

قضاء



دستري محكمي نشراتي ارگان

د امتياز خاوند: ستره محكمه
خپرونكي: دخپرونو رياست

د ليکنی هیئت

پوهنوال عبدالقادر عدالتخواه
دوكتور عبدالله عطائي
قضاوت پوه حضرت گل حسامي
قضاوت مل عنایت الله حافظ

دوكتور عبدالملک کاموي
قضاوت پوه برات علی متین
قضاوت پال مولوي محمد صديق "مسلم"
قضاوت پوه غوث الدين مستمند غوري

مسئول مدير: محمد صديق ژوبل

پته: دافغانستان داسلامي جمهوريت ستره محكمه



فهرست مطالب:

3 از متحد المال های ستره محکمه

12..... دو کتور عبدالله عطائی

27..... احکام قصاص و دیات در شریعت اسلامی..... قضاوتپوه مستمند غوری

66..... د اسلامی شریعت موخې (مقاصد)..... قضاوتمل حافظ

79..... تکافل (بیمه اسلامی)..... قضاوتمند بختیاری

97..... جرم هرزه نگاری در کود جزای افغانستان..... قضاوتیار فروزان ایثار قاسمی

114..... « نقش رهائی مشروط در کاهش جرم »..... فریدون مردان

130..... بررسی فساد مالی کارمندان دولت..... قربانعلی هادی

163..... اجمالی از فعالیتها در راستای مبارزه با فساد اداری و مواد مخدر

از متحداالمال های ستره محکمه

متحداالمال شماره (1906 - 1980) مؤرخ 1397/11/15

دارالانشاء شورایعالی

بلاثر نامه شماره (4829) مورخ 1397/8/27 ریاست تحریرات محکمه استیناف ولایت کابل استهدائیه دیوان جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی آنریاست محترم ذریعه نامه (1112) مورخ 1397/10/5 ریاست محترم عمومی تدقیق و مطالعات، بعد از ابراز نظر مدققین قضائی بشرح ذیل مواصلت ورزیده است.

((طوریکه آنمقام محترم در جریان قرار دارند قضایای اختطاف منجر به زنا و لواط در ماده (5) ضمیمه شماره (5) قانون جزاء یکی از حالات مشدده اختطاف در نظر گرفته شده بود که محاکم طبق هدایت ماده متذکره حالات مشدده جرم را در نظر گرفته متهم را به جزاء محکوم به مجازات می نمودند که طبق معمول این دیوان طبق هدایت ماده متذکره رسیدگی مینمود.

ولی بعد از انفاذ کود جزاء در ماده (595) قانون مذکور اختطاف منجر به تجاوز را تعدد جرایم دانسته که مجازات اختطاف در ماده (591) کود جزاء حبس طویل و مجازات تجاوز در ماده (637) قانون مذکور نیز حبس طویل پیشبینی گردیده که در این مورد کدام اشکال نبوده ولی مشکلی که دیوانهای جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی به آن بر خورده اند اینست که در قضیه تجاوز که حالت مشدده دارد در ماده (639) کود جزاء حبس دوام درجه (2) و تجاوز گروهی در ماده (641) قانون مذکور مجازات حبس دوام درجه (1) و اعدام را پیشبینی نموده که جزاء مواد متذکره نسبت به مجازات اختطاف شدید تر بوده و طبق هدایت ماده (70) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه صلاحیت رسیدگی آن به محکمه ای صورت میگیرد که صلاحیت رسیدگی شدید ترین جرم را دارد . طبق هدایت ماده متذکره قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه در صورت حالت مشدده اختطاف منجر به تجاوز و یا تجاوز گروهی متهمین اختطاف، دیوانهای جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی در رسیدگی همچو قضایا ذیصلاح نبوده زیرا اگر تجاوز بر مذكر صورت گرفته باشد صلاحیت آن مربوط دیوان جزاء بوده و تجاوز علیه مؤنث به محاکم خوشونت علیه زن ارتباط میگیرد.

ولی نظریه هیئات قضائی این دیوان بر اینست که قضایای اختطاف یکی از جرایم سازمان یافته و متهمین آن وابسته به باند های جنایت کار بوده معمولاً تحقیق آن از طرف خرنوالی های امنیت داخلی و خارجی صورت میگیرد و با قیاس به مصوبه (125) مورخ 1397/1/28 مقام محترم شورایعالی ستره محکمه که اختطاف منجر به قتل به دیوان های جرایم تفویض گردیده، صلاحیت رسیدگی قضایای اختطاف منجر به تجاوز جنسی نیز به دیوان های جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی تفویض صلاحیت گردد بهتر خواهد بود ولی آنچه را که اولیاء امور هدایت فرمایند واجب التعمیل است.

استهدائیه فوق در جلسه تاریخی 1397/8/23 کمیسیون رؤسای دواوین استیناف کابل مورد غور قرار گرفت و در نتیجه چنین ابراز نظر بعمل آمد.

«نظریه هیأت قضائی دیوان رسیدگی به جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی محکمه استیناف کابل مؤجه بوده، مورد تائید اعضای کمیسیون رؤسای دواوین محکمه استیناف قرار گرفت با آنهم استهدائیه جهت اخذ هدایت بمقام محترم ستره محکمه ارجاع گردد.» مطلب مورد استهداء و نظر تدقیقی مرتب برآن در جلسه مورخ 1397/10/18 مقام محترم شورایعالی مطرح و طی تصویب شماره (866) هدایت ذیل صدور یافت:

((صلاحیت رسیدگی قضایای اختطاف منجر به تجاوز جنسی، اختطاف و تجاوز گروهی به دیوانهای جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی و در ولایاتیکه دیوان جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی وجود نداشته قضایای متذکره مطابق تشکیل در دیوانهای امنیت عامه رسیدگی گردد.

موضوع غرض توحید مرافق قضائی به جمیع محاکم متحدالمال گردد.)) هدایت فوق مقام محترم شورایعالی ستره محکمه بدینوسیله به عموم محاکم استیناف ولایات و مراجع مربوط متحدالمالاً اخبار گردید تا آنرا به مراجع ذیربط خویش تعمیم نموده مطابق آن اجراءات مقتضی و قانونی بعمل آرند.

بلاثرنامه شماره (1185) مورخ 1397/10/24 ریاست محترم عمومی تدقیق و مطالعات استهدائیه آمریت ثبت اسناد و وثایق حوزه سوم شهر کابل سلسلتاً بعد از ابراز نظر مدققین قضائی به این ریاست بشرح ذیل مواصلت ورزیده است.

((چنانچه مستحضر هستید که در حوزه قضایی این آمریت دو نوع جابداد های غیر منقول قرار دارد جابداد های که در ساحات تحت پلان شاروالی قرار دارند. و (2)ساحات بیرون از نقشه و پلان که زراعتی و باغی بوده اند و آنها متعلق به حوزه قضایی ولسوالی های کابل بوده که بعداً به نواحی مربوط به این حوزه قضایی تعلق گرفته اند که زمین های متذکره فعلاً در سه حالت آتی الذکر قرار دارند:

عده ای ازین جابداد ها فعلاً در حالت زراعتی و باغی قرار دارند و قباله جات شان بعد از کسب معلومات از ناحیه مربوطه ریاست اراضی یا اداره املاک ولسوالی مربوط طور معمول اجراء میگردد.

عده از این اراضی ها در سالهای ماضیه به عمرانات رهایشی و تجارتنی تبدیل گردیده و قباله جات شان تا اکنون اجراء گردیده و اجراء میگردد.

3-عده از این اراضی ها در حال تبدیل شدن به محلات رهایشی و تجارتنی میباشد که از سال 1394 بدین سو قباله جات شان اجراء نمیگردد که موجبات شکوه مالکان آن را فراهم نموده است و از جانب دیگر ماده (108)قانون تنظیم امور زمینداری چنین صراحت دارد: «احداث سرک، اعمار ساختمان، تأسیسات و سایر فعالیتهای غیر زراعتی بالای زمین های زراعتی مجاز نمیشد، در حالت ضروری وزارت ها ادارات دولتی و شاروالی ها مکلف اند در زمینه قبلاً موافقه اداره اراضی و منظوری رئیس جمهور را کسب نمایند.» که خلاف صراحت این ماده عده از این اراضی در حال تبدیل شدن به محلات رهایشی و تجارتنی بوده و عده از آنها قبلاً به عمرانات تجارتنی و رهایشی تبدیل شده اند و مقدار آن فعلاً در حال تبدیل شدن هستند که خلاف ماده فوق الذکر قانون تنظیم امور زمینداری می باشد و تا کنون از اجرای قباله جات معذرت خواسته شده است.))

رؤسای دواوین هم در مورد ابراز نظر نموده متذکر شده اند که ((در صورتیکه زمین های متذکره تحت پلان های استملاک، شهری و توسعوی نباشد به منظور رفع مشکل خلق الله، افزایش عواید و محصولات دولت و جلوگیری از منازعات املاکی طرح تعدیل قانون امور زمینداری غرض اجرای قباله های همچو املاک پیشنهاد گردد بهتر خواهد بود با

آنهم موضوع جهت اخذ هدایت بمقام محترم ستره محکمه ارجاع گردد آنچه هدایت فرمودند موجب تعمیل است.))

بملاحظه آن مدققین قضائی ریاست محترم تدقیق و مطالعات ذیلاً ابراز نظر نموده اند. ((اسناد مدار اعتبار در ماده(18) قانون تنظیم امور زمینداری منتشره جریده رسمی شماره(1254) 1396/1/26 به طور مفصل بیان گردیده، ادارات ثبت اسناد و وثایق مطابق آن با در نظر داشت ماده بیست و چهارم قانون مذکور اجراءات نموده و در طی مراحل آن لازم است تمام موارد قانونی و مقررات را در نظر بگیرند. و ماده(108) قانون مذکور که چنین صراحت دارد: «احداث سرک، اعمار ساختمان، تأسیسات و سایر فعالیت های غیر زراعتی بالای زمین های زراعتی مجاز نمی باشد، در حالت ضروری وزارت ها، ادارات دولتی و شارووالی ها مکلف اند در زمینه قبلاً موافقه، اداره اراضی و منظوری رئیس جمهوری را کسب نمایند.»

از فحوای ماده متذکره چنین استنباط میگردد که در تغییر زمین زراعتی به رهایشی وصف زمین تغییر نموده و مالک آن تنها زمین را به همان وصف انتقال داده میتواند که به نام آن ثبت است، در صورتیکه وصف زمین تغییر نماید، مطابق ماده(108) قانون تنظیم امور زمینداری ایجاب کسب موافقه اداره اراضی و منظوری رئیس جمهور را می نماید. لذا مرجع مستهدی در مورد مطابق احکام قانون اجراءات قانونی و مقتضی نمایند.))

مطلب مورد استهداء و نظر تدقیقی مرتب برآن در جلسه مورخ 1397/11/8 مقام محترم شورایی عالی مطرح و طی تصویب شماره (940) هدایت ذیل صدور ریافت.

((نظر ریاست عمومی تدقیق و مطالعات تأیید است، به جمیع محاکم طور متحد المال اخبار گردد.))

مراتب مندرج تصویب شماره فوق ذریعه نامه (625) مورخ 1397/11/16 به محکمه استیناف ولایت کابل اخبار گردیده است. ازینکه موضوع جنبه عام داشته بدینوسیله به عموم محاکم استیناف ولایات و مراجع مربوط نیز اخبار میگردد، تا هدایت آنرا به مراجع ذیربط خویش تعمیم نموده عندالموقع مطابق آن اجراءات مقتضی و قانونی بعمل آرند.

متحدالمال شماره (2056 - 2130) مورخ 1397/11/28

دارالانشاء شورای عالی

استهدائیه شماره (68) مورخ 1397/2/3 ریاست محترم دیوان جرایم ناشی از فساد اداری محکمه استیناف ولایت کابل بشرح ذیل مواصلت ورزیده است.

((قضایا به صورت عام در محاکم از لحاظ ماهیت، کیفیت و محتوی در دو مرحله قضائی ابتدائی و استینافی مورد رسیدگی قرار داده میشود و ستره محکمه قضایا را بمنظور اطمینان از تطبیق صحیح قانون رسیدگی نموده و احکام محاکم تحتانی را بر حسب احوال مورد ابرام، نقض، بطلان، الغا یا تعدیل قرار میدهد چنانچه ماده (۹) قانون تشکیل وصلاحیت قوه قضائیه صراحت تام دارد طوریکه مستحضر اند درمورد قضایای جرایم متعدد با هم مرتبط که حکم محکمه ابتدائیه در بر گیرنده تمام مطالبات خارنوالی محترم نبوده و در چند مورد نص حکم محکمه ابتدائیه مسکوت عنه میباشد و خارنوالی محترم همین اعتراض را در پیشگاه محکمه محترم استیناف دارد و محکمه محترم استیناف زمانی بر فیصله محکمه محترم ابتدائیه تصمیم اتخاذ می نماید که سبقیت حکم محکمه ابتدائیه را داشته باشد در این حالت در محاکم کشور اجراءات یکسان نبوده بلکه یک عده از محاکم به نسبت عدم سبقیت حکم محکمه ابتدائیه به بطلان حکم محکمه ابتدائیه تصمیم اتخاذ می نمایند در حالیکه موارد بطلان در ماده (289) قانون اجراءات جزائی صراحت داشته که موضوع مورد بحث از جمله موارد بطلان بشمار نمیرود و یک عده دیگر به نقض فیصله محکمه ابتدائیه تصمیم اتخاذ و غرض فیصله مجدد به محکمه ابتدائیه محول می نماید درصورت نقض مطابق ماده (267) قانون اجراءات جزائی محکمه استیناف خود باید رسیدگی نماید و در قضیه مطروحه محکمه استیناف نمی تواند بدون سبقیت حکم محکمه ابتدائیه رسیدگی نماید بر علاوه موجب خدشه دار شدن عدالت شده فلسفه مراحل محاکماتی را زیر سوال میبرد.

هیئت قضائی این دیوان بدین نظر اند که در همچو قضایا بهتر است که دیوان مربوط محکمه استیناف فیصله محکمه محترم ابتدائیه را نقض و موضوع را طی قرار رهنمودی به محکمه ابتدائیه محترم محول و محکمه ابتدائیه در تمام موارد حکم عادلانه را مطابق احکام قانون اصدار نماید تا از یکسو مراحل محاکماتی رعایت گردد و از جانب دیگر عدالت بوجه احسن تامین گردد بناءً بمنظور تامین عدالت و رعایت مراحل محاکماتی قضایا در زمینه طالب هدایت هستیم ((.

استهدائیه فوق الذکر، طبق یادداشت شماره (107) مورخ 1397/3/15 مقام محترم شورایی عالی بعد از ابراز نظر در جلسه مورخ 1397/6/20 مطرح و طی یادداشت شماره (181) هدایت فرمودند که (ریاست محترم تدقیق و مطالعات نظر مجدد شانرا تحت اشراف احدی صاحب و سنگری صاحب اعضای محترم شورایی عالی با همکاری ریاست محترم تفتیش قضائی تهیه و به یکی از جلسات شورایی عالی تقدیم نمایند.) حسب هدایت، ریاست محترم تدقیق و مطالعات تحت نظر اعضای محترم شورایی عالی در مورد مجدداً ذیلاً ابراز نظر نموده اند.

1) چون صلاحیت های محکمه استیناف راجع به نقض یا ابطال فیصله محکمه ابتدائیه در فقرات (2و5) ماده (267) قانون اجراءات جزائی تصریح گردیده است، محاکم استیناف در صورت نقض فیصله محاکم ابتدائیه نباید موضوع را به محکمه ابتدائیه ارجاع نمایند بلکه حسب حکم مندرج فقره (2) ماده (267) قانون مذکور، محکمه استیناف در مرحله استینافی اقدام به فیصله مجدد نمایند.

2) در صورتیکه محکمه استیناف جرایم را متعدد و با هم مرتبط تشخیص نماید و مطالبه خارنوال هم در مطابقت به احکام قانون صورت گرفته باشد، ولی حکم محکمه تحتانی در برگیرنده تمام مطالبات خارنوال نبوده باشد. در این صورت اگر حکم محکمه ابتدائیه به شدیدترین جرم مرتبط اصدار گردیده باشد که در حکم محکمه فوقانی مؤثر نباشد محکمه استیناف فیصله محکمه تحتانی را نقض نموده بادر نظر داشت اینکه فیصله ابتدائیه در نفس موضوع، و جرم صادر گردیده است متکی به مطالبات، و مستندات خارنوالی موضوع تعدد جرایم مرتبط را تحت رسیدگی استینافی قرار داده و تصمیم مقتضی و قانونی اتخاذ نمایند. و اگر در حکم محکمه ابتدائیه جرم شدید از رسیدگی بازمانده باشد در این حالت چون حکم محکمه ابتدائیه در رسیدگی استینافی مؤثر میباشد در این صورت محکمه استیناف موضوع را نقض نموده غرض رسیدگی و صدور فیصله مجدد و جامع بر تمام ابعاد مطالبات خارنوالی محول محکمه مربوطه نماید.

3) در صورتیکه جرایم متعدد و غیر مرتبط باشد و مطالبه خارنوالی مبنی بر رسیدگی در تمام جرایم مربوط در مطابقت به قانون صورت گرفته باشد اما حکم محکمه ابتدائیه یک یا برخی موارد را در بر گرفته و موارد دیگر از حکم محکمه ابتدائیه بازمانده باشد، چون در این صورت سبق حکم محکمه ابتدائیه در موارد مطالبه شده خارنوالی وجود ندارد،

بهتر است محکمه استیناف فیصله محکمه تحتانی را نقض نموده غرض رسیدگی و صدور فیصله مجدد بمحکمه ذیصلاح آن محول نماید تا محکمه مربوطه در مورد فیصله قانونی شان را صادر نمایند.)

مطلب مورد استهدائیه و نظر تدقیقی مرتب برآن در جلسه مورخ 1397/11/2 مقام محترم شورای عالی ستره محکمه مطرح و طی تصویب شماره (923) هدایت ذیل صدور یافت:

((نظر ریاست محترم عمومی تدقیق و مطالعات تأیید است، به عموم محاکم و مراجع مربوط متحدالمالاً اخبار گردد.))

مراتب مندرج تصویب شماره فوق ذریعه نامه (634) مورخ 1397/11/22 به محکمه استیناف ولایت کابل اخبار گردیده است، از اینکه موضوع جنبه عام داشته بدینوسیله به عموم محاکم استیناف ولایات و مراجع ابلاغ میگردد تا آنرا به مراجع ذیربط خویش تکثیر نموده عندالموقع مطابق آن اجراء مقتضی و قانونی بعمل آرند.

متحدالمال شماره (2131-2205) مورخ 1397/12/13

دارالانشاء شورای عالی

نامه شماره (1139) مورخ 1397/10/12 ریاست محترم عمومی تدقیق و مطالعات

از اثر استهدائیه ریاست قضایای دولت ولایت کابل که ذریعه نامه (7383) مورخ

1397/8/23 ریاست محترم عمومی قضایای دولت غرض ابراز نظر بریاست تدقیق و

مطالعات محول گردیده بود، بشرح ذیل مواصلت ورزیده است:

(به اساس کنفرانس ملی قضائی سال 1390 و سیمینار عالی قضائی سال 1395 ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان پرسشی که به عمل آمده است چنین است : «در صورتیکه دعوی تخلیه با دفع سرقفلی و دعوی کرایه توأم نباشد مطابق ماده (31) قانون طرز تحصیل حقوق قرار مبنی بر تخلیه صادر میگردد، این نوع قرارها بعضاً از طرف دیوان تجارتی باطل و بعضاً مورد تأیید واقع گردیده است. بناءً استهداء میگردد، که در خصوص فیصله صادر شود یا قرار؟ در رابطه به موضوع توضیح داده شده که در ارتباط به پرسش فوق به صفحه (385) کنفرانس ملی قضائی سال 1390 که بجواب پرسش شماره (2) ترتیب شد مراجعه شود، پاسخ مذکور چنین صراحت دارد.

چون تقاضای تخلیه رسیدگی ماهوی بوده مستلزم اثبات و عدم اثبات می باشد ، بنابر آن موضوع بداخل فیصله رسیدگی شود تا محاکم فوقانی در صورت شکایت محکوم علیه بر آن غور کرده بتواند. به خاطر جلوگیری از منفعت جویی مستاجرین به شکل غیر قانونی که باعث تلف شدن حقوق عامه و بیت المال گردیده است با وجود اینکه حق دولت ثابت بوده و ایجاب اثبات و عدم اثبات عندالمحکمه را نمی نماید و دعوی بالای ماهیت موضوع نبوده بلکه دعوی بالای منفعت می باشد . متأسفانه محاکم محترم ابتدائیه تجارته کابل برداشتی را که از مصوبه دارند بعوض تجویز مبنی بر تخلیه ، در رابطه به موضوع فیصله مبنی بر تخلیه را صادر و زمان بیشتر به تصرف غیر قانونی متصرف را مساعد می سازند ، در حالیکه حق دولت بصورت مستند ثابت و واجب التحصیل می باشد ، ایجاب دوران قضائی و صدور فیصله را اصلاً نمی نماید که این تصمیم محاکم سبب ملتوی ماندن قضیه و دوام استفاده جویی مستاجرین به شکل غیرقانونی گردیده است.) بناءً مراتب استهدائیه ریاست قضایای دولت ولایت کابل فوقاً نگاشته شد به ملاحظه آن استهداء می گردد که در رابطه به تخلیه جایداد های دولتی که اکثراً تحت استجاره مستاجرین قرار داشته و به نسبت تخطی از مواد قرار داد اداره موکل خواهان تخلیه جایداد مورد بحث از محاکم مربوطه می گردند روی این ملحوظ محاکم قرار خویش را مبنی بر تخلیه صادر نمایند یا طی فیصله تصمیم به تخلیه اتخاذ گردد در زمینه طوریکه لازم دانند هدایت خواهند فرمود تا طبق آن محاکم ذوالحکم در زمینه تصمیم اتخاذ نمایند.))

بملاحظه آن، مدققین قضائی ریاست محترم عمومی تدقیق و مطالعات در مورد ذیلاً ابراز نظر نموده اند:

((استهدائیه ریاست عمومی قضایای دولت ولایت کابل مبنی بر تخلیه جایداد های دولتی که بالاثرب عقد قرارداد برای افراد و اشخاص واگذار گردیده و تحت اجاره مستاجرین قرار دارد. ریاست عمومی قضایای دولت ولایت کابل به نسبت تخطی از مواد منعقد شده قرار داد از طرف مستاجر مطالبه تخلیه جایداد را از محاکم نموده اند و متذکر گردیده اند که آیا موضوع تخلیه ایجاب قرار قضائی را مینماید و یا در خصوص موضوع فیصله صادر گردد؟ بملاحظه حکم ماده (34) قانون طرز تحصیل حقوق منتشره جریده رسمی شماره (1309) 1397/6/31 که چنین صراحت دارد: ((تخلیه ملکیت مالک از تصرف شخص دیگر به اساس سند قانونی که مبطل آن موجود نباشد، به تقاضای مالک یا نماینده قانونی

وی به تجویز محکمه ذیصلاح توسط هیئت مندرج ماده (45) این قانون صورت می گیرد ((به نظر ما با در نظر داشت ماده متذکره هرگاه موضوع ایجاب اثبات و یا عدم اثبات را نماید طی فیصله و در غیر آن طی تجویز قضائی تصمیم اتخاذ گردد.))
مطلب مورد استهداء و نظر تدقیقی مرتب بر آن در جلسه مورخ 1397/11/8 مقام محترم شورایعالی مطرح و طی تصویب شماره (950) هدایت ذیل صدور یافت:
(نظر ریاست تدقیق و مطالعات تأیید است به جمیع محاکم و مراجع مربوط طور متحد المال اخبار گردد.))

هدایت فوق مقام محترم شورایعالی ستاره محکمه بدینوسیله به عموم محاکم استیناف ولایات و مراجع مربوط اخبار میگردد تا آنرا به مراجع ذیربط خویش تعمیم نموده و وفقاً اجراءات مقتضی و قانونی بعمل آرند.

متحدالمال شماره 2206-1397/12/15 2275

دارالانشاء شورای عالی

مقام محترم شورای عالی ستاره محکمه در جلسه مورخ 1397/12/7 خویش طی تصویب شماره 1002 هدایت ذیل ارشاد فرمودند:
(به منظور تأمین هرچه بیشتر قانونیت اصدار فیصله های جزائی بویژه در حالاتی که قضات به خفت و یا شدت و یا هم استفاده از حد اقل و یا حد اکثر مجازات پیش بینی شده قانونی اصدار حکم مینمایند در چنین حالات محاکم مکلف اند با رعایت احکام قوانین اسباب و دلایل موجه تصامیم شانرا در فیصله های صادره به گونه مستدل و مستند تصریح نمایند))

هدایت فوق مقام محترم شورای عالی ستاره محکمه بدینوسیله به عموم محاکم استیناف ولایات و مراجع مربوط اخبار میگردد تا آنرا به مراجع ذیربط خویش تعمیم نموده عندالموقع مطابق آن اجراءات مقتضی و قانونی بعمل آرند.

متحدالمال شماره (2276 - 2345) مورخ 1397/ 12 / 20

دارالانشاء شورای عالی

شورای محترم عالی ستاره محکمه در جلسه مورخ 1397/12/7 طی تصویب شماره (1001) هدایت ذیل ارشاد فرمودند:

((طوریکه دیده میشود در این اواخر تعداد از قضات از طریق صفحات اجتماعی به مباحثات سیاسی می پردازند که به منظور حفظ استقلال، بیطرفی، تطبیق عدالت اجتماعی، تطبیق سالم احکام قوانین، جلب اعتماد بیشتر مردم به نظام قضائی کشور و جلوگیری از اتلاف و ضیاع وقت با رعایت احکام مواد 9 - 15 و 19 مقرر طرز سلوک قضائی هدایت داده میشود تا منبهد قضات محترم از اشتراک در مباحثات سیاسی، ابراز نظر و فعالیت های رسانه ای به ویژه از طریق صفحات اجتماعی (انترنیتی) جداً احتراز نمایند.))
 بتأسی از هدایت فوق مقام محترم شورای عالی ستره محکمه بدینوسیله موضوع به عموم محاکم استیناف ولایات اخبار گردید تا آنرا به مراجع ذیربط خویش تعمیم نموده و قضات محترم هدایت مندرج تصویب شماره فوق را مراعت نمایند.

تألیف دوکتور عبدالرزاق السنهوری
 ترجمه: دکتور عبدالله "عطائی"

طبیعت قانون

فهرست:

طبیعت قانون

فصل دوم

- 13 مذاهب اجتماعی - یا موضوعی - مبحث اول
- 14 مذاهب فلسفی و میتافیزیکی
- 14 مطلب اول: مذهب قانون طبیعی :
- 22 مطلب دوم: مذهب تحولات تاریخی :
- 25 مطلب سوم: مذهب قانونی طبیعی حدود متغیر :

فصل دوم

مذاهب اجتماعی - یا موضوعی -

این مذاهب قانون را در حدود شکلیات " صدور از اراده مشرع " منحصر نکرده، بلکه به کنه و طبیعت قانون پرداخته، و آن را یکی از پدیده های اجتماعی میدانند، از این سبب این روند فکری را مذاهب اجتماعی میگویند که به سه مجموعه تقسیم می شوند.

اول: مذاهب فلسفی و میتافیزیکی :

این مجموعه مذهبی است که قانون را دارای اساس فلسفی و میتافیزیکی میدانند و مهم ترین این مذاهب قانونی عبارت اند از مذهب طبیعی، مذهب تحول تاریخی، و مذهب هدف اجتماعی.

دوم: مذاهب علمی و واقعی :

این مجموعه مذاهب قانون را علم اجتماعی و واقعی میدانند که همانند دیگر علوم مرهون مشاهده، و تجارب علمی بوده، و هیچ ارتباطی به میتافیزیک ندارد، و مهم ترین این مذاهب، مذهب تضامن اجتماعی، "دیجی" می باشد.

سوم: مذاهب مزدوج "مختلط":

این مجموعه مذاهب قانون را زاده هر دو مذهب علمی و میتافیزیک میدانند که مهم ترین آن مذهب علم و نگارش "چنی" می باشد.

مبحث اول

مذاهب فلسفی و میتافیزیکی

قانون طبیعی، تحولات تاریخی، هدف اجتماعی:

ارتباط این مذاهب به یکدیگر:

این مجموعه مذاهب اگرچه از حیث فلسفی و میتافیزیک با هم مرتبط بوده، اما در بسیاری از موارد با یکدیگر در تضاد نیز بوده اند.

زیرا معلوم است که مذهب قانون طبیعی تا قبل از مذهب تحولات اجتماعی مذهب غالب بوده، تا آنکه این مذهب دوم رونق یافت و پس از گذشت مدتی بار دیگر مذهب قانون طبیعی زیر عنوان "قانون طبیعی متحول" تجدید قوا و عرض اندام نموده و نقاط ضعف مذهب تحولات اجتماعی را مورد حمله قرار داده و عدّه از مبادی آن را بی فایده خوانده است.

همچنانکه مذهب هدف اجتماعی، در تضاد خود با مذهب تحولات اجتماعی این مذهب دوم را بی اثر نمود. لہذا حدود رابطه میان این مذاهب را بگونه ای ذیل توضیح میدهم.

