

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دوفصلنامه

«یافته‌های جزا و جرم‌شناسی»

سال دوم • شماره سوم • بهار و تابستان ۱۴۰۱

صاحب امتیاز: دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص) - افغانستان

مدیر مسئول: دکتر سید عبدالحمید ثابت

سر دبیر: دکتر محمدحسن همتی

مدیر اجرایی: دکتر محمدحسن همتی

ویراستار: محمدعلی نظری

طراح جلد و صفحه‌آرا: سید مهدی موسوی

هیأت تحریریه: دکتر محمدحسن همتی، دکتر علی شریفی، دکتر سید باقر محمدی، دکتر عبدالخالق فصیحی، دکتر محمد پناهی، دکتر محمد عیسی هاشمی، دکتر سید علی مطهری، دکتر نجیب الله حکیمی

- دوفصلنامه «یافته‌های جزا و جرم‌شناسی»، مقالات صاحب‌نظران، پژوهشگران و دانش‌پژوهان حقوق را برای نشر می‌پذیرد.
- مقالات، آرای نویسندگان آن‌ها است و لزوماً بیانگر دیدگاه نشریه «یافته‌های جزا و جرم‌شناسی» نمی‌باشد.

آدرس: کابل، دهبوری، چهارراهی شهید، دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص)، آمریت نشرات.

تلفن: ۰۷۸۹۰۱۷۸۱۵

آدرس سامانه: <http://cr.miu.edu.af>

ایمیل: cr.chiefeditor@miu.edu.af

قیمت: ۱۵۰ افغانی

شیوه‌نامه تنظیم مقاله علمی

ویژگی‌های مقاله علمی

۱. مقاله علمی دارای چکیده، کلیدواژه، مقدمه، ارجاع‌دهی، نتیجه‌گیری و منابع معتبر است.
۲. مقاله علمی، باید روشمند، مستند، تحلیلی، برخوردار از ساختار منطقی، دارای انسجام محتوا و قلم روان باشد.
۳. فایل مقاله در قالب «word»، ارائه گردد و حجم آن کمتر از ۴۰۰۰ کلمه و بیشتر از ۷۰۰۰ کلمه نباشد.

راهنمای تنظیم شکلی مقاله علمی

۴. قلم و فونت مقالات ارسالی باید از شیوه زیر تبعیت نماید:
۵. عنوان مقاله: با فونت B Nazanin 16 و بولد (پررنگ) (Heading 1) با این فونت تعریف شود، مؤلف یا مؤلفان با فونت B Nazanin 12 پررنگ (Heading 3) با این فونت تعریف شود.
- در پاورقی همان صفحه اول این اطلاعات باید ذکر شود: عنوان و وظیفه مؤلف اول با ذکر وابستگی به دانشگاه محل تحصیل یا محل کار، شماره تماس و ایمیل (B Nazanin 10).
- اگر مقاله دو مؤلف یا بیشتر دارد: عنوان و وظیفه مؤلف دوم با ذکر وابستگی به دانشگاه محل تحصیل یا محل کار، شماره تماس و ایمیل.
۶. در متن اصلی تیترها و عناوین با فونت‌های زیر مشخص گردد:
 - ✓ تیتر اصلی با فونت B Nazanin 14 و بولد (پررنگ) (Heading 2) با این فونت تعریف شود
 - ✓ تیتر فرعی با فونت B Nazanin 12 و بولد (پررنگ) (Heading 3) با این فونت تعریف شود
 - ✓ متن مقاله با فونت B Nazanin 13 معمولی تایپ شده باشد. (Normal) با این فونت تعریف شود

راهنمای تنظیم ساختاری مقاله علمی

۷. چکیده: عنوان چکیده با فونت B Nazanin 11 پررنگ. متن چکیده بین ۲۵۰ تا ۳۰۰ کلمه و با فونت B Nazanin 11 معمولی. چکیده باید موضوع و هدف مقاله را به اختصار بیان کند، به روش و مهمترین یافته‌های تحقیق اشاره کند. در چکیده باید از جملات کامل خبری با افعال سوم شخص معلوم در زمان گذشته استفاده شود. از علائم اختصاری پرهیز شود. ذکر سابقه و اهمیت موضوع در این قسمت لازم نیست.
۸. واژگان کلیدی: حداقل ۵ و حداکثر ۷ واژه که به صورت ایتالیک (مورب) نوشته و با کامه از هم جدا شده باشند و در یک خط قرار گیرند. واژگان کلیدی باید با فونت (B Nazanin 10) ایتالیک باشند.
۹. مقدمه: به ترتیب به بیان مسئله، سوال‌ها (و در مواردی به فرضیه)، پیشینه، ضرورت، هدف و ارائه تصویر کلی از ساختار مقاله، می‌پردازد.
۱۰. بدنه مقاله: متنی است، دارای ساختار منطقی و متشکل از عناوین اصلی و فرعی و برخوردار از انسجام محتوایی که در آن، مدعا، استدلال، شواهد، تحلیل، استنتاج و مانند آن، آورده می‌شوند.
۱۱. نتیجه‌گیری: نتیجه متنی است که به دستاوردهای تحقیق که عبارتند از پاسخ به سوال‌های اصلی و فرعی و وضعیت فرضیه که اثبات یا رد گردیده، به صورت مختصر و به دور از عبارت پردازی، آورده می‌شود.

۱۲. ارجاع‌دهی در متن باید به صورت داخل متنی به شیوه APA باشد (مثال: مرادی، ۱۳۸۹، ص. ۵۴).

۱۳. منابع و مآخذ در پایان مقاله به شیوه APA ذکر شوند (مثال: کامکاری، کامبیز (۱۳۸۸)، توصیف آماری. تهران: انتشارات بال).

فهرست

- سخن سردبیر ۱
- بررسی سیاست کیفری تقنینی افغانستان در کود جزا نسبت به حمایت از افشاگری فساد اداری ۳
محمدحسن همتی
- امنیت گرایی در سیاست جنایی اسلام در مواجهه با خشونت ۳۱
محمد ابراهیم بشارتی
- مشروعیت قضاوت غیر مجتهد از منظر فقه ۶۳
قربانعلی هادی
- بررسی تطبیقی دام گستری در حقوق افغانستان و انگلستان ۸۵
علی محمد سروری
- ارزیابی ادله اثبات در جرایم تجاوز به عنف در نظام حقوقی افغانستان ۱۰۵
سید باقر محمدی و خالدہ امیری

سخن سردبیر

گسترش دانشگاه‌ها و موسسه‌های آموزش عالی در سال‌های اخیر در کشور رشد فراوانی داشته است. این گسترش کمی باعث تولید علم و ارتقاء فرهنگ در جامعه شده است. اقبال جوانان به تحصیلات عالی در دو دهه اخیر بی‌سابقه بوده است و خانواده‌ها با بسیج امکانات خود از علاقه فرزندان خود برای ادامه تحصیلات در دانشگاه‌ها حمایت کردند.

یکی از رشته‌هایی که با اقبال خوب جوانان مواجه شد رشته «حقوق» بود. در واقع رشته حقوق به‌عنوان یکی از گزینه‌های نخست بسیاری از جوانان برای ادامه تحصیل دانشگاهی بوده است. اقبال بی‌سابقه جوانان به تحصیلات دانشگاهی در رشته حقوق، در دو دهه اخیر سبب شد که علاوه بر ایجاد مؤسسات و دانشگاه‌های خصوصی، اکثریت قریب به اتفاق این دانشگاه‌ها و دانشگاه‌های دولتی اقدام به تأسیس «دانشکده حقوق» یا حداقل «گروه حقوق» بنمایند. علاقه به ادامه تحصیل در مقطع ماستری حقوق نیز فراوان بوده است و این امر باعث شد دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص) اقدام به تأسیس ماستری حقوق جزا و جرم‌شناسی نماید.

توجه به تحقیق و پژوهش در کنار دانش و آموزش می‌تواند باعث رشد و ارتقای علمی اشخاص و جوامع علمی خواهد شد به همین خاطر دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص) در کنار تأسیس ماستری حقوق جزا و جرم‌شناسی، به پژوهش و تحقیقات علمی نیز اهمیت داده است و اقدام به انتشار نشریه تخصصی جزا و جرم‌شناسی به صورت دوفصلنامه نموده است.

دوفصلنامه یافته‌های جزا و جرم‌شناسی، رسالت خود می‌داند با انتشار مقالات علمی و پژوهشی نویسندگان و محققان، زمینه معرفی آثار علمی محققین را به جامعه علمی فراهم آورد. همچنین این «دوفصلنامه» توسعه فرهنگ پژوهش و تحقیق را از اهداف خود می‌داند تا بتواند کمکی به رشد و بالندگی علمی کشور در موضوعات جزا و جرم‌شناسی شود.

«دوفصلنامه یافته‌های جزا و جرم‌شناسی» از هیأت علمی دانشگاه‌های مختلف، قضات و وکلای دادگستری و دانشجویان پژوهشگر دوره‌های تحصیلات تکمیلی، تقاضا می‌نماید با ارسال مقالات خود، زمینه خدمت را برای مسئولین این «دوفصلنامه» فراهم نمایند.

بررسی سیاست کیفری تقنینی افغانستان در کود جزا نسبت به حمایت از افشاگری فساد اداری

محمد حسن همتی^۱

چکیده

حمایت از افشاگری فساد اداری باعث کاهش فساد اداری، افزایش اعتماد عمومی به حاکمیت، ثبات نظم و امنیت عمومی و حفظ منابع مادی دولت و اشخاص خصوصی می‌شود. اما در صورتی که اقدامات حمایتی ناکافی و تشویق‌های پیش‌بینی شده در قانون نامتناسب باشند، باعث می‌شود افشاگر، خانواده و اطرافیان او در معرض خطرات جانی، مالی، حیثیتی و شغلی قرار بگیرند. لذا کشورهای مختلف برای تقویت فرآیند افشاگری فساد اداری سیاست کیفری تقنینی خود را در جهت حمایت کیفری از افشاگر ترتیب می‌دهند. در همین راستا، تحقیق حاضر با استفاده از روش تحلیلی - توصیفی و با مراجعه به اسناد و مدارک مکتوب به بررسی سیاست کیفری تقنینی افغانستان در کود جزا نسبت به حمایت از افشاگری فساد پرداخته است. یافته‌های تحقیق نشان‌دهنده عدم جامعیت سیاست کیفری تقنینی کود جزا در حمایت از افشاگری فساد اداری است و متأسفانه افشاگر فساد اداری همواره هزینه‌پرداز افشاگری‌اش شده است. با توجه به شواهد موجود و نبود بایسته‌های انگیزشی مناسب، افغانستان تا سیاست کیفری تقنینی جامع که به صورت کامل از افشاکنندگان و اطلاع‌دهندگان جرائم فساد اداری حمایت نماید، فاصله دارد. با این حال مطرح شدن حمایت کیفری از مطلعین فساد اداری در کود جزا نشان‌دهنده عزم جدی سیاست کیفری تقنینی افغانستان در حمایت از افشاگری فساد اداری است.

واژگان کلیدی: سیاست کیفری، فساد اداری، افشاگری فساد، گزارش دهی، اطلاع دهی

۱. دکتری جزا و جرم‌شناسی، مدیر گروه حقوق مرکز پژوهشی المصطفی (ص). hemmati.law58@gmail.com

مقدمه

وجود فساد در نهادهای حکومتی و خصوصی موجب نارضایتی گسترده اجتماعی و کاهش اعتماد مردم به حاکمیت می‌شود. یکی از قوی‌ترین ابزارهای مبارزه با فساد اداری، نظارت عمومی از طریق افشاگری فساد اداری می‌باشد. استفاده از ظرفیت نظارت مردمی برای مقابله با فساد اداری، نیازمند حمایت‌های قانونی از طریق حفاظت و تشویق افشاگران فساد اداری می‌باشد. اگر قانون افشاگران فساد را مورد حمایت و تشویق قرار دهد این امر باعث افزایش انگیزه مردم برای ارائه گزارش از فساد اداری مشاهده‌شده خواهد شد؛ زیرا از طرفی مردم نسبت به پیگیری و برخورد با فساد از سوی حکومت، اطمینان بیشتری پیدا کرده و از طرف دیگر، تهدیدات احتمالی مانند تهدید جانی، مالی، حیثیتی، شغلی و... که ممکن است انگیزه افراد برای گزارش فساد اداری را کاهش دهد نیز بلااثر خواهند شد. قانون باید روش‌های انگیزشی مناسبی برای تشویق مطلعین فساد اداری به اطلاع‌دهی و افشاگری در نظر بگیرد به طوری که افراد با اعتماد به حمایت‌ها و مشوق‌های قانونی، با نهادهای نظارتی و متصدیان مبارزه با فساد اداری همکاری نمایند. اگر این زمینه‌ها به وجود بیاید و به‌طور کامل اجرایی شود آثار و پیامدهای ذیل را در جامعه به دنبال خواهد داشت:

۱. باعث اعتماد مردم به حاکمیت و تشویق مردم به گزارش فساد می‌شود.
۲. از طرفی این حمایت‌ها و مشوق‌ها احتمال کشف فساد را افزایش داده، موجب کشف سریع فساد شده و فضا را برای مفسدان ناامن می‌کند.
۳. حمایت از افشاگران فساد باعث ارباب مفسدین شده و از این طریق از بروز بسیاری از جرائم فساد اداری پیشگیری خواهد شد که نتیجه آن کاهش ورودی پرونده‌های قضایی به دادگاه‌ها می‌باشد.
۴. حمایت از افشاگران باعث کاهش بار مالی و اجرایی دستگاه‌های نظارتی شده و از طرفی باعث کسب درآمد از محل مبارزه با فساد می‌شود.

حمایت از افشاگری فساد اداری در صدر اسلام جایگاه ویژه‌ای داشته است به طوری که سیره عملی دوران پیامبر و حضرت علی علیهما السلام نشان دهنده اهمیت حمایت از افشاگری علیه فساد اداری است؛ با این حال در جوامع و کشورهای اسلامی، حمایت و تشویق به افشاگری فساد اداری یکی از مباحث مغفول‌مانده و کمتر به آن توجه شده است؛ در افغانستان هم در حمایت از

افشاگری فساد اداری کار علمی دقیق و جامع صورت نگرفته است. قوانین و مقررات داخلی کشور در بحث حمایت از افشاگری فساد اداری ضعیف می‌باشند؛ با این حال در برخی مواد از قوانین عام می‌توان حمایت از افشاگری علیه فساد اداری را دید.

افغانستان بعد از عبور از حدود چهار دهه بحران‌های داخلی و به وجود آمدن حکومت مرکزی با مشکلات زیادی در عرصه فساد اداری مواجه است؛ با این حال کار قابل قدری که در این سال‌ها در ارتباط از حمایت از افشاگری فساد اداری صورت گرفته، تصویب قانون «حمایت از اطلاع‌دهندگان جرائم فساد اداری» است.

در ادامه بعد از بررسی مفهومی مفاهیم مرتبط با تحقیق، به بررسی سیاست کیفری تقنینی افغانستان در کود جزا نسبت به حمایت از افشاگری فساد اداری پرداخته و در حد توان سعی می‌شود این قانون مورد نقد و بررسی گرفته و کاستی‌های آن‌ها مورد توجه قرار بگیرد.

مفاهیم

۱. سیاست کیفری

«سیاست کیفری» از دو واژه «سیاست» و «کیفری» تشکیل شده است بنابراین ابتدا به صورت مختصر مفاهیم «سیاست» و «کیفری» را بررسی کرده و سپس به توضیح مفهوم «سیاست کیفری» خواهیم پرداخت.

واژه «سیاست» در سیاست کیفری به شکل اضافی به کار رفته است و معادل policy است؛ به عبارت دیگر «سیاست»، در سیاست کیفری به معنای «تدبیر و اداره امور، مدیریت اوضاع و شرایط، تعیین خط مشی جهت استفاده حداکثری از امکانات در جهت اهداف از پیش تعیین شده» می‌باشد.

«کیفری» از نظر واژه‌شناسی مفهوم وصفی دارد و برای وصف چیزی که با کیفر پیوند دارد به کار برده می‌شود. «کیفری» وصفی است که از انضمام «یای» نسبت به کلمه «کیفر» ساخته شده است. «کیفری» در فارسی منسوب به کیفری و به معنی جزایی است. (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۴۰، ص ۴۷۵) معادل انگلیسی آن واژه‌های penalty و punishment آمده است. (وارسته، ۱۳۹۱، کیفر)

بنابراین «کیفر» در ترکیب اصطلاح «سیاست کیفری» به معنای مجازات و ابزارهای کیفری

مبارزه با جرم و رفتارهای خلاف قانون می‌باشد.

سیاست کیفری ترکیب اضافی است که از معنای لغوی واژه‌های «سیاست» و «کیفر» دور نیفتاده و منعکس‌کننده تدابیر عمدتاً «کیفری» و سزادهنده‌ای است که در جهت پیشگیری و سرکوب «جرم» در یک جامعه اتخاذ گردیده و به اجرا گذاشته می‌شود. (حسینی، ۱۳۷۶، ص ۱۳) کاربرد واژه «سیاست» که نشان‌دهنده معنای انسجام است به جای واژه «عقوبت» یا «مجازات» در قلمرو پاسخ‌دهی به نقض قوانین لازم‌الاتباع در متون فقه جزایی اسلام سابقه دیرین دارد. در کتب و آثار فقهی جزایی تعبیر «سیاست شرعیه» در معنای سیاست کیفری اسلامی کاربردی به قدمت هفت قرن دارد. کتاب «السیاسة الشرعیه فی اصلاح الراعی و الرعیه» از ابن تیمیه حنبلی در قرن هفتم، متضمن معنای تدبیر و تعقل می‌باشد و در قلمرو جزا و عقوبت به معنای کیفر است (دایمی خیای، ص ۴۱).

فوتر باخ دانشمند آلمانی برای اولین بار در کتاب «حقوق جزا» ی خود در سال ۱۸۰۳ میلادی «سیاست کیفری» را این‌گونه تعریف کرد: «مجموعه روش‌ها و ابزارهای سرکوب‌کننده و کیفری که دولت با توسل به آن‌ها در مقابل جرم واکنش نشان می‌دهد». (ژرژ لواسور، ۱۳۷۱، ص ۳۹۹) ژان پرادل در تاریخ اندیشه‌های کیفری، سیاست کیفری را چگونگی بکار بستن قوانین و مقررات کیفری، ماهوی و شکلی در سیستم عدالت کیفری در جهت مبارزه و سرکوب جرم تعریف کرده است. (پرادل، ۱۳۸۶، ص ۳۵)

برخی حقوق‌دانان فارسی زبان سیاست کیفری را این‌گونه تعریف کرده‌اند:

۱. «سیاست کیفری مجموعه‌ای از اقدامات است که نظام کیفری از طریق قوه قضائیه و با بکار بستن قوانین جزایی به آن‌ها می‌پردازد و تنها برخوردی کیفری با پدیده جنایی دارد و ابزار آن مجازات‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی است و شامل اقداماتی قضایی می‌شود که مربوط به مرحله پیش از محاکمه، مرحله محاکمه، مرحله رسیدگی و در نهایت مرحله اجرا، یعنی به‌طور کلی پس از ارتکاب جرم می‌باشد.» (قیاسی، ۱۳۸۵، ص ۳۳۸)
۲. سیاست کیفری عبارت است از مجموعه روش‌هایی که بعد از شناسایی علل بزهکاری با تدوین قوانین و اقدامات تأمینی و برای پیشگیری از وقوع جرم بکار می‌رود. (تاج زمان، ۱۳۷۶، ص ۲۸)

۳. سیاست کیفری، طرز رفتاری است که مقنن در هر کشوری و در هر زمان برای مبارزه با جرائم پیش می‌گیرد که عبارت است از اتخاذ روش ممکن برای کشف جرائم و تعقیب مجرمان و مبارزه با جرم. (لازرژ، ۱۴۰۰، ص ۳۱) با توجه به تعاریف فوق الذکر می‌توان بیان داشت که مفهوم «سیاست کیفری» مانند مفهوم «سیاست جنایی» با یک توسعه تاریخی همراه بوده است، چنان که در ابتدا با توجه به عدم پیدایش جرم‌شناسی و عدم توجه به اقدامات تأمینی و تربیتی راهبردهای سیاست کیفری تنها به مجازات خلاصه می‌شده است (لازرژ، ۱۴۰۰، ص ۳۱) از این رو در برخی از تعاریف، «سیاست کیفری» صرفاً به برخوردهای کیفری و سرکوبگرانه محدود شده است که از طریق نهادهای دولتی در قبال جرم اعمال می‌شود؛ اما با توسعه مطالعات جرم‌شناسی و ظهور اندیشه‌های دفاع اجتماعی و توجه به راهبردهای کیفری کرامت مدار و با استفاده از مفهوم «سیاست» که به معنای تدبیر و مدیریت امور جامعه (لازرژ، ۱۴۰۰، ص ۳۹) و تعیین خط مشی است، مفهوم آن توسعه یافته و به طور کلی به معنای روش صحیح مبارزه با جرم اطلاق می‌شود که از یک سو با تجزیه و تحلیل و فهم پدیده مجرمانه و از سویی با عملی ساختن یک استراتژی در قالب حقوق کیفری به منظور پاسخ به وضعیت‌های بزهکاری در ارتباط است. لازمه این نوع سیاست‌ها هم دولتی بودن آن است چون نهاد اجرایی آن دستگاه قضایی و قوه مجریه است که هر دو نهاد دولتی است و هم مبارزه با انحراف مشمول سیاست کیفری نمی‌شود زیرا سیستم کیفری فقط صلاحیت رسیدگی به جرائم را دارد. (قیاسی، ۱۳۸۵، ص ۳۹)

بنابراین سیاست کیفری عبارت است از راهبردهای اتخاذی (دولت) در قبال جرم که در قالب واکنش‌های سرکوبگرانه، پیشگیرانه و اصلاحی نمود می‌یابد. (به ای، ۱۳۹۵، ص ۲۶)

۲. سیاست کیفری تقنینی

سیاست کیفری هر جامعه‌ای با توجه به نظام سیاسی، نظام حقوقی و ارزش‌های دینی حاکم در آن جامعه تنظیم می‌شود؛ بنابراین با توجه به اختیارات و برنامه ریزی‌های دولت و نگاه قانون به جرم و مجرم و پاسخ به جرم، سیاست کیفری به سیاست کیفری دولتی و سیاست کیفری مشارکتی تقسیم

می‌شود. سیاست کیفری دولتی نیز به سه نوع؛ سیاست کیفری تقنینی، سیاست کیفری قضایی و سیاست کیفری اجرایی تقسیم می‌شود؛ سیاست کیفری تقنینی مد نظر در این جا، سیاستی است که از سوی قانون‌گذار در چهارچوب مقررات قانونی بیان می‌شود.

۳. مفهوم افشاگری

درباره تعریف اصطلاحی «افشاگری» نظرات مختلفی ارائه شده است که به برخی از آن‌ها اشاره و مورد تحلیل و بررسی قرار خواهد گرفت:

الف) برخی افشاگری را «انتشار عمومی اطلاعات یک نهاد، با مباشرت یا مساعدت عمدی یکی از اعضای فعلی یا قبلی آن و با هدف نشان دادن سوء عملکرد بالفعل یا بالقوه آن نهاد» (صادقی، ۱۳۹۷، ص ۴۰) تعریف کرده‌اند.

بنابراین افشاء اتفاقی و تصادفی اطلاعات، مصداق افشاگری نبوده و باید با قصد و اراده یک فرد اتفاق بیفتد؛ اما نکات مهمی که باید توجه کرد این است که لازم نیست حتماً افشاگر عضویت کنونی و یا پیشینی در آن نهاد داشته باشد و الا تعریف فوق، بسیاری از مصادیق «افشاگر» را شامل نمی‌شود. چه ضرورتی دارد که افشاگر حتماً باید قبل یا حین افشاء عضویت از سازمان باشد. ملاک، قبح عمل افشاء شده است توسط هرکسی که می‌خواهد باشد. اگر این قید را بپذیریم منشاء بسیاری از نفوذهای و سوء برداشت و سوء رفتارها خواهد شد. چرا که سازمان یا فردی که علیه او افشاگری صورت گرفته سعی خواهد کرد سابقه افشاگر را در مجموعه خود از بین برده تا این‌گونه وانمود کند که عمل او افشاگری نیست و نوعی افترا می‌باشد. دلیل قید «عضویت قبلی یا فعلی» می‌تواند این باشد که اگر افشاگر، عضو یا کارمند قبلی یا فعلی سازمان نباشد، در اثبات ادعایش و ارائه دلایل با مشکل مواجه می‌شود. ب) برخی «افشاگری» را «بر مآل کردن و فاش کردن مسأله‌ای اثبات نشده خارج از فرایندهای اداری و از طریق غیر رسمی می‌داند که معمولاً با استفاده از رسانه‌ها صورت می‌گیرد.» (آقایی، ۱۳۹۶، ص ۳۲)

درباره تعریف فوق چند نکته باید مورد توجه قرار گیرد:

اولاً تعریف نشان نمی‌دهد که آیا شامل شخص حقوقی هم می‌شود یا خیر. ثانیاً تا از نظر افشاگر، جرم، تخلف و یا روند غیر اداری یک مسأله، اثبات نشود یا لاقلاً ظن و شک به انجام آنها

نداشته باشد، انگیزه برای افشا کردن نخواهد داشت؛ بنابراین حتماً باید «افشاگر» به مساله ظن یا شک داشته و یا حتی در نظر او اثبات شده باشد. ثالثاً موضوع مهمی که در این تعریف به آن اشاره نشده است علت و چرایی این افشاگری است. به عبارتی با کدام قصد و انگیزه، شخص افشاگری انجام می‌دهد. اگر انگیزه، اصلاح و جلوگیری از فساد و ضرر به منابع و افراد باشد درست است والا ممکن است خود این افشاگری جرم باشد.

همانطور که ملاحظه می‌شود دو عنصر زمان و «سری بودن» در تعاریف ارائه شده که تأثیر مهمی در افشاگری دارد مغفول مانده است لذا جا دارد تعریفی که از «مفهوم افشاگری» مطرح می‌شود این دو عنصر را هم در نظر داشته باشد چون در تعریف باید حدود زمانی اطلاعات و اخباری را که فاش می‌شود نشان داده شود به این معنا که اطلاعاتی که فاش می‌شود می‌تواند مربوط به «گذشته» یا «در حال وقوع» یا «برنامه‌ریزی شده برای آینده» باشد. اگر اطلاعات، مربوط به جرائم فساد اداری در حال وقوع یا برنامه‌ریزی شده برای آینده باشد از اهمیت بیشتری برخوردار است چرا که با اقدامات به موقع این امکان فراهم می‌شود که جلوی فساد گرفته شود و خسارات ناشی از فساد کاهش یابد؛ اما اطلاعات درباره جرائم فساد اداری که سابقاً انجام شده اهمیتش نسبت به دو مورد قبل کمتر می‌باشد. همچنین «سری بودن» نیز باید در تعریف ذکر شود چون افشاء زمانی معنا پیدا می‌کند که چیزی مخفی باشد عنصر «سری بودن» یا «محرمانه بودن» به اطلاعات و اخباری که فاش می‌شود اعتبار و ارزش بیشتری می‌دهد؛ بنابراین اعلان اطلاعات و اخباری که پنهان نبوده است مصداق افشاگری نیست. (آقایی، ۱۳۹۶، ص ۱۳) ممکن است گفته شود در «افشاگری» معنای «سری بودن» در متعلق افشاگری نهفته است؛ یعنی تا اطلاعاتی سری نباشد علنی کردن آن مصداق «افشاگری» نخواهد بود؛ بنابراین آوردن این قید و عنصر ضرورتی ندارد. (عارف، ۱۳۹۵، ص ۱۲)

با توجه به مطالب فوق الذکر، افشاگری از نظر نگارنده «اعلان اطلاعات مربوط به جرائم، تخلفات یا سوء جریانات سری یا محرمانه فساداً^۱ در یک دستگاه اداری که خصوصاً از سوی صاحبان قدرت، در گذشته جریان داشته یا در حال حاضر جریان دارد یا براساس برنامه‌های آن دستگاه در آینده واقع خواهد شد؛ به متصدیان امور (در همان دستگاه)، مقامات ذیصلاح (خارج

۱. چون تخلفات و سوء جریاناتی هم وجود دارند که فساداً نیستند.

از آن دستگاه (یا عموم مردم می‌باشد.)

۴. مفهوم فساد اداری

ارائه تعریفی واحد، از اصطلاح فساد اداری کاری بس دشوار است؛ چرا که فساد اداری، دارای گستره مصداقی فراوانی است که بیان تعریفی جامع که شامل همه آن‌ها گردد، به سادگی ممکن نیست. به همین خاطر دانشمندان تعاریف گوناگونی از فساد اداری ارائه کرده‌اند که ناظر به گستردگی مصداق آن است.

دلایل اصلی اختلاف در تعاریف «فساد اداری» عبارتند از:

الف) ارزش‌های اخلاقی و فرهنگی حاکم بر جوامع گوناگون باعث شده برحسب ارزش‌های حاکم، نگرش‌ها و برداشت‌های مختلف، تعاریف متنوعی از فساد اداری ارائه شود.

ب) تنوع فعالیت‌ها و رفتارهایی که مصداق فساد اداری محسوب می‌شود باعث شده صاحب‌نظران تعریف‌هایی از فساد اداری ارائه نمایند که مجموعه‌ای از این رفتارها و فعالیت‌ها را شامل شود.

اختلاف نظرها در خصوص مفهوم و زمان پیدایش فساد اداری، دیرین و پایان ناپذیر است. فساد اداری با شروع زندگی اجتماعی بشری و پیدایش نهادهای اجتماعی پا به عرصه وجود نهاده است. قبل از تعریف «فساد اداری» مفهوم «فساد» و «اداره» به صورت مختصر مورد بررسی قرار می‌گیرد و در ادامه به تعریف «فساد اداری» پرداخته خواهد شد.

«فساد» به لحاظ لغوی یک کلمه عربی است که از ریشه «فسد- یفسد- فسادا- فسودا» به معنی خرابی، خروج هر چیز از حالت طبیعی و صحیح آن و ضد صلاح (درستی، راستی) به کار رفته است. راغب فساد را به معنای خروج شیء از اعتدال معنی می‌کند (خواه کم باشد یا زیاد). (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ ه ق، ص ۶۱۶) به نظر می‌رسد تعریف راغب از «فساد» یک تعریف کامل و جامع بوده و همه مصداق فساد را در بر می‌گیرد.

«اداره» از ماده و ریشه «دور» گرفته شده که در وزن افعال به معنی چرخاندن، تنظیم نمودن و تدبیر کردن است. (معین، ۱۳۷۶، ذیل واژه اداره) «اداره» به دو معنی «فعالیت» و «سازمان» بکار رفته است. «اداری» ترکیبی از «اداره» و «یای» نسبت است یعنی منسوب به اداره یا به معنی عضو اداره است.

به نظر می‌رسد «اداره» در اصطلاح «فساد اداری» هم فساد در امور مربوط به ماهیت و چگونگی اداره را شامل می‌شود و هم فساد در تشکیلات اداره را شامل می‌شود. به عبارتی هم فساد در انجام فعالیت‌ها برای تحقق اهداف اداره را شامل می‌شود و هم فساد در ابزارها، ساختار، بودجه، امکانات، نیروی انسانی، ضوابط و تشکیلاتی که برای انجام وظایف و اهداف اداره در نظر گرفته را شامل می‌شود.

با توجه به تعاریف «فساد» و «اداره»، در ادامه به بررسی برخی از تعاریف فساد اداری می‌پردازیم:

۱- فساد اداری یعنی استفاده غیرقانونی از اختیارات اداری برای نفع شخصی. (حبیبی، ۱۳۷۵، ص ۱۴)

این تعریف کامل نیست چون اولاً در این تعریف تنها سوء استفاده از اختیارات برای منفعت شخصی، فساد اداری تلقی شده است؛ در حالیکه ممکن است فردی از اختیارات خود برای منفعت افراد دیگر مثل دوستان، اقوام، هم حزبی‌ها، ... سوء استفاده کند و این کار برای شخص او هیچ نفعی به دنبال نداشته باشد. این کار نیز طبق تعریف مورد نظر مصداق فساد اداری نخواهد بود چون نفع شخصی برای فرد نداشته است؛ ولی این کار قطعاً یکی از مصادیق اصلی فساد اداری است که شیوع فراوانی دارد. (خدمتی، ۱۳۹۳، ص ۱۰) اگر «نفع شخصی» در این تعریف را نفع شخصی مستقیم بدانیم، عدم جامعیت تعریف قابل قبول است اما اگر «نفع شخص» را اعم از مستقیم و غیر مستقیم بدانیم شامل این بخش نیز می‌شود به خاطر اینکه سوء استفاده از اختیارات در جهت منافع دوستان، اقوام و هم حزبی‌ها و ... در آینده منافی را برای شخص جذب خواهد کرد.

ثانیاً در این تعریف فرض شده که قوانین جامع اداری وجود دارد که محدوده فعالیت‌های مجاز اداری را مشخص می‌کند لذا هر رفتار مخالف با این قوانین که با انگیزه شخصی صورت بگیرد فساد اداری خواهد بود؛ بنابراین این تعریف از فساد زمانی جامع خواهد بود که قوانین اداری جامع و کاملی وجود داشته باشد که برای همه فعالیت‌های اداری و دولتی قواعد و ضوابط دقیقی را معرفی کنند. ولی باید توجه نمود که در هر جامعه، افرادی هستند که قدرت سیاسی و نفوذ زیادی دارند و می‌توانند برای نفع شخصی، قوانین را تغییر دهند. این رفتارها براساس تعریف یاد شده،

فساد تلقی نمی‌شوند چون با نقض قوانین همراه نیستند. این مسأله مهم‌ترین نقض تعریف یاد شده فوق می‌باشد چون بسیاری از کارها و اعمالی که از نظر جامعه فاسد و مردود است ممکن است در چهارچوب قوانین رسمی یک کشور صورت بگیرد. (خدمتی، ۱۳۹۳، ص ۱۱)

۲- تعریف بانک جهانی از فساد اداری: «سوء استفاده از قدرت و امکانات دولتی برای تأمین منافع شخصی فرد، حزب، طرز فکر خاص، طبقه خاص، دوستان و اقوام...»

این تعریف اشکال اول تعریف قبلی را تا حدی برطرف کرده است اما اشکال دوم که مهمترین اشکال تعریف قبلی بود؛ به این تعریف نیز وارد است. علاوه بر این، اشکال این تعریف این است که فقط سوء استفاده از قدرت و امکانات دولتی را فساد اداری دانسته در حالی که فساد اداری در بخش خصوصی نیز وجود دارد؛ لذا این تعریف از این جهت جامع نیست.

۳- تعریف ارائه شده «ویتو تانزی»^۱ از فساد اداری: «یک مسئول یا کارمند دولتی هنگامی مرتکب فساد اداری می‌شود که در اخذ تصمیم اداری، تحت تأثیر منافع شخصی و یا روابط خانوادگی و دلبستگی‌های اجتماعی قرار گرفته باشد».^۲

این تعریف هم فساد اداری را منحصر به بخش دولتی کرده و بخش غیر دولتی و خصوصی را نادیده گرفته است؛ اما از آن جهت که فساد اداری را منحصر در منافع شخصی نکرده و منافع دیگری مثل منافع دوستان، اقوام و... را مورد توجه قرار داده مزیت دارد.

ایراد این تعریف و سایر تعاریف ارائه شده این است که فساد در تمامی بخش‌های تحت مدیریت دولت، عمومی، غیر دولتی و خصوصی را شامل نمی‌شود لذا می‌توان گفت تعاریف فوق جامع نیستند.

برخی دیگر فساد اداری را به «اقدامات اشخاص خصوصی در جهت جلب همکاری یک فرد شاغل در دولت به منظور نقض قوانین و مقررات و ضوابط اداری و همکاری اشخاص شاغل در دولت در این زمینه برای جلب منافع نقدی و غیر نقدی، مازاد بر حقوق و مزایای قانونی، برای خود، خویشاوندان و دوستان و یا خودداری با کندکاری یک مسئول در انجام وظایف قانونی خود

1. Vito Tanzi

۲. ویتو تانزی، «مسأله فساد، فعالیت‌های دولتی و بازار آزاد»، مترجم بهمن آقایی، اطلاعات سیاسی اقتصادی، ۱۳۷۸، شماره ۱۴۹ و ۱۵۰؛ و حبیبی، نادر، فساد اداری (عوامل مؤثر و روش‌های مبارزه)، ص ۲۵، انتشارات واثقی، تهران، ۱۳۷۵.

در قبال ارباب رجوع، به منظور دریافت پول، کالا یا خدمات» (حسینی، ۱۳۹۳، ص ۴۰) تعریف کرده‌اند. ایراد این تعریف این است که فقط به فساد اداری در دولت پرداخته است و شامل فساد اداری در بخش خصوصی نمی‌شود.

با توجه به تعاریف فوق به نظر نگارنده «فساد اداری عبارت است از سوء استفاده از قدرت، نفوذ و امکانات دولتی، عمومی و خصوصی در جهت منافع شخصی، قومی، حزبی، فکر خاص.» تعریف فوق مقید به «رعایت قوانین» نشده لذا اشکال تعریف اول را ندارد. از طرفی به خاطر اینکه مقید به منافع شخصی نشده و فساد در بخش خصوصی و عمومی را در بر می‌گیرد اشکالات تعاریف گذشته را ندارد.

بعد از بررسی مفاهیم مرتبط با تحقیق در ادامه به چگونگی حمایت از افشاگری فساد اداری در کود جزا می‌پردازیم.

۲. بایسته‌های انگیزشی جهت مشارکت در افشاگری

از ابزارهای مهم و کارآمد در راستای ایجاد انگیزه هدفمند اشخاص برای گزارش‌دهی در خصوص جرائم فساد اداری، افزایش منفعتی است که آن‌ها می‌توانند از طریق افشاگری فساد کسب نمایند. یکی از کارهایی که حاکمیت می‌تواند انجام دهد این است که قانون‌گذاری را به نحوی انجام دهد که منفعت اشخاص در مقابله با فساد قرار بگیرد و از سویی دیگر، تبانی بر فساد را با ساز و کارهای تقنینی متزلزل سازد. یکی از نقاط مهم و حساس که می‌توان منفعت اشخاص را در مقابله با فساد قرار داده و از طرف دیگر، تبانی بر فساد را متزلزل سازد، موضوع گزارش‌دهندگان فساد است. زمانی که اشخاص بدانند در صورت گزارش‌دهی فساد می‌توانند درصدی از عواید نقدی حاصل از اطلاع‌دهی فساد اداری را به عنوان پاداش از آن خود کنند، به نوعی منفعت آن‌ها در مقابله با فساد قرار گرفته است و از سویی دیگر در مقام تبانی بر فساد هر یک از شرکای فساد می‌تواند با خود ارزیابی کند که اگر اطلاعات مربوط به فساد را در اختیار مقامات تعقیب‌کننده قرار دهد و به واسطه آن از پاداش قابل توجهی بهره‌مند شود، چه‌بسا سود بیشتری خواهد کرد تا اینکه شریک جرم بماند. این انگیزه زمانی که مرتکبین فساد بر مسئله‌ای اختلاف می‌کنند، تشدید می‌شود؛ به این نحو که شخصی که خود یکی از طراحان فساد است و در هنگام همکاری در فساد

به دلیل اختلافی در مقام انتقام‌جویی بر می‌آید و اطلاعات فساد را در اختیار مقامات تعقیب‌کننده قرار می‌دهد، در نظر می‌گیرد که از این طریق پاداشی نیز به دست خواهد آورد و سرانجام ملاحظه می‌شود که با این سازوکار، تبانی بر فساد متزلزل می‌شود و مرتکبین فساد سخت‌تر می‌توانند به یکدیگر اعتماد کنند.

تشویق افشاگران فساد اداری از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. در سطح بین الملل و کشورهای که در عرصه حمایت از افشاگران پیشرو هستند و قوانین جامع در این زمینه دارند روش‌های متنوعی مانند مشوق‌های مالی، تخفیف مجازات، تجلیل از افشاگر،... برای ایجاد انگیزه جهت همکاری در امر مبارزه به فساد اداری از طریق افشاگری فساد اداری در نظر گرفته‌اند.

برای دسترسی به این هدف اولاً دولت‌ها باید از طریق کارهای فرهنگی و برپایی دوره‌های آموزشی سعی نمایند افراد جامعه را با مصادیق فساد آشنا سازند چون تا مردم فساد را نشناسند نمی‌توانند با آن مقابله نمایند. ثانیاً درصد مشوق‌های مالی را افزایش دهند و ثالثاً سازمان‌ها و مؤسسات خصوصی حرفه‌ای برای کشف و مقابله با فساد ایجاد شود. در این صورت می‌توان گفت این اقدامات در کنار یک قانون جامع می‌تواند مبارزه با فساد اداری را سرعت ببخشد.

۲-۱. مشوق‌های مالی

یکی از روش‌های ایجاد انگیزه و تشویق به افشاگری فساد اداری، پاداش نقدی است. گزارش فساد با هزینه‌های مادی و غیر مادی زیادی برای افشاگر همراه است لذا باید روش‌های انگیزشی‌طوری ایجاد شود که انگیزه کافی جهت افشاگری فساد ایجاد نمایند. هرچه انگیزه برای افشاگری فساد بیشتر باشد ریسک انجام فساد برای متخلفین بیشتر خواهد شد.

پاداش نقدی از چند جهت برای مقابله با فساد اداری مفید واقع می‌شود:

اولاً پاداش به اشخاص افشاگر باعث افزایش انگیزه و مشارکت اشخاص در فرآیند مبارزه با فساد اداری از طریق افشاگری فساد اداری می‌شود.

ثانیاً این جوایز مادی به دلیل ایجاد منفعت مادی، فضای فساد را در میان مرتکبین به شدت ناامن می‌کند، چرا که هر یک از اشخاص درگیر در یک فساد شبکه‌ای ممکن است علیه یکدیگر گزارش دهند. فرض کنید که یک گروه ۵ نفره قرار باشد فساد ۱۰۰۰ میلیارد افغانی انجام دهند؛ اگر همه چیز خوب پیش برود، دستگیر نشوند، کسی کشته یا زخمی نشود و هزار اما و اگر دیگر،

هرکدام از افراد در نهایت ۲۰۰ میلیارد تومان به دست خواهند آورد؛ اما اگر یکی از آن‌ها فساد را گزارش کند و بتواند تا ۲۵ درصد مبلغ فساد یعنی ۲۵۰ میلیارد تومان پاداش بگیرد. ضمن این‌که خطر دستگیری، یا زخمی و کشته شدن هم تهدیدش نمی‌کند! دوره کوتاهی زندانی می‌شود، اما بعد از آن با خیال راحت با جایزه میلیاردی‌اش زندگی خواهد کرد. در این حالت گروه‌های فساد و مافیا هرگز به همکاران خود اعتماد نخواهند کرد و خود به خود گروه از هم می‌پاشد. این قاعده می‌گوید اصلاً اگر رفتید و فساد را انجام دادید این فساد را لو بدهید و بازهم جایزه بگیرید. فلسفه آن، این است که از فسادهای مافیایی و کلان جلوگیری می‌کند.

