یافته فرا ملی، کنوانسیون مبارزه با فساد اداری، کنوانسیون حقوق طفل، پرتوکول قاچاق انسان، قاچاق مهاجران، اساسنامه دیوان جزای بین‌المللی و غیره از عمده‌ترین دلایل لزوم بازنگری و اصلاح قانون جزای افغانستان به شمار می‌رفت. از سوی دیگر؛ در چند دهه اخیر، قوانین و مقررات زیادی در عرصه حقوق جزا به تصویب رسیده که موجب تعدد و تکرار و پراکندگی قوانین کیفری گردیده که ضرورت اصلاح و بازنگری را دو چندان می‌نمود.

مشکلات یاد شده مسئولان را واداشت تا پروژه‌ی تدوین کود جزایی افغانستان را طرح کنند. این کود با هدف اصلاح و بازنگری قانون جزای افغانستان کلید خورد و تلاش دارد تا وضعیت‌های جدید و نوپیدای کیفری را پوشش داده، قوانین و مقررات جزایی کشور را با کنوانسیون‌های بین‌المللی هماهنگ ساخته و اقدام به تجمیع قوانین و مقررات پراکنده و متعدد جزایی نماید. اکنون که کود جزایی افغانستان تدوین گردیده و به توشیح رئیس جمهور رسیده است امیدواریم فصل تازه‌ای در تامین عدالت کیفری گشوده شود.

فصلنامه علمی - تخصصی مطالعات حقوق اسلامی کود جزایی را به فال نیک گرفته و از آثار صاحب نظران حقوق کیفری در زمینه نقد منصفانه و بیان نقاط ضعف و قوت، نوآوری‌ها و چالش‌های فراروی آن، استقبال می‌نماید.

بررسی

اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی

و استثنائات آن در حقوق کیفری افغانستان

□ محمدعلی عظیمی

□ ماستر حقوق جزا و جرم‌شناسی از دانشگاه المصطفی - واحد کابل

چکیده

اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی عبارت است از این که هرکسی در قبال رفتار مجرمانه خویش، شخصا مسئولیت دارد. این اصل بر اساس رویکرد عدالت اجتماعی و اندیشه‌های دموکراتیک، به عنوان یک اصل بنیادین حقوق جزا به رسمیت شناخته شده است؛ هرچند که ممکن است مواردی استثنا داشته باشد. این اصل به ملاحظه رعایت تناسب جرم و مجرم و بررسی شمولیت و یا عدم شمولیت نسبت به موارد حقوقی، اهمیت زیاد دارد؛ از این رو، لازم است بررسی شود که این اصل در قوانین جزایی افغانستان مطرح گردیده یا خیر و اگر مطرح شده چگونه مطرح شده است. این تحقیق مسأله مورد نظر را با نگاه به قوانین افغانستان؛ به روش تحلیلی - توصیفی مورد بررسی قرار داده و به نتایج ذیل دست یافته است.

۱. از اصل یاد شده در مکتب اسلام بنام قاعده "وزر" یاد شده است.

۲. این اصل در حقوق کیفری افغانستان، پذیرفته شده و در قوانین مصوب

پس از سال ۱۳۴۳ مندرج است.

۳. این اصل هر چند در قوانین جزایی افغانستان آمده؛ اما با این حال پیشنه رویکرد عدلی و قضایی نشان می‌دهند که به صورت مکرر مورد نقض قرار گرفته است.

۴. مواردی چند، از اصل شخصی بودن جرم استثنا شده است.

کلید واژه ها

اصل شخصی بودن جرم، نقض قانون، مسئولیت جزایی، قاعدهٔ وزر، عدالت کیفری

مقدمه

صاحب نظران علم حقوق اصول متعددی را بر عدالت کیفری مؤثر دانسته‌اند که در این میان، اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری از مهم‌ترین این اصول به شمار می‌روند. رعایت دقیق اصل فوق در رسیدگی به دعاوی و اینکه مجرم کیست و اجرای جزا نسبت به چه کسی عادلانه خواهد بود، همه در پرتو اصول اساسی و رعایت اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی و استثنائات آن خواهد بود که در این صورت نوید بخش تحقق عدالت می‌باشد و بی‌توجهی به آن‌ها حق مراجعه کنندگان به دستگاه قضایی را تضییع نموده و موجبات بی‌عدالتی را فراهم می‌نماید.

یکی از اصول مهم در منابع حقوق امروزی، اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری است؛ یعنی هر شخص مسئول رفتار خویش است و نمی‌توان فرد دیگر را به جای او محاکمه و مجازات کرد؛ منظور اینست که هیچ‌کسی به خاطر عملی که انجام نداده یا به نحوی در ارتکاب آن شریک و سهیم نبوده است یا

به خاطر ترک فعلی که قابل انتساب به وی نیست، مسئول شمرد. در واقع مسئولیت کیفری چه به صورت فردی و یا به گونه‌ی جمعی باشد نتیجه آن، مجازات است که بر اساس قانون اعمال می‌گردد همان‌گونه که مسئولیت شخصی است، مجازات نیز شخصی خواهد بود؛ موضوع عدم تسری مجازات مجرم به خاطر ارتکاب عمل خلاف قانون، به اقارب و دوستان وی به عنوان یک اصل بنیادین در حقوق جزا مطرح بوده و مباحثی زیادی از سوی فقها و دانشمندان علم حقوق، به ویژه حقوق جزا؛ در این خصوص صورت گرفته است. در جوامع اولیه و حتی بسیاری جوامع سده‌های اخیر، مسئولیت فردی و اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی اصلاً مطرح نبوده و اگر کسی مرتکب جرمی می‌شد، تمام اقوام و اعضای خانواده در مقابل جرمی که یک نفر انجام داده بود، مسئولیت داشتند.

با توجه به مواردی فوق، اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی به اساس حقوق موضوعه با استثنائات آن‌ها از مسلمات حقوق کیفری افغانستان بوده و تحقیق حاضر تلاش دارد تا جایگاه اصل مذکور، مباحث مرتبط و شیوه برخورد زمامداران را در رابطه به اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی در حقوق کیفری افغانستان، مورد بحث و بررسی قرار دهد.

سوال اصلی پژوهش این است که اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی و استثنائات آن در حقوق کیفری افغانستان، از چه جایگاهی برخوردار است؟

و سوالات فرعی آن عبارتند از:

۱. اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی در تاریخ حقوقی افغانستان چگونه مراعات شده است؟

۲. رعایت اصل شخصی بودن مسئولیت جزای چه تأثیری در تضمین عدالت کیفری دارد؟

۳. استثنائات اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی کدام است؟

بر اساس پرسش های فوق، فرضیه های تحقیق عبارتند از:

الف. قانون گذار افغانستان با توجه به نظام حقوق کیفری اسلام، اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری را در وضع و اعمال حکم در نظر گرفته است.
ب. اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی در حقوق کیفری افغانستان در هر دوره از حکومت ها و قدرت های سیاسی در افغانستان وجود داشته است. مراعات این اصل، تضمین کننده عدالت کیفری خواهد بود.

اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی در راستای تضمین حقوق و آزادی های شهروندان، از اهمیت به سزایی برخوردار بوده و به همین دلیل همواره مورد توجه دانشمندان علم حقوق - به ویژه حقوق جزا - قرار داشته است.

فقه های اسلامی، اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی را در قالب قاعده فقهی «وزر»؛ هر چند نه به عنوان یک قاعده مستقل؛ بلکه در خلال مباحث گوناگون فقهی، مورد بحث و بررسی قرار داده اند؛ اما حقوقدانان معاصر مسلمان با توجه به اهمیت و ضرورت موضوع عرصه حقوق، سعی به عمل آورده اند تا اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی را یک اصل اساسی قلمداد نموده پیرامون آن به بحث و بررسی بپردازد؛ بنابراین، اکثریت حقوقدانان، در آثار خویش گاه به صورت مختصر و زمانی هم به صورت مشروح و تفصیلی، در رابطه به اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی، سوابق تاریخی و نیز استثنائات آن، مطالبی را به رشته تحریر در آورده اند که در ادامه به دو نوع از آن ها اشاره می شود.

۱. «حقوق جزای عمومی»؛ اثر پرویز صانعی. در این کتاب به مباحثی چون مسئولیت جزایی و استثنائات اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی، پرداخته شده است؛ ولی طرح مباحث در خصوص اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی، در کتاب مذکور بیشتر مبتنی بر قانون ایران است.

۲. برخی پایان نامه‌ها و نیز مقالات در مجلات و سایت‌های علمی در رابطه به اصل مذکور به رشته تحریر در آمده است. از آن جمله آقایان دکتر ایرج گلدوزیان، میراحمد حسینی عنوان پایان نامه دوره کارشناسی ارشد خویش را «اصل شخصی بودن مجازات‌ها از دیدگاه فقه و حقوق اسلامی» قرار داده‌اند؛ مطالب و مسایل آن دو اثر، با نگاه به وضع مدنی ایران تنسیق یافته است. در افغانستان، پایان‌نامه‌ای در مقطع کارشناسی ارشد توسط مختار ابراهیمی در این موضوع به ثمر رسیده است.

عناوین فوق و پژوهش‌های دیگری که در این زمینه صورت گرفته یا فقط از دیدگاه فقه و حقوق اسلامی بحث کرده و یا حقوق موضوعه کشورهای دیگر مثل ایران را مورد بررسی قرار داده‌اند. تحقیق پیش‌رو تلاش دارد که جایگاه و موقعیت اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی و استثنائات وارده بر آن را در حقوق کیفری افغانستان اعم از فقه اسلامی و قوانین موضوعه، مورد بررسی قرار دهد.

این تحقیق به روش توصیفی و تحلیلی و با استفاده از کتاب‌های موجود در عرصه حقوق جزا به خصوص حقوق جزای عمومی و منابعی که در راستای تبیین مسئولیت کیفری تدوین گردیده و نیز پایان نامه‌ها، مقالات و سایت‌های حقوقی، استفاده شده است.

۱. اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی

اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی به این معنی است که تنها خود شخص نسبت به اعمال جرمی که مرتکب شده، مسئول است و عمل وی به هیچ صورت - آن گونه که در گذشته‌ها رایج بوده -، به فامیل، اقارب و سایر اشخاص سرایت ننموده و مستحق مجازات شمرده نمی‌شوند. این موضوع در اسلام به صراحت مورد قبول واقع شده و شارع مقدس اسلام آن را هم در قرآن کریم و هم در سنت پیامبر گرامی اسلام (ص) مورد تأیید قرار داده است؛ مثلاً مسئولیت کارکرد و اعمال هر شخص، مستقیماً بر عهده شخص فاعل قرار می‌گیرد؛ اما در تعریف مسئولیت جزایی اتفاق نظر وجود ندارد و با این حال، می‌توان تعریف‌های گوناگونی را که حقوقدانان برای آن ارایه داده‌اند، در ذیل به برخی از آن احاله و ارجاع داد می‌شود:

۱. قابلیت توجه اتهام و تحمیل جزا به شخصی که قصداً مرتکب شده است. (قاموس اصطلاحات حقوقی ۱۳۸۷، ۲۳۱)

۲. «مسئولیت کیفری؛ توانایی (قابلیت) انتساب فعل یا ترک فعل قابل مجازات یا اقدامات تأمینی به کسانی که توان تحمل بار مجازات یا اقدامات تأمینی را داشته باشند». (نوربها ۱۳۸۲، ۲۷) بر اساس ماده شصت و پنجم قانون جزای افغانستان، «مسئولیت جزایی وقتی به وجود می‌آید که شخص به اراده آزاد و در حالت صحت عقل و ادراک، عمل جرمی را مرتکب شود. (قانون جزا ۱۳۵۵)

به طور کلی؛ باید گفت که الزام شخص به پاسخ‌گویی در قبال تعرض به دیگران، خواه به جهت حمایت از حقوق فردی صورت گیرد و خواه به منظور

دفاع از جامعه، تحت عنوان «مسئولیت کیفری» یا «مسئولیت جزایی»، مطرح می‌شود. (صانعی ۱۳۴۶، ۶۷) به هر حال، مسئولیت کیفری نوعی الزام شخصی به پاسخ‌گویی آثار و نتایج نامطلوب پدیده‌ای جزایی با جرم است.

در تعریف ترکیبی «حقوق کیفری» در علم حقوق گفته‌اند: «حقوق کیفری مجموعه قواعد کلی، عام و الزام‌آور حاکم بر سه موضوع جرم، مسئولیت جزایی و واکنش علیه پدیده مجرمانه است که از طرف دولت اجرا می‌شود. (غلامی ۱۳۸۵، ۱۰۰)

بنابراین، اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی، به موجب یکی از قواعد مسلم حقوقی و برداشت از معانی واژه‌های به کار رفته این است که: بر اساس قاعده، هر انسانی، مسئول عمل خویش است و هیچ کس را نمی‌توان برای فعلی که دیگری مرتکب شده است، مسئول دانست؛ به عبارت دیگر، هر انسانی باید شخصاً پاسخ‌گوی پی‌آمدهای ناگوار اعمالی باشد که از او صادر شده است و ممکن نیست این بار را به دوش دیگری نهاد.

الف. اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی در گذشته

مسئولیت در گذشته‌های دور به مسئولیت مدنی، جزایی، سیاسی ... تقسیم‌بندی نمی‌شد. انتقام گرفتن از شخص مجرم، خانواده و نزدیکانش نوعی حق طبیعی برای مجنی‌علیه به حساب آمده که با بی‌رحمی تمام آن‌را به منصفه اجرا می‌گذاشتند. در آن دوران اهدافی چون ارباب مجرم و سایر مردم، تنبیه، اصلاح و درمان بزهکار مطرح نبوده و مجازات اکثراً جنبه فردی داشته است.

یکی از خصوصیات بشر آن است که همیشه می‌خواهد امیال خود را به هر قیمتی که شده برآورده نماید؛ لذا می‌کوشد تا مشقاتی را که تحمل کرده به

وسيله‌ای شادی که ایجاد می‌کند، تلافی نماید. به همین جهت انتقام گرفتن امری است که در نهاد انسان وجود دارد و او آن را نه آفریده است. (مظلومان ۱۳۵۵، ۱۲۶). خون‌خواهی در این دوره، صفت فردی و شخصی نداشت. در واقع همه‌ی افراد قبیله برای خون‌خواهی قیام می‌کردند. در این میان زن‌ها نقش بسیار مهمی را در جهت تحریک و برانگیختن مردان به عهده داشتند؛ چنانچه وقتی سی مرد از قبیله خوله از «بنی رئام» کشته شدند. خوله انگستان کشته شدگان را به صورت گردن‌بندی درآورد و به گردنش آویخت و شیون کنان و بر سر زنان، نزد مردان قبیله رفت و شعار انتقام جویانه سرداد. (غلامی ۱۳۹۱، ۳۴) زمانی که افراد، گرد هم آمده و مجموعه را به نام جامعه به وجود می‌آورد مجبور است برای حفظ خود قوانین و مقرراتی وضع نماید. حال، اگر کسی این قوانین را که برای حفظ و سلامت جامعه وضع گردیده نقض نماید، مسئول بوده و جامعه حق دارد که او را به علت همین امر مورد مواخذه و «مجازات» قرار دهد. (روسو ۱۳۴۱، ۲۳۰) ولی این مواخذه فقط کسانی را مورد پیگرد و مجازات قرار می‌دهد که در انعقاد قرارداد اجتماعی شرکت داشته و سپس با داشتن «قدرت درک و شعور»، آن را نقض نموده باشند؛ بنابراین، مجانین که به علت فقدان شعور، از درک تکالیف خود عاجزند، همچنین کسان و اقوام مجرم نیز که در نقض قرارداد اجتماعی دخالتی نداشته‌اند، نباید قانوناً مورد تعقیب و مجازات قرار گیرند؛ زیرا کلیه این امور بر خلاف قرارداد اجتماعی است.

ب. اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی در اسلام

۱۰

جامعه بشری برای رسیدن به اصل حاکمیت قانون و برقراری عدالت کیفری، دوران پرفراز و نشیبی را طی کرده است. قتلها، شکنجه‌ها و ظلم‌های زیادی را

از ناحیه حکمرانان و ظالمین تحمل نموده و برای اجرای عدالت قیام‌ها نموده است؛ نتیجه آن مبارزات در مقابل خودکامگی قضات و حاکمان ظالم، همانا تن دادن حاکمان به تبیین جرایم و مجازات‌ها بوده است که در رعایت کردن اصول و قواعد راهبردی کیفری، متبلور است.

- در قرآن کریم

قرآن کریم اصلی‌ترین و مهم‌ترین منبع احکام اسلامی است که اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی را در قالب آیه مبارکه «ولاتزر وازره وزر اخری» بیان نموده است. این آیه با عین مضمون پنج بار در سوره‌های مختلف تکرار شده است که تفاوت آنها تنها در مقدمه‌ی جمله است:

قل اغیرالله ابغی و رباً و هو رب کل شیء ولا تکسب کل نفس الا علیها و لاتزر وازره وزر اخری؛ (انعام، ۱۶۴)؛ بگو آیا جز خداوند پروردگاری جوید و او پروردگار همه است و عمل نمی‌کند هیچ‌کس؛ مگر بر ذات خود و هیچ بردارنده‌ای بارگناه دیگری را بر ندارد.

مرحوم طبرسی، مفسر کبیر شیعی معتقد است که آیه‌ی فوق در پاسخ کفاری آمده که می‌گفتند: «اتبعوا سبیلنا و لنحمل خطایاکم» (عنکبوت، ۱۲)؛ راه ما را پیروی کنید، ما گناهان شما را بر دوش خواهیم گرفت. خداوند تبارک و تعالی در پاسخ آن‌ها گفته است که هیچ‌کس، بار دیگری را بر پشت نمی‌گیرد. تفسیر کابلی در خصوص این آیه مبارکه گفته است: کافران در توحید و امثال آن با مسلمانان مجادله می‌کردند و می‌گفتند شما طریق توحید را بگذارید و به آیین ما درآید؛ اگر در آن گناهی باشد، به ذمه ما. در این جا پاسخ آن‌ها داده شد که گناه هرکس بر عهده خود او است و هیچ‌کس گناهی دیگری را برداشته

نمی‌تواند. مجادله و اختلاف شما همه به حضور الهی باز می‌گردد و آنجا بررسی می‌شود. جهان جای فیصله نیست؛ بلکه عرصه امتحان و آزمون است. (دیوبندی ۱۳۸۲، ۸۵)

- در سنت

اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی به تأسی از وحی الهی، در سنت نبوی نیز مورد تأکید قرار گرفته و آن حضرت بیاناتی نسبت به آن داشته‌اند که به دو مورد آن اشاره می‌نمایم:

«عن ابی داوود عن ابی رمه قال: انطلقت مع ابی نحوالنبی فقال (ص) له ابنک هذا؟ قال ای و رب الکعبه، قال حقاً اشهد به، قال فتبسم النبی ضاحکاً من استقرار شبهی فی ابی و من حلف ابی علیه، ثم قال: «اما انه لایجنی علیک و لا تجنی علیه» و قرأ رسول الله «ولاتزر وازره و زر اخری»؛ ابوداوود از ابو رمه نقل می‌کند: همراه پدرم به سوی رسول خدا (ص) رفتیم. پیامبر به پدرم فرمود: این پسر توست؟ پدرم گفت: قسم به پروردگار کعبه بلی. پیامبر فرمود: حقیقتاً به آن شهادت می‌دهم. آنگاه تبسم فرمودند از اینکه چقدر شباهت من به پدرم زیاد است و پدرم بر آن سوگند خورد. سپس پیامبر (ص) فرمود: ولی بدان که او جنایت تو را بر عهده نمی‌گیرد و تو جنایت او را نمی‌توانی بر عهده بگیری؛ آنگاه آیه وزر را قرائت فرمودند. (دیوبندی، پیشین، ۶۵) در روایت دیگر که از امام شافعی (ره) (رئیس مذهب شافعیه)، نقل شده است، پیامبر (ص) فرمودند:

«ولایؤخذ الرجل بجریره ابیه و بجریره اخیه؛ هیچ‌کس به جرم پدر یا به جرم برادرش مورد مؤاخذه و مسئولیت قرار نمی‌گیرد. (محقق داماد؛ پیشین، ۱۶۳)

ج. تاریخچه اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی در افغانستان

با توجه به اینکه بیشتر قوانین مصوب درین سرزمین اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی را در قانون تسجیل کرده؛ ولی در عمل، موارد زیادی وجود دارد که از طرف حاکمان، نقض گردیده است و در این گفتار به موارد نقض اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی که در زمان حکومت‌های مختلف (اعم از پادشاهی، جمهوری و غیره) مرور می‌نمایم. با وجودی که شریعت مقدس اسلام و حقوق موضوعه افغانستان، اجرای آن را تضمین نموده است، به عنوان رفتار تلخ قدرت مداران، شناسایی و بازگو نمایم. هدف از طرح این گفتار، آن است تا خوانندگان بدانند که تنها ذکر برخی از موضوعات در قوانین یک کشور و حتی شریعت اسلام کافی نیست؛ بلکه آنچه مهم است، اجرای آن است که نیازمند آگاهی، دانش و رشد فکری شهروندان می‌باشد.

- نقض اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی در نظام‌های سلطنتی

نظام سلطنتی در افغانستان که از زمان احمدشاه «ابدالی» تا پایان حکومت ظاهرشاه امتداد یافته است، مملو از جنگ‌های داخلی، برادر کشی و مداخلات قدرت‌های بزرگ در امورات داخلی این کشور بوده است. در این دوران، حکام صاحب قدرت در افغانستان با اینکه در شعار بر عدالت، مساوات و حقوق شهروندی تأکید داشته؛ ولی در عمل کمتر به آن توجه شده است.

یکی از رویدادهای معاصر افغانستان که در آن اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی از سوی نهاد حاکم نقض گردیده است، قضیه قتل نادرشاه است که توسط شخصی به نام عبدالخالق در محوطه ارگ شاهی به وسیله فیر تفنگچه رخ داد. تاریخ نویسان، ترور نادرشاه را چنین نگاهشته‌اند:

«پس از کشته شدن نادرشاه، عبدالخالق به امر شاه محمود به محبس کوتوالی منتقل شد. در مدت اندکی، تمام فامیل، دوستان و نزدیکان او نیز گرفتار و بندی شدند؛ تا آنجا که تقریباً هیچ کس از وابستگان عبدالخالق از آتش انتقام شاه-محمود در امان نماندند. (علامه ۱۳۸۹، ۹۶)

بنابه روایتی، ۲۱ نفر از اعضای خانواده عبدالخالق را کشتند که در میان آن‌ها عبدالله و عبدالرحمن پسران خردسال مولاداد (کاکای عبدالخالق) و حفیظه خواهر کوچک خالق که ۳ سال (یا به روایتی ۸ سال) سن داشت، نیز قرار داشتند. (یادنامه شهید عبدالخالق ۱۳۷۲. ۶۴)

از وقایع دیگر تاریخ افغانستان قتل عام خانواده محمد داود خان است که توسط حزب دموکراتیک خلق بدون در نظر داشت جرم، حتی از اطفال بی دفاع نگذشتند؛ همچنین در قتل عام خانواده حفیظ‌الله امین بدون توجیه حقوقی به اطفال و زنان شدیداً آسیب رسانید به جرم اینکه از خانواده وی است؛ در حالی که از جنایات امین اصلاً آگاهی نداشتند.

موارد یاد شده، به صراحت اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی را نقض کرده است. (ظاهر طنین، پیشین، ۲۲۵).

- اصل شخصی بودن «مسئولیت جزایی» در قوانین اساسی افغانستان

قانون جزایی مصوب ۱۳۴۳. با توجه به اینکه در قوانین اساسی هر دوره، اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی مورد توجه قرار داشته؛ ولی در تطبیق آن مشکلات فراوان دیده شده است. قانون اساسی مصوب سال ۱۳۴۳ که اولین قانون اساسی کشور است، اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی را به صورت

صریح و آشکار به رسمیت شناخته است؛ چنانچه در ماده ۲۶ بیان می‌دارد: «...جرم یک امر شخصی است. تعقیب، گرفتاری یا توقیف متهم و تطبیق جزا بر او به شخص دیگری سرایت نمی‌کند». (ابراهیمی ۱۳۹۴، ۵۶)

قانون جزایی مصوب ۱۳۵۵. این قانون، دومین قانون مهم کشور است که اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی را با عبارت روشن به رسمیت شناخته است. فقره ۱ ماده ۲۸ این قانون جزایی چنین حکم می‌کند: «شخص از جرمی که نتیجه عمل جرمی او نباشد، مسئول شناخته نمی‌شود». بنابراین، بر اساس این ماده از قانون جزای افغانستان که بیشترین مسایل مربوط به حقوق جزای عمومی و اختصاصی را تنظیم می‌کند، جرم یک عمل شخصی پنداشته شده و به هیچ صورت، تعقیب عدلی و قضایی یا مجازات یک شخص به اقارب، دوستان و نزدیکان وی تسری پیدا نمی‌کند.

در این قانون، برای «اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی» ماده مستقلی را اختصاص داده، صورت اجرای آن را تضمین نموده؛ چنانکه در ماده ۳۱، چنین صراحت دادرد:

«جرم یک امر شخصی است؛ تعقیب، گرفتاری یا توقیف متهم و تطبیق جزا بر او به شخص دیگری سرایت نمی‌کند».

قانون جزایی مصوب ۱۳۵۹. این قانون که در زمان ببرک کارمل به تصویب رسید، اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی را در ماده ۳۰ بیان داشته است و همچنین قانون اساسی تدوین شده در زمان نجیب‌الله نیز اصل متذکره را در ماده ۴۱ به رسمیت شناخته است. بر این اساس، از نظر شکلی به اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی احترام نهاده شده است. (ابراهیمی، پیشین، ۶۷)

قانون اساسی مصوب ۱۳۸۲. به باور بسیاری از کارشناسان مسایل حقوقی، قانون اساسی فعلی افغانستان از جمله بهترین و دموکرات‌ترین قانون اساسی در سطح منطقه می‌باشد که برای شهروندان افغانستان در زمینه‌های زیاد، حق و حقوق در نظر گرفته است که از آن جمله می‌توان به حق آزادی بیان، تشکیل احزاب سیاسی، آزادی تظاهرات و اجتماعات، راه‌اندازی رسانه‌های نوشتاری، صوتی و تصویری، حق انتخاب شدن و انتخاب کردن در پست‌های مختلف دولتی بدون تبعیض ... اشاره نمود. (رحیمی ۲۰۰۸، ۴۵)

قانون اساسی کنونی افغانستان، در این زمینه چنین آورده است: «جرم یک عمل شخصی است. تعقیب، گرفتاری یا توقیف متهم و تطبیق جزا بر او به شخص دیگری سرایت نمی‌کند» (قانون اساسی ماده ۲۶). در صورت تطبیق دقیق این ماده و ملزم ساختن نهادهای مسئول در جهت رعایت آن و نیز سایر مواردی که به منظور از بین بردن ظلم و بی‌عدالتی وضع شده‌اند؛ از سوی مراجع تطبیق‌کننده قانون جلو ظلم، استبداد و بی‌عدالتی گرفته خواهد شد.

۲- قوانین اجرائات جزایی

اصول محاکمات جزایی یکی از رشته‌های مهم و غیرقابل انفکاک حقوق جزا است که اهمیت آن در اجرایی پروسه عدالت جزایی فوق‌العاده مهم بوده و چنانچه در این قانون مهم، کاستی‌ها و نواقصی موجود باشد، بدون شک اجرای پروسه عدالت نیز به مشکلات مواجه خواهد شد. این قانون در حقیقت نمایان‌گر چگونگی عدالت جزایی و حقوق جزایی هر کشور است. اصول محاکمات جزایی با مشخص کردن گام به گام پروسه عدالت جزایی از

خودسری‌ها و خودکامگی‌های مسئولین عدلی و قضایی جلوگیری نموده و نیز حقوق متهمین و مظنونین را مشخص می‌سازد؛ از این رو، تعیین جرم از وظایف منحصر قانون‌گذار است که آن را در قالب اصول محاکمات مطرح می‌کند. (اردبیلی، ۱۳۸۷، ۱۴۳) به طور خلاصه باید گفت که اجرای بی‌عیب و نقص عدالت جزایی، وابسته به قانون اجرائات جزایی بوده و یک محاکمه عادلانه نیز فقط با یک قانون استاندارد اجرائات جزایی، تضمین می‌گردد.

در تعریف قانون اجرائات جزایی گفته‌اند: «اصول محاکمات جزایی مجموعه قواعد و مقرراتی هستند که برای کشف جرم، تعقیب متهمان و تحقیق از آنان، تعیین مراجع صلاحیت‌دار، طرق شکایت از احکام و نیز بیان تکالیف مسئولان قضایی و انتظامی در طول رسیدگی به دعوای جزایی و اجرای احکام از یک سو و حقوق و آزادی‌های متهمان از سوی دیگر، وضع و تدوین شده است. (آشوری، ۱۳۸۵، ۱۲)

اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی (همانند قوانین جزایی)، به صورت صریح در قانون اجرائات جزایی ذکر نشده است؛ لکن به صورت ضمنی می‌توان استنباط نمود که برخی از مواد قانون مذکور مربوط به اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی است.

فقره ۴ ماده ۲ قانون اجرائات جزایی، یکی از اهداف قانون مذکور را محاکمه عادلانه می‌داند که در آن هیچ انسان بی‌گناه که در ارتکاب جرم دخالت نداشته مجازات نشده و همچنین هیچ مجرمی از تعقیب عدلی و قضایی باز نماند. به نظر می‌رسد این فقره، اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی را مورد تأکید قرار می‌دهد؛ زیرا در صورتی که یک شخص بی‌گناه به دلیل داشتن قرابت با مجرم

مورد مجازات قرار گیرد، مخالف اهداف قانون اجرائات جزای اجرائات صورت گرفته است که قابل قبول نمی‌باشد.

همچنین فقره ۳ ماده ۷ قانون اجرائات جزایی، همانند قانون اجرائات جزایی موقت، تحت فشار گذاشتن متهم را به احتمال زیاد با استفاده از اقارب و نزدیکان وی به منظور اقرار و کشف جرم به صراحت مورد نهی قرار داده است: «مظنون، متهم و مدعی حق العبد، دارای حقوق ذیل است... مسئولیت از توهین، تحقیر، تعذیب جسمی، روانی و هرگونه برخورد غیر انسانی».

۳. آثار و پی‌آمدهای اصل شخصی بودن مسئولیت جزای

الف. تضمین عدالت کیفری

از مهم‌ترین آثار اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی این است که هر کس در مقابل تقصیری که مرتکب شده، مواخذه می‌شود و عوارض آن به هیچ روی به بستگان و دیگران سرایت نمی‌کند. می‌دانیم که قبل از برقراری نظام‌های جدید جزایی، مسئولیت مجرمین عملاً اعضای خانواده و بستگان آنان را نیز در بر می‌گرفت. وقتی شخصی، مرتکب جرمی خطرناک می‌شد - مخصوصاً وقتی اقدامی علیه جان سلطان یا امنیت کشور به عمل می‌آورد - نه تنها خود او را به سختی مجازات می‌کردند؛ بلکه اعضای خانواده یا سایر اقوام نزدیک او را هم زندانی و مجازات می‌نمودند و شکنجه می‌دادند تا اطلاعات لازم را در باره فعالیت‌ها و مقاصد شخص مجرم به دست آورند. (قربانی‌نیا ۱۳۸۱، ۵۷) گاهی اوقات هم، نه به خاطر کسب اطلاعات؛ بلکه صرفاً به علت حس انتقام‌جویی،

همه اعضاء يك خانواده به آتش جرمي كه يك نفر مرتكب شده بود، مي سوختند و بدین سان؛ عدالت كیفی، ضمانت اجرای نداشت.

دانشمندان و صاحب نظران علم حقوق، اصول متعددی را موثر بر عدالت كیفی دانسته اند؛ یکی از آن اصول، مراعات اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی است. رعایت دقیق اصل فوق در رسیدگی به دعاوی و جرم و جزا، نوید بخش تحقق عدالت می باشد و بی توجهی به آن ها حق مراجعه کنندگان قضایی را تضییع نموده و موجبات بی عدالتی را فراهم می نماید. در قوانین تمام کشورها و آرزوی تمام ملل دنیا در طول پرفراز و نشیب تاریخ، عدالت و تطبیق عدالت بوده و است. (ولیدی ۱۳۸۵، ۵۴)

قانون اساسی افغانستان نیز تأمین عدالت در جامعه را از مکلفیت های دولت شمرده و در ماده ششم مقرر داشته: «دولت به ایجاد یک جامعه مرفه و مترقی بر اساس عدالت اجتماعی، حفظ کرامت انسانی، حمایت حقوق بشر، تحقق دموکراسی، تأمین وحدت ملی، برابری بین همه اقوام و قبایل و انکشاف متوازن در همه مناطق کشور، مکلف می باشد». هر نظام که در اریکه قدرت چه بر اساس شایستگی و قانون و چه بر اساس زور و استبداد تکیه زده، دم از عدالت و حاکمیت عادلانه زده اند. توجه به شخصیت و کرامت انسانی افراد، رعایت کامل حقوق متهمان و مصون ماندن جان و مال و ناموس مردم از تجاوز را می توان از نتایج مسلم رعایت اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی دانست.

ب. حفظ نظم عمومی

اصطلاح نظم عمومی در عرصه حقوق داخلی و حقوق بین الملل، کاربرد فراوان دارد. اساساً در قلمرو حقوق، نظم عمومی با منافع و مصالح جامعه، ارتباط

مستقیم یافته است؛ همچنین مفهوم نظم عمومی، پیوند عمیقی با ایدئولوژی حاکم، خطّ مشی سیاسی و ملاحظات اجتماعی، اقتصادی و اخلاقی هر جامعه داشته است. افلاطون نخستین فیلسوفی است که این اندیشه را به روشن‌ترین وجه بیان کرده است. هدف کیفر، دیگر نه بزه‌دیده است تا کفاره را تأمین کند و نه جرم تا سزای عمل به شمار رود، بلکه مستقیماً متوجه مقصر است، (ژان پرادل ۱۳۸۱، ۲۵)؛ زیرا مقصر است که نظم جامعه را بهم زده و اختلال اجتماعی ایجاد کرده است؛ این هم به این معنی است که بستگان مجرم به عنوان عضو جامعه به خاطر عدم رعایت اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی، احساس آرامش و امنیت نداشته باشد.

انسان ذاتاً موجودی اجتماعی است؛ سرشت و طبیعت وی بر اجتماعی بودن مبتنی است، تنوع و کثرت نیاز بشر به اندازه‌ای است که تأمین همه آن‌ها از سوی هریک از افراد امر محال و غیر ممکن است و چاره جز این نیست که در یک زندگی جمعی هریک از افراد بشر در تأمین بخشی از نیازها، نقش ایفا نمایند. زندگی افراد در اجتماع به دلیل تعارض منافع، همواره در طول تاریخ مواجه با اختلاف و درگیری فردی و گروهی بوده است. برای کاستن این درگیری‌ها و حل و فصل اختلافات، چاره‌درین دیده شد که با تشکیل حکومت و وضع قانون، حقوق و تکالیف افراد جامعه در مقابل یک دیگر تبیین گردد؛ براین اساس، حاکمان و مدیران جامعه بر آن شدند تا با وضع قوانین عادلانه، حقوق و آزادی‌های مشروع شهروندان را تأمین و تضمین نموده و شرایط لازم جهت تحقق عدالت را فراهم نمایند. از جمله عواملی که نقشی مهمی در استقرار عدالت در جامعه دارد، عدالت کیفری و اصول و قواعد حاکم بر اجرای کیفر

است و در این صورت، عدالت کیفری و حفظ نظم عمومی تأمین خواهد شد.
(محمدی ۱۳۸۷، ۳۲)

۴. استثنائات اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی

الف. ضمان عاقله

در نظام حقوقی اسلام که به اساس ماده ۳ قانون اساسی، هیچ حکم و دستوری نباید در مخالفت با آن قرار داشته باشد، اصل بر این است که جرم یک عمل شخصی بوده و مجازات مجرم به اقارب و دوستان وی سرایت نمی‌کند. این موضوع به عنوان یک اصل اساسی حقوق جزای اسلامی از سوی فقهای اسلامی مورد توجه قرار گرفته است؛ با این وجود، فقه اسلامی برخی استثنائات را برای اصل مذکور برشمرده که ضمان عاقله و پرداخت دیه توسط بیت‌المال در شرایط خاص از آن جمله می‌باشد.

مسأله عاقله، از جمله مسایلی است که در فقه و حقوق اسلامی مطرح می‌باشد و از احکام مشهور فقه اسلامی به شمار رفته و فقهای اسلام اعم از شیعه و اهل سنت به آن فتوا داده‌اند؛ یعنی اگر قتل یا بعضی جنایات دیگر بدون هیچ‌گونه تعمدی و صد در صد از روی خطا از کسی سرزند دیه و خون‌بها را باید گروهی از خویشاوندان او بپردازند و این گروه را عاقله می‌گویند. (احمدی ۱۳۸۱، ۱۴). فقهای اهل سنت در مورد قتل خطایی، اجماع نظر دارند که دیه بر عهده عاقله جانی است و این حکم را در اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری یک استثنا دانسته و فلسفه آن را تعاون و همکاری با جانی ذکر کرده‌اند. (اسکندری ۱۳۹۰، ۱۳).

مرحوم منتظری با استناد به آیات و روایات گفته که حمل دیه بر عاقله در بدو امر مقدار دور به نظر می رسد؛ ولی با شروط ویژه که در ثبوت آن قرار داده شده (مانند اینکه جنایت نباید با اقرار جانی به ثبوت رسیده باشد یا اینکه عاقله باید ورثه متمکن جانی باشند)، می توان اصل حکم را به گونه معقول و مقبول دانست؛ زیرا در قتل خطای محض، جنایتی رخ داده که به دقت عقلی مقصری ندارد، خونی به ناحق ریخته شده که باید به گونه جبران گردد و اگر بر عهده جانی گذاشته شود او معمولاً توانایی ندارد؛ ولی اگر بین اقوام و خویشان متمکن او تقسیم گردد، هم دیه پرداخت شده و هم بر کسی ضرر قابل توجهی وارد نشده است (منتظری ۱۳۸۷، ۱۷)؛ بنابراین، تعلق دیه بر عاقله، همانند بیمه، تضامن متقابل و تقسیم فشار مشکلات و حوادث بر گروه کثیری است. به تعبیر دیگر تعلق دیه بر عاقله یک بیمه فامیلی و خانوادگی محسوب می شود که در ضمن همبستگی اعضای فامیل را نیز بیشتر می کند و همچنان ضمان بیت المال مورد دیگری بر این اصل شمرده شده است.

ب. مسئولیت جزایی ناشی از فعل غیر در قوانین افغانستان

در ذیل برخی از مواردی را که قوانین و مقررات افغانستان به عنوان استثنائات اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی، مورد پذیرش قرار داده است؛ اشاره می گردد:

ت. مسئولیت مدیر مسئول رسانه های همگانی

قانون اساسی فعلی برای هر افغان حق داده است تا در چوکات قوانین نافذ کشور، اقدام به تأسیس رادیو، تلویزیون، مطابع و... و همچنین نشر و طبع

روزنامه، هفته‌نامه، مجله و کتاب نماید؛ اما به منظور جلوگیری از فحاشی، نقض ارزش‌های دینی و ملی، ترویج فحشا و موضوعات خلاف آداب، عرف و عنعنات اکثریت شهروندان کشور، نه تنها نویسنده یا گوینده‌ای که قوانین و مقررات را نقض نماید، مسئول شناخته؛ بلکه صاحب امتیاز و مدیر مسئول نیز به دلیلی عدم نظارت و کوتاهی یا سهل‌انگاری در کنترل درست (ولو هیچ‌گونه دخالتی در ارتکاب جرم نداشته باشد)، مسئول شناخته است.

قانون جزا افغانستان در ماده ۲۳۷ به صراحت مقرر می‌دارد که: «هرگاه جرایم مندرج ماده ۲۳۶ این قانون از طریق جراید یا روزنامه‌ها ارتکاب گردد، مدیر مسئول و نویسنده به صفت فاعلان اصلی به مجرد نشر، به جزای پیش‌بینی شده آن محکوم می‌گردد.» در ماده ۲۳۶ قانون‌گذار نشر و ترویج برخی مواردی را که خلاف منافع عامه و ارزش‌های ملی و دینی مردم افغانستان است، ممنوع قرار داده و برای مرتکبین آن مجازات در نظر گرفته است؛ یعنی مطابق ماده مذکور، اگر موارد ممنوعه توسط کارمند روزنامه یا مجله به نشر برسد، علاوه بر کارمند، مدیر مسئول نیز به دلیل عدم نظارت بر عملکرد کارمند، تحت تعقیب و پیگرد قانونی قرار می‌گیرد.

ماده ۲۶ قانون رسانه‌های همگانی، مدیر مسئول را از نشر مضامین و محتویات که در رسانه‌ای وی به نشر می‌رسد، مسئول می‌داند. این ماده قانونی، مدیر مسئول را ملزم می‌سازد تا قبل از طبع و نشر مطالب و موضوعات، آن را به دقت مورد بررسی و تدقیق قرار داده و زمانی که از عدم مخالفت و تناقض آن با ارزش‌ها و هنجارهای مورد احترام جامعه مطمئن گردید، اجازه نشر آنرا صادر نمایند. البته این موضوع نیازمند آگاهی و فهم گسترده مدیر مسئول از قوانین و مقررات حقوقی، فرهنگ، عرف و آداب اجتماعی است که باید با آن‌ها

آشنا باشد تا او خود و کارمندان و همچنین نویسندگان مقالات نشریه، به مشکل مواجه نشوند.

ث. مسئولیت برگزارکنندگان تظاهرات و اجتماعات

برپایی تجمعات و تظاهرات به منظور مطالبه حقوق مشروع و همچنین مجبور ساختن دولت مردان و نهادهای اجرایی جهت عملی ساختن خواست‌های قانونی، از جمله حقوق بنیادین و اساسی شهروندان یک کشور به حساب می‌آید که در قوانین اساسی کشورها تسجیل گردیده است. قانون اساسی در ماده ۳۶ مقرر می‌دارد: «اتباع افغانستان حق دارند برای تأمین مقاصد جایز و صلح آمیز، بدون حمل سلاح طبق قانون، اجتماع و تظاهرات نمایند». درست است که ماده مذکور، اجتماعات و تظاهرات را به عنوان یک حق بنیادین اتباع به رسمیت شناخته؛ ولی برای جلوگیری از بی‌نظمی و هرج و مرج، شرایط را در متن ماده برای تظاهرات در نظر گرفته و برخی دیگر آن را به قانون علیحده موکول نموده تا تظاهرات به شکل صلح آمیز و قانونی آن انجام شود؛ سبب هرج و مرج و زیان‌های مالی و جانی شهروندان نگردد.

به اساس این قانون، گردهمایی و راهپیمایی باید به وسیله سازمان‌ها، اشخاص حقیقی و حقوقی راه اندازی شود؛ اشخاص مذکور دارای مکلفیت‌های ذیل می‌باشند:

۱- اطلاع کتبی به پولیس محل، بیست و چهار ساعت قبل از راه اندازی

اجتماع.

۲- درج هدف، وقت، محل و خط السیر در متن اطلاعیه.

۳- رعایت احکام قانون اساسی و سایر قوانین کشور و ارزش‌های مندرج در اعلامیه جهانی حقوق بشر.

۴- احترام به دین مقدس اسلام و عنعنات مذهبی، ملی، تاریخی و فرهنگی کشور.

۵- اجتناب از دشنام، تهدید و تخویف اشخاص و [پرهیز از] ارتکاب هر نوع حرکت مغایر آداب، نظم و امن عامه.

۶- اجتناب از خشونت، تخریب و مبارزه مسلحانه. (قانون اعتصابات، ماده ۷) با توجه به ماده فوق، در صورتی که تظاهرات به هرج و مرج منتهی شده و افراد شامل در تظاهرات علی‌رغم اراده برگزارکننده، دست به تخریب اموال عمومی بزنند، سازمان‌دهنده تظاهرات، مسئول ناشی از فعل تظاهرات چنان بوده و باید ضررهایی را که آن‌ها به اموال خصوصی و عمومی وارد آورده‌اند، جبران نماید. قوانین جزایی سایر کشورها، ضمانت اجرای لازم را در این خصوص در نظر گرفته است؛ اما ق.ا.ا.ت در این خصوص ساکت بوده و تنها به لفظ «مكلف است» اکتفا کرده است. حالا اگر تظاهرات به خشونت گراید و برگزارکننده از کنترل مظاهره‌چیان در رابطه به چور و چپاول اموال عمومی عاجز ماند، چقدر و چگونه باید مجازات شود، قانون مذکور ساکت است و این یک نقص اساسی قانون مذکور به شمار می‌رود. (ابراهیمی، پیشین، ۱۱۳)

به نظر می‌رسد؛ موادی که استثنائات اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی را تایید می‌کند، محدود و ناکافی است از این رو خوب است که این استثنائات بازنگری شود و دامنه آن توسعه پیدا کند تا شامل جرایم چون رشوت و اختلاس و سوء استفاده از صلاحیت‌های موقعیتی کارمندان در ادارات، اهمال گذاشتن

مراتب یک دوسیه و کُندکاری افراد یا نهاد و مانند آن نیز شود و کار فرمایان و ریاست‌های اداری، وزارتخانه‌ها و نهادهای مرجع عموم، نیز نسبت به جرایم متذکره کارمندان و زیرمجموعه‌های‌شان تحت پوشش قانونی قرار گیرند و نسبت به جرایم رخ داده در حوزه‌شان پاسخگو باشند.