مطلب اول: مذهب قانون طبیعی.

مطلب دوم: مذاهب قانون طبیعی حدود متغیر.

مطلب سوم: مذهب هدف اجتماعی.

مطلب اول: مذهب قانون طبیعی:

مذهب قانون طبیعی برآن است که قانون در طبیعت روابط اجتماعی وجود داشته و در زمان و مکان قابل تغییر نبوده، عقل سلیم وجود آن را کشف کرده، و ایجادش نمیکند، این است قانون طبیعی قانونی ابدی و سرمدی که بر همه پدیده های طبیعت مسلط است.

همچنانکه جهان طبیعت همانند، زمین و آسمان، افلاک و آب و هوا تابع قوانین لایتنغیر طبیعت اند، جامعه انسانی نیز تابع قوانین طبیعی است، که انسان را به مصیر محتوم آن رهبری میکند. و عقل بشری مأموریتی ندارد جز آنکه با انجام دقت در روابط اجتماعی این قوانین را دانسته، و قوانین وضعی خود را وفق آن عبار کند، و هر اندازه که قوانین وضعی به قوانین طبیعی نزدیک تر شود، به همان اندازه به کمال رسیده است.

البته این قانون دارای تاریخ طولانی است که به خلاصه از آن بگونه ذیل اشاره میکنیم:

مذهب قانون طبیعی در نزد یونانی ها:

فلسفه یونان قوانین طبیعت را از نظام دقیق حرکت زندگی انسانها و حیوانات دانسته، نظامی که در آن انسان و حیوان بگونه معینی وفق سنن غیر متغیری به دنیا آمده، بزرگ می شود و سپس میمیرد. اضافه بر آن این فلاسفه ملاحظه کرده اند که کلیه معاملات انسانها نیز وفق نظام همانندی از عادات و رسوم انجام می شود سببی که آنان را بر آن وا داشت که باور کنند قوه نا معلومی وجود دارد، که جهان و پدیده های آن را به حرکت آورده، و تصرفات انسانها را رهبری میکند. لهذا این قوت را طبیعت گفتند. و هرگاه به این سطح از باور رسیدند در صدد بیان فرق میان تصرفات خصوصی انسان و تصرفات عمومی آن شدند. که تصرفات عمومی ثابت انسان را قانون طبیعی نام نهادند.¹ که مهم ترین ویژگی این مجموعه قواعد آن است که زاده وضع و عقل بشری نبوده، بلکه انسان به حسب طبیعت به مقتضای آن پایبند است. همچنانکه قانون طبیعی ثابت و لایتنغیر بوده و در هر زمان و مکانی هم تطبیق می شود.

سپس اتباع مذهب قانون طبیعی از دایره مشاهدات حسی، و توصیف واقع به دایره تفکر منطقی و استدلال عقلی منتقل گردیده، و گفته اند که قانون طبیعی همان قانون موجود فعلی نبوده، بلکه قانون واجب الوجودی است که به عنوان مثل اعلی برای تحقق آن با اعمال عقل باید تلاش انجام شود، و نتیجه مترتب بر این تفرقه دقیق آن است که میان دو نوع قانون فرق گذاشته اند، قانون وضعی که فعلاً مورد تطبیق بوده، و قانون طبیعی که به عنوان نصب العین باید او را به درجات کمال رسانیده، و با گسترش عقل بشری به آن

¹ - ارسطو در فرق میان قانون عام و خاص گفته است: قانون عام همان قانون طبیعی است، و قانون خاص همان مجموعه قواعدی است که هر امتی وفق نیازمندهای خود آن را وضع میکند.

دست یابد، امری که باید قانون وضعی سعی کند تا قدم به قدم به آن درجه کمال بالغ شود.

مذهب قانون طبیعی در نزد رومان :

فقه‌های روم میان قانون مدنی، قانون ملتها، و قانون طبیعی فرق گذاشته اند. قانون مدنی عبارت از همان قانون رومانی قدیم است که فقط بر مردم " روم " تطبیق می شده است .

اما قانون ملتها، عبارت از قانون مشترکی است که رومان آن را به مفهوم قانون طبیعی بر بیگانگان امپراطوری روم تطبیق میکردند. اما قانون طبیعی به مفهوم و زبان رومان عبارت از قانونی است که بر کلیه کائنات زنده اعم از حیوانات و انسان ها تطبیق می شود، و گویا که نوعی از تدرج از قانونگذاری وجود دارد که براساس آن قانون طبیعی بر همه کائنات زنده تطبیق گردیده، و قانون ملتها بر همه انسانهای سازنده، و قانون مدنی بر انسانهای رومانی تطبیق می شود .

رومانها مذهب خود را در قانون طبیعی از فلسفه یونان گرفته اند و " قانون ملتها " در نزد رومانها جایگزین " قانون طبیعی " در نزد یونانی ها شده است، بگونه ای که رومانها فلسفه یونان را به قانون تبدیل کرده اند تا روابط آنان را با بیگانگان تنظیم کند، و گفته اند از آنکه همه انسانیت به قانون طبیعی تن داده است، میتوان با استفاده از عقل قوانین طبیعی را بر همه ملتها تطبیق کرد .

قانون ملتها در " قانون مدنی " تأثیر گذار بوده، و از مهم ترین مصادر ارتقای قانون رومانی میباشد، زیرا اساس " قانون ملتها " بر مبنای عقل بوده، در حالیکه " قانون مدنی " براساس عادات و رسوم قدیم مبتنی شده است.

پس از آنچه که گذشت دانستیم که قانون طبیعی همان فلسفه یونان بوده است که در نزد رومی ها قانون گردیده و در مراحل عصور وسطی به دیانت مبدل گشته، و در عصور نوین به سیاست متحول شده است.

مذهب قانون طبیعی در عصور وسطی در اروپا :

مسیحیت، و رجالات کنیسه در عصور میانه قانون طبیعی را به عنوان قانون الهی قلم داد کردند، که قانون ابدی و سرمدی لایتغیر باشد، با فرق آنکه این قانون از طریق وحی منزل و نه از طریق عقل بدست می آید.

مذهب قانون طبیعی در نزد - مسلمانان - معتزلی :

شایان یادآوری است که اسلام نیز همانند مسیحیت قانون طبیعی را می شناسد، ولی یکی از مذاهب اسلامی میان قانون طبیعی و دیانت فرق گذاشته و عقل مطلق - نه وحی - را کاشف این قانون میدانند. که همانا خلاصه فکر اعتزالی است.¹

¹ - در نزد معتزله حسن و قبح - مأمور به و منهی عنه که قانون است بواسطه عقل شناخته شده، و قبل از آنکه شریعت از آن پرده بردارد عقل مطلق آن را درک میکند. پس معتزله بر آن اند که قانون طبیعی مصدر آن عقل است نه دین در کتاب ارشاد الفحول از امام شوکانی آمده است در این اختلافی نیست که پس از بعثت پیامبر و رسیدن دعوت، حاکم شریعت است، اما قبل از آن : اشاعره بر آن اند که افعال مکلفین به خداوند متعال تعلق نداشتند حرمت کفر، و وجوب ایمان نیز به آن متعلق نمی باشد. در حالیکه معتزله گفته اند : که حکم خداوند متعلق به آن چیزی است که عقل حسن و قبح آن قبل از ورود شریعت هم ذاتاً و یا صفتاً تشخیص داده باشد.

پس محل اختلاف میان اشاعره و معتزله آن است که : فعل محل مدح و ثواب و یا محل مذمت و عقاب چه در دنیا و چه در آخرت در نزد اشاعره ثابت نمیشود مگر پس از ورود شریعت در توصیف فعل، در حالیکه چنین فعلی در نزد معتزله - حتی قبل از ورود شرع - از آن متصف به مدح و ذم می شود که عقل مطلق حسن و قبح آن را تشخیص داده است.

در کتاب توضیح و تلویح آمده است " عقل در نزد معتزله حاکم مطلق حسن و قبح است چه این حسن و قبح متعلق به خداوند بوده و چه هم متعلق به بنده گان باشد. اما نسبت به خداوند تشریح آنچه که برای بنده گان - اصلح - است بر خداوند واجب است. و ترک اصلح بر خداوند نیز حرام است " و العیاذ بالله و تعالی الله عن ذلك علواً کبیراً " و حکم بر وجوب و یا حرمت ضروره حکم به حسن و قبح مطلق است.

اما حاکمیت عقل نسبت به بنده گان از آن است که عقل موجب افعال و یا تحریم کننده آن است، بدون آنکه خداوند در آن دخالتی داشته باشد.

اما در نزد " اشاعره " حاکم حسن و قبح خداوند است، و او متعالی از آن است که کسی بر او حکم کند و یا چیزی بروی واجب باشد، و او خالق افعال بنده گان خود بوده بعضی را نیکو و بعضی را زشت قرار داده، و در هر قضیه کلی و یا جزئی دارای حکم، و اراده و قضاء بوده بر ظواهر و بواطن مطلع بوده خیر و شر، نفع و ضرر، و حسن و قبح اشیاء را میداند. "

پس از آنچه که گذشت، واضح شد که " معتزله " بر آن اند که عقل حاکم حسن و قبح است، بدان معنا که مصدر قانون عقل است نه شرع، برخلاف اشاعره که میگویند: حاکم خداوند بوده و

مذهب قانون طبیعی در عصور نوین :

طی قرنهای 17، 18 اهمیت قانون طبیعی در اروپا افزایش یافت، زیرا اروپا طی این دو قرن هویت قومی خود را تقویت نموده و از حاکمیت کنیسه بیرون می شد. همچنانکه اروپا در این مدت زمان به دولتهای مستقلی تقسیم گردیده و بر عکس حالت دولت رومانی و زمان شارلمان، حاکمیت سلطنتی قاره ای وجود نداشت.

پس با تقویت شدن سلطه دولت حالت مستوجب آن بود که رابطه افراد با دولت تنظیم گردیده و روابط کشورها با یکدیگر بر اساس جدیدی بنیان گذاشته شود، و این خود بدان معنا بود که باید مبنای جدیدی برای توسعه قانون اساسی از یکسو و قانون بین المللی عمومی از سوی دیگر بوجود آید و واجب مینمود که این دو قانون بدون وجود قوه مقننه بزرگی پا به عرصه وجود گذارد و در صورتیکه قانونگذاری وجود نداشته باشد، عقل با همکاری عادات و رسوم جایگزین قوه مقننه گردیده، و همین خود سبب نهضت عظیم مذهب قانون طبیعی در قرن 17-18 در اروپا می باشد. زیرا این مذهب بر مبنای عقل بشری و اندیشه های آزاد استوار بوده و منادی وجود قانون طبیعی است که این قانون میتواند روابط افراد با دولت، و روابط کشورها را با یکدیگر تنظیم کند، اما از ناحیه تنظیم رابطه افراد با دولت در مقام نخست مستوجب آن است که باید اساس مشروعیت دولت شناخته شود که بعدها فلاسفه همانند، " Hobbes هوبز " و " Locke لاک " و " Rosseau روسو " به این موضوع رسیدگی کرده اند. و نسبت به رابطه دولتها با یکدیگر، که طبیعتاً مستوجب

شریعت مصدر قانون است، نه عقل، لهذا معتزله قانون عقل یعنی قانون طبیعی را می پذیرند که بر خداوند و بنده گان حاکم است " و العیاذ بالله " و آنچه که در شأن بنده گان مناسب تر است بر خداوند واجب است، و بنده گان باید در شناخت قانون مناسب تر برای تنظیم زندگی خود از عقل کار گیرند. و این بدان معنا است، که در طبیعت قانونی است که عقل بشری باید آن را کشف کرده و نیازی به مشرع - قانونگذار - نیست اگرچه خداوند باشند.

اما در نزد اشاعره مشرع " قانونگذار " مصدر قانون است، زیرا حاکم به حسن و قبح خداوند است، پس مذهب اشاعره در قانون همانند مذهب اوستن و مدرسه شرح بر متن، مذهب رسمی و شکلی است زیرا قانون در نزد آنان عبارت از مشیئت هیأت علیائی است که وفق مذهب اشعری متمثل در اراده خداوند است.

بررسی مبانی قانون بین‌المللی عمومی است، از آنکه مجمع جهانی در مرحله پیدایش بوده است، فقهاء و فلاسفه راهی جز قانون طبیعی نداشتند، که مبانی روابط بین‌المللی را بر آن استوار کنند، که البته مؤسس قانون طبیعی در این بخش گروسیوس Grotius فقیه هالندی معروف می‌باشد. خلاصه از آرای فلاسفه چهارگانه، گروسیوس، هوبز، لاک، و روسو.

گروسیوس :- 1583 - 1645 فقیه هالندی بزرگ مؤسس قانون بین‌الملل عمومی عصرهای نوین است که اصول آن را بر مبنای قانون طبیعی وضع کرده است، گروسیوس کتاب معروف خود "قانون جنگ و صلح" را در سال 1625 به نشر سپرد، او قانون طبیعی را چنین تعریف کرده است "قانون طبیعی قاعده ای است که عقل سلیم آن را الهام کرده، و به مقتضای آن میدانیم که ارزیابی کار عادلانه و ظالمانه به حدود توافق آن با عقل است".

و آنگاه که گروسیوس قواعد قانون طبیعی را توضیح داده به بسیاری از عادات و رسوم زمان خود "اگرچه متصف به قسوت و خشونت هم بوده" اعتراف کرده است، و بر همین اساس، عبودیت، استبداد، و فتوحات، به معنای استعباد انسان از انسان، و استعباد دولت از دولت را تأیید کرده است، زیرا اصل در نزد گروسیوس آن است که انسان آزاد است، اما ممکن است این آزادی را به سبب جنگ، و یا با اراده عقدی از دست داده، و یا از آن تنازل دهد. و بر این اساس زمانیکه انسان بتواند از آزادی خود تنازل دهد، امتها هم میتوانند در مقابل بدست آوردن حمایت از آزادی خود تنازل دهند.¹

اما هوبز "1588 - 1679" و جون لاک "1632 - 1704" و ژان ژاک روسو "1712 - 1778" این سه فقیه به نظریات ذیل توافق دارند :

اول :- انسانها قبل از آنکه در مجامع بشری تنظیم شوند، زندگی فطری داشتند.

دوم :- هرگاه بقای زندگی در چنین حالتی ممکن نبود، مردم به این توافق کردند که بر مبنای عقد اجتماعی از دوره فطرت به زمان نظام منتقل شوند.²

¹ - امری که وجود توافقات امنیتی و حمایتی را در جهان معاصر نیز مشروعیت می‌بخشد.

² - بدان معنا که نخست "قانون طبیعی" حاکم بوده، که براساس عقد اجتماعی به "قانون اتفافی" ارتقاء یافته است.

اما این فلاسفه در تعیین طرفین عقد اجتماعی، و اثرات آن وفق قانون طبیعی بگونه ای ذیل اختلاف کرده.

" هوبز " :- بر آن شده است که عقد اجتماعی میان مردم بوجود آمده، که سلطان " حاکم " طرف آن نیست و توافق مردم بر آن بوده است که از آزادیهای طبیعی خود در برابر ایجاد نظام میان آنان تنازل داده، و براین اساس " سلطان حاکم مطلق بوده، و حتی میتواند نظام حکم استبدادی را بوجود آورد، زیرا استبداد از برگشت به حالت بی نظمی بهتر است.

با آنکه " هوبز " با ارائه این نظریه از حکومت استبدادی انگلستان در زمان آن دفاع میکرد، اما " جون لاک " از طرفداران شاهی مشروطه بوده و از انقلاب سال 1688 انگلستان دفاع کرده و گفته است که عقد اجتماعی - میان مردم و شاه " سلطان " - منعقد گردیده، بر آنکه افراد جامعه از جزئی از آزادیهای طبیعی خود تنازل داده، تا بتوانند از جزء دیگر آن بهره مند شوند، و در این صورت اگر سلطان "حاکم" به التزامات خود در حمایت آزادیهای نسبی مردم پایبندی نکند ملت میتواند عقد خود را با سلطان فسخ کرده، و در برابر آن شرعاً قیام کنند. اما " ژان ژاک روسو " که از طرفداران حاکمیت ملت بوده برآن شده است که، عقد اجتماعی میان همه افراد جامعه منعقد گردیده مبنی بر آنکه از همه آزادیهای طبیعی خود به نفع همه مردم تنازل دهند، زیرا حاکمیتی جز " ملت " وجود ندارد، و در عوض این آزادیهای طبیعی به آزادیهای مدنی دست یابند، و جامعه منحیث جامعه برای اشراف نظارت و حمایت از این آزادیها و کیلی را برای خود تعیین کند که در صورت اخلال و کیل به مأموریت و کالت جامعه آن را عزل می کند.¹

¹ - مهم ترین کتاب " روسو " به نام عقد اجتماعی است که در آن آزادی را به عنوان حق طبیعی انسان در آورده و گفته است : زور اساس و مبنای حق شده نمیتواند، و از آن بر میآید که اساس حاکمیت دولت سلطه طبیعی حاکم بر ملت نبوده، و نه هم زور میتواند مبدأ مشروعیت این حاکمیت باشد، بلکه مبدأ مشروعیت حاکمیت، رضایت و توافق است.

شایان ذکر است که فیلسوف " روسو " همانند فلاسفه دیگر، " هوبز " و " لاک " چنین فرض کرده است که جامعه بشری قبل از تأسیس دولت در طور فطرت و طبیعت بوده و هیچ رابطه به

گفتنی است که نقطه ضعف در این نظریات فقط آن نیست که وجود " عقد اجتماعی " را فرض میکنند در حالیکه وجود آن در تایخ ثابت نشده است، زیرا این سه فیلسوف " عقد اجتماعی " را به عنوان یک حقیقت تاریخی تمثیل نکرده، بلکه وجود چنین عقدی را یگانه تفسیر وجود روابط اجتماعی دانسته اند، اما نقطه ضعف حقیقی نظریات این فلاسفه در آن است که میگویند: مردم قبلاً زندگی فطری داشته و دارای جامعه منظمی نبوده اند، در حالیکه واقعیت امر چنین نبوده، و جامعه بشری از اوان خلقت انسان وجود داشته، و هرگز انسان جز در جامعه بشری زندگی نکرده است.

مذهب قانون طبیعی در زمان انقلاب فرانسه و قانون ناپلئون:

انقلاب فرانسه تا حد زیادی متأثر از مذهب قانون طبیعی بوده، و این تأثیر ناشی از نظریات " روسو " در مورد آزادی و مساوات است، بدین سان مبادی انقلاب فرانسه همانند انقلاب آمریکا برگرفته شده از مذهب قانون طبیعی است، انقلاب فرانسه که " حقوق بشر " را عنوان کرد، همه اصول آن به مبادی قانون طبیعی بر میگردد، زیرا در ماده اول آن آمده است. " انسانها آزاد زاده می شوند، آزاد زندگی میکنند، و در برابر قانون یکسان اند " و در ماده دوم اصول انقلاب فرانسه آمده است. " هدف از هر جامعه سیاسی، حمایت از حقوق طبیعی انسان، متمثل در آزادی، داشتن ملکیت، امنیت، و مقاومت با ظلم است، که این حقوق باید به شکل دائمی محفوظ بماند ". و قانون گذاران عصر ناپلئون مبادی انقلاب فرانسه را در " اعلامیه حقوق بشر " وارد

"سلطان" و یا دولت نداشته، تا آنکه به این قناعت رسیده است که بهره برداری از آزادیهای طبیعی بلاحدود ممکن نیست. فیلسوف " روسو "، پس از آنکه در کتاب خود " عقد اجتماعی " از بیان اساسهای دولت به پایان می رسد به توضیح قوانین وضعی رسیده و مبنای آن را بر دو اساس میداند: آزادی " آزادی اتفافی " و " مساوات " که انقلاب کبیر فرانسه بر این دو مبدأ آغاز گردیده و " برادری " را نیز به آن افزوده است. روسو در بیان این دو مبدأ " آزادی، و " مساوات " گفته است، که هر ملتی به شیوه خود، و متناسب با حالت آن این دو مبدأ را تطبیق میکند. اضافه بر آن روسو به آن باور است که قانون طبیعی بر قوانین وضعی مسلط بوده، و نیازمندیهای هر جامعه از مجموع قوانین آن پیدا است، و در نهایت قوانین وضعی بر اساس قانون طبیعی گذاشته می شود، و هر اندازه که قوانین وضعی پیشرفت کند، اما در نهایت قانون طبیعی بر قوانین وضعی تسلط می یابد.

کرده و آن را قانون طبیعی لایتغیر دانسته اند. در ماده اول طرح قانون ناپلئون آمده بود که "قانون عام لایتغیری وجود دارد که منبع همه قوانین وضعی است، و این قانون ثابت، جز جوهر عقل نیست، که همه بشریت را حاکمیت میکند". و با آنکه این نص از مواد قانون برداشته شد، سبب آن نبود که این عبارت مورد اعتراض باشد بلکه بدان سبب بود که وجود آن در نص قانون به معنای پذیرش مذهب فلسفی معینی بود، که با طبیعت نصوص قانونی وضعی متوافق نمی باشد.¹

مطلب دوم: مذهب تحولات تاریخی :

پیدایش مذهب تحول تاریخی :

فلسفه انقلاب فرانسه مبنی بر پشتیبانی از مذهب قانون طبیعی ثابت و لایتغیری است، که عقل سالم به آن پی میبرد، و هر اندازه که قوانین وضعی به قانون طبیعی نزدیک شود راه کمال را پیموده است. و حرکت قانونگذاری در فرانسه در زمان ناپلئون با این مذهب متوافق بوده است، بدان معنا مادامی که قانون طبیعی قانون ثابت و لایتغیری است، پس قانونگذاری وضعی با طبیعت قانون منافاتی ندارد، زیرا عقل انسانی میتواند قانون طبیعی را کشف نموده، و آن را در کتابی بنگارد سپس هراسی از آن نیست که قانون به انجماد کشانیده شود.

فرانسویان در سالهای اول قرن 19 قوانین خود را وضع کرده، و اطمینان حاصل کردند که گامهای مهمی را در راه استقرار قوانین برداشته اند.² موضوع رغبت به قانونگذاری، از فرانسه به ملتهای دیگر منتقل گردیده، که از جمله اتریش بود. اما در آلمان زمانیکه "تیبو Thibaut" به وضع قوانین دعوت داد "سافینی

¹ - گفتنی است که بعضی از قوانین وضعی نصاً به قانون طبیعی اشاره کرده اند، که از جمله قانون مدنی اتریش در سال 1811 است که در ماده هفتم آن رفتن به احکام قانون طبیعی را منصوص کرده است، همچنانکه در ماده یازدهم قانون مدنی مصر در سال 1876 آمده است "هنگام نبود نص قانونی و یا غموض، و یا التباس قاضی به مقتضای مبادئ قانون طبیعی و قواعد عدالت حکم میکند."

² - ناپلئون که با وضع قوانین اطمینان خاطر حاصل کرده بود، از آن تعجب میکرد که فقیهی قانون را شرح کند.

savigny " فقیه معروف آلمان و زعیم مدرسه تاریخی از وی جلوگیری کرده، و طی نامه که در سال 1814 به نشر سپرد " قانون گذاری " را به ضرر ملت آلمان دانست، نامه ای که گفتمان بزرگی را بوجود آورده، که در واقع زیر بنای مذهب جدید تحول تاریخی بوده.

اندیشه تحول تاریخی تا قرن 18 نا شناخته بود، و فلاسفه قانون " وفق مذهب قانون طبیعی، قانون را در زمان و مکان ثابت ولایتیغیر میدانستند " تا آنکه در اواسط قرن 18 شماری از فلاسفه قانون از جمله " مونتسکیو Montesquieu " صاحب کتاب " روح القوانین " نظریه تحول تاریخی را مطرح کردند، اما این تصور، مذهب فقهی نشد جز به دست " هیگو 1768-1844 " و " سافینی 1779-1816 " که در اوائل قرن 19 بودند.

همچنانکه این مقطع زمانی شاهد بروز مذهب سومی بود که فقهای آن باور داشتند که قانون عبارت از مشیئت هیأت علیای حاکمه است - همانند اوستن - پس در واقع فلاسفه قانون در تحلیل طبیعت قانون دارای سه مذهب بودند که در مجموع آن میتوان گفت که مذهب تحول تاریخی واکنشی به حساب می رود، از مذهب قانون طبیعی که برای مدت زیادی حاکمیت داشته، و با انقلاب فرانسه تقویت شده بود.

مبادی مذهب تحول تاریخی :

مذهب تحول تاریخی دارای دو مبدأ است.

اول :- قانون طبیعی عام، ثابت و لایتغیری، وجود نداشته، بلکه قانون وفق نیازمندیهای هر امتی متغیر و متحول است.¹ قانون همانند زبان " لغت " در محیطی بوجود آمده سپس

¹ - تاریخ ثابت کرده است که قانون ثمره فکر و اندیشه و قیاس نبوده بلکه زاده محیط اجتماعی است، زیرا هرگز نمیتوان با اعمال عقل و اندیشه مجموعه قواعد قانونی را وضع کرد که در هر زمان و هر مکانی قابل تطبیق باشد، زیرا این گونه اندیشیدن نتیجه واحدی را بدست نداده و برعکس دارای نتایج نامحدودی است. و این معلوم است که اگر از هر انسانی پرسیم که مقصود از قانون طبیعی چیست؟ پاسخی خواهد داد که متوافق با فکر و اندیشه او است. زیرا او از آراء، عواطف، احساسات، و باورهای دینی و اجتماعی خود متأثر است، پس هر یکی از ما قانون - طبیعی - را وفق مزاج خود میدانیم. " فیلسوف بنام " میگوید: بسیاری از نویسندگان فلسفه قانون وقتیکه از قانون طبیعی حرف میزنند گویا که مجموعه قواعد قانونی " Code "

نظر به تحولات محیط زیست، آب و هوا، جغرافیه، دین و حالت اجتماعی، اقتصادی و سیاسی متأثر و متحول می شود. پس قانون همانند هر پدیده اجتماعی دیگری رشد و نمو میکند، قانون نخست به شکل عادات و رسوم بوجود آمده و سپس با تحول عادات و رسوم متحول گردیده و محکوم مقتضیات اجتماعی است، که آن محیط و جغرافیه را حاکمیت میکند از آنچه گذشت پیداست، که مذهب تحول تاریخی بر خلاف مذهب قانون طبیعی بر آن است که قانون عام و ثابتی وجود نداشته و هر امتی نظر به نیازمندیهای خود قانون می سازد. همچنانکه قانون هر امتی به یک حال باقی نمانده بلکه با تحولات محیطی و اجتماعی تغییر میکند. لهذا قانون نظر به ظروف زمان و مکان متحول و متغیر است.¹

دوم: مادامی که قانون زاده محیط و ثمره تحول است پس همانند ضمیر جامعه به شکل نا محسوس گسترش میکند، زیرا قانون از ضمیر امت و جامعه نشأت میکند، لهذا قانون هدف غایی خاصی نداشته و اراده عاقلی وجود ندارد که آن را رهبری کند، از این سبب قانون خود گسترش میکند و کسی نیست که آن را گسترش دهد.²

وجود دارد که به نام "قانون طبیعی" است که بخواهند میان آن "Code" و مجموعه قواعد قانونی وضع شده مقایسه میکنند، بدون آنکه در نظر داشته باشند که قواعد "قانون طبیعی" اصلاً وجودی نداشته و اگر هم وجودی داشته باشد ساخته و پرداخته خیال خود آنان است. پس چگونه میتوان از این تصورات مطلق قواعد قانونی ثابت و لایتغیری بوجود آورد که در هر زمان و مکانی قابلیت تطبیق داشته باشد.

¹ - گفتنی است که اگر نوع وحدتی میان قوانین مختلف در زمان و مکان ملاحظه می شود، این وحدت زاده وحدت عقل بشری است، اما از آنکه قانون زاده محیط و ثمره هماهنگی و همدلی نا محسوس بوده و این محیط و هماهنگی جز میان امت معینی که دارای وحدت خاص خود است وجود ندارد پس مجموعه قواعد قانونی هر امتی با مجموعه قواعد قانونی امتهای دیگر مختللف است.

² - بدین اساس قانون گذار وفق این مذهب جز وسیله ای نیست که کار آن ثبت کردن تحولات باشد، زیرا قانون خود در نتیجه تحولات بوجود می آید، در حالیکه قانونگذار وسیله ثبت تحولات نبوده، بلکه در وضع قوانین اراده مهم و آشکاری دارد، زیرا اگر قانونگذار بخواهد مجموعه قواعدی را وضع کند، بدون شک شیوه ها و وسایل زیادی در عقل وی حضور میکند که باید میان آنها موازنه نموده و با اعمال عقل و تفکر یکی را بر دیگری ترجیح دهد، به عنوان مثال: - در

انتقادات وارده بر مذهب تحول تاریخی :

در نتیجه انتقادات وارده بر مذهب تحول تاریخی، بار دیگر مذهب قانون طبیعی پس از آنکه در اوائل قرن 19 کم رنگ شده بود، بار دیگر به ظهور پیوسته و مدرسه مذهب تحول تاریخی را که میگفت " قانون در زمان و مکان متغیر بوده، و هیچ گونه وحدتی میان قوانین ملتها مختلف وجود ندارد " مورد حمله قرار داده، و با نام جدید " مذهب قانون طبیعی حدود متغیر " عرض اندام کرده است.