ثالثاً این مشوق‌های مالی با ایجاد «بازار مبارزه با فساد» به شکل‌گیری مؤسسات حقوقی خصوصی منجر می‌شود که به ناشناس ماندن هویت گزارش‌دهندگان فساد کمک می‌کنند. این مؤسسات با هدف به دست آوردن مشوق‌های مادی، از طرف فرد گزارش‌دهنده، به صورت نیابتی و تخصصی، اثبات فساد اداری را پیگیری می‌کنند. وجود چنین مؤسساتی باعث می‌شود که اولاً گزارش‌هایی که مدارک کافی ندارند به صورت خودکار حذف شوند چرا که این شرکت‌های خصوصی وقت خود را صرف پرونده‌هایی که احتمال به نتیجه نرسیدن آنها زیاد باشد، نمی‌کنند. ثانیاً پرونده‌های پیچیده‌ای که تحلیل آنها نیاز به تخصص‌های حقوقی دارد، تنها از طریق این سازوکار امکان پیگیری دارند.^۱

نکته مهمی که درباره الگوهای تشویقی باید مورد توجه قرار بگیرد این است که الگوهای تشویقی نظیر مشوق‌های مالی و اعطای پاداش در قبال افشاگری و گزارش جرائم، نباید اولویت اول سیاست‌گذاران قرار گیرد. چرا که در آن صورت، تنها عامل انگیزشی، منفعت‌گرایی شخصی می‌شود نه تعهد و پاسداری از حقوق جامعه و اگر کسی برای کسب پول، اقدام به افشاگری نمود، ممکن است در قبال دریافت وجهی بیشتر، از آن امر خودداری نماید. اساساً تکیه بر این روش و غفلت از سایر راهکارها، منجر به رشد و گسترش فساد در همه بخش‌های جامعه می‌شود. اگر صرف محرک‌های مالی، انگیزه افشاگران گردد و این فرهنگ در جامعه گسترش یابد، مفسدین از این حربه، علیه مبارزه با فساد بهره‌جسته و با پرداخت مبالغ بیشتر، مانع از افشای فساد می‌گردند. (طاهرآبادی، ۱۳۹۷، ص ۲۱۵) بنابراین مشوق‌های مالی در کنار تعهد و حس مسئولیت‌پذیری در قبال جامعه می‌تواند برای مبارزه با فساد مفید باشد؛ بنابراین باید برنامه‌ریزی دولت‌ها در مبارزه

۱. استفاده از ظرفیت‌های مردمی برای مبارزه و پیشگیری از فساد (بررسی تجربیات کشورهای منتخب)، مرکز پژوهش‌های مجلس، ص ۱۶

با فساد به نحوی باشد که مردم جامعه، منفعت جمعی را بر منفعت مالی شخصی ترجیح دهند. کود جزا به مباحث مرتبط با مشوق‌های مالی برای ترغیب با افشاگری نپراخته است، با این حال ماده ۳۷ قانون فساد اداری افغانستان به منظور تشویق کارکنان ادارات در امر مبارزه با جرائم فساد اداری پاداش نقدی از حساب خاص ماده ۳۶ که در آن حساب، سود حاصل از جزاهای نقدی مربوط به جرائم فساد اداری و سود حاصل از مصادره وجوه و دارایی‌های مربوط به جرائم فساد اداری قرار دارد در نظر گرفته است. مقدار این پاداش نقدی مطابق مقرره‌ای خواهد بود که در این زمینه تنظیم می‌شود. برای اینکه قوانین حمایتی مرتبط با مشوق‌های مالی ناظر به اطلاع‌دهی و افشاگری فساد اداری، جذابیت داشته باشند باید مقدار پاداش مالی به صورت شفاف و درصدی از سود و عواید ناشی از این اطلاع‌دهی و افشاگری در نظر گرفته شود؛ و این سود در نظر گرفته شده باید به قدری باشد که هم ایجاد انگیزه برای مطلع از فساد اداری نماید و هم به جهت مقدار، مانعی برای پرداخت رشوه و حق السکوت توسط مفسدین به مطلع فساد اداری و تطمیع آن‌ها بشود.

۲-۲. اطلاع‌رسانی اقدامات

از دیگر مکانیزم‌های تشویقی جهت ایجاد انگیزه برای اطلاع‌دهی و افشاگری فساد اداری، اطلاع‌رسانی اقدامات انجام شده در زمینه پرونده‌های افشاگری فساد اداری است. باید اطلاع‌رسانی اقدامات هم به اطلاع‌دهنده و هم عموم مردم انجام شود. اطلاع‌رسانی درباره اقدامات انجام شده به شخص اطلاع‌دهنده و افشاگر باعث می‌شود شخص در جریان قرار گرفته و سرخورده نشود.

اطلاع‌رسانی اقدامات انجام شده در زمینه پرونده‌های فساد و اعلام عمومی جوایز پرداخت شده و جرائم کشف شده به افراد جامعه برای اینکه در جریان نتایج پرونده‌های فساد قرار بگیرند باعث جلب اعتماد عمومی افراد جامعه می‌شود.

۲-۳. امکان ارتقاء شغلی و اداری

ارتقاء شغلی هم می‌تواند به عنوان یکی دیگر از مشوق‌ها برای کارمندان افشاگر باشد. بند ۲ ماده ۳۰ قانون حمایت از اطلاع‌دهندگان جرائم فساد اداری^۱ (افغانستان)، اشخاصی (موظفین خدمات

۱. ماده ۳۰: (۱) ... (۲) هرگاه شخص از جرائم غیر مالی به مراجع مربوط اطلاع دهد، جهت تشویق وی از طرف اداره مربوط تقدیرنامه یا ترفیع اجراء و یا فرصت‌های تحصیلی در داخل یا خارج از کشور فراهم می‌گردد

عامه) را که درباره جرائم فساد غیر مالی اطلاع‌دهی نمایند مستحق ترفیع شغلی و فرصت‌های تحصیلی در داخل و خارج کشور دانسته است؛ اما درباره ارتقاء شغلی اطلاع‌دهندگان جرائم فساد مالی، ساکت است.

۴-۲. تشویق مدیران و کارفرمایان

تشویق مدیران و کارفرمایانی که روحیه گزارش‌دهی را بین کارمندان خود تقویت می‌کنند به عنوان یکی از روش‌های ترغیب به افشاگری فساد اداری می‌تواند مطرح باشد تا مدیران نیز در جهت حمایت از افشاگری فساد اداری اقداماتی انجام دهند.

ماده ۳۷ قانون مبارزه با فساد اداری افغانستان در این زمینه آورده که «آن عده از کارکنان ادارات که در زمینه کشف، تحقیق، محاکمه، تنفیذ و تحصیل دارایی‌ها نقش ارزنده را ایفا می‌نمایند، به منظور تشویق بیشترشان در امر مبارزه با جرائم فساد اداری از حساب خاص مندرج فقره (۱) ماده ۳۶ این قانون، مکافات نقدی مطابق مقرره مربوط برای آنها اعطاء می‌گردد.» این ماده قانونی باعث می‌شد مدیران و کارفرمایان تشویق شوند شرایط و امکان گزارش‌دهی و افشاگری فساد را در میان کارکنان خود فراهم آورند تا از این طریق هم با فساد اداری مبارزه نمایند و هم از پاداش نقدی بهره مند شوند. متأسفانه این ماده قانونی تعدیل شد و به جای اینکه به کارکنان اداره پاداش نقدی پرداخت شود این پاداش به خود اداره و سازمان پرداخت می‌شود.^۱

۲-۵. سایر مشوق‌های انگیزشی

بایسته‌های انگیزشی برای تشویق به اطلاع‌دهی و افشاگری فساد محدود به موارد فوق الذکر نمی‌باشد بلکه روش‌های فرهنگی مؤثری همچون ساخت فیلم‌های سینمایی، تجلیل از گزارش‌دهندگان فساد، تعیین روز گزارش‌دهندگان و غیره می‌تواند کمک مؤثری در جهت تشویق به افشاگری و ایجاد روحیه فساد ستیزی در سطح جامعه بنماید.

در مجموع می‌توان نتیجه گرفت که علاوه بر حمایت‌های قانونی و حقوقی از اطلاع‌دهندگان و افشاگران فساد اداری باید از طریق مشوق‌های متنوع روحیه و فرهنگ ضد فساد را در جامعه

۱. ماده ۳۷: «آن عده از اداراتی که در زمینه کشف، تحقیق، محاکمه، تنفیذ و تحصیل دارایی‌ها نقش ارزنده را ایفا می‌نمایند، به منظور تشویق بیشترشان در امر مبارزه با جرائم فساد اداری از صندوق مندرج فقره ۱ ماده ۳۶ این قانون، وجوه معین مطابق مقرره مربوط برای آنها اعطاء می‌گردد.»

تقویت کرد و با سالم سازی محیط اداری و مدیریتی که در مجموع به کارایی نظام حکمرانی و جلوگیری از هدر رفت سرمایه‌های ملی و خصوصی، نقشی مؤثر ایفا کرد. البته نباید انتظار داشت کود جزا حمایت‌های غیر کیفری از افشاگر را نیز مطرح نماید لذا در ادامه حمایت‌های کیفری که کود جزا آن‌ها را مطرح کرده تا از طریق آنها، افشاگر را مورد حمایت قرار دهد بررسی خواهیم کرد.

۳. حمایت‌های کیفری کود جزا از افشاگری فساد اداری

برجسته‌ترین دستاورد در زمینه تعقیب عدلی جرائم فساد اداری، توشیح کود جزا است که گام مهمی در ارتقاء عدالت جزایی در افغانستان است. کود جزا جامع‌ترین قانون جزایی افغانستان می‌باشد. روند پیش نویس کود جزا در سال ۲۰۱۲ م تحت رهبری سابق وزارت عدلیه با حمایت تخصصی گروه کاری اصلاح قوانین جزایی (CLRWG) آغاز شد. این کار به تاسی از حکم ریاست جمهوری در سال ۲۰۱۰ در مورد تدوین تمام احکام جزایی در قالب یک کود جزای واحد انجام شد.^۱ کود جزا طی فرمان تقنینی رئیس جمهور سابق در تاریخ ۴ مارچ ۲۰۱۷ توشیح شد^۲ و در تاریخ ۱۴ فبروری ۲۰۱۸ نافذ گردید.

کود جزای جدید احکام جزایی بیش از هفت قانون مربوط به فساد و قوانین مالی را در خود گنجانیده است که شامل قانون منع تطهیر پول و ضمیمه ۴ قانون جزای سال ۱۹۷۶ در مورد جرائم فساد اداری نیز می‌شود. بخش چهارم کود جزا، مواد ۳۷۰ الی ۴۶۰ جرائم فساد اداری و جرائم مالی را معرفی می‌کند. بخش پنجم کود جزا، مواد ۴۶۱ الی ۴۹۴ اعمال مانع اجرای عدالت را جرم می‌شمارد. این دو فصل مشترکاً تمام احکام اجباری کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد اداری، یعنی جرائم ارتشاء، اختلاس، تطهیر پول و منع اجرای عدالت و... را در خود گنجانیده است.^۳

کود جزا برای اطلاع‌دهندگان فعالیت‌های مجرمانه حمایت‌های مشخصی در نظر گرفته است. اگر چه این احکام مشخصاً مربوط به جرائم فساد اداری نیست، اما استفاده مؤثر از این احکام می‌تواند به طور قابل ملاحظه‌ای روند گردآوری اسناد و مدارک در قضایای فساد اداری را تسهیل کند.^۴ در دو

۱. حکم شماره ۱۴۳۹ مورخ ۲۹ می ۲۰۱۰ رئیس جمهور: تمام احکام جزایی در کود جزای جدید شامل ساخته شده است به استثنای اعمال جرمی مندرج در قانون منع خشونت علیه زنان.

۲. فرمان شماره ۲۵۶ مورخ ۴ مارچ ۲۰۱۷

۳. کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه علیه فساد مواد ۱۵، ۱۶، ۱۷، ۲۳ و ۲۵.

۴. مبارزه افغانستان علیه فساد از استراتژی تا تطبیق، هیئت معاونت ملل متحد در افغانستان، ۲۰۱۸، ص ۱۸.

بخش از کود جزا می‌توان حمایت قانون‌گذار از اطلاع‌دهی و افشاگری فساد را استفاده کرد؛ یکی در باب چهارم تحت عنوان جرائم علیه فساد اداری و مالی، دیگری در باب پنجم تحت عنوان جرائم علیه تطبیق عدالت. در ادامه این مواد را به طور مختصر مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۳-۱. اطلاع‌دهی از اخذ رشوت

طبق مواد ۳۸۰ و ۳۸۱ کود جزا کسی که از اورشوه درخواست شده و یا کسی که به اورشوه پیشنهاد شده مقامات صلاحیت دار را در جریان قرار بدهند در صورتی که رشوه پرداخت شود از مجازات معاف هستند. در مورد کسی که به اورشوه پیشنهاد شده است شرط است اطلاع‌رسانی باید قبل از اخذ رشوه بوده و این اطلاع‌دهی باعث گرفتاری رشوه دهنده بشود. نکته مهم در این ماده این است که شرط شده اطلاع‌دهی کسی که به اورشوه پیشنهاد شده باعث گرفتاری رشوه دهنده شود به نظر می‌رسد این یک شرط اضافی باشد؛ آنچه وظیفه اطلاع‌دهنده است، اطلاع‌رسانی به مقامات صلاحیت دار می‌باشد و گرفتاری یا عدم گرفتاری رشوه دهنده در قدرت اطلاع‌دهنده نیست بلکه از اختیارات و قدرت مقامات صلاحیت دار است؛ لذا جا دارد معافیت از مجازات کسی که به او رشوه پیشنهاد شده تنها مشروط با اطلاع‌رسانی او قبل از اخذ رشوه باشد؛ اما اگر منظور از «رشوت دهنده بالفعل گرفتار شود» این باشد که اطلاعات باید اطلاعات متعارف و معقول باشد این شرط اضافه نخواهد بود. طبق این مواد افشاگری یکی از علل معافیت و یا تخفیف مجازات در این جرم فساد اداری محسوب شده است.

۳-۲. اطلاع‌دهی سوء استفاده از نفوذ

در جرم سوء استفاده از نفوذ^۲ و جوهی که تحریک‌کننده جهت استفاده از نفوذ، آن را پیشکش و یا پرداخت می‌کند از باب مجازات تکمیلی مصادره می‌گردد مگر اینکه تحریک‌کننده قبلاً

۱. ماده ۳۸۰: هر گاه شخصی که از وی رشوت تقاضا شده مقامات صلاحیت دار را خبر دهد در صورت اخذ یا قبول وجه رشوت، رشوت‌گیرنده مطابق احکام این فصل مجازات و اطلاع دهنده مجازات نمی‌گردد.

ماده ۳۸۱: هرگاه شخصی که به وی رشوت عرضه شده، مراجع صلاحیت دار را قبل از اخذ رشوت خبر دهد و در نتیجه، رشوت‌دهنده بالفعل گرفتار شود، رشوت دهنده مطابق احکام این فصل مجازات و اطلاع دهنده مجازات نمی‌گردد.

۲. این جرم در قانون جزای ۱۳۵۵ و قانون مبارزه با ارتشاء و فساد اداری ۱۳۸۳ و قانون نظارت بر تطبیق استراتژی مبارزه علیه فساد اداری ۱۳۸۷ جرم‌انگاری نشده بود جرم سوء استفاده از نفوذ در ماده ۱۸ کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد ۲۰۰۳ که افغانستان نیز عضو آن است پیش‌بینی شده است و از مصادیق فساد اداری شناخته شده است. به دلیل پیامدهای این عمل و بخصوص شیوع گسترده آن در افغانستان، قانون‌گذار آن را در کود جزا (مواد ۳۹۹ تا ۴۰۲) جرم‌انگاری نموده است.

به مقامات مسئول اطلاع داده باشد. اطلاع از جرم سوء استفاده از نفوذ باعث عفو مجازات تکمیلی می‌شود. بند ۱ ماده ۴۰۲ کود جزا در اینباره می‌نویسد «وجوهی که تحریک کننده جهت استفاده از نفوذ آن را پیشکش یا پرداخت نموده مصادره می‌گردد، مگر اینکه قبلاً به مقامات مسئول اطلاع داده باشد.»

در این بند، قانون‌گذار جهت تشویق «تحریک کننده» به اطلاع‌دهی از فساد ناشی از سوء استفاده از نفوذ، اموال پیشکش شده و یا پرداخت شده او را مصادره نکرده و به خودش برمی‌گرداند.

۳-۳. جرائم بازرسی یا محاسبه

کود جزا در بند (۱) ماده ۴۱۱ می‌نویسد: «هرگاه شرکت بازرسی یا محاسبه یا بازرس یا محاسب که به خاطر بررسی حسابات موظف گردیده است، به قصد فرار مالیه‌دهنده از پرداخت مالیه، گزارش بازرسی یا محاسبه را در مغایرت با احکام مندرج قوانین، تهیه یا گزارش کاذب یا نادرست ارائه نماید، به حبس متوسط محکوم می‌گردد.»

در این ماده کود جزا، عدم ارائه گزارش درست و یا تهیه گزارش نادرست و کذب به قصد همکاری با مالیات دهنده مبنی بر فرار از مالیات را در حمایت از گزارشگران فساد جرم‌انگاری کرده تا از این طریق نیز بتواند با فساد اداری مبارزه نماید. به عبارتی قانون‌گذار در این ماده برای جلوگیری از فساد اداری، قصد جلوگیری از تبانی بر فساد را دارد. البته جلوگیری از تبانی بر فساد در صورتی امکان دارد که منفعت گزارش‌دهنده در مبارزه با فساد باشد؛ این منفعت از طریق مشوق‌های مالی و حمایت‌های قانونی به وجود خواهد آمد. اگر برای ارائه گزارش درست، درصد قابل توجهی از منافع مادی که از طریق این افشاگری و اطلاع‌دهی فرار مالیاتی برای دولت عاید می‌شود برای افشاگر در نظر گرفته شده باشد این امر مانع از تبانی گزارشگر با مفسد خواهد شد.

۳-۴. تهدید اطلاع‌دهنده جرائم فساد اداری

ماده ۴۱۴ کود جزا تحت عنوان «تهدید اطلاع‌دهنده جرائم فساد اداری»^۱ به حمایت از اطلاع‌دهنده جرائم فساد اداری پرداخته، جهت تشویق افراد مطلع از جرائم در یک اداره و حمایت کیفری از

۱. ماده ۴۱۴: (۱) شخصی که اطلاع‌دهنده یا ارائه‌کننده مدارک و معلومات جرائم فساد اداری و مالی را تهدید نماید، به حبس متوسط تا سه سال، محکوم می‌گردد.

(۲) هرگاه تهدید مندرج فقره (۱) این ماده منجر به ضرر جسمی یا مالی گردد، مرتکب به جزای جرم مرتکبه نیز محکوم می‌گردد.

آن‌ها، تهدیدکننده این افراد را محکوم با حبس متوسط تا ۳ سال نموده است. نقدی که بر این ماده می‌توان گرفت این است که اولاً جرائم و برخی از تخلفات و سوء جریانات در یک اداره از مصادیق فساد اداری بوده و منجر به فساد در یک اداره می‌شود اما این ماده فقط از اطلاع‌دهنده جرائم فساد اداری حمایت کرده است و اطلاع‌دهنده تخلفات و سوء جریاناتی که منجر به فساد می‌شود مورد حمایت قرار نگرفته است. ثانیاً در این ماده فقط شخص اطلاع‌دهنده تحت حمایت قرار گرفته است در حالیکه قانون حمایت از اطلاع‌دهندگان جرائم فساد اداری^۱، اقارب و همکار شخص اطلاع‌دهنده را نیز مورد حمایت قرار داده است. لذا جا دارد در این ماده نیز علاوه بر اطلاع‌دهنده، اقارب و همکار شخص را نیز حمایت نماید تا اطلاع‌دهنده بدون نگرانی و دغدغه بتواند با دستگاه عدالت قضایی همکاری نماید.

۳-۵. ارباب یا تطمیع شاهد و اطلاع‌دهنده

ارباب یا تطمیع اطلاع‌دهنده یکی از مواردی است که می‌تواند مبارزه با فساد را به مخاطره بیندازد. برای اینکه شاهد یا اطلاع‌دهنده با سیستم عدالت کیفری همکاری داشته باشند باید از حمایت‌های قانونی، قانون‌گذار نسبت به خودشان مطمئن باشند. به همین خاطر قانونگذار در کود جزا، ذیل باب پنجم تحت عنوان جرائم علیه تطبیق عدالت، در بند ۱ و ۲ ماده ۴۶۱ خود، ارباب یا تطمیع شاهد و اطلاع‌دهنده مدارک یا معلومات جرائم را جرم‌انگاری نموده است. طبق این ماده قانونی، ممکن است اطلاع‌دهنده توسط افراد عادی و یا موظفین خدمات عامه مورد ارباب یا تطمیع قرار

۱. بند ۳ ماده ۱۰، بند ۲ ماده ۱۴ و مواد ۱۵ و ۱۶ و ۱۷ قانون حمایت از اطلاع‌دهندگان جرائم فساد اداری

۲. ماده ۴۶۱: (۱) اعمال ذیل ممانعت از تطبیق عدالت شناخته می‌شود:

۱- استعمال قوه یا تهدید یا ارباب مجنی علیه یا شاهد یا وعده، پیشنهاد یا پرداخت منفعت خلاف قانون به آن به منظور تحمیل ادای شهادت دروغ یا امتناع از ادای شهادت یا مداخله در شهادت.

۲- استعمال قوه یا تهدید یا ارباب مجنی علیه، اطلاع‌دهنده یا ارائه‌کننده مدارک یا معلومات جرائم یا وعده، پیشنهاد و یا پرداخت منفعت خلاف قانون به وی به منظور ممانعت از اطلاع یا ارائه مدارک و معلومات مرتبط به جرم.

۳- ارائه دلایل و مدارک غیر واقعی مربوط به جرائم مندرج این قانون با وجود علم به غیر واقعی بودن آن.

۴- استعمال قوه یا تهدید یا ارباب در مراحل تعقیب عدلی به منظور مداخله در اجرای وظایف رسمی قضایی، خرنوال، مأمور ضبط قضائی، وکیل مدافع، اهل خبره در ارتباط به ارتکاب اعمالی که در این قانون جرم شناخته شده باشد.

(۲) مرتکب جرائم مندرج فقره (۱) این ماده به حبس متوسط محکوم می‌گردد.

(۳) هرگاه اشخاص مندرج فقره (۱) این ماده در ارتباط به وظیفه رسمی مجروح یا به قتل برسند، مرتکب به حداکثر مجازات جرم جرح یا قتل مندرج این قانون یا هر جرمی که مجازات آن بیشتر باشد، محکوم می‌گردد.

(۴) هرگاه موظف خدمات عامه اسناد، معلومات، دلایل و مدارک خلاف واقعیت را به مرجع ذیصلاح دولتی ارائه و یا اسناد مدار حکم را کتمان نماید به حبس قصیر محکوم می‌گردد.

بگیرند. افرادی عادی در این جرم یا خود مرتکب فساد هستند و یا کسانی می‌باشند که توسط مرتکب فساد اجبر شده تا مانع افشاگری فساد او شود. موظفین خدمات عامه که قصد ارباب یا تطمیع اطلاع‌دهنده را دارند اشخاصی هستند که سودشان در حمایت از فساد قرار گرفته است. قانون‌گذار در این ماده جهت حمایت از افشاگری و اطلاع‌دهی فساد، انجام تهدید و ارباب شاهد یا اطلاع‌دهنده را جرم‌انگاری کرده است چون این اعمال نوعی فساد اداری محسوب می‌شود.

۳-۶. افشای هویت افشاگر فساد

حفظ هویت شاهد و اطلاع‌دهنده و عدم افشای هویت آن‌ها در تطبیق عدالت و شناسایی مجرمان بسیار کمک‌کننده است، شاهد و اطلاع‌دهنده باید بدون هیچ ترس و نگرانی از افشای هویت خود، بتوانند آنچه را مشاهده کرده و یا از آن اطلاع دارند بیان نمایند و از انتقام‌گیری احتمالی مرتکبان جرم، مخصوصاً در جرائم سازمان‌یافته در امان بمانند. برای حفظ هویت شهود و اطلاع‌دهندگان جرم و عدم شناسایی آن‌ها، تدابیر پیچیده‌تر از قبیل تغییر صدای آن‌ها هنگام ادای شهادت با استفاده از دستگاه‌های الکترونیکی پیشرفته یا ادای شهادت از طریق دوربین‌های مدار بسته و عدم شناسایی چهره آن‌ها و حتی انتقال آن‌ها به کشور دیگر و تهیه اسناد تابعیتی جدید برای آنها انجام داد.

با توجه به این اهمیت، قانون‌گذار در ماده ۴۶۲ کد جزا^۱ به فکر حفظ هویت شهود و اطلاع‌دهندگان جرم افتاد و در حمایت از شاهد و اطلاع‌دهنده، افشای هویت آن‌ها را بدون رضایت آن‌ها یا بدون اجازه محکمه، جرم‌انگاری کرده است.^۲

طبق ماده ۴۶۲ کد جزا، در مورد حکم محکمه مبنی بر افشای هویت اطلاع‌دهنده، در صورتی که به حکم محکمه هویت اطلاع‌دهنده افشاء شود و از این طریق ضرری متوجه اطلاع‌دهنده شود قانون باید آن ضرر را جبران نماید اما اگر افشای هویت به دلیل رضایت اطلاع‌دهنده باشد پیامدهای آن نیز بر عهده خودش می‌باشد.

۱. ماده ۴۶۲: شخصی که هویت شاهد یا اطلاع‌دهنده یا ارائه‌کننده مدارک یا معلومات در مورد جرائم را بر خلاف رضایت آنها یا بدون اجازه محکمه افشاء نماید، به حبس متوسط، محکوم می‌گردد.

۲. این ماده با ماده ۸ قانون حمایت از اطلاع‌دهندگان جرائم فساد اداری که درباره اخفاء هویت اطلاع‌دهنده می‌باشد هماهنگ نیست که در جای خودش بحث خواهد شد.

قانونگذار افغانستان نسبت به محرمانگی و عدم افشای هویت شاهد و اطلاع‌دهنده توجه کافی نموده است. طبق ماده ۴۶۲ کود جزا «شخصی که هویت شاهد یا اطلاع‌دهنده یا ارائه‌کننده مدارک یا معلومات در مورد جرائم را، برخلاف رضایت آنها یا بدون اجازه محکمه افشاء نماید، به حبس متوسط، محکوم می‌گردد.»

در برخی موارد مسئولین مربوطه برای حفاظت از شاهد و اطلاع‌دهنده تصمیم می‌گیرند هویت شاهد و اطلاع‌دهنده را مخفی نگه‌داشته و افزون بر آن، اقدامات محافظتی خاصی در نظر بگیرند. در این موارد اگر کسی این تصمیمات را نزد افراد غیر مسئول افشاء نماید افشاکننده با مجازاتی که در ماده ۴۶۴ کود جزا^۱ در نظر گرفته شده است محکوم می‌شود. یکی از نگرانی‌های موجود در ارتباط با شهود و اطلاع‌دهندگان فساد، احتمال این امر است که آنها ممکن است قربانی اعمال انتقام‌جویانه، از سوی متهم، بستگان یا طرفداران وی گردند به همین دلیل قانونگذار در ماده ۴۶۵ کود جزا^۲ برای کسی که نسبت به شاهد یا اطلاع‌دهنده اقدامات تلافی‌جویانه یا انتقام‌جویانه انجام دهد مجازات در نظر گرفته است.

قانونگذار افغانستان، سهل‌انگاری یا کوتاهی در محافظت از شهود یا اطلاع‌دهندگان را جرم‌انگاری نموده است. لذا اگر پلیس، موظف امنیت ملی یا سارنوال که وظیفه حفاظت از شهود و اطلاع‌دهنده را داشته باشند ولی در انجام این وظیفه اهمال یا غفلت نمایند مجازات خواهند شد. ماده ۴۶۳ کود جزا در ارتباط با محافظت شهود یا اطلاع‌دهنده مقرر کرده که اگر موظفی که مکلف به محافظت از شهود و اطلاع‌دهنده بوده در انجام وظیفه خود اهمال نماید محکوم به بدیل حبس می‌شود و اگر این اهمال منجر به معلولیت یا قتل شاهد، اطلاع‌دهنده یا اقارب آنها گردد، مرتکب به حبس متوسط، محکوم می‌گردد و در صورتی که عدم محافظت شهود یا اطلاع‌دهنده عمدی باشد با نظر داشت احوال، مرتکب به حیث شریک یا معاون جرم شناخته می‌شود.

۱. ماده ۴۶۴: شخصی که قرار یا حکم مراجع ذیصلاح را مبنی بر اتخاذ اقدامات محافظتی یا اخفای هویت شاهد و یا سایر اسناد و معلومات مرتبط به آن را به شخص یا اشخاصی که حق دریافت آن را ندارند، افشاء نماید، به حبس متوسط یا جزای نقدی از شصت هزار تا سه صد هزار افغانی، محکوم می‌گردد.

۲. ماده ۴۶۵: (۱) شخصی که مرتکب عمل انتقام‌جویانه علیه موظف خدمات عامه، اهل خبره یا مجنی علیه یا اطلاع‌دهنده یا شاهد در ارتباط به جرائم مندرج این فصل گردد، به حبس متوسط محکوم می‌گردد.

(۲) هرگاه به اثر ارتکاب عمل مندرج فقره (۱) این ماده به مجنی علیه ضرر جسمی، مالی یا معنوی عاید گردد، مرتکب به حداکثر جزای پیش‌بینی شده جرم مرتکبه یا حبس متوسط یا هرکدام که بیشتر باشد، محکوم می‌گردد.

اگر شخصی که مرتکب عمل انتقام‌جویانه علیه موظف خدمات عامه، اهل خبره یا مجنی علیه یا اطلاع‌دهنده یا شاهد در ارتباط با جرائم فساد اداری گردد، به حبس متوسط، محکوم می‌گردد؛ و هرگاه به اثر ارتکاب این اعمال به مجنی علیه ضرر جسمی، مالی یا معنوی عاید گردد، مرتکب به حد اکثر جزای پیش‌بینی شده جرم مرتکبه یا حبس متوسط یا هرکدام که بیشتر باشد، محکوم می‌گردد.^۱

موظفین خدمات عامه نقش مهمی در اجرای عدالت و مبارزه با فساد دارند از طرفی سالم ماندن آن‌ها از فساد و قانون شکنی و همدستی با مفسدین از امور مهمی است که باید زمینه آن فراهم شود و با سوء استفاده‌ها برخورد شود لذا طبق ماده ۴۶۷ کود جزا اگر اقدامات فوق الذکر علیه شاهد و اطلاع‌دهنده توسط موظف خدمات عامه انجام شود علاوه بر مجازات‌های مذکور، به انفصال از وظیفه نیز محکوم می‌گردد.

۳-۷. ممانعت از اطلاع‌دهی دروغ یا خودداری از اظهار حقیقت

قانون‌گذار در کود جزا همانطور که نسبت به حمایت از شاهد و اطلاع‌دهنده دقت نظر به خرج داده و اقدامات حمایتی نسبت به آنها در نظر گرفته است جهت جلوگیری از شهادت دروغ و ارائه اطلاعات کذب و خودداری از اظهار حقیقت اقدامات قابل توجهی انجام داده است. انتظار دولت از اتباع خود آن است که برای حفظ نظم و جلوگیری از فساد به دولت کمک نمایند حال سؤال اینجاست که اگر شخصی با شهادت کذب و ارائه اطلاعات دروغ و خودداری از اظهار حقیقت باعث هدر رفتن فرصت و سرمایه‌های دولت شود آیا این فرد قابل مجازات می‌باشد؟ جواب این سؤال قطعاً مثبت است. ماده ۴۷۶ کود جزا در این باره مقرر کرده: «شخصی که به کذب یکی از مراجع مسؤول را از جرمی اطلاع بدهد که به عدم وقوع آن علم داشته یا مراجع مذکور را با سوء نیت با وجود علم به کذب اطلاع خود به ارتکاب جرم یک شخص اطلاع دهد یا به ارتکاب جرم شخص خلاف واقع، ادله مادی خلق نماید یا علیه یک شخص با وجود علم به برائت او، سبب اتخاذ اجراءات قانونی گردد» مستحق مجازات خواهد بود و به توجه به موضوع اطلاع، به جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار و یا حداکثر حبس قصیر محکوم می‌گردد.

۱. ماده ۴۶۵ کود جزا

۳-۸. عدم تعقیب عدلی اطلاع‌دهنده و جبران خساره

گاهی شخص عملی را مصداق فساد اداری تصور کرده و صادقانه و بدون سوء نیت به مراجع قضایی یا اداری اطلاع‌رسانی می‌کند حال آنکه آن عمل فساد نبوده است. قانون‌گذار افغانستان در بند ۱ ماده ۴۷۹ کود جزا به این مطلب پرداخته و شخص را مستحق مجازات ندانسته است تا به این وسیله افراد بدون ترس به مراجع مربوطه گزارش دهند. البته باید توجه کرد که باید دلایل و شواهد عرفی و منطقی مبنی بر فساد اداری وجود داشته باشد والا محکوم به مجازات و جبران خسارت خواهند شد.

۳-۹. عدم اطلاع‌دهی معامله مشکوک

قانونگذار همانطور که اشخاص مطلع از فساد را تشویق به افشاگری فساد اداری می‌نماید در صورتی که این شخص از اطلاع‌دهی فساد خودداری نمایند کود جزا او را مستحق مجازات دانسته است. به عنوان نمونه ماده ۵۰۱ کود جزا عدم گزارش معامله مشکوک را جرم‌انگاری کرده است که به نوعی حمایت از اطلاع‌دهی فساد اداری است.

نکته‌ای که در این ماده باید مورد توجه قرار بگیرد این است که اشخاصی ملزم به اطلاع‌دهی فساد اداری هستند که قانوناً موظف و مکلف به این کار باشد. لذا اشخاص عادی از نظر این قانون، الزامی به اطلاع‌دهی ندارند.

۳-۱۰. افشای غیر قانونی معلومات، گزارش‌ها یا اسناد ثبت شده محرمانه

طبق ماده ۵۰۳ کود جزا، شخصی که وظیفه گزارش‌دهی دارد اگر معلومات مرتبط با گزارش را عامدانه برای شخص یا مرجعی که حق دریافت گزارش را ندارند افشا نماید و یا در جریان امور کاری یا تجارتي خود به نحوی از انحاء از اقدامات مورد نظر مراجع ذیصلاح یا بررسی‌ها یا تحقیقات مراجع تنفیذ قانون در رابطه با یک قضیه پول‌شویی، اطلاع یافته و قبل از علنی شدن قانونی آن، موضوع را عمداً به شخص یا اشخاصی که تحقیق در مورد آن‌ها جریان دارد و یا هر شخص دیگری که حق دریافت آن را ندارد افشاء نماید، مرتکب جرم شده است. به نظر می‌رسد جرم پولشویی خصوصیت ویژه‌ای نداشته باشد و می‌توان از آن القاء خصوصیت کرد و این حکم را درباره سایر فساد اداری هم تعمیم داد.

۳-۱۱. افشای اسرار

بر اساس ماده ۶۲۷ کود جزا، شخصی که به حکم وظیفه کسب، پیشه، صنعت، فن و یا به لحاظ طبیعت کار خود به سری از اسرار، علم پیدا کند و آن را در غیر از حالات مصرحه قانونی افشا نماید، یا آن را به منفعت خود یا شخص دیگری استعمال کند، مرتکب جرم افشای اسرار دانسته شده است. البته یکی از جاهایی که شخص مجاز است این اسرار را افشا نماید جایی است که مصلحت و نظم عمومی اقتضا نماید. لذا در جایی که شخص فساد را در اداره ای مشاهده می‌کند و برای جلوگیری از فساد آن را افشا می‌نماید مرتکب جرم نشده است. ماده ۶۳۰ کود جزا نیز به این امر اشاره کرده و می‌نویسد «هرگاه هدف از افشای سر... تأمین منافع عامه باشد مرتکب تحت تعقیب قرار نمی‌گیرد.» ماده ۸۷۹ کود جزا هم در بند ۲ افشای اسرار با هدف تأمین منافع عامه را مجاز دانسته است.

۳-۱۲. اطلاع‌دهی خلاف واقعیت

بر اساس ماده ۷۵۹ کود جزا «هرگاه اطلاع‌دهنده، ... یا سایر اشخاص عمداً خلاف واقعیت به شکل شفاهی یا تحریری اظهار نظر نمایند و این اظهارات در تصمیم ... مؤثر واقع گردد...» این عمل جرم محسوب می‌شود.

نتیجه‌گیری

با توجه به موارد فوق می‌توان نتیجه گرفت که سیاست کیفری تقنینی افغانستان در کود جزا الزام و تکلیف افراد در راستای انجام وظیفه و عدم الزام افراد عادی به افشاگری و گزارش فساد اداری می‌باشد قانون‌گذار افغانستان سعی نموده حتی الامکان شرایطی را فراهم آورد که شهود و افراد مطلع با اطمینان خاطر در راستای مبارزه با فساد اداری افشاگری کرده و با سیستم قضایی همکاری نمایند؛ اما از آنجا که از اقارب افراد مطلع از فساد، حمایت صورت نگرفته است، افشاگر فساد ممکن است در معرض تردید قرار بگیرد.

آنچه از کود جزا مبنی بر عدم الزام افراد عادی به افشاگری و اطلاع‌دهی فساد اداری استنباط شده برخلاف سیاست کیفری تقنینی افغانستان در قانون اجراءات جزایی می‌باشد چرا که طبق بند ۱ ماده ۵۷ قانون اجراءات جزایی «اتباع کشور با رعایت سایر احکام این قانون در صورت آگاه

شدن از وقوع جرم یا مشاهده آن مکلف اند موضوع را طور کتبی یا شفاهی و یا با استفاده از وسایل الکترونیکی به پولیس یا سایر مأمورین ضبط قضایی و یا ثارنوال اطلاع دهند.» اتباع کشور اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی می باشد که طبق این قانون مکلف و موظف به اطلاع دهی و گزارشگری جرائم می باشد.

منابع فارسی

۱. استراتژی ملی مبارزه علیه فساد اداری، کابل - افغانستان، ریاست نشرات و ارتباط عامه وزارت عدلیه، ۱۳۹۶.
۲. استفاده از ظرفیت‌های مردمی برای مبارزه و پیشگیری از فساد (بررسی تجربیات کشورهای منتخب)، مرکز پژوهش‌های مجلس، معاونت پژوهش‌های اقتصادی، شهریور ۱۳۹۶.
۳. بای، حسینعلی، جرم‌شناسی و سیاست جنایی (مجموعه مقالات)، قم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه، ۱۳۹۵.
۴. پرادل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، انتشارات سمت، چاپ دوم، ۱۳۸۶.
۵. خدمتی، ابوطالب، مبارزه با فساد با رویکرد اسلامی، قم، انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳.
۶. دانش، تاج‌زمان، مجرم‌کیست و جرم‌شناسی چیست، تهران، کیهان، ۱۳۷۶.
۷. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه، تهران، روزنه، ۱۳۷۷.
۸. قیاسی، جلال‌الدین، مبانی سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۵.
۹. لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه نجفی ابرندآبادی، علی حسین، تهران، میزان، ۱۴۰۰.
۱۰. مبارزه افغانستان علیه فساد از استراتژی تا تطبیق، هیئت معاونت ملل متحد در افغانستان، ۲۰۱۸.
۱۱. معتمد، محمد علی، حقوق جزای عمومی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۵۱.
۱۲. وارسته، حمید، فرهنگ جامع حقوقی (فارسی - انگلیسی)، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۹۱.
۱۳. آقایی، یگانه، «افشای جرائم اقتصادی از منظر حقوق کیفری ایران با مطالعه تجربیات بین‌المللی در حمایت از افشاگری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، موسسه آموزشی آل‌طه، ۱۳۹۶.

۱۴. دایمی خیایوی، ملیحه، «ویژگی‌های سیاست کیفری برتر»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه پیام نور.
۱۵. طاهرآبادی، محمد صالح، «گزارشگری جرم و مبانی اسلامی آن با ارائه الگوی مطلوب برای نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران»، پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۷.
۱۶. حسینی، سید محمد، سیاست جنایی (مفاهیم و مدلها)، کانون وکلا، شماره ۱۱، بهار و تابستان ۱۳۷۶.
۱۷. حسینی، سید محمد، نوذری فردوسی، محمد، سیاست جنایی اسلام در قبال فساد اداری و تطبیق آن با موازین بین المللی، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۱، شماره ۱، زمستان ۱۳۹۳.
۱۸. ژرژ لواسور، سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تحقیقات حقوقی، دوره ۱، شماره ۱۱۶، بهار ۱۳۷۱.
۱۹. صادقی، مسعود، تحلیل اخلاقی افشاگری، پژوهش نامه اخلاق، سال یازدهم، شماره ۴۰، تابستان ۱۳۹۷.
۲۰. عارف، رضا، افشاگری، زمینه‌ها و پیامدها، گزارش پژوهشی، مرکز مطالعات و پژوهش‌های سلامت اداری و مبارزه با فساد، سال ۹، شماره ۹۲، دی ۱۳۹۵.
۲۱. ویتو تانزی، مسأله فساد، فعالیتهای دولتی و بازار آزاد، مترجم بهمن آقایی، اطلاعات سیاسی اقتصادی، شماره ۱۴۹ و ۱۵۰، ۱۳۷۸.
۲۲. قانون حمایت از اطلاع‌دهندگان جرائم فساد اداری.
۲۳. قانون فساد اداری افغانستان.
۲۴. قانون مبارزه علیه ارتشاء و فساد اداری.
۲۵. کود جزا.

امنیت‌گرایی در سیاست جنایی اسلام

در مواجهه با خشونت

محمد ابراهیم بشارتی^۱

چکیده

پاسخ‌هایی که هیأت جامعه در برخورد با پدیده فراگیر خشونت اتخاذ می‌کند با توجه به رویکرد اسلام در قبال ایدئولوژی امنیت‌گرایی، موضوع این پژوهش است. با مراجعه به منابع فقهی و حقوقی اسلام از طریق تحلیل و توصیف داده‌ها، این فرضیه به اثبات رسید که در سیاست جنایی امنیت‌گرای اسلام، هرگز دو عنصر خشونت و امنیت به‌عنوان یک توهّم عمومی مدنظر نبوده و به همین جهت تفاوت‌های بارزی با اندیشه امنیت‌گرایی در سیاست جنایی غربی دارد. عمده تفاوت‌هایی که سیاست جنایی اسلام را در حوزه امنیت‌گرایی کنترل و مهار خشونت از سیاست جنایی غرب متمایز می‌کند، علاوه بر حوزه تقنین که بیشتر در قلمرو اختیارات نهاد قانون‌گذاری به‌منظور جرم‌انگاری رفتارها و ترک رفتارها است، صلاحیت شخص قاضی جهت تعیین نوع مجازات و همین‌طور برخورداری پلیس از میزان معینی از اختیارات در راستای نظارت بر هویت افراد در معابر و مکان‌های عمومی است، در حوزه اجرای اجراء نیز تا حدودی می‌توان تفاوت‌هایی را مشاهده کرد. به‌عنوان نمونه، در سیاست جنایی اسلام، قاضی و گواهان با توجه به حساسیت خاصی که راجع به نقش آنان در جهت احقاق حقوق و اجرای عدالت وجود دارد، لازم است متصف به ویژگی عدالت باشند ضمن این‌که برای شهود علاوه بر وصف عدالت، متناسب با اهمیت خشونت و محتوای کلی پرونده‌های حقوقی و کیفری، تعداد نیز شرط است در حالی‌که چنین مسئله‌ای را در سیاست جنایی امنیت‌گرای غربی ملاحظه نکردیم.

واژگان کلیدی: اسلام، سیاست جنایی، امنیت‌گرایی، خشونت

۱. دکتری فقه قضایی، استاد دانشگاه ادیان و مذاهب قم - ایران.

مقدمه

امروزه توجه به امنیت و شیوه‌ی حفظ و تأمین آن برای زندگی شهروندان، به یکی از دل‌مشغولی‌های اساسی دولت‌مردان تبدیل شده است. گران‌بهاترین کالایی که متأسفانه هرروزه توسط عده‌ی زیادی از افراد به یغما می‌رود و در اثر آن، چه خسارت‌های غیر قابل جبران که به جان، مال و عفت و اخلاق شهروندان وارد نمی‌آید. گسترش دامنه‌ی انحرافات، کج‌روی‌ها و در نهایت خشونت همراه با جرائم کوچک و بزرگ، موجب شد تا اندیشه‌وران عرصه‌های دانش حقوق جزاء، جرم‌شناسی و دیگر دانش‌های هم‌سو به فکر دست‌یابی به روش‌های کاربردی‌تر جهت مواجهه منطقی و کنترل قطار پرشتاب خشونت بیفتند. در کنار اجرای سیاست‌های کیفری، سیاست جنایی به‌عنوان مجموعه روش‌هایی کاربردی در اختیار دولت و نهادهای اجتماعی به‌منظور پاسخ‌گویی به پدیده رو به گسترش خشونت، از جمله این راهبردها است.

اصطلاح و مفهوم سیاست جنایی (kriminalpolitik) به‌عنوان یک رشته مطالعاتی علمی، برای نخستین بار توسط دانشمند آلمانی، آنسلم فون فوئر باخ (Anselm von fuerbach) در کتاب حقوق کیفری در سال ۱۸۰۳ میلادی باز می‌گردد. فوئر باخ سیاست جنایی را «مجموعه‌ی شیوه‌های سرکوب‌گرانه‌ای که دولت با استفاده از آن‌ها علیه جرم واکنش نشان می‌دهد» تعریف کرده و بدین ترتیب مفهوم مضیقی از آن به دست داده است که در حقیقت همان سیاست «کیفری» است. (لازرژ، ۱۳۸۲، ص ۱۱) اما «کوش» دانشمند دیگر فرانسوی از سیاست جنایی به‌عنوان یک «علم کاربردی که هدف آن موفقیت علمی در سازمان‌دهی عقلانی و مؤثر مبارزه با جرم است» نام می‌برد.