نتایج بحث

از این نوشتار که تحت عنوان «بررسی اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی و استثنائات آن در حقوق کیفری افغانستان» و در چهار عنوان اصلی به فرجام رسیده و آن‌ها عبارتند از: پیشینه اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی، بررسی چند و چون آن در قوانین افغانستان، آثار و پی‌آمدهای این اصل و همچنین استثنائات آن، نتایج ذیل به دست می‌آید:

۱. با توجه به سیر تاریخی حقوق کیفری در گذشته‌های دور، مسئولیت جزایی یک امر جمعی بوده است یعنی در صورتی که یک شخص مرتکب جرم می‌شده است، تمام اعضای خانواده و حتی قبیله‌اش مسئول بوده و در صورت دسترسی اقارب و قبیله متضرر از جرم به هر یک از اعضای فامیل و قبیله مجرم اعم از زن و مرد و یا پیر و جوان به شدیدترین وجه ممکن مورد خون‌خواهی و انتقام قرار می‌گرفته‌اند.

۲. آیه «ولانزر وازره وزر الاخری» در چند جای قرآن کریم و همچنین آیات متعدد دیگر به صراحت اعلان نموده که اصل در اسلام، شخصی بودن مسئولیت جزایی است و این اصل در احادیث، روایات و سیره پیامبر اسلام (ص) و یارانش نیز منعکس شده است.

۳. از طرف دیگر زمامداران نیز به خاطر کسب حمایت مردم مسلمان افغانستان، سعی می‌کردند خود را مسلمان واقعی جلوه داده و احکام اسلامی را تا جایی که مغایر با دوام اقتدار خود و خانواده شان نباشد، عملی سازند. بنابراین، پذیرش قاعده «وزر» و استثنائات آن در حقوق کیفری افغانستان، به عنوان یک قاعده معتبر فقهی که مورد اتفاق همه علمای اسلامی بوده، اجتناب ناپذیر است؛ ولی اینکه تا چه اندازه در رفتار حاکمیت نظام‌های حقوقی افغانستان جامه عمل پوشیده و در فیصله‌های شان رعایت کرده‌اند، موضوع جدا است.

۴. مواردی زیاد در تاریخچه حقوق وجود دارد که افراد صرفاً به خاطر داشتن قرابت و خویشاوندی با مجرم، مورد شکنجه، اذیت و آزار قرار گرفته و حتی اعدام شده‌اند. مخصوصاً زمانی که جرم ارتكابی علیه پادشاه و یا یکی از نزدیکان وی صورت گرفته است؛ در این گونه موارد، تمام اعضای فامیل و حتی دوستان دور وی به دار شکنجه شده و یا مجازات آویخته شده‌اند.

۵. با پیوستن افغانستان به جنبش قانون اساسی و وضع و تصویب قوانین موضوعه، اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی و یا این که جرم یک عمل شخصی است، همواره به عنوان یک اصل اساسی و بنیادین در قوانین اساسی حکومت‌های مختلف این کشور، به رسمیت شناخته شده و یک ماده قانون به آن اختصاص یافته است. با تحولاتی که در زمینه حقوق جزا

در سطح جهان صورت گرفته و استثنائاتی را برای اصل مذکور در نظر گرفتند، قانون‌گذار افغانستان نیز سعی نموده تا همگام با قافله جهانی، استثنائاتی را در قوانین جزایی در رابطه به اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی، به رسمیت بشناسد.

۶. با توجه به اینکه اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی در افغانستان دست کم در بعد اجرا با نارسایی‌های همراه است، استثنائات از اصل شخصی بودن جرم نیز به گونه محدود و ناکافی آورده شده و این می‌طلبد که موارد دیگر مانند جرایمی که در ادارات تحت ریاست، رخ می‌دهند و همچنین جرایمی که به وسیله افرادی که زیرمجموعه نهادها و یا اشخاص حقیقی و یا حقوقی محسوب می‌شوند رخ می‌دهند نیز بر موارد مستثنا شده، اضافه گردد.

۷. نکته اخلاقی دیگر که در این نوشته بدان اشاره شده، این است که ذکر برخی از قواعد و مقررات کلی و جزئی در شریعت اسلامی یا قانون اساسی و سایر قوانین نافذ کشور، کفایت نمی‌کند. بلکه آنچه بسیار مهم است اجرا و تطبیق آن قواعد و مقررات می‌باشد و این مهم به نظارت سیستم قضایی، دولت مردان متعهد و قانون‌گرا، نهادهای طرفدار حاکمیت قانون و شهروندان بیدار و آگاه می‌باشد.

منابع و مأخذ

قرآن کریم.

الف. کتب

۱. ابراهیمی، مختار. ۱۳۹۴. اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری در نظام حقوقی افغانستان، پایان نامه ماستری دانشگاه خاتم النبیین.
۲. احمدی، ذکراالله. ۱۳۸۱. نهاد عاقله در حقوق کیفری اسلام، تهران، میزان.

۳. اردبیلی، محمدعلی. ۱۳۸۹. حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، چاپ بیست و دوم.
۴. آشوری، محمد. ۱۳۸۵. آیین دادرسی کیفری، تهران، سمت، یازدهم.
۵. پرادل، ژان. ۱۳۷۳. تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه، علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی.
۶. پژوهشکده حوزه و دانشگاه. ۱۳۸۱. درآمدی بر حقوق اسلامی، تهران، سمت، سوم.
۷. پوهنچی حقوق و علوم سیاسی پوهنتون کابل. ۱۳۸۷. قاموس اصطلاحات حقوقی، کابل، اول.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ۱۳۶۸. ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، چهارم.
۹. حبیبی، ضامن علی. ۱۳۹۱. جرایم برضد امنیت و آسایش عمومی در حقوق جزای افغانستان، کابل، مقصودی، خزان.
۱۰. دیوبندی، محمود حسن. ۱۳۸۲. تفسیر کابلی، مترجم: جمعی از علمای افغانستان، تهران، احسان، ششم.
۱۱. رحیمی، مجیب الرحمن. ۲۰۰۸. نقدی بر ساختار نظام در افغانستان، کابل، کانون مطالعات و پژوهش‌های خراسان.
۱۲. روسو، ژان ژاک. ۱۳۴۱. قرارداد اجتماعی، مترجم: غلام حسین زیرک‌زاده، تهران، شرکت سهامی چهر، چهارم.
۱۳. صانعی؛ پرویز. ۱۳۴۸. طرح مقدماتی حقوق جزای عمومی، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۱۴. طنین، ظاهر. ۱۳۹۰. افغانستان در قرن بیستم، تهران، عرفان، سوم.

۱۵. علامه، غلام حیدر. ۱۳۸۹. اصول راهبردی حقوق کیفری در قوانین اساسی ایران، افغانستان در پرتو اسناد بین المللی، تهران، میزان.
۱۶. عمید، حسن. ۱۳۸۲. فرهنگ فارسی عمید، تهران، امیرکبیر.
۱۷. غبار، میرغلام محمد. ۱۳۸۵. افغانستان در مسیر تاریخ، کابل، محسن.
۱۸. غلامی، حسین. ۱۳۸۵. مبانی حقوق و عدالت جزای در افغانستان، موسسه gtz.
۱۹. فرهنگ، محمد صدیق. ۱۳۷۴. افغانستان در پنج قرن اخیر، قم، محمدوفایی، دوم.
۲۰. قربانی نیا، ناصر. ۱۳۸۱. عدالت حقوقی، نشر موسسه فرهنگ دانش و اندیشه معاصر، اول، تهران، میزان.
۲۱. کاتوزیان، ناصر. ۱۳۸۹. حقوق خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، سوم.
۲۲. محقق داماد، مصطفی. ۱۳۸۳. قواعد فقه ۴، تهران، مرکز علوم اسلامی، پانزدهم.
۲۳. محمدی، عبدالعلی. ۱۳۸۷. حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، کابل، دانشگاه خاتم النبیین.
۲۴. مرکز فرهنگی نویسندگان افغانستان. ۱۳۷۲. یادنامه شهید عبدالخالق، قم، دارالکتب الاسلامیه.
۲۵. منتظری، حسینعلی. ۱۳۸۷. مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر، قم، ارغوان دانش، اول.
۲۶. ولیدی، محمدصالح. ۱۳۸۵. حقوق جزای عمومی، ج ۱، دوازدهم، تهران، سمت.

ب. مقالات

۱. اسکندری، عبدالکریم. ۱۳۸۹. حقوق جزای عمومی، جزوه درسی دانشگاه خاتم النبیین.
۲. حاجی ده‌آبادی، احمد. ۱۳۹۲. جرم شناسی، جزوه درسی جامعه المصطفی. کابل.
۳. سجادی، عبدالقیوم. ۱۳۸۷. رابطه فقه و حقوق، جزوه درسی دانشگاه خاتم النبیین.

۴. (د) قوانین

۵. وزارت عدلیه. ۱۳۸۲. قانون اساسی.
۶. _____ ۱۳۶۶. قانون اساسی.
۷. _____ ۱۳۶۹. قانون اساسی.
۸. _____ ۱۳۵۵. قانون جزا.
۹. _____ قانون اعتصابا، تظاهرات و اجتماعات.
۱۰. _____ ۱۳۸۲. قانون اجراء جزایی مؤقت.
۱۱. _____ ۱۳۸۶. قانون رسانه های همگانی.

قاعده دفاع مشروع در حقوق جزای افغانستان

□ علی جان فهیم

□ ماستر حقوق جزا و جرم‌شناسی از دانشگاه المصطفی - واحد کابل

چکیده

دفاع مشروع اصطلاحی است که در حوزه حقوق کیفری به کار برده می‌شود و منظور از آن این است که ارتکاب عمل دفاعی در برخی از وضعیت‌ها، از پشتیبانی قانونی برخوردار است. تمایز میان جرایم در بر دارنده کیفر و جرایم بدون کیفر موضوع بنیادی و مهم است؛ یکی از موارد این مهم، دفاع مشروع شمرده می‌شود از این‌رو، اثبات جرایم بدون کیفر به عنوان حق و تکلیف، از اهمیت خاص برخوردار است؛ از این‌رو، تشخیص قلمرو دفاع مشروع (به عنوان یک اقدامی که عنصر مادی و قانونی جرم بودن را تکمیل می‌نماید، اما فقدان عنصر معنوی آن را از فهرست جرایم بر می‌دارد)، با ظرافت‌های خاصی در فقه و قانون پیش‌بینی گردیده است. تیرئه شدن برخی از جرایم نگرانی‌های را در مورد دفاع مشروع (که ممکن است از آن سوء استفاده شود)، برانگیخته است.

در این تحقیق، موضوع دفاع مشروع از منظر قانون جزای افغانستان طرح گردیده و ذیل سه رویکرد (نظریه اجبار معنوی، نظریه حق و تکلیف و نظریه

تعارض دو حق)، مورد بحث و بررسی قرار گرفته و به نتیجه زیر دست یافته است:

موضوع دفاع مشروع در دو بخش تجاوز مستوجب دفاع و دفاع مشروع به موارد پیش‌بینی شده در قانون، تقسیم و تنظیم گردیده و برای هر کدام شرایطی خاصی در نظر گرفته شده است. شرایط تجاوز مستوجب دفاع مشروع (شامل: فعلی یا قریب الوقوع بودن تجاوز، غیر قانونی بودن تجاوز) و شرایط دفاع قانونی (شامل: ضروری بودن دفاع، تناسب دفاع با تجاوز، دفاع از دیگری و...)، به بررسی گرفته شده است.

واژه‌های کلیدی

دفاع مشروع؛ تجاوز؛ زوال عنصر قانونی؛ حق؛ تکلیف؛ تجاوز مستوجب دفاع؛ جرم؛ مسئولیت جزایی.

مقدمه

تحقیقات نشان می‌دهد که پدیده‌ای مجرمانه موازی و همگام با زندگی گروهی بشر بوده و تحولات خود را متناسب با پیچیدگی زندگی انسان داشته است؛ به گونه‌ای که در هر شرایط و زمان، قلمرو، ماهیت و تعریف جرم توأم با تغییر بوده است؛ بدین توضیح که برخی از رفتارها و اعمال اشخاص در یک زمانی جرم بوده و در زمان دیگر از فهرست جرایم بیرون شده‌اند.

روند تحولات تاریخی جرایم و مجازات‌ها نشان می‌دهند که رابطه معنی‌دار، میان نگاه به جرایم و تحقق عدالت جزایی، وجود داشته است. در مورد پدیده

مجرمانه برداشت‌های متفاوتی وجود داشته؛ چنان‌که راجع به اهداف مجازات نیز برداشت‌ها و تعابیری گوناگونی دیده می‌شود.

میشل فوکو نویسنده و فیلسوف معروف فرانسوی ضمن اشاره به دوره‌های تحول مجازات، از عدالت جزایی گذشته به عنوان "عدالت سنتی" یاد نموده است. "آقای فوکو از دوره‌های مختلف مجازات‌ها یاد نموده است؛ طوری‌که، «دوره رسوایی‌های بزرگ عدالت سنتی؛ دوره طرح‌های بی‌شمار اصلاحات؛ دوره نظریه جدید قانون و جرم؛ دوره توجیه نوین اخلاقی یا سیاسی حق مجازات کردن؛ دوره لغو فرمان‌ها و قوانین قدیمی و محو رسوم؛ دوره طرح یا تحریر قوانین مدرن» (فوکو، ۱۳۷۸، ۱۶)؛ از جمله دوره‌های‌اند که آقای فوکو از آن‌ها تذکر به عمل آمده است. دوره‌های مجازات نشانگر تحولات قوانین، مجازات و اهداف آن در جامعه بشری است، بنابراین، در گذشته تنها به جرم نگریسته می‌شد و مجرم و شرایط اعمال مجرمانه مورد توجه قرار نمی‌گرفت. این‌گونه نگاه به جرم مجازات نامتناسب را در پی داشت؛ اما اکنون نه تنها به جرم؛ بلکه به مجرم و شخصیت آن و شرایط تحقق جرم نیز نگریسته می‌شود؛ این در حالی است که نظام‌های جزایی در حال رشد و توسعه هستند و همین روند توسعه یافتگی نظام‌های جزایی در طرح و تصویب قوانین تأثیری خود را داشته‌اند و این نمایانگر پیشرفت عدالت جزایی می‌باشد.

در این نوشته نخست، به تفاوت میان اعمال مجرمانه و اعمال شبه جرم که به لحاظ قانونی توجیه پذیر هستند، پرداخته شده و سپس شرایط دفاع مشروع مورد بحث قرار گرفته است.

قاعده دفاع مشروع در نظام‌های مختلف مطرح بوده است. «در حقوق روم دفاع مشروع جرم تلقی نگردیده و یکی از حقوق دانان معروف اروپایی از آن به عنوان اصلی از حقوق طبیعی یاد کرده است، در حقوق قدیم فرانسه قاعده دفاع مشروع با محدودیت‌های زیادی پذیرفته شده است. در قوانین جزایی اسلام این اصل با محدودیت‌هایی پذیرفته شده است» (نوربها، ۱۳۹۰، ۲۵۹). با توجه به موارد ذکر شده، می‌توان گفت که، قاعده دفاع مشروع، از نظر زمانی به گذشته‌های دور بر می‌گردد و از نظر گستردگی در نظام‌های جزایی زیادی طرح و بررسی گردیده است.

۱. طرح بحث

این مبحث حاوی دو گفتار است. در گفتار اول به طرح و بررسی برخی از پرسش‌ها و فرضیه پرداخته شده و گفتار دوم به نظریه‌های حقوق جزا راجع به دفاع مشروع اختصاص یافته است.

۲. پرسش‌ها

در بحث دفاع مشروع نخستین پرسش این است که، آیا همه‌ای اعمال مجرمانه‌دارای وصف جرمی، مجازات در پی دارند؟ یا خیر چنین نیست؟

در رابطه با جزء اول سوال، مطالعه نظام‌های کیفری کشورها و همچنین بررسی قوانین دنیا، مخصوصاً نظام‌های جزایی و قوانین دوره‌های جدید که به نحوی عدالت محورانه تدوین یافته‌اند، این نتیجه به دست می‌آید که عمدتاً همه اعمال مجرمانه به نحوی مجازات در پی ندارند؛ بلکه برخی از جرایم از جمله «دفاع مشروع، اضطرار، اکراه، حکم قانون و دستور مقام صلاحیت‌دار،

اعمال جراحی و درمانی، تأدیب و تربیت» و مانند آن، توجیه قانونی پیدا می کنند و در صورتی که شرایط قانونی آن‌ها فراهم شده باشد، مجازات در پی نخواهند داشت. این امر بیشتر به حالات و شرایطی که جرم تحت آن شرایط و عوامل تحقق پیدا می کند، بستگی دارد؛ زیرا «در برخی از مواقع، به علت وجود اوضاع و احوال و شرایط ویژه، مقنن ارتکاب عملی را که در شرایط عادی جرم است، قابل تعقیب و مجازات نمی داند» (ساریخانی ۱۳۸۲، ۶۲). با وجود این ممکن است در برخی از نظام‌های جزایی گذشته که تنها به پدیده مجرمانه توجه داشته‌اند و مسایلی مانند اراده مجرم در انجام عمل جرمی، شرایطی که تحت آن مجرم به عمل جرمی مبادرت می‌ورزند، شخصیت مجرم، ابعاد جرم و قاعده دفاع مشروع مورد، توجه نبوده‌اند.

جزء دوم سؤال، هرگاه برخی از جرایم توجیه قانونی پیدا کنند چه تأثیری در عدالت جزایی خواهند داشت؟ اعمال مجرمانه بر اساس شرایط تحقق جرم (شرایط عادی و شرایط غیرعادی) به دو دسته تقسیم می‌شود (اعمالی جرمی که مجازات در پی دارند و جرایمی که مجازات در پی ندارند)، این جدایی اعمال بزه‌کارانه به لحاظ شناختی و توجیه برخی از جرایمی که توسط اشخاص تحت شرایط ویژه انجام می‌یابند، در تعیین مجازات به لحاظ جزایی و قانونی، چه کمکی در تحقق عدالت جزایی که یکی از اهداف اساسی نظام های جزایی و قوانین را تشکیل می‌دهد، خواهد نمود...؟ با توجه به سؤالات مطرح شده، همانگونه که اشاره شد تحقق عدالت جزایی، یکی از اهداف اساسی نظام‌های جزایی و قوانین بوده است؛ بنابراین، اجرای قوانین تصویب شده توسط نظام‌های عدلی قضایی کشورها به عهده دولت است و تأمین عدالت و

امنیت جزء وظایف مهم دولت‌ها به حساب می‌آید؛ اما دولت در برخی از شرایط نمی‌تواند به این وظیفه خود رسیدگی کند؛ از طرف دیگر ممکن است در برخی از مواقع و شرایط، انسان‌های دیگری نیز شاید حضور نداشته باشند تا از فرد یا افراد مورد تجاوز دفاع نمایند و این وظیفه انسانی و اخلاقی را انجام دهند؛ در چنین شرایطی، فرد مورد تجاوز، به خاطر دفاع از خود و حریم خودش، لازم است دست به اقدامی دفاعی بزند؛ این کار برای تحقق عدالت و پیش‌گیری از جرم، ضروری به نظر می‌رسد؛ لازم است از یک سو نظام جزایی و از سوی دیگر، قانون‌گذار به این‌گونه اعمال واکنش متفاوت نشان دهند. این‌گونه عدالت جزایی بهتر تحقق پیدا خواهد کرد و به همین جهت اکثر قانون‌گذاران در برابر این‌گونه شرایط انعطاف‌پذیری جزایی داشته باشند و «قانون‌گذار فعل ضروری را [تحت عنوان دفاع قانونی] صراحتاً اجازه داده و وصف مجرمانه را از آن زدوده است [یا توجیه کرده‌اند]. به همین دلیل است که مدافع در چنین حالتی نه تنها مقصر نیست؛ بلکه ضامن خسارت‌ها یا صدماتی وارده به دیگری نیز محسوب نمی‌شود» (اردبیلی، ۱۳۸۷، ۱۹۷). مدافع وقتی در شرایطی قرار گیرد که احتمال همکاری نه از طرف مردم و نه از جانب دولت پیش‌بینی می‌شود و از سویی هم خطر تجاوز قریب الوقوع به نظر می‌آید، به لحاظ جزایی و قانونی حق دارد تا از خود یا عرض، ناموس و مال خود دفاع نماید. همچنین مکلف است از تن یا ناموس یا عرض یا مال دیگری که توان دفاع در برابر متجاوز را ندارد، به دفاع بپردازد. از گفته‌های بالا به این نتیجه می‌توان رسید که دفاع قانونی با در نظر داشت شرایط آن نه تنها جرم نیست؛ بلکه احقاق حق نیز به حساب می‌آید؛ بلکه احقاق حق به معنی دقیق کلمه همان عدالت است. بنابراین وقتی برخی از جرایم به لحاظ قانونی توجیه می‌شوند، در تحقق عدالت جزایی

کمک می‌کند. در اصل این‌گونه اعمال جرم نیستند؛ بلکه حقوق و تکالیفی هستند که ظاهراً مجرمانه جلوه می‌کنند. در چنین حالتی، اگر قانون‌گذار این‌گونه اعمال را برحسب ظاهر آن‌ها که شبه جرم هستند، محکوم به مجازات بدانند، سبب نقض حقوق گردیده و عدالت زیر سؤال می‌رود.

قاعده دفاع مشروع، علاوه بر شرایط خاصی که به آن‌ها اشاره خواهد شد، دارای قلمرو محدود است و اعمالی که از این محدوده خارج می‌شود به لحاظ قانونی قابل توجیه نبوده؛ بلکه مجازات نیز در پی دارند، طوری که «انجام هر نوع عملی را که جرم باشد... در برابر هرگونه تجاوز فعلی و یا خطر قریب‌الوقوع، در صورت اجتماع شرایط مذکور در قانون از عوامل موجه تلقی می‌کنند و آن را قابل تعقیب و مجازات نمی‌دانند... با این وجود، به نظر می‌رسد، ارتکاب جرایمی که ماهیتاً نمی‌توانند انجام دفاع را در مقابل حمله توجیه نمایند، از قلمرو دفاع قانونی خارج است.» (گلدوزیان ۱۳۸۹، ۱۱۹-۱۲۰)

سؤال دیگری که می‌توان مطرح کرد این است که چرا برخی از اعمال مجرمانه را توجیه جزایی و قانونی می‌کند؟ آیا در نظر داشت این اصل جزایی زمینه سؤال استفاده برای برخی از مجرمین فراهم نمی‌شود و در این صورت موجب نقض عدالت جزایی نمی‌گردد؟ در رابطه با جزء اول این سؤال می‌توان مطرح نمود که اگر همه اعمال مجرمانه تحت شرایط ثابت انجام یابد، این درست خواهد بود که باید تمام اعمال مجرمانه بدون کم و کاست تا حدودی مجازات یکسانی را در پی داشته باشند؛ به عبارت دیگر، وقتی شرایط تحقق عمل جرمی و حالات مجرم را از عمل جرمی برداریم، این عادلانه خواهد بود که همه جرایم توأم با مجازات باشد؛ ولی هنگامی که به ابعاد تشکیل دهنده جرم نگریسته شود، تمایز تکالیف و حقوق از تجاوز امر عادلانه به نظر می‌آید؛

بنابراین، عدالت جزایی تابع احقاق حقوق و مجازات مجرمین است؛ مهم آن است که اولاً این دو از یکدیگر متمایز شوند و در ثانی راجع به جرایم، احکامی متناسب با جرم صادر گردد؛ لذا، دفاع قانونی در حقیقت جرم نیست؛ بلکه ظاهراً به نظر مجرمانه می‌آید؛ در واقع این یک حق است در برابر آزادی تن خود، یا ناموس خود یا عرض خود و یا مال خود، و تکلیف است در برابر آزادی تن، ناموس، عرض و یا مال دیگری «حق دفاع در مقابل تجاوزات به جان، آزادی، عرض، ناموس و مال از حقوق طبیعی هر انسان است» (گلدوزیان ۱۳۸۹، ۱۱۸). علاوه بر این، برخی از حقوق‌دانان معتقدند که «دفاع در برابر تجاوز غیرقانونی نه تنها اعمال حق؛ بلکه یک وظیفه قانونی و اخلاقی است». (اردبیلی ۱۳۸۷، ۱۹۹)

می‌توان دو مقوله متضاد جزایی را که عبارتند از دفاع و جرم، در برابر هم قرار داد؛ یعنی آنچه که قابل دفاع است و مجازات در پی ندارد، در جمع دفاع قرار می‌گیرد؛ در مقابل آنچه که قابل دفاع نیست و مجازات در پی دارد در جمع جرم دسته بندی می‌شود، این دسته بندی بسیار کلی است؛ اما به عنوان یک راه‌گشای نظری و عملی برای رسیدن به جزئیات و احکام، بسیار منطقی خواهد بود. در اینجا می‌توان به این نکته رسید که، آنچه ما تصور میکردیم این بود که جرایم را به لحاظ در پی داشتن مجازات و عدم آن به دو دسته تقسیم کرد، این نکته نشانگر آن است که برای برخی از جرایم محکومیت و مجازات وجود ندارد؛ ولی تعداد دیگری از جرایم مجازات در پی دارند؛ اما نتیجه پژوهش واقعیت را بگونه‌ای دیگر نشان می‌دهد و آن این است که همه جرایم مجازات در پی دارند مگر آنچه که وصف جرمی‌اش براساس دلایل و حالات

مجرم و شرایطی که جرم اتفاق می‌افتد زدوده شود، در حقیقت جرم نبودن عمل به اثبات می‌رسد.

اما قسمت دوم سؤال که بیشتر باعث نگرانی می‌شود این است که امکان دارد از این اصل جزایی که برای تحقق عدالت جزایی قرارداد شده است سؤ استفاده شود و در نتیجه عدالت جزایی زیر سؤال رود؟ طبیعی است که از هر ابزار بشری حد اقل به دو صورت متضاد (منفی یا مثبت) استفاده شود و به عوض عدالت، ظلم پدیدار گردد؛ ولی آنچه که بیشتر مایه اطمینان است، اول بحث اهلیت قاضی در دستگاه قضایی اسلام است؛ بنابراین، هرگاه قاضی با در نظر داشت چنین شرایطی، منصب قضاء را اشغال می‌کند، احتمال تخطی کمتر پیش‌بینی می‌شود.

نکته دوم شرایطی است که در نظام‌های جزایی مخصوصاً نظام جزایی اسلام برای تجاوز مستوجب دفاع و شرایط دفاع قرارداد شده است. این شرایط (شرایط مربوط به صلاحیت قاضی و شرایط دفاع مشروع)، می‌توانند ضمانت‌های خوبی برای جلوگیری از تخطی و سؤ استفاده از این اصل جزایی باشد. با آن‌هم نباید از مشکلات این اصل غافل شد؛ زیرا قضاوت در مورد چنین مسایلی ظرافت خاصی می‌طلبد و احتمال می‌رود که گاهی شاید حق متهم و یا حق قربانی نقض گردد؛ بناءً باید با احتیاط کامل عمل کرد.

۳. نظریه‌های حقوق جزا در باره دفاع مشروع

در گفتار اول، روی دو نکته تقسیم جرایم به لحاظ در پی داشتن مجازات و عدم آن و تأثیر تبرئه شدن برخی از جرایم بر عدالت جزایی، بررسی شد. فرض بر این بود که جرایم از دید در پی داشتن مجازات و عدم آن دو دسته‌اند؛ برخی

از جرایم به لحاظ شرایط و موقعیت تحقق جرم توجیه قانونی می‌یابند و از اینکه در موقعیت و شرایط غیرعادی انجام می‌یابند، تبرئه می‌شوند و از این جهت عادلانه می‌نمود؛ اما بعد از مطالعه و پژوهش به نتیجه نسبتاً متفاوتی دست یافتیم و آن این که این‌گونه جرایم به این خاطر تبرئه نمی‌شوند که ابتداء جرم بودنش اثبات شود بعد به دلایل غیرعادی بودن شرایط و مسایل دیگر، مجازات در پی نداشته باشند؛ بلکه به این خاطر تبرئه می‌شوند و مجازات در پی ندارند که جرم نبودن این‌گونه اعمال به اثبات می‌رسند. در حقیقت این اعمال جرم نیستند؛ ولی به لحاظ شناختی به گونه جلوه می‌کنند که گویا این اعمال جرم هستند. در اینجا میان حالت تبرئه شوندگی و اتهام وارد شوندگی اعمال شبه جرایم، یک‌نوع سر درگمی پدید می‌آید.

در مورد دفاع مشروع سه رویکرد نظری طرح و بررسی شده است که عبارت‌اند از، نظریه اجبار معنوی، نظریه اعمال حق و انجام تکلیف و نظریه تعارض دو حق. در ادامه این سه نظریه مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرند.

۳-۱. نظریه اجبار معنوی

نظریه اجبار معنوی، می‌گوید: عمل دفاع قانونی ماهیت جرمی دارد؛ یعنی وصف جرمی عمل برداشته نمی‌شود؛ اما به دلیل این‌که در هنگام دفاع، اراده فرد مدافع مختل می‌شود و با اراده آزاد و قاطع به دفاع بر نمی‌خیزد و مدافع به نحوی به عکس‌العمل مجبور می‌شود؛ بنابراین، مجازات در پی ندارد. در واقع نظریه اجبار معنوی، جرم بودن عمل را پذیرفته است؛ لکن مدافع را به دلیل مجبور بودن در عکس‌العمل، قابل تبرئه می‌داند «بر اساس این نظریه، عمل مجرمانه به هنگام دفاع تغییر ماهیت نمی‌دهد؛ بلکه به دلیل سلب اراده از مدافع

و عدم تسلط بر عمل خود، قابل انتساب به او نیست» (اردبیلی ۱۳۸۷، ۱۹۸)؛ یعنی تحت تاثیر غریزی حفظ خود، جرم به وجود آمده و اراده آدمی، در آن نقش قابل قبول ندارد؛ زیرا، جبر ناشی از تجاوز غیر مشروع انسان را به ارتکاب جرم وادار کرده است.

۳-۱-۱. نقد نظریه اجبار معنوی

برخی از نویسندگان به بررسی این نظریه پرداخته و گفته‌اند که عکس‌العمل جبری بر مبنای ترس در همه قلمرو دفاع قانونی درست نیست؛ زیرا «این نظریه ممکن است در وضعی مانند دفاع از خود موجه باشد؛ ولی در موقعیت دفاع از جان یا مال دیگری که از اختیار تام و اراده آزاد، مدافع برخوردار است، مقبول نیست» (اردبیلی ۱۳۸۷، ۱۹۸).

نظریه اجبار معنوی مشکلات بیشتر از این دارد به این دلیل که این نظریه موارد دفاع قانونی را از هم جدا نکرده تا بر مبنای مورد خاص استدلال کند؛ یعنی دفاع از جان خویشتن یا دفاع از ناموس یا دفاع از عرض و مال هر کدام موارد متفاوتی‌اند که حالات متفاوت ارادی و واکنشی در فرد ایجاد می‌کند. ممکن است در برخی از موارد به قول این نظریه، اختلال ارادی بیشتر و در برخی از موارد دیگر، اختلال روانی کمتری متوجه مدافع بسازد. افزون بر این، شاید در پاره‌ای از موارد، مدافع اصلاً دچار اختلال ارادی نگردد. مشکل دیگر نظریه اجبار معنوی در این است که تفاوت‌های فردی را در نظر نگرفته است؛ یعنی ممکن است بعضی از افراد در اکثر موارد دفاع قانونی حتی دفاع از جان، دچار اختلال ارادی نشود (ممکن است توانایی جسمی، مهارت فیزیکی، میزان هوش، جرئت و... متغییرهای انسان شناختی و روان شناختی افراد در قاطعیت

ارادی مدافع تأثیر عمیق داشته باشد). مطابق نظریه اجبار معنوی، فردی که مورد حمله و تجاوز واقع می‌شود، اراده‌اش سلب شده، کسی که اراده او گرفته شود دیگر نمی‌تواند کار عاقلانه انجام دهد؛ مثلاً: دفاع از دیگری و مال خود و همچنین دفاع از مال خود و عرض خود یا ناموس خود در برخی از موارد یک بر خورد غریزی نیست؛ بلکه یک کار عاقلانه است. گذشته از این، ممکن است در بسیاری از فرهنگ‌ها، افراد زیادی - با نظر داشت تفاوت‌های فرهنگی و فردی - در هنگام تجاوز نه تنها که دچار اختلال ارادی نشوند، بلکه قاطعیت ارادی بیشتری پیدا کنند و بیشتر تحریک شوند). به نظر می‌آید، این دیدگاه قابل تعمیم نباشد؛ زیرا این امر بسته به وضعیت روانی، توانایی جسمی، مهارت‌های فیزیکی و احساس افراد متفاوت است. بنابراین، نمی‌توان به طور عام حکم کرد که، همه در هنگام دفاع مشروع در حدی تحت تأثیر قرار می‌گیرند که اراده‌ی شان متأثر می‌گردد. گذشته از این هنگامی که دفاع کننده در دفاع از دیگری می‌شتابد، بعید به نظر می‌رسد تا اراده خود را اداره نتواند.

قانون‌گذار افغانستان این نظریه را نپذیرفته است؛ زیرا موضوع امنیت، نظم جامعه و نگهداشت حقوق افراد، راجع به دفاع مشروع، مورد توجه است. (مواد ۵۷ و ۵۸ ق. جزا)

۲-۳. نظریه اعمال حق و انجام تکلیف

تاکید این نظریه بر این است که، عکس‌العمل دفاعی را نظر به قلمرو تجاوز به دو دسته تقسیم کند. مطابق این نظریه هرگاه تجاوز در قلمرو خود شخص مدافع صورت گیرد، عکس‌العمل دفاعی وجه حقوقی می‌یابد و در صورتی که تجاوز در قلمرو دیگری صورت بگیرد و فرد مورد تجاوز توان دفاع از خود یا

عرض یا ناموس و یا مال خود را نداشته باشد با در نظر داشت شرایط تحقق دفاع، واکنش انجام یافته وجهی تکلیفی پیدا می‌کند؛ «کسی که به دفع تجاوز می‌پردازد و در اثنای آن مرتکب جرم می‌شود، حقی را ناگزیر اعمال می‌کند، که قانوناً استیفای آن به عهدهء جامعه است، چون توسل به قوای دولت [که وظیفه دفاع از جامعه را به عهده دارد] در وضع اضطراری فردی ممکن نیست و یا مداخله قوای مذکور ممکن است در دفع تجاوز و خطر مؤثر واقع نشود، [بنابراین]، اشخاص خود می‌توانند به این مهم قیام کنند» (اردبیلی ۱۳۸۷، ۱۹۹)؛ لذا فرد مورد تجاوز قانوناً حق دارد که مورد حمایت قرار بگیرد. این تکلیف اساساً به عهده جامعه و دولت است، در شرایط غیرعادی و موقعیت‌های خاص دسترسی به این قوه‌ها ممکن نیست و یا وجود این قوه‌ها در دفع خطر کارگر نیست، پس حق دفاع که به عهده دولت بود، به خود فرد مورد تجاوز تکیه می‌کند. فرد مورد تجاوز مطابق این نظریه می‌تواند اعمال حق کند و با در نظر داشت شرایط دفاع و تجاوز مستوجب دفاع از خود یا عرض یا ناموس یا مال خود به دفاع بپردازد.

اما هنگامی که فرد دیگر مورد تجاوز واقع می‌شود، واکنش و مسئولیت فرد مدافع وجه دیگری بخود می‌گیرد؛ یعنی همانطوری که گفته شد واکنش فرد مدافع جنبه تکلیفی پیدا می‌کند «چه در برخی موارد، دفاع از فردی که در مقابل تجاوز به کمک نیازمند است، یک وظیفه اخلاقی و قانونی است (اردبیلی ۱۳۸۷، ۱۹۹). به این ترتیب «در دفاع قانونی، شخص حقی را اجراء کرده و تکلیف خود را در اجرای عدالت به جا آورده است... [بر این اساس] دفاع قانونی جرم نیست که مجازات برای آن متصور باشد» (نوربها ۱۳۹۰، ۲۵۹).

به نظر می‌رسد، نظریه دوم (اجرای حق و انجام تکلیف)، مطابق قانون جزای افغانستان پذیرفته شده است، زیرا بند (۱) ماده (۵۹) قانون جزا مقرر داشته است: حق دفاع مشروع هنگامی موجود می‌گردد که، دفاع کننده روی اسباب معقول و دلایل منطقی یقین نماید که خطر تجاوز بر مال، جان، یا ناموس دفاع کننده و یا شخص دیگری متوجه است. ممکن است فرد دفاع کننده در هنگام دفاع از مال، جان یا ناموس خود، از حق قانونی خود استفاده کند و برای دفاع از دیگری تکلیف قانونی خود را ادا کرده باشد.

۳-۲-۱. نقد نظریه اعمال حق و انجام تکلیف

مشکل این نظریه در این است که به منافع متضرر بیشتر متمایل به نظر می‌آید و به طور یکجانبه قضیه را نگاه کرده است. به این دلیل که این نظریه بدون اینکه به دقت بیشتر میان جرم و دفاع بپردازد و از شرایط تحقق دفاع قانونی سخن به میان بیاورد، به حق و تکلیف بودن دفاع حکم کرده است، در حالی که عدالت اقتضاء می‌کند هم حقوق متضرر و هم حقوق متهم مورد توجه قرار داشته باشد.

۳-۳. نظریه تعارض دو حق

نظریه‌ای تعارض دو حق بر این است که، هر دو طرف متهم و متضرر (قربانی) را، ذی‌حق می‌داند و هیچ طرف قضیه را متجاوز کامل و قربانی کامل ندانسته است. این نظریه، دفاع قانونی را این‌گونه توجیه می‌کند که، تعرض به حقی کسی جرم است و واکنش مجرمانه علیه این مجرم باز هم جرم است؛ ولی میان این دو حق اولویت بندی کرده و تأکید می‌کند که حق متهم که از اهمیت پایین

تری برخوردار است باید قربانی حق متضرر گردد. نظریه تعارض دو حق "دفاع قانونی را اوج تعارض دو حق دانسته، [چنانچه] امر دایرگردد بر این که یکی از دو حق فدای دیگری شود، سزاوار آن است که، حق کم اهمیت فدای حق پر اهمیت شود... در دفاع قانونی نیز کسی که به حقوق دیگری تعدی می‌کند، ارزش حقوقی او تنزل پیدا می‌کند و یا محو می‌شود. بنابراین باید بجای آن، حقوق کسی که مورد حمله واقع شده است بر قرار بماند (اردبیلی ۱۳۸۷، ۱۹۹).

۳-۳-۱. نقد نظریه

مشکل عمده این نظریه در این است که عمل مجرمانه و تجاوزکارانه متجاوز را با واکنش مدافعانه قربانی یا مدافع، از نظر اهمیت در کنار هم قرار داده و از نظر سنج‌بندی اعمال، عمل آن دو را تقریباً در یک سنخ جاداده است. این نظریه بیشتر به خسارت وارد شده به قربانی یا متجاوز تکیه داشته است تا نیت عمل کردها و عامل اصلی جنایت، این جاست که میان جرم و دفاع (حق) جدایی چندانی در نظر نگرفته و مجرم و مدافع را تا حدودی در کنار هم نشانده است. درحالی که متجاوز بنا بر عمل مجرمانه که انجام می‌دهد، حتی حق زیستن خود را از دست می‌دهد. این دیدگاه نه تنها با عقل تجربی در برخی موارد در تضاد قرار می‌گیرد؛ بلکه با نصوص دینی نیز در تناقض است؛ «امام موسی بن جعفر (ع) فرمود: بدانکه هرکس داخل خانه دیگران شود، خون خود را به هدر داده است» (قبله‌ای ۱۳۸۸، ۶۸).

نظریه‌های حقوقی بالا هرکدام به دفاع قانونی از زوایایی خاص نگاه کرده‌اند، ولی هیچ کدام در مورد این که دفاع قانونی حق و عمل متجاوز جرم است توافق نظر ندارند، برخلاف آنچه که ما فرض نموده بودیم؛ تصور ما این

بود که نظریه‌های حقوقی ممکن است روی قاعده دفاع مشروع به عنوان حق ثابت توافق داشته باشند؛ ولی هرکدام با رویکردهای متفاوت به این حق نگاه کرده باشند و به توجیه آن پرداخته باشند. این نکته درست از آب در آمد که نظریه‌های حقوقی از زوایایی متفاوت از هم به توجیه عمل دفاع قانونی پرداخته‌اند. توافقی که میان این نظریه‌ها استنباط می‌شود این است که تقریباً در مورد برداشته شدن مجازات از مدافع توافق نظر وجود دارد. این نظریه‌ها در توجیه این اصل مشکلاتی نیز داشتند طوری که، نظریه جبر معنوی بیشترین مشکل را در این داشت که بدون تفکیک موارد دفاع، اختلال اراده مدافع را ناشی از ترس دانسته بود و بدون اینکه به تفاوت‌های فردی و شرایط دفاع توجه کند آنرا تعمیم پذیر تلقی کرده است. مشکل نظریه اجراء حق و انجام تکلیف در این بود که کمی متمایل به جانب متضرر به نظر می‌رسد و در این صورت حقوق متهم و یا متجاوز در صورتی که دست به جرم سنگین نبرده باشد، نقض می‌شود. مهم‌ترین مشکل نظریه تعارض دو حق، در این است که تا حدودی تجاوز و دفاع را از نظر قانونی بودن و تعارض قانونی در کنار هم قرار داده و با این کار به نفع متضرر متمایل گردیده است.

۴. تجاوز و دفاع مشروع

در این مبحث ابتداء از شرایط تجاوز مستوجب دفاع سخن گفته شده، سپس به شرایط دفاع قانونی پرداخته شده و در نهایت از انواع دفاع قانونی سخن به میان آمده است.

۴-۱. شرایط تجاوز مستوجب دفاع

در این گفتار به شرایط تجاوز مستوجب دفاع پرداخته شده که عبارت‌اند از: قریب الوقوع بودن؛ غیر قابل دفع بودن؛ غیر قانون بودن و عدم تحریک قربانی. آیا هرگونه عمل تجاوزکارانه می‌تواند مستوجب دفاع باشد؟ به عبارت دیگر، تجاوز مستلزم دفاع دارای چه محدودیت‌هایی است؟

در پاسخ باید گفت که هر عمل تجاوز کارانه اگر توسط فرد متضرر پاسخ داده شود، از یک طرف ضرورت وجودی حکومت به عنوان یک نهاد ادارکننده جامعه زیر سؤال می‌رود و از طرف دیگر منازعات انتقام جویانه اجتماعی گسترده خواهد شد. پس باید اعمال تهاجمی که در شرایط خاص انجام می‌یابد و این شرایط ویژه ممکن است محدوده‌های زمانی، مکانی و ذهنی را در برداشته باشد که مستوجب دفاع خواهد بود؛ در قوانین و نظام‌های جزایی به تحقق یافتن شرایط معینی، مشروط شده است. در ادامه به این شرایط، قرار ذیل اشاره می‌گردد:

۴-۱-۱. فعلی و قریب‌الوقوع بودن تجاوز

منظور از تجاوز فعلی یا قریب‌الوقوع این است که قصد تجاوز «به جان، مال، عرض، و آزادی تن خود یا دیگری به مرحله فعلیت و واقعیت در آمده باشد، یا یقین وقوع تجاوز برود...» (اردبیلی ۱۳۸۷، ۲۰۰). شرط فعلی یا قریب‌الوقوع، دفاع قانونی را از دو عمل دیگری که بسیار با هم نزدیک و شبیه‌اند جدا کرده و هرگاه این دو عمل انجام یابند، دفاع نبوده؛ بلکه جرم تلقی می‌گردد و مسلم است که مجازات در پی خواهد داشت. این دو عمل یکی "پیش‌دستی" بوده

که بر مبنی گمان انجام شود و وقوع تعرض به مرحله یقین نرسیده باشد؛ مانند تهدید لفظی؛ بنابراین، شخص حق استفاده از دفاع قانونی را ندارد و در صورت کسی دست به پیش دستی می‌برد متعرض شناخته می‌شود. «خوف از تعرض به دلیل آن که فرصت دفع خطر با اتخاذ تدابیر دیگری غیر از ارتکاب جرم را فراهم می‌آورد، مواردی برای دفاع نخواهد بود» (اردبیلی ۱۳۸۷، ۲۰۰). اما این نکته را نباید از نظر دور داشت که پیش‌گیری از تجاوز که احتمال وقوع آن نزدیک است با پیشدستی که احتمال وقوع تجاوز گمانی است فرق می‌کند. عمل دیگری که با دفاع مشروع شبیه بوده ولی یکی نیست و قابل تفکیک است "انتقام جویی" است؛ یعنی «اگر تجاوز در گذشته انجام شده باشد، چنانچه بعداً به آن پاسخ گفته شود، انتقام است نه دفاع» (نوربها ۱۳۹۰، ۲۶۴). بنابراین، «مدت دفاع مشروع محدود به حلول و پایان خطر است، پس با زایل شدن خطر به هر صورت که باشد زمان دفاع پایان می‌یابد، خواه به صورت منع تجاوز پایان پذیرد یا متجاوز خود منصرف گردد». (ساریخانی ۱۳۸۲، ۶۲). قانون جزای افغانستان در مورد تشخیص خطر یا تهدید به آن قید دلایل معقولی را عنوان کرده است (بند ۱، ماده ۵۹)؛ لذا در صورتی که تجاوز در گذشته بوده و زمان آن سپری شده باشد، شرط فعلی بودن تجاوز منتفی است. حق استفاده از دفاع قانونی در حمله‌ای که زمان آن گذشته باشد، طبق قانونی جزای کشور، جایز نیست؛ زیرا این حق تنها در شرایطی به مجنی‌علیه واگذار شده است که خطر و تهدید اتفاق جرم بالفعل (آنی) بوده و در عین زمان دسترسی به نیروهای امنیتی و کمک مردمی امکان نداشته باشد یا کمک‌های یاد شده برای دفع خطر ممکن نبوده باشد. انتقام جویی شخصی در جرمی که زمان آن گذشته باشد،

ممنوع بوده و مسئولیت کشف، پی‌گیری و رسیدگی آن به عهده پولیس، سارنوالی و محکمه گذاشته شده است.

