

مطالعه تطبیقی مبنای مسئولیت مدنی

در فقه امامیه، حقوق ایران و افغانستان

دکتر محمد عابدی*

غلامرضا رضایی**

چکیده

چرایی مسئولیت یک شخص در برابر دیگری، پاسخ‌های گوناگونی را به خود دیده است که تاریخ تحول مبنای مسئولیت را شکل می‌دهد. این پاسخ‌ها از تقصیر شخصی آغاز و امروزه تا تدبیر اقتصادی نیز پیش رفته است. این نوشتار با روش توصیفی-تحلیلی به بررسی مبنای مسئولیت از دیدگاه فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق افغانستان می‌دازد؛ گرچه دیدگاه‌های گوناگونی درباره مبنای مسئولیت از منظر فقه امامیه مطرح شده است اما با توجه به محتوای قاعده لاضرر، احادیثی مانند من أضر... که بدون قید تقصیر آمده است و همچنین اقوال فقها می‌توان به این نتیجه دست یازید که «استناد عرفی ضرر» به عنوان مبنای مسئولیت قرار گرفته است و تقصیر هم اگر اهمیتی دارد به جهت تأثیری است که در جهت احراز استناد عرفی دارد. از نگاه حقوق ایران اگرچه نظر مشهور بر آنست که تقصیر، مبنای مسئولیت است اما نظریه استناد عرفی دیدگاهی موجه‌تر به نظر می‌رسد؛ چرا که می‌توان گفت، تقصیر هیچ موضوعیتی در مبنای مسئولیت ندارد بلکه تنها طریقی است جهت اثبات رابطه سببیت و استناد عرفی فعل به فاعل. از سویی، نظریه استناد عرفی موافق‌تر با فقه امامیه که حقوق ایران مبتنی بر آن می‌باشد نیز هست. در حقوق افغانستان مطابق آنچه در ماده ۷۷۶ که در ذیل احکام مشترک بیان شده، تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت عنوان گردیده است.

واژگان کلیدی: مسئولیت مدنی، مبنای مسئولیت مدنی، تقصیر، استناد عرفی، حقوق مدنی ایران، حقوق مدنی افغانستان.

* دکتری حقوق خصوصی

** کارشناسی ارشد حقوق گرایش حقوق خصوصی (نویسنده مسؤل)

مقدمه

اصطلاح مسئولیت مدنی در زبان حقوق کنونی، بیانگر مجموع قواعدی است که وارد کننده زیان را به جبران خسارت زیان دیده ملزم می‌نماید. مبنای مسئولیت بحثی پر اهمیت است که به پاسخ این پرسش می‌پردازد که چرا یک شخص در برابر فرد دیگر باید به جبران خسارت بپردازد. در جواب این پرسش، نظریات متفاوتی از سوی حقوق دانان و مکاتب مختلف ارائه گردیده است. آیا رویکرد حقوق ایران با فقه امامیه در این بحث همسو است؟ با بررسی مواد قانون مدنی افغانستان به چه پاسخی خواهیم رسید؟

در نوشتار حاضر ابتدا به بررسی مفهوم مسئولیت و مسئولیت مدنی و مقایسه آن با مفاهیم مشابه از قبیل مسئولیت اخلاقی و کیفری خواهیم پرداخت. سپس به بررسی اجمالی تحولات مبنای مسئولیت مدنی می‌پردازیم. در ادامه مبنای مسئولیت مدنی را از دیدگاه فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق افغانستان به بحث خواهیم نشست.

۱. مفهوم‌شناسی مسئولیت مدنی و تفاوت آن با سایر مسئولیت‌های حقوقی

۱-۱. مفهوم مسئولیت

واژه «مسئولیت» کلمه عربی است که معادل فارسی آن «پاسخگویی» می‌باشد و در اصطلاح حقوقی هم از معنای لغوی خود فاصله نگرفته است. مسئولیت به معنای پاسخگویی شخص در قبال اعمالی است که عرفاً به او استناد داده می‌شود که ضمانت اجرای قانونی آن بر طبق نوع مسئولیت تفاوت می‌یابد، به‌عنوان نمونه، مسئولیت در امور کیفری به معنای تحمل مجازات قانونی مترتب بر جرم می‌باشد اما در امور خصوصی یا حقوقی که در قانون مدنی از آن تعبیر به ضمان قهری گردیده است، عبارت است از التزام شخص به جبران خسارت ناشی از فعل منتسب به او به حکم قانون (باریکلو، ۱۳۹۲، ص ۲۲).

۱-۲. مفهوم مسئولیت مدنی

اصطلاح مسئولیت مدنی در زبان حقوقی کنونی، بیانگر مجموعه قواعدی است که وارد کننده زیان را به جبران خسارت زیان دیده ملزم می‌کند. از دیدگاه دیگر، در هر موردی که شخص ناگزیر از جبران خسارت دیگری است، گویند که در برابر او «مسئولیت مدنی» دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۳۴).

پس مسئولیت مدنی عبارت است از «التزام و تعهد قانونی شخص به جبران ضرر و زبانی که در نتیجه عمل مستند به او به دیگری وارد گردیده است». منشأ التزام و تعهد، امکان دارد که قرارداد و اراده متعهد باشد (تعهد ارادی یا قراردادی) و یا امکان دارد که قانون باشد (ضمان قهری، مسئولیت مدنی به معنای

خاص) که در این فرض، قانون به مناسبت انجام فعل زیانبار نسبت به دیگری، انجام دهنده فعل زیانبار را ملزم به جبران خسارت وارده می‌نماید؛ بنابراین مقصود از مسئولیت مدنی، التزام و تعهدی است که متعهد، به جهت انجام فعل زیانبار و به حکم قانون، موظف به انجام آن است و به اراده او این تعهد انجام نشده است.

مسئولیت داشتن یا پاسخگو بودن به اقتضای چگونگی و شیوه پاسخگویی و همچنین با توجه به مقام مؤاخذة کننده و پرسش کننده، به مسئولیت مدنی، اخلاقی، کیفری و قراردادی تقسیم می‌گردد که بررسی وجوه افتراق مسئولیت مدنی از سایر مسئولیت‌ها ضروری به نظر می‌رسد.

۳-۱. تفاوت مسئولیت مدنی و مسئولیت اخلاقی

با وجود ارتباط نزدیک حقوق و اخلاق، این دو نوع مسئولیت از چهار جنبه با هم تفاوت دارند. الف) مسئولیت اخلاقی، بیشتر جنبه شخصی دارد و به معنای شرمساری وجدان و احساس گناه است ولی مسئولیت مدنی، رفته رفته جنبه نوعی و اجتماعی یافته و معیارهای کلی پیدا نموده است. ب) در مسئولیت مدنی، ورود ضرر شرط تحقق و از ارکان مسئولیت می‌باشد اما از منظر اخلاق، همین که وجدان فرد، شرمسار و متأثر گردد یا توده مردم کاری را ناشایسته ببینند، مسئولیت به وجود می‌آید، هرچند که ضرری نیز به دیگری نرسیده باشد. ج) از نظر ضمانت اجرا، در مسئولیت مدنی، زیان‌دیده می‌تواند جبران آن را از دادگاه بخواهد و حمایت دولت را به خود جلب نماید ولی مسئولیت اخلاقی را نتوان در دادگاه مطرح نمود و داوری درباه آن به دولت و مأمورانش سپرده نشده است. د) از جهت قلمرو هم گاهی آن دو با یکدیگر متفاوتند؛ آنجا که خطای ناچیز، زبانی بزرگ به بار می‌آورد، حقوق در مسئول شناختن مرتکب تردید نمی‌نماید ولی در اخلاق این قضاوت ناعادلانه است و تناسب بین درجه تقصیر و میزان مسئولیت لازم است (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۳۷).

۳-۲. تفاوت مسئولیت مدنی و مسئولیت کیفری

مسئولیت مدنی، تکلیف شخص به جبران زبانی است که به دیگری وارد آورده است؛ ولی مسئولیت کیفری، عبارتست از الزام فرد به تحمل مجازات هنگامی که با بزهکاری خودش نظم اجتماعی را مختل نموده است (صفایی، ۱۳۵۱، ج ۲، ص ۵۳۵).

۲. سیر اجمالی در تاریخ تحول مبنای مسئولیت مدنی

تردید نیست که اشخاص تنها در برابر اعمال خود مسئول می‌باشند ولی بحث این است که دامنه این مسئولیت تا کجا گسترده است؟ آیا این مسئولیت مقید به انجام کار ناشایسته و نامشروع است و یا این که ایراد ضرر در حکم به مسئولیت کفایت می‌کند و تنها باید رابطه علیت بین کار او و زیان را احراز نماییم؟ راه‌حل‌های مختلفی که در پاسخ به این پرسش ارائه شده است، تاریخ تحول مبنای مسئولیت را شکل داده است. طبق گواهی تاریخ، در ابتدای این تحول، بیشتر تکیه و تأکید بر جبران زیان بوده است و قانون‌گذار تلاش داشته است که زیانی جبران نشده باقی نماند و رابطه مادی بین اعمال شخص و نتایج آن را کافی می‌دانسته است (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۱۶۸).

۲-۱. نظریه تقصیر شخصی

تقصیر در لغت به مفهوم سستی و کوتاهی بوده و در اصطلاح حقوقی نیز از معنای لغوی خود فاصله نگرفته است. از این رو تقصیر شخصی به معنای کوتاهی یا زیاده روی است که فرد در رفتارش مرتکب گردیده و به موجب آن خودش را قابل سرزنش می‌داند. به عبارتی می‌توان چنین گفت: «تقصیر شخصی عبارت است از انجام کاری که برای انجام دهنده یا ترک کننده آن، پشیمانی و سرزنش آور باشد.» (باریکلو، ۱۳۹۲، ص ۴۵).

این نظریه در مسئولیت مدنی، نظریه‌ای سنتی و قدیمی بوده که سابقه تاریخی‌اش به قرن ۱۳ میلادی برمی‌گردد و در قرن ۱۸ میلادی در اروپا رواج یافت. طرفداران نظریه تقصیر در جواب به این سؤال که مبنای مسئولیت عامل زیان چیست و چرا وی ملزم به جبران خسارات وارده می‌باشد، سعی کرده‌اند که ردای اخلاقی بر قامت مسئولیت مدنی پوشانده و حقوق را هرچه بیشتر به اخلاق نزدیک نمایند؛ بنابراین گفته‌اند: دلیل مسئولیت عامل زیان آنست که او مرتکب تقصیر گردیده و فعل یا ترک فعل عمدی وی باعث ورود خسارت بر دیگری شده است و براساس قواعد مسلم اخلاقی، زیان رساننده از روی عمد، مورد مذمت و نکوهش بوده و در برابر زیان‌دیده مسئول است و می‌بایست زیان وارده بر او را جبران نماید.

معیار سنجش تقصیر در این نظریه، اخلاق است؛ یعنی عامل زیان در صورتی مقصر و مسئول تلقی می‌شود که رفتار وی اخلاقاً قابل سرزنش و نکوهش باشد. از نظر این گروه، نسبت دادن مسئولیت به مقصر از داورهای عقل می‌باشد؛ عقل بشری در مورد شناسایی مسئول حوادث زیانبار اولین عاملی را که مطرح می‌نماید، مقصر است (حیدری، عامری و آل بویه، ۱۳۹۷، ۲۶۸). از اواخر قرن نوزدهم به دلائل زیر از این نظریه اعراض شد:

اولاً: این نظریه، مشکل اثباتی داشت و اثبات تقصیر شخصی در بیشتر موارد، مشکل و در برخی از موارد، غیر ممکن می‌نمود؛ زیرا از باطن و درون افراد، کسی باخبر نیست و حال آنکه اگر عامل فعل زیانبار از انجام آن کار ابراز پشیمانی و ندامت ننماید، نمی‌توان او را بر مبنای تقصیر شخصی مسئول جبران ضرر وارده بر دیگری دانست.

ثانیاً: نمی‌توان از مسئولیت مدنی و لزوم جبران خسارت وارده بر غیر توسط افرادی مانند مجانین، صغار غیر ممیز، مکره و مضطر چشم پوشی نمود و حال آنکه پذیرش نظریه تقصیر شخصی، موجب معافیت و عدم مسئولیت مدنی آنان می‌گردد (باریکلو، ۱۳۹۲، ص ۴۶).

۲-۲. نظریه خطر

نظریه خطر یا ایجاد خطر یا مسئولیت عینی بیانگر آن است که هرکسی مسئول خسارتی است که به دیگری وارد می‌آورد؛ اعم از اینکه تقصیر داشته باشد یا خیر. هر فعالیتی خطری ایجاد می‌نماید که دارنده فعالیت باید آن را تحمل نماید. به بیان دیگر از آنجا که هرکس از فعالیت خودش سود می‌برد یا امید سود بردن دارد، خطرات و خسارات ناشی از آن نیز به عهده او می‌باشد.^۱

طبق نظریه مذکور، صغیر و کبیر، دیوانه و عاقل، عامد و غیر عامد، مقصر و غیر مقصر و به طور کلی هرکس در هر حال مکلف به جبران خسارتی است که از فعل او به دیگری وارد شده است. در توجیه این نظریه می‌توان گفت که عدالت اقتضا دارد که خسارت در هر حال جبران گردد، اعم از اینکه ناشی از تقصیر وارد کننده زیان باشد یا خیر. از سوی دیگر طبق این نظریه متضرر به آسانی می‌تواند به جبران خسارت وارد شده نائل آید؛ زیرا اثبات تقصیر در این گونه مسئولیت لازم نیست و فقط متضرر باید ثابت نماید که اولاً ضرری حاصل شده است و ثانیاً این ضرر نتیجه عمل شخص مورد نظر (خواننده) بوده و به اصطلاح حقوقی، رابطه سببیت بین عمل شخص و ضرر وجود داشته است (صفایی، ۱۳۵۱، ج ۲، ص ۵۳۹)

این نظریه از اشکالات وارده از سوی طرفداران تقصیر، مصون نبود و هجمه آن انتقادات و ایرادات (ر. ک. قاسم زاده، ۱۳۸۷، صص ۳۳۲ - ۳۳۵) موجب تعدیل در نظریه خطر شد و طرفداران آن را وادار به توجیهات جدیدی نمود و باعث تفرقه‌شان گردید. برخی از طرفداران آن چشم پوشیدند و به سلک طرفداران نظریه نوعی تقصیر پیوستند و برخی دیگر به آن وفادار ماندند ولی مفهوم جدید و گوناگونی از خطر را ارائه نمودند.

۱- می‌توان گفت که قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» در حقوق اسلامی مفید این معنا است گر چه برخی بر این استفاده ایراد دارند.

۲-۳. نظریه‌های مختلط

با توجه به اشکالاتی که بر هر یک از نظریه‌های خطر و تقصیر وارد بود و هیچ یک از آنها برای رفع نیازهای جامعه کافی نمی‌نمود، نظریه مختلط یا دوگانه که آمیخته‌ای از دو نظریه یاد شده بود پدید آمد. (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۱، صص ۶۹ و ۷۰) بنابراین، در حقوق خارجی این دو نظریه به‌عنوان مبنای مسئولیت مدنی مورد قبول واقع شد ولی اختلاف باقی مانده در قلمرو و حکومت آن دو بود (باریکلو، ۱۳۹۲، ص ۵۳).

برای حل این مشکل دو راهکار ارائه شد. راهکار نخست این بود که مسئولیت مبتنی بر تقصیر به‌عنوان اصل و قاعده و مسئولیت بدون تقصیر (نظریه خطر) به صورت فرعی و جنبی و به صورت استثناء در مواردی که عدل و انصاف اقتضاء می‌کند به موقع اجرا گذاشته شود. مقررات و قوانین مسئولیت مدنی در غالب نظام‌های حقوقی قابل تطبیق با این نظریه است

راهکار دوم این که چون حوزه مسئولیت، به مسئولیت ناشی از فعل شخصی، مسئولیت ناشی از فعل غیر و مسئولیت ناشی از مالکیت و تصرف اشیاء و حیوانات تقسیم می‌گردد، مصلحت در این است که مسئولیت ناشی از فعل شخص بر مبنای تقصیر مسئولیت در دو قسم اخیر بر مبنای خطر گذاشته شود؛ بنابراین در قسم نخست خواهان باید تقصیر خواننده را به اثبات برساند، ولی در قسم اخیر خواهان به اثبات تقصیر خواننده نیاز ندارد (قاسم زاده، ۱۳۸۷، ص ۳۴۱).

۲-۴. نظریه تضمین حق

این نظریه از سوی حقوق‌دان شهیر فرانسوی بوریس استارک^۱ ارائه گردیده است. وی بر خلاف واضعان و طرف‌داران نظریه خطر و تقصیر به جای توجه و ارزیابی کار فاعل زیان به منافع از دست رفته زیان‌دیده و حقوق تضییع شده او عنایت ورزیده و همت خود را در تضمین حقوق زیان‌دیده مصروف داشته است.^۲ استارک با طرح این مسأله که هرکسی در جامعه حق دارد که با آسایش و امنیت زندگی کند و نسبت به زندگی و تمامیت جسمی خود و نزدیکانش حق دارد و می‌تواند از اموال و دارایی خویش منتفع شود و از مزایا و منافع آن بهره مند گردد رسالت قوانین و مقررات را در این دانسته است که از این گونه حقوق حمایت نماید و برای متجاوزان آنها ضمانت اجرایی مناسبی قرار دهد. به سخنی دیگر او تکلیف به جبران زیان‌های فاعل زیان، به‌منظور تضمین حق امنیت زیان‌دیده نموده است. (همان، ص ۳۳۸).

^۱ Boris Starck

^۲ garantie

در این نظریه، بین خسارات بدنی و مالی از یک سو و خسارات معنوی و اقتصادی از سوی دیگر، تفاوت گذارده شده است؛ دسته نخست، قطع نظر از تقصیر عامل ورود زیان، در هر حال باید جبران شود و مسئولیت ناشی از آن نوعی است. لیکن در مورد خسارات معنوی و اقتصادی، اگر همراه با زیانهای بدنی و مالی نباشد، مسئولیت در صورتی ایجاد می‌شود که مرتکب کار زیانبار مقصر باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۱۹۹).

این نظریه نیز با انتقاداتی مواجه گردید و باید گفت که هیچ کدام از نظریه‌های ابراز شده را به‌عنوان مبنای منحصر مسئولیت مدنی پذیرفت و بر پایه آن نظام عادلانه‌ای را ایجاد کرد ولی حقیقتی که در تمام آن‌ها نیز وجود دارد انکارناپذیر است. آنچه اهمیت دارد رسیدن به عدالت است و ابزارهای منطقی تنها وسایل راه‌گشایی به این هدف است.

۳. مبنای مسئولیت مدنی در حقوق

در بین اساتید حقوق، سه دیدگاه در این زمینه مطرح است:

۱) کاتوزیان: به‌عنوان قاعده، مبنای مسئولیت را می‌توان تقصیر قرار داد و ضمان‌های بدون تقصیر را استثنا تلقی نمود. اگر چه که ایشان، قائل است که سیر اجمالی در قواعد مسئولیت حاکی از آنست که حقوق‌دانان اسلامی در تمام مسائل از یک اصل پیروی نموده‌اند؛ در تسبیب به‌طور معمول برای ایجاد ضمان لازم است که شخص کاری ناشایسته انجام داده باشد و گاهی دیگر هیچ تقصیری برای تحقق آن ضرورت ندارد. مسئولیت امین منوط به آنست که مرتکب تفریط و تعدی گردد اما رابطه علیت بین تقصیر او و تلف مال ضرورتی ندارد.

دست یافتن بر مال دیگری، گاهی به دلیل تجاوز عمدی غاصب به حق دیگری، ضمان‌آور است و گاهی هم بدون آنکه هیچ تقصیری متوجه متصرف باشد، قانون او را مسئول حفظ مال و رد آن به مالک قرار می‌دهد و رابطه سببیت بین کار و تلف را نیز ندیده می‌گیرد.

از منظر کاتوزیان، این اختلافها نشان از آن دارد که در زمینه مسئولیت مدنی، فقهاء به اجرای عدالت واقعی و رعایت انصاف بیش از احترام به اصل و منطبق توجه داشته‌اند. آنان یافته‌اند که روابط انسان‌ها چنان تنوعی دارد که محال است همه مظاهر آن را در سایه یک اصل قرار داد. (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۱۶۶).

۲) باریکلو، صفایی و رحیمی: به نظر می‌رسد آنچه که در فقه اهمیت دارد، استناد عرفی ضرر است و کسی مسئول شناخته می‌شود که خسارت، مستند به فعل یا ترک فعل است.

۳) بهرامی احمدی: مبنای مسئولیت مدنی در حقوق اسلامی و حقوق ایران، قاعده نفی ضرر است.

آنچه که با بررسی دیدگاه فقهای شیعه و سنی به دست می‌آید، پیروی از نظریه استناد عرفی است؛ بنابراین برای تحقق مسئولیت، وجود یا اثبات تقصیر شرط نیست بلکه اثبات ضرر و رابطه سببیت عرفی بین ضرر و فعل یا ترک فعل شخص برای مسئولیت و مطالبه خسارت کفایت می‌نماید. پرواضح است که قبول این نظر به سود زیان‌دیده می‌باشد زیرا او را از اثبات تقصیر که غالباً کار دشواری است، معاف می‌نماید؛ به علاوه آنکه در توجیه فلسفی آن نیز می‌توان گفت: عدالت اقتضا دارد که خسارت در هر حال جبران گردد و هیچ ضرری بدون جبران باقی نماند. (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۵، ص ۷۷). بنابراین «رابطه سببیت عرفی» و «تقصیر»، می‌توانند به‌عنوان ملاک‌های احراز قابلیت انتساب مورد استفاده قرار گیرد. (انصاری و مبین، ۱۳۹۰، ص ۱۷).

۴. مبنای مسئولیت مدنی در فقه امامیه

دله ذیل را در فقه اسلامی می‌توان به‌عنوان دلیل اقامه نمود:

۱) قاعده لاضرر هم دست‌کم بنا بر یکی از نظریه‌هایی که در مفهوم آن پذیرفته شده است، مفید همین معنا می‌باشد. با بررسی مبانی مسئولیت مدنی آنچه که مطرح است، جبران ضرر است و نظر شارع اسلام این است که هیچ ضرری جبران نشده باقی نماند؛ بنابراین هر ضرری نارواست و باید جبران شود. آنچه که مهم است، احراز رابطه سببیت بین فعل شخص و ضرر است و حتی در تسبیب که در برخی موارد، به عدوانی بودن کار مسبب اشاره شده است، فقیهان تصریح نموده‌اند که منظور از قید «عدوان»، احراز رابطه سببیت بین عمل و وقوع ضرر است؛ بنابراین در تسبیب هم تقصیر شرط نیست و مهم احراز رابطه سببیت است که تقصیر می‌تواند در این زمینه راهگشا باشد (سعادت مصطفوی و پایکاری، ۱۳۹۶، ص ۱۷۸).

۲) صحیح‌ه امام صادق (ع) که می‌فرماید: «من أضرّ بشيء من طریق المسلمین فهو له ضامن» (معزی ملایری، ۱۳۷۳، ص ۲۲۵). هرکس به مسلمین ضرری وارد نماید، مسئول و ضامن جبران آن است. از آنجا که عبارت «من أضرّ» مطلق آمده و مقید به قیدی مانند تقصیر نگردیده است و مرادش آنست که هرکس ضرر برساند، می‌توان نتیجه گرفت که اگر فعل زیانباری عرفاً به شخصی استناد داشته باشد، او مسئول است که ضرر ناشی از آن را جبران نماید؛ بنابراین هر چند عرف، تقصیر را در احراز استناد عرفی به شخص مؤثر می‌داند و یکی از راه‌های احراز استناد عرفی فعل به عاملش، تقصیر است اما معنای این مطلب آن نیست که تقصیر برای تحقق مسئولیت مدنی موضوعیت دارد، به گونه‌ای که با انتفاء آن، مسئولیت مدنی هم منتفی گردد، بلکه تقصیر در حقوق اسلامی راهی جهت کشف و احراز استناد عرفی فعل زیانبار به عامل آن می‌باشد (حیدری، عامری و آل بویه، ۱۳۹۷، ص ۲۷۷).

۳) نظرات فقها: در فقه اسلامی هم گرچه فقهاء، در بعضی موارد، دلیل مسئولیت را تقصیر عامل فعل زیانبار ابراز نموده‌اند، اما در بسیاری موارد دیگر، وجود یا عدم وجود مسئولیت را منوط به استناد یا عدم استناد عرفی عمل زیانبار کرده‌اند (باریکلو، ۱۳۹۲، ص ۵۴) که از باب نمونه به سخن چند تن از فقها اشاره می‌گردد:

«بعد از دقت در مسایلی که فقهاء مطرح نموده‌اند، آگاه می‌شوی که مدار و ملاک مسئولیت، صدق عرفی صدور فعل از عامل فعل زیانبار می‌باشد؛ بنابراین کلام را با بیان فروع و مثال‌های مختلف طولانی نمی‌نماییم و همچنین مباشرت و تسبیب نیز خصوصیتی ندارند. به همین جهت است که در باب مسئولیت ناشی از فعل اکراهی، فقهاء اکراه کننده را مسئول جبران خسارت وارده می‌شمرند زیرا با وجود اکراه، مباشر ضعیف شده است و فعل عرفاً به کراه کننده استناد پیدا کرده است، یعنی در حقیقت، اکراه کننده مال را تلف نموده است و این چیزی مخالف قاعده نیست بلکه هیچ توجیهی ندارد که مباشر مقدم باشد مگر اینکه عرفاً عمل به او استناد داشته باشد.» (حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۴۳۶).

شهید ثانی در مورد کسی که با دیگری تصادف نماید و کشته می‌گردد چنین می‌فرماید:

تصادف کننده باید از مال خود دیه را پرداخت نماید، زیرا که تلف مصدوم عرفاً به او استناد دارد. اگر هر دو با هم برخورد کنند، هر یک باید از مال خود نصف دیه طرف دیگر را پرداخت کند، چون در این صورت، فعل به هر دوی ایشان استناد دارد (شهید ثانی، ۱۳۶، ج ۲، ص ۴۲۰).

مرحوم سید علی طباطبایی در موردی که طوفان کسی را بر روی شخص دیگر پرتاب کند و او فوت نماید می‌گوید: آن شخص ضامن نیست زیرا مرگ به او استناد ندارد بلکه به امر خارجی (طوفان) مستند است. (طباطبایی، ۱۴۲۲، ج ۱۴، ص ۲۰۷).

برخی مانند صاحب جواهر درباره حکم فقهاء به عدم مسئولیت و ضمان کسی که بر دیگری فریاد بزند و او فوت نماید چنین فرموده است: در صورتیکه معلوم و ثابت گردد که مرگ به فریاد استناد ندارد، حکم آنست که فریاد زننده مسئولیتی ندارد و اگر در استناد مرگ به فریاد شک شود، نیز حکم همین است، زیرا با فرض اینکه عرفاً کسی با فریاد نمی‌میرد، اصل عدم ضمان است. آری، اگر قرائن و اوضاع و احوال فهمیده شود، به گونه‌ای که علم حاصل گردد که مرگ به فریاد استناد دارد، در این صورت ضمان موجه می‌باشد. (نجفی، ۱۳۹۷، ج ۴۲، ص ۵۷).

بنابراین با توجه به اینکه استناد عرفی فعل زیانبار به عامل زیان، اعم از تقصیر یا عدم تقصیر او می‌باشد و در روایات وارد شده از معصومین (ع) هیچ گونه اشاره‌ای به لزوم اثبات تقصیر نشده است، می‌توان نتیجه گرفت که در حقوق اسلام، مبنای مسئولیت مدنی، استناد عرفی عمل زیانبار به شخص بوده و این نظریه به‌عنوان مبنای مسئولیت مدنی مورد پذیرش واقع شده است (باریکلو، ۱۳۹۲، ص ۵۶).

از معاصرین نیز مرحوم آیت الله خوئی (ره) فرموده‌اند: هر گاه معلمی به طفلی شنا آموزش دهد و طفل اتفاقاً غرق شود، اگر غرق مستند به فعل معلم باشد، معلم ضامن است (خوئی، ۱۳۹۶).

آنچه در این عبارت کوتاه مد نظر قرار گرفته، اگرچه ظاهراً دلالت بر رابطه سببیت دارد، ولی از آنجا که علت مسئولیت را در میان شرایط مختلفی که برای تحقق ضمان لازم است، به «قابلیت انتساب» منحصر کرده اثبات می‌کند که دلیل اصلی ضمان، قابلیت انتساب است و بین این عامل و سایر شرایط لازم برای تحقق ضمان تفاوت ماهوی وجود دارد. سایر شرایط تحقق ضمان، نقش تمهیداتی و فرعی دارند ولی قابلیت انتساب، دلیل اصلی و مبنای تحقق ضمان است و حتی سایر شرایط نیز هر یک به نحوی بازگشت به قابلیت انتساب عرفی دارند. دیگر احکام و قواعد فقهی نیز همین نظر را تأیید و تقویت می‌نمایند (انصاری و مبین، ۱۳۹۰، ص ۱۷).

۵. مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران

نظرات درباره مبنای مسئولیت مدنی در قوانین حقوقی ایران به دو دسته تقسیم می‌شوند:

۵-۱. نظر مشهور

نظری که اقوی است و با فقه اسلامی و قانون مدنی هم تعارض بی‌نی ندارد و از جمع بین قوانین موضوعه به دست می‌آید آنست که ماده یک قانون مسئولیت مدنی^۱ که مبنای تقصیر را پذیرفته است، یک قاعده عام است که بیشتر موارد مسئولیت مدنی را در بر می‌گیرد؛ اما در مواردی، مسئولیت نوعی یا بدون تقصیر در قوانین ما پذیرفته شده است که استثناء بر قاعده عام مذکور و در واقع مخصص آن به حساب می‌آید (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۵، ص ۸۳).

از آن جمله، مسئولیت ناشی از اتلاف موضوع مواد ۳۲۸ تا ۳۳۰ ق.م.آو مسئولیت ناشی از وسایل نقلیه زمینی موتوری، موضوع قانون بیمه اجباری مسئولیت ۱۳۸۷ است. این نظر با حقوق تطبیقی هم هماهنگی دارد؛ زیرا در اکثر کشورهای پیشرفته مخصوصاً فرانسه، اصل مسئولیت مبتنی بر تقصیر پذیرفته شده و در

۱. ماده ۱ - هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتنی یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد.

۲. ماده ۳۲۸ - هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد اعم از این که از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از این که عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است.

ماده ۳۲۹ - اگر کسی خانه یا بنای کسی را خراب کند باید آن را به مثل صورت اول بنا نماید و اگر ممکن نباشد باید از عهده قیمت بر آید.

ماده ۳۳۰ - اگر کسی حیوان متعلق به غیر را بدون اذن صاحب آن بکشد باید تفاوت قیمت زنده و کشته آن را بدهد و لیکن اگر برای دفاع از نفس بکشد یا ناقص کند ضامن نیست.

عین حال در موارد استثنایی، مسئولیت بدون تقصیر یا مسئولیت نوعی در قانون یا رویه قضایی منعکس شده است. قابل توجه است که در رأی وحدت رویه شماره ۷۴۷ مورخ ۹۴/۱۰/۲۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز به مبنای تقصیر در مسئولیت مدنی اشاره شده و در آغاز رأی چنین آمده است: «یکی از شرائط برقراری مسئولیت مدنی، وجود تقصیر است.»

دکتر کاتوزیان نیز قائل است که سیری که در قوانین ما انجام شده است نشان می‌دهد که مسئولیت اصولاً مبتنی بر تقصیر است، یعنی قانون کلی آنست که شخص در صورتی مسئول زیان ناشی از کار خود است که مرتکب تقصیر شده باشد؛ اما پذیرفتن این اصل مانع از آن نیست که گاهی هم مسئولیت، بدون تقصیر هم به وجود آید و نمی‌توان ادعا کرد که تقصیر، مبنای منحصر مسئولیت است. در پاره‌ای از امور به دلیل لزوم جبران ضرر نامشروعی که وارد شده است یا به خاطر محیط خطرناکی که شخص برای انتفاع از آن به وجود آورده است، قانون‌گذار ما مسئولیت مدنی را پذیرفته است و به طور کامل از هیچ یک از دو نظریه تقصیر و ایجاد خطر پیروی نمی‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۲۲۰). دکتر قاسم زاده نیز قائل است که ضابطه «من له الغنم فعلیه الغرم» به‌عنوان یک ضابطه مکمل در کنار تقصیر می‌تواند جواب‌گوی بسیاری از نیازهای جدید باشد و باعث ایجاد توازن و اقامه عدل و قسط گردد (قاسم زاده، ۱۳۸۷، ص ۳۴۳).

۲-۵. مبنای نفی ضرر

برخی حقوق‌دانان اظهار نظر کرده‌اند که مبنای مسئولیت مدنی در حقوق اسلامی و حقوق ایران، نفی ضرر است.

۳-۵. نظریه قابلیت انتساب

از آنجا که مبانی مختلفی همچون نظریه تقصیر، خطر و مختلط و قابلیت استناد عرفی به‌عنوان مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران توسط حقوق‌دانان مختلفی مطرح گردیده، می‌توان گفت که بهترین نظر، نظریه قابلیت استناد عرفی به‌عنوان مبنای مسئولیت در حقوق ایران است، چرا که اولاً مبنای دیگر وام گرفته از حقوق کشورهای غربی بوده و با فقه اسلامی که شالوده حقوق ایران را تشکیل می‌دهد سازگار نیستند، (مقامی‌نیا، ۱۳۹۷، ص ۴۲۴).

از طرف دیگر می‌توان اشکالات وارده بر این نظریه را پاسخ داد و اشکالات ظاهری بیان شده بر آن را توجیه کرد، کما اینکه حقوق‌دانانی چون باریکلو و حیاتی و مبین در دفاع از این نظریه آن را توجیه کرده‌اند و این نظر را با فقه امامی سازگار می‌دانند (باریکلو، ۱۳۹۲، ص ۵۶؛ حیاتی، ۱۳۹۲، ص ۷۲؛ مبین، ۱۳۹۰، صص ۲۰۹-۲۱۰).

این نظر با فقه امامی سازگار است و مبنای مسئولیت در حقوق ایران نظریه قابلیت استناد عرفی می‌باشد؛ اما در ادامه پیشنهاد می‌گردد که با همت قانون‌گذار نظریه مسئولیت محض در مواردی مشخص، چون حمایت از مصرف‌کننده، بکار گرفته شود و به این ترتیب حتی رنج اثبات استناد عرفی نیز از زیان دیده برداشته شود و به این ترتیب زیان دیده به سرعت و آسانی به حق و حقوق خود برسد.

یکی از اساتید حقوق چنین می‌گوید: «اساس مباحث ضمانات قانون مدنی ما، بر صرف انتساب اضرار به فاعل نهاده شده است، خواه عمد و بی احتیاطی و غفلت از او سر زده باشد، یا نه. این ضابطه دقیق‌تر از ضوابط اروپایی است و نظریه قابلیت انتساب در حقوق، در زندگی ماشینی و پر مخاطره عصر ما متناسب‌تر است و مسلمانان باید به آن متکی باشند.» (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، ص ۴۳۱).

همانطور که قبلاً اشاره شد، وجود ماده (۱) قانون مسئولیت مدنی باعث شده تا حقوقدانان، تقصیر را به‌عنوان مبنای مسئولیت مدنی لحاظ کنند. در حالیکه با توجه به موادی، تقصیر به‌عنوان یک مبنای مستقل در نظیر ماده ۵۳۳ قانون مجازات اسلامی تعزیرات حوزه تعهدات و مسئولیت مدنی قابل طرح نیست و آنچه حائز اهمیت است، قابلیت استناد ضرر به رفتار مرتکب است و تقصیر صرفاً طریقی برای اثبات این موضوع می‌باشد. عده‌ای (وحدتی شبیری، ۱۳۸۵، ۱۷۹) بیان داشته‌اند که در فقه امامیه فروعی به چشم می‌خورد که در آن‌ها مسئولیت مدنی - خواه قراردادی خواه غیر قراردادی- به صراحت بر عنصر تقصیر استوار شده است که با توجه به مطالب پیش گفته می‌توان گفت تقصیر هر چند که مورد اشاره و تأکید فقها (علامه حلی، بی‌تا، ۵۴۱) قرار گرفته باشد، از اصالت وجودی برخوردار نیست و آنچه مهم است، انتساب خسارات وارده به رفتار خواننده است. کما اینکه اشارات زیادی در فقه به استناد خسارات به رفتار مرتکب شده و لزوماً سخنی از تقصیر به میان نیامده است.

اگر در برخی مواد راجع به تسبیب از تقصیر سخنی به میان آمده است از باب احراز رابطه سببیت یا استناد عرفی ضرر به خواننده دعوی است که تقصیرش را لحاظ می‌دارد. پس در تسبیب نیز عنصر تقصیر نقشی ندارد بلکه آنچه که شرط است اثبات رابطه سببیت عرفی بین فعل مسبب و ضرر می‌باشد. ماده ۳۳۱ قم که در مقام مسئولیت ناشی از تسبیب می‌باشد، سخنی از تقصیر به میان نیاورده است و در مواد ۳۳۳ تا ۳۳۵ این قانون هم که کلمه تقصیر به کار رفته است صرفاً از جهت احراز رابطه سببیت است نه اینکه تقصیر مبنای مسئولیت باشد. مثلاً در تصادف دو وسیله نقلیه اگر راننده یکی مقصر و دیگری بدون تقصیر باشد، عرف ضرر وارده را به راننده مقصر نسبت می‌دهد (ماده ۳۳۵ قم) این امر در قانون مجازات هم به طور صریح مورد توجه قرار گرفته است مثل اینکه در تبصره ۱ ماده ۵۰۴ قانون مذکور مصوب ۱۳۹۲ آمده است: «در موارد فوق هرگاه عدم رعایت برخی از مقررات رانندگی تأثیری در حادثه نداشته باشد به گونه‌ای که

تقصیر مرتکب علت جنایت حاصله نباشد، راننده ضامن نیست» یا در ماده ۵۲۹ می‌گوید: «در کلیه مواردی که تقصیر موجب ضمان مدنی یا کیفری است، دادگاه موظف است استناد نتیجه حاصله به تقصیر مرتکب را احراز نماید». پس آنچه که همواره مورد توجه قانون‌گذار است همان رابطه عرفی بین فعل و ضرر است. (حیدری، عامری و آل بویه، ۱۳۹۷، ۲۷۸).

۶. مبنای مسئولیت مدنی در حقوق افغانستان

با نگاهی به قانون مدنی افغانستان می‌توان گفت که در این قانون، اشاره‌ای به نظریه مختلط نیست زیرا اثری از تفکیک مطرح شده در نظریه مذکور در آن وجود ندارد و همچنین نظریه تضمین حق مورد تأیید نمی‌باشد چرا که مطابق ماده ۸، جواز قانونی ضمان را نفی می‌کند و شخصی که از حق خود در حدود قانون استفاده می‌کند، مسئول خسارات ناشی از آن نمی‌باشد. از سوی دیگر، اشاراتی به هر یک از نظریات خطر، خطر نامتعارف، تقصیر و فرض تقصیر در این قانون به چشم می‌خورد که در ذیل به آن‌ها اشاره می‌گردد.

۶-۱. مواد ناظر به نظریه خطر

در ماده ۷۵۸ چنین آمده است: شخصی که مال غیر را تلف نماید، به ضمان ضررناشی از آن مکلف می‌باشد. مطابق ماده ۷۵۹، شخصی که مال غیر را خواه در تصرف خودش باشد یا امین او، قصداً و یا بدون قصد تلف نماید، به ضمان ضرر ناشی از عمل خود مکلف شناخته می‌شود. همچنین در ماده ۷۶۲ می‌خوانیم: هرگاه صغیر ممیز یا غیر ممیز و یا شخصی که تابع حکم صغیر غیر ممیز پنداشته شود، مال غیر را تلف نماید، ضمان مال تلف شده از مال متعلق به خود وی لازم می‌گردد. در صورت نداشتن مال تا زمان دارا شدن وی مهلت داده می‌شود؛ ولی وصی و قیم به ضمان مال تلف شده مکلف پنداشته نمی‌شود، مگر در صورتی که محکمه آن‌ها را به ضمان مال مکلف سازد، در این صورت حق رجوع آن‌ها برتلف کنند محفوظ می‌باشد. همان‌گونه که ملاحظه می‌گردد

۶-۲. مواد ناظر به نظریه خطر نامتعارف

در بند یک ماده ۹ آمده است: شخصی که از حق خود تجاوز نماید، ضمان بر او لازم می‌گردد. در بند ۲ آن ماده، اولین مورد از موارد تجاوز از حق را «اعمال مخالف عرف و عادت» می‌شمرد.

۳-۶. مواد ناظر به نظریه تقصیر

در ماده ۷۶۰ چنین گوید: طوری که ایجاد سبب اتلاف موجب ضمان می‌گردد، قصور در تهیه وسایل ممکنه رعایت احتیاط، نیز ضمان ضرر را لازم می‌گرداند. مطابق ماده ۷۹۳، حادثه جنائی‌ای که از حیوان به وقوع می‌رسد، مسئولیت بار نمی‌آورد و مالک وقتی مسئول جبران خساره عائده از حیوان می‌گردد که عدم اتخاذ احتیاط لازم از طرف وی، برای جلوگیری از وقوع حادثه ثابت گردد. همچنین ماده ۷۹۴ بیان می‌دارد: هرگاه مالک، حیوان را در حال رساندن ضرر به مال غیر، دیده و آن را جلوگیری ننماید و یا از عیب حیوان آگاه بوده و آن را محافظت نکرده باشد، مسئول پنداشته می‌شود. در ادامه در ماده ۷۹۵ نیز آمده است: محافظ عمارت گرچه مالک آن نباشد، از ضرر ناشی از انهدام با آنکه انهدام جزئی باشد، مسئول پنداشته می‌شود. سپس استثنائاتی را در ضمن چند تبصره آورده است که در تبصره یک می‌گوید: مگر اینکه ثابت گردد که انهدام به سبب اهمال درصیانت نبوده یا بر اثر کهنه بودن عمارت یا عیب آن صورت گرفته است.

