

# عدالت

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ماهنامه تخصصی، حقوقی و فرهنگی - سال بیستم / شماره مسلسل ۱۹۵ / ثور ۱۳۹۸

نشانی: وزارت عدلیه، ریاست نشریات و ارتباط عامه، دفتر مجله عدالت، سرک (۱۵) وزیر محمد اکبر خان (شیرپور) کابل

## هیأت تحریر:

- ♦ الحاج سید محمد هاشمی،
- ♦ قانونپوه محمد اشرف رسولی،
- ♦ قانونوال عبدالقدیر قیومی،
- ♦ پوهاند نصرالله ستانکزی،
- ♦ قانونپال فهیمه واحدی،
- ♦ دکتور مفتی محمدولی حنیف،
- ♦ قانونمل محمد رحیم دقیق،
- ♦ دکتور عید محمد احمدی،
- ♦ دکتور غلام حضرت برهانی،
- ♦ حلیم سروش،

## صاحب امتیاز

وزارت عدلیه د. ج. ا. ا.

## مدیر مسوول

حلیم سروش  
(۰۷۹۹۴۰۲۹۳۶)

## ویراستار

عبدالقیوم قیومی

## دیزاین جلد

صحابه سیرت و

مرتضی کمال و کیلیان

امور تایپ و صفحه آرایی

صحابه سیرت

Website: [www.moj.gov.af](http://www.moj.gov.af)

E-mail: [adalat@moj.gov.af](mailto:adalat@moj.gov.af)

قیمت این شماره: (۷۷،۷۶) افغانی

چاپ: مطبعه بهیر

## یادآوری به نویسندگان

- (۱) مقاله در محیط ورد تایپ یا با خط کاملاً خوانا نوشته شود.
- (۲) مقاله ارسالی کمتر از ۱۰ صفحه و بیشتر از ۲۵ صفحه تایپ شده A4 نباشد.
- (۳) اصل مقاله همراه با فایل تایپ شده آن، در صورت امکان، برای درج در مجله فرستاده شود نه کپی آن.
- (۴) مقاله باید دارای چکیده، واژگان کلیدی و نتیجه گیری نهایی باشد. چکیده باید به گونه ای نوشته شود که محتوای مقاله را به اختصار بیان کند.
- (۵) چکیده فارسی یا پشتوی مقاله (حداکثر ۱۵۰ کلمه) و واژگان کلیدی بین سه تا هفت واژه در اول مقاله آورده شود.
- (۶) توضیحات و ارجاع به منابع در پایان مقاله به قرار ذیل آورده شود:
  - a. کتاب: نام و نام خانوادگی نویسنده/ نویسندگان، نام کتاب، نام مترجم، نوبت چاپ، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار و شماره صفحه.
  - b. مقاله: نام و نام خانوادگی نویسنده، «عنوان مقاله در داخل گیومه»، نام نشریه، دوره/ سال، تاریخ انتشار، شماره جلد و شماره صفحه.
  - c. سایت اینترنتی: نام و نام خانوادگی نویسنده، (تاریخ دریافت مطلب (از سایت)، «عنوان مطلب در داخل گیومه»، نام سایت اینترنتی و بالاخره آدرس کامل سند در سایت مزبور.
  - d. هرگاه به منبعی اشاره شود که قبلاً معرفی شده و تفاوتی حتا در صفحه مورد استفاده نداشته باشد، کلمه «همان» (یا در انگلیسی Ibid) آورده شود.
  - e. در صورتی که صفحه مورد استفاده تفاوت داشته باشد؛ کلمه «پیشین» (در انگلیسی op.cet) و صفحه مورد استفاده آورده شود.
- (۷) معادل لاتین نام های خارجی و اصطلاحات مورد استفاده در نوشته در پایین صفحه آورده شود.
- (۸) هرگاه مقاله ارسالی ترجمه باشد، نام نویسنده و منبع مورد نظر ضروری است.
- (۹) نویسنده باید نام کامل، عنوان یا رتبه علمی اش را، همراه با نشانی دسترسی به وی، مثل شماره تلفن و یا آدرس ایمیل و غیره را با مقاله بفرستد.
- (۱۰) مجله در ویرایش مقاله آزاد است.
- (۱۱) مطالب ارسال شده پس فرستاده نمی شود.
- (۱۲) مقاله ارسالی نباید قبلاً در مجله یا سایت اینترنتی دیگری نشر شده باشد.

# فهرست

## مقاله‌ها

- 
- ۴ ➡ جرم تروریسم در اسناد بین‌المللی و کود جزای افغانستان؛ نادر شاه سها.....
- ۳۴ ➡ رویکردهای متفاوت جرم‌انکاری مبتنی بر شریعت در کشورهای اسلامی؛ سید جاهد نعمتی.....
- ۷۲ ➡ قلمرو قوانین جزایی نسبت به اشخاص از منظر قانون و شریعت؛ محمد اسماعیل عمار.....
- ۹۷ ➡ قواعد حاکم بر اجراات جزایی اطفال متخلف در افغانستان و ایران؛ راضیه رئوفی.....
- ۱۳۳ ➡ مطالعه تطبیقی اضطرار و تأثیر آن در مسئولیت مدنی؛ غلام حضرت برهانی.....
- ۱۸۹ ➡ مبانی اسلامی بودن قانون اساسی دولت جمهوری اسلامی افغانستان؛ میراخان قضاوی.....

# جرم تروریسم در اسناد بین‌المللی و کود جزای افغانستان

نادرشاه سها

ماستر حقوق جزا و جرم‌شناسی

## چکیده

در تحقیق پیش رو جرم تروریسم از منظر اسناد بین‌المللی و قوانین جزایی افغانستان مورد بحث قرار گرفته است. البته در حقوق افغانستان بیشتر ملاک کود جزا قرار داده شده است، چون قانون نافذ فعلی است. در این مطالعه مقایسوی ابتدا به تعریف این جرم در حقوق بین‌الملل و اسناد بین‌المللی پرداخته شده است و عناصر تعریف مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته است. بعد از منظر قوانین جزایی افغانستان این مفهوم تبیین و تحلیل شده است. در ادامه عناصر قانونی، مادی و معنوی جرم تروریسم از دیدگاه اسناد بین‌المللی و کود جزای افغانستان به بحث گرفته شده است.

در بخشی دیگری از این مقاله به مجازاتهای معین شده در کود جزا برای مصادیق جرم تروریستی پرداخته شده و به این نتیجه رسیده است که اسناد بین المللی بیشتر از کشورها خواسته است که ضمن جرم انگاری مصادیق تروریسم در اسناد بین المللی مجازاتهای مناسب برای آن در قوانین داخلی خود تصویب و از اجرای آن حمایت کنند. اما در عرصه بین المللی در جهت مجازات فقط به اقدامات دسته جمعی در صورت شکل گیری اجماع در شورای امنیت علیه کشوری ممکن است صورت گیرد یا در صورتی که جرم تروریستی از مصادق جرایم نسل کشی، جنایت جنگی و جنایت علیه بشریت تلقی گردد که در محکمه بین المللی جزایی از باب صلاحیت تکمیلی جهانی می توان مورد تعقیب قرار داد.

## واژگان کلیدی: ترور، تروریسم، اسناد بین المللی، کود جزا

### مقدمه

پدیده تروریسم همیشه در روابط دولتها مؤثر بوده است. حد اقل قبل از جنگ جهانی اول سر چشمه ی بسیاری از جنگها و خصومتها در روابط بین دولتها بوده است. چه بسا موارد به دلیل اثرات وسیعی که به دنبال داشته است، بر روابط بین الملل سایه افکنده و آن را تحت تأثیر خود قرارداده است. ترور جرم بسیار خطرناک و در خارج از قالب جنگهای رسمی بدون هیچ قاعده ای اثرات مخرب بر کشورها تحمیل نموده و از این طریق کشورهای همسایه و چه بسا کشورهای دور دست تر را تحت فشار به منظور تسلیم به خواسته های شان می نمایند. ترور ولیعهد اتریش در سال ۱۹۱۴ در سارایوو زمینه ساز جنگ جهانی اول شد و حادثه ۱۱ سپتامبر سبب حمله جامعه جهانی به سرکردگی آمریکا به افغانستان گردید. امروز هم متأسفانه کشورهای دارای منافع از طریق راه اندازی گروههای ترور در افغانستان می خواهند افغانستان را تحت فشار قرار داده و وادار به تسلیم در برابر خواسته هایشان نمایند.

بنا بر این مطالعه و بررسی جرم ترور از منظر اسناد بین المللی و کود جزای افغانستان موضوع بسیار مهم و نیاز روز می باشد.

### گفتار اول: مفهوم تروریسم

تعریف کامل که بتواند جامعیت و مانعیت داشته باشد، از تروریسم ارائه نشده است و شاید مانند اکثر دیگر مفاهیم اجتماعی اساساً ممکن نباشد. دولت‌ها با توجه به سیاست‌های خود برداشت‌های متفاوتی از آن دارند. با توجه به تعاریف که در نوشتار فارسی از جرم تروریسم صورت گرفته است معلوم می شود که واژه ترور و تروریسم از زبانهای لاتین و انگلیسی وارد زبان فارسی شده و تقریباً به همان معنی به کار رفته است. دیوید راپوپورت محقق انگلیسی در مقاله ای با عنوان عنوان چهار موج تروریسم مدرن نظریه‌ای در خصوص گونه شناسی تاریخی تروریسم بین المللی و چگونگی تحول آن ارائه کرده است. وی بیان داشته است که تروریسم تا کنون چهار موج را تجربه کرده است. تکنیک غالب کنش تروریستی در موج اول، قتل یا ترور شخصی بود؛ موج دوم با حمله به اهداف نظامی مشخص می شد که در موج سوم، جای خود را به هوا پیمای ربایی، و آدم ربایی یا گروگانگیری، داد. در سه دهه اول موج سوم، بیش از هفتصد هوا پیمای ربایی رخ داد. با پایان جنگ سرد و فروپاشی مارکسیسم شاهد بر آمدن موج جدیدی از تروریسم هستیم که تکنیک خاص آن، عملیات انتحاری است.<sup>۱</sup> البته ممکن است در بعضی کشورها به ترتیب چنین موجهایی پی هم آمده باشد، اما در کشور ما ترور شخصی، حمله به اهداف نظامی، آدم ربایی و حمله انتحاری به طور همزمان وجود دارد. البته این اعمال با اهداف و انگیزه های متفاوتی صورت خواهد گرفت. دانشنامه بریتانیکا تروریسم را به «کاربرد سیستماتیک و نظام مند ارباب یا

<sup>۱</sup> - کاویانی، محمد، و کوچ نژاد، عباس، «مطالعه تروریسم در حقوق بین الملل با تکیه بر ماهیت و اسناد بین المللی

موجود» ماه نامه بین المللی پژوهش ملل، ۱۳۹۶، دور سوم، شماره ۲۷، ص ۵۰

خشونت پیش بینی ناپذیر، بر ضد حکومتها، انسانها و افراد برای دستیابی به یک هدف سیاسی» تعریف کرده است.<sup>۱</sup>

الکس اشمیت نویسنده کتاب تروریسم سیاسی در سال ۱۹۹۲ در سازمان ملل تعریف ساده ای از تروریسم ارائه نمود: وی در این تعریف گفت «تروریسم با خصیصه وحشت افکنی شناخته می شود و تروریسم معادل جنایت جنگی در زمان صلح است.<sup>۲</sup> اشمیت دو عنصر را مورد توجه قرار داده است: یکی خصیصه وحشت در تروریسم و دوم این وحشت و رعب باید متوجه غیر نظامیان باشد، چون به جنایت جنگی مقایسه کرده که آن هم اختصاص به غیر نظامیان دارد.

در مورد این گونه تعریفها گفته شده است که اگر چه مهمترین هدف و انگیزه تروریستها در طول تاریخ هدف سیاسی بوده است، اما به نظر نمی رسد بتوان آن را در تعریف لحاظ نمود؛ چرا که امروزه ترور ممکن است با اهداف و انگیزه هایی غیر سیاسی ارتکاب یابد، این موارد بسیار شایع شده و می توان گفت که انگیزه ها تغییر یافته و تکامل پیدا نموده است. انگیزه های ایدئولوژیکی و مذهبی یکی از انگیزه هاست، که امروزه در کشورهای مثل افغانستان شاید بتوان عامل اصلی در ارتکاب بعضی از جرایم تروریستی باشد. «پاره ای از تروریستها اقدامات تروریستی خود را برای کسب اعتبار و جلب توجه دیگران به آرمان های خود نشان می دهند. تروریست های متأثر از افراط گری مذهبی، در پاره ای هم کسب شهرت و قدرت سیاسی.»<sup>۳</sup> شدید ترین اختلافها در تعریف تروریسم بر سر تروریسم دولتی و نظر درباره مبارزات

<sup>۱</sup> - The New Encyclopedia Britannica, vole 11, Micropaedia, 1986.

<sup>۲</sup> - Schmid, Jongmam and et al. Political Terrorism: A new guide to actors, authors, concept, databases, theories and Literature. Amsterdam: North Holland, 1988, p6

<sup>۳</sup> - ناصر قربان نیا، «مواجهه با تروریسم، رویکرد نظامی، سیاسی و یا حقوقی» فصلنامه مفید، سال ۱۳۸۳، دوره ۱۰، ش



گردد.» تعریف این دو قانون اگر نگوییم عین هم است بسیار شبیه هم می باشد و تفاوت‌های اندک، آن هم صرفاً لفظی نه محتوایی بین شان وجود دارد.

### گفتار دوم: تروریسم در اسناد بین المللی

#### الف) پروتکل الحاقی اول به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو

بند ۲ ماده ۵۱ پروتکل نخست کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو با صراحت، اعمال خشونت آمیزی که هدف آن ایجاد رعب و وحشت میان غیر نظامیان است را ممنوع می کند. « اعمال تهدیدهای خشونت آمیزی که منظور اصلی از آن ایجاد رعب و وحشت در میان سکنه غیر نظامی باشد، ممنوع می باشد.» بر اساس این بند از ماده ۵۱ یکی از مقومات و ارکان جرم تروریسم قصد ایجاد رعب و وحشت است و رکن دیگر میان غیر نظامیان است. در خصوص نظامیان قبل از اسارت مطابق قانون جنگ ایجاد رعب و وحشت، تهدید و اعمال خشونت آمیز عمل قانونی می باشد.

همچنین ماده ۵۲ پروتکل الحاقی اول نیز در قالب ممنوعیت حملات کورکورانه چنین مفهومی را در بر دارد. یعنی در مخاصمات بین المللی حملاتی که هدف آن مشخص نباشد که منطقه‌ی نظامی است یا غیر نظامی جواز ندارد.

بر اساس این مواد یکی از مهمترین اعمال تروریستی این است که در جریان یک مخاصمه مسلحانه بین المللی قصد گستراندن رعب و وحشت در میان غیر نظامیان می باشد. بنا بر این از منظر اسناد بین المللی تروریسم، شامل حمله علیه اهداف و اشخاص غیر نظامی همچنین شامل حملات غیر قابل تفکیکی است که معمولاً به ارباب و وحشت جمعیت غیر نظامی منجر می شود. از همین رو بمباران یک هدف نظامی در مجاورت مناطق مسکونی که منجر به ارباب و وحشت غیر نظامیان می شود ممنوع شده و یک عمل تروریستی دانسته می شود.

## ب) کنوانسیونهای چهارگانه ژنو و تروریسم

جنگ مسلحانه بین المللی جنگی است میان دو یا چند دولت. این نوع مخاصمات عمدتاً مشمول کنوانسیون های چهارگانه ژنو و پروتکل الحاقی اول هستند. دو ماده از پروتکل الحاقی اول در بخش الف بیان شد و در این باره کنوانسیون چهارم ژنو در ماده ۳۳ عنوان می دهد که: «هیچ شخصی مورد حمایت را نمی توان برای عمل خلافی که شخصاً مرتکب شده است تنبیه کرد. تنبیهات دسته جمعی و همچنین هر گونه عمل ارباب یا تروریسم ممنوع است.»<sup>۱</sup>

البته حقوق بین المللی بشر دوستانه همانگونه که در جنگهای بین المللی لازم است رعایت گردد در جنگهای داخلی نیز لازم است رعایت گردد. «کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد در نظریه عمومی ناظر بر ماده ۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی اعلام می دارد: در جریان درگیریهای مسلحانه، اعم از اینکه بین المللی یا غیر بین المللی باشد، قواعد بین المللی بشر دوستانه اعمال گردیده و این مقررات علاوه بر مقررات ماده و بند ۱ ماده ۵ میثاق مانع از سوء استفاده از اختیارات ویژه حکومت در مواقع اضطراری می گردد.»<sup>۲</sup>

در مورد برخورد با بازداشت شدگان در خصوص اسراء نیز، هر نوع عمل خشونت آمیز علیه آنها، شدیداً ممنوع شده است. بر طبق ماده ۱۷ کنوانسیون سوم ژنو، هیچگونه شکنجه بدنی یا روحی و هیچگونه فشاری نباید به اسیران جنگی وارد آید. اسیرانی که از دادن اطلاعات خودداری می کنند نباید مورد تهدید یا دشنام قرار گرفته و در معرض ناراحتی قرار گیرند. لذا اقدامات تروریستی که منجر به ارباب و وحشت میان اسراء شود، ممنوع می باشد.

<sup>۱</sup> - ماده، ۳۳، کنوانسیون چهارم ژنو، مصوب ۱۹۴۹

<sup>۲</sup> - هنکرتز، ژان ماری و دوسوالدبک، لوئیس، حقوق بین المللی بشردوستانه عرفی، ص ۴۴۷

در خصوص غیر نظامیانی که در جریان یک مخاصمه مسلحانه و در چارچوب مبارزه با تروریسم دستگیر می شوند نیز ماده ۳۳ مقرر می دارد: تنبیهات دسته جمعی علیه اسراء و ارباب و ترور آنها ممنوع است، لذا علیه آنها هیچگونه اقدام تروریستی قابل توجیه نیست اینها مشمول کنوانسیون چهارم ژنو می باشند. بر خلاف اسراء صرف مشارکت مستقیم این افراد در مخاصمات مسلحانه می تواند جرم محسوب شده و مورد محاکمه و مجازات واقع شود. این گونه افراد ممکن است حتی پس از پایان مخاصمات و تا زمان انجام محاکمه در اختیار کشور بازداشت کننده قرار داشته باشند. در کنوانسیونهای که در این قسمت بحث شد، از تروریسم برده نشده است ولی بعضی جرایمی را که منع و جرم انگاری نموده است بعداً از مصدق جرم تروریسم دانسته شده است.

### ج) کنوانسیونهای دیگر علیه تروریسم

از سال ۱۹۶۳ در کمتر از ۴۰ سال کنوانسیونهای دوازده گانه ضد تروریسم به این شرح تدوین شد:

کنوانسیون جرائم و سایر اقدامات معین ارتكابی در طیارات ۱۹۶۳ این کنوانسیون تحت عنوان کنوانسیون توکیو نیز یاد می شود. در بند ۱ ماده اول این کنوانسیون آمده است: « مقررات کنوانسیون حاضر در موارد زیر مجری خواهد بود: الف) در مورد جرائم موضوع قوانین جزایی. ب) در مورد اعمالی که متضمن ارتكاب جرم بوده و یا نباشد ولی سلامت هواپیما و سرنشینان و محمولات آن را به مخاطره و یا سبب اختلال نظم و آرامش داخلی هواپیما گردد. » این ماده تصریح به تروریسم نمی کند و نامی از تروریسم نمی برند اما امروزه جرایمی که در هواپیمایی در حال پرواز رخ می دهد و سبب وحشت و رعب مسافری می گردد از مصادیق جرایم تروریستی محسوب می شود و در کنوانسیون منع تمویل تروریسم تذکر می دهد که اعمال مذکور در کنوانسیونهای ضمیمه، تروریستی دانسته می شود. در ضمیمه کنوانسیون مذکور ۹

کنوانسیون دیگر را نام برده شده که یکی همین کنوانسیون ۱۹۶۳ است و ۸ کنوانسیون دیگر است که در ذیل اشاره می شود.

در فقرات بعدی این ماده می نویسد: (۱) به استثناء موارد مذکور در فصل سوم - مقررات کنوانسیون حاضر در مورد جرائم و اعمال ارتكابی توسط یک فرد در داخل یک هواپیما ثبت شده نزد یکی از دول متعاقد- هنگامی که هواپیما در پرواز بوده یا در سطح دریاهای آزاد و یا منطقه ای که متعلق به هیچ یک از دول نباشد قرار گرفته باشد - مجری خواهد بود.

(۳) از لحاظ این کنوانسیون یک طیاره از زمانی که ماشین آن به منظور پرواز به کار میافتد تا زمانی که عمل فرود آمدن آن پایان یابد در حال پرواز تلقی می شود.

(۴)- این کنوانسیون در مورد هواپیماهایی که به منظورهای نظامی یا گمرکی یا پولیسی به کار می روند- مجری نخواهد بود.

کنوانسیون جلوگیری از توقیف غیر قانونی هواپیما ۱۹۷۰ :

این کنوانسیون که در شانزدهم دسامبر یک هزار و نهصد و هفتاد در شهر لاهه در ۱۴ ماده به تصویب رسید، در

ماده ۱ می نویسد: « هرکسی در داخل هواپیمای در حال پرواز: الف) از طریق غیر قانونی و با توسل به زور یا تهدید به زور یا هر نوع ارباب دیگر هواپیما را تصرف و یا کنترل آن را در دست گیرد و یا شروع به ارتكاب اعمال مزبور نماید ب) در ارتكاب این اعمال یا در شروع به آن معاونت کند، مرتکب جرم شناخته می شود.» در این ماده توسل به زور و یا تهدید به آن را هم قید کرده که در کنوانسیون قبلی قید نشده بود. بنا براین کنوانسیون ۱۹۷۰ نزدیک تر به تعریف جدید تروریسم است و علاوه بر آن در ضمیمه کنوانسیون مبارزه با تمویل تروریسم آمده و اعمال مذکور در آن اعمال تروریستی دانسته شده است.

در ماده ۲ این کنوانسیون از تعهد کشورهای عضو در جهت تعیین کیفرهای شدید برای این جرائم سخن می گوید.

کنوانسیون دیگری که در کنوانسیون ۱۹۹۹ اعمال جرم انگاری شده آن تروریستی دانسته شد کنوانسیون جلوگیری از اقدامات غیر قانونی علیه امنیت هوا نوردی غیر نظامی ۱۹۷۱

این کنوانسیون در بیست و سوم سپتامبر ۱۹۷۱ در شهر مونترال در ۱۶ ماده به تصویب رسید. در این کنوانسیون اعمالی که به عنف در هواپیما انجام شود و سبب به مخاطره افتادن هواپیما شود جرم انگاری شده است. و در ماده ۳ آن از کشورهای عضو خواسته شده است که تعهد نماید برای جرمهای مذکور مجازاتهای شدیدی تعیین نماید.

کنوانسیون پیشگیری و مجازات جنایات علیه اشخاص مورد حمایت بین المللی شامل مأموران دیپلماتیک ۱۹۷۳

این کنوانسیون که در تاریخ ۱۴ دسامبر ۱۹۷۳ در نیویورک به امضای کشورهای حاضر رسید، در ماده ۱ آن می نویسد: « ۱) اصطلاح "شخص مورد حمایت بین المللی" به اشخاص زیر اطلاق می گردد: الف) رئیس کشور یا هر یک از اعضای گروهی که حسب قوانین اساسی کشور مربوطه وظایف رئیس کشور را اعمال می نمایند و رئیس دولت یا وزیر امور خارجه - هنگامی که هر یک از این اشخاص در سرزمین یک کشور خارجی به سر می برند و همچنین اعضای خانواده او که همراه باشند. ب) کلیه نمایندگان و کارمندان یا شخصیتهای رسمی هر کشور یا هر کارمند و شخصیت رسمی یا مأمور دیگر یکی از سازمانهای بین المللی یا بین دول هنگام وقوع جرم علیه شخص او یا اماکن رسمی و محل سکنی شخصی و یا وسائل نقلیه، او، حق دارد به موجب حقوق بین الملل از حمایت مخصوص در مقابل ایراد لطمه به شخص و آزادی و حیثیت و اعضای خانواده خود که با او زندگی می کنند برخوردار گردد.

۲) اصطلاح "مظنون به ارتکاب جرم" به شخصی اطلاق می گردد که در مرحله ابتدایی دلایل کافی برای اثبات اینکه او یک یا تعدادی از جرائم مندرج در ماده ۲ را مرتکب شده یا در آن شرکت نموده علیه او وجود داشته باشد.

اعمال ذیل در این کنوانسیون علیه افراد مورد حمایت بین المللی که در بالا ذکر شد عمل تروریستی دانسته شده است.

الف - قتل و ربودن یا نوعی دیگر از حمله علیه شخص یا آزادی شخص مورد حمایت بین المللی.

ب- حمله خشونت آمیز به اماکن رسمی و محل سکنی و یا وسیله نقلیه متعلق به شخص مورد حمایت بین المللی به نحوی که جان و یا آزادی او به مخاطره افتد.

ج- تهدید به اعمال این قبیل حملات.

د- شروع به ارتکاب این قبیل حملات.

ه- مداخله در ارتکاب این قبیل حملات به عنوان شریک جرم.

در ماده دوم این کنوانسیون از کشورها خواسته شده که این جرائم را حسب میزان وخامت مشمول مجازاتهای مقتضی قرار دهند.

کنوانسیون بین المللی منع گروگانگیری ۱۹۷۹ یکی از کنوانسیونهایی که در ضمیمه کنوانسیون ۱۹۹۹ نام برده شد و اعمال ممنوع در آن عمل تروریستی نامیده شد، همین کنوانسیون می باشد. این کنوانسیون در ماده ۱ خود می نویسد: «هر شخصی که به توقیف یا بازداشت و تهدید به کشتن، مصدوم کردن یا ادامه توقیف شخص دیگر (که از این پس گروگان نامیده می شود) به منظور وادار کردن شخص ثالثی یعنی یک کشور، سازمان بین الدولی بین المللی، شخص حقیقی یا حقوقی، یا گروهی از افراد جهت انجام یا پرهیز از انجام اقدامی به عنوان شرط صریح یا ضمنی برای آزادی گروگان مبادرت نماید در چارچوب مفهوم این کنوانسیون مرتکب جرم گروگان گیری شده است.»

پروتکل جلوگیری از اقدامات غیر قانونی خشونت در فرودگاهها در خدمت ترانسپورت هوایی بین المللی در تکمیل کنوانسیون جلوگیری از اقدامات غیر قانونی علیه ترانسپورت هوایی ۱۹۸۸ و همچنین کنوانسیون جلوگیری از اقدامات غیر قانونی

علیه امنیت ترانسپورت دریایی ۱۹۸۸ پیشگیری، مقابله و جهت کاهش اعمال ووقایع تروریستی در سطح دریا و بر روی انواع وسایل ترانسپورت دریایی و پروتکل جلوگیری از اقدامات غیر قانون علیه سکوهاى نصب شده در فلات قاره ۱۹۸۹ و کنوانسیون بین المللی جلوگیری از بمب گذاری تروریستی ۱۹۹۷ جهت مقابله موثر با نوع بسیار شایع تروریستی یعنی بمب گذاری در مناطق عموماً غیر نظامی و به صورت عام و جهت ایجاد یک چارچوب مناسب برای آن منعقد گردید.

و در نهایت کنوانسیون مبارزه با تأمین مالی تروریسم که در تاریخ ۹ دسامبر ۱۹۹۹ توسط مجمع عمومی مورد تصویب قرار گرفت و تا تاریخ ۳۰ آوریل ۲۰۰۳ تعداد ۱۳۲ کشور آن را امضا نمودند، تمویل تروریزم نیز جرم انگاری شد. این کنوانسیون سه تعهد عمده برای کشورهای عضو قائل شده:

۱) جرم انگاری تأمین مالی اعمال تروریستی در قوانین جزایی ۲) همکاری گسترده با سایر کشورهای عضو و ارائه معاضدت قضایی در موضوعات مربوط به کنوانسیون ۳) وضع مقررات و الزامات مربوط به ایفای نقش مؤسسات مالی درکشف و گزارش دهی موارد تأمین مالی اعمال تروریستی.

یکی از کارهایی که در کنوانسیونهای دیگر نشده و در این کنوانسیون به آن پرداخته است تعریف تروریسم است: ردیف های الف و ب از بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون مقرر می دارند:

الف) ارتکاب عملی که طبق هریک از کنوانسیونهای مذکور در پیوست این کنوانسیون، جرم شناخته شده است؛ یا

ب) ارتکاب هر عمل دیگری به منظور قتل یا ورود لطمه جسمی جدی به یک شهروند یا شخصی که مشارکت فعالی در درگیری مسلحانه ندارد و هدف از ارتکاب چنین عملی، ماهیتاً یا بر اساس شرایط مربوط ارباب جمعیت یا وادار نمودن یک حکومت یا یک سازمان بین المللی به انجام یا خودداری از انجام هر عملی باشد.

#### د) قطعنامه های شورای امنیت در مورد اعمال تروریسم

قطعنامه های زیادی نیز در جرم انگاری انواع اعمال تروریسم وجود دارد که از کشورها نیز خواسته است که این اعمال را در قوانین داخلی شان جرم انگاری نماید. از آن جمله قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت است که در سال ۲۰۰۱ صادر شد.

با توجه به اینکه در ماده ۲۵ منشور این سازمان که می نویسد: اعضای ملل متحد موافقت می نماید که تصمیمات شورای امنیت را بر طبق این منشور قبول و اجرا نمایند و در ماده ۴۸ آن در بند ۱ می نویسد: برای اجرای تصمیمات شورای امنیت جهت حفظ صلح و امنیت بین الملل همه یا بعضی از اعضای ملل متحد به تشخیص شورای امنیت اقدام لازم معمول خواهند داشت. و در فقره دوم این ماده می نویسد: اعضای ملل متحد مستقیماً و به وسیله اقدامات خود در سازمان های بین المللی مربوط که عضو آن هستند تصمیمات مذکور را اجرا خواهند کرد، الزام آور بودن قطع نامه ۱۳۷۳ شورای امنیت استنباط می گردد و نیز با توجه به ردیف (ت) بند ۳ قطعنامه که می گوید: کلیه کشورها باید در اسرع وقت به عضویت کنوانسیونهای بین المللی مربوط و پروتکل های مرتبط با آنها ناظر بر تروریسم، از جمله کنوانسیون بین المللی مبارزه با تأمین مالی تروریسم مورخ ۹ دسامبر ۱۹۹۹ در آیند می توان به این نتیجه رسید که الحاق به این «کنوانسیون» و حتی سایر کنوانسیونهای مرتبط به موجب قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت که بر مبنای فصل هفتم منشور صادر شده است، الزامی است و عدم انجام این تکلیف می تواند منجر به اعمال ضمانت اجرای مقرر در منشور شود. به هر صورت مقرراتی به صورت مشترک در قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت و «کنوانسیون» دیده می شود که می توان آنها را به شرح زیر خلاصه نمود:

### الف) پیشگیری از تمویل

در قطعنامه ۱۳۷۳ تأکید دارد که وجوه و دیگر دارایی های مالی یا منابع اقتصادی افرادی را که مرتکب عمل تروریستی شده اند و یا نیت این کار را داشته اند بدون درنگ مسدود نمایند. این مورد همچنین درباره نهادهایی که متعلق به این اشخاص بوده و یا تحت نظارت آنها اداره می شود و در مورد افراد و نهادهایی که به نمایندگی از و یا طبق هدایت این افراد کار می کنند صادق است.<sup>۱</sup>

در کنوانسیون به منظور پیشگیری از وقوع جرم تمویل تروریسم می نویسد: « هر کشور عضو مطابق با اصول حقوقی خود جهت شناسائی، ردیابی و مسدود کردن یا تصرف هرگونه وجوهی که جهت ارتکاب جرائم مندرج در ماده (۲) هزینه می شود یا تخصیص می یابد و نیز عواید حاصله از ارتکاب چنین جرائمی اقدامات مقتضی را جهت توقیف احتمالی اتخاذ خواهند نمود.»<sup>۲</sup>

ب) تقاضای جرم انگاری و تعیین مجازات مقتضی توسط کشورها در قوانین داخلی اساسنامه هرچند به صورت توصیه از کشورهای تقاضای جرم انگاری و تعیین مجازات مناسب با جرم تمویل شده است. «در صورت لزوم هر کشور عضو اقدامات ذیل را اتخاذ خواهند نمود: الف) قلمداد قرار دادن جرائم مندرج در ماده (۲) بعنوان جرائم جزائی طبق قانون داخلی خود؛

ب) مشمول مجازات قرار دادن آن جرائم یا منظور نمودن مجازاتهای مقتضی با توجه به شدید بودن ماهیت شان.»<sup>۳</sup> در قطعنامه مذکور نیز از دولتها خواسته شده است

<sup>۱</sup> - قطعنامه، شماره، ۱۳۷۳، بند C، فقره ۱

<sup>۲</sup> - کنوانسیون مقابله با تروریسم، ۱۹۹۹، ماده ۸، فقره ۱

<sup>۳</sup> - کنوانسیون، ۱۹۹۹، ماده ۴

تا تهیه پول و منابع مالی برای جرایم تروریستی را جرم انگاری کنند.<sup>۱</sup> هرچند در قطعنامه از تعیین مجازات مقتضی یا متناسب با جرم سخن گفته نشده است ولی فحوای قطعنامه آن را نشان می دهد که مجازات باید متناسب با اهمیت جرم باشد و تأکید دارد که باید کشورها تلاش کند تا از این جرم پیشگیری نمایند.

### ج) تبادل اطلاعات

تبادل اطلاعات بین کشورها یکی دیگر از نکات مهم در جرم تروریستی است. این جرم چون جنبه بین المللی دارد تبادل اطلاعات بین کشورها و همکاری بسیار مهم است. از همین جهت تبادل اطلاعات هم در قطعنامه مورد تأکید قرار گرفته است و هم در کنوانسیون. مثلاً در کنوانسیون می نویسد: «هر کشور عضو می تواند ایجاد راهکارها جهت تبادل اطلاعات یا شواهد مورد نیاز با سایر کشورها را برای انجام مسئولیت جزائی، مدنی یا اداری مصرحه در ماده (۵) ملحوظ دارد. کشورهای عضو تعهدات منظور در پاراگراف (۱) و (۲) را مطابق با کلیه پیمانها یا ترتیبات مربوطه معاضدت حقوقی متقابل با تبادل اطلاعات که میتواند میان آنها وجود داشته باشد، انجام»<sup>۲</sup> در بند ۳ فقره a و b قطعنامه آمده است: «از تمامی کشورها می خواهد: راه هایی را برای تسریع و تشدید تبادل اطلاعات کاربردی بویژه در خصوص اعمال یا تحرکات افراد یا شبکه های تروریستی، اسناد سفر جعلی یا تقلبی، قاچاق سلاح مواد منفجره یا مواد حساس، استفاده از فن اوری ارتباطات توسط گروه های تروریستی و تهدیدی که بواسطه داشتن سلاح های جمعی ایجاد می شود، پیدا کنند. تبادل اطلاعات مطابق با قوانین بین المللی و داخلی و همکاری در امور اجرایی و قضائی برای پیشگیری از

<sup>۱</sup> -قطعنامه، همان، بند b

<sup>۲</sup> -کنوانسیون، همان، ماده ۱۲

ارتکاب اعمال تروریستی خواهند داد . در صورت عدم وجود چنین پیمانها یا ترتیباتی، کشورهای عضو می توانند به یکدیگر مطابق با قوانین داخلی خود کمک نمایند.»

## گفتار سوم: ارکان جرم تروریسم از منظر اسناد بین المللی و قوانین جزایی

### افغانستان

در هر جرم سه رکن و عنصر باید به وجود آید تا یک عمل جرم دانسته شود و قابل مجازات باشد. بر اساس کنوانسیونهای مذکور در بالا و قطعنامه ها و پروتکلها در ذیل مورد بحث و بررسی قرار می گیرد:

### الف) رکن قانون جرم تروریسم

در مورد رکن قانونی بحث زیادی وجود ندارد، چون از یکسو کنوانسیونها، قطعنامه ها و پروتکلهای متعدد در این زمینه وجود دارد که اعمالی را که قبلا بیان شد در آنها به عنوان تروریسم جرم انگاری شده است. از سوی دیگر ارکان مادی و معنوی که مورد بحث قرار می گیرد نیز باید در اسناد معتبر بین المللی و قوانین افغانستان به عنوان عناصر تشکیل دهنده این جرم ذکر شده باشد. بعض حقوق دانان معتقد هستند که جرم فقط یک رکن دارد و آن رکن قانونی است و رکن مادی یا معنوی بخش از رکن قانونی می باشد، یا به تعبیر دیگر رکن مادی و معنوی دو بخش یا دو بعد از رکن قانونی است، چون اگر رکن مادی یا معنوی در قانون ذکر نشده باشد اعتبار و ارزش نخواهد داشت. «کسی را نمی توان نسبت به جرمی مقصد دانیست مگر اینکه دو عنصر حضور داشته باشد، عنصر مادی معادل عمل گناهکارانه... و عنصر معنوی معادل ذهن گناهکار»<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - کاترین، الیت، و فرانس کوئن، «حقوق جزا» مترجمان، آوا واحدی و نسترن غضنفری، تهران: میزان، ۱۳۹۷، چ دوم،

همچنین قانون مبارزه با جرایم تروریستی مصوب سال ۱۳۸۷ در ماده سوم این قانون فقره ۱ چنانچه در بحث مفاهیم گذشت جرم تروریسم را تعریف نموده و برای آن مجازات مناسب در فصل دوم این قانون از ماده ۸ به تعیین نموده است. ماده از ماده ۲۶۴ کود جزا به بعد جرم تروریستی را تعریف اعمالی را از مصادیق دانسته و برای آن مجازاتهای مناسبی نیز تعیین نموده است.

### ب) رکن مادی

رکن مادی جرم تروریستی بسیار گسترده می باشد که اگر نویسنده ای بخواهد تمام اعمالی مادی که در اسناد بین المللی تروریسم دانسته شده است بیان کند مثنوی هفتاد من کاغذ خواهد شد. در این قسمت به نکات ذیل در مورد رکن مادی این جرم اشاره می گردد:

#### ۱- فعل مادی مثبت

رکن مادی جرم ممکن است فعل مادی مثبت باشد یعنی از نوع فعل و انجام دادن باشد مانند گروگانگیری، تصرف طیاره و... که عنصر جرم تروریستی و از نوع فعل مادی مثبت است. ممکن است عنصر مادی جرم از نوع ترک فعل باشد مانند ترک وظیفه، اما در جرم تروریسم آنچه از اسنادی مذکور در بالا به دست می آید این است که این جرم با ترک فعل امکان پذیر نمی باشد و باید از نوع فعل مادی مثبت باشد. چنان چه در بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون منع تمویل تروریسم آمده بود: « ارتکاب عملی که طبق هریک از کنوانسیونهای مذکور در پیوست این کنوانسیون، جرم شناخته شده است » ارتکاب عمل را مطرح نموده است که همان فعل مادی مثبت می باشد. پس این جرم با ترک فعل قابل تحقق نمی باشد.

کود جزای افغانستان در ماده ۲۶۴ ارتکاب اعمال ذیل را اگر به منظور تحت فشار قرار دادن دولت جمهوری اسلامی افغانستان یا دولت دیگر یا سازمانهای بین المللی انجام شود ترویسیم است: «حمله انتحاری، جرایم استفاده از مواد منفجره یا وسایل

کشنده، جرایم علیه اشخاص، جرایم مربوط به مواد هسته ای، تخریب تأسیسات زیر بنایی، گروگان گیری، جرایم علیه اشخاص دارای مصونیت بین المللی، جرایم علیه مصونیت بین المللی، جرایم علیه مصونیت میدان هوایی، جرایم علیه راکب کشتی یا مؤظف تأسیسات ثابت دریایی جرایم علیه مصونیت کشتی یا تأسیسات ثابت دریایی یا بحری و تشکیل سازمان تروریستی، عضویت و همکاری با آن.» بنا بر این قوانین افغانستان به تبع از اسناد بین المللی فعل مادی مثبت را عنصر مادی جرم ترور می داند.

## ۲- نتیجه مجرمانه

در جرایم مقید، نتیجه مجرمانه نیز جزء عنصر مادی جرم دانسته می شود. «چنانچه تحقق جرم مقید به ایجاد نتیجه ای مجرمانه باشد، مانند ربایش مال در سرقت یا عمل کشتن در قتل، جرم را مقید می نامند و اگر صرف انجام عمل مجرمانه صرف نظر از ایجاد نتیجه جرم باشد، آن را جرم مطلق گویند.<sup>۱</sup>» بر اساس کنوانسیونهای مذکور جرم تروریسم یک جرم مقید است و آن ایجاد وحشت در بین غیر نظامیان است. البته اعمالی ارتكابی مانند قتل، گروگان گیری و... همه یک نوع جرمی است که با انجام عنصر مادی نتیجه خود آن عمل تحقق پیدا می کند علاوه بر اینکه سبب وحشت نیز می گردد.

در قوانین جزایی افغانستان مصادیقی برای جرم تروریسم ذکر شده است که بعضی از نوع جرایم مقید است و بعضی آنها از نوع جرایم مطلق است. ارتكاب عمل انتحار، گروگان گیری، جرایم علیه اشخاص، استفاده از مواد منفجره از نوع جرایم مقید است ولی نگهداری مواد رادیو اکتیو که در ماده ۲۶۸ آمده است از نوع جرایم مطلق است.

<sup>۱</sup> - نوربها، رضا، زمینه «حقوق جزای عمومی» تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، چاپ، بیست و چهارم، ص ۲۳۲

### ۳- رابطه سببیت

بخش از عنصر مادی جرم در جرایم مقید وجود رابطه سببیت است. یعنی نتیجه به وجود آمده باید نتیجه عمل مرتکب باشد نه نتیجه عمل دیگری. مفهوم ترس و وحشت خمیر مایه اصلی معنی ترور است. در صورتیکه جرم مقید باشد حتماً باید رابطه سببیت احراز گردد و اگر نگردد مسئولیت جزایی ندارد. در حقوق جزای افغانستان نیز رابطه سببیت به صورت یک اصل مسلم در مسئولیت جزایی پذیرفته شده است: «شخص از جرمی که نتیجه عمل جرمی وی نباشد مسئول شناخته نمی شود.<sup>۱</sup>» و همچنین در تعریف عنصر مادی جرم آمد است: «عنصر مادی جرم عبارت است از ارتکاب عمل مخالف قانون یا امتناع از اجرای عملی که قانون به آن حکم نموده است به نحویکه ارتکاب یا امتناع منجر به نتیجه جرمی گردیده و رابطه سببیت میان عمل و نتیجه موجود باشد.<sup>۲</sup>» حال فرق نمی کند چه نوع جرمی باشد، هر جرم که دارای نتیجه باشد، یعنی جرم مقید باشد وجود رابطه سببیت برای مسئولیت جزایی لازم و ضروری است.

### ج) رکن معنوی جرم تروریسم

رکن معنوی جرم در جرایم عمدی قصد جرمی، علم و آگاهی به جرم بودن عمل و قصد نتیجه آن می باشد. و بر اساس تصریح کود جزای افغانستان قصد جرمی شامل قصدآنی، توأم با اصرار قبلی، معین و غیر معین می باشد.<sup>۳</sup> بنا بر این قصد جرمی چهار قسم است: ۱) قصد آنی یعنی قصدی که شخص تصمیم قبلی به ارتکاب جرم نداشته و یک مرتبه در اثر عصبانیت اقدام به عمل مجرمانه می کند. ۲) قصد توأم با اصرار قبلی که عبارت از قصد جرم با سبق تصمیم است که از قبل تصمیم ارتکاب جرم را داشته و برای آن برنامه ریزی نموده است. این نوع قصد چون بیان گر از شخصیت مجرمانه

<sup>۱</sup> - کود جزا، ماده ۳۷

<sup>۲</sup> - همان، ماده ۳۳

<sup>۳</sup> - همان، مواد ۳۸ و ۳۹

مرتکب است سبب تشدید مجازات می گردد. (۳) قصد زمانی معین است که اراده مرتکب متوجه نتیجه مجرمانه معین باشد مثلاً زدن به قصد کشتن. (۴) قصد غیر معین و آن زمانی است که مرتکب قصد تحقق نتیجه مجرمانه معین را ندارد ولی با قصد وارد انجام عمل مجرمانه شده است. در جرم تروریسم معمولاً قصد جرمی توأم با اصرار قبلی است، اما اکثراً تصمیم انجام عمل معین و با قصد تحقق نتیجه معین است ولی گاهی ممکن است تحقق نتیجه معین از عمل خود نداشته باشد اما انگیزه معین امروزه در جرایم تروریستی هم در کود جزا و هم در اسناد بین المللی ذکر شده است. تحت فشار قرارداد دولت، یا یکی از سازمانهای بین المللی انگیزه است که در جرم تروریستی مطرح است. هرچند که قابل نقد است که آیا تروریسم دولتی بی معنی است؟ و آیا تروریسم مذهبی، قومی و ... نا درست است؟

اما در وضعیت موجود جرم تروریسم در عنصر معنوی خود علاوه بر قصد جرمی انگیزه معین لازم دارد. اینکه گفته می شود انگیزه در عنصر معنوی جرم نقش ندارد دیدگاه کلی نمی تواند باشد. انگیزه در بعضی جرایم سبب ارتقای جرم از مرتبه پایین تر به مرتبه بالاتر و شدیدتر همان جرم است و یا اصلاً عنوان مجرمانه جدیدی ایجاد می کند. مثلاً جرم جنایت جنگی با انگیزه خاص آن را تبدیل به جرم نسل کشی می نماید و ارتکاب جرم با انگیزه شریفانه سبب تخفیف مجازات می شود و ارتکاب آن با انگیزه دنی و منحط سبب افزایش مجازات می شود.

**گفتار چهارم: مصادیق و مجازات جرایم تروریستی در کود جزا و اسناد بین**

### المللی

در قانون مبارزه علیه تروریسم و کود جزای افغانستان تلاش شده است به تبعیت از کنوانسیونها و قطعنامه های بین المللی مصادیق را برای جرم تروریستی تعیین نماید. برخی از این مصادیق جرایم عادی می باشد اما در صورتیکه همین جرایم عادی با انگیزه خاص اگر انجام شود جرم تروریستی تلقی می شود. مثلاً در کنوانسیون منع

تمویل تروریسم می نویسد: « الف) ارتکاب عملی که طبق هریک از کنوانسیونهای مذکور در پیوست این کنوانسیون، جرم شناخته شده است؛ یا ب) ارتکاب هر عمل دیگری به منظور قتل یا ورود لطمه جسمی جدی به یک شهروند یا شخصی که مشارکت فعالی در درگیری مسلحانه ندارد و هدف از ارتکاب چنین عملی، ماهیتاً یا بر اساس شرایط مربوط ارباب جمعیت یا وادار نمودن یک حکومت یا یک سازمان بین المللی به انجام یا خودداری از انجام هر عملی باشد.<sup>۱</sup> » همچنین در کود جزا می نویسد: « جرایم تروریستی ارتکاب اعمال جرمی مندرج این فصل است به منظور تحت تأثیر قرار دادن سیاست دولت جمهوری اسلامی افغانستان، یادولت خارجی، و یا مؤسسه‌های ملی یا بین المللی، یا بی ثبات ساختن نظام دولت جمهوری اسلامی افغانستان و یادولت خارجی.<sup>۲</sup> »

مصادیق که در کود جزا در فصل جرایم تروریسم به عنوان جرایم تروریستی مطرح شده است عبارتند است:

### الف) حمله انتحاری

جدایی از جرم تروریسم خود یک مصداق از جرایم است ولی اگر با انگیزه که در بالا انجام شود جرم تروریستی تلقی می گردد. اما سوال این است که آیا این جرم با انگیزه های دیگری قابل تحقق نیست؟ قطعاً قابل تحقق است مثلاً برا انگیزه مذهبی، قومی و... اگر صورت گیرد چه؟ جرم عادی تلقی می شود یا جرم تروریستی؟ اگر جرم عادی شمرده شود از نظر مجازات چه؟ نباید مجازات یکسان برای انتحاری عادی و انتحاری تروریستی تعیین گردد، در حالیکه کود جزا در ماده ۲۶۵ یک نوع مجازات برای جرم انتحاری در نظر گرفته شده است: «مرتکب جرم حمله انتحاری، شریک یا

<sup>۱</sup> - کنوانسیون منع و مبارزه با تمویل تروریسم، مصوب ۱۹۹۹، بند ۱ ماده ۲، فقره الف و ب

<sup>۲</sup> - کود جزا، بند ۱ ماده ۲۶۳

معاون وی حسب احوال به حبس دوام درجه ۱ یا اعدام محکوم می گردد» مگر اینکه محاکم از حد اقل و حد اکثر مجازاتها استفاده کند یا اینکه ادعا شود جرم انتحاری نمی تواند بدون انگیزه تحت تأثیر قرار دادن دولت یا نابودی و تضعیف دولت صورت گیرد. اما در اسناد بین المللی مربوط به تروریسم طبق تحقیقات انجام شده از جرم انتحار سخن گفته نشده است.

#### ب) جرایم استفاده از مواد منفجره

در کود جزا در این مورد قید می کند اگر شخصی به منظور ارتکاب جرم تروریستی اگر یکی از مواد منفجره یا وسایل کشنده را در محل یا تأسیسات مورد استفاده عامه یا تأسیسات زیر بنایی انفجار دهد یا منتشر سازد یا به استقامت آنها فیر نماید یا وسایل کشنده را در مواد غذایی یا آب آشامیدنی مخلوط نماید به حبس دوام درجه ۱ و در صورت قتل به اعدام محکوم می گردد.<sup>۱</sup> باز هم ابهام و سر درگمی کود جزا نمایان است. اگر این اعمال را به منظور ارتکاب جرم تروریستی انجام ندهد جرم است یا نه؟ اگر جرم است چه تفاوتی با جرم تروریستی در همین مورد دارد؟ یا این نوع اعمال که ذکر شده است نمی تواند غیر تروریستی باشد؟ در این صورت قید به منظور ارتکاب جرم تروریستی بی معنی می شود.

در اسناد بین المللی نیز کنوانسیون ۱۹۹۷ مربوط به جلوگیری از سوء قصدهای تروریستی با استفاده از مواد منفجره. همین موضوع را مطرح و مجمع عمومی سازمان ملل از کشورهای عضو خواسته است که بندهای این کنوانسیون را جرم انگاری و مجازات مناسب برای آن در نظر گیرند. این کنوانسیون با توجه به قطع نامه شماره ۴۹/۶۰ مورخ ۹ دسامبر ۱۹۹۴ که طی آن مجمع عمومی اعلامیه ای در خصوص اقدامات جهت محو تروریسم بین المللی صادر نمود و با عنایت به قطعنامه شماره ۵۱/۲۱۰

<sup>۱</sup> - کود جزا، ماده ۲۶۶

مورخ ۱۰ دسامبر ۱۹۹۶ و در ضمیمه آن در هفتاد و دومین جلسه عمومی مجمع عمومی سازمان ملل متحد آن را تصویب نمودند که در ماده ۲ می نویسد: « ۱) یک شخص مرتکب یکی از جرایم مندرج در مفاد این کنوانسیون می گردد، اگر او به طور غیر قانونی و از روی عمد ماده منفجره یا دیگر مواد مرگبار را در داخل، یا مقابل اماکن عام المنفعه، وسایل دولتی یا ملی، وسیله حمل و نقل عمومی یا وسایل زیربنایی، (به قصد اهداف زیر) تحویل، مسلح یا منفجر نماید: الف. به قصد کشتن یا ابراد جراحت شدید جسمانی؛ و یا ب. به قصد تخریب گسترده اماکن، امکانات یا وسایل ذکر شده، جایی که این تخریب، تحقیقاً یا احتمالاً منجر به ورود خسارت عمده اقتصادی گردد. ۲) همچنین یک شخص مرتکب جرم تروریستی می شود، اگر او تلاش کند تا یکی از جرایم مندرج در پاراگراف اول این ماده را مرتکب شود، ۳) همچنین یک شخص مرتکب جرمی می شود، اگر او: الف. به عنوان معاون در ارتکاب یکی از جرایم مذکور در بند ۱ یا ۲ این ماده، مشارکت کند؛ یا ب. با سازماندهی یا هدایت افراد دیگر آنان را به ارتکاب جرایم مذکور در بند ۱ یا ۲ این ماده سوق دهد؛ یا ج. به هر طریق دیگری در ارتکاب یک یا چند مورد از جرایم مذکور در بند ۱ یا ۲ این ماده با گروهی از افراد که با هدف مشترکی فعالیت می کنند مشارکت نماید؛ و چنین مشارکتی عمدی قلمداد خواهد شد، خواه آن جرم یا جرایم مزبور را با هدف گسترش فعالیت مجرمانه عمومی، خواه در راستای هدف گروهی خاص و یا با علم به قصد آن گروه مرتکب شود.

### ج) جرایم علیه اشخاص

در اسناد بین المللی فقط جرایم علیه اشخاص مورد حمایت را مطرح کرده است نه جرایم علیه اشخاص به طور مطلق اما در کود جزای افغانستان جرایم علیه اشخاص را به طور مطلق مطرح نموده است. در ماده ۲۶۷ می نویسد: « ۱) شخصی که به منظور ارتکاب جرایم تروریستی، دیگری را گرفتار و آزادی وی را سلب نماید به حبس طویل تا ده سال، محکوم می گردد. ۲) هرگاه در اثر ارتکاب عمل مندرج فقره ۱ این ماده یا به

نحو دیگری به مقصد ارتکاب جرم تروریستی سبب قتل شخص گردد، مرتکب به اعدام محکوم می گردد» بنا بر این از منظر کود جزای افغانستان حتی اگر قتل یا گرفتار ساختن و سلب آزادی یک شخص هم به منظور تحت تأثیر قرار دادن یا بی ثبات ساختن دولت یا یکی از سازمانهای بین المللی انجام شود جرم تروریستی دانسته می شود.

#### د) جرایم مرتبط به مواد هسته‌ای

در سپتامبر ۲۰۱۶، «کنوانسیون تروریسم هسته‌ای»<sup>۱</sup> با ۱۱۵ امضاء کننده و ۱۰۶ کشور شرکت کننده، از جمله قدرت‌های هسته‌ای چین، فرانسه، هند، روسیه، انگلیس و ایالات متحده بتصویب رسید. این کنوانسیون طیف گسترده‌ای از اقدامات و اهداف احتمالی، از جمله نیروگاه‌های هسته‌ای و رآکتورهای هسته‌ای را شامل می‌شود، تهدید و اجبار و تلاش برای ارتکاب یا به عنوان یک همدست در چنین جنایاتی را پوشش می‌دهد؛ تصریح می‌کند که مجرم یا باید مسترد یا تحت پیگرد قانونی قرار گیرد. در ماده ۲ این کنوانسیون، تخطی از تروریسم هسته‌ای را به شرح زیر تعریف می‌کند:

هر شخصی که غیرقانونی و عمداً دارای مواد رادیواکتیو بوده یا آنرا تولید کند یا دارای یک دستگاه تولید باشد و با هدف کشتن یا آسیب جدی جسمی؛ یا با قصد آسیب جدی به اموال یا محیط زیست؛ و یا با استفاده به هر نحو از مواد رادیواکتیو یا وسیله آن، یا آسیب رساندن به تأسیسات هسته‌ای، به طوری که باعث انتشار مواد رادیواکتیو یا خطر آن شود. یا با هدف وادار کردن یک فرد طبیعی یا قانونی، یک سازمان بین‌المللی یا یک دولت برای انجام یا عدم انجام یک اقدام مشخص آن را در اختیار گیرد.

<sup>1</sup> - Nuclear Terrorism Convention)

در کود جزای افغانستان نیز می نویسد: « ۱) شخصی که به منظور ارتکاب جرم تروریستی، مواد هسته‌ای یا رادیو اکتیف را استعمال، انتشار یا تخریب کند و در نتیجه سبب قتل یا وارد نمود صدمه به اشخاص یا اموال یا تأسیسات گردد، به اعدام محکوم می گردد. ۲) شخصی که به منظور ارتکاب جرم تروریستی مواد هسته‌ای یا رادیو اکتیف را تولید، وارد، صادر، نگهداری، تبادل، انتقال، حمل و نقل یا خرید یا فروش کند یا برای فروش عرضه کند، یا تقاضای خرید آن را داشته باشد به حبس دوام درجه ۲ محکوم می گردد.»<sup>۱</sup>

#### ه) مصادیق دیگر جرایم تروریستی

تخریب تأسیسات زیر بنایی که در ماده ۲۶۹ کود جزا، گروگانگیری که در ماده ۲۷۰ کود جزا، جرایم علیه اشخاص دارای مصونیت که در ماده ۲۷۱ کود جزا، جرایم علیه مصونیت هوایی که در ماده ۲۷۲، جرایم علیه مصونیت میدان هوایی ماده ۲۷۳، تصرف یا تحت کنترل در آوردن طیاره یا هلیکوپتر، کشتی یا محل هدایت (سکوی ثابت) ماده ۲۷۴، جرایم علیه راکب کشتی یا مؤظف تأسیسات ثابت ماده ۲۷۵، جرایم علیه مصونیت کشتی یا تأسیسات ثابت دریایی ماده ۲۷۶ و در نهایت تشکیل سازمان تروریستی، عضویت و همکاری با آن ماده ۲۷۷ همه جرایمی هستند که در اسناد بین المللی به عنوان اعمال تروریستی جرم انگاری شده است و از کشورها خواسته است که آنها را در قوانین داخلی شان جرم انگاری نموده و مجازاتهای مناسب برای آنها تعیین نمایند. در ماده ۲۷۸ کود جزا مجازات شریک، معاون، شروع کننده به جرایم تروریستی و اتفاق برای ارتکاب جرم تروریستی را در حکم انجام این نوع جرایم قرار

<sup>۱</sup> - کود جزا، ماده ۲۶۸ بند ۱ و ۲

داده است و عین مجازات مباشر اصل جرم را برای آن در نظر گرفته است که این سخن نهایت اهتمام به کنوانسیونهای بین المللی را از خود نشان می دهد.

### گفتار پنجم: تمویل تروریسم و مجازات آن

یکی از کنوانسیونهای مهم بین الملل کنوانسیون منع و مجازات تمویل تروریسم است، که در سال ۱۹۹۹ به تصویب رسیده است. کود جزای افغانستان برای اهتمام به آن یک فصل خود را به این جرم اختصاص داده و مجازاتهای برای آن در نظر گرفته است. در ماده ۲۷۹ کود جزا مرتکب جرم تمویل تروریسم را این گونه توضیح می دهد: « ۱) شخص زمانی مرتکب جرم تمویل تروریسم شناخته می شود که وجوه، دارایی یا خدمات مالی را با وجود داشتن علم یا اطلاع بر این که وجوه، دارایی یا خدمات مذکور قسماً یا کلاً به مقصد ارتکاب یکی از جرایم ذیل استفاده می شود، طور مستقیم یا غیر مستقیم عمداً تهیه یا جمع آوری یا پرداخت نموده و یا به آن شروع نموده باشد.