۴-۱-۲. غیرقابل دفع بودن تجاوز

اگر کسی بتواند شخصاً و بدون ایراد صدمه تجاوز را دفع کند و یا فرصت کافی داشته باشد که برای دفع تجاوز از قوای دولتی کمک بگیرد، «استناد به دفاع مشروع امکان پذیر نیست» (گلدوزیان ۱۳۸۹، ۱۳۲). بعضی از محققین دفاع قانونی را به اهلیت و شخصیت متجاوز مربوط ندانسته‌اند و گفته‌اند که دفع تجاوز ارتباطی به شخصیت و خصوصیت روانی شخص متجاوز ندارد، چون منظور از تأسیس حقوقی دفاع مشروع این است که «افراد بتوانند تحت شرایطی، جان و ناموس و عرض و مال خود را در مقابل تجاوز دیگری حفظ کند، حتی اگر متجاوز طفل یا دیوانه باشد، باز دفاع مشروع جایز است» (گلدوزیان ۱۳۸۹، ۱۲۳). اگرچه قانون جزای افغانستان، راجع به کمک‌های مردمی در دفع خطر چیزی اشاره نکرده است، ولی از توسل به موظفین خدمات عامه در دفع خطر غافل نبوده است؛ زیرا به موجب قانون جزای افغانستان، عدم دسترسی به چنین وسیله‌ای استفاده از حق دفاع مشروع را ممکن می‌سازد. (ماده ۶۲)

۴-۱-۳. غیرقانونی بودن تجاوز

بسیاری از علمای حقوق غیرقانونی بودن تجاوز را یکی از شرایطی دانسته‌اند که دفاع قانونی را توجیه می‌کند «دفاع وقتی مصداق پیدا می‌کند که در مقابل تعرض قانونی یا غیرعادلانه باشد. در برابر تعرض غیرقانونی، اعمال به ظاهر تعرض آمیزی وجود دارد که مبنای آن دستور مقام صلاحیت‌دار و حکم قانون

است» (اردبیلی، ۱۳۸۷، ۲۰۱). اگر طبق قانون تجاوز صورت گیرد نمی‌توان در مقابل آن به دفاع متوسل شد، [مثلاً] مقاومت در «مقابل قوای تأمینی و انتظامی را در مواقعی که مشغول انجام وظیفه خود باشد دفاع محسوب نمی‌کند» (نوربها، ۱۳۹۰، ۲۶۴). «دفاع قانونی در برابر مؤظفین سلطه عامه که وظایف خود را با حسن نیت انجام می‌دهند، گرچه در جریان وظیفه از حدود صلاحیت قانونی خود تجاوز نمایند جواز ندارد مگر در صورتی که خوف مرگ یا جراحات شدید ناشی از عمل آن‌ها به دلایل معقول ثابت باشد» (علامه، ۱۳۹۰، ۲۹۳). برخی از فقها دامنه تجاوز قانونی که دفاع قانونی را توجیه نمی‌کند فراتر از رفتار خشینانه قوای قهریه دولتی بیان نموده‌اند و تاکید داشته‌اند که مثلاً اگر «پدری به فرزند خود یا معلمی به شاگرد خود برای تادیب، حمله کند، فرزند در برابر پدر و شاگرد در مقابل معلم حق دفاع و مقاومت ندارد و نیز اگر ولی دم بر قصاص شونده حمله کند و به قصد کشتن او را مورد هجوم قرار بدهد، قاتل نمی‌تواند از دفاع قانونی استفاده کند؛ بلکه مقاومت در برابر این قبیل حمله‌ها جرم است و مجازات دارد» (قبله‌ای خویی، ۱۳۸۸، ۶۳).

علمای حقوق و برخی از فقها تجاوز را به لحاظ قانونی و غیرقانونی دو دسته کرده‌اند: تجاوزهای که غیر قانونی‌اند، مانند حمله فرد "الف" بالای فردی "ب" اعم از تن، عرض ناموس، و مال فرد "ب" یا دیگری، و تجاوزهای که قانونی‌اند؛ مانند حمله ماموران دولتی در هنگام اجرای وظیفه و همچنان اعمال تأدیبی پدر بر فرزند و معلم بر شاگرد.

لازم به نظر می‌آید وظیفهء قانونی و اخلاقی را از تجاوز جدا بکنیم، هیچ تجاوزی نباید وظیفهء قانونی کسی شناخته شود، در صورتی که تجاوز قانونی

شناخته می‌شود ممکن است به مصلحت نظام حاکم تمام شود تا در مواقع ضروری جهت سرکوب مردم از آن استفاده کند، ولی این در تناقض با عدالت جزایی قرار می‌گیرد.

عدالت جزایی اقتضاء می‌کند که هر تجاوز و جرمی باید مجازات در پی داشته باشد؛ اما هنگامی که قوه‌های دولتی و جامعه برای دفاع از فرد متضرر کار ساز نیست وظیفه دفاع به عهده خود فرد قربانی قرار می‌گیرد و حق دارد تا از این اصل حقوقی استفاده کند؛ ولو اینکه نیروهای انتظامی باشد. به نظر ما نیروهای امنیتی چون وظایف شان برای تأمین امنیت و نظم در جامعه است و بیشتر از مردم عامه به حقوق مردم آشنایی دارند تجاوز این گونه افراد مواخذه سخت‌تری باید داشته باشد، وقتی تاکید می‌شود که بکارگیری قاعده دفاع مشروع در برابر دیوانه، مجنون و نادان جایز است و به شخصیت فرد متجاوز حتی ارتباط نمی‌گیرد، چطور در برابر افراد آگاه‌تر مانند نیروهای امنیتی متجاوز استفاده از این حق قانونی شناخته نمی‌شود.

همین‌طور اعمال تأدیبی با تجاوز متفاوت است؛ اما اگر پدری بر فرزندش و یا معلمی بر شاگردش از حد تأدیب خارج شود و به تجاوز دست بزند طوری که حیثیت، سلامت و شخصیت او صدمه بیند عدالت جزایی اقتضاء می‌کند که ضرر قربانی جبران شود؛ یعنی عکس‌العمل او مطابق این شرایط ارزیابی و سنجیده شود، پای بندی به مسایل اخلاقی که سبب نقض حقوق گردد، نه اخلاقی و نه حقوقی خواهد بود؛ زیرا اخلاق نه تنها به مرزهای حقوقی و فقهی تاکید می‌نماید؛ بلکه در سطح بالاتر از آن به حمایت انسان و مصالح او حکم می‌کند.

قانون جزای افغانستان، راجع به قانون شکنی موظفین خدمات عامه که وظیفه خود را با حسن نیت انجام می‌دهند، نگاه ارفاقی داشته و استفاده از حق دفاع قانونی را در برابر این موظفین هرچند که در انجام فعالیت‌های شان از حدود صلاحیت قانونی تجاوز کرده باشند، جایز ندانسته است (ماده ۶۳)؛ ولی در صورتی که خوف مرگ یا جراحات شدید از اعمال آنها به دلایل معقول ثابت بوده باشد، استفاده از این حق را مجاز دانسته است (ماده ۶۳)؛ همچنین بند (۵)، ماده (۶۰) قانون جزای افغانستان در مورد غیر قانونی و اخلاقی بودن تجاوز صراحت دارد.

۴-۱-۴. محرک نبودن متضرر

بعضی از محققین به جانب دیگر قضیه نگریسته‌اند، یعنی اگر یکطرف جرم متجاوز است، طرف دیگر جرم، می‌تواند متضرر باشد؛ به این دلیل که متضرر هم گاهی در تحقق جرم یکی از عوامل به وجود آورنده جرم است. این نگرش بیشتر جنبه جرم شناسانه دارد تا حقوق جزا؛ زیرا حقوق جزا کمتر متضرر را در تحقق جرم دخیل می‌داند. «به طور کلی تجاوز نباید معلول تحریک خود شخص مدافع باشد، چنانچه شخصی به دیگری دشنام دهد تا وقتی طرف بر انگیخته شود و در صدد حمله بر آید، آنگاه دشنام دهنده را مضروب و مجروح نماید و یا به قتل برساند؛ نمی‌تواند عمل خود را دفاع قانونی بداند» (گلدوزیان ۱۳۸۹، ۱۲۲). قانون جزای افغانستان نیز به این نکته عنایت داشته است. چنان که، بند (۶) این قانون می‌گوید «دفاع کننده عمداً سبب ایجاد عمل جرمی طرف مقابل نگردیده باشد».

۴-۲. شرایط دفاع قانونی

وقتی شرایط تجاوز محقق شد، فرد متضرر چگونه باید از این اصل به عنوان حق استفاده نماید؛ آیا می‌تواند فرد متجاوز را بی‌وقفه به قتل برساند؟ یا شرایط واکنش متضرر بگونه محدود و تدریجی معین شده است؟ چون منظور از تأسیس این قاعده به عنوان حق دفع ضرر متجاوز است نه مجازات متجاوز؛ پس عادلانه این خواهد بود که دفع ضرر تدریجی و متناسب با تجاوز بوده باشد. بعضی از حقوق‌دانان در مورد این که شاید از داشتن دفاع مشروع استفاده سؤ شود، اظهار نگرانی کرده و گفته «...اجازه قانون‌گذار مبنی بر ارتکاب جرم در مقام دفاع قانونی نباید دستاویزی برای تعرضات غیر منطقی و زیاده روی های نابخردانه تلقی گردد؛ دفاع مشروع تابع شروطی است که نادیده گرفتن آنها نه تنها جایز نیست، بلکه موجب مسئولیت کیفری و مدنی است.» (اردبیلی، ۱۳۸۷، ۲۰۲). شرایط دفاع قانونی در مورد شرایط دفاع مشروع دو شرط اساسی عنوان گردیده است که اول ضرورت دفاع را به بحث گرفته و سپس تناسب دفاع مشروع را با تجاوز مورد نظر، بیان داشته است.

۴-۲-۱. ضرورت دفاع (دفاع به عنوان یگانه وسیله ممکن برای دفع خطر)

ارتکاب عمل مجرمانه برای دفع تجاوز وقتی مشروع تلقی می‌شود که تا حدی تنها راه نجات باشد. « هرگاه مدافع بتواند به طریقی جزء ارتکاب جرم خطر را دفع کند؛ ولی علیه متجاوز به جرم متوسل شود، دفاع او مشروع نخواهد بود» (اردبیلی، ۱۳۸۷، ۲۰۲)؛ اما اینکه فرد مورد تجاوز، برای نجات تجاوز دو راه در پیش رو داشته باشد؛ یکی فرار از چنگ متجاوز و دیگری دفاع، کدام یکی از راه ها را باید انتخاب کند؛ چنانچه ذکر شد، جزء ارتکاب جرم که خطر را دفع می

کند، حق استفاده از دفاع مشروع را ندارد، بعضی از نویسندگان دفاع را نسبت به فرار ترجیح می‌دهند «...دفاع حق است، بنابراین اگر مدافع بجای فرار ایستادگی کرد و صدمه‌ای به متجاوز وارد آورد، عمل او موجه است» (همان، ۲۰۳). این نکته با گفته قبلی که استفاده از حق دفاع قانونی را آخرین راه حل می‌داند و در این جا با وجود راه فرار، استفاده از دفاع قانونی را حق تلقی کرده، در تناقض است؛ اما فرار در برخی از موارد دفاع قانونی (دفاع از تجاوز به ناموس) ممکن است سنگین‌تر از مرگ متجاوز تمام شود که شاید نظر به فرهنگ خاص نسبتاً متغییر باشد. برخی از فقها نیز دفاع قانونی را نسبت به فرار ترجیح داده‌اند و چنین اظهار داشته‌اند: «کسی که مورد حمله واقع می‌شود، هرچند برای او فرار ممکن باشد، می‌تواند فرار نکند و از خود دفاع کند» (قبله‌ای خوبی ۱۳۸۸، ۰). قانون جزای افغانستان نیز به این نکته عنایت داشته و در ماده (۶۲) این قانون چنین مقرر داشته است: «هرگاه توسل به موظفین خدمات عامه جهت دفع خطر ممکن باشد، حق دفاع مشروع به وجود نمی‌آید».

۴-۲-۲. تناسب دفاع با تجاوز

تناسب دفاع با تجاوز به معنی برابری نیست؛ بلکه منظور از تناسب هم‌وزن بودن این دو می‌باشد؛ به عبارت دیگر، مراد از تناسب این است که به کارگیری اسلحه مدافع با اسلحه متجاوز یا دفع خطر با عمل و مورد خاص تجاوز، باید متناسب باشد؛ «تناسب به این معنی است که بین صدمه احتمالی ناشی از تعرض و صدمه‌ای که برای پرهیز از آن ضروری است، باید ارتباط منطقی وجود داشته باشد؛ برای مثال: مدافع حق ندارد برای راندن ضرباتی که به قصد صدمه جزئی متوجه او است به قتل متجاوز دست بزند. تناسب گاه به همانندی آلات و

ابزاری که طرفین به کار می‌برند اطلاق می‌شود... اگر کسی که مورد حمله واقع شده است، اسلحه یا آلت حمله کننده را بگیرد و با همان اسلحه او را بکشد، این عمل دفاع قانونی محسوب نمی‌شود، چون پس از گرفتن اسلحه از طرف مقابل، خطر مرتفع می‌شود» (اردبیلی، ۱۳۸۷، ۲۰۳). برخی از حقوق دانان احتیاط لازم را مطرح نموده و گفته‌اند برای این که از ارتکاب عمل قتل جلوگیری نموده باشد؛ تاحدی که امکان دفع از راه های دیگر وجود داشته باشد، نباید قتل را به عنوان گزینه دفع انتخاب کند؛ آنان در این زمینه بحث تناسب را پیش کشیده‌اند؛ اگرچه بحث تناسب کمی مبهم به نظر می‌آید؛ ولی اینکه تاکید کرده‌اند باید به تدریج به سوی عمل قتل به پیشرفت، تا حدودی مسئله را روشن می‌سازد. منظور از رفتن تدریجی به سوی عمل قتل این است که بعضی برای جلوگیری از ارتکاب، این عمل تا حد ممکن گفته است که اول اگر مهاجم با تهدید دفع شود، لازم نیست به جرح متوسل شد، اگر از این طریق خطر دفع نشد، آنگاه از وارد آوردن جرح برای دفع خطر استفاده شود و اگر باز هم خطر دفع نشد، مدافع می‌تواند به قتل به عنوان آخرین راه ممکن، متوسل گردد.

این روند به نظر بسیار منطقی می‌آید، عدالت جزایی نیز این را اقتضاء می‌کند فرد با عمل مجرمانه ساده نباید از بین برده شود؛ ولی برخی از نویسندگان مواردی را که در آن مدافع می‌تواند به قتل متوسل شود، چنین مشخص نموده است: «قتل عمد به عنوان حق قانونی دفاع در این موارد جایز شناخته شده است: اعمالی که ایجاد خوف مرگ یا جراحت شدید نماید زنا، لواط، و تهدید به آنها، اختطاف انسان، حریق عمدی، سرقتی که به حکم قانون جنایت شناخته شده است و دخول غیر مجاز از طرف شب به منزل مسکونی و یا ملحقات آن»

(علامه ۱۳۹۰، ۲۹۳). در اینجا به موارد مهمی تجاوز اشاره شده است که هرگاه متجاوز به آن متوسل گردد، مدافع می‌تواند حق متوسل شدن به قتل را داشته باشد، در غیر این موارد مدافع حق ندارد به قتل متوسل شود. به نظرم تعیین موارد متذکره کار عادلانه نیست؛ زیرا ممکن است گاهی موضوعاتی در تجاوز به اضافه این موارد، یافت شود که از برخی این نکته‌های ذکر شده با اهمیت‌تر باشد؛ اما به دلیل این که در قانون تذکر نرفته و مدافع هم دست به قتل مهاجم برده است، مدافع مجرم شناخته می‌شود. این کار خلاف عدالت جزایی است؛ زیرا فرد متضرر دوبار ضربه می‌بیند (یکبار از طرف مهاجم و بار دیگر از طرف قانون و دادگاه)؛ اما مهاجم یکبار هم که صدمه دیده است از طرف قانون جبران می‌شود، یا حد اقل تحت حمایت قانونی قرار می‌گیرد. درست است که در برخی از موارد، دست زدن به قتل از طرف مدافع شاید زمینه سوء استفاده از این حق را بگیرد؛ ولی از طرف دیگر دست مدافع را در امر دفاع می‌بندد و مهمتر از این که گاهی ممکن است ضربه غیرعادلانه متوجه مدافع گردد.

بنابراین، «باید دفاع به اندازه باشد که دفع تجاوز آن را می‌خواهد، شخص مورد حمله نمی‌تواند در مقام دفاع هر کاری که می‌خواهد بکند ... مثلاً: اگر می‌تواند دزد، یا هر مهاجم دیگر را به وسیله‌ای فریاد یا ضرب و جرح از خود دفع کند، حق ندارد او را بکشد، برای دفاع سلسله مراتبی باید حفظ گردد. [یا] اگر مهاجم شخص مورد حمله را به ایراد ضرب ساده تهدید کند برای دفع چنین خطری نمی‌توان متوسل به میله آهنی شد». (قبله‌ای خویی ۱۳۸۸، ۶۶)

قانون جزای افغانستان نیز به این نکته توجه داشته است؛ چنان که بند (۲) ماده (۶۰) این قانون، تصریح داشته است: دفاع باید متناسب با خطر تهدید کننده

باشد؛ یعنی هرگاه میان تجاوز و دفاع منطقی تناسب ثابت نگردد، دفاع صورت گرفته حق قانونی نمی‌تواند باشد؛ ولی ممکن است این امر جزء معاذر تخفیف دهنده به حساب بیاید.

۴-۲-۳. دفاع از دیگری

اگرچه شرایطی که در بالا برای دفاع تذکر داده شد، برای دفاع از دیگری نیز لازم و ضروری پنداشته شده است؛ ولی این‌که از دیگری در چه موقعیتی می‌توان دفاع قانونی را به کار گرفت؛ باید وضاحت بیشتری بیابد. برای دفاع از خود چنانچه در بالا از آن یاد شد، زمانی تحقق می‌یابد که تجاوز غیرقانونی علیه فرد مورد تجاوز در هنگامی صورت گیرد که نیروهای دولتی و جامعه نتواند خطری را که متوجه فرد شده است، در حین وقوع خطر دفع کند. در این جا دفع خطر به عهده خود فرد مربوط می‌شود؛ ولی دفاع از دیگری تا زمانی که خود فرد مورد تجاوز توان دفع خطر را داشته باشد، به عنوان یک تکلیف اخلاقی قانونی به عهده کسی دیگر قرار نمی‌گیرد... وقتی دفاع از نفس و یا ناموس و یا عرض و یا مال و یا آزادی تن دیگری جایز است که او ناتوان از دفاع بوده و نیاز به کمک داشته باشد». (گلدوزان ۱۳۸۹، ۱۲۵). اما سؤال این جا است که ممکن است کسی از دفاع ناتوان باشد؛ اما بنا به دلایلی از دیگری هم تقاضای کمک نکند در این صورت، نباید برای دفع خطر به کمک او شتافت؟ به نظر می‌آید که ناتوانی فرد مورد تجاوز برای کمک به متضرر کافی باشد تا مدافع شامل اصل دفاع قانون شود؛ زیرا او تکلیفی را به عهده گرفته که در شرایط عادی به عهده دولت و جامعه است و مدافع در حقیقت با این کار خود به جامعه خدمت کرده است. حتی بعضی‌ها گفته‌اند، هنگامی که فرد از تجاوز

علیه خود دفاع می‌کند، خدمت به جامعه کرده است پس کسی که از دیگری دفاع کند به صورت بهتر به جامعه خدمت کرده و مستحق استفاده از قاعده دفاع مشروع می‌باشد؛ و لو این‌که فرد مورد تجاوز از او کمک نخواست باشد «... کسی که از خود دفاع می‌کند، مستوجب مجازات نیست. چنین فردی با دفع تجاوز به اجتماع خدمت می‌کند و عمل او فاقد قبح اجتماعی است.» (گلدوزیان ۱۳۸۹، ۱۱۹)

به نظر می‌رسد، به این سؤال نیز پاسخ داده شود که وضع و مراعات محدودیت‌های دفاع قانونی چه کمکی به عدالت جزایی می‌کند؟ فکر می‌کنم تعیین محدودیت‌ها و شرایط حقوقی، تنها به طور کافی نمی‌تواند، عدالت جزایی را تحقق بخشد؛ زیرا در بسیاری از موارد، ممکن است حتی همین محدوده‌های معین شده موجب بی‌عدالتی شود، به این دلیل که فرد متضرر ممکن است تا اندازه‌ای نتواند شرط مناسبت میان تجاوز و دفاع را رعایت کند؛ زیرا هنگامی که او مورد تجاوز واقع می‌شود روی رفتار خود کنترل کامل نداشته باشد؛ بنابراین، ضربه‌ی را که به متجاوز وارد کرده است کمی بیشتر از تجاوز به نظر بیاید؛ در این صورت اگر قاضی دادگاه عکس‌العمل فرد مورد تجاوز را خارج از محدوده‌های دفاع قانونی قلمداد کند، آیا شرایط تعیین شده سبب نقض عدالت جزایی نگردیده است؟ زیرا فرد مورد تجاوز دو بار صدمه می‌بیند یکبار از طرف متجاوز بار دیگر از طرف قانون، همین محدوده‌هایی قانونی که به هدف تضمین حقوق افراد در جامعه وضع گردیده است. گاهی ممکن است به اثر بی‌توجهی موجب نقض حقوق افراد گردد؛ بنابراین، تحقق عدالت جزایی چیزی است که نه تنها به تعیین محدودیت‌های حقوقی هرچند دقیق بستگی دارد؛ بلکه بیشتر به کسانی

بستگی دارد که به قضیه خاص عملاً می‌پردازند و عهده‌دار بررسی اثبات و تبرئه آن قضیه خاص می‌باشد؛ مانند: وکیلان مدافع، اعضای دادستانی و قضات؛ اینها باید نهایت تلاش را برای دریافت عادلانه‌ترین تشخیص این‌گونه قضایا قبل از فیصله و صدور حکم به خرج دهند. تکلیف دفاع از دیگری در قانون جزای افغانستان نیز آمده است. شاید فرض قانون‌گذار کشور نیز همین بوده باشد که دفاع از دیگری در هنگامی جواز دارد که او در دفاع از خود و یا ناموس و یا مال و یا عرض خود ناتوان باشد. (قانون جزای افغانستان، مواد ۵۸ و ۵۹)

۴-۲-۴. موضوع مورد تجاوز در دفاع قانونی

موضوع مورد تجاوز در اکثر نوشته‌های حقوقی زبان فارسی (آثار دانشمندان حقوق)، مواردی مانند: جان، ناموس، مال و عرض، ذکر شده است؛ ولی در بند (۱) ماده (۵۹) قانون جزای افغانستان، به طور عموم سه موضوع: مال، جان یا ناموس آمده است؛ اما مطابق ماده (۶۱) این قانون، راجع به قتل عمد به موجب استفاده از حق دفاع قانونی، موضوعات بیشتری گنجانیده شده‌اند. محتوای ماده فوق موارد زیر را در بر می‌گیرد:

۱. دفاع در برابر عملی که ایجاد خوف مرگ یا جراحت شدید نماید؛ مشروط بر این‌که خوف مذکور از اسباب معقول پیدا شده باشد.
۲. دفاع در برابر عمل زنا، لواطت، و یا تهدید به آن.
۳. دفاع در برابر اختطاف انسان.
۴. دفاع در برابر حریق عمدی.
۵. دفاع در برابر عمل سرقتی که به حکم قانون جنایت شناخته شده باشد.

۶. دفاع در برابر عمل دخول غیر مجاز از طرف شب به منزل مسکونی و یا ملحقات آن.

برخی از نکات ذکر شده در این قانون از جمله، ایجاد خوف مرگ، عمل زنا و لواطت (ناموس) و سرقت، شامل موضوعات ذکر شده در ماده (۵۹) می‌باشد؛ ولی نکات و موضوعات اضافی، چون: خوف جراحت، حریق عمدی، اختطاف انسان و دخول غیر مجاز هنگام شب در منزل غیر، دامنه‌ای شمول موضوع دفاع قانونی را گسترش بیشتر می‌بخشد.

موضوع دفاع قانونی در قوانین کیفری کشور ایران نیز از اهمیت ویژه برخوردار است؛ چنان‌که به موجب ماده (۶۱) قانون مجازات اسلامی، علاوه بر موضوعات: جان، مال و ناموس؛ موضوع عرض آمده است. برخی از حقوقدانان عرض را این‌گونه تعبیر نموده‌اند: «مقصود از عرض، آبرو و شرافت و حیثیت خانوادگی و اجتماعی، است» (گلدزویان ۱۳۸۹، ۱۲۶). همچنین مطابق ماده (۵۸۳) قانون مجازات اسلامی، دفاع از آزادی تن خود یا دیگری، مجاز دانسته شده است. از مقایسه قانون جزای کشور، با مواد فوق قوانین جمهوری اسلامی ایران؛ این نتیجه به دست می‌آید که اکثر موارد مندرج ماده (۶۱) قانون جزای جمهوری اسلامی افغانستان، در قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران نیامده است؛ ولی موارد مندرج ماده (۶۱) قانون مجازات اسلامی از جمله عرض و حیثیت؛ همچنین مطابق ماده (۵۸۳) این قانون موضوع آزادی تن آمده؛ ولی این موارد در قانون جزای افغانستان تذکر به عمل نیامده است.

برای اختصار بحث از پرداختن به موضوعاتی چون: حالت ضرورت برای حفظ جان، یا مال خود یا دیگری، تجویز قانونی تادیب و تنبیه صغار و

محجورین، عمل جراحی یا طبی ضروری، رضایت مجنی‌علیه و نقش آن در تحقق جرم و مجازات و... صرف نظر شده است.

اگرچه قواعد و نمادهای مفهومی مصادیق عملی جرمی، در قانون تصریح نشده؛ اما به نظر می‌رسد، واقعیت‌ها نسبت به مفاهیم، قواعد و اصول، گسترده‌تر و متنوع‌تر هستند؛ بنابراین، هرچه کلمات، مفاهیم، قواعد... جامعیت داشته باشند، بازهم تنها بخشی از واقعیت را بیان می‌کند و با این حال؛ احکام، قواعد، اصول، نظریه، مفاهیم ... برای تبیین واقعیت‌ها و در رابطه با عنصر مادی (واقعیت) ایجاد شده‌اند و از این جهت باهم مرتبط‌اند.

۳-۴. انواع دفاع قانونی

مشکل مهمی که می‌تواند موجب نگرانی شود و عدالت جزایی را ممکن است زیر سؤال ببرد، این است که اکثراً معیار اثبات قضیه در دادگاه با معیار تشخیص تجاوز توسط فرد مورد تجاوز، در تناقض قرار می‌گیرد؛ به این معنی که ممکن است فرد مورد تجاوز با معیار شخصی (حسن نیت) در برابر تجاوز به دفاع برخاسته باشد و دادگاه خواستار اثبات قضیه با معیار نوعی (قراین معقول و شرایط معین) گردد، در این صورت دادستان و یا فرد مورد تجاوز با معیار نوعی نتواند به اثبات قضیه مبنی بر اینکه عکس‌العمل او دفاع قانونی بوده است، موفق گردد. در چنین وضعی اگر مدافع مجازات شود، عدالت جزایی زیر سؤال خواهد رفت. از این‌رو است که بعضی از حقوق‌دانان دفاع قانونی را بر مبنی معیارهای انجام عمل دفاع و اثبات عمل انجام یافته به سنخ‌بندی پرداخته‌اند؛ چنانکه جورج پی‌فلچر، در کتاب «مفاهیم بنیادین حقوق کیفری»، از سه نوع

دفاع قانونی؛ بهترین؛ بدترین، و دفاع قانونی متوسط - سخن به میان آورده است.

۴-۳-۱. بهترین نوع دفاع قانونی

بهترین نوع دفاع مشروع، به معنی در نظر داشت حسن نیت مدافع و عدم توجه به ملاک‌های عینی برای اثبات دفاع است. « در این نوع [دفاع] با استفاده از معیار شخصی به متهم اجازه داده می‌شود که اگر با حسن نیت عملی انجام داده است، به دفاع قانونی استناد کند، علاوه بر آن، دادستان باید بدون هیچ تردید معقولی، عدم دفاع قانونی را ثابت کند» (فلچر، ۱۳۸۴، ۴۹). در چنین دفاعی، هم مدافع در دفاع از قضیه و هم دادستان در رد آن یا اثبات غیرقانونی بودن دفاع معیار با قرینه معقول را به کار نمی‌بندد؛ اما به کار بستن معیار نوعی با قرینه معقول هنگامی که اثبات آن به عهده خود مدافع باشد، دفاع را مشکل خواهد نمود، که آقای فلچر این نوع دفاع را بدترین نوع دفاع نام نهاده است.

۴-۳-۲. بدترین نوع دفاع قانونی

ممکن است توجه به معیار نوعی برای مدافع برای اثبات عمل دفاع مشروع خود، سخت‌تر باشد؛ ولی به نظر می‌آید ملاک مطمئن‌تر است؛ زیرا بدون توجه به چنین معیاری از چنین قاعده، احتمال سوء استفاده می‌رود. «در این نوع [دفاع] با استفاده از معیار نوعی، دفاع قانونی محدود به مواردی می‌شود که شخص در اثر خوف ناشی از قرائین معقول، عملی انجام داده باشد، در ضمن این به عهده متهم است که با معیار دلیل غالب اثبات کند که عمل وی در جهت دفاع قانونی بوده است». (همان ۱۳۸۴، ۴۹).

۴-۳-۳. دفاع قانونی متوسط

اگر هریک از مزیت‌های موجود در بهترین نوع دفاع قانونی از متهم گرفته شود، حالت‌های «الف» و «ب» پدید می‌آید. اگر بار اثبات را به عهده او بگذاریم حالت «ب» پیش خواهد آمد و اگر قید معقول را اضافه کنیم، حالت «الف» خواهد بود؛ «البته نمی‌توان بین این دو حالت فرق گذاشت و یکی را بهتر از دیگری دانست؛ چرا که مناسب بودن یا نبودن این دو، به شرایط خاص هر پرونده بستگی دارد؛ در برخی موارد که عمل در پشت درهای بسته اتفاق افتاده، دقیقاً نمی‌توان گفت که چه رخ داده و اگر در این موارد بار اثبات به عهده متهم باشد، کار او بسیار مشکل خواهد شد. از سوی دیگر؛ گاهی اوقات [عمل جرم] در مکان عمومی صورت می‌گیرد و مشکلی برای درک آنچه اتفاق افتاده وجود ندارد» (همان ۱۳۸۴، ۵۰).

نتایج بحث

نتیجه که از این مباحث به دست می‌آید، در واقع همان پاسخ‌هایی است که پیرامون سؤالات مطرح شده؛ در ابتدای مباحث و طرح فرضیه‌ها به دست آمده است. سؤالی را مطرح کرده بودیم که، در پی دسته بندی و تفکیک اعمال مجرمانه به تبرئه شونده و اعمال مجازات شونده بود. فرضیه پیرامون این پرسش این بود که جرایم به لحاظ در پی داشتن مجازات و عدم آن به دو دسته تقسیم می‌شوند، جرایمی که تبرئه می‌شوند و جرایمی که مجازات را در پی دارند. جرایم تبرئه شونده، با در نظر داشت حالات و شرایطی تبرئه می‌شوند که مدافع در آن قرار می‌گیرند؛ اما وصف جرمی از بین نمی‌رود؛ یعنی عمل انجام شده با وجود جرم بودن تبرئه می‌شود که این را بنابر انعطاف‌پذیری موجود در پهنه حقوق

کیفری و قوانین عادلانه تلقی می‌گردد. نتیجه به دست آمده نشان می‌دهد که جرایم به این خاطر توجیه نمی‌شوند که جرم‌هستند؛ ولی مجازات ندارد (زیرا هر عملی مجرمانه ایجاب می‌کند تا مجازات را در پی داشته باشد)، بلکه به این خاطر توجیه می‌شوند که جرم نبودن آن‌ها به اثبات می‌رسند.

یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که:

۱. میان دفاع و جرم در برخی از موارد مشابهت‌های وجود دارد که حقوق‌دانان برای تفکیک این اعمال شرایطی را در نظر گرفته‌اند و با این معیارها می‌توان به تفکیک این اعمال دست زد. اعمالی که در حالت عادی جرم‌هستند و در حالت‌های غیر عادی توجیه می‌شوند. عدالت جزایی نیز اقتضاء می‌کند که مجازات متناسب با جرایم و با در نظر داشت همه شرایط و عواملی که در تحقق جرم مؤثر بوده‌اند، باشد. گذشته از این، برخی از نگرانی‌های نیز در مورد قاعده دفاع مشروع مبنی بر اینکه از این قاعده سوء استفاده شود، وجود دارد. برای نمونه، ممکن است فردی از سر دشمنی کسی را از پای در بیاورد و با استفاده از این اصل تبرئه شود.

۲. دیدگاه‌هایی نیز در مورد قاعده دفاع مشروع مطرح شده که به سه نظریه مهم خلاصه می‌شوند. سه نظریه جزایی یاد شده، روی دو نکته توافق دارند: نکته اول، در مورد عدم مجازات مدافع و نکته دوم مورد قاعده دفاع مشروع به عنوان یک ضرورت، طرح و بررسی شده‌اند. اما در مورد نحوه توجیه عمل مجرمانه توافقی وجود ندارد. چنانچه نظریه اجبار معنوی جرم را به این دلیل قابل توجیه می‌داند که عمل مجرمانه تحت اجبار ترس و فشار متجاوز انجام می‌یابد. نظریه اجرای حق و انجام تکلیف عمل دفاع

قانونی را نه تنها جرم نمی‌داند؛ بلکه آنرا نوعی حق و تکلیف تلقی نموده است. نظریه تعارض دو حق به این دلیل عمل دفاع را قابل توجیه محسوب داشته است که حق مدافع نسبت به حق متجاوز اهمیت بیشتر دارد، بناءً عمل دفاعی نباید مجازات را در پی داشته باشد.

۳. پرسشی که در مورد محدودیت‌های تجاوز مستوجب دفاع مطرح شد، این بود که آیا می‌شود در برابر هرگونه تجاوزی از قاعده دفاع مشروع استفاده کرد؟ فرضیه‌ای که در مورد این سؤال مطرح شد این بود که شاید در برابر هرگونه تجاوزی، قانون به ما اجازه نداده باشد تا از این قاعده استفاده شود؛ زیرا از یک طرف نظام قضایی و اجرایی دولت زیر سؤال می‌رود؛ زیرا این کار از وظیفه دولت است که از افراد جامعه و اتباع کشور حمایت کند، از سوی دیگر مجاز بودن استفاده از این اصل مشکلات اجتماعی زیادی را ممکن است پدید آورد؛ بنابراین، انتقام‌جویی و افزایش منازعات اجتماعی را در پی خواهد داشت.

۴. نتایج بررسی این فرضیه را تایید می‌کند و به همین خاطر هم حقوقدانان و هم قوانین استفاده از این قاعده را استثنایی دانسته و شرایط محدودکننده را برای جلوگیری از بکارگیری این اصل در شرایط عادی وضع نموده‌اند. اینکه شرایط وضع شده برای استفاده از قاعده دفاع مشروع چه تأثیری در عدالت جزایی می‌توانند داشته باشد؟ بخشی دیگری از این سؤال را تشکیل می‌دهد فرض مطرح شده راجع به سؤال متذکره این بود که محدودیت‌های وضع شده برای استفاده از قاعده دفاع مشروع شاید روی میزان واکنش، تناسب تجاوز، معیار تشخیص، زمان تجاوز و... تمرکز داشته باشد، در این صورت از یک طرف به حقوق متجاوز نگریسته شده است و از سوی

دیگر حقوق متضرر مورد توجه واقع شده است؛ بنابراین، شرایط وضع شده در تحقق عدالت جزایی تأثیری خوبی خواهد داشت. یافته‌های بررسی تا حدودی این فرضیه را نیز تایید می‌کند؛ چنانچه گفته شد حقوق دانان دو نوع شرایط را برای عدالت بهترکیفری در نظر گرفته‌اند: یکی شرایط تجاوز مستوجب دفاع؛ یعنی اینکه در چه شرایطی مدافع، می‌تواند حق دفاع داشته باشد. این شرایط از انجام اعمال خودسرانه تحت شرایط عادی و بی‌مورد جلوگیری می‌کند. دیگر شرایط دفاع علیه متجاوز. این شرایط مانع آن می‌شود که مدافع در برابر هرگونه عمل مجرمانه حق ندارد به قتل و جرح متجاوز دست بزند؛ بنابراین، می‌توان گفت که شرایط تعیین شده برای استفاده از قاعده دفاع مشروع در تحقق و توسعه عدالت جزایی مؤثر است. با وجود این؛ نباید از مشکلاتی ناشی از قاعد دفاع مشروع چه از ناحیه خود این اصل به صورت کلی و یا شرایطی تعیین شده برای بکارگیری آن به صورت قانونی و یا جنبه‌های دیگر دفاع قانونی ... غافل شد؛ زیرا همان‌طور که در اشاره شد قاعده دفاع مشروع و شرایط تعیین شده در مورد استفاده عادلانه از آن، یک طرف قضیه بوده، میزان تشخیص و تفسیر اعضای قوه قضائیه و عادلانه به قضاوت پرداختن آن‌ها، به کارگیری معیارهای تشخیص ... طرف دیگر قضیه را در تحقق عدالت جزایی تشکیل می‌دهند.

۶. پیشنهادات

۶۸

مباحث مطرح شده پیرامون قاعده دفاع قانونی، پیشنهادات چندی را از نظر علمی و کاربردی در جهت اصلاح و تکمیل این قاعده، ضروری می‌نماید:

الف. علمی (نظری)

۱. منابع نشری دفاع مشروع تا جایی که بررسی گردید، ضرورت به کارهای تحقیقی بیشتر دارد.

۲. شرایط تعیین شده چه در مورد تجاوز مستوجب دفاع و چه راجع به شرایط دفاع کافی نیست؛ ممکن است این شرایط گاهی نتواند، عدالت را آن طوری که اقتضاء می کند، تحقق ببخشد. بناءً ضرورت به تشخیص و تعیین شرایط بهتر و بیشتری احساس می شود.

۳. معیار قراین معقول برای تشخیص احتمال تجاوز کافی نیست؛ زیرا گاهی اوقات ممکن است مدرک کافی برای اثبات تجاوز مستوجب دفاع بر اساس قراین معقول تهیه نشود، در این صورت اگر عمل مدافع جرم تلقی شود، عدالت نقض می گردد.

ب. کاربردی

۱. به نظر می رسد، در برخی حالات تشخیص دفاع مشروع از تجاوز، کار دشوار است (دفاع مشروع در حالتی که، مدافع صرف حسن نیت خود را به عنوان دلایل اثبات داشته باشد و معیارهای معقول موجود نبوده باشد)، در چنین حالتی، پیشنهاد می گردد، تا نخست، شخصیت مدافع و متجاوز (به کمک علم روان شناسی و جرم شناسی)، تحت بررسی گرفته شود. دوم، پیشینه اجتماعی هر دو (مدافع و متجاوز)، مطالعه شود. سوم، شرایط و حالات وقوع فعل بیشتر از حد معمول مورد جستجو قرار گیرد. نکاتی یاد شده در اثبات نیت مطلوب مدافع یا رد آن بسیار کمک کننده به نظر می آیند.

۲. ممکن است برخی از افراد ماهر در فراهم نمودن معیارهای معقول جهت توجیه عمل خود، امکانات فراوان داشته باشند؛ بنابراین، هرگاه مسئولین عدلی و قضایی کاملاً بر معیارهای معقول در اثبات یا رد دفاع مشروع تکیه کنند، ممکن است جریان بررسی به یکسوی گی متمایل گردد؛ لذا پیشنهاد می‌گردد تا همچنانی که معیارهای معقول به عنوان ملاک‌های اثبات دفاع یا تجاوز مورد توجه قرار گیرد، به حسن نیت مدافع نیز تکیه شود و از قراین معقول در اثبات یا رد همین مسئله، مدد جسته شود.

مآخذ و منابع

۱. اردبیلی، محمدعلی. ۱۳۸۷. حقوق جزای عمومی، ج ۱، تهران، نشر میزان.
۲. آنتونی، گیدنز. ۱۳۷۶. جامعه شناسی، منوچهر صبوری، تهران، نشرنی.
۳. بولک، برنارد. ۱۳۸۷. کیفرشناسی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۴. پرادل، ژان. ۱۳۹۲. تاریخ اندیشه‌های حقوق کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، سمت، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی.
۵. خزانی، منوچهر. ۱۳۷۷. فرایند کیفری (مجموع مقالات)، تهران، گنج دانش.
۶. دانش، تاج زمان. ۱۳۷۸. دادرسی اطفال بزهکار در حقوق تطبیقی، تهران، نشر میزان.
۷. دانش، حفیظ الله. ۱۳۹۳. حقوق جزای عمومی؛ کابل، انتشارات سیرت.
۸. رحیمی نژاد، دکتر اسمعیل. ۱۳۸۸. جرم شناسی، تبریز، فروزش.
۹. ساریخانی، عادل. ۱۳۸۲. حقوق جزای عمومی اسلام، تهران، د. پیام‌نور.

۱۰. سلاحی، جعفر. ۱۳۸۶. اساس و مبانی جرم‌شناسی، تهران، جاودانه.
۱۱. صفاری، علی. ۱۳۸۶. کیفرشناسی، تهران، جاودانه.
۱۲. علامه، غلام‌حیدر. ۱۳۹۰. عدالت جزایی در افغانستان؛ تهران: عرفان.
۱۳. فلچر، جورج. ۱۳۸۴. مفاهیم بنیادین حقوق کیفری؛ ترجمه مهدی سیدزاده ثانی، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۱۴. فوکو، مشل. ۱۳۷۸. مراقبت و تنبیه [تولد زندان]؛ ترجمه نیکوسرخوش و افشین جهان‌دیده؛ تهران: نشرنی.
۱۵. قبله ای خوبی، خلیل. ۱۳۸۸. قواعدفقه جزا، بخش جزا، تهران، سمت.
۱۶. کی‌نیا، مهدی. ۱۳۸۲. مبانی جرم‌شناسی، تهران، دانشگاه تهران، انتشارات.
۱۷. گسن، ریموند. ۱۳۸۸. جرم‌شناسی نظری، مترجم مهدی کی‌نیا، تهران، مجلد.
۱۸. گلدوزیان، ایرج. ۱۳۸۹. بایسته‌های حقوق جزای عمومی (۱-۲-۳)، تهران، میزان.
۱۹. معظمی، شهلا. ۱۳۸۸. بزهکاری کودکان و نوجوانان، تهران: دادگستری.
۲۰. نوربها، رضا. ۱۳۹۰. زمینه حقوق جزای عمومی؛ تهران: گنج دانش.
۲۱. هیلالگور. ۱۳۸۷. الکساندر و رامین مشتاقی و ماندانا راسخ‌افشارکنوست، موازن محاکمه عادلانه، رهنمود ماکس پلانگ، چاپ چهارم.

ب) مقاله‌ها

۱. ابراهیمی، ابراهیم؛ ابراهیمی، جواد، سیاست جنایی در ترازوی علم و دین، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۹۱، شماره ۴.