۴-۶. مواد ناظر به فرض تقصیر در عامل زیان

مطابق ماده ۷۹۰، پدر و پدرکلان به ترتیب به جبران خساره ضرری که صغیر عاید نموده، مکلف می‌باشد، مگر در صورتی که ثابت نماید، مراقبت لازم را در زمینه انجام داده یا اینکه ضرر با وجود مراقبت لازم حتماً واقع می‌گردد. بند یک ماده ۷۹۱ اظهار می‌دارد: شخصی که به حکم قانون یا موافقه، مکلفیت نظارت شخص را داشته باشد، از اعمال مضره شخص تحت نظارت خود، مانند صغیر و مجنون، مسئول پنداشته می‌شود. (اگر چه در ماده ۷۹۲ گوید: مسئول از عمل غیر، می‌تواند جبران خساره‌ای را که پرداخته است، از عامل مطالبه نماید.) در ماده ۷۹۷ گوید: شخصی که آلات تخنیکی یا دیگر اشیایی را در اختیار داشته باشد که جلوگیری از تولید ضرر آن‌ها مستلزم توجه خاص باشد، در صورت وقوع ضرر از اشیاء و آلات مذکور، مسئول شناخته می‌شود. مگر این که ثابت نماید در جلوگیری از وقوع ضرر احتیاط کافی را به کار برده است.

۵-۶. تقصیر؛ مبنای مسئولیت در قانون مدنی افغانستان

ماده ۷۷۶ را می‌توان به‌عنوان یک مبنای عام و قاعده‌ای عمومی در مبنای مسئولیت مدنی دانست که در ذیل عنوان «احکام مشترک» و صرف نظر از قید اتلاف یا تسبیب چنین می‌گوید: «هرگاه بر اثر خطا و یا تقصیر، ضرری به غیر عاید گردد مرتکب، به جبران خسارت مکلف می‌باشد.»

خطا در این ماده به معنای تقصیر غیر عمد می‌باشد و تقصیر می‌تواند به دو معنی باشد؛ تقصیر عمد و یا غیر عمد؛ اما از آنجا که قانون‌گذار با تعبیر «خطا» از تقصیر غیر عمد صحبت کرده بنابراین منطقی نیست که

قانون‌گذار دوباره در ادامه نیز از تقصیر غیر عمد صحبت به میان آورد. پس مقصود از تقصیر در این جا، تقصیر عمد خواهد بود. اکنون اگر یکبار دیگر ماده را مرور نمایم چنین می‌گوید: هرگاه بر اثر خطا (تقصیر غیر عمد) و یا تقصیر عمد به دیگری زبانی برسد، مرتکب به جبران خسارت مکلف می‌باشد. پس می‌توان گفت که قانون مدنی افغانستان در این ماده به‌عنوان یک نظریه عمومی، تقصیر (اعم از عمد و غیر عمد) را مبنای مسئولیت مدنی شناخته است.

از آنجا که اتلاف بر دو قسم است؛ اتلاف بالمباشره و اتلاف بالتسبیب می‌توان گفت که مواد ۷۵۸ و ۷۵۹ که در ذیل عنوان «اتلاف» آمده‌اند به بحث اتلاف بالمباشره می‌پردازند. ماده ۷۵۸ چنین گوید:

«شخصی که مال غیر را تلف نماید به ضمان ضرر ناشی از آن مکلف می‌باشد؛ یعنی شخصی که مال دیگری را مستقیماً و به مباشرت تلف کند، ضامن است چرا که بر مبنای فقه اسلامی، کسی که مال دیگری را مستقیماً تلف کند چه مقصر باشد و یا نباشد مسؤل جبران خسارت است؛ بنابراین در اتلاف مستقیم تقصیر شرط نیست، فقط کافیست که رابطه سببیت بین فعل زیانبار و ضرر وجود داشته باشد. در ادامه ماده ۷۵۹ آن را تکمیل می‌کند و چنین اظهار می‌دارد: «شخص که مال غیر را خواه در تصرف خودش باشد یا امین او قصداً و یا بدون قصد تلف نماید به ضمان ضرر ناشی از عمل خود مکلف شناخته می‌شود». مقصود آنست که اگر کسی مال غیر را تلف کند چه قصد تلف داشته باشد یا خیر و به عبارتی چه تقصیر عمد داشته باشد و یا نداشته باشد، در هر حال ضامن جبران خسارت است چرا که در اتلاف، تقصیر شرط نیست؛ اما ماده ۷۶۰ از اتلاف بالتسبیب یا غیر مستقیم سخن می‌راند نه اتلاف مستقیم و می‌گوید: «طوری که ایجاد سبب اتلاف موجب ضمان می‌گردد، قصور در تهیه وسایل ممکنه رعایت احتیاط، نیز ضمان ضرر را لازم می‌گرداند؛ از آنجا که در تسبیب یا اتلاف غیر مستقیم، تقصیر شرط تحقق مسئولیت مدنی است لذا قصور در تهیه وسایل ممکنه احتیاط را تأکید می‌نماید.

طبق ماده ۷۶۲ حتی صغیر ممیز یا غیر ممیز و یا شخصی که تابع حکم صغیر غیر ممیز است مثل مجنون یا مست اگر مال غیر را تلف کنند، ضمان مال تلف شده از مال متعلق به آن‌ها لازم می‌گردد. ماده مشار الیه چنین گوید: «هرگاه صغیر ممیز یا غیر ممیز و یا شخصی که تابع حکم صغیر غیر ممیز پنداشته شود، مال غیر را تلف نماید، ضمان مال تلف شده از مال متعلق به خود وی لازم می‌گردد». این به معنای آنست که در ضمان اتلاف بالمباشره، تقصیر شرط نیست و صغیر غیر ممیز یا مجنون هم می‌توانند مسؤل قرار بگیرند چون مستقیماً مال دیگری را تلف کرده‌اند.

بنابراین، اصولاً در حقوق مدنی افغانستان، خطا یعنی تقصیر غیر عمد و تقصیر یعنی تقصیر عمد و مبنای مسئولیت همان تقصیر است، اما قانون مدنی راجع به اینکه آیا معیار تقصیر، شخصی یا اجتماعی است صحبتی به میان نمی‌آورد؛ اما می‌توان گفت از آنجا که قانون مدنی افغانستان مبتنی بر حقوق اسلامی است و در

حقوق اسلام، رفتار انسان متعارف به عنوان معیار قرار می‌گیرد پس باید گفت که معیار تقصیر، تقصیر نوعی است.

حقوق ایران مطابق ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، هرکس عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به دیگری زیان برساند مسئول است. در ماده ۷۷۶ ق.م. افغانستان و در ماده ۳۲۸ و ۳۳۱ قانون مدنی ایران از اتلاف به تفصیل صحبت کرده از اتلاف بالمباشره و اتلاف بالتسبیب صحبت کرده، در اتلاف بالمباشره تقصیر شرط نیست اما در تسبیب تقصیر شرط است.

نتیجه گیری

با بررسی‌هایی که در این تحقیق انجام گرفت این نتیجه حاصل شد که مبنای مسئولیت مدنی، تاریخ و سرگذشت پرفراز و نشیبی را طی نموده است و از تقصیر شخصی آغاز و امروزه به تدبیر اقتصادی رسیده است. گرچه در تعیین مبنای مسئولیت از نظر فقه اسلامی، بین حقوقدانان اختلاف است اما می‌توان گفت با بررسی قاعده لاضرر، برخی روایات و نظرات فقهاء به این نتیجه رسید که آنچه از نظر شارع دارای اهمیت است همان استناد عرفی می‌باشد؛ بنابراین در تحقق مسئولیت، وجود یا اثبات تقصیر شرط نیست بلکه اثبات ضرر و رابطه سببیت عرفی بین ضرر و فعل یا ترک فعل شخص برای مسئولیت و مطالبه خسارت کفایت می‌نماید. هر چند عرف، تقصیر را در احراز استناد عرفی به شخص مؤثر می‌داند و یکی از راه‌های احراز استناد عرفی فعل به عاملش، تقصیر است اما این به معنای آن نیست که تقصیر برای تحقق مسئولیت مدنی موضوعیت دارد، به گونه‌ای که با انتفاء آن، مسئولیت مدنی هم منتفی گردد، بلکه تقصیر در حقوق اسلامی راهی جهت کشف و احراز استناد عرفی فعل زیانبار به عامل آن می‌باشد.

از نگاه حقوق ایران نیز می‌توان اصل را بر نظریه استناد عرفی دانست؛ چرا که هم نظریات دیگر وام گرفته از این نظریه‌اند و هم مطابق‌تر با فقه امامی است و اشکالات وارده بر آن نیز قابل پاسخ است. اگر در موادی از قانون که سخن از تسبیب است و حرف تقصیر به میان می‌آید از باب احراز رابطه سببیت است نه اینکه تقصیر به عنوان مبنا و رکن مسئولیت باشد. با بررسی مواد قانون مدنی افغانستان، آنچه که مطابق ماده ۷۷۶ به عنوان مبنای مسئولیت مدنی قرار گرفته است همان نظریه تقصیر می‌باشد.

منابع

۱. انصاری، علی و مبین، حجت (۱۳۹۰)، نظریه قابلیت انتساب در حقوق مسئولیت مدنی؛ مطالعه تطبیقی در فقه امامیه و حقوق فرانسه، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۵، شماره ۱.

۲. باریکلو، علی رضا (۱۳۹۲)، مسئولیت مدنی، چاپ چهارم، تهران: میزان.
۳. بربری، طاهره (۱۳۹۲)، بررسی تطبیقی مبانی مسئولیت مدنی در حقوق ایران و افغانستان، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه بین المللی امام خمینی (ره).
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۵. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۸)، العناوین، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۶. حیدری، قاسم؛ عاملی، پرویز و آل بویه، علی (۱۳۹۷)، بررسی تطبیقی مبانی مسئولیت مدنی در حقوق ایران و آمریکا، فصلنامه پژوهش‌های روابط بین الملل، دوره هشتم، شماره ۲۸.
۷. خوبی، سید ابوالقاسم (۱۳۹۶)، مبانی تکمله المنهاج، دوم، قم: دارالهادی.
۸. سعادت مصطفوی، مصطفی و پایکاری، محمد جواد (۱۳۹۶)، نگرشی جدید به مبانی مسئولیت مدنی در حقوق ایران و فقه امامیه، دوفصلنامه آموزه‌های حقوقی گواه، سال سوم، شماره اول.
۹. شهید الثانی (۱۳۶۷)، شرح لمعه، سوم، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۱۰. صفایی، سید حسین (۱۳۵۱)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، تهران: مؤسسه عالی حسابداری.
۱۱. صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب الله (۱۳۹۵)، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چاپ سوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها.
۱۲. طباطبایی، سید علی (۱۴۲۲)، ریاض المسائل، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۳. قاسم زاده، سید مرتضی (۱۳۸۷)، مبانی مسئولیت مدنی، پنجم، تهران: نشر میزان.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، الزام‌های خارج از قرارداد، سیزدهم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۵. معزی ملایری، شیخ اسماعیل (۱۳۷۳)، جامع احادیث الشیعه فی احکام الشریعه، قم.
۱۶. مقامی نیا، داریوش (۱۳۹۷)، مبنای فقهی مسئولیت مدنی با نگاهی به قاعده لاضرر، فصلنامه علمی حقوقی قلون یار، دوره دوم، شماره هشتم.
۱۷. نجفی، محمد حسین (۱۳۹۷)، جواهر الکلام، ششم، تهران: کتابخانه اسلامی.

رجوع از شهادت در جرائم حدود و قصاص

در فقه حنفی و امامیه

ذکر الله نظری*

چکیده

بحث رجوع از شهادت در فقه، مورد توجه اکثر فقها قرار گرفته است و درباره آن به بحث و بررسی پرداخته‌اند. در این خصوص مباحث زیادی قابل بحث و بررسی است که مهم‌ترین آن‌ها تأثیر رجوع از شهادت بر شهادت ادا شده پیش از صدور حکم و همچنان بعد از حکم صادر شده براساس شهادتی است که از آن رجوع شده باشد. موضوع دیگر مسئولیت شاهد‌های رجوع کننده و مقدار مسئولیت آن‌ها است که در فقه به آن توجه شده است. در این پژوهش با توجه به دیدگاه دو فقه حنفی و فقه جعفری رجوع از شهادت مورد توجه قرار گرفته و مسئولیت رجوع کننده و دلایل و مقدار مسئولیت رجوع کننده بررسی شده‌اند. لذا این پژوهش با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی به بررسی رجوع شاهد از شهادت خویش با در نظر داشت دو دیدگاه مذهب حنفی و جعفری پرداخته است. نتیجه به دست آمده عبارت است از این که رجوع از شهادت در جرائم حدود و قصاص در فقه حنفی و جعفری در اکثر موارد آثار و نتایج مشابه دارد و تنها در جرائم حدود اختلافات مختصری بین فقهای حنفی و امامیه وجود دارد که رجوع از شهادت باعث تغییر حکم قاضی خواهد شد در صورتی که حکم اجرا نشده باشد.

واژگان کلیدی: حکم، رجوع، شهادت، فقه، حنفی، جعفری

مقدمه

یکی از راه‌های اثبات جرائم، شهادت شهود در نزد قاضی است؛ اما گاه اتفاق می‌افتد که شاهد، از شهادتی که ادا کرده است، رجوع کند و از آنچه اظهار کرده است، برگردد؛ یعنی آنچه را که در شهادت بیان داشته انکار و یا خلاف آن را با واقع اعلام کند. در چنین شرایطی این پرسش مطرح می‌شود که رجوع از شهادت از نظر فقهی چگونه است و چه نتیجه‌ای دارد و در مذاهب مختلف فقهی چه دیدگاه‌هایی نسبت به آن، مطرح شده‌اند. در این نوشتار مسئله رجوع از شهادت در فقه حنفی و امامیه، مورد توجه است. هر چند که جرائم متعددی در حقوق و فقه مطرح گردیده‌اند و رجوع از شهادت در جرائم مختلف آثار متفاوتی در پی دارد، اما در این پژوهش رجوع از شهادت در جرائم حدود و قصاص مورد بحث می‌باشد.

۱. مفاهیم

۱-۱. رجوع

رجوع، کلمه عربی از ماده (رجع) مصدر می‌باشد که به معنای بازگشتن است (دهخدا، ۱۳۷۷). رجوع در اصطلاح به این معنی است که شاهدی پس از اقامه شهادت در محضر حاکم، شهادت خود را فاقد اعتبار اعلام کند و به تعبیری شهادت خود را پس بگیرد. رجوع گاهی با ادعای اشتباه و سهوی بودن محقق می‌شود و گاه با اعتراف به این‌که تعمداً مرتکب شهادت غیر واقعی شده است. زمانی که شهود از شهادت خود بر گردند اگر قبل از صدور حکم طبق شهادت شهود باشد، شهادت آن‌ها ساقط می‌شود؛ اما اگر طبق شهادت شهود، حکم صادر شود و سپس آن‌ها از شهادت خود برگردند حکم فسخ نمی‌شود و واجب است بر شهود ضمان آن چه که با شهادت آن‌ها تلف شده است و رجوع از شهادت نیز فقط در حضور قاضی و حاکم صحیح است (ساروخانی، ۱۳۷۵، ص ۱۹).

۱-۲. شهادت

شهادت، کلمه عربی از ماده شهد، به معنای گواهی دادن است (بیهقی و دانش‌پژوه، ۱۳۹۰، ص ۲۹۵). برخی گفته‌اند، کلمه شهادت در لغت یا از ریشه «شهد یشهد، شهوداً» به معنای حاضر شدن و یا از ریشه «شهد

یشهد شهاده» به معنای خبر دادن و ادا کردن است. اگر این کلمه بدون حرف اضافه استعمال شود به معنای حاضر شدن است، با حرف اضافه «علی» به معنای خبر قطعی دادن و با حرف «باء» مانند شهد عند حاکم لفلان بكذا (نزد حاکم به نفع فلانی به فلان چیز شهادت داد) به معنای ادا کردن شهادت می‌باشد (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۹۴).

راغب در مفردات آورده است: «شهود و شهاده به معنای حضور همراه با دیدن است؛ دیدن با چشم باشد یا از روی حجت. ولی اینکه شهود به معنای حضور صرف باشد اولویت دارد و شهادت، به معنای حضور همراه با دیدن در اولویت است» (راغب، ۱۴۱۲، ص ۴۶۴).

در اصطلاح، حقوق‌دانان برای شهادت تعاریف متعددی بیان کرده‌اند؛ بعضی معتقدند شهادت عبارت است از اخبار وقوع امور محسوس به یکی از حواس، اگر اخبار به حقی، به ضرر خود و به نفع دیگری باشد آن را اقرار گویند. گواهی گاهی به معنای تصدیق است که در این صورت با مفهوم شهادت فرق دارد. در فقه بیشتر شرط می‌کنند که مشهود به باید از دیدنی‌ها (مبصرات) یا شنیدنی‌ها (مسموعات) باشد، مانند عقد و ایقاع که شنیدنی است و قتل و دزدی که دیدنی است (لنگرودی، ۱۳۸۲، ج ۷، ص ۳۹۷).

بعضی معتقدند شهادت عبارت است از اخبار شخص از امری به نفع یکی از طرفین و به زیان دیگری (امامی، ۱۳۷۷، ج ۶، ص ۱۸۹). شهادت و گواهی فعلی است که برای اثبات حق و ابطال باطل توسط فرد یا افرادی ادا می‌شود. شهادت برای اثبات حق در محاکم بعد از اقرار و سند رسمی در جایگاه سوم قرار دارد.

۳-۱. حدود

حد در لغت به معنای منع است و حدید نیز از همین ریشه می‌باشد، زیرا سخت و ممتنع است. مجازات‌های مقدر شرعی را از آن جهت حد می‌نامند که مانع مردم از ارتکاب گناهان می‌شوند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۲۵۴). در اصطلاح فقه حد به مجازاتی اطلاق می‌شود که نوع، میزان و کیفیت آن در شرع معین شده است (قطب راوندی، ۱۴۰۵، ج ۲، ص ۳۶۶). چنانکه فقیهان گفته‌اند: «کل ما له عقوبه مقدره یسمی حدا» هر آن چه که دارای مجازات مقدر شرعی است، حد نامیده می‌شود.

۴-۱. قصاص

قصاص در لغت به معنی هر نوع دنباله‌روی و پی‌جویی نمودن، کین‌کشی به مثل، کشتن را کشتن، مجازات، عقاب، سزا، جبران، تلافی آمده است (لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۲۹۱۹). اما از نظر اصطلاحی، به معنای تلافی و استیفای عینی جنایتی که در قتل عمدی، قطع عضو و جرح عمدی بر مجنی علیه وارد شده است می‌باشد؛

به گونه‌ای که اثر به جای مانده از جنایت عیناً روی جانی اجرا شده و به دست آید. قصاص در جنایت قتل عمدی را قصاص النفس می‌گویند و قصاص در جنایات قطع عضو و جرح را قصاص عضو گویند (ایمانی، ۱۳۸۲، ص ۳۷۱).

۲. رجوع از شهادت در جرائم حدود و قصاص در فقه حنفی

حالت‌های رجوع پیش از صدور حکم و رجوع بعد از صدور حکم موضوعاتی هستند که اثر آن بر اعتبار شهادت ادا شده و حکم صادر شده از طرف قاضی براساس شهادت رجوع شده، بحث این نوشتار می‌باشند. بحث از اثر رجوع از شهادت، به مواردی مربوط است که شهادت، دلیل اصلی دعوا و مستند اصلی تصمیم دادگاه باشد؛ ولی اگر در کنار شهادت، ادله معتبر دیگر در پرونده موجود باشد، معلوم است که رجوع شاهد پیش از صدور رأی، مانع از صدور رأی براساس ادله دیگر نمی‌شود. همچنین در صورتی که حکم دادگاه به ادله معتبر دیگر نیز مستند باشد، با رجوع شاهد پس از صدور حکم، حکم صادر شده با وجود ادله معتبر دیگر، نقض نمی‌شود.

۲-۱. رجوع از شهادت پیش از صدور حکم

اگر شاهد قبل از صدور حکم از شهادت خویش بازگشت، فقهای حنفی، توافق کرده‌اند که قضاوت بر اساس این شهادت جایز نیست (علاء‌الدین، ۱۳۸۶، ج ۷، ص ۲۴۲). زیرا حقیقت اثبات نمی‌شود مگر توسط محکمه و محکمه با شهادت ثابت می‌شود. از آنجا که قاضی اعتقاد خود را نسبت به صحت شهادت شاهد از دست داده است، بنابراین مجاز نیست که بر مبنای آن قضاوت کند. این حالت راستی و کذب شهادت را پنهان می‌کند یعنی برای قاضی مشخص نمی‌شود که کدام شهادت حقیقی است، آیا شهادت نخست حقیقت می‌باشد یا رجوع از شهادت، لذا حکم صادر نمی‌شود.

اما از امام ابو‌ثور رحمه الله علیه نقل شده است که وی با این موضوع مخالف است، زیرا گفته‌اند که با شهادت نخست که قبل از حکم به آن اشاره شد، حکم می‌کند. دلیل آن این است که شهادت انجام شده است، بنابراین با بازگشت شاهد باطل نمی‌شود، گویا پس از صدور حکم مسترد شده است (ابن قدامه، ۱۴۱۷، ج ۱۴، ص ۲۴۵).

کسی که محتمل تر و دارای معرفت با خدا باشد، اولویت دارد و این در موارد زیر است:
اول: قدرت آنچه نویسندگان این گفتار استنباط کرده‌اند، این که قاضی چگونه قضاوت خود را بر اساس شهادتی که پس گرفته شده است به سرانجام می‌رساند.

دوم: در مورد آنچه امام ابو ثور رحمه الله عليه آن را استنباط کرد، با تفاوت بازگشت بین پس از حکم و بازگشت قبل از حکم پاسخ داده می‌شود. پس از آنکه حکم با شرط خود تحقق یافت، اما قبل از حکم، اگر مشخص شود که با این شهادت قضاوت نمی‌شود، آیا در آینده شهادت از وی پذیرفته می‌شود؟ برخی از محققان، اظهار داشتند که این بازگشت بدون شرایط نیست:

۱- انجام این شهادت دروغ عمدی بوده است، زیرا این عمل توهین به عدالت و لازمه بی اخلاقی تلقی می‌شود، زیرا او عمداً شهادت نادرست داده است.

۲- اینکه این شهادت از او به اشتباه رخ داده است، این افترا در تحقیقات است، نه در عدالت، بنابراین لازم است که شهادت وی متوقف شود مگر اینکه تأیید گردد.

۳- توقف در شهادت وی ضروری است، مگر مواردی را که وی تأیید کرده است که این شهادت ابهام زدایی کرده که او مخالفت کرده است. ممکن است توسط افراد هوشیار و عادل به دست آید. او نباید به عدالت و نظم خود توهین کند، بنابراین شهادت او در چیزی غیر از آنچه پس گرفته است، پذیرفته می‌شود (الموردی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۲۵۴).

۲-۲. رجوع از شهادت بعد از قضاوت و قبل از تحقق

شاهد پس از قضاوت و قبل از تحقق آن از شهادت خود باز می‌گردد: در این قسمت علما، در لغو حکم اختلاف دارند مگر اینکه اظهارات شاهد با سه قول انطباق داشته باشد.

قول اول: اگر مجازات پول باشد و یا مجازات‌های حدود و یا قصاص باشد پس محاکمه تحقق نمی‌یابد؛ که در این قسمت فقه شافعی، مالکی و حنفی با یکدیگر هم نظر هستند (ابن شاس، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۷۸). با استناد به موارد زیر:

الف- اینکه محاکمه با این شهادت نهایی شده باشد و تا زمانی که تحت تأثیر این بازگشت قرار نگیرد، قضاوت در آن مشکوک نیست.

ب- اینکه مجازات در اینجا پول باشد و با الزام شاهدان به جبران این پول می‌توان جبران کرد.

ج- اگر شاهد از شهادت برگردد، در این صورت یا در شهادت خود به صورت عمدی و یا اشتباهاً شهادت داده است و اگر عمدی بوده است، با بی اخلاقی علیه خود شهادت داده است، پس او متهم می‌شود که می‌خواهد حکم را لغو کند، مانند اینکه افراد غیر اخلاقی با بی اخلاقی علیه این دو شاهد شهادت دادند؛ زیرا او در گفتار دوم خود اشتباه کرد که به وضعیت خود مظنون است.

قول دوم: هرگز حکم باطل نمی‌شود، خواه حکم پول باشد یا جریمه که نظر فقه حنفی و مالکی است (الموغبانی، بی تا، ج ۳، ص ۱۳۲).

با استنباط موارد زیر:

۱- شهادت و پس گرفتن آن، هر دو احتمال صدق و دروغ دارد، با این تفاوت که شهادت از قوه قضاییه پیشی گرفته است، بنابراین حکم با توسل باطل نمی‌شود.

۲- اگر شاهد شهادت خود را پس گرفت و آخرین سخنان او با حرف اول او مغایرت داشت، بنابراین با این تناقض حکم باطل نمی‌شود (همان، ج ۴، ص ۱۳۲).

۳- اینکه شاهد، متهم به بازگشت شده است. مجاز است که شخص اتهام خود را اینگونه برطرف کند که با اخذ پول شهادت دروغ داده و یا او را فریب داده‌اند و سپس شهادت خود را پس بگیرد.

قول سوم: این قضاوت هرگز لغو نمی‌شود، خواه شخص محکوم به جریمه نقدی باشد یا مجازات دیگر و این گفته امامان سعید بن المسيب و العوزعی است (الماوردی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۲۵۴).

الشوکانی می‌فرماید: «با بازگشت، از شهادت او ساقط می‌شود بدون اینکه تفاوتی بین قبل یا بعد از صدور حکم و هرگونه تأثیر حکم با بطلان سند او باشد.» استنباط: اینکه با شهادت این دو شاهد، حقیقت ثابت می‌شود و اگر آن‌ها مسترد شوند، آنچه با این شهادت ثابت می‌شود، حکم ساقط می‌شود، گویا این که این دو شاهد کافر هستند (ابن قدامه، ۱۴۱۷، ج ۱۴، ص ۲۴۵).

اول: کسی که صحت بیشتری دارد و خدا می‌داند چه چیزی صحیح است، نظر اول است و این برای آنچه در ادامه می‌آید:

۱- قوت گواه او، به این دلیل که میان گفته‌ها واسطه است.

۲- در مورد استدلال صاحبان رأی دوم، اگر حکم مربوط به پول باشد آن را می‌پذیریم، اما اگر حکم مربوط به مجازات باشد، بنابر احتیاط، حکم اجرا نمی‌شود؛ زیرا مراجعه به شاهد در مورد آنچه که طبق شهادت وی از بین رفته امکان پذیر نیست.

۳- در مورد استدلال صاحبان رأی سوم، از طرف وی پاسخ داده می‌شود و از دو جهت فساد آور است: اول: اینکه شهادت و پس گرفتن آن، چه در احتمال صحت و کذب، با این تفاوت که شهادت از قوه قضاییه برخوردار است، بنابراین حکم با استناد به بطلان نمی‌رسد.

دوم: اینکه شهادت آن‌ها حقیقتی را اثبات می‌کند که منجر به سیر تأیید می‌شود و در بازگشت آن‌ها این حق را که همان سیر انکار است، انکار می‌کند (الماوردی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۲۵۴).

۲-۳. رجوع از شهادت پس از صدور حکم

حالت سوم: بازگشت شاهد پس از صدور حکم و پس از اتمام: اگر شاهد پس از صدور حکم بازگشت و محکوم راضی شود، خواه شخص تکمیل کننده آن پول باشد یا مجازات، حکم منتفی نمی‌شود؛ و این در موارد زیر است:

۱- اینکه این حکم با تحقق شخص محکوم تأیید شده است. اگر پول باشد، این پول از محکوم علیه به محکوم علیه برای وی منتقل می‌شود و اگر مجازات باشد، این مجازات علیه محکوم علیه اجرا شده است.

۲- اینکه شاهد با بازگشت، اگر صدق در شهادت و کذب او در استرداد ممکن باشد، همانطور که شهادت دروغ و اخلاص او در بازگشت نیز ممکن است و هیچ یک از آنها از دیگری مهم‌تر نیستند؛ بنابراین قضاوت با موضوع دیگری بی اعتبار نمی‌شود (البغدادی، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۵۶۰).

۳- اینکه شهادت و استرداد آن در احتمال صحت و کذب مساوی است، با این تفاوت که اولی بیشتر از دادگستری است و توسط دومی باطل نمی‌شود (الموصلی، ۱۳۹۵، ج ۲، ص ۱۵۳).

امام الموفق ابن قدامه رحمه الله علیه فرمود: «و مورد سوم: این که پس از اتمام حکم برگردند و حکم باطل نگردد و شخص شهادت داده شده نیز ملزم به انجام کاری نباشد، خواه شاهد آن پول باشد، یا مجازات، زیرا قضاوت با تحقق شخص محکوم به اتمام رسیده است و حق به کسی رسیده که سزاوار آن است؛ و او باید آن را به دو شاهد ارجاع دهد.»

از سعید بن المسیب مخزومی نقل شده است که با بازگشت شاهدان حکم لغو می‌شود زیرا آنها دیگر شاهد به حساب نمی‌آیند؛ و این استدلال از دو جهت دارای مشکل است: اول: اینکه بازگشت خلاف شهادت است و یکی از آنها خالی از دروغ نیست، بنابراین هر یک از شهادت و بازگشت احتمال صدق و کذب را دارد و شهادتی که همراه با قضاوت و تحقق باشد، لغو آن با بازگشت احتمالی مجاز نمی‌باشد. همانطور که این واقعیت مشهود است که بدون اعلام شهادت موجود است و تصدیق در حق شخصی که مسئول آن است و نه دیگران لازم است؛ زیرا تأیید او برای دیگران واجب می‌شود، پس بازگشت به او واجب است نه به دیگران.

آنچه به نظر می‌رسد این است که بازگشت شاهدان پس از صدور حکم و پس از استیضاح، با توافق بین چهار مکتب فکری، حکم را باطل نمی‌کند. اگر حکم لغو نشود، شاهدان به آنچه تلف کرده‌اند، اعم از مجازات یا پول، مقید هستند (ابن الهمام، ۱۴۱۵، ج ۷، ص ۴۴۵).

۲-۴. مسئولیت شاهد در اثر رجوع از شهادت

با رجوع شاهد از شهادت، موضوع مسئولیت شاهد مطرح می‌شود زیرا او در واقع اعتراف می‌نماید که شهادت وی حقیقت نبوده و برخلاف شهادت واقعی در دادگاه حاضر شده و شهادت داده است. حال مسئولیت وی نسبت به مشهود علیه مطرح می‌شود زیرا مشهود علیه ممکن است در اثر شهادت وی ضرر کرده و یا حتی زندگی خود را از دست داده باشد. لذا در باره مسئولیت شاهد به دنبال رجوع از شهادت، موضوعاتی چون مبنا و شرایط چنین مسئولیتی و میزان آن نسبت به هر شاهد و چگونگی توزیع آن میان شاهدهایی که از شهادت خود رجوع کرده‌اند، قابل بررسی می‌باشد (ابن حزم، ۱۳۹۰، ص ۲۳۱).

۱-۴-۲. دلایل مسئولیت

مسئولیت مدنی شاهد که از شهادت خویش بازگشته است بر اساس قواعد عام قابل تحلیل و بررسی است زیرا شاهد با رجوع از شهادت خویش می‌پذیرد که در شهادت نخست خویش حقیقت را بیان نکرده است و ممکن شهادت وی به صورت عمدی دروغ بوده باشد و یا اینکه عوامل دیگری باعث شده تا وی شهادت کذب را بیان کند. در هر صورت او به مشهود علیه ضرر و زیان رسانیده است؛ و به همین علت است زمانی که چنین شهادتی اتفاق می‌افتد و رأی به نفع مشهودله و به زیان مشهود علیه صادر و اجرا می‌گردد، ضرر محکوم علیه محقق می‌گردد و رابطه سببیت آن با اقدام زیانبار شاهد برقرار می‌باشد (همان، ص ۲۳۲).

با رجوع شاهد در صورت نقض حکم، زمینه ضرر مشهود علیه از بین می‌رود و در صورت اجرای حکم، با نقض آن، مسئولیت اجرایی به عهده محکوم له است. گرچند در اینگونه حالتها مسئولیت ابتدایی شاهد را در مقابل مشهود علیه نمی‌توان منتفی دانست ولی در نهایت، مسئولیت بر محکوم له تحمیل خواهد شد. موضوع دیگر این است که اگر یک نفر یا چند نفر از شهود پس از صدور حکم رجوع کنند، اما تعدادی از شهود که حد نصاب لازم را داشته باشند بر شهادت خویش باقی بمانند، در اینگونه وضعیت براساس دیدگاه فقهای حنفی رجوع شاهد باعث نقض حکم نمی‌شود. ولی هنوز مسئولیت شاهد رجوع کننده موضوع بحث باقی می‌ماند. درباره مسئولیت شاهد رجوع کننده در این گونه موارد برخی فقها ابراز تردید کرده‌اند؛ اگرچه مسئولیت چنین شهادی ترجیح داده شده است و فقهی وجود ندارد که به عدم مسئولیت شاهد در این گونه شرایط نظر داده باشد (همان، ص ۲۳۳).

۲-۴-۲. مقدار مسئولیت

مقدار مسئولیت شهود که رجوع کرده‌اند از شهادت خویش وابسته به چند موضوع است. یکی از این حالات این است که تعداد شاهدین به اندازه نیاز باشد، به طور مثال دو شاهد مرد و یا یک شاهد مرد و دو شاهد زن که همه رجوع کنند. در این وضعیت، اگر تمام شهود رجوع کنند، شاهد‌های مرد به طور مساویانه مسئولیت دارند و هر یک از دو مرد، مسئول نیمی از خسارت مشهود علیه می‌باشند و مسئولیت دو شاهد زن مساوی با مسئولیت یک مرد است و هر زن مسئول یک چهارم خسارت مشهود علیه می‌باشند و در صورت رجوع تعدادی از شاهدین، شاهدین رجوع کننده به مقدار مذکور مسئولیت خسارت را دارند (السغدی، ۱۴۰۴، ص ۳۴۰).

در حالت دوم اگر تعداد شاهدین بیشتر از حد نصاب باشد در این گونه وضعیت اگر همه شهود رجوع کنند مسئولیت شاهدین مرد مساوی می‌باشد و هر زن مسئول نصف مسئولیت مرد است. اگر شاهدین سه مرد باشد هر کدام مسئول یک سوم از خسارت مشهود علیه می‌باشند. و اگر یک شاهد مرد و دیگران ده زن باشند. شاهد مرد، مسئول یک ششم خسارت و هر شاهد زن، مسئول یک دوازدهم خسارت مشهود علیه می‌باشد (همان، ص ۳۴۴).

در صورتی که تعدادی از شاهدین رجوع کنند و تعداد آنها نتواند نصاب لازمه را تکمیل کند و اگر در این حالت تعدادی از شاهدین که دارای حد نصاب لازم‌اند به شهادت خود ایستادگی نمایند. صرف نظر از تردیدی که در مسئولیت شهود رجوع کننده در این صورت وجود دارد، در صورت مسئول شناختن شاهد یا شاهد‌های رجوع کننده، مسئولیت وی به شکل مذکور در صورت رجوع همه شاهد‌ها می‌باشد. پس اگر یکی از سه شاهد مرد رجوع می‌کند مسئول یک سوم خسارت مشهود علیه است و در صورتی که شهادت توسط یک مرد و ده زن انجام شده باشد و هشت زن رجوع کرده باشد از شهادتشان، هر کدام از زنان مسئول یک دوازدهم خسارت مشهود علیه می‌باشند.

۲. آثار رجوع از شهادت در جرائم حدود و قصاص در فقه امامیه

۲-۱. وضعیت شهادت و حکم پس از رجوع از شهادت

در باره اثر رجوع از شهادت بر اعتبار شهادت ادا شده و حکم صادر شده براساس شهادتی که از آن رجوع شده است، حالت‌های رجوع پیش از صدور حکم و رجوع پس از صدور حکم، قابل بررسی‌اند و به خصوص در فقه، به این دو حالت توجه شده است و تابع احکام متفاوت شناخته شده‌اند.

روشن است که بحث از اثر رجوع از شهادت، به مواردی مربوط است که شهادت، دلیل اصلی دعوا و مستند اصلی تصمیم دادگاه باشد؛ ولی اگر در کنار شهادت، ادله معتبر دیگر در پرونده موجود باشد، معلوم است که رجوع شاهد پیش از صدور رأی، مانع از صدور رأی براساس ادله دیگر نمی‌شود. همچنین در صورتی که حکم دادگاه به ادله معتبر دیگر نیز مستند باشد، با رجوع شاهد پس از صدور حکم، حکم صادر شده با وجود ادله معتبر دیگر، نقض نمی‌شود (حسن‌زاده، ۱۳۹۳، ص ۹).

۱-۱-۲. رجوع از شهادت پیش از صدور حکم

در فقه، رجوع شهود از شهادت پیش از صدور حکم براساس شهادت، باعث بی اعتباری شهادت و عدم صدور حکم براساس آن شناخته شده است (طوسی، بی تا، ج ۸، ص ۲۴۶). در این باره نظر مخالفی یافت نشده است و در برخی منابع، به روشنی ادعای اجماع و عدم مخالفت شده است؛ و در بیان دلیل بی اعتباری شهادت در این حالت و عدم صدور حکم براساس آن، گفته شده است: الف (ادله اعتبار شهادت، منصرف از چنین حالتی است؛ ب) چنین موردی، شهادت محسوب نمی‌شود؛ ج) با توجه به رجوع شاهد و اینکه معلوم نیست او در شهادت، راست می‌گوید یا در رجوع از آن، ظن به صدق او در شهادت باقی نمی‌ماند؛ د) رجوع شاهد، در واقع شهادتی است برخلاف شهادت قبلی او و با آن معارض است و با چنین تعارضی، شهادت قبلی فاقد اعتبار است؛ ه) مبنای اعتبار شهادت در عرف، از باب حجیت و طریقت خبر واحد است و در موارد رجوع از خبر، طریقت آن از میان می‌رود و سیره عقلا بر حجیت خبر در چنین مواردی جاری است (طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۴۵۶).

عدم جواز صدور حکم براساس شهادت در موارد رجوع شاهد، در فقه اهل سنت نیز پذیرفته شده است. رجوع شاهد پیش از صدور حکم، در صورتی مانع از صدور حکم می‌شود که همه شهود رجوع کنند، یا یک یا چند نفر از شهود رجوع کنند که با رجوع آن‌ها شهود باقیمانده دارای حد نصاب لازم نباشند؛ ولی اگر با رجوع یک یا چند نفر از شهود، تعدادی شاهد واجد شرایط به شهادت خود باقی باشند که حد نصاب لازم را داشته باشند، در چنین حالتی رجوع، مانع از صدور حکم براساس شهادت شهود باقیمانده نمی‌شود که واجد شرایط و حد نصاب‌اند (الحصری، ۱۴۰۶، ص ۴۸۳).

۱-۲-۲. رجوع از شهادت پس از صدور حکم

درباره رجوع از شهادت پس از صدور حکم، در برخی منابع فقهی، به طور مطلق نظر به عدم نقض رأی داده شده است^۱ ولی در منابع دیگر، به حالت‌های گوناگون توجه شده است و درباره رجوع از شهادت پس

از صدور حکم و اجرای آن و از میان رفتن محکوم به فقها به طور قاطع به عدم نقض حکم صادر شده نظر داده‌اند. در این باره نظر مخالفی یافت نشده است و برخی ادعای اجماع کرده‌اند.

اما درباره رجوع از شهادت پس از صدور حکم و پیش از تلف محکوم به، یا پیش از اجرای حکم، عده‌ای از فقها نظر به عدم نقض حکم (در غیر از حدود) داده‌اند. با وجود این، در برخی منابع در صورت رجوع از شهادت پس از صدور حکم و اجرای آن، نظر به رد عین در صورت وجود آن داده شده است و در برخی منابع فقهی درباره نقض حکم در غیر از حدود در صورت رجوع از شهادت پس از صدور حکم و پیش از اجرای آن، اظهار تردید شده است (حلی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۷۲۶).

۲-۲. مسئولیت شاهد در اثر رجوع از شهادت

با توجه به اینکه رجوع از شهادت، در واقع اعتراف به غیر واقعی و برخلاف واقع بودن شهادت شاهد است، مسئولیت وی نسبت به ضرر مشهود علیه در اثر چنین شهادتی مطرح می‌شود. درباره مسئولیت شاهد به دنبال رجوع از شهادت، مسائلی همچون مبنا و شرایط چنین مسئولیتی و میزان آن نسبت به هر شاهد و چگونگی توزیع آن میان شاهدهایی که از شهادت خود رجوع کرده‌اند، قابل بررسی است.

۲-۲-۱. دلایل مسئولیت

مسئولیت شاهدهی که از شهادت رجوع می‌کند، براساس قواعد عام مسئولیت مدنی، قابل تحلیل است؛ زیرا شاهد با رجوع از شهادتی که ادا کرده است، می‌پذیرد که شهادت او برخلاف واقع و به ناحق بوده است و در ادای چنین شهادتی، مرتکب تخلف و عمل زیان بار شده است. هر گاه با چنین شهادتی، رأی به نفع مشهوده و به زیان مشهود علیه صادر و اجرا گردد، ضرر محکوم علیه محقق می‌شود و رابطه سببیت آن با اقدام زیانبار شاهد (شهادت خلاف واقع) برقرار می‌باشد.