همچنانکه مذهب دیگری به عنوان مذهب هدف اجتماعی بوجود آمده که گسترش قانون را مرهون " اراده مؤثر و مواکب با هدف اجتماعی تعیین شده میداند. بدین سان مذهب تحول تاریخی از دو ناحیه مورد استفاده قرار گرفته، و جزء مورد پذیرش فقهاء از این مدرسه فقط آن است که قانون با تحولات بوجود آمده و از مؤثرات محیط اجتماعی و عوامل مختلف متأثر می شود.

مطلب سوم: مذهب قانونی طبیعی حدود متغیر :

مبنای جدید فکری :

ملاحظه کردیم که مذهب قانون طبیعی در اوائل قرن 19 زیر حملات مذهب تحول تاریخی رو به شکست گذاشت اما دیری نگذشت که پس از اصلاح عیوب آن بار دیگر مدرسه تحول تاریخی را مورد حمله قرار داد.

حال حاضر در کشورهای مختلف قوانینی وجود دارد که به منظور حمایت کارگران وضع گردیده، که ضرورت وضع آن پس از اختراعات جدید و تجمع کارگران در یک محیط کاری، و خود سری کار فرمایان نسبت به کارگران است که باید این همه روابط از راه ایجاد اتحادیه کاری تنظیم گردد، تا بتواند از حقوق آنان دفاع کند. اما اگر میان قوانین کشورهای مختلف در تنظیم این روابط مقایسه کنیم خواهیم دید اختلاف زیادی وجود دارد، که سبب آن، نگاه قانونگذار در هر کشور است که چگونه این رابطه را تنظیم کرده است. لہذا مدرسه تاریخی با اهتمام یک جانبه آن به نقش محیط اجتماعی، اراده فرد را نادیده گرفته، که البته چنین نگاهی این مدرسه را مورد انتقاد قرار داده است و از آن سبب مذهب هدف اجتماعی به جانب مغفول عنہ مدرسه تحول اجتماعی اهتمام نموده و انسان را عامل و مؤثر اول وضع قوانین قرار داده است.

گفتنی است که از عیوب واضح و مهم مذهب تاریخی آن است که این مذهب برای هر امتی قوانین خاص و متغیر آن را در نظر میگیرد، بدون آنکه سعی کند میان قوانین ملت‌های مختلف نوعی از انسجام و وحدت را بوجود آورد، از این سبب طرفداران مذهب قانون طبیعی به این جانب پرداختند، و در مقام اول با رأی مذهب تحول تاریخی در آنکه هر امتی نظر به ضرورت‌های آن قوانین خود را داشته، و قانون زاده تحولات اجتماعی و محیط آن است متوافق گردیدند، همچنانکه در چهارچوب نظریه خود "قانون طبیعی" به ایراد تغییراتی دست یازیده و مقوله آنکه "قانون عبارت از مجموعه قواعد متکامل لایتغیر در زمان و مکان است" را نیز گذاشته، و گفتند که قانون طبیعی عبارت از مجموعه مبادئی است که به انسان الهام میکند که چگونه در راه بهبود بخشیدن نظام اجتماعی و تعالی آن تلاش کند، و این مبدأ توجیه‌گر "قانون طبیعی" جز مثل اعلائی نیست که انسان سعی میکند از راه کشف و متحقق کردن آن در جامعه به "عدالت" برسد چه این انسان "قانون‌گذار باشد، چه قاضی، و چه هم فیلسوف". و هیچ امتی وجود ندارد مگر آنکه سعی میکند به این مثل اعلی برسد همانند افراد که سعی میکنند در زندگی خود توجه و هدفمندی داشته باشند.

و این مثل اعلی که "قانون طبیعی" است برای تنظیم روابط افراد هیچگونه راه حل معینی بر قانونگذار تحمیل نمیکند. در اینجا وجه نزدیکی این مذهب با مذهب تحول تاریخی ظاهر می‌شود. زیرا اساس تنظیم روابط اجتماعی جز برآورده کردن نیازمندی‌های اقتصادی و ظروف اجتماعی نمی‌باشد. بلکه این مثل اعلی منظور نهائی تلاش‌های قانون‌گذار را به آن الهام میکند، و با این الهام و توجه میان قوانین مختلف ارتباط داده و تلاش‌های مختلف مشرع "قانونگذار" را به سمت و سوی واحد رهبری میکند. زیرا بدون این هدف قوانین مختلف جز مجموعه نا همخوانی از قواعد بی ارتباط نمی‌باشد.

پس قانون طبیعی قواعد ثابت و لایتغیری نیست که در هر زمان و مکان قابل تطبیق بوده، بلکه قانون متغیر الحدودی است که به حسب زمان و مکان تغییر میکند. بر آنکه اساس مشترکی وجود دارد که همه ملتها و همه انسانها به آن رجوع کرده، که عبارت از "طبیعت بشری واحدی است که هیچ گاه مرهون تغییرات زمان و مکان نمی‌باشد."

ادامه دارد

تألیف: دکتر عبدالکریم زیدان¹

ترجمه: قضاوتپوه غوث الدین مستمند غوری

پیوست به گذشته

احکام قصاص و دیات در شریعت اسلامی

فرع دوم

اینکه قاتل به طور عمد قتل را انجام دهد

فهرست:

فوع سوم

آن که قاتل دارای اختیار باشد 33

[1] استاد فقه مقایسوی دیپارتمنت تحقیقات اسلامی پوهنچی ادبیات پوهنتون صنعاء، استاد سابق شریعت اسلامی و رئیس دیپارتمنت آن در پوهنچی حقوق پوهنتون بغداد، استاد و رئیس سابق دیپارتمنت ادیان پوهنچی ادبیات پوهنتون بغداد، استاد و رئیس سابق پوهنچی تحقیقات اسلامی و استاد کارآزموده پوهنتون بغداد.

مطلب دوم

43..... شرط های مقتول

فرع اول

43..... اینکه مقتول انسان زنده باشد

فرع دوم

45..... آنکه مقتول هم شأن و مساوی قاتل باشد

۷۰- صورت دوم- تعیین قاتل:

هرگاه جانی، مجنی علیه را از جای بلندی به پائین اندازد و بعد شخص دیگری او را دریابد و با شمشیرش او را به قتل برساند، پس قصاص بر شخص دومی که با شمشیرش مجنی علیه را کشته است، لازم میگردد، زیرا او پیش از آنکه مجنی علیه به حالتی برسد که امیدی به زنده ماندنش نباشد، حیات مجنی علیه را از بین برده است، مانند آن است که شخصی مجنی علیه را بر آله قاتله نیزه بزند، و قبل از آنکه نیزه بر او کاری واقع شود، دیگری گردنش را قطع کند. این مذهب حنبلیان است، و مذهب شافعی نیز همین است البته در صورتیکه او را از جای بیندازد که ممکن باشد از آن سلامت بماند، و اگر از مکان مرتفعی به پایین بیندازد که از آن جان سلامت نمی برد، درین مورد نزد شافعی دو قول است:

اول- بر قاتل قصاص لازم میگردد، و بر کسیکه او را انداخته است قصاصی نیست.

دوم- بر هردو قصاص لازم میگردد، و در صورت سقوط قصاص بر هردو دیت لازم است، زیرا هر یکی از آن دو به نوبه خود سبب کشتن مجنی علیه گردیده است، ولی این قول شافعی قابل تردید است به اینکه انداختن مجنی علیه از بلندی سبب قتل و کشتن وی مباشرت به قتل است و هر جا که سبب و مباشرت یکجا شوند، حکم سبب منقطع میگردد، و به مباشرت اعتبار داده میشود.

۷۱- سوم- تعیین قاتل:

هرگاه شخصی دست مجنی علیه را از میج آن یعنی بند دست قطع کند، بعد از آن شخص دیگری آن را از آرنجش قطع نماید، و سپس مجنی علیه وفات یابد، در صورتیکه جراحت او قبل از قطع شخص دوم بهبود یافته باشد، پس قاتل تنها شخص دوم است، و قصاص بر او لازم میگردد، یا اگر ولی مقتول او را عفو کند دیت کامل مقتول نیز تنها بر او لازم است، و ولی مقتول میتواند دست شخص اول را قصاصاً قطع کند، یا نصف دیت را از او بگیرد.

هرگاه جراحت اولی بهبودی نیافته باشد، پس هردو نفرشان قاتل شمرده می شوند و بر هردو تن قصاص در نفس واجب است، و اگر ولی مقتول از قصاص عفو شان کند دیت بر هردوی آنان لازم میگردد، و این مذهب حنبلیان و امام شافعی است. امام ابوحنیفه گفته است: قاتل تنها همان شخص دوم است، و بر شخص اول قصاص در نفس لازم نمی آید، زیرا قطع دوم، سرایت جراحت اول را متوقف ساخته و مجنی علیه بعد از زوال جنایت اول مرده است، و مشابه آن است که جراحت اول جور شده باشد و بعد از آن شخص دوم او را مجروح کند و مجنی علیه بمیرد.

امام مالک گفته است:

هرگاه دومی بلافاصله بعد از قطع اول آن را قطع کرده باشد، هردو تن بطور قصاص کشته می شوند، و اگر بعد از قطع اول زنده ماند، و بعد از قطع دومی مرد، پس شخص دومی به تنهایی قاتل پنداشته می شود.¹

۷۲- اگر کسیکه قصاص نمیگردد، در قتل اشتراک نماید چه حکم دارد؟

هرگاه در یکی از اشتراک کنندگان جرم قتل مانعی از قصاص وجود داشت، آیا سایر شرکای جرمی نیز از این مانع برخوردار می شوند؟ و از آنان هم قصاص گرفته نخواهد شد، مانند اینکه طفلی یا مجنونی با شخص بالغ و عاقلی در جرم قتل اشتراک ورزد، اقوال فقهاء مختلف است.

۷۳- قول اول:

بر هیچ یکی از آنان قصاص واجب نیست، این روایت صحیح مذهب حنبلیان، قول اوزاعی، ابوحنیفه و اصحاب اوست، و یکی از دو قول امام شافعی است.

¹ - المغنی ج ۷ ص ۶۳۷-۶۷۸

ممکن است در توجیه این قول استدلال شود که در این قتل نسبت به کسیکه مانعی در قصاص وی نیست، شبهه عدم قتل عمد موجود است، زیرا امکان دارد از هاق روح مقتول به اثر فعل کسی شده باشد که مانعی در قصاص او وجود دارد، و چنانکه در حدیث شریف آمده است: حدود به شبهه ها دفع و رد میگردند.

۷۴- قول دوم:

قصاص بر آن شریک جرم قتل که بالغ و عاقل باشد، واجب میگردد، یعنی وی از مانع قصاص شریک جرمی خود مستفید نمیشود، مگر همان شریک جرمی که در او مانع قصاص وجود دارد، قصاص نمی گردد، این قول زیدیه، روایتی از امام احمد بن حنبل، قول امام مالک، قول دوم امام شافعی است، و این قول را از قتاده و حماد نیز روایت کرده اند، و دلیل قول دوم این است که قصاص عبارت از مجازاتی است که بر قاتل قتل عمد واجب میگردد، و این قصاص جزای عمل اوست، پس بر کسیکه عمداً و عدواناً دیگری را به قتل برساند بدون در نظر داشت حالت شریک جرمی او و بدون توجه به مانع قصاص که در شریک جرمی وی وجود دارد، بر او قصاص واجب میگردد، زیرا کسیکه مانعی از قصاص وی نیست، در قتل عمد عدواناً شرکت ورزیده است، پس قصاص بر او واجب است، دلیل دیگر اینکه هر انسانی به فعل خودش مؤاخذه میشود نه به فعل شخص دیگری، از طرف دیگر سقوط قصاص از کسیکه مانع قصاص در وی موجود است مانند طفل و مجنون فقط به علت معنایی است که منحصر در خود اوست، مثل عدم تکلیف شرعی که در طفل و مجنون مصداق یافته است و این مخصوص خود شان است و به دیگری تعلق نمیگیرد، پس سقوط قصاص از طفل و مجنون، سقوط قصاص را از شریک جرمی شان که هیچ مانعی در قصاص وی وجود ندارد، اقتضاء نمی کند.

علاوه برین مصلحت اقتضاء می کند که کسی را که مانعی در قصاص وی نیست قصاص نمایند، تا هیچکسی جرأت نکند که به اشتراک کسیکه مانع قصاص در او وجود دارد، (به اطمینان اینکه قصاص نمیشود) دست به عمل جرم قتل عمد بزند.

۷۵- قول راجح:

با وجود موجه بودن قول دوم و قوت حجت آن مگر طوری که بر ما روشن است قول راجح و برتر همان قول اول است که قصاص را بر هیچ یک از شرکاء واجب نمی انگارد، و بلکه دیت را بطور علی السویه اگر دو نفر باشند به دو حصه، اگر سه نفر باشند به سه

حصه و اگر بیشتر از آن باشند به همین ترتیب بالای شان واجب دانسته اند، و دلیل این ترجیح آن است که در اینجا شبهه قویی وجود دارد که از هاق روح مجنی علیه توسط یک نفر معینی از مشترکین جرم قتل وی صورت گرفته باشد، شاید فعل کسیکه بعلت مانع، قصاص نمیگردد باعث از هاق روح مجنی علیه شده باشد و این احتمال بعیدی نیست، پس چگونه از غیر او قصاص بگیریم.

ولی هرگاه ثابت گردد که اشتراک کسیکه به علت مانع، قصاص نمیگردد، به حيله سازی قاتل دیگری بوده است تا بدین وسیله خود را از قصاص نجات بدهد، پس در این صورت، ایجاب قصاص بر او ترجیح دارد، به جهت آنکه تردیدی باشد بر قصد سوء وی و دفعی باشد برای مفاسد و ضررهای اجتماعی.

۷۶- حکم دستگیر کننده و مباشر در جرم قتل:

هرگاه شخصی یک نفری را بگیرد و شخص دیگری او را به قتل برساند، پس قصاص بر قاتل است نه بر گیرنده، زیرا قاتل به طور مستقیم بفعل خودش مجنی علیه را به قتل رسانده است. اما شخص گیرنده اگر نمیدانست که قاتل مجنی علیه را به قتل میرساند، پس هیچ چیزی بر او نیست، برای آنکه او متسبب است و قاتل مباشر (کسیکه مستقیماً خودش قتل را انجام داده است) قتل است، و با قتل مباشر حکم متسبب ساقط میگردد.

و اگر او را برای قاتل دستگیر کرده بود تا او را به قتل برساند و قاتل شخص گرفته شده را بقتل رساند، درین صورت از احمد بن حنبل روایت مختلف است، در روایتی از او آورده اند که گیرنده تا به هنگام مرگ محبوس گردد، و این قول عطاء و ربیعہ است و از علی بن ابی طالب (رض) نیز چنین روایت شده است، و از احمد بن حنبل روایت دیگری است: که ممسک (گیرنده) نیز به طور قصاص کشته می شود، و این قول امام مالک نیز هست، زیرا اگر ممسک (گیرنده) مجنی علیه را نمی گرفت، هرگز قاتل نمیتوانست او را به قتل برساند و به گرفتن او به قتل مجنی علیه امکان یافته است، پس در حقیقت قتل مجنی علیه به فعل هردو (ممسک و مباشر) انجام یافته است، و آن دو در این قتل شریک اند، پس قصاص بر هردو تن لازم میگردد - مانند آنکه او را مجروح کنند و به اثر جرح هردوی شان بمیرد.

ابوحنیفه، شافعی، ابو ثور، و ابن المنذر گفته اند: ممسک (گیرنده) مجازات میشود و گناه کار میگردد، و کشته نمیشود، زیرا پیامبر (ص) فرموده اند:

«اعتی الناس علی الله من قتل غیر قاتله» ترجمه: متمرّد ترین و سرکش ترین مردم بر امر و فرمان الهی کسی است که شخصی را به قتل میرساند که قاتل او نیست، و ممسک غیر قاتل است، پس قتل وی جواز ندارد، و دیگر اینکه ممسک (گیرنده) دست به عمل امساک و گرفتاری مجنی علیه زده است، و این سببی غیر اجباری است وقتی که مباشرت با این گونه سببی یکجا شود، تاوان بر مباشر است، مانند آنکه شخص ممسک (گیرنده) علم نداشته باشد به اینکه قاتل او را خواهد کشت.

ابن قدامه حنبلی برای روایت اولی امام احمد حنبل که ممسک به حبس انداخته شود تا آن زمانی که بمیرد، استدلال کرده است باسناد خود از ابن عمر (رض) که پیامبر (ص) گفته است:

«اذا امسک الرجل وقتله الاخر، یقتل الذی قتل، و یحبس الذی امسک» ترجمه: هرگاه شخص، شخصی را بگیرد و دیگری این شخص گرفته شده را به قتل برساند، کسیکه قتل کرده است، کشته می شود، و کسیکه گرفته است محبوس میگردد.

و دیگر اینکه ممسک، به سبب امساک خود، در حقیقت مجنی علیه را تا به وقت مرگ وی محبوس کرده است، پس او هم تا بزمان مرگ خود باید در حبس بماند، مانند آنکه اگر مجنی علیه را از نان و آب حبس کرد تا آنکه از سبب گرسنگی و تشنگی مرد، پس ما هم به او همین کار را میکنیم تا آنکه بمیرد.¹ زیدیه گفته اند: بر ممسک غیر و بر نگهدارنده غیر هیچ چیزی از قصاص و دیت نیست، جز تأدیب، اگر شخص، شخصی را بگیرد یا او را محبوس کند، سپس دیگری بیاید و او را بکشد، پس قصاص بر قاتل است نه بر گیرنده و حبس کننده و بلکه بر آنان تنها تأدیب لازم است.²

۷۷- رأی شوکانی:

فقیه شوکانی حدیث دار قطنی را که ما آوردیم ذکر کرده که ابن قدامه حنبلی به آن استدلال جسته شوکانی در مورد این حدیث و دلیل بودن آن گفته است: حدیث دلالت بر این امر دارد که گیرنده مقتول در وقتی که قاتل او را به قتل رسانده است، مستوجب

¹ - المغنی ج ۷ ص ۷۵۵-۷۵۶

² - التاج المذهب ج ۴ ص ۲۸۷

قصاص نیست، و فعل او نیز مشارکت در قتل شمرده نمی‌شود، تا آنکه این از باب قتل جماعت بالواحد بوده باشد، بلکه تنها حبس او واجب است، و حبسی که در حدیث شریف مذکور است، جمهور علماء آن را موکول به نظر امام دانسته‌اند، درازی مدت حبس و کوتاهی آن به لزوم دید امام مربوط است، زیرا غرض از حبس تأدیب اوست، و مراد آن نیست که او در حبس تا به زمان موت بماند.¹

۷۸- قول راجح:

قول راجح و برتر این است که ممسک (گیرنده) که مجنی علیه را میگیرد تا آنکه شخص دیگری او را بقتل برساند، مجازات به حبس شود، چنانکه در حدیث نبوی شریف آمده است. مدت حبس لازم است که تا به وقت موت باشد، زیرا اصل در مجازات آن است که به اندازه جرم بوده باشد، و به حبس ممسک تا به زمان موت وی اصل مساوات در بین جرم و جزاء تحقق می‌یابد، و این قول عطاء و ربیع است و پیش از آنان قول علی (رض) بوده است، و بعد از ایشان قول امام احمد بن حنبل است در یک روایتی که از او کرده‌اند.

فرع سوم

آن که قاتل دارای اختیار باشد

۷۹- تمهید:

مراد ما از این شرط (شرط اختیار) آن است که قاتل جرم قتل را به محض اختیار و اراده خود مرتکب شود، یعنی تأثیر خارجی بر وی نباشد چنانکه در حالت اکراه ملجی (مجبور کننده) است، و بدون آنکه احدی او را به قتل دیگری امر کرده باشد، چنانکه سلطان یکی از اتباع یا یکی از مأمورینش را به قتل شخصی امر می‌کند. هرگاه شخصی تحت تأثیر اکراه ملجی (مجبور کننده)، یا به سبب اجرای امر آمر، مرتکب قتل عمد گردد، پس قصاص بر کیست؟ آیا قصاص بر مباشر قتل است نه بر مُکره؟

¹- نیل الاوطار للشوکانی ج ۷ ص ۲۶

یا بر هردو (مباشر و مکره)، یا بر مکره است نه بر مباشر؟ و شخص تحت امر هرگاه امر سلطان یا امر غیر او را در قتل شخص بی گناهی اجرا کرده باشد آیا قصاص بر مأمور مباشر قتل است یا بر آمر؟ یا بر هردوی شان (آمر و مأمور)؟

این ها نقاط موضوع این فرع اند و متعلق به شرط اختیار داشتن قاتل هستند.

و ما در ذیل اقوال فقهاء و دلایل شان را در این مسایل تذکر میدهیم، سپس قول راجح از میان آن اقوال را بیان خواهیم کرد ان شاء الله تعالی.

۸۰- اولاً- اکراه در قتل: 1

هرگاه شخصی شخص دیگری را به اکراه ملجی (مجبور کننده) ناچار نمود - چنانکه او را تهدید به قتل نمود که اگر فلان کس را بغیر حق به قتل نرسانی، ترا می کشم، و او در اثر این تهدید مجبور شد و آن نفر را کشت، پس قصاص این قتل بر کیست؟ فقهاء را در این مسأله گفتارهای است که ما آن ها را با ادله شان به شرح زیر ذکر می کنیم.

۸۱- قول اول:

قصاص بر مکره (بفتح را) واجب میگردد و این مذهب زیدیه و قول امام زفر شاگرد ابوحنیفه است، و استدلالش برای این قول این است که مکره (بفتح را) مباشر قتل و مکره (بکسر را) متسبب وقوع قتل است، و مباشرت حکم سبب را قطع می کند، مثل حافر (کسی که چاه را کنده و حفر کرده است) با دافع (کسیکه شخصی را تپله می کند و در چاه می اندازد) و مثل آمر با قاتل.²

¹ - المغنی ج ۷ ص ۶۴۵، ۷۵۷-۷۵۸، المذهب ج ۲ ص ۱۷۷، نهاية المحتاج للرملی ج ۷ ص ۲۴۵-۲۴۶، البدایع ج ۱۰ ص ۴۶۳۰، المبسوط ج ۴، ص ۷۶، احکام القرآن لابن العربی ج ۳ ص ۱۱۶۵، حاشیة الدسوقی فی فقه المالکیة ج ۴ ص ۲۴۵، التاج المذهب فی فقه الزیدیه ج ۴ ص ۲۸۸

² - از تمثیل حافر و دافع، آن را اراده دارد، که کسی که در راه عام چاهی را حفر می کند وی بسبب کنندن چاه متجاوز پنداشته میشود، ولی اگر شخصی، شخص دیگری را تپله کرد و او را در بین چاه انداخت، و او در حفره چاه مرد، قصاص بر بالای تپله کننده است، زیرا او فعل تپله

ممکن است برای این قول دلیل آورده شود به اینکه خداوند در کتاب عزیز خود فرموده اند: «وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ»¹ ترجمه: و آن کس که مظلوم کشته شده، برای ولی او سلطه (و حق قصاص) قرار دادیم؛ اما در قتل اسراف نکند.

و مراد به سلطان استیفای قصاص از قاتل است، و مکروه (بفتح را) عبارت است از قاتل حقیقی، زیرا قتل فعل مادی است و عبارت است از نابود ساختن روح انسان زنده و این امر از او تحقق یافته است، پس حقیقتاً قاتل اوست و از همین رو گناه قتل به او میرسد، پس واجب است که حکم قتل که قصاص است نیز به او برسد، زیرا او مجنی علیه را عمداً و عدواناً به قتل رسانده است، در حالیکه مکروه (بفتح را) بوده است، و اکراه از حالت های ضرورت است که نمیتواند دلیل سقوط قصاص از مکروه بوده باشد، زیرا حالت اضطراری حق دیگران را باطل ساخته نمیتواند، گرچه گاهی حالت اضطرار گناه آن را از مضطر رفع می کند، با وجود آنکه حکم فعل آن باقی می ماند چنانکه در مورد تلف کننده مال غیر در حالت اضطرار که در آنجا در حالیکه حالت اضطرار وی گناه را از وی رفع می کند ولی حق غیر از او ساقط نمیگردد و آنچه را که از مال غیر تلف کرده است تاوان دار میشود، و دیگر اینکه اکراه قصد و اختیار را از مکروه سلب نمی کند و بلکه او قصد و اختیار خود را در قتل یک شخص بی گناهی به کار گرفته تا هلاکت را از خود را دفع کند و این فرض و پندار ساقط کننده قصاص از او نیست، به علت اینکه انسان حق ندارد به کشتن شخص دیگری، کشتن از خود را دفع نماید.

۸۲- قول دوم:

بنا به قول دوم فقهاء قصاص بر هردو: مکروه امر کننده، و مکروه مباشر قتل، واجب میگردد، و این قول مذهب حنبلیان است، و این را امام مالک گفته است، و شافعیان نیز در وجوب قصاص بر مکروه (بکسر را) به همین باورند، و این قول دوم مذهب شان است که نسبت به وجوب قصاص بر مکروه مباشر، قول راجح آن مذهب است.

کردن را بطور مباشر و مستقیم انجام داده است، عملی که روح شخص انداخته شده در چاه را از بین برده و نابود کرده است، پس قصاص از او گرفته می شود نه از حافر چاه. (مؤلف)

¹ - الإسراء آیه / ۳۳

دلیل این قول و نظریه فقهی قرار شرح آتی است:

أ- وجوب قصاص نسبت به مکروه (بکسر را) چون وی سبب ساز قتل مجنی علیه به عملی شده است که غالباً منجر به قتل میگردد، پس مشابهت به این مسأله دارد که اگر مجنی علیه را با تیر بزند و او را بکشد، یا مثل شهود اثبات قصاص در صورتیکه از شهادت شان بعد از آنکه قصاص بر مشهود علیه تنفیذ شده باشد، رجوع نمایند، پس درین حال از آنان قصاص گرفته می شود، به علت اینکه آنان متسبب قتل مشهود علیه شده اند، در حالیکه او بی گناه بوده است.

ب- اما نسبت به مکروه (بفتح را) وجوب قصاص بر او از این جهت است که مکروه مباشر قتل، مجنی علیه را برای استیقای حیات خودش، ظلماً به قتل رسانده است و مانند آن است که اگر شخصی از گرسنگی ناچار شود و شخص دیگری را به قتل برساند تا گوشت او را بخورد و خود را از هلاکت گرسنگی نجات دهد، در حالیکه انسان حق ندارد که دیگری را ظلماً و عدواناً به قتل برساند تا خود را از هلاکت برهاند.

۸۳- قول سوم:

گفته اند که قصاص بر مکروه امر کننده واجب می آید نه بر مکروه مباشر، و این قول ابوحنیفه و شاگردش محمد بن حسن است و دلیل این قول از این قرار است:

أ- این فرموده پیامبر (ص): «عفی عن امتی الخطاء والنسیان و ما استکروهوا علیه» ترجمه: از امت من کارهای را که به خطاء و فراموشی انجام دهند، و آنچه را که در حالت استکراه مرتکب شوند، عفو گردیده و بخشیده شده است.

در اینجا شخص مکروه (بفتح را) قتل را در حالت اکراه مرتکب شده، پس قصاص بر او واجب نیست، زیرا فعل او یعنی حکم فعل او معفوعنه بوده و بر او بخشیده شده است.

ب- دلیل دیگر آن است که مکروه (بفتح را) به سبب اکراه مانند آله در دست مکروه (بکسر را) گردیده است، و قصاص بر استعمال کننده آله واجب میگردد نه بر خود آله، زیرا انسان میتواند در جرم قتل آله دست دیگری گردد، به این صورت که شخصی، شخصی را بر بالای مجنی علیه می اندازد و بدین وسیله او را به قتل میرساند، بنا بر این بر شخص (مکروه) مباشر قتل هیچ چیزی از قصاص، دیت و کفارت لازم نمی گردد.

ج- بقای اثم و گناه بر مکروه مباشر قاتل، دلالت بر بقای حکم قتل در حق وی نمیکند زیرا آنها گاهی از هم فرق دارند، آیا دیده نمیشود درین مثال که اگر شخصی دیگری را

گفت: بگیر دستم را قطع کن، پس وی آن را قطع کرد، مباشر مأمور به قطع گناه کار میشود اما از حکم قطع چیزی بر او لازم نمیگردد، برای آنکه آمر چنان پنداشته میشود که خودش دست خود را قطع کرده است، و مباشر بمنزله آله قطع محسوب میگردد.

۸۴- قول چهارم:

بر مکره و بر مکره مباشر قصاص واجب نیست، و این قول امام ابویوسف شاگرد ابوحنیفه است، و بلکه دیت تنها بر مکره آمر واجب میگردد، دلیل این قول قرار آتی است.

أ- چون مکره مباشر قتل نیست پس وی مانند حفر کننده چاه در راه عام است، وقتی که انسانی در آن چاه بیفتد، و مکره به قتل غیر خود مضطر و ناچار گردیده است پس مشابه آن است که او را بگیرند و بر بالای شخص دیگری بیندازند و آن شخص از ثقل و سنگینی وی بمیرد.