۲. ابراهیمی، داکتر شهرام؛ ایزدی، عبدالله. ۱۳۹۱. مطالعه تطبیقی راهبردهای اصلاحی و درمانی، در مرحله اجرای مجازات زندان، در ایران و کانادا، پژوهشنامه حقوق کیفری، شماره ۲.
۳. _____ بازپروری عادلانه مجرمان، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۹۱، شماره ۳.
۴. آشوری، محمد؛ عظیم زاده، شادی. ۱۳۹۲. جایگاه پرونده شخصیت در فرایند پیشگیری از پایدار شدن بزهکاری جوانان، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۳، شماره ۱.
۵. آشوری، محمد؛ میرزایی، اسدالله. ۱۳۹۱. حقوق کیفری و توسعه اقتصادی-صنعتی، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۴.
۶. اصغری، عبدالرضا؛ والد، سرمدی، علی. ۱۳۹۱. پیشگیری اجتماعی از جرم، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۴.
۷. آقانی، حسین؛ شجاعی، علی. ۱۳۹۱. نقش دادرسان در تفسیر قانون جنایی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۲، شماره ۳.
۸. انستیتیوت ماکس پلانگ. ۱۳۸۵. موازن محاکمه‌ای عادلانه، مجله عدالت، ش ۴۳.
۹. بابایی‌مهر، علی. ۱۳۸۸. تفسیر اصول و مبانی حقوق عمومی، حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۱۴.
۱۰. جعفری، عبدالرضا جوان؛ ساداتی، سید محمدجواد. ۱۳۹۱. سزاگرایی در فلسفه کیفر، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال سوم، شماره ۱.
۱۱. _____ ۱۳۹۰. از سزاگرایی کلاسیک تا سزاگرایی نوین، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره جدید، شماره ۲.

۱۲. حاجی ده‌آبادی، محمدعلی. ۱۳۸۸. اصلاح مجرمان در سیاست‌جنایی تقنینی ایران، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۳.

۱۳. حاجی ده‌آبادی، محمدعلی؛ اصفحانی، مهدی خاقانی. ۱۳۹۲. گونه‌شناسی سیاست‌کیفری فنی در قبال جرم رمزنگاری اطلاعات (از منظر آزادی‌گرایی و امنیت‌گرایی) آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۵.

۱۴. حسن آبادی، محسن مرادی؛ جانکی، دکتر محمودی. ۱۳۹۱. بررسی تاثیر افکار عمومی بر ابقای مجازات اعدام در غرب، پژوهشنامه حقوق کیفری، شماره ۲.

۱۵. حسینی، سید محمد. ۱۳۸۹. مجازات بازدارنده (اشکالات نظری و مشکلات عملی)، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۲.

۱۶. حیدری، الهام؛ فتحی، محمدجواد. ۱۳۹۲. مفهوم و مبانی اصل آزادی تحصیل و ارزیابی دلیل در دادرسی کیفری، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۳، شماره ۱.

۱۷. دادبان، حسین؛ سارا آقایی. ۱۳۸۸. بازدارندگی و نقش آن در پیشگیری از جرم، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۳.

۳

۱۸. رایجیان اصلی، مهرداد. ۱۳۹۰. مطالعه تطبیق اصل قانونمندی حقوق جنایی و قاعده‌های آن در ایران و انگلستان، مجله حقوق تطبیقی، دوره ۲، شماره ۲.

۱۹. زکی، حفیظه الله. ۱۳۸۵. قانون و استقلال قوه قضاییه، مجله عدالت، ش ۴۳.
۲۰. زینالی، امیرحمزه؛ مقدسی، محمد باقر. ۱۳۹۲. رویکرد تطبیقی به نقش و جایگاه بزه‌دیده در فرایند کیفری، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۵.
۲۱. شاملو، باقر؛ گوزلی، مهدی. ۱۳۹۰. پرونده شخصیت در حقوق کیفری ایران و فرانسه، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره جدید، شماره ۲.
۲۲. ضیابخش، ندا؛ بهرامی نژاد، فاطمه. ۱۳۹۲. بررسی نقش روانشناسی محیط در طراحی محیط‌های قضایی و دادگاهی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۳.
۲۳. قماش، دکترسعید. ۱۳۹۰. کرامت انسانی راهبردنوین سیاست‌جنایی، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱.
۲۴. کیوانفر، شهرام. ۱۳۸۸. اخلاقی بودن وظیفه اطاعت از قانون، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۳.
۲۵. محمدنسل، غلام‌رضا. ۱۳۸۹. فرایند پیشگیری از جرم، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۱.
۲۶. منفرد، محبوبه؛ جلالی فراهانی، امیرحسین. ۱۳۹۱. کدهای رفتاری و پیشگیری از بزهکاری، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال سوم، شماره ۶.
۲۷. نجفی توانا، علی؛ شاطری پور اصفحانی، شهید. ۱۳۹۱. پیشگیری اجتماعی از جرم (در پرتو تحولات ناشی از جهانی شدن)، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۴.

۲۸. نو بهار، رحیم. ۱۳۹۲. اصل قضامندی مجازات‌ها، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۵.

۲۹. نیازپور، امیرحسین. ۱۳۹۰. وکیل در قلمرو عدالت کیفری (بنیان‌ها و کارکردها)، پژوهشنامه حقوقی، سال دوم، شماره ۱.

۳۰. نیازپور، دکتر امیرحسین. ۱۳۹۰. از حقوق کیفری تا حقوق کیفری قراردادی، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره‌ای جدید، شماره ۱.

۳۱. الهام، غلام حسین؛ محمدی مغانجوقی، فاطمه. ۱۳۹۱. مجازات مناسب از دیدگاه نظریه‌های بازدارندگی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ای ۴۲، شماره ۳.

ج) قوانین

۱. قانون رسیدگی به تخلفات اطفال... جریده رسمی ۸۴۶، مورخ ۱۳۸۴/۱/۳.

۲. قانون اجرائات جزایی ج.ا.ا. جریده‌ای رسمی، ۱۱۳۲. مورخ ۱۳۹۳/۲/۱۵.

۳. قانون اجرائات جزایی عسکری... جریده رسمی ۱۰۲۰، مورخ ۱۳۸۹/۲/۲۰.

۴. قانون اساسی افغانستان. ۱۳۸۲. کابل: مطبعهء طباعتی و صنعتی احمد.

۵. قانون تشکیلات و صلاحیت‌های محاکم قوه قضاییه ج.ا.ا. جریده‌ای رسمی، ۸۵۱، مورخ ۱۳۸۴/۲/۳۱.

۶. قانون جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی... جریده‌ای رسمی ۶۴۹؛ مورخ ۷۱۳۶۶/۳۰.

۷. قانون مبارزه علیه اختطاف و قاچاق انسان... جریده‌ای رسمی ۹۵۲، مورخ
۱۳۸۷/۴/۲۵.

۸. قانون مراکز اصلاح و تربیت اطفال افغانستان. ۱۳۸۲. کابل: مطبعه
طباعتی و صنعتی احمد.

۹. قانون جزای افغانستان. ۱۳۸۲. کابل: مطبعه طباعتی و صنعتی احمد.

بررسی تطبیقی

تحقیقات مقدماتی

در قانون اجرائات جزایی افغانستان و ایران

□ زهرا نظری

□ لیسانس حقوق و معارف از دانشگاه المصطفی - واحد کابل

چکیده

تحقیقات مقدماتی فرایندی است که شامل مرحله کشف، دستگیری، تحقیق و تعقیب متهمان می‌شود. مسأله تحقیقات مقدماتی در سیستم قضایی یک کشور، از اهمیت زیاد برخوردار است. این تحقیق قانون اجرائات جزایی افغانستان و آیین دادرسی کیفری ایران را به صورت تطبیقی و به روش کتابخانه‌ای و با استفاده از منابع حقوقی مربوطه، مورد بررسی قرار داده و در فرایند تحقیق، به خاطر نشان نمودن نقاط اشتراک و افتراق قانون اجرائات جزایی دو کشور پرداخته است.

کلیدواژه‌ها

تحقیقات مقدماتی. قانون اجرائات جزایی افغانستان. قانون اجرائات جزایی ایران. مقام تحقیق کننده. مقام تعقیب کننده.

مقدمه

در بین پنج مرحله محاکمه یعنی کشف جرم، تعقیب، تحقیقات مقدماتی، محاکمه و اجراء؛ مرحله تحقیقات مقدماتی از اهمیت قابل توجهی برخوردار است؛ زیرا بنای محاکمات در این مرحله است که نهاده می‌شود و سرنوشت متهم بر اساس آن رقم می‌خورد؛ با این توضیح که تا پیش از این مرحله از رسیدگی، هنوز دلایل اتهام جمع‌آوری نشده و وضعیت متهم در ابهام است، به همین علت از یک طرف احتمال نقض حقوق متهم همانند حق حریم خصوصی، حق برخورداری از آزادی و اصل برائت مطرح است و از سوی دیگر، پاسخ به احساسات جریحه دار شده جامعه و مدعی انتظار به حقی است و این حق، تحقیقات مقدماتی را به خود اختصاص می‌دهد. بر همین اساس تحقیقات مقدماتی باید در سایه ضوابط دقیق و شفاف به نحوی انجام شود که ضمن رعایت حقوق اصحاب دعوا و پاسخ به انتظارات قانونی آنان، دلایل له و علیه متهم به نحوی جمع‌آوری شود که در آینده مبنای یک محاکمه عادلانه و شفاف قرار گیرد. این هدف زمانی قابل تحقق است که هدایت‌گر تحقیقات مقدماتی، از استقلال و بی‌طرفی برخوردار باشد تا بتواند با خاطر آسوده اقدامات لازم را انجام دهد. همین ضرورت سبب شده است تا که تحقیقات مقدماتی به دو مرحله «تعقیب» و «تحقیق» تقسیم گردد و توسط یک مقام قضایی بی‌طرف (سارنوال) انجام شود.

سوال اصلی و مهم تحقیق، این است که فرایند تحقیقات مقدماتی در قانون اجراءات جزایی افغانستان و ایران چگونه است؟

پرسش فوق، پرسش‌های فرعی‌تر زیر را در پی دارد:

۱- مقصود از فرایند تحقیقات مقدماتی چیست؟

۲- مرجع انجام تحقیقات مقدماتی چه کسی و کجا است؟

۳- اصول و قواعد حاکم بر فرایند تحقیقات مقدماتی چیست؟

۴- فرایند تحقیقات مقدماتی در قانون اجرائات جزایی افغانستان و ایران

چگونه است؟ و چه پیوندها و گسست‌هایی میان این دو قانون وجود دارد؟

این تحقیق بر این فرضیه استوار است که به رغم وجود شباهت‌هایی میان قانون اجرائات جزایی افغانستان و ایران، تفاوت‌هایی نیز میان آن دو وجود دارد.

این تحقیق به روش کتابخانه‌ای و با مراجعه به منابع حقوقی و آیین دادرسی کیفری ایران و منابع حقوقی افغانستان، ضمن دو عنوان اصلی به فرجام رسیده است که عبارتند از: ۱. مفهوم و ویژگی‌های تحقیقات مقدماتی ۲. فرایند تحقیقات مقدماتی.

۱. تحقیقات مقدماتی

۱-۱. مفهوم تحقیقات مقدماتی

تحقیقات مقدماتی مجموعه اقدامات قانونی است که از سوی بازپرس یا دیگر مقامات قضایی برای حفظ آثار و علائم و جمع‌آوری ادله وقوع جرم، شناسایی یافتن و جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم انجام می‌شود. (قانون آیین دادرسی کیفری ایران، ماده ۹۰).

۲-۱. ویژگی‌های تحقیقات مقدماتی

تحقیقات مقدماتی دارای ویژگی‌های خاصی است که ضوابط حاکم بر آن متأثر از این ویژگی‌ها شکل می‌گیرد.

۳-۱. محرمانه بودن تحقیقات مقدماتی

تحقیقات مقدماتی به صورت سرّی انجام می‌شود. سرّی بودن تحقیقات مقدماتی به این معنی است که تمام افراد و مقامات از جمله ضابطان، کارشناسان، کارمندان دادسرا، شهود، مترجمان و حتی دادستان و بازپرس و دیگر مقامات قضایی، که در انجام آن نقش دارند و به این اعتبار محتویات پرونده برای آن‌ها قابل دسترسی است؛ حق ندارند محتویات آن را افشا نمایند و افراد عادی نیز حق حضور در جلسه تحقیق مقدماتی را ندارند. بنابراین، هر گونه مصاحبه و انتشار مطلب یا اعلام خبر که متضمن افشای هویت متهم، بزه‌دیده، شاکی، شاهد و یا دیگر محتویات پرونده باشد با محرمانه بودن تحقیقات مقدماتی منافات داشته و نقض ضوابط آیین دادرسی محسوب می‌شود. به موجب ماده (۹۱) ق.آ.د.ک: «تحقیقات مقدماتی به صورت محرمانه صورت می‌گیرد مگر در مواردی که قانون به نحو دیگری مقرر نماید. کلیه اشخاصی که در جریان تحقیقات مقدماتی حضور دارند، موظف به حفظ این اسرار هستند و در صورت تخلف، به مجازات جرم افشای اسرار شغلی و حرفه‌ای محکوم می‌شوند. علت محرمانه بودن تحقیقات مقدماتی، رعایت اصل براءت و جلوگیری از برچسب‌زنی پیش از هنگام به متهم است. علاوه براین، انجام صحیح و دقیق تحقیقات مقدماتی به خصوص جمع‌آوری

دلایل و شناسایی متهمان؛ یعنی جلوگیری از محو آثار و ادله جرم و فرار متهمان علت دیگر محرمانه بودن تحقیقات مقدماتی است. (طهماسبی ۱۳۹۴، ۱۹).

۱-۴. غیرعلنی بودن تحقیقات مقدماتی

علنی بودن رسیدگی به این معنی است که هر شخص می‌تواند بدون محدودیت تا جایی که فضای دادگاه ظرفیت دارد، در جلسه دادرسی حضور پیدا کند و ناظر بر محاکمات باشد. علنی بودن محاکمات دارای سازوکاری است که عملکرد قاضی دادگاه را در معرض قضاوت جامعه قرار می‌دهد و سبب تحقق نظارت عمومی بر دادرسی‌ها می‌گردد. این نوع نظارت راهبرد مؤثری در رعایت اصل استقلال و بی‌طرفی قاضی است.

رعایت این اصل در تحقیقات مقدماتی ضرورت ندارد؛ بلکه ویژگی محرمانه بودن تحقیقات مقدماتی، با علنی بودن آن منافات دارد؛ البته باید توجه داشت غیرعلنی بودن به معنی محرمانه بودن نیست؛ بلکه هرکدام از این‌ها از ضوابط خاصی تبعیت می‌کنند. غیرعلنی بودن یعنی اینکه جلسات رسیدگی و تحقیق در انظار عمومی انجام نمی‌شود؛ به این معنی که حضور افرادی که در رسیدگی نقش ندارند در هنگام تحقیقات ممنوع است، در حالی که محرمانه بودن، همان طور که پیش از این گفته شد، به معنی عدم افشای پرونده است. بدیهی است علنی بودن سبب افشای این اطلاعات می‌شود و جریان پرونده را از حالت محرمانه بودن خارج می‌کند.

علت دیگر غیرعلنی بودن تحقیقات مقدماتی، منافات آن با اصل سرعت و استمرار در تحقیقات است. علاوه بر این، با رعایت حریم خصوصی اصحاب

دعوا، به خصوص متهم نیز منافات دارد؛ زیرا هنوز که دلایل کافی برای توجه اتهام به او جمع آوری نشده است، عموم مردم از اتهام وی مطلع می‌شوند و این امر سبب بر چسب‌زنی ناروا یا ناهنگام به متهم است. رعایت اصل برائت و رعایت اصل کرامت و حیثیت افراد اقتضا دارد که پیش از دستیابی به دلایل کافی برای توجه اتهام به متهم از برچسب زنی به او خودداری شود. ضرورت غیرعلنی بودن تحقیق از شاکی و متهم توسط بازپرس در ماده (۱۹۲) ق.آ.د.ک ایران این‌گونه مورد تأکید قانون‌گذار قرار گرفته است: «تحقیق از شاکی و متهم غیرعلنی و انفرادی است مگر در جرائم قابل گذشت که به آن‌ها در دادسرا حتی‌الامکان به صورت ترافیعی رسیدگی می‌شود و بازپرس مکلف است در صورت امکان، سعی در ایجاد صلح و سازش و یا ارجاع امر به میانجی‌گری نماید». همین تصریح در مورد شهود و مطلعان نیز به موجب ماده (۲۰۶) قانون مزبور مورد توجه قانون‌گذار بوده است. به موجب این ماده: «تحقیق و بازجویی از شهود و مطلعان قبل از رسیدگی در دادگاه، غیر علنی است». (طهماسبی ۱۳۹۴، ۲۲-۲۴)

۱-۵. غیر تدافعی بودن

تدافعی بودن دادرسی به این معنا است که طرفین پرونده یا وکلاء آن‌ها همزمان در یک جلسه نزد مراجع قضایی حاضر و به بیان مواضع خود و پاسخ به اظهارات طرف مقابل بپردازند. این خصیصه از ویژگی‌های نظام اتهامی است؛ زیرا در نظام‌های تفتیشی وضعیت کلاً متمایز است. در قانون آیین دادرسی کیفری ایران، با توجه به این‌که مرحله تحقیقات مقدماتی متأثر از نظام تفتیشی

انجام می‌شود، مداخله متهم، شاکی و نحوه تحقیق از آن‌ها با محدودیت‌ها و ممنوعیت‌هایی مواجه است. از جمله این‌که تحقیق از شاکی، متهم، شهود و مطالعان به موجب مواد (۱۹۲) و (۲۰۷) ق.آ.د.ک انفرادی و به صورت جداگانه انجام می‌شود و آنان حق ندارند با یکدیگر وارد مذاکره و مواضعه شوند. در مورد جرایم قابل گذشت تحت ضابطه‌ای که در قسمت دوم ماده (۱۹۲) پیش‌بینی شده است، وضعیت متفاوت است. قانون‌گذار در یک اقدام که در قوانین قبلی فاقد سابقه است، به موجب این ماده مقرر نموده است: «تحقیق از شاکی و متهم غیرعلنی و انفرادی است، مگر در جرایم قابل گذشت که به آن‌ها در دادسرا حتی‌الامکان به صورت ترافیعی رسیدگی می‌شود و بازپرس مکلف است در صورت امکان، سعی در ایجاد صلح و سازش و یا ارجاع امر به میانجی‌گری نماید». (طهماسبی ۱۳۹۴، ۲۴)

۱-۶. بی‌طرفی

رعایت بی‌طرفی سنگ بنایی است که تفکیک مرحله تعقیب بر آن نهاده شده است. بر این اساس، بازپرس باید در کمال بی‌طرفی و بدون تمایل به کسی از اصحاب دعوا و بدون هر گونه جانب‌داری، تحقیقات مقدماتی را انجام دهد. این ضرورت به موجب ماده (۹۳) این‌گونه مورد تأکید قانون‌گذار قرار گرفته است: «بازپرس باید در کمال بی‌طرفی و در حدود اختیارات قانونی، تحقیقات را انجام دهد و در کشف اوضاع و احوالی که به نفع یا ضرر متهم است فرق نگذارد». بنابراین، بازپرس موظف است نه تنها دلایل مبنی بر توجه اتهام به متهم را؛ بلکه باید دلایل له او را نیز جمع‌آوری کند. بازپرس مقام بی‌طرفی است که

هدف او دستیابی به حقیقت و روشن شدن واقعیت‌های مربوط به ارتکاب جرم است؛ بر همین اساس، باید چشم انداز کار خود را کشف حقیقت تعریف کند. رسیدن به این هدف زمانی ممکن است که تفاوتی بین جمع‌آوری دلایل و اوضاع و احوال له و علیه متهم قائل نشود. بی‌طرفی تنها اختصاص به مرحله جمع‌آوری دلایل ندارد؛ بلکه در هنگام اظهار نظر نهایی نیز مطرح است. بازپرس نباید نسبت به یکی از طرفین دعوا اعم از شاکی، متهم یا دادستان، تمایل خاصی داشته باشد و از خواسته‌های او پیروی کند؛ بلکه باید در تحقیقات و اظهار نظر قضایی تنها به استناد واقعیت‌های موجود در پرونده اقدام کند و از هیچ‌کسی جانب‌داری نکند. (همان، ۲۶)

۱-۷. سرعت و استمرار

تحقیقات مقدماتی باید سریع باشد. بازپرس که تحقیقات مقدماتی را انجام می‌دهد نباید در تحصیل و جمع‌آوری اسناد و دلایل جرم، تغلل ورزد و مکلف است اقدامات ضروری را بدون فوت وقت به انجام رساند و بکوشد برای پیش‌گیری از امحای آثار جرم و ممانعت از فرار و یا مخفی شدن متهم لحظه‌ای تأخیر نشود. تسامح در تحقیقات مقدماتی ممکن است نتیجه زیان باری داشته باشد و سبب شود که آثار و علایم جرم از بین برود و یا متهم فرار کند و یا مخفی گردد، که تدارک آن بعدها امکان نداشته، یا دشوار باشد. به همین علت قانون‌گذار به موجب ماده (۹۴) ق.آ.د.ک تصریح کرده است: «تحقیقات مقدماتی باید به سرعت و به نحو مستمر انجام شود و ایام تعطیل مانع انجام آن نیست».

(طهماسبی، ۱۳۹۴، ۲۶-۲۷)

۸-۱. کتبی بودن

تحقیقات مقدماتی باید کتبی باشد؛ چنان‌که امروزه دادرسی در تمام نظام‌های کیفری، کتبی است. این امر به حدی بدیهی بوده که قانون‌گذار به تصریح و تأکید در این مورد احساس نیاز نکرده است؛ زیرا از رویکرد کلی قانون‌گذار و نحوه نگارش بسیاری از مواد قانونی، ضرورت کتبی بودن آشکار است. تحقیقات شفاهی در هیچ یک از مراحل دادرسی، قابلیت استناد ندارد و این بهترین ضمانت اجراء کتبی بودن تمام مراحل دادرسی از جمله مرحله تحقیقات مقدماتی است. به عنوان مثال؛ در ماده (۱۰۰) ق.آ.د.ک به «ضرورت تهیه صورت مجلس» و در ماده (۳۴) ق.آ.د.ک به «کتبی بودن» دستورات قضایی، در ماده (۱۱۵) ق.آ.د.ک به نحوه اصلاح اشتباهات نگارشی و نهایتاً تصریح به «نوشتن» در ماده (۱۹۹) ق.آ.د.ک و ... از این جمله است. (همان، ۳۰)

۲. مراجع انجام دهنده تحقیقات مقدماتی

۲-۱. بازپرس

قاضی تحقیق، مستنطق و یا بازپرس، یک مقام خاص قضایی است که تحقیق مقدماتی جرایم و جمع آوری دلایل له و علیه متهم به عهده اوست و وظایف قانونی خود را به شکل مستقل و تحت نظارت دادستان انجام می‌دهد. (آخوندی، ۱۳۸۹، ۵۱)

با هدف رعایت حقوق دفاعی متهم و تحقق برخی دیگر از اصول راهبردی دادرسی‌های کیفری از جمله اصل بی‌طرفی و تساوی افراد در برابر قانون و

رعایت اصل تساوی سلاح‌ها در مرحله تحقیقات مقدماتی، به موجب ماده (۹۲) ق.آ.د.ک مرجع انجام تحقیقات مقدماتی در تمام جرایم «بازپرس» است. بنابراین، تحقیقات مقدماتی وظیفه بازپرس است. علی‌رغم این، در موارد استثنایی دادستان می‌تواند تحقیقات مقدماتی را انجام دهد که به بررسی این موارد می‌پردازیم. (طهماسبی ۱۳۹۴، ۳۲)

۲-۲. دادستان

دادستان یا مدعی‌العموم، مقامی است که برای حفظ حقوق عمومی و نظارت بر حسن اجرای قوانین و تعقیب کیفری بزه‌کاران، طبق مقررات قانونی انجام وظیفه می‌کند. (آخوندی ۱۳۸۹، ۵۰)

مهمترین موردی که دادستان حق مداخله و انجام تحقیقات مقدماتی را دارد، جایی است که بازپرس در حوزه قضایی وجود نداشته باشد یا کم باشد، به نحوی که توان انجام تحقیقات مقدماتی تمام جرایم را نداشته باشد. به موجب ماده (۹۲) ق.آ.د.ک «...در جرایم موضوع ماده (۳۰۲) این قانون، در صورت کمبود بازپرس، دادستان نیز دارای تمام وظایف و اختیاراتی است که برای بازپرس تعیین شده است». دادستان می‌تواند انجام این تحقیقات را به دادیار یا معاون خود ارجاع دهد؛ چنانچه این امر را به دادیار ارجاع دهد، قرار نهایی دادیار و قرار تأمین منتهی به بازداشت متهم باید در همان روز صدور، به نظر دادستان برسد و دادستان نیز مکلف است حداکثر ظرف بیست و چهار ساعت در این باره اظهار نظر کند. در وضعیتی که این امر به معاون دادستان ارجاع می‌شود یا در غیاب دادستان معاون وی یا دادیار به عنوان جانشین دادستان بدون

ارجاع دادستان اقدام به تحقیقات مقدماتی می‌کنند، نیاز به اظهار نظر دادستان نیست و اقدام آن‌ها در حکم اقدام دادستان است. (طهماسبی ۱۳۹۴، ۳۵)

۲-۳. معاون دادرسی

معاون دادرسی صاحب منصبی است که تحت نظارت دادستان، قسمتی از وظایف دادرسی را انجام می‌دهد و در غیاب دادستان جانشین اوست (آخوندی ۱۳۸۹، ۵۰).

این امر از ماده (۸۸) قانون مورد بحث به خوبی استنباط می‌شود. در ماده ۸۸ ق.آ.د.ک مقرر شده است:

«در اموری که از طرف دادستان به معاون دادستان یا دادیار ارجاع می‌شود، آنان در امور محوله تمام وظایف و اختیارات دادستان را دارند و تحت تعلیمات و نظارت او انجام وظیفه می‌کنند. در غیاب دادستان و معاون او، دادیاری که سابقه قضایی بیشتری دارد و در صورت تساوی، دادیاری که سن بیشتری دارد، جانشین دادستان می‌شود.»

۲-۴. دادیار

دادیار صاحب منصبی است که به نمایندگی از طرف دادستان انجام وظیفه می‌کند. (همان، ۵۱)

دادیار نیز طبق ماده (۸۸) ق.آ.د.ک در صورت سابقه قضایی و سن بیشتر، جانشین دادستان می‌شود.

۲-۵. دادرسی دادگاه

وضعیت استثنایی دیگری به موجب ماده (۹۲) ق.آ.د.ک که برای انجام تحقیقات مقدماتی پیش بینی شده است، تبصره این ماده است. در این تبصره می‌خوانیم: «در صورت عدم حضور بازپرس یا معذور بودن وی از انجام وظیفه و عدم دسترسی به بازپرس دیگر در آن دادسرا در جرایم موضوع ماده (۳۰۲) این قانون، دادرسی دادگاه به تقاضای دادستان و تعیین رئیس حوزه قضایی، وظیفه بازپرس را فقط تا زمان باقی بودن وضعیت مذکور انجام می‌دهد». همانطور که در نظریه شماره ۷/۹۳/۲۱۹۷ مؤرخ ۹۳/۹/۱۶ اداره حقوقی آمده است، منظور از «دادرس دادگاه» در این تبصره اعم از دادرسی علی‌البدل و رئیس شعبه دادگاه کیفری است؛ زیرا در قانون مزبور در موارد مختلفی میان «دادرس» و «دادرس علی‌البدل» تفاوت قائل شده است؛ همانند ماده (۴۲۱) این قانون که در مقام بیان موارد رد دادرسی است، دادرسی شامل رئیس دادگاه نیز می‌باشد. در نظریه مزبور تصریح شده است که در صورت نبودن دادرسی علی‌البدل یا رئیس دادگاه کیفری، ارجاع موضوع به رئیس دادگاه عمومی حقوقی نیز بلا مانع است. (طهماسبی، ۱۳۹۴، ۳۷)

۲-۶. رئیس یا دادرسی علی‌البدل دادگاه عمومی بخش

در دادگاه بخش تحقیقات مقدماتی جرایم در دو وضعیت متمایز انجام می‌شود. وضعیت نخست مربوط به جرایمی است که در صلاحیت این دادگاه است و وضعیت دیگر معطوف به جرایم در صلاحیت دادگاه کیفری یک است که در حوزه قضایی بخش ارتکاب می‌یابد و تحقیقات مقدماتی آن به عهده دادگاه

عمومی بخش است. همانطور که در ماده (۳۳۶) مقرر شده است: «در دادگاه بخش، رئیس یا دادرس علی‌البدل در جرایم موضوع صلاحیت این دادگاه رأساً رسیدگی و رأی صادر کند». تحقیقات مقدماتی در این وضعیت؛ همانند سایر جرایمی است که به طور مستقیم و بدون کیفرخواست در دادگاه مطرح می‌شود. (در مبحث بعدی پیرامون این وضعیت بحث و بررسی لازم صورت خواهد گرفت).

وضعیت دوم که تحقیقات مقدماتی در دادگاه عمومی بخش، انجام می‌شود. تحقیقات مقدماتی جرایم در صلاحیت دادگاه کیفری یک است. به موجب ماده (۳۳۷) پیش بینی شده است که:

«در جرایم موضوع ماده (۳۰۲) این قانون رییس دادگاه بخش، به جانشینی از بازپرس و تحت نظارت و تعلیمات دادستان هر شهرستان مربوط، انجام وظیفه می‌نماید. در صورت تعدد شعب با ارجاع رئیس حوزه قضایی، رؤسای شعب عهده دار این وظیفه هستند. هرگاه دادگاه بخش فاقد رئیس باشد، دادرس علی‌البدل به عنوان جانشین بازپرس اقدام می‌کند و در هر حال؛ صدور کیفرخواست بر عهده دادستان است». رابطه قضات دادگاه بخش و دادستان شهرستان مربوط در این حالت؛ همانند رابطه بازپرس و دادستان است. از طرفی قضات دادگاه بخش که به جانشینی از بازپرس تحقیقات مقدماتی جرایم موضوع ماده

(۳۰۲) قانون مزبور را انجام می‌دهند تمام اختیارات و وظایف بازپرس را دارا می‌باشند. (طهماسبی، ۱۳۹۴، ۳۷-۳۸)

۳. وضعیت شروع به تحقیقات مقدماتی

هدف از تحقیقات مقدماتی، کشف حقیقت؛ یعنی شناسایی ابعاد مختلف جرم و آشکار شدن میزان دخالت افراد در آن و دستیابی به این افراد است تا سرانجام بر اساس تحقیقات انجام شده پیرامون بزهکاری یا بی‌گناهی آنان اظهار نظر شود.

نخستین مسأله در این رهگذر، نحوه شروع به تحقیقات مقدماتی است؛ یعنی باید حدود اختیارات مقام قضایی مسؤول انجام تحقیقات مقدماتی، در شروع به این تحقیقات مشخص شود. شروع به تحقیقات مقدماتی از سوی بازپرس منوط به ارجاع دادستان است؛ زیرا تشخیص اینکه جرمی تعقیب شود یا خیر، از جمله وظایف ذاتی دادستان محسوب می‌شود؛ چنانچه دادستان کشف جرم و وقوع آن را احراز کند و تصمیم بر تداوم تعقیب داشته باشد، مرحله بعد تحقیقات مقدماتی است که به موجب ماده (۹۲) ق.آ.د.ک به جز شرایط استثنایی در تمام جرایم به عهده بازپرس می‌باشد. وظیفه بازپرس جهت شروع به تحقیقات مقدماتی، با ارجاع دادستان آغاز می‌شود؛ البته این امر مانع از شروع به تحقیقات مقدماتی توسط بازپرس در شرایط استثنایی نیست. در دو وضعیت بدون ارجاع دادستان، بازپرس می‌تواند تحقیقات مقدماتی را آغاز نماید. (همان، ۴۶ - ۴۷)

۳-۱. بازپرس ناظر وقوع جرم باشد

در این وضعیت بازپرس تحقیقات را شخصاً شروع می‌کند. بازپرس ضمن انجام تحقیقات لازم، باید مراتب را فوری به اطلاع دادستان برساند. تداوم تحقیقات در این حالت توسط بازپرس منوط به ارجاع دادستان است؛ بنابراین، بازپرس در

تمام جرایم مشهود که در حوزه قضایی محل مأموریت او رخ می‌دهد، بدون ارجاع دادستان و به طور مستقیم حق مداخله ندارد؛ تنها در صورتی که جرم در مرئی و منظر وی انجام شود، در اجرای ماده (۸۹) ق.آ.د.ک می‌تواند رأساً تحقیقات را شروع کند. (همان، ۴۷)

۳-۲. کشف جرم ضمن تحقیق جرم دیگر صورت گیرد

مطابق ماده ق.آ.د.ک: «هرگاه بازپرس ضمن انجام تحقیق پیرامون یک جرم، جرم دیگری را کشف کند که به جرم اول مرتبط نباشد و بدون شکایت شاکی نیز قابل تعقیب باشد، اقدامات لازم را طبق قانون برای حفظ آثار و علائم وقوع جرم، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم به عمل می‌آورد و هم‌زمان مراتب را به دادستان اطلاع می‌دهد. ادامه تحقیقات توسط بازپرس در این صورت نیز منوط به ارجاع دادستان است». بدیهی است اگر جرم کشف شده مرتبط با جرمی باشد که بازپرس در حال انجام تحقیقات آن است، به ارجاع جدید دادستان نیاز ندارد.

پس از آن‌که بازپرس تحقیقات مقدماتی را آغاز کرد، با گستره وسیعی از اقدامات تحقیقی مواجه است که هر کدام از آن‌ها تحت ضوابط مشخصی باید انجام شود. (طهماسبی ۱۳۹۴، ۴۷)

۴. قرارهای تأمین

در جریان تحقیقات مقدماتی، لازم است مرجع تحقیق تصمیماتی را برای پیشبرد روند تحقیقات اتخاذ نماید و یا در پایان تحقیقات در مورد کافی بودن دلایل

توجه اتهام به متهم یا عدم کفایت آن، و نهایتاً لزوم ارسال پرونده به دادگاه اظهار نظر کند. این تصمیمات که گاه شکلی و گاه ماهوی است، قرار نامیده می‌شود، و بدین ترتیب، می‌توان گفت که قرار عبارت است از تصمیم مرجع قضایی برای تکمیل تحقیقات یا اظهار نظر در مورد قابلیت یا عدم قابلیت محاکمه متهم در دادگاه. بر همین اساس؛ قرارهای مرجع تحقیق به دو دسته، قرارهای اِعدادی و قرارهای نهایی تقسیم می‌شوند. قرارهای اِعدادی یا تمهیدی یا مقدماتی قرارهایی هستند که پرونده را برای اظهار نظر نهایی در مورد دلایل اتهام و قابلیت محاکمه متهم، آماده می‌سازد؛ مانند قرار تأمین کیفری، قرار تأمین خواسته، قرار ارجاع امر به کارشناس، قرار معاینه محل ... که طی آن بازپرس یا دادیار، موضوع را به لحاظ نوع جرم، یا به لحاظ محل وقوع آن، پرونده را جهت رسیدگی به دادرسی صالح ارسال می‌کند، باید در شمار قرارهای اِعدادی دانست. در مقابل، قرارهای نهایی قرارهایی هستند که محتوای آن‌ها اظهار نظر در مورد اتهام متهم و دلایل آن و لزوم یا عدم لزوم ارسال پرونده به دادگاه جهت محاکمه متهم است؛ مانند قرار منع تعقیب، قرار توقف تعقیب یا قرار جلب به دادرسی. (خالقی ۱۳۹۴، ۲۲۹)

مهمترین مصداق از مصادیق قرارهای مقدماتی، که از یک سو بایستی تضمین کننده آزادی متهم و از سوی دیگر، تضمین کننده حضور وی نزد مقام قضایی باشد، قرارهای تأمین کیفری است. که خود از حیث شدت و ضعف دارای مراتب متفاوت می‌باشد (طهماسبی ۱۳۹۴، ۱۱۸) این مصادیق قرار ذیل است.:

۴-۱. قرار التزام به حضور؛ با قول شرف

این قرار؛ خفیف‌ترین قرار تأمین و در عین حال، کم استفاده‌ترین آن‌هاست. با صدور این قرار، که قاعدتاً باید در جرائم کم اهمیت مورد استفاده قرار گیرد، مرجع تحقیق، از متهم می‌خواهد که متعهد شود که هرگاه به او نیاز باشد و به مراجع قضایی احضار شود، حاضر گردد و برای اطمینان از انجام این تعهد خود، قول شرف دهد. با قبول این التزام، متهم تعهد می‌نماید که در زمان و مکان مقرر در احضارنامه حضور یابد و شرف خود را ضامن اجرای این تعهد دستمایه قرار می‌دهد. بدیهی است که بدین ترتیب، این قرار تنها باید در مورد متهمانی صادر گردد که خصوصیات اخلاقی فردی و موقعیت اجتماعی آن‌ها نشان دهد به قول خود پایبند بوده و نسبت به وثیقه گذاشتن شرف خویش، در برابر وجدان خود، احساس مسئولیت می‌کنند؛ زیرا در صورت عدم رعایت تعهد ناشی از این قرار و عدم حضور متهم در مواقعی که احضار می‌شود، ضمانت اجرایی جز سرزنش اخلاقی ناشی از ندای وجدان متهم برای او وجود ندارد و مرجع تحقیق تنها می‌تواند با تشدید تأمین، اقدام به صدور قرار شدیدتری نماید. در صورت عدم قبول التزام به حضور از سوی متهم، بازپرس با توجه به تبصره ۱ ماده ۲۱۷، قرار دوم یعنی قرار التزام به حضور با تعیین وجه التزام را صادر می‌کند. (همان، ۲۲۸)

۴-۲. قرار التزام به حضور؛ با تعیین وجه التزام

به موجب این قرار متهم ملتزم می‌شود که هنگام احضار؛ یعنی زمانی که مراجع قضایی حضور وی را لازم می‌دانند، حاضر شود. در غیر این صورت، متعهد به پرداخت وجهی ملتزم می‌شود که در زمان صدور قرار، توسط بازپرس تعیین و

به وی ابلاغ شده است. این قرار که نوعی تعهد بین بازپرس و متهم محسوب می‌شود، با ضمانت اجرای مدنی یعنی پرداخت مبلغ مشخص وجه نقد مواجه است. این قرار نیز همانند قرار التزام به حضور با قول شرف در جرایم کم اهمیت و در مورد متهمین دارای وضعیت اجتماعی مناسب صادر می‌شود. با توجه به اینکه صدور این قرار مستلزم تعیین وجه التزام است، تناسب سازی آن با اهمیت و شدت جرم به خصوص ضرر و زیان وارده به بزه‌دیده ضروری است. به همین لحاظ به موجب تبصره (۱) ماده (۲۱۷) ق.آ.د.ک همانند آنچه در مورد قرار التزام به حضور با تعیین وجه التزام خودداری کند قرار کفالت در مورد وی صادر می‌شود. (طهماسبی ۱۳۹۴، ۱۲۱)

۳-۴. قرار عدم خروج از حوزه قضایی؛ با قول شرف

این قرار اصولاً وسیله‌ای برای حفظ دسترسی به متهم است تا حضور به موقع وی نزد مرجع قضایی ممکن گردد. صدور این قرار در بند (پ) ماده (۲۱۷) ق.آ.د.ک جدید پیش‌بینی شده است. در صورت امتناع متهم از قبول چنین التزامی، قرار کفالت در مورد او صادر می‌گردد. (تبصره ۱ ماده ۲۱۷)

۴-۴. قرار عدم خروج از حوزه قضایی؛ با تعیین وجه التزام

این قرار همچون قرار قبلی است که در مورد آن سخن گفتیم؛ با این تفاوت که در قرار حاضر، خروج از حوزه قضایی بدون اجازه قبلی مرجع قضایی، ضمانت اجرای مالی (یعنی وجه التزام) دارد. قرارهای مذکور متضمن «التزام به حضور» نیز هستند و متهم نمی‌تواند بدون توجه به احضاریه‌ها جهت حضور نزد مرجع

قضایی، به عدم خروجش از حوزه قضایی استناد کرده و مدعی عدم تخلف از قرار گردد. بنابراین؛ قرارهای موصوف با یکی از دو امر نقض می‌شوند: ۱. خروج از حوزه قضایی بدون اجازه؛ ۲. عدم حضور نزد مرجع قضایی بدون عذر موجه.

نتیجه عدم پذیرش این قرار توسط متهم نیز صدور قرار کفالت از سوی بازپرس است. (تبصره ۱ ماده ۲۱۷ به نقل از خالقی ۱۳۹۴، ۲۳۰)

۴-۵. قرار التزام به معرفی نوبه‌ای خود به مرجع قضایی یا انتظامی؛ با

تعیین وجه التزام

در این قرار، متهم ضمن تعهد به حضور در هر وقتی که بازپرس لازم بداند، به «معرفی نوبه‌ای خود به صورت هفتگی یا ماهانه به مرجع قضایی یا انتظامی با تعیین وجه التزام» ملتزم می‌شود (بند «ث» ماده ۲۱۷). هدف از صدور این قرار این است که متهم علاوه بر تعهدی که به حضور نزد بازپرس برای رسیدگی به پرونده‌اش دارد، احساس کند که لزوم مراجعه مستمر و نوبه‌ای او به مرجع قضایی یا انتظامی نیز غیبت او را می‌تواند نمایان سازد و سبب اطلاع بازپرس و دستگیری او گردد. ولی در عین حال باید توجه داشت که اصل آزادی اشخاص و استثنایی بودن ایراد محدودیت بر آن ایجاب می‌کند که معرفی نوبه‌ای متهم برای فواصل کمتر از یک هفته (مثلاً هر روز) یا به مراجعی غیر از مراجع قضایی و انتظامی (مثلاً امنیتی) مقرر نگردد.

در صورت امتناع متهم از پذیرش این قرار نیز، قرار کفالت در مورد او صادر می‌شود (تبصره ۱ ماده ۲۱۷). در صورت پذیرش نیز، قرار مذکور با هر یک از

این دو تخلف نقض می‌گردد و می‌توان وجه التزام را از متهم گرفت: عدم حضور نزد مرجع قضایی برای رسیدگی، عدم حضور نزد مرجع قضایی یا انتظامی برای معرفی خود. (خالقی ۱۳۹۴، ۲۳۰ - ۲۳۱)

۴-۵-۱. قرار التزام مستخدمان رسمی

قرار دیگری که در بند «ج» ماده ۲۱۷ پیش‌بینی شده، عبارت است از قرار «التزام مستخدمان رسمی کشوری یا نیروهای مسلح به حضور با تعیین وجه التزام، با موافقت متهم و پس از اخذ تعهد پرداخت از محل حقوق آنان از سوی سازمان مربوط». این قرار در واقع همان قرار التزام به حضور با تعیین وجه التزام است. احراز این امر با اعلام سازمان محل استخدام متهم مبنی بر پرداخت وجه التزام صورت می‌گیرد. ولی به هیچ وجه این اداره را به کفیل مبدل نساخته و تعهد حاضر کردن متهم را برای آن ایجاد نمی‌کند.

در این قرار، تعهد پرداخت وجه التزام هم بر عهده متهم و هم بر عهده سازمان محل اشتغال اوست و چون هدف از پیش‌بینی این قرار، افزایش امکان پرداخت وجه التزام در صورت تخلف متهم بوده، نه تقسیط پرداخت آن، بنابراین؛ دادستان باید در صورت عدم حضور متهم در وقت مقرر، ابتدا وجه التزام را از متهم مطالبه نماید و چنانچه موفق به اخذ تمام وجه التزام از متهم نشود، مبلغ مورد نظر را از سازمان متعهد، مطالبه کند. دلیل این امر این است که متهم ملتزم به پرداخت تمام وجه التزام به صورت یکجا در صورت تخلف است، اما تعهد سازمان به پرداخت وجه التزام محدود به «حقوق متهم» است و چنانچه

حقوق متهم برای پرداخت وجه التزام کافی نباشد، مبلغ مذکور توسط سازمان مذکور تقسیط خواهد شد.

در مورد این قرار، باید به ماده ۲۵۲ ق.آ.د.ک نیز توجه داشت که می‌گوید: «شیوه اجرای قرارهای ... بندهای (ج) و (چ) ماده (۲۱۷) این قانون، به موجب آیین نامه‌ای است که ظرف شش ماه از تاریخ لازم الاجراء شدن این قانون توسط وزرای دادگستری و کشور تهیه می‌شود و به تصویب رئیس قوه قضائیه می‌رسد». بنابراین، از آنجا که شیوه اجرای قرار مورد بحث به موجب آیین نامه ای خواهد بود که بعداً به تصویب خواهد رسید، باید گفت که تا زمان تصویب و لازم الاجراء شدن این نامه مذکور، بازپرس نمی‌تواند به صدور قرار موضوع بند مذکور اقدام نماید. به همین دلیل است که در تبصره ۱ ماده ۲۱۷ ضمانت اجرای عدم پذیرش این قرار توسط متهم پیش‌بینی نشده است. (خالقی ۱۳۹۴، ۲۳۱ و ۲۳۲)

۴-۵-۲. قرار التزام به عدم خروج از منزل

قرار بعدی، قرار «التزام به عدم خروج از منزل یا محل اقامت تعیین شده با موافقت متهم با تعیین وجه التزام از طریق نظارت با تجهیزات الکترونیکی یا بدون نظارت با این تجهیزات» (بند «چ» ماده ۲۱۷). ابتدا باید دانست که در این قرار، «التزام به حضور نزد مرجع قضایی» هم جزئی از تعهد متهم است و عدم خروج او از منزل یا محل اقامت تعیین شده، به تنهایی برای رعایت قرار، کفایت نمی‌کند.