با اقدام زیانبار شاهد (شهادت خلاف واقع) برقرار می‌باشد. در چنین شرایطی، رجوع شاهد، اقرار به تقصیر او در ادای شهادت برخلاف واقع است. چنین تقصیری ممکن است عمدی یا غیرعمدی و ناشی از اشتباه یا سهل انگاری باشد. صدور رأی براساس چنین شهادتی، باعث می‌شود ضرر حاصل از اجرای رأی، به ادای شهادت یادشده نسبت داده شود و رابطه سببیت میان شهادت و ضرر را ایجاد نماید.

۲-۲-۲. مقدار مسئولیت

درباره مقدار مسئولیت هر شاهد رجوع کننده از شهادت، چند حالت قابل تصور است؛ یک حالت اینکه تعداد شاهدها به تعداد لازم باشد؛ برای مثال، شاهد‌ها دو شاهد مرد یا یک شاهد مرد و دو زن باشند و همه

رجوع کنند. در این حالت، در صورت رجوع همه شاهد‌ها، شهود مرد به طور مساوی مسئولیت دارند و هریک از دو مرد، مسئول نیمی از خسارت مشهود علیه است و مسئولیت دو شاهد زن، معادل مسئولیت یک مرد است و هر زن، مسئول یک چهارم خسارت مشهود علیه می‌باشد و در صورت رجوع برخی از شهود، شاهد رجوع کننده به مقدار مذکور، مسئول خسارت است (حلی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۴۶).

حالت دیگر اینکه تعداد شاهد‌ها بیش از حد نصاب باشد. در این صورت، اگر همه شهود رجوع کنند، مسئولیت شاهد‌های مرد به طور مساوی است و مسئولیت هر شاهد زن، معادل نصف مسئولیت هر شاهد مرد می‌باشد؛ بنابراین اگر سه شاهد مرد باشند، هر کدام مسئول یک سوم خسارت مشهود علیه است و اگر یک شاهد مرد و ده شاهد زن باشند، شاهد مرد، مسئول یک ششم خسارت و هر شاهد زن، مسئول یک دوازدهم خسارت مشهود علیه است.

مشخص است که وضع به همین ترتیب است، در صورتی که تعدادی از شهود، رجوع کنند که با رجوع آن‌ها شهود باقی بر شهادت، از حد نصاب کمتر باشند و اگر در این حالت با رجوع یک یا تعدادی از شهود، تعدادی که دارای حد نصاب لازم‌اند، به شهادت خود باقی باشند، صرف نظر از تردیدی که در مسئولیت شهود رجوع کننده در این صورت وجود دارد، در صورت مسئول شناختن شاهد یا شاهد‌های رجوع کننده، مسئولیت او به شکل مذکور در صورت رجوع همه شاهد‌هاست؛ بنابراین اگر یکی از سه شاهد مرد رجوع کند، مسئول یک سوم خسارت مشهود علیه است و در فرض شهادت یک مرد و ده زن، با رجوع هشت شاهد زن، هر کدام مسئول یک دوازدهم خسارت مشهود علیه است (ممقانی، بی‌تا، ص ۴۹۵).

نتیجه‌گیری

در این پژوهش دانسته شد که رجوع از شهادت در فقه حنفی اگر شاهد قبل از صدور حکم از شهادت خویش بازگشت کند، فقهای حنفی، با یکدیگر هم نظر هستند که قضاوت درباره شهادت نخست جایز نیست؛ زیرا در این صورت حقیقت اثبات نمی‌شود مگر توسط محکمه، و محکمه هم با شهادت ثابت می‌شود و منافات دارد و شرط رأی است و اگر قبل از آن رأی برداشته شود حکم جایز نیست؛ مانند اینکه شاهد نتواند شهادت درست دهد و از آنجا که قاضی اعتقاد خود را نسبت به درستی آنچه شاهد شهادت داده است از دست داده، بنابراین مجاز نیست که در مورد قضیه قضاوت کند؛ و در فقه حنفی در صورتی که شاهد پس از صدور حکم و پس از اتمام مجازات از شهادت خویش باز گردد، حال آنکه مشهود علیه مجبور به پرداخت پول در قبال جرم خویش شده باشد و یا مجازات دیگر را متقبل شده باشد حکم منتفی نمی‌شود.

در فقه جعفری رجوع شهود از شهادت پیش از صدور حکم براساس شهادت، باعث بی اعتباری شهادت و عدم صدور حکم براساس آن شناخته شده می‌شود. در این باره فقهای امامیه اختلاف نظر نداشته‌اند و همگی یک نظر واحد دارند؛ اما درباره رجوع از شهادت پس از صدور حکم، در برخی منابع فقهی، به طور مطلق نظر به عدم نقض رأی داده شده است ولی در منابع دیگر، به حالت‌های گوناگون توجه شده است و درباره رجوع از شهادت پس از صدور حکم و اجرای آن و از میان رفتن محکوم به فقها به طور قاطع به عدم نقض حکم صادر شده نظر داده‌اند. در این باره نظر مخالفی یافت نشده است و برخی ادعای اجماع کرده‌اند.

در قسمت تحقق مسئولیت شاهد در اثر رجوع از شهادت، لازم بود براساس شهادت شاهد، حکم صادر شود؛ بنابراین در موارد رجوع پیش از صدور حکم که رجوع مانع از صدور حکم می‌شود، مسئولیتی متوجه شاهد نیست زیرا با توجه به عدم صدور حکم، زمینه ایراد ضرر به مشهودعلیه فراهم نمی‌شود و ضرر او منتفی است. مطلب دیگر اینکه اگر یک یا چند نفر از شهود، پس از صدور حکم رجوع کنند؛ ولی تعدادی از شهود که حد نصاب لازم را دارند، بر شهادت باقی باشند، در چنین صورتی براساس دیدگاه مشهور فقها که پیش از این نقل شد رجوع شاهد باعث نقض رأی در دعاوی مدنی نمی‌شود؛ ولی مسئله مسئولیت شاهد رجوع کننده، محل بحث است. درباره مسئولیت شاهد رجوع کننده در این فرض، در سخن برخی فقها اظهار تردید شده است؛ اگرچه مسئولیت چنین شاهدی ترجیح داده شده است؛ و فقیهی نیست که به عدم مسئولیت شاهد در این فرض نظر داده باشد. در رابطه به مسئولیت شاهد هم فقهای حنفی و هم فقهای امامیه اتفاق نظر دارند.

منابع

قرآن کریم

۱. ابو محمد عبدالله ابن قدامه (۱۴۱۷ ق)، المغنی، ج ۱۴، القاهره: هجر
۲. ابی جعفر محمد بن حسن بن علی طوسی (بی تا)، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۸، بی جا، المكتبه المرتضویه لاحیاء الاثار الجعفریه
۳. احمد الحصری (۱۴۰۶ ق) علم القضاء، بیروت: دارالکتاب العربی
۴. اسماعیل بن حماد جوهری (۱۴۱۰ ق)، الصحاح تاج اللغه و صحاح العربیه، تحقیق احمد عبدالغفور عطار، بیروت، دارالملايين، ج ۲
۵. باقر ساروخانی (۱۳۷۵)، روش های تحقیق در علوم اجتماعی، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
۶. حبیب الله عظیمی (۱۳۸۵)، تاریخ فقه و فقهها، تهران، اساطیر
۷. حسن امامی (۱۳۷۷)، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی، ج ۶
۸. حسن بن یوسف حلّی (علامه) (۱۳۴۸)، تبصره المتعلمین فی احکام الدین، ج ۲، تهران: کتابفروشی اسلامیة
۹. حسن بن یوسف حلّی (علامه) (۱۴۱۵)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، چ ۱، بی جا، موسسه المعارف الاسلامیه
۱۰. حسن بن یوسف حلّی (علامه) (بی تا)، قواعد الاحکام، ج ۲، قم: منشورات الرضی
۱۱. حسین بن محمد راغب اصفهانی (۱۴۱۲ ق)، مفردات الفاظ القرآن، تحقیق صفوان عدنان داودی، لبنان - سوریه، الدار العلم - الدار الشامیه
۱۲. خلیل جر (۱۳۷۵)، فرهنگ لاروس، ترجمه سید حمید طیبیان، ج ۱، تهران: موسسه انتشارات امیر کبیر، چاپ ششم
۱۳. سعید بن هبه الله قطب راوندی (۱۴۰۵ ق)، فقه القرآن، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی، ج ۲
۱۴. سید علی طباطبایی (۱۴۰۴ ق)، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، ج ۲، قم: موسسه آل البيت، للطباعه و النشر

۱۵. عباس ایمانی (۱۳۸۲)، فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، تهران: نشر آریان، چاپ اول
۱۶. عبدالله بن محمود الموصلی (۱۳۹۵ ق)، الاختیار لتعلیل المختار، ج ۲، بیروت: دارالمعرفه
۱۷. عبدالله بن نجم ابن شاس (۱۴۱۵ ق)، عقد الجواهر الثمینة، ج ۳، بیروت: دارالغرب الاسلامی
۱۸. عبدالله مامقانی (بی تا)، مناهج المتقین فی فقه ائمه الحق و یقین، بی جا، موسسه آل البيت لاحیاء التراث
۱۹. عبدالوهاب القاضی البغدادی (۱۴۱۵ ق)، المعونه علی مذهب عالم المدینة، ج ۳، مکه المکرمة: مکتبه نزار مصطفی الباز
۲۰. علی اکبر دهخدا (۱۳۷۷)، لغت نامه، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران
۲۱. علی اکبر دهخدا (۱۳۷۷)، لغت نامه، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران
۲۲. علی بن احمد ابن حزم (۱۳۹۰)، المحلی، القاهرة: مکتبه الجمهوریه العربیه
۲۳. علی بن الحسین السغدی (۱۴۰۴ ق)، التتف فی الفتاوی، ط ۲، بیروت: موسسه الرساله
۲۴. علی بن محمد الماوردی (۱۴۱۴ ق)، الحاوی الکبیر، ج ۱۷، بیروت: دارالکتب العلمیه
۲۵. محمد بن حسین بیهقی و منوچهر دانش پژوه (۱۳۹۰)، تاریخ بیهقی، چاپ دوم، ناشر: هیرمند
۲۶. محمد بن عبدالواحد ابن الهمام (۱۴۱۵ ق)، شرح فتح القدر، ج ۷، بیروت: دارالکتب الاسلامیه
۲۷. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲)، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ج ۷
۲۸. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۶)، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش
۲۹. محمد حسن نجفی (۱۴۰۴ ق)، جواهر الکلام، بیروت، دار الاحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ج ۴۱
۳۰. محمد علاء الدین ابن عابدین (۱۳۸۶ ق)، حاشیه قره عیون الاختیار تکمله رد المحتار، ج ۷، دار الفکر، بیروت
۳۱. مهدی حسن زاده (۱۳۹۳)، بررسی فقهی - حقوقی اثر رجوع شاهد از شهادت در دعاوی مدنی، سال یازدهم، شماره ۴۱، دانشکده حقوق دانشگاه قم
۳۲. میرزا علی مشکینی (۱۴۱۶ ق)، اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها، در یک جلد، نشر الهادی، قم - ایران، ششم

ادله اثبات جرم زنا در فقه حنفی، امامی و حقوق جزای

افغانستان

محمد عیسی هاشمی*

عبدالرحمن محمدی**

چکیده

ادله اثبات جرم زنا به واسطه شهادت شهود، اقرار، قرینه، امتناع از لعان و علم قاضی ثابت می‌گردد. در صورتی که چهار شاهد این گونه گواهی دهند که ما فلانی را چنان دیدیم که مانند دیدن چوب سرمه در سرمه دان و طناب در چاه عمل زنا را انجام می‌داد. اگر گواهان در جریان گواهی یا قبل از گواهی یا بعد از گواهی انکار نمایند، یا تعدادشان در گواهی دادن حاضر نشوند حد قذف بر او تطبیق و از شخص متهم حد ساقط می‌شود. گر متهم به اقرار خود بدون جبر یا تهدید چهار مرتبه و در نزد امام ابوحنیفه در چهار مجلس اعتراف به زنا نماید حد بر جاری می‌شود. در حال اقرار باید متهم هوشیار، بیدار و در محکمه شرعی نزد حاکم یا قاضی باشد. این دو دلیل مورد اتفاق همه فقها بوده است. ثبوت دیگر قرینه، امتناع از لعان و علم قاضی است. از جمله فراین در این مورد، حاملگی است که خلیفه دوم به آن استدلال نموده است. راه دیگر امتناع از لعان است؛ وقتی زن از لعن امتناع ورزید متهم بر زنا می‌شود. علم قاضی به عنوان دلیل اثبات جرم زنا مورد اختلاف بوده و از نظر جمهور علم قاضی دلیل شده نمی‌تواند و امام ابوحنیفه هم در باب حدود علم قاضی را قبول ندارد. در میان فقهای تشیع هم اختلاف است که بعضی از ایشان علم قاضی را دلیل می‌دانند و عده از ایشان در باب حدود و قصاص دلالت آن را قبول ندارند. نتیجه این که ثبوتی که مورد اتفاق فقهاء اهل تسنن و اهل تشیع است اقرار و شهادت شهود می‌باشد.

واژگان کلیدی: ادله اثبات، جرم زنا، فقه، حقوق جزا، شهادت شهود، اقرار، قرینه، لعان، علم قاضی.

* دکترای فقه قضایی، استاد دانشگاه بین المللی المصطفی (ص) افغانستان؛ ایمیل: d.m.eisa.mohammadi@gemil

** ماستری فقه قضایی

مقدمه

زنا از سرشت حیوانی انسان سرچشمه می‌گیرد، ضررهای گوناگونی را برای طرفین در پی داشته و نظام خانواده را به فساد می‌کشانند، زیر بنای خانواده را متلاشی می‌کند، پیوند زنا شویی را می‌گسلاند و فرزندان را در معرض انواع آسیب‌ها و نابهنجاری‌ها قرار می‌دهد. دلیل دین مبین اسلام در عین حالی که مردم را از ارتکاب این جرم شنیع برحذر داشته و از آن ترسانیده است، در باره اجرای عقوبت سخت آن نیز احتیاط نموده است؛ از جمله این که حدود با وجود شبهه ساقط می‌شود و تنها وقتی حد زنا اجرا می‌گردد که وقوع این جرم به‌طور قطعی به ثبوت رسیده باشد.

بهترین طریق اثبات این جرم شنیع در نخستین بار اقرار و اعتراف خود شخص است. چنانچه حضرت رسول (صلی الله علیه و سلم) اعتراف ماعز و غامدیه را پذیرفت. دومین شیوه اثبات این جرم شهادت است که باید شاهدان چهار شخص عاقل، بالغ، مسلمان و با دیانت که در جمع آن‌ها زن نبوده باشد، به انجام فعل زنا توسط زانی شهادت ادا نموده و بگویند که ما جمعاً در یک مکان واحد به چشم خویش مشاهده نمودیم که عمل زنا از طرف فلان شخص همراه فلان زن، مثل داخل کردن چوب در سرمه دان صورت گرفت. فقهاء در اثبات جریمه زنا توسط اقرار و شهادت اختلاف ندارند.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. ادله

ادله در لغت جمع دلیل نقلی که مبنی بر احکام شرع باشد (عمید، ۱۳۸۴، ج ۲ ص ۱۱۴۲). برخی گفته‌اند دلیل در لغت به معنی آنچه برای اثبات یا رد مطلبی گفته و ارائه می‌شود: برهان، حجت و آنچه سبب شناختن چیزی یا درک دریافت مفهومی شود و برای اثبات امری در خصوص دعاوی به کار می‌رود. دلیل، دلایل، ادله آنچه برای ثابت کردن درستی ادعایی به کار می‌رود؛ علت انگیزه آنچه موجب پی بردن به چیزی یا تأیید و تصدیق آن می‌شود (انوری، ۱۳۹۳، ج ۴ ص ۳۳۱۰).

ادله در اصطلاح فقه حنفی گاه مرادف با برهان استعمال می‌شود و آن قیاس است که مرکب از دو مقدمه یقینی باشد، گاه مرادف با قیاس به کار برده می‌شود و آن حجتی است که مرکب از دو قضیه باشد که بالذات مستلزم نتیجه باشد و گاه مرادف با حجت به کار برده می‌شود و آن عبارت از معلوم تصدیقی است که موصل به مجهول تصدیقی باشد و گاه امری اراده می‌شود که از علم به آن علم به شی دیگر لازم آید و گاه چیزی اراده می‌شود که با نظر و فکر صحیح در آن انسان می‌تواند به مطلوب خبری، یعنی حکم شرعی عملی، برسد (نذیر، ۱۳۹۶، ص ۲۵-۲۶).

در اصطلاح فقه امامی هر چیزی که بتواند ما را به مجهولی برساند، و مجهول را بر ما معلوم کند دلیل گویند؛ اعم از اینکه قیاسی باشد مؤلف و مرکب از چند قضیه، یا قضیه واحدی باشد. به همین لحاظ حکم عقلی، قرآن، قیاس و اجماع را دلیل گویند. به لحاظ کشف از واقع حکم تکلیفی و کلی باشد؛ مانند آیه شریفه «احل الله البيع و حرم الربا» (بقره، آیه ۲۷۵) که حکم حلال بودن بیع و حرام بودن ربا را در عالم واقع و حقیقت شرع بیان می‌کند. در این مورد فرق نمی‌کند که حکم تأسیسی باشد مانند حرمت ربا یا امضایی و تقریری باشد مانند حلیت ازدواج.

۱-۲. جرم

جرم در لغت جُرْم در لغت به معنای گناه، بزه و خطا بوده و از جُرْم به ذنب، اثم، سیئه، عصیان و معصیت نیز تعبیر می‌شود. (وارسته ویراستار، ۱۳۹۰، ص ۴۵۰).

مفهوم جرم در اصطلاح فقه حنفی عبارت از نام برای فعل حرام و ممنوع شرعی است که خواهی به مال وارد شود و یا به نفس (ابن نجیم، بی‌تا، ج ۳ ص ۲).

جرم در اصطلاح فقه امامی عبارت است از هر نوع عملی که در شرع ممنوع باشد، خواه دارای کیفر دنیوی همچون حد، تعزیر، قصاص دیه و کفاره و یا کیفر اخروی؛ خواه در ارتباط به خود مجرم باشد، مانند ترک نماز، روزه و... نوشیدن شراب و یا در ارتباط به دیگری؛ نظیر ضرب و جرح و کشتن کسی (هاشمی، بی‌تا، ج ۳ ص ۷۴).

مفهوم جرم در اصطلاح حقوق جزا به عملی گفته می‌شود که قانون آن را منع کرده و مستوجب کیفر دانسته است (صدری افشار، ۱۳۸۱)، ص ۴۳۰

جرم در کود جزای افغانستان عبارت از ارتکاب عمل یا امتناع از عملی است که مطابق احکام این قانون جرم شناخته شده، عناصر آن مشخص و برای آن مجازات یا تدابیر تأمینی تعیین گردیده باشد (وزرات عدلیه کد جزای افغانستان ماده ۲۷).

۱-۳. زنا

زنا در لغت از ماده «زنی یزنی زنی» گرفته شده و به معنی فجور، هرزگی و فساد آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۴ ص ۳۵۹) به معنای جفت شدن مرد و زن با هم به حرام و به‌طور نامشروع نیز آمده است، زنا محصنه زنا با زن شوهردار است (عمید، ۱۳۸۴، ج ۲ ص ۱۳۲۲)؛ آمیزش جنسی مرد و زنی که با هم ازدواج شرعی و قانونی نکرده‌اند (انوری، ۱۳۹۳، ج ۵، ص ۲۸۷۸).

زنا در اصطلاح فقه حنفی عبارت است از وطی کردن در فرج که خالی از ملکیت و شبه ملکیت باشد (ابن نجیم، بی تا، ج ۵ ص ۳) بعضی گفته‌اند زنا وطی کردن مرد، در جلوی زنی که در غیر ملکیت و غیر شبهه ملکیت او قرار دارد (مرغینایی، بی تا، ج ۲ ص ۱۰۰).

به عقیده ابوحنیفه (ره) وطی در دبر خواه مفعول مرد باشد یا زن، زنا نیست. استدلالش این است که نزدیکی از قبل نامش زنا و نزدیکی از دبر، لواط است. اختلاف در اسم مبین اختلاف در معناست و اگر لواط هم زنا محسوب می‌گردید، اصحاب پیامبر (ص) در این باره اختلاف نمی‌کردند. به علاوه، زنا باعث خلط میاه و اشتباه در انساب می‌گردد و حال آنکه لواط چنین نیست. مقنن در مورد جرایمی که غالباً اتفاق می‌افتد، تعیین مجازات می‌کند و موارد شاذ و نادر مد نظر قرار نمی‌گیرد و زنا غالباً رخ می‌دهد چون تمایل دو جانبه زن و مرد آنان را به ارتکاب این بزه سوق می‌دهد و حال آنکه در لواط این خصیصه وجود ندارد (بدایع الصنایع، ج ۷، ص ۳۴).

زنا در اصطلاح فقه امامی عبارت است از وطی کردن کسی را که خداوند متعال وطی او را بدون عقد و شبهه عقد، حرام کرده است (طوسی، ۱۴۲۹، ص ۶۸۸). منظور از شبهه عقد در تعریف فوق، نکاح با محارم در حال ناآگاهی است. «و هو و طؤا البالغ الكامل لمن حرم الله تعالی وطأه من غیر عقد و لاشبهه عقد فی الفرج» (طرابلسی، بی تا، ج ۲ ص ۵۱۸)؛ زنا عبارت از وطی کردن فرد بالغ کامل در آلت کسی که خداوند متعال وطی او را بدون عقد و شبهه عقد حرام کرده است. یا گفته شده «فهو ایلاج الانسان فرجه فی فرج امرأه من غیر عقد و لاملک ولا شبهه» (حلی، بی تا، ج ۱ ص ۲۱۳)؛ عبارت از ادخال انسان در آلت زنی بدون نکاح، بدون ملک (کنیز) و بدون شبهه (عقد و ملک). همچنین گفته شده، داخل کردن آلت در فرج زن زنده در قبل یا دبر که فاعل شبهه ندارد و زن بر او حرام است، زنا نامیده می‌شود (عوده، ۱۴۲۶، ج ۳ ص ۲۱).

زنا در اصطلاح حقوق جزای افغانستان به مقاربت جنسی زن و مردی که بین آنها رابطه زوجیت موجود نباشد، اطلاق شده است (وزارت عدلیه کد جزا ماده ۶۴۳، ص ۵۷۴).

۴-۱. شهادت

شهادت در لغت، از شهد به معنی حضور به همراه علم (ابن فارس، بی تا، ج ۳ ص ۲۲۱) کسیکه در زمان وقوع رویداد در محل حاضر است و آن را می‌بیند. کسی که در دادگاه درباره موضوع دعوا گواهی می‌دهد. شاهد کسی که آنچه را دیده است گواهی دهد (لویس، ۱۳۹۳)، ج ۱ ص ۷۹۰).

شهادت در اصطلاح فقهی حنفی و امامی عبارت است، از خبر دادن راست از حقی به نفع یا ضرری دیگری، با لفظ اشهد و در مجلس حکم. شهادت یک طریقه معمول برای اثبات جرم است که اکثر جرائم از طریق آن ثابت می‌شود. به همین جهت است که شهادت در اثبات جرائم از اهمیت خاص برخوردار است.

۱-۵. قرینه

قرینه در لغت بر چندین معنی استعمال شده است: همراه و مصاحب، همنشین، رفیق، شوهر، نفس و جان از جمله معانی آن است (لویس، (۱۳۹۳)، ج ۲ ص ۱۲۲۹). قرینه جمع آن قراین، به معنی رویداد، پدیده یا سخن که معمولاً با دیگری همراه یا همزمان است و از این رو می‌توان از آن به وجود همراهش پی برد (راپوری، بی تا ص ۶۶۹). پیوسته شدن چیزی به چیزی و مناسبت معنوی میان دو امر و مناسبت ظاهری میان دو چیز، و آنچه در بحرهای در وسط هردو مصرع بیت، دو لفظ قافیه‌دار واقع شود (نذیر، ۱۳۶۹، ص ۵۵).

قرینه در اصطلاح فقهای حنفی و امامی عبارت است از یک امری ظاهری که بر یک امر خفی مقارن و مصاحب با آن به وسیله نص، یا اجتهاد یا فهم دلالت می‌کند.

قرینه در قوانین عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود. از تعریف فوق استنباط می‌گردد که قرینه یک امر معلوم است که به وسیله آن امر مجهول ثابت می‌گردد و آن امر معلوم اوضاع و احوالی است در خارج که قاضی را به حل و فصل دعوا رهنمایی می‌کند (ابن منظور، (۱۴۱۴)، ج ۵ ص ۸۳).

۱-۶. اقرار

اقرار در لغت به معنی قرار دادن در محل خود می‌باشد یا ثابت کردن چیزی که متردد میان ثبوت و انکار است یا قرار دادن آن در محل خود است. اقرار هرگاه نسبت به اشیای محسوس باشد، به معنی قرار دادن آن در محل خود است؛ به حق کسی اعتراف کرد، او را در جای آرام داد و ماندگار کرد، یا کسی را در کارش پا برجا کرد، ابقا کرد. واضح بیان کردن، اقرار نمودن، تسلیم شدن، پذیرفتن از جمله معانی این واژه است. برخی فقها در تعریف اصطلاحی اقرار گفته‌اند: اقرار در شریعت به معنای این است که سخنی از اقرار کننده صادر شود که سبب اطمینان مقررله شود و اقرار یک دلیل شرعی است که به قرآن، سنت و اجماع ثابت است (مرغینایی، بی تا، ج ۳ ص ۱۷۸).

برخی گفته‌اند: اقرار عبارت است از اینکه شخص عاقل، بالغ، چهار مرتبه، در چهار مکان در پیشگاه قاضی به ارتکاب جرم زنا اعتراف نماید. یا عبارت است از اینکه شخص عاقل، بالغ، مسلمان و رشید چهار مرتبه در پیشگاه محکمه به جرم خودش اعتراف نماید. (ولید، ۱۳۱۵، ص ۱۰۹).

در تعریف دیگر آمده است: اقرار خبر به حق بر علیه خودش برای دیگری است. قید بر علیه خودش به این جهت آورده‌اند که اگر برای خودش بر دیگری خبر دهد دعوا است نه اقرار و آن خبری است که در آن احتمال صدق و کذب وجود دارد (امامی، بی تا، ج ۶ ص ۲۳).

اقرار عبارت است از خبر دادن جازم به حقی است که برای خبردهنده الزام آور است، یا خبر دادن از نفی حقی یا چیزی که لازمه آن نفی است از خبردهنده؛ مانند آنکه بگوید تو از من فلان مبلغ می خواهی، نزد من یا بر ذمه من فلان چیز هست، جنایتی نسبت به فلانی کردم، دزدی یا زنا کردم و سایر چیزهای که مستلزم قصاص یا حدود شرعی است (ولیدی، ۱۳۱۵، ص ۱۰۸-۱۰۹).

۱-۷. لعان

لعان در لغت به معنای لعن و نفرین بسیار است (مسعود، ۱۳۸۰، ج ۷، ص ۱۴۹۴)، اما در اصطلاح فقهای حنفی و امامی عبارت از آنکه شوهر زن خود را به زنا متهم کند و از این سخن خود نیز رجوع نکند و زن نیز به زنا اعتراف ننماید، لعان در حق آن‌ها مشروع می‌شود. به این ترتیب که اول شوهر چهار مرتبه جملات ذیل را تکرار می‌کند: اشهد بالله که من در منسوب کردن آن زن به زنا صادق هستم. سپس در مرتبه پنجم به این جملات کلام خود را خاتمه می‌دهد که لعنت خدا بر من باشد که در نسبت زنا به این زن دروغ بگویم. بعداً زن عین شکل چهار مرتبه نیز می‌گوید و در دفعه پنجم می‌گوید: غضب خدا بر من باشد اگر آن مرد در منسوب کردن زنا بر من صادق و راستگو باشد.

به عبارت دیگر صورت لعان این است که حاکم و یا قاضی زنی را که از سوی شوهرش به زنا متهم شده است، حاضر می‌کند، پس از حضور زن شوهرش ادعای خود را در مورد اتهام زن به زنا اعاده می‌کند، پس قاضی نخست لعان را از مرد آغاز می‌کند، چرا که او مدعی است و او را به چهار بار گواهی به نام الله سوگند می‌دهد، این چهار شهادت، به عوض چهار گواه است که برای اثبات زنا شهادت‌شان ضروری است (الزحیلی، ۱۳۸۲، ص ۴۰۸).

۲. شهادت در اثبات جرم زنا

شهادت یکی از راه های اثبات جرائم دعوای جزایی و مدنی است که به آیات و روایات ثابت است. خداوند (ج) می‌فرماید: «واستشهدوا شهیدین من رجالکم فان لم یكونا رجلین فرجل و امرءتان ممن ترضون من الشهداء» (بقره، آیه ۲۸۲).

دلیل دیگر از روایات است. وایل بن حجر (رض) نقل می‌کند که مردی از قبیله حضرمی و مرد دیگری از کنده، نزد رسول الله (ص) آمدند، مردی حضرمی عرض کرد، یارسول الله این شخص بر زمین که برای من است تجاوز کرده است، پس از آن شخص کنده گفت این زمین مال من و در دست من است و برای او هیچ حقی نیست؛ رسول الله (ص) برای حضرمی فرمود، آیا برای تو بینه است؟ او در جواب گفت برای من بینه نیست (قشیری، ۲۰۰۸، ص ۶۴۶)

۲-۱. شروط عمومی شهادت بر جرم زنا

الف) بلوغ: شاهد باید به سن بلوغ رسیده باشد، پس اگر بالغ نباشد شهادت وی قبول نخواهد شد، زیرا خداوند (ج) می‌فرماید: «واستشهدوا شهیدین من رجالکم فان لم یكونا رجلین فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء ان تضل احداهما فتذکر احداهما الاخری» (بقره، آیه ۲۸۲).

ب) عقل: لازم است که شاهد، عاقل باشد. شهادت مجنون براساس حدیث منقول از پیامبر (ص) پذیرفته نیست و آن حضرت می‌فرماید: «سه گروه مسؤلیت ندارند کودک تا وقتی که به سن بلوغ برسد؛ خوابیده تا وقتی که بیدار شود؛ مجنون تا وقتی که افاقه حاصل کند»؛ لذا شهادت کودک پذیرفته نمی‌شود، شهادت مجنون هم مقبول نخواهد بود (همان، ج ۴، ص ۶۷).

ج) قدرت بر حفظ: شاهد باید توانایی حفظ و درک حادثه مورد شهادت را داشته باشد. شهادت کسی را که جنبه سهو و فراموش کاری اش بر جنبه ضبط و نگهداری او غلبه دارد، مردود است.

د) قدرت تکلم: شاهد باید که قدرت تکلم (سخن) گفتن را داشته باشد؛ گنگ، کر و لال نباشد. «ان یكون المشهود علیه الزنا ممن یقدر علی الدعوی الشبهه فان كان أخرس، لم تقبل شهادتهم، اذ قد یدعی الشبهه لو كان قادراً (الزحیلی، ۱۳۸۲) ج ۷، ص ۵۳۷۴».

ه) عدالت: شاهد باید که عادل باشد. خداوند (ج) می‌فرماید: «و اشهدوا ذوی عدل منکم و اقیموا الشهاده لله» و دو تن مرد عادل را در میان خود گواه گیرید و گواهی را برای خدا به پا دارید. شهادت مرد فاسق جایز نمی‌باشد زیرا خداوند (ج) می‌فرماید: «یا ایها الذین آمنوا ان جاءکم فاسق ببناء فتمینوا ان تصیبوا قوماً بجهالة فتصبخوا علی ما فعلتم نادمین» (حجرات، آیه ۶).

و) اسلام: شاهد باید مسلمان باشد، پس شهادت کافر بر مسلمان جایز نیست، مگر در باره وصیت در حال سفر که امام ابوحنیفه (رح) با استدلال به این آیه شریفه آن را جایز می‌داند» (مایده، آیات ۱۰۶-۱۰۷).

۲-۲. شروط خصوصی شهادت بر جرم زنا

شروطی که تحقق آن‌ها در شهادت بر جرم زنا ضروری است عبارتند از:
الف) مذكر بودن: از نظر جمهور فقهاء باید شاهدان در جرم زنا مذكر باشد،

عن علی علیهم السلام: «أنه كان لا يقبل شهادة النساء في الحدود و القصاص، و لا يقبل شهادة علی شهادة فی حد و لا قصاص» (بن بلال، بی تا، ص ۴۷۷).

ب) اصیل بودن: شاهدان باید اصیل باشند، یعنی خود شاهدان باید حادثه زنا را مشاهده کرده باشند. ابی بصیر از ابو عبدالله (ع) روایت می کند که فرمود رجم نمی شود زن و مرد تا زمانی که گواهان دخول و خروج کردن (مانند میل در سرمه دان) را درست نبینند (خوی، ج ۴۱، ص ۲۱۸).

ج) عدم مرور زمان برحد جرم زنا بدون عذر موجه: از نظر فقهای حنفی به استثنای حد قذف، در تمام حدود دیگر عدم مرور زمان بر حد بدون عذر موجه شرط دانسته شده است. از نظر امام ابو حنیفه (ره) مدت تقادم به اجتهاد قاضی واگذار می گردد، زیرا عذرهای از یک منطقه و عصر تا منطقه و عصر دیگر متفاوت می باشد، ولی از نظر صاحبین (امام محمد و امام ابو یوسف) مدت تقادم یک ماه یا بیشتر از آن می باشد، زیرا کمترین مدت اجل یک ماه است و کمتر از یک ماه در حکم عاجل خواهد بود. (الزحیلی، ج ۷، ص ۵۳۷۴).

د) تعداد شاهدان از چهار نفر کم نباشد؛ زیرا خداوند (ج) می فرماید: « وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ » (نور، آیه ۴).

ه) قاضی باید به شهادت شاهدان قناعت حاصل کند؛ اگر همه شاهدان بر این اتفاق کردند که این عمل را ما مانند داخل کردن میل در سرمه دان دیدیم (دخول آلت تناسلی در شرمگاه زن) و آن را با تفصیل و بدون اجمال گواهی دادند، در این صورت برای حاکم وقت بر پا داشتن حد ضروری است (الجزیری، ج ۵، ص ۶۶).

و) اهلیت شاهد تا تطبیق حد: اگر یکی از شاهدان قبل از ادای شهادت، یا بعد از ادای شهادت ولی قبل از تطبیق حد زنا بمیرد، یا غایب، کور، مرتد، گنگ یا محکوم به حد قذف گردد، حد زنا از مشهود علیه ساقط می شود؛ زیرا این عوارض اگر مقارن با شهادت باشند، مانع قبول شهادت می گردند، اگر بعد از شهادت رخ دهند، نیز مانع قبول شهادت می شوند و باقی شاهدان نیز محکوم به حد قذف می گردند، زیرا در این صورت شاهدان کمتر از چهار شاهد می باشند و هنگامی که تعداد شاهدان کمتر از چهار شاهد باشد محکوم به حد قذف می شوند (السرخسی، ۱۴۱۴، ج ۹، ص ۵۰).

ز) مشهود علیه به زنا توانایی وطی را داشته باشد: اگر مشهود علیه به زنا این توانایی را نداشته باشد، شهادت شاهدان پذیرفته نمی شود و آنها محکوم به حد قذف می گردند. هنگامی که شاهدان دارای شروط عمومی و خصوصی در جرم زنا بودند و در پیشگاه قاضی گواهی دادند، در آن صورت قاضی از آنها امور ذیل را می پرسد:

۲. کیفیت زنا
۳. مکان زنا
۴. زمان زنا
۵. مزنی بها
۶. زنده بودن مزنی بها (الزحیلی، ۱۳۸۲ ج ۷، ص ۵۳۷۸).

۳. قرینه در اثبات جرم زنا

حجیت قرینه به عنوان یکی از راه‌های اثبات جرم زنا، مورد اختلاف فقها است. جمهور فقهاء معتقدند که قرینه می‌تواند یکی از راه‌های جرم زنا باشد و این‌ها برای اثبات مدعای خویش به دلیل زیر استدلال نموده‌اند: خداوند (جل جلاله) می‌فرماید: « وَ جَاءُوا عَلٰی قَمِيصِهِ بَدْمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ اَنْفُسُكُمْ اَمْرًا فَصَبْرًا جَمِيْلًا وَاللّٰهُ الْمُسْتَعَانُ عَلٰی مَا تَصِفُوْنَ » (یوسف آیه ۱۸).

در تفسیر این آیه امام قرطبی نوشته است: از این آیات فقهاء در بسیار از مسائل در استعمال قرائن استدلال نموده‌اند؛ چنانچه در قسامه (در نکول) یعنی انکار مدعی علیه، فیصله به این اساس می‌شود که دعوی مدعی درست است، چرا که قرینه صحت ادعای آن وجود دارد (ندوی، (۱۴۹۳)، ص ۱۰۶۸).

۳-۱. شروط عمل به قرینه

شرط اصلی عمل به قرینه آن است که به لحاظ دلالت باید قطعی باشد. منظور علماء از قرینه قطعی الدلالة آن است که مفید علم نزدیک به یقین باشد. (نذیر، ۱۳۹۶، ص ۵۸).

۳-۲. گستره عمل به قرینه

راجع به این که آیا قرائن در حدود نیز اعتبار دارد یانه دیدگاه‌های ذیل مطرح شده‌اند:

از ابن عباس (رضی الله عنه) روایت شده است که حضرت عمر (رضی الله عنه) فرمودند: «آیه رجم در قرآن موجود بود و ما آن را تلاوت نمودیم، مفهوم آن را درک کردیم و پیامبر (صلی الله علیه و سلم) آن را تطبیق کرد و ما بعد از رجم او نیز آن را تطبیق نمودیم؛ و من از آن هراس دارم که بر مردم مدتی طولانی بگذرد و سپس یکی از آن‌ها بگوید که قسم به خدا ما مجازات رجم را در قرآن کریم سراغ نداریم، سپس با ترک این فریضه گمراه شوند، عقوبت رجم بر مرد و زن محض، هنگامی ارتکاب جرمه زنا در کتاب خداوند (جل جلاله) حق است، ولی مشروط به این که شاهدان موجود باشند، یا زن حامله شود، یا مرتکب زنا خود اعتراف کند.» (ابوداود، بی‌تا، ص ۱۹۲).

حضرت عمر (رضی الله عنه) در این روایت قرینه حمل را وسیله اثبات جرم زنا معرفی نموده است و این دلالت می‌کند که قرینه در باب حدود نیز یکی از وسایل اثبات محسوب می‌شود (نذیر، بی‌تا، ص ۸۵). حمل در زن غیر متأهل در صورتی قرینه قوی و مفید علم یقین محسوب می‌شود که در آنجا شبهه موجود نباشد، اگر شبهه‌ای موجود بود، مانند اینکه زن حامله، ادعا نماید که حمل وی در اثر زنا به زور، یا به خطاء یا حمل وی بدون مقاربت جنسی به وجود آمده است، در این صورت قرینه وسیله اثبات جرم زنا شمرده نخواهد شد. (نذیر، بی‌تا، ص ۸۸).

۴. اقرار در اثبات جرم زنا

حجیت اقرار با آیات، سنت رسول الله (صلی الله علیه وسلم) و اجماع امت اسلامی، ثابت شده است. خداوند در قرآن کریم فرموده است: «وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ» (آل عمران، آیه ۸۱).

همچنین در روایت آمده است که «غامدیه» بر اساس اقرارش حکم رجم بالایش جاری شد و نیز در قضیه عسیف جناب رسول الله (صلی الله علیه وسلم) (عوده، ۱۴۲۶، ص ۵۶)، فرمود: «اغد یا انیس علی امرأه هذا فأن اعترفت فارجمها»، ای انیس صبح کن بر این زن اگر این زن اعتراف کرد آنرا رجم کن. (بخاری، ۱۹۹۸، ج ۷، ص ۳۰).

اجماع علما نیز بر این است که اقرار می‌تواند دلیل بر اثبات جرم زنا باشد: «فقد أجمعت الامه علی أن الاقرار حججه فی حق نفسه حتی أوجبوا الحد والقصاص بإقراره وإن لم یکن حججه فی حق غیره» (الدمشقی، بی‌تا، ج ۸، ص ۲۱۶).

۴-۱. شروط اقرار

الف) شروط عمومی

۱. اقرار کننده بالغ باشد (الحنفی، ۱۳۵۶ ج ۶، ص ۲۶۲).

۲. اقرار کننده باید مختار باشد.

۳. در شخص اقرار کننده صلاحیت و توان خبر دادن وجود داشته باشد.

ب) شروط خصوصی

۱. تعداد اقرار: در باره حد زنا چهار مرتبه (اقرار) حتمی و ضروری بوده و می‌باشد، مانند، حضرت ماعز

اسلمی رضی الله عنه که در باره او جناب رسول اکرم (صلی الله علیه وسلم) از او چهار بار پرسیده بود.

۲. تعداد مجلس اقرار: مذهب ابوحنیفه (رضی الله عنه) قائل به اقرار کردن چهار مرتبه می‌باشد: «والإقرار: أن یقر البالغ العاقل علی نفسه بالزنا، أربع مرات، فی أربعة مجالس من مجالس المقر، كلما أقر رده القاضي» (الحنفی، ۱۳۵۶، ج ۳، ص ۱۸۲).