ب- بقای اثم و گناه بر مکره مباشر دلیل بر آن است که فعل قتل به تمامی آن به مکره نسبت داده نشده است، و قصاص جز بمباشرت کامل و تامه فعل قتل، واجب نمیگردد، و این امر در مورد مکره آمر حقیقتاً و حکماً موجود نیست پس قصاص بر او لازم نمی آید، و بلکه به حکم قتل در آنچه که به وجود شبهات ثابت میگردد، مؤاخذه میشود، که عبارت است از دیت، و دیت مقتول بر آمر مکره واجب است.

۸۵- قول راجح:

قول راجح از بین این اقوال، همان قول دوم است: پس قصاص بر هر دو واجب میگردد، یعنی بر مکره آمر، و مکره مباشر، زیرا آنان بمنزله دو شریک جرمی پنداشته می شوند.

شخص اول به دلیل قصد کامل وی به قتل عمد و عدوان و سبب وی به قتل بوسیله اکراه غیر خود به اجرای قتل، و شخص دوم به دلیل مباشرت عملی وی در قتل، قاتلان قتل عمد محسوب میگردند، و گذشته از این در ایجاب قصاص بر آنها حکمت وجوب قصاص که عبارت از زجر و منع از تجاوز بر حیات جان های بی گناهان است تحقق می یابد، و سد ذرایع و بستن رخنه های شر و فساد و تجاوز است، چنانکه در قتل جماعت بالواحد (قصاص چند نفر به اثر قتل یکنفر) همین حکمت در نظر گرفته شده است، پس اگر جماعتی که همه افراد آن در جرم قتل عمد یکنفر اشتراک نمایند، همه آن ها بطور

قصاص کشته می شوند تا آنکه معنی و مفاد انزجار تحقق یابد و رخنه های شر و فساد در اجتماع بسته شود.

و نیز علاوه باید نمود که شخص مکروه (بفتح را) دیگری را به این خاطر بقتل میرساند تا حیات خود را باقی نگهدارد، و این کار از باقی گذاشتن حیات شخص دیگری که معصوم الدم و بی گناه است، برتری ندارد، و این قولی که میگوید: شخص مکروه (بفتح را) بمنزله آله قتل در دست شخص مکروه (بکسر را) است، و قصاص بر استعمال کننده آله است، از روی قیاس بر تلف ساختن مال غیر طوری که در آنجا تاوان اتلاف آن بر شخص مکروه لازم میگردد نه بر شخص مکروه مباشر، این قیاس مع الفارق است یعنی این دو مسأله باهم فرق دارند، زیرا مقصود از اتلاف مال گرفتن تاوان آن است و این مقصود ممکن است از طریق گرفتن تاوان مالیکه به ناحق تلف شده است از شخص مکروه (بکسر را) نه از شخص مکروه (بفتح را) تحقق یابد، چون منظور تعویض مالی است، اما موضوع قصاص، اتلاف نفس بی گناهی است که شریعت بر تلف کننده آن قصاص را واجب گردانیده است، و تلف کننده آن شخص مکروه (بفتح را) مباشر قتل است، و حکم قصاص از ذمه او مرفوع نمیگردد، مگر در صورتیکه قتل برای او مباح باشد، و به سبب اکراه هیچ اباحتی برای او نیست، بدلیل بقای اثم و گناه بر او، چون اگر این قتل برایش مباح می بود گناه کار نمی شد.

از طرف دیگر او دارای اراده و اختیار خود است، و ممکن نیست ما او را آله بیجانی قرار دهیم که نه خودش کسی را کشته میتواند و نه اراده دارد، و به این فرضیه نمیتواند از قتل عمد و ناحقی که مرتکب شده براءت حاصل کند.

۸۶- انواع امر بالقتل و مباشر آن:

آنجا حالاتی از قتل است که بصورت اجرای امر امر که بالای شخص دیگری صادر می کند بوقوع می پیوندد، گاهی این امر یک نوع سلطه و قدرتی بر مأمور دارد، مانند قدرت بادار در برابر غلامش، یا قدرت سلطان در برابر یکی از رعیتش، یای یکی از مأمورینش، و گاهی امر هیچ گونه سلطه و قدرتی بر مأمور ندارد، و مأمور به اجرای امر جرم قتل می پردازد، پس در این حالات حکم قصاص چیست؟ و هرگاه ثابت گردد که قتل به طور عمد و عدوان و بدون وجه حق صورت گرفته است، قصاص بر چه کسی واجب میگردد؟

پاسخ این مطالب است که ما آن را در فقرات آینده بیان می‌داریم:

۸۷- اولاً- امر سلطان:

هرگاه سلطان، خلیفه و پائین تر از آنان از متولیان امور، به یکی از رعیت یا به یکی از مأمورین تابع و مؤظف خود به قتل شخص معینی امر کند، و او عملاً آن شخص را به قتل برساند، در حالیکه مقتول شخص بی گناهی باشد که قتل او جایز نیست، و در نتیجه مأموری که مستقیماً او را کشته است، عمداً و عدواناً مرتکب جرم قتل شده است، پس قصاص بر کیست؟ آیا قصاص بر سلطان آمر واجب است یا بر مأمور مباشر قتل؟

جواب این است: اگر مأمور قاتل میدانست: شخصی را که به قتل میرساند، معصوم الدم بوده و قتل او حرام است و با وجود آن او را بقتل رساند، پس قصاص بر اوست نه بر آمر، زیرا او در این فعل خود معذور پنداشته نمیشود، بدلیل این فرموده پیامبر خدا (ص): «لا طاعة للمخلوق فی معصیة الخالق» ترجمه: فرمان برداری از هیچ مخلوقی در نافرمانی پروردگار جواز ندارد.

در حدیث دیگری از پیامبر (ص) آمده است: «من امرکم من الولات بغير طاعة الله تعالى فلا تطيعوه» ترجمه: هر والی از والیان امور که شما را به کاری امر کند که در آن نافرمانی خدای تعالی باشد، پس شما از آن امر او اطاعت نکنید.

و این اصلی است که صحت آن قطعی بوده و هیچ استثنائی ندارد، و شکی در این نیست که قتل شخص معصوم الدم که مأمور قتل عصمت دم و بی گناهی او را میداند، من میگویم: قتل او در این حالت گناه بسیار بزرگی است، برای مأمور خواه از افراد رعیت باشد یا از مؤظفین دولت، اجرای چنین امری جواز ندارد، هرگاه این امر را اجراء کرد، پس قصاص بر او لازم است، و قصاص بر آمر او خواه سلطان باشد یا کسی دیگری از ولات امور لازم نیست.

و در صورتیکه مأمور نمیدانست، شخصی را که به قتل او گماشته شده است، معصوم الدم و بی گناه است، و به جهت تنفیذ امر سلطان او را کشت، پس قصاص بر سلطان آمر است و بر مأمور اجرا کننده امر سلطان و مباشر قتل قصاص نیست، زیرا مأمور در تنفیذ حکم سلطان بجهت وجوب اطاعت از او معذور پنداشته می شود، و با وجود جهل و ندانستن این امر که مأمور به (چیزی که سلطان به آن امر کرده است) معصیت است، مأمور به، بمنزله معصیت قرار داده نمیشود، بلکه حمل بر طاعت میگردد، زیرا اصل و

ظاهر امر این است که سلطان جز به اجرای حق و طاعت پروردگار فرمان صادر نمی کند، و این مذهب حنبلیان است، و شافعیان نیز به همین قول اند.¹

۸۸- دوم- امر بآدار برای غلامش:

هرگاه بآدار غلامش را امر کرد به اینکه شخصی را بکشد، و او آن شخص را کشت در حالیکه نمی دانست: قتل او حرام است، قصاص بر بآدار وی واجب می‌گردد، و اگر غلام میدانست که قتل او حرام است چون او معصوم الدم است، و با وجود آن او را کشت، پس قصاص بر غلام است، و بآدار وی به جرم اینکه امر بآدار منجر به قتل یک نفر معصوم الدم و بی گناه گردیده است، مستوجب مجازات تأدیبی است، و مجازات تأدیبی و تعزیری وی از حبس گرفته تا انواع دیگر تعزیر مفوض به رأی امام و قاضی است.

قناده گفته است: قصاص بر هر دو نفر (بآدار و غلام) واجب می‌گردد.

ابن قدامه در توجیه مذهب حنبلیان که ما آن را ذکر کردیم استدلال کرده است به اینکه در صورتیکه غلام به حرام بودن قتل شخصی که بآدارش به قتل او امر کرده است آگاه نباشد این جهل و ناآگاهی وی شبهه پنداشته میشود که مانع قصاص وی می‌گردد، وقتی که قصاص بر وی واجب نشود، قصاص بر بآدارش واجب می‌گردد، زیرا غلام در این حالت مانند آله است در دست بآدارش.

اما اگر غلام حرام بودن قتل مجنی علیه را بجهت معصوم الدم بودن و بی گناهی وی میدانست، پس قصاص بر غلام واجب می‌گردد بدلیل اینکه وی مباشر قتل است و به علت این مباشرت غلام حکم آمر از او منقطع می شود، مانند انقطاع حکم حفر کننده چاه در راه عام در حق کسیکه شخصی را تیله می کند و در چاه می اندازد، (یعنی در آنجا قصاص بالای شخصی است که مجنی علیه را تیله کرده و در چاه انداخته است) پس در اینجا هم قصاص بر غلام است و بر بآدارش تعزیر می آید به خاطر اینکه او با تعدی خود متسبب قتل شده است.²

۸۹- سوم- حکم کسیکه طفل یا مجنونی را به قتل کسی امر می کند:

¹ - المغنی ج ۷، ص ۷۵۷-۷۵۸، المذهب ج ۲ ص ۱۷۷

² - المغنی ج ۷ ص ۷۵۶-۷۵۷

کسیکه طفل غیر ممیز یا مجنونی را امر میکند تا شخصی را به قتل برساند، و طفل یا دیوانه آن شخص را بقتل رساند، پس قصاص بر آمر است، و بر طفل و دیوانه مباشر چیزی نیست، زیرا در اینجا مأمور (طفل یا دیوانه) بدلیل انعدام عقل یا عدم اعتبار آن، همچون آله در دست آمر قرار گرفته اند، در حالیکه قصاص بر استعمال کننده آله واجب می گردد نه بر خود آله.

۹۰- چهارم- امر کردن یکی از افراد مردم به قتل:

هرگاه یکی از افراد مردم، شخصی را امر کند به اینکه شخص دیگری را به قتل برساند، و او آن شخص را به قتل رساند، پس قصاص آن بر مأمور واجب میگردد نه بر آمر، چه مأمور بداند که او را بغیر حق می کشد و چه نداند، زیرا در این صورت اطاعت آمر بر او لازم نیست، و ظاهراً این طور نیست که او را به حق امر کند، پس در قتل آن شخص عذری ندارد، پس بر او قصاص واجب میگردد.¹

۹۱- پنجم- امر کردن شخص دیگری را به قتل خودش: 2

هرگاه شخصی به شخص دیگری گفت: مرا بکش، و آن شخص او را کشت، بر قاتل مأمور قصاص لازم نیست، و به همین قول اند ابوحنیفه و یاران وی ابویوسف و محمد، و امام زفر یار دیگر ابوحنیفه گفته است: بر مأمور اجرا کننده امر قتل قصاص واجب می شود، توجیه قول امام زفر این است که امر به قتل عصمت خون آمر را خدشه دار نمی سازد، زیرا عصمت نفس از آن اموری است که به هیچ حالتی احتمال اباحت را ندارد، آیا نمی بینی که شخص به این امری که می گوید: مرا بقتل برسان، گناه کار میگردد، پس این امر معدوم پنداشته میشود.

و دلیل ابوحنیفه و یارانش ابویوسف و محمد در عدم لزوم قصاص بر مأمور به قتل وجود شبهه بسبب این امر کردن است، زیرا امر کردن شخص به دیگری مبنی بر اینکه، مرا بکش، گرچه حقیقتاً این امر صحت ندارد، مگر صیغه و حالت آن شبهه را ایجاد می کند، و شبهه در این باب حکم حقیقت را دارد.

¹ - المغنی ج ۷ ص ۷۵۷، المذهب ج ۲ ص ۱۷۷

² - البدایع ج ۱۰ ص ۴۶۲۳-۴۶۲۴، التاج المذهب ج ۴ ص ۲۸۵، مغنی المحتاج ج ۴ ص

وقتی بنا به رأی ابوحنیفه و یارانش قصاص بر او واجب نشد، پس آیا دیت بر مأمور قاتل واجب است؟ از ابوحنیفه در این مورد دو روایت است:

روایت اول: دیت بر مأمور قاتل واجب است.

روایت دوم: دیت بر مأمور قاتل واجب نیست.

امام قدوری از فقهای حنفی آورده است که صحیح تر روایت دوم است و این قول ابویوسف و محمد نیز میباشد.

امام کاسانی از فقهای حنفی نیز در کتاب بدایع خویش گفته است: سزاوار است که روایت اولی همان روایت صحیح تر باشد، زیرا قصاص فقط به سبب شبهه ساقط شده است، و شبهه مانع وجوب مال یعنی دیت نمی گردد.

مذهب زیدیه مثل مذهب امام زفر است، نزد ایشان این امر کردن مقتول در اباحت قتل وی هیچ اثری ندارد، هرگاه مأمور او را بکشد، قصاص بر او واجب میگردد.

شافعیان گفته اند: اگر شخص آزاد و مکلفی به شخص دیگری مثلاً این طور گفت:

دست مرا قطع کن، و مأمور دست او را برید پس در این مورد نه قصاصی لازم است و نه دیت برای اینکه متضرر خودش به این کار امر و اجازه داده است، و اگر قطع دست به جان وی سرایت کرد (یعنی منجر به مرگ شد)، یا از ابتداء به او گفت: مرا بکش و شخص مأمور او را کشت بر مبنای قول ظاهرتر در مذهب شافعیان به سبب امر و اجازه وی خودش هدر است و چیزی بر آن لازم نمیگردد، و در یک قول دیگر در مذهب شان بر مأمور قاتل دیت واجب میگردد.

۹۲- ششم- امر کردن به قتل برادر:

هرگاه امری به مأموری گفت: برادرم را بکش، و مأمور برادرش را کشت، و امر کننده وارث مقتول بود، پس بنابر قیاس وجوب قصاص بر مأمور است، زیرا او مباشر قتل است و قتل را مستقیماً و بلاواسطه انجام داده است، و این قول امام زفر است، و ابوحنیفه گفته است: بنابر استحسان، اخذ دیت از قاتل لازم می آید. دلیل قیاس آن است که برادر اختیارمند خون برادر خود نیست و در امر کردن او به کشتن برادرش شبهه بوجود نمی آید که مانع قصاص از مأمور گردد، پس امر کردن او چنان پنداشته می شود که هیچ امری نکرده است.

دلیل استحسان آن است که اگر قصاص به قتل برادرش واجب گردد، حتماً این حق بدو میرسد، با وجود آنکه قتل به اجازه و امر خودش به وقوع پیوسته است، و اجازه یا امر او گرچه شرعاً قابل تعمیم نیست، ولی حقیقتاً از حیث بیان و حالت خود موجود شده است، پس وجود آن شبهه را به بار می آورد، مانند کسیکه به قتل نفس خود امر می کند، و شبهه در وجوب مال (یعنی دیت) تأثیری ندارد. (تنها در سقوط قصاص مؤثر است).¹

مطلب دوم

شرط های مقتول

۹۳- تمهید و روش تحقیق:

در مورد مقتول برای وجوب قصاص بر قاتل وی شرط است که او انسان زنده، هم شأن و مساوی با قاتل، معصوم الدم بوده، و جزء قاتل نباشد.

بنا بر این بر نحو آتی این مطلب را به فروع ذیل تقسیم می نمائیم:

فرع اول: اینکه مقتول انسان زنده باشد.

فرع دوم: مقتول هم شأن و مساوی قاتل باشد.

فرع سوم: مقتول معصوم الدم و بی گناه باشد.

فرع چهارم: مقتول جزء قاتل نباشد.

فرع اول

اینکه مقتول انسان زنده باشد

۹۴- مقصود از این شرط چیست؟

مقصود از این شرط آن است که مجنی علیه انسان زنده به حیات عادی باشد یا به آن حالتی باشد که حیات عادی پنداشته میشود، یعنی آن حالتی که به منزله حیات عادی است.

تعریف اصطلاحی که فقهاء از قتل نموده اند به این شرط دلالت دارد جای که گفته اند: «إنه فعل من العباد تزول به الحیاء» ترجمه: قتل عملی است که از طرف عباد یعنی انسان ها صورت میگیرد که به اثر آن حیات زایل میگردد و از بین می رود.

¹ - البدایع للکاسانی ج ۱۰ ص ۴۶۲۳

مراد از حیات در این تعریف، حیات انسانی است، نه حیات حیوانی، زیرا قتلی که در آن قصاص بر قاتل واجب می‌گردد، قتلی است که به سبب آن حیات انسان مجنی علیه زایل می‌گردد.

امام الکاسانی گفته است: «جنایت بر آدمیان اصلاً سه نوع است: (یکی به طور مطلق جنایت علیه نفس است که عبارت از قتل مولود (ولادت شده) میباشد...¹)»
و مراد وی از مولود همان انسان است، به قرینه کارگیری وی از عبارت: «الجنایة علی الادمی فی الاصل انواع ثلاثة»، و قتل انسان عبارت است از هاق و نابود کردن روح و ازاله حیات وی.

۹۵- آنچه که بمنزله حیات عادی شمرده می‌شود:

حالتی که بمنزله حیات عادی پنداشته میشود، و صاحب آن حالت حکم زنده گان را دارد و در نتیجه کسیکه این گونه حیاتی را عمداً از بین می‌برد، قاتل قتل عمد است، این را فقهاء «حیات مستقره» می‌نامند، (یعنی حیات ثابت، برقرار، پابرجا).
گرچه این حیات مستقره مؤقتی باشد و به درازا نکشد، و زوال قریب الوقوع آن متیقن باشد.

پیشتر از این ذکر کردیم، اگر کسی این گونه حیاتی را از صاحب آن می‌گیرد یعنی عمداً او را به قتل میرساند، قاتل قتل عمدی پنداشته میشود، و اینکه اگر کسی شکم شخصی را بدون آنکه امعاء و احشای آن را قطع نموده باشد پاره نماید، سپس شخصی دیگری بیاید و گردن مجنی علیه را قطع کند، پس شخص دومی قاتل قتل عمد محسوب می‌گردد، زیرا این شخص دومی است که حیات مستقره مجنی علیه را به بریدن گردن او از بین برده است، حیاتی که در آن ادراک صحیح و مستقیم و درست وجود دارد، گرچه ما متیقن هستیم که او به سبب این جنایت حتماً به زودی خواهد مرد.

در پرتو این مفهوم از حیات مجنی علیه و اینکه هرکس که آن را عمداً زایل کند و نابود نماید، قاتل قتل عمدی پنداشته میشود، میتوانیم در صورتیکه جانباں متعدد باشند

¹- البدایع ج ۱۰ ص ۴۶۱۶

قاتل اصلی را از میان آنها بشناسیم و تشخیص دهیم و آنان را در جنایتی که بر مجنی علیه کرده اند مجازات نمائیم، چنانکه قبلاً آن را بیان کرده بودیم.¹

۹۶- قتل جنین در شکم مادرش:

جنین در شکم مادرش از یک جهت نفس پنداشته میشود و از جهتی نمیشود، از جهتی که نفس پنداشته میشود، به این دلیل است که او آدمی است کامل الخلقه، کامل الحیات و از هر جهت آماده آن است که زنده تولد شود، اعتبار ثبوت ارث برای جنین و صحت وصیت برای وی به این امر دلالت دارد. ولی از جهت دیگر جنین تا زمانی که در شکم مادر است، نفسی مستقلی پنداشته نمیشود، و از همین رو فقهاء از بابت جنین میگویند: «جنین قرار و ثباتش وابسته به مادرش است و قرار و ثبات مستقلانه از مادر خود ندارد، یعنی حیات وی متعلق به حیات مادر است، و از همین جهت بر کسیکه جنین را مرده اسقاط نماید، غره (پنجصد درهم یا معادل آن یعنی نصف عشر دیت) واجب میگردد، نه دیت کامل طوری که اگر بعد از زنده جدا شدنش از مادر بالای او تعدی نماید که منجر به مرگ نوزاد گردد، دیت کامل لازم می آید، و قتل عمد در جنایت بر جنین متصور نیست و بلکه تعدی ورزیدن بر او به سبب تعدی ورزیدن بر مادرش صورت میگیرد.»

۹۷- رفتار ظالمانه بر اموات:

تعدی ورزیدن و رفتار ظالمانه بر اموات به زدن یا مجروح ساختن میت، جنایت عمدی بر نفس و بر مادون نفس پنداشته نمیشود، زیرا میت انسان زنده نیست، گرچه فعل ضرب و جرح جانی از نوع جرمی است که به موجب آن جانی تعزیراً مجازات میگردد.

فرع دوم

آنکه مقتول هم شأن و مساوی قاتل باشد

۹۸- به چه چیز است هم شأن بودن و تساوی در بین قاتل و مقتول؟

فقیه ابن رشد گفته است: «و اما شرطی که در مقتول برای وجوب قصاص بر قاتل وی لازم است این است که مقتول باید هم شأن و مساوی خون قاتل یعنی خود قاتل باشد، و آنچه که به سبب آن مردم با هم دیگر شان فرق و تفاوت می یابند، عبارت است از اسلام و کفر، حریت و عبودیت، ذکورت و انوثة و واحد بودن و کثیر بودن.»

¹ - به فقره (۶۹) مراجعه نمائید.

در این چهار امور یاد شده وقتی که فراهم نگردند، (علماء) اختلاف نظر دارند.¹

۹۹- اولاً- مقتول کافر و قاتل مسلمان باشد: 2

هرگاه شخص مسلمی کافری را بکشد، هر کافری که باشد، فقهاء در وجوب قصاص بر مسلمان قاتل، نظریات مختلف داده اند، و ما در ذیل به بیان اقوال آنان و به بیان آنچه که بدان استدلال نموده اند و بیان قول راجح و برتر از میان آن اقوال خواهیم پرداخت:

۱۰۰- قول اول- مسلمان به جرم قتل کافر کشته نمی شود:

جمههور علماء بر مسلمان قصاص را به کشتن کافر واجب نمیدانند، فرق نمیکند که کافر حربی باشد، یا مستأمن، یا ذمی. این حکم را از عمر (رض)، عثمان (رض)، علی (رض)، زید بن ثابت (رض) و غیرهم روایت کرده اند، عمر بن عبدالعزیز، عطاء، عکرمة، زهری، ابن شبرمه، مالک، ثوری، اوزاعی، شافعی، اسحاق، ابو ثورو ابن منذر نیز به همین قول موافق اند و مذهب حنبلیان، ظاهریان و زیدیه نیز همین قول است.

۱۰۱- قول دوم- مسلمان به قتل کافر ذمی کشته می شود:

مسلمان تنها به قتل کافر ذمی کشته می شود، و به همین قول اند: نخعی، شعبی و حنفیان، و مسلمان به قتل کافر حربی و کافر مستأمن کشته نمی شود، و به این قول حنفیان تصریح کرده اند. از ابویوسف روایت کرده اند که مسلمان به قتل کافر مستأمن کشته می شود.

۱۰۲- ادله قول اول:

أ- از علی (رض) روایت کرده اند که پیامبر (ص) فرمود:

«المؤمنون تتكافأ دماءهم وهم يدُ علي من سواهم و يسعى في ذمتهم ادناهم، الا لا يقتل مؤمن بكافر و لا ذوعهد في عهده» رواه احمد و نسائي و ابو داود. (ترجمه): خون های مؤمنان هم شأن و مساوی همدیگرند، و مؤمنان بر علیه کسانی که از گروه ایشان نباشند، متحد، یکدست و یک پارچه اند، و کوچکترین شان میتواند پیمان ذمه غیر مسلمانی را

¹ - بدایته المجتهد لابن رشد ج ۲ ص ۳۳۵

² - بدایة المجتهد ج ۲ ص ۳۳۵، المغنی ج ۷ ص ۶۵۲-۶۵۳، البدایع ج ۱۰ ص ۴۶۲۵، الهدایه و فتح القدير ج ۱۰ ص ۲۱۷-۲۱۸، المهذب ج ۲ ص ۱۷۳، المحلی ج ۱۰ ص ۱۴۷، الاحکام للهادی فی فقه الزیدیه ج ۲ ص ۳۰۱، نیل الاوطار للشوکانی ج ۷ ص ۱۰

انجام دهد، آگاه باش! هیچ مؤمنی به قتل هیچ کافری کشته نمی‌شود و نه هیچ صاحب عهدی در عهد خود. از ابو حنیفه روایت کرده اند که گفت: من به علی (رض) گفتم آیا نزد شما چیزی از وحی موجود است که در قرآن نباشد؟ گفت: عقل (دیت)، آزاد کردن اسیر، و اینکه هیچ مسلمانی به قتل کافری کشته نمی‌شود. رواه احمد و البخاری و النسائی و ابو داود و الترمذی. و اسم کافر (در حدیث شریف) بر ذمی صادق می آید، پس به قتل ذمی مسلمان کشته نمی‌شود، و اما عدم قتل مسلمان به قتل کافر حربی، امری است که در آن، هیچ نظر مخالفی نیست.

ب- برای آنکه کافر به سبب کفر نقصان یافته است، پس به قتل وی مسلمان کشته نمی‌شود همان گونه که به قتل مستأمن کشته نمی‌شود.

ج- در عصمت خون ذمی شبهه عدم عصمت آن وجود دارد به علت ثبوت آن با وجود منافی برای آن که عبارت از کفر است، زیرا در اصل مباح است که خون کافر است، به علت آنکه کفر جنایت به نهایت رسیده در عصیان است، ولی عقد ذمه مانع قتل او گردیده است ولی قیام کفر شبهه را به بار می آورد، و این شبهه است که مسلمان به قتل مستأمن کشته نمی‌شود، پس به ذمی هم کشته نمی‌شود.

د- مساوات برای وجوب قصاص واجب است در حالیکه در میان مسلمان و کافر مساواتی نیست آیا نمی بینی که مسلمان کسی است که به سعادت و نیک بختی او شهادت داده شده و کافر کسی است که به شقاوت و بدبختی او شهادت داده شده است پس چگونه با هم مساوی و برابر باشند؟

۱۰۳- ادله قول دوم:

حنفیان که صاحبان قول دوم اند بر توجیه مذهب شان به قرار آتی استدلال نموده اند:

اولاً- نسبت به قتل مسلمان به اثر قتل ذمی:

(حنفیان) به عام بودن احکام آیات قصاص استدلال کرده اند مثل این فرموده خدای تعالی: «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ» (البقره: ۱۷۸) ترجمه: حکم قصاص در مورد کشتگان بر شما نوشته شده (مقرر شده است).

و مانند این فرموده الهی: «وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ» (المائده: ۴۵) ترجمه: و نوشتیم بر آنان در آن (کتاب) که همانا جان در برابر جان... است.

و این فرموده حق تعالی: «وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ» (الإسراء: ۳۳) ترجمه: و آن کس که مظلوم کشته شده برای ولی او سلطه (و حق قصاص) قرار دادیم، اما در قتل اسراف نکند.

در این آیات، هیچ فرق و تفصیل در بین این کشته و آن کشته، و این نفس و آن نفس، و این مظلوم و آن مظلوم، نیامده است.

ب- این قول خداوند متعال: «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» (البقره: ۱۷۹) ترجمه: و برای شما در قصاص، حیات و زندگی است، ای صاحبان عقل و خرد.

تحقق معنی حیات در قتل مسلمان به قصاص قتل ذمی، نسبت به قتل مسلمان به قصاص مسلمان، عمیق تر است، زیرا عداوت دینی مسلمان گاهی او را وادار به قتل ذمی می کند، خصوصاً در هنگام خشمناکی بیشتر امکان دارد که دست به قتل ذمی بزند، پس ضرورت به مجازات زجر دهنده و مانع شونده بیشتر احساس می شود.

ج- محمد بن حسن به اسناد خویش از رسول خدا (ص) روایت کرده است که آن حضرت (ص): «اقاد مؤمنا بکافر» یعنی مؤمنی را به قتل کافری قصاص فرمود. و پیامبر (ص) گفت: «أنا أحق من و فی بدمته» من حق دارترین کسی هستم که به عقد ذمه خود وفا کند.

د- اما حدیثی را که اصحاب قول اول بدان حجت جسته اند: «لا یقتل مؤمن بکافر ولا ذوعهد فی عهده» پس مراد به کافر در این حدیث همانا کافر حربی یا مستأمن است، زیرا پیامبر (ص) این فرموده خود را «ولا ذوعهد فی عهده» بر مؤمن عطف نموده اند، پس معنی حدیث این است: «مؤمن به قتل کافر حربی کشته نمی شود، و هم چنان کافر صاحب عهد و پیمان به قتل کافر حربی قصاص نمیگردد»

ه- اما این قول که در عصمت خون ذمی شبهه عدم عصمت وجود دارد، این قولی است ممنوع و قابل تردید، زیرا ذمی به سبب عقد ذمه، عصمت خون خود را بدست آورده است، در حالیکه مباح کننده خون او کفری بود که او را به حرب با مسلمانان وا میداشت، و این کفر او در حالت ذمی بودنش باعث حرب با مسلمانان نمیگردد، پس

مباح کننده قتل او نمیباشد، پس شبهه هم در عصمت خون او وجود ندارد و او معصوم الدم پنداشته میشود.