دوندی یوند وایر، معتقد است که «سیاست جنایی یک فن و هنر است موضوع آن کشف روش‌هایی است که مبارزه مؤثر علیه جرم را میسر می‌سازد»، آنسل، نیز به سیاست جنایی به‌عنوان «علم مشاهده و مطالعه» و «هنر، فن یا استراتژی (راهبردی) اصولی و نظام یافته‌ی واکنش ضد جنایی» نگاه می‌کند (پیشین، صص ۱۲ و ۱۳). براساس این تعریف، مفهوم سیاست جنایی اندکی توسعه می‌یابد و به صرف برخوردهای کیفری و سخت محدود نمی‌شود. از حوزه سرکوبگری فراتر می‌رود و در قامت یک دانش راهبردساز مورد توجه قرار می‌گیرد.

اما با توجه به تحول بس شگرفی که در حوزه مطالعات جرم‌شناسی و به دنبال آن سیاست جنایی

به وجود آمد، نوع نگاه و تعریف آن را نیز دست‌خوش تغییرات بنیادین کرد. این تغییرات به مرور زمان در کتاب ارزشمند نظام‌های بزرگ سیاست جنایی به قلم خانم مری دلماس مارتی به وضوح قابل مشاهده است. به باور ایشان «سیاست جنایی مجموعه روش‌هایی که هیأت اجتماع با توسل و به کار بستن آن‌ها پاسخ‌های مختلف به پدیده جنایی را سازمان بخشد» تعریف شده است (مارتی، ۱۳۹۳، صص ۶۹ و ۱۰۳). این تعریف، به مراتب قلمروی بیشتری را پوشش می‌دهد و تا آنجا پیش می‌رود که جایگاه سیاست جنایی را از محدوده برخوردهای سرکوبگرانه‌ی صرف مبتنی بر سیاست کیفری و همین‌طور فن و هنر مبارزه با پدیده جنایی و واکنش ضد جنایی، خارج و در زمره مجموعه سیاست‌ها اعم از علم مطالعه و برخوردهای کیفری سخت گرفته تا روش‌های بازپذیری مجرم و بازسازی شخصیت وی به منظور بازگشت شرافتمندانه به زندگی اجتماعی را تحت پوشش قرار می‌دهد.

پژوهش حاضر بر آن است تا به این پرسش اساسی پاسخ دهد که نگاه سیاست جنایی اسلام، در قبال ایدئولوژی مبتنی بر امنیت‌گرایی چیست و چه رویکردی را در این مسیر پیش می‌برد؟ پیش فرض اولیه ما که نتیجه مطالعه هرچند محدود در منابع اسلامی است بر این اساس استوار است که سیاست جنایی اسلام، اصولاً یک سیاست جامع و همه جانبه نگر است. سیاستی که با نگاه کلان و همه جانبه به مسائل مربوط به تمام زوایای زندگی اجتماعی شهروندان می‌نگرد. این نگاه، علاوه بر مباحث مربوط به حقوق و از جمله حقوق کیفری، آموزه‌های رشد مدار و انسان‌ساز اخلاق و تربیت سالم را نیز در بر می‌گیرد. به دیگر سخن، سیاست جنایی اسلام هم به نحوی در برخی موارد و صد البته با رعایت شرایط خاص، طرفدار سرکوب سخت و شدت عمل است که در این صورت با نظریه‌ی امنیت‌گرایی هم‌خوانی دارد و از این طریق در مواجهه با خشونت و مهار آن می‌رود.

الف) تعریف خشونت

در فرهنگ زبان فارسی، خشونت را به رفتاری همراه با تندید و درشتی (انوری، ۱۳۸۱، ج ۴، ص ۲۷۶۹) و یا درشت‌خویی و تندخویی (عمید، حسن، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۱۰۲۴)، درشتی کردن، تندید کردن (دهخدا، ۱۳۴۷، ج ۲۱، ص ۵۹۳) معنا کرده‌اند. معنایی که ردپای آن را به وضوح می‌توان در تعریف کاربردی آن دید. معمولاً خشونت با مفهوم پرخاشگری به کار برده می‌شود و

در تعریف پرخاشگری آمده است، اعمال خصمانه‌ای که از روی عمد صورت می‌گیرد و به افراد و اشیاء آسیب می‌رساند. برخی دیگر از آن به واکنشی با هدف آسیب رساندن به جاندار دیگر (نظری نژاد، ۱۳۹۰، ص ۲۸) تعبیر می‌کنند.

همچنین از اقدامات جنایت‌آمیز و تروریستی، نا آرامی‌های مدنی و سبزه‌های بین‌المللی به‌عنوان نشانه‌های آشکار خشونت یاد می‌شود (ژیژک، ۱۳۸۹، ص ۹)؛ زیرا خشونت عمل فرد معینی است که به جان یا مال یا شرف دیگران تعرض و حمله می‌نماید (پرفیت، ۱۳۷۸، ص ۲۷). این در حالی است که از نظر سازمان بهداشت جهانی، خشونت عبارت از کاربرد عامدانه نیرو یا قدرت بدنی از حیث اجبار یا تهدید یا ارباب خود و دیگر اشخاص اعم از گروه‌ها و مجامع و بالاتر از آن کل جامعه است که می‌تواند تا نقص عضو و آسیب روانی و مرگ شخص و آن‌ها نیز پیش رود (محمودی اصل، ۱۳۸۸ ص ۲۵)؛ بنابراین، خشونت یک سیستم تولید شده است نه یک موضوعی که ناشی از آسیب‌شناسی فردی باشد (الهمپتون، ۱۳۸۸، ص ۳۰).

ب) گونه‌های امنیت‌گرایی در مواجهه با خشونت از نگاه سیاست جنایی اسلام
در این قسمت و قبل از این که وارد بحث در حوزه نگاه سیاست جنایی اسلام راجع جایگاه خشونت در سیاست جنایی امنیت‌گرایی شویم، لازم است به‌طور مختصر توضیحی در ارتباط با خواستگاه و زمینه‌های شکل‌گیری اندیشه امنیت‌گرایی در سیاست جنایی غربی داده و با برشماری برخی از شاخصه‌های آن، مباحث را حول محور رویکرد اسلام در قبال مقوله امنیت پی بگیریم.

خانم کریستین لازرژ در باره زمینه‌های اولیه شکل‌گیری ایدئولوژی امنیت‌گرایی می‌نگارد: «این ایدئولوژی بی‌تردید از افزایش جرائم (کوچک) و جرائم (متوسط) که با بحران اقتصادی، بی‌کاری و مسائل واقعی ناشی از کارایی و اشتغال بیش از نیمی از جوانان کم‌تر از ۲۵ سال مرتبط است، به وجود آمده است» (همان، ص ۵۲) و در ادامه تأکید می‌کند «بدیهی است (بزهکاری واقعی) که فقط می‌توان آن را تخمین زد، در هیچ کجا محاسبه و منعکس نشده است... و با تفکیک یک احساس غیر قابل توصیف، یعنی احساس ناامنی از ناامنی واقعی باید متذکر شد که احساس ناامنی برای توجیه ایدئولوژی امنیت‌گرا (که طرفدار سرکوبی و شدت عمل کیفری است) مطرح شده است... به نام احساس ناامنی که اساساً عقلانی نیست، ولی احساسی است که در میان مردم وجود دارد و توسط رسانه‌های گروهی تشدید می‌شود.» (همان، ص ۵۳) که سیاست جنایی

امنیت‌گرا، در واقع با بزهکاری غیر واقعی و صرفاً احساس ناامنی سروکار دارد. از نگاه ایشان به‌طور کلی، ایدئولوژی امنیت‌گرا متضمن تقلیل اختیارهای قاضی در انتخاب مجازات و فردی کردن ضمانت اجرای کیفری و نیز اعطای وسیع‌ترین اختیارها مثلاً در زمینه کنترل هویت افراد در معابر و مکان‌های عمومی، به مقام‌های پلیس است، با این خطر اعمال این اختیارهای ممکن است با آزادی رفت و آمد شهروندان و اماره‌ی برائت در تضاد آید. (همان، ص ۵۴).

تا اینجا مشخص گردید که اساس و خواستگاه اصلی سیاست جنایی امنیت‌گرایی، نه بر امنیت و یا خشونت واقعی؛ بلکه صرفاً احساس یا توهم عمومی ناامنی و خشونت غیر واقعی استوار است. حال باید دید که نگاه اسلام در قبال مقوله امنیت چیست و در مواجهه با خشونت با کدام یک از دو گونه خشونت واقعی و خشونت غیر واقعی برخورد می‌کند؟

قبل از پاسخ به پرسش فوق و پرداختن به قلمروی تفصیلی بحث نکته‌ای که به نظر می‌رسد سیاست جنایی اسلام را از دیگر سیاست‌های جنایی متمایز می‌کند این است که «سیاست جنایی حکومت اسلامی در بخش وسیعی، سیاست جنایی هنجاری است. با توجه به گریزناپذیری سیاست جنایی هنجاری، مسلماً نظام اسلامی با دیگر نظام‌های سکولار و غیر آن در اصل تکیه بر سیاست جنایی هنجاری، وجه مشترک دارد و تنها تفاوت در هنجارهای مورد استناد این نظام‌ها است. نظام اسلامی در سیاست‌گذاری‌های خود تابع شریعت است... شریعت اسلامی در فقه تجلی یافته است و فقه علم به احکام مکلفین است.» (قیاسی، ۱۳۸۵، ص ۷۳) این سیاست جنایی، اولاً به تمامی افعال و اعمال شهروندان مکلف و مسئول توجه نشان می‌دهد و ثانیاً، نظام‌نامه رسیدگی به این مسئولیت‌ها اعم از شخصی و فردی و نیز مدنی و کیفری، در چارچوب مشخص و معینی از مبانی و اهداف تعریف شده است. زیرساخت‌های معرفت‌شناسانه با نگاه به تمام زوایای زندگی فردی و اجتماعی و همین‌طور با تعریف فرایند پاسخ‌یابی از مجموعه‌ی کاربرهای موجود در وجود یک انسان، مانند آن‌جایی که قرآن کریم افراد را از هرگونه اظهار نظر غیر عالمانه و یا پیروی‌های کورکورانه بر حذر می‌دارد و می‌فرماید: «إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا؛ چرا که گوش، چشم و قلب همگی در قبال عملکرد خود مسئول‌اند» (الإسراء، ۱۵/۳۶) مطمح نظر است.

بنابراین، به نظر می‌رسد در سیاست جنایی اسلام، از این نظر کاری به ناامنی واقعی و یا توهم

امنیت عمومی ندارد، بلکه با توجه به نوع مصالح و مفاسیدی که در خود افعال و رفتارهای شهروندان مسئول وجود دارد، دست به وضع قوانین و مقررات می‌زند، برخی رفتارهای خشونت‌آفرین را جرم‌انگاری و برخی دیگر را در سطح پایین‌تر به صورت بایدها و نبایدها مورد تأکید قرار می‌دهد. به دیگر سخن از نگاه سیاست جنایی اسلام، حسن و قبح ذاتی افعال است که در واقع مبنای تنظیم روابط فردی و اجتماعی در حوزه رفتارها و نگرش‌ها قرار می‌گیرد و بدینسان، ملاکی است برای مهندسی راهبرد مواجهه با پدیده‌ی جنایی.

پیگیری مباحث در ادامه مشخص خواهد کرد که در کدام یک از فاکتورهای مورد بحث و یا شاخص‌های کلی، بین سیاست جنایی اسلام و اندیشه امنیت‌گرایی اشتراک نظر وجود دارد و در کجاها و چگونه به تفاوت بین آن دو بر می‌خوریم. به همین جهت، ادامه مباحث را با توضیح گونه‌های شاخص امنیت‌گرایی در سیاست جنایی اسلام در مواجهه با خشونت پی می‌گیریم:

۱. امنیت‌گرایی در حوزه تقنین

اگر بپذیریم که «اجتماع بشری را به دریایی می‌توان مانند نمود که اعتبارات و فرضیات مانند امواج پریهاو سطح آن را پوشانده، بر آن غلطان است.» (گلستانی، ۱۳۸۶، ص ۲)، لزوماً باید قوانین و مقررات در خور تدارک دیده شود تا جریان سیر این کشتی سوار بر امواج متلاطم به خوبی پایان پذیرد. در چنین شرایطی است که امنیت‌گرایی در حوزه تقنین معنا پیدا می‌کند اما آنچه مهم است این است که بدانیم امنیت‌گرایی منظور نظر اسلام در حوزه تقنین به چه صورتی است تا مشخص گردد که تفاوت و تقارن آن با امنیت‌گرایی در سیاست جنایی غربی بر چه اساس استوار است و چه ساحت‌های را پوشش می‌دهد. برای مشخص شدن این مبحث، بررسی گذرا به موارد ذیل خواهیم داشت:

۱-۱. تقلیل اختیارات قاضی در انتخاب مجازات

در سیاست جنایی امنیت‌گرایی غربی، هنگامی که «شبکه‌های امنیتی به منظور تقویت نظام کیفری (سیاست جنایی تقویتی) یا برعکس (عموماً در شکل پزشکی - اجتماعی) با هدف جایگزینی نظام کیفری (سیاست جانشینی) ایجاد می‌شوند» (مارتی، ۱۳۹۳، ص ۳۷۲) بحث تقلیل اختیارات قاضی در انتخاب نوع و میزان مجازات به میان می‌آید. به عنوان مثال، «رویه‌های نظارت

الکترونیکی بزه‌کار از طریق مُچ‌بند یا پابند که به موجب مواد ۱۲ و ۱۳ قانون عدالت کیفری ۱۹۹۱ در انگلستان اجرا می‌شود» (پیشین، همان، ص ۳۷۴) فرایند کاهش اختیارات قاضی را به خوبی مشاهده می‌کنیم.

حال پرسشی که وجود دارد این است که سیاست جنایی اسلام در حوزه تقنین، چه نقشی برای قاضی و اختیارات وی در انتخاب مجازات اعم از نوع و یا میزان و روش اجرا در نظر گرفته است. آیا نظام قانون‌گذاری اسلام، دست قاضی را در این زمینه باز گذاشته تا جایی که می‌تواند طبق صلاح‌دید شخصی هر مجازاتی را برای مرتکبین خشونت در نظر بگیرد و یا این که این اختیارات محدود است و او حق ندارد خارج از چارچوب از پیش تعیین‌شده قانونی، به انتخاب و اجرای مجازات طبق میل شخصی به هر شیوه ممکن دست بزند؟

برای پاسخ به این پرسش باید گفت که «علی الاصول، نقش قاضی در آئین دادرسی کیفری اسلامی عبارت است از احراز وقوع جرم و تطبیق آن بر یکی از قوانین خاص یا عام کیفری و تعیین کیفر مشخص یا یک کیفر از میان انواع یا مقادیر پیش‌بینی شده مجازات در شرع یا قانون» (حسینی، پیشین، ص ۱۹۶) دست قاضی در تعیین مجازات کاملاً باز نیست، بلکه وی در این باره ملزم به رعایت چارچوب از پیش تعیین‌شده قوانین است، هرچند نظام قانون‌گذاری اسلامی به گونه‌ای است که دریچه تفسیری درست متون را با استفاده از سازوکارهای لازم اصولی فراوری قاضی باز گذاشته اما این هرگز به این معنا نیست که وی در تعیین و اجرای مجازات بر طبق میل شخصی مطلق العنان حرکت کند.

در بخش آئین دادرسی، شیخ مفید در تبیین وظایف قاضی هنگام رسیدگی به دعوا، وی را ملزم به نگارش مشخصات کامل طرفین دعوا می‌داند (شیخ مفید، ۱۴۱۳، ص ۷۲۲). شهید اول نیز مسئولیت قاضی را در روش رسیدگی به دعوا و کیفیت صدور حکم به خوبی مشخص و از پیش تعیین‌شده می‌داند و معتقد است، قاضی حق ندارد یکی از دوطرف دعوا را راهنمایی کند و مکروه است برای اسقاط حق، پادرمیانی نماید. همچنین وظیفه دارد در صورت انکار فرد منکر در صورتی که خودش علم ندارد از وی بپرسد... (شهید اول، ۱۴۱۰، ص ۸۹). همچنین قاضی نمی‌تواند گواهانی را که داری بصیرت‌اند و از تدین بیشتر برخوردارند جهت مبالغه بیشتر در ارتباط با موضوع شهادت، تحت فشار قرار دهد و یا جداگانه از آنان اخذ شهادت نماید مگر در

صورتی که مشکوک به نظر برسند (شهیدثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۴۱۶). چرا که در نظام‌واره آئین دادرسی اسلام، قاضی ملزم به رعایت قوانین شرعی و مقرراتی است که توسط حکومت اسلامی در اختیار وی قرار داده شده است و اگر در برخی موارد سخن از اعتبار علم قاضی به عنوان وسیله‌ی اثبات جرم و خشونت و یا دیگر موضوعات مورد اختلاف در دعاوی حقوقی به میان می‌آید، هرگز به معنای مبسوط الید بودن وی در رسیدگی به این امور نیست؛ بلکه اعتبار بخشی آن نیز تحت شرایط خاص و در قلمرو قوانین صورت می‌گیرد.

این فرایند در باب حدود و قصاص و حتی دیات نیز به خوبی دیده می‌شود. به عنوان مثال در باب حد سرقت، همه فقهای اسلام اتفاق نظر دارند که در صورت تحقق دیگر شرایط و فقدان عوامل رافع مسئولیت کیفری، قاضی ملزم است دست سارق را قطع کند. محقق سبزواری، قطع دست سارق را یکی از اصول مسلم جزایی اسلام می‌داند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۹، ص ۱۸۲) زیرا هم در قرآن به صراحت روی آن تأکید شده است مانند آیه شریفه که می‌فرماید: «السارق و السارقه فاقطعوا ایدیهمما جزاء بما کسبا؛ دست مرد و زن سارق را در پاسخ به رفتار ارتكابی آنان قطع نمایید» (المائدة، آیه ۳۸) و هم روایات فراوانی در منابع روایی وجود دارد که ضمن برخورداری از اعتبار کافی سندی، دلالت روشنی نیز بر لزوم رعایت آن توسط قاضی دارد. از این نظر باید گفت دست قاضی در انتخاب روش رسیدگی و یا نوع صدور رأی کیفری و گزینش مجازات از همان ابتدا توسط قانون‌گذار بسته شده و وی موظف به رعایت آئین دادرسی از مرحله کشف، تحقیق و تعقیب مجرم خشن گرفته تا صدور و اجرای مجازات می‌باشد.

تنها جایی که دست قاضی تا حدودی در تعیین برخی مجازات‌ها و گاه انتخاب نوع و شیوه‌ی اجرا باز است، بحث مجازات‌های تعزیری^۱ است. بر اساس روایات رسیده، میزان تعزیر کم‌تر از

۱. ناگفته نماند که تمامی مجازات‌های اسلامی و از جمله تعزیر، مبتنی بر ملاک است و «ملاک در اجرای تعزیر ملاحظه مصلحت است. در صورت وجود مصلحت حاکم می‌تواند حکم به اجرای تعزیر دهد؛ هرچند فعل انجام شده گناه و معصیت نباشد... و فقط ارتکاب حرام موجب تعزیر می‌گردد و در ترک مستحبات و انجام مکروهات تعزیر نیست... در تعزیر غیر مقدر حاکم در نوع و مقدار تعزیر اختیار دارد و می‌تواند مجرم را به کم‌تر از حد تعزیر نماید. بر خلاف آن، تعزیر مقدر در مورد جرائمی اعمال می‌گردد که از طرف شارع اندازه عقوبت آن مشخص شده است و می‌توان آنها را تعزیر منصوص نامید...» (انصاری، ۱۳۸۶، صص ۸۷، ۸۸ و ۹۳). مجازات تعزیری در میان دیگر مباحث حقوق کیفری اسلام، قلمروی زیادی را از نگاه مبانی، ساختار و دسته‌بندی‌های گوناگونی که فقهیان اسلامی باتوجه به منابع اجتهادی برای آن در نظر گرفته‌اند، به خود اختصاص داده است و از آنجا که رویکرد این نگارش صرفاً اشاره تحلیلی گزرا به موضوع است لذا از ارائه توضیح بیشتر که منجر به دور افتادن از اصل مبحث می‌شود، خودداری نموده و در این زمینه خوانندگان محترم می‌توانند به مباحث مفصل فقهی مراجعه نمایند.

حد مشخص شرعی است؛ مانند روایت حماد بن عثمان از امام صادق^(ع) راجع به مقدار مجازات تعزیری سؤال می‌کند، حضرت در پاسخ می‌فرماید کم‌تر از حد است... و در نهایت به این جمله بسنده می‌کند که تعیین مقدار تعزیر بستگی به نظر قاضی دارد و او می‌تواند با توجه به نوع جرم ارتكابی و قدرت بدنی مرتکب، وی را تعزیر نماید. (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۲۴۱). به همین جهت معمولاً برخی از فقهای اسلامی از تعزیر به عنوان یک مجازات بازدارنده و تعبدی الهی در مواجهه با کسانی نام می‌برند که انجام واجبات را دستخوش اختلال نموده و یا به انتشار هرگناه و قبحی کمک کرده باشد (حلی، ۱۴۰۳، ص ۴۱۶)، ولی اهمیت موضوع تا آنجا است که قاعده مستقل فقهی تحت عنوان «التعزیر بما یراه الحاکم» یا «التعزیر بما دون الحد» بحث گسترده‌ای را به خود اختصاص داده است. از مجموع مباحث روایی و فقهی در این باب به دست می‌آید که در مقوله مجازات‌های تعزیری دست قاضی را تا حدودی در انتخاب میزان و نوع مجازات باز گذاشته، بر خلاف نظریه‌ی امنیت‌گرایی که در این قسمت به طور کلی دست قاضی را بسته و حوزه اختیارات وی را محدود نموده است.

تذکر این نکته ضروری است که سیاست جنایی تقنینی اسلام، هرگز دست قاضی را در جرم‌انگاری رفتارها و تعیین میزان مجازات بر اساس سلیقه و برداشت شخصی باز نگذاشته است؛ بلکه در حوزه قانون‌گذاری از همان اول بین رفتارهای مجرمانه‌ی دارای میزان بالای از خطرآفرینی و رفتارهای کم‌خطر و یا صرفاً انحراف تفکیک نموده است، لذا تصور برخی از نویسندگان غربی^۲

۱. الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ مُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُثْمَانَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ كَيْفَ التَّعْزِيرُ فَقَالَ دُونَ الْحَدِّ قَالَ قُلْتُ دُونَ ثَمَانِينَ قَالَ فَقَالَ لَا وَ لَكِنْ دُونَ الْأَرْبَعِينَ فَإِنَّهُ حَدُّ الْمَمْلُوكِ قَالَ قُلْتُ وَ كَيْفَ ذَلِكَ قَالَ قَالَ عَلَى قَدْرِ مَا يَرَى الْوَالِي مِنَ ذَنْبِ الرَّجُلِ وَ قُوَّةَ بَدَنِهِ.

۲. به گفته سید محمد حسینی «وجود (قیاس) به عنوان یکی از منابع استنباط احکام در بعضی از مکاتب فقهی اسلامی وجود (تعزیر) به عنوان مجازات و اگداشته شده به حاکم، موجب پیدایش این پندار نزد پاره‌ای از نویسندگان خارجی فاقد آشنایی کافی با سیاست جنایی اسلام شده که قاضی می‌تواند عملی را (جرم‌انگاری- تجریم) کند و هرگونه بخواهد کیفر نماید. چنانکه مادام دلماس مرتی نوشته است: حقوق کیفری اسلام با منابع آن که نشان دهنده عدم امکان تفکیک جرم و انحراف می‌باشد، مشخص می‌شود در کنار قرآن، سنت و اجماع، قیاس و بالاخره تعزیر که حاکی از تفویض قدرت بی قید و شرط به قاضی است تا جرائم و مجازات‌ها را تعیین کند.» (همو، همانجا، ص ۱۶۶، به نقل از؛ Mirelle Delmas-marty, 1988, p.210). ایشان در ادامه به نقد عبدالقادر عوده اشاره می‌کند که به باور ایشان «... برخی به خطا پنداشته‌اند که شریعت اسلامی جرائم تعزیری را تعیین نکرده و این مهم را به قاضی واگذاشته است. اینان از این پندار غلط نتیجه گرفته‌اند که اختیار قاضی در این زمینه خودسرانه است و جرائم تعزیری و کیفرهای آن‌ها نامشخص می‌باشند و به قاضی واگذار شده‌اند؛ قاضی اگر خواست عملی را -هر چند مسبوق به منع نباشد- کیفر دهد، می‌دهد و اگر نخواست مجازات نمی‌کند. این سخن، باطل و مبتنی بر پندارهای بی پایه و اساس است...» (پیشین، ص ۱۹۷ به نقل از؛ عبدالقادر عوده، ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۱۴۲).

در این زمینه کاملاً نادرست بوده و دفاع عبدالقادر عوده درست و منطقی می‌نماید. پرواضح است که در سیاست جنایی اسلام، وقتی سخن از تعزیر به میان می‌آید مقصود خودمختاری قاضی در تعیین مجازات در حوزه قانون‌گذاری نیست.

مقصود این است که قاضی جنایی اسلامی، موظف است در ساختار از پیش تعیین شده و تفکیک مشخصی که بین رفتارها خشونت‌آمیز پرخطر و انحرافات و خطاهایی که خطرآفرینی بالایی ندارند شده است، مرتکبان را باتوجه به نوع عمل ارتكابی و شرایط حاکم بر توانایی‌های جسمانی و ویژگی‌های روحی و روانی وی محکوم به مجازات نماید. اتفاقاً این حُسن یک سیاست جنایی است که ضمن محدود نمودن حوزه اختیارات قاضی در برخی حوزه‌ها، دست وی را در انتخاب مجازات متناسب با وضعیت حاکم بر جسم و روح فرد خشونت‌گرا در نظر بگیرد. تا علاوه بر رعایت شاخصه‌های تقنینی، زمینه بازسازی و اصلاح‌پذیری مجرم خشونت‌آفرین که یکی از اهداف مجازات به شمار می‌رود را نیز فراهم آورد.

به دیگر سخن، سیاست‌گذار جنایی اسلام، از یک سو قاضی را در بخش مجازات‌های تعزیری مکلف به اجرای قوانین از پیش تعیین شده شرعی و وضعی می‌نماید و از سوی دیگر، به وی این اختیار را می‌دهد که ضمن بررسی شخصیت مجرم خشونت‌آفرین و رعایت تناسب بین عمل ارتكابی و خصوصیات روحی و روانی او، مجازات سازنده را در نظر بگیرد. اختیاری که کاربرد دوسویه دارد. از طرفی عدالت کیفری به اجرا گذاشته می‌شود و مجرمی بدون مجازات باقی نمی‌ماند و از طرف دیگر، فرایند بازسازی شخصیت فرد خشونت‌ساز به‌منظور بازگشت به زندگی سالم اجتماعی تسهیل می‌گردد؛ زیرا «به اعتقاد فقهای شیعه تعزیر از جهت کثرت محدود است و باید به مقدار حد نرسد» (انصاری، همان، ص ۸۸؛ به نقل از؛ شهید اول، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۴۲) و این محدودیت، در کنار بسط‌پذیری بودن قاضی قابل تفسیر است. اینجاست که سیاست جنایی اسلام از نگاه تقنینی در حوزه اعطای اختیارات به قاضی جهت انتخاب مجازات، با سیاست جنایی امنیت‌گرایی غربی فاصله می‌گیرد.

۲-۱. فردی کردن ضمانت اجرای کیفری

مقصود از فردی کردن ضمانت اجرای کیفری، در واقع همان فردی کردن مجازات‌ها است. «اصل فردی کردن مجازات‌ها به‌عنوان یکی از اصول مترقی حاکم بر مجازات‌ها که استثنایی سهل و

ممتنع بر اصل قانونی بودن مجازات‌ها وارد نموده است به معنی اعمال و اجرای مجازات متناسب با شخصیت و ویژگی‌های جسمی، روانی و اجتماعی فرد مجرم است که به اعتبار ماهیت جرم ارتكابی و یا خصوصیات مجنی علیه از طرف مقنن پیش‌بینی شده است و از سوی قوای قضائیه و مجریه به منصف ظهور رسیده است و ممکن است حسب مورد منجر به تشدید تخفیف یا تعلیق و... مجازات شود» (راد، ۱۳۸۳)؛ و در نظریه امنیت‌گرایی، «دغدغه شخصی کردن ضمانت اجرا، قاضی را ناگزیر از پذیرفتن فاصله‌های گاه بسیار زیاد میان کیفرهای پیش‌بینی شده در متون قانونی و کیفرهای صادره در احکام محکومیت می‌کند، چنان‌که کیفر ممکن است (جدای از جرم و بی‌تناسب) به اجرم ارتكابی متجلی شود. قانون امنیت و آزادی در مقام تقلیل این فاصله‌ها از طریق عینی کردن سازوکارهایی چون تکرار جرم، کیفیات مخففه، تعلیق یا کیفرهای جان‌نشین حبس، آن‌هم تنها برای جرائم خشونت‌آمیز بود.» (لازرژ، همان، ص ۱۰۲)

ابتدا فردی کردن مجازات‌ها یا به تعبیر دیگر، ضمانت اجرای کیفری، در قانون جزای فرانسه پس از انقلاب پی‌ریزی و سپس قوانین دیگر کشورهای غربی از آن تأثیر پذیرفت؛ اما در سیاست جنایی اسلام، این موضوع هرچند به این عبارت در ابتدا شناخته شده نبود، ولی تمامی مشخصات آن در منابع اولیه قانون‌گذاری اسلامی اعم از آیات قرآن و روایات معصومین^(ع) به وضوح قابل فهم و استنتاج بوده و هست.

سید محمدحسینی در این زمینه می‌نگارد: «انطباق احکام شرعی با مقتضیات زمانی و مکانی را می‌توان نوعی (فردی‌سازی) احکام اسلامی در سطح گسترده‌ی زمانی و مکانی دانست. نوع دیگری از این فردی‌سازی در انطباق احکام شرعی با وضعیت‌های ویژه‌ی شخصی دیده می‌شود که به نوبه‌ی خود سهم مهمی در عدم ثبات منطقه‌ی الزام در سیاست جنایی اسلام دارد.» (حسینی، ۱۳۸۳، ص ۱۰۲)

بازکاوی بیشتر این مسئله نیازمند بررسی بیشتر نگاه اسلام در ارتباط با اهداف مجازات‌ها است. بدون تردید به هر میزان که بتوان به این دیدگاه نزدیک شد و با مراجعه به منابع دست اول پژوهش‌های نوین فقهی را سامان داد و در کنار آن بررسی فلسفه احکام به خصوص فلسفه مجازات‌ها اعم از حدود، دیات و تعزیرات را با دقت بیشتر پی گرفت، به همان میزان می‌توان نوع نگاه سیاست جنایی اسلام را در قبال فردی کردن مجازات‌ها به دست آورد.

برخی از پژوهش‌گران بر این باورند که در سیستم حقوق کیفری اسلام تنها یک هدف برای انواع مجازات‌ها مورد نظر نبوده است، بلکه در انواع مختلف مجازات‌ها هدف خاصی هدف عمده و اساسی را در آن مجازات تشکیل می‌دهد. در قصاص و دیات اجرای عدالت...، در حدود دفاع از ارزش‌های اساسی مورد نظر اسلام... و در تعزیرات اصلاح و بازپروری بزهکار نقش اساسی را ایفا می‌کند.

با نگاهی به اهداف مجازات‌ها در می‌یابیم که در حدود، قصاص و دیات که اجرای عدالت و حفظ ارزش‌های اساسی جامعه اسلامی مورد نظر است، طبعاً فردی کردن مجازات؛ یعنی تناسب مجازات با شرایط و خصوصیات جسمی و روحی روانی بزهکار، در درجه اهمیت کم‌تری قرار خواهد گرفت و آن‌گاه که در تعزیرات هدف اساسی اصلاح و تربیت بزهکار است، توجه به فردی کردن مجازات، امری ضروری و اساسی خواهد بود. (ابهری، ۸۳، صص ۱۵۸ و ۱۵۹).

به‌طور مثال در قصاص که پاسخ سخت کیفری آن هم از نوع سلب حیات به جنایتی منجر به کشتن یک انسان توسط انسان دیگری است، بازتاب فردی کردن ضمانت اجرا را به راحتی می‌توان مشاهده کرد. معمولاً فقهای اسلامی با توجه به سازوکار اجتهاد و استنباط احکام اسلامی از جمله مجازات‌ها از منابع معتبر در بسیاری موارد نظرات مخالف و متفاوت با یک دیگر ابراز می‌نمایند. جدای از این که چنین اختلاف نظرهای بر چه اساسی استوار است و در جای خود بهتر است مورد بحث قرار گیرد، ولی در رابطه با فردی کردن مجازات‌ها که بیانگر نوع نگاه سیاست جنایی امنیت‌گرای اسلام در قبال خشونت است، تفاوت چندانی وجود ندارد.

قتل از آن گونه مواردی است که به گفته‌ی برخی از صاحب‌نظران «نزد فقهای مذاهب اسلامی با توجه به قصدها و انگیزه‌ها و دیگر ویژگی‌ها و از جهت شیوه ارتکاب و ابزارهای مورد استفاده در دسته‌بندی‌های گوناگونی قرار گیرد، به گونه‌ای که هر یک ممکن است در چارچوب احکام و شرایط مخصوصی، گونه‌های متفاوتی از کیفرهای اسلامی را یکدک بکشد... از این جهت اختلاف نظر شدیدی بین مذاهب فقهی بلکه بین برخی فقهای یک مذهب در باره تعداد و انواع قتل مشاهده می‌شود. مثلاً فقهای امامیه، حنابله، شافعیه و برخی از زیدی‌ها، قتل را سه نوع (عمد، شبه عمد و خطاء محض)، مالکیه و گروه دیگری از زیدی‌ها دو نوع و حنفی‌ها آن را پنج نوع می‌دانند» (شمس الدین، ۱۴۲۹، ص ۱۵ و ۱۶).

علاوه بر دسته‌بندی‌های گوناگون در ماهیت، نوع ابزار به کار رفته و همین‌طور انگیزه مرتکب، شرایط روحی و روانی وی هنگام ارتکاب آن نیز به دقت منظور نظر است. چه بسا فردی که در یک شرایط روحی و روانی خاص مثلاً هنگام ابتلا به جنون و یا دیگر علل و عوامل رافع مسئولیت کیفری^۱، با همان تفصیل که در منابع فقهی به آن پرداخته شده دست به ارتکاب قتل بزند، قطعاً با برخورد قضایی متفاوت با کسی که در شرایط عادی و سلامت کاملی روانی هم‌سان با برنامه‌ریزی قبلی کسی را به قتل می‌رساند، مواجه خواهد بود؛ زیرا بر اساس قواعد کلی حاکم بر مجازات‌ها «هر عملی که قانون منع کرده، پیوسته به اعمال مجازات نمی‌انجامد و همواره عدم مجازات، ناشی از یک دلیل نیست؛ گاهی دلایلی مانع محکومیت می‌شود و گاهی پس از محکومیت، مجازات به دلایلی ساقط می‌شود» (سجادی‌نژاد، ۱۳۸۳، ص ۱۰۳) ایجاب می‌کند هر عمل خشن و مجرمانه باید با پاسخ قاطع دستگاه قضایی مواجه شود و این که گاه رفتارهای هرچند کیفری از دایره ضمانت اجرای سرکوب‌گرانه خارج و عنوان مجازات کاملاً ساقط می‌گردد، به چیزی جز فردی کردن مجازات‌ها قابل تفسیر نیست. عین همین تفسیر و ارزیابی در دیگر مجازات‌ها از قبیل دیات و تعزیرات صادق است.

بنابراین، در سیاست جنایی اسلام نیز رویکرد فردی کردن مجازات و یا ضمانت اجرای کیفری وجود دارد. با این تفاوت که رویکرد سیاست جنایی غربی به مقوله فردی کردن، صرفاً توهّم توطئه و احساس عمومی ناامنی است، ولی در سیاست جنایی اسلام، این نگاه نه بر اساس توهّم ناامنی عمومی مانند قانون امنیت و آزادی فرانسه که بر اساس حسن و قبح ذاتی افعال که در نهایت برخی از آنان به گرایش افراد به کج‌رفتاری خشونت‌بار منجر می‌گردد و به نوعی ناامنی حقیقی یا واقع خارجی را به وجود می‌آورد، استوار است. البته باید توجه داشت وقتی از ناامنی واقعی سخن می‌گوییم، منظور ما میزان آماری رفتارهای خشونت‌باری که در سطح جامعه اتفاق می‌افتد نیست، چرا که اولاً کشف این نوع بزهکاری دشوار است و ثانیاً، وظیفه قانون‌گذار و شارع اسلامی در قوانین الهی، ارائه گزارش‌های میدانی از میزان وقوع خشونت نیست تا بگوییم چه تعداد از

۱. بر اساس آموزه‌های حقوق کیفری «برای تحقق جرم در عالم خارج، ضرورت دارد فرد یا افرادی عمل ممنوع قانونی را به صورت عینی نمایان سازند و بر خلاف قدیم الایام، امروزه صرف داشتن اندیشه مجرمانه جرم و قابل مجازات نمی‌باشد» (دکتر علی غلامی، ۱۳۹۱، ص ۴۱؛ به نقل از صانعی ۱۳۷۴ ج ۱ ص ۲۵۳)، رفتارهای خشونت‌بار باید در خارج محقق گردد وگرنه صرف داشتن انگیزه ارتکاب خشونت که به نحوی تداعی کننده، همان توهّم ناامنی برای بزه دیدگان و جامعه باشد، نمی‌توان کسی را تحت پیگرد کیفری قرار داد.

رفتارهای خشن و در چه بخش‌های به کدامین شکل و شیوه اتفاق افتاده و بخواهیم بر اساس آن توقع داشته باشیم قانون‌گذار اسلامی، سیاست مواجهه با پدیده خشونت‌بار جنایی را در اختیار ما قرار دهد. بلکه نظام قانون‌گذاری اسلامی با اشراف کاملی که بر وجود و ساختارهای پیچیده‌ی فیزیکی انسان دارد و از مصالح و مفسدات آینده و ظرفیت خشونت جنایی وی کاملاً باخبر است، به وضع مقررات گوناگون می‌پردازد.

انسان از نگاه اسلام تعریف‌های متفاوتی دارد. گاه در مقام بالاتر از فرشتگان قرار می‌گیرد و گاه در مرحله‌ی پایین‌تر از چهارپایان؛ زیرا انسان، آنگونه در قرآن از او به‌عنوان موجود بی‌حوصله و کم‌طاقة در برخورد با پیشامدها: «إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعاً، إِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعاً؛ به یقین انسان حریص و کم‌طاقة آفریده شده است، هنگامی که بدی به او رسد بیتابی می‌کند» (المعارج، آیه ۱۹ و ۲۰) از آن جهت که در زندگی اجتماعی با منافع متضاد مواجه است، یادشده است. قانون‌گذار اسلامی از ابتدا می‌داند که این انسان از نگاه روحی و روانی و حتی ساختارهای فیزیکی و تمایلاتی که در او وجود دارد به‌گونه‌ای است که در بسیاری موارد به نقض مقررات اجتماعی دست می‌زند، به حقوق دیگران تجاوز می‌کند، در مقوله‌ی غرایز تابع هواها و هوس‌ها است، لذا متناسب با آن و در راستای پیشگیری اولیه از ارتکاب خشونت و یا بازدارندگی در مراحل دوم و سوم نیز، مقرراتی را وضع می‌نماید. این خیلی متفاوت است با دیدگاهی که هیچ‌گونه اطلاعی از ساختار و مقتضیات حاکم بر رفتار شهروندان ندارد و صرفاً با توهّم عمومی مبنی بر وقوع ناامنی احتمالی دست به وضع قوانین و مقررات می‌زند.

۳-۱. قلمرو اختیارات پلیس در زمینه کنترل هویت افراد در معابر مکان‌های عمومی

امنیت اجتماعی، یکی از ضروری‌ترین نیازهای فرد، گروه و جامعه می‌باشد و ادامه‌ی حیات و بقای جوامع بدون آن مشکل و غیر ممکن خواهد بود. (کریمایی علی و همکاران، ۱۳۸۹، ص ۲، به نقل از آزر، ۱۹۸۸، ۲۷۹) بدون تردید، تأمین نظم و امنیت اجتماعی یکی از رسالت‌های اصلی دولت‌ها است. نیروهای پلیس که زیر مجموعه قوه مجریه و بازوی اجرایی قوه قضائیه هستند، به‌طور کلی بخشی از وظایف آنان را همین تأمین امنیت عمومی جامعه تشکیل می‌دهد.

از نگاه سیاست جنایی مبتنی بر امنیت‌گرایی، پلیس دارای اختیارات وسیعی است و می‌تواند از این اختیارات در زمینه کنترل هویت افراد در معابر و مکان‌های عمومی در مبارزه با خشونت

استفاده نماید. حال پرسشی که وجود دارد این است که در سیاست جنایی اسلام قلمرو اختیارات پلیس تا کجا است. به دیگر سخن آیا پلیس حکومت اسلامی می‌تواند مانند پلیس غربی، معابر و مکان‌های عمومی را تحت نظر بگیرد تا از این طریق به هویت افراد دسترسی داشته باشد؟ پاسخ‌دهی به این پرسش مستلزم بازکاوی مختصر از نگاه سیاست جنایی اسلام به حریم خصوصی است و این که اولاً قلمرو این حریم تا کجا است و ثانیاً، حکومت تا چه اندازه می‌تواند دست نیروهای پلیس را برای نظارت شهروندان باز به ویژه در معابر عمومی باز بگذارد.

بازتعریفی که برخی از پژوهشگران از تعریف فقهی حریم خصوصی ارائه داده‌اند، بسیار متفاوت با تعریف حقوق‌دانان غربی است و اگر بخواهیم به بررسی و نقد و ابرام آن‌ها بپردازیم، به مجال بیشتری نیاز است، اما با توجه به فرصت محدودی که داریم، به اشاره مستقیم یکی از دو تعریف مقارن با موضوع بحث، بسنده می‌کنیم. به عنوان مثال، «حریم خصوصی، آن بخش از زندگی هر انسان است که در آن از آزادی در برابر بازخواست و کیفر حقوقی، برخوردار می‌باشد و هرگونه تصمیم‌گیری درباره آن و نیز اطلاع، ورود و نظارت بر آن منحصراً در اختیار اوست و مداخله دیگران در آن یا دسترسی به آن بدون اذن او مجاز نیست». (اسکندری، ۱۳۸۹، ص ۱۵۷) و یا «حریم خصوصی محدوده‌ای از زندگی شخصی است که به وسیله قانون و عرف تعیین شده و ارتباطی با عموم ندارد به نحوی که دخالت دیگری در آن ممکن است باعث جریحه‌دار شدن احساسات شخص یا تحقیر شدن وی نزد دیگران به عنوان موجود انسانی شود.» (موسوی و ساریخانی، ۱۳۹۰؛ به نقل از: رحمدل، ۱۳۸۴، ص ۱۲۸)

در چنین فرضی که حریم خصوصی را مجموعه شرایط و اوضاع و احوال مربوط به زندگی فرد بدانیم، بدون تردید، این شرایط در معابر و مکان‌های عمومی نیز صادق است. چرا که هرچند افراد برای انجام کارهای روزمره خود ناگزیر است از معابر عمومی استفاده کنند، به وسیله‌ی وسایل حمل و نقل عمومی به محل کار و جاهایی که نیاز دارند منتقل شوند، ولی همین‌ها نیز همچنان بخشی از زندگی شخصی وی محسوب می‌شود. لذا همچنان که افکار، باورها و مسائلی از این دست، در قلمرو حریم خصوصی جای می‌گیرد، هویت افراد که به یقین بخش بارزی از زندگی شخصی می‌باشد نیز با حریم خصوصی او هم‌پوشی و ارتباط مستقیم دارد.

بنابراین، هرچند قانون مربوط به نیروی انتظامی ایران مصوب ۱۳۶۹ در ماده ۳ هدف از تشکیل

این نهاد را تأمین امنیت و آسایش عمومی می‌داند و در ماده ۴ یکی از وظایف آن را نظارت بر اماکن عمومی و انجام سایر امور مربوط به اماکن مذکور بر می‌شمارد، ولی باید توجه داشت که اولاً، بین نظارت بر اماکن عمومی و مسائل مربوط به آن و نظارت بر هویت شخصی افراد تفاوت اساسی وجود دارد، ثانیاً دیگر قوانین مربوطه قلمرو این نظارت را به خوبی مشخص نموده که به خودی خود، بحث نظارت بر هویت افراد به استثنای مظنونین به ارتکاب خشونت و یا افراد دارای حالت خطرناک، دیگر افراد مشمول آن قرار نمی‌گیرد.