۳. اقرار باید نزد قاضی و یا امام باشد (شیخی زاده، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۸۷).

۴. اقرار باید از شخصی صادر شده باشد که توانایی ارتکاب آن عمل را داشته باشد؛ پس اگر شخصی محجوب (کسی که آلت تناسلی وی قطع شده) اعتراف به ارتکاب جرم زنا نماید، اقرار وی درست نخواهد بود. (بیهقی، بی‌تا، ج ۸، ص ۲۵۱).

۴. اقرار باید در حالت هوشیاری و بیداری باشد؛ بنابراین، هرگاه زائل العقل در وقت فقدان عقل خود به ارتکاب جرم زنا، به هرسبب که باشد، مانند نوشیدن شراب، دواى مسکر، نوم، اغما و دیوانگی، اقرار کند، اقرار او صحیح نبوده و شخص مقرر مؤاخذه نمی‌شود. اگر اقرار خود را بعد از حالت زوال اغما، نوم، اثر سکر و دوا اعاده کند. اقرار وی جدید بوده و در حالت صحت از وی صادر شده است.

امام ابوحنیفه (رح) می‌گوید: اقرار مسکر که سکر او به طریق محظور باشد اقرارش صحیح بوده و او به اقرارش مؤاخذه می‌شود، مگر در حدودی که از حقوق الله خالص باشد؛ اما اگر سکر مقرر به طریقی غیر محظور باشد مسکر مؤاخذه نمی‌شود، مگر این که بعد از بهوش آمدن دوباره اقرار به ارتکاب جرم نماید. اگر شخصی مدهوش و زایل العقل به گونه‌ای باشد که گاهی مدهوش و گاهی مجنون است و اقرار نماید که من زنا کردم، اگر اقرارش در حالت افاقه باشد، اقرارش درست بوده و بدون اختلاف بر وی حد است. به دلیل این که زنا که موجب حد است در حالت تکلیف از او واقع شده است. اگر اقرار وی در حالت افاقه صادر شده باشد، ولی وی نیت زنا را در حالت افاقه کند، در این صورت وی بر او حد جاری نمی‌شود، زیرا احتمال وقوع زنا در حالت جنون موجود است، با احتمال حد زده نمی‌شود (ندوی، ۱۴۹۳ ص ۷۱۷).

اقرار دیوانه هم چه دیوانه تمام وقت (کسی که همیشه دیوانه است) و یا دیوانه فصلی (که در برخی از فصول سال دیوانه است) به شرط آن که اقرارش در حال دیوانگی باشد پذیرفته نیست. البته دیوانه فصلی اگر در موقعی که بهبود پیدا کرده اقرار کند اقرارش قبول است و با اقرارش او را محکوم به مجازات می‌کنند (شهید ثانی، بی‌تا، ص ۲۹).

۵. لعان در اثبات جرم زنا

لعان به این نحو است که شوهر چهار بار به خداوند (ج) قسم یاد کرده و بگوید، چیزی که در باره زن می‌گویند، واقعیت دارد و در دفعه پنجم بگوید که اگر من دروغگو باشم، لعنت خداوند (ج) بر من باشد.

بعد از این زن چهار مرتبه به خداوند (ج) قسم خورده بگوید: تهمت‌ی که بر من زده شده دروغ است و با پنجم بگوید که اگر شوهر من در باره این تهمت صادق و راست باشد، پس بر من لعنت خدا باشد (ندوی، ۱۴۹۳، ص ۴۴۲-۴۴۳).

مشروعیت لعان در آیات سوره نور مورد اشاره قرار گرفته است: «کسانی که به زنان خود نسبت زنا می‌دهند و به جز خودشان گواهان دیگر ندارند، هر یک از آنها باید، چهار بار به خداوند (جل جلاله) سوگند یاد کنند که او قطعاً از راستگویان است و گواهی او در بار پنجم این است که (شوهر او بگوید) لعنت خدا بر او باد اگر دروغ بگوید و از (زن) کیفرساقط می‌شود، در صورتی که چهار بار سوگند یاد کند که شوهر او دروغ می‌گوید، گواهی پنجم آنکه خشم خداوند (جل جلاله) بر او باد اگر (شوهرش) راست بگوید. (نور، آیات ۶-۸).

امام ترمذی حدیثی را نقل می‌کند در زمان امارت مصعب بن جبیر در مورد دو متلاعنین سؤال شدم! رفتم نزد عبدالله بن عمر (رضی الله عنه) از ایشان وقتی پرسیدم، گفتند «سبحان الله» در زمان رسول الله (صلی الله علیه و سلم) شخصی آمد و گفت یا رسول! اگر کسی از ما به خانه خود بیاید و همسرش را با مرد بیگانه ببیند اگر سکوت کند برای او بسیار مشکل است و اگر هم اقدام کند هم مشکل است چه باید کرد؟ پیامبر (ص) سکوت کرد و جوابی نداد. لحظه اندکی دوباره آمد و گفت ای پیامبر خدا من به همان سؤال پرسیدم گرفتار شده‌ام؛ بعد همین چهارآیه سوره نور نازل شد و پیامبر (ص) در مورد ایشان فیصله نمود» (الترمذی، ۲۰۰۸، ج ۳، ص ۴۹۸).

۴-۱. حالات وجوب لعان

لعان در دو حالت واجب است:

الف) هنگامی که مرد زن خود را به زنا متهم کند و چهار نفر شاهد نیز نداشته باشد.
ب) زمانی که مرد حامل خانم خود را از خود نفی کند، مانند اینکه بگوید این حمل از من نیست یا فرزندی که از زنش متولد شده از خود نفی نماید: «اذا قذف الرجل زوجته بالزنا او نفی من ولد علی فراشه و اکذبه هی، ولا بینة له جاز له ان یلاعنها» (همان، ص ۷۳).

۴-۲. امتناع از لعان

در این مورد این که آیا امتناع از لعان موجب حد زنا می‌شود یا خیر، فقهاء دیدگاه‌های متفاوتی ابراز داشته‌اند:

۱. جمهور فقهاء آن را موجب حد دانسته و برای اثبات مدعای شان به این آیه شریفه توسل جسته‌اند: «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (نور آیه ۴).

۲. امام ابوحنیفه (رضی الله عنه) می‌گوید: که اگر شوهر از لعان نکول کند، محبوس می‌شود تا آن که لعان کند و یا خود را تکذیب نماید و اگر زن نکول کند محبوس می‌گردد تا آن که لعان گوید و یا به زنا اعتراف نماید، پس در این صورت بر وی حد زنا اجراء می‌گردد. امام ابوحنیفه به دلیل ذیل استدلال نموده است. خداوند می‌فرماید: «و کسانی که به همسران خود نسبت زنا می‌دهند و جز خودشان گواهان دیگر ندارند، هر یک از آنان باید چهار بار به خدا سوگند یاد کنند که واقعاً از راست گویان است؛ و گواهی در دفعه پنجم این است که شوهر بگوید: لعنت خدا بر او باد اگر از دروغ گویان باشد. از این آیات فهمیده می‌شود که در قذف زن جز لعان چیزی دیگری لازم نمی‌شود و اگر شوهر از لعان امتناع ورزد حبس می‌شود تا آنکه لعان گوید و اگر زن از لعان امتناع نماید زندانی می‌شود تا آن که به لعان حاضر شود.

۳-۴. جدایی از طریق لعان

بر اساس سنت افرادی که لعان انجام میدهند به صورت دائم بر یکدیگر حرام می‌شوند. چنانکه ابن عباس از رسول الله (ص) روایت می‌کند که فرمود: وقتی که دو متلاعن جدا شوند دیگر یکجا نخواهند شد. علی (علیه السلام) و ابن مسعود (رضی الله عنه) هم نیز چنین فرموده‌اند. پس از سوگندهای لعان حد مجازات قذف و تهمت در مورد شوهر اجرا نمی‌شود. همه مذاهب جز ابوحنیفه، بر این باورند که زن و شوهر برای همیشه از هم جدا می‌شوند و نیاز به حکم قاضی ندارند؛ اما ابوحنیفه (ره) می‌گوید که پس از بیان سوگندهای لعان توسط شوهر و همسر قاضی حکم به جدای آنها به صورت طلاق بائن می‌دهد (الزحیلی، پیشین، ص ۴۱۰).

۵. علم قاضی

یکی دیگر از ادله یا طریق اثبات جرم زنا، علم قاضی است. در این مورد علما اختلاف کرده‌اند؛ برخی حجیت آن را قبول و عده‌ای دیگر رد کرده‌اند:

۵-۱. عدم حجیت علم قاضی از نظر جمهور

علما اجماع نموده‌اند که زنا به اقرار خود شخص و به شهادت گواهان ثابت می‌شود؛ و حدود الله تعالی مانند زنا، دزدی، محاربه و شرب خمر به علم قاضی در حالت قضاوت یا قبل از قضاوت ثابت نمی‌شود، زیرا که زنا به شبهه دفع می‌شود، و پوشانیدن آن مندوب می‌باشد.» (زحیلی پیشین، ج ۷ ص ۵۴۷). چنانچه قاضی شخصاً ناظر واقعه زنا باشد، به عقیده جمهور فقهاء حق ندارد با علم خود قضاوت نماید.

مالک، احمد و شافعی در یکی از اقوالش و اکثر فقهای شافعی چنین دیدگاهی دارند. مستند آنان قول خداوند (ج) است که می‌فرماید: «پس چهار نفر از خودتان شاهد بیاورید»، پس اگر شاهد نیاوردند نزد خداوند (ج) از دروغگویان محسوب می‌شوند.

دیگر اینکه قاضی نمی‌تواند مانند سایر افراد در صورتی که بینه ندارد، آنچه را شاهد بوده بر زبان آورد؛ پس اگر بر اساس مشاهده خود به کسی نسبت زنا دهد و بینه نداشته باشد، قاذف محسوب می‌گردد و باید حد قذف بخورد. پس اگر تکلم قاضی از روی چیزی که به آن آگاه است حرام باشد، به طریق اولی عمل به مورد مشاهده نیز حرام خواهد بود. همچنین به روایتی منقول از ابوبکر (رضی الله عنه) صدیق استناد می‌کنند که می‌گوید: «اگر شاهد باشم که مردی مرتکب جرم مستوجب حد می‌گردد به او حد نمی‌زنم مگر این که بینه داشته باشم». به نظر آنان، اگر قاضی همراه با سه نفر، شاهد واقعه زنا باشد می‌تواند از قضاوت انصراف و شهادت دهد والا نمی‌تواند علم خود را متمم شهادت بقیه سازد.

۵-۲. حجیت علم قاضی از نظر امامیه

اغلب فقهای امامیه معتقدند که قاضی می‌تواند مطلقاً بر مبنای علم خود قضاوت کند. از جمله شیخ طوسی در کتاب خلاف می‌نویسد، برای حاکم این حق وجود دارد که در جمیع احکام مربوط به حدود و قصاص و غیره با علم خود قضاوت نماید و فرقی نمی‌کند که جرائم از حق الله باشد یا از حق الناس و خواه این که حصول علم قاضی قبل از تصدی به امر قضا باشد و یا این که بعد از اشتغال به امر قضا حاصل شده باشد و حتی در مورد اموال نیز قاضی می‌تواند مطابق علم خود عمل نماید.

صاحب جواهر نیز در خصوص علم قاضی در اثر معروف خود می‌نویسد: هیچ اختلافی بین فقها وجود ندارد در مورد امام (ع) می‌تواند با علم خود در حق الله و حق الناس مطلقاً قضاوت نماید و با اشاره به نظریات سایر فقها ادعای اجماع بر موضوع علم قاضی کرده است.

ولی صاحب تکملة المنهاج نیز معتقد است که قاضی می‌تواند بین متخصصان با بینه اقرار قضاوت کند، به همان ترتیب نیز می‌تواند با علم خودش نیز حکم صادر نماید. به نظر ایشان قاضی باید بین طرفین به

وسیله اقرار و بینه حکم نماید ولی اگر بینه و اقرار وجود نداشته باشد حوزه عمل او به استفاده از علم محدود می‌گردد.

صاحبان نظران مذاهب اهل سنت در خصوص علم قاضی اتفاق نظر ندارند، پیروان مذهب حنفی علم قاضی را در جرائم حق الناس چنانچه بعد از تصدی به مقام قضاوت و در حوزه قضایی او جرم واقع شده باشد حجت می‌دانند.

اما امام شافعی و پیروان او معتقدند که حاکم می‌تواند به علم خود در تمام جرائم، اعم از حق الله و حق الناس قضاوت نماید (ولیدی، ۱۳۱۵ ص ۱۴۳-۱۴۴).

۳-۵. عدم حجیت علم قاضی از نظر احناف

امام ابوحنیفه (رضی الله عنه) عمل قاضی به علم خود را در حقوق الله مطلقاً انکار کرده و در حقوق الناس نیز در صورتی جایز می‌داند که قاضی این علم را در منطقه قضایی خود و بعد از تصدی (مسولیت پذیرفتن) امر قضا به دست آورده باشد (طوسی، ۱۴۲۹ ج ۲، ص ۶۰۲).

از اقوال فقها معلوم شد که علم قاضی یک دلیل اختلافی بوده و در زنا نمی‌تواند که یک طریق استوار و محکم باشد. اصل اثبات در زنا همان اقرار و شهادت شهود است که این دو دلیل مورد اتفاقی همه فقها است.

نتیجه گیری

از این نوشتار به دست می‌آید که شریعت اسلامی نه تنها زنا را حرام کرده، بلکه محرکات آن را نیز حرام قرار داده است و برای اثبات آن راه‌های را تعیین نموده است که عبارت‌اند از:

۱. اقرار: طریقه اقرار این است که یک شخص عاقل و بالغ بدون جبر و اکراه چهار بار در مجالس مختلف نزد قاضی بالای نفس خود به فعل زنا اقرار کند و در هر بار اقرار، قاضی او را از نزد خود رد نماید تا این که چهار مرتبه اقرار تکمیل شود؛ و شرط نمودن چهار بار اقرار در مجالس مختلف مذهب احناف می‌باشد. دلیل ایشان حدیث معزز رضی الله عنه است.

۲. شهادت شهود: چهار شخص عاقل، بالغ، مسلمان و با دیانت که در جمع آن‌ها زن نبوده باشد، به انجام فعل زنا توسط زانی، شهادت اداء نموده و بگویند که ما جمعاً در یک مکان واحد با چشم خویش مشاهده نمودیم که کار زنا از طرف فلان شخص همراه با فلان مزنیه، مثل داخل کردن چوب سرمه در سرمه‌دان صورت گرفته است.

۳. قرینه: برخی از فقهاء آن را وسایل اثبات می‌دانند و برخی دیگری نداسته، از جمله فقهای که قرینه را یکی از وسایل اثبات در باب حدود به خصوص حد زنا می‌دانند، حضرت عمر (رض) در این اثر قرینه (حمل) را وسیله اثبات جرم زنا معرفی نموده است؛ و این خود بر این امر دلالت می‌کند که قرینه در باب حدود نیز یکی از وسایل اثبات محسوب می‌شود.

۴. لعان: در مورد این که امتناع از لعان طرق اثبات جرم زنا می‌شود که موجب حد قرار گیرد. در این باره فقها اختلاف نموده‌اند، از جمله فقهای که نکول از لعان را موجب حد می‌دانند امام ابوحنیفه (ره) است که می‌گوید که اگر شوهر از لعان نکول کند، محبوس ساخته می‌شود تا این که لعان گوید و یا خود را تکذیب کند و اگر زن امتناع کند محبوس ساخته می‌شود تا این که لعان گوید و یا به زنا اعتراف نماید. پس در این صورت بر وی حد زنا اجراء می‌گردد.

۵. علم قاضی: امام ابوحنیفه عمل قاضی به علم خود را در حقوق الله مطلقاً انکار نموده است. ولی اغلب فقهای امامیه معتقدند که قاضی می‌تواند، بر مبنای علم خود قضاوت کند؛ اما از نظر جمهور قاضی حق ندارد که با تکیه بر علم خود قضاوت کند. خلاصه این که جرم زنا از طریق شهادت شهود و اقرار اتفاقاً و از طریق قرینه، امتناع از لعان و علم قاضی اختلافاً ثابت می‌شود.

منابع

۱. ابن فارس، احمد بن فارس (بی تا)، معجم مقایس اللغه ج ۳، بیروت دارالفکر.
۲. ابن منظور جمال الدین، ابوالفضل، محمد بن مکرم (۱۴۱۴) لسان العرب، ج ۳، الطبعة الثالثة، ۱۴۱۴ بیروت دار صادر.
۳. امامی، سید حسن، (بی تا) حقوق مدنی، ج ۳، انتشارات اسلامیة تهران.
۴. انوری، حسن (۱۳۹۳) فرهنگ بزرگ سخن، چاپ هفتم، انتشارات سخن، خیابان انقلاب خیابان دانشگاه.
۵. بخاری، محمد بن اسماعیل (۱۹۹۸) صحیح البخاری، ج ۷، چاپ دوم، مکتبه رشیدیة دهلی، هندوستان.
۶. ترمذی، ابو عیسی محمد بن عیسی (۲۰۰۸) سنن ترمذی، ج ۱، بیروت لبنان مکتبه دارالفکر.
۷. جزایری، عبدالرحمن (۱۴۲۲) الفقه علی مذاهب الاربعه، ج ۵، بیروت، لبنان.
۸. جوهری، الامام اسماعیل بن حماد، (۱۴۳۳)، معجم الصحاح عربی - عربی الطبعة الاولى، شرکه الاعلی للمطبوعات بیروت لبنان.
۹. حلّی، جعفر بن حسن، (۱۴۱۸)، المختصر النافع فی فقه الامامیه، ج ۱، موسسه مطبوعات الدینیة قم ایران.
۱۰. حنفی، مجدالدین ابوالفضل (۱۳۵۶) الاختیار لتعلیل المختار، الناشر، مطبعة الحلبي، القاهرة دارالکتب العلمیه. تاریخ النشر.
۱۱. ذاکر، محمد افضل (۱۳۹۸) شرح کود جزا، ج ۳، ویراستار خانه ویراست افغانستان، ناشر بنیاد آسیا، چاپ خانه سعید.
۱۲. رامپوری، غیاث الدین، محمد بن جلال الدین بن شرف الدین (۱۲۴۳)، غیاث للغات، موسسه انتشارات کبیر وابسته به سازمان تبلیغات اسلامی.
۱۳. زحیلی، وهبه (۱۳۸۲)، فقه خانواده در جهان معاصر، ترجمه، عبدالعزیز سلیمی، تهران احسان.
۱۴. السرخسی، محمد بن احمد بن ابی سهیل، (۱۴۱۴)؛ المبسوط، ج ۲۶، الناشر، دارالمعرفه، بیروت.

۱۵. السیورسی، ابو عبدالله المقداد بن عبدالله، (بی تا)، کنز العرفان فی فقه القرآن (من کتب امامیه) ج ۲، المصدر الشامله الذهبیه.
۱۶. شهیر، محمد بن فرامرز بن علی، (بی تا)، درر الحکام، ج ۱، الناشر داراحیاء الکتب العربیه.
۱۷. شیخ زاده، عبدالرحمن بن محمد بن سلیمان، (۱۴۱۹)، مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر، الناشر، دارالکتب العلمیه، لبنان.
۱۸. صدری افشار، غلامحسین، حکمی نسرین، حکمی نسترن (۱۳۸۱) فرهنگ معاصر فارسی، چاپ ششم، کتابخانه ملی ایران.
۱۹. طرابلسی، ابن براج، عبدالعزيز، (۱۴۰۶)، المهذب، ج، چاپ اول، دفترانتشارات اسلامی، قم ایران.
۲۰. طوسی، شیخ الطایفه ابی جعفر محمد بن الحسن، (۱۴۲۹) کتاب الخلاف، ج ۵، موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین به قم المشرفه.
۲۱. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۰)، النهایه فی مجرد الفقه والفتاوی، چاپ دوم، دارالکتب العربی، بیروت لبنان.
۲۲. علی بن بلال، ابی الحسن، (بی تا)، اعلام الاعلام به ادله الاحکام، ج ۴، المحقق محمد بن حسن العجری، المصدر: الشامله الذهبیه.
۲۳. عمید، حسن، (۱۳۸۴) فرهنگ عمید، ج ۲، چاپ دهم، ایران، موسسه انتشارات امیر کبیر.
۲۴. عوده، عبدالقادر، (۱۴۲۶)، التشریح الجنایی الاسلامی، ترجمه حسن فرهودی نیا، ج ۴، تهران شرکت بین المللی پژوهش و نشر یادآوران.
۲۵. قشیری، مسلم بن حجاج، (۲۰۰۸)، صحیح المسلم، بیروت، لبنان، مکتبه دارالفکر.
۲۶. محمدی، ابوالحسن، (۱۵۶۹)، مبانی استنباط حقوق اسلامی اصول فقه، چاپ شصت و دوم، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۷. محمود طهماز، عبدالحمید، (۱۳۹۴)، بازنگری جدید فقه حنفی بر مبنای مذهب امام ابوحنیفه، ترجمه سعدی بهبودی، ج ۳، چاپخانه ایران زمین، ناشر، تربت جام شیخ الاسلام.
۲۸. مرغینانی، علی بن ابی برهان الدین، (بی تا)، الهدایه شرح البدایه، ج ۲، المکتبه الاسلامیه، قاهره مصر.

۲۹. مسعود، جبران، (۱۳۸۰)، فرهنگ الراید عربی به فارسی، ترجمه دکتر رضا انزابی نژاد، مشهد، انتشارات آستان قدس رضوی.
۳۰. معلوف لویس، (۱۳۹۳)، المنجد، ترجمه مصطفی رحیمی نیا، ج ۲، چاپ چهارم، تهران صبا.
۳۱. مغنیه، محمدجواد، (۱۴۳۲)، الفقه علی المذاهب الخمسه، ج ۲، چاپ ششم، دارالکتب الاسلامی، مطبعه ستار.
۳۲. الميدانی الحنفی، عبدالغنی بن طالب بن حماده بن ابراهیم، (بی تا)، اللباب فی شرح الکتاب، چاپ الثالث، الناشر، المكتبه العلمیه، بیروت لبنان.
۳۳. نجفی، محمدب ن محسن، (۱۹۸۱)، جواهر الکلام، فی شرح شرایع الاسلام، ج ۱، چاپ هفدهم، بیروت داراحیاء التراث العربی.
۳۴. ندوی، مجیب الله، (۱۴۹۳)، فقه اسلامی، ترجمه غیرت نوشاد، انتشارات مستقبل.
۳۵. نذیر، دادمحمد، (۱۳۹۶)، حقوق جزای اختصاصی اسلام، چاپ سوم، مطبعه الفاروق، ناشر، انتشارات، رسالت کابل.
۳۶. نسفی، ابوالبرکات، عبدالله بن احمد بن محمود حافظ الدین، (۱۴۳۲)، کنز الدقایق، الناشر: دارالبشائر الاسلامیه، دارالسراج.
۳۷. وراسته ویراستار، حمید، (۱۳۹۰)، فرهنگ جامع حقوق، ۱۳۸۶، فارسی - انگلیسی، موسسه انتشارات کبیر، کتابخانه ملی ایران.
۳۸. ولیدی، محمدصالح، (۱۳۸۳)، حقوق جزای اختصاصی جرائم علیه عفت و اخلاق عمومی و حقوق تکالیف خانوادگی، چاپ دوم، موسسه انتشارات امیر کبیر، تهران.
۳۹. هاشمی، سید محمود و جمعی از پژوهشگران، (۱۴۲۶)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، ج ۳، موسسه دایره المعارف، قم، ایران.
۴۰. محمدبن أحمد بن أبی بکر القرطبی، (۱۴۰۷)، الجامع الاحکام القرآن، ج ۵، بیروت، دارالفکر.
۴۱. محمدعلی فاضلی، (بی تا) شرایط و اوصاف قاضی در فقه امامیه و اهل سنت، پایان نامه کارشناسی ارشد، رشته فقه قضایی.
۴۲. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴)، جواهر الکلام، ج ۴۱، بیروت، دارالاحیاء التراث.

اصل صلاحیت واقعی در کد جزای افغانستان

دکتر محمد عارف احمدی*

فهیمة بیات سیرت**

چکیده

اگرچه با اجرای اصل صلاحیت سرزمینی، اصل صلاحیت شخصی و اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی علیه، جرائم ارتكابی در داخل قلمرو حاکمیت و جرائم ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیت که به وسیله یا علیه اتباع ارتكاب می‌یابد مورد تعقیب، محاکمه و مجازات قرار خواهد گرفت؛ اما اجرای این اصول برای حفظ منافع اساسی و حیاتی دولت‌ها کافی نیست. دولت‌ها گاهی اوقات از مجازات جرائمی متضرر می‌شوند که بیگانگان در خارج از قلمرو حاکمیت آن‌ها مرتکب گردیده و منافع حیاتی و اساسی آن‌ها را مورد صدمه قرار داده است. بر همین اساس در حقوق جزای بین‌الملل اصل صلاحیت واقعی پذیرفته شده است. اصل صلاحیت واقعی به معنای توسعه صلاحیت تقنینی و قضایی یک کشور نسبت به جرایمی است که در خارج از قلمرو حاکمیت آن کشور واقع شده و به منافع اساسی و حیاتی آن کشور صدمه وارد می‌کند. در این اصل، صلاحیت قوانین کیفری یک کشور نه بر اساس محل ارتكاب جرم و نه بر اساس تابعیت مجرم یا مجنی علیه، بلکه صلاحیت در این‌جا صرفاً بر اساس نوع و طبیعت جرم مشخص می‌گردد.

واژگان کلیدی: اصل صلاحیت واقعی، اصل سرزمینی، کد جزاء، اسناد بین‌الملل، حقوق جزا.

* دکترای ...

** ماستری ...

مقدمه

در اصل صلاحیت واقعی هر چند جرم ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیت کشور واقع شده، ولی به منافع اساسی و حیاتی آن کشور لطمه می‌زند. جرائم موضوع این اصل هم عمدتاً جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی یک کشور است که ضرر و صدمه مستقیم آن متوجه امنیت و منافع عمومی کشور می‌گردد.

در قوانین افغانستان همانند دیگر کشورها، موارد مشخصی در مورد انواع اصل صلاحیت‌ها وجود دارد که در تحقیق حاضر ما به بررسی «اصل صلاحیت واقعی» در قوانین کیفری (جزائی) افغانستان و اسناد بین‌المللی می‌پردازیم. با وجود دو اصل سرزمینی و شخصی بودن قوانین جزایی که جرائم ارتكابی اتباع در داخل کشور و همچنین جرائم ارتكابی اتباع افغانستان در خارج از قلمرو کشور را مورد تعقیب و مجازات قرار می‌دهد، معهداً اجرای توام این دو اصل برای حفظ منافع کشورها در برخی موارد کافی نیست، به‌عنوان مثال: اگر اتباع خارجی در خارج افغانستان علیه امنیت داخلی یا خارجی و یا علیه تمامیت ارضی و استقلال افغانستان، توطئه کند، این نوع اعمال از جمله اعمال خطرناک هستند که دولت جمهوری اسلامی افغانستان با آنها مقابله خواهد نمود و مرتکبین چنین اعمال باید به شدیدترین وجه ممکن مجازات گردد. ولی هرگاه برای مجازات مجرمین بین‌المللی به اصل سرزمینی و شخصی قوانین جزایی متصل شویم، تعقیب چنین مجرمین ممکن نخواهد بود. چراکه مجرم در داخل افغانستان مرتکب عمل مجرمانه نشده است که شامل اصل سرزمینی بودن قوانین جزا شود و از طرف دیگر چنین فرد (مجرم) تبعه افغانستان نمی‌باشد که به استناد اصل شخصی بودن قوانین جزایی، مجرم تحت تعقیب جزایی قرار گیرد.

۱. مفهوم شناسی

۱-۱. صلاحیت

تعاریف مختلفی برای صلاحیت با توجه به حوزه‌های کاربرد آن می‌توان یافت. در اغلب موارد صلاحیت به حاکمیت و اختیاراتی گفته می‌شود که توسط دولت بر اشخاص اموال و یا وقایعی اعمال می‌شود. (صدری افشار، ۱۳۸۹، ص ۲۷۷) در جایی دیگر صلاحیت را چنین تعریف کرده‌اند: «صلاحیت عبارت است از توانایی و تکلیفی است که مرجعی برای رسیدگی به دعاوی به موجب قانون دارد» (یعقوبی، ۱۳۹۴، ص ۱۰۶).

در حقوق داخلی و از نظر آئین دادرسی کیفری، صلاحیت عبارت است از «توانایی و شایستگی قانونی و نیز تکلیف مرجع قضایی برای رسیدگی به یک دعوی کیفری (آشوری، ۱۳۹۳، ص ۱۶۶)، که در حقوق بین‌الملل عمومی نیز صلاحیت عبارت است از حق یک دولت که از طریق قوای مقننه، مجریه و قضائیه بر

اشخاص، اموال یا رفتارهایی که الزاماً داخلی نیستند، اعمال می‌شود. در حوزه حقوق جزای بین‌المللی صلاحیت را می‌توان این‌گونه تعریف نمود: «قابلیت اعمال قوانین جزایی یک کشور در رسیدگی به جرائم ارتكابی توسط اتباع آن کشور یا علیه اتباع آن کشور یا علیه منافع کشور، اعم از اینکه محل ارتكاب جرم در داخل یا خارج از کشور باشد (فرجی‌ها، ۱۳۸۹، ص ۳).

۱-۱-۱. اصل صلاحیت واقعی

اصل صلاحیت واقعی به معنی توسعه صلاحیت تقنینی و قضایی یک کشور نسبت به جرائمی است که در خارج از قلمرو حاکمیت آن کشور واقع شده و به منافع اساسی و حیاتی آن کشور صدمه وارد می‌کند. اصل صلاحیت واقعی قوانین جزایی بدین معناست که چنانچه اتباع بیگانه در خارج از کشور جرائمی را مرتکب شوند که منافع عالی کشور و جوامع بشری را به خطر اندازد، مراجع قضایی کشور مربوطه، می‌تواند آن‌ها را مورد تعقیب و مجازات قرار دهند. نخستین مسأله‌ای که در روند رسیدگی به پرونده‌های جزایی و حقوقی باید بررسی شود، وجود یا فقدان صلاحیت مرجع قضایی برای رسیدگی به پرونده است. از این‌رو یکی از مهم‌ترین مباحث آئین دادرسی بحث از صلاحیت دادگاه است (پوربافرانی، ۱۹۰، ص ۱۰۱). در جایی دیگر اصل صلاحیت واقعی را چنین تعریف کرده است: «بر اساس اصل حمایتی که گاهی از آن به صلاحیت واقعی؛ نیز تعبیر می‌شود، دولتی که از جرم ارتكاب یافته در خارج از مرزهای خود، از هر حیث متضرر شود، اعم از ضرر مادی یا معنوی؛ مثلاً به حاکمیت و حیثیت آن دولت خدشه وارد شده باشد، می‌تواند مجرم را در دادگاه‌های خود تحت تعقیب قرار دهد. مرتکب جرم ممکن است تبعه همان کشور و یا یک فرد خارجی باشد. پس مطابق این اصل، صلاحیت دادگاه‌ها ی یک کشور برای رسیدگی به جرم، بر اساس منافع خدشه دار شده‌ی آن تعیین می‌گردد، نه بر این اساس که جرم در کدام کشور و توسط تبعه چه کشوری ارتكاب یافته است» (صادقی، ۱۳۹۴، ص ۷۷).

۱-۱-۲. موضوع اصل صلاحیت واقعی

گفته شد که منافع اساسی و حیاتی کشورها، آن‌ها را وادار کرده است که به توسعه قلمرو مکانی حقوق کیفری خود در حالتی که جرائم ارتكابی، در خارج از قلمرو حاکمیت آن‌ها واقع شده بپردازند؛ اما مفهوم و مصادیق این «منافع اساسی و حیاتی» چیست؟ واقعیت آن است که کشورهای مختلف هر چند در کلیات مبحث وحدت نظر دارند اما در جزئیات و بیان مصادیق وحدت نظری مشاهده نمی‌شود.

به عبارت دیگر تقریباً همه کشورها اتفاق نظر دارند که جرائم موضوع اصل صلاحیت واقعی، جرایمی است که علیه منافع اساسی و حیاتی کشور ارتكاب می‌یابد ولی در مورد اینکه مصادیق این جرائم چه

جرایمی است اختلاف نظر دارند. این اختلاف نظر تاحدی است که حتی برخی کشورها اجازه استفاده از این اصل را در مورد جرائم غیر عمدی هم می دهند. حتی مشخص نبودن قلمرو «منافع اساسی و حیاتی» باعث شده است تا این اصل علی رغم بدیهی و منطقی بودن پذیرش آن، از حیث قلمرو آن و سوء استفاده‌های احتمالی که ممکن است از آن بشود مورد انتقاد برخی از حقوقدانان قرار گیرد (همان، ص ۱۵۵).

در عین حال از دقت در قوانین کیفری کشورهای مختلف ملاحظه می شود که منظور از منافع اساسی و حیاتی از نظر آن‌ها عمدتاً «امنیت و آسایش عمومی» آن‌هاست؛ به عبارت دیگر آنچه امروزه در حقوق کیفری کشورها تحت عنوان «جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی» شناخته می شود، جرائم موضوع اصل صلاحیت واقعی قرار گرفته است. با این توضیح که جرائم علیه امنیت تماماً و جرائم علیه آسایش عمومی بعضاً موضوع چنین صلاحیتی قرار گرفته‌اند؛ به عبارت دیگر همه جرائم علیه آسایش عمومی موضوع چنین صلاحیتی واقع نمی شوند، بلکه مهم‌ترین این جرائم بخصوص جرم جعل اسناد بانکی، قلب سکه و نیز جعل فرمان رؤسای کشورها موضوع این صلاحیت واقع می شوند. از جمله می توان در این خصوص به ماده ۲۰ و بندهای آن در کد جزاء افغانستان، ماده ۵ قانون مجازات اسلامی ایران، مواد ۵ و ۶ قانون مجازات آلمان و ماده ۱۰ - ۱۳ قانون مجازات فرانسه اشاره کرده. در تمامی این قوانین جرائم علیه امنیت و نیز جرائم مهم علیه آسایش عمومی مانند جعل اوراق بهادار و اسناد بانکی مد نظر قرار گرفته است. از دقت در این قوانین ملاحظه می شود کشورهای مختلف تمامی آنچه را که جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی خود می دانند، مغایر با منافع اساسی و حیاتی خود قلمداد کرده و در حوزه جرائم علیه آسایش عمومی نیز جرائم قلب سکه و جعل، بخصوص جعل اسناد و اوراق بانکی، مهر دولت و گذرنامه را وارد این قلمرو می دانند (همان، ص ۱۵۷).

۲-۱. کد جزاء

کد جزاء جمهوری اسلامی افغانستان بر اساس مصوبه شماره ۲۴ کابینه تصویب و در ۲۵ ثور ۱۳۹۶ در قالب ۱۲ باب و ۹۱۶ ماده طی یک جریده رسمی توسط وزارت عدلیه به نشر رسیده است. مفهوم آن در ماده دوم این قانون بیان گردیده است. کد جزاء افغانستان عبارت از «قوانینی است که جرائم و جزاهای تعزیری را تنظیم می نماید».

قانون جزاء افغانستان؛ با پیروی از قانون اساسی، تدوین گردیده است. هم‌چنانکه در ماده ۱ این قانون آمده است: «این قانون، به تأسی از حکم مواد هفتم و بیست هفتم قانون اساسی افغانستان و رعایت احکام مواد ۲۲-۲۹ وضع گردیده است». در ماده سوم کد جزاء اهداف این قانون به‌طور مشخص بیان گردیده است که عبارت است از: تنظیم اصول، قواعد و احکام مربوط به جزاها، تضمین رعایت احکام قانون اساسی،

حراست از استقلال و حاکمیت ملی و...». قوانینی مربوط به اصل صلاحیت‌ها در کد جزاء، در مواد شماره ۱۶، ۲۰، ۲۲، ۲۳ و ۲۴ بیان گردیده است.

۳-۱. اسناد بین‌المللی

جامعه بین‌المللی به علت فقدان یک قدرت برتر از دولت‌های واجد حاکمیت، یک جامعه غیر نهادین است؛ از این رو حقوق بین‌الملل مشتمل بر قواعد و مقرراتی است که تابعان نظام بین‌المللی، خود آن را ایجاد کرده و یا بر آن گردن نهاده باشند. در این عرصه عرف و معاهده از مهم‌ترین فنون ساخت قواعد حقوقی هستند که با نظام‌بندی حقوق و تعهدات اعضای جامعه بین‌المللی، روابط میان آنان را رقم می‌زنند. بدیهی است قواعد عرفی به علت فارغ بودن از قالب‌هایی که از رهگذر نظام حقوقی صورت‌پردازی شده است، در بعد زمانی مقدم بر قواعد قراردادی بوده‌اند. با وجود این با گسترش روابط بین‌المللی و پیشرفت علم و تکنولوژی و نیز بروز تحولات اجتماعی، اقتصادی و سیاسی، ضرورت ایجاد قواعدی پاسخگو به نیازهای اجتماعی بیش از پیش عرض اندام نمود. اسناد بین‌المللی عبارت از معاهدات بین‌المللی است که میان تابعان حقوق بین‌الملل منعقد گردیده است، قطع‌نامه‌های مصوب سازمان‌های بین‌المللی نیز جزء از این اسناد را تشکیل می‌دهند. معاهدات بین‌المللی، کنوانسیون‌ها، عهدنامه‌ها، پیمان‌ها، موافقت‌نامه‌های بین‌المللی، توافق‌نامه‌ها، پروتکل، میثاق‌های بین‌المللی و... همه از جمع اسناد بین‌المللی محسوب می‌شوند (والاس، ۱۳۹۵، ص ۸۹).

۲. مبانی اصلی صلاحیت واقعی

برای اصل صلاحیت واقعی مبانی متعددی ذکر شده است. برخی از حقوقدانان برای توجیه اصل صلاحیت واقعی به نظریه «دفاع مشروع» استناد می‌کنند به نظر اینان برخی از جرائم ارتكابی در خارج از کشور به لحاظ آثاری که برای کشور دارد، نمی‌تواند بدون عکس‌العمل باشد این عکس‌العمل که جنبه جزایی دارد عنوان دفاع مشروع به خود می‌گیرد. در واقع چون دولت خود را در معرض خطر می‌بیند حق طبیعی دفاع مشروع را اعمال می‌کند. دفاع مشروع در حقوق داخلی تفاوت‌هایی را با حقوق بین‌الملل دارد. در حقوق داخلی تجاوز و خطر باید فعلیت داشته باشد و قریب الوقوع باشد ولی اگر تمام شد و واقع شد دیگر قابل اعمال نیست. در حقوق بین‌الملل مساله متفاوت است. در جایی که یک کشور یا گروهی مرتکب جرم علیه منافع حیاتی یک کشور شود، حتی اگر به پایان رسیده باشد. تهدید و خطر آن کماکان وجود دارد و مقابله با این افراد امکان‌پذیر است (ناتری، ۱۳۸۹، ص ۳۰).

برخی دیگر مبانی این اصل را «حفظ نظم عمومی داخلی» می‌دانند و معتقدند ارتكاب این قبیل اعمال (جرائم علیه منافع اساسی و حیاتی) به لحاظ اخلال شدید نظم عمومی کشور در خارج، نظیر وقوع آن در

خاک کشور تلقی می‌شود. (همان، ص ۴۴) برخی هم مبنا را «عدم اعتماد دولت‌ها نسبت به تحقق عدالت جزایی توسط دولتهای بیگانه» ذکر می‌کنند. (الزغبی، ۱۳۸۸، ص ۳۰) برخی دیگر هم به «نظریه اقتدار دولت» معتقدند. ارتکاب جرائم علیه منافع حیاتی یک کشور به لحاظ ایجاد اختلال در خارج مانند انجام آن در داخل کشور است؛ مانند جعل اسناد بانکی الزام آور کشور، جعل اسکناس کشور و... این جرائم به صورت جدی نظم عمومی داخلی را به خطر می‌اندازد.

لزوم حفظ اقتدار کشور نیز یکی از مبانی اصل صلاحیت واقعی گفته می‌شود. «این دسته از جرائم اقتدار آن کشور را در خارج مخدوش می‌کند. در این صورت دولت برای حفظ حاکمیت و اقتدار خود ملزم به این است که مرتکبان این سری از جرائم را مورد محاکمه قرار دهد.

۲-۱. انواع اصل صلاحیت‌ها

اصل صلاحیت‌ها به دو بخش تقسیم می‌شود: ۱. اصل صلاحیت سرزمینی ۲. اصل صلاحیت فرا سرزمینی که صلاحیت فراسرزمینی به نوبت خود شامل اصل صلاحیت شخصی، اصل صلاحیت واقعی و اصل صلاحیت جهانی است. در ذیل هر کدام آن‌ها را بررسی می‌نمائیم.

۲-۱-۱. اصل صلاحیت سرزمینی

اصل صلاحیت سرزمینی به این معنا است که دادگاه‌های داخلی یک کشور، صلاحیت رسیدگی به جرایمی را دارند که در قلمرو حاکمیت آن کشور اتفاق افتاده است. (خالقی، ۱۳۸۹، ص ۳۷) امروزه، قلمرو حاکمیت دولت‌ها را اعم از قلمرو زمینی، دریایی و هوایی می‌دانند؛ لذا اگر جرمی در هریک از این سه قلمرو واقع شود، کشور صاحب آن قلمرو، صلاحیت مطلق دارد که به آن جرم در دادگاه‌های خود، رسیدگی کند. (بلدسو، ۱۳۹۱، ص ۱۳۱).