و- جواب از این قول که کافر و مسلمان با هم مساوی نیستند، پس مسلمان به قتل کافر قصاص نمیگردد، آن است که در قصاص احکام دنیایی، مساوات در دین شرط نیست، آیا دیده نمیشود که هرگاه یک ذمی، ذمی دیگری را به قتل برساند و بعد ازان قاتل مسلمان شود، وی قصاصاً کشته می شود در حالیکه قاتل ذمی مسلمان شده و هیچ مساواتی در بین قاتل و مقتول نیست.

۱۰۴- قول راجح:

قول راجح و برتر قول جمهور علماء است، پس هیچ مسلمانی به قصاص قتل کافر هر قسم کافری که باشد کشته نمیشود بنا به دلایل آتی:^۱

۱- حدیث شریفی که جمهور علماء بدان استدلال کرده اند، به عدم قتل مسلمان به قصاص قتل کافر کشته نمیشود، و تأویل حنفیان برای این حدیث به اینکه یعنی: (لا یقتل مسلم بکافر حربی و لا یقتل ذو عهد بکافر حربی) و این حدیث به مفهوم خود دلالت بر این دارد که مسلمان به قصاص قتل کافر ذمی کشته میشود.

بر این تأویل حنفیان میتوان ایراد گرفت که این مفهوم صفتی است و اختلاف در عمل کردن به آن در میان علماء اصول فقه مشهود است.

از جمله قائلین به عدم عمل به آن حنفیان اند، پس چگونه در اینجا در موقع تفسیر شان از این حدیث به آن استدلال می ورزند، افزون بر این جمله معطوفه «ولا ذو عهد فی عهده» برای مجرد نهی از قتل معاهد تا وقتی که عهد او برجا باشد، آمده است، پس هیچ عبارت مقدری اصلاً در آن نیست، و این تفسیر را آنچه که شافعی ذکر کرده است تأیید می نماید، شافعی گفته است که پیامبر (ص) در روز فتح مکه خطبه ایراد فرمود این حدیث را در خطبه اش یاد کرد و سبب ذکر این حدیث آن بود که خزاعه کافری معاهدی را کشته بود. پس رسول در خطبه اش گفت: «اگر مسلمانی را به قصاص قتل کافری امر به قصاص میدادم، هر آینه بر خزاعه امر به قصاص میدادم تا کشته می شد.» و فرمود: «لا یقتل مسلم بکافر و لا ذو عهد فی عهده» پس به این فرموده خود: «لا یقتل مسلم بکافر»

^۱- نیل الاوطار للشوکانی ج ۷ ص ۱۲-۱۵، المغنی ج ۷ ص ۶۵۳

اشاره نموده اند به ترک قصاص گرفتن از خزاعی به خاطر قتل کافر معاهد، و به این قسمت فرموده خود: «ولا ذوعهد فی عهده» یعنی نهی فرمود از اقدامی که خزاعی قاتل کرده بود و آن عمل را ممنوع قرار داد.

پس این قسمت از گفتار پیامبر (ص): «ولا ذوعهد فی عهده» به ذات خود کلام تامی است که ضرورت به کدام عبارت تقدیری ندارد.

۲- عمومیتی را که در آیات قصاص حنفیان از آن ذکر به عمل آورده اند، به حدیثی که جمهور علماء به آن استناد کرده اند و به امثال آن از احادیث دیگر مخصوص گشته است (یعنی عام مخصوص البعض است).

۳- مذهب جمهور علماء را این فرموده خدای تعالی تأیید می کند: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»^۱ ترجمه: و خداوند هرگز کافران را بر مؤمنان تسلطی و غلبه نداده است.

قتل مسلمان به قصاص قتل کافر، بزرگترین راه تسلط و غلبه کافران بر مسلمانان است.

۱۰۵- قتل کافر به قصاص قتل دیگران: 2

شخص کافر گاهی مسلمانی را یا کافری را به قتل میرساند، و کافر مقتول گاهی حربی، یا ذمی، یا مستأمن است، و گاهی قاتل و مقتول اختلاف دینی دارند، و گاهی هم در یک دین هستند، پس آیا کافر به ارتکاب یکی از این قتل ها قصاص خواهد شد؟

۱۰۶- کافر به قصاص قتل مسلمان کشته می شود:

^۱ - سورة النساء آیه ۱۴۱

^۲ - المغنی ج ۷ ص ۶۵۶، الهدایه و فتح القدر ج ۱۰ ص ۲۱۹-۲۲۰، التاج المذهب فی فقه

الزیدیة ج ۴ ص ۲۶۵

هرگاه کافری مسلمانی را به قتل برساند، قصاص بر کافر قاتل واجب می‌گردد، زیرا قتل مسلمان به قصاص قتل کافر ممنوع است نه عکس آن، و در میان اهل علم در این مسأله هیچ گونه اختلافی نیست، و پیامبر (ص) به قتل یهودی که دختر مسلمانی از انصار را در مدینه به قتل رسانده بود، دستور دادند، و دیگر اینکه چون کافر به کشتن مثل خود کشته می‌شود، پس به کشتن کسیکه بلندتر و والاتر از اوست، بطریق اولی باید کشته شود.

۱۰۷- و ذمی به قصاص قتل ذمی دیگر کشته می‌شود برابر است که در دین شان متفق باشند یا در دین شان مختلف باشند، پس هرگاه نصرانی یا یهودی شخص مجوسی را به قتل برساند یا به عکس آن بر قاتل قصاص واجب می‌گردد، برای آنکه کفر یک ملت است.

۱۰۸- ذمی به قصاص قتل کافر حربی و مستأمن کشته نمی‌شود:

ذمی به قصاص قتل کافر حربی بقتل نمی‌رسد، زیرا کافر مباح الدم بوده و عصمتی ندارد، در حالیکه قصاص در قتل شخص معصوم الدم واجب می‌گردد، و در این مورد در میان علماء هیچ اختلافی وجود ندارد.

ذمی به قتل کافر مستأمن نیز کشته نمی‌شود، زیرا مستأمن محقون الدم دایمی و علی التائبید نیست، پس در عصمت دم او شبهه وجود دارد، و هم چنان کفر وی باعث آن می‌گردد که وی کافر حربی باشد، و به این امر حنفیان تصریح کرده اند.

۱۰۹- قتل مستأمن به قصاص قتل مستأمن دیگر:

حنفیان گفته اند: به قیاس قتل ذمی به ذمی، مستأمن هم به قتل مستأمن دیگر کشته میشود به جهتی که در میان قاتل و مقتول مساوات وجود دارد، و از روی استحسان کشته نمیشود، برای اینکه مجوز قتل وی موجود است.

۱۱۰- هم شأن بودن و تساوی در دین چه زمانی اعتبار دارد؟

زمان اعتبار هم شأن بودن و تساوی در دین در میان قاتل و مقتول برای وجوب قصاص نزد کسانی که قایل به این شرط هستند، وقت وقوع جرم است. تغییر حالت جانی و مجنی علیه از جهت دین بعد از وقوع جرم اعتبار ندارد، و به همین قول اند حنبلیان، در کتاب

المغنی از ابن قدامه در فقه حنبلی آمده است: «هرگاه کافری، کافر دیگری را کشت، سپس قاتل مسلمان شد، یا او را مجروح کرد بعد ازان جراح مسلمان شد و مجروح مرد، اصحاب ما میگویند که از او قصاص گرفته می شود.

اگر مسلمانی کافری را زخمی ساخت، سپس کافر زخمی شده مسلمان شد و باز به اثر زخم وفات یافت، قاتل او به قصاص کشته نمی شود، زیرا تساوی دینی در وقت رویداد جرمی وجود نداشته و بر او دیت شخص مسلمانی لازم میگردد، چون اعتبار دیت یا ارزش آن به حالت استقرار جنایت است، و مذهب شافعی نیز همین است؛ و در کتاب المذهب شیرازی در فقه شافعی چنین آمده است:

«هرگاه یک ذمی، ذمی دیگری را مجروح کرد و پس از آن جانی مسلمان شد، از او قصاص گرفته می شود، زیرا آنان در هنگام وقوع حادثه از نگاه دین شان متساوی بوده اند یعنی چون در حال وجوب قصاص از نقطه نظر دینی برابر بوده اند و درینجا حالت وجوب قصاص اعتبار دارد، برای اینکه قصاص همچون حد است، به حد حالت وجوب آن معتبر است، بدلیل اینکه:

هرگاه زنی در حالیکه باکره بود زنا کرد، بعداً محصنه گردید، بر او حد بکر تطبیق میگردد. اگر مسلمانی دست ذمی را قطع کرد، سپس ذمی مسلمان شد و بعداً مرد، قصاص واجب نمیگردد، زیرا هم شأن بودن و تساوی در بین جانی و مجنی علیه در زمان وقوع جنایت معدوم بوده است.¹»

۱۱۱- دوم- قاتل آزاد و مقتول غلام باشد: 2

هرگاه شخص آزادی عمداً غلامی را به قتل برساند، در وجوب قصاص بر قاتل در میان علماء اختلافی است، که ما آن اقوال را با ادله آنها بصورت موجز قرار آتی می آوریم. با دانستن این امر که غلام به قتل شخص آزاد قصاصاً کشته می شود و در آن هیچ اختلافی نیست.

۱۱۲- قول اول- شخص آزاد به قتل غلام قصاص نمی گردد:

¹ - المغنی ج ۷ ص ۶۵۳-۶۵۴، المذهب ج ۲ ص ۱۷۳

² - المذهب ج ۲ ص ۶۷۳، المغنی ج ۷ ص ۶۵۸-۶۵۹، بدایه المجتهد ج ۲ ص ۳۳۳-

۳۳۴، البدایع ج ۱۰ ص ۴۶۲۶-۴۶۲۸

اکثر اهل علم به این باورند که شخص آزاد وقتی که غلامی را به قتل برساند به قصاص او کشته نمی شود و این مذهب حنبلیان است، و این را از ابوبکر، عمر، علی، زید بن ثابت و ابن زبیر رضی الله عنهم روایت کرده اند، و قول حسن، عطاء، عمر بن عبدالعزیز، عکرمه، عمرو بن دینار، مالک، شافعی، اسحاق، و ابو ثور نیز همین است و زیدیه نیز به همین مذهب اند.

۱۱۳- قول دوم- شخص آزاد به قصاص قتل غلام کشته می شود:

این قول را از سعید بن مسیب و قتاده روایت کرده اند و این قول ثوری و حنفیان نیز مییاشد.

۱۱۴- قول سوم- در مورد قتل سید (بازار) به قصاص قتل غلام خودش:

در نزد اکثر اهل علم، سید (بازار) به قصاص قتل غلام خودش کشته نمیشود، از نخعی و داود ظاهری حکایت کرده اند که او به این قتل کشته میشود.

۱۱۵- ادله قول اول (شخص آزاد به قصاص غلام کشته نمیشود):

أ- امام احمد به اسناد خویش از علی بن ابی طالب (رض) روایت کرده است که او گفت: «من السنه أن لا یقتل حرٌ بعد» یعنی از جمله سنت آن است که شخص آزادی به قتل غلامی کشته نمی شود.

ب- و از ابن عباس (رض) روایت کرده اند که پیامبر (ص) فرمود:

«لا یقتل حرٌ بعد» یعنی شخص آزاد به قصاص غلام کشته نمیشود.

ج- طرف شخص آزاد به قصاص طرف غلام قطع نمی گردد، (یعنی اگر شخص آزاد عضوی از اعضای بدن غلامی را عمداً قطع کرده باشد، عضو شخص آزاد به قصاص آن قطع نمی گردد).

با وجود تساوی شان در سلامت، پس به قتل غلام هم کشته نمی شود، مانند پدر با پسرش.

د- غلام به سبب غلام بودنش نقصان پذیر شده پس شخص آزاد به قصاص قتل وی کشته نمی شود.

ه- عمومی بودن احکام قصاص که قایلین به قتل شخص آزاد به قصاص قتل غلام بدان استناد می نمایند، به احادیث و آثاری که ما آن ها را ذکر کردیم تخصیص یافته اند.

و- فرموده خدای تعالی: «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ» (البقره: ۱۷۸) ترجمه: حکم قصاص در کشتگان بر شما نوشته شده (مقرر شده) آزاد در برابر آزاد، و برده در برابر برده...

این آیت کریمه به مفهوم خود دلالت دارد بر اینکه شخص آزاد در برابر غلام کشته نمی شود.

ذ- شخص آزاد به تمام معنی و به طور کامل آدمی است، در حالیکه غلام از یک جهت آدمی است و از جهت دیگر مال است، و عصمت آزاد برای خود اوست، و عصمت مال از برای مالک اوست.

ح- در عصمت غلام، شبهه عدم عصمت وجود دارد، به علت اینکه بردگی اثر کفر است و کفر در اصل مباح کننده خون است، یعنی کافر مباح الدم است، پس در عصمت آن شبهه عدم عصمت موجود است، در حالیکه عصمت شخص آزاد بطور مطلق ثابت مییابد، پس چگونه در عصمت با هم برابر باشند.

ط- در میان آزاد و برده مساواتی نیست، زیرا آزادی نشانه فضیلت و کمال، و بردگی علامت ذلت و نقصان است، و حریت از عزت و شرافت آگاهی می دهد.

۱۱۶- ادله قول دوم (آزاد در برابر غلام کشته می شود):

صاحبان قول دوم که قایل به قتل آزاد در برابر برده هستند وقتی او را عمداً و عدواناً کشته باشد باید قصاصاً کشته شود، به دلایل ذیل استدلال نموده اند:

۱- عمومیت احکام قصاص طوری که در آن فرق و تفصیلی در میان آزاد و برده وجود ندارد.

۲- آنچه که قصاص از بهر آن مشروع گردیده است که عبارت از حفظ حیات انسانی است جز به ایجاب قصاص بر آزادی که برده را عمداً و عدواناً بقتل رسانده باشد، حاصل نمیشود، زیرا حصول این هدف موقوف بر حصول امتناع از قتل است که شخص متوجه میشود که اگر شخصی را عمداً بقتل برساند، به قصاص او کشته میشود، از بیم جان خود دست به این عمل نمیزند و از اقدام به آن خود داری می ورزد. پس اگر بر شخص آزاد در قتل غلام قصاص واجب نگردد، او از جان خود بیمی نخواهد داشت و از قتل غلام خودداری نخواهد کرد، بلکه به اندک سببی از خشم و غضب و مانند آنها به قتل غلام مبادرت میکند، و در نتیجه هدف حفظ حیات که قصاص از بهر آن مشروع شده

است، حاصل نمی‌شود نه در حق شخص آزاد که اراده قتل غلام را دارد و نه در حق غلام که شخص آزاد می‌خواهد او را به قتل برساند.

۳- آیه کریمه: « كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ »
 دلیلی برای ممانعت کنندگان قتل آزاد در برابر غلام نیست، زیرا این آیت به این معنی نیست که قصاص را از شخصی آزاد در صورتی که غلامی را بکشد، نفی نماید، زیرا تنصیب (تصریح کردن) دلالت بر تخصیص (مختص بودن و اختصاص داشتن) نمی‌کند، و نظیر این فرموده پیامبر (ص) است: «البکر بالبکر جلد مائه و تغریب عام، والثیب بالثیب جلد مائه و رجم بالحجارة» ترجمه: زنا کردن مرد بکر با زن بکر مجازات حد آن صد دره و یکسال جلای وطن است (یکسال تبعید) و مجازات زناي مرد متأهل با زن شوهر دیده صد دره و سنگسار است، وانگهی اگر بکر باثیبی زنا کرد، حکمی که در حدیث ثابت است بر او واجب می‌گردد، پس دلالت بر این دارد که در ذکر شکل به شکل تخصیصی برای حکم نیست، و غلام به قصاص قتل شخص آزاد کشته می‌شود، و زن به قصاص قتل مرد کشته می‌شود، اگر تنصیب بر حکم در یک فرع و یا در یک شکل موجب تخصیص حکم به همان بخش می‌بود، پس عبد و انثی (غلام و زن) در برابر آزاد و در برابر مرد چگونگی کشته می‌شدند.

۴- این فرموده پیامبر «المؤمنون تتكافأ دماؤهم» خون‌های مؤمنان باهم برابر اند، یعنی خون غلام مانند خون شخص آزاد است، و در عصمت و حرمت متساوی اند، پس در وجوب قصاص نیز متساوی هستند.

۵- این قول که غلام از یک جهت آدمی و از وجه دیگر مال شمرده می‌شود، موجب تردید است و پذیرفتنی نیست، چون غلام به تمام معنی آدمی پنداشته می‌شود، زیرا آدمی اسم برای شخص به شکل مخصوص خود است و منسوب است به سیدنا آدم (ع) و غلام همین صفت را دارد، پس عصمت او مثل عصمت شخص آزاد است، و عصمت غلام از خود او است نه از سید و بادارش، بدلیل اینکه اگر غلام به چیزی اقرار کند که موجب آن قصاص یا حد باشد، به سبب این اقرار خود مأخذه می‌گردد، اگر سید و بادارش بر ضرر او اقرار نماید، غلام به اقرار او مسئول پنداشته نمی‌شود، پس نفس غلام در جنایت از برای خود اوست نه از برای بادارش مانند اینکه نفس شخص آزاد از خود شخص آزاد است.

۶- اما این قول که شخص آزاد از غلام فضیلت دارتر است، آری ولی تفاوت در شرف و فضیلت مانع وجوب قصاص نمیگردد، آیا نمی بینی اگر غلام، غلامی را بکشد وانگهی قاتل آزاد گردد، به قصاص آن قتل کشته میشود، گرچه از فضیلت حریت برخوردار گردیده است، و هم چنان مرد به قتل زن کشته می شود گرچه مرد از زن فضیلت بیشتر دارد.

۱۱۷- ادله قول سوم (قتل سید به قصاص غلام خودش یا عدم قتل وی به آن):

اول- ادله قایلین به اینکه سید (بادار) به قصاص قتل غلام خویش کشته نمیشود، عبارت از همان ادله است که قایلین به عدم قصاص شخص آزاد در برابر غلام به آن ها استناد کرده اند و ما قبلاً از آن ها تذکر به عمل آوردیم.

دوم- ادله کسانی که میگویند: سید (بادار) به قصاص قتل غلامش کشته می شود: حدیثی است که قتاده از حسن از سمره روایت کرده است که پیامبر (ص) گفت: «من قتل عبده قتلناه، و من جدعه جدعناه» ترجمه: هرکس که غلامش را بکشد ما به قصاص قتل او فرمان قتل او را میدهیم، و کسیکه عضوی از اعضای او را قطع کند، ما به قصاص آن دستور قطع عضو جانی را میدهیم.

و هم چنان قایلین به قتل سید (بادار) وقتی که غلامش را بقتل رساند، به دلایلی استناد می کنند که قایلین به قتل شخص آزاد در برابر غلام به آنها استناد ورزیده اند.

سوم- قایلین به عدم قتل سید در برابر غلام خویش، حدیث سمره را که قایلین به قتل سید در برابر غلام به آن استناد جسته اند، مورد تردید قرار داده اند به اینکه این حدیث طوری که امام احمد گفته است، از پیامبر (ص) ثابت نگردیده است.

چهارم- آنانیکه قایل به عدم قتل سید در برابر غلام او هستند، استناد به روایتی می کنند که از عمر بن خطاب (رض)، روایت کرده اند که گفت: «اگر از پیامبر (ص) نمی شنیدم که می گفت: «لا یقاد المملوک من مولا، والولد من والده» ترجمه: از مولا (بادار) به قتل مملوک و غلام خود قصاص گرفته نمی شود و نه از پدر به قتل پسرش قصاص گرفته میشود، حتماً از بادار قصاص می گرفتیم.» رواه النسائی، و از علی (رض) روایت کرده اند که شخصی غلامی را کشته بود، پیامبر (ص) فرمود تا او را صد دره زدند و یکسال او را تبعید و جلا وطن کرد. این روایت را ابن قدامه در کتاب المغنی آورده است.

۱۱۸- قول راجح در قتل شخص آزاد در برابر غلام:

قول راجح قول کسی است که گفته است: شخصی آزاد به قصاص قتل غلام کشته می شود، فرق ندارد که مملوک خود قاتل باشد یا مملوک خود او نباشد، زیرا ادله قایلین به قتل شخص آزاد در برابر غلام از ناحیه اثر و نظر (نقلی و عقلی) روی هم رفته از ادله مانعین آن قوی تر است، و این ادله به قتل با دار در برابر غلام خودش نیز صادق می آید، علاوه بر این غلام به سبب مسلمان بودنش در عصمت خون خود با شخص آزاد مسلمان مساوی و برابر است، و این مساواتی که مبنای آن در مسلمان بودن هر یک از آن هاست، بالاتر از هرگونه تفاوتی است که در بین آنها وجود دارد، و در نتیجه قصاص در بین شان را واجب میگرداند، و حدیث رسول خدا (ص) در این زمینه صراحت دارد و عبارت از این فرموده اوست: «المسلمون تتكافأ دماءهم و یسعی بدمتهم ادناهم و هم یدعلی ما سواهم» ترجمه: مسلمانان خون های شان باهم تفاوت نداشته و هم شأن و مساوی همدیگرند، و کوچکترین شان میتواند پیمان و عقد ذمه غیر مسلمانی را انجام دهد، و ایشان بر علیه کسانی که از جماعت شان نباشند، یکدست و یک پارچه اند. هم چنان اضافه باید نمود که قتل غلام به مانند قتل شخص آزاد حرام و نارواست، پس از این جهت و جوب قصاص در بین آنها لازم می آید.

۱۱۹- زمان اعتبار تساوی در جرم قتل در میان قاتل و مقتول:

تساوی و یا عدم تساوی در زمان وقوع جرم قتل اعتبار دارد، و تغییر وصفی که بعد از وقوع جرم در قاتل یا در مقتول پیدا شود، اعتبار ندارد، یعنی تغییر وصف عبودیت (بردگی) در قاتل یا مقتول یا در مورد هردوی شان که بعد از وقوع جرم به میان می آید، معتبر نیست.

در کتاب المغنی از ابن قدامه آمده است: «هرگاه غلامی، غلام دیگری را کشت، سپس قاتل آزاد گردید، به قصاص قتل آن غلام کشته میشود، و نیز اگر یک غلام، غلام دیگری را مجروح کرد، سپس قاتل آزاد ساخته شد، و غلام مجروح مرد، به قصاص او کشته میشود، زیرا قصاصی که بالای غلام جانی واجب گردیده است، به جهت عتقی که بعد از آن به وقوع پیوسته است، ساقط نمیگردد، و از طرف دیگر تساوی در حالت وجود

جنایت، موجود بوده که عبارت از سبب وجود قصاص است، پس به همان تساوی اکتفاء به عمل می آید.¹

۱۲۰- سوم- شرط مساوات در مذکر بودن یا مؤنث بودن: 2

برای وجوب قصاص در قتل مساوات در مرد بودن میان قاتل و مقتول شرط نیست، پس مرد به قصاص قتل زن کشته می شود و بالعکس زن هم به قصاص قتل مرد کشته می شود، و این قول عامه اهل علم است، که از جمله ایشان: نخعی، شعبی، زهری، عمر بن عبدالعزیز، مالک، فقهای مدینه، شافعی، احمد، اسحاق، علمای حنفی و غیرهم هستند. ابن منذر حکایت از اجماع (امت) بر این مسأله دارد، جز روایتی که از حضرت علی (رض) آورده اند که گفته است: «مرد به قصاص قتل زن کشته میشود و به اولیای مرد نصف دیت وی پرداخته می شود»، و این قول را از حسن و عطاء نیز حکایت کرده اند، و از آن دو قولی را هم نقل کرده اند که مثل قول جمهور علماء است- شاید کسانی که این قول را گرفته اند، به قول علی (رض) استناد می کنند، و با توجه به این است که دیت زن نصف دیت مرد است، پس هرگاه مرد به قصاص زن کشته شود، چیزی از خون بهای او باقی می ماند (نصف دیت) که ورثه مرد مقتول مستحق آن میگردند. زن به قصاص قتل مرد کشته می شود، و در این امر هیچگونه اختلافی در میان فقهاء وجود ندارد.

۱۲۱- دیدگاه مذهب زیدیه در مورد قتل مرد به قصاص قتل زن: 3

در نزد زیدیه مرد به قصاص قتل زن کشته می شود مشروط بر اینکه ورثه آن نصف دیت مرد را به ورثه مرد مقتول بپردازند، و زن به قصاص قتل مرد کشته میشود و مزید بر این چیز دیگری نیست.

در کتاب التاج المذهب در فقه زیدیه آمده است: «و زن بجرم قتل مرد قصاص میگردد و مزید بر این چیزی دیگری نیست، تا آنکه دو تاوان بر او لازم نیاید، یکی تاوان مالی و دومی تاوان جانی، اما در عکس آن، هرگاه مرد زنی را کشت مرد به قصاص زن

¹ - المغنی ج ۷ ص ۶۶۱

² - المغنی ج ۷ ص ۶۷۹، بدایه المجتهد ج ۲ ص ۳۳۵

³ - التاج المذهب ج ۴ ص ۲۶۶

کشته می شود، و ورثه مرد نصف دیت او را از ورثه زن میگیرند، البته بر حساب تعداد شان و از اموال شان باید بپردازند، نه از مال زن. در پرداخت آن بین زن و مرد فرق و تفاوتی نیست بلکه این مال بطور مساویانه بر ایشان لازم میگردد، و به آنان اجازه قصاص داده نمیشود مگر بعد از آنکه نصف دیت را بپردازند، ورثه زن بین این دو کار اختیار دارند: یا مرد قاتل را به قصاص قتل زن بکشند و نصف دیت وی را به ورثه اش بپردازند، یا قاتل را از قصاص عفو نمایند، و دیت زن را از او بگیرند، این حکم یعنی پرداخت نصف دیت به ورثه مرد قاتل که به قصاص قتل زن کشته می شود، مخصوص به اشخاص آزاد است، و اما در مورد غلام ها و بردگان حکم چنین است که برده مرد به قصاص برده زن کشته میشود، و برده زن در برابر برده مرد و در برابر قتل زن آزاد کشته می شود، و مزید بر آن دیگر چیزی لازم نمیگردد.»

۱۲۲- قول راجح در مورد قتل مرد در برابر زن:

قول راجح و برتر قول عامه علماء است، پس مرد قصاصاً در برابر زن کشته میشود به همان گونه که زن به قصاص مرد کشته میشود، بدون آنکه ورثه مجنی علیها چیزی به ورثه مرد قاتل بدهند، مردی که از او قصاص گرفته می شود، و در این مورد ادله زیادی وجود دارد که از آن جمله است:¹

اولاً- عمومیت حکم در مورد قصاص کشته گان است بدون فرق در میان مرد و زن و بدون الزام ورثه زن به دادن چیزی از مال در صورتیکه مرد قاتل به قصاص کشته شود.

دوم- به ثبوت رسیده است که پیامبر (ص) مرد یهودی را به قصاص قتل دختری از انصار امر قصاص فرمود، بدون آنکه ورثه وی را ملزم به دادن چیزی از مال به ورثه مرد یهودی کرده باشد، و این حدیث را بخاری و مسلم و دیگران روایت کرده اند و ما قبلاً آن را ذکر کردیم.²

سوم- ابوبکر بن محمد بن عمرو بن حزم از پدر خود از جد خود روایت کرده است که رسول اکرم (ص) فرمان نامه به اهل یمن نوشت که در آن فریض و سنت ها بود و اینکه مرد به قصاص زن کشته می شود و آن فرمان نامه مشهوری است که نزد اهل علم به

¹ - المغنی ج ۷ ص ۶۷۹، نیل الاوطار للشوکانی ج ۷ ص ۲۱

² - فقره ۵۶

قبول تلقی شده است چنانکه ابن قدامه حنبلی در کتاب المغنی گفته است، و ابن عبدالبر گفته است:

«این فرمان نامه بی است مشهور و در نزد اهل علم و سیرت نویسان معروف است و این شهرت و قبول آن را از اسناد بی نیاز ساخته است، و بیشتر به متواتر شباهت دارد، بجهت آنکه مردم آن را پذیرفته اند و به آن آشنایی دارند.»

چهارم- مرد و زن دو شخص هستند که هر یکی به سبب قذف کردن دیگری حد زده می شود، پس هر یکی در برابر دیگری قصاص می گردد، مانند دو مرد، و با قصاص هیچ چیز دیگری لازم نیست، زیرا این قصاصی است واجب، پس با وجود آن هیچ چیزی بر مقتض له (کسیکه قصاص به نفع او صورت میگیرد) واجب نمیگردد.

پنجم- تفاوت دیت زن از دیت مرد، در قصاص به آن اعتبار داده نمیشود بدلیل آنکه یک جماعت (چند نفر) به قصاص قتل یکنفر کشته می شوند با آنکه دیت های افراد جماعت بیشتر از دیت یکنفر مقتول است، و نصرانی در برابر قتل مجوسی کشته می شود، با وجود آنکه دیت آنها متفاوت است، و غلام در برابر غلام قصاص میشود با وجود آنکه قیمت شان یکی نیست.