با مشخص شدن محدوده حریم خصوصی و این که این حریم تنها به مسکن و محل زندگی شخصی افراد محدود نیست؛ بلکه حتی در معابر و مکان‌های عمومی این افراد دارای از چنین حریمی برخوردارند و هیچ‌کسی نمی‌تواند بدون اطلاع قبلی وارد آن شود و حتی هویت افراد را که بخشی از زندگی شخصی وی است، تحت نظارت قرار دهد.

مراجعه به منابع فقه اسلامی مشخص می‌کند که توجه به حریم خصوصی در نگاه سیاست جنایی اسلام اهمیت ویژه‌ای دارد. روایات فراوانی در منابع روایی وجود دارد که در بسیاری از آن‌ها به‌طور مشخص از ورود دیگر افراد به حریم خصوصی شهروندان به خصوص در منازل و محل اقامت شخصی آنان منع شده و در صورتی که تذکر فایده نداشته باشد، حق دفاع مشروع برای بزه‌دیدگان معنوی را کاملاً به رسمیت شناخته تا جایی که در بسیاری از این روایات، حتی اجازه برخورد شخصی بدون طرح شکایت در دادگاه به خود افراد نیز داده شده و ایراد هرگونه خسارت جانی و مالی را غیر مضمون دانسته‌اند. صحیح‌ه محمد بن مسلم از امام باقر^(ع) از آن دسته روایاتی است که در جرم‌انگاری ورود به حوزه حریم خصوصی صراحتاً دلالت دارد. «فقه‌های اسلامی با تکیه بر همین دسته از روایات، فتوا به حرمت ورود افراد به حریم خصوصی دیگران داده و آن را جرم دانسته‌اند. قطب الدین کیدری، معتقد است کسی که به حریم دیگری سرک بکشد و در اثر دفاع وی چشمش را از دست بدهد و یا بمیرد، ضمان و کفاره ندارد (محمدبن حسین، ۱۴۱۶ هـ،

۱- «وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ قَالَ عَوْرَةُ الْمُؤْمِنِ عَلَى الْمُؤْمِنِ حَرَامٌ وَقَالَ مَنْ أَطْلَعَ عَلَى مُؤْمِنٍ فِي مَنْزِلِهِ فَعَيْنَاهُ مُبَاحَتَانِ لِلْمُؤْمِنِ فِي تِلْكَ الْحَالِ وَمَنْ دَمَرَ ۱ عَلَى مُؤْمِنٍ فِي مَنْزِلِهِ بِهِ غَيْرِ إِذْنِهِ فَدَمَهُ مُبَاحٌ لِلْمُؤْمِنِ فِي تِلْكَ الْحَالِ...؛ ... حضرت فرمودند: عوره مؤمن بر مؤمن حرام است و فرمود کسی که از منزل مؤمن سرک بکشد، در چنین شرایطی هردو چشمش برای صاحب منزل مباح است و کسی که بدون اجازه وارد منزل کسی شود، خونسش برای صاحب منزل مباح می‌باشد...» (محمدبن علی بن بابویه قمی، ۱۴۱۳ هـ، ج ۴، ص ۱۰۴)

ص ۵۱۱). این نظر تنها مخصوص ایشان نیست، بلکه طرفدار فروانی در میان فقها دارد که اگر نگوییم اجماعی است، به جرأت می‌توان آن را از مشهورات فقهی بر شمرد.

محقق حلی در شرایع (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۷۷)، علامه حلی در تحریر، (حلی، ۱۴۲۰، ج ۵، صص ۳۷۶ و ۳۸۷)، محقق حلی در ایضاح (حلی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۵۴۶)، شمس الدین حلی در معالم الدین (حلی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۵۱۹)، همگی بر این دیدگاه اتفاق نظر دارند. شهید ثانی نیز در مسالک (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۵۵) با استناد به صحیح حلی، همچنان که دفاع از حریم را متوجه فعل حرام می‌داند، نگاه حرام را به دلیل مشترک بودن در هتک حرمت حریم خصوصی، تحت این عنوان قرار می‌دهد. این در حالی است که از فقه‌پژوهان معاصر، محمد جواد مغنیه به نقل از صاحب جواهر، در این زمینه ادعای اجماع می‌کند در این (مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۶، ص ۲۹۵). همچنین محقق خویی علاوه بر روایات وارده، ادعای عدم خلاف بین فقها را پیش می‌کشد (خویی، ۱۴۲۲، موسوعه ۴۱، ص ۴۲۳).

در اینجا ممکن است این پرسش مطرح شود که موضوع بیان روایات و دیدگاه فقها، تنها شامل محل سکونت و یا حریم جسمانی را در بر می‌گیرد، آن هم از نوع نگاه مجرمانه ولی در نظارت‌های پلیسی هدف این نوع نگاه نیست؛ بلکه نظارتی است که روی هویت افراد به منظور کنترل رفتارهای آنان انجام می‌گیرد تا در صورت تخطی از قوانین و مقررات و یا حرکت به سمت ارتکاب خشونت پلیس علاوه بر این که بتواند به سرعت با وقوع خشونت مقابله نموده و از ورود خسارت‌های احتمالی به دیگر شهروندان در معرض خطر پیشگیری نماید. از این رو، نمی‌توان این دیدگاه فقهی را نوع سیاست جنایی اسلامی در راستای محدودیت اختیارات پلیس در زمینه‌ی کنترل هویت افراد در معابر و مکان‌های عمومی دانست.

در پاسخ اجمالی به پرسش می‌توان گفت که هر چند بحث‌های مطرح در روایات و گفتمان‌های فقهی، بیشتر روی مکان‌های شخصی محل سکونت افراد و یا شرایط جسمانی آنان متمرکز است، ولی با توجه قواعد عمومی حاکم جرم بودن هرگونه تجسس راجع به زندگی خصوصی افراد که ریشه‌ی قرآنی دارد^۱ و هویت وی در معابر عمومی نیز در این قلمرو شامل است، محل سکونت و

۱. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا... این مؤمنان از بدگمانی‌های فراوان پرهیز نمایید چرا که بعضی از گمانها گناه است و هم دیگر را نباید (حجرات، ۱۲/۴۹).

یا منزل و موارد دیگری از این دست، خصوصیتی ندارد؛ بلکه این‌ها صرفاً به‌عنوان نمونه و مصداق بارز مورد پرسش و پاسخ مراجعه‌کنندگان مطرح بوده‌اند؛ بنابراین، با توجه به عام قرآنی و روایات فوق، به این جمع‌بندی می‌رسیم که پلیس در سیاست جنایی اسلامی، به استثنای موارد خاص^۱، مجاز به کنترل هویت شخصی شهروندان نیست و نمی‌تواند با نصب دوربین‌های مدار بسته، به پاییدن هویت فردی آنان بپردازد؛^۲ بلکه آنچه که این نهاد نظامی می‌تواند و مجاز است به آن مبادرت ورزد، کنترل مکان‌های عمومی به‌منظور پیشگیری از وقوع خشونت است که با کنترل هویت شخصی شهروندان تفاوت آشکاری دارد. به‌طور کلی، می‌توان ادعا کرد که سیاست جنایی تقنینی اسلام با سیاست امنیت‌گرایی غربی در بارزترین نقطه تفاوت قرار می‌گیرد و مسیر کاملاً مشخصی را می‌پیماید.

۲. امنیت‌گرایی در حوزه اجراء

از دیگر مراحل امنیت‌گرایی در حوزه‌ی اجرای قوانین و مقررات است. با اشاره کوتاهی که به سیاست جنایی امنیت‌گرایی غربی داشتیم، مشخص گردید که این نظریه از همان آغاز مسیر متفاوتی را در پیش گرفته و به‌طور کلی، دست قاضی را در اجراء از کشف، تحقیق و تعقیب خشونت و مجرم خشونت‌آفرین گرفته تا فرایند رسیدگی به صدور حکم و اجرای مجازات بسته است. هرچه قانون‌گذار به تصویب برساند، قاضی ناگزیر به اجرای همان است و بس. البته ناگفته نماند که هرچند ماده اول قانون ۲ فوریه ۱۹۸۱ «هرگونه ایراد صدمات و لطمات خشونت‌آمیز علیه اشخاص و اموال، بنابر مقررات زیر که هدف آن‌ها حمایت از آزادی فرد، تقویت امنیت و مبارزه با بزهکاری، همراه با تضمین سرعت در آئین دادرسی و حتمیت کیفر است، تعقیب می‌شوند»

۱. در سیاست جنایی اسلام، منع تجسس و دخالت، منحصر به امور شخصی و زندگی افراد است لیکن در مورد مسائلی که با امنیت عمومی جامعه در ارتباط بوده و حقوق عامه مردم را در معرض تضییع و تفریط قرار می‌دهد تجسس و بازرسی مورد تأکید واقع شده است... این دیدگاه سیاست جنایی اسلام در رابطه با دخالت در زندگی شخصی دیگران توسط افراد یا دولت و حاکمیت است؛ در مقررات کیفری نیز این نوع سیاست قابل ملاحظه است چنان‌که مثلاً در جرم زنا برای اجرای حکم به اجرای حد شرط‌های متعددی ذکر می‌کند که فقدان هرکدام اجرای حد را نا ممکن می‌سازد... (سید محمود میرخلیلی، ۱۳۸۸، ص ۲۴۴).

۲. به همین جهت برخی از محققان معتقد اند «در اسلام نمی‌توان حیطه‌ای را تعیین نمود که حکومت اسلامی مطلقاً از قانون‌گذاری در آن نهی شده باشد، یا دست‌کم نمی‌توان ادعا نمود همه مصادیق شناخته شده خصوصی در ادبیات حقوقی غرب، در اسلام نیز خصوصی تلقی می‌شوند. ام از سوی دیگر بر اساس فقه اسلامی، کلیه رفتارهای شهروندان و زندگی خصوصی آنان نیز در معرض دخالت حکومت اسلامی نخواهد بود؛ یعنی برخورد حکومت اسلامی با آن‌چه در غرب حیطه خصوصی نامیده می‌شود، برخوردی ویژه و مختص به‌خود است.» (قیاسی، همان، ۲۵۵)، نگاه سیاست جنایی اسلام در مواجهه با حریح خصوصی بسیار متفاوت با سیاست جنایی غربی است.

فرایند رسیدگی به در دعوای کیفری را تسریع می‌کند ولی به گفته لازرژ، «از نظر کارآیی سیاست جنایی که پیش از هر چیز داعیه (سرکوب‌گری) دارد، پیش‌بینی جرائم (باعنوان‌های مجرمانه‌ی) کلی در قانون معقول است، ولی از نظر رعایت اصل قانونمندی جرائم و مجازات‌ها و اصل تفسیر مضیق قابل اعتراض می‌باشد و قاضی مسئول اجرای مجازات‌ها برای بعضی مجازات‌ها و بعضی بزه‌کاران - کسانی که مرتکب جرائم خشونت‌آمیز نشده‌اند - اختیارات گذشته خود را حفظ می‌کرد؛ اما برای جرائم و مجرمان دیگر - یعنی مباشران جرائم خشونت‌آمیز - این قاضی به وسیله‌ای برای یک سیاست اداری اجرا و اعمال ضمانت اجراها تبدیل می‌شد که دیگر نمی‌توانست آن را بر اساس شخصیت و علایم بازپذیری اجتماعی محکومان مختلف تغییر بدهد» (لازرژ، ۱۳۸۲، صص ۹۸، ۱۰۱ و ۱۰۵)؛ که در این صورت، شرایط حالت اجرا کاملاً متفاوت جلوه می‌کند و همچنان دست قاضی به صورت نیمه باز باقی می‌ماند هم در تفسیر و صدور حکم و هم در مرحله اجرا.

حال باید دید که سیاست جنایی اسلام شرایط اجرا را چگونه تدارک دیده و با چه سازوکار لازم، به استقبال آن رفته است. بدیهی است که این مرحله نیز در ابواب گوناگون مجازات‌ها، متفاوت طراحی شده و در هر یک به صورت جداگانه کدگذاری و نقشه راه روی میز قاضی قرار داده است. از آن جهت که بررسی تفصیلی تمامی ابواب مجازات‌ها فرصت بیشتر می‌طلبد و از ظرفیت کاری ما خارج است، بنابراین، جهت رعایت اختصار نگاهی گذرا به بخشی از فرایند رسیدگی تا صدور حکم و اجرای بخشی از مجازات‌ها خواهیم داشت.

۱-۲. فرایند دادرسی و رسیدگی به دعوای کیفری از کشف رفتارهای خشونت‌بار تا اجرای مجازات

رسیدگی به دعوای اعم از حقوقی و کیفری از آن جهت که با مرحله‌ی اجرا سروکار دارد، فرایند طولانی دارد که از ابتدای طرح دعوای حقوقی تا صدور و سپس اجرای احکام مدت زمان زیادی را در بر می‌گیرد، همچنان که در رسیدگی‌های کیفری نیز ماجرا به همین منوال پیش می‌رود و منظور نظر اصلی ما در این جا، در واقع همین فرایند رسیدگی کیفری است که از کشف رفتار خشونت‌بار یا طرح شکایت کیفری آغاز و با اجرای مجازات پایان می‌پذیرد. به همین جهت، سیاست جنایی اسلام راجع به فرایند دادرسی به طور کلی اهمیت ویژه‌ای قائل است. در این مرحله نیز به طور مختصر به نمونه‌های از دیدگاه سیاست جنایی اسلام را پی می‌گیریم تا مشخص گردد

که رویکرد اسلام در قبال امنیت‌گرایی در مرحله عام اجرا چیست؟

۱-۲. عدالت شرط تصدی منصب قضاوت

قاضی از جمله کسانی است که به دلیل ارتباط مستقیم با مراحل رسیدگی و صدور و اجرای احکام، بیشترین درگیری و شاید تنهاترین عنصر دخیل در این ماجرا باشد. قاضی تنها کسی است که تمام رتق و فتق امور قضائی به دست او انجام می‌گیرد. سرنوشت حقوق افراد و جامعه توسط جوهر قلم وی تعیین می‌شود. اعلام حکم برائت و یا صدور مجازات‌های متعدد از جمله سلب حیات و سلب آزادی‌های طولانی مدت و... همگی از اندیشه‌های قضائی قاضی در عینیت جامعه به وقوع می‌پیوندند. لذا است که سیاست‌گذار سیاست جنایی اسلام، بیشترین توجه خود را به این مرحله نشان داده تا آنجا که در کنار بهره‌مندی قاضی از دانش لازم قضائی به صورت تخصصی، برخورداری از ویژگی و حتی شرط احراز عدالت را از ملزومات تصدی پست قضاوت دانسته است.

اتفاق نظر موجود بین فقهای اسلامی در منابع فقهی، نشان‌دهنده این واقعیت است که وجود صفت و یا ملکه‌ی عدالت در قاضی که به تعبیر شهیدثانی^(۳) به حکومت‌ها، سیاست‌گذاری‌ها و رفع اختلافات اختصاص دارد (شهیدثانی، ۱۴۲۱، ج ۲، ۷۷۹)، شرط اساسی است. پشوانه‌ای این الزام، تأکید قرآنی است که به صراحت می‌فرماید: «وَإِذَا حَكُمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ؛ هنگامی که در مسند داوری بین مردم نشستید، عادلانه حکم برانید» (النساء، آیه ۵۸).

روایتی که در تفسیر المیزان ذیل همین بخش از آیه آورده شده این معنا را به دست می‌دهد که امنیت‌گرایی در سیاست جنایی اسلام در حوزه اجراء از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. بر اساس این روایت، امام علی^(ع) می‌فرماید: «امام مسئولیت دارد احکامی که صادر می‌کند، طبق دستورات الهی باشد و بدینسان امانت را به صاحبان واقعی‌اش برگرداند و تنها در چنین شرایطی است که مردم به فراخوان امام و حاکم گوش فراخواهند داد و از دستورات وی اطاعت خواهد کرد» (طباطبایی، ۱۴۱۷، ج ۴، ۳۸۵).

از همین رو، صاحب مناهل در اولین اظهار نظر پیرامون شرطیت عدالت برای قاضی،

۱. عن علی بن ابی طالب قال: حق علی الإمام أن يحكم بما أنزل الله - وأن يؤدي الأمانة - فإذا فعل ذلك فحق على الناس أن يسمعوا له - وأن يطيعوا وأن يجيبوا إذا دعوا.

اجماع فقها؛ بلکه اتفاق امت را به عنوان دلیل ذکر می‌کند و معتقد است، جایگاه قضاوت، محل امانت‌داری است و غیر عادل اهلیت حضور در این جایگاه ندارد و در ادامه به نقل از محقق کرکی در ارتباط با لزوم برخورداری قاضی از ویژگی عدالت، دلیل آن را این می‌داند که قاضی امانت‌دار امور دینی و دنیایی شهروندان مسئول است و در جایگاه کسی تکیه زده که عصمت شرط اساسی حضور در آن جایگاه است و انسان غیر عادل نمی‌تواند در یک چنین مسندی قرار گیرد (طباطبایی حایری، بی‌تا، صص ۶۹۵ و ۶۹۶).

اجرایی بودن این مقام و حساسیتی که اسلام برای آن قائل است، باعث شده است تا از همان ابتدا شرایطی را در نظر بگیرد و کسی را منصوب نماید که در تمامی مراحل رسیدگی دعوا از طرح و بررسی گرفته تا صدور حکم و اجرای آن، کم‌ترین لغزش را داشته باشد و کوچک‌ترین تعمدی مبنی بر تضییع حقوق طرفین دعوا یا افراد متهم و حتی محکوم به تحمل خسارت و مجازات در اندیشه و خیالش نگنجد.

از نگاه سیاست جنایی اسلام «بهترین ابزار استحکام بخشی به ساختار اجتماعی که الهام بخش آزادی و برابری است، توجه دادن شهروندان به حقوق مشروع آنان و رساندن این حقوق به صاحبان اصلی است» (فضل الله، ۱۳۹۹ هـ، ص ۲۰۷)، اجرای عدالت که ریشه در اتصاف به این ویژگی درونی دارد، می‌باشد.

بنابراین، باید به صراحت گفت که این نوع نگاه از سوی سیاست جنایی اسلام به مقوله‌ی امنیت، پاسداری و رساندن امانت به صاحبان اصلی و دفاع عادلانه از حقوق تمامی شهروندان، برخورد قضایی با پدیده‌های حقوقی و کیفری در سطح جامعه، تنها رویکرد اختصاصی است که با نگاه متعالی به مقوله امنیت می‌نگرد. مکرراً تأکید می‌شود که استثناء بودن این نوع نگرش به امنیت، بسیار فراتر از نوع نگاه سیاست جنایی مغرب زمین به امنیت است. فارغ از این که در عمل چه اتفاقی می‌افتد و امروزه در نظام‌های قضایی کشورهای اسلامی، با استفاده از چه روشی قضات را استخدام می‌کنند، طرحنامه عملی نظام‌واره گزینش قضات در سیاست جنایی اسلام، بیسار دقیق و کارشناسی شده و به روز است.

۲-۱-۲. شرطیت عدالت برای گواهان

گواهان نقش اساسی در کشف حقیقت و اجرای عدالت دارند. کارکرد مؤثر این نهاد تا آنجا

است که حتی امروزه علی‌رغم پیشرفت‌های سریع و گسترده دانش‌های نوین در حوزه کشف رفتارهای خشونت‌ساز و ادله‌ی اثبات دعوا، همچنان به‌کارگیری گواهی در دادگاه‌ها حرف اول را می‌زند و هیچ نهاد سیاست جنایی و نظامنامه حقوق جزایی در بخش آئین دادرسی را نمی‌توان یافت که خود را بی‌نیاز از این سازه بدانند. از این پس نیز به جرأت می‌توان ادعا کرد، به هر میزانی که دانش بشر توسعه یابد، نیاز دستگاه‌های قضایی به نهاد گواهی، همچنان ثابت باقی خواهد ماند. به میدان آمدن تکنولوژی‌های نوین صنعتی هرچند هوشمند باشند و بتوانند در بخش‌های زیادی از زندگی و کار جای انسان را بگیرند، ولی در زمینه‌ی ارائه گواهی درست در دادگاه‌ها هرگز نخواهند توانست کاملاً سلطه خود را بگسترانند و در این مورد با چالش‌های فراوانی مواجه خواهند بود که اگر بخواهیم به بررسی آن بپردازیم از مقصود دور می‌افتیم.

برخلاف سیاست جنایی امنیت‌گرای غربی که به قاضی فرصت می‌هد در مرحله‌ی رسیدگی در کنار دیگر ادله به اصطلاح علمی کشف خشونت از گواهی هرچند افراد عادی بهره گیرد، رویکرد سیاست جنایی اسلامی این است که قاضی نمی‌تواند در این فاز، به گواهی هر فردی ولو از کنار دادگستری به صورت خریداری شده توسط اصحاب دعوا، اعتماد و ترتیب اثر دهد. فارغ از این که در سیاست جنایی اسلام نیز به ادله علمی کشف خشونت با تمام سازوبرگی که دارد، اعتبار قضایی داده شده اما برای ارائه شهادت و شخص گواهان، شرایط خاصی در نظر گرفته شده است که برخورداری از ویژگی عدالت، از اساسی‌ترین این شرط‌ها است.

شیخ انصاری از فقهای شیعه، ضمن این که عدالت را در شاهد شرط می‌داند، براساس برخی روایات از عدالت به حسن ظاهر تعبیر می‌کند (انصاری، ۱۴۱۴، ص ۳۹). میرزا جواد تبریزی، (تبریزی، بی‌تا، ۴۳۰)، لنکرانی (لنکرانی، ۱۴۲۲، ۶۵۰)، از جمله فقهای معاصر هستند که به صراحت عدالت را در شاهد شرط می‌دانند و نیز سید صادق روحانی (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۶، ص ۲۴۴) و سید صادق شیرازی، همچنان که معتقد اند عدالت برای شاهد شرط است، تصریح می‌کنند کسانی که مشخص گردد از عدالت برخوردار نیستند، گواهی آنان پذیرفته نیست (شیرازی، ۱۴۲۶، ج ۳، ۲۱۷؛ همو، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۴۲۳). مبنا و مستندات این همه تأکیدها، ریشه در قرآن و روایات فراوانی دارد که در مجموعه‌های معتبر روایی گردآوری شده و مورد بحث و کنکاش‌های فقهی قرار گرفته است.

علاوه بر لزوم برخورداری شاهد از ویژگی کاربردی عدالت، تفکیک بین گونه‌های متفاوتی از دعوای حقوقی و حتی کیفری در تعداد گواهان نیز از دیگر مشخصه‌های بارز در سیاست جنایی اسلامی است که نشان می‌دهد متناسب با هر پرونده‌ی حقوقی و یا کیفری، تعداد مشخصی از شاهد را در نظر گرفته است. مثلاً در امور مالی که صرفاً اختلاف حقوقی است، به ارائه دو نفر و گاه یک شاهد هم بسنده کرده ولی در اثبات دعوای کیفری مانند سرقت که مشتمل بر امور مالی و یک رفتار جنایی است، تعدا دو شاهد را الزامی قرار داده و این در حالی است که برای اثبات جرم زنا به دلیل اهمیت و جایگاهی که برای عفت و اخلاق عمومی جامعه قائل است، تعدا چهار شاهد با تفصیلی که در منابع فقهی وجود دارد را مد نظر قرار داده است.

۳-۱-۲. اجرای فوری و بی‌درنگ مجازات‌ها

آخرین مرحله در فرایند رسیدگی، اجرای مجازات‌ها است. در تمام نظام‌های حقوقی و سیاست‌های جنایی، اجرای فوری و بلادرنگ مجازات‌ها به عنوان یک اصل اساسی پذیرفته شده است. اگر رساله جرائم و مجازات‌های «سزار بکاریا» را اولین اثر از اندیشه‌های مکتب تحقیقی بدانیم، بدون شک به لزوم اجرای فوری مجازات‌ها و کارکردی که به نظر ایشان می‌تواند در جهت بازدارندگی مجرمان خشن بالقوه از ارتکاب خشونت بر جای بگذارد، پی می‌بریم.

فارغ از این نظر که آیا سریع اجرا کردن مجازات‌ها تنها به مجازات‌های حدی اختصاص دارد یا مجازات‌های تعزیری را نیز در بر می‌گیرد^۱، بحث‌های فراوانی در میان فقهای اسلامی و

۱. یکی از قواعد پرکاربرد فقهی، قاعده ناروا بودن تأخیر در اجرای حد و لزوم اجرای فوری است که استاد دکتر احمد حاجی ده‌آبادی در کتاب قواعد فقه جزایی به طور مفصل به کندکاو آن از منظر فقها و روایات پشتیبان پرداخته است. به باور ایشان، عموم فقها به حرمت تأخیر در اجرای حدود قائل‌اند، گرچه بیشتر آنان تأخیر حد را از این جهت که تأخیر است حرام می‌دانند (چهرمی، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۷۹) ولی برخی فقها تأخیر حد را از این جهت که باعث تعطیلی و تضییع حدود می‌شود حرام می‌شمرند و در واقع هر جا بر تأخیر اجرای حد، تعطیلی آن صدق کند، حرمت را بر آن بار نموده‌اند (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۴۱، ص ۳۵۹ و دیگران) و ... مجموع این ادله به خوبی دلالت می‌کند که حد باید فوراً اجرا شود. (احمد حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷، صص ۲۳۵ و ۲۳۷). آنچه از این دیدگاه برداشت می‌شود این است که منظور از حدود به کار رفته در روایات باب عدم جواز تأخیر در اجرای مجازات‌ها، همان حدود است ولی برخی دیگر از اساتید این برداشت را قبول ندارند و بر این باور‌اند که «از چشم انداز تحلیلی نیز فلسفه تأخیر هرچه باشد، حکم را به خصوص حدود اصطلاحی نمی‌توان محدود کرد؛ یک نظام عدالت کیفری تنها با قطعیت چند کیفر حدی به سامان و کارآمد نمی‌شود. درست است که جرائم حدی به ارزش‌های بنیادین نظر دارند؛ اما جرائم تعزیری لزوماً کم اهمیت نیستند؛ می‌توان تصور کرد که جرم تعزیری مانند آدم‌ربایی و شکنجه از جرمی که حد قلمداد می‌شود، شدیدتر باشد. به همین ترتیب، عمده‌ی جرائم را جرائم تعزیری تشکیل می‌دهد. معقول نیست که شارع مقدس و حکیم اصل قطعیت اجرای کیفر را تنها در قالب بر اجرای سریع شمار اندکی از کیفرها پیگیری کند. چنان‌که امهال و اهمال در حدود روا نیست؛ کوتاهی بر اجرای بجا و متناسب کیفرهای تعزیری هم جایز نخواهد بود» (نوربهار، ۱۳۹۴، ص ۳۵۱) عدم جواز در تأخیر اجرای حدود شامل تعزیرات نیز می‌شود.

پژوهشگران معاصر در ارتباط نحوه استفاده از روایات فراوان در منابع فقهی مبنی بر لزوم و یا جواز اجرای حدود و مباحث همسو وجود دارد، ولی در مجموع قدر مسلم این است که از نگاه سیاست جنایی اسلام، اجرای مجازات‌هایی که در یک دادرسی عادلانه و با رعایت شرایط لازم به اثبات رسیده، امر پسندیده؛ بلکه یک الزام قانونی و فقهی است.

به گفته برخی از اساتید باتکیه بر ارتکازات عرفی و انتظارهایی که از اجرای کیفر می‌رود، نهی از تأخیر در اجرای حد بیشتر در حال و هوای محافظت بر اصل قطعیت کیفر فهم شدنی است. تأثیر قطعیت کیفر بر بازدارندگی و کارآمدی آن حتی از شدت سختی مجازات هم بیشتر خواهد بود. تأخیر و اهمال در مجازات شاید اصل قطعیت کیفر را مخدوش کند. از این روی مجازات باید در فاصله مناسبی پس از وقوع جرم اجرا شود. (نوربهار، صص ۱۴۹۴، ۳۴۸)

از نگاه آموزه‌های سیاست جنایی اسلامی، قطعیت کیفر و بازدارندگی آن در درجه‌ی اول از اهمیت قرار دارد و تأخیر در اجرای مجازات می‌تواند به این اصل و کارکرد مجازات خلل ایجاد نماید. البته باید توجه داشت که «هر تأخیر مصلحت‌آمیزی مصداق تضییع حد و سستی و اهمال در اجرای آن نیست» (همان، ص ۳۴۹) قطعیت کیفر زمانی به مخاطره می‌افتد که تأخیر انداختن اجرای مجازات اعم از تعزیری و حدی به تعطیل شدن کیفر منجر گردد و مادامی که به چنین فرجامی دچار نشده باشد و با توجه به شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر جامعه، محکوم و محتویات پرونده مصلحت‌اهمی در کار باشد، چنین تأخیری نه تنها مذموم نیست؛ بلکه پسندیده نیز هست. معنای این سخن این خواهد بود که رویکرد سیاست جنایی اسلام در قبال امنیت اجتماعی به خصوص در حوزه اجرای مجازات‌ها قاطعیت بیشتری دارد و متناسب با جرائم و مصالح عمومی جامعه و محکومین و بزه‌دیدگان، اجرای سریع کیفر از اصول اساسی خود بر می‌شمارد.

نتیجه‌گیری

از مجموع مباحث مطرح شده به نتایجی دست یافتیم که به صورت گذرا به آنان اشاره می‌کنیم: در سیاست جنایی اسلام که با توجه به حسن و قبح ذاتی افعال از یک‌سوی و شناخت دقیق و کامل قانون‌گذار از سرشت و طبیعت انسان‌ها از دیگر سوی، تفاوت‌های آشکاری در بخش امنیت‌گرایی با سیاست جنایی غربی مشاهده گردید. بارزترین این تفاوت‌ها در مرحله‌ی تقنین که

گام اولیه وضع مقررات اجتماعی و کیفری است، به قلمروی اختیارات قاضی در رابطه با تعیین نوع، میزان و شیوه اجرای مجازات‌ها اختصاص دارد. برخلاف قاضی مجری سیاست جنایی غرب که با توجه به قانون امنیت و آزادی فرانسه بر محوریت توهم و احساس عمومی ناامنی و خشونت می‌چرخید و کاملاً با دست بسته به اجرای مجموعه‌ی مقررات کیفری می‌پرداخت، در نظام‌نامه قانون‌گذاری اسلامی، بین مجازات حدی و تعزیرات تفاوت وجود دارد. در مجازات حدی قاضی مجاز به تعیین میزان و نوع مجازات نبود، ولی در تعزیرات البته با رعایت شرایط خاص می‌تواند در برخی موارد، با توجه به نوع خشونت و شخصیت مجرم خشونت‌وار، وی را به میزان معین مجازات نماید. همچنین در سیاست جنایی اسلام قاضی نیز افزون بر برخورداری از تخصص در دانش حقوقی، باید از شرط ضروری دیگری به نام عدالت نیز برخوردار باشد، در غیر این صورت قضاوت وی ارزش حقوقی ندارد. کما این‌که داشتن این شرط برای گواهان در کنار مشخص کردن آمار و ارقام معین برای خشونت‌ها و پرونده‌های متفاوت از دیگر امتیازات سیاست جنایی امنیت‌گرایی اسلامی است.

منابع

قرآن کریم

۱. احمدی ابهری، سید محمدعلی، اسلام و دفاع اجتماعی، قم: مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی وابسته دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۸۳.
۲. آزر، ادوارد و این مون چونگ، امنیت ملی در جهان سوم، ترجمه: ناشر، تهران: پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۷۹.
۳. اسکندری، مصطفی، ماهیت و اهمیت حریم خصوصی، مجله حکومت اسلامی، سال پانزدهم، شماره چهارم، زمستان ۱۳۸۹.
۴. افشارراد، محمد، فردی کردن مجازات‌ها، چکیده پایان‌نامه مقطع کارشناسی ارشد، مندرج در پایگاه اطلاع‌رسانی حوزه، تاریخ دفاع ۱۳۸۳، تاریخ انتشار ۱۳۸۸/۱۲/۲۵، <http://www.hawzah.net>
۵. الهمپتون، رابرت و توماس پی، گالوت و همکاران، خشونت خانواده پیشگیری و درمان، ترجمه: داود کربلایی محمد میگونی، تهران: انتشارات آفرینش، چاپ نخست، ۱۳۸۸.
۶. انصاری، قدرت الله و همکاران، تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزا، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ دوم، زمستان ۱۳۸۶.
۷. انوری، حسن و همکاران، فرهنگ بزرگ سخن، تهران: انتشارات سخن، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۱.
۸. پرفیت، آلن، پاسخ‌های به خشونت، ترجمه: مرتضی محسنی، تهران: کتابخانه گنج‌دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۹. تبریزی، جوادبن علی، اسس القضاء و الشهاده، قم: دفتر مؤلف، چاپ اول، بی‌تا.
۱۰. جمشیدی، علیرضا، سیاست جنایی مشارکتی، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ اول، بهار ۱۳۹۰.
۱۱. حاجی ده‌آبادی، احمد، قواعد فقه جزائی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ اول، زمستان ۱۳۷۸.

۱۲. حسینی، سیدمحمد، سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران، «تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها، (سمت) چاپ اول، ۱۳۸۳»؛
۱۳. حسینی شیرازی، سیدصادق، بیان الفقه فی شرح عروه الوثقی، قم: دار الانصار، چاپ دوم، ۱۴۲۶.
۱۴. _____، التعليقات علی شرائع الاسلام، قم: انتشارات استقلال، چاپ ششم، ۱۴۲۵.
۱۵. حلبی، ابوالصلاح تقی الدین، الکافی فی الفقه، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین^(ع)، چاپ اول، ۱۴۰۳.
۱۶. خادمی، سیدمحمدعی، رسائل فی الوقف، مشهد مقدس: مؤسسه الطبع و النشر التابعه للآستانه الرضویه المقدسه، الطبعة الثانیه، ۱۴۳۱ ق، ۱۳۸۹.
۱۷. خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، قم: مؤسسه إحياء آثار الامام الخویی، چاپ اول، ۱۴۲۲.
۱۸. دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه دهخدا، تهران: خرداد ۱۳۴۷.
۱۹. رحمدل، منصور، حق انسان بر حریم خصوصی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۰، زمستان ۱۳۸۴.
۲۰. روحانی، سیدصادق، فقه الصادق^(ع)، قم: مدرسه امام صادق^(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۲.
۲۱. ژیتک، اسلاوی، خشونت پنج نگاه زیر چشمی، ترجمه: علی‌رضا پاکنهاد، تهران: نشر نی، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۲۲. سبحانی، جعفر، فروغ ابدیت، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ هفدهم، ۱۳۸۰.
۲۳. سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم: مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۳.
۲۴. سجادی نژاد، سید محمد و همکاران در گروه پژوهشی حقوق اسلامی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، قواعد فقه جزایی، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، چاپ اول، ۱۳۸۳.

۲۵. شمس‌الدین، شیخ محمد جعفر، نظام العقوبات فی الاسلام، بیروت لبنان: دارالهادی للطباعة والنشر والتوزیع، الطبعة الاولى، ۱۴۲۹ هـ ق، ۲۰۰۸.
۲۶. شهیدثانی، زین‌الدین محمدبن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۳.
۲۷. _____، رسائل الشہید الثانی، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۱.
۲۸. شیخ انصاری، مرتضی، رسائل فقهیه (للشیخ الانصاری)، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱.
۲۹. شیخ صدوق، محمدبن علی بن بابویه، من لایحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳.
۳۰. شیخ طوسی، ابی جعفر محمدبن حسن طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، طهران: مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۸.
۳۱. شیخ مفید، محمدبن محمدبن نعمان، المقنعه قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید (ره)، چاپ اول، ۱۴۱۳.
۳۲. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، تهران: گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۴.
۳۳. صرامی، سیف‌الله، حسبہ یک نهاد حکومتی، قم: مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، اسفند ۱۳۷۷.
۳۴. طباطبایی، سیدمحمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعہ مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ پنجم، ۱۴۱۷.
۳۵. طباطبایی حایری، سیدمحمدمجاهد، کتاب المناهل، قم: مؤسسه آل‌البیت^(ع)، چاپ اول، بی‌تا.
۳۶. عابدی، محمد، وظایف دولت در پیشگیری از جرم، قم: نور السجاد، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۳۷. عاملی، شهید اول، محمدبن مکی، اللمعه الدمشقیه، بیروت لبنان: دار التراث-الدار الاسلامیه، الطبعة الاولى، ۱۴۱۰.

۳۸. _____، القواعد والفوائد، قم: انتشارات مکتبه مفید، بی‌تا.
۳۹. علامه حلی، حسن بن یوسف مطهر اسدی، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، قم: مؤسسه امام صادق^(ع)، چاپ اول، ۱۴۲۰.
۴۰. علیزاده، مهدی، نقش اسلام در پیشگیری و کاهش بزهکاری، مشهد مقدس: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، چاپ دوم، بهمن ۱۳۹۱.
۴۱. عمید، حسن، فرهنگ فارسی، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، چاپ نهم ۱۳۸۲، چاپ دهم، ۱۳۸۴.
۴۲. عوده، عبدالقادر، التشریع الجنائی الاسلامی، بیروت: دار احیاء التراث العربی، الطبعة الرابعة، ۱۴۰۵.
۴۳. غلامی، علی، عوامل مانع مسئولیت کیفری، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق^(ع)، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۴۴. فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار^(ع)، چاپ اول، ۱۴۲۲.
۴۵. فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۶.
۴۶. فخر آرا، عباسعلی، حقوق بزه‌دیده در نظام کیفری اسلام و حقوق موضوعه جزای ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق گرایش: حقوق جزا و جرم‌شناسی، قم: جامعه المصطفی العالمیه، مؤسسه حقوق و معارف اسلامی، ۱۳۹۰.
۴۷. فخر المحققین حلی، محمد بن یوسف، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۴۸. فضل الله، سید عبدالمحسن، الاسلام و أسس التشریع، بیروت لبنان: دار الکتب الاسلامی، ۱۳۹۹ هـ ق، ۱۹۷۹.

۴۹. کریمایی علی، اعظم و همکاران، نقش نیروی انتظامی در تأمین امنیت اجتماعی، مجله: فصلنامه دانش انتظامی، دوره ۱۳، شماره ۲ (مسلسل ۴۷)، تابستان ۱۳۸۹.
۵۰. قیاسی، جلال الدین، مبانی سیاست جنایی حکومت اسلامی، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول، پاییز ۱۳۸۵.
۵۱. کلینی، محمدبن یعقوب، الکافی، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷.
۵۲. کیدری، قطب الدین محمدبن حسین، إصباح الشریعه به مصباح الشریعه، قم: مؤسسه امام صادق^(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۶.
۵۳. کی‌نیا، مهدی، مبانی جرم‌شناسی، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هفتم، ۱۳۸۴.
۵۴. گسن، ریموند، جرم‌شناسی نظری، ترجمه: مهدی کی‌نیا، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۷۳-۱۹۸۸.
۵۵. گلستانی، اسماعیل، مقدمه بر ترجمه کتاب: فلسفه قانون‌گذاری در اسلام، نوشته: دکتر صبحی رجب محمصانی، تهران: انتشارات آثار اندیشه، چاپ اول، ۱۳۸۶.
۵۶. لازرژ، کریستین، درآمدی به سیاست جنایی، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: نشر میزان، چاپ اول، بهار ۱۳۸۲.
۵۷. مارتی، مری دلماس، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ دوم، پاییز ۱۳۹۳.
۵۸. محتشمی، ندا، نظریه تعامل‌گرایی در جرم‌شناسی و سیاست جنایی، تهران: مجمع علمی فرهنگی مجد، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۵۹. محمدی اصل، عباس، جنسیت و خشونت، تهران: نشر گل آذین، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۶۰. محقق حلی، نجم الدین محمدبن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحرام والحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸.

۶۱. محمدجفال، علی داود، التوبه و اثرها فی اسقاط الحدود فی الفقه الاسلامی، بیروت لبنان: دارالنهضة العربیه للطباعه والنشر، ۱۴۰۹ هـ - ۱۹۹۸.

۶۲. مغنیه، محمد جواد، فقه الامام الصادق^(ع)، قم: مؤسسه انصاریان، چاپ دوم، ۱۴۲۱.

۶۳. موسوی، سیدمحمد و ساریخانی، عادل، قلمرو پوشش و حریم خصوصی در سیاست کیفری اسلام، مجله: پژوهش نامه علمی - پژوهشی نظم و امنیت انتظامی، شماره ۱۶ زمستان ۱۳۹۰.

۶۴. موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا، الدر المنضود فی احکام الحدود، به قلم: کریمی جهرمی، قم: دارالقرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۱۲.

۶۵. میرخلیلی، سید محمود، پیشگیری وضعی از بزهکاری با نگاهی به سیاست جنایی اسلام، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۸.

۶۶. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ هفتم، ۱۳۶۸.

۶۷. نظری نژاد، محمدحسین، پرخاشگری از دیدگاه روان‌شناسی اجتماعی، تهران: انتشارات رشد، چاپ اول، بهار ۱۳۹۰.

۶۸. نوربهار، رحیم، جستاری در باره تأخیر در اجرای حد، مجله: علمی و پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهل و هشتم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۴.

۶۹. واسعی، سید علیرضا و همکاران، حیات، حکمت و حکومت پیامبر اعظم^(ص)، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی وابسته به دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، تابستان ۱۳۹۲.

70. Delmas-Marty, Mireille, Modeles et mouvements de politique criminelle, paris, Economirca, 1988.

مشروعیت قضاوت غیر مجتهد از منظر فقه

قربانعلی هادی^۱

چکیده

بررسی مشروعیت قضاوت غیر مجتهد از نگاه فقه، به منظور همکاری با مراجع قضایی کشور در تشخیص تطبیقی آرای فقهای اهل سنت و امامیه، در قضایای محاکمات ضروری است. مشروعیت قضاوت غیر مجتهد به روش تحلیلی-توصیفی با مراجعه به منابع فقهی-حقوقی به شیوهی کتابخانه‌ای تدوین یافته است. بر اساس ادله وکالت و نیابت، با توجه به اصل عدم سلطه شخصی بر شخص دیگر و اصل مشغول الذمه بودن فقط خود مجتهد در امر قضا، مشروعیت قضاوت غیر مجتهد قابل اثبات نیست. ولی برخی علما وکالت و نیابت از مجتهد را در قضا، صحیح دانسته‌اند. عالم باتقوا و عادل با اذن مجتهد می‌تواند متصدی امر قضا گردد و حکم او نافذ است. شرط اجتهاد در قاضی موضوعیت ندارد، آن مقدار از علمی که مراد شارع مقدس را در امر قضا برآورده سازد کافی است. مطابق عناوین ثانویه چون ضرورت، اضطرار، تأمین عدالت، حفظ امنیت عامه، ساماندهی امور حسبی و پیدایش مسائل مستحدثه، عالم غیر مجتهد عادل و باتقوا به شرط نصب از سوی مجتهد، می‌تواند به قضاوت بپردازد. اکثر فقهای اهل سنت، اجتهاد را در قاضی شرط می‌دانند اما در صورت اضطرار و اقتضای مصالح عمومی، این شرط برداشته می‌شود و غیر مجتهد عادل در مسند قضا می‌نشیند. بعضی از فقهای اهل سنت در حال اختیار و اضطرار اجتهاد را شرط نمی‌دانند.

واژگان کلیدی: قضاوت، فقه، اضطرار، قضاوت غیر مجتهد، نظم عامه

۱. دکتری فقه قضایی، محقق و پژوهشگر.

مقدمه

امر قضا از اموری است که به خاطر احقاق حقوق، تأمین عدالت، حفظ نظم و امنیت جامعه تعطیل‌بردار نیست. قضا نوعی از ولایت الهی است. اصلی اولی، ولایت خدا بر دیگران و عدم ولایت فردی بر فرد دیگر است و خروج از این اصل به دلیل نیاز دارد.