مجازات جرم تمویل تروریسم در کود جزای افغانستان بر اساس میزان ارزش مال تمویل شده تعیین می گردد، به همین خاطر در ماده ۲۸۰ کود جزا می نویسد: «در صورتی که اندازه وجوه، دارایی یا ارزش خدمات تمویل شده تا ده هزار افغانی باشد، به حبس قصیر و جزای نقدی دو چند وجوه دارایی یا ارزش خدمات تمویل شده محکوم می شود. در صورتیکه اندازه وجوه، دارایی یا ارزش خدمات تمویل شده بیش از ده هزار تا یک صد هزار افغانی باشد، به حبس متوسط بیش از سه سال و جزای نقدی معادل وجوه، دارایی یا ارزش خدمات تمویل شده محکوم می شود. اگر ارزش آن بیش از یکصد هزار افغانی تا یک میلیون افغانی باشد، به حبس طویل تا ده سال و جزای نقدی معادل وجوه، دارایی یا ارزش خدمات تمویل شده مجازات می شود. اما در صورتیکه اندازه آن بیش از یک میلیون افغانی باشد، به حبس طویل بیش از ده سال و جزای نقدی معادل وجوه، دارایی یا ارزش خدمات تمویل شده محکوم می شود.

مجازات شخص حکمی : هرگاه به حساب شخص حکمی توسط رئیس یا ممثل جرم تمويل تروريسم صورت گيرد، مطابق با ميزان ارزش مالي تمويل شده مجازات شخص حکمی یکصد هزار افغانی در برابر تمويل به ارزش تا ده هزار افغانی، یک ميليون جزای نقدی در صورت تمويل به ارزش بيش از ده هزار تا صد هزار افغانی، جزای نقدی ده ميليون افغانی در صورتیکه تمويل به ارزش بيش از یک صد هزار تا یک ميليون صورت گرفته باشد.

علاوه بر مجازات اصلی نقدی شخص حکمی به یکی از مجازات‌های تکمیلی ممنوعیت دائمی یا موقت از فعالیت، عدم استفاده از عین عمارت، انحلال در صورتی که هدف از تأسیس آن، ارتکاب جرایم این فصل بوده باشد و یا نشر حکم از طریق رسانه ها محکوم شده می تواند. نشر حکم خود یکی از مجازات‌های بسیار شدید است که بر حیثیت و اعتبار شخص حکمی مرتکب جرم وارد می گردد.

از این تعبیر قانون (محکوم شده می تواند) مجازات تکمیلی اختیاری فهمیده می شود نه مجازات تکمیلی اجباری. پس در صورتیکه محکمه مصلحت ببیند به مجازات‌های تکمیلی ذکر شده حکم می کند و اگر لازم و به صلاح نداند به آن حکم نمی کند.

### گفتار ششم: مجازات سازمان تروریستی

اتفاق برای ارتکاب جنایت و جنحه جرم است و مجازات خفیف تر از اصل جرم دارد. در ماده ۷۱ کود جزا مجازات اتفاق در جرم جنحه را حبس قصیر و مجازات اتفاق به جنایت را حبس متوسط دانسته است. اما جرم تروریستی چون جرم بسیار شدید است قانون اتفاق برای ارتکاب جرم تروریستی را در حکم انجام جرم تروریستی دانسته است و تشکیل سازمان که یک مرتبه بالاتر از اتفاق است. بنا بر این تشکیل سازمان تروریستی حالتی خطرناک تر از اتفاق جرم تروریستی است باید قانون آن را جرم انگاری می نمود اما نکرده است. مجازات ارتکاب جرم تروریستی را توسط

سازمان تروریستی شدید تر قرار داده است: «هرگاه جرم تمويل تروریسم توسط سازمان تروریستی یا شخص حکمی ای که تحت تملک یا کنترل سازمان تروریستی قرار دارد، صورت گیرد، مرتکب قرار ذیل، مجازات می گردد: ۱) عضو سازمان تروریستی به حبس دوام درجه دو محکوم می شود. ۲) مصادره دارایی سازمان تروریستی و انحلال آن از نوع مجازات تکمیلی است.

### نتیجه گیری

بر اساس بررسی اسناد بین المللی مربوط به تروریسم و مواد کود جزای افغانستان فصل تروریسم نتایج ذیل به دست می آید:

۱- یکی از نگرانیهای بین المللی جرم تروریسم است که همیشه صلح ملی و بین المللی را مورد تهدید قرار داده است. به همین جهت است، که کشورها اعمالی را در سطح گسترده تحت عنوان تروریسم جرم انگاری نموده اند.

۲- در اسناد بین المللی از کشورها خواسته شده است که مصادیق جرم تروریسم را جرم انگاری و مجازاتهای متناسب برای آن تعیین نمایند. در اسناد بین المللی مجازاتی مشخصی برای این جرم وجود ندارد جز اینکه در شرایط خاصی اگر مورد توافق شورای امنیت قرار گیرد ممکن است اقدام دسته جمعی علیه کشوری برای جلوگیری از اعمال تروریستی بگیرند، چنانچه در افغانستان چنین شد. یا از مصادیق جرایم نسل کشی، جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی قرار گیرد که در این صورت در صلاحیت تکمیلی جهانی محکمه بین المللی جزایی قرار خواهد گرفت.

۳- در کود جزای افغانستان مطابق خواسته نظام بین المللی در رابطه با جرم انگاری اعمال تروریستی و تعیین مجازاتهای متناسب با آن اعمال رفتار شده است و اعمال زیادی را از مصادیق جرم تروریسم تلقی، جرم انگاری و تعیین مجازات نموده است.

۴- در کود جزای افغانستان روی انگیزه تحت تأثیر قرار دادن دولت افغانستان، دولت خارجی یا یکی از سازمانهای بین المللی تکیه شده و انگیزه در تحقق جرم

تروریستی نقش دارد. اما در اسناد بین المللی بیشتر روی ارعاب و وحشت غیر نظامیان تکیه شده است.

۵- در اکثر تعاریفی که وجود دارد در تروریسم یک نوع هدف سیاسی در نظر گرفته شده است که به نظر می رسد این قید الزامی نیست بلکه گاهی ممکن است ترور اهداف اقتصادی شخصی، اهداف مذهبی و ... داشته باشد.

#### فهرست منابع

##### الف) کتاب‌ها

- ۱- نوربها، رضا «زمینه حقوق جزای عمومی» تهران: چاپ بیست و چهارم، گنج دانش، ۱۳۸۷
- ۲- هنکرتز، ژان ماری و دوسوالدیک، لوئیس، «حقوق بین المللی بشردوستانه عرفی» ترجمه دفتر امور بین الملل قوه قضائیه، ایران: مجد، چ اول ۱۳۸۷
- ۳- کاترین، آلیت، و فرانس کوئن، «حقوق جزا» مترجمان، واحدی، واحدی و نسترن غضنفری، تهران: میزان، چاپ، دوم، ۱۳۹۷

##### ب) قوانین

- ۱- قانون مبارزه با جرایم تروریستی افغانستان، مصوب سال ۱۳۸۷
- ۲- کود جزای افغانستان، مصوب سال ۱۳۹۶

##### ج) مقالات

- ۱- کاویانی، محمد و کوچ نژاد، عباس، «مطالعه تروریسم در حقوق بین الملل با تکیه بر ماهیت و اسناد بین المللی موجود»، ایران: ماهنامه بین المللی پژوهش ملل، ۱۳۹۶، دور سوم، شماره ۲۷
- ۲- امین زاده، الهام، «تفاوت تروریسم و تلاش برای دستیابی به حق تعیین سرنوشت» ایران: فصل نامه راهبرد، ۱۳۸۰، شماره ۲۱
- ۳- قربان نیا، ناصر «مواجهه با تروریسم، رویکرد نظامی، سیاسی و یا حقوقی» فصلنامه مفید، قم: سال ۱۳۸۳، دوره ۱۰، ش ۴۳
- ۴- حبیب زاده، محمد جعفر؛ حکیمی ها «ضرورت جرم انگاری تروریسم» ایران: مجله مدرس علوم انسانی «تابستان ۱۳۸۶ - شماره ۵۱

### ج) اسناد بین المللی

- ۱- کنوانسیون اول ژنو، مصوب ۱۹۴۹
- ۲- کنوانسیون دوم ژنو، مصوب ۱۹۴۹
- ۳- کنوانسیون سوم ژنو، مصوب ۱۹۴۹
- ۴- کنوانسیون چهار ژنو، مصوب ۱۹۴۹
- ۵- کنوانسیون جرائم و سایر اقدامات معین ارتكابی در هواپیما ۱۹۶۳ ( کنوانسیون توکیو نیز یاد می شود.)
- ۵- کنوانسیون جلوگیری از توقیف غیر قانونی هواپیما ۱۹۷۰
- ۶- کنوانسیون جلوگیری از اقدامات غیر قانونی علیه امنیت هوا نوردی غیر نظامی ۱۹۷۱
- ۷- کنوانسیون پیشگیری و مجازات جنایات علیه اشخاص مورد حمایت بین المللی شامل مأموران دیپلماتیک ۱۹۷۳
- ۸- کنوانسیون بین المللی منع گروگانگیری ۱۹۷۹
- ۱۰- کنوانسیون جلوگیری از اقدامات غیر قانونی علیه امنیت هوا نوردی غیر نظامی ۱۹۸۸
- ۱۱- پروتکل جلوگیری از اقدامات غیر قانونی خشونت در فرودگاهها در خدمت هوا نوردی غیر نظامی بین المللی ۱۹۸۸
- ۱۲- کنوانسیون جلوگیری از اقدامات غیر قانونی علیه امنیت دریا نوردی ۱۹۸۸
- ۱۳- پروتکل جلوگیری از اقدامات غیر قانون علیه سکوهاى نصب شده در فلات قاره ۱۹۸۹
- ۱۴- کنوانسیون بین المللی جلوگیری از بمب گذاری تروریستی ۱۹۹۷
- ۱۵- کنوانسیون منع و مبارزه با تمویل تروریسم، ۱۹۹۹
- ۱۶- قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت است صادره سال ۲۰۰۱
- ۱۷- منشور سازمان ملل متحد، مصوب سال ۱۹۴۵

# رویکردهای متفاوت جرم‌انگاری مبتنی بر شریعت در کشورهای اسلامی

سید جاهد نعمتی

ماستر حقوق جزا و جرم‌شناسی

## چکیده

دین و مذهب از ابتدای شکل‌گیری حقوق جزایی، همواره منبع الهام‌بخش بسیاری از قواعد حقوق جزایی بوده است. در عصر حاضر جایگاه دین را در تشکیل حقوق جزایی، باید در دو رویکرد متفاوت سکولار و دینی بررسی کرد؛ در رویکرد سکولار، دین نقش کم‌رنگی در شکل‌دهی قواعد حقوق جزایی ایفاء می‌کند، عدم داشتن مبنایی واحد برای مشروعیت نظام عدالت جزایی، مبنای متعدد جرم‌انگاری و بهره‌بری از سیاست جنایی علمی، از ویژگی‌های رویکرد سکولار است. در مقابل، رویکرد دینی دارای مبنای واحد الهی برای مشروعیت نظام عدالت جزایی و همچنین جرم‌انگاری است. بعلاوه سیاست جنایی در این رویکرد، غالباً ایدئولوژیک است.

کشورهای مسلمان با وجود اینکه از امتیاز وحدت مبنا در نظام حقوق جزایی خود بهره می‌برند، الگوی واحدی برای دخالت دین در تشکیل نظام عدالت جزایی خود ارائه نداده‌اند. بعضی از کشورها با ثابت‌انگاری احکام فقهی اسلامی و مبانی‌ای همچون؛ اصول‌گرایی، تعبدباوری، اجتهادگرایی سنتی، بدعت‌انگاری تحول در فقه و فردی‌نگری فقهی، رویکردی حداکثری در این زمینه را اتخاذ نموده‌اند. در بعضی دیگر از کشورهای مسلمان با وجود مبانی‌ای مانند؛ انعطاف‌پذیری و عدم ثبات احکام شرعی، ضرورت اجتهاد در اصول، عدم جامعیت فقه و نسبی بودن مفهوم عدالت، موضعی حداقلی وجود دارد.

### واژگان کلیدی: حقوق جزایی، شریعت، جرم انگاری، کشور های اسلامی.

#### مقدمه

در کشورهای اسلامی طیف مختلفی از نظام‌های سیاسی پادشاهی، ریاستی، پارلمانی، فدرالی و رهبریت دینی را شاهد هستیم. بطور کلی سیستم حقوقی کشورهای مسلمان را از نظر اصل شناسایی حقوق اسلامی در حقوق داخلی، می‌توان در سه دسته تقسیم‌بندی نمود:<sup>۱</sup>

الف) نظام سنتی شرعی؛ در این گونه‌نظام‌ها غالباً قانون اساسی وجود ندارد و از نهادهای دمکراتیک به معنی امروزی، (همچون تفکیک قوا و ...) خبری نیست. رژیم قواعد حقوق اسلامی بر تمامی قواعد بومی و ملی حاکم است. نیروهای مذهبی ( علما) عمده‌ترین نقش را در تفسیر و اعمال شریعت بعنوان حقوق ملی اعمال می‌کنند. از این رو؛ کمتر شاهد تغییر و تعدیل قواعد حقوقی هستیم. تنها مصداق بارز این نوع نظام، کشور عربستان سعودی است.

<sup>1</sup> Otto, Jan Michiel, "Sharia and National Law in Muslim Countries". P.8-9 .

ب) نظام سکولار؛ در این گونه نظام‌ها، شریعت دخالتی در امور دولتی، سیاست و حقوق ندارد. قواعد شرعی منحصر در امور فردی و روابط خصوصی افراد است و قانون صرف نظر از الزامات شریعت، توسط نمایندگان مردم در مجالس قانونگذاری وضع می‌گردد. البته تعداد کشورهای اسلامی که دارای چنین نظامی باشند، بسیار اندک است. ترکیه، قزاقستان و چند کشور در غرب آفریقا، از این دست هستند.

ج) نظام مختلط؛ در این نظام‌ها، رژیم قواعد ملی و حاکمیت قانون در عین حال، رژیم حقوق اسلامی و قواعد آن که تأثیرگذار بر بخش‌های خاصی از حقوق ملی است، اعمال می‌شوند. همچنین در این نظام‌ها؛ مفاهیمی چون تفکیک قوا، انتخابات مردمی و استقلال قوه قضائیه پذیرفته شده است. در نظام‌های مختلط، قانونگذاران و قضات نقش محوری و اصلی را در فرآیند جعل و تصویب قانون نسبت به دین‌شناسان و نیرو-های مذهبی ایفاء می‌کنند. غالب کشورهای اسلامی در این دسته جای می‌گیرند.

از سوی دیگر؛ در آن دسته از کشورهای اسلامی که اساساً دخالت حقوق اسلامی در حقوق عرفی آنها برسمیت شناخته شده است، عملاً در عرصه‌ی قانونگذاری یکی از این سه رویکرد اعمال می‌گردد؛ یا شریعت یگانه مبنای قانونگذاری واقع می‌گردد، یا به عنوان منبع اصلی قانونگذار و یا منبعی در کنار سایر منابع. هر یک از سه رویکرد فوق در اصل مبتنی بودن نظام و حکومت بر شریعت اسلامی مشترک هستند. بنابراین، این پرسش به ذهن می‌آید که مبنای این اختلاف رویه‌ها چیست؟ چرا در کشورهای اسلامی، قانونگذاران جزایی از رویه‌ی واحدی در سیاست‌گذاری جزایی خود مبتنی بر شریعت، استفاده نمی‌کند؟

پاسخ به پرسش‌های فوق، بحثی توصیفی-کلامی است که مرتبط با مبانی ایدئولوژیکی نظام حاکم در هر یک از کشورهای اسلامی می‌گردد. فی الجمله می‌توان گفت که اخذ یکی از این دو مبنای زیر، تمایل کشورهای مسلمان را به یکی از رویکردهای فوق‌الذکر را توجیه می‌نماید. مبنای اول اعتقاد به این است که شیوه‌ی اصلی و مطلوب دین اسلام همین است. لذا بدون در نظر گرفتن اینکه آیا این شیوه،

مقبولیت اجتماعی و فرا اجتماعی (بین المللی)، و نیز کارآیی لازم در عصر حاضر را دارد یا خیر، باید آن را اجرا کرد. مبنای دیگر؛ طراحی نظام حقوقی ای است که از یک سو مبتنی بر عدالت، عقل جمعی، مصلحت عمومی و متناسب با اقتضائات عصری آن جامعه باشد، از سوی دیگر بر مبنای آموزه‌ها و دستورات و حیانی اسلام بنا شده باشد.

دسترسی به مبنایی درست در این زمینه میسر نیست، مگر از گذار دانستن بایسته- های قانونگذاری جزایی در کشورهای اسلامی. این بحث از آنجا که مربوط به بایسته- های عام قانونگذاری جزایی است، شامل بحثی برون دینی می‌گردد، و از آنجا که متعلق آن کشورهای اسلامی است، بحثی درون دینی را شامل می‌شود.

بحث برون دینی آن؛ شامل بایدهای قانونگذاری جزایی در زمینه‌ی اصول عام و پذیرفته شده‌ی قانونگذاری و سیاست‌گذاری جزایی است. از جمله؛ اینکه سیستم عدالت جزایی تا چه حد می‌تواند پدرسالار باشد؟ قلمرو حمایت جزایی از اخلاقیات اجتماعی چیست؟ نقش افکار عمومی، مقبولیت اجتماعی و مشارکت نهادهای مدنی در قانونگذاری جزایی چیست؟ نقش فرآیندهای جرم‌زدایی، کیفرزدایی و قضایی در نظام عدالت جزایی چیست؟ و بطور کلی اصول و معیارهای قانونگذاری جزایی که نهایتاً منجر به کارآمدی نظام عدالت جزایی می‌گردد، کدامند؟

بحث درون‌دینی آن، که مربوط به فلسفه‌ی فقه می‌شود؛ شامل بایدهای قانونگذاری جزایی در زمینه‌ی دخالت فقه در نظام حقوقی جزایی کشورهای مسلمان است. از جمله پرسش‌های مربوط به این بحث، به موارد زیر می‌توان اشاره کرد: آیا در استنباط و استخراج احکام جزایی اسلامی توجه به عنصر کارآمدی هم لازم است؟ آیا می‌توان به استناد کارآمدی، مبانی حجیت فتوا را نادیده گرفت؟ آیا توجه به اهداف و مقاصد کلی شریعت می‌تواند در توانمندتر شدن فقه موجود مؤثر باشد؟ آیا فقیه می‌تواند تبعات منفی اجتماعی، سیاسی و اقتصادی اجرای احکام شرع را نادیده بگیرد؟ آیا لازم است که همه‌ی احکام فقهی به قوانین موضوعه تبدیل شود؟ آیا می‌توان متون فقهی را مستقیماً به متون قانونی تبدیل کرد؟ آیا می‌توان با توجه به روح و محتوای احکام

اجتماعی شرع، شکل و قالب جدیدی متناسب با عصر حاضر برای این احکام مطرح کرد؟<sup>۱</sup>

بنابراین دولت‌ها بسته به اخذ هر یک از این مبانی، در برابر واقعیتی به نام تحول و لزوم تحول‌پذیری در نظام جزایی برخاسته از فقه، یکی از رویکردهای زیر را اتخاذ می‌نمایند:

### (۱) رویکرد اجتهادی

در این رویکرد تلاش می‌شود تا تمامی تحولاتی که در نظام عدالت جزایی لازم و ضروری می‌نماید، در چارچوب اجتهاد پاسخ داده شود. این رویکرد دو قرائت متفاوت دارد؛ اجتهاد سنتی (فقه سنتی) و اجتهاد اصولی (فقه حکومتی-مصلحتی). در قرائت اجتهاد سنتی؛ تمام احکام فقهی جزایی که بصورت منصوص در متون فقهی آمده است، موضوعیت داشته و جزء ثبوتات دین شمرده می‌شوند. در این قرائت با استفاده از ظواهر الفاظ شریعت، هرگونه اجتهاد در نصوص فقهی ممنوع و حرام اعلام شده است. نظام جزایی مبتنی بر این قرائت، با این پیش‌فرض که کلیه مسائل حقوقی در همه‌ی اعصار توسط فقه مصطلح قابل حل هستند، بصورت حداکثری از احکام جزایی شریعت استفاده می‌کنند. تغییر در احکام فقهی جزایی در این قرائت، تنها بر پایه‌ی اصول فقه سنتی و از طریق کشف ملاکات جزئی و عناوین ثانویه، قابل توجیه است.

در قرائت اجتهاد اصولی؛ احکام فقهی برای حکومت اسلامی جنبه‌ی طریقیّت داشته لذا در تعارض با مصالح، قابل تغییرند. در این قرائت هرگونه تحول که لازمه‌ی نظام عدالت جزایی باشد، بر پایه‌ی دو عنصر مصلحت و ضرورت نظام اسلامی توجیه می‌گردد. حتی در موارد مصلحت و ضرورت، از نصوص فقهی نیز صرف‌نظر می‌شود. با این وجود اثبات مصلحتی که ظاهراً مغایر با احکام اولی فقهی باشد، عملاً دشوار و

<sup>۱</sup> شفیعی سروستانی، ابراهیم، قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی، آسیب‌ها و بایسته‌ها، ص: ۱۰۹.

همراه با احتیاط‌ورزی از سوی حاکمان، انجام می‌پذیرد. در این قرائت نیز؛ ثابت انگاری احکام فقهی جزایی، پیش فرض اولیه‌ی حکومت اسلامی محسوب می‌گردد.

## (۲) رویکرد لیبرال اسلامی

در این رویکرد چیزی به نام ثابت فقهی (البته در زمینه‌ی احکام عمومی) نداریم و تمامی احکام قابلیت تغییر دارند. آنچه که ثابت است؛ اهداف و مقاصد شارع مقدس از وضع چنین احکامی است. در این رویکرد هرگز ظاهر نصوص مهم نبوده و هرگونه تغییر و تحول در نظام عدالت جزایی، بر مبنای عدالت، نظم اجتماعی و مصلحت عمومی، قابل اجراست. عنصر کارآمدی در جرم‌انگاری‌ها و اجرای مجازات از اهمیت نخست برخوردار است. هرگاه در ارزیابی نتایج اجرای یک حکم، ناکارآمدی آن اثبات شد، برای حذف، تغییر یا اصلاح آن، نیاز به یافتن مبنای فقهی و اجتهاد نیست. در این رویکرد اگرچه که با تأکید بر حفظ پیام و گوهر دین (تجربه‌ی توحیدی)، استفاده از آموزه‌های دینی در جهت رشد معنویت و اخلاقیات اجتماعی بصورت حداکثری است، در عرصه‌ی قانونگذاری، جرم‌انگاری و سیاست جنایی، مبنای بشری و عقلی پیدا کرده و بر اساس ضرورت‌ها، اقتضائات و خواست جامعه‌ی اسلامی انجام پذیرد.<sup>۱</sup>

### گفتار اول: رویکردهای عمومی به جرم انگاری بر مبنای شریعت

می‌توان ادعا کرد که دین و مذهب هیچ‌گاه در ترسیم نظام عدالت جزایی بی‌تأثیر نبوده است. با این وجود نقش دین از منظر چگونگی تأثیرپذیری قواعد و احکام حقوق جزایی از آن، در طول تاریخ دستخوش تحولاتی بوده است. این مسأله در نهایت منجر به ایجاد رویکردهای متفاوتی در زمینه‌ی جایگاه دین در ترسیم نظام حقوق جزایی شده

<sup>۱</sup> رضایی، حسن، ثابت و متغیر در نظام جزایی اسلام، با تأکید بر نظام جزایی جمهوری اسلامی، ص: ۴۳۲.

است. در این گفتار به رویکردهای سکولار و ارزشی به عنوان دو رویکرد عمومی به این مسأله و در عصر حاضر، پرداخته می‌شود.

### مبحث اول: رویکرد سکولار محض

واژه‌ی سکولار<sup>۱</sup> برگرفته از اصطلاح لاتینی saeculum یا saeculorum به معنی قرن و سده می‌باشد و از آن، به زمان حاضر و اتفاقات این جهان در مقابل ابدیت و جهان دیگر، تعبیر شده است. تعبیر عام تر از این مفهوم، به هر چیز متعلق به این جهان اشارت دارد.<sup>۲</sup>

نخستین کاربرد این واژه به اواخر قرن سوم میلادی بر می‌گردد و سکولار برای توصیف آن دسته از روحانیونی که گوشه نشینی رهبانی را به سمت زندگی در دنیا ترک می‌گفتند، به کار می‌رفته است. همچنین این اصطلاح برای تفکیک "دادگاه‌های عرف" از "دادگاه‌های شرع" یا "دادگاه‌های کلیسا" نیز کاربرد داشته است.<sup>۳</sup> سکولاریزم در فرهنگ آکسفورد چنین تعریف شده است:

"باوری که عقیده دارد قوانین، آموزش و پرورش و غیره باید بر اساس واقعیت‌ها، علم و ... باشند نه بر اساس مذهب."<sup>۴</sup>

مفهوم اصطلاح سکولاریزم که در قرون ۱۷ و ۱۸ در اروپا وارد حوزه‌ی سیاست و اجتماع شده به معنای فرآیند تحول تدریجی و هماهنگ دین (و نهاد کلیسا) و دولت و جامعه‌ی مدنی در جهت الزامات "ایام" ماست، که در نهایت به سلطه‌ی دین و کلیسا بر امور سیاسی و اجتماعی پایان می‌بخشد.<sup>۵</sup> البته باید توجه داشت؛ هنگامی که از فرایند

<sup>۱</sup> secular

<sup>۲</sup> شجاعی زند، علیرضا، عرفی شدن دین، فرد و جامعه، ص: ۱۹۳.

<sup>۳</sup> همان.

<sup>۴</sup> A S Hornby, Oxford Advanced learner's, p. 1062.

<sup>۵</sup> رک: شیدانی، وثیق، لائیه چیست؟ همراه با نقدی بر نظریه پردازی‌های ایرانی. صص: ۱۷۶-۱۶۶.

سکولاریزاسیون صحبت می‌شود منظور نه تنها کاسته شدن نقش دین در امور سیاسی و اجتماعی، بلکه تمامی عرصه‌های زندگی فردی، نهادها، ساختارها، مناسبات اجتماعی، برنامه ریزی‌ها، سیاست‌گذاری‌ها و قانونگذاری‌ها و جایگزینی آموزه‌های عقلانی و تجربی به جای آن است.

توضیح این مطلب که فرآیند سکولاریزاسیون در اروپا بر مبنای ای همچون عقل-گرایی، تجربه‌گرایی، امانیسم و فردگرایی شکل یافت و چه آثار و پیامدهایی در عرصه-ی فرهنگ، سیاست و اقتصاد جوامع بر جای گذاشت، بحثی جامعه شناسانه است. اما از آنجا که موضوع بحث جایگاه مذهب در ترسیم نظام عدالت جزایی است، صرفاً به ویژگی‌های رویکرد سکولار در ایجاد حقوق جزایی به عنوان یک رویکرد غیر مذهبی و غیر دینی پرداخته می‌شود.

#### بند اول: تعدد مبانی مشروعیت

سیستم‌های حقوق جزایی در تمامی نظام‌های حقوقی دنیا، برای شکل گرفتن و پایداری خود نیاز به دو مبنا دارد؛ اول مبنایی که مشروعیت حقوق جزایی را تبیین کند و دوم مبنایی که ملاک عمل نظام حقوق جزایی برای تعیین جرایم و مجازات‌ها قرار گیرد. تا قبل از رنسانس و پدید آمدن جریان سکولاریزم، مبنای مشروعیت نظام‌های حقوق جزایی تقریباً واحد بودند. به این ترتیب که در آن دوران ادیان ابراهیمی بر اکثر جوامع غربی و شرقی حاکم بود. بنا بر عهد عتیق که کتاب یهودیان است؛ فرمانبرداری و اطاعت از احکام الهی، منشأ سعادت این جهان و جهان دیگر معرفی شده است. و کیفر و پاداش اعمال، به اراده‌ی خداوند وابستگی می‌یابد. در آموزه‌های دین مسیحیت نیز اولاً قانون باید نشان دهنده‌ی اراده‌ی الهی باشد و دوم اینکه حقوق فطری و طبیعی،

مبین مشیت الهی است. در دین اسلام نیز منشأ حقوق از جمله حقوق جزایی، اراده‌ی الهی اعلام می‌شود.<sup>۱</sup>

بعد از جریان سکولاریزم، حقوق جزایی منشأ و مبنای الهی خود را از دست داد و فرآیند کنار گذاشتن آگاهانه‌ی دین از صحنه‌ی معیشت و سیاست آغاز شد. بعضی از اندیشمندان نوگرای مسلمان جریان سکولاریزاسیون را جریانی مثبت و نقطه‌ی عطف عقلانیت انسان معرفی می‌کنند. یکی از این نویسندگان در این رابطه می‌نویسد: حکومت سکولار حکومتی است که با دین ضدیت ندارد اما دین را نه مبنای مشروعیت خود قرار می‌دهد و نه مبنای عمل خود.<sup>۲</sup> به اعتقاد ایشان سکولاریزم چیزی نیست جز علمی و عقلانی شدن تدبیر اجتماع. امروزه حکومت‌ها به پشتوانه‌ی آرای مردم مقبولیت و مشروعیت پیدا می‌کنند و عمل آنها را هم قانون‌هایی تعیین و تحدید می‌کند که خود مردم وضع کرده‌اند. بنابر این مبانی متعددی برای مشروعیت نظام‌های جزایی از جانب اندیشمندان غربی طرح شد.

در مورد مبنای مشروعیت نظام جزایی بطور کلی پنج نظریه وجود دارد؛<sup>۳</sup> عده‌ای مشروعیت کیفرها را بر اساس قوانینی می‌دانند که در طبیعت وجود دارد (نظریه‌ی حقوق طبیعی)، عده‌ای قواعد اخلاقی و وجدان را مبنای مشروعیت کیفر می‌دانند و معتقدند کیفر خود غایت و هدف است و با اعمال آن، این غایت حاصل می‌آید (نظریه-ی اخلاقی)، عده‌ای دیگر اراده‌ی مردم که در قالب قرارداد اجتماعی شکل گرفته است را توجیه کننده‌ی کیفر می‌شمارند (نظریه‌ی قرارداد اجتماعی)، بعضی، معیارهای عینی و تجربی را در مشروعیت کیفرها دخیل می‌دانند (نظریه‌ی تحقیقی) و نهایتاً عده‌ای مشروعیت کیفرها را بر اساس اراده‌ی خداوند توجیه می‌کنند (نظریه‌ی حقوق الهی).

<sup>۱</sup> ظفری، محمد رضا، مبانی عدالت جزایی در حقوق اسلامی، صص: ۶۳-۶۱.

<sup>۲</sup> سروش، عبدالکریم، مدارا و مدیریت، ص: ۴۲۳.

<sup>۳</sup> ظفری، پیشین، ص: ۵۸.

به اعتقاد نگارنده؛ سکولاریزم گسستن از مبنایی واحد و غرق شدن در دریای مبانی متعدد است. اگرچه شعارهای غالب حکومت‌های سکولار عقل باوری، علم گرایی و مقبولیت عمومی است، تعدد مبانی مشروعیت نشان از نرسیدن آنها به حقیقتی واحد است.

### بند دوم: سیاست جنایی علمی

سیاست جنایی بر حسب آن که موضوع آن از یافته‌های علمی تغذیه نماید به علمی<sup>۱</sup> و یا از فرامین شرعی یا ارزش‌های اخلاقی سود بجوید به هنجاری<sup>۲</sup> تقسیم می‌شود. سیاست جنایی علمی بر داده‌های علوم چون؛ جرم‌شناسی، جامعه‌شناسی جنایی، روان‌شناسی جنایی و غیره، بنا نهاده شده است. به عنوان مثال اگر بررسی‌ها نشان دهد از لحاظ آماری میان افزایش ازدواج و ارتکاب جرم رابطه‌ی معکوس و میان مصرف مشروبات الکلی و ارتکاب جرم رابطه‌ی مستقیم و جود دارد، بر اساس سیاست جنایی علمی توصیه می‌شود که مصرف مشروبات الکلی ممنوع گردد، و تسهیلات ازدواج در جامعه بیشتر شود. اما سیاست جنایی هنجاری متکی بر باید و نبایدهایی است که محصول تحقیقات میدانی و آمارهای جنایی نیست. بلکه مستند به اصول اخلاقی و یا فرمان‌های شرعی است. به عنوان مثال تنها دلیل ممنوعیت سقط جنین، ازدواج با محارم و هم‌جنس بازی، اصول اخلاقی و دینی است.<sup>۳</sup>

علمی بودن سیاست جنایی یا حقوق جزایی مؤلفه‌هایی را می‌طلبد که ذیلاً به آنها اشاره خواهد شد:

<sup>۱</sup> Positive

<sup>۲</sup> Normative

<sup>۳</sup> قیاسی، جلال الدین، مبانی سیاست جنایی حکومت اسلامی، ص: ۴۶.

## ۱- انعطاف پذیر بودن احکام

از ویژگی‌های سیاست جنایی علمی، برخورداری از انعطاف لازم جهت تغییر یابی مداوم و متناسب با شرایط مختلف و تعبیه‌ی عناصر انعطاف بخش در آن است. از آنجا که سیاست جنایی علمی مقید به هیچ اصل مذهبی نیست، لذا کمتر قاعده‌ای را می‌توان یافت که از ثبات همیشگی برخوردار باشد. نوع جرایم و وسعت آنها همینطور میزان و نوع مجازات‌ها همواره تابعی از نتایج تحقیقات علمی و آماری است. به عنوان مثال اتفاق اکثر حقوقدانان غربی بر ناعادلانه بودن مجازات اعدام و حذف آن در مورد بسیاری از جرایم، نتایج بدست آمده از تأثیر منفی مجازات حبس و تلاش فراوان برای جایگزین کردن آن، حذف مجازات‌های ترذیلی و غیره.<sup>۱</sup>

تغییر دامنه و نوع جرایم و مجازات‌ها علاوه بر اینکه بر اساس یافته‌های نوین علمی رخ می‌دهد، ممکن است بر اساس نگرش دولت در مفهوم آزادی و عدالت و یا بطور کلی تحول تئوری دولت رخ دهد. به عنوان مثال هنگامی که یک رژیم سیاسی اقتدارگرا به سمت مواضع لیبرالی حرکت می‌کند، از دامنه و شدت جرم‌انگاری‌ها به نفع آزادی فردی کاسته می‌شود و بالعکس.

انعطاف پذیری احکام ممکن است در قالب تغییر ارزش‌ها و هنجارهای جامعه نیز متبلور شود. در جوامعی که بر مبنای سکولاری سیاست جنایی خود را تدوین می‌نمایند؛ تکرارگرایی ارزشی (پلورالیسم) حاکم است. لذا ممکن است عملی در یک جامعه ارزش تلقی شود و از آن حمایت جزایی گردد و در جامعه‌ای دیگر با همان مبنای، آن عمل ارزش به حساب نیاید. و یا حتی در یک جامعه عملی در یک برهه از زمان ارزش باشد و در برهه‌ای دیگر ضد ارزش. مثال مشهور آن در رابطه با جرم‌انگاری سقط جنین در اروپا است که در یک زمان به عنوان جرم شناخته می‌شد اما به مرور زمان و ارتکاب

<sup>۱</sup> برنامه‌ی جدید برای اصلاحات جزایی، کنفرانس بین المللی اصلاحات جزایی سال ۱۹۹۹.

مکرر آن توسط شهروندان ارزش آن از بین رفت لذا مجبور به جرم زدایی از آن شدند. همینطور جرایمی مانند کفرگویی و همجنس بازی که رفته رفته قبح آن در جوامع اروپایی کاسته می شود و این اعمال مجاز شمرده می شوند.<sup>۱</sup>

## ۱- قابلیت ارزیابی سیاست جنایی و حقوق جزایی

قابلیت ارزیابی و نقد، از ارکان مهم هر سیاست گذاری است که بر اساس آن موفقیت یا شکست سیاست ها احراز یا اثبات می شود. مسلماً هدف اصلی هر سیاست جنایی یا حقوق جزایی مقابله با پدیده ی مجرمانه است. چنانچه سیاست جنایی ای در نیل به این هدف کارایی و عملکرد مطلوبی نداشته باشد؛ یا در مبانی ای که اتخاذ کرده دچار اشتباه شده است و یا در محتوایی که برای رسیدن به هدف خود انتخاب کرده است. به عنوان مثال موضوعاتی از قبیل اینکه آیا در برخورد با جرایم اخلاقی از ضمانت اجرای جزایی استفاده کنیم یا ابزارهای غیر جزایی؟ آیا مجازات های شلاق و حبس تأثیر بیشتری در اصلاح و بازدارندگی مجرم دارند یا مجازات های نقدی؟ آیا مدل های جامعه ی سیاست جنایی کارآمد تر هستند یا مدل های دولتی؟ آیا سیاست جنایی مشارکتی تأثیری در دفاع اجتماعی دارد یا خیر؟، مسائلی هستند که با توجه به آثار و نتایج حاصل از اعمال آنها، قابل نقد و ارزیابی هستند.

بحث در این نیست که چه محتوایی را برای حقوق جزایی یا سیاست جنایی انتخاب کنیم، نکته اینجا است که یک سیاست جنایی علمی اولاً قابلیت این را داشته باشد که در صورت عدم دسترسی به نتایج مطلوب نقد و ارزیابی شود و ثانیاً قابلیت تحول و تبدیل به محتوایی کارآمد تر را داشته باشد.

با مطالعه ی سیر تاریخی اندیشه های جزایی، مشخص می شود که جز مکتب کانت (عدالت مطلق) سایر مکاتب فلسفی بعد از او از جمله مکتب اصالت فایده، مکتب

<sup>۱</sup> گسن، ریموند، بحران در سیاست جنایی کشورهای غربی، ص: ۳۲۰.

دفاع اجتماعی افراطی و نوین و همچنین گرایش‌های نئوکلاسیک، همگی با وجود اینکه مبانی و اهداف متفاوتی برای کیفرها بیان داشتند؛<sup>۱</sup> اما در ویژگی قابلیت ارزیابی مشترک بودند. چرا که بر اساس اهداف اعلامی آنها و نتایج اعمال مبانی آنها می‌توان کارکرد آن مکاتب را در دستیابی به اهداف خود نقد کرد.

کانت اجرای عدالت را مطلق و دارای مطلوبیت ذاتی می‌دانست و معتقد بود مجری عدالت نباید خود را معطل بررسی نتایج و آثار آن کند.<sup>۲</sup> لازمه‌ی چنین دیدگاهی، نقد ناپذیری عملی احکام ارزشی است. وجود دیدگاه‌های عمل گرایانه<sup>۳</sup> و رویکردهای کارکردگرایانه به حقوق جزایی مانند رویکرد اقتصادی<sup>۴</sup> به نظام عدالت جزایی به خوبی این ویژگی از یک سیاست جنایی علمی را در رویکردی سکولار به ترسیم نظام حقوقی جزایی مشخص می‌کند. بعنوان مثال یکی از دانشمندان عمل‌گرا در رابطه با پیامدهای نامطلوب اصل برائت که یکی از اصول اساس حقوق جزا بشمار می‌آید چنین می‌نویسد: "مدرکی وجود ندارد تا بیان‌گر این باشد که پارلمان در اغلب قانونگذاری‌های خویش به اصل برائت بهای زیادی می‌دهد. دلیل این امر رعایت سهولت کار مقام تعقیب کننده‌ی جرم است. در زمانی که عوامل اجرای قانون و تعقیب مجرمین به سختی تحت فشارند، مصلحت آن است که متهمین به اثبات عناصر جرم پردازند."<sup>۵</sup>

## ۱- هدف‌مند بودن مجازات‌ها

هدف‌مندی مجازات‌ها از ویژگی تمام نظام‌های حقوق جزایی است. هیچ مجازاتی بدون رسیدن به هدف خاصی اجرا نمی‌گردد، اما هدفمند بودن مجازات‌ها در رویکرد

<sup>۱</sup> پردل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ص: ۸۸

<sup>۲</sup> گلدوزیان، ایرج، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، ص: ۵۰.

<sup>۳</sup> Pragmatism

<sup>۴</sup> Economic approach

<sup>۵</sup> Andrew Ashworth, principles of criminal law, p, 75.

سکولار دارای ویژگی‌های خاصی است که متمایز از رویکرد ارزشی است. نخست؛ اهداف مجازات‌ها در یک سیاست جنایی علمی، ملموس، عینی و مشخص است. بر خلاف سیاست‌های جنایی ارزشی که چون احکام جزایی آنها از جانب نیروی فرابشری الهام می‌شود، هدف از بسیاری از جرم‌انگاری‌ها و مجازات‌ها مشخص نیست.

لازم به ذکر است که گروهی از نواندیشان اسلامی معتقدند اهداف شارع در باب مجازات‌ها، رازی سر به مهر و از مقوله‌ی امور تعبدی و توقیفی نیست. ایشان می‌پندارند حتی اگر آن نیروی فرابشری نیز ملاحظه‌ی معیارهای عقل و عقلا را نموده باشد، شناخت اهداف مجازات‌ها لزوماً خارج از دایره‌ی فهم بشر نیست. با این دیدگاه می‌توان به لحاظ عقلانی احکام شرعی را در چارچوب مصالح و مضار عقلانی تحلیل و تفسیر کرد.<sup>۱</sup> تغییر جریان فکری فقهای اسلامی از عدم قابلیت عقل بشر بر درک معیار تعیین جرایم و مجازات‌های فقهی-اسلامی و کشف مقاصد نهایی شارع از آنها، به سوی تحلیل‌ها و تفسیرهای عقلانی راجع به کشف مصالح و مضار جرم‌انگاری‌های شرعی، تحولی عظیم در نظام عدالت جزایی کشورهای مسلمان ایجاد خواهد کرد. اما متأسفانه با وجود تلاش‌های فراوانی که در این رابطه صورت گرفته است، پارادایم سنتی-الهی و غیر عقلانی بودن بسیاری از احکام اسلامی بویژه جزائیات، همچنان حاکم بر اذهان فقهای اسلامی است.

ویژگی دوم اینکه؛ مجازات‌ها در یک سیاست جنایی علمی با رویکرد سکولار، صرفاً برای تحقق اهداف دنیوی وضع گردیده است. لذا در چنین نظامی نمی‌توان ادعا کرد که حقوق جزایی بطور کامل منعکس کننده‌ی تمام ارزش‌های اخلاقی جامعه است. بلکه اصول اخلاقی تنها به مقداری که ضرورت زندگی اجتماعی ایجاب می‌نماید از

<sup>۱</sup> نوبهار، رحیم، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی، ص: ۱۲۳.

طریق نهادهای جامعه مدنی در حقوق جزایی منعکس می‌شود. ثالثاً مجازات‌ها در این رویکرد مطابقت کامل با نیازهای جامعه دارد. حقوق جزایی در یک نظام سکولار همواره متعاقب نیازهای جامعه حرکت می‌کند و همراه با این نیازها، متحول می‌گردد.

### بند سوم: تعدد مبانی جرم‌انگاری

چنانکه قبلاً گفته شد، هر سیستم جزایی نیاز به دو مبنا برای شکل‌گیری دارد؛ مبنای مشروعیت سیستم جزایی و مبنایی که معیار عمل آن در تعیین جرایم و مجازات‌ها قرار می‌گیرد. تفکیک مبانی دینی از نظریه‌های دولت باعث شد که در حکومت‌های غربی مبانی متعددی برای مشروعیت نظام حقوقی ترسیم شود. بازتاب این مبانی متعدد را می‌توان در تشکیل نظریات متعدد رژیم‌های سیاسی مشاهده کرد که از رژیم‌های سیاسی لیبرال کلاسیک تا رژیم اقتدارگرا طیفی از نظریات را می‌توان نام برد.<sup>۱</sup> مسلماً در چنین رویکردی معیارهای جرم‌انگاری نیز که تا قبل از دوره‌ی رنسانس تخطی از اراده‌ی الهی یا نمایندگان خدا بود، متعدد و متفاوت خواهد شد. بنابراین از ویژگی‌های دیگر رویکرد سکولار به ترسیم نظام عدالت جزایی تعدد و غیر الهی بودن مبانی جرم‌انگاری است که بطور خلاصه شامل اصل ضرر، پدرسالاری قانونی، اخلاق‌گرایی قانونی، احساسات عمومی و مصلحت عامه، می‌شود.

جرم‌انگاری در رویکرد سکولار غربی دارای امتیازاتی است که در رویکرد ارزشی نمی‌توان آنها را یافت: از جمله اینکه اصول تصمیم‌گیری جمعی، خرد همگانی، توافق منطقی و برخاسته از نهادهای جامعه مدنی در وضع قواعد جزایی، از معیارهای مهم دخالت جزایی قلمداد می‌گردد که این اصل ناشی از بشری دانستن سیاسات و برنامه‌ریزی‌ها و قانون‌گذاری‌هاست. ویژگی مهم دیگر جرم‌انگاری در کشورهای سکولار توجه به کارآمدی جرم‌انگاری با توجه به اهداف و کارکردهایی است که برای حقوق

<sup>۱</sup> محمودی جانکی، فیروز، مبانی، اصول و شیوه‌های جرم‌انگاری، ص: ۱۴۰-۴۵.

جزایی در نظر گرفته شده است.<sup>۱</sup> همینطور جرم انگاری با توجه به امکانات دستگاه قضایی، ضرورت اجتماعی، ارزش های مورد قبول اعضای جامعه، اصول و قواعد حقوق بشری و توسل به ابزار جزایی به عنوان آخرین حربه، از دیگر ویژگی های رویکرد سکولار است.

جاناتان شنشک<sup>۲</sup> در این باره چنین می نویسد: "زمانی که در صدد جرم انگاری رفتاری هستیم، باید آن رفتار بطور متوالی و بگونه ای موفقیت آمیز از میان سه فیلتر مجزا عبور نماید. در صورت شکست در گذر از این فیلترها نمی توان آن را جرم شناخت، اما در صورت گذر از هر سه فیلتر، جرم دانستن رفتار موجه است. به نظر من پالایش موفقیت آمیز برای جرم انگاری موجه هم لازم و هم کافی است"<sup>۳</sup> در نظر وی جرم دانستن یک رفتار مستلزم عبور از سه فیلتر است: ۱- فیلتر اصول؛ بر این اساس در وهله ی اول باید ثابت شود که رفتار بر اساس یک سری از اصول نظری راجع به جرم انگاری (مثلاً اصل ضرر) در حیه ی صلاحیت قضایی جامعه یا اقتدار دولتی قرار دارد<sup>۲</sup>- فیلتر پیش فرض ها؛ به معنی تفحص در این باره که آیا راه های موفقیت آمیز دیگری که وقوع عمل را بدون بکارگیری ابزار جزایی تقلیل دهد، وجود دارد یا خیر؟ (توسل به کیفر به عنوان آخرین حربه) ۳- فیلتر کارکردها؛ توجه به عواقب عمل جرم انگاری رفتار. به عبارت دیگر بررسی سود و زیان اجتماعی اجرا یا عدم اجرای قانون جزایی در مورد آن رفتار خاص.

<sup>۱</sup> همان ..

<sup>۲</sup> Jonathan Schonsheek

<sup>۳</sup> حبیب زاده، محمد جعفر، زینالی، امیر حمزه، درآمدی بر برخی محدودیت های عملی جرم انگاری، ص: ۲۸

## مبحث دوم: رویکرد ارزشی و دینی

ورود دین در عرصه‌ی نظام حقوقی و تأثیر آن در شکل‌گیری حقوق جزایی سابقه- ای طولانی دارد. همانطور که قبلاً نیز گفته شد، قواعدی که بر جوامع ابتدایی حاکم بودند بیشتر جنبه‌ی مذهبی داشتند.<sup>۱</sup> در قرن هشتم در انگلستان بدترین و خطرناک ترین جرم دنیوی خیانت به کشور و بدترین تخلف مذهبی توهین به مقدسات دینی بود که هر دو مستلزم ترسناک ترین مجازات‌ها بودند.<sup>۲</sup>

با این وجود در این گفتار منظور ما از دین صرفاً دین اسلام است. به این دلیل که در جوامع اروپایی و آمریکایی دین مسیحیت و یهودیت از عرصه‌ی سیاسی و حقوقی کشور کنار گذاشته شده و به همین علت بحث از آن ادیان در رویکرد دینی به ترسیم نظام عدالت جزایی بی معنی است. در عصر کنونی دین اسلام تنها دینی است که در میان بسیاری از کشورها به عنوان منبع اصلی یا یکی از منابع مهم سیاست‌گذاری و حقوق، همچنان جایگاه خود را حفظ کرده و در برابر تمامی نظام‌های سکولار از قواعد، اسلوب و شعارهای خود مبنی بر تحقق عدالت جزایی دفاع می‌نماید.

بعد از اینکه دین اسلام توسط پیامبر عظیم الشان اسلام بر مردم عربستان عرضه شد و از جانب آنان مورد پذیرش قرار گرفت، مسلمانان بر اساس احکام اسلام به اداره‌ی جامعه می‌پرداختند. بعد از رحلت پیامبر اکرم مسلمانان که جانشین بعد از او را تعیین کردند، بر اساس قرآن و سلوک پیامبر و احکامی که از آن دوران به جا مانده بود به اداره‌ی حکومت پرداختند. شاید بتوان ادعا کرد که مهمترین دلیلی که باعث شده است احکام دین اسلام تا کنون در کشورهای مسلمان مورد عمل قرار بگیرد، وجود دانشی به نام فقه یا اصول فقه است. مراد از فقه در نزد مسلمانان؛ علم به همه‌ی احکام و

<sup>۱</sup> کاتوزیان، ناصر، فلسفه‌ی حقوق، جلد ۱، ص: ۶۰۰.

<sup>۲</sup> روت، میچل، تاریخ عدالت کیفری، ص: ۲۲.

دستورات الهی است که توسط جبرئیل (فرشته‌ی وحی) بر پیامبر نازل شده است، اعم از اصول عقاید و فروع دین و امور اخلاقی، اجتماعی، سیاسی و غیره.<sup>۱</sup> اصول فقه نیز بر حسب اتفاق شیعه و سنی چنین تعریف شده است؛ علم کشف و استنباط حکم شرعی از ادله‌ی تفصیلی آن (البته در تعداد ادله‌ی تفصیلی شیعه و سنی با هم اختلاف دارند).<sup>۲</sup> بنابراین فقها و اصولیین همواره توسط علم اصول فقه که در میان اهل سنت ابتدا در قرن دوم هجری شکل یافت و در اوایل قرن چهارم به صورت یک علم یک‌پارچه در آمد و در میان تشیع در قرن پنجم مطرح شد،<sup>۳</sup> احکام و قوانین شرعی را در اختیار مردم و حاکمان اسلامی قرار می‌دادند. اما اینکه حکومت‌های اسلامی در چه مناطقی و در چه زمان‌هایی از تاریخ شکل گرفته و حاکمان تا چه حدی خود را ملزم به رعایت آن احکام می‌دانستند و در حکومت‌داری و سیاست‌گذاری‌های خود به آنها عمل می‌کردند، بحث تاریخی مفصلی است که خارج از بحث این مقاله است. با این وجود بازتاب این بحث در مورد حکومت‌های اسلامی کنونی و اینکه آیا امروزه همه‌ی حکومت‌های اسلامی به یک اندازه در ترسیم سیستم حقوق جزایی خود از احکام و قوانین شرعی استفاده می‌کنند یا خیر؟ و مواضع دولت‌های اسلامی در قانون‌مند کردن احکام فقهی چیست؟ مربوط به بحث این مقاله است و در مبحث آتی به آن پرداخته خواهد شد.

نتیجه آنکه استفاده از آموزه‌های سنتی دین و احکام اسلامی در ترسیم سیستم عدالت جزایی باوجود چالش‌ها و آسیب‌هایی که با آن مواجه است، رویکرد متفاوتی با نظام‌های سکولار در عرصه‌ی حقوق جزایی ایجاد کرده است که در زمینه‌ی جرم-انگاری، تعیین مجازات و اهداف حقوق جزایی، مسیری خاص را می‌پیماید. ذیلاً به برخی از ویژگی‌های این رویکرد اشاره می‌کنیم:

<sup>۱</sup> جناتی، ابراهیم، تطور اجتهاد در حوزه‌ی استنباط، جلد ۱، ص: ۱۴۵.

<sup>۲</sup> المظفر، محمد رضا، اصول الفقه، ص: ۶.

<sup>۳</sup> حلاق، وائل، تاریخ تئوری‌های حقوق اسلامی، ص: ۳۲.

### بند اول: مبنای واحد مشروعیت

در یک رویکرد دینی منشأ تمامی قواعد حقوقی از جمله حقوق جزایی اراده‌ی الهی شمرده می‌شود.<sup>۱</sup> الهی دانستن منشأ قواعد حقوقی مبنای پیش‌فرض‌های خاصی در مورد قوانین شریعت می‌گردد. از جمله اینکه شریعت همه‌ی قواعد، اصول و نظریاتی که یک قانون کامل به آن نیازمند است را در خود دارد. بر خلاف قواعد عرفی که چون ساخته-ی بشر هستند ناقص و ناتمام‌اند. دیگر اینکه شریعت اسلام به سبب دوام یعنی استقرارش، بر قوانین عرفی برتری دارد؛ زیرا نصوص آن هرچند سال‌ها بگذرد و زمانها به درازا بکشد، قابل تغییر و تبدیل نیست. با این وجود همواره شایستگی خود را در همه‌ی زمان‌ها و مکان‌ها حفظ می‌کند.<sup>۲</sup>

### بند دوم: سیاست جنایی ایدئولوژیک

ویژگی دیگر رویکرد ارزشی به نظام عدالت جزایی، استفاده از اصول ارزشی، اخلاقی و مذهبی بیش از یافته‌های علمی و تجربی در طراحی نظامی برای مقابله با جرم و انحراف است. تدوین سیاست جنایی ارزشی در ابتدا به این دلیل که قواعد و احکام ماهوی آن از قبل در متون دینی مشخص شده است، امری آسان به نظر می‌رسد. اما در واقع تدوین چنین سیاست جنایی مشکلات و دغدغه‌هایی بیش از ترسیم یک سیاست جنایی در یک نظام سکولار عرفی دارد. به عنوان مثال دغدغه‌ی اصلی دولت-های اسلامی همواره این بوده است که چگونه می‌توان به یک سیاست جنایی کاربردی و دقیق که لازمه‌ی مقابله با جرایم پیچیده و دامنه دار دنیای امروز است، دست یافت و در عین حال مقید به تمام اهداف و ارزش‌های اسلامی و متکلف به اجرای حقوق اسلامی در جامعه بود.

<sup>۱</sup> ظفری، پیشین، ص: ۶۳.

<sup>۲</sup> عوده، عبدالقادر، حقوق جنایی اسلام، ص: ۴۰-۴۱.

از طرف دیگر تعارض بین یافته‌های علمی در زمینه‌ی حقوق جزایی و احکام اسلامی و فقهی، همچنین مشکل تعیین و کشف اهداف احکام فقهی که چندان به آن پرداخته نشده است، طراحی چنین نظام حقوقی را با چالش‌های جدی مواجه ساخته است. این مسأله باعث شده است که کشورهای اسلامی در عین داشتن مبنای واحد الهی، نظام‌های حقوقی متفاوتی از یکدیگر داشته باشند.

### ۱- عدم انعطاف پذیری احکام

اندیشه‌ی ثابت بودن احکام اسلامی - اعم از احکام جزایی در خصوص جرایم و مجازات‌ها - مبانی فکری بسیاری از فقها و اندیشمندان اسلامی را شکل می‌دهد. این تفکر مبتنی بر پیش‌فرض‌هایی از قبیل مطلق بودن ارزش‌ها و هنجارهای اخلاقی و عدم امکان تغییر آنها، ابتدای احکام اسلامی بر مصالح و مفاسد واقعی و ثابت بشر<sup>۱</sup> و پیش-فرض بهترین گزینه در مورد احکام اسلامی است.<sup>۲</sup> اگر چه که اندیشمندان مسلمان بسیاری از طرق مختلفی سعی در اثبات قابلیت انعطاف و تغییر پذیری احکام متناسب با نیازهای جامعه کنونی داشته‌اند؛ از جمله عصری و موقتی بودن احکام مربوط به سیاسات<sup>۳</sup> - که احکام جزایی را نیز شامل می‌شود -، عرضی بودن احکام سیاسی فقهی،<sup>۴</sup> توجه به مقاصد عام شریعت در قانون‌گذاری احکام فقهی.<sup>۵</sup> با این وجود کمتر در ارائه-ی مبنایی برای جمع احکام ثابت فقهی در خصوص مسائل جزایی با نیازهای علمی و اجتماعی روز که بتواند ملاک عمل همه‌ی کشورهای اسلامی قرار بگیرد، موفق شده

<sup>۱</sup> صابری، حسین، فقه و مصالح عرفی، ص: ۲۴-۳۰.

<sup>۲</sup> قیاسی، پیشین، ص: ۹۷.

<sup>۳</sup> مجتهد شبستری، محمد، نقدی بر قرائت رسمی از دین، ص: ۱۶۹.

<sup>۴</sup> سروش، پیشین، ص: ۹-۴.

<sup>۵</sup> رفاعی، عبدالجبار، مقصدهای شریعت، ص: ۱۸۳.

اند. این مسأله باعث شده است که عقیده‌ی رایج در باره‌ی حقوق اسلامی در نظر بسیاری از غربیان، "قواعدی با هنجارهای ثابت که ناشی از اراده الهی است" باشد.<sup>۱</sup>

## ۲- نقد ناپذیری احکام جزایی

ارزیابی احکام جزایی در هر نظامی مستلزم این است که تعیین جرایم و مجازات‌ها، اهداف روشنی را دنبال کنند تا در صورت دست‌یابی یا عدم دست‌یابی به اهداف مورد نظر، به نقد و ارزیابی آن احکام بپردازیم. نکته‌ای که حقوق جزایی اسلام را از سایر نظام‌های حقوق جزایی متمایز می‌کند، مبهم بودن اهداف مجازات‌ها و جرم‌انگاری-هاست. اندیشه‌ی غالب فقهای اسلامی بویژه فقهای شیعه این است که: "شناخت گناهان (احکام جزایی اسلام) بر اساس تعریف الهی است. ارائه‌ی معیار در این زمینه از سوی انسان و عقل بشری ناممکن است. پیروی گناهان از مصالح و مفاسد واقعی و نیز تأثیر آنها در روح و ابعاد روحانی بشر، در کنار ناتوانی عقل بشری از درک کامل آنها، باعث شده است اختیار و معیار تعیین گناهان به ذات اقدس الهی واگذار شود."<sup>۲</sup> ابهام در اهداف احکام شرعی هنگامی که با پیش‌فرض‌هایی چون الهی بودن احکام، مطابقت با مصالح و مفاسد واقعی انسان، بهترین راه حل و مناسب‌ترین گزینه بودن و ثابت و کامل بودن احکام همراه می‌شود، نقد آنها را "البته در آن بخش که احکام اولیه نامیده می‌شود" غیر ممکن می‌سازد.

بعنوان مثال علت جرم‌انگاشتن ربا در معاملات تجاری، روابط جنسی با غیر همسر، سقط جنین و ... در کشورهای اسلامی، صرفاً حرمت آنها در اسلام است. و این در حالی است که اهداف این احکام بطور واضح بیان نشده است. در این رابطه همانطور که قبلاً یادآور شدیم؛ باید گفت که گروهی از فقهای اسلامی با پیش‌فرض مبتنی بودن

<sup>۱</sup> Otto, Jan, Michiel; Ibid, p.6.