در این شکل از قرار، متهم متعهد می‌شود که هرگاه برای رسیدگی احضار شود، نزد مرجع قضایی حاضر گردد و برای تسهیل این حضور و حفظ دسترسی به او در طول مدت قرار، از منزل خود یا محل دیگری که با توافق با بازپرس تعیین می‌گردد، خارج نشود. در طول مدت قرار، حضور مستمر متهم در محل تعیین شده، کنترل می‌گردد، یا با وسایل الکترونیکی یا با تجهیزاتی دیگر؛ اما نه اینکه اصلاً نظارتی نباشد. برای اجرای دو تعهد متهم، وجه التزامی نیز در قرار بازپرس تعیین می‌شود که در صورت نقض هر یک از آنها، مبلغ تعیین شده از او اخذ می‌گردد. (خالقی ۱۳۹۴، ۲۳۲-۲۳۴)

۴-۵-۳. قرار کفالت

بند «ح» ماده ۲۱۷ «قرار اخذ کفیل با تعیین وجه الکفاله» یا همان قرار کفالت را نوع دیگری از قرارهای تأمین دانسته است. در این قرار، مرجع تحقیق از متهم می‌خواهد که متعهد گردد که در مواقعی که حضور او برای رسیدگی به پرونده ضرورت داشته باشد، نزد مرجع قضایی حاضر شود و در هنگام سپردن تعهد خود، شخصی را نیز معرفی کند تا در صورت عدم انجام این تعهد توسط او، شخص مذکور متهم را حاضر نماید، در غیر این صورت مبلغی به صندوق دولت بپردازد. بدین ترتیب، در این قرار، دو نفر در برابر مرجع تحقیق ملتزم می‌شوند: یکی متهم که ملتزم به حضور می‌شود، و دیگری شخصی به نام کفیل که ملتزم به حاضر نمودن متهم، (و اگر حاضر ننمود پرداخت وجه الکفاله) می‌گردد. اجرای تعهد اولی منوط به احضار او و اجرای تعهد دومی منوط به عدم اجرای تعهد نفر اول است. (همان، ۲۳۴)

۴-۵-۴. قرار وثیقه

بند «خ» ماده ۲۱۷ «اخذ وثیقه اعم از وجه نقد، ضمانت نامه بانکی، مال منقول و غیر منقول» را نیز یکی دیگر از قرارهای تأمین معرفی نموده است. قرار وثیقه قراری است که به موجب آن، صادر کننده قرار از متهم می‌خواهد که متعهد شود که هرگاه به مرجع قضایی احضار شد، حاضر گردد و برای تضمین انجام این تعهدش وثیقه‌ای به مبلغ معین بسپارد. (خالقی ۱۳۹۴، ۲۴۰)

۴-۵-۵. قرار بازداشت موقت

بازداشت موقت، مهم‌ترین قرار تأمین کیفری است که به موجب آن به منظور تضمین دسترسی به متهم در مواقع لزوم، آزادی رفت و آمد او به طور موقت سلب می‌گردد. به همین دلیل، بر خلاف سایر قرارهای تأمین، این قرار قابل اعتراض است (بند «ب» ماده ۲۷۰ ق.آ.د.ک)، در حالی که دیدیم قرارهای کفالت و وثیقه هم به نفس صدور قابل اعتراض نبودند. قرار بازداشت موقت که به آن توقیف احتیاطی نیز گفته می‌شود، به دلایلی از جمله سلب آزادی شخص قبل از صدور حکم محکومیت او مورد انتقاد قرار گرفته است؛ اما در مقابل دلایلی نیز در توجیه توسل به آن مطرح شده است. (همان، ۲۴۴) در تقابل دلایل موافقان و مخالفان قرار بازداشت موقت، نهایتاً این قرار در ایران پذیرفته شده است.

۵. قرارهای نهایی

قرارهای نهایی قرارهایی هستند که به موجب پایان یافتن انجام تحقیقات مقدماتی شده، پرونده را به بایگانی و یا جهت رسیدگی به دادگاه می‌فرستند.

برخی از این قرارها در ماهیت امر صادر شده و مستلزم اظهار نظر درباره کافی بودن یا نبودن دلایل اثبات اتهام است و برخی دیگر، بدون ورود در ماهیت، تنها حاوی اعلام عدم قابلیت تعقیب کیفری متهم و عدم امکان اظهار نظر راجع به اتهام او به دلایلی شکلی است. (همان، ۲۷۸) به عبارت دیگر، منظور از قرار نهایی، قراری است که از پایان تحقیقات مقدماتی خبر می‌دهد. (آخوندی ۱۳۸۴، ۱۴۲) بر پایه این ضابطه قرارهایی مثل بایگانی شدن پرونده و ترک تعقیب نیز قرار نهایی محسوب می‌شوند. ضابطه دیگر خارج شدن پرونده از تصرف مقام قضایی است. (جوانمرد ۱۳۹۳، ۳۳۴) به موجب این ضابطه قرارهایی مثل امتناع از رسیدگی به جهت رد دادرسی و عدم صلاحیت نیز نهایی محسوب می‌شوند. این پراکندگی ضابطه سبب شده که از سوی بعضی صاحب نظران قرارهایی مانند قرار عدم صلاحیت و امتناع از رسیدگی جزء قرارهای اعدادی محسوب نشوند و از سویی دیگر؛ نمی‌توان آن‌ها را نهایی تلقی کرد. این امر موجب شده که به تبعیت از مقررات دادرسی مدنی از آن‌ها به عنوان «طواری دادرسی کیفری» نام برده شود. (آشوری ۱۳۷۵، ۱۳۲) بر اساس یک نظر قرار نهایی قراری است که پس از قطعیت یافتن، نتیجه آن بدون اقدام دیگر و بدون نیاز به انقضای مدت خاص، موجب مختومه شدن پرونده یا صدور کیفرخواست و ارسال آن به دادگاه می‌شود. (طهماسبی ۱۳۹۴، ۲۵۳) قرارهای نهایی مرجع تحقیق عبارتند از: قرار منع تعقیب؛ قرار موقوفی تعقیب؛ قرار بایگانی تعقیب؛ قرار بایگانی پرونده؛ قرار توقف تحقیقات و قرار جلب به دادرسی. در ادامه به بررسی این موارد می‌پردازیم.

۵-۱. قرار منع تعقیب

این قرار اظهار نظر ماهوی و صریح مرجع تحقیق مبنی بر کافی نبودن دلایل اثبات اتهام متهم است و در مواردی صادر می‌گردد که جرمی واقع نگردیده و یا متهم مرتکب آن نشده باشد. این است که ماده ۲۶۵ ق.آ.د.ک اعلام می‌دارد: «بازپرس ... در صورت جرم نبودن عمل ارتكابی و یا فقدان ادله کافی برای انتساب جرم به متهم، قرار منع تعقیب صادر و پرونده را فوری نزد دادستان ارسال می‌کند».

منظور از «جرم نبودن عمل ارتكابی» اعم از این است که عمل منتسب به متهم در هیچیک از قوانین جرم شناخته نشده باشد؛ مانند عدم حضور فروشنده در روز مقرر در دفتر اسناد رسمی برای تنظیم سند انتقال مورد معامله، یا اینکه عمل مزبور جرم بوده؛ ولی در پرونده تحت رسیدگی، ارتكاب نیافته باشد، مانند اتهام آدم ربایی در فرضی که معلوم شود بزه‌دیده ادعایی بالغ و عاقل بوده و با آگاهی و آزادی اراده، همراه متهم رفته باشد. علاوه بر این دو فرض؛ فرض سوم صدور قرار منع تعقیب جایی است که دلیل کافی بر انتساب جرم به متهم وجود نداشته باشد، مانند موردی که پس از طرح شکایت قتل عمدی علیه شخص معین، تحقیقات نشان دهد که قتل واقع شده اما متهم مرتکب این قتل نگردیده است. (خالقی ۱۳۹۴، ۲۷۹-۲۸۰)

۵-۲. قرار موقوفی تعقیب

این قرار یک قرار شکلی و به معنای عدم امکان ادامه تعقیب کیفری و انجام تحقیقات مقدماتی، قطع نظر از دلایل اثبات اتهام است. به عبارت دیگر؛ این

قرار در مواردی صادر می‌شود که از نظر مرجع تحقیق، متهم به دلایل شکلی غیر مرتبط با ارتکاب عمل، غیر قابل تعقیب کیفری است. بیشتر موارد صدور قرار موقوفی تعقیب در ماده ۱۳ ق.آ.د.ک ذکر شده است و بر اساس آن: «تعقیب امر کیفری که طبق قانون شروع شده و همچنین اجرای مجازات موقوف نمی‌شود؛ مگر در موارد زیر: الف - فوت متهم یا محکوم علیه؛ ت - نسخ مجازات قانونی؛ ث - شمول مرور زمان در موارد پیش‌بینی شده در قانون؛ ج - توبه متهم در موارد پیش‌بینی شده در قانون؛ چ - اعتبار امر مختوم».

علاوه بر این موارد؛ در موارد دیگری هم ممکن است که به لحاظ شکلی و قطع نظر از تحقق یا عدم تحقق جرم، متهم قابل تعقیب نباشد. در این صورت نیز قرار موقوفی تعقیب صادر می‌گردد. به همین جهت است که بند «پ» ماده ۳۸۹ ق.آ.د.ک در مورد تکلیف دادگاه کیفری یک در باره متهم می‌گوید: «... در صورتی که به دلیل شمول مرور زمان، گذشت شاکی یا مدعی خصوصی و یا جهات قانونی دیگر، متهم قابل تعقیب نباشد، قرار موقوفی تعقیب صادر می‌کند...» همچنین، در صورت احراز جنون متهم در زمان ارتکاب جرم، وی به دلیل فقدان مسئولیت کیفری، قابل تعقیب نیست و به استناد ماده ۲۰۲ ق.آ.د.ک در مورد او قرار موقوفی تعقیب صادر می‌شود. (خالقی ۱۳۹۴، ۲۸۰ - ۲۸۱)

۵-۳. قرار بایگانی پرونده

این قرار اصولاً در راستای اعمال اصل موقعیت داشتن یا مناسب بودن تعقیب و به عنوان یکی از جایگزین‌های تعقیب توسط دادستان مورد استفاده قرار می‌گیرد. به همین دلیل، در متن اولیه لایحه ق.آ.د.ک، صدور این قرار از اختیارات

دادستان شناخته شده بود؛ اما از آنجا که این قرار تنها برای جرایم کم اهمیت یعنی جرایم تعزیری درجه هفت و هشت پیش‌بینی شده بود و همان طور که قبلاً دیدیم در این جرایم، با طرح مستقیم پرونده در دادگاه تحقیقات مقدماتی و رسیدگی توسط قاضی دادگاه انجام می‌شود (ماده ۳۴۰). در قرار بایگانی پرونده نیز اصلاحاتی به عمل آمد و در مورد مقام صادر کننده این قرار از کلمه «مقام قضایی» به جای «دادستان» استفاده شد. در نتیجه هم اکنون ماده ۸۰ ق.آ.د.ک اصلاحی ۹۴/۳/۲۴ می‌گوید:

«در جرایم تعزیری درجه هفت و هشت؛ چنانچه شاکی وجود نداشته یا گذشت کرده باشد، در صورت فقدان سابقه محکومیت مؤثر کیفری، مقام قضایی می‌تواند پس از تفهیم اتهام با ملاحظه وضع اجتماعی و سوابق متهم و اوضاع و احوالی که موجب وقوع جرم شده است و در صورت ضرورت با اخذ التزام کتبی از متهم برای رعایت مقررات قانونی، فقط یکبار از تعقیب متهم خودداری نماید و قرار بایگانی پرونده را صادر کند. این قرار ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ، قابل اعتراض است.» (خالقی ۱۳۹۴، ۲۸۱ و ۲۸۲)

۵-۴. قرار توقف تحقیقات

شناسایی متهم یکی از اهداف تحقیقات مقدماتی (ماده ۹۰ ق.آ.د.ک) و از وظایف مرجع تحقیق است. بنابراین؛ عدم معرفی وی توسط شاکی و ناشناخته بودن هویت او، یا به تعبیری «معین نبودن» متهم، دلیل موجهی برای عدم انجام تحقیق در این خصوص تلقی می‌شود.

با این حال؛ گاه نحوه ارتکاب جرم، اوضاع و احوال و پیچیدگی‌هایی آن به شکلی است که با وجود تلاش فراوان نمی‌توان مرتکب را شناسایی نمود. تنها در این فرض؛ یعنی اگر «هویت مرتکب جرم معلوم نشود.» (نه اینکه متهم «دستگیر نشود»)، پس از گذشت دو سال، بازپرس می‌تواند با موافقت دادستان در برخی جرایم تعزیری، قرار توقف تحقیقات صادر نماید. ماده ۱۰۴ ق.آ.د.ک در این زمینه می‌گوید: «بازپرس نمی‌تواند به عذر آنکه متهم معین نیست، مخفی شده و یا دسترسی به او مشکل است، تحقیقات خود را متوقف کند. در جرایم تعزیری درجه چهار، پنج، شش، هفت و هشت، هرگاه با انجام تحقیقات لازم، مرتکب جرم معلوم نشود و دو سال تمام از وقوع جرم بگذرد، با موافقت دادستان، قرار توقف تحقیقات صادر و پرونده به طور موقت بایگانی و مراتب در مواردی که پرونده شاکی دارد، به شاکی ابلاغ می‌شود...».

در هر حال؛ علاوه بر اینکه صدور این قرار می‌تواند مورد اعتراض شاکی قرار گیرد، هر زمان هم که شاکی هویت مرتکب را به دادستان اعلام کند یا مرتکب به نحو دیگری شناخته شود، به دستور دادستان موضوع مجدداً تعقیب می‌شود. (قسمت اخیر ماده ۱۰۴ ق.آ.د.ک، به نقل از خالقی ۱۳۹۴، ۲۸۲ - ۲۸۳)

۵-۵. قرار جلب به دادرسی

در صورتی که به عقیده مرجع تحقیق، دلایل کافی بر وقوع جرم و ارتکاب آن توسط متهم وجود داشته و وی شایسته محاکمه در دادگاه باشد، قرار جلب به دادرسی صادر می‌شود. به منظور یادآوری اینکه در دادرسی فقط در مورد کفایت دلایل اتهام جهت محاکمه متهم در دادگاه اظهار نظر می‌شود، نه در باره مجرمیت

یا براءت او، ماده ۲۶۵ ق.آ.د.ک، عنوان «قرار جلب به دادرسی» را جایگزین عنوان سابق یعنی «قرار مجرمیت» نموده و اعلام کرده است: «بازپرس در صورت جرم بودن عمل ارتكابی و وجود ادله کافی برای انتساب جرم به متهم، قرار جلب به دادرسی ... صادر و پرونده را فوری نزد داستان ارسال می کند». (همان، ۲۸۴)

۶. فرایند تحقیقات مقدماتی در قانون اجرائات جزایی افغانستان

۶-۱. ویژگی‌ها و مفهوم تحقیقات مقدماتی در قانون اجرائات جزایی ۱. از تحقیقات مقدماتی در قانون اجرائات جزایی افغانستان تعریفی نشده؛ اما تعریفی از تحقیق جرم تعریف ارائه شده است. که به موجب ماده ۴ ق.ا.ج مقرر می‌دارد: «تحقیق جرم: بررسی همه جانبه واقعه جرمی است به اساس دلایل جمع آوری شده توسط سارنوال به طریق استجواب و استنطاق از متهم، استماع بیانات یا اظهارات شهود و مطلعین و ارزیابی دلایل و مدارک جرمی جمع آوری شده به منظور تثبیت وقوع یا عدم وقوع جرم، شناخت مرتکب و انتساب اتهام به متهم در حدود احکام قانون».

۶-۲. ویژگی‌های تحقیقات مقدماتی

تحقیقات مقدماتی چیست؟ و از چه ویژگی‌های برخوردار است؟
تحقیقات مقدماتی دارای ویژگی‌های خاصی است؛ ضوابط حاکم بر آن، از این ویژگی‌ها شکل می‌گیرد.

۶-۲-۱. محرمانه بودن

تحقیقات مقدماتی به صورت محرمانه انجام می‌شود. به این معنی که تمام افراد و مقاماتی که در انجام آن نقش دارند از جمله پولیس عدلی، کارشناسان، اهل خبره، کارمندان سارنوالی، شهود، مترجمان و حتی سارنوال و دیگر مقامات قضایی، حق افشاء محتویات آن را ندارند و همچنین افراد عادی حق حضور در جلسه تحقیق مقدماتی را ندارند. بنابراین؛ هر گونه مصاحبه انتشار مطلب یا اعلام خبر که متضمن افشای هویت متهم، متضرر، شاهد و یا دیگر محتویات دوسیه باشد با محرمانه بودن تحقیقات مقدماتی منافات داشته و نقض ضوابط تحقیقات مقدماتی محسوب می‌شود که در این مورد در قانون اجرائات جزایی افغانستان چیزی بیان نشده است.

۶-۲-۲. علنی بودن

علنی بودن رسیدگی به این معنی است که هر شخص می‌تواند بدون محدودیت تا جایی که فضای محکمه ظرفیت دارد، در جلسه تحقیق حضور پیدا کند و ناظر بر محاکمات باشد. علنی بودن محاکمات سازوکاری است که عملکرد قاضی را در معرض قضاوت جامعه قرار می‌دهد و سبب تحقق نظارت عمومی بر محاکمات است.

این نوع نظارت دلیل مؤثری در رعایت اصل استقلال و بی طرفی قاضی است. که در قانون افغانستان نیز تحقیقات مقدماتی به صورت علنی می‌باشد و در حضور وکیل مدافع مظنون یا متهم صورت می‌گیرد. به موجب فقره یک ماده (۱۴۵) ق.ا.ج که مقرر می‌دارد:

«(۱) تحقیق در تمام جرایم جنایت و جنحه حتمی بوده و مطابق احکام این قانون توسط سارنوال در حضور وکیل مدافع مظنون یا متهم، صورت می‌گیرد». و همچنین ماده ۲۱۳ ق.ا.ج.ا در این باره می‌گوید:

«جلسه قضائی علنی بوده، هر شخص می‌تواند در آن حضور یابد، مگر اینکه، رئیس بخشی از جلسه یا تمام آنرا نظر به دلایل اخلاقی، حفظ اسرار خانوادگی یا حفظ نظم یا امن عامه، سری اعلان نماید».

ماده دوصد و چهاردهم قانون اجرائات جزایی در مورد توزیع کارت در این باره می‌گوید:

«رئیس جلسه قضائی می‌تواند با در نظر داشت ظرفیت سالون جلسه قضائی، ورود اشخاص را محدود و غرض دخول به آن کارت مخصوص توزیع نماید».

۳-۲-۶. تدافعی بودن

تدافعی بودن محاکمات به این معنا است که طرفین دعوا یا وکلاء آنها همزمان در یک جلسه نزد مراجع قضایی حاضر و به بیان مواضع خود و پاسخ به اظهارات طرف مقابل پردازند. این خصیصه از ویژگی‌های نظام اتهامی است؛ زیرا در نظام‌های تفتیشی وضعیت کاملاً متمایز است.

در قانون اجرائات جزایی افغانستان نیز تحقیقات مقدماتی به صورت تدافعی است. به محضی که متهم به تحقیقات آورده می‌شود، برای او وکیل تعیین می‌شود. فقره یک ماده (۱۴۵) ق.ا.ج.چنین مقرر می‌دارد:

«(۱) تحقیق در تمام جرایم جنایت و جنحه حتمی بوده و مطابق احکام این قانون توسط سارنوال در حضور وکیل مدافع مظنون یا متهم، صورت می‌گیرد».

۶-۲-۴. بی طرفی

بی طرفی به این معنا است که سارنوال باید باکمال بی طرفی و بدون داشتن تمایل به یکی از اصحاب دعوا؛ یعنی بدور از هر گونه جانب داری، تحقیقات مقدماتی را انجام دهد. بنابراین، وی موظف است نه تنها دلایل مبنی بر توجیه اتهام به متهم؛ بلکه باید دلایلی که له او است را نیز جمع آوری کند. سارنوال باید در پی دستیابی به حقیقت و روشن شدن واقعیت‌های مربوط به ارتکاب جرم باشد. بر همین اساس؛ رسیدن به این هدف زمانی ممکن است که تفاوتی بین جمع آوری دلایل و اوضاع و احوال له و علیه متهم قائل نشود. بی طرفی تنها اختصاص به مرحله جمع آوری دلایل ندارد؛ بلکه در هنگام اظهار نظر نهایی نیز مطرح است. سارنوال نباید نسبت به یکی از طرفین دعوا اعم از متضرر و متهم تمایل خاصی داشته باشد و از خواسته‌های او پیروی کند؛ بلکه باید در تحقیقات و اظهار نظر قضایی تنها به استناد واقعیت‌های موجود در دوسیه اقدام کند. سارنوالان موظفند که تمام مدارک و اسناد که به نفع و ضرر مظنون و متهم است را جمع‌آوری، ثبت، ارزیابی و نگهداری نمایند. ماده بیستم قانون اجرائات جزایی در این باره می‌گوید: «مامور ضبط قضائی و سارنوالان مکلف‌اند، جهت روشن شدن تمامی حالات مربوط به قضیه، مطابق احکام این قانون بدون در نظر داشت منفعت و ضرر مظنون و متهم، به جمع‌آوری، ثبت، ارزیابی و نگهداری دلایل و مدارک اقدام نمایند». ماده (یکصد و چهل و ششم ق.ا.ج.) در این باره می‌گوید:

سارنوال در جریان تحقیق به منظور تثبیت دلایل موثر جمع‌آوری شده، ارزیابی‌های ذیل را به عمل می‌آورد:

۱- استنطاق از متهم.

۲- استجواب از شهود به صورت جداگانه.

۳- مقابله شهود و مقایسه شهادت و نظریات ارائه شده.

۴- ارزیابی مدارک و اشیای به دست آمده از محل وقوع جرم.

۵- بازرسی اوراق حساسی و مالی.

۶- تفتیش منازل و سایر ساختمان‌ها.

۷- مطالبه نظر اهل خبره، بررسی و تائید یا رد آن و یا مطالبه توضیحات

بیشتر در زمینه.

۸- صدور هدایات لازم جهت به کارگیری سایر روش‌های که ممد کشف

بوده و با احکام این قانون مغایرت نداشته باشد».

ماده (۱۴۵ ق.ا.ج.) در این باره می‌گوید: «(۱). تحقیق در تمام جرایم جنایت

و جنحه حتمی بوده و مطابق احکام این قانون توسط سارنوال در حضور وکیل

مدافع مظنون یا متهم، صورت می‌گیرد.

(۲) هدف از تحقیق، دستیابی به حقایق قضیه، یقین بر وقوع جرم و شناسائی

مرتکب آن می‌باشد، سارنوال به این منظور حالات ذیل را در نظر می‌گیرد:

۱- ارزیابی همه جانبه قضیه به منظور تثبیت اهلیت مظنون یا متهم و وصف

قانونی جرم ارتکاب یافته، نحوه ارتکاب و انگیزه وقوع جرم.

۲- شناسائی مرتکب، ارزیابی سوابق و تشخیص سهم او در احداث نتیجه،

نحوه انجام عمل و اسباب آن.

- (۳) سارنوال مکلف است از امکاناتی که قانوناً بر شناخت جرم و مرتکب آن و رسیدن به حقایق دلالت نماید، استفاده به عمل آورد. سارنوال دلایل اثبات جرم و دلایل تبرئه کننده را علی السویه جمع آوری و ارزیابی می نماید.
- (۴) سارنوال در جرم مشهود که جنایت باشد شخصاً به محل واقعه حضور می یابد و راجع به حفظ آثار و جمع آوری دلایل اثبات جرم هدایت می دهد. سارنوال اظهارات شهود، نظریات و اقوال مجنی علیه و سایر اشخاصی را که در مورد قضیه معلومات دارند، استماع می نماید.
- (۵) سارنوال بر مطالعات و بررسی های اهل خبره نظارت نموده، سوالات مشخص را مطرح و توضیحات لازم را مطالبه می نماید.
- (۶) سارنوال از هر شخصی مرتبط به قضیه جرمی که خواسته باشد به ارتباط جرم استجواب به عمل می آورد و از متهم شخصاً استنطاق می کند.
- (۷) سارنوال می تواند حین تحقیق، همکاری پولیس و مؤلف امنیت ملی و سایر مراجع را مطالبه نموده و بر اجرائات آنها نظارت نماید.
- (۸) تحقیق جرایم غیر وظیفوی پولیس، منسوبین قوای مسلح، مؤلفین امنیت ملی و منسوبین عسکری سایر ادارات دارای تشکیلات عسکری، تابع احکام این قانون می باشد.

۶-۲-۵. سرعت و استمرار

تحقیقات مقدماتی باید سریع باشد. سارنوال تحقیق که تحقیقات مقدماتی را انجام می دهد نباید در تحصیل و جمع آوری اسناد و دلایل جرم تغلل ورزد؛ بلکه مکلف است اقدامات ضروری را بدون فوت وقت انجام دهد و بکوشد

برای پیش‌گیری از امحای آثار جرم و ممانعت از فرار و یا مخفی شدن متهم، لحظه‌ای غفلت یا تأخیر نشود. تسامح در تحقیقات مقدماتی ممکن است نتیجه زیان‌باری داشته باشد و سبب شود که آثار و علایم جرم از بین برود و یا متهم فرار کند و یا مخفی گردد که در این صورت تدارک آن بعدها امکان نداشته، یا دشوار باشد. بر همین اساس به موجب ماده (۱۵۵) ق.ا.ج. فقره ۲ مقرر می‌دارد: « سارنوال می‌تواند در حالات ذیل قضایای مختلف را از هم تفریق و تفکیک نماید: ۱- در صورتی که تحقیق در حوزه واحد، مانع سرعت در اجرائات تحقیق گردد...».

۶-۲-۶. کتبی بودن

تحقیقات مقدماتی در قانون اجرائات جزایی افغانستان به صورت کتبی است. موضوع تحقیق، شهرت متهم، شهرت مأمورین ضبط قضایی و کلیه تحقیقات مقدماتی هر شکلی که باشد نشانگر نحوه اقدام و عملکرد مجری مرحله تحقیقات مقدماتی است. جریان وقوع جرم و چگونگی کشف آن را برای دیگران بازگو می‌کند و پایه و مبنای محاکمات جزایی قرار می‌گیرد. دلایل، قراین و امارات درج شده در آن، بزهکاری یا بی‌گناهی متهم را می‌رساند. در حقیقت سرنوشت قضایی متهم بستگی زیاد به چگونگی شکل‌گیری این اوراق دارد. باید در تحریر و تنظیم و نگهداری آن‌ها نهایت دقت به عمل آید تا از تضییع حقوق شاکی، متهم و جامعه جلوگیری شود. بر همین اساس ماده (۱۶۱) ق.ا.ج. مقرر می‌دارد: «(۱) سارنوال مکلف است حین اجرای تحقیق، محضری را که حاوی مطالب ذیل باشد، به قید فهرست، ترتیب نماید:

- ۱- موضوع تحقیق.
 - ۲- شهرت متهم، مجنی علیه، شهود، مدعی حق العبد و سایر اشخاصی که اظهارات یا معلومات آنها درج اوراق تحقیق می باشد.
 - ۳- شهرت مامورین ضبط قضائی و عمل کرد آنها و اهل خبره اگر مؤظف گردیده باشد با اشاره به محضر کشف.
 - ۴- محل اجرای تحقیق.
 - ۵- تاریخ آغاز و انجام تحقیق.
 - ۶- شهرت سارنوال.
 - ۷- معلومات راجع به شخصیت متهم و سابقه جرمی، موقف اجتماعی، حالت روانی، شغل و پیشه و سلوک خانوادگی وی و سایر معلومات در مورد واقعه جرمی، نحوه انجام، زمان و مکان ارتکاب جرم.
 - ۸- نتایجی که بعد از انجام تحقیق راجع به چگونگی اعمال انجام شده از طرف متهم و اثرات آن در ارتکاب جرم به دست آمده است.
 - ۹- دلایل، شواهد و مدارک جمع آوری شده که بتواند گویای نقش متهم و اثرات عملکرد او در ارتکاب جرم باشد.
 - ۱۰- ذکر ماده قانونی که عمل مرتکب را جرم شناخته و بر آن جزاء مترتب نموده است.
- (۲) محضر از طرف سارنوال تحقیق امضاء و محضر کشف به آن ضمیمه می شود.

۷. مراجع انجام دهنده تحقیقات مقدماتی

۷-۱. بازپرس یا قاضی تحقیق

در قانون افغانستان مرجعی به نام بازپرس یا قاضی تحقیق که تحقیقات مقدماتی را انجام دهد وجود ندارد. تحقیقات مقدماتی از وظایف سارنوال تحقیق است نه قاضی تحقیق.

۷-۲. دادستان (سارنوال)

در قانون افغانستان مرجع تحقیقات مقدماتی، بر عهده سارنوال است. دو سارنوال وجود دارد؛ یکی سارنوال تحقیق و دیگری سارنوال تعقیب. تحقیق جرایم از وظایف سارنوال ذیصلاح تحقیق می‌باشد. ماده یکصد و چهل و هفتم قانون اجرائات جزایی در این باره می‌گوید:

«تحقیق جرم به صورت عادی بالترتیب از صلاحیت سارنوالی محل وقوع جرم، محل گرفتاری و محل سکونت متهم می‌باشد.

این امر مانع تحقیق سارنوالان دیگر هر یک در حوزه مربوطه و یا تعیین سارنوال توسط لوی سارنوال در قضایای مشخص نمی‌گردد» و همچنین ماده (۱۴۵) ق.ا.ج فقرة یک مقرر می‌دارد: «(۱) تحقیق در تمام جرایم جنایت و جناحه حتمی بوده و مطابق احکام این قانون توسط سارنوال در حضور وکیل مدافع مظنون یا متهم، صورت می‌گیرد»؛

بنابراین، از این دو ماده فهمیده می‌شود که تحقیقات مقدماتی از وظایف سارنوال تحقیق می‌باشد.

۳-۷. معاون دادرسی

در رابطه به معاون دادرسی نیز در قانون اجرائات جزایی افغانستان چیزی بیان نشده است و این نشانگر آن است که سارنوال تحقیق فاقد معاون می‌باشد.

۴-۷. دادیار

در مورد دادیار نیز هیچ ماده‌ای بیان نشده است و این مورد نمایانگر آن است که در ق.ا.ج.ا مرجعی به نام دادیار که جانشین سارنوال باشد وجود ندارد.

۵-۷. دادرسی دادگاه

در ق.ا.ج.ا مرجعی به نام دادرسی دادگاه که جانشین دادیار است نیز وجود ندارد. و مورد توجه قانون‌گذار قرار نگرفته است.

۶-۷. رئیس یا دادرسی علی‌البدل دادگاه عمومی بخش

در ق.ا.ج.ا همچنان مرجعی به نام رئیس یا دادرسی علی‌البدل دادگاه عمومی بخش که تحقیقات مقدماتی را انجام دهد وجود ندارد.

۸. شروع به تحقیقات مقدماتی

بعد از اینکه مجرم توسط پلیس دستگیر شد، نوبت به تحقیق از وی می‌رسد. این کار توسط سارنوال انجام می‌شود و سارنوال به حیث مدعی‌العموم و به نمایندگی از جامعه به تحقیق از مظنون و در صورت که دلایل کافی نسبت به ارتکاب جرم توسط مظنون به دست آورد، به اقامه دعوی جزایی می‌پردازد و اتهام‌نامه علیه آن شخص تنظیم می‌نماید و فقره چهارم قانون اجرائات جزای در

این باره می‌گوید: «تحقیق جرم: بررسی همه جانبه واقعه جرمی است. به اساس دلایل جمع آوری شده توسط سارنوال به طریق استجواب و استنطاق از متهم، استماع بیانات یا اظهارات شهود و مطلعین و ارزیابی دلایل و مدارک جرمی جمع‌آوری شده به منظور تثبیت وقوع یا عدم وقوع جرم، شناخت مرتکب و انتساب اتهام به متهم در حدود احکام قانون». ماده (۱۴۵ ق.ا.ج.) در این باره می‌گوید: «(۱) تحقیق در تمام جرایم جنایت و جنحه حتمی بوده و مطابق احکام این قانون توسط سارنوال در حضور وکیل مدافع مظنون یا متهم، صورت می‌گیرد».

(۲) هدف از تحقیق، دستیابی به حقایق قضیه، یقین بر وقوع جرم و شناسائی مرتکب آن می‌باشد...».

۸-۱. چنانچه سارنوال ناظر وقوع جرم باشد

در افغانستان که سارنوال مرجع انجام دهنده تحقیقات مقدماتی می‌باشد و خود ناظر بر وقوع جرم است، به بازپرس یا همان (قاضی تحقیق) نیازی نیست؛ سارنوال کار را انجام می‌دهد. فقره چهارم ماده (۱۴۵) چنین مقرر می‌دارد: «(۴) سارنوال در جرم مشهود که جنایت باشد شخصاً به محل واقعه حضور می‌یابد و راجع به حفظ آثار و جمع‌آوری دلایل اثبات جرم هدایت می‌دهد».

۸-۲. کشف جرم ضمن تحقیق جرم دیگر

اگر سارنوال جرمی را در ضمن جرم دیگر کشف کند، در این صورت نیز تحقیقات مقدماتی جرم جدید شروع می‌شود. به موجب فقره یک ماده (۱۵۵)

مقرر می‌دارد: «(۱) سارنوال می‌تواند در حالات ذیل قضایای مختلف را یکجا دسته بندی نماید:

۱ - در صورتی که جرایم متعدد به منظور تأمین هدف واحد از طرف یک یا چند نفر انجام شده باشد.

۲ - در صورتی که تحقیقات مختلف در رابطه به مرتکبین جرم واحد در حوزه‌های مختلف جریان داشته باشد.

۳- در صورتی که دلایل اثبات، به جرایم مختلف و یا اشخاص متعدد ارتباط داشته باشد».

۹. قرارهای تأمین

چنانچه در فصل قبلی گفته شد. قرارها دو نوع است. قرار تمهیدی؛ مانند قرار تأمین و قرار نهایی که به موجب ماده (۴) ق.ا.ج مقرر می‌دارد: «...۱۰- قرار: تصمیمی است که مطابق احکام قانون در مرحله تحقیق توسط سارنوالی و در جریان محاکمه از طرف محکمه راجع به تحریک و تعقیب دعوی جزائی یا انصراف از آن یا سایر موارد مربوط اتخاذ می‌شود»
در ادامه به بررسی این قرارها می‌پردازیم.

۹-۱. قرار التزام به حضور با قول شرف

این قرار خفیف‌ترین قرار تأمین و در عین حال، کم استفاده‌ترین آنهاست. با صدور این قرار، که قاعدتاً باید در جرائم کم اهمیت مورد استفاده قرار گیرد، مرجع تحقیق از متهم می‌خواهد که متعهد شود که هرگاه به او نیاز بود و به

مراجع قضایی احضار شد، حاضر گردد، و برای اطمینان از انجام این تعهد خود، قول شرف دهد. با قبول این التزام، متهم تعهد می‌نماید که در زمان و مکان مقرر در احضارنامه، حضور یابد؛ وی شرف خود را ضامن اجرای این تعهد اعلام می‌کند. بدیهی است که بدین ترتیب، این قرار تنها باید در مورد متهمی صادر گردد که خصوصیات اخلاقی فردی و موقعیت اجتماعی آن‌ها نشان می‌دهد که به قول خود پایبند بوده و نسبت به وثیقه گذاشتن شرف خویش، در برابر وجدان خود، احساس مسئولیت می‌کنند؛ زیرا در صورت عدم رعایت تعهد ناشی از این قرار و عدم حضور متهم در مواقعی که احضار می‌شود، ضمانت اجرایی جز سرزنش اخلاقی ناشی از ندای وجدان متهم برای او وجود ندارد و مرجع تحقیق تنها می‌تواند با تشدید تأمین، اقدام به صدور قرار شدیدتری نماید. (خالقی ۱۳۹۴، ۲۲۸) اما در قانون اجرائات جزایی افغانستان چنین قراری در قانون پیش‌بینی نگردیده است.

۹-۲. قرار التزام به حضور با تعیین وجه التزام (رهائی باضمانت و کفالت)

به موجب این قرار متهم ملتزم می‌شود که هنگام احضار یعنی زمانی که مراجع قضایی حضور وی را لازم می‌دانند، حاضر شود. در غیر این صورت، متعهد به پرداخت کفالت بالمال می‌شود که در زمان صدور قرار توسط قانون تعیین و به وی ابلاغ شده است؛ این مورد در قانون اجرائات جزایی افغانستان به نام رهایی به کفالت بالمال یاد می‌شود. بر همین اساس ماده (۱۰۵) ق.ا.ج مقرر می‌دارد: «سارنوالی و محکمه با وجود دلایل اثبات با رعایت حالات مندرج فقره (۳) ماده نود و نهم این قانون می‌توانند به اساس تصمیم خود یا درخواست شخص

تحت توقیف یا نماینده قانونی وی، امر رهائی مؤقت متهم را به کفالت بالمال یا بدون آن صادر نمایند».

۹-۳. قرار عدم خروج از حوزه قضایی با قول شرف

این قرار اصولاً وسیله‌ای برای حفظ دسترسی به متهم است تا حضور به موقع وی نزد مرجع قضایی ممکن گردد اما چنین قراری در قانون اجرائات جزایی افغانستان پیش‌بینی نشده است.

۹-۴. قرار عدم خروج از حوزه قضایی با تعیین وجه التزام

این قرار نیز در قانون اجرائات جزایی افغانستان پیش‌بینی نشده است.

۹-۵. قرار التزام به معرفی نوبه‌ای خود به مرجع قضایی یا انتظامی با

تعیین وجه التزام

در این قرار، متهم ضمن تعهد، ملتزم به «معرفی نوبه‌ای خود به صورت هفتگی یا ماهانه به مرجع قضایی یا انتظامی با تعیین وجه التزام» می‌شود. این قرار نیز در قانون اجرائات جزایی پیش‌بینی نشده است.

۹-۶. قرار التزام مستخدمان رسمی

این قرار نیز در قانون اجرائات جزایی افغانستان پیش‌بینی نشده است.

۹-۷. قرار التزام به عدم خروج از منزل

این قرار نیز در قانون اجرائات جزایی پیش‌بینی نشده است.

۸-۹. قرار کفالت

این قرار نیز در قانون اجرائات جزایی افغانستان پیش‌بینی نشده است.

۹-۹. قرار وثیقه

قرار وثیقه، قرار است که به موجب آن، صادر کننده قرار از متهم می‌خواهد که متعهد شود که هرگاه به مرجع قضایی احضار شد حاضر گردد، و برای تضمین انجام این تعهدش وثیقه‌ای به مبلغ معین بسپارد. (خالقی ۱۳۹۴، ۲۴۰) این قرار نیز در قانون اجرائات جزایی پیش‌بینی نشده است.

۹-۱۰. قرار بازداشت موقت (توقیف)

آزادی حق اولیه هر فرد است. در ماده بیست و چهارم قانون اساسی آمده است: آزادی حق طبیعی انسان است. این حق جز آزادی دیگران مصالح عامه که توسط قانون تنظیم می‌گردد، حدودی ندارد. آزادی و کرامت انسان از تعرض مصون است. دولت به احترام و حمایت از آزادی و کرامت انسان مکلف می‌باشد. با این وجود، در موارد زیر، قانون اجازه توقیف افراد را می‌دهد و ماده (۹۹) ق.ا.ج. در این باره می‌گوید: «(۱) مظنون یا متهم مطابق به احکام این قانون می‌تواند توقیف شود. (۲) مسئولین توقیف خانه‌ها نمی‌توانند بدون اوامر و قرارهای مقامات ذیصلاح مندرج این قانون مظنون یا متهم را در توقیف‌خانه قبول یا وی را بیشتر از میعاد معینه که در امر توقیف ذکر شده است در توقیف‌خانه نگهدارند. (۳) سارنوالی و محکمه در یکی از حالات ذیل می‌تواند قرار توقیف مظنون یا متهم جنحه یا جنایت را صادر نماید:

- ۱- در صورت موجودیت دلایل اثبات مبنی بر ارتکاب جرم جنایت.
- ۲- در صورت ارتکاب جرم مشهود.
- ۳- در صورتی که هویت مظنون یا متهم معلوم نباشد.
- ۴- در صورتی که خوف اخفا یا فرار مظنون یا متهم در جرم موجود باشد.
- ۵- در صورتی که خوف ضیاع یا تغییر مدارک و اسناد جرمی موجود باشد.
- ۶- در صورتی که مظنون یا متهم در حوزه مربوطه، محل اقامت دائمی نداشته باشد».

۱۰. قرارهای نهایی

قرارهای نهایی قرارهایی هستند که به موجب پایان یافتن انجام تحقیقات مقدماتی شده، پرونده را به بایگانی و یا جهت رسیدگی به دادگاه می‌فرستند. برخی از این قرارها در ماهیت امر صادر شده و مستلزم اظهار نظر در باره کافی بودن یا نبودن دلایل اثبات اتهام است و برخی دیگر، بدون ورود در ماهیت، تنها حاوی اعلام عدم قابلیت تعقیب کیفری متهم و عدم امکان اظهار نظر راجع به اتهام او به دلایلی شکلی است. (خالقی ۱۳۹۴، ۲۷۸) به عبارت دیگر؛ منظور از قرار نهایی قراری است که از پایان تحقیقات مقدماتی خبر می‌دهد. (آخوندی ۱۳۸۸، ۱۴۲)

قرارهای نهایی مرجع تحقیق عبارتند از قرار منع تعقیب، قرار موقوفی تعقیب، قرار بایگانی پرونده، قرار توقف تحقیقات و قرار جلب به دادرسی. در ادامه به بررسی این موارد می‌پردازیم.

۱۰-۱. قرار منع تعقیب (قرار عدم لزوم دعوای جزایی)

این قرار اظهار نظر ماهوی و صریح مرجع تحقیق مبنی بر کافی نبودن دلایل اثبات اتهام متهم است و در مواردی صادر می‌گردد که جرمی واقع نگردیده و یا متهم مرتکب آن نشده باشد. این مورد در قانون اجرائات جزایی افغانستان به نام قرار عدم لزوم دعوای جزایی نامیده می‌شود. به موجب ماده (۱۶۹) فقره یک که مقرر می‌دارد: «(۱) هرگاه دلایل اثبات علیه متهم موجود نبوده، سارنوال قرار عدم لزوم اقامه دعوای جزایی را صادر و در صورتی که متهم در قضیه دیگری تحت توقیف نباشد، رها می‌گردد. در صورتی که توقیف متهم به تجویز محکمه صورت گرفته باشد، موضوع به محکمه مربوط گزارش داده می‌شود».

۱۰-۲. قرار موقوفی تعقیب

این قرار یک قرار شکلی و به معنای عدم امکان ادامه تعقیب کیفری و انجام تحقیقات مقدماتی، قطع نظر از دلایل اثبات اتهام است. به عبارت دیگر، این قرار در مواردی صادر می‌شود که از نظر مرجع تحقیق، متهم به دلایل شکلی غیر مرتبط با ارتکاب عمل، غیر قابل تعقیب کیفری است. این قرار نیز در قانون اجرائات جزایی پیش‌بینی نشده است.

۱۰-۳. قرار بایگانی پرونده (امر حفظ دوسیه)

این قرار اصولاً در راستای اعمال اصل موقعیت داشتن یا مناسب بودن تعقیب و به عنوان یکی از جایگزین‌های تعقیب توسط سارنوال مورد استفاده قرار می‌گیرد. بر همین اساس ماده (۱۷۴) ق.ا.ج.ا مقرر می‌دارد: «اوامر صادره از طرف سارنوال

مبنی بر عدم لزوم اقامه دعوی جزائی، مانع اعاده اجرائات تعقیب عدلی قضیه با فراهم شدن زمینه مساعد و اسباب آن نمی‌گردد؛ مگر اینکه قضیه بر اساس مرور زمان یا سایر اسباب به سقوط مواجه گردیده باشد».

۱۰-۴. قرار توقف تحقیقات

این قرار نیز در قانون اجرائات جزایی افغانستان پیش‌بینی نشده است.

۱۰-۵. قرار جلب به دادرسی

این قرار نیز در قانون اجرائات جزایی افغانستان پیش‌بینی نشده است.

نتایج بحث

این قلم که بررسی تطبیقی تحقیقات مقدماتی در قانون اجرائات جزایی افغانستان و ایران پرداخته است، نتیج بحث قرار ذیل دست بندی می‌گردد:

۱. طی تحقیق و بررسی‌های انجام شده، به دست آمده که تحقیقات مقدماتی قانون اجرائات جزایی افغانستان و ایران، از سوی قانون‌گذار مورد توجه و اهتمام فراوان واقع شده است. به رغم شباهت‌هایی که میان این دو قانون وجود دارد. تفاوت‌هایی نیز میان آن دو مشاهده می‌شود؛ هر کدام دارای امتیازها و کاستی‌هایی است. که قرار ذیل مرقوم می‌گردد:

ا. وجوه اشتراک

۱۲۲

۱. در قانون اجرائات جزایی افغانستان تعریفی از تحقیق جرم و در قانون ایران تعریفی از تحقیقات مقدماتی صورت گرفته است.