مطابق آیات و روایات، خداوند ولایتش را در پاره‌ی موارد چون قضا، به پیامبران^(ع) و جانشینان پاک آنان اعطا فرموده است. در غیاب آنان به نصب عام این ولایت برای مجتهد جامع الشرایط تخصیص یافته است؛ اما در عین حال مشاهده می‌شود که در نبود و یا عدم دسترسی به مجتهد، غیر مجتهد به فصل خصومت در جامعه می‌پردازد. مشروعیت قضاوت غیر مجتهد از کجا سرچشمه می‌گیرد و دلایل آن کدام‌اند؟ اصلاً غیر مجتهد جواز دارد که بر مسند قضا تکیه بزند؟

اکثر فقها، فصل خصومت توسط فرد غیر مجتهد را مطلقاً چه با وکالت، نصب، در حال اضطرار و اختیار، جایز نمی‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۱۵؛ خلخالی، ۱۴۲۵، ص ۴۲۶) و بر آن ادعای اجماع کرده‌اند. (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۳۲)

برخی از فقها قضاوت غیر مجتهد را به طور مطلق مشروع می‌دانند و برآنند که اجتهاد در قاضی موضوعیت ندارد بلکه علم قاضی در حدی که مراد و اهداف شارع در مراعات حلال و حرام از سوی قاضی برآورده شود، کفایت می‌کند. بعضی از فقها معتقدند که قضاوت غیر مجتهد با نظارت مجتهد و یا مجتهد حاکم، مشروعیت می‌یابد. این پژوهش در قلمرو موضوع فقه قضا با مراجعه به نظرات فقهای امامیه و برخی فقهای اهل سنت، در صدد بررسی مشروعیت قضاوت غیر مجتهد می‌باشد. برای رسیدن به این امر، پاسخ به سؤالات ذیل مورد توجه قرار گرفته‌اند:

- مشروعیت قضاوت غیر مجتهد چگونه تبیین می‌گردد؟
- تحلیل فقهای امامیه در قضاوت غیر مجتهد چیست؟
- عوامل مشروعیت قضاوت غیر مجتهد کدام‌اند؟
- وکالت، نیابت، اضطرار و امور حسبی در قضاوت غیر مجتهد چه تأثیری دارند؟
- دیدگاه فقهای اهل سنت در قضاوت غیر مجتهد چیست؟

۱. مفاهیم

۱-۱. قضا

قضا از نگاه لغوی معادل لاتین «jurisdiction»؛ مشتق از قضی، یقضی و اسم فاعل آن، قاضی است. اصل آن قضای بوده که «ی» تبدیل به همزه شده است. در زبان فارسی معنی مصدری آن یعنی قضاوت مورد استفاده قرار می‌گیرد. قضا به معنای فیصله دادن به امر است. (ابن منظور، ۱۳۶۳، ج ۱۵، ص ۱۸۶) قضا به معنای: ایتان، اتمام، اعلام، انفاذ، امضا، احکام، الزام، فصل و... آمده است. (حائری یزدی، ۱۳۸۰، ص ۵۲) طبق نقل ابن منظور از ابواسحاق و ابن اثیر از ازهری، همه آن معانی را می‌توان به معنای انقطاع و اتمام برگرداند. (ابن اثیر، ۱۳۶۴، ص ۶۴) قضا یعنی قطع و تمام نمودن دعوا است. یکی از معانی قضا نفوذ حکم قاضی است، یعنی دعوا حل و فصل گردیده و تمام شده است. از فواید مفهوم‌شناسی قضا، نفوذ حکم حاکم و اتمام تخاصم و فیصله‌ی نزاع می‌باشد. (وحدتی شبیری، ۱۳۹۴، ص ۳۴)

قضا در اصطلاح فقها عبارت است از: «ولاية الحكم شرعاً لمن له أهلية الفتوى به جزئیات القوانين الشرعية، على أشخاص معينة من البرية، بإثبات الحقوق و استيفائها للمستحق» (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ص ۳۲۵) قضا ولایت بر حکم شرعاً برای کسی که دارای اهلیت و شایستگی فوا پیرامون جزئیات قوانین شرعی است، درباره اشخاص معینی از مردم در زمینه اثبات و استیفای حقوق برای آن‌ها که مستحق آن حقوق‌اند. امام خمینی می‌گوید: «القضاء و هو الحكم بين الناس لرفع التنازع بينهم» (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ص ۵۳۵) قضا یعنی داوری بین مردم جهت رفع نزاع بین آن‌ها.

مرحوم خوئی می‌نویسد: «القضاء هو فصل الخصومة بين المتخاصمين، و الحكم به ثبوت دعوى المدعى أو بعدم حق له على المدعى عليه»؛ قضا عبارت است از حکم کردن میان مردم و فصل خصومت بین آن‌ها و اثبات ادعای مدعی و یا حکم به محکومیت مدعی علیه و نفی حق از او. (وحید خراسانی، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۴۴۵) اما تعریف بهتر از مرحوم گلپایگانی است: قضا داوری میان دو طرف دعوا و انطباق احکام بر موارد جزئی آن است. (گلپایگانی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۱۰)

۱-۲. حکم حکومتی

مجموعه دستورات و مقرراتی که بر اساس ضوابط شرعی و عقلی، به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم، از سوی حاکم اسلامی برای اجرای احکام و حدود الهی و به‌منظور اداره جامعه و تنظیم روابط داخلی و خارجی آن صادر می‌گردد. (کلانتری، ۱۳۷۸، ص ۱۰۹) حکم حکومتی در طول حکم اولی و ثانوی قرار دارد. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۳، ص ۵۵۰) اما بعضی از فقها معتقد است که حکم حکومتی از احکام اولیه است، حتی از تمام احکام فرعی چون نماز، روزه، حج و... مقدم می‌باشد. (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲۰، ص ۱۷۴)

در تفاوت بین حکم قضایی و حکومتی می‌توان گفت که حکم حکومتی از جنس انشاء است؛ صادرکننده حکم حکومتی حاکم عالم جامعه اسلامی است، ولی صادرکننده حکم قضایی شخص قاضی است که برای حل نزاع و ترافع صادر می‌گردد. متعلق حکم در هر دو قضایای شخصیه و حوزه مسائل اجتماعی و سیاسی است؛ اما حکم حکومتی به انگیزه تأمین مصالح کلان شریعت، حفظ اسلام، ممالک و نظام اسلامی بوده و بر همگان نافذ می‌باشد و حکم قضایی در امور جزئی ترافعی بین طرفین دعوا بوده که فقط برای آن‌ها نفوذ دارد؛ اما ترافع و نزاع در حکم حکومتی لازم نیست.

۱-۳. اجتهاد

اجتهاد از صیغه جهد به معنای مشقت و سختی یا جهد به معنای توان و نیرو گرفته شده است. (ابن منظور، ۱۳۶۳، ج ۳، ۱۳۳) در یک معنی «استفراغ الوُسع فی تحصیل الشیء الذی فیه مشقة و کلفة» (جمعی از نویسندگان، ۱۴۱۴، ج ۱۴، ص ۱۸۸) اجتهاد به مفهوم به‌کارگیری همه توان برای به دست آوردن چیزی که در آن مشقت و تکلیف وجود دارد، به‌کار رفته است.

در اصطلاح اجتهاد ملکه‌ای است که به کمک آن می‌توان حکم شرعی فرعی را از مدرک آن استخراج کرد و این ملکه یا بالفعل موجود است یا بالقوه که تنها توان استنباط وجود دارد: «فهو عبارة عن مَلَکَةٍ یُقْتَدَرُ بِهَا عَلَى اسْتِبَاطِ الْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ الْفُرَعِيِّ مِنَ الْأَصْلِ فِعْلاً أَوْ قُوَّةً قَرِيبَةً مِنْهُ» (همان، ص ۱۸۸) نتیجه هر دو تعریف (لغوی-اصطلاحی) این است که وظیفه مجتهد، استخراج احکامی شرعی از مدارک معتبر آن‌ها می‌باشد. مجتهد کسی است که دارای همان ملکه نفسانیه بوده و در امر اجتهاد جهت درک مسائل شرعی در پرتو ادله اربعه اقدام می‌کند.

قانون اساسی افغانستان در ماده ۱۱۸ پس از بیان شرایط شکلی، مبحث علم و اجتهاد را در مفهوم شرط معنوی چنین مورد توجه قرار داده است: قاضی باید در علوم حقوقی و یا فقهی تحصیلات عالی و در نظام قضایی افغانستان تخصص و تجربه کافی داشته باشد. کتاب راهنمای قضات افغانستان پس از بیان اوصافی چون عدالت، بی طرفی، پاکی، بر اوصاف موهبت الهی چون علم و درایت تأکید دارد. (ایمن راشد، ۱۳۸۷، ص ۱۰۰)

۲. بررسی جواز قضاوت غیر مجتهد بر مبنای وکالت و نیابت

۲-۱. وکالت غیر مجتهد در قضا

توجه به اصل عدم سلطه‌ی غیر مجتهد، در بررسی وکالت غیر مجتهد در قضا از مجتهد جامع الشرایط، دارای اهمیت است. بعضی از اعمال از نگاه شرع، در زندگی وکالت و نیابت بردار نیست؛ چون نمازهای یومیّه و...، برخی از کارها چون تجارت، معاملات، دعاوی حقوقی و کیفری و... وکالت‌پذیرند؛ اما برخی نیز مانند قضاوت مشکوک است که آیا می‌توان فرد مجتهد کسی را در اجرای امر قضا، وکیل نمود یا خیر؟ مثلاً مجتهد شک می‌کند که اگر وکیل او حکم کرد که این شخص قاتل یا سارق و یا زانی است، آیا می‌تواند حدود الهی را درباره محکومین اجرا کند، چنین سلطه‌ای غیر مجتهد وکیل دارد یا خیر؟ اصل عدم سلطه و نفوذ عمل قضایی غیر مجتهد است، وظیفه‌ی خود مجتهد است که طبق اصل اشتغال ذمه مجتهد، خودش رسیدگی نموده و حکم قضایی را صادر کند.

ولی مجتهد برخی از مقدمات (استماع شهود، قسم دادن، تحقیقات مقدماتی و...) قضاوت را می‌تواند به دیگری احاله کند تا به وکالت از طرف او انجام دهد، اما اصل صدور حکم و قضاوت، مخصوص خود مجتهد است و وکالت‌بردار نیست. (آشتیانی، ۱۴۲۵، ص ۱۳-۱۶) برخی از علما با توجه به مفهوم قاضی، انجام امور مقدماتی را هم برای غیر مجتهد جایز نمی‌شمارند. می‌توان گفت که قاضی، تحقیق و آماده‌سازی پرونده را غیر از شنود شهادت، به غیر واگذار کند. (وحدتی شبیری، ۱۳۹۴، ص ۳۷)

اما بعضی از فقها به طور مطلق در حال اختیار و اضطرار، قضاوت غیر مجتهد به وکالت از مجتهد را، جایز می‌دانند. مرحوم محقق کرکی می‌فرماید: «یصح التوکیل فی القضاء، والحکم بین

الناس» (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۲۱۷) یعنی، وکالت دادن در فصل خصومت و حکم کردن بین مردم صحیح است. اگر مطرح شود که مراد از توکیل، شاید توکیل غیر مجتهد نباشد؛ می‌توان گفت که شخص مجتهد با نصب عام ولایت بر قضا دارد و در امر قضاوت نیازمند به توکیل از سوی مجتهد دیگر نیست؛ بنابراین منظور ایشان از توکیل، قضاوت غیر مجتهد به نحو وکالت از مجتهد جامع‌الشرايط می‌باشد.

در باره‌ی مشروعیت وکالت وکیل باید گفت که اگر اجتهاد را شرط صحت قضاوت دانستیم، غیر مجتهد به‌طور قطع نمی‌تواند از طرف مجتهد وکیل شود، زیرا واجد شرط نیست. در صورتی که در تردید باقی ماندیم باز به همین نتیجه می‌رسیم؛ زیرا مقتضای اصل، عدم نفوذ توکیل و عدم نفوذ قضاوت فرد وکیل مجتهد است. اما اگر اجتهاد را شرط قضاوت ندانستیم، آن وقت این بحث مطرح می‌شود که مجتهد حق توکیل دیگری را در قضا دارد یا نه؟ هرچند که وکیل، مجتهد باشد. باید گفت که مفاد ادله ولایت قضا عبارت از اثبات سلطه مباشرت فقیه در امر قضاوت است (یعنی فقط خودش باشد)، نه توکیل دیگری؛ یعنی فقیه باید خود شخصاً متصدی قضاوت شود، نه آنکه دیگری را وکیل خود قرار دهد.

مرحوم آشتیانی، توکیل مفضل (غیر مجتهد) از فاضل در امر قضا را نمی‌پذیرد: «أنه علی القول به تعین قضاء الفاضل، هل له إذن المفضل وتوکیله أونصبه للقضاء، كما أن للإمام علیه السلام کلاً من التوکیل والنصب فی زمان حضوره، ألیس له ذلک؟ وجهان، أوجهما الثانی». (آشتیانی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۱۱۷۲) یعنی فرد فاضل نمی‌تواند برای مفضل اذن و وکالت داده برای قضا نصب نماید. برخی از فقها بر این عقیده است که در ولایت بر اموال، مباشرت شرط نیست، به‌صورت تسبیب و توکیل دیگری نیز می‌تواند عمل کند. این امر برخلاف ولایت در قضا است زیرا در این ولایت، تنها قضاوت مباشری خود پیامبر^(ص)، جانشینان، نائبان منصوب خاص و مجتهد جامع‌الشرائط، ثابت می‌باشد، وکالت غیر آنان در امر قضا پذیرفته نیست. (عراقی، بی تا، ص ۱۰) از نگاه فقه و حقوق این نکته حائز اهمیت است که به‌طور کلی وکالت تا زمان حیات موکل مورد قبول است، اما در صورتی که موکل فوت کند، یا او را عزل کند، دیگر فعالیت‌های وکیل، نافذ نیست؛ بنابراین قضاوت وکیل از سوی مجتهد جامع‌الشرايط بعد از فوت این مجتهد، باید نافذ نباشد، در حالی که هیچ فقهی قضاوت غیر مجتهد را وابسته بر دوران حیات مجتهد ندانسته، بلکه

قضاوت او بعد از مرگ مجتهد ادامه داشته و نافذ می باشد، پس قضاوت غیر مجتهد از باب وکالت از مجتهد نمی باشد.

برخی فقهای امامیه، قاضی منصوب غیر مجتهد را، فقیه تنزیلی می دانند، (بهرامی، <http://www.vekalat.org>: 20/6/1387) یعنی به منزله ی فقیه جامع الشرایط در امر قضا عمل می کند؛ بنابراین امکان ثبوت وکالت و تنزیل او در افعالی مانند انشای حکم مورد قبول است و عموم دلیل نیابت و وکالت نیز مشروعیت او را ثابت می کند. (شیرازی، ۱۳۹۹، ج ۱، ص ۵۲) البته ولایت در انشای حکم توسط قاضی تنزیلی، پس از تصدی مجتهد و انجام تمام مقدمات و تشریفات قضاوت، توسط مجتهد مورد نظر می باشد. لذا پس از این که تمام مراحل مقدماتی و تشریفات دادرسی توسط قاضی مجتهد صورت گرفته و به مرحله انشای حکم رسید، او انشای حکم را توکیل به دیگری می کند. (بهرامی، <http://www.vekalat.org>: 20/6/1387) چون انشای حکم اختصاص به حاکم و مباشرت او ندارد و از شارع نیز ردعی در این مورد نرسیده است. (عراقی، بی تا، ص ۴۸)

۲-۲. مشروعیت قضاوت قاضی مأذون

عالم غیر مجتهد که از طرف مجتهد جامع الشرایط یا حاکم عالم عادل در امر قضا اذن می گیرد، آیا باید درجه ای از اجتهاد را داشته باشد، یا خیر؟ فقها در این مورد نظر واحدی ندارند؛ برخی از فقها اجتهاد مطلق را در قاضی مأذون شرط دانسته اند. (ساکت، ۱۳۶۵، ص ۱۴۳) بعضی از فقها منکر اعتبار اجتهاد در قاضی بوده و یا ادله طرفداران اشتراط را ناکافی می دانند که محقق اردبیلی، محقق قمی، فاضل نراقی، محمدحسن نجفی، از معاصران مرحوم آیت الله گلپایگانی و آیت الله اردبیلی، بر این باورند. (محقق اردبیلی، ۱۴۲۴، ج ۱۲، ص ۱۴) همان طوری که مطرح شد، اصل عدم قضاوت غیر مجتهد است، اما در صورت اذن سلسله مراتبی که اذن از سوی حاکم عادل و از کانال خودش برای غیر مجتهد صادر شود، غیر مجتهد با تقوا، عادل، دارای هوش، زیرکی و شخصیت روحی و آگاهی به آئین دادرسی، می تواند قضاوت کند؛ اما قضاوت او آثار قضاوت مجتهد را ندارد، مثلاً تا بیست روز برای حکم او قابلیت تجدید نظرخواهی در نظر گرفته می شود. (وحدتی شیرازی، ۱۳۹۴، ص ۴۹)

مرحوم محمدحسن نجفی می نویسد: «إن المستفاد من الكتاب والسنة صحة الحكم [القاضی]

به الحق و العدل و القسط من كل مؤمن... أنه لا ريب في اندراج من سمع منهم (عليهم السلام) أحكاماً خاصة مثلاً و حكم فيها بين الناس وإن لم يكن له مرتبة الاجتهاد... بل قد يقال باندرج من كان عنده أحكامهم بالاجتهاد الصحيح أو التقليد الصحيح و حكم بها بين الناس، كان حكماً به الحق و القسط و العدل». (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۱۶)

آنچه از کتاب و سنت استفاده می‌شود، این است که قضاوت بر اساس حق و عدالت از هر مؤمنی [که عالم به مسائل قضاوت باشد] حالا آن را از ائمه^(ع) شنیده باشد گرچه علم او در مرتبه‌ی از اجتهاد نباشد و یا از طریق اجتهاد و یا تقلید صحیح فراگرفته باشد بین مردم قضاوت نماید، این حکم به حق و عدالت بوده، صحیح و نافذ می‌باشد. برخی دیگر اجتهاد متجزی را کافی دانسته‌اند، اما عدم جواز دادرسی از سوی مجتهد متجزی را، طریق احتیاط می‌دانند. (طباطبایی یزدی، ۱۳۳۹، ص ۸)

عده‌ای از فقها استدلال نموده‌اند که مراد از «علم» در صحیح‌ه ابی خدیجه «یعلم شیئاً» علم به احکام می‌باشد که منصوبین ائمه^(ع) آن را داشتند، اما در عصر حاضر این علم برای مقلد به وجود نمی‌آید. (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۱، ص ۹۰) یعنی مقلد نمی‌تواند قاضی شود. آیت‌الله سبحانی در جواب می‌گوید: اگر منظور از علم، علم واقعی باشد نه تنها برای منصوبین آن زمان حاصل نبوده بلکه شامل مجتهدین زمان ما نیز نمی‌شود و احکامی هم که از مجتهدین ما صادر می‌شود به اعتبار حجتی است که بر آن وارد شده است؛ اما اگر منظور از علم اعم از علم واقعی و... است، شامل همه می‌شود و برای مقلد زمان ما هم حاصل است. (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۹۱) یعنی بنا به تحلیل ایشان مقلد هم می‌تواند بر منصب قضا تکیه بزند.

بعضی از فقها، اجتهاد مطلق را از ویژگی‌های قاضی مأذون ندانسته، بلکه اجازه امام معصوم^(ع) یا مجتهد جامع الشرایط برای قضاوت غیر مجتهد، به استناد آیات (مانده، ۴۷) و روایاتی زیادی جایز شمرده‌اند، این آیات به قضاوت قاضی عادی اشاره دارند. (حبیبی، ۱۳۸۴، ش ۹۳، ص ۴۹) بسیاری از حقوق‌دانان، گماشتن قاضی از سوی معصوم^(ع)، جانشین امام و یا از سوی حاکم عادل در جامعه اسلامی را، شرط بنیادین دادرسی دانسته‌اند. مرحوم آشتیانی، قاضی فاقد اجتهاد را که مأذون از سوی مجتهد جامع الشرایط باشد، صالح برای قضاوت دانسته است. (آشتیانی، ۱۴۲۴، ص ۴) محمدحسن نجفی صاحب جواهر، قضاوت در حال غیبت امام معصوم^(ع) را از

باب احکام شرعی بر اساس عمل به فتوای مجتهد تلقی نموده است که شامل عمل تقلیدی نیز می‌گردد. (نجفی، ۱۴۱۴، ج ۴۰، ص ۳۹)

۳-۲. نیابت غیر مجتهد در امر قضا

برخی از فقها نیابت در امر قضا را پذیرفته می‌گویند: «تصحّ الاستنباط فی الشهادة علی وجه الشهادة وكذا تصحّ النيابة فی القضاء والحکم». (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۵، ص ۴۴) یعنی، نائب گرفتن در شهادت بر شهادت صحیح است و همچنان که نیابت در فصل خصومت و حکم کردن صحیح است. ایشان نیابت را به طور مطلق چه مجتهد و غیر مجتهد باشد پذیرفته و شرایطی خاصی ذکر ننموده است؛ اما باید اذعان داشت که امر نیابت مانند وکالت برای غیر مجتهد طبق اصل عدم سلطه غیر، اصل اشتغال ذمه مجتهد و نیز حکم عقل پذیرفته نیست. یکی از فقها می‌فرماید: «فی جواز استنباط المجتهد غیره فی تصدی المرافعة إشکال، لأنّ النائب إن کان مجتهدا کان مساویا للمنوب عنه فی جواز التصدی و إلا فیشکل تصدیه لاحتمال اعتبار الاجتهاد فی المتصدی». (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۱، ۱۳۲) یعنی، در جواز نائب قرار دادن مجتهد غیر مجتهد را در امور قضایی اشکال است، زیرا یا نائب مجتهد است که در این صورت مساوی با منوب عنه می‌باشد، یا این که نایب غیر مجتهد بوده ولی در امر تصدی قضا اجتهاد شرط است که در این صورت غیر مجتهد نمی‌تواند نایب قرار گیرد.

۴. مشروعیت قضاوت غیر مجتهد بر مبنای عناوین ثانویه

۴-۱. ضرورت و اضطرار

چنانچه حل و فصل دعوی به وسیله قاضی مجتهد ممکن نباشد، رجوع به غیر مجتهد جایز بلکه ضروری است؛ زیرا فصل خصومت‌ها و احقاق حقوق مردم، حفظ نظم و جلوگیری از هرج و مرج، بستگی کامل به تشکیل دادگاه‌ها و صدور احکام قضایی دارد. از سوی دیگر با نبود قاضی مجتهد با توسعه‌ی کشورها، گسترش امور قضایی جامعه و پیدایش مسائل مستحدثه و یا کمبود مجتهد، اصرار بر صفت اجتهاد در قاضی ایجاد عسر و حرج در جامعه است که بر اساس قاعده‌ی نفی عسر و حرج می‌توان چنین صفتی را برای قاضی نادیده گرفت. شرط اجتهاد در قاضی در صورت امکان و دسترسی به مجتهد جایگاه دارد. اما در صورتی که نتوان به او دست یافت، به علّت دوری،

نمود، یا کمبود مجتهد، مردم ناچارند که به غیر مجتهد مراجعه کنند؛ زیرا راه حلی برای مشکلات و فصل خصومت‌ها جز این برای آن‌ها ممکن نیست. چون مراجعه به حکام جور حرام بوده، از سوی دیگر امکان دسترسی به مجتهد وجود ندارد، بنابراین برای احقاق حق و ایجاد نظم اجتماعی، مراجعه به غیر مجتهد ضرورت می‌یابد.

اینجاست که با دلیل عسر و حرج، ضرورت و اضطرار، شرط «اجتهاد» در قاضی برداشته می‌شود. ولی شرط عدالت و آگاهی کامل به احکام قضائی، نصب از راه صحیح (اذن مجتهد جامع‌الشرایط، نصب از سوی حاکم عادل) حتماً لازم است. سیره‌ی امام علی^(ع) بیانگر این امر است، وی افرادی را برای قضاوت به شهرها می‌فرستاد و یا به والی‌ها دستور می‌داد که قضات را در شهرها تعیین کنند، به اختیار مردم واگذار نمی‌کرد؛ بنابراین نه از همه شرایط، فقط از شرط اجتهاد می‌توان صرف‌نظر و رفع ید نمود. (وحدتی شبیری، ۱۳۹۴، ص ۴۷)؛ زیرا «الضرورات تقدر به قدرها؛ یعنی، ضرورت‌ها به اندازه خودش باید مراعات شود نه بیشتر». از چنین قاضی به «قاضی اضطراری» تعبیر می‌گردد.

البته ولایت در «ولایت قاضی اضطراری» به معنای اصطلاحی‌اش که دارای آثار خاص (از جمله حرمت نقض حکم و اجرای حدود توسط قاضی و... می‌باشد) نیست. بلکه تنها به معنای قضاوت اضطراری است که به دلیل وجوب حفظ نظم و جلوگیری از فساد و اختلال نظام می‌باشد. این ولایت، تنها مفهوم جواز یا وجوب تکلیفی را می‌رساند، منصب جعلی و حکم وضعی را در پی ندارد. این ولایت قضایی موقتی و تا وجود اضطرار است.

۲-۴. اصل حفظ نظم و امنیت جامعه

قضا برای تنظیم امور جامعه ضرورت می‌یابد. یکی از فقها در مورد ضرورت انجام امور قضایی می‌گوید که لازمه‌ی نبود قضا، تضییع و ابطال حقوق مردم می‌باشد. لذا قضا به خاطر حفظ حقوق جامعه تشریع شده است: «لازمه ابطال الحقوق كثيراً التي شرع لحفظها القضاء بين الناس». (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۱، ص ۸۰) بنابراین از نظر مرحوم آشتیانی در صورت اضطرار، قاضی غیر مجتهد باید تصدی امر قضا نماید. ایشان ولایت نسبی برای قاضی اضطراری را به دلیل عقل اثبات می‌کند: «فالعقل الحاكم به وجوب قضاء المجتهد في حالة الإمكان والاختيار من حيث توقف النظام عليه يحكم بوجوبه على المقلد في حالة الاضطرار، بملاحظة العلة المذكورة (اختلال

نظامهم و سد باب معاشهم) و... توقّفه (حفظ النظام) علی قضاء المقلّد». (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۱۵۵)

دیدگاه ایشان را این گونه می توان تقریر نمود که: حفظ نظم، عقلاً و شرعاً واجب است، در صورتی ناچاری چون کمبود، نبود و یا دوری مجتهد، حفظ نظم و... به قضاوت مقلّد (غیر مجتهد) باید رجوع نمود. قضاوت او از باب مقدمه واجب، واجب خواهد شد و بر فقیه است که او را اذن دهد؛ زیرا حفظ نظم جامعه یک وظیفه عمومی است، چونکه همان دلیل عقلی (حفظ نظم) که ایجاب می کرد خداوند مقام قضاوت را به پیامبران و امامان معصوم^(۲) بدهد تا از اختلافاتی که باعث ایجاد بی نظمی می گردند جلوگیری کنند، همان دلیل ایجاب می کند که در صورت اضطرار و نبود فقیه، غیر فقیه بتواند قضاوت کند.

اما به شرط اینکه از طرف فقیه نصب شده باشد؛ زیرا دلیل مزبور تنها شرط اجتهاد را نفی می کند، نه شرط نصب را، ولی در عین حال ولایت قضای مجتهد، برای قضاوت مقلّد ثابت نیست و تنها به مقدار رفع اضطرار می تواند مقلّد عمل کند. تنها در حال اضطرار و (به مقدار رفع آن)، اطاعت از قاضی اضطراری لازم است. دلیل «حفظ نظم» تنها وجوب تکلیفی (وجوب اطاعت از قاضی مجتهد) را می رساند، نه اینکه ولایت قضا را برای او ثابت کند و لذا برای روشن شدن فرق میان قاضی رسمی (مجتهد) و قاضی اضطراری از نظر آثار و احکام باید گفت: غیر فقیه هر چند که منصوب به قضاوت از طرف فقیه بشود، حق اجرای حدود شرعی را نخواهد داشت؛ زیرا این منصب مخصوص امام^(۳) یا نایب او است. در صورتی نصب از سوی حاکم عادل و با هوش، نفوذ حکم قاضی بستگی به تنفیذ و اجازه ی حاکم دارد.

بنابراین فقیه حاکم عادل، حتی در صورت وجود مجتهد، جهت جلوگیری از هرج و مرج و حفظ نظم عمومی، بر قضاوت و اجرای حکم قاضی مجتهد و غیر مجتهد از طریق سازمان قضایی و سازوکار اجازه دهی، نظارت دارد. مثلاً حکم صادر شده از سوی قاضی غیر مجتهد را تا چند روز قابل تجدید نظر و غیر نافذ دانسته، اما بعد از گذشت زمان معین، نافذ خواهد بود. (وحدتی شبیری، ۱۳۹۴، ص ۵۲)

۳-۴. جواز قضاوت غیر مجتهد از طریق امور حسبی

در یک نگاه کلی، قضا خود شامل امور حسبی می باشد. «امور حسبی» عبارت اند از مطلق کارهای

اجتماعی که باید به آن‌ها رسیدگی شود و شارع مقدس در برابر آن‌ها بی تفاوت نبوده و راضی به ترک آن‌ها نمی‌باشد. اموری چون اطعام مساکین، قضاوت و دادرسی، اجرای احکام کیفری، جهاد، امر به معروف و نهی از منکر، افتا و... از امور اجتماعی هستند که باید انجام شوند و مقامات صلاحیت‌دار باید متصدی و مباشر آن امور شوند. بسیاری از آن‌ها مشروط به اجتهاد نیست، اگر از نگاه برخی فقها اجتهاد شرط باشد، در صورت اضطرار آن شرط نیز ساقط خواهد شد.

قضا نیز از اموری است که افرادی خاص برای تصدی او منصوب نشده و به جهت حفظ نظم اجتماع و تحفظ حقوق مردم، شارع راضی به ترک آن نیست. در بحث ولایت فقیه ادله‌ای که اقامه می‌شود مبنی بر اینکه فقیه متصدی اموری حسبیه باشد، شامل مجتهد متجزی نمی‌گردد. قدر متیقن از ادله می‌گوید فقیه‌ای که متصدی اموری حسبیه شود، مجتهد مطلق است. مجتهد متجزی صلاحیت تصدی امور حسبیه را ندارد؛ اما در صورت عدم مجتهد مطلق، مجتهد متجزی بر عدول مؤمنین اولویت دارد. ولی مرحوم آشتیانی می‌گوید مجتهد مفضول (متجزی- غیر مجتهد) می‌تواند متصدی امور حسبیه گردد: «أنه لا إشكال فی ثبوت سائر الولايات العامة الحسبیه المختصة بالمجتهدین للمفضول، کثبوتها للفاضل علی القول به اختصاص ولاية القضاء به بل الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه، لعموم ما دلّ علیه من الأخبار سیما التوقيع الشریف». (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۱۱۷۲) یعنی اشکالی نیست که ولایات امور حسبی برای مجتهدین بودند، برای مفضول هم ثبوت دارد، همان‌طوری که امر قضا برای فاضل اختصاص داشت برای مفضول هم واگذار گردید.

بنابراین امر قضا به عنوان امور حسبه، برای غیر مجتهد قابل تصدی می‌باشد، به گونه‌ای که اول مجتهد جامع الشرایط، بعد فقیه عادل متجزی، یا عالم غیر مجتهد مأذون به ترتیب متصدی امر قضا گردد. اما اجرای حدود شرعی برای قاضی غیر مجتهد ممنوع است؛ زیرا ولایت اجرای حدود با فقیه است: «غیر مجتهد حتی حقّ قسم دادن به طرفین دعوا را نیز ندارد مگر از طریق صلح دعوایی» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۱۳) زیرا غیر مجتهد، قاضی رسمی نیست و فقط از راه امر به معروف، می‌تواند فصل خصومت کند؛ اما بر اساس دیدگاه مرحوم آشتیانی و سایر فقها (اصل لاجرح، اصل حفظ نظم و امنیت جامعه و...) فقط شرطیت اجتهاد برداشته می‌شود، اما اصل حجیت برای قضاوت غیر مجتهد باقی خواهد ماند. باید اذعان نمود که حکم قاضی غیر

مجتهد بر مبنای اضطراب دارای حجّیت شرعی نیست، اضطراب اثبات حجّیت نمی‌کند؛ بنابراین نمی‌توان تمامی آثار قضاوت مجتهد را به غیر مجتهد بار نمود.

۵. مشروعیت قضاوت غیر مجتهد بر مبنای ادله حاکم فقیه

۵-۱. ولایت حاکم فقیه بر نصب قاضی

مشروعیت قضاوت غیر مجتهد، در زمان حاکم اسلامی به واسطه نصب است. قضاوت از امور ولایی است که نیاز به نصب امام دارد و مانند سایر معروف‌ها نیست که هرکسی بتواند مستقلاً به آن قیام کند؛ زیرا ویژگی قضاوت و لزوم تبعیت از حکم قاضی حتی برای کسی است که این حکم را قبول ندارد، این ویژگی ناشی از همین منصب ولایی است که از سوی امام عادل یا فقیه جامع الشرایط حاکم، به قاضی محول شده است. صاحب جواهر معتقد است که مجتهد می‌تواند مقلد را در امر قضا منصوب نماید: «أن للمجتهد نصب مقلده للقضاء بین الناس بفتاواه آلتی هی حلالهم وحرامهم، فیکون حکمه حکم مجتهد، و حکم مجتهد حکمهم، و حکمهم حکم الله تعالی، والراد علیه راد علی الله تعالی». (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۱۹) یعنی وقتی مقلد از سوی مجتهد نصب گردید، حکم مقلد حکم مجتهد و حکم مجتهد حکم معصومین^(ع) و حکم آنان، حکم خداوند متعال است و رد حکم قاضی مقلد، رد حکم خدا خواهد بود.

مرحوم آشتیانی بعد از این پرسش که آیا جایز است فقیه جامع الشرایط در زمان غیبت، شخص عامی آگاه به مسائل قضایی را در مسند قضا منصوب نماید؟ می‌فرماید که بعضی فقها این نصب را جایز می‌دانند، بعضی دیگر نمی‌پذیرند. «هل يجوز للفقیه الجامع لشرائط... فی زمان الغیبة نصب العامی العارف به مسائل القضاء من رأیه للحکومة بین الناس، أو توكيله فی ذلك... مال بعض مشایخنا فی شرحه إلی الجواز... أولاً يجوز له ذلك؟ وجهان...». (آشتیانی، ج ۲، ص ۱۱۷۳)

فقهایی که اجتهاد را در قاضی شرط می‌دانند این‌گونه استدلال می‌کنند که شرط صحت قضاوت، ثبوت نصب قاضی از سوی امام^(ع) است با شک در نصب، اصل عدم نصب جاری می‌شود و شک در شرطیت اجتهاد موجب شک در نصب می‌گردد.

به نظر می‌رسد که فقهای بزرگوار، نصب حاکم فقیه را مانند نصب از سوی معصوم^(ع) (نصب خاص پیامبر^(ص) و امام معصوم) دانسته که به نصب عام شامل فقهای مجتهد جامع الشرایط

می‌گردد؛ اما باید گفت نصبی که در قاضی مطرح است نصب حکومتی است که باید از سوی امام المسلمین صورت پذیرد و ارتباطی با امام معصوم^(ع) به‌عنوان مبین شریعت ندارد. کار امام معصوم^(ع) بیان احکام و از جمله بیان شرایط لازم برای قاضی به‌صورت کلی و مطلق است نه نصب قاضی.

نصب قاضی غیر مجتهد، در منصب قضاوت که به سبب آن حکمش لازم الطاعه می‌شود به حیثیت حکومتی امام برمی‌گردد که حکم حکومتی او واجب الطاعه است، در این امر امام معصوم و غیر معصوم یکسان‌اند؛ یعنی هر دو حق نصب قاضی دارند، بدون نصب امام مبسوط الید (چه معصوم و چه غیر معصوم) قاضی مشروعیت پیدا نمی‌کند؛ یعنی اگر در زمان غیبت، حکومت پیشوای عادل غیر معصوم را با شرایطی دارای مشروعیت شرعی دانستیم در این صورت، حاکم عادل مبسوط الید که همان امام المسلمین است حق نصب قاضی دارد و قضات با نصب او دارای مشروعیت و نفوذ حکم می‌گردند.

بنابراین در صورت شک در اعتبار شرط شرعی مانند اجتهاد، شک در نصب حکومتی پیدا نمی‌کنیم تا با جریان اصل عدم نصب مشروعیت قاضی غیر مجتهد منتفی شود؛ زیرا اگر حاکم عادل، قاضی مقلد را برای قضاوت نصب کرد ما دیگر در نصب او از سوی امام عادل شکی نداریم تا اصل عدم نصب را جاری کنیم، زیرا حکم نصب او وجوب اطاعت دارد.

۲-۵. عدم شرط شرعی بودن اجتهاد

باید در تفکیک شرایط شرعی و شرایط ولایی در قاضی گفت که اجتهاد از شرایط ولایی به شمار می‌رود نه شرط شرعی که قابل تغییر نباشد. شروطی چون بلوغ، عقل، حریت، طهارت مولد و... از شروط شرعی قاضی‌اند. می‌توان گفت که اشتراط اجتهاد در قاضی موضوعیت ندارد، بلکه طریقت دارد؛ یعنی علم و آگاهی قاضی در سطحی باشد که حلال و حرام مورد نظر اهل بیت^(ع) را درک نموده، مراد ایشان را به هر طریقی برآورده سازد و با موازین شرعی و آیین دادرسی قضاوت نماید. نکته‌ی مهم قابل طرح در شرط نبودن اجتهاد این است که حتی اگر دلالت اوصاف (اهل نظر در حلال و حرام، معرفت احکام، افقه بودن) (کلینی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۶۷) در مقبوله را بر اجتهاد بپذیریم؛ دلالت روایت بر شرط بودن اجتهاد قاضی در زمان حکومت حاکم عادل تمام نیست. باید میان دوره حکومت جور و حکومت عدل تفصیل قائل شده و لزوم اجتهاد برای قاضی

را به دوران حکومت جور محدود نمود؛ زیرا قضاوت غیر مجتهد تحت نظارت مجتهد و حاکم عادل در مسیر اصلی خود چون زمان معصوم^(۴) در راستای احقاق حق به طور عادلانه، در جریان خواهد بود.

از سوی دیگر می توان گفت، در صدر روایت مقبوله تصریح به عدم مراجعه به قضات جور شده و امام مراجعه به حکام جور را حرام دانسته است. ایشان فرموده است، مراجعه کنید به کسی با این اوصاف (متفکر در حلال و حرام، بامعرفت، افقه) که من او را به جای حاکمان و قضات جور برای قضاوت جعل و نصب کرده ام. (کلینی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۷۸) از این فرمان به هیچ وجه استفاده نمی شود، در زمانی که حاکم اسلامی و قاضی عدلی وجود دارد، این حکم پایدار و موجود باشد. به علاوه می توان مطرح نمود که این شرایط به خاطر نسبت دادن جعل به خود، مختص زمان خود امام^(۵) بوده اند؛ اما در عصر غیبت قابل تغییر خواهند بود.

اما باید اذعان نمود شرط اجتهاد، شرط طریقی است و به خودی خود موضوعیت ندارد، یعنی قاضی چه مجتهد و غیر مجتهد، اگر با اصول و موازین صحیح و به کارگیری آگاهی و اطلاعات خود، منظور و مراد ائمه^(۶) و شارع مقدس را در قضاوت برآورده نماید، قضاوت صحیح و عادلانه بوده و حکم قاضی نافذ است. این امر از عهده ی غیر مجتهد دارای اوصاف ورع، ایمان، عدالت و آگاهی لازم از آیین دادرسی با نظارت مجتهد بر می آید. لذا او می تواند به طور قانونی بر مسند قضا جای گیرد و حکم او نفوذ خواهد داشت.

۶. مشروعیت قضاوت غیر مجتهد از منظر فقه اهل سنت

۱-۶. نصب غیر مجتهد از سوی سلطان ذی الشوکه

برخی از فقهای اهل سنت معتقدند که نصب قاضی از سوی سلطان ذی الشوکه (حاکم فعلی دارای اقتدار سیاسی) باعث مشروعیت قضاوت وی می گردد. چنانچه یکی از فقهای اهل سنت اذعان می دارد که اگر سلطان یا ذی الشوکه، شخص فاسق یا مقلد جاهلی را نیز برای نصب قضاوت برگزیند، در صورتی که حکمش با مذهب خودش موافق باشد، به دلیل ضرورت و تعطیل نشدن مصالح مردم، حکم این قاضی منصوب، نافذ است. (الرملی المنوفی، ۱۴۱۴، ج ۸، ۲۴۰)

این دیدگاه، با مفهوم نصب در فقه امامیه کاملاً متفاوت است؛ زیرا نصب قاضی در امامیه

به‌طور سلسله‌مراتبی بوده و شرایطی چون ایمان، تقوا، عدالت و... از معصوم^(۲) گرفته تا مجتهد و حاکم عالم و عادل مورد تأکید جدی می‌باشند؛ یعنی در عصر غیبت، در صورت اضطرار و نبود یا کمبود مجتهد؛ شخص عالم عادل باتقوای غیر مجتهد از سوی مجتهد و یا حاکم عادل مبسوط الید در مسند قضا منصوب می‌شود. نفوذ حکم او در ابتدا مانند حکم مجتهد جامع الشرایط نخواهد بود، بلکه با ساز و کار خاص قضایی و مراعات سلسله‌مراتبی در صورت وجود حاکم عادل مبسوط الید، نافذ می‌گردد. در حالی که به اعتقاد برخی از فقهای اهل سنت بر عدالت ذی الشوکه که قاضی نصب می‌کند تأکید نشده است.

۲-۶. قضاوت غیر مجتهد از باب اضطرار و مصلحت

حداکثر نحله‌های فقهی اهل سنت چون حنابله، مالکیه، شافعیه و جمهور از حنفیه «اجتهاد» را در قاضی معتبر می‌دانند: «و أما الاجتهاد فهو شرط عند المالکیه و الشافعیه و الحنابله و بعض الحنفیه کالقُدوری، فلا یولی الجاهل بالأحكام الشرعیه و لا المقلد.» (وهبة الزحیلی، ۱۴۰۴، ج ۸، ص ۳۵۶) چنان‌که ابن قدامه حنبلی، نیآوردی و ابویعلی صریحاً اجتهاد را شرط دانسته‌اند. (الشافعی الماوردی، ۱۴۲۰، ص ۶۶) اما جمهور از فقهای حنفیه اجتهاد را در قاضی شرط نمی‌دانند، بنابراین غیر مجتهد به تقلید از مجتهد در امر قضا، می‌تواند مسند قضا را تصدی نموده و حکم صادر نماید: «وقال جمهور الحنفیة: لا یشرط کون القاضی مجتهداً، والصحیح عندهم أن أهلیة الاجتهاد شرط الأولیة والندب والاستحباب. فیجوز تقلید غیر المجتهد للقضاء، ویحکم بفتوی غیره من المجتهدین؛ لأن الغرض من القضاء هو فصل الخصائم وإیصال الحق إلی مستحقه، وهو یتحقق بالتقلید والاستفتاء.» (وهبة الزحیلی، ۱۴۰۴، ج ۸، ص ۳۵۶) حنفی‌ها شرط اجتهاد را در قاضی لازم ندانسته، فقط از باب اولویت و استحباب می‌پذیرد.

بعضی از فقهای اهل سنت تصریح می‌کند که در صورت عدم توافر مجتهد، می‌توان امر قضاوت را به غیر مجتهد واگذار کرد، البته باید افرادی را که در ورع، عدالت، عفت و توانایی شایستگی بیشتری دارند، مقدم داشت. (وهبة الزحیلی، ۱۴۰۴، ج ۶، ص ۷۴۶) رملی المنوفی ضرورت و معطل نماندن مصالح مردم را از دلایل پذیرش قضاوت غیر مجتهد برمی‌شمارد «نَعَمْ لَا یَجُوزُ تَحْکِیمُ غَیْرِ مُجْتَهِدٍ مَعَ وُجُودِ قَاضٍ... إِنَّمَا یَجُوزُ بِهِ شَرَطُ عَدَمِ قَاضٍ بِالْبَلَدِ لِلضَّرُورَةِ». (الرملي المنوفی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۲۴۰) اما وهبة الزحیلی واگذاری منصب قضاوت به مقلد

را حتی در صورت وجود مجتهد نیز، جایز می‌داند: «والواقع فی زماننا عدم توافر المجتهدين بالمعنى المطلق، فيجوز تولية غير المجتهد، ويولى الأصلح فالأصلح من الموجودين فى العلم والديانة والورع والعدالة والعفة والقوة.» (وهبة الزحيلي، ۱۴۰۴، ج ۸، ص ۳۵۶) یعنی واقعیت امر این است که در زمان ما مجتهد وافر نبوده و به اندازه‌ی کافی نیست، پس غیر مجتهد با مراعات اصلح در علم، دیانت، تقوا، عدالت، پاکدامنی و توانایی می‌تواند در مسند قضا بنشیند. مفهومش این است که در هر صورت (اضطرار، اختیار) شرط اجتهاد در قاضی لازم نیست، پس اگر غیر مجتهد قاضی شود، حکمش نافذ می‌باشد.