<sup>۲</sup> سید حسینی تاشی، سید صادق، رابطه جرم و گناه، ص: ۷۲.

تمام احکام الهی بر مصالح و مفاسد واقعی بشر، در صدد کشف اهداف شارع برآمدند. مهمترین و تأثیرگذار ترین این جنبش‌ها در فقه اهل سنت و جماعت و در آثار غزالی و شاطبی نمایان شد. در میان فقهای شیعی نیز تلاش‌هایی هرچند پراکنده و اندک در این زمینه صورت گرفت.

با این وجود پارادایم غیر عقلانی بودن احکام جزایی اسلام همچنان حاکم بوده و تغییری نکرده است. بعنوان مؤید باید گفت که حتی در جایی که علت یا هدف یک جرم بطور صریح و منصوص در عبارات فقهی آمده است، ورود عنصری غریبه و ناآشنا به نام "حکمت"، تطبیق کامل حکم با اهداف مکشوفه را دشوار می‌سازد. بعنوان نمونه علت منصوص حرمت شرب خمر، اسکار آن است. اما هیچ فقهی حکم به جواز مقداری از شراب که به حد اسکار نمی‌رسد را نمی‌دهد. با این استدلال که حتماً "حکمتی" در کار بوده که در منابع فقهی چنین حکمی آمده است. اموری مانند "حکمت"، "علت غایی" و "علت تامه" در ادبیات فقها چنان ناشناخته است که هرگونه تحلیل و تعقل در اهداف و مقاصد احکام را ناتمام می‌گذارد.

نتیجه‌ی این اندیشه واضح است؛ مصلحت همه‌ی احکام تنها در درون خود نصوص فقهی جستجو می‌شود. نصوص محور تمام تحلیل‌های عقلی قرار می‌گیرد و نهایتاً این بینش حاکم می‌شود که در برابر احکام شرع صرفاً باید تعبد ورزید و بندگی کرد.<sup>۱</sup> بنابراین اگرچه می‌توان حرمت احکام جزایی شرعی را بر مصالحی از قبیل مصلحت مال، مصلحت حفظ خانواده و نسل توجیه کرد اما این دلایل صرفاً توجیهی برای ثابت بودن و غیر قابل نقد بودن این احکام است و نمی‌توانند هدف باشند.

<sup>۱</sup> رضایی، حسن، ثابت و متغیر در نظام جزایی اسلام، با تأکید بر نظام جزایی جمهوری اسلامی، ص: ۱۵۴.

### ۳- الهی بودن مبنای جرم‌انگاری

قبلاً گفته شد که در نظام‌های سکولار، فرآیند قانون‌گذاری و جرم‌انگاری امری بشری است که با توجه به اهداف، دلایل، نیازها و ملاحظات بشری صورت می‌گیرد. اگرچه که این مسأله باعث شده است معیارهای متعدد و متضادی برای جرم‌انگاری در آن نظام‌ها ایجاد شود. اما با این حال اصول کلی و عام‌تری وجود دارد که دخالت دولت در حوزه‌های عمومی و خصوصی را موجه و معقول جلوه می‌دهد. نظام‌های مختلف حقوق جزایی در کشورهای مختلف سعی دارد این اصول را در جرم‌انگاری‌ها و تعیین مجازات‌های خود بکار برند. اصولی مانند؛ رعایت موازین و قواعد عام حقوق بشری، اصول تصمیم‌گیری جمعی و خرد همگانی و توافق عمومی در وضع قواعد جزایی، اصل مفید بودن و کارآمد بودن قواعد حقوق جزایی، توجه به مزایا و معایب جرم-انگاری، توجه به امکانات دستگاه قضایی هنگام جرم‌انگاری، توجه به ارزش‌ها و اخلاقیات مورد قبول اعضای جامعه در جرم‌انگاری و ...،

اما قضیه در مورد جرم‌انگاری در یک رویکرد ارزشی کاملاً متفاوت است. در صورتی که عقیده بر این باشد که قواعد حقوقی منشأ الهی دارد؛ جرم‌انگاری مبتنی بر احکام شرعی صورت می‌پذیرد و حداقل در مورد احکام اولیه‌ی اسلام (منظور جرایم و مجازات‌هایی هستند که در شرع تعیین شده اند) اصولی مانند تصمیم‌گیری جمعی، کارآمدی، سودمندی و توجه به امکانات دستگاه قضایی، بی‌معنا می‌نماید.

البته باید در نظر داشت که ویژگی‌های ذکر شده برای رویکرد ارزشی به ترسیم نظام عدالت جزایی، صرفاً در مورد احکام اولیه‌ی فقهی می‌باشد. در مورد احکام حکومتی، دولت‌ها سعی دارند تا نظام جزایی خود را هر چه بیشتر مطابق با اصول علمی و مقتضیات زمان جامعه نزدیک‌تر کنند. در این رابطه نیز دولت‌های اسلامی رویکردهای متفاوتی دارند که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

گفتار دوم: رویکرد کشورهای مسلمان به جرم انگاری بر مبنای شریعت در حکومت‌های دینی بویژه حکومت‌های اسلامی، منشأ حقوق از جمله حقوق جزایی، اراده‌ی الهی اعلام می‌شود. در این حکومت‌ها قدرت الزام‌آوری قواعد حقوقی ناشی از اراده‌ی خداوند است.<sup>۱</sup> فقها از طریق اجتهاد به کشف قواعد الهی پرداخته و قانونگذار حکومت دینی آنها را در قوانین حکومتی منعکس می‌کنند.

از طرف دیگر وضع قواعد جزایی و تدوین سیاست جنایی برای مقابله با بزه‌کاری، نیازمند رعایت اصول و ضوابطی است که علاوه بر رفع نیازها و احتیاجات روز افراد، از کارایی لازم جهت رسیدن به اهداف حقوق جزایی همچون مقابله با پدیده‌ی مجرمانه و اصلاح و بازگشت مجرم، برخوردار باشد. بنابراین داشتن چنین سیاست جنایی همزمان با تأکید ویژه بر رعایت تمامی اصول و احکام شرعی در این زمینه، و مشخص نبودن چگونگی فرایند تبدیل فتاوی فقهی به قوانین موضوعه، موجب بروز مسائل و مشکلات فراوانی در حوزه‌های مختلف تقنینی، قضایی و اجرایی در حکومت‌های دینی شد.<sup>۲</sup> این مسائل باعث شده است که در حکومت‌های اسلامی، در زمینه‌ی چگونگی اجرای احکام اسلام دو رویکرد متفاوت بوجود آید که ذیلاً به آنها پرداخته می‌شود.

### مبحث اول: رویکرد سنتی؛ مداخله‌ی حداکثری شریعت

مراد از رویکرد سنتی در اینجا نظر عده‌ای از فقها، کارشناسان و کارگزاران نظام اسلامی است که با غیرت ورزی و پافشاری بر معارف و احکام دینی، یگانه راه اداره‌ی جامعه‌ی اسلامی در عصر حاضر را عمل به همه‌ی احکام اسلامی، به عنوان حقایقی ثابت و لایتغیر دانسته و معتقدند الگوهای اداره‌ی جامعه از صدر اسلام تا کنون هیچ

<sup>۱</sup> فتحعلی، محمود، درآمدی بر نظام ارزشی و سیاسی اسلام، ص: ۱۰۵.

<sup>۲</sup> امینی، علیرضا، فقه و مسئله قانون، ص: ۵۷.

تغییری نکرده است؛ به همین دلیل نظام اسلامی باید همه‌ی تلاش خود را صرف تحقق همین الگوها نماید. از نظر این عده، خاتمیت و جاودانگی اسلام از ضروریات دین و بی نیاز از اثبات است. لازمه‌ی جاودانه بودن اسلام این است که احکام آن ثابت بماند و با گذشت زمان در اقوام مختلف تغییر نکند.<sup>۱</sup> این ملازمه از نظر عده‌ای چنان واضح است که خاتمیت پیامبر را به معنای ثبات احکام اسلامی می‌دانند.<sup>۲</sup>

در این دیدگاه اساساً مقتضیات زمان، ضرورت‌ها و مصالح نظام جایگاهی نداشته و تنها وظیفه‌ی قانونگذار احراز عدم مغایرت قوانین با ظواهر احکام اولیه شرع است. اگر بخواهیم مبانی فلسفی-کلامی این رویکرد را نام ببریم، می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

### بند اول: اصول گرایی

مهمترین مبای این رویکرد، توجه به اصول، ارزش‌ها و احکام اسلامی به عنوان یگانه راه حل مسائل و مشکلات جامعه است. از نظر اصول گرایان منابع دینی پاسخگو و تنها راه برون رفت از تمامی معضلات جامعه است. بلکه اساساً ایشان علت پیدایی مشکلات و بحران‌های اجتماعی را در دوری گزیدن از معارف و احکام ناب اسلامی می‌شمارند.<sup>۳</sup> این گروه برای ریشه یابی مسائل و تحقق آموزه‌های اسلامی، چندان ضرورتی نمی‌بینند که به سایر حوزه‌های معرفت یا بسترهای عینی جامعه رجوع کرده و شرایط عمومی و نسلی را با مضامین دینی سنجش کنند.<sup>۴</sup> یکی از حقوق‌دانان در این باره می‌نویسد: "قوانین بشری اولاً بدلیل نقص خود انسان، ناقص هستند، ثانیاً عصری و مقید به زمان هستند، ثالثاً منطقه‌ای و مقید به مکان هستند به همین دلیل متعاقب

<sup>۱</sup> حسنعلی، علی اکبریان، معیارهای بازشناسی احکام ثابت و متغیر در روایات، ص: ۱۷.

<sup>۲</sup> صافی گلپایگانی، لطف الله، الاحکام الشرعیة ثابتة لا یتغیر، ص: ۷۵.

<sup>۳</sup> شفیعی سروسستانی، پیشین، ص: ۱۱۲.

<sup>۴</sup> سبحانی، محمد تقی، الگوی جامع شخصیت زن مسلمان، ص: ۱۹.

احتیاجات موقتی انسانها ایجاد شده است. در حالی که شریعت که قانون الهی است مقید به زمان و مکان نبوده و همواره ثابت است و احتیاجات اساسی بشر را در همه‌ی اعصار و مکان‌ها برطرف می‌سازد<sup>۱</sup>.

### بند دوم: تعبد باوری و شریعت پنداری

مسلماناً هر دینی شامل یک سلسله تکالیفی برای مکلفین خود است و تحقق آرمان‌ها و اهداف دین در گرو تعبد و تسلیم در برابر فرامین الهی است. در این راستا عده‌ای از سنت گرایان، تحلیلی تعبدی از مسأله‌ی قانونگذاری و اداره‌ی جامعه دارند. ایشان معتقدند که حتی قانونگذاری نیز مانند سایر اعمال عبادی مربوط به حوزه‌ی رفتارها و تکالیف شرعی است؛ و وظیفه‌ی یک مسلمان و همینطور حکومت اسلامی، اجرای احکام دینی و تلاش برای ظهور و نمایانی این احکام در زندگی بشر است.<sup>۲</sup> حتی این برداشت از دین در بین اسلام‌شناسان غربی نیز رایج شده است. یکی از نویسندگان غربی در مقام مقایسه‌ی دیدگاه ارسطو و اسلام در مورد قانون و دولت چنین می‌نویسد: "از دیدگاه ارسطو دانش سیاسی، دانشی سه بعدی است که دولت، اخلاق و قانون را در بر می‌گیرد اما در اسلام وجود قانون پیش از شکل‌گیری دولت است و دولت تنها هدفش حفظ و اجرای شریعت است."<sup>۳</sup>

### بند سوم: اجتهادگرایی سنتی

شیوه‌های فقه اجتهادی در طول زمان از آغاز پیدایش آن تا کنون تطور گوناگونی را پشت سر گذاشته است. اجتهاد غیر عملی (علمی) یا شیوه‌ی اجتهادی ظاهرگرایانه، از

<sup>۱</sup> عوده، عبدالقادر، التشریع الجنائی الاسلامی، ص: ۲۱-۱۴.

<sup>۲</sup> عوده، پیشین، ص: ۲۰.

<sup>۳</sup> لمبتون، ان.کی.اس، دولت و حکومت در اسلام، ص: ۲۴.

ویژگی‌های سبک اجتهادی سنت‌گرایانه بشمار می‌آید. اگر چه که این روش به لحاظ دقت و پیشرفته بودن در استنباط‌های حقوقی، از ویژگی‌های مثبت سنت‌گرایان محسوب می‌شود؛<sup>۱</sup> اما فایده‌ی عملی به دنبال ندارد و شیوه‌ی مطلوبی نیست، زیرا با آن نمی‌توان در برابر رویدادهای تازه که مربوط به مسائل جامعه است پاسخگو شد تا چه رسد به اموری که مربوط به مسائل حکومت اسلامی است.<sup>۲</sup> کم توجهی به عقلانی و عرفی بودن روش‌های اجتماعی و امکان تکامل و توسعه از نقاط ضعف این روش است.

### بند چهارم: بدعت‌انگاری تحول در فقه

یکی از ویژگی‌های رویکرد سنت‌گرایانه، تأکید بر خالص یا ناب ماندن معارف و آموزه‌های وحیانی از جمله احکام سیاسی جزایی و مقابله با هرگونه اندیشه‌ای است که زمینه‌ی التقاط و انحراف از معارف اصلی و نصوص دینی را فراهم می‌سازد. این ویژگی در بعضی از جهات که شامل اصول کلی، اهداف و مبانی دین می‌شود، از نکات مثبت این رویکرد بشمار می‌آید. اما در صورتی که این خلوص‌گرایی به احکام عرفی و اجتماعی دین سرایت کند و موجب شود که هر اندیشه‌ی جدیدی در باره‌ی دین بدعت‌انگاشته شود، دین را از حضور در عرصه‌های زندگی بشر و تحولات زمانه ناتوان می‌سازد.<sup>۳</sup> سنت‌گرایان برای حفظ خلوص و پالوده داشتن دین از آراء و هواهای بشری معتقدند که باید ساحت دین را از امور عرفی و اجتماعی به دور داشت. اسلام از حقایق پنهان و امور مسلم الهی خبر می‌دهد و لی حقوق و دیگر دانش‌های بشری همه

<sup>۱</sup> شفیعی سروستانی، پیشین، ص: ۱۱۳.

<sup>۲</sup> جناتی، پیشین، جلد دوم، ص: ۲۵.

<sup>۳</sup> شفیعی سروستانی، پیشین، ص: ۱۱۵.

بر حدس ها و احتمال های ذهنی استوار است و مسائل جزئی، متغیر و متداول بشر را مورد مطالعه قرار می دهند.<sup>۱</sup>

### بند پنجم: فردی نگری

دو نوع برداشت از فقه وجود دارد؛ فقه فردی و فقه حکومتی. در نگاه فردگرایانه به فقه؛ فقیه تنها مکلف است که وظایف افراد مسلمان را روشن سازد و مشکلات آنان را در اجرای احکام اسلامی مرتفع سازد. فقه حکومتی نیز بر این اندیشه استوار است که افراد غیر از هویت فردی شان، دارای یک هویت جمعی هستند که خود این هویت جمعی نیز موضوع احکامی واقع می شود و فقیه باید احکام این جنبه از فقه را نیز مشخص سازد. از خصوصیات رویکرد سنتی این است که آنان اولاً در حوزه ی فقه و شریعت تنها بر بعد فردی احکام انگشت می نهند و حتی اگر احکام اجتماعی را نیز مد نظر قرار دهند، باز هم از این احکام تفسیری فردگرایانه ارائه می دهند.<sup>۲</sup> زیرا در نظر آنان فقیه تنها متکفل بیان تکالیف و وظایف فرد مسلمان است و جامعه و حکومت در این نظام معرفتی چندان جایگاهی ندارند. ثانیاً احکام فقهی اسلامی را به عنوان اجزایی جدا و بریده از هم تبیین و تفسیر می کنند و مدلی نظام مند که در آن جایگاه هر یک از احکام در مجموعه کلان معارف فقهی اسلامی، نسبت و رابطه هر حکم با دیگر احکام، و هدف نهایی این مجموعه احکام و نقش آن در رشد و تعالی فرد و جامعه اسلامی مشخص شده باشد، ارائه نمی کنند.<sup>۳</sup>

از آنجا که در حکومت های دینی در زمینه ی چگونگی اداره ی جامعه بر اساس احکام شریعت تجربه ی کافی وجود ندارد، قاعداً اولین تجربه ی چنین حکومت هایی

<sup>۱</sup> سبحانی، پیشین، ص: ۲۰-۲۱.

<sup>۲</sup> همان، ص: ۲۰.

<sup>۳</sup> شفیع سروسرانی، پیشین، ص: ۱۱۶.

استفاده‌ی حداکثری از شریعت در تمامی جنبه‌های اداره‌ی جامعه، یا به تعبیری رویکرد سنت گرایانه فقهی است. چالش کلان نظام حقوق جزایی این کشور ها، فرایند تبدیل فتاوی فقهی به قوانین موضوعه است که چنان که بدرستی تبیین نشود، مسائل و مشکلات فراوانی در حوزه‌های مختلف تقنینی، قضایی و اجرایی، به ویژه در زمینه‌ی قانونگذاری بوجود می آورد.<sup>۱</sup>

### مبحث دوم: رویکرد مدرن؛ مداخله‌ی حداقلی شریعت

اگرچه که رویکرد سنت‌گرایی اسلامی بدلیل استفاده از منابع و مبانی غنی فقه اسلامی، نقاط قوت بسیاری دارد اما ویژگی‌های یاد شده برای این رویکرد در عمل موجب ناکارآمد شدن فقه در پاسخ به نیازهای متنوع دستگاه‌های مختلف اجرایی و قضایی حکومت‌های اسلامی گشت. از طرف دیگر در حکومت‌های اسلامی امکان کنار گذاشتن شریعت اسلامی بطور کامل در اداره‌ی حکومت، بدلیل مبانی فلسفی-سیاسی اسلام امکان‌پذیر نیست. بنابراین روشنفکران دینی و غیر دینی، با نقد رویکرد سنتی کوشیدند تا تفسیر دیگری از فقه و شریعت که با مبانی رویکرد سنتی در تضاد بود ارائه دهند.

اما در رابطه با رویکرد مدرن؛ دو قرائت متفاوت از این رویکرد وجود دارد؛ تجددگرایان افراطی معتقد بودند احکام اسلامی دیگر قابلیت اجرا در جامعه را ندارد. اگرچه که این گروه، خود مسلمان بودند اما احکام اسلامی را تا حد عبادات و اخلاقیات تنزل داده و معتقد بودند فقه در باب سیاست‌گذاری‌ها، برنامه‌ریزی‌ها و قانونگذاری‌ها، پاسخ‌گوی نیازهای جامعه نیست. این امور نیاز به کارشناسی و تخصص دارند و تنها عقل جمعی افراد جامعه باید در باره‌ی این مسائل تصمیم بگیرد. همین‌طور

<sup>۱</sup> امینی، پیشین، ص: ۶۳

ایشان حقوق اسلامی را منحصر به عبادات تا اندازه‌ای احوال شخصیه کرده و بطور افراطی خواهان عرفی شدن حقوق جزایی اسلام و سکولاریزه کردن جامعه شدند و با این ادعا که جرایم و مجازات‌ها و اصول محاکمات شرعی با مقتضیات زمان و مکان سازگاری ندارد، خواهان کنارگذاشتن قوانین شرعی شدند.<sup>۱</sup>

گروه دیگری از روشنفکران تجدد خواه وجود داشتند که از یک سو نمی‌خواستند که قوانین و احکام شرعی اسلامی را بطور کامل کنار بگذارند و از سوی دیگر نمی‌توانستند احکام سنتی فقهی را همانطور که در صدر اسلام اجرا می‌شد در جامعه کنونی نیز قابل اجرا بدانند. این گروه در صدد بودند تا با جمع بین ثباتات شریعت و متغیرات زندگی، حقوق جزایی اسلام را منطبق با نیازهای روز و مقتضیات زمان کنند. یعنی علاوه بر اینکه به اصول و چارچوب‌های مدرنیته معتقد بودند خود را ملزم به حقوق اسلامی می‌دانستند.

بطور کلی مبانی فلسفی و مؤلفه‌های اصلی این دو گروه از روشنفکران را می‌توان در موارد زیر خلاصه کرد:

### بند اول: انعطاف‌پذیری و عدم ثبات احکام شرعی

مهمترین رکن و اصلی‌ترین مؤلفه‌ی نظریات تجدد گرایان، اعتقاد به تحول‌پذیری و تبدیلیابی احکام شرعی است. از یک سو تحول شرایط زمانی و مکانی و به دنبال آن دگرگونی عمیق نیازمندی‌های بشر، پاسخ‌گویی احکام ثابت شرعی به تغییرات عینی اجتماعی را به چالش می‌کشید و از سویی دیگر پیشرفت عقلایی بشر و دانش او در کشف نایافته‌ها و زوایای پنهان حیات هستی هم در باب طبیعیات و هم در باب

<sup>۱</sup> رضایی، پیشین، ص: ۱۲.

اجتماعیات و علوم انسانی، فضایی را بوجود آورد که ماندگاری دین را به شدت مورد تردید قرار می‌داد.

به این ترتیب برخی از روشنفکران تئوری عصری بودن احکام شرعی را مطرح کرده و اظهار داشتند که نصوص مربوط به سیاست در کتاب و سنت، با فرهنگ و واقعیات اجتماعی و سیاسی آن عصر در ارتباط بوده‌اند. هدف احکام حدود و قصاص و دیات گونه‌ای مهار کردن عادلانه و اخلاقی انتقام کشی رایج میان اعراب آن عصر بوده لذا این نصوص ناظر به پرسش‌هایی که ما در عصر حاضر در باب حقوق جزا یا حکومت داریم نیست.<sup>۱</sup>

عده‌ای دیگر نظریه‌ی سیالیت احکام را مطرح کرده‌اند؛ به این ترتیب که بنا به نظر علما و فقهای متأخر احکام دین اسلام ماهیتی سیاسی و اجتماعی دارند. ماهیت سیاست و اجتماع هم ماهیتی سیال است یعنی بنا بر تغییر شرایط زندگی مردم و یا تغییر شناخت آدمیان از یک‌دیگر، طبیعت، واقعیات و تاریخ، تغییر می‌کند. لذا حقوق نیز مقوله‌ای سیال و متغیر است و بنا بر گذر زمان و تغییر اوضاع سیاسی اجتماعی متحول می‌شود.<sup>۲</sup>

عده‌ای نیز احکام شرعی را جزء عرضیات دین دانسته و آنها را از ذاتیات دین جدا کردند. به اعتقاد ایشان اگر پیامبر در میان قومی دیگر با عادات و آداب و عرفیات دیگر ظهور می‌کرد، در حین حفظ مقاصد شریعتش، صورت کثیری از احکام دینی از جمله احکام قصاص، دیات، نکاح، طلاق و حتی حقوق زن و مرد متفاوت می‌گشت.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> مجتهد شبستری، محمد، "بستر معنوی و عقلایی علم فقه"، ص: ۷۸.

<sup>۲</sup> سروش، عبد‌الکریم، "قبض و بسط حقوق زنان" ص: ۹۶.

<sup>۳</sup> سروش، عبد‌الکریم، "فقه در ترازو؛ چند پرسش از محضر ایت الله منتظری"، ص: ۱۱۳.

## بند دوم: ضرورت اجتهاد در اصول در کنار اجتهاد در فروع

به نظر روشنفکران تجددگرا، یکی از مشکلات عمده‌ای که باعث ناکارآمدی فقه در عصر حاضر شده است، پیش‌فرض‌ها و پیش‌فهم‌های سنتی فقیهان از فقه اسلامی است. ایشان معتقدند که تا اجتهاد در اصول صورت نگیرد و در انسان‌شناسی و معرفت‌شناسی فقیهان تحولی رخ ندهد، فقه نیز متحول نمی‌گردد. یکی از این روشنفکران در این باره چنین اظهار نظر می‌کند: وقتی احکام فقهی مختلف مانند حکم نجاست کفار، حکم جواز غیبت کفار و مخالفان، حکم برده‌گیری و برده‌فروشی، حکم قتل مرتد، تفاوت میان حقوق برده و آزاده و غیره را بررسی کنیم، معلوم می‌شود که فقه ما بر انسان‌شناسی خاصی بنا شده است که ذهن فقیهان را در قبضه‌ی تسخیر خود گرفته است و هنگام افتاء به آنها فرمان می‌دهد. مادام که آن انسان‌شناسی و آن معرفت‌شناسی، آشکار و شفاف نشود و مورد نقادی صریح قرار نگیرد، بسیاری از احکام فقهی در مورد جان، آبرو، عقیده و آزادی‌های انسانی و امور اجتماعی، مشکوک و مسأله‌آفرین خواهد بود.<sup>۱</sup> این روشنفکران همواره بر این نکته تأکید دارند که امروزه مهمترین اجتهاد غیر فقهی برای متفکران مسلمان، پذیرفتن نظریه‌ای جامع در باره‌ی انسان و چگونگی تحولات اجتماعی و قوانین عام آن است. این پذیرفتن باید از یک طرف بر همه‌ی اطلاعات فلسفی و علمی موجود در باره‌ی انسان و از طرف دیگر بر همه‌ی داده‌های وحی متکی باشد. علم فقه بدون تکیه بر چنین نظریه‌ی جامعی، فقه این زمان نخواهد بود.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> سروش، عبدالکریم، قبض و بسط تئوریک شریعت، ص: ۱۸۸.

<sup>۲</sup> مجتهد شبستری، محمد، هرمنوتیک، کتاب و سنت، ص: ۴۹.

### بند سوم: عدم جامعیت فقه در عصر حاضر

دانستیم که دیدگاه سنتی اسلامی بر نگاه حداکثری به آموزه‌های فقهی اسلامی استوار است سنت‌گرایان احکام فقهی اتخاذ شده از کتاب و سنت را برای مدیریت و اداره‌ی جامعه و برنامه‌ریزی اجتماعی، کافی می‌دانند. ایشان بر این باورند که پاسخ تمامی مسائل اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و حتی بین‌المللی و سیاست خارجی نیز با توجه به اصول و مبانی فقهی در کتاب و سنت وجود دارد. در مقابل روشنفکران اسلامی فقه را به عنوان مبنایی برای تنظیم امور سیاسی و اجتماعی در عصر حاضر نمی‌پذیرند و معتقدند با علم فقه نمی‌توان نظام تأسیس کرد، اما می‌توان به برخی پرسشها پاسخ داد.<sup>۱</sup>

این گروه با نگاهی علم‌گرایانه و تکیه بر عقل بشری؛ معتقدند مدیریت علمی در خور جوامع پیچیده و تحول یافته‌ی کنونی از فقه و مدیریت فقهی بر نمی‌آید. حقوق جزایی و هدف مهم آن که پیش‌گیری از جرم و اجرای عدالت است، با ایده‌ی دولت و حاکمیت آن از یک سو، و حقوق و آزادی‌های اساسی شهروندان در جامعه به مفهوم امروزی از سوی دیگر، درآمیخته است. این پرسش که چه رفتارهایی را باید جرم تلقی کرد و با کدام نظام عدالت جزایی باید به مقابله با پدیده‌ی مجرمانه رفت، پرسشی نیست که فقه بتواند به آنها پاسخ گوید. نمی‌توان با رجوع به سنت اسلامی شواهدی برای این موضوع‌ها یافت. چرا که آنها با سیاست عصر نزول و پس از آن تفاوت ماهیتی دارند. بلکه تنها اصول و موازین کلی شرع می‌توانند راهنمای ما باشند.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> مجتهد شبستری، پیشین، ص: ۵۲.

<sup>۲</sup> محمودی جانکی، پیشین، ص: ۱۷۶.

### بند چهارم: تأکید بر نسبی بودن مفهوم عدالت

از دیگر مؤلفه های رویکرد مدرن تأکید بر این نکته است که مفهوم عدالت و تفسیری که از آن ارائه می شود، نسبی و در هر عصری متفاوت است. لذا آنان همواره تلاش می کنند که احکام اسلامی را با تفسیری که در عصر حاضر از عدالت می شود همسو و هماهنگ سازند. یکی از روشنفکران اسلامی چنین می نویسد: "عدالت را باید در هر زمان تعریف کرد. ما تفسیر ثابتی از عدالت نه تنها در مسائل مربوط به زنان و مردان، بلکه در نظام سیاسی و اقتصادی هم نداریم. تعریف عدالت در هر عصری به خود انسان ها واگذار می شود و آنها باید تعریفی از آن ارائه دهند."<sup>۱</sup>

بنابراین حقوق و مقرراتی که پیامبر اسلام در عصر خود وضع کرد، بدلیل تغییر مقررات ظالمانه ای آن دوران بود. پیامبر اسلام از ظلم زمانه در مورد مردان و زنان به عدل زمانه در مورد آنها حرکت کرد. به عنوان مثال در باره ی زنان؛ مالکیت آنان را به رسمیت شناخت، تعداد بی حد و حصر زوجات را منسوخ کرد، قواعد ارث را تعدیل کرد و احکامی از این قبیل. اگر تفسیر ما از عدالت ثابت و مطلق باشد معنایش این است که تغییرات پیامبر اکرم نهایت تغییرات ممکن است. حال آنکه چنین نیست. باید دید که واقعیات اجتماعی و اقتصادی عصر ما در چه حالی است؟ در حال حاضر عدالت چه چیز را ایجاب می کند؟ باید از موضع عدالت حرکت کنیم و مقررات موجود را تعدیل کنیم یا تغییر دهیم. این کار اجتهادی منطبق بر پیام وحی است.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> مجتهد شبستری، نقدی بر قرائت رسمی از دین، ص: ۵۱۰.

<sup>۲</sup> مجتهد شبستری، هرمنوتیک، کتاب و سنت، ص: ۴۰-۵۱.

## نتیجه

این مسأله که در جوامع اسلامی عصر حاضر چگونه می‌توان نظام جزایی را همزمان هم مبتنی بر کلام خدا و شریعت اسلامی ترسیم کرد و هم با مقتضیات زمان و واقعیت-های عدالت جزایی معاصر همخوان و سازگار نمود، همواره آرمان همه‌ی دولت‌های اسلامی بوده و محور بحث‌های فراوانی در بین علما در حکومت‌های اسلامی قرار گرفته است. از آنجا که نتیجه‌ی این بحث مستقیماً با سیاست‌های کلان جامعه مرتبط است، روشن شدن آن، آثار و نتایج گسترده‌ای در پی خواهد داشت.

برخلاف نظام‌های جزایی سکولار که دین را نه مبنای مشروعیت خود قرار می‌دهند و نه مبنای عمل خود، نظام‌های جزایی اسلامی بر مبنای شریعت الهی شکل می‌گیرند. در این نظام‌ها بدلیل منبع قرار گرفتن احکام شریعت، سیاست جنایی خاصی ترسیم می‌گردد که آمیزه‌ای از سیاست‌گذاری‌های جدید و عرفی، و سیاست موجود در احکام جزایی فقهی است. از طرفی سیاست جنایی این نظام‌ها در بخش احکام جزایی فقهی، غالباً ثابت و غیر قابل نقد و ارزیابی است.

ترسیم نظام عدالت جزایی مبتنی بر شریعت، دارای دو قرائت حداکثری و حداقلی است. باید توجه داشت که معیار این تقسیم‌بندی، استفاده از حجم احکام فقهی در قوانین موضوعه نیست؛ بلکه اصول و مبانی ایدئولوژیکی نظام است که آنها را منسوب به یکی از دو قرائت حداکثری و حداقلی می‌نماید. اصول‌گرایی (انگاره‌ی احکام اسلامی بعنوان یگانه راه‌حل)، تعبد باوری، اجتهاد سنتی و ظاهرگرایانه، بدعت‌انگاری هرگونه تحول در فقه و نگاه فردی به فقه، از مهمترین مبانی فکری قرائت حداکثری است. در مقابل؛ قرائت حداقلی بر اصولی همچون انعطاف‌پذیری و عدم ثبات احکام شرعی (بویژه احکام عمومی و غیر تعبدی)، ضرورت اجتهاد در اصول، عدم جامعیت فقه در عصر حاضر و نسبی بودن مفهوم عدالت، استوار است.

در نظام جمهوری اسلامی افغانستان بعد از تحولات سیاسی فراوان و تغییرات مکرری که در ساختار حکومت و مبانی ایدئولوژیکی هیأت حاکمه ایجاد شد، نهایتاً

جایگاه شریعت در قانون اساسی افغانستان (ماده ۳) اینگونه ترسیم شد که: "در افغانستان هیچ قانونی نمی تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد". اگرچه در ظاهر ماده ذکری از شریعت به عنوان تنها منبع یا منبع اصلی قانونگذاری نشده است، از مفهوم عدم جواز مخالفت با احکام اسلامی بر می آید که در بخش مقررات جزایی اسلامی نمی توان از منبع دیگری جز احکام فقهی جزایی استفاده کرد. در عمل نیز در کود جزای افغانستان؛ مقررات حدود، قصاص و دیات بطور کلی، و در سایر موارد در صورت فقدان حکم قانونی، به فقه ارجاع داده شده است. از این رو در افغانستان رویکرد حداکثری به شریعت، حداقل در عمل مشاهده می گردد.

#### منابع

##### الف: کتب

- ۱- شفیع سروستانی، ابراهیم، قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی، آسیب ها و بایسته ها، تهران، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۵.
- ۲- رضایی، حسن، ثابت و متغیر در نظام جزایی اسلام، با تأکید بر نظام جزایی جمهوری اسلامی، رساله دکتری دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۱.
- ۳- جناتی، ابراهیم، تطور اجتهاد در حوزه استنباط، جلد ۱، تهران، امیر کبیر، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- ۴- رضایی، حسن، نقش مقتضیات زمان و مکان در احکام جزایی اسلام، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشکده حقوق، دانشگاه امام صادق، ۱۳۷۵.
- ۵- روت، میچل، تاریخ عدالت کیفری، ترجمه سناز السی، جلد ۱، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۵.
- ۶- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۸.
- ۷- لمبتون، ان.کی.اس، دولت و حکومت در اسلام، ترجمه محمد مهدی فقیهی، تهران، انتشارات شفیع، چاپ چهارم، ۱۳۸۹.
- ۸- سروش، عبدالکریم، مدارا و مدیریت، تهران، صراط، چاپ سوم، ۱۳۸۷.
- ۹- قیاسی، جلال الدین، مبانی سیاست جنایی حکومت اسلامی، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۵.
- ۱۰- برنامه جدید برای اصلاحات جزایی، کنفرانس بین المللی اصلاحات جزایی سال ۱۹۹۹، مرکز بین المللی مطالعات زندان، سازمان اصلاحات جزایی بین المللی.
- ۱۱- پرادل، ژان، تاریخ اندیشه های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، سمت، چاپ چهارم، ۱۳۸۸.

- ۱۲- گلدوزیان، ایرج، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۶.
  - ۱۳- نوبهار، رحیم، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۹.
  - ۱۴- محمودی جانکی، فیروز، مبانی، اصول و شیوه‌های جرم‌انگاری، رساله دکتری دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.
  - ۱۵- المظفر، محمد رضا، اصول الفقه، قم، دار التفسیر، الطبعة الثالثة، ۱۳۷۸.
  - ۱۶- حلاق، وائل، تاریخ تئوری‌های حقوق اسلامی، ترجمه‌ی محمد راسخ، تهران، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۸۶.
  - عوده، عبدالقادر، حقوق جنائی اسلام، ترجمه اکبر غفوری، جلد ۱، مشهد، مؤسسه چاپ آستان قدس رضوی، چاپ دوم، ۱۳۷۹.
  - ۱۷- صابری، حسین، فقه و مصالح عرفی، قم، بوستان کتاب، چاپ اول، ۱۳۸۴.
  - ۱۸- مجتهد شبستری، محمد، نقدی بر قرائت رسمی از دین، تهران، طرح نو، چاپ اول، ۱۳۷۹.
  - ۱۹- رفاعی، عبدالجبار، مقصدهای شریعت، ترجمه سید ابوالقاسم حسینی، قم، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه‌ی اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۸.
  - ۲۰- سید حسینی تاشی، سید صادق، رابطه جرم و گناه، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۶.
  - ۲۱- فتحعلی، محمود، درآمدی بر نظام ارزشی و سیاسی اسلام، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، قم، چاپ اول ۱۳۸۵.
  - ۲۲- حسنعلی، علی اکبریان، معیارهای بازشناسی احکام ثابت و متغیر در روایات، جلد ۱، قم، پژوهشگاه فرهنگ و علوم اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۶.
  - ۲۳- صافی گلپایگانی، لطف الله، الاحکام الشرعیة ثابتة لا یتغیر، چاپ اول، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۲ ه.ق.
  - ۲۴- سبحانی، محمد تقی، الگوی جامع شخصیت زن مسلمان، جلد ۱، قم، دفتر مطالعات و تحقیقات زنان، چاپ اول، ۱۳۸۲.
  - ۲۵- عوده، عبدالقادر، التشریع الجنائی الاسلامی، جلد ۱، مصر، دارالکتب العلمیه، الطبعة الاولى، ۲۰۰۵ م.
  - ۲۶- لمبتون، ان.کی.اس، دولت و حکومت در اسلام، ترجمه‌ی محمد مهدی فقیهی، تهران، انتشارات شفیعی، چاپ چهارم، ۱۳۸۹.
  - ۲۷- سروش، عبدالکریم، فیض و بسط تئوریک شریعت، تهران، انتشارات صراط، چاپ دهم، ۱۳۸۷.
  - ۲۸- مجتهد شبستری، محمد، هرمنوتیک، کتاب و سنت، تهران، طرح نو، چاپ ششم، ۱۳۸۴.
- ب: مقالات
- ۲۹- امینی، علیرضا، "فقه و مسئله قانون"، تهران، پژوهش و حوزه، سال یکم، شماره ۳، پاییز ۱۳۷۹.

- ۳۰- سروش، عبدالکریم، "فقه در ترازو؛ چند پرسش از محضر ایت الله منتظری"، تهران، کیهان، سال نهم، شماره ۴۶، فروردین و اردیبهشت ۱۳۷۸.
- ۳۱- گسن، ریموند، "بحران در سیاست جنایی کشورهای غربی"، ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، تهران، تحقیقات حقوقی، شماره ۱۰، ۱۳۷۱.
- ۳۲- گفتگو با عبدالکریم سروش، "قبض و بسط حقوق زنان"، تهران، زنان، سال هشتم، شماره ۵۹، دی‌ماه ۱۳۷۸.
- ۳۳- حبیب زاده، محمد جعفر، زینالی، امیر حمزه، "درآمدی بر برخی محدودیت‌های عملی جرم‌انگاری"، نامه‌ی حقوقی، جلد ۱، شماره ۱، ۱۳۸۴.
- ۳۴- مجتهد شبستری، محمد، "بستر معنوی و عقلایی علم فقه"، تهران، کیهان، سال نهم، شماره ۴۶، فروردین و اردیبهشت ۱۳۷۸.

ج: منابع انگلیسی

- 35- Otto, Jan Michael, "Sharia and National Law in Muslim Countries". Leiden University Press, August 2008.
- 36- Andrew Ashworth, principles of criminal law, Fifth edition. Oxford university press, 2001.
- 37- Nathan, J.Broun, Shari'A and state in the modern Muslim Middle East, International journal Middle East studies: 1997.
- 38- A S Hornby, Oxford Advanced learner's dictionary of current English.

# قلمرو قوانین جزائی نسبت به اشخاص

## از منظر قانون و شریعت

محمد اسماعیل عمار

### چکیده

برابری در مقابل قانون میان افراد جامعه از جمله نخستین پایه های نظام اجتماعی اسلام و از بارزترین آرزوهای دیرینه تمامی انسانها می باشد که در جوامع و زمانهای مختلف بخاطر تامین و تحقق آن دانشمندان و به ویژه پیامبران الهی سعی و کوشش نموده اند. دین مقدس اسلام در تمام عرصه های جزایی بدون در نظر گرفتن موقف، مقام و یا ثروت تاکید فراوانی بر اصل برابری نموده است. بر خلاف قوانین وضعی که از گذشته های دور تا اکنون نتوانسته این اصل را به شکل حقیقی و واقعی آن در خود جا داده و تطبیق نماید، و امروزه نیز استثنائاتی را برای این اصل قایل گردیده.

این تحقیق توصیفی-تحلیلی است و برای جمع آوری اطلاعات، تحلیل محتوی و تحلیل گفتمان از آیات متبرکه قرآن کریم، احادیث نبوی، کتب معتبر فقهی و قوانین جزائی افغانستان و بعضی کشورهای دیگر استفاده صورت گرفته. یافته های تحقیق نشان داده است که شریعت اسلامی هیچ استثنای را بر اصل برابری در مقابل قانون نپذیرفته است در حالیکه قوانین وضعی استثنائی را در مورد پذیرفته است. درین مقاله رعایت اصل برابری افراد در مقابل قانون از دیدگاه شریعت اسلامی و قوانین وضعی به شکل مقایسوی به بحث و بررسی گرفته شده است.

**کلید واژه ها:** برابری، قانون، مصئونیت، شریعت اسلامی و قوانین وضعی.

#### مقدمه

تا اواخر قرن هجدهم میلادی در قوانین عرفی، تفاوت های در عرصه تطبیق احکام جزائی میان افراد دیده می شد و در مورد برابری محکومان جزائی تاکید نشده بود، میان آنان در محاکمه، تعیین و اعمال مجازات تفاوت می گذاشتند. با در نظر داشت تعداد طبقات محاکم متعدد وجود داشت. برای اشراف و ثروت مندان، محاکم خاص و قضات معینی در نظر گرفته شده بود. روحانیان محاکم ویژه و افراد معمولی جامعه هم دادگاه های خاص خود را داشتند. شخصیت متهم در قانون جایگاه و اعتبار خاص داشت، اگر جرم توسط یک نفر از اشراف ارتکاب میافت وی را با سبک ترین مجازات کیفر می دادند در حالیکه ارتکاب همان جرم توسط یک فرد عادی، شدید ترین کیفر را به دنبال داشت. اجرای مجازات هم به گونه ای بود که با منزلت اشراف و زرمندان مناسب باشد و نسبت به افراد معمولی با فشار و اهانت توأم گردد، مثلاً وقتی یک اشراف زاده و فرد معمولی به اعدام محکوم میشدند، گردن شریف را با شمشیر می زدند و فقیر را از طنابی می آویختند. برخی از اعمال را چنانچه افراد عادی مرتکب میشدند جرم محسوب می شد و به سخت ترین وجه به مجازات می رسید حال آن که اگر آن اعمال را اشراف و روحانیان مرتکب می شدند تحت بازخواست و محاکمه قرار نمی

گرفتند. قوانین جزائی تا اواخر قرن هجدهم یا حتی تا ظهور انقلاب فرانسه چنین وضعی داشتند، و از آن به بعد اصل برابری افراد در مقابل قانون و این که قانون در باره ی اشخاص به صورت یکسان به مرحله ی اجرا در آید، یکی از مبانی اولیه و اساسی قانون به حساب آمد، با این حال متأسفانه اصل مساوات تاکنون نیز به طور دقیق اعمال نشده است. زیرا رها شدن از تقلیدات قدیم و فراموش کردن گذشته به طور کلی آسان نیست و حالت هایی از امتیاز و عدم برابری به عنوان استثنایی بر اصل برابری افراد در مقابل قانون کماکان باقی مانده است. برخی از نویسندگان در پی تدارک معاذیر قانونی و تهیه ی ترفند های حقوقی به قصد توجیه آنها بر آمده اند و حال آن که برخی بر آن انتقاد دارند و قصد شان الغای این حالات نابرابری است و البته به موفقیت هایی نیز نایل گشته اند. برخی از قوانین جزائی که از اواخر قرن ۱۹ تا اکنون وضع گردیده اند با گرایش به این سو؛ دایره آن استثناها را محدود کرده اند. امروز اغلب اندیشمندان از داعیان اصل برابری به شمار آمده اند و در تحقق آن تلاش می کنند و عنقریب اصل مزبور کاملاً مرعی خواهد گردید؛ البته این امر را باید در نظر داشت که اعمال این گونه نظریات ممکن است به این زودی مقدور نباشد در هر حال آرزویی است که دل ها و انسانیت در پی تحقق آنند.

**مبحث اول:** مفهوم اصل برابری و نمونه های از عدم رعایت آن در قوانین وضعی در این مبحث نخست به مفهوم اصل برابری و بعداً به بعضی از نمونه های عدم رعایت این اصل ذیلاً پرداخته می شود.

### گفتار اول: مفهوم اصل برابری

برابری میان افراد جامعه از جمله خواستهای دیرینه تمام انسانها بوده که در جوامع مختلف بخاطر تأمین و تحقق آن، دانشمندان و به ویژه پیامبران الهی جد و جهد نموده اند دانشمندان در هر عصر و زمان در مورد اصل متذکره تعبیراتی را به کار برده اند که درین جا به یک مورد آن ذیلاً اکتفاء می نماییم:

«برابری اصلی است حقوقی و سیاسی که به موجب آن در همه امور اجتماعی با همه یکسان رفتار شود. چنین اصلی بر پایه این فرض استوار است که همه مردم با هم در اصل از نظر حقوق طبیعی برابر اند»<sup>۱</sup>

البته با در نظر داشت تعریف فوق می توان گفت که برابری از لحاظ حقوقی بدان معنی است که تمام افراد کشور بدون در نظر داشت جنسیت، طبقه، مذهب، شغل و ثروت دارای حقوق و تکالیف مساوی میباشند. اما از لحاظ سیاسی مفهوم برابری اینست که همه شهروندان در برابر قانون و از لحاظ حقوق و آزادیها باهم برابر اند نه از لحاظ دست آوردها و احوال شخصی.<sup>۲</sup>

با آنکه رعایت اصل برابری افراد یک اصل مهم تلقی میگردد، اما طوریکه دیده میشود در عمل تطبیق آن در تمام عرصه های زندگی خالی از اشکال و دشواری نمی باشد که در گفتار بعدی بحث خواهد شد.

گفتار دوم: نمونه هائی از عدم رعایت اصل برابری در مقابل قانون  
ذیل این مبحث میپردازیم به عمده ترین و بارزترین نمونه های عدم رعایت اصل مساوات همگان در مقابل قانون که در کل شامل موارد ذیل میگردد.

### الف) مصونیت رئیس دولت

در قوانین وضعی همیشه میان عالی ترین مقام رسمی کشور اعم از آن که شاه باشد یا رئیس جمهور با دیگران تفاوت گذاشته می شود و حال آن که افراد تمامی جامعه مشمول قانون هستند. رئیس دولت را با این استدلال که قانون از خود او نشئت میگیرد فراتر از شمول این قوانین میدانند، زیرا خضوع وی در مقابل چیزیکه از خودش ناشی شده صحیح نیست. در برخی از قوانین اساسی مانند قانون اساسی افغانستان، دنمارک و

<sup>۱</sup> اشوری، داریوش، دانشنامه سیاسی، ص ۶۰.

<sup>۲</sup> رسولی، محمد اشرف، محاکمه عادلانه، صص ۱۲۰-۱۲۱.

قانون اساسی اسپانیا؛ پیش از آن که حکومت جمهوری شود؛ شخص پادشاه مقدس شمرده می شد. به موجب قانون اساسی افغانستان در زمان شاهی، شاه واجب الاحترام و غیر مسئول بود<sup>۱</sup> به موجب قانون اساسی انگلیس؛ پادشاه مصونیت دارد و فرض بر این است که او هرگز خطا نمی کند. در بلژیک و مصر و ایران نیز پادشاه مصونیت داشت و در ایتالیا و رومانی نیز پیش از لغو نظام پادشاهی؛ شاه مصونیت داشت.<sup>۲</sup>

در نظام جمهوری نیز اصل بر این بود که رئیس جمهور غیر مسئول می باشد. در قرن ۱۹ میلادی؛ مردم دنیا این مصونیت و غیر مسئول بودن را برای رؤسای جمهور می پذیرفتند. سپس در ادامه تحقق اصل برابری؛ روش معمول تا یک حدی کنار گذاشته شده است؛ در قوانین اساسی فرانسه؛ چکسلواکی رئیس جمهور فقط در صورت خیانت به کشور تحت تعقیب عدلی قرار می گرفت و قانون اساسی لهستان که پس از جنگ ۱۹۱۴ تصویب گردیده است؛ در صورتی که رئیس جمهور به کشورش خیانت کند یا قانون اساسی را زیر پا گذارد، مسئولیت جزایی قایل است، همچنان که اگر دست به ارتکاب جرم عادی هم بزند مسئول است ولی برای محاکمه، اجازه پارلمان و رای اکثریت خاصی از نمایندگان لازم است و در قانون اساسی نافذ افغانستان نیز رئیس جمهور را تنها در صورت اتهام به ارتکاب جرایم ضد بشری، خیانت ملی یا جنایت مشروط بر اینکه از سوی یک ثلث کل اعضای ولسی جرگه تقاضا و از طرف دو ثلث کل اعضای دیگر این درخواست قبول شود، لویه جرگه دایر و و بعد از موافقت دو ثلث آرای کل اعضاء در محکمه خاص قابل محاکمه میدانند.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> قانون اساسی ۱۳۴۳، ماده ۱۹

<sup>۲</sup> عوده، عبدالقادر، جرم و ارکان آن، جلد اول، ص ۲۶۷.

<sup>۳</sup> قانون اساسی ۱۳۸۲ افغانستان، ماده ۶۹

از آنچه گفته شد چنین بر می آید که در قوانین وضعی در باب مسئولیت جزایی رؤسای دول از سه نظریه پیروی میشود:

اول: رئیس دولت در مقام هیچ جرمی مسئول نیست؛

دوم: وی در مقابل برخی از جرایم مسئول است؛

سوم: او در مقابل همه جرایم مسئول شناخته میشود.

تردید نیست که مسئولیت روسای دول بنابر قوانین وضعی دچار تحول گسترده ای شده است، رؤسای دول حتی تا قرن ۱۸ کاملاً از مسئولیت معاف بوده اند، کم کم این قاعده زیر پا گذاشته شد و اکنون بیشتر روسا و رهبران دولت ها واجد مسئولیت جزئی یا کامل هستند. قابل ذکر است که قوانین افغانستان در مورد مسئولیت رئیس جمهور از نظریه دوم پیروی نموده است.

#### ب) مصونیت رؤسای دول بیگانه

در قوانین عرفی، رؤسا و رهبران کشور های دیگر، اعم از آن که پادشاه باشند یا رئیس جمهور در مقابل جرمی که در کشور دیگری غیر از خاک خود مرتکب شوند، از محاکمه در کشور محل ارتکاب معاف هستند. این معافیت شامل افراد هیئت هم راه وی نیز می باشد. استدلال نویسندگان حقوق در توجیه معافیت مذکور اینست که محاکمه آنها، با اصول میهمان نوازی و احترام سازگار نیست. قانون اجراءات جزایی افغانستان نیز عین موقف را به صورت تلویحی در مورد اتخاذ نموده است<sup>۱</sup> این استدلال منطقی به نظر نمی رسد. زیرا وقتی رئیس دولتی، خود را به حدی پائین می آورد که دست به ارتکاب جرم می زند و قواعد میهمانی را زیر پا می گذارد شایسته توقیر و احترام

قانون اجراءات جزای ۱۳۹۳ افغانستان ماده ۶۰<sup>۱</sup>

نیست؛ همین مطلب در مورد اعضای هیئت همراه نیز صادق است. واقعیت این است که معافیت به منظور تقلید از شیوه ی قدیم است که قوانین وضعی قبل از قبول اصل برابری، آن را رعایت می کردند که امروز نیز عمل می کنند. در پایداری این قاعده، مقبول بودن آن از طرف دولتها و این که بخشی از حقوق بین المللی شده است، تأثیر به سزایی دارد<sup>۱</sup>

### ج) مصونیت نمایندگان سیاسی

در قوانین وضعی، هیئت های سیاسی که نمایندگان دول بیگانه به حساب می آیند، از شمول قوانین کشور محل ماموریت معاف هستند و این معافیت به اعضای خانواده ی آنان و دیگر اعضای نمایندگان سیاسی نیز تسری می یابد. کود جزای افغانستان نیز در مورد عین موقف را اتخاذ نموده است چنانچه در این مورد صراحت دارد: «هرگاه کارکن ملل متحد یا کارکن سازمان های بین المللی دیگر یا نماینده سیاسی دولت خارجی مرتکب جرمی گردد که احکام این قانون بالای وی قابل تطبیق باشد با آنها مطابق معاهدات بین الدول و میثاق های بین المللی که موقف، امتیازات و مصونیت های کارکنان و نمایندگان متذکره را تنظیم می نماید و جمهوری اسلامی افغانستان به آن ملحق گردیده است، رفتار صورت می گیرد»<sup>۲</sup>

استدلال علمای حقوق در توجیه این معافیت در پهلوی احترام به کشور میزبان این است که هیئت های سیاسی، نماینده دولت متبوع خود در کشور محل ماموریت به حساب می آیند و هیچ دولتی نمی تواند دولت دیگر را مجازات کند دیگر اینکه امکان ادای وظیفه به نحو احسن این معافیت را ضروری میسازد تا در اثر دست گیری و

<sup>۱</sup> عوده، عبدالقادر، جرم و ارکان آن، جلد اول، ص ۲۶۹.

<sup>۲</sup> کود جزا ۱۳۹۶، ماده ۲۱

بازرسی و محاکمه از ادای وظیفه باز نماند.<sup>۱</sup> در مقابل استدلال های فوق، ممکن است این سوال پیش آید که نماینده سیاسی، یکی از اتباع دولت بیگانه است و هر دولتی حق دارد، اتباع کشور بیگانه را در صورت ارتکاب جرم طبق اصل سرزمینی محاکمه کند و ادای وظیفه یک تبعه بیگانه حتی در مقابل نماینده سیاسی نباید مانع شمول قانون نسبت به وی شود.

#### د) مصونیت نمایندگان مجلس

در قوانین وضعی اکثریت کشورها نمایندگان مردم در خصوص آنچه به اعتبار ادای وظیفه نمایندگی بر زبان میرانند از تعقیب عدلی معاف هستند، در قانون اساسی افغانستان این موضوع نیز کاملاً به رسمیت شناخته شده است<sup>۲</sup> اما در مورد متهم شدن وی به جرم مصونیت به صورت مشروط پذیرفته شده است و استثنای که برین شرط گذاشته شده همانا ارتکاب جرم مشهود توسط آنها می باشد، اما در جرایم غیر مشهود تعقیب عدلی آنها را منوط به اطلاع و تصویب مجلسی که شخص عضویت آنها دارد ساخته است،<sup>۳</sup> اما نمایندگان مردم در مقابل افکار و آرائی که در مجلسین در هنگام اجرای وظیفه ابراز میدارند مورد تعقیب عدلی قرار نمی گیرند.<sup>۴</sup>

به عبارت دیگر، در قانون اساسی آنان از مسئولیت گفتار «که در حالت عادی مجرمانه تلقی میگردد» و در مجلسین بیان میکنند معاف هستند. مقصود از معافیت آن است که اعضای مجلسین، آزادی عمل بیشتری داشته باشند و وظیفه نمایندگی خود را به بهترین وجه انجام دهند با این همه این معافیت، تجاوز آشکاری است بر اصل مساوات، زیرا در اکثریت کشورها مجامع دیگری مانند شورای های ایالتی و ولایتی

دانش، حفیظ الله، حقوق جزای بین الملل، ص ۶۰.<sup>۱</sup>

قانون اساسی افغانستان ۱۳۸۲، ماده ۱۰۱.<sup>۲</sup>

قانون اساسی افغانستان ۱۳۸۲، ماده ۱۰۲.<sup>۳</sup>

قانون اساسی افغانستان ۱۳۸۲، ماده ۱۰۱.<sup>۴</sup>

هستند که اعضای آنها نمی توانند از مصونیتی که نمایندگان مجلس دارند، بهره مند شوند. از طرف دیگر، بعضی افراد که مسئولیت امور عمومی را عهده دارند و بیشتر از یک عضو مجلس در جامعه مؤثر اند، فاقد اینگونه مصونیت هستند.

### هـ) مصونیت ثروت مندان

در قوانین وضعی غالباً ثروت مندان نسبت به فقرا مصونیت دارند. چنانچه قانون اجرای جزایی ۱۳۹۳ افغانستان تصریح میدارد که:

«خارنوالی 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.»<sup>۱</sup>

وضع این قاعده نیز باعث می شود اصل مساوات زیر پا گذاشته شود زیرا توانگر دائماً میتواند ضمان مالی تودیع کند و از زندان آزاد شود اما تهی دست بیشتر وقت از تودیع آن عاجز است و کما کان در زندان می ماند و چه بسا محکمه در مرحله رسیدگی بعدی، او را از اتهام انتسابی تبرئه کند ولی در هر صورت، مدتی را در زندان گذرانده است البته نه به دلیل ارتکاب جرم بلکه بدان سبب که قادر به معرفی کفیل نبوده، یا به عبارت صحیح تر، بدان سبب که فقیر بوده است. و همچنان عین مشکل در فرامین عفو و تخفیف مجازات که به مناسبتهای مختلف توسط رئیس جمهور صادر میگردد نیز مشاهده میگردد.<sup>۲</sup> چون در فرامین متذکره اکثراً شرط گذاشته می شود که آنعده محکومینی که علاوه بر حبس به جزای نقدی نیز محکوم گردیده باشند بعد از

<sup>۱</sup> قانون اجرای جزایی ۱۳۹۳ افغانستان ماده ۱۰۵

<sup>۲</sup> جزء پنجم، فقره (۲) ماده هشتم فرمان شماره (۵) مؤرخ ۱۳۹۸/۳/۱۳ رئیس جمهوری اسلامی افغانستان.

پرداخت تمام و نصف آن از حبس رها گردند که بازهم تعدادی از محکومین فقیر به نسبت فقرشان از امتیاز فرامین متذکره مستفید گردیده نمی توانند.

#### و: مصونیت افراد برجسته جامعه

در قوانین وضعی به افرادی برجسته جامعه امتیاز داده می شود مثلاً در قانون اجرای جزایی ۱۳۹۳ افغانستان طبق ماده ۶۰ مدعی العموم در جرائم بدون در نظر گرفتن ملاحظات می تواند علیه متهم طرح دعوا کند ولی اگر متهم، رئیس دولت خارجی، مؤسسات بین المللی و اعضای دیپلماتیک باشد باید با رعایت حقوق بین الدول عمومی و موافقه وزارت امور خارجه و هدایت تحریری لوی خاړنوالی باشد.<sup>۱</sup> به این ترتیب، تعدادی اشخاص برجسته از مجازات اکثراً نجات میابد و حال آنکه چنین وضعی برای افراد معمولی مقدور نیست.