ششم- حکمت تشریح قصاص عبارت از حفظ حیات است، این حکمت مساوات زن و مرد را در قصاص اقتضاء میکند، پس آنچه را که بر مرد اگر مردی را بقتل برساند، لازم میگردد همان چیز بر او لازم میگردد در صورتیکه زنی را بقتل برساند، و مکلف و ملزم ساختن ورثه زن به دادن نصف دیت مرد قاتل به ورثه وی قبل از اجرای قصاص گاهی به علت عدم قدرت شان به پرداخت آن مانع طلب قصاص میگردد، و به کمترین سببی باعث قتل زنان می شود، و حکمت قصاص که عبارت است از حفظ حیات قاتل و مقتول فوت میگردد.

۱۲۳- چهارم- قتل جماعت (چند نفر) به قصاص قتل یک نفر:

مساوات قاتل و مقتول در کثرت و قلت یا به عدد شرط نیست، بلکه یکنفر به یکنفر، یک جماعت به قصاص قتل یکنفر، و یکنفر به قصاص قتل یک جماعت کشته می شوند، در بدایه المجتهد آمده است: «اما قتل چند نفر (جماعت) به قصاص قتل یک نفر (که او را دسته جمعی کشته باشند) مسأله است که جمهور فقهای شهرها و سرزمین ها گفته اند: چند نفر به قصاص قتل یکنفر کشته می شوند، از جمله آنهاست: امام مالک، امام

ابوحنیفه، امام شافعی، ثوری، احمد و ابو ثور، برابر است که تعداد جماعت زیاد باشد یا کم.¹

این قول را از صحابه (رض) نیز روایت کرده اند که از آن جمله اند: عمر، علی، مغیره و ابن عباس رضی الله عنهم.

از احمد روایت دیگری است که میگوید: «کشته نمی شوند بلکه بر آن جماعتی که یکنفر را کشته باشند، دیت لازم میگردد، و این قول ابن زبیر، زهری، ابن سرین، داود، ابن منذر و عدۀ دیگری است.»²

در قتلی که جماعت آن را مرتکب شوند، شرط است که تمامی افراد آن عمداً قتل را انجام داده باشند، بر اساس این شرط پرسیده می شوند که فعل هر یکی از آنان طوری باشد که از فعل دیگری فرق شده بتواند و به تنهایی خود در زهوق روح مجنی علیه ذی دخل باشد، تفاوت تعداد جراحات وارده، یا شدت آنها در بین مشترکین جنایت قتل اعتبار ندارد، و بلکه آن گونه جرحی اعتبار دارد که شخص جانی بر مجنی علیه وارد می آورد و در مرگ مجنی علیه ذی دخل میباشد.³

در نزد مذهب زیدیه در این باره تفصیلی است و آنان گفته اند:

«و بدانکه جماعت در برابر واحد کشته می شوند و این در صورتی است که مقتول به فعل همه آنان مرده باشد و این مسأله دارای سه صورت است:

(اول): جنایت هر یکی از آنها به گونه باشد که اگر به تنهای خود هم می بود، عادتاً منجر به قتل می شد.

(دوم): هر یک از جراحات به علت سرایت کشنده باشد، و لابد باید مجنی علیه به اثر مجموع آن جراحات به قتل برسد.

¹ - بدایة المجتهد ج ۲ ص ۳۳۴

² - المغنی ج ۷ ص ۳۳۴

³ - المغنی ج ۷ ص ۶۷۱-۶۷۲، التشریح الجنائی الاسلامی للشهید عبدالقادر عوده ج ۲ ص

(سوم): جراحات وارده بر مجنی علیه با هم برابر باشند، به این گونه که اگر یکی از آنها تنها باشد منجر به قتل نگردد، و بلکه به وسیله انضمام آن به جراحات دیگر باعث قتل شود.¹

در نزد مالکیان نیز این مسأله تفصیلی دارد که خلاصه آن از این قرار است:

برای قتل جماعت در برابر واحد تحقق همکاری همه آنان بر قتل مجنی علیه شرط است، به این صورت که هر یک از آن جماعت قصد قتل او را داشته باشد. ولی شرط نیست که همه آن جماعت مستقیماً بر مجنی علیه به نحوی تعدی نمایند که منجر به قتل او گردد، بلکه همه افراد جماعت بر وجه همکاری مشترکین در قتل پنداشته می شوند، به علت آنکه در میان گروه قاتلان یکی حراست شان را به عهده میگیرد و برای حمایت از آنان به ترصد می پردازد در حالیکه وی آماده مشارکت عملی به قتل مجنی علیه میباشد و اگر ضرورتی بمشارکت او در عمل قتل بوده باشد از قبیل زدن مهلک و مانند آن، او این کار را انجام میدهد، و نیز شرط است که مجنی علیه در نتیجه تعدی آن گروه بر وی فوراً به قتل برسد و فوت کند، اگر در حال نمرود و مدتی زنده ماند و نان میخورد و آب می نوشید، سپس مرد، قصاص بر جماعت واجب نمیگردد، و بلکه ولی مقتول حق قسامه (سوگند خوردن اولیای مقتول به هنگام طلب خون بهاء المنجلد) را دارد، به اینک اگر ولی مقتول اراده آن را داشته باشد که ثابت سازد مجنی علیه عمداً به قتل رسیده است، یکی از جماعت را به حیث متهم انتخاب نماید.

همچنین جهت قتل جماعت در برابر قتل واحد شرط است که افراد جماعت قاتل بالغ و عاقل باشند و هیچ مانعی از موانع قصاص در آنان نباشد.²

۱۲۴- دلیل جمهور علماء در قتل جماعت در برابر واحد:

¹- التاج المذهب فی فقه الزیدیه ج ۴ ص ۲۶۷-۲۶۸

²- شرح منح الجلیل علی مختصر الخلیل للشیخ محمد عیش ج ۴ ص ۳۵۶.

+ این قسامه نوعی از قسامت در مذهب مالکیان است که اولیای مقتول برای اثبات قصاص بر مدعی علیه سوگند یاد می کنند: «بالله الذی لا اله الا هو ان القتیل مامات الا من ضربه او جرحه» (مترجم)

دلیل جمهور علماء در مورد قتل جماعت در برابر قتل واحد اجماع صحابه رضی الله عنهم است:

عمر (رض) هفت نفر از اهل صنعاء را که یک نفر را کشته بودند، کشت یا دستور به قتل آنان داد، و فرمود: «لو تمالأ علیه اهل صنعاء لقتلتهم جميعاً» ترجمه: اگر همه اهل صنعاء در قتل این یک نفر مقتول اشتراک و همکاری میکردند هر آینه همه آنان را قصاص میفرمودم.

از علی (رض) روایت کرده اند که آن حضرت سه نفری را که یک تن را کشته بودند، قصاص کرد.

از ابن عباس (رض) روایت شده است که ایشان نیز جماعتی را به قتل یک نفر که او را کشته بودند، قصاص فرمودند. این در حالی است که در عصر ایشان (یعنی عصر صحابه) کسی با آنان مخالفت نکرده است، لذا این اجماع پنداشته میشود. از طرف دیگر قصاص مجازاتی است که بر یک نفر در برابر قتل یک نفر واجب میگردد، پس بر یک جماعت در برابر قتل یک نفر مانند حد قذف نیز واجب میگردد.

هم چنان ممکن است جماعت را به مانند یک نفری که قتل را مرتکب شده است، قرار داد و به این اعتبار جماعت به تمام افراد خود قصاص می شود.

قصاص در این مسأله با دیت فرق دارد، چون اگر دیت بر آنان یعنی بر جماعت واجب گردد بر آنان تقسیم می شود، زیرا دیت جدا سازی را می پذیرد، در حالیکه قصاص تجزیه پذیر نیست، پس در دیت ممکن است هر واحدی از افراد جماعت قسمتی از آن را متحمل شوند، حال آنکه در قصاص این امکان وجود ندارد.

گذشته از این اسقاط قصاص از جماعت در قتل واحد، به جنایتکاران جرأت می دهد تا به صورت دسته جمعی به قتل افراد بی گناه مبادرت نمایند. زمانی بدانند که قصاص نمی شوند به شکل گروهی به قتل شخص بی گناهی اتفاق می کنند، و در این امر نابودی حکمت تشریح قصاص در قتل و نابودی آنچه که از منع و زجر و حفظ حیات مردم در قصاص وجود دارد، میباشد.

۱۲۵ - دلیل کسیکه قایل به عدم قصاص جماعت به قتل واحد است:

کسانیکه قایل به این هستند که جماعت در برابر قتل واحد کشته نمیشوند چنین استدلال کرده اند که قصاص متکی به مماثلت است، و در میان جماعت و واحد مماثلتی

وجود ندارد، پس قصاص جایز نیست، زیرا آیه کریمه: « وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ » (المائده: ۴۵) ترجمه: و بر آنها (= بنی اسرائیل) در آن کتاب (=تورات) مقرر داشتیم که جان در مقابل جان... است؛ دلالت میکند بر اینکه قصاص از یک تن در برابر جنایتی که به ازهاق روح یک تن انسان مرتکب گردیده است، گرفته می شود، پس در قتل از یک نفر قصاص گرفته می شود نه از یک جماعت به تمامی افراد آن.

۱۲۶- قول راجح:

قول راجح و برتر قول جمهور فقهاء است، به جهت استدلالی که کرده اند، یا به جهت استدلالی که برای توجیه نظریه شان صورت گرفته است، و گذشته از این سند قول ایشان در اصل سد ذرایع و بستن رخنه های قتل و فساد، و اجماع سکوتی صحابه (رض) مبنی بر اینکه عمر (رض) امر قتل جماعت به واحد را دادند بدون آنکه احدی به آن مخالفت نماید موجود است.

هرگاه در یکی از افراد جماعت قاتلان مانعی از موانع قصاص وجود داشته باشد مانند اینکه یکی از آنان صغیر یا مجنون باشد، حکم عدم قصاص فقط به خود آن شخص اختصاص می یابد نه به دیگران، و دیگران به قصاص مجازات میگردند بر نحوی که ما آن را از جمهور فقهاء ذکر کردیم.

۱۲۷- قتل واحد به قصاص جماعت:

وقتی که حکم در مورد جماعتی که یک تن را عمداً به قتل میرسانند آن است که جماعت قاتل به تمام افراد آن قصاصاً کشته می شوند، بنابر عدم اشتراط تماثل بین مرتکبین جرم قتل و بین مجنی علیه از جهت عدد، پس هرگاه یک تن جماعتی را به قتل برساند، به قصاص آنها کشته می شود.

هرگاه یک شخص دو شخص و بیشتر از دو شخص را به قتل برساند، و اولیای مقتولین بر قصاص قاتل اتفاق نمایند، قاتل قصاصاً کشته می شود.

اگر اولیای برخی از مقتولین خواستند که قاتل را قصاص کنند، و اولیای برخی از مقتولین دیگر خواستند که (دیت) بگیرند، مطالبه هردو گروه پذیرفته میشود، و قاتل به اساس مطالبه کسانی که قصاص او را میخواهند، قصاصاً کشته می شوند، و به اولیای مقتولین دیگر از مال قاتل دیت پرداخته می شود، زیرا او قاتل قتل عمد است، در صورتیکه اولیای مقتولین از او مطالبه دیت را بنمایند، پس دیت از مال او واجب میگردد.

آنچه را که گفتیم بر قاتل واجب می شود، برابر است که جماعت مقتولین را عمداً به یک دفعه کشته باشد یا آنان را بر سبیل تعاقب به قتل رسانده باشد.

این به تمامی خود مذهب حنبلیان است، و امام ابوحنیفه و مالک گفته اند: «قاتل جماعت به قتل آنان قصاصاً کشته می شود، و غیر از این اولیای مقتولین حق دیگری ندارند.¹» و مذهب زیدیه نیز همین است، و آنان گفته اند: «بدانکه بر قاتل جماعت به جز

¹ - المغنی ج ۷ ص ۶۹۹-۷۰۰

² - شرح الزهار لابن مفتاح فی فقه الزیدیه ج ۴ ص ۳۹۴

لیکنه: قضاوتمل عنایت الله حافظ

د اسلامي شریعت موخې (مقاصد)

4

فهرست:

- 67..... پنځم مبحث: د اسلامي تشریح مقاصدو ته د مشهورو اصولینو پاملرنه.
- 69..... دویم: د اسلامي تشریح مقاصدو ته د امام رازي پاملرنه.
- 70..... دریم: د اسلامي تشریح مقاصدو ته د امام آمدی پاملرنه.
- 72..... څلورم: د اسلامي تشریح مقاصدو ته د امام العز بن عبدالسلام پاملرنه.
- 73..... پنځم: د اسلامي تشریح مقاصدو ته د امام قرافي پاملرنه.
- 74..... شپږم: د اسلامي تشریح مقاصدو ته د امام ابن تیمیة پاملرنه.
- 75..... اووم: د اسلامي تشریح مقاصدو ته د امام ابن قیم الجوزیة پاملرنه.
- 77..... اتم: د اسلامي تشریح مقاصدو ته د امام شاطبي پاملرنه.

پنځم مبحث: د اسلامي تشريع مقاصدو ته د مشهورو اصولينو پاملرنه

لومړی: د اسلامي تشريع مقاصدو ته د حرمينو امام الجويني پاملرنه
د امام شافعي رحمه الله څخه وروسته د مقاصدو د علم دويم بنسټگر امام جويني گڼل کېږي، چې دا خبره دده کتاب (البرهان) څخه د لاندې څو ټکو په راخپستلو سره ښه جوتهږي:¹

۱- امام جويني وايي، د اسلامي شريعت اصول د تعليل او نه تعليل، همدارنگه چې پر کومو قياس کېدلې او پر کومو نشي کېدلای پر پنځه ډوله دي:

الف: هغه اصل چې مانا يې معقوله وي، چې ددې اصل همدغه مانا يوې اړينې چارې (ضرورياتو) ته ځان رسوي، د نمونې په توگه قصاص د وينې او نفس ساتنې په موخه واجب گرځول شوی، ترڅو خلک زجر وگوري او تېری پرې ونکړي.

ب: هغه چې عامه اړتياوو (حاجياتو) سره تړاو لري او د ضرورياتو تر بريده نه رسېږي، د نمونې په توگه اجاره د خلکو د اړتياوو بشپړولو له کبله روا شوې، ځکه څوک چې د ځمکې د ملکیت ترلاسه کولو وړتيا نلري کولای شي منافع يې اجاره واخلي او خپله چاره پرې روانه کړي.

چې دغه دويم ډول د اول ډول څخه په دويمه کټگورۍ کې راځي چې دعامة اړتياوو (حاجياتو) څخه شمېرل کېږي، ولې د اول ډول تر بريده چې د ضرورياتو برید دی نه رسېږي.

ج: هغه چې ضرورياتو او عامه اړتياوو (حاجياتو) سره تړاو نلري بلکې د کرامت يو ډول راز پکې نغښتی وي، د نمونې په توگه اودس او د جنابت څخه غسل کول، د شرعي امر پرځای کولو سربېره د مکروبوونو مخه نیسي او د انساني کرامت ساتنه کوي.

د: هغه چې د ضرورياتو او حاجياتو تر بريده نه رسېږي، خو د مقاصدو لاسته راوړنه پکې مستحب وي.

¹ وگوره! البرهان في اصول الفقه، امام عبدالملک بن عبدالله أبو المعالي الجويني، دار الوفاء،

مصر، ط ۱، ۱۴۱۸هـ، ۲/۶۰۲.

هـ: هغه چې هېڅ کومې مانا ته پکې اشاره نه وي شوې، د ضرورياتو او حاجياتو تر بريده هم نه رسېږي او نه پکې کوم د کرامت راز نغښتی وي، چې ددې ډول اصولو تصور خورا کم او نه تر سترگو کېږي.

۲- امام جويني رحمه الله همدارنگه پنځه گوني مشهور مقاصد چې د دين، نفس، عقل، نسل او مال ساتنه ده هم بحث کړي او ويلي يې دي: د اسلامي شريعت د اوامرو، نواهيو او مباحاتو په چوکاټ کې د وينې ساتنه پر قصاس، د ناموس ساتنه پر حدودو او د مالونو ساتنه د لاس پر پرېکولو شوې.¹

۳- د مقاصدو بېژندنه يې په اسلامي شريعت کې بصيرت او رڼا گڼلې، پدې مانا څوک چې پرې نه پوهېږي هغه اصلاً په اسلامي شريعت نه پوهېږي او ويلي يې دي: هر هغه څوک چې د اسلامي شريعت اوامر او نواهي د مقاصدو شتون څخه خالي گڼي هغه اصلاً د اسلامي شريعت تشریح کې بصيرت نلري.²

لکه يو سړی چې ووايي: په لمونځ کې تکبير کول يو اتفاقي امر او هېڅ مقصد نلري، نو دغه شخص خپله پر خپل ځان ددې گواهي ورکوي چې د اسلامي شريعت په مقاصدو نه پوهېږي او نه پدې پوهېږي چې ولې ځينو مکلفينو ته اوامر او ځينو تو نواهي مخامخ دي.³

۴- امام جويني په خپل کتاب (البرهان) کې د مقاصدو اصطلاح ډېره کارولې ده، د نمونې په توگه ويلي يې دي: چې د شاهدانو گواهي ورکولو څخه مقصد بيان او وضاحت د هغې څه دی چې په اړه يې گواهي ورکوي.⁴

۵- امام جويني وايي: مقاصدو ته پاملرنه او اعتبار ورکول د صحابه کرامو او تابعينو هغه مسلک دی، چې موږ ته د اسلامي شريعت مصلحتونه، لارښوونې او ښکلاوې را په گوته کوي.⁵

¹ البرهان في أصول الفقه، ۲/۷۴۷.

² مخکنی مرجع، ۲/۲۰۶.

³ مخکنی مرجع، ۲/۲۲۴.

⁴ مخکنی مرجع، ۲/۵۹۵.

⁵ مخکنی مرجع، ۲/۵۱۸.

هغوي د اسلامي شریعت د اصولو ماناگانې او مصالح پیدا کول او بیا یې په هغو پېښو کې چې نص به پکې شتون نه درلوده پلي کول خو پدې شرط چې د هغوي دغې نظر د بل نص سره ټکر نه درلوده.¹

۶- امام جویني همدارنگه په استقراء باندې هم اعتماد کوي او وايي: چې هېڅ داسې چاره نشته چې هغه دې ددې څخه خالي وي چې شارع دې پرته له غرضه وضع کړې وي، چې پدې باندې د قرآنکریم نصونه گواهي ورکوي، دنمونې په توگه د لمانځه په اړه الله ﷻ فرمایي: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ ۗ...﴾² ژباړه: بېشکه لمونځ له بدلمنۍ او ناوړه چارو څخه منع کوي...³

مالومه شوه چې لږ داسې احکام شتون لري چې د هغې تعلیل او پر هغې قیاس کول ناشوني دي لکه، د لمانځه کولو شکل، د رکعاتونو شمېر او د روژې میاشت او وختونو ټاکل.⁴

دویم: د اسلامي تشریح مقاصدو ته د امام رازي پاملرنه

د امام رازي هڅې د مقاصدو په اړه لدې څخه جوتېږي چې هغه خپل کتاب (المحصول) پداسې توگه لیکلی چې د امام غزالي رحمه الله د کتاب (المستصفی)، د امام الجویني د کتاب (البرهان) او د أبي الحسین بصري د کتاب (المعتمد)، خلاصه او نچور گڼل کېږي، چې څرگند ټکي یې د مقاصدو په اړه داسې پکې راټول کړي:

۱- امام رازي رحمه الله مصالح دوو ډولونو ته ویشلي، لومړی دنیوي مصالح، دویم اخروي مصالح.⁵

دنیوي مصالح یې بیا په درې ډوله ویشلي:

الف: ضروري مصالح: دغه مصالح د پنځه گونو ضروریاتو ساتنې ته شاملېږي چې عبارت دي، د نفس، مال، نسب، دین او عقل ساتنې څخه، توپیر دادی چې امام رازي دین لومړی

¹ مخکنۍ مرجع، ۲/۵۲۷.

² العنکبوت/۴۵.

³ د قرآنکریم ټکي په ټکي او روانه ژباړه، جانباز سرفراز.

⁴ مخکنۍ مرجع، ۲/۶۲۲-۶۲۳.

⁵ مخکنۍ مرجع، ۲/۵۲۷.

ندی ذکر کړی بلکې یوازې له عقل څخه یې منځکې راوړی، نفس، مال او نسب یې پرې وړاندې کړی او د نسل نه یې د نسب په کلمه تعبیر کړی.

ب: حاجي مصالح: چې امام رازي ورته تعريف ندی ذکر کړی، د نمونې په توگه د ولي ولايت د ماشومې لور په ورکړه کې.

ج: تحسیني مصالح: هغه څه دي چې خلک په نیکه رويه، اخلاقو او اسلامي بسکلا پوښي. او کوم چې اخروي مصالح دي لکه د نفس تزکیه او د اخلاقو تهذيب هغه څه دي چې گټه یې د هغې دنیا نیکمرغي ده.

۲- امام رازي رحمه الله د اسلامي شريعت عام مقصد ذکر کړي چې هغه د مصلحتونو جلبول او د ضررونو ليرې کول دي.¹

۳- امام رازي رحمه الله همداراز د قیاسونو ترمنځ د ترجیح ډگر کې د مناسبتونو په برخه کې مقاصد داخل کړي، چې څرنګه او د کوم مناسبت او مقصد له موخې یو قیاس ته پرېل باندې لومړیتوب ورکړو.²

۴- امام رازي مناسبت دارنګه تعريف کړی: مناسبت هغه څه دی چې انسان پدې برلاسی کوي چې څرنګه گټه ترلاسه او له ضرر څخه ځان وساتي، چې دا د هغه چا تعريف دی چې شرعي احکام تعلیل کوي په حکمتونو او مصلحتونو سره، پدې مانا چې د گټو لاسته راوړل او ضررونه ليرې کول خپله د اسلامي شريعت مقاصد دي.³

دریم: د اسلامي تشریح مقاصدو ته د امام آمدي پاملرنه

امام آمدي هم د امام رازي په توګه خپل کتاب (الاحکام في أصول الأحکام) تر سرلیک لاندې لیکلی چې دا هم د څلورو اصولي کتابونو هریو: (المستصفی) د امام غزالي، (البرهان) د امام جویني، (المعمد) د امام أبي الحسين البصري او (العهد) د قاضي عبدالجبار، د تالیفونو خلاصه او نچور دی، چې په لاندې توګه یې یو څخه بسکاره نښې بیانوو:

¹ وگوره! المحصول من علم الأصول، ۶/۴۳.

² منځنۍ مرجع، ۵/۵۹۵.

³ منځنۍ مرجع، ۵/۲۱۸.

۱- امام آمدی رحمه الله مقاصد دارنگه تعریف کړي: د شرعي حکم راتگ څخه موخه یا د مصلحتونو لاسته راوړل او یا هم د ضررونو لیرې کول دي چې همدې ته مقاصد ویل کېږي.¹

۲- امام آمدی هم مقاصد اخروي او دنیاوي ته ویشلي، بیا یې مقاصد د پورپیو له پلوه درې ډولونو ته په لاندې توگه ویشلي:

الف: پنځه گوني ضروري مقاصد: چې هېڅ ملت او شریعت لدې مقاصدو څخه خالي نه دی او نه خالي کیدی شي چې هغه د دین، نفس، عقل، نسل او مال ساتنه ده او بیا یې ددې هریو لپاره مثالونه راوړي.

خو هغه د نسل پر ساتنه د عقل ساتنه وړاندې کړې پداسې حال کې چې د مقاصدو ترمنځ د لومړیتوب په برخه کې یې د نسل ساتنه پر عقل وړاندې کړې او ویلي یې دي: د نسب (نسل) ساتنه د عقل څخه ځکه وړاندې ده چې د نسل ساتنه د نفس ساتنې ته راجع کېږي او د هغې ساتنه پر عقل رومي ده، البته ده هم د نسل پر ځای د نسب کلمه کارولې ده.²

ب: حاجي مقاصد

ج: تحسیني او تزیني مقاصد

او ددې هریو د وضاحت او بیان لپاره یې د مثالونو سربېره د هریو بشپړولو په موخه یې ورته بشپړونکي او تماموونکي راوړي.³

۳- امام آمدی رحمه الله د مقاصدو د ترجیح برخه کې دا هم ویلي چې ضروري مقاصد په حاجي مقاصدو او حاجي پر تحسیني مقاصدو رومي دي، لکه څرنګه چې اصلي مقاصد په بشپړوونکو رومي دي، همدا راز د ضروري مقاصدو بشپړونکي د حاجي مقاصدو پر بشپړوونکو باندې رومي دي.⁴

۴- د امام آمدی له انده اصلي مقصد خپله د دین ساتنه ده، نور مقاصد لکه د نفس، عقل او مال ساتنه دا مجرد مقاصد او د دین ساتنې تابع دي.

¹ الاحکام في أصول الأحكام، ۳ / ۳۳۹.

² الاحکام في أصول الأحكام، ۴ / ۳۴۰.

³ الاحکام في أصول الأحكام، ۳ / ۳۴۳.

⁴ الاحکام في أصول الأحكام، ۳ / ۳۳۷.

هغه وايي: خپله د دين ساتنه ددې پر پرتله غوره ده چې موږ يې ميوې ته وگورو چې پدې سره تل پاتې نيكمرغي لاسته راځي يا پدې سره د نفس، عقل، مال او داسې نورو ساتنه كېږي، ځكه دا شيان ددين له كبله مقصود گڼل شوي.¹

۵- همدا راز د امام آمدي له انده د نسب، مال او عقل د ساتنې مقاصد د نفس د ساتنې تابع، د عقل او مال ساتنه د نسل ساتنې تابع او مال د عقل ساتنې تابع دی.²

څلورم: د اسلامي تشريع مقاصدو ته د امام العز بن عبدالسلام پاملرنه

امام العز بن عبدالسلام د مقاصدو په ډگر كې د مصلحتونو د ډولونو او پړاوونو څخه په خپل كتاب(قواعد الأحكام في مصالح الأنام) كې هر اړخيز بحث كړی، چې ځينې ټكي يې په لاندې توگه بيانوو:

۱- امام العز بن عبدالسلام مصلحو ته ډيری نوي تقسيمات اضافه كړي، هغه وايي: مصلح او مفسد، با ارزښته او بي ارزښته، سترو او كوچنيو، ډېرو او لږو، څرگندو او ناڅرگندو ته، آخروي مصلح نيسه او نغدو ته، دنيوي مصلح بيا پېښېدونكو، اختلافي او اتفاقي ته ويشل كېږي.³

بل ځای بيا وايي: مصلح په څلور ډوله دي، خوندونه او د هغې لاملونه، خوشالي او د هغې لاملونه، مفسد هم په څلور ډوله دي، دردونه او د هغې لاملونه، غمونه او د هغې لاملونه، چې دواړه مصلح او مفسد بيا دنيوي او اخروي ته ويشل كېږي.⁴

۲- هغه وايي: شرعي احكام هم دوو ډولونو ته ويشل كېږي، يو هغه چې د هغې حكمت او مانا د درك وړ او بل هغه چې ددې برعكس او تعبيدي احكام دي.⁵

۳- امام العز بن عبدالسلام رحمه الله د مصلحو او مفسدو ترمنځ د غوره والي ټاكلو لپاره داسې تله رامنځته كړې، چې كله مصلح او مفسد دواړه سره يوځای په يوه چاره كې گډ شي، نو كه شونې وه چې مصلح ترلاسه او مفسد لرې كړو، دا چاره بهتره ده ځكه الله ﷻ

¹ الاحكام في أصول الأحكام، ۳/ ۳۳۸.

² مخكني مرجع، ۴/ ۳۴۰.

³ قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ۱/ ۷۹.

⁴ مخكني مرجع، ۱/ ۱۵.

⁵ مخكني مرجع، ۱/ ۲۸.

فرمايي: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾¹ ژباړه: ترڅو چې ستاسې وس وي له الله ﷻ څخه ووېرېږئ.²

او که چېرته مخکنۍ دواړه چارې ترلاسه کول شونې نه وي او فساد له مصلحت څخه ستر وي، دلته فساد ليرې کوو، که پدې حالت کې مصلحت له لاسه ورکړو کوم باک نلري.³ د امام العز بن عبدالسلام رحمه الله د مقاصدو د کرڼلارې په اړه دکتور عمر بن آل عمر وايي: امام العز رحمه الله، اصول د خپلو ژونديو هغو موخو سره تړلي چې ريښتيني ژوندانه کې پېښېدونکي دي، امام اصول فقه کې له نظري ډگر څخه عملي ډگر ته زياته پاملرنه کړې، هغه دا نه مني چې هلته دې کومه فلسفي نظريه شتون ولري، همدا لامل دی چې موږ گورو، امام په خپل ياد کتاب کې ټول قواعد له نظري جمود څخه راويستلي او عملي فقهي ډگر ته يې نويستي دي.⁴

پنځم: د اسلامي تشريع مقاصدو ته د امام قرافي پاملرنه

امام قرافي د امام العز بن عبدالسلام رحمه الله شاگرد دی، چې هغه هم د مقاصدو په اړه د پوره پاملرنې څخه کار اخېستی او ددغې پاملرنې څرگند ټکي يې په لاندې توگه دي:

۱- هغه خپل کتاب (الفروق) دوو ډولونو ته ويشلی:

الف: اصول فقه، هغه پدې برخه کې د شرعي احکامو هغه قواعد تر بحث لاندې نيولي چې د عربي الفاظو پر بنسټ ولاړ وي.