نتیجه‌گیری

امر قضا نوعی ولایت است، ولایت و قضاوت غیر مجتهد با توجه به اصل عدم سلطه‌ی غیر معصوم و مجتهد بر امور مردم، از طریق وکالت و نیابت مشروعیت نمی‌یابد. از سوی دیگر اصل اشتغال ذمه مجتهد که قضاوت فقط به ذمه خود مجتهد جواز دارد، مانع قضاوت وکالتی و نیابتی می‌گردد، گرچه برخی از علما این نوع وکالت را پذیرفته‌اند؛ اما باید گفت مجتهد می‌تواند، امور مقدماتی قضا مانند شنیدن اظهارات شهود، استماع اظهارات متخاصمین و ثبت آن و یا فقط انشای حکم را به غیر مجتهد، از باب عالم جایگزین مجتهد، واگذار نماید.

بر اساس دیدگاه بسیاری از فقهای اهل تسنن و تشیع، با اذن مجتهد و بدون اذن، فرد عالم غیر مجتهد دارای اوصاف ورع، عدل، تقوا، عفت و... می‌تواند بر مسند قضا تکیه زند و حکم او نافذ می‌باشد. اساساً شرط اجتهاد در قاضی موضوعیت ندارد، غیر مجتهد با ایمان و آگاه به شرایط، نیز انتظارات شارع مقدس را تأمین می‌کند. بر مبنای عناوین ثانویه چون نبود، یا کمبود مجتهد، به جهت عسر و حرج برای مردم، حفظ نظم و امنیت جامعه؛ شرط اجتهاد از قاضی برداشته می‌شود، مطابق همان ادله‌ی قضاوت مجتهد، قضاوت غیر مجتهد مشروع می‌گردد. همین طور از طریق امور حسبی، در صورت نبود قاضی مجتهد، غیر مجتهد برای تحفظ حقوق مردم و رفع مشکلات جامعه، می‌تواند امر قضا را تصدی نماید.

درجایی که حاکم عادل عالم مسلمان در کشور اسلامی حاکم باشد، بر مبنای ادله ولایت عالم فقیه، ولایت او بر نصب قاضی از باب حکم حکومتی بوده و حتی در صورت وجود مجتهد؛

مشروعیت قضاوت غیر مجتهد را در پی دارد، جایگاه حکومتی معصوم و حاکم عالم عادل، در امر نصب قاضی یکسان است. از سوی دیگر، شرط اجتهاد در قاضی شرط ولایی است نه شرط شرعی؛ این شرط برای رسیدن به احکام بر مبنای خواسته‌های معصوم طریقت دارد؛ بنابراین از باب حکم حکومتی، حاکم بدون توجه به این شرط، می‌تواند قاضی غیر مجتهد را منصوب نموده که مراعات حلال و حرام نموده و بر مشکلات قضایی جامعه با اوصاف و اصول دادرسی صحیح رسیدگی نماید.

از نگاه برخی فقهای اهل سنت شرط اجتهاد در قاضی لازم است، اما در حین ضرورت و عدم دستیابی به مجتهد بر اساس مصلحت و حفظ نظم عمومی، قاضی غیر مجتهد عادل باتقوا از طریق نصب به قضاوت می‌پردازد. عده‌ای از فقهای اهل تسنن، بدون کدام قید و ملاحظه‌ی غیر از صفات، اجتهاد را برای قاضی شرط نمی‌دانند بر این مبنا همان فضیلت علمی و اخلاقی قاضی در قضاوت کفایت می‌کند.

فهرست منابع

قرآن کریم

۱. ابن قدامه، عبدالله بن احمد، المغنی، بیروت: دارالحديث، بی تا.
۲. ابن اثیر، محمد الجزری، النهاية فی غریب الحديث، قم: اسماعیلیان، ۱۳۶۴.
۳. ابن منظور، محمد، لسان العرب، قم: نشر ادب الحوزه، ۱۳۶۳.
۴. ابویعلی، محمد بن حسین الفراء الحنبلی، الاحکام السلطانیة، بیروت: مرکز نشر کتب اعلام السلامی، ۱۴۰۶.
۵. آشتیانی، میرزا محمد حسن، کتاب القضاء، قم: انتشارات زهیر، ۱۴۲۵.
۶. آقاجانی، مهری، شرایط و صفات قاضی از دیدگاه فقه اسلامی، ندای صادق، دانشگاه امام صادق، ش ۱۰، ۱۳۷۷.
۷. بهرام بهرامی، ارزش و اعتبار علم قاضی، سایت وکالت، ۱۳۸۷/۶/۲۰: <http://www.vekalat.org>.
۸. تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادة، ج ۱، قم: مؤسسه امام صادق^(ع)، ۱۴۱۸.
۹. جبعی العاملی شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، معارف اسلامی، ۱۴۱۴.
۱۰. جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت^(ع)، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت^(ع).
۱۱. حبیبی، محمد اسحاق، اعتبار امر قضاوت شده، معرفت، مؤسسه آموزشی امام خمینی (ره)، ش ۹۳، ۱۳۸۴.
۱۲. حر العاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعة، تحقیق الحاج محمد ابرازی، تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۷.
۱۳. حمزه بن علی ابن زهره حلبی، غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم: مؤسسه الامام صادق^(ع)، ۱۴۱۷.
۱۴. خلخالی، سید محمد مهدی موسوی، الحاکمیه فی الإسلام، قم: مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۵.

۱۵. خمینی، روح الله، تحریر الوسيلة، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران-ایران، ۱۳۷۹.
۱۶. خمینی، روح الله، صحیفه نور، ج ۲، تهران: سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، ۱۳۶۷.
۱۷. راشد، ایمن، راهنمای قضات افغانستان، کمیته تدوین و تحقیق قاضی، کابل، ۱۳۸۷.
۱۸. الرملی المنوفی، نهاية المحتاج، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۴.
۱۹. الزبیدی، مرتضی، تاج العروس، ج ۲۰، دارالفکر، بیروت.
۲۰. الزحیلی، وهبة، الفقه الإسلامی وادلته، ج ۸، دار الفکر، دمشق، ۱۴۰۴ ق- ۱۹۸۴.
۲۱. ساکت، محمد حسین، دادرسی در حقوق اسلامی، آستان قدس رضوی، ۱۳۶۵.
۲۲. سید ابو القاسم موسوی خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۱، قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی ره.
۲۳. سید حسن وحدتی شیرزی، تقریرات درس قضاء، قم: جامعة المصطفی العالمیه، زمستان ۱۳۹۴.
۲۴. شیرازی، ناصر مکارم، بحوث فقهیه هامة (لمکارم)، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب^(ع)، ۱۴۲۲.
۲۵. شیرازی، سید عبدالله، القضاء، ج ۱، بیروت، مرکز الحیاء التراث، ۱۳۹۹.
۲۶. شیرازی، ناصر مکارم، انوار الفقاهه، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین، ۱۴۱۳.
۲۷. طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، بیروت: دارالتعارف، ۱۴۱۰.
۲۸. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۹. عاملی، محمد بن مکی، شهید اول، اللمعة دمشقیة، قم، ۱۳۷۳.
۳۰. عراقی، علی ابن ملا محمد ضیاء الدین، کتاب القضاء (تحقیق، محمد هادی معرفت)، قم، مطبعه مهر، بی تا.
۳۱. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت^(ع)، ۱۴۱۴.
۳۲. فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج ۱۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۳. فیاض، محمد اسحاق، تعالیق مبسوطه علی العروة الوثقی، انتشارات محلاتی، قم.

۳۴. الفیومی، احمد ابن محمد، مصباح المنیر، قم-ایران، مؤسسة دارالہجرة، ۱۴۱۴.
۳۵. کرکی، محقق ثانی علی بن حسین عاملی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت^(ع)، ۱۴۱۴.
۳۶. کلینی، محمد بن یعقوب، فروع کافی، دارالکتاب الاسلامیہ، تهران، ۱۳۶۷ ش.
۳۷. کلانتری، علی اکبر، حکم ثانوی در تشریع اسلامی، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸.
۳۸. لنکرانی، محمد فاضل موحدی، جامع المسائل، انتشارات امیر قلم، قم، اول، ۱۴۲۵.
۳۹. نیآوردی، علی بن محمد بن حبیب الشافعی، الأحکام السلطانیة، بیروت، دار الکتب العلمیة، ۱۴۲۰.
۴۰. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴، بیروت-لبنان: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴.
۴۱. نراقی، مولی محمد بن احمد، مشارق الأحکام، قم، ۱۴۲۲.
۴۲. یزدی، سید محمد کاظم طباطبائی، تکملة العروة الوثقی، قم: کتابفروشی داورى، ۱۴۱۴.
۴۳. یزدی، محمد حسن حائری، «قضایات مقلد و مجتهد متجزی» مطالعات اسلامی، دانشگاه فردوسی، ش ۵۱ و ۵۲، ۱۳۸۰.

بررسی تطبیقی دام گستری در حقوق افغانستان و انگلستان

علی محمد سروری^۱

چکیده

در عصر حاضر، کشف جرم از پیچیده‌ترین مراحل دادرسی است؛ زیرا به موازات پیشرفت علم و فن‌آوری، جرائم نیز توسعه و پیچیدگی خاصی یافته‌اند که به روش‌های سنتی قابل کشف نیستند. دام‌گستری و تحریک و تشویق رسمی بر ارتکاب جرم از روش‌های نوین کشف جرم و تحصیل دلیل کیفری است که برای حل این معضل ایجاد شده است؛ اما نکته‌ای مهم، بحث مشروعیت یا عدم مشروعیت آن است که موجب تشتت آراء در نظام‌های کیفری دنیا گردیده است: برخی طرفدار استفاده از چنین روش‌اند و تعدادی نیز بر ممنوعیت به‌کارگیری آن در کشف جرائم تأکید دارند. هرچند میان دام‌گستری در حقوق انگلستان و افغانستان شباهت‌های مختصری وجود دارد؛ اما تفاوت‌های چشمگیری نیز به چشم می‌خورد. در حقوق انگلستان دام‌گستری به‌عنوان یک دفاع به نفع متهم رسماً پذیرفته نشده است، فقط از موجبات تخفیف مجازات محسوب می‌شود اما در حقوق افغانستان در این مورد بحث روشنی صورت نگرفته و فقط به اقدامات «مخفی کشفی» اشاره شده است؛ لکن از برخی مواد عمومی و اصول حاکم بر آن (مثل نقض اصل برائت و ...) عدم مشروعیت نسبی دام‌گستری استنباط می‌شود.

واژگان کلیدی: دام‌گستری، تحریک، کشف جرم، مخفیانه.

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی جامعه المصطفی (ص) العالمیه.

مقدمه

آیین دادرسی کیفری حساس‌ترین نقطه هنرنمایی عدالت است که با قواعد و اصولش پلی ایجاد می‌کند تا سه نقطه جرم، مجرم و مجازات را به هم پیوند دهد و البته نخستین گام جهت وصل آن سه نقطه آن است که ابتدا باید جرم کشف گردد تا نوبت به بزه‌کار و مجازات آن برسد.

اما در عصر تکنولوژی، کشف جرم از غامض‌ترین و صعب‌ترین مراحل دادرسی است زیرا «در گذشته اگر سرقت، کلاه‌برداری، جعل، قاچاق انسان، مواد مخدر و... فقط در فضای حقیقی صورت می‌گرفت، امروزه وقوع این جرائم به راحتی در فضای مجازی و از طریق اینترنت نیز امکان‌پذیر شده است.» همچنین جرائم فاقد قربانی، جرائمی که قربانی آن به علت ترس یا ناآگاهی از وقوع جرم شکایت نمی‌کند، جرائم وفاقی و مورد تراضی طرفین که در مکان‌های خصوصی و مخفی ارتکاب می‌یابد و از آنجایی که طرفین جرم (مجرم و بزه‌دیده) در ارتکاب آن نقش و دخالت داشته‌اند، هیچ کدام تمایل به کشف آن نداشته و در نهادهای قضایی شکایت نمی‌کنند. همین مسئله پیچیدگی مضاعف پدید آورده و گاهی کشف جرائم را غیرممکن می‌سازد. برای مقابله با ناکارآمدی روش‌های سنتی کشف جرم و جهت کشف جرائم فوق‌الاشعار، پلیس و ظابطان قضایی مجبور به استفاده از پلیس مخفی، اجنت یا عامل و مخبران و جاسوسان می‌شوند که آن‌ها در اغلب موارد به منظور دستگیری این مجرمان، رفتارهای مجرمانه را تحریک و تشویق نموده و نقش فعالانه اتخاذ می‌کنند (Hutchinson, Allan C., And Neil R. With- ington:1980, p 376) و این یعنی دام‌گستری = Entrapment یا حباله و مصیده در عربی و تله گذاشتن در زبان فارسی.

کاربرد و ضرورت بنیادین استفاده از دام‌گستری در تأمین امنیت کشورها بالخصوص برای مقابله با مجرمان خطرناک و سازمان‌یافته، انکار ناپذیر است اما با چند چالش مهمی نیز مواجه هست که از جمله بحث مشروعیت یا عدم مشروعیت این روش‌هاست که آیا عوامل پلیس و اجرای قانون برای کشف جرم و دستگیری مجرمان مجاز هستند از هر روشی استفاده نمایند؟ آیا شخصی که از طریق تحریک بر ارتکاب جرم، وارد فضای جرم گردیده است، واقعاً تبه‌کار است و...؟ ماهیت دوگانه یا چندگانه آن باعث شده است در نظام‌های کیفری جهان رویکرد واحدی وجود نداشته

باشد. در این مقاله به تعریف، مبنا، پیشینه، قلمرو و آثار کیفری دام‌گستری پرداخت شده است.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. تعریف دام‌گستری

دام‌گستری در لغت به معنای گستردن دام و تله برای شکار نمودن چیزی است؛^۱ مانند اینکه ماهیگیران دام و تله‌های خود را به خاطر شکار ماهی‌ها در آب می‌اندازند یا صیادان پرنده‌های خاص، برای صید شکارش اقدام به ایجاد دام می‌کنند (مؤذن‌زادگان و دیگران، ۱۳۹۳: ۱۱) اما در اصطلاح حقوقی، تعاریف چندی از دام‌گستری ارائه شده است که به مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌گردد: ۱. دام‌گستری طرح، نقشه‌ریزی و تدارک [زمینه] ارتکاب یک جرم است آن‌هم توسط افسر پلیس، راجع به کسی که اگر اغفال، تشویق و تحریک و تدلیس مأمور حکومت نبود، او مرتکب چنین جرمی نمی‌شد. (Michael A. Defeo. p 243)

۲. برخی نویسندگان، دام‌گستری را مترادف با «مجموعه از عملیات محیلانه [و مخفیانه] مأموران» دانسته‌اند و به تعریف عملیات محیلانه پرداخته‌اند: «عملیات محیلانه به رفتارهای گفته می‌شود که توسط مأموران پلیس در قالب اقدامات کنشی و فعالانه، موجبات ترغیب و تحریض یک فرد به ارتکاب جرم را به منظور کسب ادله و محکوم کردن وی فراهم می‌کند (معظمی و دیگران: ۱۳۹۰، ۱۱۴).

به نظر می‌رسد این نظر درست نباشد؛ زیرا هرچند از لحاظ عرفی، دام‌گستری همان عملیات محیلانه را به اذهان متبادر می‌سازد؛ اما در واقع و با دقت نظر، دام‌گستری مترادف عملیات محیلانه نیست (الهام و دیگران، ۱۳۹۲: ۲ و ۲۵)، بلکه عملیات‌های محیلانه همان عملیات مخفیانه پلیس است^۲ که اولاً عام‌تر و وسیع‌تر از دام‌گستری است؛ زیرا «عملیات مخفیانه پلیس مجموعه از دسیسه و فریب، دستکاری، نفوذ به حریم خصوصی، استراق سمع، تحریک و مایل ساختن کسانی که تمایل قبلی بر ارتکاب جرم ندارند، دوستی و رفاقت‌های [تصنّعی] و جاسوسی

۱. چون خود کلمه دام‌گستری ترجمه انگلیسی انترپنمنت (Entrapment) و یک کلمه ترکیبی و جدید است، در فرهنگ لغت برای آن معنی‌ای یافت نشد؛ اما معنای عبارت «دام» در لغتنامه دهخدا دام که مساوی است با: فَخ، نَزَنک، حِبَاله، مَصِیْدَه در عربی، به معنای تور، دام شکاری و پایدام، تله‌ای است که آلت گرفتار شدن حیوانات است.

2. Undercover operations.

است (Derrick Augustus, Carter, 2009: 144) و دام‌گستری و تحریک بر ارتکاب جرم، فقط یک قسمتی از عملیات‌های مخفیانه پلیس را تشکیل می‌دهد نه تمام آن.

ثانیاً عملیات‌های محیلانه، جزء وظایف عادی و مجاز پلیس و مأموران امنیتی-استخباراتی برای دستگیری مجرمان در موارد و شرایط خاص بوده و از ضروریات هر جامعه است و در تمام نقاط جهان هم اجرا می‌گردد؛ اما دام‌گستری یک روش استثنایی کشف جرم یا تحصیل ادله است با ماهیت مبهم و دچار چالش‌ها و تعارضات زیادی که به همین علت، رویکردی واحدی در نظام‌های حقوقی جهان نسبت به آن اتخاذ نشده است (مؤذن زادگان، ۱۳۹۱: ۲۴). زیرا گاهی دام‌گستری به زیر استانداردهای مقرر جزایی تنزل پیدا نموده و منجر به مداخله یک شهروند عادی در رفتار تبه‌کارانه می‌شود و باعث تعارض حقوق جامعه و افراد (متهم) می‌گردد. بلی! می‌توان گفت عملیات محیلانه فقط به عنوان پیش شرط و مقدمه تحقق دام‌گستری به حساب آید و بس.

۳. تعریفی که نسبتاً جامع‌تر و کامل‌تر، تعریف ذیل است: «دام‌گستری عبارت است از اقدامات مخفیانه مأمورین دولتی از طریق تحریک، ترغیب، اغفال و فریب اشخاص برای ارتکاب یا کشف جرم و دستگیری مرتکبان و تحصیل دلیل علیه آنان.» این تعریف افزون بر اینکه در برگیرنده تمامی شرایط تحقق دام‌گستری می‌باشد^۱، به دام‌گستری برای ارتکاب جرم، برای کشف جرم و تحصیل دلیل علیه متهم نیز پرداخته است (ابراهیمی و دیگران، ۱۳۹۳: ۷).

۲-۱. مفهوم دام‌گستری در حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس نیز تعاریف متعددی از دام‌گستری ارائه شده است. از فرهنگ‌های لغت گرفته تا منابع حقوقی (مثل کریمینال لاو و قانون ۱۹۸۴ انترپمنت پلیس) و سایر منابع، تعاریفی را بیان داشته‌اند که همه آن‌ها بر محور واحدی می‌چرخند: تحریک رسمی بر ارتکاب جرم. برخی از تعاریف یادشده عبارتند از:

۱) تعریف بهتر و جامع‌تری که از دام‌گستری براساس قانون پلیس و دلایل کیفری سال ۱۹۸۴ بخش ۷۸ ارائه گردیده است: «دام‌گستری عبارت است از تحریک عامدانه فرد بر ارتکاب جرم به هدف محکومیت قطعی او. مثل اینکه به او پیشنهاد خرید مواد مخدر بدهد.»

۱. در مباحث بعدی بدان شرایط پرداخته می‌شود.

۲) قدیمی‌ترین و در عین حال کوتاه‌ترین تعریف، تعریفی است که در پرونده کیفری R^۱ علیه «سانگ» آمده است: «دام‌گستری تشویق فرد است بر ارتکاب جرم جهت پیگرد قانونی او» (R v. Sang [1980] AC 402).

۳) جدیدترین تعریف را «لرد هافمن» یکی از اعضای مجلس اعیان انگلیس در پرونده R علیه Looseley در سال (۲۰۰۲) ارائه کرده است: دام‌گستری عبارتست از این که مأمور دولت یا مخبر تحت نظارت آنان کسی را به این هدف که او را مورد تعقیب و پیگرد قرار دهند، بر ارتکاب جرمی وادارد (R v Loosely [2002] Crim LR 161. United Kingdom En-). (cyclopedia of Law).

۳-۱. دام‌گستری در حقوق افغانستان

چه در قوانین جزای سابق افغانستان و چه در قوانین مصوب پسا طالبانی و جدید، هیچ مواد قانونی که صریحاً و به صورت مستقیم به موضوع دام‌گستری پرداخته باشد، وجود نداشته و کاملاً مفهوم ناآشنا و بیگانه است.^۲ آنچه صریحاً در حقوق کشور ما آمده است بحثی است تحت عنوان «اقدامات مخفی کشفی» که در ماده ۱۱۲-۱۱۹ قانون اجرائات جزایی مصوب ۱۳۹۲ مطرح شده است.

نخست در بند یک ماده ۱۱۲ قانون اجرائات جزایی مصوب ۱۳۹۲، به مشروعیت و جواز دو امر مهم اشاره دارد: یک: به جواز استفاده از اقدامات مخفی کشفی در کشف بعضی جرائم.^۳ دو: به مشروعیت دلایل و مدارک حاصله از اقدامات مخفی کشفی. بند یک ماده ۱۱۲: جهت کشف

۱. لازم است ابتدا این نکته تبیین گردد که در نظام قضایی انگلیس جهت فهم و تسهیل در ارجاع آراء قضایی، از یک روش خاصی استفاده می‌شود از باب نمونه در دوسیه های کیفری، آراء قضات را به این شرح نوشته و گزارش می‌کنند:

R v. Brown {1970} 3 All ER 455, 456 یا R v. Sang [1980] AC 402.

کلمه اختصاری R در آغاز یک رأی اشاره بر این مطلب دارد که این پرونده کیفری بوده است زیرا در بیشتر پرونده‌های کیفری، متهمان به نام مقام سلطنت (ملکه یا پادشاه) از سوی یک نهاد دولتی به نام «دادستانی سلطنتی» تحت تعقیب قرار می‌گیرد. R اولین کلمه Rex به معنای پادشاه یا Regina به معنای ملکه است که دلالت بر مقام حکومتی دارد که متهم را تحت تعقیب قرار داده است. V اولین کلمه Verses به معنای علیه است که در خواندن رأی یک پرونده به صورت against تلفظ می‌شود. (عبدالاحسین شیروی: ۱۳۹۰، ۱۴۶).

۲. البته نه تنها در حقوق افغانستان که سالیان متمادی درگیر جنگ و نابسامانی بوده است بلکه در حقوق جمهوری اسلامی ایران نیز که چندین دهه در امنیت کامل بوده و هست نیز به مسئله دام‌گستری پرداخته نشده است به همین خاطر حقوقدانان این کشور گاهی آن را به تبع حقوق فرانسه، تحت عنوان اجبار معنوی و گاهی نیز تحت عنوان اکراه و در مواردی هم تحت عنوان اشتباه مطرح کرده‌اند و سپس خودشان همدیگر را نقد کرده و رد نموده‌اند.

۳. این جرائم در ماده ۱۱۳، احصا گردیده است.

جرائم مندرج ماده یکصد و سیزدهم این قانون و جمع‌آوری دلایل اثبات، اقدامات مخفی کشفی صورت گرفته می‌تواند. آنگاه در بند ۲ همان ماده و طی ۵ فقره، بدون تعریف اقدامات مخفی کشفی، به شمارش مصادیق آن پرداخته است: بند (۲) اقدامات مخفی کشفی عبارت‌اند از:

۱. سمع، نظارت یا ثبت محتویات، مکالمات و ارتباط اشخاص مظنون و متهم از طریق تلفن، کامپیوتر، اینترنت یا سایر وسایل مخابراتی و فتاوری معلوماتی و جمع‌آوری اطلاعات در مورد مکان، منبع، مسافه، مسیر، زمان، تاریخ، اندازه، مدت مکالمات و نوع ارتباط.
۲. نظارت الکترونیکی مخفی یا ثبت مکالمات، حرکات و یا فعالیت‌های اشخاص در اماکن، منازل خصوصی و محلات عامه.

۳. نظارت معاملات مالی که از طریق بانک‌ها یا سایر مؤسسات مالی و تجارتی صورت می‌گیرد.

۴. تفتیش مکتوب، بسته، کانتینر، پارسل و سایر مادی و تکنیکی.

۵. اجازه دادن به انتقال و عبور و مرور (تسلیم دهی تحت مراقبت) محموله‌های غیر قانونی یا مشکوک از قلمرو افغانستان به قلمرو یک یا چند کشور دیگر با آگاهی و تحت نظارت مراجع ذیصلاح عدلی و قضائی. سپس در ماده ۱۱۳ تحت عنوان «جرائم مستلزم اقدامات مخفی کشفی»، در ماده ۱۱۴ به شرایط اتخاذ اقدامات مخفی، در ماده ۱۱۵ به عدم افشاء محتوای آن اقدامات، در ماده ۱۱۶ به مدت اتخاذ آن اقدامات، در ماده ۱۱۷ به عدم سمع مکالمات غیر جرمی و در ماده ۱۱۸ به نحوه نگهداری و استفاده از محتوای آن اقدامات پرداخته است.

۲. مبانی دام‌گستری

۲-۱. مبانی مشروعیت دام‌گستری

۲-۱-۱. کاهش هزینه و صدمه ناشی از جرم^۱ از طریق انحراف مسیر

با وقوع هر جرمی، خسارت‌های مادی و معنوی زیادی به جامعه وارد می‌گردد. هر اقدام پیشگیرانه‌ای که باعث کاهش ارتکاب جرم یا کاهش هزینه‌های آن گردد کاربردی‌تر از اقدامات دیگر است و مطلوب جرم‌شناسان و قانون‌گذاران. یکی از مبانی مشروعیت دام‌گستری کاهش

1. Reduce the cost of crime.

هزینه‌های جرم است که اولاً مانند دوربین‌های مداربسته مجرمین را غافلگیرانه به دام می‌اندازد و از این بابت باعث کاهش ارتکاب جرم می‌گردد. در گزارش‌های که جدیداً منتشر شده است تأثیر استفاده از دوربین‌های مداربسته بر کاهش جرم بسیار چشمگیر اعلام شده است طوریکه در بعضی کشورها تا ۷۵٪ و در بعضی کشورهای دیگر تا ۹۰٪ ارتکاب جرم را کاهش داده است. ثانیاً دام‌گستری موجب تغییر مسیر مرتکبین از ارتکاب جرم واقعی نیز می‌گردد؛ زیرا پلیس و ضابطان قضایی، جرم را تحت نظارت و کنترل خویش گرفته و بی‌درنگ پس از ارتکاب جرم، یا پس از انجام اعمال مقدماتی جرم یا پس از شروع به جرم، اقدام به دستگیری آن‌ها نموده و از اینکه جرم به صورت تام واقع گردد و آسیب‌های آنان به جامعه سرایت نماید، جلوگیری می‌نمایند که همین امر باعث تغییر مسیر و کاهش هزینه ارتکاب جرم برای دولت و جامعه می‌گردد (ملک زاده، ۱۳۹۱: ۵۵).

۲-۱-۲. اثرات بازدارندگی دام‌گستری

«جرم، مهمان ناخوانده‌ی همیشگی زندگی بشر بوده و هست و دست‌یازی به مجازات به‌عنوان شدیدترین و بدوی‌ترین واکنش جامعه در برابر جرم نیز همواره بوده است» (جانکی و دیگران، ۱۳۸۷: ۳۴۰)؛ اما مجازات صرف و خشک، کافی نیست و نمی‌تواند نقش قوی در پیشگیری از ارتکاب جرم ایفا کند؛ پس باید به مباحث دیگر پیشگیری نظیر بازدارندگی، ارعاب و تخویف مجازات نیز دقت و توجه بیشتری صورت گیرد.

«زیمرینگ» در تعریف بازدارندگی می‌گوید: «بازدارندگی عبارت است از تهدیدهایی که ممکن است انگیزه‌ای مجرمانه مجرمی را با تغییر در شیوه‌ای اندیشه‌اش از طریق تجسم دورنمای پیامدهای سوء تحقق آن انگیزه تقلیل دهد» (جانکی، ۱۳۸۷: ۳۴۳). یعنی مجازات مؤثر در بازدارندگی باید به گونه‌ای انتخاب و اعمال شود که علاوه بر مرتکب فعلی و مرتکبان بالقوه، درس عبرتی باشد برای دیگران. نقطه قوت دام‌گستری در ارتباط با همین مطلب است؛ زیرا اقدامات مخفیانه پلیس و دستگیری مجرمین به روش دام‌گسترانه باعث می‌شود میزان احتمال دستگیری مجرمین بالا رفته و مجرمین بالقوه نیز خودشان را در معرض خطر و تیررس پلیس ببینند، احساس وحشت کنند و به این درک برسند که پلیس و عوامل امنیتی در دستگیری مجرمان از روش‌های مدرن و غافلگیرانه‌ای استفاده می‌کنند که حتماً دستگیر می‌شوند و دلایل و مستندات غیرقابل انکار

علیه آنان تحصیل می‌گردد، همین اندیشه در بسیاری موارد، بسیار مؤثر واقع شده است و باعث انصراف آنان از ارتکاب جرم می‌گردد (ملک زاده، ۱۳۹۱: ۵۶) زیرا مجرمین حسابگران زبردستی هستند که همواره سود و زیان عمل ارتكابی خویش را قبل از اقدام به هر جنایتی، با دقت محاسبه می‌کنند و به فاکتورهای زیان‌زا نزدیک نمی‌شوند و این یعنی اثر بازدارندگی دام‌گستری.

۳-۱-۲. تقدیم عمل اہم بر مهمّ در تراحم دو امر

یکی از خصایص بشری محدود بودن قدرتی و توانایی بشر در انجام همزمان دو فعل یا افعال است (نساء، آیه ۲۸)، به همین لحاظ، گاهی در مرحله اجرای قوانین، اگر تعارضی غیرقابل حلی بروز نماید که عوامل اجرای قانون مجبور باشند تنها به یک مورد آن عمل کرده و دیگری را رها سازند (روضه سرا، ۱۳۹۶: ۱۳۷)، در این صورت، باید «قانون اہم را بر قانون مهم» مقدم داشته و اجرا نمایند و از قانون مهم صرف نظر کنند و این یعنی تقدم امر مهمتر (اہم) بر مهم. به عنوان مثال، حفظ حریم خصوصی و حقوق شهروندی آحاد جامعه یک اصل اساسی است و کاملاً قابل احترام برای همه، حتی پلیس و ضابطان قضایی در کشف جرم و تعقیب مجرمین باید ملتزم به آن باشند و وارد حریم خصوصی افراد نشوند اما اگر در مقام اجرا و کشف جرائم، بالاخص جرائم خطرناک، حفظ این حقوق، در تعارض با حفظ امنیت کشور و نظم جامعه قرار گرفته و مستلزم زوال امنیت اجتماع و مردم گردد، در این صورت عقل و منطق حکم می‌کند که منافع جامعه و امنیت آن که «نیاز اولیه‌ای هر بشر است که انسان‌ها نسبت به آن حساسیت خاصی دارند و می‌کوشند به هر طریقی امنیت خود را تأمین کنند»، نزد ضابطان و مأموران قانون، اہم باشد و ترجیح داشته باشد از هر امری دیگری. در ماده ۱۱۶ کد جزای کشور نیز مشابه همین مطلب آمده است: «شخصی که به منظور نجات نفس یا مال خود و یا شخص دیگر که به خطر بزرگ و آنی مواجه گردد...، مسئول شناخته نمی‌شود؛ و در ماده ۱۱۷ بیان می‌دارد: شخصی که تحت تأثیر قوه مادی یا معنوی که دفع آن طوری دیگری ممکن نباشد مجبور به ارتکاب جرم گردد، مسئول شناخته نمی‌شود.

۲-۲. مبانی عدم مشروعیت دام‌گستری

۲-۲-۱. نقض دادرسی منصفانه^۱

تا هنوز به توجیه دام‌گستری پرداخته شد و تا حدودی مشروعیت آن را اثبات کردیم؛ اما در اینجا عدم مشروعیت آن را از اساس و مبنا توجیه نموده و در صدد مخالفت به‌کارگیری آن در تفتیش‌های قضایی هستیم. بنابر این یکی از مبانی عدم مشروعیت دام‌گستری نقض دادرسی منصفانه است؛ زیرا اقتضای دادرسی منصفانه این است که تمامی مراحل محاکمه از ابتدا تا انتها به شیوه‌ای کاملاً بی‌طرفانه و به دور از پیش‌فرض و مطابق قانون و عرف قضایی باشد در حالیکه کشف جرم و تحصیل دلیل از طریق دام‌گستری، از همان ابتدا با پیش‌فرض همراه است؛ زیرا وقتی پلیس می‌خواهد افرادی را تحریک بر اتکاب جرم کند، ماهیت نگاه پلیس به افراد در این صورت این است که به آن‌ها به‌عنوان یک مظنون و متهم می‌نگرد نه یک شخص عادی و بی‌گناه و گر نه لازم نبود به دنبال کشف جرم یا تحصیل دلیل علیه آنان باشد و این همان نقض دادرسی منصفانه است که با پیش‌فرض همراه است.

۲-۲-۲. نقض اصل برائت و دفاع از حقوق متهم

دومین مبناي عدم مشروعیت دام‌گستری، نقض اصل برائت^۲ است که این مبنا از اهمیت و استواری بیشتری برخوردار هست؛ زیرا اصل برائت که «أُمُّ الْأَصُولِ محاکمات جزایی، میراث مشترک حقوقی همه ملل متمدنی جهان، اصل راهبردی و حاکم بر حقوق جزا است» (علامه، ۱۳۹: ۱۰۸) و در قوانین افغانستان نیز روی آن تأکید شده است^۳، یکی از تفاسیرش دوری «از هرگونه پیش‌دوری نسبت به نتیجه دادرسی می‌باشد» (فضائلی، ۱۳۸۹، ۲۹۳) یعنی تا زمانی که متهم به حکم قطعی محکمه باصلاحیت، محکوم نشده باشد، بی‌گناه شناخته می‌شود. در اهمیت اصل برائت همین کفایت می‌کند که بهداشت روانی، آرامش واقعی، اجتناب از بدبینی و سوءظن و در مظان اتهام قرار گرفتن، همه و همه در ظلّ تقیّد و پایبندی به اصل برائت حاصل می‌شود که از مصادیق بارز نقض اصل برائت، استفاده از دام‌گستری و اقدامات تحریک‌آمیز علیه شهروندان

1. Reversal of fair trial.

2. Presumption of Innocence violation

۳. برائت ذمه حالت اصلی است. متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه (دادگاه) باصلاحیت محکوم علیه قرار نگیرد، بی‌گناه شناخته می‌شود.

است؛ زیرا مأموران پلیس در زمان دام‌گستری و انجام اقدامات تحریک‌آمیز، با مجرم دانستن افراد و شهروندان عمل نموده و اصل را بر مجرمیت می‌گزارند (ملک زاده، ۱۳۹۱: ۶۵) که خلاف و ناقض اصل برائت است پس چون دام‌گستری ناقض اصل برائت است مشروعیت ندارد.

حمایت از حقوق دفاعی متهمین از یک طرف و لزوم حمایت از حقوق اجتماع به صورت حفظ شأن و منزلت مقام قضا و دادگستری از طرف دیگر، موجب تحدید اختیارات مقامات قضایی در مورد توسل به این روش‌ها در کشف یا اثبات جرائم می‌شود در همین راستا، دفاع دام‌گستری در حقوق کیفری به‌عنوان عاملی به نفع متهم مطرح می‌شود و مانع توسل مقامات قضایی به تحریک و خدعه در مسیر کشف و اثبات جرم می‌شود از آنجا که این دفاع هنوز در برخی از نظام‌های کیفری من جمله حقوق کیفری ایران، جایگاهی پیدا نکرده است، اهمیت و ضرورت این مسئله اقتضا می‌کند که به بررسی، تشریح و تحلیل مفهوم، مبانی، قلمرو و آثار این دفاع در نظام‌هایی که به آن توجه شایسته مبذول داشته‌اند، پرداخته شود تا از این طریق، تجربه و آزمون و خطاهایی که این نظام‌ها در این مسیر به دست آورده‌اند، مورد استفاده قانونگذاران داخلی قرار گیرد. (مؤذن زادگان، ۱۳۹۳: ۷).

۳. پیشینه تاریخی دام‌گستری^۱

در این مورد نیز چند نظر ارائه گردیده است:

۳-۱. برخی پیدایش دام‌گستری را همزمان با مرحله شهرنشینی شدن بشر و پیدایش پلیس می‌دانند بدین عبارت که از همان زمانی که بشر وارد تمدن و شهرنشینی شدند، قوانینی را برای نظم دادن امور روزمره‌ای زندگی‌شان تنظیم کرده و برای نظارت و اجرای این قوانین و برقراری نظم جامعه، نهادی را به نام پلیس جهت ایجاد نمودند از همان زمان نیز دام‌گستری مورد استفاده پلیس بوده است (گلدوزیان، ۱۳۹۰: ۱۱۱).

۳-۲. بر اساس نظر دیگر، پیشینه تاریخی دام‌گستری برمی‌گردد به زمان حاکمیت نظام دادرسی تفتیشی (مظفری، ۱۳۹۱: ۱۸). نظام که پس از نظام دادرسی اتهامی، قدیمی‌ترین سیستم دادرسی است و خاستگاه آن به امپراتوری روم قدیم برمی‌گردد و سپس در قرن

1. The history of entrapment.

سیزدهم میلادی به کلیساها نیز راه یافته و به اکثر کشورهای دیگر اروپایی نفوذ کرده است. از آنجایی که نظام دادرسی تفتیشی، نظام سرکوبگر و تفتیشی است، مورد استقبال و حمایت دولت‌های استبدادی قرار گرفته است؛ به‌عنوان نمونه حکومت موسولینی در ایتالیا، هیتلر در آلمان و شوروی سابق که همه حکومت‌های استبدادی و ظالمانه بودند از این سیستم استفاده می‌کردند. (موحدی: ۷۶). در نتیجه، حکومت‌های استبدادی برای دستگیری و تعقیب افرادیکه برای منافع و حکومت آن‌ها خطرناک جلوه می‌کردند، به هر روشی از جمله دام‌گستری دست می‌زدند. مطابق این نظر، دام‌گستری با نظام دادرسی تفتیشی آغاز و با حکومت‌های استبدادی رشد کرده و به‌عنوان یک محصول مشترک غیرقانونی در سیستم عدالت کیفری دنیا ظهور یافته است.

۳-۳. در کتاب «بهشت گمشده»^۱، اثر حماسی از شاعر انگلیسی قرن هفدهم میلادی آمده است: از همان روزی که حضرت آدم و حوا توسط ابلیس از بهشت رانده شدند، بذر دام‌گستری کاشته شده است (Milton, John (1674) (II ed, 5)) یعنی نخستین بار از اغفال و فریب و تحریک بر ارتکاب جرم در ماجرای حضرت آدم و شیطان استفاده شده است که شیطان توانست با اقدامات دام‌گسترانه و محیلانه‌اش، حضرت آدم و حوا را بر ارتکاب جرم مورد نظرش تشویق و ترغیب کند: «قدمت دام‌گستری بر می‌گردد به یک باغ سرسبز و دلپذیر، (بهشت) به یک میوه‌ای ممنوعه و مار نامحسوس و پنهان^۲؛ بر اساس آموزه‌های مسیحیت، شیطان به صورت یک مار حیل‌گر وارد بهشت شد و به وسوسه‌ای آدم و حوا پرداخت. قرآن مجید نیز همین مطلب را در آیات ۲۲-۲۰ سوره مبارکه اعراف به زیبایی بیان داشته است: (فدلاهما به غرور).

آغاز دام‌گستری در انگلیس برای نخستین بار در قرن شانزدهم میلادی بوده است که مربوط است به دوسیه‌ای شخصی بنام (Norden's (Norden's Case, Fost. Crim. Cas. 129 1774)). سپس در قرن هجده و نوزده میلادی، این ماجرا ادامه پیدا کرده و تا سالهای (۱۷۹۷-۱۸۲۰) که معروف به «دوره محدودیت‌ها»^۳ است، دام‌گستری روش متعارفی بود که توسط بانک‌های انگلیس

1. Lost Paradise.

2. entrapment is as old as a pleasant garden, a forbidden fruit, and a subtle snake: Paul W. William (1959), p.399.

3. restriction priond of.

و اداره ضرب اسکناس شاهی^۱، جهت دستگیری افرادی که در جرائم مالی دست داشتند به کار گرفته می‌شد (Crymble, Adam (2017-02-09)).

۴. شرایط دام‌گستری

سه شرط مهم برای تحقق دام‌گستری بیان گردیده است:

۴-۱. تحریک و تله‌گذاری عامدانه و مؤثر^۲

اولین شرط دام‌گستری، تحریک بر ارتکاب جرم است (پیرانی، ۱۳۹۵: ۱۹) البته هر تحریکی نمی‌تواند منجر به دام‌گستری گردیده و باعث تحقق آن شود؛ بلکه تحریکی که در عملیات دام‌گستری به کار می‌رود، باید به صورتی تأثیرگذار باشد که مزیل اراده آزاد شخص باشد و چنان وضعیتی را در ذهن فرد ایجاد نموده و او را درگیر نماید که قدرت تصمیم‌گیری او را به چالش کشیده و تضعیف سازد. بدین ترتیب، تحریک ساده و ضعیفی که نتواند مرتکب را از درون و از نظر روانی بر ارتکاب جرم سوق دهد، در دایره تحریکی که در عملیات دام‌گستری مطرح است قرار نمی‌گیرد؛ یعنی تحریک اعمال شده به اندازه کافی معقول و منطقی باشد که علاوه بر تأثیر بر متهم، «بر هر انسان متعارف دیگر دراین شرایط نیز تأثیرگذار باشد (جعفری، ۱۳۸۴: ۲۸). البته «دامنه‌ای تأثیر تحریک در هر فرد [بیشتر] به دو عامل بستگی دارد: شدت تحریک و ساختار روحی-روانی شخص تحریک شوند. (پاکنهاد، ۱۳۸۵: ۱۰۳).

۴-۲. مأمور دولت بودن شخص دام‌گستر^۳

دومین شرط تحقق دام‌گستری مأمور دولت بودن دام‌گستر است (ملک زاده، ۱۳۹۱: ۳۰) بدین معنا که زمانی اقدامات تحریک‌آمیز و اغفال‌کننده باعث ایجاد دام‌گستری می‌گردد که این اقدامات توسط مأمور دولت صورت گرفته باشد این شرط از اهمیت کلیدی خاصی برخوردار است و به‌عنوان یک اصل، نقطه افتراق دام‌گستری از معاونت در جرم است بدین بیان که اگر تحریک بر ارتکاب جرم از ناحیه‌ای مأمور دولت صورت گیرد، مصداق دام‌گستری است؛ اما اگر تحریک و تشویق از ناحیه یک شهروند عادی، تحمیل و اعمال گردد، دام‌گستری شخصی نامیده شده و از مصادیق

1. Royal Mint.

2. Deliberately trapping or enticing to commit crime.

3. A law enforcement agent.

معاونت در جرم به شمار می‌آید^۱ که ربطی با دام‌گستری مورد بحث (تحریک رسمی) ندارد. این تفکیک را محکمه‌ای در انگلیس، در دعوای مانزلا اظهار داشت: «دام‌گستری شخصی تنها نام دیگری برای تحریک کیفری است و غیر از استناد به عذر ضرورت یا اجبار، متهم چاره دیگری ندارد و اگر متهم، تسلیم تحریک‌های یک شخص عادی شود مقصر است و [مسئول]». (Nilson, 2005: 38)

۳-۴. مخفی و فریب‌آمیز بودن عمل

سومین شرط تحقق دام‌گستری مخفی و فریب‌آمیز بودن رفتار نیروی پلیس است؛ یعنی هویت رسمی و پلیسی خود را مخفی داشته و به صورت یک شهروند عادی یا به‌عنوان عضوی از اعضای باندهای تبهکار و مجرمین سازمان یافته خودش را جا زند طوریکه مورد اعتماد آنان قرار گیرد. به‌عنوان نمونه اگر یک جاسوس دولتی، به باندهای تبهکارانه نفوذ کند ولی به جاسوسی صرف پرداخته و تحریک مخفیانه نداشته باشد، یا عمل او فریب‌آمیز نباشد، نمی‌تواند دام‌گستری به شمار آید (ملک زاده: ۵).