#### مبحث دوم: اصل برابری در شریعت اسلام

اسلام از روز نخست اصل مساوات و برابری مردم در مقابل قانون را به صورت کامل بیان کرده و بدون قید و شرط آن را پذیرفته است، هیچ قید و استثنایی را در مورد مجاز ندانسته و افراد، جوامع، ملیت های مختلف، همه و همه را در مقابل قانون یکسان شناخته و میان حاکمان و محکومان و روسا و مرئوسان مساوات را رعایت کرده است. هیچ انسانی بر انسانی دیگر، سفید پوست بر سیاه پوست، عرب بر عجم برتری ندارد خداوند (ج) می فرماید: «يَتَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاهُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاهُمْ

قانون اجرای جزایی ۱۳۹۳ افغانستان ماده، ماده ۶۰<sup>۱</sup>

شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا<sup>۱</sup> إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَى<sup>۲</sup> إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ<sup>۳</sup>

«<sup>۱</sup>

ای مردم به تحقیق ما شما را آفریدیم از یک مرد و یک زن و گردانیدیم شما را نژادها و قبیله ها، تا با هم شناسا شوید. به تحقیق با کرامت ترین شما، با تقوا ترین شماست. به تحقیق الله به همه چیز دانا و خبر دار است.<sup>۲</sup>

پیامبر (ص) نیز بر اصل مساوات تاکید کرده است چنانچه میفرماید: «مردم مانند دندانهای شانه برابرند عرب بر عجم برتری ندارد جز با تقوا» و همچنان میفرماید «خداوند (ج) با اسلام غرور و نخوت جاهلیت و تفاخر به نیاکان و اجداد را از میان برد، زیرا مردم از آدم و او از خاک است و گرامی ترین آنان نزد خداوند (ج) با تقوا ترین آنها است».<sup>۳</sup>

پس در شریعت، مردم به رغم اختلاف قبیله و طایفه، در حقوق یکسانند و در واجبات و در مسئولیت ها برابرند، مانند دندانهای شانه، هیچ دندان از بقیه بلند یا کوتاه نیست.

وحدت در ریشه، آنان را به وحدت در حقوق و واجبات و مسئولیت ها سوق می دهد. هیچ انسانی بر انسان دیگر برتری ندارد، آن گونه که مردم امریکا انگلیس و فرانسه خودشان را از مردم مستعمراتشان برتر می دانستند. هیچ سفید پوست بر سیاه پوست برتری ندارد آن طوریکه که امریکائی سفید پوست بر امریکائی سیاه پوست فخر می فروشد و هیچ عرب بر غیر عرب برتری ندارد؛ یعنی هیچ نژاد دیگر برتر نیست آن

<sup>۱</sup> سورة الحجرات، آیه ۳۳.

<sup>۲</sup> عثمانی، محمد شفیع، معارف القرآن، جلد ۱۰، صفحه ۲۶.

<sup>۳</sup> سیاف، عبد رب الرسول، دین و دولت، صفحه ۴۱.

گونه که آلمان و دیگر دول اروپایی از برتری نژاد خود سخن گفتند و بر خلاف در شریعت اسلام، عامل یگانه تفاوت و برتری، تقوا است که آنهم امتیاز معنوی است نه مادی.

در اسلام عزیز، اصل مساوات در حدی که عقل بشری می تواند تصور کند رعایت شده است و در احکام آن میان رئیس و مرئوس و شاهان و رعایا تفاوتی نیست و نیز میان نمایندگان سیاسی دول اجنبی و سایر اتباع آنها و میان نمایندگان مردم و افراد عادی و میان فقرا و توانگران و میان افراد برجسته جامعه و افراد گم نام تفاوتی قایل نیست. در ذیل به بررسی حکم هر یک از حالت هایی که به عنوان مثال در باره عدم رعایت اصل مساوات در قوانین عرفی بیان شده، پرداخته می شود.

### گفتار اول) رعایت برابری میان رؤسا دول و افراد عادی

در اسلام رؤسای دول و افراد عادی به طور یکسان مشمول قانون هستند و همه آنان در مقابل ارتکاب عمل مجرمانه مسئول شناخته می شوند. مسئولان دولت در شریعت اسلام افراد مقدس به حساب نمی آیند و بر دیگران امتیاز ندارند و اگر مرتکب جرم شوند، مانند یک فرد معمولی کیفر می بینند.

پیامبر اسلام (ص) هیچ گاه برای خود قداست و امتیاز قایل نشد و مدام می فرمود:

« إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِّثْلُكُمْ يُوحَى إِلَيَّ <sup>۱</sup> بگو جز این نیست که من بشرم مثل شما که

برایم وحی میشود. <sup>۲</sup> او با تاکید بر معنای مساوات میان رهبران و مردم، برای (جانشینانش) و مسلمانان نمونه و سر مشق بود. یک اعرابی به حضور ایشان رسید.

<sup>۱</sup> سورة الکهف، ایه ۱۱۰.

<sup>۲</sup> عثمانی، محمد شفیع، معارف القرآن، جلد ۶، صفحه ۴۷.

هیبت پیامبر (ص) او را گرفته بود، حضرت رسول به ایشان فرمود: چیزی نیست (هون علیه) «من پسر زنی هستم که گوشت دودی می خورد». روزی طلب کاری دین خود را از آن حضرت با تندی مطالبه می کرد. حضرت عمر رضی الله تعالی عنه با ارشاد به او فهمانید که نباید خشم بگیری، پیامبر فرمود: چه می گویی ای عمر، من نیازمند آنم که بگویی قرض خود را ادا کن و او نیازمند آن است که بگویی صبر پیشه گیرد.<sup>۱</sup>

در اثنای آخرین بیماری اش که به کمک حضرت علی و حضرت فضل بن عباس رضی الله تعالی عنهما در منبر نشست، فرمود: «ای مردم بر پشت هر کس تازیانه زدم ام اینک این پشت من است قصاص کند. از هر کس هتک آبرویی کردم هم اکنون آماده قصاص هستم، اگر مال کسی ستانده ام از من بستاند و از کینه توزی و انتقام من نهراسد که این کار از شأن من دور است. آگاه باشید محبوب ترین شما بر من کسی است که اگر بر گردن من حق دارد آن را بگیرد یا حلالم کند تا در زمان ملاقات پروردگارم فارغ البال باشم» سپس از منبر پایین آمد و به إقامة نماز ظهر ایستاد، آن گاه بر بالای منبر شد و سخنان نخستین را مجدداً تکرار فرمود.<sup>۲</sup>

خلفای پس از وی نیز به سیاق آن حضرت عمل کردند و به راه و هدایت او رفتند. این ابوبکر (رضی الله تعالی عنه) است که پس از بیعت، در اولین کلام که می گوید بر مساوات تاکید و امتیاز را نفی می کند: «ای مردم بر شما ولایت یافتم و حال آن که بهتر از شما نیستم اگر به نیکی رفتار کردم، یاری ام دهید و اگر بی راهه رفتم بر من بشورید. سپس در آخر خطبه اش می گوید مردمی که مرا انتخاب کرده اند حق دارند

جوزی، ابن قیم، زاد المعاد، ج ۱، ص ۵۹<sup>۱</sup>

همان، جلد ۲، ص ۱۶۰.<sup>۲</sup>

عزلم کنند و می افزایید؛ تا زمانی که از خدا و رسول او اطاعت می کنم از من اطاعت کنید و اگر نافرمانی کردم، از من پیروی نکنید.<sup>۱</sup>

هنگامی که حضرت عمر (رضی الله تعالی عنه) به خلافت رسید بیش از هر کس به این معانی تمسک جست؛ تا آنجا که به کشتن خلیفه ستمگر نظر داد.<sup>۲</sup>

حضرت ابوبکر (رضی الله تعالی عنه) اجازه داد که از وی قصاص شود و به مردم گفت عنداللزوم رهبران را نیز قصاص کنند. حضرت عمر (رضی الله تعالی عنه) هم، چنین کرد و حتی شدید تر و اجازه داد که بیش از یک بار قصاص شود<sup>۳</sup> و وقتی علت آن را پرسیدند، جواب داد که دیدم رسول خدا اجازه داد تا او را قصاص کنند، و ابوبکر هم چنین اجازه ای را داد و من نیز اجازه می دهم تا از من قصاص شود.<sup>۴</sup>

از مواردی که حساسیت عمر را نسبت به این موضوع نشان می دهد آن است که، روزی مردی را تنبیه کرد. مضروب گفت: من از دو حال بیرون نبودم؛ یا انسانی جاهل به حکم هستم که حالا آن را می فهمم و یا نسبت به موضوع جهل داشتم و خطا کار بودم و در هر حال نباید تنبیه می شدم و کتک می خوردم. عمر (رضی الله تعالی عنه) گفت: راست گفتی، حق با توست، قصاص کن.<sup>۵</sup>

عمر (رضی الله تعالی عنه) والیانش را شخصاً مؤاخذه می کرد، فرمان داری نبود که بر رعیت ستم روا دارد و عمر رضی الله تعالی عنه به نفع مظلوم، فرمان دار را قصاص نکند. او این اصل را در مراسم حج اعلام کرد. از فرمان داران شهر ها خواست در

تاریخ ابن اثیر، ج ۲، ص ۱۵۴.<sup>۱</sup>

<sup>۲</sup> همان، ج ۳، ص ۳۰.

ابن جوزی، سیره عمر بن خطاب، صص ۱۱۳-۱۱۵.<sup>۳</sup>

امام شافعی، الأم، ج ۶، ص ۴۴.<sup>۴</sup>

ابو یوسف، الخراج، ص ۶۵.<sup>۵</sup>

مراسم حج هم راه او باشند، وقتی گرد آمدند، حضرت عمر (رضی الله تعالی عنه) به آنان و مردم حاضر گفت: ای مردم من والیان خود را برای آن که شما را تازیانه بزند یا اموالتان را بگیرند بر شما نگمارده ام، بلکه بدین منظور فرستاده ام که دیتان را بر شما بیاموزاند و سنت پیامبر تان را بر شما آموزش دهند هر یک از آنها که دست به کار دیگری زده اند به من بگویید، قسم به خدایی که جان عمر در دست اوست ویرا مجازات می کنم. عمرو بن العاص رضی الله تعالی عنه از جایش پرید و گفت: یا امیرالمومنین اگر مردی مسئول عده ای باشد و بعضی از زیر دستانش را ادب کند او را هم مجازات می دهید؟ جواب داد: البته، قسم به خداوندی که جان عمر در دست اوست در این صورت او را قصاص می کنم، چطور می توانم قصاص نکنم! پیامبر (ص) را دیدم که خود را قصاص می کرد.<sup>۱</sup>

روش معمول در شریعت این بود که شاهان و خلفا و فرمان داران در محضر قاضی عمومی و به طریق معمولی محاکمه می شدند. این علی بن ابی طالب (رضی الله تعالی عنه) است که در دوران خلافتش زره اش مفقود می شود و آن را در دست یک یهودی می بیند که مدعی مالکیت آن است، شکایت پیش قاضی می برد، و دادگاه به نفع یهودی و به زیان حضرت علی (رضی الله تعالی عنه) حکم می دهد. مغیره والی کوفه به زنا متهم و به شیوه معمولی در مورد اتهام انتسابی محاکمه می شود. برخی از خصومت ها که میان خلیفه و والیان و میان افراد عادی رخ می داد صرفاً از طریق شرعی رسیدگی می شد که به آن "حکمت" گفته می شود؛ آن گونه که عمر بن خطاب عمل کرد. عمر اسبی را از مردی از باب " اخذ بالسوم " گرفت بر پشت آن بار گذاشت و اسب هلاک شد. صاحب اسب، مال خود را از عمر مطالبه کرد، عمر گفت:

تاریخ ابن اثیر، ج ۳، ص ۲۰۸ و ابو یوسف، کتاب الخراج، ص ۶۶.<sup>۱</sup>

شخصی را به داوری انتخاب کن، آن مرد گفت به داوری شریح راضی هستم، شریح به عمر گفت: اسب را صحیح و سالم گرفته بودی و باید صحیح و سالم به صاحبش مسترد می کردی، این حکم به زیان عمر صادر شد، عاملی بود که حضرت عمر، شریح را به عنوان قاضی انتخاب کرد.<sup>۱</sup>

با آنکه فقهای شریعت برای امام یا رئیس دولت قایل به ویژگی هایی هستند که در هر شخص معمولی یافت نمی شود با این حال او را در مقابل قانون مانند سایر مردم می دانند و براو امتیاز دیگری قایل نیستند. این مسئله در مورد والیان و حاکمان و پادشاهان و فرمان دارانی که تحت امر یک خلیفه هستند و قدرت خود را از او می گیرند اتفاقی است.<sup>۲</sup>

### گفتار دوم) رؤسای دول بیگانه

از آن جای که در شریعت، رئیس اول دولت اسلامی درمقابل ارتکاب جرم مصونیت ندارد به طریق اولی ریس دولت اجنبی نیز مصون نخواهد بود.<sup>۳</sup> در نتیجه احکام شریعت نیز مشمول رؤسای دول خارجی و اعضای هیئت همراه طی اقامتشان در دارالاسلام می شود وچنانچه به هر جرمی دست بزنند کیفر آن را میبینند در اسلام قاعده ای وجود ندارد که اجازه دهد رؤسای دول بیگانه از مجازات معاف باشند، مگر آن که نظریه ابوحنیفه (رح) درباره یی مستأمن، ملاک عمل قرار بگیرد که به موجب آن،

سیاف، عبد رب الرسول، دین و دولت، صفحه ۶۳.<sup>۱</sup>

عوده، عبدالقادر، جرم و ارکان آن، جلد اول، ص ۳۰۴.<sup>۲</sup>

مواهب الجلیل، جلد ۶، صفحه ۲۴۲.<sup>۳</sup>

مستأمن فقط در صورت ارتکاب جرایم علیه اشخاص، کیفر می بیند نه در جرایم عمومی.<sup>۱</sup>

### گفتار سوم) اعضای نمایندگی های سیاسی

نمایندگان سیاسی در صورت ارتکاب جرم، خواه از جرایمی باشد که حیثیت عمومی دارند، یا از جرایم علیه اشخاص، مشمول قوانین جزایی اسلام هستند. اما اگر آنها در حکم مستأمن دانسته شود بر بنیاد نظر امام ابوحنیفه (رح) تنها از جرایم علیه اشخاص مورد باز پرس قرار خواهند گرفت.

بدیهی است منظور از نمایندگان سیاسی در اینجا کسانی هستند که به اعتبار وابستگی و نمایندگی از دول محارب، مستأمن شمرده می شوند و مسلمان هم نیستند، اما مسلمانانی که نماینده ی دولت غیراسلامی یا اسلامی در دار الإسلام شمرده می شوند، در هر حال مستأمن به حساب نمی آید و حکم آنها مانند حکم هر شخص مسلمانی است که در دار الإسلام مقیم باشد.<sup>۲</sup>

قابل مجازات بودن نمایندگان سیاسی، برای شریعت اسلامی، مادامی که میان آنها وسایر اتباعش تفاوت نمی گذارد و آنان را در حکم رئیس دولت می شناسد، عیب و ایراد محسوب نمی شود. ایراد در قوانین وضعی است که به استدلال حمایت از نمایندگان سیاسی و به بهانه یی حسن ادای وظیفه، منجر به جدایی آنها از دیگران میشود. زیرا نماینده ی سیاسی که دست به ارتکاب جرم بزند، شایسته یی حمایت نیست و برای ادای وظایف نمایندگی صلاحیت ندارد. به علاوه، هیچ امری به اندازه ی پرهیز نماینده ی سیاسی از ارتکاب اعمال ممنوع و مشکوک از او حمایت نمی کند. اگر

<sup>۱</sup> شرح فتح القدیر، جلد ۴، صفحه ۱۰۰.

<sup>۲</sup> جرم و ارکان آن، جلد اول، ص ۳۰۶

گفته شود که اتهام نماینده ی سیاسی ممکن است عامل فشار بر او باشد، باید گفت این ترس نابه جاست زیرا انواع وسایل فشار که سریع تر و آسان تر و بهتر از اتهام در این باب به کار می آید، فراوان یافت می شوند. در نتیجه، ممنوعیت محاکمه ی نماینده ی سیاسی مانع از اعمال فشار و تأثیر منفی در او نمی شود و دلایلی که در توجیه منع محاکمه ی نماینده ی سیاسی آورده می شود، در هر حال ممکن نیست مانع از تعقیب و محاکمه ی او شود.<sup>۱</sup>

#### گفتار چهارم: نماینده گان مجلس

در قواعد شرعی برای اعضای پارلمان در مقابل جرایمی که در مجلس و به هنگام سخن رانی مرتکب می شوند یا به کسی افترا و تهمت می زنند و یا اکاذیبی را نشر می دهند، کیفر پیش بینی شده است. زیرا در اسلام اجازه داده نمی شود که فردی بر فرد دیگر یا گروهی بر گروه دیگر امتیاز داشته باشد و یا به اعتبار وظیفه یا سمتی که دارد، آزادانه مرتکب جرم شود.

برخی گمان کرده اند که قوانین وضعی در این زمینه نسبت به اسلام برتری دارند. لیکن اندکی تفکر مارا به قطع و یقین می رساند که در این مورد نیز اسلام نسبت به قوانین وضعی، تفوق شگرفی دارد. خواه به این مسئله از دید فنی و حقوقی نگریسته شود و یا از جهات اجتماعی و اخلاقی قضیه مورد توجه باشد.

#### گفتار پنجم: افراد سر شناس جامعه

اسلام قایل به تفاوت میان افراد نیست. در شریعت اسلامی، انسانها برابرند، پس حاکم و محکوم، شریف و حقیر، قوی و ضعیف، سر شناس و گمنام یکسانند، خداوند بر

عوده، عبد القادر، ص ۳۰۷.<sup>۱</sup>

حضرت رسول الله (ص) سخت خشمگین شد زیرا وی به امر رهبران قریش، پیشتر از آن که به کار یک مرد نابینا به نام ابن مکتوم پردازد، به امور عمرو بن قیس اهتمام ورزید. این مرد نزد حضرت رسول الله (ص) آمد و از او خواست تا از آنچه خداوند آموخته است به وی بیاموزد و پیامبر در میان روسای قریش و بزرگان نشسته بود و از رسالت خود صحبت می کرد مایل نبود که ابن مکتوم سخنش را قطع کند و این ناخشنودی در چهره اش آشکار شد و از ابن مکتوم روی برتافت و در صدد دلجویی از قریش برآمد. خداوند در این باره می فرماید: «عَبَسَ وَتَوَلَّى ﴿١﴾ أَنْ جَاءَهُ الْأَعْمَى ﴿٢﴾ وَمَا يُدْرِيكَ لَعَلَّهُ يَزْكِي ﴿٣﴾ أَوْ يَذْكُرُ فَتَنْفَعَهُ الْذِكْرَى ﴿٤﴾ أَمْ أَمَّا مَنْ أَسْتَغْنَى ﴿٥﴾ فَانْتَ لَهُ تَصَدَّى ﴿٦﴾ وَمَا عَلَيْكَ أَلَّا يَزْكِي ﴿٧﴾ وَأَمْ أَمَّا مَنْ جَاءَكَ يَسْعَى ﴿٨﴾ وَهُوَ يَخْشَى ﴿٩﴾ فَانْتَ عَنْهُ تَلَهَّى ۱»

" روترش نمود و إعراض کرد به سبب آنکه بیامد پیش او نابینا و چه چیز دانا کرد ترا؛ شاید او اصلاح میشد یا پند میگرفت پس نفع میداد او را آن، اما کسی که بی نیازی کرد از ایمان پس تو مر او را در فکر میرفتی والزامی نیست بر تو اصلاح ناشدن آن و اما کسیکه بیاید پیش تو شتابان و او میترسد پس تو از وی به دیگری مشغول میشوی"۲

پیامبر (ص) بر رعایت اصل مساوات و عدم امتیاز میان افراد، کاملاً حریص بود. روزی زنی از اشراف قریش مرتکب سرقت گردید، مردم مطلع شدند که پیامبر (ص) قصد دارد دست وی را قطع کند، این موضوع بر آنان بسیار گران آمد وبا پیامبر (ص)

۱ سورة عبس، آیات ۱-۱۰.

۲ عثمانی، محمد شفیع، معارف القرآن، جلد ۱۰، صفحه ۲۶.

به مکالمه و جدل پرداختند. فرمود: چرا در اجرای حدی از حدود الله با من پرچانگی می کنید که می خواهم آن را درباره ی زنی از بندگان خدا اجرا کنم؟ قسم به خداوندی که جان محمد در قبضه ی اوست، اگر سارق، فاطمه دختر محمد بود، محمد (صلی الله علیه و سلم) دست او را می برید.<sup>۱</sup>

برده ای از افراد معمولی، از عبدالرحمن بن عوف (رضی الله عنه) که یکی از بزرگان صحابه بود نزد حضرت رسول الله (صلی الله علیه و سلم) شکایت کرد، عبدالرحمن بن عوف (رض) خشمگین شد و به برده با این عبارت اهانت کرد که: ای پسر زن سیاه. پیامبر (ص) شدیداً غضبناک شد و دستش را بالا برد گفت: "پسر زن سفید پوست بر سیاه پوست هیچ تسلطی ندارد، مگر آن که قانوناً این حق را داشته باشد" عبدالرحمن بن عوف (رضی الله عنه) شرمگین شد و در صدد بر آمد که آشکارا از "برده" عذرخواهی کند و دلش را به دست آورد، صورتش را بر خاک نهاد و به وی گفت، پایت را به صورتم بگذار تا راضی شوی.<sup>۲</sup>

شاید داستان جبلة (پادشاه غسانی) را شنیده ایم که یک اعرابی در هنگام طواف کفش او را لگد کرد، جبلة او را به سیلی زد، اعرابی نزد عمر بن خطاب (رض) از جبلة شکایت کرد. عمر رضی الله تعالی عنه دستور داد که وی را قصاص کنند. این امر بر جبلة که از اشراف بود سنگین آمد، فرار کرد و به دولت روم پناهنده شد و نصرانی گشت بعدها پشیمان شد و شعر مشهورش را سرود: به سبب یک سیلی به اشرافیت مسیحی روی آوردم، اگر به تحمل آن صبر می کردم بی ضرر بود. عمر بن خطاب

<sup>۱</sup> بخاری، محمد بن اسماعیل، الجامع الصحیح، ص ۴۹۴.

<sup>۲</sup> قربانی، زین العابدین، اسلام و حقوق بشر، صفحه ۱۴۴.

(رض) در رعایت تساوی میان اشراف و مردم عادی اصرار زیادی داشت و از او در این باره قضایای مشهور نقل شده است.<sup>۱</sup>

قاعده در شریعت این است که در دعاوی مطالبه‌ی خسارت، شخصیت مجنی علیه، موقعیت یا ثروت او مورد توجه قرار نمی‌گیرد، بلکه خسارت به میزانی خواهد بود که از عمل زیان‌آور ناشی گردیده است. پس اگر مقتول، شریف یا انسان حقیری باشد، دیه یکسانی خواهد داشت و اگر کارمند شرکت و مدیر آن در حادثه‌ای صدمه ببیند و هردو به یک اندازه صدمه دیده باشد، مثلاً هریک از آنها بازو یا انگشت خود را از دست بدهند، معادل هم خسارت می‌گیرند.

### گفتارششم: مسلمانان و اهل ذمه

در احکام شریعت در موارد تساوی، مسلمانان با ذمی‌ها، یکسان هستند. اما در موارد اختلافی، عمل بر این روال نیست. زیرا در این حالت رعایت اصل مساوات باعث اعمال ستم بر ذمی‌ها می‌گردد. ذمی‌ها فقط در مسایل اعتقادی از مسلمانان جدا می‌شوند و لذا در آنچه ناظر به عقیده است، مساوات موجود نیست، در واقع هم چنان که رعایت مساوات میان دو چیز برابر، عین عدالت است، رعایت آن میان دو چیز مختلف، عین ستم خواهد بود. نه تنها نمی‌تواند این مورد را در اصل مساوات، یک استثنا به حساب آورد، بلکه خود تأکیدی است بر آن اصل؛ زیرا مقصود تحقق عدالت است و اگر این مسلمانان با ذمی‌ها در آنچه ناظر به مسایل اعتقادی است یکسان شمرده می‌شوند، تحقق عدالت ممکن نخواهد بود. زیرا در این صورت، مسلمانان به اموری وادار می‌شوند که با عقیده‌شان سازگار است ولی ذمی‌ها به اموری موظف می‌گردند که با

ابن جوزی، سیره عمر بن الخطاب، از ص ۹۵-۱۰۰.<sup>۱</sup>

عقاید شان سازگار نیست، به عبارت دیگر، معنای سخن فوق آن است که مسلمانان نباید در مسایل اعتقادی آنان را مورد تعرض قرار دهند تا اینکه ذمی ها مجبور شوند، دین دیگری غیر از معتقدات خود را بپذیرند و از آن گذشته در صورت اجرای چنین مساواتی، قواعد کلی شرعی که می گوید ذمی ها در اعتقادات دینی آزادند زیر پا گذشته شده و به حکم صریح قرآن که در مورد میفرماید "لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ" عمل نگردیده است.<sup>۱</sup>



جرایمی که شریعت در مورد آنها بین مسلمانان و ذمی ها تفاوت می گذارد، آنهایی است که مبنای دینی دارند، مانند شرب خمر و خوردن گوشت خوک. اسلام شرب خمر و خوردن گوشت خوک را حرام می داند و عادلانه خواهد بود که این حرمت درباره ی مسلمانی اجرا شود ولی دور از عدل است که آن را برکسی که به لحاظ اعتقاد دینی برایش حرام نیست، حرام بدانیم. اگر قاعده ی برابری مردم در مقابل قانون کورکورانه رعایت می شد، ذمی ها به سبب اعمالی که از نظر دینی حرام هستند مورد مواخذه قرار می گرفتند. این کار ظلم آشکاری است. پس آنچه پذیرفته عین عدالت است که شرب خمر و خوردن گوشت خوک را فقط بر مسلمانان حرام است. پس اگر مسلمان، خمر بنوشد، یا گوشت خوک بخورد، مرتکب جرم شده و قابل تعقیب است، اما برای ذمی، خوردن آنها حرام نیست.

ذمی ها در مقابل اعمالی که به موجب اعتقاد دینی آنان حرام است و یا از نظر آنها زشت شمرده می شوند و ارتکاب آن اعمال باعث فساد اخلاق در جامعه شود وعفت عمومی را جریحه دار کند، مجازات می شوند، مثلاً از نظر آنان، شرب خمر حرام نیست

<sup>۱</sup>سورة البقره، آیه ۲۵۶.

ولی مستی و تظاهرات مستانه ممنوع یا حد اقل مذموم و ناپسند، گذشته از آن که اخلاق عمومی را هم فاسد می کند. لذا ذمی فقط به اعتبار مستی و تظاهرات مستانه کیفر می بیند و نه به سبب شرب مسکر. پس اگر یک نفر ذمی شراب بنوشد و مست نشود، مجازات ندارد ولی اگر مست شد و به تظاهرات مستانه دست زد، کیفر می بیند، اسلام روزه گرفتن را بر مسلمان واجب ساخته و روزه خواری را گناه شمرده است. تظاهر به روزه خواری را نیز گناه است و فقط مسلمان را به لحاظ روزه خواری قابل مجازات می داند، زیرا آنان به موجب اعتقاد دینی به روزه داشتن ملزم هستند ولی غیر مسلمان مکلف نیست روزه بدارد، زیرا بدان اعتقاد ندارد. اگر غیر مسلمان برای نگرفتن روزه مجازات شود مورد ستم قرار گرفته، مجبور به عملی می گردد که بدان اعتقاد ندارد و در دین، اجبار نیست. اما در صورت تظاهر به روزه خواری، مسلمان و ذمی هر دو کیفر می بینند، زیرا ذمی به احکام اسلام ملتزم است و باید از هر عملی که بر خلاف شعایر اسلامی و عواطف مسلمان است خود داری نماید. بدون تردید تا این حد از نظارت بر خود که به روزه خواری تظاهر نکند مختار است و با اعتقاد دینی اش نیز منافات ندارد، و چون تظاهر به روزه خواری با سنت روزه داری و احساسات روزه داران متناقض است لذا ذمی به سبب این عمل کیفر خواهد شد. لیکن اگر تظاهر نکند، کیفر نمی بیند.<sup>۱</sup>

### نتیجه گیری

در نتیجه بحث حاضر میتوان گفت که احکام شریعت بر همه ی افراد شامل است و هیچ کس از شمول آنها معاف نیست، وضعیت اجتماعی، توانایی، شکوه و اوصاف

عوده، عبد القادر، جرم و ارکان ان، ج ۱، ص ۳۱۵.<sup>۱</sup>

فردی و اجتماعی در این جهت در کار وی مفید نخواهد بود. هم چنین معلوم گردید که شریعت "اصل مساوات" را تا آخرین حد و درجه ی آن رعایت می کند و اجازه نمی دهد که شخصی بر شخص دیگر، یا گروهی بر گروه دیگر و طبقه ی بر طبقه ی دیگر مانند امروز امتیاز داشته باشد.

اصل مساوات در شریعت و قوانین وضعی ملاحظه شد، بدون تردید شأن شریعت بالاتر از آن است که در این باره با قوانین وضعی مقایسه شود. اما قوانین به رغم پیدایش نظریه های جدید در سطحی پایین تری از شریعت قرار دارند. هر شخص منصفی پس از دقت در مقایسه ای که انجام گرفت می تواند بگوید: اصل مساوات و برابری اشخاص در مقابل قانون در شریعت اسلام به درجه ی کمال مطلق رسیده است و قوانین وضعی به سان کودکی است که تمایل دارد راه برود ولی نمی تواند بر پاهایش بایستد.

چه بسا برخی از ناآگاهان دهشت زده شوند، اگر بدانند، اصل برابری که در قوانین وضعی جدید هنوز ناقص و ساختمان آن به پایان نرسیده است. ولی در شریعت اسلام به کامل ترین نوع از پختگی نایل آمده و عالی ترین مدارج را طی کرده است. امتیاز شریعت نسبت به قوانین وضعی تنها از این بعد نیست، بلکه چون اصل برابری مردم را در مقابل قانون که بالاتر از ۱۴ قرن قبل به رسمیت شناخته نیز بر قوانین وضعی که در اواخر قرن ۱۸ بر آن تاکید شده است، امتیاز دارد.

اندیشمندان آرمان گرایی که در جستجوی مساوات کامل هستند، میتوانند به اسلام مراجعه کنند و بی شک مساوات کاملی را که در پی آن هستند در شریعت می یابند؛ شریعتی که از حد زیبایی ساختار و شکوه قانونی و عدالت آن چنان احاطه شده است که روشنایی آن چشمان شان را خیره و دل هایشان را حیران می سازد و بدون تردید خواب های شیرین و آرزو هایشان را تحقق می بخشد.

## منابع و مآخذ

### قرآن کریم

#### الف: کتب

- ۱- ابن اثیر الجزری، محمد بن محمد، الكامل تاریخ ابن اثیر، بیروت: المكتبة العلمیه، ۱۹۷۹.
- ۲- ابو الفرج، عبد الرحمن ابن الجوزی، سیرة عمر ابن الخطاب، چاپ اول، القاهرة: مطبعة السعادة، ۱۳۶۳
- ۳- شافعی، محمد بن ادريس، الأم، چاپ سوم، القاهرة: مطبعة بولاق، ۱۹۹۵.
- ۴- آشوری، داریوش، دانشنامه سیاسی، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۰.
- ۵- بخاری، محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری، چاپ دوم، جلد اول، کراچی، قدیمی کتاب خانه، ۱۹۶۱.
- ۶- ابن قیم جوزی، محمد بن ابی بکر، زاد المعاد فی هدی خیر العباد، چاپ اول، بیروت: انتشارات سبیل السلام.
- ۷- دانش، حفیظ الله، حقوق جزای بین الملل، چاپ پنجم، کابل: انتشارات مستقبل، ۱۳۹۴.
- ۸- رسولی، محمد اشرف، محاکمه عادلانه، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید، ۱۳۹۳.
- ۹- سیاف، عبد رب الرسول، دین و دولت، چاپ سوم، لاهور: بی جا، ۲۰۱۰.
- ۱۰- عثمانی، محمد شفیع، معارف القرآن، پشاور: تاج کتب خانه، بی تا.
- ۱۱- عوده، عبد القادر، جرم و ارکان آن، ترجمه ی: حسن فرهودی نیا، چاپ اول، کابل: انتشارات خیبر، ۱۳۹۱.
- ۱۲- قربانی، زین العابدین، اسلام و حقوق بشر، چاپ چهارم، تهران: نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۷۲.

#### ج- اسناد تقنینی

- ۱- قانون اساسی ۱۳۴۳ افغانستان.
- ۲- قانون اساسی ۱۳۸۲ افغانستان، نشر جریده رسمی وزارت عدلیه، شماره مسلسل (۸۱۸).
- ۳- کود جزا ۱۳۹۶ افغانستان، نشر جریده رسمی وزارت عدلیه، شماره مسلسل (۱۲۶۰).
- ۴- قانون اجراءات جزای ۱۳۹۳ افغانستان، نشر جریده رسمی وزارت عدلیه، شماره مسلسل (۱۱۳۲).
- ۵- فرمان شماره (۵) مؤرخ ۱۳۹۸/۳/۱۳ رئیس جمهوری اسلامی افغانستان.

# قواعد حاکم بر اجراءات جزایی اطفال متخلف در افغانستان و ایران

راضیه رئوفی

## چکیده

اجراءات ویژه اطفال به عنوان شاخه‌ای مهم از حقوق جزایی اطفال، که از بدو تماس طفل با مقامات امنیتی، عدلی و قضایی، به لحاظ ارتکاب اعمال مغایر، با قانون، تا خاتمه رسیدگی به اتهام او و اجرای حکم جریان دارد، از حیث ضرورت تأمین هدف والای انسانی اصلاح، تربیت و پیشگیری از وقوع بزهکاری و تخلف ایشان، واجد اهمیت والا و فراوان است. اجراءات جزایی ویژه اطفال، از چند دهه پیش بدین سوء مورد توجه فراوان جامعه بین‌المللی قرار گرفته است. در طی این چند دهه اسناد گوناگونی الزام‌آور و ارشادگر از سوی سازمان ملل متحد، در خصوص حقوق اطفال من جمله اجراءات جزایی اطفال به تصویب رسیده است. این اسناد اصول خاصی را مشخص می‌نماید که کشورهای عضو، باید آن را در قوانین داخلی‌شان لحاظ کنند. افغانستان و ایران نیز به

عنوان عضو جامعه بین‌المللی در طی چند سال اخیر سعی جدی نموده است که اصول مقرر در اسناد الزام‌آور سازمان ملل متحد ناظر بر اجراءات جزایی اطفال را در قوانین لحاظ نماید، تصویب قانون رسیدگی به تخلفات اطفال در سال ۱۳۸۳، که متضمن ایجاد تشکیلات و اصول محاکمات جزایی اطفال است نمونه بارز از این تلاش‌ها می‌باشد. این قانون برای اولین بار در تاریخ افغانستان، نظام عدالت اطفال را به طور سراسری در تمام افغانستان پیش‌بینی کرد، قبل از آن در دهه ۵۰ خورشیدی تنها در کابل، محکمه اختصاصی برای رسیدگی به تخلفات اطفال ایجاد گردیده بود، و در سایر ولایات چنین محکمه‌ای پایه‌گذاری نشده بود. در زمینه اجراءات جزایی اطفال، به زبان فارسی در کشور ایران، مطالب متعددی به نشر سپرده شده. سیاست‌گذاران جنایی ایران در سال ۱۳۳۸ قانون تشکیل محکمه اطفال متخلف را به تصویب رسانیده و هم اکنون مواد ۲۱۹ تا ۲۳۱ قانون اصول محاکمات جزایی مورد استناد قرار می‌گیرند. در راستای سیاست‌های پیشگیری و اکنشی، اتخاذ رویکرد افتراقی نسبت به اطفال بزهکار و متخلف در قالب نظام عدالت ویژه، مهمترین مؤلفه برای نظام‌های حقوقی پیشرفته به شمار می‌آید. هدف اجراءات ویژه اطفال، تأمین حمایت مؤثرتر از اطفال است که با تأکید بر مصالح آن تلاش می‌نماید تا نتایج اجراءات با شخص متخلف و خود جرم تناسب داشته باشد. اجراءات جزایی اطفال متخلف، شامل مجموعه قوانین جامع و مستقل از اجراءات بزرگسالان است که مراحل را که یک طفل در صورت ارتکاب عمل بزهکارانه و متخلف، از بدو تماس با نظام قضایی تا زمانی که نظام را ترک می‌کند تشریح و توصیف می‌نماید.

واژگان کلیدی:<sup>۱</sup> اجراءات جزایی، اطفال، اطفال متخلف، کشف جرم، ایران، افغانستان.

## مقدمه

اجراءات جزایی (اصول محاکمات جزایی) عبارت است از اصول و مقرراتی که در جهت کشف و تحقیقات مقدماتی جرم، تعقیب مجرم، نحوه رسیدگی، صدور رأی، تجدید نظر نسبت به رأی و اجرای احکام وضع و مقرر شده است و هدف از آن حفظ حقوق متهم و جامعه در جهت دادرسی عادلانه است.

تخلفات اطفال با توجه به اهمیت خاصی که دارد تحت نظام اجراءات اطفال قرار می گیرد. هدف از اجراءات و محاکمه اطفال معارض با قانون مجازات و به کیفر رساندن نبوده و هرگز چنین چیزی صورت نخواهد گرفت بلکه تلاش جهت بازسازی شخصیت، اصلاح و تربیت و در حقیقت بازگرداندن آنان به یک زندگی سالم در پرتوی قانون می باشد. با توجه به حساسیت دوران طفولیت برقراری نظام اجراءات عادلانه، تأسیس پولیس و محکمه مخصوص اطفال جدا از بزرگسالان، واکنش مناسب در مقام مرتکب و اجرای این واکنش به نحو صحیح و متناسب با روحیات طفل، از رو آوردن مجدد طفل به جرم پرهیز می کند. واکنش ها باید دارای ماهیتی، حمایتی، تربیتی، هدایتی، درمانی و آموزشی باشد. پیش از اینکه شخصی محاکمه شود ابتدا باید جرم شخص کشف شده نسبت به آن جرم، تحقیقات لازم به عمل آید. مرحله اساسی پیش از محاکمه در اجراءات جزایی، مشمول موارد و مراحل مهم کشف جرم، تحقیق و تعقیب جرایم است، که صلاحیت انجام آن به نهادهای گوناگون واگذار شده است. این مرحله از آنجایی که ابتدایی ترین مرحله ورود اطفال متخلف به چرخه فرایند اجراءات جزایی است قابل اهمیت و بحث می باشد، به دلیل اینکه احتمال بیشترین تهاجم علیه حقوق اطفال در این مرحله از اجراءات جزایی وجود دارد.

امروزه جایگاه، کشف جرم، موقعیت پولیس و بازداشت موقت یکی از مهمترین مسائل در اجراءات جزایی اطفال، میان دانشمندان، جرم شناسان و حقوق دانان اهمیت

خاصی پیدا نموده. نقش پولیس از آنرو با اهمیت پنداشته می شود که نخستین مرحله ی ورود اشخاص به نظام عدالت جزایی در این مرحله بوده و عموم مردم همواره نظام عدالت جزایی را با پولیس می شناسند. در این مرحله امکان بیشترین تعرض به حقوق بنیادین و اساسی اشخاص مشاهده می شود.

در تشکیلات پولیس افغانستان، بخش یا اداره ویژه ای، برای برخورد با تخلفات اطفال وجود ندارد. اما نکته مطلوب در این مورد این است که مقامات پولیس با کسب دوره آموزشی و تخصصی ناظر به کیفیت برخورد با اطفال دارای ورزیدگی و مهارت ویژه در این زمینه گردند. به دلیل عدم حرفه ای بودن پولیس در زمینه برخورد با اطفال متخلف، در گزارش ها و مصاحبه هایی که با اطفال در جریان بازداشت شان صورت گرفته است ۴۸٪ اطفال از ضرب و شتم و ۸٪ از اهانت لفظی گزارش دادند. فقط ۳۹٪ اطفال از برخورد عادی گزارش داده اند. ۶۲٪ پاسخ دهندگان گزارش داده اند که در جریان توقیف دست بند زده شده اند، ۱۱٪ دختران توسط پولیس زن دستگیر شده اند، ۳۶٪ پاسخ دهندگان ابراز داشتند که در توقیف مورد بد رفتاری قرار گرفته اند. در توقیف پولیس ۵۳٪ اطفال یکجا با بزرگسالان محبوس و نگهداری شده اند. ۳۲٪ والدین یا سرپرستان اطفال بازداشت شده از موضوع آگاهی پیدا نیافته اند. ۱۰٪ به صورت صریح از دیدار و ملاقات با والدین یا سرپرستان ممانعت شده اند که این مسئله زمینه آسیب پذیری آن ها را افزایش داده است. یک نمونه بارز از شکنجه که توسط پولیس صورت گرفته است بیان می گردد. یک چوپان ۱۴ ساله به اتهام فعل لواط با یک پسر دستگیر شده وی از قریه و محل دستگیر شد و در اثر لت و کوب (ضرب و شتم) توسط پولیس گوش چپ وی به شدت صدمه دیده و منجر به ناشنوایی طفل شد. پولیس در مورد اتهام وی هیچ گونه اطلاعی نداده و طفل را یکجا با سالمندان در توقیف قرار داد. در جریان تحقیق، طفل از سوی خاړنوال جنایی شکنجه جدی گردیده و پاهایش هم جراحت برداشت. این پسر از محتوای اظهارات خود آگاهی کامل نداشته. پس از اینکه قضیه وی در خاړنوالی ثبت گردید، به مرکز اصلاح انتقال گردید. در جریان

سال ۱۳۸۷ تعداد ۲۰۸ طفل ( ۲۹ دختر و ۱۷۹ پسر) به صورت غیر قانونی توقیف و گرفتار شده بودند، در محبس یکی از ولایات، دو طفل را که با بزرگسالان یکجا و با هم در حبس به سر می بردند شناسایی گردید. در مورد اولی طفل ۱۴ ساله ای به اتهام جرم سرقت، بر خلاف رهنمود قانون رسیدگی به تخلفات اطفال برای مدت ۴۸ ساعت با بزرگسالان به سر می برد و در مورد دوم، طفل دیگری که موقع ثبت شکایت در مورد ضرب و شتم پدرش بدون موجود بودن دلایل الزام به مدت ۲۴ ساعت تحت توقیف قرار می گیرد.

در این مقاله، موضوعات را طی یک مبحث کلی تحت عنوان اجراءات جزایی ناظر به مراحل قبل و ضمن محاکمه بحث و بیان نموده ایم که دارای دو گفتار می باشد. در گفتار اول به بحث در مورد اجراءات جزایی اطفال ناظر به مرحله پیش از محاکمه پرداخته شده که از چندین زیر مجموعه دیگر تشکیل شده است و در گفتار دوم اجراءات جزایی اطفال ناظر به مرحله ضمن محاکمه و حین رسیدگی و زیر مجموعه آن، نتیجه گیری پایان این مقاله را به خود اختصاص داده است که این موضوعات را در ذیل مورد کنکاش و بررسی قرار می دهیم.

### مبحث اول: اجراءات جزایی ناظر به مراحل قبل و ضمن محاکمه

مرحله پیش از محاکمه در اجراءات جزایی، مشمول موارد کشف جرم، تحقیق و تعقیب جرایم است، که صلاحیت انجام اجرای آن به نهادهای گوناگون واگذار شده است. این مرحله از آن جا که اولین مرحله ورود طفل متخلف به چرخه فرایند اجراءات جزایی است قابل اهمیت و دقت می باشد. به دلیل اینکه احتمال بیشترین تهاجم علیه حقوق اطفال در این مرحله از اجراءات جزایی وجود دارد. بنابراین در این مبحث با بررسی معیارهای اساسی موجود در قواعد بین المللی، حاکم بر کشف تحقیق و تعقیب جرایم، و قواعد موجود در قوانین افغانستان و ایران در طی دو گفتار، پولیس و نقش آن در سازمان جزایی اطفال متخلف و همچنین اجراءات جزایی اطفال ناظر به مرحله ضمن

محاكمه و حين رسيدگى مورد مطالعه قرار داده ايم. جا يگاه افغانستان و ايران در حركت فراگير جهانى رو به رشد اجراآت عادلانه اطفال متخلف، در مرحله پيش از محاكمه شناسايى شود.

### گفتار اول: اجراآت جزايى اطفال ناظر به مرحله پيش از محاكمه

قبل از محاكمه فرد، كشف جرم و تحقيقات مقدماتى كه توسط نيروى پوليس به عمل مى آيد، اين تحقيقات به عمل آمده در اجراآت جزايى اطفال از اهميت ويژه برخوردار مى باشد. در اين گفتار نقش اين مقامات را مورد مطالعه و بررسى قرار مى - دهيم.

### الف: پوليس<sup>۱</sup> و نقش آن در سازمان اجراآت جزايى اطفال بزهكار

يكي از موضوعات مهم كه در اجراآت جزايى اطفال مورد توجه است، نحوه برخورد و چگونگى رفتار با اطفالي است كه در معرض سؤ ظن ارتكاب جرم و يا هم مورد شكايه قرار گرفته و ناگزير از تماس با نظام قضايى اند، طرز عملکرد فنى و روانشناختانه پوليس در اين مرحله به عنوان يكي از بازوان قدرتمند دستگاه عدالت جزايى، از اهميت شايسته برخوردار است. كشف جرم از صلاحيتها و وظائف مهم به

۲- كلمه (Police) مى تواند در مفاهيم چندي درك شود، از لحاظ معنى شناسى «Politeia» به معنى «سياست ساماندهى شهر» است؛ بنا بر اين پوليس عبارت است از كليۀ قواعد تحمیل شده به شهروندان توسط مقامات دولتی است. به طور کلی، تدابير حفظ شده نظم عمومى، آرامش، امنيت و سلامت عمومى مدنظر است. اين كلمه همچنين به معنى مجموعه - اى از كارمندان مسئول اجراى تدابير تعيين شده توسط قوه مقننه است؛ براى پاسخ گوى به مشكلات محلى يا فردى، شهروندان و فرمانداران مى توانند از طريق دستوراتى، قواعد بسيار كلى و عمومى را مكمل نمايند. (ممنوعيت يا اجازه راه پيمايى، .....).

از لحاظ عرفى پوليس مرادف نظم و انتظامات «نظم و قانون» است. اصطلاح پوليس در افغانستان، در سال ۱۳۱۵ با تشكيل نخستين آموزشگاه پوليس مروج گرديد، قبل از آن تشكيلات پوليس را امنيه مى گفتند. تشكيلات پوليس همانند اكثر كشورهاي ديگر به دو گروه پوليس امنى «ادارى» پوليس عدلى يا قضايى «La Police judiciaries» تقسيم مى گردد.

عهده پولیس عدلی است نیروی مهم پولیس وظیفه و مسئول حفظ نظم، آرامش و امنیت در اجتماع، برخورد با تخلفات کیفری، کشف جرم، دستگیری مرتکبین جرم و پیشگیری از وقوع جرم را به عهده دارد.<sup>۱</sup> از آنجایی که پولیس نخستین مرحله برخورد اطفال به عهده دستگاه عدلی بوده و نظام عدالت جزایی را با پولیس شناخته رفتار هوشیارانه و مناسب افراد مأموران این نیرو از اهمیت خاصی برخوردار است به طوری که رفتار آگاهانه، پولیس می تواند تأثیر ویژه در اصلاح و تربیت اطفال که برای نخستین بار مرتکب جرم می شوند داشته باشد.<sup>۲</sup>

#### ۱- نهاد پولیس<sup>۳</sup>

پولیس به عنوان بخشی از سازمان عدالت جزایی، نقش ارزشمندی در پیشگیری از جرم دارد، و الزاما صلاحیت های خویش را تحت ضوابط و شرایط خاص قانونی اعمال نماید، در این گفتار نقش پولیس در اجراءات جزایی اطفال مورد رسیدگی قرار می گیرد. جایگاه پولیس در برخورد با طفلی که به نوعی در تعارض با قانون قرار می گیرند مسئله خطیری است، از آنرو که مسئله درگیر بودن در فرایند اجراءات جزایی به صورت اجتناب ناپذیر «آسیب وارد کننده می باشد» عبارت اجتناب از آسیب را باید به مفهوم وارد آمدن حداقل آسیب ممکن و همچنین جلوگیری از هرگونه آسیب اضافی و ناروا تعبیر کرد. با توجه به اینکه اطفال دارای طبعی حساس و زود رنج بوده و پیامدهای اعمال و رفتارهای خود را درک و حس نمی کنند، برخورد و رفتار اولیه پولیس تأثیر مهم و

۳- نجفی توانا، علی، نابهنجاری و بزهکاری کودکان و نوجوانان، چاپ اول، انتشارات آموزش و سنجش، تهران، سال ۱۳۸۵، ص ۱۹۹.

۴- کوراکیوس، ویلیام، بزهکاری نوجوانان و اطفال، مسئله برای دنیای مدرن، ترجمه جعفر نجفی زند، چاپ اول، انتشارات میزان، سال ۱۳۶۷، ص ۸۰.

۵- سید اصفهانی، سید حسام الدین، «نقش پولیس در پیشگیری از بزه کاری اطفال و نوجوانان»، تازه های علوم جنایی «مجموعه مقاله ها»، چاپ نخست، نشر میزان، سال ۱۳۸۸، ص ۴۳۳.

عمیقی بر روحیه نازک آنان می‌گذارد. هر قدر رفتار پولیس با ملایمت، محبت و آرامی باشد و اشتباه آنان با خونسردی و احترام گوشزد و بیان شده و ضرورت رعایت قوانین و مقررات برای اطفال یادآوری شود، چه بسا باعث آگاهی طفل از مرتکب شدن اشتباه صورت گرفته شده و حتی به مختومه شدن دوسیه بزهکاری طفل در همین مرحله منجر می‌گردد. اگر در ذهن حساس طفل، جامعه و مأمورین آن را دشمن خود تصور نماید، بالطبع واکنش مساعد و جدی نشان نداده و از همین ابتدا رفتار خصمانه، قهرآمیز و یا حداقل مکارانه در پیش خواهد گرفت که اصلاح و تربیت طفل را دچار وقفه اختلال جدی خواهد نمود.<sup>۱</sup>

برخورد مناسب پولیس با پدیده تخلفات اطفال با توجه به اهمیتی که دارد جرم-شناسان توصیه و تذکر می‌نمایند که واحدهای پولیس اختصاصی متشکل و شامل از نیروهای آموزش دیده و به ویژه زنان در این موارد دخالت نمایند. به ویژه لزوم استفاده از پولیس زن که شایسته است برای مواجهه با دختران و اطفال بزهکار، وارد عمل و بررسی شوند. پولیس اطفال بایستی با گذراندن دوره‌های مؤثر آموزشی و پرورشی در مورد اطفال اطلاعات کافی و مناسب تعلیم دیده و آن را کسب و به دست آورند، با درک حساسیت وظایف محوله به نقش پیشگیرانه خود بیشتر از نقش انتظامی و ارعایی مطلع گردند.<sup>۲</sup> قاعده ۱۲ مقررات پکن نسبت به تخصص پولیس تأکید نموده و مقرر می-دارد: «مأموران نظامی و پولیس که غالباً یا منحصر در رابطه با اطفال فعالیت نموده یا عمدتاً در امر پیشگیری از جرایم اطفال اشتغال دارند تعلیمات و آموزش خاص دریافت خواهند داشت. در شهرهای بزرگ و صنعتی واحدهای ویژه پولیس باید و حتماً بدین منظور ایجاد گردد.» بند ب ماده ۳۷ کنوانسیون حقوق کودک مقرر و بیان می-

۶- محسنی، مرتضی، بزهکاری اطفال و تحولات حقوق جزا در این زمینه، مجله حقوقی وزارت دادگستری، ش ۱۶، خرداد ۱۳۵۶، ص ۲۹.

۷- نجفی توانا، علی، نابهنجاری و بزهکاری کودکان و نوجوانان، پیشین، ص ۲۰۱.

نماید: «دستگیری، بازداشت یا زندانی کردن کودک باید مطابق قانون و تنها به عنوان آخرین راه چاره، حربه و برای کوتاه‌ترین زمان ممکن صورت پذیرد.»

در ماده ۴۶ رهنمودهای ریاض و ماده ۱۷ مقررات سازمان ملل متحد برای حمایت از نوجوانان محروم از آزادی تأکید شده است که تا حد امکان از بازداشت نوجوانان خودداری شود. آموزش و پرورش پولیس اختصاصی اطفال از اهمیت بسیار مهم برخوردار بوده و کرارا در مجامع علمی و بین‌المللی مورد تأکید و توجه قرار گرفته است. اما عملاً در اکثر ممالک برخورد نیروهای پولیس با اطفال از حداقل استانداردهای جهانی نیز پایین‌تر بوده و حتی براساس گزارش‌های سازمان ملل و تحقیقات یونسف بسیاری از اطفال آسیب‌پذیر، مرتکبین جرایم و اطفال خیابانی، به جای آنکه از طرف پولیس مورد حمایت قرار گیرند، قربانی سوء استفاده جنسی، ضرب و شتم، اجبار به توزیع مواد مخدر و حتی قتل از سوی آنان می‌شوند.<sup>۱</sup> قانون رسیدگی به تخلفات اطفال در بند ۱ ماده ۹ مقرر می‌دارد: «کشف جرایم اطفال توسط پولیس و بررسی، تحقیق و تعقیب آن توسط خائنوالی اختصاصی اطفال صورت می‌گیرد.» بند ۳ ماده مذکور داشتن استعداد، آموزش مسلکی و تجربه خاص در مسائل اطفال را برای اعضای مسلکی و متخصص خائنوالی اختصاصی اطفال را شرط می‌داند.<sup>۲</sup>

از مقایسه قانون کشور ایران و افغانستان چنین استفاده می‌گردد که در ایران، در صورتی که طفلی دستگیر شود، در توقیفگاه اقدام‌های لازمی از قبیل حفظ آثار و علایم جرم و دستگیری متهم و تهیه صورت مجلس اولیه صورت می‌گیرد و از طفل متهم به مثل سایر بزرگسالان تحقیق و بازجویی به عمل می‌آید. محل نگهداری و حفاظت یا

۸- عباچی، مریم، نقد و بررسی لایحه رسیدگی به جرایم اطفال، ماهنامه تعالی حقوق، شماره ۸ و ۷، سال ۱۳۸۶، ص ۱۱۴.

۹- ر.ک: ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال در افغانستان که در مورد نقش اختصاصی اطفال اختصاص یافته است.

بازداشت اطفال با بزرگسالان یکی بوده و روش اعزام آنان به مراجع صلاحیت‌دار با روش اعزام متهمان بزرگسالان تفاوتی ندارد. ماموران پولیس بدون داشتن سابقه آموزشی در زمینه علوم تربیتی کودکان، جرم‌شناسی و قوانین خاص کودکان با آنان برخورد می‌کنند. در تبصره ماده ۱۴ «لایحه رسیدگی به تخلفات و جرایم اطفال و نوجوانان» بر تحویل بدون تأخیر طفل دستگیر شده از سوی پولیس جنایی به خائنوالی یا به محکمه اطفال تأکید شده است. ولی هیچ اشاره‌ای به کیفیت رفتار با اطفال بزهکار از زمان دستگیری تا زمان تحویل به مقام صلاحیت‌دار قضایی نشده است.

## ۲- کشف جرم

کشف از مراحل بسیار حساس و مهم اجراءات جزایی به شمار می‌رود، به دلیل اینکه پایه اینگونه اجراءات‌ها است، صلاحیت کشف جرم براساس ماده ۱۳۴ قانون اساسی، بند ۴ و ۱۸ ماده ۵ پولیس، بند ۱ ماده ۹ رسیدگی به تخلفات اطفال، از وظایف مأموران ضبط قضایی «پولیس عدلی» است. صلاحیت کشف جرم شامل کلیه انواع جرایم و شناسایی مرتکبان آن به منظور تعقیب و محکومیت آن‌ها می‌شود. کشف جرم توسط بند ۳ ماده ۲، قانون کشف و تحقیق جرایم و نظارت خائنوالی بر قانونیت تطبیق آن، چنین تعریف گردیده است. «آغاز مرحله بررسی دعوای جزایی که در اثنای آن آثار جرم تشخیص و اقدامات عاجل به منظور تثبیت وقوع جرم، یافتن و دستگیری مجرم اجرا گردد». از آنجا که پولیس عدلی، با وجود آنکه زیر مجموعه وزارت داخله (کشور) می‌باشد<sup>۱</sup>، اما وظایف خویش را تحت هدایت خائنوال انجام می‌دهد. پس از مرحله کشف جرم، برای شناسایی شخصیت بزهکار علل و انگیزه وی، نسبت به فرد مظنون تحقیقات جمع‌آوری مدارک آغاز می‌گردد. البته فرد مظنون ممکن است همان فرد بزهکار و متخلف باشد و یا این که بعد از انجام تحقیقات، تعقیب و رسیدگی، بزهکاری او محرز

۱۰- ماده ۲، قانون پولیس، مصوب سال ۱۳۸۸/۶/۵، جریده رسمی، شماره مسلسل ۹۹۴.

نگردد. این در حالیست که قواعد پکن مأموران پولیس را که با اطفال متخلف برخورد دارند، صلاحیت بیشتری اعطا کرده و تصریح می‌دارد: «نیروهای امنیتی، خائنوالی یا سایر نهادهایی که با اطفال متخلف تماس دارند اختیار خواهند داشت، در موضوعات مشمول حوزه صلاحیتشان، بدون توسل به روال اجراءات جزایی رسمی، طبق معیارهای موجود در نظام ذی‌ربط حقوقی و نیز مطابق با اصول مندرج در قواعد حاضر عمل کنند».<sup>۱</sup> براساس این قاعده استفاده از روش‌های جایگزین محکمه رسمی از طریق روش تذکر و اخطار از سوی «بخش جوانان اداره پولیس» به اطفال متخلف محقق می‌شود. در این روش تکرار جرم توسط جوانانی که قبلاً به آن‌ها تذکر داده شده است، بسیار اندک می‌باشد.<sup>۲</sup>

### ۳- دستگیری طفل مظنون

دستگیری به عمل سالب آزادی اطلاق می‌شود که مأمورین ضبط قضایی (عدلی)، برای جلوگیری از تکرار جرم، فرار مرتکب و جلوگیری از بین بردن آثار و علایم جرمی انجام می‌دهند، اما بازداشت موقت با دستور مقام قضایی (عدلی) و به منظور خاصی صورت می‌گیرد. در مورد صلاحیت دستگیری افراد، قانون اساسی مقرر نموده «هیچ شخصی را نمی‌توان تعقیب و گرفتار نمود مگر بر طبق احکام قانون»<sup>۳</sup> دستگیری یکی از مراحل تحقیق بوده، و از اجراءات و اطلاعات کشفی جدا می‌باشد، که صلاحیت آن با مقام تحقیق یا خائنوالی است. اسناد سازمان ملل متحد، برای حمایت از اطفال بزه‌کار، شرایط ویژه و خاصی را برای بازداشت اطفال مقرر کرده است. از جمله اینکه: هیچ طفلی به طور غیر قانونی یا خود سرانه از آزادی محروم نشود، دستگیری

۱۱- Beijing Rules, Article 11/2.

۱۲- سازمان اصلاحات جزایی بین‌المللی (PRI)، کتاب راهنمای سازمان ملل متحد در باب اجراءات ویژه نوجوانان، چاپ ۱، انتشارات وفاق، تهران، سال ۱۳۸۳، ص ۶۲.

۱۳- پاراگراف دوم، ماده ۲۷ قانون اساسی، منتشره جریده رسمی ۱۳۸۳/۸/۱۱، شماره مسلسل «۱۸۱».