ب: هغه فقهي کلي قواعد چې څرگند او د اسلامي شريعت په اسرارو او حکمتونو مالامال او د هرې قاعدې لپاره په اسلامي شريعت کې يې شماره فروع شتون لري.⁵

۲- امام قرافي د مقاصدو د هرې قاعدې او وسايلو څخه بحث کړی، ځکه مقاصد، مصالحو او مفاسدو دواړو ته شاملېږي او وسايل يې هغه لارې دي چې موږ ورته رسوي او

¹ التغبين، ۱۶/.

² د قرآنکريم ټکي په ټکي او روانه ژباړه، جانباز سرفراز.

³ قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ۱/۱۳۶.

⁴ المقاصد عند الامام العز بن عبدالسلام، ۵۲۶.

⁵ الفروق، القواعد السننية في الأسرار الفقهية، شهاب الدين القرافي، مكتبة المصرية، بيروت،

۲۰۰۳م، ۵/۱.

حکم يې هغه څه دي چې د حراموالي او حلالوالي چاره په لاس راكوي، نو ښكاره ده چې د غوره مقاصدو وسيلي غوره، د بدو مقاصدو بدې او د منځني مقاصدو، منځني دي.¹

۳- امام د سد الذرائع په قواعدو او د هغې په ډولونو زيات تركيز كړی، چې دغه قواعد، مقاصدو سره كلك تړاو لري.²

شپږم: د اسلامي تشريع مقاصدو ته د امام ابن تيمية پاملرنه

دكتور يوسف أحمد البدوي په خپله يوه ارزښتناکه ليکنه (مقاصد الشريعة عند ابن تيمية) کې وايي: که امام شاطبي د مقاصدو د علماوو شيخ او استاد دی، د تاليف او نظريې له پلوه، خو د تطبيق له پلوه د دوي شيخ أبو العباس ابن تيمية گڼل کېږي.³

چې مقاصدو ته د امام ابن تيمية پاملرنه له لاندې شو ټکو څخه ښه جوتېږي:

۱- امام ابن تيمية وايي: شريعت د مصالحو لاسته راوړلو او بشپړولو، د مفاسدو د ليرې كولو او لږولو په موخه راغلي او همدغه شريعت له دوو غورو چارو څخه ډېرې غوره چارې او د دوو بدو چارو څخه ډېرې بدې چارې ته لومړيتوب وركوي او وايي چې ستر مصحلت لاسته راوړئ باك نشته كه كوچنی مو له لاسه ووځي، همدا راز وايي: ستره بدې او شر ليرې كړی باك نشته كه كوچنی بدې مو وزغمله.⁴

۲- ابن تيمية د پنځه گونو ضرورياتو وړها خوا د اسلامي تشريع نور مقاصد⁵ هم په لاندې توگه بيانوي:

الف: د مشرکينو سره د مخالفت او نه يوشان والي مقصد.

ب: د يووالي او نه اختلاف مقصد.

ج: د عدل او نه تېري مقصد.

د: د بنده د نفسي غوښتنو سره د مخالفت مقصد، ترڅو بنده لکه څرنګه چې په زوره د الله بنده دی، په خپله خوښه هم د رب بشپړ بنده جوړ شي.

¹ مخکنی مرجع، ۲/۳۸-۳۹.

² مخکنی مرجع، ۲/۳۸-۳۹ او وروسته پاڼې.

³ المقاصد عند ابن تيمية، ۹۵.

⁴ مجموع الفتاوى، ۴۸/۲۰.

⁵ وگوره! مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، ۲۶۵.

هـ: د حرج د ليرې كولو او آسانتيا مقصد.

۳- امام ابن تيمية پرته لدې چې د مصالحو نورو ډولونو ته دې اشاره وكړي، اصوليين يې پدې خبره سره راگرځولي چې مقاصد يوازې په پنځه گونو ضرورياتو كې منحصر دي، هغه وايي: هغه ټبر چې په مناسبو صفتونو سره شرعي احكام تعليلوي او په اصول فقه كې ژور ليد لوري لري، همدغه چاره بندگانو ته د منافعو (گټو) په وركړه او د ضررونو څخه د هغوي په ليرېوالي مشتمله او په همدې كې نفسي سياست او د اخلاقو تهذيب نغښتي، همدا شان دوي وايي د كومو مقاصدو ساتنه چې دنيوي چارو پورې اړه لري هغه دنيوي مصالح او د كومو مقاصدو ساتنه چې اخروي چارو پورې اړه لري هغه اخروي مصالح گڼل كېږي، چې الله ﷻ دغه چارو ته په اوامرو او نواهيو سره تحقق وركوي.¹

۴- هغه څه چې امام ابن تيمية ته يې د مقاصدو ډگر كې ځانگړنه وړ په برخه كړې هغه داده چې ده، ذرائع د قصد په اعتبار سره مفسدې او نورو ته ويشلې دي، چې د فقهي حيلو او احكامو برخه كې يې پرې مفصل بحث كړي.²

۵- امام ابن تيمية همدا راز د ولاياتو برخه كې د حسبي، قضاء او خلافت له ولايتونو څخه بحث كړي، هغه وايي: په اسلامي شريعت كې ددې ولايتونو مقصد دادی چې دين ټول الله ﷻ لره دی او د الله ﷻ كلمه ترټولو اوچته كلمه ده، چې دهمدې موخې لپاره يې مخلوقات پيداكړي، كتابونه يې نازل كړي، استازي يې رالېږلي او ددې لپاره استازو او مومنانو نه سترې كېدونكې مبارزه كړي.³

اووم: د اسلامي تشريع مقاصدو ته د امام ابن القيم الجوزية پاملرنه

ابن القيم د امام ابن تيمية رحمه الله داسې شاگرد دی چې له هغه وروسته يې د علم بيرغ اوچت ساتلی، چې دده ونډه او وړتيا د مقاصدو په علم كې د لاندې ټكو څخه په ښه توگه جوتېږي:

۱- ابن القيم الجوزية د شارع د مقاصدو په اثبات كې زيات كوښښ كړي، چې پدې لړ كې يې د احكامو پر تعليل سربيره په هغو لارو هم بحث كړي چې تعليل ته مو رسوي،

¹ مجموع الفتاوى، ۲۳۴/۳۲.

² وكوره! المدخل الى علم مقاصد الشريعة، د: عبدالقادر بن حرز الله، ۶۱.

³ مجموع الفتاوى، ۶۱/۲۸.

همداډول يې په خپلو درې گونو کتابونو (اعلام الموقعين، شفاء العليل او مفتاح السعادة) کې په هغو خلکو رد کړې، چې د احکامو تعلق له څخه منکر دي.

۲- ابن القيم رحمه الله په خپلو درې گونو کتابونو (شفاء العليل، مفتاح دار السعادة او زاد المعاد) کې، ډېری د احکامو په حکمتونو او موخو ژور بحث کړې.

۳- هغه څه چې ابن القيم ته يې د مقاصدو په علم کې ځانگړنه وړ په برخه کړې هغه داده چې ده د ذرائعو او حيلو د جواز او نه جواز ډگر کې د دوو قاعدو (مصلحت او فساد) پر بنسټ مسايل دقيق څېړلي، چې په هر حکم کې يې د هغې مقاصدو او وسايلو ته ژوره پاملرنه کړې.¹

هغه همدا شان سد الذرائع د تکليف د څلور گونو ستونو څخه يوه ستنه گڼلې ځکه دا هم امر او نهې ته شاملېږي، هغه وايي: امر په دوه ډوله دی، يوه هغه چې خپله مقصود وي بل هغه چې مقصود ته وسيله وي، همدا راز نهې هم دوه ډوله ده، يوه هغه چې خپله منهي عنه (منعه کړای شوی) مفسده وي، بل هغه چې وسيله وي مفسدې ته، نو په همدې بنسټ مالومه شوه چې سد الذرائع د دين د ستونو څلورمه برخه ده.²

خو چېلې يې بيا په دوه برخو سره ويشلې دي، يوه هغه چېلې چې ددې کبله حرامې دي چې دشارع قصد سره تناقض (ټکر) لري، بل جايزې چېلې، هغه جايزې چېلې (۱۱۶) ته رسولي چې بيا يې دغه چېلې د هغو د مراتبو په نظر کې نيولو سره ويشلي او د مثالونو سره يې روښانه کړې.³

۴- همدارنگه ابن القيم د مکلفينو قصد او انگيزو ته بشپړه پاملرنه کړې، هغه وايي: د اسلامي شريعت ستره قاعده چې بايد له نظره و نه غورځول شي، داده چې مقاصد او عقايد په معاملاتو او عباداتو دواړو کې معتبر دي، لکه څرنگه چې الله ﷻ ته په نېرډېوالي کې معتبر او د ارزښت وړ دي، نو همدا قصد، نيت او عقیده ده چې شيان حلال يا حرام، صحيح يا فاسد گرځوي.⁴

¹ وگوره! محاضرات في مقاصد الشريعة، د: عبدالسلام الشريف العالم، ۱۲.

² اعلاء الموقعين، ۶۶/۵.

³ مخکنی مرجع، ۶۷/۵ —

⁴ وگوره! اعلاء الموقعين، ۳۹۹/۴-۵۰۰.

اتم: د اسلامي تشريع مقاصدو ته د امام شاطبي پاملرنه

امام شاطبي رحمه الله د ټولو په اتفاق سره د مقاصدو د علماوو شيخ او استاد گڼل کېږي، هغه د خپل کتاب (الموافقات) يوه ستره برخه مقاصدو ته ځانگړې کړې، چې هغې کې يې د مقاصدو د علم غوټې او ستونزې هوارې، مجملات يې مفصل بيان او د هغې قواعد او مسايل يې په بشپړه توگه شرحه او روښانه کړي او د مقاصدو علم ته يې هغه څه ور اضافه کړي، چې ټولو وروستيو ترې گټه پورته کړې، چې دده رحمه الله زيار گالل له لاندې ټکو څخه ښه جوتهږي:

۱- امام شاطبي رحمه الله مقاصد لاندې دوو ډولونو ته ويشلي:¹

الف: هغه مقاصد چې د شارع قصد سره تړاو لري.

ب: هغه مقاصد چې د مکلف قصد سره تړاو لري.

لومړی ډول يې بيا څلورو ډولونو ته ويشلي:

الف: د شريعت په وضع کې د شارع لومړنی قصد.

ب: د پوهاوي په موخه د شريعت په وضع کې د شارع قصد.

ج: د تکليفو په غوښتنه د تگ کولو لپاره د شريعت په وضع کې د شارع قصد.

د: د مکلف باندې د حکم منلو په موخه د شريعت په وضع کې د شارع قصد.

۲- هغه د مکلفينو مقاصدو ته ځانگړې پاملرنه کړې او دا يې اړينه گڼلې چې د مکلفينو مقاصد بايد د شارع مقاصدو سره برابر وي.²

۳- هغه د مقاصدو د کشف لارې چارې په لاندې توگه بيان کړي:³

الف: لومړنی صريح امر او نهې.

ب: د امر او نهې لاملونه معتبر گڼل.

ج: د اصلي مقاصدو د پېژندلو له لارې، د تبعي مقاصدو پېژندلو ته رسېدل.

د: د شارع سکوت د وضع کولو د سببیت څخه پداسې توگه چې مقتضى له (غوښتل شوي) مانا يې لا هم پخپل ځای وي.

¹ وگوره! الموافقات، ۷/۲-۸.

² مخکنی مرجع، ۷/۳-....

³ مخکنی مرجع، ۱۳۴/۳-....

۴- امام شاطبي د اجتهاد د ټولو شرطونو سربېره د مقاصدو په علم پوهه هم د اجتهاد لپاره شرط گڼلې، هغه وايي په اجتهاد کې د خطا د لاملونو څخه يو يې د اسلامي شريعت د مقاصدو علم څخه نا خبري ده.¹

۵- هغه د خپل کتاب(الموافقات) ټول اصولي مسايل په ځانگړې توگه د اجتهاد برخه د مقاصدو سره تړلې او هڅه يې کړې چې هره مسئله کې په مقاصدو را وڅرخېږي ترڅو مسايل په مستنده او مستدله توگه روښانه شي.

دکتور حمادي عبيدي هغه مباحث تر بحث لاندې نيولي چې امام شاطبي رحمه د مقاصدو علم ته اضافه کړي او په لاندې شپږ ټکو کې يې منحصر کړي:

الف: مصلحت او د هغې ضوابط.

ب: په کړنو کې د قصد نظريه او د حق ناوړه کارونه.

ج: د احکامو او مقاصدو ترمنځ موخې.

د: مقاصد او عقل.

ه: مقاصد او اجتهاد.

و: د مقاصدو عامې موخې.

امام شاطبي سره لدې چې د مقاصدو په علم کې ډير څه نوي وړاندې کړي، خو بيا هم په ځينو مباحثو کې اوږد ستړی کوونکی بحث کړی، ځينې يې بياځلې راوړي او ځينې نور يې يو له بل سره گډ کړي.

ابن عاشور وايي: امام شاطبي د خپلو ځينو مسايلو د بيان په اوږدوالي او گډوالي کې ورک شوی او د مقاصدو د اړينو برخو څخه تېر شوی، خو ددې هرڅه سره سره مور ته د هغه آثار ډير اړين دي او مور يې له اهميت او ارزښت څخه سترگې نشو پټولای.²

¹ وگوره! الموافقات، ۴۱/۵.

² وگوره! مقاصد الشريعة الاسلامية، ۱۷۴.

تکافل (بیمه اسلامی)

فهرست :

| | |
|---------|---------------------------------------|
| 80..... | چکیده |
| 80..... | مقدمه |
| 81..... | 1. مفهوم و پیشینه تکافل (بیمه اسلامی) |
| 81..... | 1.1. مفهوم عقد بیمه |
| 82..... | 1.2. مفهوم تکافل |
| 84..... | 1.3. پیشینه تکافل |
| 85..... | 2. مبانی نظری و ویژگی های تکافل |
| 85..... | 2.1. مبانی نظری |
| 86..... | 2.2. ویژگی های تکافل |
| 86..... | 3. وجوه افتراق تکافل و بیمه متعارف |
| 87..... | 4. انواع و مدل های تکافل |
| 87..... | الف) انواع تکافل |
| 87..... | ب) مدل های تکافل |
| 88..... | الف) مدل مضاربه |
| 89..... | ب) مدل وکالت |
| 90..... | ج) مدل تلفیقی (وکالت - مضاربه) |
| 90..... | د) مدل وکالت - وقف |
| 91..... | هـ) مدل غیرانتفاعی تکافل |
| 91..... | 5. پتانسیل و چالش های صنعت تکافل |
| 91..... | 5.1. پتانسیل تکافل |
| 92..... | 5.2. چالش های اساسی تکافل |
| 94..... | 6. نحوه فعالیت شرکت تکافل |
| 94..... | نتیجه گیری |

چکیده:

تکافل نظامی است که بر اصل کمک متقابل (تعاون) و همکاری داوطلبانه (تبرع) مبتنی است و در آن، ریسک داوطلبانه و به طور اشتراکی میان مشارکت کنندگان تسهیم می شود. تفاوت بین تکافل با بیمه متعارف، در روش ارزیابی، کنترل ریسک و نیز در چگونگی مدیریت صندوق تکافل است. در عمل شرکت های تکافل به دو دسته تقسیم می شوند: تکافل عمومی و تکافل خانواده، تکافل خانواده یعنی فراهم ساختن مصونیت و امنیت برای افراد و خانواده های آنها در ارتباط با زندگی شان، تکافل خانواده ساز و کار مالی مبتنی بر اصل تعاون است که هدف آن پدیدساختن ایجاد مسئولیت به منظور حمایت از بیوه ها، یتیمان و دیگر وابستگان شخص مشارکت کننده است. به سایر خدمات بیمه اسلامی تکافل عمومی گفته می شود. مدل های وکالت، مضاربه، وکالت - مضاربه، وقف - وکالت، و مدل غیرانتفاعی از مهم ترین مدل های تکافل محسوب می گردند. واژگان کلیدی: تکافل، بیمه، بیمه اسلامی، تکافل عمومی، مدل مضاربه، مدل وکالت، مدل وکالت - مضاربه،

مقدمه

خدمات بیمه ای به شکل متعارف آن ابتدا در اروپا شکل گرفت و سپس از آنجا به دیگر کشورها و از جمله کشورهای اسلامی وارد گردید. با ورود بیمه به کشورهای اسلامی بحث چالش برانگیز تطبیق بیمه با موازین فقهی مطرح شد به خصوص در سال 1972 میلادی شورای فتوای ملی مالیزیا اعلام کرد که بیمه و به خصوص بیمه عمر از نظر مبانی فقهی اهل سنت باطل است.

محققان اسلامی در سالهای گذشته تلاش کردند تا نوع بیمه جدیدی را معرفی کنند که علاوه بر دارا بودن کارکردهای بیمه متعارف از ایرادات شرعی وارد شده به آنها نیز به دور باشد. نتیجه تلاش های محققان اسلامی منتهی به معرفی شکل جدید بیمه مبتنی بر مفهوم تکافل شد.

تکافل در راستای جبران خسارت و مسئولیت های مشترک در میان افراد جامعه می باشد. اطلاعات بیانگر توجه روز افزون کشورهای اسلامی و حتی کشورهای غیراسلامی به تکافل و تکافل اتکایی و روند رو به رشد این صنعت در جهان اسلام و پتانسیل بالقوه این

بازار است. طبق نظر بسیاری از علمای اسلامی، بیمه در اسلام باید بر پایه تعاون و همکاری متقابل باشد و طبق این اصل، نظام بیمه اسلامی، شامل مسئولیت مشترک، غرامت مشترک، منافع مشترک و وحدت می باشد. بر اساس این تفکر بیمه تکافل که به عنوان بیمه اسلامی به سراسر جهان معرفی شده و در اکثر کشورهای اسلامی مورد استفاده قرار می گیرد.

این نوشتار حاوی 6 مبحث می باشد که در مبحث اول به بررسی مفهوم و تعریف عقد بیمه و تکافل، پیشینه تکافل پرداخته شده است. در مبحث دوم، مبانی نظری و ویژگی های تکافل مورد بحث قرار گرفته است. در مبحث سوم، وجوه افتراق و تفاوت های عمده بین تکافل و بیمه متعارف تحریر یافته است. در مبحث چهارم، انواع تکافل از قبیل: تکافل عمومی و تکافل خانواده و مدل های تکافل از قبیل: مدل مضاربه، مدل وکالت، مدل وکالت - مضاربه، مدل وقف - وکالت و مدل غیرانتفاعی تکافل مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. پتانسیل و چالش های صنعت بیمه در مبحث پنجم به بحث گرفته شده است و در مبحث ششم، نحوه فعالیت شرکت تکافل مورد بحث قرار گرفته است.

1. مفهوم و پیشینه تکافل (بیمه اسلامی)

1.1. مفهوم عقد بیمه

در اصطلاح حقوقی بیمه عقدی است که به موجب آن یک طرف تعهد می کند در ازای پرداخت وجه یا وجوهی از طرف دیگر در صورت وقوع یا بروز حادثه، خسارت وارد بر او را جبران نموده یا وجبه معینی بپردازد. متعهد را بیمه گر، طرف تعهد را بیمه گذار، وجهی را که بیمه گذار به بیمه گر می پردازد حق بیمه و آنچه را که بیمه می شود موضوع بیمه نامند.¹

ماده 1644 قانون مدنی افغانستان در تعریف عقد بیمه چنین مقرر نموده است: «(1) بیمه عقدیست که به موجب آن بیمه کننده به تأدیه یک مقدار پول یا عاید مرتب و یا به تعویض مالی دیگر در حالت وقوع حادثه یا خطری که در مقوله تعیین گردیده، به بیمه شونده یا شخصی که بیمه به نفع وی شرط شده، در بدل مبلغی که یکبارگی یا به اقساط می پردازد، تعهد می نماید».

¹ ایرج بابایی، حقوق بیمه، تهران، انتشارات سمت، چ 13، 1394، ص 21.

در تعریف دیگر «بیمه عملی است که به موجب آن شخصی به عنوان بیمه گر در مقابل دریافت عوضی بنام حق بیمه یا وجه اشتراک و به موجب قوانین و تعرفه های خاص جبران تعدادی از حوادث موجب خسارت (از قبیل زلزله، حریق و غیره) را بعهده می گیرد. بطوریکه عوض مزبور در صورت وقوع حادثه و پرداخت آن به بیمه گزار معادل خسارت وارده باشد»¹

1.2. مفهوم تکافل

واژه تکافل² از ریشه فعل کفاله به معنای تضمین کردن، ایمن ساختن یا مسئولیت داشتن در برابر دیگران می باشد. به عبارت دیگر تکافل به مفهوم مسئولیت یا تعهد مشترک براساس توافق دو جانبه است.³

تکافل به عنوان طرحی بر مبنای برادری / اخوت، وحدت و همکاری دو جانبه تعریف می شود، به صورتی که کمکهای مالی و دو جانبه بین اعضا در صورت نیاز هریک از اعضا و توافق سایرین فراهم می نماید. تکافل اسمی است مأخوذ از فعل عربی «کفال» به معنای رسیدگی کردن، برآورده کردن نیاز یک شخص، تکافل به معنای کمکهای متقابل در بین اعضا گروه می باشد. بدین معنی هر عضو از گروه سعی و تلاش می کند تا شخص نیازمند در گروه را حمایت نماید. این عملیات درست مثل بیمه های مشترک می باشد که در سالهای اولیه پیدایش بیمه، نیز استفاده می شد و حتی امروزه نیز بین گروهی از افراد مورد استفاده قرار می گیرد. مفهوم اصلی تکافل پرداخت حق بیمه بر مبنای تبرع می باشد. قصد و نیت برای پرداخت اعانه (پرداخت بصورت هدیه) نوع یا ماهیت قرارداد را عوض می کند، زیرا قرارداد دیگر ماهیت خرید و فروش نداشته بلکه یک نوع قرارداد اعانه یا مشارکت می باشد. از لحاظ شریعت اسلامی، این حالت، الزامات قرارداد را عوض می کند و از این لحاظ قرارداد تکافل جایگزین ماندگاری برای بیمه خواهد بود. تفاوت دیگر

2. جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، چ 23، 1390، ص 122.

².Takaful.

³ . M,Kabir Hassan, Rasem N. Kayed, Umar A. Oseni,(2013) Introduction to Islamic Banking & Finance Principles and Practice, pearson, 1th ed, p.293.

تکافل با سایر قراردادهای این است که درآمد حاصل از سرمایه گذاری عملیات تکافل طبق شریعت اسلام مصرف می شود.

بیمه اسلامی تکافل را می توان چنین تعریف نمود: «یک قرارداد جمعی بیمه است که اعانه دهندگان آن متعهد می گردند تا یک مقدار معین پول را به عنوان هدیه، زمانی که واقعاً ریسک بوقوع می پیوندد؛ براساس همکاری و تکافل به حیث غرامت به قربانیان پرداخت می نماید.¹ در تعریف دیگر، تکافل به سیستم متناوب بیمه گفته می شود که اعضا منابع مالی خویش را بر مبنای اصول تعاون و تبرع به منظور تقسیم ریسک دو جانبه بطور مشترک سرمایه گذاری می کنند.²

تکافل نظامی است که بر اصل کمک متقابل (تعاون) و همکاری داوطلبانه (تبرع) مبتنی است و در آن، ریسک داوطلبانه و به طور اشتراکی میان مشارکت کنندگان تسهیم می شود.³ شرکت کنندگان در تکافل باعث کمک به حفاظت از یکدیگر در برابر تأثیر فاجعه و ریسک پیش بینی نشده می شوند؛ در حالی که در بیمه متعارف، دارندگان بیمه نامه، حق بیمه را به منظور حفاظت از خودشان یا منافع شان از نوعی ریسک پرداخت می کنند.⁴

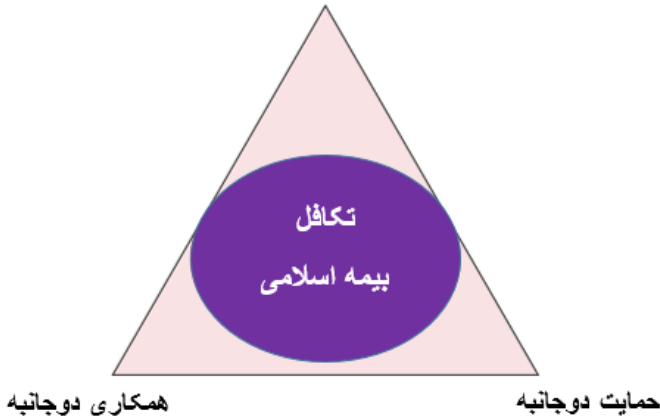
¹ . Ahmed Mohammed Sbbagh, Islamic Takaful insurance from Jurisprudents to applications, Amman Jordan, p.27.

² . Introduction to Islamic Banking & Finance Principles and Practice, M. Kabir Hassan, Rasem N. Kayed Umar A. Oseni, p.292.

³ . Ho, P. & D. Staib; "Insurance in the Emerging Markets: Overview and Prospects for Islamic Insurance", Sigma Series, Swiss Reinsurance Company Ltd, no.5, 2008, p.21.

⁴ . سیدامیرحسین اعتصامی، محمدجواد شریف زاده، «مدیریت عقود مشارکتی بانک ها براساس الگوی تکافل اصناف»، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال سیزدهم، شماره 50، تابستان 1392، ص 144.

مسئولیت دوجانبه



1.3. پیشینه تکافل

عبارت تکافل در زمان پیامبر اسلام (ص) نیز مورد استفاده قرار می گرفت؛ یعنی زمانی که مسلمانان به صندوقی که «الکنز» نامیده می شد و تحت نظام عقیل قرار داشت، کمک می کردند.¹ این اعانات به منظور کمک به عضوی از اعضای جامعه شان بود که مسئول پرداخت دیه بودند.

خدمات بیمه ای به شکل متعارف آن ابتدا در اروپا شکل گرفت و سپس از آنجا به دیگر کشورها و از جمله کشورهای اسلامی وارد گردید. با ورود بیمه به کشورهای اسلامی بحث چالش برانگیز تطبیق بیمه با موازین فقهی از جانب دو طیف مطرح شد: اول متشرعینی که با دغدغه تطبیق مسائل اقتصادی روز با اصول و اندیشه های اسلامی این بحث را مطرح کردند. دوم مالکان شرکت های بیمه که سعی داشتند نظر مسلمانان را به سمت این نوع قرارداد جلب کنند. لذا روند استفتاء از مراجع و علمای دینی شروع شد. به عنوان مثال در سال 1319 ه.ق، شرکتی تحت عنوان زندگی دوجانبه از شیخ محمد عبده راجع به قرارداد بیمه استفتاء نمودند. شیخ محمد عبده اعلام کرد که قرارداد بیمه

¹. پیشین، ص 36.

عمر شرعی نیست.¹ همچنین در سال 1972 میلادی شورای فتوای ملی مالیزیا اعلام کرد که بیمه و به خصوص بیمه عمر از نظر مبانی فقهی اهل سنت باطل است. محققان اسلامی در سالهای گذشته تلاش کردند تا نوع بیمه جدیدی را معرفی کنند که علاوه بر دارا بودن کارکردهای بیمه متعارف از ایرادات شرعی وارد شده به آنها نیز به دور باشد. نتیجه تلاش های محققان اسلامی منتهی به معرفی شکل جدید بیمه مبتنی بر مفهوم تکافل شد.

از اوائل دهه 1970 و بخصوص در دهه 1990، کشورهای اسلامی به ارائه خدمات مالی شامل بیمه، براساس احکام و قواعد اسلامی روی آوردند، در نتیجه تعداد زیادی مؤسسات آموزشی و تحقیقی در این زمینه و همچنین شرکتهای بیمه اسلامی، با نام بیمه گران تکافلی تأسیس و شروع به فعالیت کردند.² در سال 1958 انجمن فقه اسلامی جده، سیستم «تکافل» را به عنوان یک جایگزین ماندگار برای بیمه به تصویب رساند.³

2. مبانی نظری و ویژگی های تکافل

2.1. مبانی نظری

در زمینه نظام بیمه خصوصی، صاحب نظران و اندیشمندان اسلامی با استناد به روایات و آیاتی چون «تعاونوا علی البر و التقوی و لا تعاونوا علی الاثم و العدوان»، (مائده/20) معتقدند که از نظر اسلامی اساس این نوع بیمه بر اصل تعاون، همکاری و کمک متقابل افراد به یکدیگر مبتنی است. لذا در بیمه خصوصی اصل بر این است که مدیران شرکت بیمه صاحبان شرکت نیستند بلکه حقوق بگیران آن می باشند و بیمه گران و بیمه گذاران با هم شریک می باشند و وجوه پرداختی صرف پرداخت زیان آسیب دیدگان می گردد و مازاد آن یا سود حاصل از آن صرف معاملات ربوی نمی گردد بلکه بین اعضا تقسیم می شود. در واقع کمک متقابل افراد با یکدیگر در قالب تقسیم مشترک ریسک بالقوه ای که هریک از اعضا با آن مواجه هستند صورت می پذیرد و انتظار می رود که اعضا در این

¹ . گروه مطالعات اسلامی بیمه (پژوهشکده بیمه)، «نگاهی به بیمه اسلامی (تکافل)»، تازه های جهان بیمه، شماره 113 و 114، آبان و آذر 1386، ص 15.