۲-۱-۲. اصل صلاحیت فراسرزمینی

بنابر اصل سرزمینی بودن قوانین کیفری اگر تبعه یک کشور در خارج از آن کشور مرتکب جرمی گردد، نباید در کشور متبوع خود تعقیب و محاکمه و مجازات شود ولی از آنجا که این اصل به تنهایی نمی‌تواند از فرار مجرمین از مجازات جلوگیری کند، برای رفع این نقصیه اصول صلاحیتی دیگری پا به عرصه حضور گذاشته‌اند که از آن‌ها به اصول صلاحیت فراسرزمینی نام برده می‌شود و به موجب آن کشورها حق دارند دامنه اجرای قوانین خود را نسبت به جرایمی که خارج از محدوده قلمرو آن‌ها واقع می‌شود گسترش و تسری دهند این اصول به ۳ دسته تقسیم می‌شوند (همان، ص ۳۳).

۳-۱-۲. اصل صلاحیت شخصی

اصل صلاحیت شخصی، یکی دیگر از اصولی است که در حقوق جزای بین‌الملل، مورد بحث قرار می‌گیرد. این اصل؛ نیز، بیانگر اعمال حاکمیت دولت‌ها است، منتها، کشورها در پرتو این اصل، می‌توانند، به جرایمی رسیدگی کنند که در خارج از قلمروشان، ارتکاب یافته‌اند. اصل صلاحیت شخصی به رابطه‌ی میان شخص و دولت متبوع وی مربوط می‌شود به گونه‌ای که دولت مزبور را برای رسیدگی به جرائم ارتكابی توسط یکی از اتباع خود یا علیه آن‌ها صالح می‌گرداند (عدالت، ۱۳۹۲، ص ۱۲).

اصل صلاحیت شخصی به این معنا است که گاهی جرم توسط تبعه یک کشور، در خارج رخ می‌دهد و مبنای اعمال صلاحیت، در این جا، فعل مجرمی است که از طریق علقه تابعیت با دولت اعمال‌کننده صلاحیت ارتباط دارد و از آن به صلاحیت شخصی فعال یا مثبت تعبیر می‌شود و گاهی مبنای اعمال صلاحیت شخصی این است که جرم علیه یکی از اتباع دولت اعمال‌کننده صلاحیت واقع می‌شود و از آن به صلاحیت شخصی غیر فعال و یا منفی یاد می‌شود. پیگرد و رسیدگی قضایی در خصوص چنین جرایمی که در خارج از سرزمین کشور اعمال‌کننده صلاحیت واقع گردیده، به تدریج مورد قبول حقوق بین‌المللی قرار گرفته است (گلین، ۱۳۷۸، ص ۱۲۲).

۴-۱-۲. اصل صلاحیت جهانی

به‌موجب اصل صلاحیت جهانی، یک دولت می‌تواند، در رابطه با پاره‌ای از جرائم مهم، قطع نظر از محل وقوع آن‌ها و صرف نظر از تابعیت مجرم یا قربانی، به جرم مزبور رسیدگی نماید. در واقع، مسأله صلاحیت جهانی، مسأله‌ی توسعه صلاحیت دادگاه‌های داخلی یک کشور برای رسیدگی به جرمی است که نه در قلمرو کشور رسیدگی‌کننده واقع شده، نه متهم تبعه او است، نه مجنی‌علیه، یا زیان دیده و نه جرم علیه منافع آن کشور ارتکاب یافته است؛ به عبارت دیگر، جرم از جرائم مهم بین‌المللی است که نگرانی جامعه بین‌المللی را برانگیخته و دولت‌ها می‌توانند، بدون هیچ یک از این ارتباطات، به آن رسیدگی نمایند (همان، ص ۱۳۳).

۵-۱-۲. اصل صلاحیت واقعی

این اصل، در مواردی به کار می‌رود که عمل افراد، در خارج از قلمرو حاکمیت یک دولت روی داده باشد و دولت مورد نظر را متضرر ساخته و یا جرمی علیه حاکمیت آن بوده است؛ مثلاً فعالیت‌های براندازی، خیانت، جرم علیه منافع اقتصادی و امنیتی و جعل پول و اسناد را می‌توان از موارد استفاده اصل حمایتی (اصل صلاحیت واقعی) نام برد. (فرهنگ، ۱۳۸۹: ۳۰) (پیگرد و رسیدگی قضایی در خصوص چنین جرایمی

که در خارج از سرزمین کشور اعمال کننده صلاحیت واقع گردیده، مورد انتقاد بسیاری از کشورها می‌باشد، هرچند برخی ادعا کرده‌اند که چنین صلاحیتی برون مرزی به تدریج مورد قبول حقوق بین‌المللی قرار گرفته است.

اولین نمونه مدرن صلاحیت فراسرزمینی را می‌توان در قانون آئین دادرسی کیفری ۱۸۰۸ فرانسه یافت نمود. مواد ۵ و ۶ این قانون صلاحیت کشور فرانسه را بر جرائم ارتكابی علیه امنیت دولت و یا جعل مهر دولت یا پول رایج مورد تأیید قرار داده است. البته دامنه این اصل همواره مورد اختلاف حقوق‌دانان بوده است بعضی از ایشان معتقدند که «اغلب کشورها از این اصل تا حدودی پیروی می‌نمایند و نتیجتاً به نظر می‌رسد که اصل معتبری باشد ولی این خطر همواره وجود دارد که برخی دولت‌ها ملاحظات امنیتی خود را به نحو بسیار گسترده‌ای تفسیر کنند». (نوربها، ۱۳۹۷: ۲۲۷) برخی دیگر اظهار داشته‌اند: «این اصل از بنای خوبی برخوردار است ولی تردیدهای در مورد تسری آن در عمل و به خصوص اینکه کدام اعمال در محدوده این سؤال جای دارد موجود است» (ملکم، ۱۳۹۲، ص ۳۰).

درخصوص صلاحیت واقعی باید اذعان داشت که تقریباً همه دولت‌ها درخصوص آن اتفاق نظر دارند، در این مورد مواد ۷ و ۸ طرح تحقیق کنوانسیون‌ها اعمال صلاحیت درخصوص جرائم علیه امنیت و تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی دولت، جعل مهرها، اسکناس رایج، اسناد اعتباری، نشان‌ها، پاسپورت‌ها و اسناد عمومی را غیر قابل اعتراض می‌داند.

قوانین کشورهای فرانسه، آلمان و آمریکا، صلاحیت محاکم این کشورها را برای رسیدگی به جرایمی که در خارج ارتكاب یافته؛ ولی موجب ورود خدشه به منافع این کشورها می‌شوند؛ مثلاً جرم علیه امنیت یا علیه نظام پولی کشور باشد، به رسمیت شناخته‌اند.

۳. ساحه تطبیق و مفهوم قلمرو در کد جزای افغانستان

۳-۱. قلمرو

بحث قلمرو و محدوده اعمال صلاحیت در قوانین جزایی نیز یک بخش مهم را تشکیل می‌دهد که شامل بحث تعیین حدود اجرای قوانین جزایی در قلمرو داخلی و خارجی یک کشور است. قلمرو در کد جزای افغانستان چنین بیان گردیده است: «احکام این قانون بر افراد خاصی که در ساحه دولت جمهوری اسلامی افغانستان مرتکب جرم شوند، تطبیق می‌گردد. ساحه دولت جمهوری اسلامی افغانستان شامل هر مکانی است که تحت سلطه آن واقع باشد». این ماده، تمام مکان‌های را که تحت سلطه دولت افغانستان است به نام قلمرو افغانستان اعلام می‌دارد. مطابق ماده فوق از حقوق جزایی افغانستان اشخاص حقیقی یا حکمی که در قلمرو افغانستان مرتکب جرم گردد، مطابق قانون جزایی افغانستان محاکمه خواهد شد.

قلمرو دولت افغانستان، تنها قلمرو جغرافیای افغانستان نخواهد بود، بلکه این قلمرو شامل مکان‌ها و سرزمین‌های نیز می‌شود که تحت تسلط افغانستان به طور مشروع باشد. مثلاً سفارت خانه‌ها، بندرگاه‌ها، میدان‌های هوایی و سرزمین‌های استجاری که افغانستان در کشورهای دیگر در اختیار دارد از جمله مکان‌ها و سرزمین‌های است که تحت ساحه تطبیق قانون جزای افغانستان قرار دارد. ساحه تطبیق قانون جزا شامل نواحی از دریاها نیز می‌شود که مطابق قوانین بین‌المللی جزء خاک یک کشور محسوب می‌شود. همچنین اگر اتباع افغانستان در دریای آزاد مرتکب جرم گردد، نیز قانون جزای افغانستان بر او تطبیق خواهد شد. به طور کلی برای تعیین محدوده‌ی اجرای قوانین جزایی باید اصول و ضوابط خاص در نظر گرفته شود. کد جزاء افغانستان قلمرو تطبیق قوانین جزایی این کشور را چنین بیان می‌نماید:

۱. سطح و عمق زمین و فضای هوایی داخل سرحدات کشور (کود جزای، ۱۳۰۶، ماده ۱۶)

۲. آب‌های داخلی

۳. دریاها و جهیل‌های سرحدی الی خط مرزی که مطابق اسناد بین‌المللی و معاهدات میان جمهوری اسلامی افغانستان و دول همسایه تعیین گردیده است.

۴. طیارات و کشتی‌های افغانی در داخل قلمرو کشور یا در خارج آن، مگر اینکه طبق اسناد بین‌المللی تابع قلمرو کشور خارجی شمرده شوند.

پس هر جرمی که در ساحه یاد شده «قلمرو افغانستان» اتفاق بیفتد، دولت افغانستان نظر به قوانین جزایی صلاحیت رسیدگی به آن را دارد. هر نوع جرمی که در سطح و عمق زمین افغانستان صورت می‌گیرد، جرایمی که در حریم فضایی افغانستان به وقوع می‌پیوندد، جرایمی که در آب‌های داخلی (دریاها، جهیل‌ها و...) افغانستان صورت می‌گیرد؛ از ساحه تحت تطبیق قوانین جزایی افغانستان به شمار رفته و این دولت صلاحیت دارد تا قوانین جزایی خویش را تطبیق نموده و مجرمین را مجازات نماید.

جرایمی که در هواپیماها و کشتی‌ها چه در داخل افغانستان و چه در خارج افغانستان صورت می‌گیرد، دولت افغانستان صلاحیت تطبیق قوانین جزایی را در آنجا دارد. البته شرطی وجود دارد؛ اگر هواپیماها و کشتی‌ها نظر به اسناد بین‌المللی تابع قلمرو کشورهای دیگر گردیده باشد، در آن صورت حق تطبیق قوانین جزایی از صلاحیت دولت افغانستان ساقط می‌گردد.

در قوانین جزایی افغانستان بحث قوانین بین‌المللی (مانند معاهدات و اسناد) قید شده است؛ نظر به قوانین بین‌المللی، سفارتخانه‌های افغانستان مقیم کشورهای دیگر نیز از جمله خاک افغانستان به شمار می‌رو و دولت افغانستان صلاحیت تطبیق قوانین جزایی را در ساحات مذکور نیز دارد. زمین‌هایی که دولت افغانستان در داخل کشورهای دیگر به شکل استیجاری گرفته است؛ تا ختم قرارداد مطابق قوانین بین‌المللی جزء خاک

افغانستان به شمار می‌رود. هرگاه جرایمی در این زمین‌ها اتفاق بیفتند، دولت صلاحیت دارد قوانین جزایی خویش را تطبیق نموده و مجرم را مجازات نماید.

۲-۳. قلمرو اعمال اصل صلاحیت واقعی

از آنجا که مکان وقوع جرائم متفاوت است؛ نوع اعمال صلاحیت نیز نظر به جرائم متفاوت است. به طور مثال جرایمی را که در داخل قلمرو یک کشور واقع می‌شود، با اصل صلاحیت سرزمینی می‌توان مجازات نمود. ولی برخی جرایمی است که در خارج از قلمرو یک کشور واقع گردیده‌اند اما به نحوی به کشور ضرر رسانیده است که در این صورت از اصل صلاحیت واقعی کمک می‌گیریم.

موضوع قلمرو اصل صلاحیت واقعی همواره مورد توجه حقوقدانان بوده است؛ یک حقوق‌دان در مورد قلمرو اصل صلاحیت واقعی چنین بیان نموده است: «اغلب کشورها از این اصل تا حدودی پیروی می‌نمایند و در کل چنین به نظر می‌رسد که اصل معتبری است ولی این خطر همواره وجود دارد که برخی دولت‌ها ملاحظات امنیتی خود را به نحو بسیار گسترده تفسیر کنند» (آخوندی، ۱۳۹۵: ۳۷) اصل صلاحیت واقعی تقریباً توسط اکثر دولت‌ها پذیرفته شده است؛ بنابراین هر جرمی که در بیرون از محدوده قلمرو یک کشور به هدف تهدید امنیتی، جرم علیه منافع ملی، تمامیت ارضی و اقتصادی صورت می‌گیرد، کشور متضرر با در نظر داشت اصل صلاحیت واقعی، عکس العمل نشان می‌دهد. ماده ۴ قطعنامه حقوق بین‌الملل. (آزمایش، ۱۳۷۷: ۱۹) بیان نموده است که هرگاه جرایمی علیه امنیت یک کشور صورت می‌گیرد، یا جرایمی مانند جعل پول، جعل مهر، جعل اسناد و جعل نشان رسمی‌اش، اتفاق افتد؛ مهم نیست که مجرم تبعه آن کشور است یا تبعه کشور بیگانه، کشور متضرر صلاحیت مجازات متضرر را دارد.

ممکن است گاهی جرمی علیه امنیت یا جرایمی مانند جعل مهر و اسناد، بیرون از قلمرو یک کشور صورت بگیرد و همین عمل در قوانین کشور محل وقوع، جرم پنداشته نشود؛ باز هم کشور متضرر حق مجازات مجرم را دارد. (محمودی، ۱۳۹۱، ص ۱۷) در کد جزاء افغانستان نیز مواردی بیان گردیده است که بررسی می‌نماییم.

مطابق کد جزاء هرگاه جرایمی مانند جنایت علیه امنیت داخلی یا خارجی افغانستان. (کودجزا، ماده ۱۸) و جعل اسناد (اسناد رسمی، بانک نوت و سکه، نشان یا مدال‌های دولتی، صورت می‌گیرد، اگر این جرائم بیرون از محدوده تحت حاکمیت افغانستان صورت گرفته باشد، با استفاده از اصل صلاحیت واقعی افغانستان، مجازات می‌گردد.

۴. وقوع جرم در خارج از افغانستان

جهت اعمال اصل صلاحیت واقعی ضرورت دارد که جرائم ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیت کشور واقع شده باشد. چون اگر این جرائم در داخل کشور ارتكاب یافته باشد با توجه به اصل صلاحیت سرزمینی که مطابق آن دولت برای رسیدگی به مطلق جرائم ارتكابی در داخل کشور صلاحیت دارد، موردی برای اعمال اصل صلاحیت واقعی نخواهد بود. یک حقوقدان در این مورد چنین بیان داشته است: «بدیهی است اعمال ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیت تنها زمانی به استناد اصل صلاحیت واقعی، قابلیت تعقیب و مجازات دارند که مطابق قوانین کشوری خود را در کیفر دادن اعمال واقعه بر علیه کشور ذی نفع می‌داند، جرم شناخته شده باشد» (زرکلام، ۱۳۹۳: ۱۲۸). وقوع جرم در خارج از کشور معمولاً دارای دو حالت ذیل است.

۴-۱. تحقق نتیجه ارتكاب عمل مجرمانه در کشور

وقتی که یک عمل مجرمانه در خارج افغانستان رخ می‌دهد، این عمل مجرمانه خواه توسط تبعه افغانستان صورت بگیرد یا توسط اتباع کشورهای خارجی، از دو حالت خارج نسیت، یا افغانستان مستقماً دچار ضرر و زیان می‌گردد و یا اینکه غیر مستقیم به حیثیت این کشور لطمه وارد می‌گردد. کد جزاء افغانستان در ماده ۲۰ موارد جرائم مشخص را عنوان کرده است و بیان می‌دارد در صورتی که این جرائم در بیرون از قلمرو افغانستان اتفاق بیفتد، قانون بالایش تطبیق می‌شود.

با توسعه ارتباطات بیرون مرزی، شکی وجود ندارد که اعمال مجرمانه در خارج افغانستان واقع نشود که نتیجه آن عمل کلاً یا قسماً در افغانستان ظاهر شود، یعنی اینکه افغانستان مستقیماً با آن عمل ارتكابی در تماس باشد. «احکام این قانون بر اشخاص آتی نیز قابل تطبیق است: ۴- شخصی که در خارج افغانستان مرتکب عملی گردد که بر اثر آن فاعل یا شریک جرم شناخته شود که کلاً یا قسماً در افغانستان واقع شده باشد. (کدجزا، ماده ۱۶) ملاحظه می‌شود که مرتکبین این نوع جرائم طبق قانون جزای افغانستان محاکمه شود.

۴-۲. ارتكاب جرم توسط شهروند افغانستان در خارج

ارتكاب فعل مجرمانه تبعه افغانستان در خارج که منجر به نتیجه شود، ولی قبل از اینکه تبعه افغانستان توسط دستگاه قضایی کشور محل وقوع جرم تحت تعقیب قرار گیرد به افغانستان بیاید، دستگاه قضایی افغانستان به محض اطلاع از موضوع صلاحیت دارد که متهم را تحت تعقیب قرار بدهد.

با توجه به «فلسفه اجرای عدالت» که یک امر ماورا مرزی است و تنها داخل محدوده افغانستان را شامل نمی‌شود که این کشور نسبت به اعمال مجرمانه تبعه خود در خارج بی تفاوت باشد. از طرف دیگر دستگاه قضایی افغانستان به مجرمین و تبه‌کاران افغان این اجازه را نخواهد داد که این کشور را دالان امن جهت فرار از عدالت بسازد. اگر به تبه‌کاران و مجرمین افغانی که در خارج افغانستان فعالیت مجرمانه دارد، اجازه داده شود که افغانستان را محل امن برای خود بسازد به طور حتمی روابط دوستانه افغانستان با سایر کشورها در مخاطره خواهد افتاد و چه بسا که خطرات بزرگتری را متوجه افغانستان نماید.

با توجه به چنین ملاحظات مقنن در ماده ۲۴ کد جزاء مقرر می‌دارد: «هر افغانی که در خارج افغانستان مرتکب عملی گردد که به موجب احکام این قانون جرم شمرده شود، در صورت مراجعت به افغانستان طبق احکام این قانون مجازات می‌شود.

نتیجه‌گیری

قانون‌گذاران، انواع صلاحیت‌ها را برای دولت‌ها در نظر گرفته که تا از جرم پیش‌گیری صورت گیرد ولی برای مجازات مجرمینی که بیرون از قلمرو یک کشور و بر علیه آن کشور دست به جنایات مختلف می‌زنند، با اصل صلاحیت سرزمینی قابل مجازات نیست. لذا برای مقابله با چنین جرمی، نوعی از صلاحیت فراسرزمینی را تحت نام «اصل صلاحیت واقعی» پذیرفته‌اند که اصل صلاحیت واقعی میان اکثر کشورها پذیرفته شده است.

اگر اتباع خارجی در خارج افغانستان علیه امنیت داخلی یا خارجی و یا علیه تمامیت ارضی و استقلال افغانستان، توطئه کند، این نوع اعمال از جمله اعمال خطرناک هستند که دولت جمهوری اسلامی افغانستان با آنها مقابله خواهد نمود و مرتکبین چنین اعمال باید به شدیدترین وجه ممکن مجازات گردد. ولی هرگاه برای مجازات مجرمین بین‌المللی به اصل سرزمینی و شخصی قوانین جزایی متصل شویم، تعقیب چنین مجرمین ممکن نخواهد بود. چراکه مجرم در داخل افغانستان مرتکب عمل مجرمانه نشده است که شامل اصل سرزمینی بودن قوانین جزا شود و از طرف دیگر چنین فرد (مجرم) تبعه افغانستان نمی‌باشد که به استناد اصل شخصی بودن قوانین جزایی، مجرم تحت تعقیب جزایی قرار گیرد. برای مجازات متهم مطابق اصل صلاحیت واقعی، صرفاً کشور متضرر از وقوع جرم (که جرم علیه منافع حیاتی آن کشور بوده است) صلاحیت رسیدگی دارد.

برای استفاده از اصل صلاحیت واقعی برخی مبانی که اکثریت حقوقدانان و دولت‌ها بالای آن اتفاق نظر دارند عبارتند از: دفاع مشروع، حفظ نظم عمومی داخلی و لزوم حفظ اقتدار کشور. اصل صلاحیت واقعی برخی ویژگی‌هایی دارد که دست دولت‌ها را در امر محاکمه مجرمین باز کرده است، مانند عدم رعایت قاعده

مجرمیت، عدم رعایت قاعده منع محکمه مجدد و جواز محکمه غیابی که قانون‌گذاران افغانستان در کد جزاء این کشور، مانند اکثریت کشورهای دیگر، این موارد را پذیرفته است.

منابع

۱. احمدی گلین، سیدحسین، (۱۳۹۶)، مصادیق جرائم مشمول صلاحیت واقعی در حقوق تطبیقی ایران، فرانسه و انگلستان، فصلنامه داخلی کانون وکلای دادگستری، شماره ۱۶، مشهد: دانشگاه آزاد اسلامی.
۲. آزمایش، علی، (۱۳۷۵)، زمینه‌های جزایی بین‌المللی در قانون‌گذاری ایران، موسسه حقوق تطبیقی، شماره ۳.
۳. آخوندی، محمود، (۱۳۸۵)، آئین دادرسی کیفری، تهران، ج ۲، چاپ دوازدهم.
۴. اسماعیل، محمود، ابراهیم، (۱۹۹۵)، شرح احکام العامه فی قانون العقوبات، بیروت: دارالفکر العربی، چاپ چهارم.
۵. آشوری، محمد، (۱۳۸۰)، آیین دادرسی کیفری ایران، تهران: نشر سمت، ج ۲، چاپ دوم.
۶. اکهرست، مایکل، (۱۳۷۲)، کلیات نوین حقوق بین‌الملل، ترجمه سهراب داراب پور، تهران، چاپ اول.
۷. بلدسو، رابرت، (۱۳۷۵)، فرهنگ حقوق بین‌الملل، ترجمه دکتر بهمن آقایی، تهران: نشر گنج دانش.
۸. پوربافرانی، (۱۳۸۰)، حسن، اصل صلاحیت شخصی در حقوق جزای بین‌الملل و ایران، مجله مجتمع آموزشی عالی قم، سال سوم، شماره ۹.
۹. پوربافرانی، حسن، (۱۳۸۲)، اصل صلاحیت واقعی در حقوق جزای بین‌الملل، اصفهان: دانشگاه اصفهان.
۱۰. پوربافرانی، (۱۳۹۱)، حسن، تحول اصل صلاحیت واقعی در لایحه جدید مجازات اسلامی با نگاه تطبیقی، فصلنامه علمی-پژوهشی دیدگاه‌های حقوق قضایی، اصفهان: دانشگاه اصفهان.
۱۱. جاویدزاده، علی اوسط، (۱۳۷۶)، صلاحیت دادگاه کیفری در حقوق جزای بین‌الملل، رساله کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق.
۱۲. قانون جزای افغانستان، (۱۳۸۵)، جریده رسمی ۳۱۳۲، نشر حوت.
۱۳. وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، (۱۳۹۲)، جریده رسمی قانون اجرائات جزایی، کابل: ریاست نشرات وزارت عدلیه.

۱۴. وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، (۱۳۹۶)، جریده رسمی، کود جزاء، کابل: وزارت عدلیه.

جرم توقیف غیرقانونی و عناصر آن

در مرحله کشف در حقوق افغانستان

دکتر علی رضا روحانی*

زحل یاسینی**

چکیده

هر انسانی آزاد آفریده شده است و باید آزادی زندگی، گردش و سکونت در هر جا را که میل دارد، داشته باشد. بنابراین، هر کس برخلاف حکم قانون و بدون داشتن صلاحیت، آزادی انسانها را سلب کرده و مانع سیر و گردش و حرکت وی شود، مرتکب عمل توقیف غیر قانونی می‌گردد. تحقیق حاضر با توجه به این پرسش که سیاست جنایی افغانستان راجع به توقیف غیر قانونی تا چه میزان جرم‌انگاری شده است را از دیدگاه حقوق افغانستان مورد بررسی قرار داده است. روش گردآوری اطلاعات در این پژوهش روش اسنادی بوده در پردازش اطلاعات از روش تحلیل محتوا بهره گرفته شده است. در قوانین افغانستان به ویژه قوانین جزایی آن، عناصر جرم به صورت عام و جرم توقیف غیر قانونی به صورت خاص، بیان شده است. کد جزای افغانستان، ضمن جرم‌انگاری توقیف غیر قانونی، مجازات را در قالب جزای اصلی، تبعی، تکمیلی و تدابیر تأمینی تعیین کرده است. جرم توقیف غیر قانونی در شرایط عادی، بیشتر از طرف مؤظفین خدمات عامه ارتکاب می‌یابد؛ توقیف غیر قانونی در حقوق افغانستان جرم پنداشته شده و برای مجرم مجازات در نظر گرفته شده است.

واژگان کلیدی: آزادی، توقیف، توقیف غیرقانونی، حبس، قوانین افغانستان، کد جزا.

* دکتری حقوق، استاد دانشگاه ابن سینا کابل

** ماستری حقوق

مقدمه

توقیف غیر قانونی، یکی از جرایم علیه اشخاص است که قانون‌گذار آن را جرم دانسته و برای آن مجازات تعیین کرده است. ارکان تشکیل‌دهنده این جرم عبارت از رکن قانونی، رکن مادی و رکن معنوی است. منظور از رکن قانونی آن است که در قوانین موضوعه مادی وجود داشته باشد دال بر این که هر کس از مقامات یا مأموران دولتی یا غیر آنها بدون حکمی از مقامات صلاحیت‌دار در غیر مواردی که قانون، جلب و توقیف اشخاص را تجویز کرده است، شخصی را توقیف، حبس و آزادی او را سلب کند، مرتکب جرم گردیده است. عناصر تشکیل‌دهنده رکن مادی جرم توقیف غیرقانونی، عبارت از موارد ذیل است: الف) وجود شخص یا اشخاصی که مرتکب حبس یا توقیف غیرقانونی می‌شوند. ب) فعل مرتکب بازداشت غیر قانونی یا سلب آزادی فرد. سلب آزادی شخص ممکن است به یکی از طرق زیر صورت گیرد، که توسط مقامات یا مأموران دولتی یا غیر آنها بدون حکم از مقامات صلاحیت‌دار انجام می‌پذیرد.

ج) مخالف قانونی بودن: اصل بر آزادی اشخاص است؛ مگر به موجب قانون که در مواردی توقیف افراد را جایز دانسته است. رکن معنوی به این معناست که مراحل توقیف و حبس از روی سوء نیت و عمدی باشد. در این تحقیق، ضمانت اجرایی توقیف غیر قانونی اشخاص در حقوق افغانستان، بنیادی‌ترین بحثی است که محور سؤال اصلی تحقیق را تشکیل می‌دهد و تلاش می‌شود، مفاهیم مرتبط به این موضوع نظیر سیاست، سیاست جنایی، آزادی، توقیف، سلب آزادی، توقیف غیر قانونی، جلب، احضار، بازداشت و حبس را مورد واکاوی قرار دهیم.

۱. مفاهیم

هر پژوهشی از تعداد مفاهیم برخوردار است که نقش اصلی را در آن تحقیق ایفا می‌کنند. تعریف و توضیح کلمات کلیدی، مفاهیم بنیادی و طرح مسائل کلی تحقیق، زمینه‌ساز ورود به مباحث اصلی تلقی می‌شود و موجب می‌گردد فضای دریافت مسائل اصلی به خوبی آماده گردد. بر همین اساس پیش از ورود به بحث لازم است مفاهیم اصلی تحقیق تعریف و تبیین گردند.

۱-۱. آزادی

آزادی در لغت به معنای رهایی، خلاصی، جدایی از عبودیت و رقیت که معادل عربی آن به معنای حریت، اختیار و قدرت می‌باشد. (دهخدا، ذیل واژه آزادی) در تعریف و توضیح دیگر، آزادی به معنای رهایی، آزاد بودن، ضد بندگی، نبودن مانع یا مزاحم برای انجام کاری دانسته‌اند (عمید، ۱۳۵۸، ص ۲۸).

آزادی در اصطلاح حقوق عمومی که بیشتر ناظر به رفتار سیاسی افراد است به حالتی اطلاق می‌شود که انسان به موجب آن می‌تواند آنطور که اراده کند، رفتار نماید و این در مواردی است که قوانین الزامی وجود داشته باشد. آزادی را با توجه به قواعد حقوق عمومی می‌توان به سه دسته زیر تقسیم کرد:

آزادی سیاسی: این نوع از آزادی، قسمی از حقوق افراد و اشخاص است که به موجب آن می‌تواند حق حاکمیت داشته باشند، خواه به طور مستقیم و خواه از طریق انتخاب نمایندگان، چنانچه‌ی ماده چهار قانون اساسی افغانستان به آن اشاره می‌کند: حاکمیت ملی در افغانستان به ملت تعلق دارد که به طور مستقیم یا توسط نمایندگان خود آن را اعمال می‌کند.

آزادی‌های فردی: یعنی قدرت‌ها و امتیازات که برای فرد شناخته شده است به این منظور که وی با استفاده از آن قدرت‌ها بتواند هرچه در قوه دارد به مرحله فعلیت برساند و نیروهایی که طبیعت در او نهاده است را ظاهر و آشکار سازد.

آزادی‌های عمومی: این نوع آزادی به مجموع آزادی‌های فردی، آزادی‌هایی که برای دسته‌های اجتماعی شناخته شده است، اطلاق می‌شود. (طباطبائی و موتمنی، ۱۳۹۴، ص ۹۳).

۲-۱. سلب آزادی

سلب آزادی، به معنای ربودن آزادی، نیست کردن آزادی و از بین بردن آزادی کسی است. به عبارت دیگر سلب آزادی محدود کردن فرد زندانی شده، بدون امکان تنظیم زندگی خود، دور از خویشان، محیط حرفه‌ی خویش و غیره. (گاستون استفانی، ۱۳۷۷، ص ۶۷۰).

از نگاه حقوق سلب آزادی دارای معنای عام و کلی است؛ که شامل حبس، توقیف و بازداشت می‌شود. سلب آزادی دو صورت و روش دارد:

الف) سلب آزادی افراد در مورد قوانین آمره.

ب) سلب آزادی افراد به روش خلاف قانون و خلاف اصول دموکراسی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲).

۳-۱. توقیف

توقیف را برخی از واژه‌شناسان چنین معنا کرده‌اند: ایستاندن، دست‌بند بر دست کردن و در اصطلاح امروزی به معنای دست‌بند زدن است. توقیف اسم فارسی هم آمده و به معنای حکم به بازداشتن است (نفیسی، ۱۳۴۳، ص ۵۱۳). دهخدا در فرهنگ‌نامه‌اش توقیف را چنین معنا کرده است: ایستاندن «دست‌بند» در دست کسی کردن و حکم به بازداشت کردن و به زندان کردن، بازداشتن است. (دهخدا، ذیل واژه توقیف).

آنچه از توجه به معانی که در فرهنگ نامه‌ها برای واژه توقیف ذکر شده به دست می‌آید این است که این کلمه در اصل یک واژه عربی است که معادل فارسی آن بازداشت می‌باشد و به این معنی است که کسی را بازداشت کند و دست‌بند به دست کسی بزند.

توقیف در اصطلاح حقوق به دو دسته تقسیم می‌شود:

۳-۱-۱. توقیف در اصطلاح حقوق مدنی

در این دیدگاه، توقیف بازداشت موقت اموال یا تعیین تکلیف آن بر اساس موازین قانونی است. قانون مدنی در ماده ۸۴۲ در این مورد بیان داشته است: هر یک از متقاعدین می‌توانند در هر معاوضه مالی تا وقت که بدل مستحق را تسلیم نگیرد، معقود علیه را نزد خود نگهدارد. (قانون مدنی، ماده ۸۴۲).

۳-۱-۲. توقیف در اصطلاح حقوق جزا

در این رشته حقوقی، توقیف عبارت است از سلب آزادی تن شخص با حالت انتظار ترخیص. به بیان دیگر، توقیف اشخاص در اصطلاح حقوق جزا به معنای بازداشت شخص حقیقی به وسیله مقامات پولیس، سارنوالی و محاکم می‌باشد.

باتوجه با آنچه تا کنون در مورد توقیف گفته شد می‌توان آن را از منظر حقوق جزا چنین معنا کرد: «سلب آزادی تن اشخاص با حالت انتظار ترخیص به وسیله مقامات صلاحیت‌دار». در قانون اجرائات جزایی چنین تعریف شده است: نگهداری و سلب آزادی موقت مظنون یا متهم است در مرحله تحقیق و تعقیب عدلی به امر سارنوالی یا محکمه در محلی که طبق حکم قانون به آن اختصاص یافته است.

۳-۱-۳. مفهوم توقیف غیر قانونی

بند ۱ ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مقرر می‌دارد «هر کس حق آزادی و امنیت شخصی دارد.» حق آزادی، در مفهوم سنتی آن، ناظر به آزادی فردی است؛ یعنی آزادی جسمانی افراد. هدف اصل مذکور تضمین این امر است که آزادی افراد به روش خودسرانه و غیر قانونی قابل سلب نیست. از سوی دیگر منظور از حق امنیت، حق برخورداری هر فرد از حمایت قانونی در اجرای حق آزادی خویش است. کمیته حقوق بشر موارد زیر را توقیف غیر قانونی و یا خودسرانه دانسته است:

- دستگیری غیر قانونی، در عین حال خودسرانه نیز محسوب می‌شود.
- همچنین موارد زیر بازداشت خود سرانه شمرده است:
- هرگاه منظور از دستگیری، رسیدن به هدف غیر قانونی باشد.
- هرگاه به بازداشت خودسرانه، بدون ارزیابی عینی ضرورت آن، دستور داده شود.
- هرگاه بازداشت دستور داده شده توأم با سوء نیت بوده یا در اعمال قوانین مربوطه به طور صحیح، غفلت صورت گرفته باشد. (علامه، ۱۳۹۶، ص ۱۲۶).

۴-۱-۳. توقیف در مرحله کشف

سلب آزادی فرد در مرحله‌ی کشف گرچه در حقوق افغانستان اصطلاحاً توقیف گفته نمی‌شود، بلکه از اصطلاح تحت نظارت استفاده می‌گردد، ولی از آن جهت که سلب آزادی است در شمار اقسام توقیف نام برده می‌شود.

الف) شناسایی مرحله کشف

مرحله کشف اولین مرحله رسیدگی جزایی در نظام حقوقی است. اولین واکنش جامعه در قبال متهمین، کشف موضوع است. کشف عبارت است از فعالیت‌های فنی و تخنیکی به منظور آشکار نمودن وقایع جرمی توسط ارگان‌های کشفی بر اساس قانون که زمینه‌ساز تداوم کار ارگان‌های تحقیقی و قضایی می‌گردد. قانون اجرائات جزایی در ماده ۴ کشف را این گونه تعریف نموده است: «اجرائات است که به منظور جلوگیری از ارتکاب جرم و تشخیص مرتکب آن، نحوه و علت ارتکاب، تثبیت محل و حفظ آثار و اشیای متعلق به جرم ارتکاب یافته، صورت می‌گیرد» (قانون اجرائات جزایی، ۱۳۹۳، ماده ۴). هم چنین قانون کشف و تحقیق جرائم و نظارت سارنوالی بر تطبیق قانونیت آن، کشف را این گونه تعریف نموده است: «آغاز مرحله بررسی دعوای جزایی که در اثنا آن آثار جرم تشخیص و اقدامات عاجل به منظور تثبیت وقوع جرم، یافتن و دستگیری مجرم اجرا می‌گردد». (قانون کشف و تحقیق جرائم و سارنوالی بر تطبیق قانونیت آن، ۱۳۵۸، ماده ۲، بند ۳)

ب) ارگان‌های کشفی

براساس قانون اجرائات جزایی عسکری که قانون به آنان اجازه سلب آزادی افراد را داده است، پولیس و موظفین امنیت ملی می‌باشد (قانون اجزآآت جزای عسکری، ۱۳۸۸، ماده ۲۰). توقیف افراد توسط افراد غیر موظف در هر مرحله، توقیف غیرقانونی است.

۴-۱-۵. اهداف توقیف در مرحله کشف

براساس ماده ۴ قانون اجرائات جزایی اهداف توقیف در مرحله کشف را می‌توان چنین استنباط کرد:

۱. جلوگیری از ارتکاب جرم؛

۲. تشخیص و شناسایی مرتکب؛

۳. تشخیص نحوه ارتکاب جرم؛

۴. تشخیص انگیزه جرم؛

۵. حفظ آثار و اسناد جرم؛

۶. حفظ صحنه جرم.

۲. توقیف غیرقانونی در مرحله کشف از منظر قوانین افغانستان

در این بخش تلاش می‌شود عناصر و مولفه‌های ارتکاب جرم گرفتاری و توقیف غیرقانونی از منظر قوانین افغانستان مورد بررسی و ارزیابی قرار گیرد. باشناسی دقیق هر پدیده نیازمند واکاوی و بررسی عمیق عناصر تشکیل دهنده آن است، جرم گرفتاری و توقیف غیرقانونی به‌عنوان یکی از پدیده‌ها و امور حقوقی از این قاعده کلی مستثنا نبوده و بررسی دقیق و شناخت لازم از این جرم متوقف بر شناخت عناصر آن در پرتو مواد قانونی حقوق افغانستان است.

با عنایت به اصل فوق، کوشش این نوشته در این گفتار این است که با محوریت قوانین افغانستان عناصر قانونی، مادی و معنوی جرم گرفتاری و توقیف غیرقانونی را با تکیه بر مواد حقوق افغانستان با تحلیل مورد بررسی قرار گیرد. تمرکز و تفصیل بیشتر در این گفتار به محوریت قوانین افغانستان بوده و مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

۲-۱. عنصر مادی توقیف غیرقانونی

درک درست از عنصر مادی جرم توقیف غیرقانونی وابسته به این است که در گام نخست تعریف از این عنصر به عمل آوریم و در مرحله بعد اجزای عنصر مادی جرم توقیف غیرقانونی را توضیح دهیم. از نظر قانون‌گذار افغانستان عنصر مادی جرم را در ماده ۳۳ کد جزا چنین تعریف کرده است: «عنصر مادی جرم عبارت است از ارتکاب عمل مخالف قانون یا امتناع از اجرای عمل که قانون به آن حکم نموده است به نحوی که ارتکاب یا امتناع منجر به نتیجه جرم گردیده و رابطه سببیت میان عمل و نتیجه موجود باشد». (کد جزا، ماده ۳۳) به تصریح این ماده، یک عمل زمانی جرم تلقی می‌شود که علاوه بر عناصر دیگر، عنصر مادی آن که در قالب فعل مادی مثبت یا ترک یا امتناع ورزیدن از انجام عملی که طبق حکم قانون وظیفه یک انسان است، به وجود آید و محقق گردد. (صالحی، ۱۳۹۵، ص ۱۴۵)

۲-۱-۱. اجزای عنصر مادی جرم توقیف غیرقانونی

چنان که بعد توضیح خواهیم داد یک عمل زمانی جرم تلقی می‌گردد که از مرز اندیشه و فکر بیرون رود و صورت عینی و خارجی پیدا کند، فکر و اندیشه در حقوق قابل مجازات نیست هرچند پلید باشد.

الف) رفتار مجرمانه

عمل مرتکب عبارت است از «سلب، محدود کردن یا ادامه دادن به سلب و محدود کردن آزادی» که ممکن است به دو صورت واقع شود گرفتاری، توقیف یا تحدید آزادی؛ و در فصل هفتم در ماده ۵۸۵ کد جزایی آمده است: «شخصی که دیگری را گرفتار یا آزادی وی را به صورت غیر قانونی سلب یا محدود سازد یا به سلب یا محدود ساختن آزادی دیگری بعد از ختم مدت قانونی آن ادامه بدهد،

مرتکب جرم گرفتاری، توقیف یا تحدید آزادی گردیده، مطابق احکام این فصل، مجازات می‌گردد». از این ماده چنین نتیجه می‌گیریم که رفتار مجرمانه توقیف غیر قانونی «سلب آزادی تن» است. عدم رضایت طرف در کلیه مصادیق ضروری است اعم از این که مرتکب با توسل به عنف مادی اقدام یا بدون توسل به زور و علی‌رغم عدم رضایت طرف، آزادی او را سلب نماید چنانچه شروع به سلب آزادی تن بدون رضایت طرف بوده و قبل از تحقق جرم امکان رهایی طرف وجود داشته باشد ولی با رضایت خود در بازداشت بماند وقوع جرم محل تردید است و بلکه باید بر عدم وقوع آن رأی داد (آقای نیا، ۱۳۸۶، ص ۱۴۳).