۵. قلمرو دام‌گستری^۲

یکی از مباحث مهم دام‌گستری، بحث قلمرو و دامنه شمول آن است یعنی در چه جرایمی مشروعیت نسبی دام‌گستری محرز گردیده و بکار گرفته می‌شود؟ عده‌ای بر این باورند که «این گونه عملیات اغلب در مورد جرائم بدون بزه‌دیده^۳ مورد استفاده قرار می‌گیرد (معظمی، ۱۳۹۰: ۱۴۴)؛ زیرا کشف جرائم وفاقی و مورد تراضی طرفین یا فاقد قربانی^۴ که در مکان‌های مخفی [و طبق میل طرفین] ارتکاب می‌یابد، هیچ یک از بزه‌دیده و بزهکار تمایل ندارند پرده از جرایمی وفاقی خویش برداشته و در نهادهای قضایی شکایت نمایند؛ همین امر پیچیدگی کشف را مضاعف

۱. براساس ماده ۱۲۶ قانون مجازات ایران، اشخاص زیر معاون جرم محسوب می‌شوند: یک: هرکس دیگری را ترغیب، تهدید، تطمیع، یا تحریک به ارتکاب جرم کند یا دسیسه یا فریب یا... در ماده ۵۷ کد جزای افغانستان نیز تعریف معاون جرم اینگونه آمده است: معاونت در جرم به معنی دخالت در عمل مجرمانه به شکل سببیت است طوریکه معاون در ارتکاب عمل مادی دخالت مستقیم نداشته باشد. بند ۲: شخص در حالات آتی معاون جرم شناخته می‌شود: یک: به ارتکاب جرم شخص را تحریک، تهدید، تطمیع یا تشویق نماید یا با دسیسه یا فریب یا سوء استفاده از قدرت موجب وقوع جرم گردد.

2. The extent, and scope of entrapment.

3. Victimless Crimes.

۴. روسپیکری و قاچاق مواد مخدر دو نمونه مهم از جرائم توافقی و تراضی طرفین می‌باشد.

کرده و گاهی غیرممکن می‌سازد، جهت کشف این چنین جرائم، پلیس مجبور به استفاده از پلیس مخفی و دام‌گستری است تا از این طریق مدارک مجرمیت را جمع‌آوری کند (Hutchinson,., p 376 (Allan (1980)).

افزایش نامشروع قیمت‌ها و جرائم علیه امنیت یک کشور، موارد دیگری است که «بیشترین کاربرد دام‌گستری در کشف این جرائم» را دارد (مقیمي، ۱۳۸۶: ۱۵۲). دیوان اروپایی حقوق بشر که تنها سازمان بین‌المللی است که بیشترین توجه به دام‌گستری داشته است، در ماده ۶ آن کمسیون توسل به دام‌گستری را فقط در جرائم سازمان یافته^۱ آن‌هم با سه شرط ذیل توجیه نموده و پذیرفته است: یک: نیروی پلیس یا موظف امنیت ملی، ارتکاب جرم را تحریک نکند. دو: متهم در حالت خاص ارتکاب جرم قرار داشته باشد. سه: دادرسی منصفانه تضمین گردد (آشوری: ۱۳۷۹، ۳۵۱). در ماده ۱۱۳ قانون اجرائات جزایی افغانستان مصوب ۱۳۹۲، تعدادی مشخصی از جرائم که «اقدامات مخفی کشفی» در مورد آن جرائم مجاز است، احصا گردیده است.

اما هنوز این پرسش قابل طرح است که آیا استفاده از روش دام‌گستری محدود به امور کیفری است یا در حوزه مدنی و اداری نیز کاربرد دارد؟ (قلمرو دام‌گستری بر اساس نوع تعقیب). از آنجای که فلسفه و هدف غائی استفاده از دام‌گستری در دادرسی کیفری، جلوگیری از حالت خطرناک مجرمین و حفظ امنیت و منافع اجتماع می‌باشد، دام‌گستری در امور مدنی منتفی است و قابلیت اجرایی ندارد؛ چراکه در مسئولیت مدنی، صرف اثبات رابطه سببیت جهت مسئول شناختن عامل، کفایت می‌کند و نیاز به چیزی دیگری نیست؛ اما «در رسیدگی‌های اداری مثل لغو یا توقیف پروانه فعالیت‌های شغلی و تجاری که اگر با تحریک و اغفال مأمورین ارتکاب یابد، هرچند ندرتاً، بحث دام‌گستری قابلیت اعمال دارد؛ زیرا خط مشی اساسی اعمال آن با پرونده‌های کیفری یکسان است (مؤذن زادگان، ۱۳۹۱: ۲۸).

۶. آثار کیفری دام‌گستری^۲

هر محکمه «کیفری از مراحل [و فرایند] مختلفی تشکیل شده است. وقوع جرم، نقطه آغاز این فرایند و اثبات جرم و بالتبع، محکوم نمودن فرد، نقطه پایان آن است (مؤذن زادگان، ۱۳۹۱: ۸). با مذاقه و

1. Organized crimes.

2. Criminal Consequences of Entrapment.

امعان نظر در مواد قانونی و اصول حاکم بر قواعد حقوقی، می‌توان از دو منظر و فرض متفاوت به عملیات دام‌گستری توجه نموده و آثار کیفری هر مرحله را به‌صورت جداگانه مورد بحث قرار داد:

۱-۶. مسئولیت متهم در مرحله وقوع جرم

منظر اول، مربوط به قبل از وقوع جرم است یعنی فرضی است که هنوز دادرسی کیفری علیه شخص آغاز نشده است، اما ضابطین قضایی (پلیس و موظف امنیت ملی) «اقدام به ترسیم و طرح نقشه جرم علیه شخص یا اشخاص نموده و وی را ترغیب و تحریک به ارتکاب بزه می‌نمایند به نحوی که اگر این اقدامات ضابطین قضایی نمی‌بود، شخص مذکور هرگز مرتکب جرم نمی‌شد (مؤذن زادگان، ۱۳۹۱: ۳۳). آنچه در این فرض مورد چالش و بحث قرار می‌گیرد توجیه مسئولیت کیفری فردی است که در شرایط تحریک‌آمیز و فریب‌گونه توسط عوامل اجرای قانون مرتکب جرم شده است و این سؤال مطرح می‌گردد که آیا چنین فردی مسئولیت جزایی دارد یا خیر؟ اگر دارد آیا مسئولیت‌اش تام است یا ناقص؟^۱ آثار کیفری آن چیست؟

بر اساس ماده ۱۰ و بند ۲ ماده ۸۴ کود جزای افغانستان، یکی از شرایط مهم مسئولیت جزایی، داشتن اراده آزاد مرتکب به هنگام ارتکاب جرم است. ماده ده: مسئولیت جزایی و تطبیق جزا به شخصی متوجه می‌گردد که با اراده آزاد و در حالت صحت عقل و ادراک، جرمی را مرتکب شود. بند ۲ ماده ۸۴ نیز همین را می‌گوید. پس اگر فردی در شرایطی مرتکب جرم گردد که اراده‌اش تحت تأثیر عوامل بیرونی یا درونی خدشه‌دار و زایل شده باشد، مسئولیت جزایی جرم مذکور به او منتسب نمی‌شود زیرا برای تحقق هر جرمی وجود عناصر سه‌گانه‌ای مادی، قانونی و روانی آن ضروری است و چنانچه یک رکن یا عنصر آن مفقود باشد جرم را نمی‌توان به مجرم نسبت داد.

از این ماده‌ای قانونی و فضای حاکم در مواقع دام‌گستری چنین استنباط می‌شود که شخصی که در اثر دام‌گستری و تحریک پلیس مرتکب جرم شده است، سوء رفتار ضابط قضایی یقیناً در آن حد از فریب و تحریک بوده است که زایل‌کننده اراده آزاد اکثر افراد گردد پس اولین اثر دام‌گستری، زوال اراده و اختیار افراد است در ارتکاب جرم؛ دومین اثر کیفری دام‌گستری در این مرحله زوال

۱؛ زیرا «عوامل رافع مسئولیت کیفری» یا طبق ماده ۸۸ کود جزای افغانستان، «موانع مسئولیت جزایی» بر دو قسم هستند: ۱- علل تام: یعنی در کلیه موارد موجب رافع مسئولیت جزایی می‌گردد مثل جنون، کودکی یا طفولیت، اجبار یا اکراه. ۲- علل و موانع نسبی مسئولیت جزایی: علل و موانعی هستند که در شرایط خاص کاربرد دارند مثل اشتباه، خواب یا بی‌هوشی، سکر یا مستی. (باهری، ۱۳۸۶: ۲۹۳).

مسئولیت کیفری متهم است که در نتیجه زوال اراده و عنان افراد، مسئولیت جزایی چنین متهمی نیز زایل می‌گردد و دفاعی برای متهم ثابت می‌شود تحت عنوان «دفاع دام‌گستری» که یا موجب زوال کلی مسئولیت جزایی متهم (در بعضی کشورها مثل آمریکا و ثبوت دفاع کامل به نفع متهم) و یا زوال جزئی مسئولیت کیفری (در برخی دیگر کشورها مثل انگلیس و کانادا و... و توقف روند دادرسی) می‌گردد (مؤذن زادگان و دیگران، ۱۳۹۳: ۳۴).

۲-۶. در مرحله کشف و اثبات جرم

صورت دوم فرض ما در مرحله دوم و بعد از وقوع جرم است یعنی جایی است که جرم ارتکاب یافته است ولی ضابطان قضایی به منظور کشف جرم یا تحصیل و جمع‌آوری ادله علیه متهم او را مورد اقدامات دام‌گسترانه و تحریک قرار می‌دهند تا اثبات کنند که او مرتکب چنین جرمی شده است یا خیر؟ سوالی که اینجا مطرح می‌شود این است که آیا ادله‌ای که از طریق دام‌گستری به دست آمده است، مشروع است و ارزش قانونی دارد؟ (ملک زاده، ۱۳۹۱: ۲). طوریکه در محاکم از آن دلایل استعانت بسته و علیه متهم بکار گرفت؟ رویه حقوق انگلیس درین زمینه بدین صورت است که هر چند نفس دام‌گستری را رد نموده است اما مهم‌ترین اثر کیفری دام‌گستری در این مرحله را بطلان ادله حاصله از این طریق می‌داند:

«هم دادگاه استیناف و هم مجلس اعیان به اتفاق آراء و به صورت کاملاً صریح و روشن اعلام داشتند که دام‌گستری هیچ جایگاهی در حقوق انگلیس ندارد^۱. [همچنین] اکثریت مطلق اعضای مجلس اعیان این مطلب را تصدیق کردند که مدارک حاصله از دام‌گستری ممکن است در جهت تخفیف مجازات^۲ قابل استفاده باشد و مؤثر اما کاربرد بیشتر از آن ندارد». در ماده ۲۱ قانون اجرائات جزایی افغانستان نیز بر بطلان دلایل حاصله از طریق غیر مشروع تأکید شده است. این مطلب را با پاسخ به یک سؤال دیگر ادامه می‌دهیم و آن اینکه آیا بطلان ادله حاصله از طریق دام‌گستری، بر فرایند دادرسی و سایر ادله (اگر ادله‌ای دیگری در دوسیه وجود داشته باشد) تأثیر گذاشته و آن‌ها را نیز از درجه اعتبار ساقط می‌سازد، یا تنها اثر این بطلان فقط به خود دلیل نامشروع محدود و محصور می‌شود و به ادله و مستندات دیگر آسیبی وارد نمی‌کند؟

1. Has no place in English Law.

2. Mitigation of punishment.

در پاسخ به سؤال فوق باید گفت: اگر ادله‌ای دیگر در دوسیه وجود نداشت که مطلب روشن است اما در صورتی که دلیل دیگری وجود داشته باشد، در آنصورت، به یک اصل مهم قضایی مواجه می‌شویم که عبارت باشد از اصل آزادی و اختیار دادرسی کیفری در ارزشیابی ادله. «اختیار دادرسی کیفری در ارزیابی ادله، نقش وقدرتی است که به قاضی کیفری داده می‌شود تا آزادانه تمامی ادله مطروحه در پرونده را برای کشف حقیقت، مورد ارزیابی قرار دهد با این هدف که اگر برای وی قناعت قضایی مبنی بر ارتکاب جرم توسط متهم حاصل شد، نسبت به صدور قرار مجرمیت یارای محکومیت اقدام نماید. اصل اولی در دادرسی های کیفری، آزادی و اختیار دادرسی کیفری در ارزیابی ادله است مگر مواردی که استثناء شده باشد (احمد رمضان، ۱۳۸۹). بر اساس این اصل، این اختیار برای مقام ثارنوالی و قاضی محفوظ است که اگر بخواهد اثر این بطلان را به سایر ادله و تمامی فرایند دادرسی کیفری تسری داده و تیر خلاص را بر پیکر آن بزند یا نه هر دو دلیل را جداگانه مورد ارزشیابی و بررسی قانونی-حقوقی قرار داده و اثرات ناشی از هریک را جداگانه بررسی نماید) مؤذن زادگان، ۱۳۹۳: ۳۷».

نتیجه‌گیری

دادرسی عادلانه و بیطرفانه، دایره‌ای است که میان روابط متهم و قاضی ترسیم شده است و ریشه در اصل برائت و حرمت نهادن بر کرامت ذاتی انسان دارد. در دادرسی عادلانه، سلاح‌ها باید مساوی باشند و دلیل کیفری نه تنها باید فی نفسه مشروع باشد بلکه طریقه تحصیل آن نیز وجاهت قانونی لازم را داشته و از معبر قانون بدان رسیده باشند نه از راه‌های دیگر.

دام‌گستری یعنی تحریک رسمی بر ارتکاب جرم یا تحصیل دلیل علیه اشخاص مظنون، یکی از شیوه‌های مدرن کشف جرم است که مأموران امنیتی و پلیس کشورها از آن در کشف جرائم مهم استفاده می‌کنند. بررسی‌های که انجام شد، نشان داد اکثر نظام‌های حقوقی جهان به جواز نسبی و محدود آن قائل شده و بدین نتیجه رسیده‌اند که نه می‌توان طرفدار تحریم مطلق آن شده و به کلی آن را ممنوع اعلام نمود و نه از آزادی مطلق آن حمایت نموده و در هر صورت آن را مجاز دانست چرا که این روش تعارضی است بین دو حقوق: حقوق جامعه و حقوق افراد. از طرفی حقوق جامعه اقتضای استفاده از دام‌گستری در کشف برخی جرائم خطرناک مانند جرائم سازمان یافته، تروریستی، توافقی و بدون بزه‌دیده است زیرا در غیر این صورت قابل کشف نیستند و از طرف

دیگر، آزادی مطلق در استفاده از این روش، نخست حقوق فردی افراد و شهروندان عادی را مورد تجاوز قرار داده و حریم خصوصی‌ای برای آنان باقی نمی‌گذارد و منجر به بی‌اعتمادی، سوءظن و تنزل شأن و منزلت نهادهای قضایی و سارنوالی نزد مردم می‌شود.

منابع

۱. آشوری و دیگران، (۱۳۸۷)، آیین دادرسی کیفری، تهران، چاپ دوم.
۲. ابراهیمی، شهرام و ملک زاده، محمود، (۱۳۹۳)، «دام‌گستری: ممنوعیت مطلق یا قانونمندسازی آن»، فقه و حقوق اسلامی، شماره ۸.
۳. باهری، محمد و دیگران، (۱۳۸۰) «حقوق جزای عمومی»، مجلد، چاپ اول.
۴. تطبیقی در حقوق کیفری ایران و آمریکا، پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره چهارم.
۵. جانکی محمودی، سارا فیروز آقایی، (۱۳۸۷) بررسی نظریه بازدارندگی مجازات، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۲.
۶. رمضان‌نای، احمد (۱۳۸۹)، «اختیار دادرسی کیفری در ارزشیابی ادله» پایان نامه ارشد، تهران: مدرسه عالی شهید مطهری.
۷. عبدالحسین شیروی، (۱۳۹۰)، حقوق تطبیقی، سمت، چاپ دهم.
۸. علامه، غلام‌حیدر، (۱۳۹۴)، اصول محاکمات جزایی افغانستان، چاپ اول، کابل، ابن سینا.
۹. علی محمد روضه‌سرا، سیدعلی حسین نژاد کریمی (۱۳۹۶)، تبیین قاعده اهم و مهم و جایگاه آن در فقه و قانون مجازات اسلامی، مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، شماره ۳/۱.
۱۰. مؤذن‌زادگان، حسن علی و حسنی، عباس، (۱۳۹۱)، «وضعیت دفاع دام‌گستری در حقوق کیفری آمریکا، فرانسه و ایران»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۳.
۱۱. مؤذن‌زادگان، حسنعلی و حسنی، عباس (۱۳۹۳)، «دفاع دام‌گستری از مفهوم شناسی تا آثار»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۸ شماره ۸۵.
۱۲. مظفری، محمد (۱۳۹۱)، «دام‌گستری در حقوق ایران و آمریکا»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، قم: دانشگاه مفید.
۱۳. معظمی، شهاب و گلدوزیان، حسین، (۱۳۹۰)، «رویکرد تطبیقی به مسئولیت طرفین دام‌گستری مأمور پولیس - متهم - در حقوق کیفری ایران و آمریکا»، دانش انتظامی، شماره ۵۳.
۱۴. مقیمی، مهدی، (۱۳۸۶)، «دام‌گستری در کشف جرم»، فصلنامه دانش انتظامی، شماره ۳۵.

۱۵. ملک زاده، محمود (۱۳۹۱)، مطالعه تطبیقی دام‌گستری در حقوق ایران و آمریکا، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شیراز.
۱۶. موحدی، جعفر، (۱۳۹۳)، «معکوس کردن بار اثبات دلیل در آیین دادرسی کیفری»، مجد.
۱۷. یزدیان جعفری، جعفر (۱۳۸۴)، «دام‌گستری، مفهوم، مبانی و جایگاه آن در حقوق کیفری ایران»، فصلنامه فقه و حقوق، شماره ۶.
۱۸. پاک‌نهاد، امیر، (۱۳۸۵)، «عذر تحریک، مبانی و آثار مطالعه‌ای در حقوق ایران و انگلستان»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۴.
۱۹. گلدوزیان، حسین، (۱۳۹۰)، «دام‌گستری در حقوق کیفری ایران و مقایسه آن با حقوق آمریکا»، پایان نامه ارشد دانشگاه تهران.
20. Hutchinson, Allan C. and Neil R. Withington. "Criminal Law—Evidence—Defence of Entrapment—Discretion to Exclude Evidence." *Canadian Bar Review* 58.2(1980).
21. Michael A. DeFeo, Entrapment as A defense to Criminal Responsibility: its history, Theory and Application.
22. Milton, John (1674). *Paradise Lost; A Poem in Twelve Books* (II ed.). London: S. Simmons. Retrieved 8 January 2017 - via Internet Archive.
23. Paul W. William, the Defense of entrapment and Related problems in Criminal Prosecution, 28 *Fordham L. Rev.* (1959) available at: <http://r.lawnet.fordham.edu/flr/vol28/iss3/1>.
24. Nilson, 2005, 38
25. Norden's Case, *Fost. Crim. Cas.* 129 (1774).
26. *R v Loosely* [2002] *Crim LR* 161. United Kingdom Encyclopedia of Law.

ارزیابی ادله اثبات در جرایم تجاوز به عنف در نظام حقوقی افغانستان

سید باقر محمدی^۱ و خالده امیری

چکیده

جرم تجاوز به عنف که اعم از زنای به عنف، لواط اجباری، به شکل فردی یا گروهی، یا تجاوز بدون عمل جنسی از قبیل عمل تفخیز، مساحقه، تجاوز به عفت و ناموس زن، بچه‌بازی، قوادی و حتی لمس بدنی قربانی، در حقوق افغانستان جرم‌انگاری شده است. برای تطبیق مجازات و شناسایی افراد بزه‌کار باید اثبات گردد که واقعاً فرد مورد اتهام مرتکب چنین عملی گردیده است. با در نظر داشت ماده «۹» قانون اجراءات جزایی کشور، در اثبات جرایم تجاوز به عنف اقرار متهم، شهادت شهود و قراین کاربرد قابل ملاحظه‌ای داشته و همچنین ادله علمی مانند معاینات طب عدلی، نظریات اهل خبره، و... به عنوان قراین در اثبات کلیه جرایم اعتبار دارد. تجاوز به عنف بدون رضایت مجنی علیه است و از سایر جرایم جنسی که توأم با رضایت است متفاوت می‌باشد؛ اما به نظر می‌رسد نظام حقوقی افغانستان در این مورد تفاوت بین این دو دسته از جرایم نگذاشته است. در حالی که همواره در نظام‌های حقوقی و فقه اسلامی اثبات جرایم جنسی توأم با رضایت با دشواری‌های همراه است که نشان‌دهنده رویکرد تخفیفی قانون‌گذار نسبت به این جرایم دارد. در جرایم جنسی تأکید بر بزه‌پوشی است و این باعث می‌شود که اثبات جرایم جنسی سخت‌تر شود. از طرف دیگر در تجاوز به عنف جنبه حق الناس و لزوم حمایت از بزه‌دیده می‌طلبد که سخت‌گیری کمتری در اثبات جرم صورت گیرد. در این نوشتار با استفاده از روش توصیفی تحلیل به بررسی جرم تجاوز به عنف پرداخته شده و علاوه بر ادله سنتی (اقرار، شهادت، علم قاضی)، ارزشهای دلایل اثباتیه و جایگاه ادله علمی نیز مورد بررسی قرار گرفته‌اند. نتیجه به دست آمده عبارت است از این که علم قاضی در اثبات تجاوز به عنف از جایگاه ویژه برخوردار است و می‌توان با کاربرست آن کاستی‌های ناشی از محدودیت‌های نظام ادله در اثبات جرایم جنسی به عنف را جبران نمود.

واژگان کلیدی: جرم تجاوز جنسی، تجاوز به عنف، ادله‌ی اثبات، تحصیل دلیل، مجازات

۱. دکتری فقه قضایی، استادیار جامعه المصطفی (ص)، sb.muhammadi@gmail.com

مقدمه

وقوع جرم علاوه بر نقض حقوق و آزادی‌های فردی، حقوق اجتماعی افراد جامعه را نیز خدشه‌دار می‌کند. تجاوز جنسی جرمی است خشن که علاوه بر ایراد خدشه بر شخصیت و احساسات افراد قربانی، سبب متضرر شدن خانواده و اطرافیان قربانی و جامعه نیز می‌گردد. بر این اساس قوانین کشور افغانستان به صورت بسیار محدود از گذشته تاکنون و همچنین در کد جزای کشور از انجام مقاربت عمل جنسی تا لمس بدنی به العنف و اکراه را با تعیین مجازات آن جرم‌انگاری نموده است. این جرم براساس ادله اثبات تعیین شده در قوانین شکلی کشور که همان اقرار، شهادت، اسناد، شناسایی طور بالمواجه و قرائن است، قابل اثبات می‌باشد. قرائن در برگیرنده ابراز نظر اهل خبره، طبی عدلی و مدارک به دست آمده می‌باشد. بنابراین، این مهم تنها در سایه کشف حقیقت حاصل می‌شود و حقیقت نیز از پیش خود آشکار نمی‌باشد، بلکه باید شخصی که دارای اهلیت‌های قانونی است در جستجوی یافتن حقیقت با توسل به ادله برآید تا با دقت و اندیشه‌ورزی و ارزیابی صحیح و ضابطه‌مند ادله بتواند به حقیقت قضائی دست یابد.

ادله اثبات جرم از بارزترین و مهم‌ترین ابزار مورد استفاده دادگاه‌ها در راستای احقاق حقوق از دست‌رفته قربانیان جرم است. از سوی دیگر اگر این ادله به‌خوبی مورد بحث قرار گیرند موجب خواهد شد چالش‌های جرم تجاوز به العنف آشکارتر گردد و دستگاه عدالت جزایی کار کرد خویش، در حمایت از قربانیان تجاوز به العنف را به‌نحو مطلوب‌تری اجرا نماید.

از این رو، مقاله حاضر در دو بخش تنظیم شده است، بخش اول مفهوم‌شناسی تجاوز به العنف و در بخش دوم، ادله اثبات جرم با مصادیق آن‌ها با در نظر داشت قوانین نافذ کشور بررسی گردیده‌اند. تجاوز به العنف را یک عمل خشونت‌بار دانسته‌اند که بر عزت و آبروی فرد، صدمه وارد می‌نماید و ارتکاب تجاوز به العنف یک عمل فیزیکی است که با یک زن و یا دختر برخلاف میل و توافق او صورت می‌گیرد؛ خواه با تهدید و اعمال زور باشد و یا با کمک دارو یا مواد مسموم‌کننده. همچنین، مصادیق تجاوز به العنف که عبارتند از زنای با العنف، لواط اجباری، تجاوز به عفت و ناموس زن و ... مورد رسیدگی و پژوهش قرار گرفته‌اند و برای اثبات این جرم موجودیت دلایل و مدارک اثباتیه لازم است که در این مقاله از ظرفیت‌ها و ارزش ادله اثبات و موضوعیت ادله اثبات در جرایم مذکور تدقیق به عمل آمده است. جرم یادشده به موجب قانون نافذ کشور و اسناد

بین الملل حقوق بشر ممنوع بوده و از اعمال مجرمانه تلقی گردیده است و برای اثبات آن در ماده «۱۹» قانون اجراءات جزایی اقرار، شهادت و قرائن که با استفاده از ابزار و فنهون علمی به دست می آیند، مقرر گردیده اند.

۱. مفهوم شناسی

۱-۱. تجاوز به عنف

تجاوز در لغت به معنای از حد گذشتن یا تعدی کردن و اغتصاب را گویند (دهخدا، ۱۳۳۴، ج ۳). تجاوز به عنف به معنای انجام و نزدیکی جنسی با فرد، با زور و بدون رضایت او است. در معنای اصطلاحی آن تجاوز به عنف نوعی رفتار خشن و تحقیرآمیز است که از طریق اعمال جنسی و برای ابراز قدرت و خشم صورت می گیرد، در چنین مواردی رابطه جنسی به ندرت موضوع اصلی است و در اکثر موارد مسائل جنسی در خدمت نیازهای غیر جنسی در می آیند. (اوحدی، ۱۳۸۴، ص ۳۰۸)

عنف در لغت به معنای خشونت و زور است؛ بنابراین منظور از اصطلاح تجاوز به عنف انجام نزدیکی جنسی بدون رضایت زن و با استفاده از قهر و غلبه است؛ به عبارت دیگر تجاوز به عنف نوعی از زنا است که همراه با عدم رضایت و خواست قربانی باشد. بنابراین، توسل به خشونت جنسی در روابط زن و شوهر تجاوز به عنف محسوب نمی گردد. (آقا علی، ۲۰۲۱، ص ۲)

تجاوز به معنای گرفتن با زور، در حقوق عرفی به معنای (Rape) بوده و برگرفته شده از کلمه لاتین دستیابی شهوانی به یک زن با خشونت و اجبار و برخلاف میل او تعریف می شود. (سیگل، لاری جی، ۱۳۸۵، ص ۵۱۸). در تعریف دیگر بیان شده است: تجاوز به عنف ارتکاب عمل فیزیکی با یک زن یا دختر برخلاف میل و توافق او است؛ خواه غلبه برتمایل او با تهدید به زور انجام گیرد، خواه به کمک دارو یا مواد مسموم کننده و یا به دلیل نقایض عقلانی قربانی، قادر به قضاوت منطقی نبوده یا سن او پایین تر از سن اختیاری رضایت باشد. تجاوز به عنف نوعی رفتار خشن و تحقیرآمیز است که از طریق اعمال جنسی صورت می گیرد. این عمل با ابراز قدرت و خشم صورت می گیرد (اوحدی، ص ۳۰۸).

به طور سنتی در نظام حقوقی کامن لا، تجاوز به عنف به معنای دخول آلت تناسلی مردانه در آلت

تناسلی زنانه بدون رضایت زن و بدون وجود علقه زوجیت میان آن‌ها بوده است (چیلی، ۱۳۹۰، ص ۲۰۱). چنان‌که از این تعریف برمی‌آید، در کامن لای سنتی اولاً؛ تنها مردان می‌توانسته‌اند به‌عنوان مرتکبان این بزه مطرح شوند. ثانیاً؛ زنان منحصرأ بزه‌دیده تلقی می‌شده‌اند. ثالثاً؛ تنها تجاوز مهبلی مطرح بوده است. رابعاً؛ دو مؤلفه نارضایتی زن به آمیزش جنسی و نیز نبودن علقه زوجیت میان طرفین نقش کلیدی داشته است. (چیلی، ۱۳۹۰، ص ۲۰۱).

در ماده «۶۳۶» کود جزاء چنین آمده است: «شخصی که با جبر یا سایر وسایل ارعاب‌آمیز یا تهدید یا با استفاده از ناتوانی جسمی و روحی یا روانی مجنی‌علیه یا ناتوانی ابراز رضایت مجنی‌علیه اعم از زن یا مرد، یا خوراندن دوی بی‌هوش‌کننده یا سایر وسایل زایل‌کننده عقل به وی، عمل مقاربت جنسی را انجام دهد یا اعضاء و بدن یا اشیای دیگر را در قُبُل یا دُبُر وی داخل نماید مرتکب تجاوز جنسی شناخته می‌شود.» قابل ذکر است که در کد جزا افغانستان تعریف تجاوز جنسی به العنف در ماده فوق هرچند تحت نام تجاوز جنسی یادآوری و جرم‌انگاری شده است، باید گفت که در ماده فوق از زور، خشونت، تهدید، یا ناتوانی فرد قربانی سخن به میان آمده که در برگیرنده تجاوزات جنسی به العنف بوده و همچنان از تجاوز جنسی عادی یا بدون العنف نیز تذکر به عمل آمده است که بدون رضایت زن، یا استفاده از دوی بی‌هوش‌کننده و... بوده است. هرچند که در موارد فوق از تجاوز با العنف که با زور، تهدید و موارد خشونت بار صورت گرفته است، یادآوری گردیده است.

اما در ماده «۶۳۸» کد جزاء صراحت دارد: «مردی که با شخص زیر سن قانونی مقاربت جنسی انجام دهد تجاوز جنسی شناخته می‌شود.» منظور از کلمه مرد در این ماده، جنس مذکر است و شامل اشخاص دارای سن قانونی می‌باشد. شخص زیر سن اعم از دختر و پسر است که سن قانونی را تکمیل نکرده است. اگر چه در این ماده رضایت طفل به صراحت ذکر شده است، اما به دلیل فقدان خصوصیت، حکم عدم اعتبار شامل رضایت هر شخصی است که اهلیت حقوقی برای ابراز رضایت ندارند. براساس صراحت این ماده، مقاربت جنسی با طفل اگر چه با رضایت طفل صورت گرفته باشد، تجاوز جنسی شمرده می‌شود و به دلیل عدم اعتبار رضایت طفل، رضایت طفل را از شمول تجاوز جنسی خارج نمی‌سازد. (ذاکر، ۱۳۹۸، صص ۴۱۶ و ۴۱۸)

بنابراین، در تمام اظهار نظرات مربوط به تجاوز به العنف، عدم رضایت فرد قربانی، مورد توجه

بسیار است. نیازی نیست که رضایت حتماً بیان شود، بلکه می‌تواند از طریق شکل رابطه طرفین یا زمینه شکل‌گیری آن درک شود؛ اما عدم مخالفت مشخصاً به معنای رضایت نیست. عدم رضایت ممکن است نتیجه اجبار خشم زیاد شخص باشد که مرتکب تجاوز می‌شود یا نتیجه ناتوانی فرد قربانی اعلام رضایت خود باشد؛ مانند زمانی که فرد خواب یا مست است و حالت عادی ندارد یا ناتوان ذهنی است. قانون همچنین ممکن است رضایت در آمیزش‌های جنسی افراد زیر سن قانونی را که می‌توانند راضی به چنین روابطی با افراد بزرگسال تر از خود باشند، رد می‌کند. یا فرد ممکن است برای انجام عمل جنسی رضایت داشته اما رضایتش را پس بگیرد که در این صورت هم بعد از پس گرفتن رضایت، انجام عمل جنسی تجاوز محسوب می‌شود.

۲-۱. ادله اثبات دعوی

ادله جمع دلیل است و گاهی به جای ادله دلایل به کار می‌رود که جمع دلالت است. دلالت همان معنای دلیل را افاده می‌کند. ادله یعنی «مرشد» که در لاتین به «Evidence Guide» و آن عبارت از رسیدن نظر درست در مطلب خیری، است. (ابوالبقاء، ۱۴۱۴، ص ۴۳۰) چنانکه بیان گردید ادله جمع دلیل است و دلیل از لحاظ لغوی واژه عربی است که از مصدر «دلالت» و فعل ثلاثی مجرد «دلّ، يدلّ، دلالة» مشتق شده و به معنای فاعل می‌باشد و معنای اصطلاحی آن عبارت است از «شیء که از وجود آن پی به وجود شیء دیگر می‌بریم» (کریمی، ۱۳۸۹، ص ۴).

اما در اصطلاح فقها، عبارت است از اقامه دلیل شرعی نزد قاضی در مجلس قضا بر یک حقیقت و یا واقعه‌ای از وقایع. همان طوری که مشاهده می‌شود اولاً دلیل باید مبنای قانونی داشته باشد، ثانیاً در نزد صاحب صلاحیت یعنی حاکم یا قاضی باشی، ثالثاً در مکان قضا باشد. (حسنی، ۱۳۸۸، ص ۲۳۴)

اثبات در لغت به معنای ثابت گردانیدن یا برجا کردن و جود امری را ثابت کردن می‌باشد یا گویند «لا احکم الا بما ثبت» حکم نمی‌کنم مگر با دلیل یا برهان (معلوف، ۱۳۸۶، ص ۱۴۳) اثبات به دنبال ثبوت است، ثبوت تحقق امر در مرحله داخلی و واقعی است و اثبات تحقق امر در مرحله استدلال می‌باشد هر صاحب حق باید آنچنان دلیل را در اختیار داشته باشد که هر لحظه حق مرحله ثبوتی، بتواند در مرحله اثبات داده شود. (دهخدا، ۱۳۳۴، ص ۸۶۷)

دعوی در لغت به معنای نزاع، ادعا کردن و خواستن است. در قوانین جزایی تعریف از دعوی

ارائه نشده است و هر کس بنا بر ذوق خود تعریفی از دعوی ارائه نموده است، با ملاحظه مواد قانونی به نظر می‌رسد که قانون‌گذار دعوا را در سه مفهوم مختلف به کار برده است.

مفهوم اول: آنکه «دعوی توانایی قانونی مدعی حق تضییع یا انکارشده در مراجعه به مراجع صالح در جهت به قضاوت گذراندن، وارد بودن یا نبودن ادعا و ترتیب آثار قانونی مربوطه است. برای طرف مقابل دعوی توانایی مقابله با این ادعا است.

مفهوم دوم: دعوی منازعه و اختلافی است که در مرجع قضاوتی مطرح گردیده و تحت رسیدگی بوده یا می‌باشد و بدین مفهوم دعوی زمانی متحقق می‌گردد که دعوی در معنای اول (حق اقدام قانونی) به وجود آمده و دارنده آن را اعمال نموده است.

مفهوم سوم: گاهی دعوی به معنای ادعا به کار می‌رود که البته منظور ادعای است که در مرجع قضایی مطرح نگردیده و یا ادعایی است که در خلال رسیدگی به دعوی به عنوان امری تبعی مطرح می‌گردد. با بررسی این سه مفهوم به روشنی مشخص می‌شود که منظور از «دعوی» در اصطلاح «ادله اثبات دعوی» معنای دوم و سوم مذکور در فوق می‌باشند (عمروانی، ۱۳۸۷، ص ۵).

هرچند اصطلاح اثبات دعوی در قانون تعریف نشده ولی معادل آن در ماده «۲۷۲» قانون اصول محاکمات مدنی تحت عنوان اسباب حکم «وسایل ثبوت» به کار رفته است که عبارتند از «اقرار، بینه اسناد، شهود، قرائن قاطعه و مستنبطه، یمین و نکول». ادله اثبات دعوی طبق ماده «۱۹» قانون اجراءات جزایی کشور عبارتند از اقرار متهم، شهادت شهود، اسناد، شناسایی مظنون طور بالمواجهه در صف آنچه که در ماده «۲۷۲» قانون اصول محاکمات مدنی و ماده «۱۹» قانون اجراءات جزایی باهم یکسان بوده‌اند همان اقرار، شهادت، اسناد و قرائن بوده است؛ اما آنچه که باهم متفاوت‌اند سوگند و نکول از آن می‌باشد که در موارد جزایی کار برد ندارند. همچنان صف لاین که در ماده «۱۹» ق. ا. ج. بوده در ماده «۲۷۲» ق. ا. م. م.، قابلیت تطبیق برای اثبات موضوع دعوا را ندارد.

۲. مصادیق تجاوز به عنف

۲-۱. مصادیق تجاوز به عنف در قوانین افغانستان

جرایم جنسی از زمره جرایم ضد عفت و اخلاق عمومی است؛ بنابراین هرگاه جرایم به عنف و

اکراه، ارتکاب یابند هم جرم علیه عفت و اخلاق عمومی محسوب می‌شوند و هم با عنایت به بی‌توجهی مرتکب، نسبت به اختیار قربانی در مورد جسم و تن خود و با توجه به آثار سوء جسمانی روانی و حیثیتی که این جرایم می‌تواند برای قربانی به دنبال داشته باشد، جرم علیه اشخاص تلقی می‌گردد (احرار، ۱۳۹۵، ص ۱۱).

۱-۲. زنای به عنف

زنای به عنف عبارت است از ارتکاب فعل حرام با توسل به جبر و زور و سلب اختیار از زن، یا هتک ناموس زنی، بدون رضایت او ولو این که محرک زانی، در این کار حس شهوت، زانی نبوده بلکه به منظور انتقام‌جویی، یا توهین و یا تحقیر زن باشد. در هر حال یکی از شرایط تحقق جرم زنای به عنف این است که تحقق عمل جنسی و مقاربت همراه با اجبار و اکراه باشد، یعنی مجرم عمل موافقه را با استفاده از خشونت، زور یا تهدید و بدون رضایت و اختیار طرف مقابل انجام داده باشد. در جرم زنای به عنف، اکراه صدق نمی‌کند. این نکته قابل یادآوری است که عنف در زنا ممکن است مادی یا معنوی باشد. عنف مادی همان که با زور، مشت و لگد، زن را متقاعد به زنا نماید، یا دست و پای او را ببندد و به این طریق از او سلب اختیار و اراده نماید؛ اما عنف معنوی آن است که اجبار و زور بر روی جسم زن صورت نمی‌گیرد، ولی در حالت‌های که برای مجنی علیه به وجود می‌آید و مجرم از آن حالت سوء استفاده می‌کند. در جرم زنای به عنف، فاعل یا مفعول به زنای با عنف و اکراه می‌تواند مرد و زن باشد، اما فاعل زنا حتماً باید مرد باشد و زن نمی‌تواند عامل عمل زنا شود. (رضایی، ۱۳۹۴ صص ۴۱-۴۵)

۲-۱-۲. لواط اجباری

لوط بر وزن لفظ به معنای چادر، رداء، دوچیز به هم چسپیده، گل اندود کردن، چسپیدن و پنهان کردن است. تعریف اصطلاحی لواط در فقه (اللواط وطء الذکران من الادمی بایقاب و غیره) وطی دو مذکر از جنس آدم به واسطه دخول و غیر آن می‌باشد. (ملایی، ۱۳۹۲، ص ۲۵) در شرع مقدس اسلام عمل لواط زشت‌ترین اعمال به شمار می‌رود که در آیات متعددی از جمله آیات قرآن کریم به حرمت و فضاغت و شناعة این کار اشاره شده است.

همچنین در سوره اعراف آیه ۸۰-۸۱ می‌فرماید «وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ»؛ و لوط هنگامی که به قوم خود گفت، آیا آن کار زشت را مرتکب

می‌شوید که هیچ‌کس از جهانیان در آن بر شما پیشی نگرفته است؟ شما از روی شهوت به جای زنان، با مردان درمی‌آمیزد، آری شما گروه تجاوز کارید. با تبعیت از فقه حنفی در ماده ۶۴۶ کد جزا لواط اذخال آلت تناسلی مرد در مقعد زن و یا مرد دیگری (ذاکر، ۱۳۹۸، ص ۴۴۳).

از نظر فقه‌های شیعه و دیگر فقها عمل لواط را عبارت از نزدیک کردن دو مرد مذکر، چه دخول بشود چه نشود بیان کرده است. چنانچه عمل شنیع لواط از راه دخول انسان مذکر با همجنس خود صورت بگیرد آن را ایقاب گویند ولی هرگاه کسب لذت شهوانی از طریق مالیدن و تماس آلت تناسلی مرد به ران‌ها، کفل فرد ذکور دیگری حاصل شده باشد آن را تفخیذ گویند. در منابع فقهی شیعه بحث مستقلی تحت عنوان تفخیذ وجود ندارد بلکه مبحث مذکور در خلال حد لواط آورده شده است که از دید آن‌ها لواط یا ایقابی است یا لواط غیر ایقابی که همان تفخیذ است. (ملایی، ۱۳۹۲، ص ۲۵).

از نظر فقها در مورد حکم مجازات لواطت دو روش فقهی وجود دارد. جمهور فقها، امام شافعی، امام مالک، احمد ابن حنبل حکم عقوبت لواطت را مانند حکم زنا می‌دانند. حکم لواطت به حکم امام ابو حنیفه به اجماع ائمه، مجازات تعزیری تعیین شده است یا موکول بر رأی حاکم گردیده است. (سلطانی، ۱۳۹۶، ص ۱۰۱)

۳-۱-۲. تجاوز به عفت و ناموس زن

تجاوز به عفت و ناموس زن نوعی جرم تلقی شده است و در کد جزای افغانستان در این مورد چنین تصریح است: «شخصی که مرتکب جرم تجاوز به عفت و ناموس زن گردد، ولی تجاوز وی منجر به دخول در قبُل و دُبُر نگردد، بلکه منجر به تفخیذ، مساحقه، یا تماس جنسی گردد، تجاوز به عفت و ناموس زن می‌باشد.» عفت و ناموس معانی متعددی دارد و منظور از آن در کد جزای کشور از محرمات و گناهان، بوده و پاکدامنی و شرافت زن مورد حمله و تجاوز قرار می‌گیرد. براساس این فقره تجاوز بر عفت و ناموس زن عبارت است از انجام عمل جنسی بدون رضایت زن که منجر به اذخال در آلت تناسلی یا مقعد مجنی علیه نشده باشد، مانند تفخیذ یا اذخال در دهان و... (ذاکر، ۱۳۹۸، ص ۴۲۴).

در این مورد باید گفت که این برداشت از لحاظ کد جزای کشور نادرست است، زیرا که ماده (۶۴۰) کد جزا تجاوز بر عفت و ناموس را در فرضی که منجر به دخول نگردد ذکر کرده است؛

بنابراین از نظر قانون‌گذار تجاوز بر عفت و ناموس می‌تواند با دخول همراه باشد. جرم تجاوز به عفت و ناموس زن به نحوی است که منجر به تفخیز، مساحقه، یا تماس و لمس جنسی گردد. گاهی هم می‌تواند به صورت اجرایی معاینات طبی عدلی «برده بکارت» بدون رضایت وی یا حکم محکمه با صلاحیت انعکاس یابد و گاهی هم به گونه‌ای که اجراً معاینات متذکره تحت فشار، زور، تهدید و یا ارباب صورت گیرد. هریکی از این حالات سه‌گانه می‌تواند جرم تجاوز به عفت زن باشد. (نذیر، ۱۳۹۷، ص ۲۰۴)

در تجاوز بر عفت و ناموس زن امکان آن می‌رود که به منظور انتقام‌جویی صورت گیرد و اجبار به رقصانیدن، مشروبات الکلی، برهنه ساختن یک زن و غیره که سبب بی‌عفتی زن گردد انجام پذیرد که اثبات این جرایم بنا بر اقرار مرتکب و یا شهادت شهود صورت می‌گیرد.