۲. ویژگی‌های تحقیقات مقدماتی در هر دو قانون کتبی و سریع می‌باشد.
۳. مرجع انجام دهنده تحقیقات مقدماتی در افغانستان سارنوال و در ایران دادستان نامیده می‌شود.
۴. در قرارهای تأمین مانند: قرار التزام با تعیین وجه التزام، قرار بازداشت موقت نیز مورد توجه قرار گرفته است.
۵. قرارهای نهایی نیز مانند قرار منع تعقیب و قرار بایگانی پرونده در هر دو قانون مشترک است.

ب. وجوه افتراق

هر دو قانون مذکور در موارد ذیل اختلاف دارند:

۱. ویژگی‌های تحقیقات مقدماتی در ایران به صورت محرمانه، غیر علنی، غیر تدافعی می‌باشد. اما در افغانستان به صورت علنی و تدافعی است.
۲. مرجع انجام دهنده تحقیقات مقدماتی در ایران بازپرس، دادستان، معاون دادسرا، دادیار، دادرس دادگاه، رئیس یا دادرس علی‌البدل دادگاه عمومی بخش می‌باشد و در افغانستان سارنوال تحقیق می‌باشد.
۳. شروع تحقیقات نیز در ایران توسط بازپرس و در افغانستان توسط سارنوال شروع می‌شود.

۴. در قرارهای تأمین مانند: قرار التزام به حضور با قول شرف، قرار خروج از حوزه قضایی با قول شرف، قرار عدم خروج از حوزه قضایی با تعیین وجه

التزام، قرار التزام به معرفی نوبه‌ای خود به مرجع قضایی یا انتظامی با تعیین وجه التزام، قرار التزام مستخدمان رسمی، قرار التزام به عدم خروج از منزل، قرار کفالت، قرار وثیقه نیز افتراق دارند.

۵. در قرارهای نهایی مانند قرار موقوفی تعقیب، قرار توقف تحقیقات، قرار جلب به دادرسی نیز افتراق دارند.

منابع و مأخذ

قرآن

۱. آخوندی، محمود. ۱۳۸۴. آیین دادرسی کیفری (جلد پنجم)، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول.

۱. _____ ۱۳۸۴. آیین دادرسی کیفری (جلد چهارم)، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول.

۳. _____ ۱۳۸۸. آیین دادرسی کیفری (دادسرا و کیفرخواست؛ جلد ششم)، تهران، سازمان چاپ و انتشارات، چاپ دوم.

۲. _____ ۱۳۸۹. آیین دادرسی کیفری (جلد دوم)، تهران، سازمان چاپ و انتشارات، چاپ دوازدهم.

۳. آشوری، محمد. ۱۳۷۵. آیین دادرسی کیفری (جلد اول)، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول.

۴. جوانمرد، بهروز. ۱۳۹۳. فرایند دادرسی کیفری (ج ۱)، تهران، جاودانه، چهارم.

۵. خالقی، علی. ۱۳۹۴. آیین دادرسی کیفری، تهران، ناشر، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ ۲۹.
۶. طهماسبی، جواد. ۱۳۹۴. آیین دادرسی کیفری (جلد دوم)، تهران، نشر میزان، چاپ اول.
۷. قانون اجرائات جزایی افغانستان.
۸. قانون آیین دادرسی کیفری ایران.

فلسفه مجازات در اسلام و حقوق موضوعه

□ عبدالخالق فصیحی

□ دانشجوی دکتری فقه و حقوق قضایی (گرایش جزا و جرم شناسی)

چکیده

فلسفه‌ی مجازات که به لحاظ معرفت‌شناسی یک نوع فلسفه مضاف است، به چرایی و مبنای مجازات می‌پردازد و در مقام پاسخ به این پرسش است که چرا مجازات می‌کنیم. حقوق موضوعه در مقام پاسخ به این پرسش بیشتر به دو رویکرد سزاگرایانه و سودگرایانه گرایش داشته است. رویکرد نخست گذشته‌نگر است و دغدغه مجازات و اجرای عدالت دارد و رویکرد دوم به دنبال فایده و نتیجه است. در این میان مطالعه و بررسی منابع اسلامی از این واقعیت پرده بر می‌دارد که دیدگاه اسلام پیرامون فلسفه‌ی مجازات از جامعیت و انسجام بیشتری برخوردار است و علاوه بر ویژگی‌ها و نقاط قوتی که از آسمانی بودن آموزه‌های آن سرچشمه می‌گیرد، عناصری از رویکرد سزاگرایانه و سودگرایانه توأمان در آن دیده می‌شود. نویسنده در این پژوهش به این مطلب دست‌یافته است که فلسفه‌ی مجازات در اسلام علاوه بر توجه به عدالت به عنوان یک اصل پایه‌ای در کلیه احکام و مقررات اسلامی به اهداف فردی و اجتماعی مجازات نیز اهتمام دارد.

کلید واژه

فلسفه مضاف، فلسفه مجازات، سزاگرایانه، سودگرایانه، اسلام، اهداف مجازات.

مقدمه

فلسفه مجازات از نوع فلسفه‌های مضاف است. فلسفه‌های مضاف حوزه‌ای از مباحث یا شاخه‌ای از علم است که با نگاه کلی و به شیوه‌ای عقلانی و انتقادی به طور مستقیم ذات مضاف الیه خود را مورد مطالعه قرار می‌دهند. از پیدایش فلسفه‌های مضاف به عنوان دانشی مستقل و منسجم دیری نگذشته است. خاستگاه این نوع از فلسفه بیشتر کشورهای انگلیسی زبان یا انگلوامریکن است. به فلسفه‌ی مضاف که در برابر فلسفه‌ی مطلق قرار دارد فلسفه‌ی مرتبه دوم نیز می‌گویند؛ زیرا به خلاف فلسفه‌ی مطلق از پیوند فلسفه با علوم و امور دیگر پدید آمده است. گاه فلسفه‌ی مضاف به اعتبار مضاف الیه به فلسفه‌ی علوم اعتباری و حقیقی و امور حقیقی و اعتباری تقسیم می‌شوند.

یکی از شاخه‌های فلسفه‌ی مضاف، فلسفه‌ی حقوق است که به اعتبار مضاف الیه در قلمرو فلسفه‌ی علوم اعتباری قرار می‌گیرد.

فلسفه حقوق، دانشی است که با روش عقلانی پیش فرض‌های شناخته شده در علم حقوق یا مسائل کلی این دانش را مورد بررسی و تامل قرار می‌دهد به طور کلی، فلسفه‌های مضاف با یک روش عقلانی متصدی بررسی پیش فرضها و کلیت آن علم می‌گردند. در کلیت علم حقوق، چند مسأله مهم و اساسی و کلی وجود دارد که پیش فرض این علم است. یکی از مسایل آن این است که قواعد حقوقی الزام آور است. این مبانی علم حقوق در خود علم حقوق مورد

مطالعه قرار نمی‌گیرد و علم فلسفه حقوق متولی پاسخ‌گویی به چرایی این الزام آوری و به تعبیری، مبانی علم حقوق است. مسأله اساسی و کلی دانش حقوق، بحث از هدف حقوق است. مسأله دیگر، منابع حقوق است که از زاویه عقلانی مورد بررسی قرار می‌گیرد. (قربانیا، ۱۳۹۲) یکی از شاخه‌های فلسفه‌ی حقوق، فلسفه‌ی حقوق کیفری است. از جمله مباحث مهم در فلسفه‌ی حقوق کیفری می‌توان از فلسفه‌ی مجازات نام برد. رویکرد فلسفی به مجازات به دنبال پاسخ‌گویی به مسائلی فلسفی مجازات است. مهم‌ترین سؤال در این رویکرد این است که چرا مجازات می‌کنیم؟ با توجه به این که مجازات ذاتاً مستلزم تحمیل رنج و عذاب بر دیگران است و این عمل جز با داشتن توجیه کافی، اخلاقاً نمی‌تواند قابل قبول باشد.

۱. تعریف مفاهیم

در این جستار با دو مفهوم فلسفه و مجازات روبرو هستیم؛ بایسته است قبل از ورود به اصل بحث، این دو مفهوم را تعریف و تبیین کنیم.

۱-۱. فلسفه

فلسفه گاهی به صورت مطلق به کار می‌رود؛ به معنای دانشی که موضوع آن شناخت هستی و قوانین آن است و گاه به صورت مضاف استعمال می‌شود و به علم یا امری اضافه می‌شود؛ مانند فلسفه تاریخ، فلسفه اخلاق و غیره. بنابراین، فلسفه‌ی مضاف با فلسفه‌ی مطلق تفاوت دارد؛ زیرا موضوع فلسفه‌ی مطلق، کلی هستی و وجود است نه هستی و وجود خاص در حالی که در فلسفه‌ی

مضاف امری خاص مورد نظر می‌باشد. به فلسفه مضاف، فلسفه‌ی مرتبه دوم نیز می‌گویند. در تعریف فلسفه‌ی مضاف می‌توان گفت: فلسفه‌ای است که از پیوند فلسفه با علوم و گرایش‌های علمی دیگر پدید آمده است. بر پایه‌ی این تعریف فلسفه‌های مضاف حوزه‌ای از مباحث یا شاخه‌ای از علم است که با نگاه کلی و به شیوه‌ای عقلانی و انتقادی به طور مستقیم ذات مضاف الیه خود را مورد مطالعه قرار می‌دهند. پوشیده نیست که مراد از فلسفه در این مقاله، فلسفه مطلق نمی‌باشد؛ بلکه فلسفه‌ی مضاف است.

۲-۱. مجازات

مجرمی که با ارتکاب جرم و جنایت نظم جامعه را دچار اختلال کرده و قوانین حاکم بر آن را نقض نموده است باید تعقیب و محاکمه شود و بر حسب مورد، مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی در مورد او به اجرا درآید تا او پس از آن مرتکب جرم نشود و موجب عبرت دیگران نیز بشود. مجازات یا کیفر، مهم‌ترین ضمانت اجرایی در حقوق کیفری برای جلوگیری از ارتکاب جرم و پاسخ جامعه به پدیده‌ی مجرمانه است.

مجازات در لغت به معنای جزا دادن، پاداش و کیفر آمده است. مفهوم حقوقی مجازات از معنای لغوی آن دور نیفتاده است؛ حقوق کیفری تعریف زیر را از مجازات ارائه کرده است: "تحمیل واکنش اجتماعی به صورت رنج و تعب بر بزهکار" (گلدوزیان؛ ۱۳۸۴؛ ۲۹۱). بنابراین، مجازات عبارت است از تنبیه و کیفری که بر مرتکب جرم تحمیل می‌شود. مفهوم رنج و تعب از مفهوم مجازات غیر قابل تفکیک است و در واقع رنج و تعب است که ویژگی حقیقی مجازات می‌باشد.

هارت حقوق‌دان و نویسنده کتاب مفهوم قانون برای مجازات پنج ویژگی برمی‌شمارد:

(۱) مجازات باید متضمن رنج و نتایج ناخوشایند باشد؛
(۲) مجازات باید به خاطر بزه‌ای باشد که برخلاف قواعد حقوقی اتفاق افتاده است؛

(۳) مجازات باید تنها بر بزه‌کار واقعی اعمال شود؛
(۴) مجازات باید با قصد و اختیار فردی غیر از بزه‌کار انجام شود؛
(۵) مرجع اجرای مجازات نظام حقوقی است. (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۲)

۳-۱. انواع مجازات

اقسام مجازات‌ها را می‌توان در دو قلمرو حقوق کیفری موضوعه و حقوق کیفری اسلام تبیین نمود.

۱-۴. حقوق موضوعه

حقوق کیفری عرفی در یک تقسیم‌بندی مجازات‌ها را به سه دسته‌ی اصلی، تبعی و تکمیلی تقسیم نموده است. مجازات اصلی آن مجازاتی است که در قوانین جزایی بعد از تعریف جرم، برای آن مجازات پیش‌بینی می‌شود. مجازات تبعی کیفری است که در تکمیل مجازات اصلی وضع می‌شوند و نیازی به اشاره‌ی آن‌ها در حکم نیست؛ بلکه این مجازات‌ها بنا بر حکم قانون به صورت خود به خود و به تبع مجازات جرم انجام شده و بر مجرم تحمیل می‌شود. بیشتر مجازات‌های تبعی حقوق اجتماعی مجرمان را هدف می‌گیرد. اما مجازات

تکمیلی به مجازاتی گفته می‌شود که به کیفر اصلی افزوده می‌شود و باید در حکم از سوی قاضی ذکر شود و هیچگاه به تنهایی مورد حکم قرار نمی‌گیرد؛ زیرا مجازات‌های مذکور در راستای تکمیل مجازات اصلی مورد حکم قرار می‌گیرد. ماده‌ی ۱۹ قانون مجازات اسلامی ایران ناظر به مجازات تکمیلی است. در این ماده چنین آمده است:

«دادگاه می‌تواند کسی را که به علت ارتکاب جرم عمدی به تعزیر یا مجازات بازدارنده محکوم کرده است به عنوان تتمیم حکم تعزیری یا بازدارنده مدتی از حقوق اجتماعی محروم و نیز از اقامت در نقطه یا نقاط معین ممنوع یا به اقامت در محل معین مجبور نماید.»

بر پایه‌ی ماده‌ی مذکور چنانچه دادگاه تشخیص دهد که مجازات اصلی برای متهم کافی نیست، می‌تواند به عنوان تکمیل مجازات اصلی، مجازات دیگری را به عنوان تکمیلی برای متهم تعیین نماید.

در حقوق کیفری عرفی بیشتر مجازات‌ها حول محور اعدام، حبس و جریمه‌ی نقدی می‌چرخند. مجازات‌ها با سه هدف سزادهی، بازدارندگی عام و خاص، اصلاح و درمان و ناتوان‌سازی اجرا می‌شوند. کیفرهای سه‌گانه مذکور بیش از سایر مجازات‌ها می‌توانند اهداف مذکور را تامین نمایند به عنوان نمونه قانون جزای افغانستان در ماده ۹۷ مجازات‌های اصلی را به قرار زیر مقرر می‌دارد: (۱) اعدام؛ (۲) حبس دوام؛ (۳) حبس طویل؛ (۴) حبس متوسط؛ (۵) حبس قصیر؛ (۶) جریمه‌ی نقدی.

۱-۵. حقوق کیفری اسلام

در دین اسلام مجازات‌ها در یک تقسیم بندی کلان به مجازات‌های اخروی و دنیوی تقسیم می‌شوند. مجازات‌های اخروی که مهم‌ترین نوع مجازات در دین مبین اسلام است ناظر به آخرت و قیامت است که خداوند بر پایه عدل خود گناهکاران را مجازات می‌نماید.

مجازات‌های دنیوی خود به دو قسم کیفرهای تکوینی و کیفرهای مقرر در نظام کیفری اسلام تقسیم می‌شوند. مجازات تکوینی به مجازات‌هایی گفته می‌شود که معلول و نتیجه‌ی طبیعی گناه و جرم هستند به سخن دیگر مکافات عمل و اثر وضعی گناه می‌باشند؛ مانند عوارضی که از ناحیه شراب‌خواری بر شراب‌خوار عارض می‌شود.

نوع دیگری از مجازات‌های دنیوی مجازات‌هایی هستند که در حقوق کیفری اسلام پیش‌بینی شده‌اند. حقوق کیفری اسلام مجازات‌ها را به چهار دسته تقسیم نموده است. حدود، قصاص، دیات و تعزیرات.

۱) حدود: یکی از مهم‌ترین مجازات‌های حقوق کیفری اسلام، مجازات حد است. این مجازات عمده‌تاً ناظر به جنبه‌ی حق‌اللهمی و عمومی جرایم است. در تعریف مجازات حدی می‌توان گفت:

«حد، مجازاتی است که شارع برای ارتکاب معصیت غیر جنایی، مقدار و نوع آن را مشخص نموده است و اجرای آن پس از اثبات، تنها به وسیله حکومت صورت می‌گیرد». (حاجی ده‌آبادی؛ ۱۳۸۴؛ ۲۶).

در تعریف مذکور قیودی به کار رفته که به اختصار توضیح داده می‌شود.

معصیت: مجازات‌های حدی به دلیل ارتکاب معصیت، یعنی عمل حرام شرعی، مقرر شده‌اند. حدود همیشه در قبال ارتکاب عمل حرام وضع شده‌اند، به خلاف پاره‌ای از تعزیرات که ممکن است به سبب انجام معصیت نباشند؛ مانند تعزیر دیوانه و نابالغ که به دلیل نداشتن شرایط عامه‌ی تکلیف برای آن‌ها وجوب و حرمت جعل نشده است؛ ولی با این حال گاهی تعزیر می‌شوند.

غیرجنایی: با این قید، قصاص و دیه از تعریف خارج می‌شوند. قصاص و دیه اعم از نفس و مادون نفس برای ارتکاب جنایت است. مراد از جنایت در فقه کیفری اسلام جرایم علیه تمامیت نفسی و جسمی دیگری از قبیل قتل و قطع و جرح عضو و سلب منافع است.

تعیین نوع و مقدار آن در شرع: در حد به خلاف تعزیر نوع و مقدار حدود مشخص شده است؛ مثلاً مجازات زانی و زانیه صد ضربه شلاق معین شده است. (سوره نور؛ آیه ۲) و یا مجازات قذف هشتاد ضربه تازیانه معین مقرر شده است. (سوره نور؛ آیه ۴)

اجرای حد پس از اثبات تنها به وسیله‌ی حکومت: با این قید کفاراتی همچون کفاره‌ی قتل عمد و کفاره‌ی افطار روزه و ... از تعریف خارج می‌شوند. هر چند برای برخی معاصی غیرجنایی کفاراتی لازم است و حتی نوع و مقدار آن را نیز بیان کرده است؛ اما انجام کفاره بر عهده‌ی خود مرتکب معصیت است و نه حکومت. در مقابل اجرای حدود وظیفه‌ی حکومت است و به همین جهت در روایات اقامه‌ی حدود را وظیفه حاکم دانسته شده است. (حاجی ده آبادی؛ همان؛ ۲۷ و ۲۸)

۲) قصاص: قصاص به کسر اول از ماده‌ی "قص" در اصل به معنای مماثلت، مساوات و تعادل است. اهالی لغت قصاص را دنبال کردن و پی‌گیری نمودن

نشانه و اثر چیزی دانسته‌اند و کیفر جانی را از این جهت قصاص گفته‌اند که جنایت جانی به منظور اجرای مانند آن علیه وی دنبال می‌شود. (ابن منظور؛ ۱۴۱۴؛ ماده قصص) فقیهان با توجه به مفهوم لغوی قصاص آن را استیفای اثر جنایت بزه‌کار تعریف کرده‌اند و مراد از آن را مجازاتی دانسته‌اند که بر جانی تحمیل شده و مثل کاری را که کرده است درباره اش اجرا کنند. (نجفی؛ ۱۴۰۴؛ ۲۱) قصاص به دو قسم، قصاص نفس و قصاص عضو تقسیم می‌شود. قصاص نفس در صورتی است که کسی به عمد از دیگری سلب حیات کرده باشد، در این صورت برای اولیای مقتول، حق قصاص ثابت می‌شود و می‌توانند قاتل را قصاص کنند یا دیه بگیرند یا عفو کنند. اما قصاص عضو در جراحات و قطع عضو ثابت می‌شود که در این صورت بزه‌دیده حق خود را استیفا می‌کند.

۳) دیه: در ماهیت دیه میان حقوق‌دانان اسلامی توافق و وحدت رای وجود ندارد؛ برخی آن را مجازات، گروهی جبران خسارت و عده‌ای آن را نهادی با ماهیت دوگانه می‌دانند. بر پایه‌ی نظری که دیه را مجازات می‌داند، دیه مالی است که از طرف شارع برای جنایت‌های خطایی و شبه عمد بر نفس و اعضا و منافع اعضا و نیز در جنایت‌های عمدی که قصاص ممکن نباشد برای پرداخت به بزه‌دیده یا اولیای او تعیین شده است. (خویی؛ ۱۴۲۲؛ ۱۸۶)

۴) تعزیر: از مهمترین و پرکاربردترین مجازات‌های حقوق کیفری اسلام، تعزیر است. از تعزیر تعاریف گوناگونی ارائه شده است که به یکی از آنها اشاره می‌شود:

«تعزیر عقوبت و تأدیبی است بر انجام گناهان و تخلفاتی که از طرف شارع برای آنها، در اغلب موارد، اندازه‌ای معین نشده است و مقدار آن به حاکم

واگذار گردیده است تا طبق مصححت عمل نماید». (جمعی از نویسندگان؛ ۱۳۸۵؛ ۷۳)

بر این تعریف ایراد کمتری وارد است؛ زیرا با قید غالباً گناهایی که مقدار عقوبت تعزیری آنها معین شده است نیز وارد می‌گردد، ضمناً معنای لغوی اصلی (منع و جلوگیری از تکرار گناه) در این تعریف لحاظ شده است. علاوه بر این‌ها، با قید تخلفات، تعزیر اطفال و مجانین را نیز شامل می‌شود. شهید اول، محقق اردبیلی و بعضی از فقیهان معاصر نیز تعریفی شبیه به این تعریف ارائه کرده‌اند. (همان)

۲. فلسفه مجازات

مراد از فلسفه‌ی مجازات چرایی و هدف آن است به عبارت دیگر مبنای مجازات و پاسخ به این پرسش که چرا مجازات می‌کنیم و کیفر می‌دهیم. برای پاسخ به این چرایی استفاده از اصطلاح فلسفه‌ی مجازات در بدو امر شاید مقداری غریب و نامأنوس به نظر آید؛ زیرا معمولاً فلسفه را به علوم اضافه می‌کنند؛ مانند فلسفه‌ی علم، فلسفه‌ی فیزیک، فلسفه‌ی حقوق، فلسفه‌ی دین و ... در حالی که مجازات علم نبوده بلکه یکی از نهاده‌های حقوق کیفری است. در مقام پاسخ به این شبهه باید خاطر نشان کرد: در قلمرو فلسفه‌های مضاف، فلسفه گاه به یک علم اضافه می‌شود و گاه به یک نهاد؛ مثلاً در فلسفه حقوق گاه از مبنا و منشاء الزام قواعد به طور کلی گفتگو می‌شود بدون این که به بخش یا نهاد حقوقی خاصی توجه شود و گاه سخن راجع به یک نهاد خاص حقوقی است مثل نهاد مجازات و بحث از مشروعیت و چرایی آن نهاد خاص. در صورت دوم می‌خواهیم بدانیم که چرا چنین نهادی در حقوق وجود دارد و به عبارت

دیگر چنین نهادی مشروع است یا خیر. تفاوت این دو حوزه روشن است؛ اولی به اصل الزام امعان نظر دارد و دومی راجع به نوع خاصی از الزام و ضمانت اجرا معطوف است. (حکمت نیا؛ بی تا؛ ۸) بنابراین اصطلاح فلسفه‌ی مجازات، اصطلاح درستی است؛ زیرا یکی از نهادهای حقوق کیفری است و فلسفه‌ی مضاف به علوم اختصاص ندارد و به نهادها و پدیده‌ها نیز اضافه می‌شود؛ و مراد از فلسفه‌ی مجازات چرایی آن است؛ یعنی مبنا، علت و هدف آن. (قربانیا، ۱۳۸۰)

فلسفه‌ی مجازات در تاریخ اندیشه و عمل انسان مراحل مختلفی را پشت سر گذاشته است. گاه ناظر به انتقام جویی مجنی علیه از بزه‌کار بوده، گاه بر محور جرم ارتكابی چرخیده و هدف آن اعمال کیفر و سزادادن جانی بوده و زمانی هم رسیدن به اهدافی در جامعه و فرد مجرم دنبال کرده است. اما فلسفه‌ی مجازات در اسلام که خاستگاه آن وحی و دستوره‌ای الهی است به اهداف مطرح در حقوق کیفری موضوعه بسنده نکرده و اهداف بالاتری را سیاست گذاری نموده است. این نوشته با توجه به تفاوت فلسفه و چرایی مجازات در حقوق کیفری موضوعه و حقوق کیفری اسلام، نخست فلسفه‌ی مجازات را در حوزه‌ی حقوق کیفری موضوعه و سپس فلسفه مجازات را در حقوق کیفری اسلام بررسی می‌کند.

۱-۲. فلسفه‌ی مجازات در حقوق موضوعه

دو دیدگاه عمده در مورد فلسفه‌ی مجازات میان حقوق دانان و فلاسفه حقوق عرفی وجود دارد. دیدگاه اول سزادهی و دیدگاه دوم سودگرایی می‌باشد.

دیدگاه نخست گذشته‌گرا و وظیفه‌گرا نیز نامیده می‌شود در مقابل برخی برای دیدگاه دوم از نام آینده‌گرا استفاده کرده‌اند.

۲-۲. دیدگاه سزاگرایانه

دیدگاه سزادهی گرچه در اواخر قرن هیجدهم و اوایل قرن نوزدهم به صورت رسمی مطرح گردید و توجه برخی فیلسوفان و حقوقدانان را به خود جلب نمود و حتی به دنبال مکتب سودگرایانه و در اعتراض به آن به وجود آمد لیکن به نظر می‌رسد ریشه‌های تاریخی آن در گذشته بسیار دور وجود داشته است و برخی نویسندگان معتقدند فلاسفه یونان، مخصوصاً سقراط، افلاطون و ارسطو را می‌توان از طرفداران اولیه این مکتب دانست. (مظلومان ۱۳۵۵، ۳۰۸) هدف اصلی مجازات بر پایه‌ی این دیدگاه، ایجاد عدالت و بازسازی نظم اخلاقی مختل شده در جامعه از طریق کیفر دادن به مجرم است. مجرم با ارتکاب جرم استحقاق مجازات پیدا می‌کند و باید به همان اندازه که مستحق است مجازات شود. بنابراین اعمال مجازات، خود هدف است؛ چون عدالت را برقرار می‌کند و مجرم را به آنچه سزوار آن است می‌رساند. این دیدگاه در کامل‌ترین شکل خود، شامل اصول زیر می‌باشد:

- ۱- حق اخلاقی مجازات کردن صرفاً مبتنی بر جرم ارتكابی است؛
- ۲- وظیفه اخلاقی مجازات کردن نیز منحصرأً مبتنی بر جرم ارتكابی است؛
- ۳- مجازات باید متناسب با جرم باشد؛
- ۴- مجازات از بین بردن جرم است؛
- ۵- مجازات حق مجرم است. (قیاسی و دیگران ۱۳۸۵، ۳۵۱ و ۳۵۲)

هرچند ریشه و خاستگاه دیدگاه سزادهی در گذشته‌های دور نهفته است در میان فلاسفه و متفکران چند قرن اخیر طرف‌دارانی داشته است. کانت و هگل به عنوان دو تن از متفکران طرف‌دار نظریه سزادهی مطرح‌اند.

۲-۱-۲. دیدگاه کانت

در دیدگاه کانت که یک نظریه اخلاقی است کیفر خود غایت و هدف است و با اعمال آن به این هدف نائل می‌شویم. وی مبنای کیفر را وجدان و عدالت مطلق اعلام می‌دارد؛ زیرا جرم رفتاری قبیح و از نظر اخلاقی محکوم است و به همین دلیل باید مرتکب به کیفر زشت خود برسد، اما کیفر نه برای این است که جامعه در قبال بزهکاران از خود دفاع کند یا با ارباب دیگران از وقوع جرم پیشگیری کند بلکه اعمال آن فی نفسه خوب و دارای حسن ذاتی است. کانت مبانی نظریه عدالت مطلق را در کتابهای «نقد عقل عملی» و در عوامل مابعد الطبیعی نظریه حقوق تبیین نموده است. وی معتقد است. اگر عدالت و صداقت از بین برود، حیات انسانی دیگر ارزشی نخواهد داشت. بنابر رای کانت فقط اعمالی که برای ادای تکلیف انجام می‌گیرد دارای ارزش اخلاقی است و توجه به نتایج و آثاری که برای اجرای مجازات در جامعه مترتب می‌شود، نمی‌تواند موجب مشروعیت مجازات یا اخلاقی بودن آن باشد.

فلسفه میازات در اسلام و تقوین موضوعه/ عبدالقالی قصبی

نقش پر رنگ اخلاق و عدالت در دیدگاه کانت و اصحاب وی در باب مساله تجاوز به حق بیشتر روشن می‌شود. کانت معتقد است تجاوز به حق نه از آنجایی که منجر به هرج و مرج و نارحتی دیگران می‌شود مذموم است؛ بلکه از آن جهت قبیح است که مغایر اخلاق و عدالت است. وی معتقد است که

حمایت اخلاقی افراد مشروط به هیچ شرطی نیست. (موحد ۱۳۸۱، ۲۹۶) دیدگاه کانت بر عدالت مطلق تمرکز دارد، از دید او عدالت باید اجرا شود چه فایده‌ای برای جامعه داشته باشد یا نداشته باشد؛ مثال جزیره‌ی متروک برای تبیین دیدگاه عدالت مطلق کانت مطرح شده است.

۲-۲-۲. دیدگاه هگل

یکی دیگر از فلاسفه‌ای که به مسأله مجازات پرداخته است فردریک هگل است وی دیدگاه‌های فلسفی خود را در این زمینه در کتابی به نام «اصول فلسفه حقوق» مطرح نموده است. بنابر عقیده هگل حق مبتنی بر اراده است بدین معنا که حق، بر آزادی و اختیار بنا نهاده شده است این آزادی و اختیار در عین حال یکی از ویژگی‌های طبیعت انسان است، این آزادی به دو صورت می‌تواند ظهور کند. یک صورت این که انسان آزاد است که هر چه می‌خواهد انجام دهد و از آنچه دوست دارد منع نشده است، یعنی آزادی دلخواه. در صورت دوم آزادی یعنی آزادی واقعی که هگل آن را آزادی مطلق می‌نامد، در این مفهوم اراده آزاد است تا جایی که به عنوان اراده عمومی تحقق پیدا کند، بیان‌کننده شرایطی است که در آن شرایط افراد با هر اراده دلخواه که دارند می‌توانند در یک جامعه با یکدیگر زندگی کنند. طبیعتاً اراده دلخواه افراد همیشه مطابق با اراده واقعی نیست و وقتی که این دو اراده با هم تعارض پیدا کنند اراده واقعی باید غلبه کند و اراده دلخواه را منقاد خود کند و برای آن محدودیت‌هایی را قرار دهد، هگل پس از این دو مقدمه به مسأله مجازات می‌پردازد و منشأ پیدایش حق مجازات را تعارض دو اراده و پیروزی اراده دلخواه بر اراده عمومی و نقض قوانین می‌داند و می‌گوید: سزا و عقوبت نوعی اعمال قدرت است، در نتیجه

مخالف با آزادی، اگر آزادی جوهر، و ماهیت حق و هدف آن است. اگر سیستم حقوقی چیزی جز قلمرو آزادی نیست چگونه می‌توان اعمال زور را مطابق با حق دانست و چطور می‌توان آن را عادلانه و مشروع تلقی کرد؟ سپس در پاسخ می‌گوید: اعمال زور مخالف حق است اگر به عنوان یک اعمال زور صرف باشد و ابتدائاً بر کسی تحمیل شود اما اگر به عنوان یک عکس العمل در برابر اعمال زوری که قبلاً انجام شده است و به عنوان اعمال زور ثانوی انجام شود عادلانه و ضروری است اعمال زور دوم، اولی را از بین برده و قانونی را که عمل اول نقض کرده است بازسازی می‌کند، بنابراین این چنین اعمال زوری مخالف با شأن و حیثیت یک موجود آزاد نیست. هگل برای تبیین این توجیه از وجدان مجرم و قضاوت او کمک می‌گیرد و می‌گوید: کسی که جرمی را مرتکب شده است از نظر اخلاقی زشت می‌داند که با او همانگونه که عمل کرده است رفتار شود و ممکن است دلایل متعددی بیاورد که نباید با او چنین رفتاری شود ولی نمی‌تواند به صورت جدی از روی ایمان و اعتقاد ادعا کند که مستحق آن عکس العمل نیست با این که بی‌عدالتی در مورد او اعمال می‌شود به اعتقاد وی مجرم به دلیل جرمی که مرتکب شده است استحقاق مجازات را پیدا می‌کند و رفتار نمودن با یک نفر براساس استحقاق او یعنی انتخاب راهی که او با دیگران برخورد نموده است به عنوان ملاک و ضابطه رفتار با او. (قیاسی و دیگران، همان، ۳۵۳ و ۳۵۴)

۲-۲-۳. نقد دیدگاه سزاگرایانه

مهمترین نقدهایی که به این دیدگاه به نظر وارد می‌رسد به قرار زیر است:

۱- این دیدگاه فقط به جرم ارتكابی توجه دارد و به دنبال جبران بی‌عدالتی حاصل از آن است، در حالیکه در فرایند کیفر، عواملی از قبیل خصوصیات مجرم، توجه به اصلاح و بازسازی وی و نیز توجه به تأثیر مجازات در ایجاد نظم و امنیت اجتماعی باید لحاظ شود؛

۲- معیار قرار دادن جرم ارتكابی برای تعیین نوع و مقدار مجازات، در همه موارد امکان‌پذیر نیست و نمی‌توان مجازات را دقیقاً مانند جرم تعیین و اجرا کرد، پس شناخت مقتضای عدالت در چنین مواردی به سادگی امکان‌پذیر نیست و باید به ناچار عوامل دیگری غیر از ماهیت جرم ارتكابی را برای تعیین نوع و میزان مجازات مورد توجه قرار داد؛

۳- عدالت، در نظر این دیدگاه فرشته‌ای است که چشم ندارد و شمشیر برنده‌ای در دست دارد که به مجرد وقوع جرم باید فرود آید و اختلال به وجود آمده در نظم اخلاقی جامعه را بازسازی کند و عدالت را دوباره برقرار کند، بدون اینکه کوچک‌ترین انعطاف داشته باشد، پس عفو و عدم اجرای مجازات به هر دلیل که باشد ظلم و بی‌عدالتی محسوب می‌شود، در حالیکه در فرایند مجازات در کنار عدالت احسان نیز باید مورد توجه قرار گیرد.

۲-۳. دیدگاه سودگرایانه

براساس این دیدگاه قانون‌گذار باید با توجه به منافع عمومی و محاسبه مصالح و مفاسد به وضع قانون بپردازد و معیار صحت یا عدم صحت قانون نیز چیزی جز نتایجی که بر آن مترتب می‌شود نیست؛ این تئوری به عنوان یک تئوری اخلاقی عمومی نسبت به موضوع اصول اخلاقی مجازات می‌باشد. با توجه به

این دیدگاه آثار و نتایجی که باید بر مجازات مترتب شود تا اعمال آن توجیه پذیر باشد متعدد است که هر کدام بر نوع خاصی از مجازات مترتب می‌شود و قانون‌گذار باید با توجه به هدفی که دارد برای هر نوع خاص از جرایم مجازات متناسب با آن را وضع نماید. برخی از مجازات‌ها می‌تواند به عنوان جبران خسارت اعمال شود، برخی نیز به عنوان مجرای برای خالی شدن حس انتقام جویانه مجنی علیه و بستگان او اعمال می‌شود ولی به اعتقاد پیروان این مکتب این آثار در درجه دوم اهمیت قرار دارند و مهمترین آثار مجازات، همان آثار بازدارندگی آن و تأثیر آن در پایین آمدن میزان جرایم در جامعه می‌باشد. کامل‌ترین شکل سازمان یافته این تئوری، دیدگاه جرم بتنام است، «براساس نظر وی آثار و نتایج مجازات بر روی شخصی که مجازات شده است، آزار دهنده و نامطلوب است؛ بنابراین براساس اصل «سود» اگر باید مورد پذیرش قرار گیرد باید آن‌جا مورد قبول واقع شود که به نظر می‌آید مانع بدی بیشتری شود».

(گلدوزیان، همان، ۵۵)

از نظر این دیدگاه نتایجی که بر مجازات مترتب می‌شود و مشروعیت آن را تأمین می‌کند قرار زیر است:

۱) بازدارندگی: مهمترین هدفی که برای اعمال مجازات بیان شده است هدف پیشگیری از وقوع جرم در جامعه است. جرمی که اتفاق افتاده عملی است مربوط به گذشته و بدی حاصل از آن را غالباً نمی‌توان از بین برد، در حالی که از جرایم بعدی می‌توان جلوگیری کرد و به همین دلیل پیشگیری از جرم هدف اصلی مجازات و توجیه عمده آن به حساب می‌آید مجازات اگر چه نوعی شر و بدی است اما اگر بتواند از بدیهای آینده پیشگیری کند قابل توجیه

است و با اصالت فایده که یکی از جوانب آن جلوگیری از آلام بیشتر است سازگار می‌باشد.

۲) جبران: یکی دیگر از اهدافی که برای مجازات ذکر شده است جبران خسارت ناشی از جرم نسبت به مجنی علیه می‌باشد که به دو صورت ممکن است: یک صورت؛ جبران مادی است که جبران خسارت‌های مادی ناشی از وقوع جرم است و صورت دیگر، جبران کیفری است که از وارد نمودن رنج و درد بر مجرم حاصل می‌شود از آن جا که جرم یک نقض حقوق آشکار است یکی از کارکردهای مجازات باید جبران این گونه خسارت‌ها باشد.

۳) اصلاح و تحول: در این دیدگاه مجازات با تأثیر سازنده و اصلاح‌کننده‌ی خود موجب از بین رفتن گرایش‌های مجرمانه در افراد می‌شود و از این طریق میزان ارتکاب جرم را در جامعه کاهش می‌دهد. تأکید این تئوری بر بعد سازنده‌ی مجازات است نه بعد تهدیدکننده‌ی آن.

۴) تربیت: بر اساس این تئوری مجازات نشان‌دهنده‌ی خطای اخلاقی و غیر قابل پذیرش بودن جرم از طرف جامعه است و گرایش‌های اخلاقی را که موجب کنترل امیال و خواسته‌های مجرمانه می‌گردد تحریک و تقویت می‌نماید و در نتیجه به عنوان وسیله‌ی تعلیم و تربیت اخلاقی جامعه عمل می‌کند. همانگونه که عدم برخورد با مجرم، این تصور را به وجود می‌آورد که عمل او مورد تأیید جامعه قرار گرفته یا لاقبل جامعه حساسیت بالایی نسبت به آن ندارد. مجازات موجب آگاهی مجرم از غیر اخلاقی بودن عمل خود و تلاش برای هماهنگ شدن با ارزش‌ها و اعتقادات مورد قبول جامعه می‌شود. (نوربها ۱۳۸۵، ۳۶۰)

۲-۳-۱. نقد دیدگاه سودگرایانه

دیدگاه سودگرایانه هر چند با استقبال گسترده مواجه شده و بر قوانین کیفی بسیاری از کشورها تأثیر گذاشت؛ لکن با این حال، با اشکالات و کاستی‌هایی هم مواجه است که در زیر به مهمترین آن‌ها اشاره می‌شود.

۱- از دید سودگرایان مهمترین هدف مجازات بازدارندگی است. مجازات به دلیل این که از رنج‌ها و بدی‌های بیشتر در آینده جلوگیری می‌کند مفید و قابل قبول است؛ در حالی که در بسیاری از کشورها گرایش به جرم سیر صعودی دارد و تأثیر مجازات در بازدارندگی شدیداً دچار تردید شده است و به جای آن واکنش‌های اجتماعی به عنوان جایگزین قوت گرفته است. بنابراین این دیدگاه که مهمترین فایده و سود مجازات را بازدارندگی می‌داند در رسیدن به هدفش توفیق چندانی نداشته است.

۲- این دیدگاه به خلاف دیدگاه سزاگرایانه که انسان را موجودی دارای اراده و مسؤل مورد توجه قرار می‌دهد، انسان را نه به عنوان موجودی آزاد و مسؤل؛ بلکه به عنوان ابزاری برای رسیدن به هدف اجتماعی خاص مورد مطمح نظر دارد.

۳- دیدگاه سودگرایانه مجازات را به هر شکل و به هر اندازه، در صورتی که دارای منافع اجتماعی باشد، عادلانه می‌داند. بنابراین در مواردی مجازات افراد بی‌گناه و افرادی را که به دلیل بیماری‌های ذهنی یا تحریک مجنی‌علیه دارای مسؤلیت نقصان یافته هستند به دلیل نتایج مفیدی که بر این مجازات‌ها مترتب می‌شود، مشروع و موجه می‌داند. از سوی دیگر اگر مجازات نتایج مفید

را به همراه نداشته باشد، غیر عادلانه و غیر مشروع محسوب می‌شود. (قیاسی و دیگران، همان، ۳۶۲)

۲-۴. فلسفه مجازات در اسلام

مجازات در اسلام جایگاهی برجسته دارد. این برجستگی از آن رو می‌باشد که با ویژگی مختار بودن انسان پیوند خورده است؛ زیرا هنگامی که بپذیریم انسان موجودی مختار می‌باشد دست آورد این حق اختیار، مسؤل بودن او در برابر هر گزینشی خواهد بود و از طرف دیگر مسؤل بودن بدون پاداش و کیفر بی‌معناست. (مکارم و دیگران ۱۳۷۳، ۳۶۶) تبیین فلسفه‌ی مجازات در اسلام نیاز به بررسی‌های عمیق و تلاش گسترده‌ای دارد. این تلاش و بررسی مبتنی بر دو پیش‌فرض خواهد بود؛ نخست پیش‌فرضی کلامی است و آن اعتقاد به این مطلب که احکام و مقررات الهی هدفمندند و پیش‌فرض دوم این است که راه‌هایی برای کشف اهداف و اغراض نهفته در تشریح الهی وجود دارد (قیاسی و دیگران، پیشین، ۳۶۶). بحث پیرامون فلسفه‌ی مجازات در اسلام را پس از تبیین دیدگاه‌های مکاتب حقوق موضوعه در باره‌ی فلسفه‌ی مجازات با این پرسش آغاز می‌کنم که آیا از نظر اسلام مجازات صرفاً برای برقراری عدالت و سزا دادن به مجرم است و ملاک آن نیز استحقاق مجرم و میزان بدی حاصل از عمل اوست؟ یا این که دیدگاه اسلام در مورد مجازات یک دیدگاه کارکردی و غایت‌گرا است و صرفاً برای رسیدن به آثار و نتایج فردی و اجتماعی است که مجازات مجرمین را روا دانسته است؟ یا اینکه اصولاً فلسفه مجازات از دیدگاه اسلام یک فلسفه ترکیبی و دوگانه بوده است؟ و اگر چنین باشد؛ آیا در همه

انواع مجازات‌ها اعم از حدود، قصاص و تعزیرات می‌توان هم به استحقاق مجرم و هم به سودمندی مجازات و آثار آن برای مجرم و جامعه چشم دوخت؟ در جواب باید گفت: با توجه به خطوط کلی معارف اسلامی و خصوصیات نظام کیفری اسلامی که به آن‌ها خواهیم پرداخت، به نظر می‌رسد که دیدگاه اسلام در مورد توجیه عقلانی و اخلاقی مجازات یک دیدگاه دوگانه و ترکیبی است و این دیدگاه بر کل نظام کیفری اسلام حاکم است و همه مجازات‌ها در این تئوری قابل توجیه است، البته شناخت و اثبات این تئوری در مورد همه مجازات‌ها یکسان نیست. در این دیدگاه توجه به عدالت و استحقاق مجرم از یک طرف و رسیدن به آثار و نتایج مطلوب فردی و اجتماعی باعث شده که یک نظام قانون‌گذاری جامع تولید شود. بنابراین اسلام در بحث فلسفه‌ی مجازات از دیدگاهی ترکیبی سود می‌جوید؛ به طوری که ویژگی‌های دو دیدگاه سزاگرایانه و سودگرایانه در اسلام به خوبی نمایان است. فلسفه و چرایی مجازات در اسلام را می‌توان به صورت زیر دسته‌بندی نمود:

۲-۴-۱. توجه به عدالت و استحقاق مجرم

مجرم با ارتکاب جرم؛ حرمت و حریم احکام الهی را شکسته و قانون دینی را نقض کرده است و این عمل عقلاً و شرعاً او را مستحق مجازات می‌نماید هم چنین در برخی جرایم علاوه بر حرمت شکنی، مجرم به منافع و خواسته‌هایی دست می‌یابد که نامشروع و غیر قانونی هستند و رسیدن به آن‌ها از این طریق موجب محرومیت دیگران از حق مشروع خود می‌شود. مجرم در پی ارتکاب جرم عواطف و احساسات مجنی علیه و بستگان او و سایر افراد جامعه را

جریمه دار می‌کند و احساس امنیت و آسایش را از بین می‌برد و تمام این‌ها یعنی ظلم و بی‌عدالتی در بعد فردی و اجتماعی.

در نظام حقوقی اسلام که عدالت پایه و اساس آن را تشکیل می‌دهد، همه مقررات و به ویژه قوانین کیفری در راستای تحقق عدالت تشریح شده است و تا جایی که امکان دارد، باید بی‌عدالتی‌های حاصل از وقوع جرم از بین برود.