بازداشت یا زندانی کردن طفل باید مطابق قانون و تنها به عنوان آخرین راه چاره و در کوتاه‌ترین زمان ممکن باید بدان متوسل شد.<sup>۱</sup> مطابق استانداردهای بین‌المللی در مواردی که دستگیری یا بازداشت که قانونی است، می‌تواند خود سرانه باشد، مثلاً اگر قانونی که به موجب آن فرد بازداشت شود، مبهم یا خیلی کلی باشد بازداشت خود سرانه تلقی می‌شود لذا کمیته حقوق طفل از کشورها می‌خواهد که موارد بازداشت را دقیقاً در قانون مشخص کنند.<sup>۲</sup>

### ب) تحقیقات مقدماتی

پس از مرحله کشف جرم برای شناسایی شخصیت بزهکار، علل و انگیزه وی نسبت به فرد مظنون، تحقیقات مقدماتی انجام می‌شود. البته فرد مظنون امکان دارد همان فرد بزهکار باشد و همین‌طور این حالت امکان دارد پس از تحقیق، تعقیب و رسیدگی، بزهکاری طفل محرز نگردد. به هر حال تحقیقات مقدماتی اصولاً توسط شخص مستنطق (بازپرس) صورت گرفته و به عمل می‌آید که برای تشکیل دوسیه و همچنین ارائه مدارک مهم و لازمی در مرحله اجراآت، به ویژه جرایم مهم حایز اهمیت است.<sup>۳</sup> فقره ۱ ماده ۱۳ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال در این ارتباط مقرر نموده «پولیس مکلف است از تاریخ کشف در مدت زمان ۲۴ ساعت، اوراقی را که حاوی محضر و تمام معلومات لازم مربوط به طفل مظنون باشد، ترتیب و به ثارنوالی اختصاصی اطفال جهت تکمیل تحقیق رجعت دهد». محضر به معنی ثبت جریان مشاهدات پولیس از محل حادثه جرمی، و ثبت بیان شاهدان و اهل خبره در مورد، زمان، مکان و کیفیت

۱۴. U.N Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty , Article 17.

۱۵- CRC / G / GC / 10 Para 28/a.

۱۶- عباچی، مریم، حقوق کیفری اطفال در اسناد سازمان ملل متحد، چاپ دوم، انتشارات مجد، تهران، سال ۱۳۸۸، ص ۱۱۴.

ارتکاب، و عاملین، عمل جرمی است. این مسأله در مرحله تحقیقات مقدماتی و کشف جرم از اهمیت والایی برخوردار است. در نتیجه، پس از کشف جرم و انجام تحقیقات مقدماتی شاید لازم باشد که طفل را پیش از مرحله محاکمه توقیف نمایند که در این صورت مدت بازداشت باید به کمترین میزان ممکن باشد. تحقیقات مقدماتی به کلیه اقداماتی گفته می‌شود که به منظور کشف جرایم و جمع‌آوری دلایل و جلوگیری از فرار متهم به عمل می‌آید تحقیقات مقدماتی از مراحل مهم اجرای احکام جزایی است. نتیجه تحقیقات مقدماتی سرنوشت قضایی متهم را تعیین می‌کند، این امکان هم می‌رود که او را از تعقیب کیفری معاف ساخته و یا به پای میز محاکمه بکشاند.<sup>۱</sup> مقررات بین‌المللی جهت انجام تحقیقات مقدماتی در راستای رسیدگی به جرایم اطفال متخلف، تحت شرایطی خاص بازداشت موقت تا زمان محاکمه را مجاز شمرده‌اند. در این زمینه مقرر گردیده است: «بازداشت موقت فقط به عنوان آخرین راه چاره و برای کوتاه‌ترین مدت زمان ممکن به کار گرفته خواهد شد.»<sup>۲</sup>

در ارتباط با زمانی که باید متهم را از دلایل بازداشت مطلع کرد، اسناد سازمان ملل متحد بر لزوم اطلاع یافتن از دلایل بازداشت در زمانی که بازداشت انجام می‌گردد، دلالت دارند. کمیته حقوق طفل، در تفسیر عام حق اجرای منصفانه اطفال اظهار می‌دارد: «هر طفل متهم و یا محکوم حق دارد فوراً و مستقیماً از اتهامات علیه خودش مطلع شود. در این خصوص کمیته اظهار می‌دارد، منظور از فوری و مستقیم، به محض امکان می‌باشد، اگر طفل توسط پولیس دستگیر شده و تحت نظر باشد پولیس باید او را از اتهام و دلایل دستگیریش آگاه کند. اما اگر به دلایلی شرایط خاص طفل، دستگیر نشده باشد، هرگاه خائنوال یا قاضی علیه طفل اقدام نماید و ایرادی اتهامی کند، باید فوراً به

۱۷- آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد ۲، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات، چاپ ۷،

۱۳۸۲، ص ۸۴

۱۸- بند ۱، ماده ۵۱۳ مقررات پکن.

طفل اطلاع داده شود. حتی اگر مقامات تصمیم گرفتند که با طفل بدون توسل به اجراءات جزایی برخورد کنند، باید وی را به فوریت از اتهامش مطلع نمایند.<sup>۱</sup> همچنین مطابق بند ۳ ماده مقررات پکن: «نوجوانان تحت بازداشت موقت از کلیه حقوق و تضمین‌های مندرج در قواعد حداقل استاندارد رفتار با زندانیان مصوب سازمان ملل متحد برخوردار خواهند بود.» همچنین ویژگی‌های روان‌شناختی و جسمانی مختلف بازداشت شدگان نوجوان ممکن است مستلزم طبقه‌بندی آنان در زمان بازداشت موقت قبل از محاکمه و جدا نگه داشتن برخی آنان از دیگران باشد که بدین ترتیب به اجتناب از قربانی شدن و ارائه همیاری مناسب‌تر کمک می‌شود.<sup>۲</sup> در تحقیقات مقدماتی تعقیب و تحقیق نقش اساسی و مهم دارد که در این قسمت از مقاله مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرد.

#### ۱- تعقیب

صلاحیت تعقیب، به معنای صلاحیت اقامه دعوی علیه متهم در پیشگاه محکمه یکی از وظایف اساسی خارنوالی شمرده می‌شود، خارنوال تعقیب با توجه به نتایج تحقیقات خارنوال تحقیق، صورت دعوی را علیه متهم ترتیب نموده، ادله مورد ضرورت را به محکمه احاله می‌نماید و شهود را مورد مناقشه قرار می‌دهد، خارنوال در مقام تعقیب، در محکمه طرف دعوی قرار می‌گیرد. چون که اگر دلایل الزام برای آغاز اقامه دعوی جزایی وجود نداشته باشد، خارنوالی صلاحیت دارد، که از اقامه دعوی صرف نظر نموده و قرار حفظ دوسیه را صادر نماید،<sup>۳</sup> اما زمانی که خارنوال به شواهد و مدارک دست می‌یابد، که بر اساس آن می‌توان اقامه دعوی جزایی کرد، در چنین حالتی ایجاب می‌نماید

۱۹- CRC /C/ GC / 10 Para 23/e.

۲۰- دویدانجل، ویلیام، قانون بین‌المللی حقوق نوجوانان، ترجمه علی اکبر تاج مزینانی و جعفر سطوتی، چاپ ۱، انتشارات

نسل سوم، سال ۱۳۸۰، ص ۳۱۷.

۲۱- ماده ۱۶ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال افغانستان.

که از ادله ارائه شده مبنی بر مجرمیت فرد در پیشگاه محکمه دفاع نماید. در اکثر کشورهای جهان این تکلیف و وظیفه مهم را عمدتاً خارنوال که زعامت خارنوالی را نیز به عهده دارد انجام می‌دهد.<sup>۱</sup>

در ایران در این مورد مقرر گردیده است «در جرایم اطفال رسیدگی مقدماتی اعم از تعقیب و تحقیق با رعایت مفاد تبصره ماده ۴۳ توسط خارنوال و یا به درخواست او توسط قاضی تحقیق انجام می‌گیرد. محکمه کلیه وظایفی را که برابر قانون بر عهده ضابطین می‌باشد راساً به عمل خواهد آورد.<sup>۲</sup> تعیین قاضی تحقیق با رئیس حوزه قضایی و یا معاون وی خواهد بود.<sup>۳</sup> قاضی تحقیق در موقع تحقیقات دستورات محکمه را اجرا می‌نماید و در صورت برخورد با اشکال مراتب را به قاضی دادگاه اعلام نموده و طبق نظر او اقدامات لازمی را می‌نماید.<sup>۴</sup>

البته به علت مشکلاتی که حضور قضات گوناگون در مراحل تعقیب، تحقیق و یا صدور حکم از نظر روحی برای اطفال به وجود خواهد آورد. اصلح این است که به منظور ایجاد و حفظ رابطه قوی بین طفل و قاضی طبیعی او - قاضی اطفال - این تکالیف را به یک قاضی سپرده شود و حتی المقدور از انتقال اطفال به مراجع و در نزد قضات مختلف - حتی اگر شریک و یا معاون بزرگسال داشته باشد - جلوگیری به عمل آید. زیرا این امر موجب انقطاع روابط ایجاد شده با قاضی قبلی و در نتیجه بروز اشکال در اطمینان و بازپروری وی خواهد شد.<sup>۵</sup> در ماده ۱۴ لایحه رسیدگی به جرایم اطفال، کلیه اقدامات از جمله تعقیب در مورد جرایم اطفال که مجازات آن کمتر از ۳ سال حبس و یا

۲۲- نجفی توانا، علی، نابهنجاری و بزهکاری کودکان و نوجوانان، چاپ اول، پیشین، ص ۲۰۳.

۲۳- ماده ۲۲۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب ایران، مصوب سال ۱۳۷۸.

۲۴- ماده ۲۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب ایران، مصوب سال ۱۳۷۸.

۲۵- ماده ۳۱، همان.

۲۶- نجفی توانا، علی، نابهنجاری و بزهکاری اطفال و نوجوانان، پیشین، ص ۲۰۶.

جرم از نوع منافی عفت باشد، به محکمه اطفال واگذار نموده است. البته تعقیب و تحقیق در غیر از جرایم مذکور توسط خارنوال به عمل می‌آید.<sup>۱</sup>

## ۲- تحقیق

تحقیق نخستین مرحله دعوی جزایی به حساب می‌آید، و عبارت از یک سلسله اجراءات مهمی است که مقامات مربوط، به خاطر واضح شدن ادله‌ای که از مرحله کشف و دستگیری مظنون به دست آمده است، اتخاذ می‌نمایند. علاوه بر این موارد مدارک تازه‌ای را نیز، جهت تحقیق جرم جمع‌آوری می‌نمایند. هدف از جمع‌آوری تمامی این ادله و مدارک، اثبات و یا هم نفی وقوع جرم و نسبت آن به متهم می‌باشد. بدین مفهوم که تحقیق عبارت از تلاش‌هایی است که برای رسیدن به حقیقت، قبل از اینکه دوسیه به محکمه احاله گردد در صورتی که ثابت شود که جرم به وقوع پیوسته و نسبت آن به فرد مشخص صورت می‌گیرد، پس در این حالت دوسیه به محکمه فرستاده می‌شود، در غیر آن احاله دوسیه به محکمه بدون دلیل موجه، قابل ارجاع و فرستادن نیست. در اکثر نظام‌های جزایی دنیا در مورد اطفال متخلف، کلیه وظایف تعقیب، حقیق و صدور حکم به عهده محکمه اطفال و یا تشکیلات قضایی اطفال می‌باشد. انجام تحقیقات به عهده قاضی محکمه اطفال است. در نظام جزایی فعلی چه در مورد بزرگسالان و خواه اطفال بزهکار، انجام تحقیقات توسط قاضی محکمه و یا خارنوال انجام می‌شود.<sup>۲</sup>

تحقیق توسط خارنوال تحقیق که مستنطق نیز گفته می‌شود، انجام می‌گیرد. استنطاق در لغت عبارت است از به سخن آوردن، به گفتار انگيختن و بازپرسی آمده است و در اصطلاح عبارت از مناقشه تفصیلی با مظنون با در نظر داشت ادله مطرح شده علیه وی

۲۷- ماده ۹، لایحه رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان.

۲۸- نجفی توانا، علی، نابهنجاری و بزهکاری کودکان و نوجوانان، پیشین، ص ۲۰۶ و ۲۰۷.

می‌باشد، تا در مقابل هر دلیل جواب خویش را ارائه نماید.<sup>۱</sup> در ایران رئیس یا خارنوال هر شعبه مکلف است تحقیقات لازم را شخصا انجام دهد، در صورت لزوم قاضی محکمه می‌تواند از قضات تحقیق برای انجام تحقیقات استفاده نمایند که در این صورت قاضی تحقیق تحت نظر خارنوال، تحقیقات مورد نیاز را به عمل می‌آورد.<sup>۲</sup> که در ماده ۲۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری انجام بازجویی توسط قاضی تحقیق در کنار قاضی محکمه پیش‌بینی شده است.

در افغانستان خارنوال اختصاصی اطفال موظف است بعد از رسیدن دوسیه، تحقیق را در مدت یک هفته مکمل نماید چنانچه در مدت ذکر شده تحقیق مکمل نگردد خارنوال مکلف است از محکمه مربوط به مدت ۳ هفته تقاضای تمدید نماید و محکمه اطفال در مدت ۲۴ ساعت تصمیم خویش را مبنی بر توقیف یا عدم آن ابلاغ نماید.<sup>۳</sup> خارنوالی اختصاصی اطفال مکلف است بعد از مکمل شدن تحقیق و جمع‌آوری سوابق مندرج در ماده ۱۵ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال در مدت یک هفته صورت دعوی را ترتیب و به محکمه ارائه و بیان نماید. در صورتی که مدت ذکر شده کافی و مناسب نباشد خارنوال می‌تواند از محکمه مربوط برای مدت ۳ هفته تقاضای تمدید نماید، مشروط بر اینکه طفل تحت توقیف قرار نداشته باشد.<sup>۴</sup>

خارنوالی اختصاصی اطفال باید که دلایل اثبات کننده یا تبرئه کننده جرم را در صورت موجود بودن دلایل اثبات جرم صورت دعوی ترتیب شده و به محکمه اقامه دعوی نماید و در صورت عدم دلایل اثبات، خارنوال دوسیه را باید حفظ و جریان را در

۲۹- شریف الدیاسطی، ایمن راشد، کتاب راهنما برای قضات افغانستان- شرح سلوک قضایی و اجراءات جزایی، سال ۱۳۸۷، ص ۴۳۴.

۳۰- مواد ۱۴ و ۱۵ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب ایران و مواد ۲۷- ۲۸ و ۳۱ قانون آیین دادرسی کیفری ایران مصوب ۱۳۷۸.

۳۱- ماده ۱۴، قانون رسیدگی به تخلفات اطفال افغانستان، مصوب سال ۱۳۸۳.

۳۲- ماده ۱۵، همان.

مدت یک هفته برای مجنی علیه و مدعی حق العبد (ضرر و زیان) ابلاغ نماید. مدعی حق - العبد می تواند درخواست جبران خسارت خویش را در محکمه مدنی مربوطه در طول سی روز تقدیم نماید.<sup>۱</sup>

در قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، اطفال متخلف به مثل متهمان بزرگسال در جریان محاکمه و تحقیق از حقوق ذیل برخوردارند: استفاده از حالت بری الذمه (بی گناه شناخته شدن متهم تا زمانی که جرمش ثابت گردد)، اطلاع داشتن از اتهامات وارده، دسترسی داشتن به مقامات قضایی ذی صلاح بی طرف و مستقل، داشتن وکیل مدافع، اختیار حق سکوت، استفاده از ترجمان در صورت ضرورت، مشاوره حقوقی رایگان، حضور سرپرست قانونی یا والدین در جریان محکمه. علاوه بر حقوق ذکر شده ممثل قانونی (والدین، اولیا، اوصیا، اقارب، قیم، وکیل یا سرپرست قانونی) یا ترجمان طفل حق دارند از کلیه مراحل اجراآت قانونی که توسط شخص خائنوال یا محکمه عملی می گردد اطلاع حاصل نمایند.<sup>۲</sup> در صورت بروز مشکل در جریان تحقیق، ممثل قانونی می تواند که به خائنوال مافوق شکایت نموده و خائنوال مافوق مکلف است شکایت را سریعاً بررسی نموده و در این زمینه تصمیم گیری لازم نماید.<sup>۳</sup>

در صورتی که طفل با بزرگسال مشترکاً عمل جرمی را مرتکب شود، دوسیه طفل از بزرگسال جدا شده قضیه طفل متخلف در محکمه اطفال و دوسیه بزرگسال در محاکم عادی مورد پی گیری و رسیدگی قرار می گیرد.<sup>۴</sup> خائنوال اطفال مکلف است بعد از اتخاذ تصمیم قانونی علیه طفل مندرج فقره (۳) ماده ۲۰ موضوع را با مراکز اصلاح و

۳۳- ماده ۱۶، همان.

۳۴- ماده ۲۲، همان.

۳۵- ماده ۲۳، همان.

۳۶- ماده ۲۴، همان.

تربیت اطفال یا مؤسسات اختصاصی خدمات اجتماعی مربوط در میان گذاشته و آنان را مکلف به همکاری نمایند.<sup>۱</sup>

### ج) بازداشت یا عدم بازداشت طفل متهم قبل از رسیدگی

بازداشت موقت متهم یا توقیف احتیاطی عبارت است از سلب آزادی از متهم و زندانی کردن او در طول تمام یا قسمتی از تحقیقات مقدماتی توسط مقام صالح قضایی، این سلب آزادی از متهم ممکن است در طول جلسات رسیدگی محکمه و تا صدور حکم قطعی نیز ادامه یابد. بازداشت موقت یکی از مهم‌ترین مسائلی است که پیوسته توجه قانون‌گذاران و علمای حقوق را به خود جلب نموده است در حقوق رم سپردن متهم به اشخاص معتبر یا به قضات یکی از شهرهای مجاور یا به عساکر، در صورتی که متهم واجد شخصیت اجتماعی می‌بود و بالاخره تعهد خود متهم مبنی بر حضور در جلسه اجراءات جزایی کاملاً متداول بوده است. گزارش و تحقیقات واصله به یونیسف حاکی از بازداشت موقت اطفالی است که به منظور پرهیز از فرار بازداشت می‌شوند ولی اکثراً پس از محاکمه تبرئه شده‌اند. عیب و مشکل بزرگ این شیوه را می‌توان برخورد با متهمان خردسال و نوجوان در این است که بی‌گناهی اکثر متهمان در محاکمه اثبات می‌شود ولیکن پس از آزادی با توجه به تأثیر شرایط نامطلوب بازداشت

۳۷- بند ۵ ماده ۲۰، همان.

۳۸- آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ چهارم، انتشارات سمت، تهران، سال ۱۳۸۳، ص ۱۳۴.

۳۹- آشوری، محمد، عدالت کیفری، مجموعه مقالات، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، تهران، سال ۱۳۷۶، ص ۳.

موقت، مجددا مرتکب جرم مهم‌تر و خطرناک‌تر می‌شوند.<sup>۱</sup> به موجب قوانین آلمان امکان نگهداری اطفال در بازداشت موقت پیش‌بینی شده است.<sup>۲</sup>

چنانچه «قواعد توکیو» ۱۹۹۰ در زمینه جایگزین‌های زندان از اهمیت خاص برخوردار است. این تدابیر دولت‌ها را به اتخاذ سیاست‌های واقع‌گرایانه عدالت جزایی مبتنی بر کاهش مجازات‌ها با در نظر گرفتن مسئله حقوق بشر، ضرورت‌های ناشی از عدالت اجتماعی و نیاز به بازتوانی مجرمین فرا می‌خواند. زمان قانونی برای بازداشت پیش از محاکمه نیز می‌تواند کاملاً طولانی باشد مثلاً در فرانسه نوجوانان بین سنین ۱۳ تا ۱۵ سال که متهم به ارتکاب جرایم جنایی جدی هستند، به طور قانونی حتی تا ۱ سال را در توقیف به سر برده‌اند در حالی که این میزان برای افراد ۱۷-۱۶ ساله ممکن است دو برابر باشد.<sup>۳</sup>

در کشور ایران مقرراتی برای بازداشت موقت متهم طفل و نوجوان وجود ندارد بلکه به دستور ماده ۲۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری برای امکان دست‌رسی به متهم طفل و جلوگیری از فرار یا پنهان شدن او (با توجه به نوع اهمیت جرم و دلایل آن) حسب مورد یکی از تصمیمات ذیل اتخاذ می‌شود: الف) التزام وی یا سرپرست قانونی متهم خردسال یا شخص دیگری به حاضر کردن او در موارد لزوم با تعیین وجه التزام، ب) سپردن وثیقه مناسب برای آزادی طفل توسط ولی یا سرپرست متهم یا شخص دیگر.

۴۰- صلاحی، جاوید و محمود امامی نمینی، بررسی تطبیقی نهادهای قضایی و تربیتی کودکان و نوجوانان بزهکار، نشر

علامه محدث نوری، سال ۱۳۸۱، صص ۴۰-۳۷.

۴۱- فرانسوارنوسی، ژان، رخی تجارب کشورهای غربی در زمینه حقوق کیفری اطفال، ترجمه بهزاد رضوی فرد، مجله

حقوقی دادگستری، شماره ۴۴، سال ۱۳۸۲، ص ۷۱.

۴۲- اینوچینی دایجست، دادرسی ویژه نوجوانان، یونیسف، سال ۱۹۸۸، ص ۹.

بازداشت موقت مطمئن‌ترین وسیله‌ای است که در اختیار خارنوالان و قضات جزایی قرار دارد برای اینکه متهم در طول تحقیقات مقدماتی و حتی ادامه آن در تحقیقات نهایی و بالاخره در مرحله‌ی قطعیت حکم و اجرای مجازات نتواند با فرار یا مخفی کردن خود موجبات اخلاف در رسیدگی به جرم و تأخیر یا عدم موفقیت در اجرای حکم جزایی را فراهم سازد. بازداشت موقت می‌تواند از تکرار جرم جلوگیری کرده و متهم را از نابود سازی دلایل اثبات جرم، همانند اسناد، آلات و ادوات ناتوان سازد؛ و سرانجام در مواردی که جرم اذهان عمومی را خدشه‌دار کرده است بازداشت موقت وسیله خوبی است برای حفاظت متهم از انتقام‌جویی خصوصی مجنی‌علیه، خانواده او یا افراد جامعه. در افغانستان بند ۳ ماده ۱۰ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال در مورد بازداشت موقت بیان می‌دارد که «محکمه اختصاصی اطفال صلاحیت دارد، حین صدور حکم توقیف قبل از محاکمه، به جای توقیف نمودن طفل راه حل‌های مناسب دیگری را مطالعه نماید.» ماده ۲۰ قانون ذکر شده اطفال متخلف را با توجه به نوع جرم ارتكابی جهت تکمیل تحقیق به ۳ دسته تقسیم‌بندی نموده و در مورد بازداشت موقت چنین مقرر داشته: طفل متخلف زیر ۱۲ سال به خاطر تکمیل تحقیق از آزادی محروم نشده بلکه خارنوال وی را به ممثل قانونی<sup>۱</sup> یا نزدیکان وی با در نظر داشت درجات و اخذ ضمانت می‌تواند بسپارد. مطابق به ماده ۱۴ و ۱۵ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، حداکثر مدتی که یک طفل می‌تواند به خاطر تکمیل محاکمه در بازداشت به سر ببرد مدت ۴۰ روز می‌باشد. بر اساس مصاحبه‌ای که در مراکز اصلاح و تربیت اطفال، با اطفال که منتظر محاکمه‌شان بوده‌اند صورت به عمل آمده است از ۴۱٪ پاسخ‌دهندگان ۳۰٪ آنان مدت بیشتر از شش ماه را در مراکز اصلاح و تربیت اطفال سپری نموده است.<sup>۲</sup> در

۴۳- ممثل قانونی عبارت است از والدین، اولیا، اوصیا، قارب، قیم، وکیل یا سرپرست قانونی طفل، بند ۷، ماده ۴ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال.

۴۴- بی‌نا، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان و یونیسف، سال ۱۳۸۷، ص ۸.

بعضی شرایط، علت اساسی و اصلی توقیف طولانی پیش از محاکمه صرفاً این است که قضات تحقیق با انبوهی از دوسیه‌ها مواجه هستند در این چنین شرایط، به هیچ عنوان غیرعادی نیست که اطفال در مجموع، چندین ماه را در بازداشت به سر ببرند.

**گفتار دوم: اجراءات جزایی اطفال ناظر به مرحله ضمن محاکمه و حین رسیدگی**  
نکته واضح است که مقررات حاکم بر جریان اجراءات اطفال مرتکب جرم، در اکثر نظام‌های جزایی دنیا با ضوابط مربوط به تشریفات اجراءات بزرگسالان متفاوت می‌باشد.<sup>۱</sup> در این گفتار چگونگی تشریفات حین رسیدگی که مورد توجه مقامات صالح قرار گیرد را مورد بررسی قرار می‌دهیم:

### الف) غیرعلنی بودن جریان اجراءات محاکمه طفل

غیرعلنی بودن محاکمه طفل یک حق قانونی است که وی در حین محاکمه از آن برخوردار می‌باشد. در معاهده حقوق کودک، سری بودن جلسات محاکمه طفل، تأکید، گریده که محرمانه بودن کامل موضوع در طول تمام مراحل اجراءات امری ضروری و مهم است.<sup>۲</sup>

حفظ اسرار جزایی طفل و سعی در عدم آسیب‌پذیری و در واقع حمایت از او موجب گردیده است که معمولاً در زمان اجراءات غیر از افرادی که حضورشان برای جریان اجراءات ضرورت و لازمی باشد به مثل والدین، شهود، نماینده جامعه، شاکی، افراد دیگر به ویژه ارباب جراید و مردم عادی امکان ورود و استحضار از روند محاکمه را نخواهند داشت.<sup>۳</sup> برای حمایت از حریم خصوصی اطفال، محاکمه باید غیرعلنی باشد و

۴۵- نجفی توانا، علی، نابهنجاری و بزهکاری کودکان و نوجوانان، چاپ ۱، انتشارات آموزش و سنجش، تهران، سال ۱۳۸۵، ص ۲۱۴.

۴۶- بند ۷، ماده ۴۰، پیمان‌نامه حقوق کودک.

۴۷- نجفی توانا، علی، پیشین، ص ۲۱۵.

این مورد از موارد مهم و استثنایی مجاز حق محاکمه علنی است. بند ۱ ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی و بند ۱ ماده ۶ کنواسیون اروپایی نیز این امر را مورد تأکید قرار داده‌اند.<sup>۱</sup>

در ماده ۹ قانون تشکیل محکمه اطفال ایران مصوب ۱۳۳۸ رسیدگی به جرایم اطفال سری و انتشار اطلاعات مربوط به آن جرم، قابل مجازات بوده. قانون دادرسی کیفری جدید ایران در ماده ۲۲۵ عین مفاد ماده ۹ قانون سابق را تکرار و صرفاً جای کلمه سری از عبارت «علنی نخواهد بود» استفاده و مجازات انتشاردهندگان جریان اجراءات را بر اساس ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی ایران به عنوان افشای اسرار تعیین نموده است. در ماده ۲۰ لایحه رسیدگی به جرایم اطفال نیز مقرر شده است: «هرگاه مصلحت طفل یا نوجوان اقتضا کند ممکن است رسیدگی در تمام مدت زمان اجراءات یا در قسمتی از آن در غیاب او به عمل آید. محکمه در هر صورت حضوری محسوب می‌گردد.»

قانون‌گذار افغانی در مورد سری بودن رسیدگی مقرر می‌دارد: «رسیدگی به تخلفات قانونی اطفال به صورت سری و ابلاغ حکم در هر حالت به صورت علنی صورت می‌گیرد. انتشار جریان جلسات محاکمه اطفال، هویت افراد شهادت دهنده و نظر اهل خبره در رسانه‌های جمعی اکیدا ممنوع می‌باشد.»

همچنین افشای معلومات و یا اطلاعاتی که منجر به کشف هویت طفل گردد، به هیچ عنوان جایز نمی‌باشد.<sup>۲</sup> هرگاه موضوعات مورد بحث در جریان محاکمه به گونه‌ای باشد که طفل را روحاً آزار بدهد، رسیدگی در غیاب طفل صورت خواهد گرفت مشروط بر اینکه خلاصه جریان محاکمه را بعداً برای طفل توضیح دهند.<sup>۳</sup>

۴۸- طه، فریده، اشرافی، لیلا، دادرسی عادلانه، چاپ اول، انتشارات میزان، سال ۱۳۸۶، ص ۲۳۳.

۴۹- ماده ۳۲، قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، مصوب سال ۱۳۸۳.

۵۰- بند ۳، ماده ۳۳، قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، مصوب سال ۱۳۸۳.

## ب) رسیدگی بدون تأخیر

بررسی سریع در مراحل رسمی مربوط به موارد اطفال از اهمیت شایسته‌ای برخوردار است. در غیر این صورت همه مزایای مربوط به آغاز روش‌های رسیدگی خوب و تعیین تکلیف آن‌ها در معرض خطر جدی قرار خواهد داشت. به تدریج که زمان سپری گردد، اطفال در درک ارتباط بین روش و پیگرد، تعیین تکلیف با بزه، خواه از لحاظ فکری و خواه از لحاظ روانی دچار مشکلات بیشتری می‌شود. این روند مهم و روش اغلب به شخص بازداشت شده این امکان را می‌دهد که در نخستین فرصت اعتبار را از لحاظ قانونی به چالش کشیده و به غیر قانونی بودن بازداشتش اعتراض نماید و همچنین چنانچه بازداشت یا دست‌گیری حقوق طفل را نقض کرده باشد آزادی‌اش تضمین شود.<sup>۲</sup>

کنواسیون حقوق کودک نیز در بند ۲ از ماده ۴۰ به این موضوع تأکید داشته و یکی از تضمین‌های طفلی که متهم به نقض قوانین جزایی می‌شود را روشن شدن موضوع در اسرع وقت توسط مقام یا ارگان قضایی بی‌طرف و مستقل می‌داند که باید طی اجراءات عادلانه در حضور وکیل و سایر کمک‌های حقوقی صورت گیرد مگر اینکه این امر در جهت منافع طفل تشخیص نشود مخصوصاً با در نظر گرفتن سن، موقعیت و یا والدین و قیم قانونی او. در مقررات پکن مقرر شد که هر دوسیه با سرعت و بدون تأخیر بی- جهت مورد رسیدگی قرار خواهد گرفت.<sup>۳</sup> به طور کلی عواملی که باعث می‌گردد در رسیدگی به دوسیه طفل تأخیر به وجود بیاید عبارت‌اند از: تأخیر در مورد تحقیقات لازم برای جمع‌آوری مدارک و دلایل، تورم پرونده‌ها در محاکم و کمبود قاضی رسیدگی -

۵۱ - امیر ارجمند، اردیشیر، مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، سال ۱۳۸۱، ص ۳۰۲.

۵۲ - طه، فریده، اشرافی، لیلا، دادرسی عادلانه، چاپ اول، انتشارات میزان، سال ۱۳۸۶، ص ۷۶.

۵۳ - ماده ۱-۲۰، مقررات پکن.

کننده، عدم حضور والدین، یکی از شهود و یا افسر پولیسی که متهم را بازداشت کرده در جلسه اجراءات طفل.<sup>۱</sup>

بنابراین، برای تعیین تکلیف متهم در اسرع وقت تمامی این عوامل باید مورد توجه قرار گیرد و با دقت نظر و مسئولیت هرچه بیشتر از تأخیر در رسیدگی به دوسیه طفل جلوگیری به عمل آید. اگر فرایند اجراءات طولانی شود، نه تنها واکنش اجتماعی فاقد اثر است. بلکه طفل نیز خود را قربانی و مداخله را ناعادلانه تلقی خواهد کرد.<sup>۲</sup> به همین جهت ماده ۲۰ مقررات پکن تأخیر غیر ضروری در رسیدگی را جایز ندانسته است.

قانون و مقررات افغانستان در مورد رسیدگی بدون تأخیر مقرر می‌دارد: «محکمه اختصاصی اطفال از تاریخ رسیدن دوسیه آن را در مدت ۳ روز مطالعه می‌نماید در صورتی که نواقص در دوسیه ملاحظه گردد، آن را به خائنوالی اختصاصی اطفال بر می‌گرداند. خائنوال مکلف است ضمن اطلاع دادن موضوع به ممثل قانونی متهم در مدت یک هفته نواقص را بر طرف نموده و دوسیه را دوباره به محکمه مربوط احاله نماید. محکمه اختصاصی اطفال وظیفه دارد بعد از برگشت مجدد دوسیه در مدت ده روز حکم خود را در زمینه صادر نماید.»<sup>۳</sup>

ماده ۳۱ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، هیئت قضایی یا قضات محکمه اختصاصی اطفال را مکلف می‌نماید در هر ۱۵ روز از دوسیه‌هایی که مورد رسیدگی قرار نگرفته همراه با دلایل آن را به رئیس محکمه گزارش دهند. رئیس محکمه وظیفه دارد هرچه زودتر تدابیر لازم را در زمینه اتخاذ نماید. دلیل اینکه هر ۱۵ روز از دوسیه‌هایی که مورد رسیدگی قرار نگرفته گزارش داده شود به نظر می‌رسد این است که اطفال متهم به

۵۴ - اینوچنتی دایجست، دادرسی ویژه نوجوانان، یونسف، شماره ۶، سال ۱۹۸۸، ص ۱۰.

۵۵ - زرماتن، ژان، دادرسی نوجوانان، آموزه‌های تجربی، ترجمه حمید مرعشی، مجموعه سخنرانی‌های ارائه شده در کارگاه‌های آموزشی دادرسی ویژه نوجوانان، خرداد ماه سال ۱۳۷۸، صص ۵۸ و ۵۹.

۵۶ - ماده ۳۰ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال افغانستان، مصوب سال ۱۳۸۳.

تخلف در یک حالت بدون سرنوشتی به سر ببرند که در این صورت اجراءات عادلانه به فراموشی سپرده می شود.

در قوانین ایران رسیدگی بدون تأخیر به طور صریح پیش بینی نشده و در لایحه رسیدگی به جرایم اطفال به طور ضمنی و در تبصره ماده ۱۴ اشاره شده است. مناسب بود نویسندگان این لایحه در ماده خاص و به طور صریح این ساز و کار را مورد توجه قرار می دادند.

### ج) تشکیل دوسیه شخصیت

اصولا پیش از آنکه مقام قضایی، رأی خود را در مورد اطفال متخلف صادر نماید باید از اوضاع و احوالی که طفل در آن به سر می برد و شرایطی که در آن مرتکب جرم شده، پیشینه اجتماعی و شرایط زندگی او اطلاع داشته باشد تا بتواند حکم عادلانه ای صادر نماید. این اطلاعات از طریق مشاهده و ملاحظه تجربی به دست می آید. برای دستیابی به این اطلاعات، محکمه باید از پیشینه اجتماعی و خانوادگی، دوران تحصیلی، تجربیات آموزشی، بیماری روحی و جسمی طفل و والدین، مشکلات اقتصادی، آرزوها، انگیزه ها و.... از طریق مددکاران اجتماعی، روان شناسان، پزشکان و مراقبین و کلیه کسانی که می توانند در این زمینه کمک کنند، به دست آورد.<sup>۱</sup> محوری ترین دلیل جهت تشکیل دوسیه شخصیت همانا توجه به انگیزه و هدف مقنن در معالجه و اصلاح بزهکار بالاختص اطفال می باشد. پیش بینی و اعمال تدابیر جزایی و غیر جزایی به منظور تربیت مجدد و جامعه پذیری طفل وقتی میسر می شود که قاضی اطلاع کافی و همه جانبه از خصوصیات طفل داشته باشد.<sup>۲</sup>

۵۷- آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ چهارم، انتشارات سمت، تهران، سال ۱۳۸۳، ص ۷۸.

۵۸- نجفی توانا، علی، نابهنجاری و بزهکاری کودکان و نوجوانان، چاپ ۱، انتشارات آموزش و سنجش، تهران، سال ۱۳۸۵، ص ۱۶۰.

بند ۱ ماده ۱۶ مقررات پکن نیز بر این امر تأکید و مقرر نموده است که: «در تمامی موارد، به جز موارد مربوط به تخلفات جزئی و خفیف، قبل از اینکه مقام ذیصلاح حکم نهایی را پیش از محکومیت ارائه دهد، باید پیش زمینه و شرایطی که طفل در آن زندگی می‌کند یا شرایطی که تحت آن شرایط جرم را مرتکب شده است به طور مناسب مورد تحقیق قرار گیرد تا اتخاذ تصمیم قضایی عادلانه توسط مقام ذیصلاح در خصوص مسئله تسهیل گردد.<sup>۱</sup>

یک قاضی با تشکیل دوسیه شخصیت، مشاهده و بررسی اوضاع و عواملی که در تکوین شخصیت و یا ارتکاب جرم تأثیر دارند حکم اجرای روشن منطبق با شخصیت بزهکار را صادر می‌کند. تعیین نوع مجازات فقط با در نظر گرفتن نوع و کیفیت ارتکاب جرم، بدون توجه به شخصیت مجرم، در پیشگیری از وقوع جرایم بی‌فایده است.<sup>۲</sup>

در قوانین ایران انجام تحقیقات اجتماعی، فردی و خانوادگی اطفال بزهکار در ماده ۷ قانون محکمه اطفال ۱۳۳۸ پیش‌بینی شده بود محکمه می‌تواند برای انجام تحقیقات درباره وضع مزاجی و روحی طفل یا اولیای وی همچنین شرایط خانوادگی، از افراد مورد اعتماد و یا متخصص فنی و مددکاران اجتماعی استفاده نماید. در قوانین بعد از انقلاب ایران به ویژه آیین دادرسی کیفری جدید این مهم چندان مورد توجه قرار نگرفته بود و مقنن صرفاً در مقام رفع تکلیف بدون عنایت به اهمیت موضوع در ماده ۲۲۲ قانون مذکور انجام تحقیقات مربوط را چون گذشته در تمام جرایم اختیاری تلقی نموده و قاضی محکمه را مخیر نموده در صورت لزوم از اشخاص خبره و یا وسایل مقتضی استفاده کند. البته در مرحله اجرای احکام جزایی، شرایط مطلوب‌تر و پیشرفته‌تر از مرحله اجرای احکام است زیرا طبق آیین‌نامه امور زندان‌ها پس از ورود زندانی و پذیرش وی با استفاده از افراد متخصص، تحقیقات مختلفی از وضعیت گذشته و

۵۹- ماده ۱-۱۶، مقررات پکن.

۶۰- دانش، تاج زمان، مجرم کیست؟ جرم‌شناسی چیست؟ چاپ دهم، انتشارات کیهان، تهران، سال ۱۳۸۴، ص ۳۹۷.

حال، شرایط جسمی، روحی، روانی و خانوادگی مجرم انجام و نتایج حاصله در طبقه‌بندی زندانیان و اعمال تدابیر آموزشی، حرفه‌ای، پزشکی و.... لحاظ می‌گردد.<sup>۱</sup> مع‌الوصف ناگفته نماند که پیش‌نویس لایحه قانون حمایت از اطفال و نوجوانان بر لزوم تشکیل دوسیه شخصیت اطفال تأکید نموده و در راستای اجرای این امر، واحدهای حمایتی را نیز در نظر گرفته است.

در افغانستان قانون رسیدگی به تخلفات اطفال در ماده ۱۷ بیان می‌دارد: «خارنوالی اختصاصی اطفال مکلف است در هنگام تحقیق جرایم مربوط به اطفال اموری مثل وضعیت روحی، شخصیت و لیاقت، علل و انگیزه‌های ارتکاب جرم، میزان تحصیلات، شرایط محیط زندگی حین ارتکاب جرم، خفت و شدت جرم، سابقه جرمی، نحوه رفتار هنگام ارتکاب جرم و بعد از آن، نحوه قصد، زمان و مکان جرم، میزان خطرات وارده به شخص متضرر، شرکا و محرکین و سایر حالاتی که در تعیین تصمیم‌گیری نقش داشته باشند، جهت اثبات دلایل اتهام در نظر بگیرد.» کیفر باید متناسب با شخصیت و حالت خطرناک بزهکار بوده و اصل فردی کردن مجازات‌ها در قوانین جزایی پذیرفته شود.

#### د) اعلام حق داشتن وکیل مدافع، حق دسترسی به والدین و قیم قانونی

پس از اطلاع مستقیم و سریع طفل از اتهامات وارده، در مرحله بعدی دسترسی سریع به والدین، قیم قانونی یا وکیل باید محفوظ بماند.<sup>۲</sup> نظر به اهمیت نقش وکیل در اجراءات‌های جزایی، در بسیاری از اسناد بین‌المللی از جمله بند ۳ ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی، حق داشتن وکیل مدافع به عنوان یکی از حقوق اساسی متهم در اجراءات مورد تأیید و توجه قرار گرفته است. الزامات شرکت وکیل مدافع در اجراءات

۶۱- مواد ۴۲ و ۴۳ و ۶۰، آیین‌نامه امور زندان‌های ایران، مصوب سال ۱۳۸۰/۴/۲۶.

۶۲- بند ۲، ماده ۴، کنوانسیون حقوق کودک.

اطفال متنوع است. به طور نمونه، وکیل باعث سرعت و دقت بیشتر در رسیدگی و عملکرد خوب و مؤثر مقامات قضایی شده سبب ارتقاء علمی دانش حقوقی دست-اندرکاران قضایی و عدلی می‌شود. جلو طرح دعوای بی‌بنیاد و واهی را به طور چشمگیری می‌گیرد و باعث می‌شود که دعوی به روال قضایی و عدلی در محکمه شود. باعث قوت قلب، رفع اضطراب و اطمینان خاطر بیشتر طفل متهم در پاسخ به اتهامات وارده می‌شود.

هر فرد مجرمی که در توقیفخانه به سر می‌برد یا متهم به جرم جزایی است حق دارد از مساعدت و کیلی که خود انتخاب کرده جهت حمایت از حقوقش و کمک برای ارائه دفاع بهره‌مند شود. اگر فرد استطاعت مالی نداشته باشد می‌بایست برای او وکیل مناسب و مؤثر تعیین شود و به او تسهیلات و زمان کافی جهت ارتباط با وکیلش داده شود. دست‌رسی به وکیل باید فوری باشد.<sup>۱</sup> حق دست‌رسی به وکیل به منزله حمایت روانی و عاطفی از طفل به شمار می‌آید که باید در تمام مراحل رسیدگی ادامه داشته باشد.<sup>۲</sup> کنواسیون حقوق طفل تأکید نموده «هر طفل مظنون یا متهم به نقض قانون کیفری حق دارد برای تهیه و ارائه دفاعیه خویش از کمک حقوقی یا دیگر کمک‌های مقتضی برخوردار شود.»<sup>۳</sup> حق دست‌رسی به والدین یا وکیل به منزله حمایت روانی و عاطفی از طفل و نوجوان به شمار می‌آید که باید در تمام مراحل رسیدگی ادامه داشته باشد. کنکاش و جست‌وجوی مقامات صالح برای یافتن راه مناسب حل و فصل دعوا ممکن است به طور اخص به همت همکاری نمایندگان قانونی نوجوان یا افراد یاری رسان دیگری که طفل می‌تواند به آنان اعتماد کند و واقعا هم اعتماد می‌کند به توفیق

۶۳- طه، فریده، اشرافی، لیلا، دادرسی عادلانه، چاپ اول، انتشارات میزان، سال ۱۳۸۶، ص ۵۶.

۶۴ - United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, Article 18/a.

۶۵ - CRC, Article 37/d.

بینجامد ولی چنین امری وقتی می‌تواند به مانع برخورد کند که حضور والدین یا سرپرستان قانونی در جلسه‌های اجرائی نقش منفی داشته باشد، مثلاً اگر آنان روحیه خصمانه نسبت به نوجوانان ابراز کنند در این صورت باید مانع ورود آنها به جلسه شد. کنوانسیون حقوق طفل نیز دولت‌های عضو را ملزم می‌نماید که جهت اجرائی منصفانه زمینه مشاوره حقوقی را برای اطفال تحت بازداشت فراهم کنند.<sup>۱</sup> کمیته حقوق طفل همچنان این حق را مورد تأکید قرار داده و تصریح می‌کند وکیل طفل بزهکار و متخلف باید اطلاعات کافی از روند اجرائی اطفال داشته باشد و آموزش لازم را برای مواجهه و برخورد با این اطفال را دیده باشد. محرمانه بودن کامل ارتباطات طفل بزهکار متهم و وکیلش را الزامی می‌داند.<sup>۲</sup>

در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب ایران، قانون‌گذار محکمه را مکلف کرده که در هنگام محاکمه به ولی یا سرپرست قانونی طفل اعلام نماید که شخصاً در محکمه حضور یابد یا برای او وکیل مشخص شود. در غیر این صورت محکمه برای طفل، وکیل تسخیری تعیین خواهند کرد.<sup>۳</sup> همچنین ماده ۲۲۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، ایران نیز بیان می‌دارد که: «در زمان رسیدگی فقط اولیا و سرپرست قانونی طفل و وکیل مدافع، شهود و مطلعین و نماینده کانون اصلاح و تربیت که محکمه حضور آنان را لازم بداند حاضر خواهند شد.»

در ماده ۱۸ لایحه رسیدگی به جرایم اطفال آمده است که: «در محکمه اطفال اولیا یا سرپرست اطفال، وکیل مدافع و اشخاصی که نظر آنان در تحقیقات مقدماتی جلب شده و شهود، مطلعان و نمایندگان کانون اصلاح و تربیت حاضر می‌شوند.» در خصوص حق داشتن وکیل فقره ۱ ماده ۲۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال افغانستان ۱۳۸۳ مقرر می‌دارد

۶۶- CRC, Article 40/2.

۶۷- CRC /C / GC / 10.Para,23/f.

۶۸- ماده ۲۲۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری ایران.

که: طفل در تمام مراحل تحقیق و محاکمه حق دارد از وکیل مدافع و مطالبه ترجمان استفاده نماید. در صورتیکه والدین یا ممثل قانونی طفل توانایی مالی بر استخدام وکیل مدافع یا ترجمان نداشته باشند، محکمه اختصاصی اطفال آنها را با هزینه دولت برای طفل معین می نماید. والدین، سرپرست قانونی، وکیل مدافع و ترجمان طفل حق دارند از کلیه مراحل اجراءات قانونی ای که توسط خائنوال یا محکمه عملی می گردد، اطلاع یافته و در آن اشتراک نمایند. شرکت نکردن والدین یا سرپرست قانونی طفل در هنگام تحقیق، مانع جریان تحقیق نمی گردد. مگر اینکه خائنوال حضور وی را حتمی بداند. همچنین طفل، ممثل قانونی، وکیل مدافع، کمک کننده امور حقوقی، شاهدان، هیئت قضایی، مجنی علیه و خائنوال می توانند در جلسه محاکمه شرکت نمایند. هرگاه حضور ممثل قانونی به مصلحت طفل نباشد یا موجب اخلال در جریان محاکمه گردد، محکمه می تواند به اخراج وی از جلسه محکمه دستور دهد.<sup>۱</sup> متأسفانه این قانون تا به حال در افغانستان مورد تطبیق قرار نگرفته است. ۶۲٪ اطفال هنگام حضور در محکمه دارای وکیل مدافع نبودند و ۵۶٪ اطفال از اظهارات خود خبر ندارند و فقط ۳۸٪ اطفال بیانات خود را دیده اند.<sup>۲</sup>

## (۵) اعلام حق سکوت

حق سکوت یکی از حقوق بنیادین متهم است که آگاه کردن او از وجود چنین حقی ضروری است. حق دیگری که اطلاع دادن آن به طفل بازداشت شده ضروری است، بهره مند شدن از حق سکوت است. متهم هیچ نوع وظیفه ای در اعلام حقایق به مقامات قضایی را ندارد، بلکه مقام تعقیب دعوای عمومی خائنوال ملزم است که در صورت ایراد اتهام به اشخاص، ادله کافی علیه آنان جمع آوری کند و نمی تواند از طرف

۶۹- ماده ۳۴ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال مصوب سال ۱۳۸۳.

۷۰- بی نا، کمیسیون مستقل حقوق بشر و یونسف، سال ۱۳۸۷، ص ۲۲.

خود متهم انتظار همکاری داشته باشد و او را موظف به بیان حقایق سازد و نیز از آن-  
جاکه با سکوت متهم هیچ مطلبی به دوسیه طفل اضافه نمی‌شود، در راستای اصل برائت  
باید سکوت را به عنوان قرینه‌ای علیه متهم و در اثبات مجرمیت طفل استفاده کرد.<sup>۱</sup> در  
تمام مراحل اجرائی، طفل می‌تواند سکوت اختیار نماید و از اظهار تقصیر خود امتناع  
ورزد و قاضی نباید به هیچ وسیله‌ی طفل را مجبور نمود که اظهار به تقصیر و مجرمیت  
نماید.

### نتیجه‌گیری

در اکثر نظام‌های کیفری دنیا از جمله افغانستان و ایران در مورد اطفال متخلف، کلیه  
وظایف تعقیب، حقیق و صدور حکم به عهده محکمه اطفال می‌باشد. در بسیاری از  
کشورهای جهان بزه‌کاران خردسال مدت قابل توجه و ملاحظه‌ای را در بازداشت  
موقت پولیس در انتظار محاکمه سپری می‌نمایند در این مدت نه تنها لطمات روحی  
جبران‌ناپذیر فراوانی را متحمل می‌شوند، بلکه گاهی از موارد هم مورد آزار و شکنجه و  
یا هم سوء استفاده قرار می‌گیرند. مواردی را که در مورد بازداشت موقت پیش‌بینی  
نموده اند متأسفانه تا به حال مورد تطبیق قرار نگرفته است. در مورد موضوع برگزار  
شدن جریان اجراءات به صورت غیرعلنی نظر و دیدگاه قانون کشور ایران و افغانستان  
مشترک می‌باشد، تنها افتراق‌شان در این است که در قانون ایران برای انتشار دهندگان  
جریان اجراءات مجازات افشای اسرار در نظر گرفته شده است ولی در قانون رسیدگی  
به تخلفات اطفال افغانستان ضمانت اجرای پیش‌بینی نشده است. از جمله اصول محاکمه  
عادلانه رسیدگی در اسرع وقت است. طفل باید عمیقاً درک کند که در قبال رفتار خلاف  
قانون او، جامعه در موقع مناسب اقدامات لزومی را کرده است. قانون ایران و افغانستان

۷۱- صالحی، جواد، حق سکوت متهم، «مجله تعالی حقوق»، شماره ۱۰، فروردین و اردیبهشت سال ۱۳۹۰، ۷۲۲.

در مورد تشکیل دوسیه شخصیت با یکدیگر افتراق دارند، بدین صورت که تشکیل دوسیه شخصیت از نظر مقنن افغانستان اجباری و از نظر مقنن ایران اختیاری می باشد.

نهاد پولیس در مقایسه با دیگر نهادهای عدالت کیفری با اطفال تعامل چشمگیری- تری دارد. نخست، پولیس دارای تماس و ارتباط مکرر با اطفال است و آمار دستگیر- شدگان این نکته را تأیید می کند. به دلیل اینکه چون تمام نیروهای شاغل در پولیس ناگزیر با اطفال بزهکار تماس مستقیم دارند باید به همه ی مأموران پولیس آموزش های ویژه در باره طرز برخورد با اطفال بزهکار ارائه شود، نه اینکه عده ای خاص به فرا گرفتن این چنین آموزش ها موظف شاخته شده و مابقی مأموران هیچ نوع آموزش در مورد رویارویی و طرز برخورد با اطفال بزهکار داده نشود. دخالت مستقیم وکیل مدافع به نفع منافع جامعه بوده به دلیل اینکه اشتباهات قضایی کمتر شده و شهروندان جامعه از حکومت به نحو کامل راضی باشند و همانطور که بیان شد رعایت حق دفاع، حمایت و رعایت آن از مظاهر بارز عدالت و امنیت قضایی کامل یک جامعه است. از دیگر قواعد حائز اهمیت در اجراءات جزایی اطفال حق آزادی در مرحله قبل و بعد از محاکمه است. این حق ایجاب می نماید که از توقیف احتیاطی توسط پولیس و بازداشت موقت برای اطفال پرهیز شود و حتی در هنگام صدور حکم نیز باید از صدور حکم سالب آزادی دوری جست. بازداشت موقت علاوه بر آنکه با اصل برائت سازگاری و همنوایی ندارد، نسبت به اطفال اضرار جبران ناپذیر معنوی زیادی را نیز به همراه دارد، به دلیل اینکه طفل بازداشت شده هر چند در جریان فرایند جزایی محکوم نگردد، ورود طفل به توقیف گاه برجسب مجرمیت را هم در ذهن طفل القاء می سازد و جامعه هم نسبت به چنین طفلی با دید مجرمیت خواهند دید، که این خود می تواند تأثیرات منفی، فاسد و زیانباری را به آینده طفل وارد سازد.

## فهرست منابع و مآخذ:

### الف: کتاب‌ها

- ۱- آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد ۲، چاپ ۷، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات، تهران، سال ۱۳۸۲.
- ۲- آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ چهارم، انتشارات سمت، تهران، سال ۱۳۸۳.
- ۳- امیر ارجمند، اردیشیر، مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر، جلد ۱، چاپ ۱، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، تهران، سال ۱۳۸۱.
- ۴- دانش، تاج زمان، مجرم کیست؟ جرم‌شناسی چیست؟، چاپ دهم، انتشارات کیهان، تهران، سال ۱۳۸۴.
- ۵- دانش، تاج زمان، اطفال و نوجوانان بزهکار در حقوق تطبیقی، چاپ ۱، انتشارات مؤسسه خدمات فرهنگی رسا، تهران، سال ۱۳۷۴.
- ۶- دويدانجل، ویلیام، قانون بین‌المللی حقوق نوجوانان، ترجمه علی اکبر تاج مزینانی و جعفر سطوتی چاپ ۱، انتشارات نسل سوم، تهران، سال ۱۳۸۰.
- ۷- سازمان اصلاحات جزایی بین‌المللی (PRI)، کتاب راهنمای سازمان ملل متحد در باب اجراءات ویژه نوجوانان، چاپ ۱، انتشارات وفاق، تهران، سال ۱۳۸۳.
- ۸- الدیاسطی، شریف، راشد، ایمن، کاموی، عامر، حلیمی، محمد قاسم، کتاب رهنما برای قضات افغانستان-شرح سلوک قضایی و اجراءات جزایی، کابل، سال ۱۳۸۷.
- ۹- صلاحی، جاوید، امام نمینی، محمود، بررسی تطبیقی نهادهای قضایی و تربیتی کودکان و نوجوانان بزهکار، نشر علامه محدث نوری، تهران، سال ۱۳۸۱.
- ۱۰- طه، فریده، اشرافی، لیلا، دادرسی عادلانه، چاپ اول، انتشارات میزان، تهران، سال ۱۳۸۶.
- ۱۱- عباچی، مریم، بررسی خلاءهای قانونی در خصوص پیشگیری از بزهکاری و بزه‌دیدگی اطفال در حقوق ایران با توجه با اسناد سازمان ملل متحد، چاپ ۱، انتشارات دفتر تحقیقات و پژوهش‌های قضایی و شورای عالی توسعه قضایی، تهران، سال ۱۳۸۲.
- ۱۲- عباچی، مریم، حقوق کیفری اطفال در اسناد سازمان ملل متحد، چاپ دوم، انتشارات مجد، تهران، سال ۱۳۸۸.
- ۱۳- کوراکیوس، ویلیام، بزهکاری نوجوانان، مسئله برای دنیای مدرن، ترجمه جعفر نجفی‌زند، چاپ ۱، انتشارات میزان، تهران، سال ۱۳۶۷.
- ۱۴- نجفی توانا، علی، نابهنجاری و بزهکاری کودکان و نوجوانان، چاپ ۱، انتشارات آموزش و سنجش، تهران، ۱۳۸۵.

### ب: مقاله‌ها

- ۱۵- آشوری، محمد، عدالت کیفری، مجموعه مقالات، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، تهران، سال ۱۳۷۶.

- ۱۶- اینوچیتی دایجست، دادرسی ویژه نوجوانان، یونیسف، شماره ۶، سال ۱۹۸۸.
- ۱۷- سید اصفهانی، سید حسام‌الدین، نقش پولیس در پیشگیری از بزهکاری کودکان و نوجوانان، تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ اول، نشر میزان، تهران، سال ۱۳۸۸.
- ۱۸- صالحی، جواد، حق سکوت متهم، «مجله تعالی حقوق»، شماره ۱۰، فروردین و اردیبهشت، تهران، سال ۱۳۹۰.
- ۱۹- عباچی، مریم، نقد و بررسی لایحه رسیدگی به جرایم اطفال، ماهنامه تعالی حقوق، شماره ۸ و ۷، سال ۱۳۸۶.
- ۲۰- فرانسوارنوسی، ژان، برخی تجارب کشورهای غربی در زمینه حقوق کیفری اطفال، ترجمه بهزاد رضوی فرد، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۴، سال ۱۳۸۲.
- ۲۱- محسنی، مرتضی، بزهکاری اطفال و تحولات حقوق جزا در این زمینه، مجله حقوقی وزارت دادگستری، شماره ۱۶، خرداد ماه، سال ۱۳۵۶.

#### ج: گزارش‌ها و سخنرانی‌ها

- ۲۲- بی‌نا، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان و یونیسف، عدالت برای اطفال وضعیت اطفال متخلف از قانون در افغانستان، کابل، سال ۱۳۸۷.
- ۲۳- زرماتن، ژان، دادرسی نوجوانان، آموزه‌های تجربی، ترجمه حمید مرعشی، مجموعه سخنرانی‌های ارائه شده در کارگاه‌های آموزشی دادرسی ویژه نوجوانان، خرداد ماه، سال ۱۳۷۸.

#### د: قوانین

- ۲۴- قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، منتشره جریده رسمی، شماره مسلسل ۸۱۸، مصوب ۱۳۸۲/۱۱/۸.
- ۲۵- قانون پولیس جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی، شماره مسلسل ۹۹۴، مصوب ۱۳۸۸/۶/۵.
- ۲۶- قانون رسیدگی به تخلفات اطفال افغانستان، جریده رسمی، شماره ۸۴۶، مصوب سال ۱۳۸۳/۳/۱.
- ۲۷- قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری ایران، مصوب سال ۱۳۷۸.
- ۲۸- قانون اصلاح، قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب ایران، مصوب سال ۱۳۸۱.
- ۲۹- قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب ایران، مصوب سال ۱۳۵۸.
- ۳۰- قانون محکمه اطفال ایران، مصوب سال ۱۳۳۸.

#### ر: اسناد

- ۳۱- آیین‌نامه اجرایی قانون مقررات اجرایی سازمان امور زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور ایران، مصوب ۱۳۸۰/۴/۲۶.
- ۳۲- حداقل مقررات استاندارد سازمان ملل متحد برای دادرسی ویژه نوجوانان (قواعد پکن) مصوب ۱۹۸۵.
- ۳۳- کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، وضعیت حقوق بشر در افغانستان، کابل، ۱۳۷۸ و ۱۳۸۶.