توقیف و حبس غیر قانونی جرم مستمر است و مادام که ادامه داشته باشند، جرم هم ادامه دارد. توقیف غیر قانونی جرم مستمر است عرفاً باید به اندازه‌ای ادامه یابد که بتوان آن را توقیف نامید، افزون بر این، توقیف و گرفتاری قانونی ملازمه‌ای با نگه داشتن غیر قانونی او در محلی معین ندارد. به همین دلیل در ماده ۵۸۵ هیچ اشاره‌ای به گرفتار کردن یا توقیف شخص در «محل» خاصی نشده است. نکته دیگر آن این که: رفتار مرتکب در این جرائم، با ترک فعل نیز تحقق می‌یابد. مأمور ضبط قضایی که علی‌رغم دستور رهایی فرد گرفتار یا توقیف شده، از انجام آن خود داری می‌کند. (جانکی، ۱۳۹۱، ص ۷۹)

ب) نتیجه مجرمانه

در تحقق عنصر مادی جرم، افزون بر رفتار مجرمانه لازم است نتیجه مجرمانه هم وجود خارجی پیدا کند؛ یعنی هر گاه فعل یا ترک فعل، باعث شود که عمل جرمی لباس عینیت به تن کند آن گاه می‌توان گفت، جرم تحقق یافته است بنابر این اگر فعل یا ترک فعل هرچند صورت بگیرد و رابطه نیز مستقیم باشد، اما نتیجه مجرمانه به وقوع نپیوندد، جرم محقق نشده است. در ماده ۳۵ کد جزایی راجع به نتیجه جرم آمده است: «نتیجه جرم عبارت از محصول عمل جرمی است که از اثر ارتکاب فعل جرمی یا امتناع از اجرای فعل قانونی به وجود می‌آید». (کد جزا، ۱۳۹۶، ماده ۳۵) در ماده ۵۸۵ کد جزایی چنین نگاشته شده است: «شخصی که دیگری را گرفتار یا آزادی وی را به صورت غیر قانونی سلب یا محدود سازد یا به سلب یا محدود ساختن آزادی دیگری بعد از ختم مدتی قانونی آن ادامه بدهد». این بخش از ماده نتیجه مجرمانه را نشان می‌دهد سلب شدن و محدود شدن آزادی نتیجه مجرمانه بوده می‌تواند.

ج) رابطه سببیت

در ماده ۳۳ کد جزایی این گونه آمده است: «... و رابطه سببیت میان عمل و نتیجه موجود باشد». در ماده ۳۶ کد جزایی رابطه سببیت چنین تعریف شده است: «رابطه سببیت عبارت از موجودیت رابطه متعارف میان عمل جرمی و نتیجه مجرمانه آن می‌باشد». (کد جزا، ۱۳۹۶، ماده ۳۳ و ۳۶) مفهوم و معنای جملات به کار رفته در ماده‌ها فوق این است که میان عمل جرمی که شخص انجام داده و نتیجه که به

وقوع پیوسته رابطه مستقیم وجود داشته باشد و به نحوی نتیجه، معلول عملی انجام شده توسط شخص مورد نظر باشد. در صورتی که رابطه مستقیم وجود نداشته باشد، نمی‌توان جرم را به فاعل فعل منتسب کرد. در جرم توقیف غیر قانونی باید بین توقیف و نتیجه آن ارتباط وجود داشته باشد.

د) موضوع جرم

بر اساس ماده ۵۸۵ کد جزایی که اشعار می‌دارد: «شخصی که دیگری را گرفتار یا آزادی وی را به صورت غیر قانونی سلب یا محدود سازد...». از این بخش ماده چنین نتیجه می‌گیریم که موضوع جرم انسان بی گناه و کسی که مستحق توقیف نمی‌باشد است.

موضوع جرم بازداشت، آزادی تن دیگری است که مرتکب با توقیف، حبس یا اخفای موجب سلب آن می‌گردد. در واقع این اقدامات بر خلاف رضایت طرف انجام می‌گیرد و لذا عدم رضایت طرف را باید جزئی از جرم بازداشت به حساب آورد که در غیر این صورت و به رغم وقوع سلب آزادی تن، نمی‌توان عمل ارتكابی را جرم دانست.

رضایت در صورتی نافذ و مانع وقوع جرم خواهد بود که قبل از وقوع جرم یا مقارن با سلب آزادی تن بوده و رضایت دهنده عاقل، بالغ، قاصد و مختار باشد.

ه) مرتکب جرم

مرتکب جرم توقیف غیر قانونی بر اساس ماده ۵۸۹ کد جزایی، پولیس، موظف امنیت ملی و سارنوال بوده می‌توانند. در فقره (۱) این ماده آمده است: «هر گاه پولیس، موظف امنیت ملی، سارنوال یا مسوول محلات سلب آزادی شخصی...».

۲-۱-۲. عنصر معنوی توقیف غیر قانونی

برای توضیح این عنصر جرم توقیف غیر قانونی، پرداختن به تعریف این عنصر و بیان اجزای آن لازم به نظر می‌رسد.

۲-۱-۲-۱. تعریف عنصر معنوی جرم

در ماده ۳۸ کد جزایی مفهوم عنصر معنوی جرم را بیان کرده است: «عنصر معنوی جرم عبارت از قصد جرمی، علم و آگاهی به جرم و نتیجه آن یا خطای جرمی»؛ و در ماده ۳۹ همان قانون فقره (۱) به تعریف قصد جرمی پرداخته است: «قصد جرمی عبارت است از سوق دادن اراده فاعل به ارتكاب فعل که جرم را به وجود می‌آورد، به نحوی که منجر به وقوع نتیجه جرم مورد نظر و یا وقوع نتیجه جرم دیگر شود.» و فقره (۲) همین ماده موارد قصد جرمی را نیز بیان کرده است: «قصد جرمی شامل قصد آنی، توام با اصرار قبلی، معین و غیرمعین می‌باشد».

با توجه به این ماده‌ها می‌بینیم که عنصر معنوی جرم و قصد جرمی نیز تعریف و معنی شده است و معنای آن این است که فعل مجرمانه نتیجه خواست و اراده فاعل باشد، پس مراد از عنصر معنوی جرم این است که عامل، عمل جرمی توقیف غیر قانونی را از روی اراده انجام داده باشد؛ یعنی میان عامل و آن عمل جرمی رابطه‌ای معنوی «اراده» برقرار باشد؛ به عبارت دیگر، فعل مجرمانه و نتیجه جرمی آن باید نتیجه خواست و اراده فاعل باشد: زیرا با زوال اراده، پیامد فعل مجرمانه هیچ گاه به حساب فاعل گرفته نمی‌شود. و نظر به ماده ۵۸۵ کد جزایی اینطور به نظر می‌رسد که شخص علم و آگاهی از فعل خود دارد. از نظر حقوق، خواستن یا اراده درجه‌ها دارد: گاهی فاعل قصد فعل و قصد حصول نتیجه آن را دارد که می‌گوید «عامد» است. انگیزه در تحقق جرائم عمومی مزبور بی‌تأثیر است. قصد مجرمانه در آگاهی و معرفت فاعل جرم به غیر قانونی بودن عمل ارتكابی است؛ یعنی مرتکب باید در نقض مقررات مربوط به حمایت از آزادی تن افراد آگاهی داشته باشد؛ یعنی این که: توقیف را انجام می‌دهد بداند که غیر قانونی است. باید قصد مجرمانه و قصد این که عمل که او انجام می‌دهد در قانون جرم است را داشته باشد.

در ماده ۴۴ کد جزایی افغانستان می‌نویسد:

الف) جرم وقتی عمدی شناخته می‌شود که قصد جرمی نزد مرتکب آن محقق باشد.

ب) جرم در حالات ذیل نیز عمدی شناخته می‌شود:

۱- در صورتی که مرتکب به اجرای عمل یا امتناع از مکلفیت قانونی و نتایج آن آگاهی داشته ولی با آن هم به ارتکاب عمل مخالف قانون یا امتناع از مکلفیت قانونی اقدام نموده باشد.

۲- در صورتی که شخص به موجب قانون یا موافقت نامه، به انجام وظیفه مکلفیت داشته و از ایفای آن قصداً امتناع ورزد، به نحوی که امتناع وی منجر به وقوع جرم گردد.

گاهی فاعل قصد فعل دارد بدون آن که نتیجه مجرمانه‌ای آن فعل را طلب کند در صورتی که ترتیب این نتیجه بر فعل ارتكابی محتمل و قابل پیش بینی باشد و در عین فاعل از آن نپرهیزد، آن را «خاطی» می‌نامند. قانون‌گذار افغانستان در ماده ۴۵ کد جزایی افغانستان به جرم غیرعمدی یا خطا چنین اشاره دارد:

«جرم زمانی غیرعمدی یا خطا شناخته می‌شود که به اثر اهمال، بی احتیاطی، غفلت یا عدم رعایت قوانین و مقررات صورت گرفته و فاعل نتایج عمل خود را پیش بینی نه نموده باشد».

۲-۱-۲. اجزای عنصر معنوی جرم توقیف غیر قانونی

از نظر قانون‌گذار افغانستان اجزای عنصر معنوی جرم توقیف غیر قانونی علم به موضوع علم به رفتار مجرمانه و یکی دیگر از عنصر معنوی قصد مجرمانه می‌باشد که در ذیل به بررسی آن می‌پردازیم:

الف) علم به موضوع

در جرم توقیف غیر قانونی مرتکب جرم بداند که شخص بی گناه است و جرمی را انجام نداده است.

ب) علم به رفتار مجرمانه

مرتکب جرم توقیف غیر قانونی از این آگاهی داشته باشد و بداند که حق سلب یا محدود کردن آزادی یا تداوم این دو را ندارد؛ یعنی علم به عدم مشروعیت جرم توقیف خود داشته باشد: شرط دیگر و عنصر دوم در تحقق عنصر معنوی جرم آن است که فاعل، بداند کاری که انجام می‌دهد از نظر قانونی مشروع نبوده و ممنوع است. در صورتی که کسی بدون علم به عدم مشروعیت کار و کاملاً با نیت خیرخواهانه دست به اقدام بزند که از نظر ماهیت و شکل کاملاً جرم تلقی می‌شود، نمی‌توان آن را جرم تلقی کرد؛ زیرا چنین عملی فاقد عنصر معنوی جرم است.

ج) قصد مجرمانه

جرم توقیف از جمله جرائم عمدی است و این جرم هنگامی تحقق خواهد یافت که مرتکب جرم توقیف باید عمل را که انجام می‌دهد از روی قصد و اراده انجام دهد در صورت اکراه و یا جبر جرم توقیف اتفاق نخواهد افتاد، معنی این جمله آن است که ارتکاب جرم و انتصاب آن به فاعل جرم، زمانی درست است که فاعل در انجام جرم توقیف غیر قانونی، اختیار داشته باشد و اجباری از سوی کسی دیگر یا عامل بیرونی دیگر، وجود نداشته باشد و نیز به صورت خطایی جرم را انجام نداده باشد. اگر در موردی، یکی از این ویژگی‌ها نباشد، آن مورد جرم نیست؛ زیرا رکن معنوی جرم توقیف غیر قانونی وجود ندارد.

بنابراین، اگر کسی به صورت خطایی مرتکب توقیف غیر قانونی شود، جرم توقیف غیر قانونی تحقق نیافته است؛ زیرا عنصر معنوی وجود ندارد؛ یعنی عمدی در کار نبوده است و اگر توقیف غیر قانونی با حسن نیت باشد.

مانند طبیعی که به نیت معالجه مریض را موقتاً توقیف کند و یا کسی به غرض محافظت وی از ضرر احتمالی او را توقیف کند، باز هم جرم توقیف غیر قانونی واقع و محقق نشده است.

به این ترتیب، اگر با رضایت قلبی و فعلی طرف، کسی او را توقیف غیر قانونی کند، باز هم جرم توقیف غیر قانونی محقق نشده است. از آنچه تاکنون بیان کردیم این نتیجه به دست می‌آید: انگیزه در تحقق جرم مزبور بی‌تأثیر است. قصد مجرمانه در آگاهی و معرفت فاعل جرم به غیر قانونی بودن عمل ارتكابی است؛ یعنی مرتکب باید در نقض مقررات مربوط به حمایت از آزادی تن افراد آگاهی داشته باشد (گلدوزیان، ۱۳۸۰، ص ۲۰۸).

قوانین اساسی، کد جزایی و اجرائات جزایی افغانستان در تحقق مطلق جرم وجودی عناصر سه گانه قانونی، مادی و معنوی را مهم، ارزنده و کافی می‌داند. در خصوص جرم توقیف غیرقانونی نیز در صورتی که ارکان سه گانه محقق باشد؛ جرم به وقوع پیوسته است و این جرم در ردیف تعزیرات و سلسله جنحه ها قرار دارد.

۳. جرم‌انگاری توقیف غیرقانونی

آزادی رفت و آمد که آزادی «تن» مصداق از آن است از حقوق طبیعی و بنیادینی هر انسان می‌باشد که به موجب آن شخص در رفت و آمد و اقامت و ترک هر نقطه، چه در کشور چه در خارج از کشور آزاد باشد و از توقیف بدون دلیل مصون و محفوظ بماند (آقایی نیا، ۱۳۸۵، ص ۵۲۷).

از این رو، توقیف بدون دلیل جرم محسوب شده و در صورت اتفاق افتادن، مجازاتی برای مرتکب آن در نظر گرفته شده است. اکنون این مجازات را از منظر حقوق افغانستان مورد بررسی و ارزیابی قرار می‌دهیم. در بسیاری از قوانین افغانستان، توقیف غیرقانونی جرم پنداشته شده است؛ در قانون اساسی به‌عنوان ام‌القوانین، به جرم پنداشتن توقیف غیرقانونی اشاره شده است و با دلالت قابل استنباط است. به طبع کد جزای افغانستان، به صورت صریح، گرفتاری و توقیف غیرقانونی را جرم علیه آزادی افراد قلمداد کرده است.

در ماده ۲۷ قانون اساسی چنین آمده است: هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود مگر به حکم قانون که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد. هیچ شخصی را نمی‌توان مجازات نمود مگر به حکم محکمه با صلاحیت و مطابق به احکام قانون که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.

در ماده ۲۴ همین قانون آمده است: آزادی حق طبیعی انسان است. این حق جز آزادی دیگران و مصالح عامه که توسط قانون تنظیم می‌گردد، حدودی ندارد. آزادی و کرامت انسان از تعرض مصوون است، دولت به احترام و حمایت از آزادی و کرامت انسان مکلف می‌باشد.

دقت در این ماده نکات زیر را نتیجه می‌دهد:

- ۱- اصل قانونی بودن جرم و مجازات مورد پذیرش قرار گرفته است.
- ۲- اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین جزایی نیز به رسمیت شناخته شده است.
- ۳- آزادی که حق طبیعی انسان است محدود به دو حد است؛ یکی آزادی دیگران، دوم، مصالح عامه جامعه که هر دو حد توسط قانون تنظیم می‌گردد.

۴- بر آزادی و کرامت انسان بدون تعریف و نشان دادن مصادیق قانونی آن حکم مصون بودن را جاری کرده است، اگرچه جرم بودن بازداشت غیرقانونی از این ماده استنباط می‌گردد، لیکن جرم‌انگاری کافی نیست. بدین جهت کد جزای که در افغانستان تصویب گردیده است به ترتیب مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

کد جزایی افغانستان نیز گرفتاری و توقیف غیر قانونی را جرم دانسته و برای آن مجازات تعیین کرده است: در ماده ۵۸۵ کد جزایی آمده است: «شخصی که دیگری را گرفتار یا آزادی وی به صورت غیر قانونی سلب یا محدود سازد یا به سلب یا محدود ساختن آزادی دیگری بعد از ختم مدت قانونی آن ادامه بدهد، مرتکب جرم گرفتاری، توقیف یا تحدید آزادی گردیده، مطابق احکام این فصل، مجازات می‌گردد».

و در ماده ۵۸۶ به مدت حبس گرفتاری و توقیف غیر قانونی اشاره کرده است: «مرتکب جرم گرفتاری، توقیف یا تحدید آزادی به حبس متوسط، محکوم می‌گردد».

قانون‌گذار افغانستان در ماده ۵۸۷ کد جزایی به کیفیات مشدده که عبارتند از: توسل به اجبار، اکراه و تهدید، شخصیت مرتکب، توسل به شیوه متقابلانه و مدت توقیف پرداخته است.

«ارتکاب جرم گرفتاری، توقیف یا تحدید آزادی در یکی از حالات ذیل مشدده شناخته شده، مرتکب به حبس طویل تا هفت سال، محکوم می‌گردد: ۱- در حالتی که جرم توسط موظف خدمات عامه ارتکاب یافته باشد. ۲- در حالتی که جرم با جبر، اکراه یا تهدید به قتل یا تهدید به اذیت بدنی ارتکاب گردیده باشد. ۳- در حالتی که جرم با استفاده از لباس رسمی بدون داشتن حق استفاده از آن یا متصف ساختن به صفت کاذب صورت گرفته باشد. ۴- در حالتی که با استفاده از امر تزویری به عنوان مقام صلاحیت دار دولتی ارتکاب گردیده باشد. ۵- در حالتی که مدت توقیف غیر قانونی از یک ماه بیشتر باشد.»

در اختیار قرار دادن محل به منظور توقیف غیر قانونی

در ماده ۵۸۸ همین قانون آمده است: «شخصی که با وجود آگاهی محلی را برای توقیف غیر قانونی به اجاره یا کرایه یا عاریت دهد، به حبس متوسط تا سه سال، محکوم می‌گردد».

بر عکس این ماده می‌رساند که شخصی اگر با حسن نیت و بدون آگاهی محلی را به کرایه، عاریت و یا اجاره بدهد و بی خبر از این که این خانه برای توقیف غیر قانونی استفاده می‌شود. این شخص مرتکب جرم نشده و قابل مجازات نیست.

در پایان این موضوع در ماده ۵۸۹ کد جزایی در ۲ فقره ذکر شده است: «در فقره ۱ بیان می‌دارد هر گاه پولیس، موظف امنیت ملی، سارنوال یا مسوول محلات سالب آزادی شخصی را بیش یک روز از موعد قانونی تحت نظارت، توقیف، حبس یا حجز قرار دهد، به حبس قصیر یا جزای نقدی سه هزار افغانی در برابر هر روز، محکوم می‌گردد. در فقره ۲ این ماده آمده است هر گاه عمل با سو نیت صورت گرفته باشد و یا به طور مکرر انجام شده باشد، مرتکب به حبس متوسط، محکوم می‌گردد».

در ماده ۷ فقره ۱ کد جزای افغانستان چنین آمده است: هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود، مگر به حکم قانون که قبل از ارتکاب آن، نافذ گردیده باشد.

ماده ۹۹ قانون اجرائات جزای حکم می‌کند که توقیف باید قانونی بوده باشد. بند (۱) و مقامات توقیف خانه نمی‌توانند هیچ فردی را به توقیف خانه بپذیرند مگر بنابه امر یا قرار مقامات صلاحیت دار قانونی بند (۲).

هم چنین بر طبق ماده ۱۰۴ همان قانون هر کس از توقیف شدن غیرقانونی فردی اطلاع یابد مکلف است که موضوع را به سارنوالی مربوط اطلاع دهد و سارنوالی مکلف دانسته شده است که تحقیقات لازم را انجام و مرتکب را تحت تعقیب عدلی قرار می‌دهد. از مجموع بررسی‌ها کد جزایی و قانون اجرات جزایی به این نتیجه می‌رسیم که گرفتاری و توقیف غیرقانونی جرم‌انگاری شده است و در آن مشخص گردیده است که حبس و توقیف و یا گرفتاری اگر به امر مقام صلاحیت دار و یا به تجویز صریح قانون باشد قانونی است و در غیر این دو صورت، توقیف و گرفتاری غیرقانونی شمرده می‌شود و برای مرتکب آن در سه درجه مجازات‌ها خفیف، شدید و شدیدتر معین گردیده است. بدین ترتیب، می‌توان گفت که در پروسه جزایی آزادی اصل است و از توقیف صرف به‌عنوان آخرین راه چاره و آن هم صرف به حکم قانون و در کمترین مدت ممکن، می‌توان کار گرفت.

۴. تدابیر تأمینی از توقیف غیرقانونی

با توجه به مواد کد جزایی می‌توان گفت: «تدابیر تأمینی عبارت از اقداماتی است که از طرف محکمه ذی صلاح، جهت تربیت یا اصلاح متهم یا محکوم، انطباق مجدد وی به حیات اجتماعی یا جلوگیری از وقوع و تکرار جرم با در نظر داشت حالت خطرناک بودن متهم یا محکوم اتخاذ و در فیصله ذکر می‌گردد.»

۴-۱. اقسام تدابیر تأمینی

با توجه به ماده ۱۸۶ کد جزایی، تدابیر تأمینی به اقسام زیر تقسیم می‌گردد:

الف) تدابیر سلب کننده آزادی: محکمه به بودن محکوم علیه در شفاخانه‌ها عقلی و عصبی و یا در مراکز صحتی جهت بهبودی وضعی صحتی وی حکم نماید.

ب) تدابیر تحدید کننده آزادی: محکمه به منع گشت و گذار محکوم علیه در جاهای خاص حکم نماید.

ج) تدابیر سلب کننده حقوق: به این معنا که محکوم علیه از ولایت، وصایت و قیمومیت محروم گردد.

د) تدابیر مالی و اقتصادی: یعنی محکمه به مصادره اموال که ساختن، استعمال، نگهداری و عرضه و فروش آن جرم باشد حکم می‌کند هرچند این اشیا مال محکوم علیه هم نباشد. یا محکمه می‌تواند به مسدود ساختن محلی که به مقصد ارتکاب جرم از آن کار گرفته می‌شود حکم نماید.

۲-۴. شرایط تطبیق تدابیر تامینی

شرایط تطبیق تدابیر تامینی عبارت‌اند از:

الف) ثابت شود که شخص، مرتکب جرم شده است.

ب) ثابت شود که حالت و وضعیت مجرم، علیه امنیت عامه خطرناک است؛ یعنی احتمال برود که مجرم علاوه بر جرم انجام یافته به ارتکاب جرم دیگری نیز اقدام نماید».

۳-۴. تطبیق تدابیر تامینی بر مرتکب توقیف غیرقانونی

طبق دیدگاه قانون‌گذار افغانستان بعضی از تدابیر تامینی بر مرتکب جرم گرفتاری و توقیف غیرقانونی قابل تطبیق است و به صورت خاص در موارد زیر محکمه می‌تواند علاوه بر مجازات اصلی، حکم به تدابیر تامینی مرتکب جرم گرفتاری و توقیف کند:

الف) «اگر مرتکب مبتلا به امراض روانی باشد که با تأیید دکتر، محکمه می‌تواند به بودن مجرم به مدت ۶ ماه یا بیشتر در شفاخانه خاص عقلی یا عصبی حکم نماید.

ب) اگر محکمه تشخیص دهد که بودن و ماندن مرتکب جرم گرفتاری و توقیف غیرقانونی در محله خاص سبب تکرار جرم می‌گردد، می‌تواند به منع بود و باش وی در همان منطقه خاص، حکم نماید.

ج) در صورتی که محکمه تشخیص دهد، شغل مرتکب جرم گرفتاری و توقیف غیرقانونی، زمینه ساز انجام جرم است، می‌تواند علاوه بر مجازات اصلی به محرومیت از اشتغال به آن شغل نیز حکم صادر کند».

فرق اقدامات تامینی با مجازات‌ها این است که هدف کیفری ندارند: اختلاف آن‌ها با اقدامات پیش‌گیری اجتماعی این است که فردی هستند؛ تفاوت آن‌ها با خدمات مددکاری این است که هدف پیش‌گیری از یک فعالیت جنایی داشته و الزام آور هستند و بر افرادی این اقدامات انجام می‌شود که حالت خطرناک احتمال وقوع جرم را می‌دهد و بر آن‌ها تحمیل می‌شوند. (گاستون استفانی، ۱۳۷۷، ص ۶۱۰)

۴-۴. اهداف تدابیر تامینی

پیش‌گیری از وقوع جرم، هدف اصلی تدابیر تامینی است و دلیل آن حالت خطرناک مجرم است. این پیش‌گیری بر خلاف مجازات جنبه رنج و عذاب ندارد، بلکه در صدد معالجه و خنثی‌سازی حالت خطرناک مجرم است که به دو شکل محقق می‌شود:

الف - معالجه فرد مجرم

ب - خنثی کردن حالت خطرناک.

زمانی تدابیر تامینی در باره شخص مجرم اعمال می‌شود که او قبلاً مرتکب جرم شده باشد و صرف وجود حالت خطر ناک و ظن ارتکاب مجدد جرم، بدون آن که شخص قبلاً جرمی مرتکب شده باشد جواز تدابیر تامینی نیست.

نتیجه‌گیری

تحقیق حاضر در پاسخ به این پرسش که مقررات حقوقی افغانستان به ویژه سیاست جنایی افغانستان در قبال توقیف غیرقانونی چگونه می‌باشد؟ پا به عرصه وجود گذاشت و سپس در پرتو پرسش‌های فرعی دیگر، فصول چهارگانه خود را سامان بخشید. هرچند در پیوند به توقیف غیرقانونی، کارهای صورت گرفته است و مقالاتی در این زمینه به نشر رسیده است، اما آنچه این پژوهش‌ها به شمول کتاب‌ها و مقاله‌ها، از فقدان آن رنج می‌برد، جامعیت و گسترده‌نگری است. بسیاری از نوشته‌ها معطوف به حوزه خاص و قلمرو ویژه بوده و از نگاه جامعیت و همه شمول بودن فاصله دارد. این مشکل زمانی مضاعف و برجسته می‌گردد که نویسندگان کتاب‌های حقوقی بخش جزا و جرم‌شناسی بیشتر بحث توقیف غیرقانونی را در حاشیه دیگر مسائل و مباحث مطرح ساخته‌اند. افزون بر این همه، تمام پژوهش‌های انجام شده در این عرصه، فارغ از نگاه تطبیقی ظهور و بروز کرده‌اند.

در قوانین افغانستان توقیف غیرقانونی اشخاص روند جرم‌انگاری تدریجی را پیموده است. در قانون جزایی افغانستان از قانون جزای اول تا کد جزای ۱۳۹۶ توقیف غیرقانونی جرم‌انگاری و برای مرتکبین آن، اعم از مقامات قضایی و غیرآن، مجازات تعیین شده است. بنابر این، سیاست جزایی افغانستان در قبال جرم غیرقانونی اشخاص از ممنوعیت ساده بدون ضمانت اجرا به سمت اجرم‌انگاری و تعیین مجازات برای مرتکبین پیش رفته است.

منابع

۱. جعفری لنگرودی، (۱۳۸۰) مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ج ۱.
۲. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۴۶) لغت‌نامه دهخدا، ج ۳، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۳. طباطبائی مومتمنی، منوچهر، (۱۳۹۴) آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چ ۶.
۴. علامه، غلام حیدر، (۱۳۹۶) اصول محاکمات جزایی افغانستان، کابل، انتشارات دانشگاه ابن سینا، چ ۲.
۵. علامه، غلام حیدر، (۱۳۹۶) اصول محاکمات جزایی افغانستان، کابل، دانشگاه ابن سینا.
۶. عمید، حسن، (۱۳۶۰) فرهنگ فارسی عمید، جلد یک، انتشارات امیر کبیر، چاپ دوم.
۷. گاستون استفانی، ژرژ لوسور، به رنار بلوک، (۱۳۷۷) حقوق جزای عمومی، ترجمه: حسن دادبان، تهران، انتشارات دانشگاه طباطبایی، علامه، پیشین، تهران، چاپ اول، ج ۲.
۸. گلدوزیان، ایرج، (۱۳۸۰)، حقوق جزای اختصاصی، تهران، دانشگاه تهران.
۹. لارژ، کریستین، (۱۳۸۱) درآمدی به سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، تهران، میزان.
۱۰. نفیسی، علی اکبر، (۱۳۴۳)، فرهنگ نفیسی، بی‌جا، بی‌تا، ج ۱.
۱۱. قوانین
۱۲. قانون اجرائات جزایی، ۱۳۹۳.
۱۳. کد جزا، ۱۳۹۶.

بررسی فرایند کشف جرم غیرمشهود در قانون اجرائات جزایی

نعمت الله نوری*

چکیده

نوشتار حاضر به منظور بررسی فرایند کشف جرم غیرمشهود در نظام حقوقی افغانستان به رشته تحریر درآمده است. اساساً مأمورانی که در خط مقدم مبارزه با جرم قرار دارند نقش مهمی در اجرای عدالت جزایی ایفا می‌کند؛ زیرا آنان مکلف‌اند که پس از وقوع جرم، (در جرائم مشهود بدون نیاز به دستور و در جرائم غیرمشهود با کسب دستور از مقام قضایی یا خرنوالی) وارد عمل شوند و نسبت به کشف جرم، تعقیب و دستگیری مجرمین، بازجویی از آنان و جمع‌آوری ادله جرم اقدام کنند، کلیه این اقدامات از پیچیدگی و اهمیت خاصی برخوردار است. متأسفانه قانون‌گذار افغان، تعریف مشخص از جرم غیرمشهود ارائه نکرده و هیچ مصداقی از آن را یادآور نشده است، اما با توجه به نظریه‌ها و دکترین حقوق به خوبی دانسته می‌شود که جرم غیرمشهود جرمی است که به شکل مخفی انجام شده و توسط اشخاص مشاهده نشده و مدت زمانی از ارتکاب آن گذشته باشد.

واژگان کلیدی: جرم غیر مشهود، کشف جرم، نظام حقوقی افغانستان، قانون اجرائات جزایی.

* دانشجوی سال چهارم حقوق و علوم سیاسی، دپارتمنت حقوق خصوصی و جزا، دانشگاه بلخ. شماره تماس ۰۷۶۷۶۸۵۹۲۹.

مقدمه

در فرایند دادرسی کیفری مرحله کشف جرم و گردآوری ادله از سوی پلیس، بی‌گمان یکی از مراحل دقیق و حساس است که در اغلب کشورها به خصوص افغانستان این وظیفه به پلیس عدلی سپرده شده است. کشف جرم اولین و مهم‌ترین مرحله فرآیند پنج مرحله‌ای دادرسی کیفری است که اساس و پایه رسیدگی‌های جزایی را تشکیل می‌دهد. تا جرمی کشف نشود چرخه دادرسی کیفری به حرکت در نخواهد آمد و مجرم مجازات نخواهد شد.^۳

اساساً فرایند اجرائات کشف جرم غیرمشهود متفاوت از سایر جرائم است، گرچند در نظام حقوق افغانستان اصل به برائت و آزادی اشخاص است،^۴ اما قانون‌گذار تعریف مشخصی از جرم غیرمشهود ارائه نداده و این موضوع باعث شده است که روند اجرائات این جرم متفاوت از سایر جرائم باشد، زیرا در کشف جرم غیرمشهود اصل تخصص‌گرایی بیش‌تر، مورد توجه است.

طبق اساسات علم حقوق و قوانین، در جرم غیرمشهود اصولاً پلیس صلاحیت پیگیری جرم را ندارد، پیگیری این جرم از صلاحیت قاضی و خرنوال است. وقتی که یک جرم غیرمشهود به نیروی به اصطلاح پلیس اداری اعلام شود، مراتب وقوع جرم را پلیس اداری به خرنوالی اطلاع می‌دهد و با اخذ جواز از مقام خرنوالی، پلیس اداری اقدام به پیگیری جرم غیرمشهود و انجام تحقیقات مقدماتی برای پیدا کردن متهم و علل رخ دادن جرم می‌کنند و در صورت عدم جواز خرنوال یا محکمه پلیس اداری اقدام به کشف جرم غیرمشهود کرده نمی‌تواند. بلکه صاحب صلاحیت اصلی پلیس قضائی (قاضی یا خرنوال) است؛ زیرا برخورد با این جرائم صلاحیت، تخصص و احتیاط بیش‌تر را می‌طلبد.

^۱. پلیس عدلی عبارت از مأمورین است که تحت نظارت و تعلیمات مقام قضایی در کشف جرم، تشخیص مرتکبین، دفع جرائم، جمع‌آوری و حفظ آثار و دلایل جرم جلوگیری از فرار و اختفای مظنون یا متهم به موجب مقررات قانون اقدام می‌کند. با در نظر داشت این تعریف می‌توان گفت که پلیس عدلی همان پلیس قضایی است که در کشور فرانسه از آن تعریف شده است. (لارگیه، ژان، ۱۳۷۸، ص ۶۳ الی ۶۴).

پلیس عدلی مأمورین که وظیفه کشف جرم، جمع‌آوری دلایل و تشخیص مجرم را مطابق به احکام قانون به عهد داشته باشد. رج؛ پالیسی آغاز مرحله کشف جرائم، وزارت امورداخله، معنیت پالیسی و استراتژی، شماره ثبت ۷۹، ص ۹.

^۲. فرایند دادرسی کیفری به پنج مرحله، کشف جرم، تعقیب، تحقیق، دادرسی (محاکمه) و اجرای حکم تقسیم می‌شود. اگر چه برخی عقیده دارند، مرحله کشف جرم مرحله مابقی دادرسی کیفری است و دادرسی کیفری رسماً شروع نمی‌شود، مگر از لحاظی که مدعی تعقیب را به جریان اندازد و این دسته نیز بر این باورند که اولین مرحله رسمی یعنی تعقیب معمولاً مسبوق به یک مرحله ابتدایی یعنی جستجو و تأیید جرائم است. (استفانی، ژرژلوا سور، برنا بولک، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۷۱ و ۷۱۴).

^۳. ماده ۲۵، قانون اساسی افغانستان «برائت ذمه حالت اصلی است. متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه با صلاحیت محکوم علیه قرار نگیرد، بی‌گناه شناخته می‌شود.»

^۴. ماده ۲۷، قانون اساسی «هیچ عمل جرم شمرده نمی‌شود، مگر به حکم قانون که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد. هیچ شخص را نمی‌توان تعقیب، گرفتار و یا توقیف نمود، مگر برطبق احکام قانون. هیچ شخص را نمی‌توان مجازات نمود، مگر به حکم محکمه با صلاحیت و مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.»

به دلیل آن که جرم غیرمشهود با حوزه حق خلوت یا حریم خصوصی (مسکن افراد) ارتباط می‌گیرد. در نتیجه مطالب این مقاله در دو بخش که در بخش نخست، تعریف جرم غیرمشهود؛ جایگاه جرم غیرمشهود در قانون اجرائات جزایی، تفاوت بین جرم مشهود و غیرمشهود را بحث می‌نماییم. در بخش دوم، فرایند کشف جرم غیرمشهود؛ تسریع در بررسی صحنه جرم غیرمشهود، جمع‌آوری دلایل و اثبات جرم غیرمشهود بحث می‌شود.

۱. جرم غیر مشهود (Delit non flagrant)

به جرمی گفته می‌شود که به شکل مخفی انجام شده باشد و توسط اشخاص مشاهده نشده باشد (دانش، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۰۲). به عبارت دیگر، جرم غیرمشهود به جرایمی گفته می‌شود که از زمان ارتکاب آن مدتی گذشته است و برای اثبات آن به شهود آنی دسترسی نیست (اردبیلی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۲۷۹). جرم غیر مشهود، جرمی است که انتساب آن به مجرم، نیاز به اثبات دارد و تا قبل از تشکیل دادگاه و اعلام رأی، صرفاً در حد یک اتهام است (نوری، [https:// article. Tebyan.net](https://article.Tebyan.net)).

در جرم غیرمشهود، تشکیل دادگاه (محکمه) با دو هدف مشخص صورت می‌پذیرد. اول؛ اثبات جرم دوم؛ تعیین مجازات آن. مثلاً شخصی که از سوی دیگری متهم به قتل شده است و این قتل دور از چشم و میدان دید این و آن صورت گرفته باشد، قبل از آن که اتهام او در دادگاه یا محکمه به اثبات برسد، «مجرم» تلقی نمی‌شود و نمی‌توان او را به صرف اتهام اثبات نشده مستحق مجازات دانست.

۱-۱. جایگاه جرم غیر مشهود در قانون اجرائات جزایی

منظور از این بحث آن است که بدانیم آیا مصادیق جرم غیر مشهود را قانون‌گذار در قانون اجرائات جزایی یادآور شده است یا خیر؟

در پاسخ به این سؤال باید گفت که جرم غیر مشهود هنوز در قوانین جزایی افغانستان به‌خصوص قانون اجرائات جزایی تعریف مشخص نشده و هیچ مصداق از این جرائم را قانون‌گذار یادآور نشده است. قابل تعمق است که قانون اجرائات جزایی فعلی افغانستان، هرچند به‌طوری صریح از جرم غیر مشهود یاد نکرده‌اند، اما از عبارت پردازی قانون‌گذار در برخی موارد^۳ می‌توان حکم جرم غیر مشهود را به‌طور متفاوت و متمایز و در تقابل با جرم مشهود دانست.

^۱ ماده ۳۸، قانون اساسی «مسکن شخص از تعرض مصون است. هیچ شخص به شمول دولت، نمی‌تواند بدون اجازه ساکن یا قرار محکمه با صلاحیت و به غیر از حالات و طرزی که در قانون تصریح شده است، به مسکن شخص داخل شود یا آن را تفتیش نماید. در مورد جرم مشهود، مأمور مسئول می‌تواند بدون اجازه قبلی محکمه، به مسکن شخص داخل شود یا آن را تفتیش کند. مأمور مذکور مکلف است بعد از داخل شدن یا اجرای تفتیش، در خلال مدتی که قانون تعیین می‌کند قرار محکمه را حاصل نماید.»

^۲ ماده ۲۵، قانون اساسی افغانستان: برائت ذمه حالت اصلی است، متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه با صلاحیت محکوم علیه قرار نگردیده، بی‌گناه شناخته می‌شود.

^۳ ماده ۸۱، قانون اجرائات جزایی «پولیس و مؤظف امنیت ملی می‌توانند به صلاحیت خود در حالات ذیل شخص را گرفتار نمایند:

به عنوان نمونه، بند ۲ ماده ۸۱ قانون اجرائات جزایی، بعد از این که احکام جرم مشهود را بیان می‌کند، به عنوان یک مورد دیگر، از موارد جواز گرفتاری مظنون از سوی پولیس و مأمورین امنیت ملی، می‌افزاید: «(۲) شخص که به حیث مرتکب جرم جنایت شناسایی یا معرفی شده باشد و احتمالی فرار و غایب شدن او متصور باشد.»

به نظر می‌رسد این عبارت به دلایل زیر، به جرم غیر مشهود ارتباط دارد:

۱. این فقره با وجود که به جرم مشهود مشابهت دارد؛ اما جرم مشهود به حساب نمی‌آید؛ زیرا در ماده ۸۲ که در آن جرم مشهود تعریف شده است در فقره ۲ آن یکی از حالت‌های جرم مشهود را چنین بیان می‌کند: «مرتکب بعد از ارتکاب جرم، فرار و بلافاصله از طرف مجنی علیه، پولیس یا مردم شناسایی یا بالفعل تعقیب شود.» چنانکه ملاحظ می‌شود مطابق ماده ۸۲، جرم در حالتی مشهود است که مرتکب جرم را انجام داده و در حال فرار باشد که بلافاصله شناسایی شده و یا تعقیب شود؛ اما در ماده ۸۱، نخست این که شرط «بلافاصله» نیامده و درگام دوم حالت فرار و تعقیب مرتکب از سوی مجنی علیه، پولیس و مردم بعد از ارتکاب جرم، شرط نشده است.

۲. قانون‌گذار در بند اول این ماده احکام جرم مشهود را بیان کرده است و اگر این عبارت فقره (۲) ماده ۸۱ را بازم به جرم مشهود ارتباط دهیم، ذکر این عبارت در قانون کاملاً لغو می‌شود و اضافه بر بند ۱، هیچ موضوعی را بیان نمی‌کند. چون تمام مفاد آن، در محتوای بند ۱، نهفته است. صرف با ارتباط دادن آن به جرائم غیر مشهود است که این عبارت، معنای مفید پیدا می‌کند. کلمات «به حیث مرتکب جرم جنایت شناسایی یا معرفی شده است.» هم همین معنا را افاده می‌کند؛ یعنی مأمورین ضبط قضایی ندیده است که وی مرتکب جرم شده است، بلکه فرد یاد شده به حیث مرتکب جرم شناسایی یا از سوی دیگران معرفی شده است (جرم غیرمشهود). چه بسا این شناسایی و معرفی مظنون، می‌تواند از سوی سارنوالی یا قاضی باشد و آن‌ها به پولیس دستور می‌دهند که وی را گرفتار نماید.

متأسفانه در شرایط فعلی افغانستان، برداشت صحیحی از جرم غیر مشهود، در مرحله عملی چندان مشاهده نمی‌شود. به همین دلیل گاهی دیده می‌شود که مأمورین ضبط قضایی با تفسیر موسع از جرم مشهود، برخی جرائم غیر مشهود را نیز مشهود دانسته و به عنوان جرم مشهود با آن برخورد می‌نمایند و به این ترتیب از اساسات حقوقی، عدول کرده و اختیارات خویش را افزایش می‌دهند و از سوی دیگر

(۱) در صورت ارتکاب جرم مشهود جنایت یا جنحه که جزای آن حبس متوسط در قانون پیش بینی شده باشد. (۲) شخص که به حیث مرتکب جرم جنایت شناسایی یا قلمداد شده است، احتمال فرار و غایب شدن او متصور باشد.

۱. جنایت جرمی است که جزای آن در این قانون حبس طویل، حبس دوام درجه ۲، حبس دوام درجه ۱ و یا اعدام تعیین شده باشد. (کود جزای افغانستان، ماده ۳۱).

۲. ماده ۸۱، قانون اجرائات جزایی: پولیس و مؤظف امنیت ملی می‌توانند به صلاحیت خود در حالات ذیل شخص را گرفتار نمایند: (۱) در صورت ارتکاب جرم مشهود جنایت یا جنحه که جزای آن حبس متوسط در قانون پیش بینی شده باشد.

از سوی مقامات بالاتر یا مراجع قضایی، کنترلی هم وجود ندارد که با اینگونه تخطی‌ها برخورد قانونی صورت گیرد.