۲-۴-۱-۱. ویژگی‌های عدالت خواهی در نظام کیفری اسلام

۲-۴-۱-۱-۱. واقعی بودن عدالت کیفری در اسلام

رعایت عدالت کیفری در مجازات، مستلزم شناخت میزان استحقاق مجرم است. بدون این شناخت نمی‌توان مجازاتی عادلانه در مورد او اعمال کرد و این شناخت با توجه به شناخت‌های محدود و ناقص انسان که افراط و تفریط در آن زیاد است و شاهد این ادعا نوسانات شدید مجازات‌ها در طول تاریخ بشر است، بسیار دشوار است از این‌رو، وضع قوانین کیفری باید از طرف مرجعی صورت گیرد که بتواند با در نظر گرفتن کلیه عوامل موثر در این مسأله تناسب واقعی بین جرم و مجازات را رعایت کند و عدالت کیفری را به معنای واقعی کلمه تحقق بخشد عدالت مورد نظر در قوانین کیفری اسلام به دلیل ارتباط مستقیم یا غیر مستقیم این قوانین با اراده تشریحی خداوند حکیم، عدالتی واقعی و بدور از هرگونه افراط و تفریط است و نشأت گرفته از عدالت مطلقه‌ی خداوند متعال است.

۲-۴-۱-۱-۲. انعطاف پذیر بودن عدالت در نظام کیفری اسلام

در نظام کیفری اسلامی در کنار عدالت دو نهاد بر جسته دیگر وجود دارد که موجب انعطاف پذیر شدن عدالت کیفری در اسلام شده است و آن دو عبارتند از: " توبه و عفو". در این نظام کیفری ارتکاب جرم لزوماً به مجازات مجرم منتهی نخواهد شد و ممکن است مجرم در اثر توبه یا عفو که دو جایگزین برای مجازات هستند از کیفر رهایی پیدا کنند و این یکی دیگر از نقاط افتراق دیدگاه اسلامی با دیدگاه سزادهی است که اعمال مجازات را در هر شرایطی لازم می‌داند. در واقع این همان اصل اقتضایی بودن مجازات‌ها در نظام کیفری اسلام است.

۲-۴-۱-۱-۳. متفاوت بودن عدالت در مراحل قانون‌گذاری و اجرا

ویژگی دیگر نظام کیفری اسلامی متفاوت بودن عدالت در مرحله قانون‌گذاری با مرحله اجرا آن است. در مرحله قانون‌گذاری عدالت محض در حدی که در این عالم قابل تحقق و مطلوب است مورد توجه می‌باشد اما در مرحله اجرا به دلایلی همچون؛ تفاوت شرایط خاص مجرمین و نیز اعمال کنندگان مجازات و خطاپذیر بودن راه‌های اثبات جرایم، تحقق عدالت واقعی یا محض بسیار کم است از طرف دیگر قرار دادن شرایط سخت برای تحقق و یا اثبات برخی جرایم نیز نشان می‌دهد که قانونگذار اسلام نخواست است مجازات‌های شدیدی مانند رجم و قطع ید به آسانی اجرا شود هر چند در مقام تشریح تردیدی در عادلانه بودن آن‌ها نیست. به عقیده‌ی یکی از پژوهش‌گران، منطقه مجازات در مراحل

چهارگانه‌ی تعقیب، اثبات جرم، حکم به مجازات و اجرای کیفر به مراتب مضیق‌تر از قانون است. (حسینی ۱۳۹۰، ۱۶۶)

۳. هدفمندی در اعمال مجازات

توجه کردن به آثار و نتایج فردی اجتماعی حاصل از اجرای مجازات یکی دیگر از ابعاد دیدگاه اسلام در مورد مجازات است در کلیه مجازات‌ها، یکی از اهداف مهم تشریح و اجرای مجازات، تحقق آثار مطلوب در حیات مادی و معنوی انسان‌هاست. وضع مقررات کنونی و جرم تلقی کردن اعمالی که مهمترین منافع و مصالح فردی و اجتماعی را مورد تهدید قرار می‌دهد و تأکید بر اعمال مجازات در همین عالم و موکول نمودن آن به عالم دیگر خود نشان دهنده اهمیت دادن به آثار و نتایج مجازات در حیات اجتماعی و مادی انسان‌ها است (ظفری ۱۳۷۷، ۴۰) چون که اگر هدف از اعمال کیفر صرفاً سزا دادن به مجرم باشد این هدف به صورت دقیق‌تر در عالم دیگر قابل تحقق است پس باید گفت در کنار تحقق این هدف، اهداف دیگری که مربوط به حیات مادی انسان‌هاست نیز مورد نظر بوده است و مجازات کارکرد دیگری غیر از تحقق عدالت کیفری به عهده دارد.

۴. توجه به آثار و نتایج حاصل از اجرای مجازات

پیش فرض بررسی فلسفه‌ی مجازات در اسلام پذیرفتن این واقعیت است که احکام اسلام تابع مصالح و مفاسد واقعی‌اند و به منظور تحقق اهدافی در زندگی فردی و اجتماعی انسان‌ها تشریح شده است. بنابراین توجه به نتایج فردی و اجتماعی، مادی و معنوی اجرای مجازات یکی دیگر از ابعاد دیدگاه اسلام در

مورد مجازات‌هاست. این بعد از فلسفه‌ی مجازات در اسلام را می‌توان در فقرات زیر مشاهده کرد:

۴-۱. دنیوی بودن کیفر جرایم

اسلام برای تحقق آثار و نتایج مجازات در فرد و اجتماع، مجازات را فقط موکول به آخرت نکرده است. بلکه بر اجرای آن در این دنیا تأکید کرده است تا آثار آن شامل فرد و جامعه شود.

۴-۲. توجه به مصالح اجتماعی در جرم‌انگاری

نظام کیفری اسلام علاوه بر مصالح فرد، توجه خاصی به هنجارهای اجتماعی دارد و از آن‌ها در برابر هنجارشکنان حمایت می‌کند. یکی از شیوه‌های حمایتی اسلام، حمایت کیفری است. التفات اسلام به هنجارها و مصالح اجتماعی را می‌توان در حوزه‌ی مجازات‌های حدی و قصاص به وضوح مشاهده نمود.

۴-۳. موضوعیت نداشتن اعمال کیفر

وجود دو نهاد عفو و توبه در نظام کیفری اسلام نشان می‌دهد اجرای مجازات موضوعیت نداشته و چنانچه اهداف آن از راه‌های دیگری تامین شود اصراری برای اجرای مجازات وجود نخواهد داشت.

۴-۴. ممنوعیت اجرای مجازات در صورت داشتن مفسده

یکی دیگر از مواردی که به آثار و نتایج مجازات‌ها نظر دارد ممنوعیت اجرای مجازات در صورت داشتن مفسده است. از دیدگاه اسلام اگر مفسده‌ی مترتب

بر اجرای مجازات بر مصالح آن بچربد، اجرای مجازات فاقد مشروعیت است. به عنوان نمونه از دیدگاه فقهی اجرای مجازات بر مجرمین مسلمان در سرزمین غیر اسلامی ممنوع است. علت این ممنوعیت مفسده‌ی احتمال پیوستن مجرم مسلمان به کفار است.

۵. اجرای علنی مجازات

در برخی موارد اسلام توصیه به اجرای علنی مجازات نموده است. هدف از اجرای علنی مجازات، درس عبرت گرفتن دیگران است.

به سخن دیگر بر جنبه‌ی ارعاب و بازدارندگی عام آن تأکید شده است. هر چند فقیهان علنی بودن مجازات را در جرم زنا مطرح کرده‌اند ملاک آن در سایر جرایم نیز یافت می‌شود (قیاسی و دیگران، همان، ۳۷۱ و ۳۷۲).

۵-۱. اهداف مجازات در اسلام

پیش از این اشاره شده که دیدگاه اسلام پیرامون فلسفه مجازات، دیدگاه ترکیبی و تلفیقی است؛ هم سزاگرا و گذشته‌نگر است و هم سودگرا و آینده‌نگر و به اجرای عدالت و آثار و نتایج کیفر توأمان نظر دارد. در این جستار در پی آن هستیم که حقوق کیفری اسلام با کیفر دادن و مجازات کردن به دنبال چه اهدافی است.

با بررسی و مطالعه‌ی منابع اسلامی می‌توان اهداف زیر را از کیفر و مجازات استخراج نمود:

۵-۲. پاسداشت حریم الهی

حریم الهی مناطق ممنوعه‌ای می‌باشد که حد و مرزهای آن با امر و نهی‌های خداوند تعیین شده است. این ویژگی، از تعریف واژه‌هایی همچون حرام و واجب نیز دست یافتنی است. برای نمونه، در باره حرام گفته شده است: طلب ترک فعلی که انجامش موجب عقاب شود. قرآن کریم نیز ما را به پاسداشت حریم الهی فرا می‌خواند: وَمَنْ يُعْظِمِ حُرْمَاتِ اللَّهِ فَهُوَ خَيْرٌ لَّهُ (حج؛ ۳۰)؛ هر کس مقررات خدا را بزرگ دارد، آن برای او نزد پروردگارش نیکوتر است. حرمت در آیه شریفه که مفرد واژه حرمت می‌باشد، هر آن چیزی است که نادیده انگاری آن روا نیست، بلکه پایبندی بدان بایسته است. (طباطبایی ۱۴۱۷، ۳۷۲) بزرگ شماری حرام‌های الهی یعنی: فرو نگذاشتن جایگاه آن‌ها و بی‌اعتنایی نکردن به آن‌ها. در آیه سی و دوم همین سوره نیز ما را به بزرگداشت شعایر الهی سفارش می‌کند و آن را نشانه پاکی دل‌ها بر می‌شمارد: وَمَنْ يُعْظِمِ شَعَائِرَ اللَّهِ فَإِنَّهَا مِنْ تَقْوَى الْقُلُوبِ؛ هر کس شعایر خدا را بزرگ دارد در حقیقت، آن حاکی از پاکی دل‌هاست. شعایر الهی نشانه‌هایی می‌باشند که خداوند آن‌ها را برای بندگی خود تعیین کرده است. تقوا نیز که به معنای خویشتن داری از حرام‌های خداوند و دوری‌گزینی از خشم او می‌باشد، امری معنوی و برخاسته از باطن و جان انسان‌هاست، نه پیوسته به ظاهر و پوسته رفتار. از نگاه قرآن، دست‌یابی به این مهم در سایه بزرگداشت شعایر الهی شدنی می‌باشد؛ همان که از آن به پاسداشت حریم الهی یاد کرده‌ایم.

افزون بر سفارش تشویق گونه به بزرگداشت حرام‌های الهی و پایمال نکردن آن‌ها که رویکرد آیه‌های یاد شده را تشکیل میداد، آیاتی دیگر به گونه‌ای جدی

تر به انجام این مهم فراخوانده و حتی در برخی از آن‌ها برای حریم شکنان، کیفر جاودانی دوزخ وعده داده شده است: **وَ مَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ يَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُّهِينٌ** (نساء، آیه ۱۴)؛ و هر کس از خدا و پیامبر او نافرمانی کند و از حدود مقررات او تجاوز نماید، وی را در آتشی درآورد که همواره در آن خواهد بود و برای او عذابی خفت‌آور است. (پورلیالستانی، ۱۳۸۷، ۲۰۸)

۵-۳. برقراری قسط و عدل

گرایش به عدالت و تلاش برای استقرار آن در ابعاد فردی و اجتماعی از اصول زیربنایی نظام‌های حقوقی الهی است. این اصل در بعد جزایی نمود بیش‌تری دارد؛ چرا که مستقیماً به ترمیم بی‌عدالتی‌های ناشی از ارتکاب جرم مربوط می‌شود. ارتکاب جرم از دیدگاه اسلام از یک طرف ظلم به خویشتن محسوب می‌شود، و از طرف دیگر ظلم به دیگران است؛ چرا که مجرم نوعاً با ارتکاب جرم و محروم نمودن دیگران از حق مشروع خود به منابع نامشروعی دست می‌یابد. در چنین شرایطی است که نظام کیفری اسلام برای از بین بردن بی‌عدالتی‌ها، مجازات‌هایی را تشریح کرده است تا با اجرای آن‌ها عدالت برقرار و اجرا شود. (قیاسی و دیگران، همان، ۳۷۶)

۵-۴. بازدارندگی

پیش‌گیری از ارتکاب جرم و ایجاد موانع برای جلوگیری از نزدیک شدن به زشتی‌ها و آلودگی‌های عملی و اخلاقی، بخش وسیعی از تعلیمات اسلامی را به خود اختصاص داده است. اسلام در کنار برنامه‌هایی که انگیزه‌های مجرمانه

را از بین می‌برد و انسان‌ها را از درون اصلاح می‌کند، یک عامل بازدارنده بیرونی نیز قرار داده است که اگر کسانی علی‌رغم همه برنامه‌های تربیتی اسلام باز هم به طرف جرم و نقض قوانین رفتند و حقوق دیگران را پایمال نمودند، از بیرون آن‌ها را کنترل نماید و از اعمال مجرمانه آن‌ها جلوگیری کند. این عامل بیرونی، همان مجازات‌هایی است که توسط شارع وضع گردیده و هر کدام به گونه‌ای از وقوع جرایم پیش‌تر جلوگیری می‌کنند؛ البته طبیعی است که پیش‌گیری از ارتکاب جرم، باید به گونه‌ای باشد که بتواند بر احساسات سودجویانه و مجرمانه مجرمین بالفعل و بالقوه غلبه کند و به همین دلیل رسیدن به هدف پیش‌گیری نوعاً با نوعی خشونت و ایجاد ترس همراه است که احیاناً ممکن است با بعضی دیگر از اهداف مجازات تعارض پیدا کند. رسیدن به این هدف، در مجازات‌هایی که به عنوان «حد» در سسیستم کیفری اسلام وجود دارد، نمود بیش‌تری دارد؛ از آن‌جا که جرایم مستلزم حد، نوعاً منافع و مصالح اساسی جامعه را مورد تهدید قرار می‌دهد و ارکان حیات اجتماعی را می‌لرزاند، طبعاً هدف اساسی باید جلوگیری از وقوع چنین جرایمی در جامعه باشد. از وقوع این جرایم به هر وسیله‌ای باید جلوگیری کرد و مصلحت عمومی را تأمین نمود، اگر چه ممکن است بعضی از منافع و مصالح فردی از بین برود و در واقع فرد فدای جمع شود. وجه تسمیه این مجازات‌ها به «حد» نیز بی‌تناسب با ماهیت آن‌ها نبوده است، زیرا حد در لغت به معنای «منع» نیز آمده است و حدود؛ یعنی موانع. در مجازات‌های تعزیری نیز، یکی از اهداف مهم مجازات، پیش‌گیری از وقوع جرایم است و حاکم اسلامی باید با توجه به این هدف، مجازات‌های مناسبی را برای جرایم وضع نماید؛ مثلاً در جرایمی که مجرم به

دنبال رسیدن به منافع مادی نامشروع است، وضع مجازات‌های مالی می‌تواند نقش بازدارنده مهمی ایفا نماید تا این که به مجازات حبس یا تازیانه اکتفا شود. نظام کیفری اسلام به هر دو جنبه‌ی بازدارندگی؛ یعنی بازدارندگی عام و خاص توجه دارد.

۵-۵. کفاره گناه و تهذیب مجرم

از اعتقادات دینی ما این است که هر عملی برای خود، آثاری در دنیا و آخرت و در روح و روان فرد ایجاد می‌کند و ما همواره در گرو اعمال خود هستیم. از این‌جا زاویه‌ای دیگر از اهداف مجازات روشن می‌شود که مجازات سبب تهذیب مجرم در دنیا و آخرت و پاک کردن او از آثار شوم گناه است. در نتیجه گرچه تحمل مجازات سخت است، اما در راستای نفع و سلامت معنوی مجرم می‌باشد. کسی که در دنیا مجازات گردد و سختی زودگذر دنیوی را تحمل کند، دیگر در آخرت که عذاب آن به مراتب سخت‌تر و شدیدتر است نجات پیدا می‌کند، مگر این که از کرده خود توبه نکرده باشد. امیرالمؤمنین علی (ع) در کوفه بالای منبر رفت و فرمود: گناهان بر سه گونه‌اند: گناهی که (در قیامت) بخشیده می‌شود؛ گناهی که بخشیده نمی‌شود و گناهی که برای صاحب آن، هم امید بخشش داریم و هم ترس عذاب. سپس از حضرت درخواست گردید که به تفسیر و توضیح آن‌ها پردازد و ایشان فرمود: اما گناهی که بخشیده می‌شود در باره عبدی است که - مرتکب گناه شده و خدا او را در دنیا مورد عقاب قرار می‌دهد، پس خداوند حلیم‌تر و کریم‌تر از آن است که عبدش را دوبار عقاب کند (و مجدداً او را در آخرت برای آن عمل عقاب کند). همچنین از امام باقر (ع) در باره کسی که در دنیا بر او حد جاری می‌شود سؤال کردم که آیا باز هم

در آخرت عذاب می شود؟ امام^(ع) فرمود: «خداوند کریم تر از آن است (که دوباره او را در آخرت عذاب کند). پس اجرای حد در دنیا موجب خلاصی از عذاب آخرت می شود و مجرم را تطهیر می کند. در ابواب مختلف حدود، می بینیم که در زمان پیامبر اکرم^(ص) و امیرالمؤمنین^(ع) افراد نزد حضرت می آمدند و درخواست می کردند که «طَهْرَنِي»؛ یعنی «مرا از آلودگی گناه تطهیر کن». وقتی هم امیرالمؤمنین^(ع) می خواهند حد را بر او جاری کنند، آن فرد خوشحال است و گریه شوق می کند و می گوید: «خدایا عذاب دنیا برای من از عذاب جهنم آسان تر است» (حاجی مقیمی، بی تا، ۱۲۶)

۵-۶. اصلاح و تربیت

از جمله مواردی که در اهداف مجازات، مورد تصریح قرار گرفته، نقش تربیتی مجازات است که نقش موثری در بازپروری مجرم و نیل او به درجه‌ای شایسته و همراه با سعادت دارد و نوعی تکریم مجرم است. سخت‌گیری در اثبات اغلب جرایم جنسی و تأکید بر پرده پوشی آن نشان می‌دهد که در کیفردهی به اصلاح بزهکار توجه کافی شده است. توصیه تأکید آمیز پیشوایان دین به کسانی که مرتکب زنا، لواط و مساحقه شده بودند مبنی بر این که توبه پنهانی به مراتب برتر از اقرار به گناه و تحمل کیفر است، نشان می‌دهد که در این جرایم، تأکید اصلی بر پیشیمان شدن بزهکار است. در نظام الهی که هدف، سعادت انسان و هدایت اوست، مجازات‌ها عمدتاً با هدف اصلاح بزهکاران و بازسازی آن‌ها اجرا می‌شود. از همین رو جز در مواردی که کیان جامعه آسیب ببیند، اصراری بر اجرای کیفرهای خشن نیست. همچنین سقوط کیفر یا تخفیف آن در اثر توبه

و پشیمانی بزهکار، نشانگر این است که قانون‌گذار به اصلاح بزهکار می‌اندیشد و اجرای کیفرهای ملایم و پنهانی نیز نشان از آن دارد که قانون‌گذار به باز پروری مجرم توجه بیشتری دارد. (همان) نتیجه‌گیری

نتایج مقاله

مقاله حاضر که به بررسی فلسفه مجازات در اسلام و حقوق موضوعه، پرداخته است؛ به نتایج ذیل دست یافته است:

۱. بر دو دیدگاه سزاگرایانه و سودگرایانه انتقاد و ایراد وارد است.
۲. رویکرد سزاگرایانه با تأکید بیش از اندازه بر عدالت مطلق، فلسفه‌ی اصلی مجازات را سزادادن و به کیفر رساندن مجرم می‌داند و اصرار چندانی بر اصلاح مجرم و سایر اهداف فردی و اجتماعی مجازات ندارد.
۳. مکتب اصالت فایده و رویکرد سودگرایانه بیشتر ناظر به آینده است و به دنبال آثار و نتایج و سود حاصل از مجازات است و دغدغه‌ی چندانی برای اجرای عدالت ندارد و حتا حاضر است در صورت بی‌فایده بودن مجازات، اجرای عدالت را ترک کند.
۴. فلسفه‌ی مجازات در اسلام علاوه بر توجه به عدالت به عنوان یک اصل پایه‌ای و زیربنایی در کلیه احکام و مقررات اسلامی به اهداف فردی و اجتماعی مجازات نیز اهتمام دارد و به دنبال تأمین آن‌ها نیز می‌باشد.

منابع و مأخذ

قرآن کریم

۱. ابراهیم پورلیالستانی. ۱۳۸۷. اهداف و مبانی مجازات، موسسه بوستان کتاب، قم، چاپ اول.
۲. ابن منظور. ۱۴۱۴. لسان العرب، بیروت، دار الصادر، چاپ سوم.
۳. جمعی از نویسندگان. ۱۳۸۵. تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزا، قم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول.
۴. حاجی ده آبادی، احمد. ۱۳۸۷. قواعد فقه جزایی، قم، حوزه و دانشگاه، اول.
۵. حاجی مقیمی، ابوالقاسم، فلسفه مجازات در اسلام، مجله‌ی فقه اهل البیت، شماره ۵۱.
۶. حسینی، سید محمد. ۱۳۹۰. سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، تهران، سمت، چاپ دوم.
۷. حکمت نیا، محمود، مقاله‌ی فلسفه‌ی حقوق، سایت موسسه حکمت اسلامی.
۸. خویی، ابوالقاسم. ۱۴۲۲. مبانی تکملة المنهاج، موسسه احیاء الآثار الامام الخویی، قم، چاپ اول، ج ۲.
۹. طباطبایی، محمد حسین. ۱۴۱۷. المیزان فی تفسیر القرآن، موسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، ج ۱۹.
۱۰. ظفری، محمد رضا. ۱۳۷۷. مبانی عدالت در حقوق جزای اسلام، تهران، امیر کبیر.
۱۱. فیومی، احمد بن محمد. بی تا. مصباح المنیر، منشورات دار الرضی، قم، چاپ اول.
۱۲. قانون مجازات اسلامی.
۱۳. قربان نیا، ناصر. ۱۳۸۰. مقاله‌ی فلسفه‌ی مجازات‌ها در حقوق کیفری اسلام، رواق اندیشه، شماره ۳.

۱۴. قربانیا. ۱۳۹۲. تقریرات درس فلسفه‌ی حقوق، مدرسه‌ی عالی تخصصی فقه، رشته‌ی فقه و حقوق قضایی.
۱۵. قیاسی، جلال الدین و دیگران. ۱۳۸۵. مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی (اسلام و حقوق موضوعه)، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم، ج ۱.
۱۶. گلدوزیان، ایرج. ۱۳۸۴. بایسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، چاپ دوازدهم.
۱۷. گلدوزیان، ایرج. ۱۳۹۱. بایسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، چاپ دوازدهم.
۱۸. محمد علی حاجی ده آبادی. ۱۳۹۲. تقریرات درس کیفرشناسی استاد مدرسه عالی تخصصی فقه، گروه فقه و حقوق قضایی.
۱۹. مظلومان، رضا. ۱۳۵۵. جرم شناسی، تهران، دانشگاه ملی ایران، چاپ اول، ج ۲.
۲۰. مکارم شیرازی، ناصر و دیگران. ۱۳۷۳. تفسیر نمونه، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ج ۱۹.
۲۱. موحد، محمد علی. ۱۳۸۱. در هوای حق و عدالت، تهران، نشر کارنامه، چاپ اول.
۲۲. نجفی، محمد حسن. ۱۴۰۴. جواهر الکلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ج ۴۱.
۲۳. نوربها. ۱۳۸۵. زمینه‌ی حقوق جزای عمومی، تهران، میزان.
۲۴. وزارت عدلیه، قانون جزای افغانستان.

حکم پیوند اعضا از نگاه فقه جعفری

□ عبدالعزیز بیانی

□ لیسانس حقوق و معارف اسلامی - واحد کابل

چکیده

پیوند اعضا عبارت است: از جبران کردن نقص اعضای بدن به هر سببی که به آن دچار شده باشد؛ به وسیله جاگزینی یا اتصال یک عضو مصنوعی یا طبیعی، حیوانی یا انسانی که ممکن است از بدن خودش یا دیگری تامین شود.

اهمیت تحقیق در پیوند اعضا؛ از آن جهت است آثار فقهی و حقوقی زیاد در پی دارد؛ چه موردی جایز و کدام مورد حرام است؟ خرید و فروش آن چه حکمی دارد؟ نوشتار حاضر تلاش نموده است تا با روش کتابخانه‌ای و با نگاه به منابع حقوقی و فقه جعفری، فروع و احکام فقهی و حقوقی این موضوع و همچنین مبانی آن را مورد تبیین و بررسی قرار دهد.

این تحقیق به نتایج ذیل دست یافته است:

۱. اعضای اصلی و مهم بدن انسان زنده مانند؛ قلب، کبد، چشم، دست ...

قابل پیوند نمی‌باشند.

۲. بعضی از اعضای بدن مانند اعضای که ضرر قابل اعتنا را در پی ندارند قابل پیوند هستند.

۳. آن اعضای که قابل پیوند هستند خرید و فروش آنها جایز است و ممنوعیتی وجود ندارد.

کلیدواژه‌ها

پیوند اعضا، قطع عضو، ضرر پیوند اعضا، حکم فقهی خرید و فروش اعضا. حکم ثانوی خرید و فروش اعضا.

مقدمه

از ویژگی‌های مهم جهان طبیعت، تغییر و تحول همیشگی آن است، چیزی که ما هر روز آن را در زندگی خود به خوبی مشاهده می‌کنیم؛ از آن جا که انسان جزئی از جهان طبیعت است، این تغییر و تحول را در زندگی انسان‌ها به شکل وسیع و گسترده آن حس می‌کنیم؛ چه این که در روابط اجتماعی و فردی و چه در زمینه‌های علمی، فرهنگی، اقتصادی و... هرروز مسایل و پدیده‌ی جدید در حال بروز و ظهور است. یکی از آن مسایل جدید و پدیده‌ای نو ظهور؛ در عرصه پزشکی، موضوع پیوند اعضا است که به شکل پیشرفته در حال انجام است. این یکی از دستاورد مهم علم پزشکی جدید است.

بدون شک نظام حقوقی مهم‌ترین سنگ بنای زندگی اجتماعی است که با تدوین نظام حقوقی نظام روابط اجتماعی و حقوقی و... سامان می‌یابد. آن جا که نظام حقوقی وجود ندارد، بربریت و نظام جنگل حاکم است. از این میان،

نظام حقوقی اسلام، یکی از بهترین نظام‌های حقوقی است و می‌تواند در هر عصری و نسلی، منبع عالی قانون‌گذاری باشد.

پیوند اعضا از جهات گوناگون با دانش‌های مختلف مرتبط است؛ از جمله از دیدگاه علم فقه و حقوق پرسش‌های زیادی فراروی این دستاورد علم پزشکی وجود دارد؛ به همین جهت سزاوار است موضوع از سوی صاحب نظران و محققان مورد پژوهش و کنکاش قرار گیرد.

مقاله پیش رو در پی پاسخ به این پرسش است: پیوند اعضا از نگاه فقه و حقوق اسلام چه حکمی دارد؟

این پرسش پرسش‌های فرعی ذیل را در پی دارد:

۱. آیا در مسأله پیوند، میان اعضای اصلی و غیر اصلی شخص فرقی هست

یاخیر؟

۲. فروش دو عضو اصلی و غیر اصلی از انسان زنده به به فرد دیگر چه

حکمی دارد؟

فرضیه و پاسخ ابتدایی به سوال‌های تحقیق این است که پیوند اعضا، در برخی موارد مانند؛ پیوند اعضای غیر اصلی و مهم در مواردی که موجب ضرر نگردد، شاید مانع فقهی و حقوقی نداشته باشد و در برخی موارد (مانند: پیوند اعضای اصلی)، ممکن است مانع فقهی و شرعی داشته باشد و همچنین در مواردی که پیوند جایز می‌باشد، شاید خرید و فروش آن نیز مشکلی نداشته باشد.

ضرورت تحقیق حاضر در این است که پیوند اعضا از آن دسته موضوعات و مباحث فقهی و حقوقی محسوب می‌شود که پیرامون آن کمتر تحقیق صورت گرفته است؛ زیرا در قوانین افغانستان اصلاً به آن توجه نشده و ماده قانونی که حکم این موضوع را بیان کند وجود ندارد؛ لیکن قانون اساسی افغانستان با نبود حکم قانونی در یک مسأله حل آن را به فقه محول کرده است (قانون اساسی افغانستان، مواد ۱۳۰ و ۱۳۱). همچنان در نظرات و دیدگاه‌های فقهی فقیهان و محققان پیشین نیز به این موضوع اشاره نشده است. تحقیق حاضر جهت تبیین این موضوع و رسیدن به یک نتیجه گیری منطقی، به بررسی فقهی و حقوقی مسأله پیوند اعضا پرداخته، تا بتواند برای خواننده احکام فقهی و حقوقی این موضوع را روشن سازد و اندکی از کمبود ملاحظه شده در حوزه حقوق افغانستان را برطرف سازد.

لازم به یاد است؛ تا جای که نویسنده جستجو کرده است در دو اثر به این موضوع تا حدی اشاره شده است؛ یکی در «کلمات سدیده» از محمد مؤمن قمی و «الفقه و مسایل طبیئه» اثر آیت الله محسنی. این محققان بیشتر به بیان فتوی یا دیدگاه و نظرات خود پرداخته‌اند و علاوه بر این، این دو اثر به زبان عربی تحریر یافته که برای بسیاری از دانش پژوهان قابل فهم نمی‌باشد. بنابراین لازم است این موضوع با توجه به منابع فقهی و بیان دیدگاه فقیهان به صورت منطقی و پژوهشی پرداخته شود. تحقیق حاضر تلاشی است برای تبیین این موضوع با استفاده از منابع فقهی و بیان دیدگاه و فتاوی فقهی فقهای عظام، تا بتواند در قالب جدید به روشن شدن احکام فقهی و حقوقی موضوع کمک نماید.

با توجه به اشارات فوق، نوآوری این تحقیق در دسته بندی، بررسی و تبیین با رویکرد اکادمیک و بیان حکم فقهی و حقوقی پیوند اعضای انسان به انسان دیگر به با توجه به ادله و مبانی فقهی و دیدگاه محققان می باشد.

این تحقیق به روش کتابخانه‌ای و در قالب تحلیلی-توصیفی به فرجام رسیده و در آن از منابع فقهی و قوانین موضوعه افغانستان استفاده شده است.

تحقیق حاضر هرچند که زیر مجموعه پژوهش فقهی و حقوقی قرار می گیرد؛ لکن به دلیل نقش و پیوند بینادی که دانش و منابع فقهی نسبت به حقوق و قوانین جمهوری اسلامی افغانستان دارد، روش خاص و رایج فقهی بر این پژوهش سایه افکنده است.

این تحقیق پس از مقدمه؛ ذیل چهار عنوان اصلی به تبیین مسأله پژوهش پرداخته است که عبارت‌اند از: پیوند اعضای اصلی بدن، پیوند اعضای غیر اصلی و مهم بدن، پیوند اعضای غیر مهم بدن، حکم خرید و فروش اعضای بدن به منظور پیوند.

بدون شک هر تحقیقی ممکن است مشکلات و یا کاستی‌های به خود داشته باشد؛ بنابراین، این نوشتار نیز از این امر مستثنا نمی‌باشد. از این رو؛ از خوانندگان و صاحب نظران عزیز انتظار می‌رود با تذکر سازنده خودشان عیب و کاستی این نوشته را بازگو نمایند.

۱. تبیین مفاهیم

۱-۱. پیوند

در متون پزشکی تا جای که اطلاع دارم پیوند عضو تعریف نشده است، شاید بتوان عمل پیوند را این گونه تعریف کرد: جبران نقص جزئی یا کلی کارکرد هریک از اعضای بدن انسان به وسیله جایگزینی یا اتصال یک عضو مصنوعی یا طبیعی یک حیوان یا انسانی، که ممکن است از بدن خودش یا دیگری تامین شود.

۱-۲. اعضا

اعضا جمع عضو است؛ در تعریف عضو یا اندام گفته‌اند: یکی از واحدهای ساختمانی بدن که نقش‌های ویژه‌ای را به عهده دارد (هوشمند، بی‌تا، ۹۲۱). بعضی از اعضای بدن انسان در صورت کم شدن حجم آن‌ها مانند؛ خون، استخوان، گوشت، و... قابل ترمیم می‌باشند و این ترمیم توسط خود بدن انجام می‌گیرد؛ اما بعضی دیگر از اعضای بدن مانند قلب، کلیه و.. در صورتی که آسیب ببینند یا از بین بروند، دیگر توسط خود بدن باز سازی نمی‌شود؛ تنها راه علاج، تدارک آن از خارج است.

برداشت عضو از بدن انسان زنده چند صورت دارد؛ زیرا گاهی حیات وی بستگی به آن دارد؛ مانند؛ قلب و دیگر اعضای اصلی بدن و گاهی حیات شخص به آن بستگی ندارد؛ لیکن از اعضای مهم بدن می‌باشد مانند؛ چشم، دست، پا و مانند آن‌ها و گاهی نیز از اعضای غیرمهم می‌باشند مانند؛ برداشتن قطعه‌ی پوست و گوشت از بدن که دو باره می‌روید و همچنان مانند؛ خون. در هر یک

از موارد یاد شده، جدا کردن عضو یا همراه با غرض عقلایی است یا بدون غرض عقلایی؛ لازم است این موارد ازهم تفکیک گردد و به حکم هر کدام جداگانه پرداخته شود.

۲. بررسی برداشتن عضو اصلی برای پیوند

بی‌گمان اگر برداشت عضو، هلاکت و نابودی انسان را در پی داشته باشد، برداشت آن جایز نبوده و حرام است. در این حکم میان رضایت و عدم رضایت صاحب عضو تفاوتی نیست و نیز تفاوت نمی‌کند که جدا کردن همراه با غرض عقلایی باشد یا نباشد؛ برای این که این کار مصداق خودکشی و القای خود در مهلکه است. ادله عقلی و نقلی دلالت دارد که خودکشی افزون بر حرمت، از گناهان کبیره است و عذاب همیشگی را در پی دارد؛ آیات و روایات زیادی در این مورد وارد شد است. از جمله به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

۱. آیات. یکی از آیات که بر حرام بودن خودکشی مورد استناد قرار گرفته است، آیه ۱۹۵ از سوره بقره است؛ خداوند می‌فرماید: «بادستان تان خویشتن رابه مهلکه نیافگنید». دلالت این آیه بر حرمت خودکشی و دیگرکشی روشن و فراگیر است؛ بنابر این؛ قطع عضوی که موجب نابودی شود حرام است. هم بر خود شخص و هم بر دیگران. همچنان شاهد این مدعا روایاتی است که برای لزوم اجتناب از کارهایی که موجب هلاک و نابودی می‌شود به این آیه استشهاد و تمسک کرده‌اند؛ از جمله امام رضا (ع) می‌فرماید:

خداوندا! از آن رو ولایت عهدی را پذیرا شدم که مرا از القای در هلاکت نهی کرده‌ای و چون اکراه و مضطر شده‌ام که اگر نپذیرم کشته می‌شوم آن را می‌پذیرم».^۲ (صدوق ۱۳۸۷، ۱۹)

همچنان؛ روایات بسیاری از طریق اهل سنت رسیده است که بر حرمت خودکشی و دیگرکشی به این آیه استدلال شده است. (زحیلی ۱۴۱۸، ۳۲)

آیه دیگری که بر ممنوعیت و حرمت خودکشی دلالت دارد؛ آیه بیست و نهم از سوره نساء است که خداوند می‌فرماید: «خودتان را مکشید؛ خداوند به شما رحیم است».^۳ این آیه نیز در حرمت خودکشی و دیگرکشی و هرکاری که موجب نابودی انسان شود، اطلاق دارد و فراگیر است.

۲. روایات. در منابع، روایات زیادی بر حرام بودن خودکشی دلالت دارد از جمله به ذکر یکی از آنها، بسنده می‌شود؛ در صحیح حنط ا زامام صادق (ع) چنین آمده است؛ « هر کس عمداً خودکشی کند همیشه در آتش جهنم خواهد بود.»^۴ (حرعاملی ۱۴۰۹، ج ۲۹، ۲۴).

دلالت این روایت بر مدعا روشن است؛ زیرا اگر شخص با قطع و برداشتن عضوی بمیرد، اگر چه این مردن را مستند به کسی که آن را قطع کرده می‌دانند، اما با رضایت دادن شخص به قطع عضو خود، مرگ به او نیز مستند خواهد بود. حرمت خودکشی و دیگرکشی، افزون بر آیات و روایات، از نگاه خردمندان کاری قبیح و نارواست. این قبح از موارد مستقلات عقلی به شمار می‌آید. از این رو به اقتضای قاعده ملازمه عقلیه «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع» هر چیزی که عقل به آن حکم کند شرع نیز به آن حکم می‌کند. این حکم عقلی مورد تأیید و امضای شارع مقدس است و آیات و روایات در این مورد، به

همین حکم عقلی ارشاد دارد البته ممکن است در برخی از مصادیق خودکشی میان عرف عقلا و شرع مقدس اختلاف نظر باشد که در این صورت ما تابع دلیل شرعی خواهیم بود.

بنابراین برداشت اعضای اصلی و آن چه مرگ دفعی یا تدریجی انسان را در پی داشته باشد و فراهم کند، جایز نیست. در این حکم تفاوت نیست؛ میان بالغ و نا بالغ، عاقل و مجنون و نیز میان این که حفظ جان دیگری بر آن متوقف باشد یا نباشد.

۳. بررسی برداشتن عضوی مهم غیر اصلی

اگر قطع عضو برای پیوند، سبب مرگ و فوت شخص نشود و تنها نقص و ضرر جسمی شخص را در پی داشته باشد؛ آیا در این صورت نیز جدا کردن عضو، حرام است یا خیر؟ در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

۳-۱. بررسی دیدگاه حرمت

آنچه بر حرمت آن استدلال شده یا ممکن است استدلال شود، عبارتند از:

۳-۲. استدلال بر حرمت ضرر رساندن به نفس

برداشتن عضو از بدن، اضرار به نفس است؛ به همین سبب این کار حرام است؛ بنابراین، قطع عضو حرام می‌باشد. این گزاره یک استدلال منطقی است؛ دارای مقدمه و نتیجه. با صحیح بودن مقدمات؛ نتیجه آن قابل انکار نیست. در این استدلال مقدمه نخست (برداشتن عضو موجب اضرار بر نفس و جسم است)

یک امر وجدانی و بدیهی است؛ تنها کبرای کلی (حرمت اضرار به نفس) است که به بررسی و اثبات نیاز دارد.

۳-۲-۱. مفهوم «ضرر» از نگاه لغت

در کتاب‌های فرهنگ برای ماده «ضرر» معانی زیادی نقل شده است. از جمله؛ نقص، تنگنا، بدحالی، زیان، مقابل نفع و... (عمید ۱۳۸۱ ش، ۱۶۴۸) بی گمان بسیاری از معناهایی که در کتاب‌های فرهنگ ذکر شده است، معنای ضرر نیست. بلکه مصداق‌هایی از معنای ضرر است. مصداق با مفهوم خلط شده و به عنوان معنا ذکر شده است. چه این که خلط مصداق با مفهوم، از دشواری‌های فهم معنای لغت است و موجب بسیاری از لغزش‌ها می‌شود.

به نظر می‌رسد معنای ضرر، نقص است و دیگر موارد ذکر شده مصداق آن به شمار می‌آید. نقص مفهومی گسترده دارد و شامل هر چیزی می‌شود که قابلیت کامل بودن را دارد ولی کامل نیست. به عنوان نمونه؛ نقص در اعیان خارجی مرکب، مواردی مانند؛ نقص در جزء و عضو است و نقص در امور اعتباری همانند؛ رعایت نکردن حقوق شخصی است که شأنش رعایت آن است. برخی لغت شناسان نیز ضرر را به مفهوم نقص دانسته‌اند؛ از جمله خلیل فراهیدی که از اولین مؤلفان کتاب لغت به شمار می‌آید، بر این باور است که ماده ضرر؛ یک مفهوم بیشتر ندارد و آن عبارت است از نقصی که بر شیء وارد می‌شود. او می‌نویسد:

«ضرر نقصی است که بر شیء وارد می‌شود، مثلاً می‌گویی: ضرر در مال او وارد شد». (فراهیدی ۱۴۱۰، ۶)

ابن اثیر نیز ماده ضرر را به معنای نقص دانسته است:

«ضرر ضدنفع ... پس معنی قول پیامبر(ص) که فرمود "لاضرر ولاضرار" این است که شخصی به برادرش ضرر نزند تا چیزی از حق او را نقص کند.^۵ (ابن اثیر، بی تا، ۸۱)

بنابر این مفهوم ضرر همان نقص است و اگر کسانی معنای ضرر را ضد نفع دانسته‌اند، به آن جهت است که نبود نفع در مواردی که شایستگی نفع دارد، نقص به شمار می‌آید.

۳-۲-۲. حکم ضرر از دیدگاه فقها

فقها اضرار به نفس را جداگانه بحث نکرده‌اند؛ لیکن از لابه‌لای کلمات آن‌ها در ابواب گوناگون فقه، آرا و دیدگاه آن‌ها به دست می‌آید. شیخ طوسی در بیان این‌که پوست مردار با دباغی پاک نمی‌شود و خوردن آن تنها از روی ناچاری و ضرورت جایز است، می‌نویسد:

«حکم خوردن مردار از روی ترس از جان به نظر گروهی واجب است و همین نظر صحیح است زیرا دفع و جلوگیری از ضرر به حکم عقل واجب است.» (طوسی ۱۳۸۷، ۲۸۵)

ابن ادريس همانند شیخ طوسی، خوردن اشیای مردار را به دلیل وجوب دفع ضرر واجب دانسته و گفته:

«هرگاه انسان ناچار به خوردن مردار شود خوردن بر او واجب است و نخوردن جایز نیست؛ دلیل ما وجوب جلوگیری از ضرر از نظر عقل است.» (ابن ادريس ۱۴۱۰، ۱۲۵)

ابن حمزه نیز سم‌های کشنده و مضر را، از جمله‌ی حرام‌ها دانسته است. او می‌نویسد:

«خوردنی‌های حرام دو قسم است: در قسم اول حرمت به عین آن‌ها تعلق می‌گیرد... سم‌های کشنده از جمله آن‌ها است». (ابن حمزه ۱۴۰۸، ۳۶۳)

علامه حلی در کتاب قواعد می‌نویسد:

«پنجم از محرّمات، سم‌های کشنده است چه کم و چه زیاد... و آن چه خوف ضرر در آن هست». (علامه حلی ۱۴۱۳، ۱۷۵)

صاحب جواهر همانند علامه حلی تصریح می‌کند:

هر چیزی که احتمال ضرر در آن باشد حرام است. در هر صورت هر چیزی که در آن ضرر قابل اعتنا وجود دارد حرام است چه علم به آن باشد یا گمان. (نجفی ۱۴۰۴، ۳۷)

آن چه ملاحظه شد دیدگاه‌های برخی از فقیهان در باره حرمت اضرار به نفس است. از دقت در عبارات و دیدگاه فقیهان استفاده می‌شود که ضرر رساندن به خویش فی‌الجمله حرام است و عبارات‌های فقها از این جهت مختلف است. برخی بر این مدعا تصریح کرده‌اند؛ مانند علامه حلی و صاحب جواهر، و برخی دیگر به وجوب جلوگیری از ضرر تصریح کرده‌اند و برخی دیگر خوردن سم کشنده را حرام دانسته‌اند. روشن است که ضررهای کم‌تر از قتل نفس نیز مقصود است، زیرا تصریح کرده‌اند که خوردن سم کمی که زیادش کشنده است نیز حرام است. از سوی دیگر هر چند این کلمات در مورد سم است؛ لیکن متفاهم عرفی این است که سم خصوصیتی ندارد؛ بلکه ملاک هر چیزی است

که موجب اضرار به خویش باشد اعم از این که به هلاکت انجامد و یا سبب وارد شدن ضرر عقلایی و غیرقابل تحمل شود.

۳-۲-۳. ادله فقهی حرمت ضرر رساندن به خویش

بعد از بیان دیدگاه فقها بهتر است که به بررسی و نقد برخی از ادله حرمت ضرر رساندن به نفس در این جا پرداخته شود:

۳-۲-۳-۱. قاعده لا ضرر

این قاعده در منابع فقه اسلامی با دو عبارت وجود دارد: «لا ضرر و لا ضرار» و «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام». آن چه که در اغلب منابع فقهی وارد شده، شکل اول است. مدرک این قاعده روایات است؛ از جمله در موثقه زراره آمده است:

سمره بن جندب برای سرکشی به درختش به خانه یکی از صحابه رفت و آمدهای آزار دهنده‌ای داشت. صاحب خانه از سمره به رسول خدا^(ص) شکایت کرد. پس از پیشنهاد رسول خدا^(ص) بر اجازه گرفتن برای ورود به خانه یا فروش آن به قیمت بالاتر و نپذیرفتن سمره، حضرت دستور داد صحابی درخت را بکند و فرمود: فانه لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام (ضرر زدن نه بر خود جایز است و نه بر دیگران). (کلینی، بی تا، ۲۹۳)

این روایت از لحاظ سند **نیست** معتبر بوده و کسی اشکال نکرده است. افزون بر آن، روایات دیگری به این مضمون وارد شده است. افزون بر آن، روایات دیگری به این مضمون وارد شده است. بنابراین؛ شاید ادعای استفاضه دور از حقیقت نباشد (خوبی الف، ۱۴۲۲، ۵۱۸). در هر صورت از نظر سند اشکالی

ندارد. ولی در دلالت آن، مباحث فراوانی مطرح شده است و بسیاری از فقها درباره آن رساله‌ای مستقل تالیف کرده‌اند و در سراسر فقه بهره‌های زیادی از آن برده‌اند.