- ۳۴- لایحه رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان.
- ۳۵- مقررات بیجینگ منشور سازمان ملل متحد، مصوب سال ۱۹۴۶.
- ۳۶- اعلامیه جهانی حقوق کودک، مصوب سال ۱۹۵۹م.
- ۳۷- پروتکل اختیاری مربوط به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، مصوب سال ۱۹۶۶.
- ۳۸- رهنمودهای سازمان ملل متحد برای پیشگیری از بزهکاری نوجوانان (رهنمودهای ریاض)، مصوب مجمع عمومی، سال ۱۹۹۰.
- ۳۹- کنوانسیون حقوق کودک، مصوب مجمع عمومی سازمان ملل متحد، مصوب سال ۱۹۸۹.
- ۴۰- مقررات سازمان ملل برای حمایت از نوجوانان محروم از آزادی، مصوب مجمع عمومی، سال ۱۹۹۰.
- ۴۱- قواعد توکیو، مصوب سال ۱۹۹۰.
- ۴۲- لایحه قانون تشکیل محکمه اطفال و نوجوانان ایران.

ز: لاتین

- ۲۳ - United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty. Adopted by General Assembly resolution 45/113 of 14 December 1990.
- ۲۴ - Committee on the Rights of the Child. General Comment No. 10 (2007).
- ۲۵ - Committee on the Rights of the Child. General Comment No. 11 (2009).
- ۲۶ - Committee on the Rights of the Child. General Comment No. 12 (2009).

## مطالعه تطبیقی اضطرار و تأثیر آن در مسئولیت مدنی

دکتر غلام حضرت برهانی

چکیده

تحمیل خسارت و مجازات بالای شخص وقتی امکان‌پذیر است که شرایط و اوصاف خاص را داشته باشد مثلاً در تحقق مسئولیت جزای صرف رفتار مجرمانه کفایت نمی‌کند بلکه رفتار باید ناشی از حالت نفسانی متعارف، آزاد و خودآگاه صورت گرفته باشد، ولی در امور مدنی؛ در یک دیدگاه اضطرار، شخص را از مسئولیت مدنی معاف نمی‌کند و خسارت وارد بر زیان‌دیده نمی‌بایست بدون جبران باقی بماند، در دیدگاه دیگر، اضطرار را باید سبب مشروع شدن فعل زیان‌بار و رافع مسئولیت مدنی

دانست؛ که از نظر فقهی و حقوقی، استناد به قاعده اتلاف در مواردی که مضطر صرفاً سبب از بین بردن مال دیگری را فراهم کرده باشد نیز امکان پذیر است. در اتلاف، از دیدگاه فقه، تفاوتی میان مباشرت و تسبیب نیست و صرفاً صدق تلف عرفی است که ایجاد مسئولیت می کند. در حقوق موضوعه ما نیز در یک موضع گیری موافق با فقه اسلامی، به رغم اینکه اضطرار را به عنوان عامل توجیه کنند فعل زیان بار مورد پذیرش قرار داده و چنین مقرر داشته است که در وضعیت اضطراری چنانچه شخص، مرتکب جرم شود مجازات نخواهد شد. ولی با وجود این، به ضمان مضطر و لزوم جبران خسارات وارده به دیگری حکم نموده است. در اغلب نظام های حقوقی جهان با احراز شرایط و اوصاف پیش بینی شده و مقدم بر التزام شخص به تحمل عواقب آن تأکید و تائید قرار می دهد که در این میان توجه ویژه خویش را به اراده و مؤلفه های اساسی آن یعنی در سنجش، خواست درونی و تنفیذ و تحمیل ایراد اثر بر هریک از آنها در حوزه های موانع تحقق مسئولیت ضروری است. اراده از جمله ی کیفیات نفسانی است که از اجتماع مقدمات متعدد و گرایش های متنوع در نفس پدید می آید و واجد نقش محوری در مسئولیت پنداشته می شود و ممکن است تحت تأثیر عواملی، با اختلال روبرو شود. عواملی که اراده را مخدوش می کنند ممکن است در یکی از مراحل تکوین فعل ارادی واقع شود و در این صورت، سبب زوال یا اختلال می گردد. با وجود در نظام حقوقی و نیز با عنایت جایگاه مهم آن در متون فقه و حوزه های مسئولیت مورد اهتمام جدی قانون گذار قرار نگرفته است؛ حتی در گفتمان حقوقی بدون توجه و تعمق در مفهوم اراده و نیز در نظر داشتن مبانی واقعی بحث از تعبیر متمایز و متفاوتی همچون قصد و اختیار استفاده می شود که هر کدام از تعبیر یاد شده از مفهوم و مدلول مستقل برخوردار و احکام و آثار خاص بر آن مرتب می شود.

واژگان کلیدی: اراده، قصد، اختیار، رضا، اضطرار، ضرورت، اجبار و اکراه.

الحمد لله رب العلمين و العاقبة للمتقين و الصلوة والسلام على خير خلقه محمد (ص) و على آله و اصحابه و من دعا بدعوته و جاهد فى سبيله الى يوم الدين. اعوذ بالله من الشيطان الرجيم، بسم الله الرحمن الرحيم: "انما حرم عليكم الميتة و الدم و لحم الخنزير و ما اهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ و لاعاد فان الله غفور رحيم" <sup>۱</sup> و قال نبى عليه السلام: "ان الله وضع عن امتى الخطاء و النسيان و ما استكروها عليه." <sup>۲</sup>

يکى از ويژگي‌هاى مکتب اسلام آن گسترگى نصوص دينى و تطبيق آن در همه عصرها و تمامى جوامع بشرى است که از همين جهت ابدیت و کامل بودن اين دين و نسخه آخرى براى نجات و پيشرفت عالم مى‌باشد که پاسخ‌گويى موضوعات در عصرها و تمدن‌ها مختلف است، البته عصر حاضر به جهت ظهور عقايد و مکاتب مختلف بشرى و تحولات چشم‌گيرى علمى و صنعتى و نگاه نقادانه به دين و گسترش ارتباطات و تحول جهان به يک‌شکل دهکده کوچک گشته، مسئوليت عالمان دينى را دوچند کرده؛ عالمان، محققان و فقها بايد به نيکى چالش‌هاى نوين را درک کرده و شيوه‌هاى استنباط و اجتهاد را مهذب کنند، موضوعات جديد را پاسخ دهند و ميراث کهن فقهى را به زبان روز و مناسب به فهم و انتظار انسان‌ها جواب نموده تا از رهگذر اين چالش‌ها، دين و فقه را در عرصه زندگى فردى، اجتماعى و سياسى جوامع بشرى زنده و عالى نگهدارند و مسئوليت دينى و تاريخى خویش را به وجه احسن ايفاء نمايند، انجام اين وظيفه نیازمندی نگاه بيرونى و عميق به مجموعه فقه، حقوق، آشنایی با شيوه‌هاى مشابه استنباط و اجتهاد و بررسى دقيق تمامى علوم وابسته به فقه و بسپج نمودن جمعى از محققان زبده و زمان‌شناس مى‌باشد تا به خاطر استقرار عدالت،

<sup>۱</sup> - سورة نحل، آيت، ۱۱۵.

<sup>۲</sup> - قزوینى، سن ابن ماجه، ج ۱، ص ۶۵۹، شماره حديث ۲۰۴۵.

انصاف، پاسخ‌گوی با جنگ نرم دشمنان اسلام و بشریت به وجه معقول تبارز کنند و پاسخ‌گویی مسائل روز با ابزارهای نوین باشند.

بنده سعی خواهد کرد که این نگارش ناچیز خود را به شیوه تطبیقی بین حقوق، فقه اسلامی و دیگر مکاتب حقوقی آراء نماید، لکن قبل از اینکه به شرح عنوان، معانی هم‌سوی آن و مفهوم کلی‌اش آغاز نمایم باید مفهوم اراده را که زیر تأثیر اضطرار، ضرورت، اکراه و اجبار واقع و سلب می‌گردد با خود داشته باشیم.

### گفتار اول: مفاهیم تحت تأثیر اضطرار

#### الف) اراده<sup>۱</sup>

اراده در لغت به معنای قصد، طلب و برگزیدن است و در اصطلاح حقوق: "حرکت نفس به طرف کاری معین، پس از تصور و تصدیق منفعت آن" می‌باشند.<sup>۲</sup> یا به تعبیر دیگر؛ "اراده، حرکت نفس به‌سوی چیزی است با حکم در آن، مبنی بر این‌که شایسته است انجام گیرد یا انجام نگیرد و گاه در مبدأ یعنی حرکت نفس به‌سوی شیء استعمال شده و گاهی در منتها با حکم به این‌که شایسته است انجام گیرد یا انجام نگیرد.<sup>۳</sup> و یا اراده: القوة المولدة للعقد؛ و العقد هو توافق ارادتين علی وجه یتتج اثرالشرعی؛ یعنی اراده آن قوت پیدا شده از عقد است و عقد آن توافق دو اراده است به طریقه که نتیجه شرعی بر آن مرتب شود که آن التزام متعاقدين است. سخن، کلام و تعبیر ترجمان اراده‌اند.<sup>۴</sup> در مورد مفهوم اراده و چگونگی آن از دیرزمان بین حکما، فیلسوفان و حتی به‌تبع، در بین فقها و علماء علم اصول بحث و اختلاف‌نظر فراوان

۱- Volute -

<sup>۲</sup> - قره داغی، مبدأ الرضاء فی العقود، ج ۱، ص ۱۹۵ و جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوقی شماره ۱۶۸.

<sup>۳</sup> - قره داغی، مبدأ الرضاء فی العقود، ج ۱، ص ۱۹۵.

<sup>۴</sup> - زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۱، ص ۵۴۵.

بوده است و برخی از حقوق دانان نیز با توجه به مسائل روان‌شناختی اراده، به تجزیه و تحلیل آن پرداخته‌اند.<sup>۱</sup> به هر حال، اراده از مقوله کیف نفسانی است که اگر همراه با ابزار خارجی باشد در عالم حقوق منشأ اثر خواهد بود و آنچه ما را در این گفتار یاری می‌نماید این است که ببینیم اراده از دید عرفی و حقوقی چیست؟ و اجزای آن کدام است؟ بنابراین، بدون وارد شدن در بحث‌های فراوان فلسفی و کلامی و روان‌شناختی آن، تحلیل مختصری از اراده را چنین عرض می‌داریم.

### ب) تحلیل روانی اراده از دیدگاه حقوق

حقوق دانان بر این عقیده‌اند که هر شخص برای انجام یک عمل حقوقی مثلاً انعقاد یک عقد ناگزیر از چند مراحل ذیل است باید بگذرد.

#### مرحله اول: ادراک یا تصور<sup>۲</sup>

در نخستین گام، عناصر عمل حقوقی مورد نظر و نتایج آن در ذهن شخص خطوط می‌نماید؛ مثلاً در عقد اجاره، آنچه باید اجاره داده شود، کیفیت مورد اجاره، بهایی که باید برای آن پرداخت شود، تبعات و نتایج عمل و دورنمای کار در ذهن فرد خطوط می‌نماید، اگرچه مرحله تصور هنوز مقدمه اراده فرد است، ولی از دیدگاه حقوق اهمیت زیادی دارد؛ زیرا بدون تصور صحیح قبلی، هیچ عمل ارادی درستی انجام نخواهد گرفت؛ از این جهت معامله دیوانه، مست و بی‌هوش به دلیل عدم تصور صحیح از معامله باطل است.

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۲۲۸؛ سنهوری، نظریه العقد، ص ۱۴۹ و امامی، دوره حقوق مدنی ۴، ص ۱۹.

<sup>۲</sup> - Conception

## مرحله دوم: تدبیر و سنجش<sup>۱</sup>

در این مرحله تصورات گوناگونی به ذهن خطور نموده و مورد تأمل و سنجش شخص قرار می‌گیرد. هرکدام از تصورات ممکن است با دلایل و جهاتی همراه باشند که آن را در اصطلاح، داعی و محرک می‌نامد.

در مرحله تدبیر، شخص با ارزیابی کار خود و سنجش و مقایسه دواعی مختلف ممکن است درنهایت یکی را برگزیده و برای رسیدن به آن، راضی به انجام عمل حقوقی شود. در حقیقت در مرحله سنجش و تدبیر، شخص داعی برتر و هدفی را برمی‌گزیند که محرک واقعی او در انجام عمل حقوقی است که در اصطلاح حقوق "جهت" نامیده می‌شود.<sup>۲</sup>

همان‌طور که تصور عمل حقوقی در ایجاد و انشای آن اهمیت دارد، انتخاب داعی و هدف نیز موردنظر حقوق بوده؛ چراکه این انتخاب باید در محیطی آزاد صورت گیرد. البته حقوق معترف است که زندگی اجتماعی و ضرورت‌های آن، افراد را به انجام اعمال حقوقی مختلفی وادار می‌کند و تحت تأثیر آن، افراد در انتخاب دواعی و اهداف معامله آزادی مطلق ندارند که این فشارها و ضرورت‌ها تاندازه‌ای قابل تحمل است، اما اگر به‌اندازه‌ای باشد که در حقیقت اختیار شخص را ساقط نماید و عمل حقوقی یا تحمیل دیگری انجام گیرد، عمل مزبور در عالم حقوق نافذ نخواهد بود.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - Deliberation

<sup>۲</sup> - کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۲۲۲.

<sup>۳</sup> - همان.

### مرحله سوم: تصمیم<sup>۱</sup>

پس از خطوط تصورات مختلف در مورد عمل حقوقی و سنجش و ارزیابی آنها، در نهایت تحت تأثیر دواعی و جهات مختلف، ذهن یکی را تصدیق و به آن رضایت داده و تصمیم به انجام آن می‌گیرد؛ این تصمیم و جزم را که کیفیت نفسانی است، اهل نظر "اراده" نام نهاده‌اند، اما عده از علماء اراده و جزم که مبتنی بر رضا باطنی شخص باشد آن را "شوق مؤکد" خوانده‌اند.<sup>۲</sup>

اما دکتر لنگرودی در این زمینه می‌نویسد: "محققان فلسفه و کلام بر آن‌اند که بعد از تصور و تصدیق آن، یک کیف نفسانی حاصل می‌شود که آن را اراده خوانند. این کیف نفسانی قدرت انسانی را به طرف فعل یا به طرف ترک، سوق می‌دهد."<sup>۳</sup>

### مرحله چهارم: اجرای تصمیم یا طلب<sup>۴</sup>

بعد از تصمیم، شخص دست به عمل یا اعمالی می‌زند تا تصمیم خود را اجرا نماید؛ ای آنچه را که نفس اراده نموده است به مرحله فعلیت و عمل برساند. این که اراده و طلب دو مفهوم جداگانه هستند یا یک مفهوم در قالب دو لفظ‌اند، بین حکما و کذا در بین علماء اصول اختلاف نظر است که ذکر آن مناسب نیست، ولی در حقوق: چه اراده و طلب را متمایز و چه واحد بدانیم، آن اراده‌ای قابل قبول است که به مرحله فعل و عمل برسد، یعنی شخص آنگاه عزم و تصمیم جازم بگیرد و آن را در مرتبه فعلیت قرار بدهد.

<sup>۱</sup> - Volition

<sup>۲</sup> - میرزایی نائینی، فواید الاصول، ج ۱، ص ۱۳۲.

<sup>۳</sup> - جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی شماره ۲.

<sup>۴</sup> - Execution

کاتوزیان می‌نویسد: "اراده و طلب از یک جنس است، با این تفاوت که طلب نتیجه اراده و حالت نهایی آن است. تصدیق مفید بودن امری همیشه با تصمیم درباره انجام آن ملازمه ندارد، ولی اراده‌ای که برای ایجاد امر و به‌عنوان مقدمه آن در ذهن به وجود می‌آید، اگر به‌واقع سبب جزم در آن کار شود، نفس را به‌سوی اجرا می‌کشاند، شوق به حرکت می‌انجامد و تصمیم را اجرا می‌کند."<sup>۱</sup>

### ج) اجزای اراده (قصد و رضا)

در حقوق فرانسه، آنچه وجود دارد قرارداد است،<sup>۲</sup> یعنی توافق دو اراده است،<sup>۳</sup> همچنین در حقوق عرفی (کامن لا) صحبت از (Consent) است که آن‌هم به معنی توافق اراده‌ها، تصدیق و قبول اختیاری و ارادی پیشنهاد دیگری و یا رضایت و موافقت با آن قرارداد می‌باشد و در بعضی فرهنگ‌ها این‌گونه تعبیر شده است: "توافق اختیاری به‌وسیله یک شخص دارای اهلیت تمتع و استیفای کافی برای ایجاد یک انتخاب عاقلانه در انجام چیزی است که به‌وسیله طرف دیگر پیشنهاد شده است و یا عملی است عاری از تقلب، اکراه یا چیزهایی همانند اشتباه."<sup>۴</sup>

اما در کتاب‌های حقوقی فارسی و عربی این اصطلاحات را به رضا ترجمه نموده‌اند که با مفهوم رضا به آن معنا که در حقوق رایج است، تفاوت واضح دارد. بنا اگر خواسته باشیم معادل آن‌ها را در حقوق خود پیدا کنیم، پس اصطلاحاتی مثل تراضی، توافق اراده یا حداقل، اراده و مجموع قصد و رضا را برای آن در نظر گرفته شود. به‌هرحال در حقوق رومی - ژرمنی و کذا کامن‌لا، اگرچه مراحل شکل‌گیری آن توسط حقوقدانان مورد تحلیل قرار گرفته است.

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۲۲۶.

<sup>۲</sup> - Consentment

<sup>۳</sup> - عبدی پور، بررسی تطبیقی مفهوم و آثار اضطرار در حقوق مدنی ۱، ص ۱۵۰.

<sup>۴</sup> - بلک، فرهنگ حقوقی، ص ۱۶۰.

ولی آن گونه که در حقوق ایران و در بین فقهای متأخر امامیه متداول است، اراده را به اجزا تجزیه نکرده‌اند. چنانچه دکتر عبدی می‌گوید: "ولی فقهای سده اخیر امامیه به دلیل مسائل خاصی که در بحث اکراه مطرح شده است جهت ارائه راه‌حل، اراده را به دو جزء قصد و رضا تفکیک کرده‌اند. این تجزیه و تفکیک اگرچه خالی از دلیل و به‌دوراز فایده نیست، ولی با توجه به تحلیلی که از (اراده) ارائه شد، باید گفت تفکیک کامل قصد و رضا از هم عملی نیست. ازاین‌جهت، تفکیک کامل، موردانتقاد بعضی از حقوق‌دانان و حتی فقهای معاصر واقع شده است."<sup>۱</sup> اما اهل السنه و الجماعه اراده را دو قسم می‌داند چنانچه دکتر وهبه الزحیلی می‌نویسد:

اراده باطنی: آن قصد و نیت است؛ و اراده ظاهری: آن لفظ و صیغه است که از اراده باطنی تعبیری نماید و یا قایم مقام آن باشد البته اراده ظاهری تنها مفید چیز نیست تا وقتی که همراهی وی اراده باطنی نباشد و اراده باطنی به ارضاء و اختیار تحقق پیدا می‌کند.<sup>۲</sup>

جمهور فقها اهل السنه در تعریف رضا می‌گوید: "قصد فعل درحالی که اکراه همراه آن نباشد." قره داغی دراین‌باره تعبیر عجیب می‌کند: "ان التعریف المختار فی نظرنا للرضاء هو: القصد المتجه نحو ترتیب بالاثّر فاذا لم توجد القصد فلا وجود للرضاء، كما انه لا بد ان يكون هذا القصد متجها نحو ترتیب الآثار لیخرج به عقود المکره و نحوه" تعریف مختار و انتخاب شده برای رضا از دیدگاه ما این است: رضا قصد که به‌منظور ترتیب اثر صورت گرفته باشد، اگر قصد وجود نداشته باشد، در این صورت رضایت هم وجود ندارد، ترتیب اثر در قصد ازاین‌جهت ضروری است تا عقود مکره و مانند آن از وی خارج گردد. فقهای حنفی آن را به امتلاء اختیار تعریف نموده‌اند؛ یعنی نهایت

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۵۷۳-۵۷۴؛ شایگان، حقوق مدنی ایران، ص ۸۹؛ جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوقی شماره ۲۶۸۳ و یزدی، سید محمدکاظم، حاشیه مکاسب، ص ۱۲۰.

<sup>۲</sup> - زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، ص ۵۴۶ و قره داغی، مبدأ الرضاء فی العقود، ج ۱، ص ۱۹۴، ۲۳۶ و ۲۳۹.

اختیار، به گونه‌ای که اثر آن در ظاهر شخص نمایان شود؛ همانند بشاش بودن چهره. بعضی دیگر از فقهای حنفی، رضا را به ترجیح و برگزیدن شیء تعریف نموده‌اند. هم ایشان در اثر خود آورده‌اند که رضا در حقوق موضوعه به معنای اراده سالم است.<sup>۱</sup> دکتر لنگرودی در بین قصد و رضا دو نظریه مختلف دارند.<sup>۲</sup> اما برخی دیگر از حقوق‌دانان در این مورد می‌نویسند: "در تحلیل اراده به قصد و رضا دیدیم که شوق به انجام معامله است که باعث حرکت ذهن به سوی تصمیم نهایی و قصد انشاء می‌شود و درواقع آنچه را قصد می‌نامیم، مرحله نهایی و تکامل یافته شوقی است که در نتیجه تصدیق مفید بودن معامله، عقل بدان حکم می‌کند. با رجوع به وجدان خویش نیز درمی‌یابیم که تصمیم گرفتن درباره هر امری با رضای به آن ملازمه دارد."<sup>۳</sup>

به نظر حقوق‌دان برجسته مصری دکتر سنهوری: این رضا است که اراده را به سوی امر معینی به حرکت واداشته و موجب تعلق اراده به آن می‌گردد. پس در فرض وجود اراده، رضا هم فرض می‌شود.<sup>۴</sup> در این مورد بعضی از علمای امامیه نیز، تحقق قصد به وقوع مضمون عقد را در صورت عدم تحقق رضا ناممکن می‌دانند.<sup>۵</sup>

#### د) اختیار

اگرچه حقوق‌دانان ما از ایشان بحث مفصلی و مجزا آراء نکرده اما فقه که یکی از منابع اساسی حقوق اسلامی را تشکیل می‌دهد بحث نموده‌اند، پس اختیار در لغت به

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۵۷۸.

<sup>۲</sup> - جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوقی شماره ۲۶۸۳ و جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی شماره ۲۷ و ۵۲۸.

<sup>۳</sup> - کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۵۷۳.

<sup>۴</sup> - سنهوری، نظریه العقد، ص ۱۴۸.

<sup>۵</sup> - طباطبایی حکیم، نهج الفقاهه، ج ۱، ص ۱۸۸.

معنای "برگزیدن، ترجیح و تقدیم چیزی بر دیگری"<sup>۱</sup> است و به تعبیر دیگر؛ "الاختیار کون الفاعل بحیث انشاء فعل وان لم یشاء لم یفعل" اختیار عبارت است از؛ بودن فاعل که اگر بخواهد فعلی را انجام می‌دهد و اگر نخواهد انجام نمی‌دهد یعنی در کاری یا امری آزادی و تسلط داشتن است.<sup>۲</sup> بنا مختار، کسی است که آزادانه بتواند این انتخاب را انجام دهد.

و اما در اصطلاح حقوق‌دانان اسلامی که یکی از شرط‌های متعاقدين است که نقش مهمی در انعقاد یا صحت قراردادها و ایقاعات دارد.

جمهور فقهای اهل السنّه اختیار را "قصد به انجام دادن کار و ترجیح آن بر شیء دیگر به محض اراده انجام آن کار می‌دانند." به عبارت دیگر اختیار و رضا را به یک معنا دانسته که اکراه را منافی اختیار می‌دانند؛ اما فقها احناف می‌گویند: "رضا و اختیار دو چیزی باهم متغایرنند، زیرا اختیار عبارت از قصد نطق به عبارت است که منشأ برای عقدند خواه در آن رضا باشد و یا خیر، اما رضا عبارت از رغبت است که در اثر عقد وقت تلفظ که دلالت به انشاء آن می‌نماید. پس وقتی که رضا باشد اختیار هم است اما از وجود اختیار لازم نیست که رضا هم وجود داشته باشد؛ اما غیر از احناف اختیار و رضا را به یک معنی می‌دانند."<sup>۳</sup>

و دکتر عبدی به حواله قره داغی می‌گوید: "اختیار را به صحیح و فاسد تقسیم نموده و اکراه را منافی اختیار ندانسته، بلکه آن را فقط منافی رضا می‌دانند. از نظر ایشان اختیار صحیح، آن است که فاعل در قصد خود بدون این که تحت تأثیر دیگری قرار بگیرد مستقل است؛ و اختیار فاسد، آن است که تحت تأثیر دیگری؛ مثلاً، مورد تهدید و اکراه

<sup>۱</sup> - دهخدا، لغت‌نامه دهخدا، ماده الف ص ۱۵۰۲؛ ابن منظور، لسان العرب، ج ۴، ص ۲۵۹ و طریحی، مجمع البحرین،

ج ۱، ص ۷۱۸.

<sup>۲</sup> - دهخدا، لغت‌نامه دهخدا، ماده الف، ص ۱۵۰۲ و عمید، فرهنگ عمید، ص ۹۶.

<sup>۳</sup> - برهانی، "تحلیل فقهی و حقوقی اراده و تأثیر اضطراب بر آن" ص ۴ و ۵.

واقع شود؛ و این تهدید اگر به کشتن یا نقص عضو باشد و به گمان مکره وقوع آن از اکراه کننده جدی باشد، اختیار را فاسد کرده، اما آن را معدوم نمی‌کند؛ زیرا قصد باقی است و مکره آنچه را که آسان‌تر است، برگزیده است. اگر اکراه به این درجه نباشد بلکه به درجه‌ای باشد که مکره می‌تواند تحمل کند (مانند ضرب خفیف یا حبس) اختیار را فاسد نمی‌کند. پس باید گفت از نظر فقهای حنفی اصل قصد و اختیار به واسطه اکراه از بین نمی‌رود بلکه اکراه رضا را از بین می‌برد و گاه اختیار را فاسد می‌کند.<sup>۱</sup>

فقهای امامیه که اختیار را جزء شرایط متعاقدين ذکر می‌کنند، درعین حال وی را به معنای؛ "قصد به وقوع مضمون عقد با طیب نفس؛ و در مقابل کراهت و عدم طیب نفس می‌دانند، نه اختیار در مقابل جبر."<sup>۲</sup>

تعریف مزبور، نظر مشهور فقهای امامیه است و در مقابل، بعضی از فقها، اختیار را شرطی مستقل و غیر از رضا و طیب نفس دانسته و اختیار را به وقوع معامله بدون اکراه تعبیر نموده‌اند.<sup>۳</sup> تفصیل را در مباحث اکراه و اجبار مشاهده می‌توانید.

گفتار دوم: مفهوم اضطرار و الفاظ مشابه آن

### الف) مفهوم اضطرار

معنای لغوی: اضطرار در لغت عرب، مصدر باب افتعال از ریشه (ضَرَّ، يَضُرُّ، ضَرّاً) به معنی محتاج بودن، درمانده، ناچار بودن، مجبور شدن، نیازمندی، ناچاری، بیچارگی، درماندگی، احتیاج و اجبار آمده است.<sup>۴</sup> و امام راغب اصفهانی و صاحب الفرائد

<sup>۱</sup> - قره داغی، مبدأ الرضاء فی العقود، ج ۱، ص ۱۹۸؛ زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، ص ۴۴۵ و سرخسی، المبسوط، ص ۲۰، ج ۵۹، ۲۴، ۳۸.

<sup>۲</sup> - انصاری، مکاسب، ص ۱۱۸ و خویی، مصباح الفقاهة فی المعاملات، ج ۳، ص ۲۸۱.

<sup>۳</sup> - طباطبایی حکیم، نهج الفقاهة، ج ۱، ص ۱۸۸ و یزدی، حاشیه مکاسب.

<sup>۴</sup> - ابن منظور، لسان العرب، ج ۸، ص ۴۵؛ مقرئ فیومی، المصباح المنیر، ج ۲، ص ۷؛ عمید، فرهنگ عمید، ص ۱۲۳ و قرشی، قاموس قرآن، ج ۴، ص ۱۷۷.

می‌گوید: "الاضطرار حمل الانسان علی مایضره و هو فی التعارف حملة علی ما یکرهه و ذالک علی ضربین"<sup>۱</sup> یعنی مجبور شدن انسان بر موردی که به ضررش می‌باشد و در عرف به معنای وادار شدن انسان بر عملی که علی‌رغم میل باطنی انجام می‌دهد و این معنا دو صورت دارد:

- ✓ ضرری که به امری خارجی باشد مثل کسی که تهدید می‌شود بر انجام عملی؛
- ✓ ضرری که به سبب امری داخلی باشد مثل کسی که از فشار مستی، مرتکب عملی شود.

خلاصه اینکه اضطرار به معنای بی‌چارگی، درماندگی، ناچار شدن، لاعلاجی، نیاز به چیزی، بی‌اختیاری (اجبار) و نهایتاً مجبور کردن و حاجتمند کردن کسی است. اضطرار چنین حالت است که ضرورت و ناچاری، انسان را به امری یا کاری کشاند که گریزی از آن نیست. چنانچه گفتیم اضطرار از ماده ضَرَّ یضُرُّ ضَرّاً گرفته شده که معانی متفاوت دارد که مشهورترین آن ضرر در مقابل نفع، تنگی، سختی و بدحالی است؛ و از لحاظ اشتقاق و ریشه‌شناسی مصدر باب افتعال به مناسبت حرف ضاد و بر اساس قواعد زبان عربی تا افتعال تبدیل به طاء شده است، به‌هرحال اضطرار مصدر باب افتعال و ضرورت، اسم مصدر آن است که در منبع لغت به معنای حاجت، سوء حال و شدت حال تعبیر شده است.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - مناوی، التوقیف علی مهمات التعاریف، ج ۱، ص ۷۱.

<sup>۲</sup> - فیروزآبادی، القاموس المحيط، ج ۲، ص ۷۵؛ ابن منظور، لسان العرب، ج ۸، ص ۴۵؛ جوهری، تاج اللغة و صحاح العربیة، ج ۲، ص ۷۲۰؛ لويس، المنجد، ص ۴۴۷؛ طریحی، مجمع البحرین، ج ۳، ۳۷۳؛ زبیدی، تاج العروس، ج ۷، ص ۱۲۳ و دهخدا، لغت‌نامه دهخدا، حرف ضاد، ص ۱۴۲.

درباره مفهوم اضطرار، صاحب‌نظران اختلاف دیدگاه دارند؛ اغلب استادان فرانسوی در نوشته‌های خود، اضطرار را یکی از حالات مختلف اکراه دانسته و تحت عنوان اکراه ناشی از مقتضیات خارجی<sup>۱</sup> و یا اکراه ناشی از حوادث<sup>۲</sup> مورد بررسی قرار داده‌اند.<sup>۳</sup> دکتر کاتوزیان نیز به این سخن تمایل دارد، چنانچه می‌گوید: "چه تفاوت می‌کند که تحمیل بر اراده، نتیجه تهدید انسانی دیگر باشد یا اوضاع و احوال آن را به وجود آورد."<sup>۴</sup>

### ب) اکراه و اضطرار

دکتر وهبه زحیلی به نقل از کتاب‌های احناف می‌گوید:

اکراه: در لغت به‌زور وادار کردن کسی به کار که به آن راضی نیست؛ و در اصلاح فقها: هو حمل الغير علی ان یفعل مالا یرضاه و لایختار مباشرته، لوترک بنفسه. مجبور کردن دیگر به کاری است که شخص بر آن راضی نباشد و مباشرت آن را مختار نمی‌کند وقتی خودش آن را ترک نمایند.

و مقصود از اختیار: ترجیح دادن فعل شی به ترک آن و یا عکس آن است؛ و اختیار خاص از اراده است.

والرضاء؛ هو الارتیاح الی فعل الشی والرغبه به. رضا عبارت از؛ رضایت و میل به انجام دادن فعل و عمل است. در این صورت رضاء اخص از اختیار است.

اکراه به دو قسم است: ملجی (کامل، تام) و غیرملجی (ناقص).

اکراه تام: آن است که برای انسان دیگر قدرت و اختیار را باقی نمی‌گذارد و وی را به قتل و اتلاف بعضی اعضاء تهدید نماید و یا ضرب شدید که خوف قتل و یا اتلاف

<sup>۱</sup> – Violence resultant des Circumstances Exterieurese

<sup>۲</sup> – Violence Resultant des Evenements

<sup>۳</sup> – غفوریان، حقوق اسلام، ص ۱۲۹.

<sup>۴</sup> – کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۵۱۷.

عضو و یا تلف تمامی مال می‌گردد. حکم این نوع اکراه: رضا را معدوم و اختیار را فاسد می‌نماید.

اکراه ناقص: آن تهدید است که به نفس و عضو ضرری را نمی‌رساند، مثل تهدید انسان به حبس و یا اتلاف بعضی اموال. حکم این نوع اکراه: رضا را معدوم می‌کند ولی اختیار را فاسد نمی‌کند.

برخی علماء نوع سوم اکراه را (اکراه ادبی) نیز ذکر کرده و آن اکراه است که رضا را تماماً منتفی می‌نماید و اختیار را نفی نمی‌کند به مثل تهدید به حبس یکی از اصول و یا فروع شخص، این شرعاً و استحساناً اکراه است نه قیاساً و دیدگاه مالکیه نیز همین است، البته اکراه در مجموع اهلیت را زایل نمی‌کند بلکه رضا را از بین می‌برد؛ و گاهی وقت اختیار را (دراکراه تام) به نزد احناف نیز از بین می‌برد، اما به غیر از احناف رضا و اختیار هردو را از بین می‌برد.<sup>۱</sup>

خلاصه اینکه تعابیر متفاوتی که از اختیار ارائه شد، رضا در نزد حنفیه اخص از اختیار است. به نظر اینان گاهی اختیار بدون رضا تحقق پیدا می‌کند و در بعضی از حالات، اکراه رضا را از بین می‌برد، ولی اختیار را از بین نمی‌برد، ولی جمهور فقهای اهل السنه بین رضا و اختیار تمایز قائل نشده‌اند و اکراه در نظر آنان همان‌طوری که منافی رضا است، منافی اختیار هم است.

اما قانون مدنی افغانستان که اکثراً به اساس فقه حنفی استوار است، در چندین مواد خویش (جزء دوم؛ عیوب رضا در عقد) قرار ذیل مینگارد:

<sup>۱</sup> - کاسانی، البدایع و الصنائع، ج ۷، ص ۱۷۵؛ زیلعی حنفی، تبیین الحقائق، ج ۵، ۱۸۱؛ علی حیدر، درالحکام، ج ۲، ص ۲۶۹؛ ابن عابدین، الدر المختار، ج ۵، ص ۸۸؛ زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، ص ۵۶۸ و ۵۶۹ و مواد ۵۵۱-۵۵۹ قانون مدنی افغانستان.

اول- اکراه، ماده ۵۵۱: اکراه عبارت است از مجبور گردانیدن شخص، بدون حق، به اجرای عملی که به آن رضایت ندارد خواه اکراه مادی یا معنوی باشد؛ و در ماده ۵۵۲ اکراه را به دو نوع تام و ناقص؛ تقسیم می‌کند.

که در ماده ۵۵۳ اکراه تام را تهدید به خطر فاحش جسمی یا مالی و ناقص را تهدید به خطر غیر فاحش می‌داند.

و در مواد ۵۵۴-۵۵۹ تصریح می‌کند: اکراه تام رضا را از بین برده اختیار را فاسد می‌گرداند. اکراه ناقص رضا را از بین برده اختیار را فاسد نمی‌گرداند. تهدید به رسانیدن ضرر به والدین، همسر یا محارم شخص و یا تهدید به خطری که منافعی حیثیت باشد، اکراه پنداشته شده، محکمه می‌تواند با در نظر داشت حالات و کوائف تهدید را ارزیابی نماید. ماده اکراه نظر به اشخاص، سن، حالت اجتماعی، اوصاف و اندازه تأثیر آن، من حیث شدت و خفت نوع تهدید، فرق می‌کند. اکراهی که رضا را از بین می‌برد، وقتی اعتبار دارد که شخص تهدیدکننده، به اجرای عمل تهدید قادر بوده و شخص تهدید شده وقوع اکراه را در صورت عدم اجرای موضوع تهدید به گمان غالب حتمی پندارد. هرگاه وقوع یکی از انواع اکراه در ابرام عقد ثابت گردد عقد صحیح نمی‌باشد. هرگاه اکراه در مورد عقدی از عقود قابل فسخ صورت گرفته باشد، تهدید شده می‌تواند، بعد از رفع آن، عقد را فسخ نماید. این حق با مرگ تهدیدکننده یا طرفین عقد از بین نرفته، ورثه متوفی قایم مقام او شناخته می‌شود.<sup>۱</sup>

گفته شده که اکثر فقهای امامیه اختیار را به معنای؛ "قصد به وقوع مضمون عقد با طیب نفس" گرفته‌اند. این تعبیر از اختیار با رضا تطابق دارد. نظریه‌های دیگری نیز وجود دارد که از اختیار تعبیرهای دیگر می‌نمایند. برخی از فقها، اختیار را به مفهوم عدم اکراه و متفاوت از رضا و طیب نفس به حساب آورده و علی‌رغم این‌که در عقد

<sup>۱</sup> - یزدی، حاشیه مکاسب، ص ۱۲۰.

اکراهی اختیار را منتفی می‌دانند، رضای ثانوی را موجود می‌دانند.<sup>۱</sup> و به نظر برخی دیگر اختیار در هر عمل ارادی مفروض است و در معامله اکراهی و اضطراری نیز اختیار وجود دارد و آنچه به‌طور مستقل شرط است، اختیار یا طیب نفس نیست بلکه عدم وجود مکرهی است که متعاقدين را اکراه کند.<sup>۲</sup>

به‌هرحال، همان‌طوری که بیان شد در حقوق مدنی، مفهوم اختیار و منظور از این‌که طرف معامله یا ایقاع‌کننده باید مختار باشد این است که، رضای وی در ظرف تهدید و ترس ایجاد نشده و به تعبیر برخی از نویسندگان حقوقی، رضا معتدل باشد؛ به عبارت دیگر، اراده شخص نایستی تحت تأثیر فشار و تهدید دیگری باشد و باید اراده‌ای آزاد و از روی اختیار باشد. در یک دیدگاه مخالف، در فقه اسلامی و حقوق ما، اضطرار و اکراه به لحاظ ماهیت و آثار حقوقی متفاوت‌اند بنابراین ارائه ملاکی دقیق که این دو را از یکدیگر متمایز سازد، ضروری است.

در حقوق موضوعه ایران و افغانستان قانون‌گذار تعریف صریح و شفافی از اضطرار به دست نداده است و فقط به تبیین احکام و آثار برخی از اعمال اضطراری بسنده شده است مانند ماده ۲۰۶ قانون مدنی ایران که مقرر می‌دارد: "اگر کسی در نتیجه اضطرار، اقدام به معامله کند، مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود." و همچنان در ماده ۵ قانون مدنی افغانستان می‌نگارد: "حالت اضطرار موجب ابطال حق غیر نمی‌گردد؛" و باز در ماده ۹۴ و ۹۵ و بند یک قانون جزاء و کود جزا می‌گوید: (دوم - فقدان اراده)

۱- اکراه: شخصی که تحت تأثیر قوه مادی یا معنوی‌ای که دفع آن‌طور دیگری ممکن نباشد مجبور به ارتکاب جرم گردد، مسئول شناخته نمی‌شود؛ و در بند ۲ و ۳ کود

<sup>۱</sup> - موسوی خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۵۵.

<sup>۲</sup> - امامی، دوره حقوق مدنی ۱، ص ۱۹۴؛ شهیدی، حقوق مدنی ۳، ص ۱۹۳؛ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ص ۱۷۸ و آرامش، اضطرار و مسئولیت مدنی، ص ۱۶.

جزا اضافه می‌کند: "شخص زمانی مکره دانسته می‌شود که با خطر قریب‌الوقوع از دست دادن جان، اعضای بدن و یا آزادی مواجه گردد و خطر مذکور به شکل دیگری دفع شده نتواند و مرتکب جرم شود تا خطر را از خود، اقارب یا شخص دیگر دور سازد. ارتکاب قتل در حالت مندرج فقره یک این ماده موجب رفع مسئولیت جزایی نمی‌گردد."

۲ - اضطرار: "شخصی که به‌منظور نجات نفس یا مال خود و یا نفس یا مال غیر به خطر بزرگ و آنی مواجه گردد به‌نحوی که بدون ارتکاب عمل جرمی قادر به دفع آن نباشد مسئول شناخته نمی‌شود. مشروط بر اینکه شخص عمداً سبب ایجاد خطر مذکور نگردیده و ضرر مورد اجتناب شدیدتر از ضرری باشد که از جرم نشأت می‌کند." ولی ماده ۱۱۵ کود جزا در مورد تعریف اضطرار تعبیر نسبتاً خوب‌تری را چنین آراء می‌نماید: "اضطرار حالتی است که شخص در معرض خطری قرار گیرد که خوف مرگ، جراحت شدید یا اتلاف مال وی یا شخص دیگر از آن متصور باشد و برای دفع آن مرتکب جرم گردد. مشروط بر این‌که خطر به طریق دیگری دفع شده نتواند؛ که در مورد مسئولیت جزای آن در ماده ۱۱۶ تصریح می‌کند: "شخصی که به‌منظور نجات نفس یا مال خود و یا شخص دیگر به خطر بزرگ و آنی مواجه گردد به‌نحوی که بدون ارتکاب جرم قادر به دفع آن نباشد، مسئول شناخته نمی‌شود، مشروط بر این‌که موصوف قصداً سبب ایجاد خطر متذکره نگردیده و ضرر مورد اجتناب شدیدتر از ضرری باشد که جرم نشاءت می‌نماید." که در این قوانین بیشتر توجه نسبت به امور مدنی به جزای شده است درحالی‌که باید مشخص و یا لااقل عام و تعریف دقیق به بجای بیان مصادیق از اکراه، ضرورت و اضطرار صورت می‌گرفت که مقنن به آن توجه نکرده.

حقوقدانان نیز در این باره وحدت نظر نداشته<sup>۱</sup> چنانچه می‌نگارد: "اضطرار، حالتی است که معامله‌کننده در اثر وضعیت

اقتصادی یا اجتماعی خود ناچار به انجام معامله می‌شود."<sup>۲</sup> و یا "اضطرار وقتی است که داعیه عقد، خصوصاً برای واقع

ساختن آن ایجاد نشده، بلکه در نتیجه حادثه اتفاقی موجود می‌شود."<sup>۳</sup> و یا می‌گوید: "در اضطرار، فشاری که به معامل وارد می‌شود، نتیجه اوضاع و احوال است که هدفی در اخبار شخص به معامله معین، ندارد. در این فرض، انسانی او را تهدید به انعقاد قرارداد نمی‌کند، بلکه خود تصمیم می‌گیرد که برای رهایی از ضرورت‌ها و فشارهای اقتصادی یا اخلاقی، پیمانی ببندد."<sup>۴</sup>

که تعاریف فوق اکثراً در جزا، عقود و معاملات بوده و اما در حوزه مسئولیت مدنی: "حالت اضطرار، هنگامی صدق می‌کند که در آن کسی عملاً ولی برای اجتناب از ایراد زیانی بزرگ‌تر، به دیگری خسارت وارد می‌کند."<sup>۵</sup> و یا "اضطرار حالتی است که در آن شرایط و اوضاع و احوال خارجی به نحوی است که مضطر بدون اینکه توسط کسی مورد تهدید یا فشار قرار گیرد، با قصد قبلی ولی بدون رضایت واقعی و علی‌رغم میل باطنی خود، تحت تأثیر شرایط و مقتضیات موجود، به قبول تعهد یا انجام عملی مبادرت نماید."<sup>۶</sup> و یا می‌گوید: "حالت اضطرار، حالتی است که در آن، شرایط و

<sup>۱</sup> - امامی، دوره حقوق مدنی ۱، ص ۱۹۴.

<sup>۲</sup> - عدل، حقوق مدنی، ص ۱۲۲.

<sup>۳</sup> - کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ص ۴۹۸ و ۴۹۹.

<sup>۴</sup> - صفایی، تعهدات و قراردادها، ص ۵۵۸.

<sup>۵</sup> - "نقش اضطرار در مسئولیت مدنی"، ص ۱۲۳ و ۱۲۴.

<sup>۶</sup> - همان، ص ۱۴۳.

اوضاع و احوال خارجی گونه است که مضطر علی‌رغم میل باطنی خود خساراتی را به وجود می‌آورد تا شاید از وقوع خسارت مهم‌تری به خود یا دیگری جلوگیری نماید.<sup>۱</sup> در برخی تعریف‌های ارائه‌شده از اضطراب، بر این امر تأکید شده است که در موارد اضطراب، تهدید از خارج به وسیله شخص وجود نداشته و این اوضاع و احوال است که شخص را وادار می‌کند به‌رغم میل باطنی خود، عملی را انجام دهد.<sup>۲</sup>

در میان فقها نیز برخی به نکته فوق اشاره کرده‌اند. به‌عنوان مثال، انصاری در بیان تفاوت میان اکراه و اضطراب چنین می‌نویسد: "تفاوت بین اکراه و اضطراب در حدیث رفع، این است که اضطراب از عمل کسی ناشی نمی‌شود؛ بلکه معلول عواملی از قبیل گرسنگی، تشنگی، بیماری و... است."<sup>۳</sup>

ولی به نظر می‌رسد که صرف وقوع تهدید از خارج به وسیله شخص یا اشخاص را نمی‌توان در تحقق اکراه کافی دانست؛ بلکه علاوه بر آن، باید مستقیم یا غیرمستقیم بودن تهدید نسبت به انجام عمل را نیز ملاحظه کرد.

بنابراین در تعریف اکراه و اضطراب می‌توان گفت: "اکراه فشار و تهدیدی است که شخص آن را به‌منظور وادار کردن دیگری به انجام عملی به او وارد می‌سازد و اضطراب فشار و تهدیدی است که دارای چنین وضعیتی نباشد."

بنا بر تعریف بالا، اضطراب ممکن است از وضعیت اقتصادی، اجتماعی، جسمی، عواطف و احساسات شخص مضطر و یا حوادث طبیعی و غیرمترقبه ناشی شود. همان‌طور که این امکان وجود دارد که وضعیت اضطراری در نتیجه فشار و تهدیدی به وجود آید که به وسیله شخص به دیگری وارد می‌گردد؛ ولی این تهدید به‌طور مستقیم

<sup>۱</sup> - امامی، دوره حقوق مدنی ۱، ص ۱۹۴ و جعفر لنگرودی، ترمینولوژی حقوقی، ج ۱، ص ۸۱.

<sup>۲</sup> - شهیدی، حقوق مدنی ۳، ص ۱۱۹۳ و ۲۴۴.

<sup>۳</sup> - انصاری، المکاسب، ج ۸، ص ۸۱.

بر انجام عمل اضطراری نیست؛ ولی او برای احتراز از اثر تهدید، ناچار از انجام آن عمل می‌شود.<sup>۱</sup>

در میان فقها امامیه، یزدی به این نکته تصریح نموده و در این باره می‌نویسد: "از اقسام اضطرار، موردی است که شخص، دیگری را وادار به پرداخت مبلغی پول می‌کند و برای شخص مزبور، راهی جز فروش زمین یا خانه‌اش وجود نداشته باشد؛ در چنین صورتی، وادار نمودن دیگری به خاطر پرداخت مبلغ مزبور است نه فروش خانه (یا زمین) و به حکم ضرورت (اضطرار) است که معامله بیع واقع می‌شود."<sup>۲</sup>

سید مرتضی می‌گوید: "اضطرار حالتی است که وقتی مضطر در آن قرار می‌گیرد مجاز به انجام عمل اضطراری بوده و عمل او از وظیفه اولیه‌اش کفایت می‌کند."<sup>۳</sup> خمینی می‌گوید: "عاملی است که اگر آن عامل وجود داشته باشد مرتکب در صورت ارتکاب فعل ممنوعه از نظر شرعی و قانونی مبری از مسئولیت تکلیفی و وضعی خواهد بود."<sup>۴</sup> آقای عراقی در توضیح حدیث رفع، بحث از اضطرار نموده که اضطرار را از عوامل رافع مسئولیت شمرده است. البته از عباراتش فهمیده می‌شود که عامل آن فقط رافع مسئولیت کیفری خواهد بود نه مدنی.<sup>۵</sup>

اما فقها اهل السنه و الجماعة معنای اضطرار را چنانچه الحموی می‌گوید: "ان الضرورة هي بلوغ الانسان حدا ان لم يتناول الممنوع يهلك."<sup>۶</sup> ضرورت عبارت است از؛ رسیدن انسان به حدی که اگر کاری ممنوع را انجام ندهد هلاک می‌گردد.

<sup>۱</sup> - طباطبایی حکیم، نهج الفقاهه، ج ۲، ص ۴۲.

<sup>۲</sup> - زجاجی مجرد، عوامل اضطرار در فقه و حقوق، ص ۲۶.

<sup>۳</sup> - انصاری، رسایل الشریف المرتضی، ج ۱، ص ۲۵ و ۲۴۶.

<sup>۴</sup> - خمینی، کتاب الطهارة، ج ۱، ص ۱۶۰؛ ج ۲، ص ۱۵-۲ و ج ۳، ص ۱۳۰-۵۹۶.

<sup>۵</sup> - عراقی، نهایة الافکار، ج ۲، ص ۲۲۱، ۳۵۳، ۳۵۰ و ج ۲، ص ۲۲۱، ۳۵۳، ۳۵۰؛ زجاجی مجرد، عامل اضطرار در فقه و حقوق، ص ۲۵.

<sup>۶</sup> - ابن نجیم، حاشیه الحموی علی الاشباه و النظائر، ص ۱۰۸.

از امام مالک (رح) نقل شده: که اضطرار خوف هلاک است نه خوف ضرر چنانچه برخی گفته‌اند لکن درواقع هردو لفظ به یک معنا اند که همان هلاک و درنهایت ضرر است از وی کدام تعریفی خاص نقل نشده لکن در کتاب المدونة الکبری موارد از وی نقل شده که از آن فهمیده می‌شود که اضطرار حالتی است که به شخص مضطر عارض گشته و در این حالت مرتکب عمل ممنوعه "شرعی و قانونی" می‌شود. لذا حتماً مسئولیت کیفری از وی برداشته شده و درباره‌ی از موارد مسئولیت مدنی را دارا است ولی در مذهب امام مالک در مورد مسئولیت مدنی سه نظریه ذیل را بیان کرده‌اند:

- ✓ شخص مضطر مطلقاً ضامن ورود خسارت به دیگری است؛
- ✓ شخص مضطر مطلقاً ضامن ورود خسارت به دیگری نیست؛
- ✓ به تفصیل شده و گفته چنانچه وجه مال تصرف در حال اضطرار باقی باشد، ضامن است و الا خیر.

به‌هرحال از مجموع اقوال معلوم می‌گردد که اضطرار یکی از عوامل رافع مسئولیت جزای بوده که مسئولیت مدنی را به خود دارد.<sup>۱</sup>

مذهب امام شافعی (رح): خود امام شافعی در کتاب (الام) اضطرار را مستقیماً تعریف نکرده ولی شخصی که این حالت برای او عارض می‌گردد آن را تعریف نموده و بعداً مبادرت به ذکر مصادیق حالت اضطرار کرده که: اضطرار حالت است که بر شخص مستولی شده و مرتکب عمل حرامی می‌شود که مسئولیت جزای نخواهد داشت که از مفهوم مخالف ایشان (چنانچه شوافع مفهوم مخالف را معتبر می‌دانند) فهمیده می‌شود که مسئولیت مدنی دارد، زیرا وی می‌گوید: اگر در حق الناس باشد، بنا بر قولی مضطر مسئول جبران خسارت خواهد بود.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - مالک بن انس، المدونة الکبری، ج ۱، ص ۶، ۲۸ و ج ۵، ص ۳۶۹ و زجاجی مجرد، عوامل اضطرار در فقه و حقوق، ص ۲۶.

<sup>۲</sup> - شافعی، کتاب الام، ج ۲، ص ۲۷۰.

مذهب حنبلی: امام احمد (رح) نیز به حالت اضطرار توجه نموده و آن را یکی از عوامل مسئولیت جزای می‌داند وی خوردن گوشت انسان مهدورالدم خوا زنده باشد و یا مرده را در صورتی جایز می‌داند که حالت اضطرار صدق نماید و ارتکاب این عمل حرام برای مضطر ضروری باشد.

مع‌هذا: با توجه با شرایط آن، موردنظر ای فقیه حنبلی مذهب بوده و دیگر فقها آن مذهب از احمد بن حنبل در این رابطه وی نموده‌اند و بالاتفاق عامل اضطرار را از رافع مسئولیت برشموده‌اند و مرتکب آن را معاف از مجازات می‌دانند. ابن قدامه در یک جایی دیگر می‌گوید: ضرورتی که موجب اباحه شود آن است که در صورت خودداری از خوردن، ترس تلف در میان باشد.<sup>۱</sup>

مذهب حنفی: امام ابوحنیفه (رح) اضطرار را یکی از عوامل رافع مسئولیت می‌شناسند؛ مثلاً امام ابوحنیفه درگیری مضطر را با شخصی که از دادن مال امتناع می‌کند تنها با دست مجاز می‌داند نه با اسلحه.<sup>۲</sup>

ج: ضرورت و اضطرار

گاهی وقت اندکی فرق بین این دو اصطلاح می‌باشد ولی در حالت محاوره تسامحا به این تفاوت هیچ التفاتی نمی‌کند، گاهی قضیه برعکس می‌باشد که اندکی تفاوت در حکم یا موضوع موجب تغیر آن می‌شود که علماء حقوق و فقها در این (ضرورت و اضطرار) باره دو نظریه متفاوت از هم داده‌اند:

هیچ تفاوت بین این دو کلمه وجود ندارد به‌مثل کلمه انسان و بشر (انسان و ناطق) هستند.

<sup>۱</sup> - ابن قدامه، المغنی، ج ۱۱، ص ۱ و ج ۸، ص ۵۹۵؛ زجاجی مجرد، عوامل اضطرار، ص ۲۸؛ صابری، نظریه ضرورت، ص ۹۵.

<sup>۲</sup> - عوده، التشریع الجنایی الاسلامی، ج ۳، ص ۲۸۵.

پس حالت ضرورت، حالت اضطرار را محفوظ داشته و کذا بالعکس دلیل این دسته از علماء این است که در تمامی حالاتی که عنوان ضرورت را به خود می‌گیرد، عنوان اضطرار را نیز شامل شده.

اکثر علماء حقوق و فقهای کرام بین این دو کلمه فرق نگذاشته و با نگرش عدم تفاوت و بینش مترادف، از کنار آن بدون توضیح گذشته‌اند. من جمله از فقها امامیه محقق حلی است حالت ضرورت و اضطرار را باهم مساوی و مترادف دانسته است<sup>۱</sup> و کذا اصفهانی هم هیچ فرق بیان نه کرده و می‌گوید: هر حرامی جز قتل مسلمان بر مضطر حلال است.<sup>۲</sup>

از علماء اهل السنه والجماعه: ابوبکر جصاص در لابه‌لای سخن خویش درباره (مخمسه) می‌گوید: ضرورت به معنای ترس از دست دادن جان و یا تلف دادن برخی از اندام‌ها در نتیجه خودداری از خوردن است.<sup>۳</sup>

بزدوی نیز نظر همانند مطرح کرده<sup>۴</sup> زرکشی و سیوطی نیز می‌گویند: ضرورت به معنای رسیدن به حدی است که اگر آنچه را از آن منع شده است نخورد یا نیشامد از میان‌رود یا در آستانه مرگ قرار گیرد، همانند کسی که به خوردن پوشیدن اضطرار یافته است، به گونه‌ای که اگر گرسنه یا برهنه بماند بمیرد یا یکی از اندام‌های او تلف شود.<sup>۵</sup>

دکتر وهبه الزحیلی تعبیر را برای ضرورت پیشنهاد و می‌گوید: ضرورت؛ عبارت است از آن‌که بر انسان حالتی از خطر

<sup>۱</sup> - محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۳، ص ۱۲۴۴.

<sup>۲</sup> - اصفهانی، محمدتقی، غصب، ص ۲۰.

<sup>۳</sup> - جصاص، احکام القرآن، ج ۱، ص ۱۵۰.

<sup>۴</sup> - بخاری حنفی، کشف الأسرار شرح أصول البزدوی، ج ۴، ص ۱۵۱۸.

<sup>۵</sup> - صابری، نظریه ضرورت، ص ۹۵ و ۹۶ و جزئی الکلبی، القوانين الفقهيّة، ص ۱۱۶.

یا مشقت زیاد عارض شود، به گونه‌ای که ترس پیش آمدن زیان، آزار و آسیب به جان، اعضاء، آبرو، عقل، مال و توابع آن‌ها باشد؛ اما مضطر چنان‌که در تفسیر خازن آمده، عبارت است از کسی که به چیزی مکلف شده، به آن ناگزیر شده یا ناخواسته بدان وادار شده است. مقصود از مضطر در آیه "فمن اضطر" نیز کسی است که بیم مرگ دارد. "اضطرار" نیز عبارت است از راندن کسی به سوی آنچه به زیان اوست یا وادار کردن کسی به چنین چیزی یا ناگزیر کردن وی به آن.<sup>۱</sup>

و کذا وهبه زحیلی از سید شریف گرگانی نقل می‌نماید: ضرورت از واژه ضرر مشتق شده و عبارت است از آنچه بر انسان وارد آید و انسان گریزی را از آن نه داشته باشد.<sup>۲</sup> در حقوق ژرمن و روم بر اساس ضرب‌المثل "ضرورت قانون نمی‌شناسد" حالت ضرورت و اضطرار را مترادف شناخته است.<sup>۳</sup> برخی از حقوق‌دانان بین این دو کلمه اندک فرق را بیان کرده‌اند مثلاً می‌گویند: حالت اضطرار نتیجه عوامل درونی است و حالت ضرورت نتیجه عوامل بیرونی است.<sup>۴</sup>

اما برخی بالعکس ایشان می‌گویند و برخی از علماء حقوق فرق بین دو حالت را بیان نکرده ولی بین ایشان به اندکی اختلاف تصریح نموده است که می‌گویند: "حالت ضرورت را می‌توان با تسامح، از آن به اضطرار تعبیر کرد."<sup>۵</sup> ولی در این راستا یکی از حقوق‌دانان در فرق بین اضطرار و اجبار را قبول کرده که اضطرار ناشی از عوامل بیرونی است.<sup>۶</sup>

<sup>۱</sup> - صابری، همان، ص ۹۷.

<sup>۲</sup> - صابری، همان، ص ۹۵.

<sup>۳</sup> - ایرج، حقوق جزاء عمومی، ج ۲، ص ۳۹.

<sup>۴</sup> - همان.

<sup>۵</sup> - نور بها، زمینه حقوق جزاء عمومی، ص ۲۹۵-۲۹۶.

<sup>۶</sup> - ولیدی، حقوق جزاء عمومی، ج ۲، ص ۱۹۶.

دلیل این نظریه

دایره ضرورت عام‌تر از دایره اضطرار است چنانچه از معنای لغوی اضطرار اگر توجه شود فهمیده می‌شود که گاهی معنای ناچاری و درماندگی منطبق باحالت ضرورت نمی‌باشد، چراکه حالت ضرورت الزام به کاری را می‌رساند که گاهی اضطرار به آن صدق نمی‌کند؛ اما جمع بین این دو نظریه خوب و ممکن است به این صورت که به‌رغم قبول تفاوت وعدم ترادف بین این دو کلمه، در مصادیق حقوقی یکسان و به یک معنا استعمال شده و حقوقدانان اسلامی نیز از این پیروی نموده چنانچه از اقوال فقها هر دو مذهب فهمیده می‌شود.