بنابر این پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار افغانی به دیده ژرف نگاه کند و مصداق‌های بارز جرم غیر مشهود را در قانون به‌طوری صریح ذکر نماید تا مأمورین ضبط قضایی بتواند خوب‌تر تشخیص دهد که کدام جرم مشهود و کدام جرم غیر مشهود است. در نتیجه می‌توان گفت که قانون‌گذار افغان در قوانین جزایی مخصوصاً قوانین شکلی به‌طوری صریح از جرم غیر مشهود یادآور نشده است، اما به‌طور ضمنی از عبارت پردازی قانون‌گذار می‌توان مفهوم جرم غیر مشهود را استخراج نمود.

۲-۱. تفاوت میان جرم مشهود و غیرمشهود

جرائم مشهود^۱ و جرائم غیر مشهود^۲ از جمله اصطلاحاتی است که امروزه در حوزه حقوق دارای اهمیت زیادی است و کاربرد فراوانی در نحوه رسیدگی به دعوی جزایی دارد لذا لازم است که به آن پرداخته شود و تفاوت‌های آن به درستی بیان گردد؛ بنابراین قانون‌گذار تعریف مشخصی از جرم غیرمشهود ارائه نداده است و این موضوع موجب شده است تا در تعریف این مهم اختلاف به وجود بیاید.

در حقوق جزا، جرائم از منظر عنصر مادی جرم به اعتبار زمانی، از لحظه مشاهده آن به جرائم مشهود و غیر مشهود تقسیم می‌شوند. «این تقسیم‌بندی در فقه از نظر اثبات جرم با شهادت شاهدان و نیز با توجه به لزوم امر به معروف و نهی از منکر با مشاهده ارتکاب جرم، اهمیت دارد.» (عوده، بی‌تا، ج ۱، ص ۸۶).

قوانین شکلی افغانستان و بعضی کشورهای که پیروی خانواده حقوقی رومن-ژرمن هستند، در مورد جرائم مشهود آیین رسیدگی سریع و با حد اقل تشریفات را پذیرفته‌اند، و قوانین ماهوی نیز به تشدید مجازات و جرم‌انگاری خاص در مورد جرایمی که به نحوه مشهود واقع می‌شوند پرداخته‌اند. بنابراین از آنجا که مفهوم جرم مشهود در منابع اسلامی با لفظ مشهود، تعریف نشده و سابقه ندارد لذا در مطالعات تطبیقی می‌بایست، مفهوم مورد نظر را با لفظ «معادل» آن جستجو کرد. به نظر می‌رسد، نزدیک‌ترین واژگان در منابع اصیل اسلامی که دلالت مفهومی بر معنای مورد نظر، جرم مشهود، داشته باشد، به ترتیب عبارت‌اند، از: «تجاهر»^۳ و «تظاهر»^۴ به گناه و فسق، می‌باشد.

^۱ Delit flagrant.

^۲ Delit non flagrant.

^۳ «تجاهراً [جهر] بالأمر» در قاموس قرآن «جهر» به معنی آشکار شدن و آشکار کردن آمده است، اعم از آن که به وسیله دیدن باشد یا شنیدن (حل، آیه ۷۵، و (رعد، آیه ۱۰)، پس به این معنا «جهر» هم قولی است و هم فعلی.

^۴ فرهنگ ابجدی فارسی - عربی «تظاهر [ظهر]» را به معنای تظاهر کردن آورده است.

رویکرد دیگر این که جرم غیر مشهود در تقسیم‌بندی جرائم در مقابل جرم مشهود قرار گرفته، اما در قوانین شکلی افغانستان هنوز مفهوم واضح از این جرم را قانون‌گذار یادآور نشده است، ولی استادان حقوق در کتب درسی‌شان به‌طور کلی از این جرم در بعضی موارد یادآور شده است.^۱ ناگفته نباید گذاشت که قانون‌گذار تعریف مشخصی از جرم غیر مشهود ارائه نکرده است، اما از عبارت‌پردازی قانون‌گذار در بسیاری از موارد دانسته می‌شود که جرم غیر مشهود جرمی است که مدت از ارتکاب آن گذشته است و یا جرم غیر مشهود جرمی است که درخفاء صورت گرفته باشد و به همین دلیل اثبات جرم غیر مشهود به راحتی صورت نمی‌گیرد. مثلاً، شخص ادعا می‌نماید که احمد شب گذشته پدرم را در خانه‌اش به قتل رسانده، اینجا جرم رخ داده (قتل در خانه) یک جرم غیر مشهود است و تا قبل از اینکه ثابت شود صرفاً یک اتهام است؛ اما جرم مشهود جرمی است که در محل رؤیت و مشاهده مأمور ضبط قضایی یا در مکان عمومی و محلی که همه می‌تواند رفت و آمد نمایند، رخ دهد؛ بنابراین نتیجه کلی از وجوه افتراق این دو مهم این است که یکی، در مکان عمومی اتفاق می‌افتد و دیگری، در مکان مخفی دور از دید عوام رخ می‌دهد.

هرچند قانون‌گذار فرانسه که خاستگاه اصلی سیستم حقوقی رومن-ژرمن در آنجا است مصداق‌های بارزی جرم مشهود را یادآور شده است اما از جرم غیر مشهود خبری نیست. همچنان در قوانین بسیار از کشورها به شمول افغانستان مصداق‌های بارزی از جرم مشهود یا در قوانین متنی یا شکلی‌شان به‌طور صریح قانون‌گذار مشخص نموده است که در افغانستان قانون‌گذار در قانون شکلی یعنی قانون اجرائات جزایی مصداق‌های کلی جرم مشهود را بیان نموده است.^۳

باید توجه کرد که جرم مشهود دو نوع‌اند یکی جرم مشهود حقیقی و دیگری، جرم مشهود حکمی وجوه افتراق بین این دو مهم این است: که جرم مشهود حقیقی جرمی است؛ که مأمور ضبط قضایی خود حقیقتاً وقوع جرم را روایت کرده باشد که در تشخیص این نوع کدام مشکلی وجود ندارد؛ اما جرم مشهود حکمی مواردی است؛ که در حقیقت مشهود نیست ولی قانون‌گذار به علت وضعیت خاص وقوع، آن را مشهود تلقی می‌کند. احراز یا تشخیص جرم در این‌گونه موارد به کمک ادله، یا قرائن مادی یا براهین عقلی که امکان انتساب عمل مجرمانه به شخص معین را متصور می‌سازد، صورت می‌گیرد (علامه، ۱۳۹۴، ص ۷۹).

^۱ جرم غیر مشهود جرمی است که در مکان در بسته و محصور که افراد حق دسترسی و رفت آمد به آنجا ندارند ارتکاب یابد (علامه، ۱۳۹۴، ص ۷۹).

^۲ ماده ۵۳، قانون اجرائات جزایی فرانسه: جنایت یا جنحه ای مشهود محسوب می‌شود که هم اکنون ارتکاب شود یا لحظاتی قبل ارتکاب شده باشد.

^۳ ماده ۸۲، قانون اجرائات جزایی جرم در یکی از احوال آتی مشهود شمرده می‌شود: (۱) مرتکب حین ارتکاب جرم یا اندکی بعد از ارتکاب، مشاهده یا بلافاصله از طرف مردم گرفتار شود. (۲) مرتکب بعد از ارتکاب جرم، فرار و بلافاصله از طرف مجنی علیه، پولیس یا مردم شناسائی یا بالفعل تعقیب شود. (۳) در صورت که شخص در محل واقعه با سلاح یا اشیائی گرفتار شود که وضع موجود بر فاعل بودن شخص و استعمال اشیای مذکور در جرم ارتکاب شده دلالت نماید.

بنابراین، مصداق‌های بارزی جرم غیر مشهود را اگرچند قانون‌گذار مشخص ننموده است، اما می‌توان گفت همان جرائم که در خفا صورت گرفته باشد مصداق جرم غیر مشهود است. مثلاً شخص ادعا می‌نماید که احمد شب گذشته پدرم را در خانه‌اش به قتل رسانده، اینجا جرمی که رخ داده (قتل در خانه) یک جرم غیر مشهود است و تا قبل از اینکه ثابت شود صرفاً یک اتهام است. یا کسی ادعا می‌نماید که فلان شخص بالایم تجاوز کرد تا قبل از اثبات، جرم غیر مشهود است؛ و مصداق‌های دیگری هم وجود دارد که به خاطر اطاله بحث صرف نظر می‌نمائیم.

در نتیجه جرم مشهود و غیر مشهود از دو جهت باهم متفاوت است، یکی از جهت وقوع جرم؛ که جرم مشهود در محضر عام و غیر مشهود در خفا، اتفاق می‌افتد. دوم از جهت مرجع کشف؛ کشف جرم مشهود توسط پولیس و کشف جرم غیر مشهود توسط سارنوالی صورت می‌گیرد که در ادامه در این مورد مفصل بحث می‌نماییم.

۲. فرایند کشف جرم غیر مشهود

اساسی‌ترین محور بحث در این بخش این است که کشف جرم چیست؟ و جرم غیر مشهود چگونه کشف می‌شود؟ یا به عبارت دیگر، آیا کشف جرم غیر مشهود از صلاحیت پولیس اداری است یا قضایی؟ اصطلاح کشف در لغت به معنای برملا شدن، ظاهر شدن و آشکار شدن آمد است (دهخدا، سایت

<http://www.vajaeab.com/dehkoda>).

جرم یک واژه عربی است و در لغت به معنی گناه، اشتباه، کسب و ارتکاب یک عمل زشت و ناپسند می‌باشد. ترکیب هر دو کلمه کشف و جرم به معنای برملا کردن گناه ظاهر شدن گناه، آشکار شدن گناه استعمال می‌گردد. اطلاق جرم در اصطلاح فقهای اسلامی عبارت از ارتکاب فعل ممنوعه و حرام می‌باشد که مجازات در پی داشته و یا ترک فعل مأموریه‌ها که مجازات در پی داشته باشد؛ بنابراین تعریف، جرم فعل یا ترک فعل است که مجازات در پی داشته باشد، چه این مجازات در دنیا باشد و یا در آخرت (ابوزهره، بی‌تا، ص ۲۰). این یک تعریف عام و کلی بوده که در برگزیده واژه‌های مماثل چون گناه و معصیت نیز می‌گردد؛ با این توضیح که اعمال زشتی چون غیبت و یا ادا نکردن حج توسط شخص که حج بالایش، فرض از دیدگاه (اهل تسنن) یا واجب از دیدگاه مذهب (جعفری)، گردیده نیز تحت تعریف جرم می‌آید، در حالی که چنین اعمال تنها مجازات اخروی داشته و شامل در تعریف جرم به معنی حقوقی آن نمی‌شود.

کشف جرم عبارت از اجرائات است که به منظور جلوگیری از ارتکاب جرم و تشخیص مرتکب آن، نحوه و علت ارتکاب، تثبیت محل و حفظ آثار و اشیای متعلق به جرم ارتکاب یافته، صورت می‌گیرد (قانون اجرائات جزایی، فقهر ۱، ماده ۴). در اصطلاح حقوقی، کشف جرم، مجموع فعالیت‌ها و اجرائات

۱. معجم الغنی و المحيط، واژه جرم.

تخنکی است که به منظور در یافت واقعیت‌ها یا حقایق جرمی، توسط ارگان‌های کشف در مطابقت به احکام قانون صورت گرفته و منتج به تداوم کار تحقیقاتی و قضائی می‌گردد.

کشف جرم اولین و مهم‌ترین مرحله فرآیند پنج مرحله‌ای دادرسی کیفری است. کشف جرم یکی از مراحل حساس و مهم در مورد رسیدگی‌های جزایی است که اساس و پایه رسیدگی‌های جزایی را تشکیل می‌دهد. تا جرمی کشف نشود چرخه دادرسی کیفری به حرکت در نخواهد آمد و مجرم مجازات نخواهد شد. لذا ضروری است در این مرحله توجه بیش‌تر صورت گیرد، از یک طرف کوشش شود تا هر نوع جرمی که واقع می‌شود کشف شود تا مرتکب جرم گرفتار و مورد تعقیب عدلی قرار داده شود و از جانب دیگر دقت لازم به خرج داده شود تا بی‌گناهی به‌ناحق تحت تعقیب عدلی قرار نگیرد و به حقوق و آزادی‌های وی حرمت گذاشته شود.

نکته دیگر در این مورد این است که در جهان جرایمی واقع می‌شود که تعداد زیاد آن کشف نمی‌شود، این امر در مورد اتخاذ تدابیر لازم برای جلوگیری از ارتکاب جرم، تثبیت علل و عوامل و ازمیان رفتن آثار آن تأثیر خواهد داشت. لذا؛ تا زمانی که جرم کشف نشود، هیچ‌گونه اجرائات در زمینه صورت گرفته نمی‌تواند. طبق حکم ماده ۱۳۴ قانون اساسی ج.ا.ا.^۱ و احکام قانون اجرائات جزایی،^۳ کشف جرم از جمله وظایف و صلاحیت‌های پولیس می‌باشد.

بنابر این لازم به ذکر است که هر چند قانون اساسی از پولیس یاد کرده و وظیفه کشف جرم را به این نهاد سپرده، اما قوانین عادی یعنی قانون اجرائات جزایی و وظایفی را بدوش یک عده از مأمورین نهاده است که با کشف جرم در ارتباط است و مأمورین مورد نظر «مأمورین ضبط قضایی» نامیده می‌شود. مأمورین قضایی یا ضابطین قضایی؛ کسانی هستند که مسئول اجرای امور عدلی قضایی است. بند ۲ ماده چهارم قانون اجرائات جزایی، مأمورین ضبط قضایی را به شرح زیر معرفی نموده است:

۱. فرآیند دادرسی کیفری به پنج مرحله، کشف جرم، تعقیب، تحقیق، دادرسی (محاکمه) و اجرای حکم تقسیم - می‌شود. اگر چه برخی عقیده دارند، مرحله کشف جرم مرحله مابقی دادرسی کیفری است و دادرسی کیفری رسماً شروع نمی‌شود، مگر از لحظی که مدعی تعقیب را به جریان اندازد و این دسته نیز بر این باورند که اولین مرحله رسمی یعنی تعقیب معمولاً مسبوق به یک مرحله ابتدایی یعنی جستجو و تأیید جرائم است. (استفانی، ژرژلوا سور، برنا بولک، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۷۱ و ۷۱۴).
۲. ماده ۱۳۴، قانون اساسی افغانستان «کشف جرائم، توسط پولیس و تحقیق جرائم و اقامه دعوا علیه متهم در محکمه از طرف خرنوالی مطابق به احکام قانون صورت می‌گیرد. خرنوال جزء قوه اجرائیه و در اجرائات خود مستقل می‌باشد. تشکیل، صلاحیت و طرز فعالیت خرنوالی توسط قانون تنظیم می‌گردد. کشف و تحقیق جرائم وظیفه‌ای منسوبین قوای مسلح (اردو، پولیس، امنیت ملی)، پولیس و موظفین امنیت ملی، توسط قانون خاص تنظیم می‌گردد.»
۳. فقره (۱) ماده ۸۰، قانون اجرائات جزایی کشف جرم حسب احوال توسط پولیس و موظف امنیت ملی صورت می‌گردد. (۲) پولیس و موظف امنیت ملی با رعایت سایر احوال مندرج این قانون بعد از دریافت از اطلاع از وقوع جرم یا مشاهده علائم و آثار جرم به محل واقعه رفته و به فعالیت‌های ذیل اقدام می‌نماید: ۱. مشاهده محل واقعه و تثبیت و تصویر اوضاع و احوالی که بیانگر حدوث واقعه باشد. ۲. شناسایی نوع جرم، مرتکب و متضرر. ۳. گرفتاری و تلاشی مضمون در صورت لزوم. ۴. تشخیص اسناد و مدارک مربوط به جرم، مرتکب و نتایج مرتب بر آن.
۵. شناسایی اشخاص حاضر در محل واقعه حین وقوع و تثبیت اظهارات مظنون، متضرر، مجنی علیه و شهود محل واقعه. ۶. اتخاذ تدابیر لازم به منظور حفظ آثار وضبط اشیای متعلق به جرم. ۷. ترتیب محضر معاینات محل وسایر اجرائات مربوط. (۳) پولیس و موظف امنیت ملی مکلفاند، بعد از کشف جرم در خلال مدت ۲۴، ساعت موضوع را به خرنوال مربوط اطلاع دهد.»

«مأمور ضبط قضایی شخصیه است که مطابق احکام این قانون صلاحیت جمع‌آوری دلایل اثبات و استجواب را در حدود احکام این قانون به عهده داشته باشد و عبارت‌اند از:

- مؤلف ریاست عمومی امنیت ملی

- مفتش اداری عالی تفتیش

- مؤلف تفتیش داخلی وزارت‌ها و ادارات دولتی

- مؤلف اداره مبارزه علیه فساد اداری.

طبق معمول، در همه کشورها ضابطان یا مأمورین دادگستری مسؤل کشف جرم‌اند. این ضابطان

دادگستری به سه دسته تقسیم شده‌اند:

- ضابطان عام

- ضابطان خاص

- ضابطان نظامی (آشوری، ۱۳۸۳، ص ۱۳۶).

حال بحث این است که در مرحله کشف جرم غیرمشهود کدام یکی از این مأمورین یا ضابطان

قضایی کسب مسؤلیت می‌کند؟

در این خصوص باید گفت که در افغانستان هر چند قانون خاصی وجود ندارد که ضابطان عام و خاص را تعریف و مشخص ساخته باشد؛ اما اگر بخواهیم قوانین را براساس اصول و قواعد حقوقی تحلیل نمائیم باید بگوئیم که اعضای پولیس ملی در افغانستان ضابطان قضایی عام شمرده می‌شود که صلاحیت کشف جرم غیر مشهود را ندارد، اما صلاحیت کشف جرم مشهود را دارد. از این تحلیل به خوبی دانسته می‌شود که بررسی مرحله کشف جرم غیر مشهود در افغانستان، از صلاحیت ضابطان خاص قضایی است.^۲

ضابطان خاص همان کسانی هستند که در همه جا و در همه وقت وظیفه ضابط را بر عهده ندارد، بلکه موارد خاص، مثل جرم غیر مشهود، بررسی و کشف آن از صلاحیت اصلی آن‌ها است. با توجه به

^۱ فقره‌های ۲، ۳، ماده ۸۰، قانون اجرائات جزایی: (۲) پولیس و مؤلف امنیت ملی با رعایت سایر احوال مندرج این قانون بعد از دریافت از اطلاع از وقوع جرم یا مشاهده علایم و آثار جرم به محل واقعه رفته و به فعالیت‌های ذیل اقدام می‌نماید: ۱. مشاهده محل واقعه و تثبیت و تصویر اوضاع و احوالیکه بیانگر حدوث واقعه باشد. ۲. شناسائی نوع جرم، مرتکب و متضرر. ۳. گرفتاری و تلاشی مظنون در صورت لزوم. ۴. تشخیص اسناد و مدارک مربوط به جرم، مرتکب و نتایج مرتب برآن. ۵. شناسائی اشخاص حاضر در محل واقعه حین وقوع و تثبیت اظهارات مظنون، متضرر، مجنی علیه و شهود محل واقعه. ۶. اتخاذ تدابیر لازم به‌منظور حفظ آثار و ضبط اشیای متعلق به جرم. ۷. ترتیب محضر معاینات محل و سایر اجرائات مربوط. (۳) پولیس و مؤلف امنیت ملی مکلف‌اند بعد از کشف جرم در خلال مدت ۲۴ ساعت موضوع را به خرنوال مربوط اطلاع دهد.»

^۲ چون از فقره (۳) ماده ۸۷، قانون اجرائات جزایی به خوبی دانسته می‌شود. «هرگاه در قضیه جرمی (جرائم موضوع ماده ۸۱ و بند ۳ ماده ۸۷، قانون اجرائات جزایی فعلی افغانستان)، مظنون تشخیص و گرفتار نشده باشد، پولیس مکلف است، تدابیر لازم را جهت تشخیص و گرفتاری وی اتخاذ نموده، حکم گرفتاری مظنون را در صورت موجودیت دلایل از مرجع ذیصلاح اخذ و نتیجه را به خرنوالی مربوط گذارش دهد.»

این که طبق اساسات علم حقوق و قوانین، در جرم غیر مشهود، اصولاً پولیس صلاحیت پیگیری جرم را ندارد، پیگیری این جرائم در صلاحیت سارنوال یا قاضی می‌باشد؛ زیرا برخورد با این جرائم صلاحیت، تخصص و احتیاط بیشتر را می‌طلبد، به دلیل آن که جرائم غیر مشهود با حوزه حق خلوت یا حریم خصوصی افراد ارتباط می‌گیرد.

بنابراین، هرگاه گزارش‌های دال بر وقوع جرم غیر مشهود به پولیس برسد، پولیس مکلف است، بدون گرفتاری فرد یا افراد و بدون نقض حریم خصوصی افراد (مانند داخل شدن به مسکن و غیره) شواهد و ادله را جمع‌آوری نموده و در اسرع وقت سارنوال را مطلع نموده، گزارش و اسناد و شواهد را به وی تحویل دهد. این در صلاحیت سارنوال است که براساس اطلاعات کشفی، جرم را تعقیب نماید یا با توجه به ادله و شواهد تشخیص دهد که جرمی واقع نشده و تعقیب لازم نیست.

البته قاعده فوق به این معنی نیست؛ که پولیس در جرم غیر مشهود هیچ مسئولیتی ندارد. بلکه منظور آن است که پولیس تحت اوامر و ارشادات سارنوال و قاضی وظایف خویش را انجام می‌دهد. پولیس نیروی اجرایی سارنوال یا قاضی است که در امر حفظ شواهد، اسناد و ادله و جلب گرفتاری مظنونان، انجام تکلیف می‌نماید.

در نتیجه کشف جرم غیر مشهود از حوزه صلاحیت پولیس قضایی یعنی سارنوال یا قاضی می‌باشد، نه پولیس اداری، البته پولیس اداری زمانی می‌تواند جرم غیر مشهود را کشف نماید که اخذ جواز کشف آن را از سارنوال یا محکمه به دست آورده باشد، در غیر آن قانون‌گذار، صلاحیت مستقل را به پولیس اداری در خصوص کشف جرم غیر مشهود واگذار نکرده است.^۲

ولی در جرم مشهود پولیس اداری در خصوص کشف آن صلاحیت مستقل دارد. همچنان از فحوای ماده ۹۷ قانون اجرائات جزایی به خوبی دانسته می‌شود؛ که حالاتی وجود دارد که امر گرفتاری شخص تحت جلب از طرف سارنوال یا محکمه صادر و پولیس مکلف به گرفتار وی می‌گردد. اما در خصوص احضار شاکی با توجه به این که قانون رویه خاصی را مشخص نکرد به این جهت پولیس می‌تواند در هر زمان برای تسریع در روند تحقیقات از شاکی کمک بگیرد و شاکی خود برای پیگیری پرونده مراجعه

^۱ ماده ۳۸، قانون اساسی «مسکن شخص از تعرض مصون است. هیچ شخص به شمول دولت، نمی‌تواند بدون اجازه ساکن یا قرار محکمه با صلاحیت و به غیر از حالات و طرزی که در قانون تصریح شده است، به مسکن شخص داخل شود یا آن را تفتیش نماید. در مورد جرم مشهود، مأمور مسئول می‌تواند بدون اجازه قبلی محکمه، به مسکن شخص داخل شود یا آن را تفتیش کند. مأمور مذکور مکلف است بعد از داخل شدن یا اجرای تفتیش، در خلال مدتی که قانون تعیین می‌کند قرار محکمه را حاصل نماید.»

^۲ از فقره (۳) ماده ۸۷، قانون اجرائات جزایی به خوبی دانسته می‌شود. «هرگاه در قضیه جرمی (موضوع بند ۲، ماده ۸۱ و بند ۳ ماده ۸۷، قانون اجرائات جزایی فعلی افغانستان)، مضمون تشخیص و گرفتار نشده باشد، پولیس مکلف است، تدابیر لازم را جهت تشخیص و گرفتاری وی اتخاذ نموده، حکم گرفتاری مظنونان را در صورت موجودیت دلایل از مرجع ذیصلاح اخذ و نتیجه را به سارنوالی مربوط گزارش دهد.»

^۳ ماده ۹۷، قانون اجرائات جزایی تصریح می‌دارد: «هرگاه شخص مطلوب بدون داشتن عذر مؤجه از قبول امر احضار سرپیچی نماید یا خوف اخفا یا فرار وی با قرائن روشن مدلل باشد یا آزادی وی باعث ضیاع آثار و علایم جرمی گردد یا در حوزه مورد نظر محل سکونت معین نداشته باشد، امر گرفتاری وی حسب احوال از طرف سارنوال یا محکمه صادر و یا پولیس بر اساس این قانون به گرفتاری وی اقدام می‌نماید.»

کند لذا احضار شاکی به هر طریقی که پولیس مقتضی بداند معنی ندارد مگر اینکه جنبه ایزدایی داشته باشد.^۱

۲-۱. تسریع در بررسی صحنه جرم غیر مشهود

با توجه به این که با تأخیر ارگان‌های کشفی صحنه‌ی جرم آثار و دلایل آن، به‌طور کلی یا جزئی نابود شود، لذا ضروری است که ضابطین دادگستری یا مأمورین کشفی به‌محض اطلاع از وقوع جرم در جرائم غیر مشهود مراتب را جهت کسب تکلیف به مقام سارنوال یا محکمه اعلان و در جرائم غیر مشهود تمام اقدامات لازم را به‌منظور (حفظ آلات و ادوات و آثار و علائم و دلایل) جرم و جلوگیری از فرار متهم و یا تبانی معمول و تحقیقات مقدماتی را انجام داده و بلافاصله به اطلاع مقامات تعقیبی برساند (شفیعی و صالحی، ۱۳۹۵، ص ۱۰).

۲-۲. جمع‌آوری دلایل و اثبات جرم غیر مشهود

اساساً سؤال بحث این است، بعد از اینکه سارنوال، دلایل جرم غیر مشهود را کشف می‌نماید، برای اثبات آن چگونه اجرائات صورت می‌گیرد؟ برای پاسخ به این مهم باید گفت بعد از این که سارنوال جرم غیر مشهود را کشف کرد، برای اثبات آن تنها در محکمه از طریق ادله اثبات دعوی جزای ممکن است تا قبل از آن صرف در حد یک اتهام است.

بر اساس حکم ماده ۲۰، قانون اجرائات جزایی افغانستان؛ مأمور ضبط قضایی و سارنوال مکلف ساخته شده‌اند تا حین جمع‌آوری دلایل چه به نفع مظنون^۲ و متهم^۳ باشد و یا به ضرر آن یا علیه‌شان تمام دلایل را بی طرفانه جمع‌آوری، ثبت، ارزیابی و نگهداری نمایند. این امر در روشن شدن واقعیت قضیه جرمی مفید و مؤثر بوده و می‌تواند حالات مختلف را واضح ساخته در تثبیت واقعه جرمی و

۱. ماده ۱۳، قانون پولیس افغانستان؛ (۱) پولیس می‌تواند در حالات آتی به جلب و احضار اشخاص اقدام نماید:

۱- به‌منظور کشف جرم و در یافت معلومات در یک قضیه معین طبق احکام مندرج قانون اجرائات جزایی.

۲- به‌منظور احقاق حق اشخاص مطابق قانون.

۳- به‌منظور تکمیل احکام قانون.

(۲) شخص که مطابق احکام قانون بنابر درخواست اشخاص و مراجع ذی‌صلاح حاضر نگردد، پولیس به جلب و احضار وی اقدام می‌نماید.

(۳) در تعیین وقت احضار، مکلفیت‌های مسلکی، حرفوی و سایر موارد ضروری شخص تحت جلب رعایت گردد.

۲. ماده ۲۰، قانون اجرائات جزایی «مأمور ضبط قضایی و سارنوال مکلف‌اند، جهت روشن شدن تمام حالات مربوط به قضیه، مطابق

احکام قانون بدون در نظر داشت منفعت و ضرر مظنون و متهم به جمع‌آوری، ثبت، ارزیابی و نگهداری دلایل و مدارک اقدام نمایند.»

۳. فقره (۱۱) ماده ۴، قانون اجرائات جزایی «مضمون: شخصی است که به اساس سؤظن به نسبت ارتکاب جرم، تحت اشتباه قرار

گرفته یا این که قبل از نسبت دادن اتهام به وی در مورد او تدابیر احتیاطی اتخاذ شده باشد.

۴. فقره (۱۳) ماده ۴، قانون اجرائات جزایی «متهم: شخصی است که بنابر ارزیابی دلایل اثبات جمع‌آوری شده هنگام تحقیق، به

حیث مرتکب جرم تشخیص و اتهام بروی وارد گردیده باشد.»

تشخیص مرتکب مؤثر واقع شود و به این ترتیب، از یک طرف مرتکب جرمی تثبیت شده می‌تواند و از جانبی هم مانع رسیدن آسیب و ضرر به دیگران می‌شود.

در این راستا، بعد از اینکه سارنوال از کشف جرم و جمع‌آوری دلایل تحقیقات خود را کامل کردند، قضیه را جهت صدور رأی به محکمه می‌فرستند. در واقع اثبات جرم غیر مشهود تنها در دادگاه یا محکمه از طریق ادله اثبات دعوی جزایی ممکن است. در واقع جرم غیر مشهود تا قبل از رفتن به دادگاه یا محکمه و اعلام رأی از طرف سارنوال همچنان در حد اتهام است؛ اما بعد از این که در محکمه ثابت شده و قاضی برای آن مجازات تعیین کرد، یک جرم واقعی است، بنابراین تشکیل دادگاه در جرم غیر مشهود با دو هدف صورت می‌گیرد:

اثبات جرم؛ محکمه دلایل اثبات و نفی را ارزیابی نموده، با در نظر داشت قوت و ضعف آن، حکم خود را مستند به دلایل مرجع قابل اعتبار قانونی صادر می‌نماید.

مأمور ضبط قضائی و سارنوال مکلف‌اند دلایل متعددی را تا حد امکان مبنی بر اثبات وقوع جرم و الزام مظنون یا متهم آن جمع‌آوری نمایند.

تعیین مجازات برای آن.

نتیجه‌گیری و پیشنهادات

براساس یافته‌های تحقیق، می‌توان گفت که جرم غیر مشهود در قوانین تعریف نشده است. در قانون اجرائات جزایی افغانستان هیچ مصداقی از این نوع جرم را به‌طور صریح قانون‌گذار یادآور نگردیده است، اما با توجه به عبارات قانون‌گذار و با توجه به معنای این اصطلاح می‌توان گفت، جرم غیر مشهود جرمی است که در مکان در بسته و محصور که افراد حق دسترسی و رفت و آمد به آنجا را ندارند ارتکاب یابد.

شیوه‌های رسیدگی جرم غیر مشهود، با سایر جرائم تفاوت‌های زیاد دارد. در جرم غیر مشهود پولیس صلاحیت کشف جرم را ندارد؛ اما در سایر جرائم پولیس قانوناً و اصولاً صلاحیت پیگیری مجرم و کشف جرم را دارا می‌باشد، فلذا؛ کشف جرم غیر مشهود تنها در حوزه صلاحیت، پولیس قضائی (قاضی، سارنوال) است که در کشف جرم غیر مشهود صلاحیت مستقیم دارد، همچنان همین پولیس قضائی صلاحیت کشف جرم مشهود را هم در حالات که ایجاب نماید دارمی باشد؛ اما پولیس اداری با کسب اجازه از مقام سارنوالی یا محکمه می‌تواند جرم غیر مشهود را کشف نماید.

۱. براساس ماده ۱۹، قانون اجرائات جزایی ادله یا دلایل اثبات جرم در دعوی جزای عبارت‌اند از: ۱. اقرار متهم ۲. شهادت شهود ۳. اسناد ۴. شناسائی مضمون طور بالمواجهه درصف ۵. قراین: مدارک آتی با رعایت درجه اهمیت در معاینات تخصصی به حیث ادله مادی محسوب می‌گردد؛ مانند آثار رده‌های انگشتان دست، کف دست پا، آثار دندان، آثار نوشته، آثار بالستکی بالای مرمی و خول (کارتوس) آثار خون، آثار موی آثار الات و افزار فلزی وسایر مواد سخت اثار وسایط نقلیه اثار اسلحه ناریه و جارحه و مواد منفلقه و منفجره... وغیره

بنابراین، فرایند بررسی کشف جرم غیر مشهود در نظام حقوقی افغانستان طوری می‌باشد که پولیس وقوع جرمی که قبلاً رخ داده است، به دادستان اعلان می‌نماید، بعد از این صلاحیت دادستان است که خود وارد عمل شود به پولیس اجازه بدهد که در ساحه جرمی حاضر شود و اقداماتی که لازم است برای کشف جرم انجام دهد.

تا قبل از حکم دادگاه اشخاص مورد اتهام مضمون در قضیه‌اند، نه مجرم به‌خاطری که تا قبل از حکم محکمه موضوع مورد نظر صرف در حد یک اتهام است. بعد از رأی یا حکم محکمه با صلاحیت شخص مضمون در قضیه را می‌تواند مجرم جرم غیر مشهود دانست. این جرم تا آنجایی که بنده بررسی نموده‌ام است در قوانین بسیار از کشورها تعریف نشده است و در شیوه رسیدگی به آن مشکلات بسیاری دیده می‌شود. حتی در کشور فرانسه که مبدأ خانواده حقوقی رومن - ژرمن است، از جرم مشهود تعریف ارائه شده است، ولی از تعریف جرم غیر مشهود خبری نیست.

در پایان پیشنهاد می‌گردد که در قدم اولاً، قانون‌گذار افغان، در قوانین جزایی کشور به‌طور صریح جرم غیر مشهود را تعریف نماید. چرا که در غیر این صورت، از یک طرف ممکن است که پولیس اداری بدون اینکه تشخیص دهد که جرم مشهود است یا غیر مشهود وارد عمل شده جرم غیر مشهود را مشهود جلوه دهد، از طرف دیگر، وارد شدن پولیس اداری در حوزه صلاحیت پولیس قضایی بدون اذن آن‌ها، در واقع مشکل از عدم بیان جرم غیر مشهود، در قانون است که این موضوع باید صریحاً بیان شود.

ثانیاً؛ پیشنهاد می‌گردد که قانون‌گذار مصداق‌های بارزی جرم غیر مشهود را مانند جرم مشهود بیان نماید تا تکلیف ارگان‌های کشفی در این مهم روشن شود، و جزای این دو جرم (مشهود و غیر مشهود) از هم دیگر تفکیک گردد و حوزه‌های صلاحیت مأمورین ضبط قضایی به‌طور صریح مثل سایر جرائم مشخص شود.

ثالثاً؛ ایجاب می‌نماید که دکتترین حقوق در این زمینه اقدامات مهمی بخرج دهد، این مسئله را مهم گرفته، با قانون‌گذاران کشور هم دست شود، موادهای مشخص در ضمائیم قانون اجرائات جزایی در این خصوص اضافه نماید.

منابع

۱. ژان، لارگیه، (۱۳۷۸)، آیین دادرسی کیفری فرانسه، مترجم، اسماعیل زاده، حسن کاشفی، تهران: انتشارات گنج دانش.
۲. دانش، حفیظ الله، (۱۳۹۲)، حقوق جزای عمومی، ج ۲، کابل: انتشارات سیرت.
۳. اردبیلی، محمدعلی، (۱۳۹۲)، حقوق جزای عمومی، ج ۱، تهران: انتشارات میزان، چاپ بیست و نهم.
۴. آشوری، محمد، (۱۳۸۳)، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، تهران: انتشارات سمت.
۵. علامه، غلام حیدر، (۱۳۹۴)، اصول محاکمات جزایی، کابل: انتشارات دانشگاه ابن سینا.
۶. علامه، غلام حیدر، (۱۳۹۰)، عدالت جزایی در افغانستان (مجموعه مقالات) کابل: مؤسسه انتشارات عرفان.
۷. استفانی، گاستون، برنابربولک، ژرژلواستور، (ترجمه دکتر حسن دادبان، آیین دادرسی ۱۳۷۷)، کیفری، ج ۲، تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی.
۸. صالحی، محمد شفیع، (۱۳۹۵)، اصول محاکمات جزائی، کابل: انتشارات نوی مستقبل، چاپ دوم.
۹. عوده، عبدالقادر، (بی تا)، التشریح الجنائی الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی ج ۱، قاهره: دارالتراث.
۱۰. قانون اساسی، (۱۳۸۲)، جریده رسمی وزارت عدلیه، شماره مسلسل (۱۰۳).
۱۱. قانون اجرائات جزایی، (۱۳۹۲)، جریده رسمی وزارت عدلیه، شماره مسلسل (۱۱۳۲).
۱۲. قانون پولیس، (۱۳۸۸)، جریده رسمی وزارت عدلیه، شماره مسلسل (۹۹۴).
۱۳. کود جزا، (۱۳۹۶)، جریده رسمی وزارت عدلیه، شماره مسلسل (۱۲۶۰).

راهکارهای اجتماعی و وضعی پیش‌گیری

از فساد قضات در فقه

محمدناصر صمدی

محمدحامد خاشع

چکیده

قضاوت از جمله حرفه‌های بسیار مهم جامعه محسوب می‌شود. حکمی که به وسیله‌ی قاضی صادر می‌شود، نقش تعیین‌کننده‌ای در تأمین امنیت جامعه دارد. بدیهی است در صورتی که قاضی به اهمیت و حساسیت کار خود آگاه نباشد، ممکن است با صدور حکم نادرست ناامنی‌های زیادی را به اجتماع بار آورد. این نقش، در صورتی که درستی عینیت پیدا می‌کند که قاضی به فساد آلوده نباشد، زیرا امکان آلودگی قاضی به فساد از قبیل تخلفات وظیفه‌ای، رشوه ستانی، شکنجه، امتناع از صدور حکم، و... زیاد است. برای پیش‌گیری از چنین فسادهایی، در فقه امامیه، حنفیه و نیز در حقوق افغانستان راهکارهای معقول ارائه شده است. بخشی از این راهکارها وضعی و برخی دیگر نیز اجتماعی هستند. استقلال داشتن قاضی، وضع شرایط به کارگیری قاضی، سخت‌گیری در برکناری قاضی، تأمین نیازهای اقتصادی و نظارت بر امور قاضی، از جمله راهکارهایی می‌باشند که قانون‌گذار افغانستان جهت پیش‌گیری از فساد قاضی تدارک دیده است.

واژگان کلیدی: فساد قاضی، راهکار، پیش‌گیری، وضعی، اجتماعی، حقوق و فقه.

مقدمه

قاضی نقش عمده در تحقق امنیت و دادرسی عادلانه دارد، او محل التجاء و پناهگاه مردم محسوب می‌شود، به گونه‌ای که این امر او را در مراحل اولیه راهبردهای ضد فساد قرار می‌دهد، این کارکرد در صورتی تحقق پیدا می‌کند که خود قاضی، سالم، مجرب، آگاه و توانا، مسلط بر هوای نفس باشد زیرا احتمال آلودگی قاضی به پدیده‌ی فساد یک امر انکار ناپذیر و امکان انحراف او از جایگاه اصلی زیاد است؛ لذا تحقق این امر، راهکارهای مؤثری را جهت پیش‌گیری و مقابله با فساد قاضی می‌طلبد که قانون‌گذار هر کشور باید در سیستم حقوقی‌اش، به آن راهکارها توجه داشته باشد. لذا جای آن دارد که این راهکارها از نظر فقه و حقوق افغانستان مورد بحث و بررسی قرار گیرد. تحقیق حاضر در جستجوی پاسخ به این سؤال است که فقه و حقوق افغانستان چه اموری را به عنوان مصادیق فساد قاضی ذکر کرده‌اند و در رابطه با پیش‌گیری از فساد قاضی چه راهکاری را مقرر کرده است؟

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. پیش‌گیری

پیش‌گیری در لغت به معنای جلوگیری، دفع، منع سرایت مرض از پیش، تقدم به حفظ، صیانت، حفظ صحت و جلو مرض را گرفتن، آمده است. (معین، ۱۳۵۱، ص ۹۳۳) از نظر ریشه‌شناسی، پیش‌گیری دارای دو بعد است:

الف) به معنی پیش‌دستی کردن، پیشی گرفتن و به جلوی چیزی رفتن.

ب) به معنی آگاه کردن، خبر چیزی را دادن و هشدار دادن است. اما در جرم‌شناسی پیش‌گیرانه، پیش‌گیری در معنی اول آن مد نظر قرار گرفته است یعنی با استفاده از فنون مختلف سعی می‌گردد از وقوع بزهکاری جلوگیری به عمل آورد و هدف از آن، به جلوی جرم رفتن و پیشی گرفتن از بزهکاری می‌باشد.

«در اصطلاح پیش‌گیری از جرم به مجموعه اقداماتی گفته می‌شود که برای جلوگیری از فعل و انفعال زیان آور احتمالی برای فرد یا گروه و یا هر دو به عمل می‌آید. مانند پیش‌گیری از جرائم جوانان و پیش‌گیری از حوادث در جاده‌ها» (رجبی پور، ۱۳۸۲، ص ۱۵)

۲-۱. فساد

اصل فساد، کلمه لاتین *rampage* به معنای «شکستن» بوده است. در فساد چیزی می‌شکند یا از بین می‌رود، این معنا شاید در مورد رفتار اخلاقی یا روش قانونی یا اکثراً قوانین اداری باشد. (صفری و ناییبی، بی‌تا، ص ۱۴۵). در منابع لغوی و حقوقی، معانی متعددی برای مفهوم فساد بر شمرده شده است:

در فرهنگ معین فساد به معنای تباه شدن، متلاشی شدن، از بین رفتن، تباهی، خرابی و نابودی آمده است. (معین، بی تا، ج ۲، ص ۲۵۴۵).