۳-۲-۳-۱-۱-۱. مبانی و آرای فقها در قاعده لاضرر

فقها از این روایات و قاعده مستفاد از آن‌ها برداشت‌های مختلفی کرده‌اند. نقد و بررسی هر یک از این مبانی و بررسی پی‌آمدها و آثار آن‌ها از حوصله این نوشتار خارج است. در خور توجه این‌که بر اساس برخی از مبانی، قاعده لاضرر هیچ ربطی به حرمت اضرار به خویش ندارد. بر اساس بعضی از مبانی، این روایت با دلالت التزامی، بر مدعا دلالت دارد؛ زیرا نفی احکام ضرری از سوی شارع با جواز اضرار از نظر عرف و عقلا، قابل جمع نیست. از این‌رو؛ شیخ انصاری با این‌که مدلول قاعده را نفی حکم ضرری دانسته است، اما می‌نگارد:

«فقها در استدلال به قاعده لاضرر میان اضرار به خویش و اضرار به غیر فرق نگذاشته‌اند». (انصاری، الف ۱۴۱۴، ۱۱۵)

به هر صورت استدلال به این قاعده برای حرمت ضرر رساندن شخص به خودش تمام است؛ زیرا فرمایش پیامبر (ص): «فإنه لاضرر و لا اضرار» تعلیل است و تعلیل عمومیت دارد و تنها مخصوص مورد خاص نیست و مقتضای عمومیت، نفی هر سبب موجب ضرر است. به این بیان که نفی، به ضرر تعلق گرفته و می‌فهماند که ضرر در اسلام نفی شده، پس اگر ضرر - که معلول است - نفی شده، تمام عوامل به وجود آورنده آن نیز در اسلام نفی شده و حرام است؛ خواه آن علت، حکم تکلیفی باشد یا وضعی.

۳-۲-۳. روایت عذافر

یکی دیگر از دلایلی که برای حرمت اضرار به نفس استتلال شده است، روایت محمد بن عذافر است که امام صادق^(ع) در پاسخ این پرسش که چرا خداوند خمر، مردار، خون و گوشت خوک را حرام کرده است، می‌فرماید:

«خداوند این امور را بر بندگانش از روی بی‌رغبتی خود حرام نکرده و آن چه را حلال کرده از روی دلبستگی خویش نبوده است؛ بلکه خداوند مخلوقات را آفرید و دانست قوام بدن‌های آنها و مصلحت آنان به چیست. پس آنها را برای‌شان از روی تفضل مباح کرد و دانست چه چیزهایی به آنان ضرر می‌رساند؛ پس آنان را بر حذر داشت و بر آنان حرام کرد».^۶ (حرعاملی ۱۴۰۹، ج ۲۴، ۹۹)

تقریب استتلال: امام^(ع) ملاک و علت محرّمات را ضرر و زیان دانسته است. از جمله امام^(ع) که فرمود: «و دانست چه چیزهای به آنان ضرر می‌رساند؛ پس آنان را بر حذر داشت و بر آنان حرام کرد». کبرای کلی استفاده می‌شود که هر چیز مضرّ به بدن، از نظر شارع مقدس حرام است؛ بنابراین، نتیجه می‌گیریم که ضرر رساندن به خویش نیز مبعوض و حرام است؛ زیرا اگر نگوییم مدلول مطابقی و مستقیم این‌گونه روایات، حرمت اضرار به نفس است؛ دست‌کم مدلول التزامی آنها حرمت ضرر رسانی به نفس خواهد بود.

نقد و بررسی: این روایت هرچند که بر مدعا دلالت دارد و لیکن از جهت سند ناتمام است، و این روایت به سندهای مختلف نقل شده که همه آن ضعیف است. چون در سند نقل شیخ صدوق، شخصی به نام عذافر است که توثیق نشده و در سند کافی سهل بن زیاد است که او نیز ضعیف است، به علاوه آن که مرسل نیز می‌باشد.

۳-۲-۳. روایات ابواب عبادات

یکی از دلیل‌های حرمت و ممنوعیت ضرر رساندن به خویش؛ آیات و روایاتی است، که دلالت دارد بر این که اگر عبادت یا مقدمه عبادت برای بدن ضرر داشته باشد، در برخی از موارد تکلیف ساقط می‌شود؛ مانند کسی که مریض است، وضو گرفتن و یا غسل کردن، تبدیل به تیمم می‌شود و یا روزه داشتن حرام است چنان‌که در روایتی از حضرت امام رضا(ع) چنین نقل شده است:

«امام رضا(ع) در پاسخ پرسش از مردی که جنب شود و در بدنش دمل یا جراحت و ترسی از سرما دارد می‌فرماید: به جای غسل باید تیمم کند.»^۷ (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۳، ۹۹)

تقریب استدلال: در این روایت، شخص جنب از غسل کردن نهی شده است و اگر اضرار به نفس حرام نباشد چرا تیمم واجب و غسل ممنوع شده است؟ پس این گونه روایات به دلالت التزامی، دلالت دارند که اضرار به نفس حرام است. شاهد بر ادعا این است که فقها فتوا به بطلان غسل و وضوی کسی داده‌اند که برای او وضو و غسل ضرر دارد. همچنین در مورد کسی که روزه بر او ضرر داشته اما روزه گرفته است، فتوا به بطلان روزه داده‌اند. اگر روزه ضرری یا غسل و وضوی ضرری مبعوض و حرام نباشد چرا باطل باشد. این گونه روایات، که در ابواب مختلف عبادات وارد شده است، به دلالت التزامی و مناسبت حکم و موضوع دلالت دارند که عمل عبادی که موجب ضرر است افزون بر عدم وجوب، مبعوض شارع نیز هست و عمل مبعوض شارع، مسلماً حرام است و گرنه بطلان یا نفرین رسول خدا(ص) توجیه پذیر نیست؛ به ویژه آن که براساس پاره‌ای از روایات، عمل عبادی اگر موجب ضرر باشد نه تنها

واجب نیست؛ بلکه ترک آن واجب است؛ از جمله بنابه روایت شیخ صدوق که در آن آمده: «بر هر کسی که روزه ضرر داشته باشد افطار واجب است»^۸ (حرعاملی ۱۴۰۹، ج ۱۰، ۲۱۹). این روایت، به روشنی دلالت دارد که اگر روزه موجب ضرر به بدن باشد، نه تنها واجب نیست؛ بلکه حرام است. این حکم، نشان دهنده این است که اضرار به خویش از نظر شارع جایز نیست.

نقد و بررسی: استدلال به این گونه روایات بر حرمت اضرار به نفس، ناتمام است؛ زیرا احتمال دارد جهت بطلان غسل یا وضو یا روزه ضرری، آن باشد که شارع آن را نخواست و به آن‌ها امر نکرده است. پس از آن جهت که این عبادت‌ها امر ندارد باطل‌اند، نه از آن جهت که ضرر در آن‌ها مورد نهی شارع است و نهی در عبادت، موجب فساد است؛ لیکن دلالت روایت شیخ صدوق می‌تواند بر مدعا تمام باشد؛ زیرا مفاد آن چنین است که در حال ضرر، نه تنها روزه باطل است؛ بلکه افطار و غذا خوردن نیز واجب شده است. این روایت، می‌فهماند که ضرر رساندن حرام است و برای جلوگیری از آن افطار واجب شده است؛ لیکن اشکال در سند روایت است که مرسل است. مگر بر مبنای کسانی که میان نقل‌های صدوق به صورت «قال الصادق» با «عن الصادق» فرق قائل‌اند. که در فرض نخست آن را معتبر می‌دانند و در این روایت هم با تعبیر «قال» نقل شده است.

پیوند اعضا از نگاه فقه پیغمبری / عبدالعزیز بیانی

۳-۲-۳-۴. حکم عقل

۱۳۷

بی‌گمان عقل سلیم، ضرر زدن بر خویش را روا نمی‌داند و آن را ناپسند می‌شمارد و هر چیزی را که عقل قبیح بداند، به حکم قاعده ملازمه بین حکم

عقل و حکم شرع «هر چیزی که عقل به آن حکم کند شرع نیز به آن حکم می‌کند»^۹ از نظر شارع نیز قبیح و حرام خواهد بود.

باید گفت: این که این دلیل فی الجمله صحیح است تردیدی وجود ندارد؛ ولی نمی‌توان به کلیت آن تمسک کرد؛ زیرا تحمل ضررهای کم یا ضررهای زیادی که به انگیزه عقلایی و انسانی باشد از نظر عقل یا قبیح نیست و اگر قبیح باشد از نظر شرع حرام نیست.

نتیجه سخن تا این جا: از مجموع ادله‌ی که به عنوان حرمت اضرار به نفس اقامه شد، حرمت ضرر رساندن بر نفس به طور قطع فی الجمله استفاده می‌شود. بنابراین، با استناد به ادله مذکور در مسأله‌ی برداشت عضو از انسان زنده به منظور پیوند به انسان دیگر، اگر به نقص عضو دهنده عضو منجر شود، اقدام به برداشت عضو جایز نیست. اگرچه انسان به حکم اولی که «انسان‌ها بر خود و اموال خود مسلط‌اند»^{۱۰} می‌تواند در تمام اعضای خود هرگونه تصرف کند و حق برداشت عضو را بدهد؛ لیکن چون چنین تصرف و تسلطی معنون به عنوان ضرر می‌شود لذا با قاعده لاضرر این نوع تصرف و تسلط رفع می‌شود و نیز برای جراح طبق این قاعده و حرمت ضرر رساندن به غیر، انجام برداشت عضو جایز نمی‌باشد؛ همچنان قطع عضو به انگیزه مالی جایز نیست مانند؛ کسی که حقوق الله و حقوق الناس بدهکار است که باید بپردازد؛ اما ادای آن حقوق برای او تنها با قطع عضو ممکن است؛ زیرا پرداخت حقوق الناس و حقوق الله به صورت متعارف و معمول واجب است و این شخص به نحو متعارف عاجز است؛ لذا برداشت عضو که موجب ضرر شود به این هدف لازم نمی‌باشد. البته

برخی فقها مانند آیه الله خوئی حرمت اضرار به نفس را رد می‌کند، با آن هم اضرار به نفس، که هلاکت و قطع اعضا را در پی داشته باشد نمی‌پذیرد.

۳-۲-۳-۵. حکم برداشتن عضو به هدف عقلایی

اگر در برداشتن اعضا، غرض عقلایی وجود داشته باشد که بر حرمت ضرر غلبه پیدا کند به گونه‌ای که عرفاً ضرر محسوب نگردد، برداشتن عضو، حرام نخواهد بود. یعنی قطع عضوی که به غرض عقلایی-دنیوی یا اخروی- باشد به گونه‌ای که نفع آن بر ضرر می‌چربد بی‌تردید با توجه به آن غرض عقلایی، ضرر یا صادق نیست و اگر هم صادق باشد شارع آن را حرام نمی‌شمارد؛ مثلاً فقها در رابطه به بیماری که نیاز حیاتی به عضو دارد، به واسطه از کار افتادن هر دو کلیه در آستانه مرگ حتمی قرار گرفته است نجات او عقلاً و شرعاً واجب است و این کار با توجه به غرض عقلایی آن، مهم‌تر از حرمت اضرار به نفس می‌باشد؛ در نتیجه، برداشتن یک کلیه را برای نجات بیمار از مرگ جایز و یا حتا واجب می‌دانند. (فیاض ۱۳۹۲ش، ۲۵؛ مکارم شیرازی ۱۴۲۹، ۱۲۲)

باید توجه داشت ترجیح اهم بر مهم در موارد تراحم یک اصلی عقلایی است، تمام انسان‌ها و جوامع آن را مورد توجه و عمل قرار می‌دهند، لیکن در مورد برداشت یک کلیه به منظور پیوند؛ دو نکته در خور دقت است:

۱ - حفظ نفس و یا نجات یک انسان عقلاً و شرعاً لازم است؛ اما ممکن

شخصی دیگر.

۲ - ممکن است شخص اهدا کننده کلیه، در آینده دچار امراض و عوارضی شود این کلیه خودش را از دست بدهد و زندگی او را به نابودی بکشاند و با این احتمال که یک احتمال عقلایی می باشد حکم به وجوب و یا جواز برداشت کلیه، مشکل خواهد بود.

۳-۲-۳-۶. تغییر در خلقت الهی

از جمله ادله‌ای حرمت قطع عضو غیر اصلی از شخص زنده، حرمت تغییر خلقت و هیأتی است که خداوند انسان‌ها را با آن هیأت و شکل خلق کرده است، برای آن که چنین کاری در قرآن مبعوض شارع و مطلوب شیطان شمرده است:

هر آینه آنان را گمراه می‌کنم و در دلشان آرزوهای باطل می‌افکنم و آنان را فرمان دهم تا گوش‌های چهار پایانشان را بشکافند و آنان را فرمان دهم تا آفریده خداوند را دگرگون سازند. هر کس شیطان را به جای خدا دوست و کارساز گیرد به راستی زیانی آشکار کرده است.^{۱۱} (نساء / ۱۱۹)

بیان استدلال: در آیه فوق، تغییر در خلقت خداوند از خواسته شیطان تلقی شده است و از سوی دیگر آن چه مورد امر و خواست شیطان باشد مورد نهی و مبعوض شارع است. بنابر این تغییر خلقت و هیأت مخلوق الهی مبعوض و مورد نهی شارع مقدس است. در نتیجه هر آن چه که مبعوض شارع باشد حرام است.

نقد و بررسی: استدلال به این آیه ناتمام است؛ زیرا مقصود آیه از تغییر خلقت مورد خواست شیطان، مفهوم لغوی آن که شامل هر نوع بریدن، تغییر

شکل و هیأت ظاهری در خلقت حتا با انگیزه‌های عقلایی باشد، نیست؛ بلکه مقصود، تغییر فطرت است که خمیرمایه و گوهر هستی انسان‌هاست؛ چه این که اگر مقصود، تغییر شکل و هیأت ظاهری باشد باید بگوییم هرگونه تغییر و تحول در مخلوقات الهی حرام است. آیا کسی می‌تواند بپذیرد تغییر و تحول در طبیعت، جنگل یا معالجه انسان‌ها و... که به تغییر شکل منجر می‌شود حرام است؟ شاهد بر این مدعا، فهم بسیاری از مفسران شیعه و سنی، از جمله علامه طباطبائی است. ایشان می‌نویسد:

بعید نیست که مراد از تغییر خلقت خدای تعالی خروج از حکم فطرت و ترک دین حنیف باشد آن دینی که خدای تعالی در باره آن فرموده: «پس روی خویش را به سوی دین یکتاپرستی فرادار؛ در حالی که از همه کیش‌ها روی برتافته و حق‌گرا باش به همان فطرتی که خدا مردم را بر آن آفریده است. آفرینش خدا (فطرت توحیدی) را دگرگونی نیست. این است دین راست و استوار؛ ولی بیشتر مردم نمی‌دانند. (طباطبائی ۱۴۱۷، ۸۵)

نویسنده تفسیر المنیر در ذیل همین آیه می‌نویسد:

«گروهی از مفسران گفته‌اند: تغییر خلقت عبارت است از تغییر دین خدا؛ زیرا خداوند می‌گوید: «فاقم...» و نیز در روایت صحیح آمده است: هر انسانی با فطرت (توحیدی) به دنیا می‌آید؛ جز این که پدر و مادرش او را یهودی یا نصرانی یا مجوسی می‌کنند». (زحیلی ۱۴۱۸، ۲۷۷)

بسیاری از مفسران دیگر نیز بر این معنا تصریح کرده‌اند. پس مقصود از تغییر خلقت مورد خواست و امر شیطان، تغییر دین و فطرت خدا جوی انسان‌ها است نه تغییر شکل ظاهری انسان‌ها.

بنابراین دلیل دوم بر حرمت قطع عضوی که موجب نابودی و هلاکت انسان نگردد دلالت ندارد.

۳-۲-۳-۷. حرمت هتک و خوار کردن مومن

یکی از دلیل‌های که برای جایز نبودن قطع اعضای انسان در حال حیات، به آن استدلال شده است برخی آیات و روایاتی است که دلالت بر کرامت و احترام انسان در حال حیات و پس از مرگ دارند و چون قطع عضو بدن انسان سبب خواری، موجب هتک و بی‌احترامی به او می‌شود؛ پس قطع عضو جایز نخواهد بود. همچنین در فقه اسلامی، احترام مسلمان موضوع احکام ویژه است؛ از جمله بی‌حرمتی به او از نظر تکلیفی حرام و از نظر وضعی در بعضی موارد (اگر همراه با قطع عضو باشد)، دیه دارد.

احادیث و روایات زیادی به این مطلب دلالت دارد، که مسلمان حق ندارد کاری انجام دهد که موجب خواری و ذلت خودش می‌شود؛ همان گونه که دیگران نسبت به او این حق را ندارند؛ روایات به این مضمون زیاد است از جمله به برخی از این روایات اشاره می‌شود:

۱- روایت معلی بن خنیس از امام صادق (ع) است که آن حضرت از رسول خدا (ص) نقل می‌کند: «خداوند می‌فرماید: من طرف جنگ کسی هستم که بنده مؤمنم را خوار و ذلیل کند».^{۱۲} (حرعاملی ۱۴۰۹، ج ۱۲، ۲۷۲)

۲- روایت ابی بصیر از امام صادق (ع): «خداوند تمام کارهای مؤمن را به او وا گذاشته، جز کارهای که موجب ذلت و خواری او گردد».^{۱۳} (حرعاملی ۱۴۰۹، ج ۱۶، ۱۵۶)

۳- روایت سماعه از امام صادق (ع): «خداوند تمام کارهای مؤمن را به او واگذاشته ولی ذلیل کردن خویش را به او واگذار نکرده است.»^{۱۳} (همان)

از این روایات استفاده می‌شود که بی‌احترامی و هتک حرمت مؤمن حرام است. انسان مؤمن نمی‌تواند خود را خوار کند. خداوند به انسان اجازه نداده است که زمینه ذلت و خواری خود را فراهم کند؛ پس اگر قطع عضو، موجب ذلت و حقارت شود، جایز نخواهد بود.

۳-۲-۳-۷-۱. بررسی روایات حرمت هتک

بدون شک این روایات، بر احترام و حفظ کرامت انسان و حرمت هتک احترام او دلالت دارند؛ ولی اگر قطع و جدا کردن عضو از بدن با اختیار و رضایت، به قصد و غرض عقلایی و چه بسا برای نجات جان مؤمن دیگر صورت گیرد، موجب هتک و بی‌احترامی نیست. یا حداقل مورد تردید جدی است (قمی ۱۴۱۵، ۱۶۸). شاهد این مدعا، فهم و نگاه عرف، عقلا و متدینان است که نه تنها عزت و کرامت او را بر باد رفته نمی‌دانند؛ بلکه برای او همچون انسان‌های فداکار و ایثارگر احترام دو چندان قائل می‌شوند.

این مدعا نه تنها در خصوص انسان‌های زنده صادق است؛ بلکه در خصوص انسان‌های که وصیت می‌کنند پس از مرگ، عضوی از اعضای بدن آن‌ها در راه نجات انسان مؤمن دیگری پیوند زده شود، صادق است. از سوی دیگر ممکن است گفته شود این روایات پیام اخلاقی دارند و در مقام بیان این هستند که مؤمن شخصیت و عزت دارد و باید از کارهای غیر اخلاقی - از جمله گناهان که موجب تضعیف شخصیت او می‌شود - دوری کند.

۳-۲-۳-۸. حرمت مثله

ممکن است استدلال شود برای جایز نبودن قطع و برداشت عضو، به روایاتی که از مثله کردن شخص مسلمان به شدت نهی کرده است. روایات دلالت کننده بر حرمت مثله فراوان است؛ به چند نمونه اشاره می شود:

۱- روایت معاویه بن عمار از امام صادق^(ع)؛ معاویه بن عمار از آن حضرت گزارش می کند که: «رسول خدا^(ص) هرگاه می خواست لشکری را برای جنگ اعزام کند فرمانده و یارانش را در کنار و اطرافش می نشاند و می فرمود: با نام خدا و در راه خدا و به روش ملت رسول خدا بروید؛ غدر، خدعه و بدنش را مثله (قطعه قطعه) نکنید...»^{۱۴}. (حرعاملی ۱۴۰۹، ج ۱۵، ۵۸)

۲- در بخشی از وصیت امیرمؤمنان علی^(ع) به حضرت امام حسن و حسین^(ع) پس از ضربت خوردنش آمده است: «بنگرید هرگاه با ضربه اول [ابن ملجم] چشم از جهان فرو بستم یک ضربت بر او وارد سازید و او را مثله نکنید. از رسول خدا^(ص) شنیدم که می فرمود؛ بپرهیزید از مثله کردن حتی از مثله کردن سگ گزنده و هار»^{۱۵}. (امام علی، نامه ۴۷).

کیفیت استدلال به این روایات این گونه است که بگوییم؛ مثله کردن روا نیست حتی نسبت به غیر انسان و سگ گزنده تا چه رسد به انسان مسلمان و معتقد به خداوند. بنابراین مثله حرام است و قطع کردن اعضا نیز مثله به شمار می رود پس حرام خواهد بود.

۳-۲-۳-۸-۱. نقد و بررسی روایات مثله

هر چند دلالت روایات بر حرمت مثله، به ویژه مسلمان بی گناه قابل انکار نیست، لیکن استدلال برای حرمت قطع عضو برای پیوند نا تمام است، زیرا زمانی بر قطع یک یا چند عضو مثله گفته می شود که به انگیزه عقوبت، انتقام و عبرت دیگران صورت گیرد؛ چنان که اعراب دوران جاهلیت پس از قتل و غارت قبایل دیگر، برای ابراز اوج نفرت خود و از روی کینه و مجازات و عبرت دادن به دیگران، اقدام به بریدن گوش و بینی و اعضای بدن کشتگان دشمن می کردند. همچنان با ملاحظه‌ی کلمات لغت شناسان و سخنان فقیهان این مطلب را به خوبی می توان استفاده کرد. ابن منظور در لسان العرب می نویسد:

«ظاهرا مثل (با فتح فاء الفعل و سکون عین الفعل) از مثل (به فتح فاء الفعل و عین الفعل) اخذ شده است؛ زیرا وقتی که در مجازات فرد شدت عمل به کار رود شخص مجازات شونده ضرب المثل می شود». (ابن منظور ۱۴۱۴، ۶۱۵)

راغب اصفهانی در مفردات می نگارد:

«مثله مجازاتی است که بر انسان تحمیل می شود و او را ضرب المثل قرار می دهد تا موجب عبرت دیگران شود». (راغب اصفهانی ۱۴۱۲، ۴۶۳)

آیت الله خوینی (ره) در تعریف مثله می فرماید:

«مثله عبارت است از مجازاتی که به قصد بی احترامی و اهانت به غیر انجام

می شود». (خوینی ب، بی تا، ج ۱، ۲۵۹)

بنابراین؛ مثله تنها با قطع اعضا تحقق پیدا نمی کند، اگر قطع عضو از روی اختیار و رضایت و با انگیزه عقلایی و خیرخواهانه باشد، در صدق مثله مناقشه

جدی است و مشمول ادله منع اخبار مثله نیست. پس دلیل چهارم بر حرمت قطع عضو انسان سالم دلالت ندارد.

حاصل سخن تا اینجا. تا این جا چهار دلیل بر حرمت قطع اعضای مهم غیر رئیسی از بدن شخص زنده اقامه شد و تمام آن‌ها مورد بررسی و نقد قرار گرفت که استدلال برای جایز نبودن قطع اعضای مهمه‌ی بدن به دلیل اول درست است و به دلیل سوم در صورتی تمام است که قطع اعضا، ذلت و خواری شخص را در پی نداشته باشد. اما دلالت دلیل دوم و چهارم ثابت نشد که مسلماً استدلال به آن‌ها برای جایز نبودن قطع هم بی‌مورد خواهد بود.

۴. قطع اعضای غیرمهم برای پیوند

برداشت عضو از انسان زنده در صورتی که مرگ و ضرری برای دهنده عضو در پی نداشته باشد و کاربرد مهمی در ترمیم ضایعات و رفع بیماری‌های حاد داشته باشد به گونه‌ای که در برخی موارد ممکن است عمل پیوند آن شخص بیمار را از مرگ نجات دهد؛ از طرفی ممکن است آن چه برداشته می‌شود دوباره از ناحیه بدن خود شخص دهنده عضو قابل ترمیم باشد، مانند انتقال خون، برداشت یک قطعه از گوشت ران و... در برداشت چنین اعضای اشکال به نظر نمی‌رسد. آن دلیل‌های که برای حرمت قطع اعضای مهم اقامه شدند این صورت را در بر نمی‌گیرد.

چنان که فقها در رابطه به حکم برداشت یک کلیه از شخصی و پیوند آن به بیمار نیازمند؛ با توجه به این که انسان می‌تواند با یک کلیه به زندگی عادی خود ادامه دهد، بارضایت صاحب عضو به منظور پیوند به بیمار نیازمند قطع آن

را جایز می‌دانند (صافی گلپایگانی ۱۴۱۵، ۹۳؛ مکارم شیرازی ۱۴۲۹، ۱۲۲) و یا حتی برخی فقها چنان که گذشت قائل به وجوب کفایی آن شده‌اند. (فیاض ۱۳۹۳ش، ۲۵)

۵. حکم عوض گرفتن

پس از بررسی حکم قطع اعضای بدن انسان این بحث مطرح می‌شود که اگر عضوی قطع شد آیا قابل خرید و فروش است؟ آیا گرفتن پول در برابر آن رواست؟ در ادامه به پاسخ این پرسش پرداخته می‌شود:

۵-۱. گرفتن عوض بدون عنوان بیع

گرفتن عوض با صرف نظر از عنوان خرید و فروش، بی‌گمان جایز است؛ زیرا گرفتن عوض به راه‌های گوناگون ممکن است؛ از جمله:

۱ - به عنوان رفع ید از حق؛ چه این که بی‌تردید صاحب عضو نسبت به عضو از دیگران اولی و احق است، هر چند عضو مال نباشد. بنابراین برای رفع ید از حق، می‌تواند عوض دریافت کند.

۲ - پیش از قطع عضو می‌تواند در برابر عمل قطع کردن عضو، عوض دریافت کند، هر چند مالک عضو نباشد.

۳ - پیش از قطع کردن، می‌تواند برای مقدمات قطع عضو، مانند رفتن به بیمارستان و دیگر مقدمات جدا کردن عضو، پول دریافت کند. (محسنی، ۱۴۲۴،

ج ۱، ۱۸۶)

۴ - راه دیگری که ممکن است گفته شود: صاحب عضو می تواند میان دادن عضو و گرفتن پول مصالحه کند.

اشکال: ممکن است اشکال شود که، راههای یاد شده برای گرفتن عوض در صورتی رواست که بهرمندی از عضو جدا شده جایز باشد ولی چون عضو جدا شده، مصداق میته است و انتفاع از آن جایز نیست، بنابراین آنچه در برابر آن گرفته می شود - به هر عنوانی که باشد - اکل مال به باطل و حرام است.

جواب: از این اشکال پاسخهای متعددی می توان داد از جمله:

- ۱ - گرفتن پول در بعضی از راههای یاد شده بستگی به جواز یا عدم جواز انتفاع از میته ندارد؛ مانند راه دوم و سوم؛ زیرا صاحب عضو، پول را در برابر رفع مانع از قطع کردن یا رفتن به بیمارستان و مقدمات عمل جراحی می گیرد.
- ۲ - در فقه، مبحث انتفاع از میته ثابت شده است که انتفاع از میته جایز است. (خویی ج ۱۴۱۸، ۵۶۱؛ خرازی ۱۴۱۶، ۳۵)

۵-۲. گرفتن عوض به عنوان بیع

آیا فروش عضو قطع شده به عنوان بیع صحیح است؟ اشکال و شبهه ای که ممکن است در مورد خرید و فروش اعضا مطرح شود؛ در مال بودن و مملوک بودن آن برای صاحب عضو است. در این باره لازم است چند مطلب روشن گردد:

- ۱ - آیا در تحقق عنوان بیع، مال بودن لازم است یا وجود ملکیت کافی

است؟

۲ - اگر در تحقق عنوان بیع، مال بودن لازم باشد عضو قطع شده از نظر عرف مال است یا نه؟

۳ - ادله حرمت فروش میته، این مورد را فراگیر است یا نه؟

بحث تفصیلی هر یک از این امور، خارج از قلمرو این نوشتار است. از این رو به اجمال اشاره می‌شود.

از نگاه حقوق افغانستان، مملوک و مال بودن مورد بیع در عقد بیع لازم است و قانون‌گذار افغانستان در ماده (۱۰۳۵) قانون مدنی، در تعریف بیع چنین مقرر می‌دارد: «عقد بیع عبارت است از تملیک مال از طرف بایع به مشتری در مقابل مالی که ثمن مبیعه باشد». از این تعریف استفاده می‌شود که ملک و مال بودن مورد بیع در تحقق عنوان بیع لازم است و همچنان در ماده (۱۰۳۸) این قانون به مال بودن مبیعه تصریح می‌کند.

اما فقیهان در اعتبار مال بودن مورد بیع اختلاف نظر دارند. برخی از آنان مالیت مورد بیع را در تحقق بیع لازم می‌دانند، (انصاری ۱۴۱۱، ۳۰۷). لیکن عده زیادی از فقیهان در تحقق بیع عنوان مال را لازم نمی‌دانند و بسیاری از آنان در تعریف بیع، عنوان مال را به کار نبرده‌اند؛ چنان که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

آخوند خراسانی می‌نویسد:

«حق این است که بگوییم: بیع، تملیک عین به عوض است». (آخوند

خراسانی ۱۴۰۶، ۵)

آیه الله سید محمد کاظم یزدی پس از اشکال به تعریف شیخ می‌نویسد:

«مقتضای تحقیق و قول سدید و مختصر در تعریف بیع این است که بیع تملیک عین به عوض است». (یزدی ۱۴۲۱، ۶۰)

محقق ابروانی پس از وارد کردن پنج اشکال بر دیدگاه شیخ در تعریف بیع می نویسد:

«بیع عبارت است از: تبدیل کردن چیزی که سلطه بر آن است به سلطه‌ای دیگر. (ابروانی ۱۴۰۶، ۷۲)

آیه الله خوئی در باره این که مالیت شرط نیست، می نویسد:

«دلیلی بر اعتبار مالیت در صدق بیع نداریم؛ بلکه ملاک صدق بیع، عنوان معاوضه است». (خوئی، بی تا، ج ۱، ۳۴)

از مجموع این تعریف‌ها استفاده می شود که قوام تحقق عنوان بیع به مال نیست. به ویژه براساس تصریح مرحوم خوئی به این که در صدق عنوان بیع، مالیت شرط نیست؛ بلکه تنها صدق معاوضه کافی است.

۵-۳. صحیح بودن بیع اعضا از نگاه فقه و حقوق

در تحقق عقد بیع، چه عنوان مال در مبیعه لازم باشد چنان که قانون مدنی افغانستان و برخی فقها آن را شرط می داند و یا هم لازم نباشد همچنان که دیدگاه بسیاری از فقیهان بر آن بود، خرید و فروش اعضا بر اساس هردو دیدگاه صحیح است زیرا:

اولاً: در مسأله مالکیت انسان بر اعضای خود، چند نظر است: برخی بر این باورند انسان هر چند مالک تکوینی و بالذات اعضای بدن خود نیست، چون خالق آن‌ها نبوده است؛ ولی چون علت قریب برای زنده ماندن آن‌هاست پس

مالکیتی شبیه مالکیت تکوینی دارد و این مالکیت منشأ می‌شود که مالکیت اعتباری نیز داشته باشد. از این رو، عنوان بیع صادق است، چه قبل از قطع عضو و چه پس از آن. (محسنی ۱۴۲۴، ۱۸۳)

ثانیاً: با تمسک به بناء عقلاء «مردم بر مال و جان خود مسلط است». مالکیت شخص نسبت به اعضای بدن را پس از قطع شدن، ثابت می‌کند. (همان، ۱۸۵) از طرفی عنوان مال هم بر آن صادق است؛ زیرا فقها در تعریف مال و تفاوت آن با ملک، نکاتی را مطرح کرده‌اند که خلاصه آن چنین است: مال عبارت است از اشیاء کم‌یاب که از مرغوبیت برخوردار بوده و در رفع نیازمندی‌های انسان سودمند است و عقلاً جهت تهیه آن بها می‌پردازند (خویی ب، بی تا، ج ۲، ص ۳). بنابراین، عضو جدا شده، هم ملک است و هم مال و شرایط مبیعه را در تحقق عقد بیع دارد و بیع آن درست است.

ثالثاً: ممکن است گفته شود در صدق عنوان بیع، مال بودن آن از نظر دو طرف معامله کافی است و لازم نیست از نظر تمام عقلاً مال باشد. مرحوم خویی گفته است:

«بر فرض اعتبار مالیت در بیع، مال بودن در نظر دو طرف معامله در صورتی که از عقلاً باشند کافی است و لازم نیست در نظر تمام عقلاً مال صادق باشد». (همان) اشکال: ممکن است در فروش عضو جدا شده از این جهت اشکال شود؛ که

عضو جدا شده میته است و بیع میته در روایات نهی شده و گرفتن ثمن در مقابل آن اکل مال به باطل است.

جواب: جواب‌های مختلفی ممکن است داده شود و یک پاسخ این است که فقها در فروش میته اختلاف نظر دارند. و در بحث انتفاع از میته نیز اثبات شده است که انتفاع از میته جایز است (خویی ج ۱۴۱۸، ۵۶۱)؛ مگر در مواردی که طهارت شرط باشد. یکی از موارد انتفاع میته، فروش آن به قصد انتفاع حلال است و در فروش اعضا به منظور پیوند منافع عقلایی و محله شرعی وجود دارد پس در بیع آن اشکال وجود ندارد.

امام خمینی درباره این که خرید و فروش و دیگر انتقالات میته جایز است یا نه می‌فرماید:

«نظر قوی جواز است؛ زیرا دلیلی بر حرمت جز روایت دعائم الاسلام که از نظر سند ضعیف است و روایاتی که دلالت دارد بهای میته سحت است، نداریم.» (خمینی ۱۴۱۵، ۸۵)

ایشان سپس چهار روایت در مورد سحت و حرام بودن بهای میته گزارش می‌کند و در مقام پاسخ از آن‌ها می‌فرماید: «جز روایت آخر (صحیح بزنطی) دیگر روایات، به صحیح محمد بن عیسی که دلالت دارد بر جواز انتفاع پوست مردار و خرید و فروش آن تخصیص می‌خورد و عرف میان پوست مردار و دیگر اعضای آن فرق نمی‌گذارد. بنا براین، هر جا منفعت حلال باشد فروش هم جایز است و مقصود از سحت بودن بهای مردار در مواردی است که برای خوردن و همانند آن فروخته شود. مؤید این مدعا روایت سراج است که دلالت دارد بر جواز فروش پوست پلنگ...» (همان، ۸۵)

نتایج بحث

در مسأله پیوند اعضا، مشخص کردن وضعیت حقوقی و فقهی انجام پیوند اعضا، جایگاه حقوقی دریافت کننده و اهدا کننده، و حکم تکلیفی مانند؛ حرمت و جواز آن، حکم روابط مالی میان دهنده عضو و گیرنده آن و شرایط لازم برای تجویز پیوند عضو، از مباحث جدید فقهی و حقوقی است که نوشتار حاضر به بازخوانی و بررسی آن پرداخته و در آن به نتایج زیر دسته یافته است:

۱. قطع و برداشتن اعضای اصلی بدن مانند قلب که سبب مرگ و نابودی آنی و تدریجی انسان می شود به منظور پیوند به انسان دیگر، جایز نیست.

۲. قطع و برداشتن اعضای غیراصلی بدن که سبب مرگ و هلاکت انسان نمی شود؛ لیکن از اعضای مهم بدن به حساب می آید مانند؛ چشم، پا، دست و غیره که قطع آن ها ضرر، ذلت و خواری شخص را در پی دارد، جایز نیست.

۳. قطع عضوی غیرمهم که ضرر قابل اعتنا را برای دهنده عضو در پی ندارد؛ مانند انتقال خون و برداشتن یک قطعه از گوشت ران مثلا، به منظور پیوند جایز است؛ همچنان اگر برداشتن یک کلیه از شخص در صورت که بدانند با یک کلیه می تواند زندگی خود را ادامه دهد و در آینده دچار عوارض نمی شود جایز است.

۴. عوض گرفتن صاحب عضو برای دادن عضو از راهایی متعدد ممکن است مثلا: به عنوان این که از این حق و تسلطش بر اعضای بدن رفع ید می کند؛ به عنوان نفس قطع عضو؛ به عنوان مقدمات جدا سازی عضو؛ به عنوان مصالحه عضو در برابر گرفتن پول.

۵. خرید و فروش عضو جدا شده از بدن جایز است.

ارجاعات توضیحی

- ^۱ بقره/۱۹۵: «و لا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة.»
- ^۲ «اللهم إنك قد نهيتني عن الألقاء بيدي إلى التهلكة وقد اضطرت كما اشرفت من قبل عبدالله المأمون على القتل إن لم أقبل ولاية عهده» عيون اخبار الرضا، ج ۱، ص ۱۹.
- ^۳ قرآن کریم، نساء، آیه ۲۹، «و لا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً.»
- ^۴ «سمعت الصادق (ع) يقول: من قتل نفسه متعمدا فهو في نار جهنم خالد فيها» وسائل الشيعة، ج ۲۹، باب ۵، ابواب قصاص نفس، ح ۱.
- ^۵ «الضرر: ضد النفع... فمعنى قوله لا ضرراى لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه.»
- ^۶ «أن الله - تبارك و تعالی - لم يحرم ذلك على عباده و أحلَّ لهم ما سواه من رغبة منه فيما حرم عليهم و لا زهد فيما أحلَّ لهم و لكنه خلق الخلق فعلم ما تقوّم به ابدانهم و ما يصلحهم فاحلَّ لهم و أباحه تفضلا عليهم لمصلحتهم و علم ما يضرهم فنهاهم عنه و حرّمه عليهم.»
- ^۷ «عن الرضا عليه السلام فى الرجل تصيبه الجناية به قروح أو جروح أو يكون يخاف على نفسه من البرد؛ فقال: لا يغتسل ويتمم.»
- ^۸ «كل من أضرَّ به الصوم فالإفطار له واجب.»
- ^۹ «كل ما حكم به العقل حكم به الشرع»

۱۰ «الناس مسلطون على انفسهم واموالهم»

۱۱ «وَلَا ضَلَّيْنَهُمْ وَلَا مَنِّيْنَهُمْ وَلَا أَمْرَهُمْ فَلْيُبْتِئَنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَا أَمْرَهُمْ. فليغيرن

خلق الله ومن يتخذ الشيطان ولياً من دون الله فقد خسر خسراً مّبيناً.»

۱۲ «قال رسول الله(ص): قال الله عزوجل - إني لحرب لمن استذل عبي

المؤمن.»

۱۳ «إن الله عزوجل - فوض إلى المؤمن أموره كلها ولم يفوض إليه يذل

نفسه.»

۱۴ «كان رسول الله(ص) إذا اراد ان يبعث سرية دعاهم فاجلسهم بين يديه ثم

يقول سيروا بسم الله وبالله وفي سبيل الله و على ملة رسول الله(ص) لا

تغدروا ولا تغلو لاتمثلو...»

۱۵ «انظروا إذا أنا مت من ضربته هذا فاضربوه ضربة بضربة ولاتمثلوا بالرجل؛

فإني سمعت رسول الله(ص) يقول: إياكم والمثلة ولو بالكلب العقور.»

فهرست منابع

قرآن كريم.

نهج البلاغه.

الف. كتابها

۱. آخوند خراسانی، محمد كاظم. ۱۴۰۶ق. حاشیة المكاسب، تهران، چاپ

اول، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

۲. ابن اثیر، مبارک. [بی تا]. النهایة فی غریب الحدیث، ج ۳، قم، چاپ اول، مؤسسه اسماعیلیان
۳. ابن حمزه طوسی، محمد. ۱۴۰۸ق. الوسیله، قم، چاپ اول، کتابخانه آیه الله مرعشی.
۴. ابن ادیس حلی. ۱۴۱۰ق. السرائر الحاوی، ج ۳، قم، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی،
۵. ابن منظور، محمد. ۱۴۱۴ق. لسان العرب، ج ۱۱، بیروت، چاپ سوم، دارالفکر للطباعة والنشر.
۶. انصاری، مرتضی. ۱۴۱۴ق. رسائل فقهیه، قم، چاپ اول، کنگره بزرگداشت شیخ انصاری.
۷. ——— ۱۴۱۱ق. المکاسب، ج ۱، قم، چاپ اول، منشورات دارالذخائر.
۸. ایروانی، عبدالحسین. ۱۴۰۶ق. حاشیة المکاسب، ج ۱، تهران، چاپ اول، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۹. حر عاملی، محمد. ۱۴۰۹ق. وسائل الشیعه، قم، چاپ اول، مؤسسه آل البیت.
۱۰. خمینی، روح الله. ۱۴۱۵ق. المکاسب المحرمه، ج ۱، قم، چاپ اول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۱. خویی، ابوالقاسم. [بی تا] مصباح الفقاهة، [بی جا]، [بی نا].
۱۲. ——— ۱۴۱۸ق. التنقیح فی شرح عروة الوثقی، ج ۳، قم، چاپ اول، تحت اشراف لطفی.
۱۳. ——— ۱۴۲۲ق. مصباح الاصول، ج ۲، قم، چاپ اول، مؤسسه احیاء آثار السید الخویی.

۱۴. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. ۱۴۱۲ق. مفردات الفاظ القرآن، سوریه، چاپ اول، دارالعلم.
۱۵. زحیلی، وهبه بن مصطفى. ۱۴۱۸ق. التفسیر المنیر، ج ۵، بیروت دمشق، نوبت چاپ دوم، دار الفکر المعاصر .
۱۶. صافی گلپایگانی، لطف الله. ۱۴۱۵ق. استفتاءات پزشکی، قم، چاپ اول، دارالقرآن الکریم.
۱۷. صدوق، محمد بن علی. ۱۳۷۸ق. عیون اخبار الرضا، ج ۱، تهران، چاپ اول، نشر جهان.
۱۸. طباطبایی، محمد حسین. ۱۴۱۷ق. المیزان، ج ۵، قم، چاپ پنجم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۹. طوسی، محمد بن حسن. ۱۳۸۷ق. المبسوط، ج ۶، تهران، چاپ سوم، المكتبة المرتضویة.
۲۰. فراهیدی، خلیل ابن احمد. ۱۴۱۰ق. کتاب العین، ج ۷، قم، چاپ دوم، نشر هجرت.
۲۱. فیاض، محمد اسحاق. ۱۳۹۲ش. مسائل طبی، ترجمه: سرور دانش، کابل، چاپ اول، انتشارات راه فردا.
۲۲. قمی، محمد مؤمن. ۱۴۱۵ق. کلمات سدیدة، قم، چاپ اول، انتشارات اسلامی.
۲۳. کلینی، محمد بن یعقوب. ۱۴۰۷ق. الکافی، ج ۵، تهران، چهارم، [بی نا].
۲۴. محسنی، محمد آصف. ۱۴۲۴ق. الفقه و مسائل طبیه، ج ۱، قم، چاپ اول، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

۲۵. محقق حلی، جعفر. ۱۴۰۸ق. شرایع الاسلام، ج ۳، قم، چ دوم، مؤسسه اسماعیلیان.

۲۶. نجفی، محمد حسن. ۱۴۰۴ق. جواهرالکلام، ج ۳۶، بیروت، چاپ هفتم، دار احیاء التراث العربی.

۲۷. مکارم شیرازی، ناصر. ۱۴۲۹ق. احکام پزشکی، قم، چاپ اول، مدرسه الامام علی(ع).

۲۸. هوشمند، محمود. بی تا. فرهنگ لغات عربی، ج ۲، [بی جا]، [بی نا].

۲۹. یزدی، سید محمد کاظم. ۱۴۲۱ق. حاشیه المکاسب، ج ۱، قم، چاپ دوم، مؤسسه اسماعیلیان.

ب. مقاله

۱. خرازی، سید محسن. ۱۴۱۶. زراعه الاعضاء، مجله فقه اهلبیت، ش ۲۱، قم، چاپ اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.

ج. قوانین

۱. قانون اساسی افغانستان.

۲. قانون مدنی افغانستان.