گفتار سوم: شرایط تحقق، حدود و مصادیق اضطرار

**الف: شرایط تحقق اضطرار**

اضطرار وقتی می‌تواند که رافع مسئولیت مدنی باشد که شرایط ذیل را دارا باشد البته تحقق شرایط مذکور لازم هستند اما ممکن است کافی نباشد و در موارد خاصی شرایط دیگری (چنانچه دکتر محمدهادی صادقی این شرایط را هفت‌تا در کتاب خویش ص ۱۳۰ ذکر نموده) نیز لازم آید، ولی به نظر می‌رسد که اصلی‌ترین شرایط همین باشد.

✓ **وجود خطر درواقع امر**

در صورتی‌که خطر درواقع امر وجود نداشته باشد و به‌صرف ادعای وجود آن نمی‌توان به زیان دیگری اقدام نمود، احتمال وجود خطر نیز تا حدی باشد که یک فرد متعارف آن را جدی قلمداد نماید باز خطر محسوب می‌شود.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> – Henri Leon Et Gean Mazeaud, p.44.

### ✓ خطر ناشی از تقصیر مضطر نباشد

چنان خطری که برای رفع آن اضرار به غیر محقق می‌شود، از تقصیر زیان زننده ناشی شده باشد، اضطرار قابل استناد نخواهد بود و به تعبیر حقوق‌دانان کامل لا "دفاع محسوب نخواهد شد" به نظرمی رسد که این اصل متفق‌علیه و در اکثر کشورها پذیرفته شده است، ماده ۲۲۸ قانون مدنی آلمان که ناظر بر اضطرار است می‌نویسد: "اگر خطر از تقصیر خود (مضطر) ناشی شده باشد زیان زننده مسئول خواهد بود." و به همین ترتیب در کشورهای فرانسه و آرژانتین<sup>۱</sup> و ماده ۵۵ ق. م. ایران مصوب سال ۱۳۷۰ نیز پیش‌بینی شده.

بنا اگر یک زندانی جیره غذا خویش را به جانوری داد و بعداً به اثر گرسنگی ناچار شود غذایی متعلق به دیگری را خورد باید از عهده آن برآید.

### ✓ اقدام مضطر ضروری باشد

در صورتی که علی‌رغم وجود خطر ضرورتی برای مداخله مضطر وجود نداشته باشد، مبرا نمودن او از مسئولیت ترمیم خسارتی که به بار آورده قابل قبول نیست، به عنوان مثال هنگامی که منزلی در آتش می‌سوزد، چنانچه صاحب‌خانه کت دیگر را برداشته و به خاموش کردن آتش اقدام نماید و باعث سوختن کت گردد، اقدام وی غیرضروری تلقی می‌گردد در مورد شرط ضروری بودن اقدام به خصوص در کامن لا تأکید فراوان می‌شود.<sup>۲</sup> قضاوت در مورد ضروری بودن مداخله به کلیه عوامل و شرایط موجود در زمان مداخله بستگی دارد و گاهی حتی ممکن است حوادث بعدی به

<sup>۱</sup> - International Encycylopedia Of Comparatv Law Volume Xi: Toris, PART I No 170 SEC.

<sup>۲</sup> - فلمینگ، حقوق مسئولیت مدنی، ص ۹۲.

تشخیص این امر کمک کند.<sup>۱</sup> به هر حال برای تصمیم‌گیری در این زمینه نیز معیار فرد متعارف خواهد بود.<sup>۲</sup>

### ✓ اقدام مضطر متناسب با خطر باشد

یعنی عمل مضطر علاوه بر ضرورت متناسب با خطر نیز باشد (ای از حد ضرورت، حاجت و تناسب مضطر تجاوز نکند فقط و فقط حد اضطرار را دفع کرده باشد) بیکر انگلیسی که این دو را باهم تفکیک نموده، متعارف بودن عمل را در هردو لازم دانسته است.<sup>۳</sup> در ماده ۲۲۸ قانون مدنی آلمان نیز این شرط را پذیرفته است؛ و از جمله فقها شهید ثانی نیز چنین می‌گوید: "...و انما يجوز من تناول المحرم ما يحفظ الرمق و هو بقیة الروح و المراد وجوب الاقتصار على حفظ النفس و لا يجوز التجاوز الى الشيع مع الغنى عنه.<sup>۴</sup> خوردن از حرام به اندازه‌ای جواز دارد که نفس را از هلاکت نجات دهد یعنی خوردن به اندازه‌ای بقا نفس واجب است و سیر نمودن نفس جواز ندارد. چنانچه قاعده فقهی می‌گوید: "الضرورة تقدر بقدرها."<sup>۵</sup> استفاده از محرم به قدر ضرورت و حاجت جواز دارد.

البته احتیاج هر قدر شدید باشد حقوق دیگران را از بین نمی‌برد و وجه آن را باید پردازد و این به عدالت سازگار است. مزید بحث در حدود مرز اضطرار خواهد شد.

<sup>۱</sup> - Winfield (P.H) Law Of Tort Sthd. Sweet & Maxwell, London 195, p. 57.

<sup>۲</sup> - توسلی جهرمی، ص ۶۴-۶۷.

<sup>۳</sup> - بیکر، مسئولیت مدنی، ص ۵۳.

<sup>۴</sup> - جبعی عاملی، الروضة البهیه فی شرح اللمعة، ج ۴، ص ۴۷۲.

<sup>۵</sup> - سیوطی، الاشباه والنظائر، ص ۷۶؛ ابن نجیم حنفی، الاشباه والنظائر، ج ۱، ص ۱۱۹؛ ابن عبدالسلام، قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۱۵۹ و اتاسی، شرح المجلة، ص ۵۲ و ۵۶.

## ✓ راه دیگری برای دفع خطر نباشد

یعنی راه بهتری، آسان‌تری و ارجح‌تری دیگر برای دفع اضطرار موجود نباشد. مثلاً راننده موتر که از کنترل خارج شده

است بتواند با خروج از جاده از زیر گرفتن عابر جلوگیری کند، اما به‌جای آن با موتر دیگری برخورد نماید، نمی‌تواند به اضطرار استناد کرد.

ب: حدود (مرز) اضطرار

در حالت اضطرار، این امکان وجود دارد که شخص مضطر برای دفع ضرر بزرگ‌تر از خود یا دیگری، ناگزیر از ارتکاب عملی گردد که در اثر آن، به دیگری ضرری وارد شود.

در باب مسئولیت مدنی، بحث قابل‌طرح، راجع به نوع ضرر و خطری است که شخص را در وضعیت اضطراری قرار داده

و او را وادار می‌کند که برای دفع آن به ارتکاب عمل زیان‌بار دست بزند.

در این‌باره برخی فقها اسلامی ضرر جانی را مورد توجه قرار داده و معتقدند اضطرار آن است که انسان در وضعیت و شرایطی قرار بگیرد که اگر عمل ممنوع (نامشروع) را انجام ندهد، هلاک می‌شود.

از علمای امامیه، طوسی در این‌باره چنین می‌نگارد: "مضطر کسی است که می‌ترسد که اگر نخورد می‌میرد."<sup>۱</sup> در این تعریف، قاضی ابن البراج، ابن ادریس و علامه در کتاب مختلف الشیعه از وی پیروی کرده‌اند.<sup>۲</sup>

از فقها اهل السنه نیز الحموی در تعریف اضطرار می‌نویسد: "اضطرار این است که انسان به حدی برسد که اگر چیز حرامی را نخورد می‌میرد."<sup>۳</sup> برخی دیگر از حد مزبور

<sup>۱</sup> - طوسی، المبسوط، ج ۶، ص ۲۸۴.

<sup>۲</sup> - جبعی عاملی، الروضة البهیه فی شرح اللمعة، ج ۴، ص ۴۷۲.

<sup>۳</sup> - ابن نجیم حنفی، حاشیه الحموی علی الاشباه و النظائر، ج ۱، ص ۲۷۷.

فرا تر رفته، معتقدند چنانچه خطر و ضرری، سلامتی انسان را تهدید کند، هر چند منجر به هلاکت او نیز نگردد، شخص را در وضعیت اضطراری قرار می‌دهد. مشهور فقها امامیه در این باره معتقدند اضطرار با چند چیز تحقق می‌یابد:

- ✓ خوف از تلف: اگر گوشت مردار نخورد می‌میرد؛
- ✓ خوف از بیماری: اگر گوشت مردار نخورد بیمار می‌شود؛
- ✓ خوف از ضعفی: که موجب شود انسان از قافله عقب بماند؛
- ✓ خوف از طولانی شدن بیماری یا سخت شدن معالجه و ...<sup>۱</sup>.

که این دیدگاه برخی علمای اهل السنه و الجماعه مانند زرکشی شافعی و مروارید نیز می‌باشد.<sup>۲</sup>

برخی از فقها قلمرو اضطرار را به موارد خطر و ضرر مالی توسعه داده و بر آن‌اند که اگر خوف ضرر مالی به حدی برسد که تحمل آن عادتاً مشکل و موجب حرج شود، ارتکاب محرمات بر شخص مباح خواهد بود.

میرزا حبیب‌الله رشتی از فقها (که خود را از شیعه می‌داند) در این باره می‌گوید: "ضرورت‌ها محرمات را در هر درجه‌ای که باشد، مباح می‌سازد. لذا دفع ضرر از جان و مال به حکم عقل و نقل واجب و از ضروریاتی است که هیچ امر حرامی نمی‌تواند با آن مقابله نماید."<sup>۳</sup>

و از علمای اهل السنه و الجماعه، صبحی محمصانی در این باره می‌نویسد: "در عرف علمای اصول، حالت اضطرار حالتی است که در آن، شخص به هدف حفظ دین، جان، مال یا نسل خود از هلاکت ناگزیر از انجام عملی می‌شود."<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> - محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۶، ص ۱۶۸-۱۶۹.

<sup>۲</sup> - زرکشی شافعی، خبایا الزوايا، ج ۲، ص ۳۱۹؛ مروارید، سلسله الینایع الفقهیه، ج ۳۵، ص ۴۷۹-۴۸۰.

<sup>۳</sup> - رشتی، غصب، ص ۴۲.

<sup>۴</sup> - محمصانی، النظریه العامه للموجبات و العقود، ص ۳۰۳.

به نظر می‌رسد که در اضطرار، مصادیق ضرر، محدود به ضرر جانی و مالی نبوده، بلکه شامل مواردی که آبروی انسان در معرض تهدید قرار می‌گیرد نیز می‌شود؛ زیرا آبرو و حیثیت شخص، اهمیت کمتری از جان و مال او ندارد. آنچه در اینجا مهم است، نوع ضرر نیست؛ بلکه مهم این است که اقدام شخص به ارتکاب عمل زیان‌بار برای احتراز از ضرری باشد که در مقایسه با زیان به وقوع پیوسته، بزرگ‌تر و مهم‌تر است.

### ج: مصادیق اضطرار

مصادیق اضطرار را در چهار فرض زیر مورد بررسی قرار خواهد داد:  
اضرار به غیر برای دفع ضرر از خود؛ اضرار به غیر برای دفع ضرر از دیگری؛ اضرار به غیر برای دفع ضرر از او؛ اضرار به خود برای دفع ضرر از غیر. در اینجا درباره هر یک از موارد فوق توضیحی هرچند به اختصار خواهیم داد:

#### ✓ اضرار به غیر برای دفع ضرر از خود

مثال‌های معروف در فقه، مواردی است که شخص گرسنه برای حفظ جان خود، ناگزیر شود که از طعام دیگری استفاده کند یا کالای دیگری را به جهت بیم جان خویش و غرق شدن کشتی به دریا بیندازد.

در مثال اول (استفاده از طعام دیگری) بیشتر فقها اسلامی، مضطر را ضامن شناخته‌اند. در فقه مالکی (چنانچه ذکر نمودیم سه نظریه بوده که یکی از آن این بود که) مضطر مسئول و ضامن نیست؛ زیرا از یک سو به منظور حفظ جان خود و سد رمق، به چنین کاری اقدام کرده است؛ و از سوی دیگر، نجات مضطر از خطر هلاکت، عملی است که بر مالک واجب بوده است.

نظریه دوم این بود که اگر مضطر به هنگام اضطرار، قدرت پرداخت بهای آن چیزی را که خورده است داشته باشد، در مقابل مالک ضامن است؛ در غیر این صورت، مسئولیتی بر عهده او نیست.<sup>۱</sup>

در مورد دوم نیز در فقه، عقیده بر این است که اگر مضطر کالای دیگری را با اذن او به دریا بیندازد ضامن نیست؛ در غیر این صورت، باید خسارت وارد بر مالک را جبران نماید. در موارد یادشده، فقها به دلیل اینکه اذن مالک وجود ندارد و اذن شارع نیز صرفاً حرمت و مؤاخذه بر ارتکاب عمل را برمی دارد، به مقتضای قاعده اتلاف و احترام مال غیر، به ضمان مضطر حکم نموده اند.<sup>۲</sup>

در حقوق فرانسه، چنانچه عمل اضطراری به منظور حمایت از جان یا مال خواننده (عامل ورود و زیان) انجام می گیرد، بدون شک قاعده دارا شدن غیرعادلانه<sup>۳</sup> مورد استفاده قرار می گیرد. بحث در موردی است که تلاش خواننده برای دفع ضرر از خود (مثلاً اطفای حریق) به شکست بینجامد و باوجوداین، مال متعلق به دیگری از بین برود. در این باره، قضات و نویسندگان حقوقی، این مطلب را مورد توجه قرار داده اند که لازم است قاعده مزبور توسعه یابد.<sup>۴</sup>

در کامن لا نیز در برخی موارد به زیان دیده اجازه مطالبه غرامت داده شده است. از باب نمونه در حقوق آمریکا، در موردی که کشتی در اثر طوفان به طور اضطراری در یک اسکله<sup>۵</sup> لنگر انداخته باشد، مالک کشتی مکلف است از بابت خساراتی که به اسکله وارد شده است غرامتی را به زیان دیده پرداخت نماید.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - المجلس الاعلى للشؤون الاسلاميه، ج ۱۴، ص ۸۷.

<sup>۲</sup> - طوسی، المبسوط، ج ۶، ص ۱۷۰ و حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ص ۴۴۹.

<sup>۳</sup> - Unjust Enrichment

<sup>۴</sup> - Tubingen & Mohr, p. 85

<sup>۵</sup> - بارانداز، بندر، بندرگاه، لنگرگاه و سازه ای دریایی که به منظور پهلوگیری و مهار کشتی جهت بارگیری و باراندازی کالا ساخته می شود.

✓ اضرار به غیر برای دفع ضرر از دیگری

چنانچه اضرار مالی به غیر برای حفظ و نجات دیگری باشد، بدون تردید چنین عملی نه تنها جایز، بلکه به دلیل وجوب حفظ نفس محترم از هلاکت و عدم برابری هیچ چیز با جان انسان، امری واجب است. ولی پرسش قابل طرح، این است که در این صورت، ضمان بر عهده چه کسی است؟

فقها اسلامی در این مورد به استناد قاعده اتلاف، تلف کننده را ضامن می دانند؛ از باب نمونه، در موردی که شخص، کالای دیگری را به خاطر حفظ جان غیر به دریا می اندازد، در فرضی که صاحب کالا چنین اجازه ای نداده باشد، وی را ضامن دانسته اند.<sup>۲</sup>

در این مورد برخی حقوقدانان بر این عقیده اند که عامل ورود زیان، خود از حادثه زیان بار نفعی نبرده، بلکه برای احتراز از زیان بزرگ تر از غیر، ناچار شود که به دیگری ضرر برساند، باید کسی را که از اتلاف مال سود برده است، به عنوان استفاده کننده بدون جهت، مسئول شناخت و مضطر را معاف از مسئولیت دانست؛ نمی توان کسی را که به قصد نیکی و برای پیش گیری از ضرر دیگران یا جامعه دست به اقدامی می زند ضامن شمرد.<sup>۳</sup>

به استناد به قاعده احسان در اینجا برای نفی مسئولیت از عامل ورود زیان قابل انتقاد است؛ چه مطابق این قاعده، هرگاه کسی به انگیزه خدمت و نیکوکاری به دیگری، دست به کاری بزند که موجب خسارت به وی شود، اقدامش مسئولیت آور نیست؛ بنابراین شرط معافیت محسن از ضمان، این است که احسان راجع به همان شخصی باشد که زیان دیده است. البته چنانچه اقدام خیرخواهانه انسان برای خدمت به شخص

<sup>۱</sup> - Prosser: ibid:P. 86.

<sup>۲</sup> - نجفی، جواهر الکلام، ص ۱۵۳ و کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۵، ص ۴۰۳ و ۴۰۸.

<sup>۳</sup> - کاتوزیان، حقوق مدنی، ص ۱۸۱.

خاصی نبوده، بلکه منظور، حفظ مصالح عامه باشد، این مورد نیز مشمول قاعده احسان خواهد بود.<sup>۱</sup>

ولی در فرض مسئله، عامل ورود خسارت، به زیان‌دیده احسانی نکرده است تا در برابر وی از مسئولیت معاف گردد؛ هرچند مطابق انصاف، باید کسی را که از اتلاف مال دیگری سود برده است نیز به‌عنوان استفاده‌کننده بدون جهت (غیرعادلانه) در مقابل مالک مسئول شناخت. بدیهی است رجوع زیان‌دیده به شخص اخیر، در صورتی به مصلحت اوست که وی نتواند خسارات وارد به خود را از طریق مراجعه به عامل ورود زیان جبران نماید.

شایان‌ذکر است که مسئولیت سود برنده در اینجا را نمی‌توان در قالب مسئولیت مدنی موردبررسی قرارداد؛ چه در حقوق ایران و افغانستان، مبنای مسئولیت مدنی اتلاف و تسبیب است. به همین دلیل، برخی استادان، استیفا (اعم از مشروع یا نامشروع) را به‌عنوان مبنایی دیگر برای ایجاد تعهد مطرح کرده‌اند.<sup>۲</sup>

مسئولیتی که در اینجا بر مبنای استفاده بدون جهت (استیفا نامشروع) به وجود می‌آید، با مسئولیت مدنی به دو لحاظ متفاوت خواهد بود:

نخست اینکه شخص، تنها در فرضی مسئول شناخته می‌شود که از زیانی که به غیر رسیده است سودی عاید او شده باشد. دیگر اینکه در حدود همین مبنا (بدون جهت) شخص، ملزم به جبران خسارت است. با توجه به مطالب مذکور، بدیهی است که مسئولیت استفاده‌کننده بدون جهت به‌مراتب از مسئولیت مدنی سبک‌تر خواهد بود.

در فرضی که خطر، مال دیگری را تهدید می‌کند، چنانچه صاحب‌مال به هنگام بروز خطر حاضر نباشد، اگر تحصیل اجازه از او در آن موقع مقدور نبوده یا تأخیر در دخالت موجب خسارت دیدن مالک شود، به استناد ماده ۳۰۶ ق.م ایران (اداره مال غیر)

<sup>۱</sup> - محقق داماد، قواعد فقه، ج ۲، ص ۲۶۴، ۲۷۴ و ۲۷۵.

<sup>۲</sup> - کاتوزیان، حقوق مدنی، ص ۳۶۷-۳۷۲.

عامل زیان بعد از مراجعه زیان دیده و پرداخت خسارت، حق مراجعه به صاحب مال را خواهد داشت. دلیل این امر آن است که جلوگیری از وارد آمدن خسارت به اموال دیگران در فرض عدم امکان دسترسی به مالک یا نماینده او از وظایف حاکم است و چنانچه حاکم در دسترس نبوده یا تأخیر در دخالت موجب ضرر شود، از باب حسبه این وظیفه بر عهده عدول مؤمنان و درنهایت، عموم مردم عهده دار این وظیفه خواهند بود.

بنابراین در فرض بالا چون عامل ورود زیان برای دفع ضرر از صاحب مال با اذن شرع اقدام کرده، مالک مال نسبت به خساراتی که او متحمل شده است (بر مبنای اداره مال غیر) مسئول شناخته می شود.<sup>۱</sup>

در حقوق فرانسه درجایی که عمل زیان بار به هدف حمایت از جان یا مال شخص ثالث انجام گرفته باشد، بر مبنای موازین انصاف، شخص صدمه دیده می تواند مبلغی را به عنوان غرامت از کسی که مال یا جان او نجات پیدا کرده است دریافت کند. در این مورد نیز قضاوت و حقوقدانان توسعه دیگری را برای قاعده دارا شدن غیرعادلانه پذیرفته اند. بدیهی است در موردی که تعرض به حقوق دیگری به انگیزه حمایت از نفع عمومی باشد، هیچ گونه غرامت و خسارتی قاب مطالبه نخواهد بود.<sup>۲</sup>

در یک موضع گیری مشابه با حقوق فرانسه، در کامن لا "آنجا که خطر، جامعه یا افراد بی شماری را تهدید کند و شخص به خاطر دفع آن، مرتکب عمل زیان بار شود، وی مسئولیتی را در برابر خسارت وارده به دیگری نخواهد داشت." بنابراین کسی که برای جلوگیری از گسترش یک حریق بزرگ، خانه ای را تخریب می کند یا لباسی را که آلوده به میکروب آبله شده است می سوزاند و یا در زمان جنگ، اموالی را که نباید به دست دشمن بیفتد از بین می برد، در مقابل مالک آن هیچ گونه مسئولیتی ندارد.

<sup>۱</sup> - محقق داماد، قواعد فقه، ص ۲۷۵ - ۲۷۶.

<sup>۲</sup> - Tubinges & Mohr: p.85

البته تعداد اشخاصی را که باید به مخاطره بیفتند تا اضطرار اجتماعی تحقق یابد، هنوز محاکم تعیین نکرده‌اند.<sup>۱</sup> (درواقع این موضوع به عرف مراجعت داده می‌شود).

#### ✓ اضرار به غیر برای دفع ضرر از او

در موردی که انسان به خاطر دفع ضرر مالی یا جانی از دیگری به او زیان وارد می‌سازد، در فقه مثال‌های مختلفی آمده است؛ از جمله اینکه شخص برای جلوگیری از سوختن یا غرق شدن دیگری، ناچار می‌شود که لباس او را پاره کند.

در چنین مواردی، عامل زیان را نمی‌توان مسئول شناخت؛ زیرا وی به قصد احسان به زیان‌دیده مرتکب عمل زیان‌بار شده است و ثبوت ضمان بر محسن، سبیل نیست و شرعاً از او نفی شده است. (مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ).<sup>۲</sup> بالای نیکوکاران راه نیست و خداوند (ج) بخشاینده و مهربان است.

#### ✓ اضرار به خود برای دفع ضرر از غیر

مسئله قابل طرح، این است که اگر زیان‌دیده (عامل ورود زیان به خود) در ایجاد وضعیت اضطراری دخالتی نداشته باشد، آیا می‌توان شخصی را که از او بدین وسیله دفع ضرر کرده است مسئول شناخت یا خیر؟

در پاسخ به سؤال بالا، دو فرض را باید از هم تفکیک کرد: موردی که دفع ضرر از غیر و اضرار به خود، به درخواست او

صورت گرفته است؛ مورد دیگر جایی است که چنین تقاضایی انجام نگرفته باشد. در فرض نخست، مثال شایع در فقه امامیه، موردی است که یک کشتی در شرف غرق شدن باشد و یکی از سرنشینان از صاحب کالا بخواهد که کالای خود را به دریا

<sup>۱</sup> - Prosser: p.845 Barrows and Others: p.127 – 128

<sup>۲</sup> - سوره توبه، آیه ۹۱ و بجنوردی، قواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۱۳.

بیندازد. در این مورد، بیشتر فقها برآیند که به مقتضای اصل برائت، درخواست‌کننده در مقابل مالک ضامن نیست.<sup>۱</sup>

ولی همان‌طور که بعضی گفته‌اند، به نظر می‌رسد که اگر انداختن کالا به دریا به مصلحت درخواست‌کننده باشد، مانند فرضی که صاحب کالا با شنا کردن بتواند خود را از مرگ نجات دهد و خطر، درخواست‌کننده را تهدید کند، وی باید خسارات وارد بر مالک را جبران کند و ب‌های اموالی را که به درخواست او تلف شده است بپردازد؛ زیرا همان‌طور که مطابق قاعده اتلاف، کسی که مال دیگری را از بین ببرد ضامن است، استیفا کننده از مال غیر را نیز باید مسئول شناخت.<sup>۲</sup>

در تأیید نظریه اخیر در حقوق ایران، می‌توان به ماده ۳۳۷ ق. م (در استیفای مشروع از مال غیر) استناد کرد. برابر ماده مزبور: "هرگاه کسی برحسب اذن صریح یا ضمنی از مال غیر استیفای منفعت کند، صاحب‌مال، مستحق اجرت‌المثل خواهد بود، مگر اینکه معلوم شود که اذن در انتفاع مجانی بوده."

در فرض دوم که دفع ضرر از غیر به درخواست او انجام نگرفته است و دافع در اثر آن زیان می‌بیند، اگر در فرض یادشده جان دیگری در معرض خطر و تهدید قرار گرفته باشد، بر اساس آنچه در فقه گفته شده است، اگر در نتیجه چنین اقدامی، شخص یا اشخاصی زیان ببینند، نمی‌توانند به فردی که او را نجات داده‌اند مراجعه کنند؛ خواه به قصد رجوع، دست به چنین کاری زده باشند یا نه.

صاحب جواهر در این باره می‌نویسد: "اگر مالک به جهت ترس از جان خود یا دیگری، به دست خویش کالای خود را به دریا بیندازد، هیچ‌کس در مقابل او مسئول نیست؛ به دلیل اصل عدم ضمان (یا اصل برائت) و غیر آن (قاعده اقدام)."<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۸، ص ۳۰۹ و نجفی، جواهر الکلام، ص ۱۴۹.

<sup>۲</sup> - طباطبایی حکیم، نهج الفقاهه، ج ۱۳، ص ۳۶۲.

<sup>۳</sup> - نجفی، جواهر الکلام، ص ۱۵۲.

ولی در این مورد نیز باید بر آن بود که شخص نجات یافته بر مبنای استیفای بدون جهت در برابر نجات دهنده مسئول می باشد. مشروط بر اینکه وی به قصد رجوع، دست به چنین کاری زده باشد.

پس آنجا که نجات جان انسانی مطرح است، درخواست یا عدم درخواست شخص برای نجات خویش، تأثیری در مسئولیت وی در مقابل نجات دهنده در حدودی که در بالا ذکر شد ندارد.

چنانچه مال دیگری در معرض تلف باشد، از نظرگاه فقهی امامیه اگر امکان استیذان از مالک یا حاکم برای دفع ضرر وجود داشته باشد و شخص خودسرانه اقدام کرده و زیان ببیند، حق مراجعه به مالک را نخواهد داشت.

شهید ثانی در کتاب اجاره شرح لمعه چنین می نویسد: "هزینه چارپا بر عهده مالک است، نه مستأجر؛ بنابراین اگر

مالک حضور داشته باشد، خود شخصاً علوفه می دهد. در غیر این صورت، مستأجر با اذن مالک علوفه داده و سپس به او مراجعه می کند و اگر به علت عدم امکان استیذان از مالک یا حاکم، مستأجر به قصد مراجعه به مالک به حیوان علوفه دهد، می تواند رجوع کند."<sup>۱</sup>

از عبارت بالا به خوبی می توان این مطلب را استفاده کرد که اگر مستأجری که حیوان در اختیار اوست و امین مالک است، با امکان استیذان از مالک، بدون اذن او به حیوان علوفه دهد، حق رجوع ندارد (هرچند برای دفع ضرر از او باشد)؛ غیر مستأجر به طریق اولی نمی تواند مراجعه کند.

<sup>۱</sup> - جعی عاملی، الروضة البهیه فی شرح اللمعه، ج ۴، ص ۳۵۶-۳۵۷.

در حقوق ایران، به نظر می‌رسد که با تحقق شرایط مندرج ماده ۳۰۶ قانون مدنی و بر طبق قواعد حاکم بر اداره اموال غیر، دفع کنند ضرر می‌تواند در این مورد از شخصی که از اقدام مزبور سود برده است خسارت بگیرد.<sup>۱</sup>

گفتار چهارم: دلایل و تأثیر اضطرار در مسئولیت مدنی

### الف) دلایل اضطرار

قابل یادآوری خواهد بود که دلایل ذیل نظر به درازی موضوع بدون استدلال اقوال مفسرین، محدثین، فقها... و چگونگی اضطرار و ضرورت ذکر می‌نمایم و دیگر اینکه هر آیت، حدیث و قاعده تقاضا یک رساله می‌نماید.

#### • قرآن کریم

در قرآن کریم آیات متعددی وجود دارند که دلالت صریح بر رفع حرمت در حال اضطرار دارند از جمله آن‌ها آیه ۱۷۳ سوره بقره است که می‌فرماید: "إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَيْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ". خداوند تنها از میان خوردنی‌ها مردار و خون و گوشت خوک و گوشت حیوانی که برای غیر خدا ذبح شده حرام کرده است و در این‌ها هم اگر کسی ناچار بخوردن شود در صورتی که خودش خود را ناچار نکرده باشد و نیز در صورتی که در خوردن از حد اضطرار تجاوز نکند گناهی بر او نیست که خداوند غفور و رحیم است.

در آیه ۳ سوره مائده پس از بیان دسته‌ای از محرمات می‌فرماید: "الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ". امروز است که دین شما را تکمیل کردم و نعمت

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، حقوق مدنی، ص ۱۸۱.

خود را بر شما تمام نمودم و امروز است که دین اسلام را برای شما پسندیدم (و آنچه گفتیم حرام است در حال اختیار حرام است) اما اگر کسی در محلی که قحطی طعام است به مقداری که از گرسنگی نمیرد نه زیاده‌تر که به طرف گناه متمایل شود می‌تواند بخورد که خدا آمرزگار رحیم است.

در آیه ۱۱۹ سوره انعام می‌فرماید: "وَمَا لَكُمْ اَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللّٰهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ اِلَّا مَا اضْطُرَّرْتُمْ اِلَيْهِ وَاِنَّ كَثِيْرًا لِّيُضِلُّوْنَ بِاَهْوَائِهِمْ بَغِيْرَ عِلْمٍ اِنَّ رَبَّكَ هُوَ اَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِيْنَ." و چرا از آنچه اسم خدا بر آن برده شده نمی‌خورید و حال آنکه خدا آنچه را که به شما حرام کرده برایتان شرح داده جز آنچه بدان ناچار شده‌اید و خیلی‌ها به هوس‌های خویش بدون علم گمراه می‌شوند که خدای تو تجاوزکاران را بهتر می‌شناسد.

و در پایان آیه ۱۴۵ می‌فرماید: "قُلْ لَا اُجِدُ فِیْ مَا اُوْحِیَ اِلَیَّ مُحَرَّمًا عَلٰی طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ اِلَّا اَنْ يَكُوْنَ مِیْتَةً اَوْ دَمًا مَسْفُوْحًا اَوْ لَحْمَ خِنْزِيْرٍ فَاِنَّهٗ رِجْسٌ اَوْ فِسْقًا اَهْلًا لِغَیْرِ اللّٰهِ بِهٖ فَمَنْ اضْطُرَّ غَیْرَ بَاغٍ وَّلَا عَادٍ فَاِنَّ رَبَّكَ غَفُوْرٌ رَّحِيْمٌ." بگو در احکامی که به من وحی شده چیزی را که غذا خوار تواند خورد حرام نمی‌یابم مگر آنکه مرداری باشد یا خون ریخته شده یا گوشت خوک که آن پلید است و یا فسق و ذبیحه غیرشرعی که نام غیر خدا بر آن یادشده و هر که ناچار باشد نه متجاوز و یا افراط‌کار (و بخورد) پروردگار تو آمرزگار و رحیم است. در برخی دیگر از آیات مصادیقی از اضطرار و جواز ارتکاب عمل ممنوع به واسطه آن بیان شده است از جمله آیه ۱۰۶ سوره نحل که می‌فرماید: "مَنْ كَفَرَ بِاللّٰهِ مِنْۢ بَعْدِ اِيْمَانِهٖ اِلَّا مَنْ اُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْاِيْمَانِ وَلٰكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللّٰهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيْمٌ." و هر که از پس ایمان آوردنش منکر خدا شود، نه آنکه مجبور شده و دلش به ایمان قرار دارد، بل آنکه سینه به کفر گشاید، غضب خدا بر آن‌ها باد و عذابی بزرگ دارند.

## ● احادیث

أهدت بعض أزواج النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طعاماً في قصعة، فضربت عائشةُ القصعة بيدها فألقت ما فيها، فقال النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: طعام بطعام وإناء بإناء.<sup>١</sup> برخی از همسران پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) به پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) در یک کاسه طعام را هدیه دادند، عایشه آن کاسه را به دست خویش زد و چیزی که در آن بود ریختند، پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) فرمود: غذا با غذا و کاسه با کاسه. (ضمن و خسارت دارد).

حدیث سمره بن جندب رضی الله تعالی عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "على اليد ما أخذت حتى تؤدى"<sup>٢</sup> أى ضمانه و در جنایات بهائم: حدیث البراء بن عازب است: "أنه كانت له ناقه ضارية فدخلت حائطاً فأفسدت فيه، فقضى رسول الله صلى الله عليه و سلم أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها، وأن حفظ الماشية بالليل على أهلها، وأن ما أصابت الماشية بالليل فهو على أهلها."<sup>٣</sup> بالای دستان (شخص) ضمان آن چیزی است که از صاحبش گرفته است تا اینکه آن را به مالکش رد نماید و در مورد جنایت حیوانات حدیث براء بن عازب است: وی یک شتری مضر داشت و در باغ کسی داخل شده و آن باغ را پایمال و تخریب کرد، پس رسول الله (ص) بین براء و صاحب باغ فیصله نمود که؛ نگهداری از باغ در روز بالای صاحب آن است و در شب نگهداری بهایم و حیوانات بالای صاحب آن است و چیزی خسارتی را که در شب حیوانات وارد نمایند، صاحبان آن ملزم به جبران خسارت هستند.

<sup>١</sup> - ترمذی سلمی، الجامع الصحيح سنن الترمذی، ج ٣، ص ٦٤٠.

<sup>٢</sup> - سجستانی، سنن أبی داود، ج ٣، ص ٣٢١.

<sup>٣</sup> - شیبانی، مسند الإمام احمد، ج ٤، ٢٩٥؛ نسائی، سنن النسائی الكبرى، ج ٣، ص ٤١١ و سجستانی، سنن أبی داود، ج ٣، ص ٣٢٣.

نعمان بن بشیر می گوید که: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "من أوقف دابةً في سبيل من سبل المسلمين، أو في سوق من أسواقهم، فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن."<sup>۱</sup> پیامبر (صلى الله عليه و آله و سلم) فرمود: هر که حیوان را در راه مسلمانان یا در بازار از بازارهای مسلمانان متوقف کند؛ و آن حیوان به دست و پای خویش چیزی را پایمال نماید، صاحب آن حیوان ضامن خسارت وارده است.

"لا ضرر ولا ضرار من ضار ضره الله ومن شاق شق الله عليه"<sup>۲</sup> ضرر و ضرر رساندن جواز ندارد کسی که ضرری برساند، خداوند (ج) بدل آن ضرر را می دهد و کسی که سخت گیرد، خداوند (ج) نیز وی را سخت خواهد گرفت؛ و دریک روایت معجم الاوسط؛ لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام، ضرر و ضرر رساندن در اسلام نیست، آمده است.

از آبی هریره روایت است که: أن رسول الله (ص) قال: "كل المسلم على المسلم حرام، دمه و ماله و عرضه"<sup>۳</sup> پیامبر (ص) گفت: خون، مال و ابروی هر مسلمان به مسلمان دیگری حرام است. اهل اسلام بر این اجماع دارند که نفس، مال، ابرو، ناموس و... مصون است و بدون حق کسی بالایی آن تجاوز کرده نمی تواند.

#### • قواعد فقهی

الضَّرُورَاتُ تُبَيِّحُ الْمَحْظُورَاتِ وَ مَا حُرِّمَ لِذَاتِهِ يُبَاحُ لِلضَّرُورَةِ وَ مَا حُرِّمَ لِسَدِّ الذَّرِيعَةِ يُبَاحُ لِلْحَاجَةِ وَ مَا أُبِيحَ لِلضَّرُورَةِ يَقْدَرُ بِقَدَرِهَا.<sup>۴</sup> و الاضطرار لا يبطل حق الغير و الضرر

<sup>۱</sup> - بهوتی، کشاف القناع، ج ۴، ص ۱۱۹.

<sup>۲</sup> - دارقطنی بغدادی، سنن الدارقطنی، ج ۳، ص ۷۷.

<sup>۳</sup> - قشیری نیشابوری، الجامع الصحیح (صحیح مسلم)، ج ۸، ص ۱۰.

<sup>۴</sup> - رضا، تفسیر القرآن الحکیم (تفسیر المنار)، ج ۶، ص ۲۲۳؛ صابری، نظریه ضرورت، ص ۳۰۶، ۲۸۲ و ماده ۲۲ المجلة.

یزال.<sup>۱</sup> در وقت ضرورت و اضطرار استفاده به قدر حاجت از حرام و اشیاء ممنوع حلال است و هر آن چیزی که در نفس ذات خویش حرام باشد، در حالت ضرورت استفاده از آن جایز است و هر آن چیزی که به خاطر سد ذرایع حرام شده باشد باز هم در حالت حاجت به قدر ضرورت استفاده از آن جایز است و حالت اضطرار و حاجت حق دیگران را باطل و از بین نمی برد و سبب وجوب جبران خسارت وارده خواهد بود.

المباشر ضامن وأن لم يتعد؛ و لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه. لا يجوز لأحد أخذ مال أحد بلاسبب شرعی.<sup>۲</sup> من أ تلف مال غيره بلا إذن منه فهو له ضامن.<sup>۳</sup> مباشر ضامن خسارت وارده است اگرچه متجاوز نباشد و هیچ کس نمی تواند در مالکیت دیگران بدون اجازه او تصرف کند و برای هیچ کس گرفتن مال دیگر بدون سبب شرعی جواز ندارد و هر کس مال دیگران را بدون اجازه وی از بین ببرد، ضامن جبران خسارت وارده است.

جناية العجماء جبار: جنایت حیوان سبب جبران خسارت وارده است. این قاعده از حدیث ابی هریره (رضی الله تعالی عنه) که از رسول الله صلی الله علیه و سلم روایت می کند گرفته شده که می گوید: "العجماء جرحها جبار"<sup>۴</sup> حیوان هر زیان کی به دیگران رساند، به صاحب آن جبران خسارت لازم است. لا يجوز لأحد أخذ مال أحد بلاسبب شرعی. برای هیچ کس جواز ندارد که بدون هیچ دلیل قانونی و شرعی مال شخصی را بگیرد.

<sup>۱</sup> - اتاسی، مجلة الاحكام العدليه، ماده ۳۳ و ۲۰؛ سیوطی، الاشباه والنظائر، ج ۱، ص ۵۹ و ابن نجیم، الاشباه والنظائر، ص ۸۵.

<sup>۲</sup> - اتاسی، مجلة الاحكام العدليه، ماده ۹۶، ۹۷، ۹۸.

<sup>۳</sup> - تسولی، البهجة فی شرح التحفة، ج ۲، ص ۳۴۵؛ زحیلی، وهبه، نظریة الضمان، ص ۲۰۸.

<sup>۴</sup> - قزوینی، ابن ماجه، ج ۲، ص ۸۹۱.

این قاعده نیز از حدیث گرفته شده است که می‌گوید: "علی الید ما أخذت حتی تؤدیه"<sup>۱</sup>. هرکس مال دیگری را گرفت بالای وی اعاده آن مال لازم است. فیحرم أخذ أموال الآخرين بالباطل كالغصب والسرقة ونحوهما<sup>۲</sup> و الغرم بالغنم. گرفتن مال دیگران به طریقه باطل حرام است؛ مانند غصب، سرقت و غیره؛ و تاوان و نقصان به اساس مفاد است. البته به اساس قاعده ضمان ید، اتلاف، لا ضرر،... و بنا عقلاء جهان خسارت لازم می‌گردد.

از مجموع این روایات و قواعد معلوم می‌گردد که اضطرار چه فطری باشد مثل جوع و چه غیر فطری باشد مثل در حالات اکراه گناه و عقوبت تجاوز را ساقط می‌کند اما حق دیگران را در هیچ صورت از بین نمی‌برد بلکه مضمون بالمثل است اگر مثلی باشد و به قیمت است اگر قیمی باشد.

### ب) تأثیر اضطرار در مسئولیت مدنی

پرسش قابل طرح این است که اگر شخص یا اشخاصی بر اثر اضطرار مرتکب اعمالی شوند که سبب ایراد خسارت شود،

آیا می‌توان آن‌ها را مسئول دانست یا خیر؟

به‌طور کلی در این باره دو دیدگاه متفاوت وجود دارد:

در یک دیدگاه، اضطرار شخص را از مسئولیت مدنی معاف نمی‌کند و خسارت وارد بر زیان‌دیده نمی‌بایست بدون جبران باقی بماند؛ (چنانچه ذکر شد) در دیدگاه دیگر، اضطرار را باید سبب مشروع شدن فعل زیان‌بار و رافع مسئولیت مدنی دانست.

<sup>۱</sup> - بیهقی، سنن البیهقی الکبری، ج ۶، ص ۹۰.

<sup>۲</sup> - وزارة الأوقاف و الشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ۲۸، ص ۲۶۴.

در این قسمت از مطالعه و بررسی این دو دیدگاه اکثر از اقوال حقوقدانان و قوانین کشورهای غیر اسلامی پرداخته خواهد شد زیرا بیشتر اقوال فقها و حقوقدانان اسلامی در ضمن مباحث سابقه یادآوری شد:

اینکه اضطرار از اسباب معاف شدن شخص در قبال خسارات وارد به دیگری نیست، به عنوان قاعده‌ای کلی در حقوق اسلامی موردپذیرش قرار گرفته است.<sup>۱</sup>

صاحب جواهر از فقها امامیه می‌گوید: "اگر شخصی متاع دیگری را به جهت بیم جان او یا خود و یا دیگری (به دریا) بیندازد، اگر مالک به او اذن نداده باشد، به دلیل قاعده اتلاف و غیر آن (از قواعد باب ضمان) ضامن است و در این نظر، بین کسانی که متعرض مسئله شده‌اند خلافتی ندیده‌ام."<sup>۲</sup>

اکثر فقها اهل السنه والجماعه نظر به قاعده الاضطرار لایبطل حق الغير، قواعد و دلایل دیگر که برخی آن قبلاً ذکر شد. شخص که از روی ناچاری مال دیگری را تلف می‌کند، ضامن شناخته‌اند.

به نظر می‌رسد که از نظرگاه فقهی و حقوقی، استناد به قاعده اتلاف در مواردی که مضطر صرفاً سبب از بین بردن مال دیگری را فراهم کرده باشد نیز امکان‌پذیر است. در اتلاف، از دیدگاه فقه، تفاوتی میان مباشرت و تسبیب نیست و صرفاً صدق تلف عرفی است که ایجاد مسئولیت می‌کند. بر این اساس، برای اینکه زیان‌دیده بتواند به مضطر مراجعه کند، کافی است که رابطه علیت عرفی بین فعل او و زیان وارده به خود را به اثبات برساند.<sup>۳</sup>

ممکن است توهم شود که برای نفی مسئولیت مضطر می‌توان به حدیث رفع (و دلایل دیگری) استناد کرد؛ ولی همان‌طور که گفته شده است، حدیث یادشده در مقام

<sup>۱</sup> - حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۵، ص ۴۵۰ و المجلس الاعلی للشؤون الاسلامیه، ۱۴۱۰: ج ۱۴، ص ۶۲

<sup>۲</sup> - نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۱۵۳.

<sup>۳</sup> - حسینی مراغی، العناوین الفقهیه، ج ۲، ص ۴۳۵؛ مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ج ۲، ص ۲۰۶.

امتنان به همگان وارد شده است.<sup>۱</sup> و با توجه به اینکه رفع مسئولیت از مضطر به دلیل تضييع حقوق زیان‌دیده، حکمی برخلاف امتنان می‌باشد، باید بر این عقیده بود که حدیث رفع در این مورد صرفاً کاری را که در شرایط عادی نامشروع است در وضعیت اضطراری مشروع می‌سازد و ناظر به مسئولیت مدنی نیست.

ولی امام شافعی با این قول مخالفت کرده و می‌گوید: مضطر با اذن شرع و بدون تعدی مرتکب عمل زیان‌بار شده است و قول به ضمان مضطر با اباحه شرعی منافات دارد.<sup>۲</sup>

استدلال فوق را مبتنی بر قاعده فقهی که (الجواز الشرعی ینافی الضمان) کرده است. که در فقه مطرح شده و مطابق آن هرکجا اذن و اباحه شرعی وجود داشته باشد، موضوع ضمان منتفی است.

پاسخی که در این باره داده شده است این است که مجرد اذن و اباحه شرعی نافی ضمان نیست؛<sup>۳</sup> بلکه با چنین اذنی، صرفاً شخص مجاز می‌شود که مال دیگری را بدون رضایت او تلف کند. ولی عدالت در مقام تشریع حکم می‌کند که مضطر از مسئولیت معاف نگردد.

در قوانین موضوعه ایران و افغانستان نیز قانون‌گذار در یک موضع‌گیری موافق با فقه اسلامی، به‌رغم اینکه اضطرار را به‌عنوان عامل توجیه‌کننده فعل زیان‌بار موردپذیرش قرار داده و چنین مقرر داشته است که در وضعیت اضطراری چنانچه شخص، مرتکب جرم شود مجازات نخواهد شد. ولی باوجود این، به ضمان مضطر و لزوم جبران خسارات وارده به دیگری حکم نموده است.

<sup>۱</sup> - انصاری، المکاسب، ص ۳۲۴

<sup>۲</sup> - محمضانی، النظریه العامه للموجبات و العقود، ج ۱، ص ۱۷۹.

<sup>۳</sup> - نجفی، جواهر الکلام، ص ۱۴۶.

مطابق ماده ۵۵ قانون مجازات اسلامی ایران "هر کس هنگام بروز خطر شدید از قبیل آتش‌سوزی، سیل و طوفان به منظور حفظ جان یا مال خود یا دیگری مرتکب جرمی شود، مجازات نخواهد شد، مشروط بر اینکه خطر را عمداً ایجاد نکرده و عمل ارتكابی نیز با خطر موجود متناسب بوده و برای دفع آن ضرورت داشته است." و در تبصره این ماده چنین آمده است: "دیه و ضمان مالی از حکم این ماده مستثنا است." و کذا در ماده ۵ قانون مدنی افغانستان تصریح می‌کند: "حالت اضطراب موجب ابطال حق غیر نمی‌گردد."

در توجیه مسئولیت مضطر گفته شده است که "اضطراب کاری را که در شرایط متعارف تقصیر است توجیه می‌کند؛ لیکن انتساب کار زیان‌بار را به شخص منتفی نمی‌سازد (برخلاف اجبار) و از این راه خللی به ارکان مسئولیت وارد نمی‌سازد. بنابراین اگر کسی برای دفع ضرر از خود، مال دیگری را تلف کند، باید مثل یا قیمت آن را بدهد (قاعده اتلاف)<sup>۱</sup> کما مرذکره.

به عنوان تعدیلی بر نظریه نخست که در کشورهای خانواده حقوقی رومی ژرمنی مشاهده می‌گردد، در تعیین میزان خسارتی که مضطر می‌باید پرداخت کند، ملاحظات اخلاقی و توأم با انصاف<sup>۲</sup> مدنظر قرار گرفته است؛ زیرا هرچند تحمل ضرر از جانب زیان‌دیده برای دفع ضرر از دیگری فاقد توجیه است، از سوی دیگر، محکوم نمودن مضطر به پرداخت کلیه خسارت وارده به زیان‌دیده نیز با موازین عدالت و انصاف سازگاری ندارد. بر این اساس، در قوانین این کشورها به قضات اختیار تام داده شده است تا در چنین مواردی مطابق قاعده انصاف، فاعل زیان‌بار را به پرداخت مبلغی به عنوان غرامت محکوم نمایند.

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، حقوق مدنی، ص ۱۷۹-۱۷۸.

<sup>۲</sup> - Equitable Consideration

مثل بند ۲ ماده ۵۲ قانون تعهدات کشور سویس چنین مینگارد: "قاضی، به‌طور منصفانه، میزان خسارات قابل تحمیل به کسی را که برای جلوگیری از ورود خسارت به خود یا شخص ثالث و یا جلوگیری از یک خطر قریب‌الوقوع به دیگری وارد کرده، تعیین می‌کند." و همچنان در ماده ۲۰۴۵ قانون مدنی ایتالیا و ماده ۱۱۸۸ قانون مدنی ونزوئلا نیز اشاره کرد.<sup>۱</sup>

در دیدگاه دوم، اضطرار می‌تواند مضطر را از مسئولیت مدنی معاف نماید. ولی در این مورد باید این موضوع مورد مدافعه قرار گیرد که آیا یک انسان متعارف در رویارویی با چنین خطر و تهدیدی به ایراد چنین خسارتی اقدام می‌نماید یا خیر؟ بدیهی است که هیچ انسان متعارفی به خاطر حفظ منافع اقتصادی خود، به کشتن کسی اقدام نمی‌کند؛ درحالی‌که اگر شخصی به خاطر نجات کودکی که در موتر آتش‌گرفته گرفتار شده است، از پتو یا وسایل متعلق به دیگری استفاده کند، اضطرار می‌تواند معاف کننده شخص از مسئولیت مدنی باشد.

نگرش بالا را می‌توان در حقوق فرانسه و دیگر کشورهای خانواده حقوقی فرانسه مشاهده کرد.<sup>۲</sup>

در حقوق آلمان نیز مطابق ماده ۲۲۸ قانون مدنی، هر کس مال مربوط به دیگری را برای دفع خطری که او یا دیگری را تهدید می‌نماید تلف یا معیوب نماید، اقدام او تا جایی که دفع خطر مستلزم اتلاف و تخریب بوده و ضرر متناسب با این خطر باشد، مخالف قانون به حساب نمی‌آید. ولی اگر فاعل زیان، خود مسبب این خطر باشد، ضامن جبران خسارات خواهد بود.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> – Tubingen, & Morhr, p.86-88.

<sup>۲</sup> – Ibid: p.84.

<sup>۳</sup> – Ibid: p.85.

در کشورهای خانواده حقوقی کامن‌لا، نظیر انگلیس، آمریکا و نیوزرلند نیز اضطرار، مسئولیت جبران خسارات کامل بر مبنای شبه جرم<sup>۱</sup> را منتفی می‌سازد، مگر اینکه مضطر در ارتکاب عمل زیان‌بار مرتکب تقصیر شده باشد؛ ولی در هر مورد مضطر باید ثابت کند که در آن اوضاع و احوال، به‌طور معقولانه‌ای عمل کرده است.<sup>۲</sup>

بنابراین عمل مضطر در بیرون انداختن اموال هم سفر به دریا به جهت بیم از غرق شدن کشتی به هنگام وقوع طوفان و نیز تخلیه نفت از یک کشتی در نزدیکی ساحل متعلق به دیگر با این باور که چنین عملی برای جلوگیری از غرق شدن کشتی ضرورت دارد، می‌تواند شخص را از مسئولیت مدنی معاف سازد.

در کامن‌لا، مؤلفان حقوقی<sup>۳</sup> اساس دفاع اضطرار و مبنای حکم به عدم مسئولیت مدنی مضطر را آمیخته‌ای از احسان و نیکوکاری<sup>۴</sup>، حفاظت و نگه‌داری از منافع عمومی<sup>۵</sup> و حمایت از خود<sup>۶</sup> می‌دانند.

در حقوق انگلستان (لرد کاف<sup>۷</sup>) در سه مورد زیر از اضطرار به‌عنوان دفاعی موجه یاد کرده است:

جایی که اضطرار جنبه اجتماعی پیدا می‌کند؛ مانند تخریب، انهدام و از بین بردن اموال برای جلوگیری از سرایت آتش نظیر آتش‌سوزی بزرگ لندن در سال ۱۶۶۶ م. جایی که اضطرار چهره شخصی به خود می‌گیرد؛ مانند موردی که مضطر برای

<sup>۱</sup> – Tort

<sup>۲</sup> – Dekin, p.p: 362-374 & Markesinis, p.844 Boppows and Others, p.83, Prosser Ibid, P: 86.

<sup>۳</sup> – Borrows and Others p. 843 Prosser, p.127

<sup>۴</sup> – Charity

<sup>۵</sup> – Maintenance of the public Good

<sup>۶</sup> – Self-protection

<sup>۷</sup> – Lord Cuff

جلوگیری از سرایت آتش به ملک خود، به ملک همسایه وارد می‌شود؛ برای مثال، در یک پرونده<sup>۱</sup> مضطر (یک شکاربان) به ملک مجاور که از همسایه وی بود رفته و برای جلوگیری از سرایت آتش به ملک خویش که در آن قرقاول‌ها<sup>۲</sup> نشسته بودند، در مقابل آن سدی ایجاد کرد. همسایه با استناد به اینکه به ملک او تجاوز شده است، اقامه دعوی کرد. محکمه رأی داد مضطر به‌طور معقولانه‌ای عمل کرده؛ زیرا سرایت آتش یک تهدید واقعی بود و جایی که شخص به جهت یاری‌رساندن به دیگری که جان یا مال او در معرض یک خطر قریب‌الوقوع قرار گرفته است اقدام می‌نماید.<sup>۳</sup>

شایان‌ذکر است در حقوق فرانسه، حتی باوجود اینکه اضطرار، شخص را از جبران خسارت وارده بر مبنای مسئولیت مدنی مبرا می‌سازد؛ رویه قضایی و دکترین در خصوص جبران بخشی از خسارات بر مبنای استفاده بدون جهت (دارا شدن غیرعادلانه) نظر مساعدی از خود نشان داده است.

در حقوق انگلیس و آمریکا نیز هرچند روشن نیست که آیا می‌توان برای مضطر مسئولیتی بر مبنای شبه عمد<sup>۴</sup> در نظر گرفت، به نظر می‌رسد محاکم در پاره‌ای موارد، نسبت به معاف کردن مضطر از جبران کلیه خسارات، چندان تمایلی از خود نشان نمی‌دهند و به دنبال این هستند که تا حدودی از شاکی زیان‌دیده رفع ضرر شود و غرامتی به او پرداخت شود. در این صورت، مسئولیت مضطر محدود به پرداخت بهای آن چیزی است که تلف کرده است که به‌طور معمول، کمتر از خسارات وارده به مالک خواهد بود.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> cope V. Sharp; ۱۹۱۲.

<sup>۲</sup> - قرقاول کلمه‌ای ترکی است؛ نام‌های فارسی آن تَدَرُو، ترنگ و خروس صحرایی و در زبان انگلیسی Pheasant، در زبان فرانسوی Faisan، در زبان عربی الفزان و طائر التدرج و نام علمی آن Phasianus colchicus می‌باشد.

<sup>۳</sup> - Markesinis & Deakin, P. 427; Scott, p.p: 155-156.

<sup>۴</sup> - quasi\_contract

<sup>۵</sup> - Prosser, p:129; Jones, p:380.

## نتیجه‌گیری

اراده قصد کردن حرکت نفس به طرف کار معین که با درک، تدبیر، تصمیم جازم (طلب و اجرای تصمیم) همراه باشد بالای آن اثر مرتب گردد یعنی آنچه را نفس در مرتبه فعلیت باوجود بیاورد آن را اراده گویند که دارایی اجزا دوگانه (قصد و رضا و یا اختیار) و یا اراده باطنی و ظاهری می‌باشد که فقها حنفی اختیار و رضا را دو چیزی جداگانه تلقی کرده ولی فقهای دیگر آن‌ها را به یک معنا می‌دانند اگرچه برخی حقوقدانان عربی اختیار را به فاسد و صحیح تقسیم‌بندی کرده و اکراه را منافی اختیار نمی‌داند ولی قائل به تفاوت بین اکراه و رضا شده‌اند. پس نظر به قول فقها حنفی اصل قصد و اختیار به واسطه اکراه از بین نمی‌رود بلکه اکراه رضا را از بین و گاهی آن را فاسد می‌کند ولی فقهای امامیه اختیار را در مقابل کراهت وعدم طیب نفس می‌دانند، نه اختیار در مقابل جبر؛ اما قانون‌گذار افغانی باز اکراه را مانند حقوقدانان عربی به دو نوع تقسیم و تعریف می‌کند؛ اما اضطرار که در لغت و مفهوم معانی مختلف دارد؛ مصدر باب افتعال و ضرورت اسم مصدر آن می‌باشد که حقوقدانان فرانسوی آن را یکی از حالات اکراه دانسته و تحت عنوان اکراه ناشی از مقتضیات خارجی و یا اکراه ناشی از حوادث موردبررسی قرار داده ولی حقوقدانان و فقها نظر به شرایط، اوضاع، احوال و عوامل ناشی از خارج و یا داخل بین اضطرار و اکراه نظریات و دیدگاه‌های مختلف را آراء کرده است که نظر به همین شرایط، اوضاع و احوال آن را رافع مسئولیت جزای دانسته نه رافع مسئولیت مدنی؛ و در گفتمان حقوقی بدون توجه و تعمق در مفهوم اراده و تأثیرات آن بر اضطرار و نیز در نظر داشتن مبانی واقعی بحث از تعبیر متفاوتی همچون قصد و اختیار استفاده کرده که هرکدام از تعبیر یادشده از مفهوم و مدلول مستقل برخوردار و احکام و آثار خاص بر آن مرتب می‌شود.

پس در این عرصه مسئولیت فقها، حقوقدانان و قانون‌گذار خواهد بود که شیوه‌های استنباط، اجتهاد و تقنین را مهذب کنند و برای هریک از اراده، قصد، رضا و حالات که بالای ایشان عارض و تأثیر می‌گذارد مانند اضطرار، اکراه و اجبار در تبیین و توضیح

حوزه‌ای مفهومی و تعبیرهای مقتضی آن در قلمرو خویش غور نموده و به رفع چالش‌های موجود توجه نماید خصوصاً به تصریح و تأیید قانون‌گذار ضرورت بیشتری احساس می‌شود تا زمینه‌سازی مناسبی برای رفع چالش‌ها موجود گردد.

مراجع:

• قرآنکریم.