راغب اصفهانی می گوید: فساد، به معنای خارج شدن چیزی از حد متعادل است، چه کم؛ چه زیاد. نقطه مقابل فساد، صلاح است. واژه فساد، در مورد نفس و بدن و اشیایی که از استقامت و ثبات خارج شده بکار می رود. (راغب اصفهانی، بی تا، ص ۳۸۱). فساد هم چنین به معنی تباهی و ضد صلاح، (ابن منظور، بی تا، ج ۳، ص ۳۳۶) و مالی دیگری را به زور گرفتن، زیان، ظلم و ستم، نیز به کار رفته است. (دهخدا، بی تا، ص ۲۴۷) بر این اساس آنچه که از معنی لغوی فساد بر می آید، هر نوع اخلال در احکام الهی و نقض قوانین و مقررات اسلامی، ظلم و ستم، کفر و تجاوز به حقوق دیگران که تماما ضد صلاح است از مصادیق فساد محسوب می شوند.

در متون حقوقی، فساد به این صورت تعریف شده است: «فساد عبارت است از صفت عمل حقوقی که به خاطر عدم مراعات قانون فاقد هر نوع اثر باشد ... و نیز وصف هر عمل برعکس شرع». (جعفری لنگرودی، بی تا، ج ۴، ص ۲۸۰۴) و فاسد به معنی باطل است، مثل عقد باطل که عقد فاسد هم گفته می شود، در فساد اداری اهداف غالبا داد و ستد رشوه، اختلاس و کارشکنی و بهانه تراشی در امور ارباب رجوع است. (همان) با وجود تعاریف متعدد اصطلاحی از فساد، تعریفی که مورد قبول همگی باشد هنوز ارائه نشده است. فساد در واقع، اصطلاح کاربردی است که مفهوم آن از معنی لغوی آن مشتق شده است. برای نمونه در اصطلاح فقه، کلمه فساد به این معنی است که در صورت باطل شدن و از بین رفتن عقد، دیگر اثرات حقوقی در آن مرتب نمی گردد. (محمود عبدالرحمان، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۳۱).

۳-۱. وضعی

وضع در لغت به معنای قراردادن، گذراندن، به زور واداشتن، عذاب دادن، تقدیم داشتن، تعبیر کردن، به کاربردن و منصوب کردن آمده است. اما در اصطلاح احکام وضعی عبارت از آن دسته احکامی است که به باز داشتن از عملی یا ترخیص در آن عمل مربوط نمی شود، بلکه با قانون گذاری خاص، به طور غیر مستقیم بر اعمال و رفتار انسان اثر می گذارد. یکی دیگر از ویژگی های احکام وضعی این است که ثواب و عقاب به آن تعلق نمی گیرد. البته بعضی از اصولیون احکام وضعی را عبارت از احکام مرتبط با مکلفین می دانند که بین دو امر ارتباط خاص برقرار نماید.

۲. تدابیر پیش گیرانه از فساد قضات در فقه و حقوق

۲-۱ راهکارهای پیش گیری در فقه امامیه

همان گونه که اشاره شد، قضاوت در اسلام از جایگاه ویژه برخوردار است. زیرا شغل قضاوت و قاضی گری از حرفه های بسیار مهم و حساس جامعه به شمار می رود. حکم قاضی، نقش تعیین کننده ای

در تأمین امنیت و سرنوشت افراد دارد. پس واضح است در صورتی که قاضی به اهمیت و حساسیت کار خود آگاه نباشد، ممکن است با حکم نادرست خود، ناامنی‌های زیادی را متوجه جامعه نماید.

آیات و روایات زیادی وجود دارد مبنی بر این که مقام قضاوت را خداوند به پیامبران و اوصیای معصوم آنان تفویض فرموده است و دیگران تنها با اذن خصوصی، یا عمومی آنان می‌توانند، در این جایگاه تکیه بزنند. بدون احراز اذن خصوصی یا عمومی معصومین، قضاوت از گناهان بزرگ شمرده شده، به گونه‌ای که بر مردم نیز حرام است نزد کسی که مأذون از جانب نبی یا وصی او نیست، مرافعه و طرح دعوا نمایند. روایات مربوط به موضوع، چنین طرح دعوایی را به مثابه اطاعت از طاغوت شمرده و استیفایی حق با حکم چنین شخصی را حرام دانسته‌اند. قضاوت از دید ائمه (ع) منصب خطیری است که دارای مشکلات زیادی است چراکه دائماً در معرض امتحانات سخت و وسوسه انگیز قرار دارد. ولی این را نیز باید متذکر شد، که اگر به دست یک قاضی، احقاق حق و رفع ظلمی صورت گیرد، از اجر و پاداش ویژه‌ای نیز برخوردار می‌باشد.

برای اینکه از فساد، ظلم و ستم قضات، پیش‌گیری به عمل آید، در فقه اسلامی مخصوصاً فقه امامیه، راهکارهای تدارک دیده شده است که این راهکارها در قالب توصیه‌ها، تهدید و تشویق‌ها، آداب، شرایط، تکالیف و اوصاف قضات و نظارت بر امور آنها بیان شده است، برخی از این راهکارها ناظر به پیش‌گیری اجتماعی است و برخی هم ناظر به پیش‌گیری وضعی از فساد قضات می‌باشند. اگر قضات، از میان کسانی انتخاب شوند که به آن توصیه‌ها و تهدیدها و تشویق‌ها توجه داشته باشند و واجد شرایط و تکالیف و اوصاف ذکر شده باشند، بدون شک نقش مهمی در پیش‌گیری از فساد قضات دارد.

۱-۲. تشویق و تهدید به منظور پیش‌گیری از فساد

اخطارها و تشویق‌ها، به عبارت ساده‌تر، انذارها و تهدیدها، نقش اساسی در پیش‌گیری از جرم و فساد دارد، ارشاد و انذار، موجب می‌شود که انسان از رفتارهای نادرست دوری نموده و به انجام رفتارهای صحیح تشویق گردد. البته باید یادآور شد که ارشاد و انذار در صورتی موجب پیش‌گیری از جرم و فساد قضات می‌گردد که به صورت صحیح انجام گردد و قضات به مرحله‌ی باور برسند. وقتی گفته می‌شود: قاضی اگر به حق حکم کند، پاداش او بهشت است و اگر به ستم قضاوت کند جایگاهش در آتش است، باید حقیقت این مطلب را در وجود خود احساس نمایند؛ لذا دولت مردان باید تلاش نمایند که این حقایق و واقعیت‌ها را در وجود قضات نهادینه سازند و قاضی‌های را انتخاب نمایند که این باورها در عمق وجودشان رسوخ کرده باشد. این نوع راهکارها، به قضات؛ چون به لحاظ ماهیت، یک نوع اقدام فرهنگی و آموزشی محسوب می‌گردد، می‌توان آن را پیش‌گیری اجتماعی نامید.

الف) انذار نسبت به جایگاه قاضی غیر عادل

قاضیانی که عادل نباشند، در بدترین جای جهنم خواهند بود. امام صادق (ع) در توصیف جایگاه آن‌ها می‌فرماید: «انَّ النَّوَّائِسَ شَكَتَ إِلَى اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ، شَدَّ حَرْهَا، فَقَالَ لَهَا عَزَّوَجَلَّ اسْكُتِي، فَإِنَّ مَوَاضِعَ الْقَضَاءِ اشَدَّ حَرًّا مِنْكَ» (صدوق، ۱۴۰۶ ج ۳، ص ۷).

امام صادق (ع) فرمود: نوایس (که جایگاهی است در دوزخ) از گرمای سخت خود به درگاه خداوند عزوجل شکایت کرد، پس خداوند خطاب بدان فرمود: ساکت باش، همانا گرمای جایگاه قاضیان، سخت‌تر از توست. همچنین پیامبر (ص) فرموده است: هرکس که در منصب قضاوت قرارگیرد، بدون تیغ ذبح می‌شود. گفته شد: «ای رسول خدا منظور از ذبح بدون تیغ چیست؟ فرمود آتش جهنم». (طوسی، ج ۵، ص ۴۶۶) امیرالمؤمنین (ع) در روایت اسحاق بن عمار فرموده است: ای شریح در جایگاهی نشسته‌ای که جز پیامبر یا جانشین او یا فرد شقی و بدبخت نمی‌نشیند (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۱۴، ص ۶۵۴).

امام صادق (ع) در روایت مرفوعه‌ی برقی فرموده است که سه گروه از قاضیان در دوزخ هستند و فقط یک گروه از آنان در بهشت است، آن سه گروه که در دوزخ می‌باشند:

۱. آن‌هایی که با علم و آگاهی به غیر عدالت حکم دهند.
 ۲. کسانی که بدون علم و آگاهی به غیر عدالت حکم دهند.
 ۳. اشخاصی که بدون علم و آگاهی به عدالت حکم دهند. آن گروه که در بهشت است، کسی که با علم و آگاهی به عدالت حکم دهد. (حرعاملی، بی‌تا، ج ۳، ص ۴)
- از شیخ صدوق روایت شده است: اگر کسی حتی در مورد دو درهم به غیر آنچه خداوند فرو فرستاده حکم کند، به خداوند کافر شده است. (صدوق، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۶) در روایت دیگر است که: اگر کسی در مورد دو درهم به خطا حکم دهد، کافر است. (حرعاملی، ۱۳۷۲، ج ۲۲، ص ۳۲)
- این روایات و شبیه این روایات را بزرگانی همچون شیخ طوسی به دلیل وجود روایات دیگر، مربوط به کسانی می‌دانند که صلاحیت علم برای قضاوت را ندارند و یا اگر علم دارند از روی عمد عدالت را رعایت نمی‌کنند. (صدوق، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۱۰).
- به نظر می‌آید هدف اصلی از این تهدیدها و اندازها در بیانات معصومین (ع) ایجاد یک نوع کنترل درونی در قضات بوده است تا از این طریق از ظلم و ستم احتمالی آنان جلوگیری گردد.

ب) بشارت به قضات عادل

در اسلام به ویژه در فقه امامیه، همان گونه که گفته شد قاضی از جایگاه عظیم و بالایی برخوردار است، مقام و منزلتی که وجود پاک و شریف پیامبر (ص) عهده دار آن بود و سپس این منصب را به سید و مولای متقیان امام علی (ع) و پس از او به جانشینان آن حضرت واگذار نموده و به همین دلیل خداوند دست قدرت خود را بر سر قاضی گذاشته و فرشته را بر او فرو فرستاده است تا او را پشتیبانی و حمایت کند. امام صادق (ع) در روایتی فرموده است: دست خدا بر سر قاضی با رحمت و مهربانی در حرکت است.

ج) تعیین وظایف قاضی

یکی از عوامل به خطا افتادن متولی هرکاری، مشخص نبودن حیطه‌ی مسئولیت و حوزه‌ی کاری اوست. در فقه اسلامی، برای پیش‌گیری از به خطا افتادن قاضی و فساد او، وظایف مشخصی تعریف شده است. در فرازهای ذیل، شماری از آن وظایف و مسئولیت‌ها توضیح داده می‌شود:

۱- رعایت مساوات بین طرفین دعوا: در هر اختلافی، واجب است قاضی، بین طرفین دعوا، به عدالت قضاوت کند. به هیچ وجه جایز نیست بین شریف و غیر شریف، عادل و فاسق و حتی بین مسلمان و کافر یا غیر اینها فرق بگذارد. علما به این مطلب اجماع داشته و قرآن کریم به صراحت این مطلب را بیان نموده است: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا» (نساء، ۵۸) هرگاه بین مردم داوری نمودید به عدالت داوری کنید.

در آیه‌ی دیگری خداوند خطاب به حضرت داوود می‌فرماید: «يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ» (ص، آیه، ۲۶) ای داود تو را در زمین خلیفه قرار دادم، پس بین مردم به حق داوری نما و از هوای نفسانی پیروی نکن. ای کسانی که ایمان آورده‌اید به خاطر خدا قسط را به پادارید و شهادت به عدل دهید و دشمنی با گروهی شمارا به انحراف از حق نکشاند. عدالت کنید که این کار به تقوا نزدیک‌تر است و از خدا بترسید که خدا از آنچه می‌کنید با خبر است.

۲- احترام گذاشتن به طرفین دعوا: بخش دیگری که قاضی باید رعایت کند احترام نهادن به هر دو طرف دعوا است. این امر شامل انواع احترام می‌باشد از قبیل مساوات در چهره و گفتار و نشستن، گوش دادن به کلام هر دو، مساوات در سلام کردن و جواب آن، اما در اینکه این نوع مساوات، نیز واجب است یا مستحب؟ بین علما اختلاف است. شیخ صدوق و پدر وی، قائل به وجوب هستند. عبارت شیخ طوسی در نهاییه نیز ظهور در وجوب دارد. عبارت محقق اول و علامه حلی در کتاب قواعد و تحریر نیز در وجوب صراحت دارد. (زین الدین العاملی جمعی، ج ۱، ص ۳۵۰).

۳- اجتناب از راهنمایی‌های جانبدارانه: به تصریح فقها، قاضی ندارد به هیچ یک از طرفین دعوا چیزی را بیاموزد که امکان می‌دهد بدان وسیله برطرف مقابل فائق آید. هم‌چنین حق ندارد روش‌های احتجاج را به یکی از دو طرف یاد دهد. دلیل این مطلب آن است که قاضی برای بستن راه‌های دعوا و ختم خصومت نصب شده است نه برای باز کردن راه نزاع و مخاصمات، بنابراین تجویز حمایت قاضی از یکی از دو طرف با فلسفه و هدف قاضی‌گری تعارض پیدا می‌کند (طوسی، ۱۳۶۵، ص ۵۰۶).

۴- خودداری از دخالت جانب دارانه در شهادت شهود دو طرف دعوا: بر اساس آموزه‌های بین‌فقهی، قاضی باید از هرگونه دخالت در شهادت شهود، دوری نماید. او حق ندارد با افگندن سخنان مشخص، در میان سخنان شاهد، وی را به گفتن آن سخنان وادارد، شاهد را از آنچه می‌خواهد بگوید

مانع گردد، یا به گونه‌ای راهنمایی کند که موجب درستی یا نادرستی و رد شهادت وی گردد. هم‌چنین حق ندارد هنگام مکث یا در پایان شهادت شاهد، مطلبی را به عنوان ختم شهادت وی، به گونه‌ای بیفزاید، که با ذکر آن، شهادت شاهد مورد قبول یا رد واقع شود. قاضی باید صبر کند تا آنچه را که شاهد میداند بگوید یا بنویسد، سپس در آن مطالب نظر کرده، به مقتضایی آن حکم صادر کند که آیا مقبول و درست است یا نادرست. (حلی، ۱۴۰۲، ج ۱، ص ۸۶۹).

۵- ممنوعیت جلوگیری از اقرار در برابر حقوق دیگران: یکی از نکاتی که در فقه مورد تأکید قرار گرفته است، ممنوعیت جلوگیری از اعتراف به حقوق دیگران است. به عنوان مثال، شخصی به فرد دیگری بدهکاری دارد، قاضی حق ندارد مانع از اقرار کردن فرد قرضدار به حقوق دیگری گردد. چنین کاری ظلمی آشکار در حق طلبکار به حساب می‌آید. زیرا در مورد حق الناس، قاضی باید حقوق تمام افراد متخاصم را در نظر بگیرد تا حق کسی ضایع نگردد.

همان‌گونه که توضیح داده شد، آنچه تحت عناوین ارشاد و انذار، آداب، تکالیف و وظایف قاضی در انجام قضاوت، ذکر گردید، از فساد و بی‌عدالتی‌های قضات پیش‌گیری می‌کند، یعنی روش‌های مذکور، یک نوع سازوکار پیش‌گیرانه از وقوع جرم و فساد از جانب قضات، است. البته تأکید محقق همیشه این بوده که این روش‌ها در صورتی موجب پیش‌گیری از فساد قضات می‌گردد که قضات علاوه بر اینکه آن‌ها را آگاهی می‌دهد باید از عمق وجود باور نمایند. (طوسی، بی‌تا، ج ۸، ص ۱۵۰).

۲-۱-۲ تعیین شرایط برای پیش‌گیری از فساد

بخش بسیار مهم و اساسی دیگری که در فقه امامیه برای پیش‌گیری از ارتکاب فساد قاضی، در نظر گرفته شده است، قرار دادن مجموعه‌ای از شرایط برای قضات است. بدون تردید اگر این شرایط، به علاوه روش‌های مذکور در فرازهای قبل، در مورد قضات اعمال گردد نقش بسیار اساسی در پیش‌گیری از فساد قضات خواهد داشت، البته این شرایط زمانی به عنوان عامل باز دارنده عمل کند که قضات به لحاظ اعتقادی به مرحله‌ی باور و یقین برسد. صرف آگاهی از آن شرایط، کافی نیست.

مهم‌ترین عامل در زندگی رسول گرامی اسلام و ائمه‌ی معصومین(ع)، همین باور قلبی و یقینی آنان به نجات بخشی اطاعت و اجرای دستورات خداوند بود. آنان واقعاً و با تمام وجود این سعادت‌مندی را احساس می‌کردند. دلیل اینکه ائمه(ع) مرتکب معصیت نمی‌شدند این بود که آن‌ها باور و یقین داشتند که گناه و معصیت، انسان را می‌سوزاند.

در هر صورت، شرایطی که در فقه امامیه برای قضات مد نظر قرار داده شده است، به شرایط واجب و مستحب، تقسیم می‌گردد، از شرایط واجب تعدادی مورد اتفاق اما شماری مورد اختلاف است. این شروط عبارت‌اند از: بلوغ، عقل، عدالت، اسلام، طهارت، حلال زادگی؛ وجود این شرایط در قضات، موجب پیش‌گیری از انواع انحرافات و فساد آن‌ها می‌گردد؛ مخصوصاً شرط عدالت که از شرایط بسیار مهم و حساس قضات به شمار می‌آید.

بد نیست تأمل کوتاهی در مورد شرط عدالت، صورت بگیرد. از عدالت به عنوان یک وصف فردی تعاریف متعددی ارائه شده است. معروف‌ترین و مشهورترین آن‌ها نزد علمای امامیه همان تعریفی است که علامه حلی (ره) از عدالت ارائه نموده است. ایشان می‌گویند عدالت حالتی است پایدار در نفس آدمی که در اثر دوری گزیدن از گناهان بزرگ و اصرار نوزیدن در انجام گناهان کوچک به صورت ملکه‌ای نفسانی حاصل می‌گردد؛ ملکه‌ای که انگیزنده آدمی بر التزام و مروت است (حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۰۷). وجه جامع در تعاریف مختلف عدالت نزد فقهای امامیه، دوری کردن شخص متصف به عدالت از گناهان کبیره و اصرار نوزیدن بر گناهان صغیره است. اگر در هنگام جذب افراد در منصب قضاوت، این شرط به درستی رعایت گردد، به اندازه‌ی کافی بر غنای روحی و استقلال درونی آن‌ها کمک کرده و موجب پیش‌گیری آن‌ها از فساد، در مقام قضاوت و داوری می‌گردد (فاضلی، بی‌تا، ص ۲).

۳-۱-۲ شرایط مورد اختلاف

اشاره شد که شرایط تعیین شده برای قاضی، دو دسته‌اند، در مورد برخی از آن‌ها مثل علم، مرد بودن، حریت، کتابت و نویسندگی، حافظه، بینایی، شنوایی، توافق نظری میان علما وجود ندارد. اگرچه هر کدام از این شرایط نقش مهمی در دادرسی عادلانه و اجرای عدالت در جامعه دارد. مخصوصاً شرط علم. لازم است مقداری در مورد آن، تأمل گردد.

بر اساس تحلیل صاحب جواهر، آنچه از کتاب و سنت استفاده می‌شود، این است که قضاوت تنها بر اساس علم و آگاهی، صحیح و نافذ است، اما لازم نیست قاضی خود به مسائل قضاوت مجتهد باشد بلکه هر کسی که عالم به مسائل قضاوت است و بر اساس آن‌ها حکم می‌دهد، مصداق روایات خواهد بود، چه از طریق اجتهاد، این علوم را فراگرفته باشد و چه از طریق تقلید عالم شده باشد، زیرا هیچ کدام از نصوص، شرط اجتهاد را نمی‌رساند، بلکه نصوص، دال بر اعتبار علم و آگاهی به احکام و قوانین و ضوابط قضا است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۱۵).

هم‌چنین سیره‌ی عملی پیامبر اکرم (ص) نیز بر این مطلب دلالت دارد. پیامبر (ص) برخی اصحاب را متصدی امر قضا می‌کردند و حال که آن‌ها مجتهد به این معنا نبودند، بلکه با تکیه بر آنچه از حضرت پیامبر (ص) شنیده بودند، بین مردم قضاوت می‌کردند، در نتیجه می‌توان گفت که مجتهد بنا بر ولایت عامه‌ای که از ناحیه‌ی ائمه اطهار (ع) به او تفویض می‌گردد، می‌تواند مقلد خود را برای قضاوت و فصل خصومت بین مردم منصوب کند و حکم مقلد، حکم مجتهدش است، زیرا بر اساس فتوای مجتهدش حکم می‌دهد و حکم مجتهد نیز حکم ائمه (ع) است و حکم ائمه (ع) حکم خداوند متعال به حساب می‌آید (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۱۵).

از کلام صاحب جواهر استفاده می‌گردد که ایشان نه تنها قضاوت مجتهد متجزی را نافذ و جایز می‌داند بلکه قضاوت مقلد را نیز، در صورت اجازه‌ی فقیه جامع الشرایط جایز و نافذ می‌داند. البته کلام

ایشان را باید حمل بر مواردی کرد که مجتهد جامع شرایط به قدر کافی وجود ندارد و مصلحت، اقتضا می‌کند که مقلد برای امر قضا نصب گردد و نیز در صورت فقدان و عدم دسترسی به مجتهد مطلق، حکم مجتهد متجزی نافذ است، مانند زمان ما که اکثر قضات محاکم، مجتهد مطلق و صاحب رأی نیستند.

در مقابل کسانی مثل محقق حلی و شهید ثانی و بسیاری از فقهای دیگر بر این نظرند که قاضی از نظر علمی باید به مرحله‌ی اجتهاد مطلق برسد. اگر این نظر پذیرفته شود، در شرایط کنونی کار به شدت سخت می‌شود و در حقیقت می‌توان گفت قبول این شرط به منزله‌ی تعطیل کردن محاکم و دادگاه‌ها در شرایط امروزی خواهد بود. پس می‌توان بر اساس دلایلی، نظر صاحب جواهر را قابل قبول‌تر و نزدیک‌تر به واقع دانست؛ زیرا: اولاً هیچ دلیلی بر قضاوت مجتهد متجزی و عدم نفوذ آن وجود ندارد. عالمی که در باب قصاص و حدود و سایر ابواب، قدرت استنباط دارد و صاحب نظر است و در همین مسائل فصل خصومت می‌کند، چه دلیلی وجود دارد که در باب عبادات نیز صاحب نظر باشد. ثانیاً کثرت دعاوی و منازعات، اعتبار چنین شرطی را در قاضی غیر ممکن می‌سازد؛ زیرا در محاکم و دادگاه‌ها مجتهدان مطلق به قدر کافی برای جواب‌گویی تمام دعاوی و منازعات یافت نمی‌شوند. ثالثاً اعتبار چنین شرطی این که قاضی باید بر اساس اجتهادش حکم دهد و قضاوت کند، در صورتی قابل فرض است که حکومت اسلامی و قوانین مدون در آن نظام وجود نداشته باشد؛ به عبارت دیگر این شرط زمانی قابل فرض است که قاضی خود مقنن و مجری باشد، لیکن امروزه که در تمام جهان، نظام‌های حکومتی همراه با قوانین مدون وجود دارد و همچنین حکومت به نام حکومت اسلامی دارای قوانین مدون است، قضات ملزم به رعایت همین قوانین هستند و باید در چارچوب همین قوانین حکم دهند، زیرا اگر هرکدام از قضایان در دادگاه‌ها بر اساس اجتهاد خود، حکمی متفاوت با دیگری بدهد، این مسئله خلاف وحدت رویه است و اختلال نظام را به وجود خواهد آورد.

۲-۲ راهکارهای پیش‌گیری از فساد قضات در فقه حنفیه

۲-۲-۱ تأمین معاش و خواست‌های مادی قاضی

حرص، طمع و مادی‌گرایی از عوامل هستند که می‌توانند نقش اساسی در تمایل انسان و شخص قاضی به ارتکاب فساد داشته باشد. خداوند بزرگ بارها در قرآن کریم به انسان مسلمان هشدار می‌دهد که مبادا وی را دنیا مغرور ساخته و فریب دهد: «و ما الحیاءُ الدُّنْیَا إِلَّا مَتَاعُ الْغُرُورِ» (آل عمران، ۱۸۵) زندگی دنیا چیزی نیست جز متاع فریبنده. به این معنا که اموال دنیا سبب مغرور شدن و فریب خوردن مؤمن می‌گردد، گمان می‌کند عمر طولانی خواهد کرد در حالی که فنا پذیر است. (القرطبی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۸۵) مگر کسی که تقوی پیشه کند و خداوند بر او رحم نماید. غرور حیات دنیا این است که انسان به نعمت‌ها و لذت‌های دنیا طوری آغشته شود که این لذت‌ها و نعمت‌ها او را از عمل آخرت غافل

سازد. (القرطبی، ۱۴۰۷، ج ۱۷، ص ۳۴۶) به گونه‌ای که خداوند متعال فرموده: «الْهَآكُمُ التَّكَاثُرُ، حَتَّىٰ زُرْتُمُ الْمَقَابِرَ» (تکاتر، ۱-۲) افزون طلبی مال و دنیا شما را به حدی که به خود مشغول ساخته است که به زیارت گورستان‌ها می‌روید.

ابن کثیر در تفسیر آیه فوق می‌نویسد، یعنی حب دنیا و نعمت‌های آن از جمله اموال و اولاد، شما را از طلب آخرت به خود مشغول ساخته است، تا اینکه مرگ به سراغ شما بیاید و قبر را ملاقات کنید و از اهل آن شوید (ابن کثیر دمشقی، بی تا، ج ۸، ص ۴۵۰). از این جهت، شریعت اسلام در صدد تعدیل غریزه حب مال و مادی‌گرایی و پاک کردن آن از نفس انسان مسلمان است. بنا بر این، خطاب نهایی آیات فوق الذکر به مسلمان این است که مبدا متاع دنیا و باطل، شما را به خود مشغول ساخته و فریب دهد. شریعت اسلام از انسان مسلمان می‌خواهد تا برای بدست آوردن مال و دارایی، در جستجوی راه‌های مشروع باشد. بدین جهت رشوت و سایر انواع فساد را روش حرام برای کسب مال و ثروت دانسته و حتی صاحب آن را به عذاب روز قیامت وعده می‌دهد. در مواردی که کسی مال برادر خود را با استفاده از رشوت و قدرت تصاحب می‌کند، نمی‌توان گفت که صاحب مال، مال خود را با رضایت خاطر به او داده است، هرچند که در ظاهر امر راضی به نظر برسد. شخص مرتشی در حقیقت از نظر شریعت اسلام با این اصل اسلامی مخالفت می‌کند که گفته است: مسلمان برادر مسلمان است، به او ظلم نمی‌کند، او را ذلیل نمی‌سازد. مرتشی این اخوت و برادری را از بین می‌برد و آن را در جهت کسب مال و ثروت فراموش می‌کند (الجنیدل، ۱۴۱۲، ص ۱۶).

یکی از سازکارها و تدابیر سنجیده شده در فقه حنفی برای پیش‌گیری قاضی از افتادن در فساد، تأمین نیازهای مادی و معیشتی او است. این امر تا حد زیادی زمینه‌ی افتادن قضات در فساد را از بین می‌برد.

۲-۲-۲ مقید کردن صلاحیت قاضی به نصوص شرعی

یکی از راهکارهای سنجیده شده در فقه حنفی، برای پیش‌گیری از فساد قضات، مقید نمودن حوزه‌ی کاری وی به حد نصوص شریعت است. اسلام بسیاری از مسائل از قبیل انواع جزا، جرم و سایر اختیارات قاضی را با جزئیات مشخص ساخته است. این امر به قاضی امکان می‌دهد احکام را در پرتو عقوبات منصوص صادر نماید. بنابراین، قاضی در قضاوت و صدور حکم مطلق العنان نیست؛ بلکه حوزه‌ی اختیارات او به نصوص کتاب الله و سنت رسول الله (ص) مقید شده است. مضمون کلی نصوص شریعت اسلامی وجوب حفظ مصلحت جامعه است؛ بدین رو، برقاضی لازم است که در هر حکمی، به طریقی اجتهاد نماید که مقتضی مصلحت باشد و از میل و شوق شخصی و خواهش‌های دیگران پرهیز نماید؛ درین مورد خداوند متعال فرموده است: «یا داود انا جعلنک خلیفه فی الارض فاحکم بین الناس بالحق ولا تتبع الهوی فیضلک عن سبیل الله ان الذین یضلون عن سبیل الله لهم عذاب شدید بما نسوا یوم الحساب» (ص، آیه ۲۶) «ای داود! ما تو را در زمین نماینده ساخته‌ایم پس در میان مردم به حق داوری کن و از هوای نفس پیروی مکن که تو را از راه خدا منحرف می‌سازد. بی گمان کسانی که

از راه خدا منحرف می‌گردند به خاطر فراموش کردن روز حساب و کتاب، عذاب سختی در انتظارشان خواهد بود. (خرمدل، ص ۶۷)

بدین طریق می‌توان قلمرو اختیارات قاضی را محدود و او را به ایمان و وجدانش موكول کرد. این سازوکار، قاضی را در شرایطی قرار می‌دهد که از حکم کردن برخلاف دستور خداوند دوری کند و از حیطه‌ی حکم الله (ج) خروج ننموده و صدور چنین حکمی را گمراهی و ضلال از طریق حق و دین خداوند بداند. اگر حکم قاضی باعث تحریم چیزی شود که الله (ج) آن را حلال گردانیده، یا بر عکس، چنین حکمی، مردود و نامعتبر خواهد بود. (عوده، ۱۳۷۸، ص ۱۲۴).

۲-۳ راهکارهای پیش‌گیری از فساد قضات در حقوق افغانستان

همان‌گونه که در فقه امامیه و حنفیه راهکارهایی برای پیش‌گیری از فساد قضات تدارک دیده شده، در حقوق افغانستان نیز یک سری راهکارها جهت پیش‌گیری از فساد قضات، بیان شده است. این راهکارها در قالب اعطای استقلال، مصونیت قضایی، شرایط قضات و جرم‌انگاری بعضی از رفتارها در حوزه‌ی کاری قضات، بیان شده است.

۲-۳-۱ استقلال قوه‌ی قضائیه و قضات

یکی از مواردی که به‌منظور پیش‌گیری از فساد قضات در حقوق افغانستان تدارک دیده شده است، اعطای استقلال به قضات است. استقلال قضات عامل تضمین‌کننده‌ی اجرای عدالت می‌باشد. مفهوم استقلالیت قضایی، گستره‌ی وسیعی دارد که تمام حوزه‌ی قوه‌ی قضائیه را در بر می‌گیرد. استقلال قوه قضائیه یعنی اینکه این قوه از قوای دیگر مستقل و جدا است و به تبع این قوه، قضات نیز از لحاظ قضایی استقلال دارد. منظور از استقلال قضایی این است که داد رسان در صدور رأی تنها قانون و وجدان را ملاک اعمال خود قرار دهند، توجهی به دستورها و خواسته‌های دیگران نداشته باشند، از هیچ نیروی فراقانونی نترسند و بیم انفصال و تنزل رتبه، تغییر محل خدمت و موقعیت شغلی به خود راه ندهند. در اکثر قوانین امروزی استقلال قضایی مورد تأکید قرار گرفته، از جمله در بند ۱ ماده ۱۴ کنوانسیون بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به این نکته تصریح شده است که هرکس حق دارد، داد خواهی او منصفانه و آشکار در یک محکمه صالح مستقل و بی‌طرف رسیدگی گردد.

قوانین و صلاحیت قوه‌ی قضائیه افغانستان نیز به این موضوع صراحت دارد: «قوه‌ی قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان رکن مستقل دولت بوده و وظایف خویش را مطابق احکام قانون ایفا می‌نماید. (قانون اساسی افغانستان، ماده، ص ۱۲۷) در ماده‌ی دیگر آمده است: قوه قضائیه حل و فصل قضایا و منازعات بین اشخاص حقیقی یا حکمی به شمول دولت، تأمین عدالت، حمایت از حقوق فرد و جامعه را مطابق احکام قانون و به مقصد توحید موافق قضایی در کشور تأمین می‌نمایند. همچنین در ماده ۱۱۶ قانون اساسی افغانستان مقرر می‌دارد که قوه‌ی قضائیه رکن مستقل دولت جمهوری اسلامی افغانستان است.

قوه قضائیه مرکب است از یک ستره محکمه، محاکم استیناف و محاکم ابتدائیه که تشکیلات و صلاحیت آن‌ها توسط قانون تنظیم می‌گردد. (قانون اساسی افغانستان، همان)

همچنین، برای قطع وابستگی‌های سیاسی قضات، قانون اساسی افغانستان و قانون تشکیلات محاکم، به طور بسیار واضح و روشن عضویت آن‌ها را در احزاب سیاسی ممنوع نموده است: «قضات حق ندارد در هنگام انجام دوره رسمی خدمت، به عضویت در احزاب سیاسی در بیاید، و از این طریق قانون‌گذار افغانستان، خطر صدور حکم مبنی بر ملاحظات سیاسی را از جانب قضات کاهش داده است» (قانون اساسی افغانستان، بند ۶، ماده ۱۱۰ و ۱۱۸)

۲-۳-۲ آسان نبودن برکناری قضات

شیوه‌های برکناری قضات تأثیری بسیار اساسی در رفتار و عملکرد آن‌ها دارد. اگر قاضی به این امر آگاهی داشته باشد که شیوه‌ی عزل او بسیار آسان است و رئیس جمهور یا هر مقام بالاتری می‌تواند با هر بهانه‌ای او را از سمتش برکنار کند، در این صورت به خاطر ترس از عزل، به آسانی مطالبات و خواسته‌های مقام عزل‌کننده را در نظر گرفته و در نتیجه استقلال خود را در اتخاذ تصمیمات قضایی از دست می‌دهد. لذا برای رفع این نگرانی، کشورها تلاش می‌کنند که برای برکناری قضات، شیوه‌های سخت و پیچیده‌تری را وضع نمایند. قانون اساسی افغانستان نیز برای حل این نگرانی، روش بسیار سخت و پیچیده‌ای را برای برکناری قضات وضع نموده که هم برای برکناری اعضای ستره محکمه و هم قضات محاکم افغانستان باشد. در مورد اعضای ستره محکمه، در قانون اساسی افغانستان مقرر شده که: اعضای ستره محکمه به هیچ وجه، نه از طرف رئیس جمهور و نه از طرف پارلمان تا پایان دوره خدمت از وظایف شان قابل عزل نیستند، مگر این که از طرف بیش از یک ثلث اعضای شورای ملی (مجلس پارلمان) به ارتکاب جرم ناشی از اجرای وظیفه یا ارتکاب جنایت متهم شود و محاکمه او تقاضا شود و اکثریت دو ثلث شورای ملی هم این اتهام و تقاضا را تأیید نمایند. در این صورت قاضی متهم از وظیفه، عزل و جهت محاکمه به محکمه خاص معرفی می‌شود. (قانون اساسی افغانستان، ماده ۱۱۷)

همان گونه که ملاحظه می‌شود برکناری و محاکمه‌ی اعضای ستره محکمه در قانون اساسی افغانستان، فرایند خیلی پیچیده دارد که به آسانی قابل عزل نیستند. این نکته سبب می‌شود که قضات ستره محکمه استقلال خود را حفظ کرده و از ارتکاب فساد آن‌ها پیش‌گیری گردد. همچنین در مورد محاکمه و برکناری قضات محاکم مقرر می‌دارد که آن‌ها قابل عزل نیستند، مگر اینکه مرتکب جنایت شوند و اتهام آنان در ستره محکمه اثبات گردد.

در ماده ۱۳۳ قانون اساسی آمده است که هرگاه قاضی به اتهام جنایت متهم شود، ستره محکمه مطابق به احکام قانون به حالت قاضی رسیدگی نموده، پس از استماع دفاع او در صورتی که ستره

محکمه اتهام را وارد بداند پیشنهاد عزلش را به رئیس جمهور تقدیم و با منظوری آن از طرف رئیس جمهور، قاضی متهم از وظیفه معزول و مطابق به احکام قانون مجازات می‌شود. به گونه‌ای که مشاهده می‌شود روش عزل قضات محاکم نیز فرایند بسیار پیچیده دارد، رعایت این نکته‌ها در قانون اساسی سبب می‌شود که قضات با خیال راحت و بدون ترس به دادرسی بپردازند و عدالت قضایی را رعایت نمایند.

۳-۲-۳ طولانی بودن زمان خدمت

از مواردی که در حفظ و استقلال قضات خیلی اهمیت دارد و به تبع از فساد آن‌ها پیش‌گیری می‌کند، طولانی بودن مدت خدمت است. اگر دوره‌ی خدمت قضات کوتاه یا قابل تجدید باشد، این احتمال وجود دارد که قضات به فساد آلوده شوند زیرا اگر مدت خدمت کوتاه باشد ممکن است شخص، برای منافع شخصی خود به سوء استفاده دست بزنند و اگر قابل تجدید باشد هم، به امید اینکه برای دوره‌های بعد به آن سمت انتخاب شود، ممکن است تحت تأثیر اشخاص و نهادهای انتخاب کننده قرار بگیرد و طبق خواسته‌های آن‌ها عمل نماید. بدین روی، در اکثر قوانین اساسی دنیا، دوره‌ی خدمت تا سن تقاعد یا برای مدت نسبتاً طولانی مثلاً ده یا بیست سال در نظر گرفته شده است.

در قانون اساسی افغانستان نیز، به این نکته توجه شده است؛ هم مدت خدمت قضات، طولانی تعریف شده است و هم به صورت دوره‌های قابل تجدید تعریف نشده است. قانون‌گذار افغانستان در ماده ۱۱۲ قانون اساسی تصریح می‌کند که: نخست اعضای ستره محکمه به ترتیب ذیل تعیین می‌گردند سه نفر برای مدت چهار سال، سه نفر برای مدت هفت سال و سه نفر برای مدت ده سال. اما تعیینات بعدی برای مدت ده سال بوده که تعیین اعضا برای بار دوم جواز ندارد. چنانچه ملاحظه می‌شود ده سال مدت کمی نیست. رعایت این نکته‌ها سبب می‌شود که از فساد قضات پیش‌گیری و یا موجب کاهش آن گردد.

نتیجه‌گیری

می‌توان گفت در فقه (امامیه و حنفیه) و حقوق افغانستان، راهکارهایی جهت پیش‌گیری از فساد قاضی، تدارک دیده شده است. این راهکارها هم دارای نقاط قوت هستند و دارای ضعف. نقاط مثبت مانند استقلال قضات، سخت‌گیری در برکناری قضات، تأمین مالی قضات، داشتن صلاحیت عام و تام، نظارت بر امور قضات، اما نقطه‌های ضعفی نیز وجود دارند. مانند عدم اهتمام بر توانایی علمی قضات به عنوان یک صفت تأثیرگذار در پیش‌گیری از فساد قضات در فقه حنفی و حقوق افغانستان. در فقه امامیه چنین نقطه ضعفی وجود ندارد. فقه حنفی، امامیه و حقوق افغانستان مسایل زیادی را برای پیش‌گیری از فساد قاضی موثر دانسته که از جمله: تأمین معاش، عدم دخالت، شخصیت دادن، راهنمای‌های درست و بهادادن می‌باشد. از جمله تأمین معاش می‌تواند وی را از حرص، طمع و مادیگری و از عوامل دیگری

نجات دهد که این مسئله می‌تواند نقش اساسی در تمایل انسان و شخصی قاضی به ارتکاب فساد به
حب دنیا باشد.

منابع

قرآن کریم

احمد بن عبدالرحمن الجندل، (۱۴۱۲ق) اثر الرشوة في تعثر النمو لاقتصادی و أساليب دفعها في ظل الشريعة الإسلامية.

حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۳۷۲) وسایل الشیعه، قم، آل البيت لاحیاء التراث، ج ۲۲.

حر عاملی، محمد بن حسن، (بی تا) الفصول المهمه في اصولی الاثمه، ج ۳، قم، موسسه معارف اسلامی.

بن مطهر حلّی، محمد بن یوسف، (۱۴۱۰ق) تحریر الاحکام، قم، موسسه امام صادق، ج ۲.

خمینی، روح الله، (۱۳۷۲) تحریر الوسیله، ج ۲.

زین الین بن ابراهیم بن محمد بن نجیم المصری الحنفی، (بی تا) البحر الرائق شرح کنز الدقائق، ج ۶.

صدوق، محمد بن علی، (۱۴۰۶) من لایحضره الفقیه، بیروت، موسسه الاعلمی للمطبوعات، ج ۳.

طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۶۵) المبسوط، تهران، دارالکتب الاسلامیه.

عماد الدین أبی الفداء اسماعیل عمر ابن کثیر الدمشقی، (بی تا) تفسیر القرآن العظیم، ج ۸.

عوده، عبدالقادر، (۱۳۷۸) التشریح الجنایی، قم، جهان اسلام.

قانون اساسی افغانستان، ماده ۱۲۷.

کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۲۹ق) الکافی، قم، دارالحديث.

محمد بن أحمد بن أبی بکر القرطبی، (۱۴۰۷ق) الجامع لاحکام القرآن، بیروت، دارالفکر، ج ۵.

محمد علی فاضلی، (بی تا) شرایط و اوصاف قاضی در فقه امامیه و اهل سنت، پایان نامه کارشناسی ارشد،

رشته فقه قضایی.

نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴ق) جواهر الکلام، بیروت، داراحیاء التراث، ج ۴۱.