۴-۱-۲. مساحقه

یکی از انحرافات جنسی دیگر که ممکن است زنان، دختران بالغ و نابالغ، قربانی آن شوند مساحقه است که به منظور لذت بردن جنسی از همجنس خود سوء استفاده می‌نمایند. نزدیکی دو زن باهمدیگر خواه به رضایت طرفین صورت گیرد و یا عدم رضایت و در اثر اکراه، تهدید و یا ارباب آن صورت گیرد، مصداق مساحقه شمرده می‌شود (مروتی، همکاران، ۱۳۹۳، ص ۷). این جرم نیز بنا بر گرفتاری بالفعل، اقرار مرتکبین و یا شهادت شهود قابل اثبات می‌باشند.

در فقره «۴» ماده «۱۷» قانون منع خشونت علیه زن نیز صراحت دارد که شخصی که عمل تفخیز، مساحقه و امثال آن را مرتکب شود در صورتی که به سن هیجده سالگی نرسیده باشد و یا از جمله اقارب، مربی، مستخدم یا طبیب مجنی علیه باشد محکوم به مجازات می‌شود. در کد جزاء سال ۱۳۹۸ اگرچه تعریفی از آن ارائه نشده است خود اما در ماده (۶۴۵) مجازات عمل تفخیز و مساحقه به صراحت جرم‌انگاری شده است؛ ولی در ماده مذکور قانون‌گذار ارتکاب عمل را با رضایت طرفین در نظر گرفته است در حالی که ماده (۶۴۰) کود مذکور، شخصی که زن را به مساحقه وادار نماید مجازات آن را حبس طویل به مدت هفت سال تعیین نموده است، با در نظر داشت مواد فوق استنباط می‌گردد که در کد جزای کشور عمل جرمی با رضایت یا بدون رضایت بالای زن و یا دختری بالاتر از سن «۱۸» جرم‌انگاری شده است در حالیکه در قانون منع خشونت علیه زن سن فرد قربانی را کمتر از سن (۱۸) سال قید نموده است.

۵-۱-۲. تفخیز

تفخیز کلمه عربی بوده و از نظر لغت از فخذ به معنای ران گرفته شده است. (بیگی، ۱۳۸۴، ص ۲۱۰). فخذ همان قسمت وجود است که میان سرین و زانو قرار دارد. تفخیز به معنای مالیدن ران است، ولی در اصطلاح برای عمل دو مردی که با قراردادن آلت تناسلی خود بین پاها یا ران یکدیگر دفع شهوت می‌کنند. بنابر تعریف ذکر شده عمل تفخیز، مرد با زن و یا زن با زن دیگری امکان ندارد، زیرا دو طرف تفخیز باید همجنس و مذکر باشند، اما چنانچه یک طرف عمل، خنثی باشد باید دید که کدام وصف در وی غلبه دارد، اگر وصف مؤنث بودن غلبه داشته باشد پس تفخیز محقق نمی‌شود و اگر وصف مذکر بودن غالب باشد تفخیز به حساب می‌آید. (روشنی، ۱۳۹۴، ص ۴۰)

کود جزاء کشور در ماده (۴۴۵) تفخیز با زن را جرم‌انگاری نموده است و مجازات را برای مرتکبین این عمل در نظر گرفته است، تفخیز مذکور در این ماده یک عمل رضایت‌مندانه و با اختیار دو طرف در نظر گرفته شده و هر یک از دو فرد مرتکب، محکوم به مجازات این جرم می‌شود. اگر فاعل با اجبار مرتکب عمل تفخیز شود، با فقدان ذکر این مورد به عنوان عامل مشدده، فاعل مطابق ماده ذکر شده مجازات می‌شود و مفعول مجبور قابل مجازات نمی‌باشد. (ذاکر، ۱۳۹۸، ص ۴۴۶)

۶-۱-۲. بچه‌بازی

بچه‌بازی یا (پدوفیلی) از ریشه (Pedophilia) در حقوق روم و از کلمه (Philip) به معنای دوست داشتن یا عشق ورزیدن، از زبان لاتین نشأت گرفته است و در اصطلاح حقوق، به سوء استفاده جنسی اطفال اعم از پسر یا دختر تعبیر گردیده است. (بیگی، ۱۳۸۴، ص ۲۱۳). ارضاء غرایز جنسی افراد بزرگسال به وسیله آمیزش و تمتع از کودکان و نوجوانان و گاهی جوانان به آزار و اذیت کودکان در کشور ما بچه‌بازی معروف است و لازم به ذکر است که اگر کودک مفعول در جرایم حدی و تعزیری قرار گیرد مشمول مجازات آن‌ها می‌گردد. بهره‌کشی و سوء استفاده جنسی از کودکان ذکور و مخنث در قالب‌های گوناگونی انجام می‌شود. (ذاکر، ۱۳۹۸، ص ۴۵۲)

اصولاً جرایم علیه اطفال گرچه سبب شاد شدن و تأمین لذت مجرم می‌گردد؛ اما منجر به ایذاء و آزار کودکان به هر طریقی می‌شود و دارای ارکان قانونی، مادی و معنوی است که با در

نظر داشت این ارکان ارتکاب عمل جرمی از جانب فاعل عمد شمرده شده و کود جزا در این رابطه تحت عنوان سوق دادن طفل به انحرافات اخلاقی تعریف شده و برای هریک از مشخصات جرم، مجازات تعیین نموده است که عبارت از مجازات آموزش رقص، نگهداری برای لذت بردن جنسی یا رقصانیدن در محافل عام و خاص، ترتیب محافل برای رقصانیدن بچه و بچه‌بازی، اشتراک در محافل بچه‌بازی و بالاخره تجاوز جنسی بر طفل می‌باشند که در برگرفته از ماده «۶۵۳ الی ۶۶۷» کد جزا می‌باشد.

۲-۲. ادله اثبات تجاوز به عنف

دلیل وسیله اثبات واقعیت است به همین علت ادله اثبات در امور کیفری از اهمیت و جایگاه خاصی برخوردار است که مراحل مختلف دادرسی را از لحظه‌ای کشف تا صدور حکم به هم پیوند می‌زند، اگرچه دلیل هدف دادرسی نیست اما همواره مهم‌ترین عاملی است که به کمک آن احقاق حق صورت می‌گیرد. دلیل در امور کیفری به هر چیزی که منجر به کشف و اقیعت شود اطلاق می‌شود. (قادری، ۲۰۱۹، ص ۲)

۱-۲-۲. اقرار

یکی از مواردی که فقها در جرایم جنسی به شمول زنا به عنف همواره بر آن تأکید داشته‌اند و آن را جزء جدایی‌ناپذیر شرایط اقرار دانسته‌اند، بحث تعداد چهار بار اقرار متهم در جرایم جنسی است. از سوی دیگر شارع مقدس خود بر این مهم تأکید نموده است؛ چراکه آبروی افراد برای شارع از اهمیت شایانی برخوردار می‌باشد و این شرط است که شارع مقدس بنا به مصلحت و حکمت متعالی خود آن را مفروض کرده است شاید بتوان گفت شرط تعدد اقرار توسط متهم این باشد که متهم اقرار خود را با اطمینان‌تر بگوید، از طرف دیگر تعدد شرط می‌تواند اقراری عاقلانه‌تر را حاصل کند، اقراری که مطمئن باشیم که از روی تفکر و قوه عاقله شخص بوده و قاضی در صدور حکم لرزان و فکرش مغشوش نخواهد کرد. (ملایی، ۱۳۹۲، ص ۳۴)

۲-۲-۲. شهادت

یکی از ادله اثبات جرم که از قبل تا حال بر آن تأکید می‌گردد شهادت است. شهادت را در امور کیفری می‌توان این چنین تعریف کرد: بیان ادراکات به دست آمده در شخص یا اشخاص غیر از

طرفین دعوی کیفری در مورد انتساب یا عدم انتساب اتهام به متهم یا موضوعی مرتبط به آن نزد مقام قضایی ذی صلاح می‌باشد. (روشنی، ۱۳۹۴ ص ۸۰).

میان فقها اتفاقی است که جرایم جنسی با چهار شاهد ثابت می‌شود این سخن میان اهل علم اجماعی است. (رسولی، ۱۳۹۴ ص ۱۱۴). خداوند می‌فرماید «زنانی که عمل ناشایست کنند، چهار گواه مسلمان بر آن‌ها بخواهی.» (نساء، آیه ۱۵)، «و آنان که با زنان با عفت نسبت زنا دهند و چهار شاهد بر دعوی خود نیاورند آنان را به هشتاد تازیانه کیفر دهید.» (نور، آیه ۴) و «چرا بر دعوی خود چهار شاهد اقامه نکردند پس حال که شاهد نیاوردند البته نزد خدا مردمی دروغ گویند» (نور، آیه ۱۳).

۳-۲-۲. علم قاضی

علم قاضی از نگاه لغت عبارت از دانستن است و در اصطلاح فقهی به معنای اطمینان است که آن را علم عادی نامیده‌اند. در امور قضایی و علم حقوق، علم عادی حجت است. علم قاضی در اصطلاح عبارت است از معرفت قاضی در احراز و انتساب بزه به متهم از طرق عینی و محسوس و یا ذهنی، علم قاضی زمانی معتبر است که عینی، ملموس و قابل کنترل در مراجع تجدید نظر باشد. (ملایی، ۱۳۹۲، ص ۱۲۲)

علم قاضی بر پایه احکام شریعت در زمره ادله اثبات دعوی به‌شمار می‌آید. علم و اقناع قاضی پشتوانه و ملاک اعتبار ادله اثبات دعوی قرار گرفته و بدین معنی که اقرار، شهادت، سوگند، ... در صورتی مستند حکم قرار می‌گیرد که موجب اقناع وجدانی قاضی گردد. حقوق‌دانان معتقدند، قاضی فقط می‌تواند برای ارزیابی دلایل و استنتاج از آنچه به دادگاه ارائه شده از دانش خود استفاده کند؛ اما نمی‌تواند برای اثبات دعوی یا انکار آن به علم خود استناد کند. (روشنی، ۱۳۹۴، ص ۸۷)

۵-۲-۲. قراین

ماده (۱۹) قانون اجراءات جزایی در فقره (۵) با صراحت قراین را، مدارک اثباتیه دانسته است که هم قراین قاطعه و هم قراین مستنبطه را در بر می‌گیرد و در اثبات جرایم تجاوز به عنف می‌توان از مدارک به دست آمده به‌عنوان قرینه بهره گرفت. قراین با رعایت درجه اهمیت آن در معاینات تخصصی که به حیث ادله مادی محسوب می‌شوند، به شرح ذیل اند:

۱-۵-۲. کشف منی و اسپرم در جرم تجاوز به عنف

اسپرم یا منی را می‌توان در جرایم جنسی (مرگ‌های اتواروتیک، خفگی‌های جنسی)، گاهی در سرقت‌های توأم با تجاوز جنسی و در مواقع نادری در جنایات، مشاهده نمود، بیشتر لکه‌های اسپرم در جرایم جنسی و جرایمی که با تجاوزات جنسی همراه باشد، از نظر اثبات و وقوع جرم، تشخیص گروپ خون و خصوصیات ژنتیکی شخص تجاوزکننده از اهمیت زیادی برخوردار است. (فارابی، ۱۳۸۶، ص ۱۸۸ و ۱۸۹)

کشف منی از دو جنبه حائز اهمیت فراوان می‌باشد. «اولاً» اگر مهاجم فرد سکرتری باشد با استفاده از لکه‌های منی ممکن است بتوان گروپ خون وی را تعیین نمود. «ثانیاً» وجود لکه‌های منی در صورت فقدان دلایل مادی دیگر مانند خون‌ریزی، کوفتگی، جراحتی در داخل یا نزدیک نواحی مهبل می‌تواند در تصدیق یا تکذیب وقوع ارتکاب جنسی مؤثر باشد. طبیعاً وجود منی دال بر این نیست که حتماً تجاوزی روی داده است و برعکس فقدان آن نیز دلیل بر عدم وقوع تجاوز نمی‌باشد؛ به عنوان مثال دلیل این که برخی از متجاوزین بعضی مواقع دچار ناتوانی‌های جنسی می‌شوند ممکن است آزمایشات منجر به کشف منی نشود. (سوانسون، نیل سی، ۱۳۹۳، ص ۴۱۹)

۲-۵-۲. شناسایی اسید فسفاتاز در صورت نبود منی

در شناسایی مجرمین تجاوز به عنف و اثبات جرم در مواقعی که در آزمایش به کشف اسپرم نشوند، دومین ماده‌ای که شناسایی شده اسید فسفاتاز می‌باشد که بهره‌برداری می‌نمایند. این اسید آنزیمی است که از اجزای تشکیل‌دهنده بخش مایع منی می‌باشد که این آزمایش به طور دقیق توسط متخصصین و کارکنان آزمایشگاه‌های جنایی به عمل آمده و با دقت نیز باید تفسیر گردد، تا نتایج حاصله از آن به عنوان مدارک دال بر وجود منی مورد رسیدگی و تأمل قرار گیرد. در افراد زنده ممکن است اسید فسفاتاز پس از ۱۲ «الی ۲۴» ساعت در مهبل از بین برود. (سوانسون، نیل سی، ۱۳۹۳، ص ۴۱۹)

۳-۵-۲. جمع آوری لباس‌های قربانی

لباس‌های قربانی باید در اسرع وقت جمع آوری گردد و حتی اگر قربانی بالاجبار قبل از تجاوز جنسی لباس‌هایش را نیز از تنش در آورده باشد امکان دارد که مو، منی یا الیافی از لباس‌های

مظنون به لباس زیر وی چسپیده باشد. در جمع آوری و بسته‌بندی لباس‌های قربانی حد اکثر توجه باید مبذول گردد، چرا که امکان دارد دلایل و مدارک چسپیده به لباس‌ها بسیار جزئی، لطیف و ترد باشد. نباید فقط به گردآوری لباس‌های زیر قربانی به عنوان مدرک استفاده نمود، زیرا از آن تنها می‌توان مدارک جزئی و ناچیزی به دست آورد و یا ممکن است لباس‌های مذکور با لکه‌های دیگری مانند ترشحات مهبل، یا ادرار آلوده شده باشد که برای آزمایشات و بررسی‌های لابراتواری ایجاد مزاحمت می‌نماید. سائر لباس‌ها مانند پیراهن، لباس‌های زیر و کت ممکن است نقش بسیار مهمی در تهیه دلایل و مدارک مادی داشته باشد، غالباً مدارکی که از لباس‌های قربانی به دست می‌آیند اشیایی مانند الیاف لباس‌های مظنون و موهای بدن وی می‌باشند. (روشنی، ۱۳۹۴، ص ۱۱۱)

۴-۵-۲. استفاده از لعاب دهان در کشف جرم

یکی از دلایل و مدارک بسیار با ارزش که شاید در محل واقعه از فاعل روی مدارک جرم بجا ماند و به کشف جرم کمک شایانی نماید، لعاب دهان است. به غیر از مواردی که این احتمال وجود داشته باشد، فاعل لعاب دهان (تف) خود را به زمین و یا بالای سایر اشیاء و اجناس انداخته باشد، از نیم سوخته سیگار و هم‌چنان سر پاکتی که با لعاب دهن خود به منظور سرش نمودن، ترشده باشد می‌توان لعاب دهن را کشف کرد و مورد آزمایش لابراتواری قرار داد. (فارابی، ۱۳۸۶، ص ۱۸۸)

۵-۵-۲. خون

خون در اثبات جرایم تجاوز به عنف می‌تواند مفید واقع شود، غالباً تجاوزات که صورت می‌گیرد پر خاشگری و مقاومت طرف مقابل را همراه دارد در این حالت امکان زخم برداشتن طرفین (مرتکب و قربانی) وجود دارد و یا اکثراً در جرایم مذکور بعد از ارتکاب جرم قتل را نیز همراه می‌داشته باشد. در این حالت هم قطرات خون که در محل موجود می‌باشد، می‌تواند بنابر تشخیص گروپ خون آن‌ها، برای اثبات جرم و مجرم و یا مجرمین در صورت تجاوز گروهی مفید و کارآمد واقع شود.

۳-۲. نظریه طب عدلی به عنوان اهل خبره در اثبات جرایم تجاوز به عنف

نظریه طب عدلی عبارت از علمی است که علم طب را با مسائل عدلی، حقوقی تطابق می‌دهد؛ یعنی به منزله پلی است که علوم مثبتة طب را با علوم اجتماعی و حقوقی مرتبط می‌سازد و دکتر

طب عدلی به حیث اهل خبره، مسایلی را که از نگاه طبی برای نهاد های عدلی و قضائی مغلق باشد. به استناد شواهد مثبت علمی روشن می سازد. (اعظمی، ۱۳۹۳، ص ۱۱)

با مداخله طبیبان عدلی آثار و نشانه های نظیر خون، مو و ... که از بدن مجنی علیه در صحنه و قوع جرم باقی می ماند یا آثاری که در بدن او مشاهده می شود. در تشخیص وقوع جرم و زمان آن و شناخت هویت مجرم بسیار مؤثر است. تعیین علل مرگ و یا در جرایم جنسی نظیر ازاله بکارت و لواط، از جمله مسایلی اند که در طب عدلی مورد بررسی قرار می گیرد (اردبیلی، ۱۳۹۷، ص ۵۲)

۳. ارزیابی ادله اثبات در تجاوز به عنف

۳-۱. ارزش اقرار به عنوان دلیل در جرم تجاوز به عنف

در جرایم منافی عفت و اخلاق عمومی و در کلیه جرایم اعم از «جرایم حدی و تعزیری» اقرار اولین و مهم ترین دلیلی است که تعیین گردیده است. اگر در جرایم جنسی این دلیل را بخواهیم ارزش گذاری و بر مبنای شرع که تعداد نصاب را لازم دانسته، احراز کنیم کاری بس دشوار خواهد بود، زیرا مجرم به سهولت حاضر نمی شود چهار مرتبه نزد حاکم اقرار کند و شدت مجازات در نظر گرفته شده، مرتکب غیر مؤمن را از اقرار باز می دارد. اقرار وقتی دلیل و جهت است که هدف از انجام آن کشف حقیقت باشد. اولین و وظیفه قاضی بررسی و تحقیق در مورد اظهارات و مستندات متهم است، قاضی نمی تواند اقرار را در نظر گیرد، مگر اینکه هیچ گونه تردیدی در مورد صداقت آن احساس نکند (روشنی، ۱۳۹۴، ص ۶۸-۷۵)

۳-۱-۱. پذیرش شهادت در اثبات جرم تجاوز به عنف

ادای شهادت در جرم تجاوز به عنف از لحاظ فقهی و تقنینی برای اثبات جرم مذکور از اهمیت به سزای برخوردار است. چهار شاهد عادل را در تجاوز به عنف که طور آشکار دیده باشد ثابت می شود. مستند این امر بیشتر قرآن کریم است. (سوره نساء، آیه ۱۵) از تعداد شهود، کیفیت گواهی آن ها برای اثبات عمل تجاوز به عنف سخت گیری های دیگری هم شده است، بنا بر دیدگاهی، در منافیات عفت، شهادت داوطلبانه پذیرفته نمی شود. بلکه گواهی باید به درخواست ذینفع یا محکمه باشد. (نوبهار، ۱۳۸۹، ص ۲)

در عمل، امکان و جود جرایم زنا یا تجاوز به عنف یا مصادیق آن زنای به عنف، لواط و مساحقه

... از طریق شهادت شهود و جود ندارد. چراکه در واقع هیچ فردی در منظر عموم اقدام به انجام این عمل نمی‌کند و اگر شاهدی نیز بر مشاهده ارتکاب این عمل در خفاء و حریم خصوصی این افراد شهادت دهند مشخص است که دیگر شرایط شرعی شهادت از جمله ایمان و عدالت را ندارد، چراکه فرد مؤمن و عادل اقدام به ورود مخفیانه به حریم خصوصی افراد را نمی‌کند. جرم تجاوز به عنف به دلیل ماهیتی که دارد، اساساً قابلیت اثبات از طریق شاهد را ندارد. چرا که متجاوزین معمولاً در مکان‌هایی اقدام به ارتکاب تجاوز می‌کنند که صرفاً او و قربانی حضور داشته‌اند. به همین دلیل اساساً امکان حضور شاهد برای اظهار شهادت و جود ندارد، چراکه در زمان وقوع جرم (کسی حضور نداشته است)؛ اما با وجود این خلأهای قانونی در مبحث مربوط به شهادت به‌عنوان یکی از راه‌های اثبات جرم، امکان حذف آن نیز وجود ندارد. (خزائلی، ۱۳۹۷، ص ۱۵)

۳-۱-۲. اهمیت قراین در اثبات جرم تجاوز به عنف

قراین از جمله مدارک اثباتیه در قضایای جنایی می‌باشد و در صورتی اساس الزامیت را تشکیل می‌دهد که یک زنجیره دقیق و سازوکار حقایق مربوطه را تشکیل داده و در کل عناصر جرمی را ثابت نماید. موجودیت یک قرینه به تنهایی اش سبب اثبات جرم یا واقعه نمی‌گردد مگر اینکه قاطع بوده و همراه با دلایل دیگر آن را تأیید و تقویت نماید. با در نظر داشت پیشرفت در ساحه علوم و فنون، وسایل و ابزاری موجود است که می‌توان به سهولت با استفاده از آن جرم را کشف و مرتکب را شناسائی نمود. (رسولی، ۱۳۹۴، ص ۱۰۳)

قراین در اثبات جرایم جنایی به خصوص جرایم تجاوز به عنف در کنار دلایل دیگری نیز مورد استفاده قرار می‌گیرد. تجاوز به عنف تحت شرایط خاصی به وقوع می‌پیوندد که شرایط هم می‌تواند از جمله قراینی برای اثبات جرم تجاوز باشد. شرایط آن عبارتند از:

- عدم تمایل قربانی به ارتباط جنسی
- بی‌هوشی کامل قربانی در هنگام تجاوز به عنف که در اثر عوامل مختلف، صورت گرفته است.
- تحت تأثیر الکل یا مواد مخدر قرار داشتن قربانی.
- قربانی دارای اختلالات روانی یا مبتلا به جنون.

➤ آمیزش با کودکانی که سن وی از حد معینی که قانون تعیین کرده کمتر باشد.

ماموران و پزشک قانونی به هنگام بررسی و رسیدگی به اجساد نمی‌توانند بدون دلایل منطقی مواردی از زندگی قربانی را تأیید یا تکذیب نمایند. آثاری از قبیل حالت لباس‌ها، اشیای مکشوفه، وجود و یا عدم وجود جراحات مربوط به هنگام تجاوز جنسی (مانند آثار خراشیدگی توسط ناخن، علایم گازگرفتگی، جراحات وارده در ناحیه تناسلی و ... در تشخیص این که تجاوز موجب مرگ بوده است یا خیر مؤثر هستند. (سوانسون، نیل سی، ۱۳۹۳، ص ۴۱۹) معاینات (DNA) نیز برای اثبات مجرمیت و یا عدم مجرمیت متهمان تجاوز به عنف نیز به کار می‌رود و از جمله قرائین قاطعه به‌شمار می‌رود و این روش به سادگی امکان‌پذیر است؛ زیرا (DNA) را می‌توان از مو، بافت و هر عضو زیستی که شامل تعداد کافی سلول باشد استخراج کرد، مثلاً در مقدار اندکی خون خشک، بزاق، اسپرم، قطعات بسیار ریز پوست، ریشه مو و بسیاری مواردی دیگر می‌توان یافت. عملاً تشخیص هویت ژنتیکی زمان شدنی است که متهم قبلاً در صحنه جرم حضور داشته باشد و سلول‌های وراثتی وی با سلول‌های به‌دست آمده در صحنه جرم قابل تطبیق باشد. در این صورت اگر هر دو یکسان باشد مجرمیت فرد مظنون محرز خواهد شد. (جعفری، ۱۳۸۶، ص ۲۴۵).

۴. موضوعیت یا طریقت داشتن ادله اثبات دعوی در فقه با ادله علمی در جرایم تجاوز به عنف

موضوعیت و طریقت ادله اثبات جرم در فقه اسلامی از دیر باز محل اختلاف بوده است. بعضی از صاحب‌نظران با استناد به آیات قرآن کریم، احادیث شریف، آثار سلف و قاعده «تدرء الحدود بالشبهات» طرق اثبات جرم را محدود به موارد منصوص دانسته‌اند و توسعه ادله اثبات را ناروا شمرده‌اند. در مقابل گروهی دیگر از صاحب‌نظران معتقدند که در منابع شرع، دلیلی برای حصر ادله اثبات وجود ندارد. چون شرع اسلام نظام غایات و مقاصد و تأمین مصالح مشروع است. لذا دستیابی به این اهداف را نمی‌توان در چند دلیل سنتی محدود کرد. قانون‌گذار در قانون سخن از موضوعیت برخی ادله شرعی از قبیل اقرار، شهادت به میان آورده است. در وهله نخست این معنا را به ذهن متبادر می‌کند که قانونگذار می‌خواهد برای ادله شرعی مانند اقرار و شهادت ارزش موضوعی و ویژه قائل شود و بحث کشف حقیقت و طریقت ادله مورد توجه قانون‌گذار نیست، اما با مذاقه بر موادی از قانون که طی آن قانون‌گذار مواردی را مطرح کرده است که قاضی باید به‌طور

جدی به کشف حقیقت و طریقت دلایل توجه کند و هرگز مجاز نیست چنانچه قرائن و امارات قضایی برخلاف مفاد ادله شرعی باشند به عنوان موضوعیت اقرار یا شهادت، به مفاد آن ترتیب اثر بدهد. (حق وردیان، بابک پور، ۱۳۹۶، ص ۳۷)

۴-۱. عدم تقابل اعتبار راه‌های علمی در اثبات دعوی با اصول جزایی از نظر فقه

با توجه به این که ادله اثبات در حقوق الله موضوعیت دارد، در اثبات آن نمی‌توان از راه‌های علمی جرم استفاده کرد و لی چون به استناد قاعده «درء» حدود و حقوق الله با عروض شبهه رفع می‌شود می‌توان حقوق الله را با استفاده از راه‌های علمی و ایجاد شبهه رفع کرد. چنانچه نقل شده از حضرت علی^(ع) در جریان اتهام زنا دختر باکره که شهود کافی با شرایط لازم بدان شهادت داده بودند، امر را جهت پیشبرد تحقیق بیشتر به زنان قابله محول فرمودند، زنان یادشده بعد از معاینات لازم ابراز داشتند دختر باکره و مبراء است و آن حضرت فرمودند، من کسی را که از طرف خداوند مهر عفت دارد، حد نمی‌زنم. بدین وسیله وی را تبرئه کردند. در نتیجه می‌توان به کارگیری راه‌های علمی شبهه لازم را ایجاد و متهمان را تبرئه کرد. به کارگیری راه‌های یادشده همچنین می‌تواند مقدمات حصول علم را فراهم کرده و قضات را به علم و اقناع و جدانی برساند، (ملایی، ۱۳۹۲، ص ۱۴۵-۱۴۷)

۴-۲. نظریات فقهی و حقوقی در مورد حصر یا عدم حصر ادله اثبات

فقها در این باره دو دسته‌اند: گروهی معتقدند که شارع مقدس، ادله اثبات دعوی را به بینه و سوگند منحصر نموده است. چنانچه هشام بن حکم از ابی عبدالله^(ع) نقل می‌کند که رسول خدا^(ص) فرمود: «من فقط طبق شواهد و سوگند، میان شما قضاوت می‌کنم.» روایت دیگری از امیر المومنین^(ع) وارد شده است که بر حصر دلایل اثبات دلالت دارد: «همه احکام مسلمانان منحصر به سه قسم است: شهادت عادلانه، یا سوگند قاطع و راست، یا سنت و روش مطمئن و پسندیده‌ای که از ائمه گذشته رسیده باشد.»

گروهی دیگر عقیده دارند که شارع مقدس، نصی بر حصر ادله اثبات دعوی عنوان ننموده بلکه به برخی از ادله مانند بینه به معنای اخص، اقرار و یمین اشاره نموده و آنگاه با ارائه کلیاتی از قبیل آیه «ولا تقف ما لیس لک به علم» و آیه دیگری چون «و هنگامی که میان مردم داوری می‌کنید به

عدالت دآوری کنید» «مأنده آیه ۴۲» به طور عام هر قطعی را مجاز شمرده است. بنابراین آیات و روایات، قاضی مأمور شده است که به عدل حکم کند. قلمرو حجیت علم قاضی در فقه و عدل چنین اقتضاء می کند که طبق علمش عمل کند تا حق کسی ضایع نگردد. بین علمای حقوق نیز در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد و نظرات حقوق دانان را می توان به سه دسته تقسیم کرد:

دسته اول حقوق دانانی هستند که قائل به عدم حصر ادله بوده و به استناد آیه «لا تقف مالیس لک به علم» بیان می دارند: «هر دلیل اثبات دعوی که در طول زمان پدید می آید، خود به خود به زیر چتر آیه مذکور قرار می گیرد و شارع پیروان خود را گرفتار حصر ادله دعوا ننموده است.» دسته دوم حقوق دانانی هستند که قائل به انحصاری بوده و بیان می دارند امری که به عنوان دلیل ارائه می شود، باید مشمول تعریف یکی از ادله اثبات دعوا که در قانون آمده قرار گیرد و صریحاً به همین دلیل ضبط صوت و فیلم را قابل استناد نمی دانند.

دسته سوم حقوق دانانی هستند که به رغم آنکه قائل به انحصاری بودن ادله می باشد، اما برای اماره قضایی اهمیت فراوانی قائل بوده و بیان می دارند: «همه دلایل جدید، از جمله ضبط صوت و فکس، تصاویر تلویزیونی و ... در روند قضایی قابل پذیرش می باشند.»؛ لذا مطابق این نظر همه دلایل جدید را می توان در قالب اماره قضایی مورد استناد قرار داد. به نظر می رسد نظر سوم خالی از وجهه نباشد. (عمروانی، ۱۳۸۶، ص ۱۴۹)

۵. تمایز ادله اثبات دعوی در جرایم تجاوز به عنف و جرایم جنسی با رضایت

قبلاً تحت عنوان «مفهوم تجاوز با عنف» مطرح گردید که با وجود اختلاف میان فقها، همگی «وطی عمدی حرام» را زنا می دانند. «هر مقاربتی که فاعل در مفعول مالکیت ندارد هر مقاربتی از این قبیل زنا محسوب می شود.» و مجازات آن حد خواهد بود، مگر آنکه مانع شرعی سبب جلوگیری از اِعمال آن شود. تعریف فوق جرایم جنسی با رضایت و به عنف را در بر می گیرد؛ اما اثبات قضائی و برخی دیگر از احکام تجاوز به عنف را نباید با اعمال منافی عفت همراه با رضایت یکسان قلمداد کرد. هر چند که برای اثبات تجاوز به عنف و عمل زنا با رضایت می توان از اقرار، شهادت شهود، قراین استفاده نمود؛ اما با توجه به افتراق مفهوم می که زنا و تجاوز به عنف با یکدیگر

دارند بالطبع شیوه اثبات آن دو نیز با یکدیگر متفاوت و متمایز خواهد بود، با افتراقی در مفهوم ادله اثبات و تجاوز به عنف، با پذیرش علم متعارف قاضی، می‌توان از شیوه‌های جدید کشف و اثبات جرم را که با استفاده از علوم می‌مثل پزشکی قانونی، پولیس علمی، عکس برداری جنایی و شیوه‌های چون آزمایش (DNA)، آزمایش خون، اثر انگشت و نظایر آن‌ها ابداع گشته‌اند وارد نمود که حدود و ثغور آن مشخص شده و قاضی مکلف به ذکر مستند علم خود باشد. (توکل پور، توجهی، ۱۳۹۰، ص ۱۱۶/۱۱۹/۱۲۱)

جدا از اثبات قضایی پاره‌ای از تخفیف و تسهیل‌های که در جرایم جنسی همراه با رضایت راه دارد را البته نمی‌توان به موارد تجاوز به عنف تعمیم داد، توبه، به آسانی نمی‌تواند مسقط کیفر پیش‌بینی شده برای متجاوز باشد، به همین ترتیب احکام عفو حاکم و یا قاضی نیز آنگونه که در روابط نامشروع ناشی از تراضی جاری است، در تجاوز به عنف جاری نخواهد بود، زیرا تجاوز به عنف، مصداق روشن تعدی به حق دیگری است، (هیرشمن، ۱۳۸۲، ص ۶۳)

قوانین کیفری کشور که برای اثبات زنا از طریق گواهی، شهادت چهار مرد عادل و یا سه مرد عادل و دو زن عادل را ضروری می‌داند، بی‌گمان ناظر به زنای عادی و ناشی از رضایت است، نظر به وجوهی که در بندهای پیشین گذشت نمی‌توان اثبات زنای به عنف را به شهادت و یا اقرار متجاوز به عنف محدود کرد، در تجاوز به عنف خواه زنا باشد یا تجاوز همجنس با همجنس می‌توان به مفاد موادی که علم قاضی را معتبر می‌داند عمل کرد. (تاجیک، ۲۳۹۵، ص ۱۱۲) و جوه تفریق و تمایز دیگری که در این دو جرم وجود دارد از لحاظ غلبه جنبه حق الهی و حق الناسی است که روی اثبات این دو جرم نیز تأثیرگذار بوده است که قرار ذیل اند:

در تمیز میان جرایم حق الهی و حق الناسی می‌توان گفت که جرایمی که بیشتر علیه منافع و مصالح و نظم عمومی است جرایم حق الهی و جرایم که بیشتر حقوق اشخاص را زایل می‌کند، جرایم حق الناسی هستند. البته در حق الناس نیز به‌طور غیر مستقیم نظم عمومی مورد خدشه قرار می‌گیرد، چنانچه در حق الله نیز افراد از جرم ارتكابی متضرر خواهد شد بدین جهت در تفکیک جرایم حق الهی و حق الناسی «غلبه» حیثیت خصوصی و عمومی هر جرم ملاک است. بنابراین تفکیک، حدود الهی به‌جز قذف، سرقت و در موضوع مورد بحث ما، تجاوز به عنف، حق الله محسوب می‌شود؛ اما در خصوص واکنش کیفری نظام کیفری اسلام براساس واقع‌نگری و

جامعیت، افزون بر قواعد مشترک، احکام اختصاصی نیز دارد تا برحسب مورد و به تناسب جرم و مجازات به کار گرفته شود. مثلاً آنجا که حقوق الهی مطرح است و جرم با حیثیت افراد ارتباط دارد «مانند جرایم جنسی» برای ارفاق به مجرم، سعی می شود جرم اثبات نشود و افراد نیز فرصت کافی برای تنبه و توبه داشته باشند، در نتیجه لزوم چهار بار اقرار در جلسات متعدد یا شهادت چهار مرد عادل شرط شده است، اما مواردی که جنبه حق الناسی جرم غلبه داشته باشد.

هر چند سیاست جنایی اسلام در جرایم حق الهی مبنی بر تسامح و پوشش گناهان افراد است و لی در جرایم حق الناسی که بزه دیده در یک کفه ترازوی عدالت قرار می گیرد دیگر از مسامحه خبری نیست و حقوق بزه دیده نایستی پایمال شود. در مورد جرم حدی زنا جای که طرفین در آن رضایت دارند، براساس مصالحی، اثبات آن بسیار سخت می باشد و لی در جرم تجاوز به عنف با توجه به این که جنایتی است علیه فرد بزه دیده، نمی توان مصالحی را که برای عدم اثبات زنا و جود دارد، دخیل دانست. موضوع دیگری که در رابطه به تحقیق و اثبات این دو جرم مطرح است ستر و پوشیدن جرم زنا با رضایت و جرم تجاوز به عنف بوده که قانون گذار، قاضی را در صورت فقدان ادله اثبات قانونی، در مورد زنا چهار بار اقرار، چهار شاهد، از هرگونه تحقیق و بازجویی منع کرده است. چنانکه اشاره شد، دلیل باز داشتن قاضی از تحقیق در این گونه جرایم به جهت این است که مجرم لغزش خود را علنی نکند و ضمن حفظ شأن و آبروی خود، توبه و طلب استغفار کند. چنانچه در قضیه ماعز پیامبر اکرم^(ص) فرمودند، «لو استترتم تاب کان خیر له» یعنی اگر پنهان می کرد و سپس توبه می کرد برای او بهتر بود» اما در خصوص تجاوز به عنف هر چند اسلام در باره اصل این رابطه نامشروع قائل به بزه پوشی است، لکن حمایت از بزه دیده را نیز مورد توجه قرار داده است. در آنجا که بین بزه پوشی و حمایت از بزه دیده تعارض به وجود می آید، بنابر قاعده ای که در تراحم و جود دارد «دفع افسد به فاسد» می شود؛ که به ناچار حرمت تحقیق برداشته شده و حکم جواز بلکه و جوب تحقق پیدا می کند. همچنین می توان برای افشاء این گونه جرایم به آیه ای ۱۴ سوره نساء استناد کرد که می فرماید، «خداوند دوست ندارد کسی با سخنان خود بدی ها را اظهار کند مگر آن کسی که مورد ستم و اقع شده باشد، خداوند شنوا و دانا است». (توجهی، توکل پور، ۱۳۹۰، صص ۱۱۹/۱۱۳/۱۲۵)

نتیجه‌گیری

با توجه به موضوعات که مطرح گردید می‌توان به نتایج ذیل رهنمون شد.

- تجاوز جنسی به موجب قوانین نافذه کشور و اسناد بین الملل حقوق بشر ممنوع بوده و از جمله اعمال مجرمانه تلقی شده و جرم‌انگاری شده است.
- در مورد راه‌های اثبات تجاوز به عنف از لحاظ فقهی می‌توان به اقرار، شهادت و علم قاضی اشاره نمود، همچنین نهادهای عدالت کیفری نقش بسیار مهمی در اثبات جرایم به‌خصوص جرایم تجاوز به عنف دارد. برای اثبات جرایم به شمول تجاوزات جنسی ماده (۱۹) قانون اجراءات جزایی عمومیت دارد و با در نظر داشت پژوهش که صورت گرفته است از جمله ادله ذکر شده در اثبات جرایم تجاوز به عنف اقرار، شهادت و قراین کاربرد زیادتری دارد همچنین ادله علمی همانند معاینات طبی عدلی، نظریات اهل خبره که رابطه‌ای به عمل جرم مذکور داشته باشد نیز در اثبات این جرم مورد پذیرش می‌باشد.
- اثبات قضایی و برخی دیگر از احکام تجاوز به عنف را نباید با اعمال منافعی عفت همراه با رضایت یکسان قلمداد کرد. هرچند که برای اثبات تجاوز به عنف و عمل زنا با رضایت می‌توان از اقرار، شهادت شهود، قراین اشاره نمود؛ اما در مفهوم و ادله اثبات تجاوز به عنف می‌توان با پذیرش علم متعارف قاضی و می‌توان از شیوه‌های جدید کشف اثبات جرم که با استفاده از علومى مثل پزشکی، آزمایش خون، اثر (DNA) قانونی، پولیس علمى، عکس‌برداری جنایی و شیوه‌های چون آزمایش انگشت و مانندها آن‌ها ابداع گشته‌اند وارد نمود که حدود و ثغور آن مشخص شده و قاضی مکلف به ذکر مستند علم خود باشد.
- علم قاضی در مورد تجاوز به عنف اعتبار دارد و می‌تواند سایر ادله را ارزیابی کند تا حقوق مجنی علیه جرم تجاوز جنسی بهتر حفظ گردد.
- هرچند که در جرایم جنسی تأکید بر بزه‌پوشی است و این نکته باعث می‌شود اثبات جرایم جنسی سخت‌تر شود. از طرف دیگر در تجاوز به عنف جنبه حق الناسی و لزوم حمایت از فرد بزه‌دیده می‌طلبد که سخت‌گیری کمتری در اثبات جرم صورت گیرد.

منابع

قران کریم

۱. ابوالبقاء، (۱۴۱۴)، الکلمات معجم المصطلحات الفروق اللغویه، ترجمه علی شیروانی، بیروت نشر دارالکتب العلمیه
۲. احرار، محمد احرار، (۱۳۹۸)، حقوق جزای کشور، ج ۱، اول.
۳. اردبیلی، محمد علی، (۱۳۹۷)، حقوق جزا عمومی، ج ۱، پنجاه و پنجم.
۴. اعظمی، محمد عمر، (۱۳۹۳)، معاینه اجبار، اول.
۵. اوحدی، بهنام، (۱۳۸۴)، تمایلات و رفتارهای انسان، پنجم، انتشارات صادق هدایت.
۶. بیگی، جمال، (۱۳۸۴)، بزه‌دیدی اطفال در حقوق ایران، اول، تهران، نشر میزان.
۷. حسنی، صارم، (۱۳۸۸)، قانون مدنی جمهوری اسلامی افغانستان، ج ۲، نشر قدس.
۸. ذاکر، محمد افضل، (۱۳۹۸)، شرح کود جزاء افغانستان، احکام اختصاصی، ج ۳، بنیاد آسیا، چاپخانه سعید.
۹. رسولی، محمد اشرف، (۱۳۹۴)، شرح و توضیح قانون اجراءات جزایی افغانستان، ج ۱.
۱۰. رضایی، غلام حیدر، (۱۳۹۴)، حقوق جزای اختصاصی، جرایم علیه حیثیت در حقوق جزایی افغانستان.
۱۱. سیگل، لاری جی، (۱۳۸۵)، ترجمه یاشار سیف اللهی، جرم‌شناسی، دفتر تحقیقات کاربردی آگاهی ناجا.
۱۲. سوانسون، چارلز، نیل سی، چاملین، لئونارد تری تو، (۱۳۹۸)، ترجمه مهدی نجاتی، رضاپرویزی و کلیه همکاران، تحقیقات جنایی، انتشارات مجد.
۱۳. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۳۴)، لغت‌نامه دهخدا، تهران، ج ۳، نشر دانشگاه تهران.
۱۴. فاریابی، محمد عظیم، (۱۳۸۶) اساسات علمی کشف و تحقیق جرایم.
۱۵. کریمی، عباس، (۱۳۸۸)، ادله اثبات دعوا.

۱۶. معلوف، لوئیس، (۱۳۸۶)، فرهنگ المنجمد، ترجمه، بندر ریگی، محمد، ج ۱، تهران، نشر پیام، ششم.
۱۷. نذیر، پوهاند دادمحمد، (۱۳۹۷)، حقوق جزای اختصاصی، جزء اول، چاپ پنجم.
۱۸. ارزنگ، چیلی، (۱۳۹۰)، تحلیل حقوقی جرم شناختی تجاوز به عنف، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره دوم.
۱۹. توکل پور، محمد هادی، توجهی، عبدالعلی، (۱۳۹۰)، وجوه تمایز زنا و تجاوز به عنف با تأکید بر شیوه اثبات، شماره ۳۴.
۲۰. توکل پور، محمد هادی، توجهی، عبدالعلی، (۱۳۹۰)، پژوهشنامه حقوق اسلامی سال دوازدهم، شماره دوم، پیاپی ۳۴.
۲۱. جعفری، امین، (۱۳۸۶)، تشخیص هویت ژنتیکی در پرتو علوم جنایی، فصلنامه حقوق پزشکی.
۲۲. حق‌وردیان، داوود، قهرمان، بابک‌پور، (۱۳۹۶)، طریقت یا موضوعیت داشتن ادله اثباتی جرم در قانون مجازات اسلامی با رویکردی برفقه، فصلنامه علمی پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال دهم، شماره سوم.
۲۳. خزایلی، معین، (۱۳۹۷)، اثبات جرم در ترازوی عدالت، سازمان حقوق بشر، شماره ۲۸.
۲۴. قادری، صادق، (۲۰۱۹)، اهمیت و جایگاه دلیل، سایت نورمگز.
۲۵. مروتی، سهراب، (۱۳۹۳)، علل، عوامل و انحرافات جنسی از دیدگاه قرآن، نورمگز.
۲۶. نوبهار، رحیم، (۱۳۸۹)، اثبات جرم قضایی جرم تجاوز به عنف، شماره پنجم، سایت نورمگز.
۲۷. روشنی، احمد علی، (۱۳۹۴)، بررسی ادله اثبات دعوا در جرایم جنسی در فقه و قوانین کیفری مصوب ۱۳۹۲ و رویه قضایی ایران، سایت نورمگز.
۲۸. عمروانی، رحمان، (۱۳۸۷)، ارزش اثباتی و تعارض ادله اثبات دعوی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، سایت نورمگز.
۲۹. ملایی، مرتضی، (۱۳۹۲)، بررسی ادله اثبات جرایم جنسی در فقه امامیه و حقوق ایران، پایان‌نامه

کارشناسی ارشد رشته الهیات و معارف اسلامی گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی، سایت نورمگز.

۳۰. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان.

۳۱. کد جزا سال ۱۳۹۸.

۳۲. قانون اصول و محاکمات مدنی ۱۳۶۹.

۳۳. قانون اجراءات جزایی افغانستان.

۳۴. قانون منع خشونت علیه زن.