الف: فارسی

- ۱- آرامش، رسول، اضطراب و مسئولیت مدنی: تهران: نشر بهنامی، ۱۳۸۸ش.
- ۲- اصفهانی، محمدتقی، غصب، ایران: چاپ سنگی، سال ۱۳۷۳.
- ۳- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، دوره ۵ جلدی، چاپ پنجم، تهران: کتاب‌فروشی اسلامی، ۱۳۶۴ ش.
- ۴- بجنوردی، میرزا حسن؛ قواعد الفقهیه، در ۷ مجلد، عراق نجف: ۱۳۹۱ق.
- ۵- بلک (Blak) فرهنگ حقوقی، ۱۹۶۸ م.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران: ۱۳۴۰ ش.
- ۷- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمیم‌ولوژی حقوقی، چاپ دوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۶۷ ش.
- ۸- دهخدا؛ لغت‌نامه دهخدا، دانشگاه تهران.
- ۹- زجاجی مجرد، مجید؛ عامل اضطراب در فقه و حقوق موضوعه، چاپ اول، کاشان: انتشارات مرسِل، ۱۳۷۷ش.
- ۱۰- زحیلی، وهبه، نظریه ضرورت، ترجمه: صابری، حسین، قم: بوستان کتاب.
- ۱۱- شایگان، سید علی، حقوق مدنی ایران، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی.
- ۱۲- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۳ (جزوه درسی مدنی)، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- ۱۳- صفایی، سید حسن، دوره مقدماتی حقوق مدنی (تعهدات و قراردادها)، ج ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹ش.
- ۱۴- طوسی، محمد بن جعفر، المبسوط، ایران: مکتبه مرتضویه، ۱۳۵۱ ش.
- ۱۵- عاملی، زین‌الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، تعلیقات سید محمد کلانتر، عراق نجف.
- ۱۶- عبدی پور، بررسی تطبیقی مفهوم و آثار اضطراب در حقوق مدنی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۶.
- ۱۷- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، قزوین: انتشارات بحر العلوم.
- ۱۸- عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، تک‌جلدی، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- ۱۹- غفوریان، حقوق اسلام؛ ترجمه کتاب التشریع الجنائی از عبدالقادر عوده، ج ۱، مشهد: انتشارات قدس.
- ۲۰- قرشی، علی‌اکبر، قاموس قرآن، ج ۴، چاپ ۴، ایران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۴ش.
- ۲۱- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، (ضمان قهری و مسئولیت مدنی)، چاپ سوم، تهران: ۱۳۷۰ ش.

۲۲- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، چاپ ۱۳، تهران: نشر شرکت سهامی، ۱۳۹۵ش.

۲۳- گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای عمومی ایران، ج ۲، چاپ اول، تهران: انتشارات ماجد ۱۳۷۲ ش.

۲۴- محقق داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقه، چاپ دوازدهم، ج ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ هـ.

۲۵- نوریها، رضا، زمینه حقوق جزاء عمومی، چاپ هشتم، ایران: نشر دادآفرین، ۱۳۸۲ش.

۲۶- ولیدی، محمد صالح، حقوق جزاء عمومی، ج ۲، تهران: مرکز نشر داد، ۱۳۸۲ش.

ب: عربی

۲۷- ابن عابدین، محمدامین، حاشیه علی الدر المختار، ج ۵، بیروت: دارالفکر.

۲۸- ابن قدامه، عبدالله بن أحمد، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، چاپ اول، بیروت:

دارالفکر، ۱۴۰۵ هـ.

۲۹- ابن منظور، لسان العرب، چاپ اول، ج ۸، بیروت: داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ هـ.

۳۰- ابن نجیم حنفی، زین العابدین بن ابراهیم، الاشباه و النظائر، بیروت: دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۰ هـ- ۱۹۸۰

م.

۳۱- ابن نجیم حنفی، زین العابدین بن ابراهیم، حاشیه الحموی علی الاشباه و النظائر، بیروت: دار الکتب

العلمیه.

۳۲- ابوبکر جصاص، أحمد بن علی، احکام القرآن، بیروت: دار إحياء التراث العربی ۱۴۰۵ هـ.

۳۳- اتاسی، محمد طاهر، شرح المجله، حمص: ۱۹۳۰ م.

۳۴- اصبحی مدنی، مالک بن أنس، المدونة الكبرى، مطبعة السعادة، ۱۳۲۳ هـ.

۳۵- انصاری، مرتضی، المكاسب، در یک مجلد، چاپ سنگی.

۳۶- انصاری، مرتضی، رسایل الشریف المرتضی، قم: دارالقرآن الکریم ۱۴۰۵ هـ.

۳۷- بخاری حنفی، عبدالعزیز بن أحمد، كشف الأسرار شرح أصول البزدوی، ج ۴، دارالکتاب الإسلامی،

بی تا.

۳۸- بهوتی، منصور بن یونس، كشف القناع عن متن الإقناع، ج ۴، بیروت: دارالفکر، ۱۴۰۲ هـ.

۳۹- بیهقی، احمد بن الحسين، سنن البیهقی الکبری، ج ۶، مکه المکرمة: مکتبه دار الباز، ۱۴۱۴-۱۹۹۴م.

۴۰- ترمذی سلمی، محمد بن عیسی، الجامع الصحیح سنن الترمذی، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

۴۱- تسولی، علی بن عبدالسلام، البهجة فی شرح التحفة، ج ۲، بیروت: دار الکتب العلمیه ۱۴۱۸ هـ- ۱۹۹۸

م.

۴۲- جزى الکلبی، محمد بن احمد، القوانين الفقهية: الشامله مطابق للمطبوع.

۴۳- جعبی عاملی، زین الدین بن علی، الروضة البهیه فی شرح اللمعة، ج ۴، بیروت: دار العالم الإسلامی.

۴۴- جوهری، اسماعیل بن حماد، تاج اللغة و صحاح العربیة، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۹۹۰ م.

۴۵- حسینی عاملی، سید محمدجواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد، بیروت: موسسه آل البيت.

٤٦- حسینی مراغی، میر عبد الفتاح، العناوين الفقهيّة، قم: مؤسسه النشر الاسلامی لجماعه المدرسين ١٤١٣ هـ.

٤٧- حيدر، علی، درالحکام، بيروت: دار الجيل + دار الكتب.

٤٨- خميني، روح الله، كتاب البيع، در ٥ مجلد، قم: مؤسسه اسماعيليان.

٤٩- خويي، سيد ابوالقاسم، مصباح الفقاهه في المعاملات، عراق نجف: ناشر وجداني، ١٣٧٨ هـ.

٥٠- دارقطني بغدادی، علی بن عمر، السنن الدارقطني، ج ٣، بيروت: دار المعرفة، ١٣٨٦ - ١٩٦٦ م.

٥١- رشتي، ميرزا حبيب الله، غصب، در يك مجلد، تهران: چاپ سنگی، دارالخلافة، ١٣٢٢ ش.

٥٢- رضا، محمد رشيد بن علی، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، ج ٦، مصر: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٠ م.

٥٣- زبيدي مرتضى، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، الناشر دار الهداية.

٥٤- زحيلي، وهبه، الفقه الاسلامي وادلتة، دمشق: دارالفكر.

٥٥- زحيلي، وهبه، نظرية الضمان او احكام المسئوليه المدنيه و الجنائيه، بيروت: دارالفكر، ١٩٩٨ م.

٥٦- زركشي شافعي، محمد بن بهادر، خبايا الزوايا، كويت: وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، ١٤٠٢ هـ.

٥٧- زيلعي حنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، مصر قاهره: دار الكتاب الإسلامي، ١٣١٣ هـ.

٥٨- سجستاني، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، ج ٣، بيروت: دار الكتاب العربي.

٥٩- سرخسي، محمد بن احمد، المبسوط، بيروت: دار المعرفة، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.

٦٠- سلمی، عبدالعزيز بن عبدالسلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، بيروت: مؤسسه الريان.

٦١- سنهوري، احمد، المبسوط في نظرية العقد، مصر قاهره.

٦٢- سيوطی، عبدالرحمن بن ابی بكر، الاشباه و النظائر، ج ١، بيروت: دار الكتب العلمية.

٦٣- شافعي، محمد بن ادريس، كتاب الام، بيروت: دار المعرفة، ١٣٩٣ هـ.

٦٤- شافعي، محمد بن إدريس، مسند الشافعي، بيروت: دار الكتب العلمية.

٦٥- شيباني، احمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، قاهره: مؤسسه قرطبة.

٦٦- طباطبائي حكيم، سيد محسن، نهج الفقاهة، ج ١، قم: انتشارات ٢٢ بهمن.

٦٧- طريحي، فخرالدين، مجمع البحرين، عراق نجف: مطبعة الآداب، ١٣٨٦ هـ.

٦٨- طوسي، محمد بن جعفر، المبسوط، تهران: مكتبة مرتضويه، ١٣٥١ ش.

٦٩- عراقی، ضياء الدين، نهاية الافكار (تقريرات)، قم: انتشارات اسلامي، ١٣٦٤ ش.

٧٠- عوده، عبدالقادر، التشريع الجنائي، ج ٣، بيروت: مؤسسه الرسالة، ١٤٠٥ هـ.

٧١- فيروزآبادی، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيروت: مؤسسه الرسالة، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م.

٧٢- قره داغی، علی محي الدين، مبدأ الرضاء في العقود، در دو مجلد، بيروت: دارالبشائر الاسلاميه.

٧٣- قزوينی، محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، ج ١، بيروت: دارالفكر.

- ۷۴- قشیری نیشابوری، مسلم بن الحجاج، الجامع الصحيح، ج ۸، بیروت: دار الجیل بیروت + دارالأفاق الجدیدة.
- ۷۵- کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت.
- ۷۶- کاسانی، ابوبکر بن مسعود، البدایع الصنائع، چاپ ۲، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۶ هـ.
- ۷۷- لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء فی الخلافة العثمانیة، مجلة الاحکام العدلیة.
- ۷۸- المجلس الاعلی للشئون الاسلامیة، موسوعة الفقه الاسلامی، (المعروفه «بموسوعه» جمال عبدالناصر)، قاهره: ۱۴۱۰ هـ.
- ۷۹- محقق حلی، جعفر بن محمد، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، تهران: انتشارات استقلال، بی تا.
- ۸۰- محمضانی، صبحی، النظریه العامه للموجبات و العقود، چاپ دوم، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۹۷۲ م.
- ۸۱- مروارید، علی اصغر، سلسله البنایع الفقهیة، بیروت: دارالاسلامیة.
- ۸۲- معلوف، لويس، المنجد، بیروت: دارالمشرق.
- ۸۳- مقری فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر، ج ۲، بیروت: المكتبة العلمیة.
- ۸۴- مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح، چاپ اول، قم: مدرسه امیرالمؤمنین، ۱۴۲۴ هـ.
- ۸۵- مناوی، محمد عبدالرؤف، التوقیف علی مهمات التعاریف، ج ۱، بیروت: دار الفکر المعاصر + دارالفکر ۱۴۱۰ هـ.
- ۸۶- موسوی خمینی، روح الله، کتاب الطهارة، ج ۱، ۲ و ۵، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، ۱۳۷۳-۱۳۸۹ ش.
- ۸۷- نائینی، میرزا محمدحسین، فوائد الاصول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- ۸۸- نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلم فی شرح شرایع الاسلام، چاپ ۳، ج ۳۶، تهران: دارالکتب الاسلامیة، ۱۳۶۹ ش.
- ۸۹- نسائی، احمد بن شعيب، سنن النسائي الكبرى، ج ۳، بیروت: دار الکتب العلمیة.
- ۹۰- وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهیة الكويتیة، ج ۲۸، مصر: نشر مطابع دار الصفوة.
- ۹۱- یزدی، محمدکاظم، حاشیه مکاسب انصاری، ج ۱، ایران: مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البيت.

#### ج: لاتین

- ۹۲- Baker, CD, Tort, Sweetand Maxwell, 5 the edition, London, 1991.
- ۹۳- DEAKIN, 1994 & MARKESINIIS, 1991 JONES BOPPOWS AND OTHERS 1969, SCOTT, 1981.
- ۹۴- HENRI LEON ET JEAN MAZEAUD LECONS DE DROIT CIRIL TOME DEUXIEME, PRENIERVOLUME, ED6 OBTIGOTIONS
- ۹۵- INTERNATIONAL ENCYCL OPIEDIA OF COMPARATV LAW VOLUME XI: TORIS, PART I NO 170 SEC.
- ۹۶- VOL XL, PARTI TUBINGEN,& Mohr, 1973.

PROSSER: IBID, 1790. -۹۷  
WINFIELD (P.H) LAW OF TORT STH ED. SWEEL & MAXWELL, -۹۸  
LONDON 1950.

د: مقالات

- ۹۹- "نقش اضطرار در مسئولیت مدنی" (۱۳۶۰)، تهران: مجله دانشگاه حقوق و علوم سیاسی شماره ۲۲.
- ۱۰۰- برهانی، غلام حضرت، (۱۳۹۴)، "تحلیل فقهی و حقوقی اراده و تأثیر اضطرار بر آن" تحقیق کلاسی دوره دکتری دانشگاه تهران.
- ۱۰۱- شریفی خضارتی، امیر، (۱۳۸۷)، "ضرورت یا اضطرار در حقوق کیفری"، تهران: نشریه پیام آموزش معاونت قوه قضائیه، شماره ۳۵-۳۶.
- ۱۰۲- غلامی، علی، (۱۳۹۱)، "اضطرار، اجبار و اکراه؛ از ترادف تا تفاوت"، ایران: نشر پژوهش نامه حقوق اسلامی، شماره اول.

ه: قوانین

- ۱۰۳- قانون تعهدات سویس، ترجمه جواد واحدی.
- ۱۰۴- قانون جزای افغانستان ۱۳۵۵ش.
- ۱۰۵- قانون کود جزا افغانستان ۱۳۹۶ش.
- ۱۰۶- قانون مدنی افغانستان، شماره مسلسل ۳۵۳، مصوب ۱۵/۱۰/۱۳۵۵ش.
- ۱۰۷- قانون مدنی آلمان.
- ۱۰۸- قانون مدنی ایتالیا.
- ۱۰۹- قانون مدنی ایران ۱۳۰۷ش.
- ۱۱۰- قانون مدنی ونزوئلا.

# مبانی اسلامی بودن قانون اساسی دولت جمهوری اسلامی افغانستان

میراخان قضاوی

## چکیده

شناخت از قانون اساسی، درک مفهوم و احکام آن وجیهه ملی هر افغان است. افغانستان از جمله یکی از کشورهای اسلامی جهان است که دارای نظام حقوقی اسلامی می باشد. در تاریخ معاصر بصورت معمول کشورهای جهان خاصاً پیروان سیستم حقوقی رومی ژرمنی دارای قانون اساسی می باشند. کشورهای اسلامی نیز با پیروی از نظام حقوقی رومی ژرمنی و اطاعت از احکام دین مبین اسلام دارای قوانین اساسی هستند، از جمله افغانستان. اینکه قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان چه قدر با موازین شرعی احکام دین مقدس اسلام منطبق و سازگار است، موضوع اساسی این مقاله را تشکیل می دهد.

بررسی این موضوع در خور اهمیتی زیادی است؛ زیرا عده‌ای از مردم در جامعه سنتی افغانستان، خاصاً مخالفین نظام موجود، قوانین نافذ کشور، از جمله برخی موارد در قانون اساسی افغانستان را منطبق با احکام دین مقدس اسلام نمی دانند؛ اما اینکه قانون اساسی این کشور اسلامی ترین و منطبق ترین قانون اساسی با شریعت و احکام دین مقدس اسلام نسبت بر تمامی قوانین اساسی کشورهای اسلامی است جای شک و تردید نیست؛ پس برای درک این موضوع و تثبیت جایگاه و مبانی شریعت اسلامی در قانون اساسی، این موضوع را انتخاب تحقیق و تحریر نمودم.

**واژه گان کلیدی:** مبانی، اسلام، قانون اساسی، جمهوری اسلامی افغانستان.

#### مقدمه

فهم قانون اساسی، درک مفهوم و احکام آن و رعایت آن مسئولیت و وجیبه ملی هر فرد افغان است که در مورد، ماده (۵۶) این قانون حکم می نماید «پیروی از احکام قانون اساسی، اطاعت از قوانین و رعایت نظم و امن عامه وجیبه تمام مردم افغانستان است». هرچند طبق حکم این ماده قانون اساسی که در پراگراف دوم آن آمده است «بی خبری از احکام قانون عذر دانسته نمی شود»، اما بخش بزرگی از ملت افغانستان که از نعمت سواد محروم بودند و هنوز هم هستند و عده‌ای هم با برداشت و انگیزه های نا درست با قانون اساسی می نگرند، در رعایت و اجرای این وجیبه ناکام هستند؛ از این جهت است که از یک طرف اجرای قانون اساسی و سایر قوانین نافذ کشور با چالش مواجه می شوند و از طرف دیگر انگیزه های افراطی سبب مقابله و دشمنی با قانون اساسی و قوانین نافذ کشور می گردد؛ در حالیکه اصلاً هیچ اطلاع از مفهوم و احکام قانون ندارند.

در این نوشته سعی و تلاش بر آن است تا مبانی اسلامی بودن قانون اساسی افغانستان را طبق احکام این قانون اساسی به بحث بگیریم تا باشد برای خوانندگان گرامی از یک طرف معلومات بیشتر راجع به مبانی اسلامی بودن قانون اساسی داده شود

و از طرفی هم برای آن‌عده اشخاص و افراد که آگاه و نا آگاه در دشمنی با قانون اساسی قرار دارند و ادعاهای نادرست مبنی بر غیر اسلامی بودن برخی موارد قانون اساسی ارایه می‌دارند، بدانند که ادعای آنها مملو از برداشت‌های نادرست بر مبنای انگیزه‌های غیر اسلامی است و معتقد بر ارزش‌های بزرگ این قانون اساسی شوند.

در فصل نخست این نوشته توجه بالای مفهوم، جایگاه و پیشینه قانون اساسی در افغانستان صورت گرفته است تا خواننده ابتدا به مفهوم، جایگاه و پیشینه قانون اساسی کشور پی برده و در فصل دوم آن اصل موضوع که همانا تثبیت مبانی اسلامی بودن این قانون اساسی است توضیح گردیده است.

## فصل اول

### کلیات

قانون اساسی به عنوان وثیقه ملی در رأس تمامی اسناد تقنینی کشور قرار داشته و بحیث نخستین مبناء و مصدر تقنینی پس از شریعت اسلام در جمهوری اسلامی افغانستان می‌باشد. جایگاه قانون اساسی افغانستان هم از حیث اهمیت و ارزش ماهوی و هم از حیث تشریفات شکلی بصورت خاص و ویژه می‌باشد. قانون اساسی از یک طرف تنظیم کننده روابط میان دولت و ملت، تنظیم روابط قوای ثلاثه دولت و تشخص وظائف و صلاحیت‌های آنها و از طرف دیگر رهنمود وضع اسناد تقنینی کشور می‌باشد.

### گفتار اول: تعریف و مفهوم قانون اساسی

مفهوم قانون اساسی از دو زاویه قابل بررسی است. یکی از لحاظ ماهیت و محتوا و دیگری از لحاظ ظاهری و شکلی.

- ۱- قانون اساسی از لحاظ ماهوی: قانون اساسی از لحاظ ماهوی عبارت است از: «مجموعه‌ی قواعد و مقررات حاکم بر قوای دولتی و صلاحیت‌های آنها و حقوق و آزادی‌های فردی است.» یا به عبارت دیگر، قانون اساسی «مجموعه قواعد و مقررات

کلی است که شکل حکومت و سازمان عالی قوای سه گانه کشور و ارتباط آنها را با یکدیگر و حقوق و آزادی های افراد را در مقابل دولت مشخص می نماید.<sup>۱</sup>

۲- قانون اساسی از لحاظ شکلی: در این مفهوم قانون اساسی به یک سلسله اصول و قواعد مدون و مرتبی گفته می شود که در قالب سند یا اسناد رسمی و تشریفاتی به وسیله مقامات صلاحیت دار به تصویب رسیده باشد و بر افراد و تشکیلات سیاسی و متصدیان امور وهم چنین بر قوانین عادی، به «قانون برتر» حکم براند.

در این جا قانون اساسی دارای کلیه خصایص یک عمل هنجاری است که توسط قدرت مؤسس به تصویب می رسد و همه چیز باید براساس آن استوار باشد.<sup>۲</sup>

اما اگر قانون اساسی را از هر دو زاویه، هم به مفهوم ماهوی و هم به مفهوم شکلی، بصورت تلفیقی تعریف نمائیم؛ پس گفته می توانیم، قانون اساسی عبارت است از: «مجموعه قواعد سازماندهنده دولت، بررسی روابط قوای سه گانه، صلاحیت ها و وظایف آنها، رابطه ای افراد و دولت و حقوق و آزادی های افراد است، اعم از اینکه در قالب سند رسمی و تشریفاتی بیان شده باشد یا در قالب عرف و غیر رسمی بیان شده است».

### گفتار دوم: پیشینه قانون اساسی در افغانستان

افغانستان هشت دوره از قانون اساسی را تجربه نموده است. نخستین قانون اساسی مدون افغانستان، در زمان امان الله خان در ۷۳ ماده تدوین و در ۱۰ حوت سال ۱۳۰۱ هـ ش در لویه جرگه جلال آباد تحت عنوان «نظامنامه اساسی دولت علیه

<sup>۱</sup>. سرور دانش، حقوق اساسی افغانستان، کابل: نشر، مؤسسه تحصیلات عالی ابن سینا، ۱۳۹۱، صص ۷۳-۷۴.

<sup>۲</sup>. سید ابوالفضل قاضی «شریعت پناهی» حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰، ص ۱۰۳.

افغانستان» توسط ۸۷۲ از ارکان دولت و سران قبایل که توسط شاه در لویه جرگه دعوت شده بود به تصویب رسید.

دومین تحول قانون اساسی در دوره نادر شاه در ۸ عقرب سال ۱۳۱۰ هـ.ش توسط لویه جرگه که مرکب از سران قبایل و اقوام و ریش سفیدان در شهر کابل دایر و از میان آنها ۱۰۵ نفر اعضا به منظور تصویب قانون اساسی تعیین شدند و قانون اساسی را بنام «اصول دولت علیه افغانستان» که مرکب از ۱۱۰ ماده بود به تصویب رساند.

سومین قانون اساسی در دوره محمد ظاهر شاه در لویه جرگه که در ۱۸ سنبله ۱۳۴۳ هـ.ش در عمارت قصر سلام خانه ارگ فعلی دایر شده بود و پس از ده روز بحث و جدل علنی و اعتراضات و برخی تعدیلات جزئی به تاریخ ۲۹ سنله ۱۳۴۳ هـ.ش توسط ۴۵۴ نماینده در ۱۱ فصل و ۱۲۸ ماده به تصویب و توشیح رسید.

چهارمین قانون اساسی در دوره سردار محمد داود، پس از سقوط سلطنت محمد ظاهرشاه، طبق فرمان محمد داود خان در ۲۵ دلو سال ۱۳۵۵ هـ.ش تدوین و سپس توسط هیئت بیست نفری بازنگری و بازبینی و سرانجام در ۱۳ فصل و ۱۳۶ ماده توسط ۲۱۹ نماینده در لویه جرگه تحت عنوان «قانون اساسی جمهوری افغانستان» به تصویب رسید.

پنجمین قانون اساسی به نام اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان در ۲۵ حمل ۱۳۵۹ توسط شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان به طور موقت در قالب ۶۸ ماده تصویب گردید و به اجرا گذاشته شد.

ششمین قانون اساسی با برکناری ببرک کارمل از قدرت در بهار ۱۳۶۵ هـ.ش و با به قدرت رسیدن داکتر نجیب الله در ۱۳ فصل و ۱۴۹ ماده بتاريخ ۸ و ۹ قوس ۱۳۶۶ در لویه جرگه قانون اساسی به تصویب رسید و در همین لویه جرگه نجیب الله به حیث رئیس جمهور اسلامی افغانستان تعیین گردید و این قانون اساسی در ۳/۸ ۱۳۶۹ مجدداً مورد تعدیل و بازنگری قرار گرفت.

هفتمین قانون اساسی با سقوط حکومت نجیب الله در ۸ ثور ۱۳۷۱ هـ ش و روی کار آمدن حکومت مجاهدین، ششمین قانون اساسی ملغی و در برج میزان ۱۳۷۲ قانون اساسی توسط حکومت مجاهدین به رهبری استاد برهان الدین ربانی پیشنهاد شد؛ اما به تصویب نرسید.<sup>۱</sup>

هشتمین قانون اساسی پس از تشکیل دولت موقت در تابستان سال ۱۳۸۱ هـ ش، طبق موافقتنامه بن طی فرمانی حامد کرزی رئیس دولت موقت افغانستان یک هیئت ۹ نفری به ریاست آقای شهرانی در ۱۳ میزان ۱۳۸۱ هـ ش تشکیل شد. اولین سیمینار علمی و پژوهشی قانون اساسی روز ۱۷ میزان از سوی شورای مدافعان صلح و دموکراسی در کابل دایر شد که تعداد زیادی از حقوقدانان، شخصیت‌های علمی و سیاسی در آن شرکت داشتند و به این ترتیب کار تدوین قانون اساسی از آن تاریخ آغاز شد.

قانون اساسی جدید یا نافذ توسط کمیته تدقیق که مرکب از ۳۵ نفر بود به تاریخ ۳ ثور ۱۳۸۲ هـ ش، بازنگری و سرانجام توسط لویه جرگه مرکب از ۵۰۲ نفر نمایندگان انتخابی و انتصابی به تاریخ ۲۲ قوس همان سال به تصویب رسید.<sup>۲</sup>

## فصل دوم

ویژگی‌های اسلامی بودن قانون اساسی دولت جمهوری اسلامی افغانستان  
قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، بربنیاد موازین شریعت اسلامی تحریر، تدوین و تصویب گردیده است. از این جهت قانون اساسی افغانستان را می‌توان، منطبق ترین قانون اساسی با شریعت اسلامی و احکام دین مقدس اسلام دانست. برای تثبیت

<sup>۱</sup>. دانش، همان اثر، ص ۷۱.

<sup>۲</sup>. دانش، همان اثر، ص ۱۶۴.

این امر می‌توان چندین مواد این قانون را بر شمرد که تأکید بر رعایت احکام شریعت اسلام دارند.

در این فصل مواد قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، توضیح می‌گردد که صراحتاً یا ضمناً تأکید بر اسلامی بودن دولت افغانستان به عنوان یک دولت اسلامی، قبول دین مقدس اسلام به عنوان دین رسمی کشور، پذیرفتن دین مقدس اسلام به عنوان نخستین منبع در نظام حقوقی افغانستان، رعایت احکام و موازین شرعی و بهبود وضع مدارس، مکاتب و مساجد، سپردن وظایف و سمت‌های عالی برای اشخاص که معتقد به دین مقدس اسلام باشند، اجرای حلف و سوگند به نام الله بزرگ به مقامات عالی حین تصدی وظیفه، از بین بردن رسوم که مخالف احکام شرعی باشد، ذکر کلمه الله اکبر با شعار لا اله الا الله محمد رسول الله و تصویر منبر در پرچم افغانستان، ذکر کلمه الله اکبر در سرود ملی، قبول فقه حنفی به عنوان مرجع قانونگذاری و تدوین نصاب درسی مکاتب بر مبنای مذاهب اسلامی شده است.

### گفتار اول: پذیرفتن اصل توحید در مقدمه قانون اساسی

در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان قبول اصل توحید (یگانگی الله) و توکل به مشیت حق تعالی و اعتقاد به دین مقدس اسلام پذیرفته شده است. چنانچه در مقدمه قانون اساسی آمده است «با ایمان راسخ به ذات پاک خداوند جل جلاله و توکل به مشیت حق تعالی و اعتقاد به دین مقدس اسلام، با درک بی‌عدالتی‌ها و نابسامانی‌های گذشته و مصایب بی‌شماری که بر کشور ما وارد آمده است با تقدیر از فداکاری‌ها، مبارزات تاریخی، جهاد و مقاومت بر حق تمام مردم افغانستان و ارج گذاری به مقام والای شهدای راه آزادی کشور، با درک این که افغانستان واحد و یکپارچه به همه اقوام و مردم این سرزمین تعلق دارد...»<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup>. مقدمه، قانون اساسی افغانستان ۱۳۸۲.

مقدمه معمولاً بیان مسئله و تبیین کننده اصلی یک موضوع و یک مطلب است. مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان نیز که هدف و انگیزه تصویب قانون اساسی و نیاز جدی که جامعه و دولت افغانستان به آن دارد بیان نموده است. امر مهمی که در مقدمه این قانون اساسی تحریر یافته است؛ علی‌الرغم تأکید بر اصل توحید، توکل به مشیت حق تعالی و اعتقاد به دین مقدس اسلام؛ تأکید بر فداکاری‌ها، مبارزات تاریخی، جهاد و مقاومت بر حق تمام مردم افغانستان نیز نموده است که بیانگر اعتقاد راسخ و اراده صریح مردم و دولت افغانستان بر اصول و مبانی شریعت اسلامی می‌باشند.

### گفتار دوم: پذیرفتن اسلامی بودن دولت افغانستان

درماده اول قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان نظام این کشور (دولت جمهوری اسلامی افغانستان) قبول شده است. چنانچه ماده اول قانون اساسی کشور حکم می‌نماید «افغانستان دولت جمهوری اسلامی، مستقل، واحد و غیر قابل تجزیه می‌باشد».<sup>۱</sup>

افغانستان یک دولت اسلامی بوده و می‌باشد و برای حفظ این ارزش والا و بزرگ، مردم و ملت افغانستان همواره در طول تاریخ جهاد و مبارزه نمودند. برای ملت افغانستان داشتن یک دولت اسلامی خط قرمز و غیر قابل تغییر می‌باشد.

گرچه تلاش‌های زیادی از سوی عده‌ای از دولت‌ها، برای تغییر دادن نوعیت نظام افغانستان از دولت اسلامی به نوع از دولت‌های دیموکراتیک بدون پسوند اسلامی صورت گرفته؛ اما موفق نشدند، حتی حین تسوید قانون اساسی سال ۱۳۸۲ هـ.ش؛ عده‌ای به دستوری بیگانگان طرفداری از حذف نمودن پسوند کلمه اسلامی از نظام دولت افغانستان بودند، اما با تلاش‌های اکثریت از اعضای لویه جرگه که مردمان دین

<sup>۱</sup>. قانون اساسی، پشین، ماده (۱).

دوست، مجاهد و با عزت بودند، این کلمه مقدس «اسلامی» را به دولت جمهوری یکجا ساختن و نظام دولت افغانستان را طبق این قانون اساسی در زمره دولت اسلامی وارد جامعه بین‌المللی نمودند.

### گفتار سوم: پذیرفتن اسلام به عنوان دین رسمی در افغانستان

در ماده دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، دین رسمی کشور، دین مقدس اسلام پذیرفته شده است. چنانچه ماده دوم این قانون اساسی مقرر میدارد «دین دولت جمهوری اسلامی افغانستان، دین مقدس اسلام است...»<sup>۱</sup> اسلام عزیز در دوره خلافت، خلیفه سوم حضرت عثمان، (رض) وارد سرزمین افغانستان شده و از آن زمان تا کنون، این آئین الهی به عنوان دین رسمی در این سرزمین قبول و مردم از آن اطاعت و پیروی می‌نمایند.

ملت افغانستان، مردم شریف و مسلمان هستند. براساس آمارها ۹۹٪ ملت افغانستان مسلمان و دین رسمی شان اسلام می‌باشد. اما در کنار ملت شریف و مسلمان افغانستان، عده‌ای از اشخاص و افرادی هم هستند و در این کشور زیست و زندگی دارند که پیرو دین مقدس اسلام نیستند. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان در مورد چگونگی اجرای مراسم دینی این عده افراد ساکت نبوده و در پراگراف دوم، ماده دوم این قانون، راجع به پیروان سایر ادیان به صراحت حکم می‌نماید «پیروان سایر ادیان طبق ماده دوم این قانون اساسی در پیروی از دین و اجرای مراسم دینی شان در حدود احکام قانون آزاد می‌باشند».

<sup>۱</sup>. قانون اساسی، همان اثر، ماده (۲).

## گفتار چهارم: پذیرفتن دین اسلام به عنوان اولین منبع قانونگذاری

طبق ماده سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، منبع اول قانونگذاری در نظام حقوقی این کشور، شریعت اسلامی پذیرفته شده است. علی‌الرغم دو ماده فوق (ماده اول که در آن افغانستان به عنوان دولت اسلامی و در ماده دوم دین رسمی کشور، دین مقدس اسلام پذیرفته شده است)، ماده سوم این قانون بسیار حایز اهمیت است. اهمیت این ماده از جهتی است که در آن رعایت شریعت اسلامی در نظام حقوقی افغانستان طبق این قانون اساسی شرط اساسی پذیرفته شده است. چنانچه ماده مذکور حکم می‌نماید «در افغانستان هیچ قانون نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد».<sup>۱</sup>

علاوه بر تأکید ماده سوم قانون اساسی مبنی بر اصل رعایت شریعت اسلام حین قانونگذاری در نظام حقوقی افغانستان؛ قانون طرز طی مراحل اسناد تقنینی کشور نیز شریعت اسلام را به عنوان منبع نخست قانونگذاری پذیرفته است. چنانچه ماده شانزدهم آن حکم می‌نماید «کمیسیون‌های مندرج ماده چهاردهم این قانون و انستیتوت امور قانونگذاری و تحقیقات علمی-حقوقی مکلف اند، کار تسوید طرح ابتدایی سند تقنینی را با استفاده از منابع ذیل آغاز نمایند:

۱- شریعت اسلامی.»

همچنان طبق ماده ۳۳ قانون طی مراحل اسناد تقنینی، سند تقنینی متضمن تأمین اهداف ذیل می‌باشد:

۲- رعایت احکام شریعت اسلامی.<sup>۲</sup>

پس از مواد فوق چنین نتیجه بدست می‌آید که شریعت اسلام علاوه بر اینکه به عنوان منبع نخست قانونگذاری در نظام حقوقی افغانستان است؛ هدف سند تقنینی رعایت

<sup>۱</sup>. قانون اساسی، پشین، ماده (۳).

<sup>۲</sup>. وزارت عدلیه، قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی، جریده رسمی شماره ۱۲۴۶ مؤرخ ۱۳۹۵ ه.ش.

احکام شریعت اسلامی نیز است. پذیرفتن دین مقدس اسلام به عنوان منبع نخست قانونگذاری، اصل پیروی از آن و رد احکام مخالف آن، موضوع مهمی در نظام حقوقی افغانستان است.

گفتار پنجم: ارتقای معارف و بهبود مراکز دینی

ماده هفدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، دولت را مکلف به ارتقای معارف، انکشاف تعلیمات دینی، بهبود وضع مدارس، مساجد و مراکز دینی نموده است. یک دولت اسلامی در چوکات نظام اسلامی واقعاً مکلف به بهبود امور دینی و ارتقای سطح دانش دینی در آن کشور می باشد.

چنانچه ماده هفدهم قانون اساسی در مورد مکلفیت دولت در امور دینی و ارتقای سطح معارف اسلامی کشور حکم می نماید «دولت برای ارتقای معارف در همه سطوح، انکشاف تعلیمات دینی، تنظیم و بهبود وضع مساجد، مدارس و مراکز دینی تدابیر لازم اتخاذ می نماید»<sup>۱</sup>.

در پرتو ماده فوق، دولت تمامی تدابیری را که در قسمت امور دینی لازم بوده است گرفته است. چنانچه دیده می شود، دولت به منظور تنظیم و ارتقای معارف کشور، قانون معارف منتشره جریده رسمی شماره ۹۵۵، مؤرخ ۱۳۸۷/۵/۳ هـ ش را وضع و به منظور تنظیم، بهبود و انکشاف تعلیمات دینی، دولت قانون حقوق و امتیازات اعضای کادر علمی مؤسسات تربیه استاد و مدارس عالی تعلیمات اسلامی، منتشره جریده رسمی ۷۹۶، مؤرخ ۱۴۲۲/۱۱/۲۹ هـ ق را وضع نموده است.

علاوه بر قوانین فوق در عرصه معارف و تعلیمات دینی، مقررات و فرامین تقنینی، نیز وضع شده است که در چوکات آن، وضع مکاتب، مدارس و مساجد بهبود و انکشاف نموده است.

<sup>۱</sup>. قانون اساسی، همان اثر، ماده (۱۷).

### گفتار ششم: پذیرفتن مبداء تقویم از هجرت حضرت محمد (ص)

ماده هجدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، مبداء تقویم کشور را از هجرت رسول الله (صلی الله علیه وسلم) و روز جمعه و ۲۸ اسد را روز رخصتی عمومی تعیین نموده است. مبداء تقویم کشور بر هجرت پیامبر اکرم (صلی الله علیه وسلم) استوار است. چنانچه ماده فوق حکم می نماید «مبنای کار ادارت دولتی تقویم هجری شمسی می باشد. روزهای جمعه، ۲۸ اسد، و ۸ ثور تعطیل عمومی است. سایر رخصتی ها توسط قانون تنظیم می گردد»<sup>۱</sup>.

برای تقویم و تنظیم کارها، تشخیص اوقات کاری و تفکیک روزها، سالها و حتی دهه و قرن ها، معیارهای متفاوت وجود دارد. هرچند استفاده از هریکی این معیارها ممکن گناه بزرگی نباشد؛ اما بدلیل اینکه افغانستان یک کشور اسلامی است و اسلام اساساً با هدایت و رهبری پیامبر بزرگ اسلام (حضرت محمد ص) تکمیل گردیده است؛ بناءً بجا است که معیار تقویم ما باید از هجرت پیامبر بزرگی اسلام باشد. گفتار هفتم: تزئین نشان های ملی با محراب، منبر و کلمه لا اله الا الله محمد رسول

الله

در ماده نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، تزئین نشان ملی دولت جمهوری اسلامی افغانستان با محراب و منبر و تحریر کلمه «لا اله الا الله محمد رسول الله» و ذکر واژه «الله اکبر» در آن بیان شده است. شعارهای اسلامی بودن دولت اسلامی، همانا معتقد بر ارزش های محراب، منبر، و در رأس همه دَر ورودی بر اسلام کلمه مقدس «لا اله الا الله محمد رسول الله» می باشد.

<sup>۱</sup>. قانون اساسی، پشین، ماده (۱۸).

بیرق، نشان و سرود ملی کشور، بیانگر هویت ملی و از جمله علایم و مشخصات یک کشور دانسته می‌شود که در میان سایر کشورها و جوامع آن را متمایز و مشخص می‌سازد.

ماده فوق در مورد مقرر می‌دارد «بیرق افغانستان مرکب است از: سه قطعه با رنگ‌های سیاه، سرخ، و سبز که بصورت عمودی، به اندازه‌های مساوی، از چپ به راست، در کنارهم واقع شده، عرض هر رنگ برابر نصف طول آن است و در وسط آن نشان ملی افغانستان قرار دارد. نشان ملی افغانستان عبارت از محراب و منبر به رنگ سفید می‌باشد که در دو گوشه آن دو بیرق و در وسط آن در قسمت فوقانی، کلمه مبارک لا اله الا الله محمد رسول الله و الله اکبر و اشعه خورشید در حال طلوع و در قسمت تحتانی آن تاریخ ۱۲۹۸ هجری شمسی و کلمه افغانستان، جا داشته و از دو طرف با خوشه‌های گندم احاطه شده است...»<sup>۱</sup>

### گفتار هشتم: ذکر کلمه «الله اکبر» در سرود ملی

در ماده بیستم قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان ذکر کلمه «الله اکبر» در سرود ملی کشور ضروری پنداشته شده است. سرود ملی یکی دیگر از شعار دولت‌ها در جامعه بین‌المللی است. ساختار و تدوین سرود ملی کشورها معمولاً بستگی بر فرهنگ، مبارزات و مجاهدت ملت‌ها دارد که در قانون اساسی تصویب می‌گردد. ماده (۲۰) قانون اساسی پیرامون سرود ملی کشور حکم می‌نماید «سرود ملی افغانستان به زبان پشتو و با ذکر کلمه الله اکبر و نام اقوام افغانستان می‌باشد».<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup>. قانون اساسی، همان اثر، ماده (۱۹).

قابل یاد اوری است، چگونگی تنظیم و طرز استفاده از بیرق و نشان ملی توسط قانون تنظیم می‌گردد. قانون طرز استفاده از بیرق و نشان ملی در شماره ۱۲۳۱، مؤرخ ۱۳۹۵/۷/۲۷ وضع گردیده است.

<sup>۲</sup>. قانون اساسی، پشین، ماده (۲۰).

سرود ملی در افغانستان، سابقه چندین دهه قبل را دارد. نوعیت، ماهیت و ساختار سرود ملی در این کشور در زمانه‌های مختلف، همزمان در دوره‌های تحول قانون اساسی متفاوت بوده است. سرود ملی فعلی کشور، بیشتر تأکید بر استقلال و تمامیت ارضی، وحدت ملی و شعار اسلامی با ذکر کلمه «الله اکبر» دارد. چنانچه در سرود ملی کشور می‌خوانیم:

نوم د حق مو دی رهبر وایو الله اکبر وایو الله اکبر

### گفتار نهم: رعایت احکام دین مقدس اسلام در اساسنامه‌ها و مرامنامه‌ها

طبق قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، ملت و اتباع افغانستان حق تشکیل جمعیت‌ها و احزاب سیاسی را دارند؛ مشروط براینکه اساسنامه و مرامنامه آن مناقض احکام دین مقدس اسلام نباشد. چنانچه ماده ۳۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان در مورد حکم می‌نماید «اتباع افغانستان حق دارند به منظور تأمین مقاصد مادی و یا معنوی، مطابق به احکام قانون، جمعیت‌ها تأسیس نمایند. اتباع افغانستان حق دارند، مطابق به احکام قانون، احزاب سیاسی تشکیل دهند، مشروط بر اینکه:

۱- مرامنامه و اساسنامه حزب، مناقض احکام دین مقدس اسلام و نصوص ارزشهای مندرج این قانون اساسی نباشد؛

۲- تشکیلات و منابع مالی حزب علنی باشد؛

۳- اهداف و تشکیلات نظامی و شبه نظامی نداشته باشد؛

۴- وابسته به حزب سیاسی و یا دیگر منابع خارجی نباشد ...»<sup>۱</sup>.

براساس صراحت ماده فوق، علی‌الرغم اینکه در تشکیل احزاب سیاسی، بصورت صریح شرط اول، رعایت احکام دین مقدس اسلام در مرامنامه و اساسنامه احزاب

<sup>۱</sup>. قانون اساسی، همان اثر، ماده (۳۵).

سیاسی، قید شده است؛ شرایط دیگری ماده فوق نیز اسلامی و بر روح شریعت اسلامی است. زیرا در شرایط دیگر از عدم وابستگی احزاب سیاسی، عدم داشتن تشکیلات نظامی و علنی بودن منابع مالی احزاب سیاسی تأکید می‌نمایند.

گفتار دهم: تدوین نصاب تعلیمی بر مبنای احکام دین مقدس اسلام و مذاهب اسلامی

طبق ماده ۴۵ قانون اساسی، دولت احکام دین مقدس اسلام را حین تدوین و انتخاب نصاب تعلیمی رعایت می‌نماید. در مورد ماده فوق حکم می‌نماید «دولت نصاب واحد تعلیمی را، بر مبنای احکام دین مقدس اسلام و فرهنگ ملی و مطابق با اصول علمی، طرح و تطبیق می‌کند و نصاب مضامین دینی مکاتب را، بر مبنای مذاهب اسلامی موجود در افغانستان، تدوین می‌نماید».<sup>۱</sup>

معارف یکی از اساسی ترین و بنیادی ترین کارهای بنیادی دولت است. جامعه به خود کفای، ثبات، نوسازی و توسعه دست می‌یابد که معارف آن در سطح بالای توسعه و گسترش یافته باشد. عقب مانده ترین کشور، دولتی است که معارف آن رشد نکرده باشد.

افغانستان کشوری اسلامی و دین رسمی این کشور، دین مقدس اسلام است. در یک دولت اسلامی ایجاب می‌نماید تا علی‌الرغم اینکه نظام حقوقی اسلامی دارد؛ نصاب تعلیمی مکاتب، خاصاً نصاب مضامین دینی مکاتب بر مبنای احکام دین مقدس اسلام و مذاهب اسلامی تدوین گردد. این کار عملاً در نصاب مضامین دینی مکاتب تطبیق گردیده است و احکام دین مقدس اسلام و اصول فقهی مذاهب اسلامی رعایت گردیده است.

<sup>۱</sup>. قانون اساسی، پشین، ماده (۴۵).

## گفتار یازدهم: مبارزه با رسوم مغایر احکام دین مقدس اسلام

اسلام دین است کامل، جامع، ثابت و متوازن بر شرایط زندگی بشریت. با ظهور دین مقدس اسلام، تمامی رسوم، عنعنات و عرف‌های ناپسند و جاهلی از میان برداشته شد. عرف عبارت از مجموعه اعمال و ارزش‌های است که میان جوامع بشری در مدت زمان طولانی تکرار شده و ضمانت‌های اجرای به خود گرفته باشد.<sup>۱</sup>

عرف و عادات می‌توانند دو جنبه داشته باشد. یکی جنبه مثبت عرف (عرف پسندیده) و دیگری جنبه منفی عرف (عرف ناپسند). گزینه اول (عرف پسندیده) یکی از منابع در نظام حقوقی افغانستان است. قانون‌گذاران و مسوده‌نویسان، مکلف‌اند تا حین تسوید و تدقیق اسناد تقنینی علاوه بر رعایت احکام دین مقدس اسلام، قوانین نافذ کشور و اسناد بین‌المللی؛ عرف سالم جامعه را نیز رعایت نمایند.

اما در مورد عرف نا سالم (عرف ناپسند) جامعه، موقف دولت قسمی است که باید آن را از بین ببرد و با آن مبارزه نماید. این مکلفیت را قانون اساسی به دولت سپرده است. چنانچه ماده (۵۴) قانون اساسی در مورد حکم می‌نماید «خانواده رکن اساسی جامعه را تشکیل می‌دهد و مورد حمایت دولت قرار دارد. دولت به منظور تأمین سلامت جسمی و روحی خانواده، بالاحص طفل و مادر، تربیت اطفال و برای از بین بردن رسوم مغایر با احکام دین مقدس اسلام تدابیر لازم اتخاذ می‌کند».<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup>. عرف، رسوم و عادات را در معنی لغوی می‌توان یکسان و به یک مفهوم بکار برد؛ اما از لحاظ اصطلاحی عرف با عادات و رسوم متفاوت است. زیرا برای تشکیل و تکمیل عرف دو عنصر اساسی مهم است. یکی عنصر مادی عرف که همانا تکرار یک پدیده و عمل در مدت زمانی طولانی؛ دوم عنصر معنوی که همانا جنبه الزامیت عام عرف است. در حالیکه رسوم وعادت نه مانند عرف در مدت زمانی طولانی تکرار می‌شود و نه هم الزامیت آن عام است؛ بلکه ممکن یک عادت و رسوم خاص در مدت زمان کوتاه تغییر و جنبه الزامیت آن هم بالای فرد خاص باشد.

<sup>۲</sup>. قانون اساسی، همان اثر، ماده (۵۴).

## گفتار دوازدهم: شرط مسلمان بودن سمت ریاست جمهوری و معاونیت آن

در یک دولت اسلامی باید رهبر آن مسلمان باشد. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان نیز حکم می‌نماید که رهبر دولت اسلامی افغانستان باید مسلمان باشد. چنانچه ماده (۶۲) قانون اساسی در مورد مقرر می‌نماید «شخصی که به ریاست جمهوری کاندید می‌شود، واجد شرایط ذیل می‌باشد: تبعه افغانستان، مسلمان و متولد از والدین افغان بوده و تابعیت کشور دیگری را نداشته باشد؛... حکم مندرج این ماده در مورد معاونین رئیس جمهور نیز تطبیق می‌گردد».<sup>۱</sup>

حکم مندرج ماده فوق علی‌الرغم سمت ریاست جمهوری؛ در مورد معاونین رئیس جمهور نیز تطبیق می‌گردد. سمت ریاست جمهوری که رهبریت کل دولت بدوش آن است و سمت معاونین ریاست جمهوری که همکار در اداره ریاست جمهوری است، از عالترین مقام در سطح کشور می‌باشد؛ از این جهت، در یک دولت اسلامی در رأس رهبری کشور، شرط است تا در مقام رهبری کشور اسلامی، شخص مسلمان و با دیانت قرار بگیرد.

## گفتار سیزدهم: ادای سوگند رئیس دولت و معاونین آن مبنی بر رعایت و اطاعت

### دین مقدس اسلام

افزون بر ماده (۶۲) قانون اساسی که شرط مسلمان بودن را برای رهبر و رئیس دولت افغانستان قید نموده است. طبق ماده (۶۳) قانون اساسی، رئیس دولت جمهوری اسلامی افغانستان باید قبل از آغاز به کار سوگند یا حلفی بنام خداوند (ج) بجا می‌آورد و بیان می‌دارد که دین مقدس اسلام را رعایت و از آن حمایت می‌نماید.

<sup>۱</sup>. قانون اساسی، پیشین، ماده (۶۲).

همچنان طبق این قانون رئیس جمهور مکلف بر رعایت این قانون اساسی و سائر قوانین نافذه کشور، مسؤول حراست از استقلال، تمامیت ارضی و حاکمیت ملی می باشد.

«رئیس جمهور قبل از تصدی وظیفه، مطابق به طرزالعمل خاص که توسط قانون تنظیم می گردد، حلف آتی را به جا می آورد: بسم الله الرحمن الرحيم "به نام خداوند بزرگ (ج) سوگند یاد میکنم که دین مقدس اسلام را اطاعت و از آن حمایت کنم. قانون اساسی و سائر قوانین را رعایت و از تطبیق آن مواظبت نمایم. از استقلال، حاکمیت ملی و تمامیت ارضی افغانستان حراست و حقوق و منافع مردم افغانستان را حفاظت کنم و با استعانت از بارگاه پروردگار متعال و پشتیبانی ملت، مساعی خود را در راه سعادت و ترقی مردم افغانستان بکار برم».<sup>۱</sup>

#### گفتار چهاردهم: ادای سوگند وزراء نزد رئیس جمهور مبنی بر حمایت احکام دین مقدس اسلام

طبق احکام قانون اساسی تمام مقامات عالی دولتی، قبل از آغاز به کار باید سوگند و حلف به نام خداوند بزرگ (ج) یاد می نمایند، طوری که دین مقدس اسلام را حمایت و در برابر اعمال خود خداوند (ج) را حاضر میدانند. وزراء نیز که از جمله مقامات عالی دولتی می باشند، قبل از آغاز به کار، سوگندی بنام خداوند (ج) یاد می کنند. در مورد چگونگی سوگند یاد نمودن وزراء نزد رئیس جمهور، ماده (۷۴) قانون اساسی حکم می نماید: «وزرا قبل از تصدی وظیفه حلف آتی را به حضور رئیس جمهور، به جا می آورند:

«بسم الله الرحمن الرحيم "به نام خداوند بزرگ (ج) سوگند یاد میکنم که دین مقدس اسلام را حمایت، قانون اساسی و سایر قوانین افغانستان را رعایت، حقوق اتباع را حفاظت و از استقلال، تمامیت ارضی و وحدت ملی مردم افغانستان حراست کنم و

<sup>۱</sup>. قانون اساسی، همان اثر، ماده (۶۳).

در همه اعمال خود خداوند(ج) را حاضر دانسته، وظایف محوله را صادقانه انجام دهم".<sup>۱</sup>

### گفتار پانزدهم: ادای سوگند اعضای ستره محکمه

در ماده یکصد و نهم قانون اساسی، حلف اعضای ستره محکمه بنام «الله بزرگ» مبنی بر تأمین حق و عدالت بر طبق احکام اسلام را بیان می‌کند. قوه قضایه یک رکن اساسی دولت جمهوری اسلامی افغانستان می‌باشد. این قوه در جستجو تأمین عدالت از طریق تطبیق احکام شریعت اسلامی و قوانین نافذه کشور می‌باشد.

تأمین عدالت موضوع مهم که از سوی قضات در محاکم اعمال می‌گردد و برای اینکه قضات محاکم بصورت بی طرفانه و صادقانه وظایف شان را انجام بدهد، قبل از اشغال وظیفه طبق ماده ۱۱۹ قانون اساسی قضات حلف و سوگند بنام خداوند بزرگ بجا می‌آورد؛ چنانچه ماده فوق در مورد حکم می‌نماید «اعضای ستره محکمه قبل از اشغال وظیفه، حلف آتی را در حضور رئیس جمهور بجا می‌آورند:

«بسم الله الرحمن الرحيم

بنام خداوند بزرگ (جل جلاله) سوگند یاد می‌کنم که حق و عدالت را بر طبق احکام دین مقدس اسلام، نصوص این قانون اساسی و سایر قوانین افغانستان تأمین نموده، وظیفه قضاء را کمال امانت، صداقت و بی طرفی اجرا نمایم».<sup>۲</sup>

### گفتار شانزدهم: پیروی از احکام فقه حنفی به عنوان منبع

افزون بر پذیرفتن دین مقدس اسلام، قبول اسلامی بودن دولت افغانستان و اصل شریعت اسلام به عنوان منبع نخست قانونگذاری؛ احکام فقهی، فقه حنفی نیز به عنوان مصدر تقنینی در اسناد تقنینی پذیرفته شده است. در مورد ماده (۱۳۰) قانون اساسی

<sup>۱</sup>. قانون اساسی، پیشین، ماده (۷۴).

<sup>۲</sup>. قانون اساسی، همان اثر، ماده (۱۱۹).

مقرر میدارد: «محاكم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می‌کنند.

هرگاه برای قضیه‌یی از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاكم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می‌نمایند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید».<sup>۱</sup>

بناءً رعایت احکام فقهی مذاهب اسلامی در تسوید، تدقیق و تصویب اسناد تقنینی امری مهم و اساسی است. همچنان در صورت حکمی در اسناد تقنینی افغانستان وجود نداشته باشد، به اصل و منبع مراجعه می‌شود که احکام تقنینی از آن ریشه و منشاء گرفته باشد که همانا احکام فقهی، فقه حنفی است.

### گفتار هفدهم: رعایت مذهب اهل تشیع در قضایای احوال شخصیه آنها

طبق ماده سوم قانون اساسی «در افغانستان هیچ قانونی نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد». مذهب اهل تشیع یکی از مذاهب اسلامی بوده و رعایت آن طبق ماده سوم این قانون ضروری پنداشته می‌شود.

براساس ماده ۱۳۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، در موارد رعایت مذهب اهل تشیع پذیرفته شده است. چنانچه ماده فوق حکم می‌نماید: «محاكم برای اهل تشیع، در قضایای مربوط به احوال شخصیه، احکام مذهب تشیع را مطابق به احکام قانون تطبیق می‌نمایند. در سایر دعاوی نیز اگر در این قانون اساسی و قوانین دیگر

<sup>۱</sup>. قانون اساسی، همان اثر، ماده (۱۳۰).

حکمی موجود نباشد، محاکم قضیه را مطابق به احکام این مذهب حل و فصل می‌نماید.<sup>۱</sup>

طبق صراحت ماده ۱۳۱ قانون اساسی، افزون بر احوال شخصیه برای اهل تشیع، در سایر دعاوی در مواردی که قانون اساسی و قوانین دیگر حکمی موجود نباشد، محاکم برای اهل تشیع قضیه را مطابق به احکام این مذهب رسیدگی می‌نماید. گفتار هجدهم: اصل عدم تعدیل پیروی از احکام دین مقدس اسلام و نظام جمهوری اسلامی

اساسی‌ترین موضوع در ماده ۱۴۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان بیان و پذیرفته شده است که همانا، موضوع اصل پیروی از احکام دین مقدس اسلام و نظام جمهوری اسلامی می‌باشند. مردم شریف افغانستان مسلمان بوده و رعایت و پیروی از احکام دین مقدس اسلام، خط قرمز می‌باشد. قبول دین مقدس اسلام به عنوان دین رسمی کشور و رعایت احکام دین مقدس اسلام به عنوان مبنا و منبع نخست قانونگذاری در اسناد تقنینی افغانستان، امر دایمی و همیشگی می‌باشد.

ماده فوق در مورد مقرر میدارد: «اصل پیروی از احکام دین مقدس اسلام و نظام جمهوری اسلامی تعدیل نمی‌شوند. تعدیل حقوق اساسی اتباع صرف به منظور بهبود حقوق آنان مجاز می‌باشد. تعدیل دیگر محتویات این قانون اساسی، نظر به تجارب و مقتضیات عصر، با رعایت احکام مندرج مواد (۶۷) و (۱۴۶) این قانون اساسی، با پیشنهاد رئیس جمهور یا اکثریت اعضای شورای ملی صورت می‌گیرد».<sup>۲</sup>

## نتیجه گیری

<sup>۱</sup>. قانون اساسی، پیشین، ماده (۱۳۱).

<sup>۲</sup>. قانون اساسی، پیشین، ماده (۱۴۹).

قانون اساسی دولت جمهوری اسلامی افغانستان، نسبت بر تمامی قوانین اساسی کشورهای اسلامی منطبق و بر مبنای احکام دین مقدس اسلام است. منطبق بودن قانون اساسی دولت جمهوری اسلامی افغانستان با احکام دین مقدس اسلام بر مبنای احکام مواد این قانون اساسی ثابت و واضح بیان شده است. در این قانون اساسی مقدمه و تمامی مواد آن با رعایت احکام دین مقدس اسلام تدوین و تصویب شده است. در هیچ مواد از قانون اساسی، بصورت صریح یا ضمنی حکم یا احکامی در تضاد با مبانی شریعت اسلامی وجود ندارد. هرچند قانون اساسی افغانستان ساخته و پرداخته دست بشر است و هیچ کاری را که توسط دست بشر ساخته شده باشد نمی توان خالی از خلاء دانست؛ اما قانونگذاران قانون اساسی افغانستان (لویه جرگه قانون اساسی) کمیته و کمیسون‌های بازنگیری قانون اساسی، بصورت جدی توجه نمودند تا مواد و احکام قانون اساسی را در مطابقت با احکام دین مقدس اسلام، عرف و ارزش‌های سالم جامعه تدوین نمایند.

قانون اساسی افغانستان مادر تمامی قوانین نافذه کشور است؛ زیرا در این قانون اساسی تقریباً بیشتر از (۴۴) مورد بصورت صریح و بیشتر از (۷۵) مورد بصورت ضمنی، برای وضع قوانین دیگر ذکر شده است. بناءً تمامی قوانین نافذه کشور منطبق بر احکام شریعت اسلامی است. پس افزون بر اینکه حین تسوید و تدقیق اسناد تقنینی رعایت احکام شریعت اسلامی لازمی است، رعایت احکام قانون اساسی که منطبق با احکام شریعت اسلامی است نیز لازمی است.

پس در نتیجه می توان گفت، قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، اسلامی ترین قانون اساسی است و هرنوع ادعای مبنی بر غیر اسلامی بودن و در تضاد بودن آن با احکام دین مبین اسلام متنفی و بی اساس می باشد.

## فهرست مأخذ

### الف: کتاب‌ها

- ۱- دانش، سرور، حقوق اساسی افغانستان، کابل: نشر مؤسسه تحصیلات عالی ابن سینا، ۱۳۹۱؛
- ۲- قاضی، سید ابوالفضل «شریعت پناهی» حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰؛
- ۳- الیاسی، محمد قاسم «حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان» کابل: انتشارات امیری، ۱۳۹۵؛
- ۴- بیگدلی، محمد رضا ضیایی، حقوق بین‌الملل عمومی، تهران، گنج دانش، چاپ (۳۷)، ۱۳۸۸.

### ب: قوانین

- ۱- قانون اساسی، وزارت عدلیه، منتشره جریده رسمی شماره (۸۱۸) مؤرخ ۱۳۸۲/۱۱/۶.
- ۲- قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی، وزارت عدلیه، منتشره جریده رسمی شماره (۱۳۱۳) مؤرخ ۱۳۹۷ هـ.ش.