² . میثم موسانی، زینب شفیعی، «بیمه و تأمین اجتماعی در اسلام»، فصلنامه علمی - ترویجی اقتصاد و بانکداری اسلامی، شماره 9، زمستان 1393، ص 37.

³ . پیشین، ص 35.

جهت خالصانه و بی ریا با یکدیگر همکاری داشته باشند. با توجه به همین اعتقاد و بر همین اساس نظام بیمه خصوصی اسلامی را بنا نهاده و آن را «تکافل» نامیدند.¹

2.2. ویژگی های تکافل

ویژگی های این نظام بیمه عبارتند از: 1) بیمه گذاران برای مصلحت جمع بین خودشان به طور فعال همکاری می کنند. 2) هر بیمه گذار در پیروی از اصول منافع مشترک برای کمک به آنهایی که به مساعدت نیاز دارند، حق بیمه خود را می پردازد.² 3) شرکت، پذیرنده ریسک نیست. 4) شرکت بعنوان مدیر و امین و ناظر بر عملیات تکافل محسوب می شود. 5) تمامی اعانات پرداخت شده توسط اعضا در صندوق تکافل موسوم به «وقف» ذخیره می شود. 6) هدف از این بیمه کسب سود بی مورد به هزینه افراد دیگر نیست.³

3. وجوه افتراق تکافل و بیمه متعارف

تفاوت بین تکافل با بیمه متعارف، در روش ارزیابی، کنترل ریسک و نیز در چگونگی مدیریت صندوق تکافل است. تفاوت های عمده ذیل بین تکافل و بیمه متعارف وجود دارد:

- 1- سرمایه گذاری در بیمه بر سود استوار است و با احکام شرعی مطابقت ندارد، در حالی که بنیاد تکافل بر سود استوار نیست و بر علاوه با احکام شرعی کاملاً مطابقت دارد.
- 2- بیمه مجلس نظارت شرعی ندارد، اما تکافل مجلس نظارت بر روند کاری دارد.
- 3- در بیمه، مفاد بر اساس رضایت شرکت تقسیم می شود، در حالی که مفاد در تکافل به همه مشتریان تقسیم می گردد.
- 4- ضمانت در بیمه از سوی شرکت بیمه داده می شود، اما در تکافل مشتریان همدیگر را ضمانت می کنند.
- 5- در بیمه، خسارت از سرمایه شرکت پرداخته می شود، در حالی که در تکافل، خسارت از سرمایه تکافل پرداخت می گردد.⁴

¹ . گروه مطالعات اسلامی بیمه (پژوهشکده بیمه)، پیشین، ص 17.

² . پیشین.

³ . پیشین.

⁴ . زهرا کاشانکی، «تکافل، مدل جانشین بیمه برای مسلمانان»، بیتا، ص 5.

4. انواع و مدل های تکافل

الف) انواع تکافل

در عمل شرکت های تکافل به دو دسته تقسیم می شوند: تکافل عمومی و تکافل خانواده، تکافل خانواده یعنی فراهم ساختن مصئونیت و امنیت برای افراد و خانواده های آنها در ارتباط با زندگی‌شان، تکافل خانواده ساز و کار مالی مبتنی بر اصل تعاون است که هدف آن پدیدساختن ایجاد مسئولیت به منظور حمایت از بیوه ها، یتیمان و دیگر وابستگان شخص مشارکت کننده است. به سایر خدمات بیمه اسلامی تکافل عمومی گفته می شود. در حال حاضر عملاً دو مدل و کالت و مضاربه مهمترین مدل هایی هستند که به صورت تجارتي مورد استفاده قرار می گیرند. در شرکت های مختلف نیز خود این دو مدل با تفاوت های جزئی به کار گرفته می شوند. اگر چه شیوه های اجرا و پیاده سازی از شرکتي به شرکت دیگر متفاوت است و به فضای مقرراتی، هیئت نظارت شرعی و مدیریت شرکت ها بستگی دارد، اما در هر حال تکافل در چند مدل عمده قابل تقسیم بندی است که به بحث و بررسی آن می پردازیم.

ب) مدل های تکافل

به اعتقاد بیشتر فقهای اسلامی، بیمه مرسوم در راستای شریعت نیست، زیرا که مشتمل بر بهره ثابت (ربا)، پذیرش بیش از اندازه ریسک (میسر)، عناصر غیر شفاف و نامطمئن (غرر) و سرمایه گذاری در حوزه های غیر قابل قبول (حرام) نظیر آبجوسازی و قمار است. از آنجا که تفسیر احکام اسلامی در مناطق و کشورهای مختلف تفاوت قابل توجهی دارد، مدل های مختلفی از بیمه اسلامی نیز توسعه یافته است.

تکافل بر پایه اصل کمک متقابل (تعاون) و پرداخت داوطلبانه (تبرع) بنا شده است، به گونه ای که ریسک بین همه کسانی که داوطلبانه مشارکت کرده اند، تسهیم می شود. از طریق پرداخت داوطلبانه هبه و تعریف روشن نوع خسارت، نااطمینانی و پذیرش بیش از اندازه ریسک (میسر) از تکافل رفع می شود. تکافل در برخی اشکال، قرن ها به عنوان سیستمی برای تسهیم متقابل ریسک به کار رفته است. تکافل سه ویژگی عمده دارد: تفکیک وجوه بیمه گذاران از وجوه سهام داران، تعهد به استراتژی های سرمایه گذاری سازگار با شریعت از طریق عدم پرداخت ربا و عدم ارتباط تجارتي با بنگاه هایی که درگیر فعالیت های نامشروع هستند و الزام به وجود یک هیئت مستقل نظارت داخلی مرکب از

علمای دینی. در مدل های رایج تکافل، عامل یک حق العمل از قبل توافق شده (مدل های وکالت و وکالت - وقف)، سهمی از مازاد بیمه گری (مدل مضاربه)، یا ترکیبی از هر دو (مدل تلفیقی) را در قبال مدیریت وجوه به نمایندگی از بیمه گذاران دریافت می کند. محصولات تکافل عموماً توسط شرکتهای اسلامی عرضه می شود که تمام فعالیت های شان در راستای شریعت است. در برخی موارد، نهادهای ناظر اجازه می دهند که محصولات تکافل توسط مؤسسات مالی مرسوم از طریق یک باجه اسلامی فروخته شود. محصولات تکافل ممکن است هم توسط مسلمانان و هم غیرمسلمانان خریداری شود. معمولاً به بیمه زندگی، تکافل خانواده و به بیمه غیرزندگی، تکافل عمومی اطلاق می شود. بیمه اتکایی براساس مدل های تکافل، تکافل اتکایی نامیده می شود. ساختار تکافل اتکایی، شبیه تکافل است با این تفاوت که مشارکت کنندگان، شرکت های تکافل اند. درحالی که تکافل برای غیرمسلمانان قابل قبول است، تکافل اتکایی صرفاً سهم مشارکت واگذار شده از شرکت های تکافلی را می پذیرد.¹ اگرچه شیوه اجرا و پیاده سازی از شرکتی به شرکت دیگر متفاوت است و به فضای مقرراتی، هیئت نظارت شرعی و مدیریت شرکت ها بستگی دارد، اما در هر حال تکافل در چند مدل عمده قابل تقسیم بندی است. مهم ترین مدل های تکافل قرار ذیل است.

الف) مدل مضاربه

مدل مضاربه در اصل یک مدل تقسیم سود است. برخلاف مدل وکالت، عامل اجرایی یک نسبت از قبل توافق شده از مازادهای حاصل از صندوق بیمه گذاران و منافع بدست آمده از فعالیت های سرمایه گذاری را دریافت می کند. مانند مدل وکالت، عامل اجرایی باید در صورت بروز کسری یک وام بدون مفاد برا صندوق بیمه گذاران تدارک ببیند. تحت این مدل، تنها زمانی عامل می تواند به سود برسد که هزینه های عملیاتی آن کمتر از مجموع دو مقدار سهم عامل در مازاد حاصل از فعالیت بیمه گری و سهم از درآمد سرمایه گذاری باشد. بنابراین مدیریت کارای وجوه و ارزیابی مناسب ریسک به نفع عامل

¹ . رامین رشیدی، «مروری بر تکافل»، تازه های جهان بیمه، شماره 164، بیتا، ص 17.

خواهد بود. در طرف دیگر، درآمد پرنوسان حاصل از فعالیت بیمه گری و سرمایه گذاری می تواند یک چالش باشد، خصوصاً در مرحله شروع فعالیت صندوق بیمه گذاران.¹

ب) مدل وکالت

در مدل مبتنی بر وکالت، منابع مشارکتی بانک عامل که قرار است در طرح های اقتصادی واحدهای تولیدی به کار گرفته شود، از راه نهاد تکافل تخصیص می یابد. اتحادیه به همراه متقاضیان تسهیلات مشارکتی (واحدهای صنفی زیرمجموعه) تشکیل یک نهاد تکافل می دهند. این اتحادیه ها به نیابت از متقاضیان تسهیلات، متولی نهاد تکافل خواهند بود. از جمله وظیفه های متولی نهاد تکافل عبارت هستند از: 1- سیدگردانی وام های اعطایی به صورتی که به تعداد بیشتر و با کارایی بالاتری تسهیلات تخصیص یابد. 2- اعتبار سنجی پروژه های اقتصادی بنگاه های متقاضی تسهیلات تخصیص یابد. 3- ارزیابی فنی و اقتصادی طرح های صورت پذیرفته. متولی تکافل (اتحادیه)، مسئولیت اعتبار سنجی طرح ها و معرفی پروژه های توجیه پذیر به بانک، نظارت بر چگونگی مصرف وجوه تخصیص یافته و برآورد سود تحقق یافته طرح ها را برعهده دارد. مدیریت صندوق تکافل نیز به عهده اتحادیه خواهد بود. در این روش براساس الگوی تکافل عام عمل خواهد شد.²

تحت مدل وکالت، شرکت های تکافل به عنوان عوامل اجرایی محض برای مشارکت کنندگان، یعنی بیمه گذاران- عمل می کنند. الگوی وکالت شبیه صندوق تعاونی است که در آن عامل اجرایی یک حق العمل از قبل توافق شده- معمولاً یک نسبت ثابت از سهم مشارکت پرداختی توسط بیمه گذاران- را در قبال سرمایه گذاری کردن وجوه تکافلی و اداره امور تکافل به نمایندگی از بیمه گذاران، دریافت می کند. عامل اجرایی از مازاد بیمه گری و سودهای حاصل از سرمایه گذاری مبلغی دریافت نمی کند و البته ضررهای مربوط به بیمه گری و سرمایه گذاری را نیز متحمل نمی شود. اما اگر در صندوق یک کسری به

¹ . پیشین، ص 18.

² . سیدامیرحسین اعتصامی، محمدجواد شریف زاده، «مدیریت عقدهای مشارکتی بانک ها براساس الگوی تکافل اصناف»، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال سیزدهم، شماره 50، تابستان 1392، ص 145.

بار آد، عامل اجرایی باید یک وام بدون سود (قرض الحسنه) به صندوق تکافل ارائه کند تا هنگامی که صندوق با مازاد مواجه شود، بازپرداخت گردد.

تحت این مدل، شرکت عامل تنها زمانی می تواند سود ده باشد که هزینه های عملیاتی آن کمتر از درآمد حق العملش باشد. عامل به طور رسمی ریسک بیمه گری را تحمل نمی کند، بنابراین می تواند وسوسه شود که بدون ارزیابی درست ریسک به دنبال بالابردن حجم سهم مشارکت باشد. برخی انواع این مدل از پرداخت پاداش به عامل برای ارتقای ارزیابی مناسب ریسک در بیمه گری جهت رفع این مشکل استفاده می کنند. به همین ترتیب، متعهد کردن عامل برای تأمین یک وام بدون ربا در موارد کسری، انگیزه برای انضباط در ارزیابی ریسک ایجاد می کند.¹

ج) مدل تلفیقی (وکالت - مضاربه)

مدل تلفیقی، ترکیبی از مدل‌های وکالت و مضاربه است. در این مدل عامل اجرایی، سهم از قبل توافق شده ای از پرداختی بیمه گذاران به علاوه سهمی از سود بدست آمده از فعالیت های سرمایه گذاری را دریافت می کند. برخی نهادهای مالی و سازمانهای بین المللی (مانند سازمان حسابداری و حسابرسی مؤسسات مالی اسلامی) مدل تلفیقی را توصیه می کنند، زیرا این مدل نقاط قوت مدل‌های وکالت و مضاربه را دارد. به کارگیری مدل مضاربه در فعالیت های سرمایه گذاری به کاهش مشکلات بین سرمایه و عامل (مشکلات عاملیت) کمک می کند، درحالی که الگوی وکالت به عامل اجازه می دهد هزینه های اداری بیمه گری را پوشش دهد.²

د) مدل وکالت - وقف

تحت مدل وکالت - وقف، عامل اجرایی با ارائه یک هبه اولیه، یک صندوق وقف تشکیل می دهد. بیمه گذاران پرداخت هایی (سهم مشارکت) را به بخش تبرع صندوق وقف انجام می دهند که برای تصفیه خسارت به کار می رود. عامل اجرایی بابت انجام امور بیمه گری، یک حق العمل ثابت (حق الوکاله) دریافت می کند. ممکن است بیمه گذاران سهمی از مازاد وجوه بعد از پرداخت تمام خسارات را دریافت کنند و ممکن است این

¹ . رامین رشیدی، پیشین، ص 18.

² . پیشین.

مازاد برای تشکیل ذخایر و پرداخت های آتی به کار رود یا برای تقسیم سود در بخش فعالیت های سرمایه گذاری به کار گرفته شود. مانند مدل وکالت در اینجا نیز عامل اجرایی به هنگام کسری در صندوق، قرضی را تدارک می بیند.¹

انگیزه های عامل اجرایی در این مدل بسیار شبیه مدل وکالت است، اما مدل وقف، مشکل مهم و شرعی مالکیت وجوه پرداختی مشارکت کنندگان در مدل وکالت را برطرف می کند.²

هـ) مدل غیرانتفاعی تکافل

بر اساس این مدل که بیشتر در سودان اجرا می شود، سرمایه اولیه برای صندوق از طریق یک وام بدون بهره فراهم می شود. مشارکت کنندگان با پرداخت به صندوق، مالک و عامل صندوق می شوند. حتی در درون یک شرکت تکافل، ممکن است با توجه به نوع محصول از چندین مدل استفاده شود. بسیاری از شرکت ها به مدل وکالت یا تلفیقی تمایل دارند.

مدل وکالت - وقف با اقبال فزاینده و تصویب قانونی در مالیزیا و اندونزی روبرو شده است، زیرا این مدل، چندین مسئله شرعی که در سایر مدل ها وجود دارد را برطرف می سازد. در مقابل مدل مضاربه برای بیمه گری و سرمایه گذاری، دیگر برای محصولات جدید تکافل خانواده استفاده نمی شود و در مورد محصولات تکافل عمومی به ندرت مورد استفاده قرار می گیرد. برخی از علما این مدل را به دلیل اینکه عامل فقط در سود (ونه در زیان) سهم دارد، قابل قبول نمی دانند.³

5. پتانسیل و چالش های صنعت تکافل

5.1. پتانسیل تکافل

فضای قدرتمند اقتصادی کشورهای مسلمان که با جمعیت جوان و در حال رشد قرین شده است، رشد اقتصادی این کشورها را در آینده تقویت خواهد کرد. علاوه بر این در

¹ . سیدهادی عربی، فاطمه محمودی، «بررسی تکافل، چشم انداز و چالش های صنعت تکافل»، فصلنامه علمی - ترویجی اقتصاد و بانکداری اسلامی، شماره 14، بهار 1395، ص 16.

² . رامین رشید، پیشین، ص 18-19.

³ . سیدهادی عربی، فاطمه محمودی، پیشین، ص 16.

حال حاضر ضریب نفوذ بیمه در کشورهای خاورمیانه و کشورهای جنوب شرق آسیا (بیمه های مربوط به مؤسسات و شرکت ها) بسیار پایین است. در این میان سهم تکافل نیز بسیار اندک است به طوری که در مالیزیا توسعه یافته ترین بازار است سهم تکافل از کل بازار بیمه کمتر از 10% است. وجود این عوامل زمینه مناسبی جهت ورود به بازار تکافل و فعالیت در این عرصه را فراهم کرده است. به طوری که تعداد روزافزونی از شرکت های بیمه ای چند ملیتی به سمت بازار تکافل جذب شده اند. بیشتر بیمه گران اتکایی جهانی، فعالیت های تکافل اتکایی را نیز برپا کرده اند تا نیازهای روبه رشد بازار به ایجاد ظرفیت و ارائه خدمات را پاسخگو باشند. علمای دینی برای بسترسازی و رشد تکافل و تکافل اتکایی در حال افزایش آگاهی های اسلامی هستند و مؤسسات و شرکت ها را به انتخاب پوشش تکافل ترغیب می کنند. پتانسیل بازار حتی با عرضه تکافل به کشورهای غیرمسلمان و مسلمانان کشورهای توسعه یافته قابل گسترش است.

صنعت تکافل تا حد زیادی در بازارهای خاص متمرکز است و در بازارهای کسب و کار محدود است. این نشان می دهد فرصت های آینده ای برای کشف بازارهای پنهان وجود دارد. گزارشی درباره تکافل جهانی فرصت هایی در 3 حوزه بازارها، مشتریان، و محصولات نشان داده است.¹

5.2. چالش های اساسی تکافل

با وجود فضای مثبت اقتصادی و رشد بالای صنعت تکافل، چالش های عمده ای نیز در این میان وجود دارند. این چالش ها در شش موضوع عمده قابل تقسیم بندی است: مشتریان، رقابت، همگن سازی فعالیت ها، فضای بازار مالی، منابع انسانی و رعایت احکام شریعت. الف) عدم آگاهی مشتریان از تکافل: بسیاری از مشتریان در کشورهای مسلمان یا هنوز از مزایای بیمه بی اطلاع اند یا به دلیل تصورات غلط دینی، مخالف بیمه اند. برخی مواقع حتی تکافل نیز به عنوان بیمه سازگار با شریعت تلقی نمی شود. افزایش آگاهی ها و اطلاعات در مورد تکافل حتی در مالیزیا که شرکت ها بیش از 20 سال فعالیت داشته اند، یک ضرورت است. در گزارش آگست 2011 میلادی، سوئیس در مورد مصرف کنندگان در 11 بازار آسیا، اقیانوسیه، فقط 30 فیصد پاسخ دهندگان مسلمان در مالیزیا

¹. پیشین، ص 23.

گفته بودند که از اطلاعات خوبی در مورد تکافل برخوردارند. با وجود این آگاهی پایین، در گزارش سوئیس آمده است که پاسخ دهندگان مسلمان ادراک و دریافت مثبتی از صنعت تکافل دارند.

ب) رقابت با شرکت های بیمه ای متعارف: شرکت های بیمه ای متعارف با سابقه طولانی و برخورداری از صرفه های ناشی از مقیاس فعالیت شرکت های تکافل را مشکل می کند. استفاده از عنصر قیمت برای رقابت گزینه مناسبی نیست چرا که شرکت های تکافلی معمولاً کوچک تر از شرکت های بیمه مرسوم بوده و مانند آنها صرفه های مقیاس ندارند. علاوه بر این شرکت های تکافلی معمولاً هزینه های عملیاتی بالاتری به دلیل سازگاری با شریعت متحمل می شوند. اما شرکت های تکافل باید با ارائه محصولات ممتاز و منحصر به فرد به مشتریان فضای مناسب تری برای رقابت را فراهم آورند. به علاوه شرکت های تکافل باید در جهت افزایش آگاهی های مشتریان از ممتاز بودن محصولات تکافل در سازگاری بهتر با آموزه ها و ارزش های اسلامی تلاش نمایند. ابداع در محصولات تکافل از اهمیت فوق العاده ای برخوردار است.

ج) ضرورت همگون سازی: اگرچه شرکت های تکافلی به سمت مدل های تجارتی تلفیقی متمایل شده اند، اما عملیاتی شدن این امر در عالم واقع از شرکتی به شرکت دیگر به طور قابل توجهی متفاوت است. به عنوان مثال در حق العمل ها و ساختارها و همچنین قواعد توزیع مزادها تفاوت وجود دارد. هرچند تنوع از جهاتی مطلوب است با این وجود همگون سازی بیشتر و توسعه و به کارگیری استانداردهای جهانی تکافل به نفع صنعت خواهد بود. همگون سازی بیشتر، سردرگمی مصرف کنندگان را کاهش داده، جنبه کارایی هزینه فعالیت ها را ارتقا بخشیده و همچنین از نقطه نظر تکافل اتکایی مفید است. همگون سازی نه تنها در تکافل بلکه در تکافل اتکایی نیز لازم است.

د) عدم توسعه محصولات و بازارهای مالی اسلامی: شرکت های بیمه باید به طیف وسیعی از دارایی های مالی نقدینه برای سرمایه گذاری دسترسی داشته باشند. بازدهی سرمایه گذاری ها باید با تعهدات فعالیت های بیمه گری از نظر مدت و واحد پول همخوانی زیادی داشته باشد. به همین منظور، شرکت های بیمه مرسوم نوعاً در اوراق قرضه با بهره ثابت سرمایه گذاری می کنند. معادل اوراق قرضه با بهره ثابت در مالیه اسلامی از نظر سازگاری با شریعت، اوراق صکوک اسلامی است. در این میان صنعت رو به رشد تکافل

باعث ایجاد تقاضا برای فرصت های سرمایه گذاری سازگار با شریعت گشت که آن نیز به توسعه بخش مالی کمک می کند. از طرف دیگر شکوفایی صنعت تکافل نیز وابسته به بازارهای سرمایه اسلامی توسعه یافته است. عدم توسعه و گسترش بازارهای اولیه صکوک و در نتیجه توسعه نیافتگی بازارهای ثانویه آنها و لذا نقد شوندگی پایین آنها در بازار ثانویه، آن را برای سرمایه گذاری هزینه بر می سازد.

همچنین منابع انسانی: نیروی انسانی مجرب و کارکنان با صلاحیت که هم دانش بیمه ای و هم تخصص های اجتهادی و اسلامی داشته باشند، محدود است. اگرچه تلاش های مداوم برای برپایی برنامه های آموزشی تکافل ادامه دارد، اما پرشدن این شکاف نیاز به زمان دارد.

و رعایت احکام و قواعد شریعت: تکافل و تکافل اتکایی هنوز صنایع نوپا هستند، در نتیجه بسیاری از فعالیت های بیمه متعارف در مورد آنها به کار گرفته شده است. اما در طول زمان، فعالیت ها و امور بخش تکافل باید در درون صنعت توسعه پیدا کند به گونه های که تسهیم متقابل ریسک و همکاری مشترک میان مشارکت کنندگان محور کار قرار گیرد.¹

6. نحوه فعالیت شرکت تکافل

در تکافل عمومی (انواع بیمه های تکافل)، بیمه شوندگان حق بیمه را به عنوان تبرع می پردازند و با عامل تکافل در باره میزان سهم پرداختی توافق می کنند و عامل تکافل خسارت را در دوره توافق شده می پردازد. برای اینکه بیمه شونده در نفع سهام باشد، بیمه کننده حق بیمه پرداخت شده را سهم محسوب می کند، بدین ترتیب بیمه شونده در نفع هم سهام است و حق بیمه را نیز می تواند مسترد نماید.²

نتیجه گیری

از اوایل دهه 1970 و بخصوص در دهه 1990، کشورهای اسلامی به ارائه خدمات مالی شامل بیمه، براساس احکام و قواعد اسلامی روی آوردند، در نتیجه تعداد زیادی مؤسسات آموزشی و تحقیقی در این زمینه و همچنین شرکتهای بیمه اسلامی، با نام بیمه گران تکافلی

¹ . پیشین، ص 27.

² . گروه مطالعات اسلامی بیمه (پژوهشکده بیمه)، پیشین، ص 18.

تأسیس و شروع به فعالیت کردند. در زمینه نظام بیمه خصوصی، صاحب نظران و اندیشمندان اسلامی معتقدند که از نظر اسلامی اساس این نوع بیمه بر اصل تعاون، همکاری و کمک متقابل افراد به یکدیگر مبتنی است. با توجه به همین اعتقاد و بر همین اساس نظام بیمه خصوصی اسلامی را بنا نهاده و آن را «تکافل» نامیدند.

تفاوت بین تکافل با بیمه متعارف، در روش ارزیابی، کنترل ریسک و نیز در چگونگی مدیریت صندوق تکافل است. در عمل شرکت های تکافل به دو دسته تقسیم می شوند: تکافل عمومی و تکافل خانواده، تکافل خانواده یعنی فراهم ساختن مسئولیت و امنیت برای افراد و خانواده های آنها در ارتباط با زندگی شان، تکافل خانواده ساز و کار مالی مبتنی بر اصل تعاون است که هدف آن پدیدساختن ایجاد مسئولیت به منظور حمایت از بیوه ها، یتیمان و دیگر وابستگان شخص مشارکت کننده است. به سایر خدمات بیمه اسلامی تکافل عمومی گفته می شود.

مدل های مضاربه، وکالت، تلفیقی (وکالت - مضاربه)، وکالت - وقف و مدل غیرانتفاعی از مهمترین مدل های تکافل شمرده می شوند. مدل مضاربه در اصل یک مدل تقسیم سود است. برخلاف مدل وکالت، عامل اجرایی یک نسبت از قبل توافق شده از مازادهای حاصل از صندوق بیمه گذاران و منافع بدست آمده از فعالیت های سرمایه گذاری را دریافت می کند. در مدل مبتنی بر وکالت، منابع مشارکتی بانک عامل که قرار است در طرح های اقتصادی واحدهای تولیدی به کار گرفته شود، از راه نهاد تکافل تخصیص می یابد. اتحادیه به همراه متقاضیان تسهیلات مشارکتی (واحدهای صنفی زیرمجموعه) تشکیل یک نهاد تکافل می دهند.

مدل تلفیقی، ترکیبی از مدل های وکالت و مضاربه است. در این مدل عامل اجرایی، سهم از قبل توافق شده ای از پرداختی بیمه گذاران به علاوه سهمی از سود بدست آمده از فعالیت های سرمایه گذاری را دریافت می کند. تحت مدل وکالت - وقف، عامل اجرایی با ارائه یک هبه اولیه، یک صندوق وقف تشکیل می دهد. بیمه گذاران پرداخت هایی (سهم مشارکت) را به بخش تبرع صندوق وقف انجام می دهند که برای تصفیة خسارت به کار می رود. براساس مدل غیرانتفاعی که بیشتر در سودان اجرا می شود، سرمایه اولیه برای صندوق از طریق یک وام بدون بهره فراهم می شود. مشارکت کنندگان با پرداخت به صندوق، مالک و عامل صندوق می شوند. حتی در درون یک شرکت تکافل، ممکن است

با توجه به نوع محصول از چندین مدل استفاده شود. بسیاری از شرکت ها به مدل وکالت یا تلفیقی تمایل دارند.

با وجود فضای مثبت اقتصادی و رشد بالای صنعت تکافل، چالش های عمده ای نیز در این میان وجود دارند. این چالش ها عبارتند از: عدم آگاهی مشتریان از تکافل، رقابت با شرکت های بیمه ای متعارف، ضرورت همگن سازی، عدم توسعه محصولات و بازارهای مالی اسلامی، کمبود منابع انسانی و رعایت احکام و قواعد شریعت.

منابع و مأخذ

1. اعصامی، سیدامیرحسین؛ شریف زاده، محمدجواد، «مدیریت عقود مشارکتی بانک ها بر اساس الگوی تکافل اصناف»، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال سیزدهم، شماره 50، تابستان 1392.
2. بابایی، ایرج، حقوق بیمه، تهران انتشارات سمت، چاپ سیزدهم، 1394.
3. جعفری لنگرودی، جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ بیست و سوم، 1390.
4. رشیدی، رامین، «مروری بر تکافل»، تازه های جهان بیمه، بیتا.
5. عربی، سیدهادی؛ محمودی، فاطمه، «بررسی تکافل، چشم انداز و چالش های صنعت تکافل»، فصلنامه علمی - ترویجی اقتصاد و بانکداری اسلامی، شماره 14، بهار 1395.
6. کاشانکی، زهرا، «تکافل، مدل جانشین بیمه برای مسلمانان»، بیتا.
7. گروه مطالعات اسلامی بیمه (پژوهشکده بیمه)، «نگاهی به بیمه اسلامی (تکافل)»، تازه های جهان بیمه، شماره 113 و 114، آبان و آذر 1386.
8. موسانی، میثم؛ شفیع، زینب، «بیمه و تأمین اجتماعی در اسلام»، فصلنامه علمی - ترویجی اقتصاد و بانکداری اسلامی، شماره 9، زمستان 1393.
9. Hassan, M, Kabir, Rasem N. Kayed, Umar A. Oseni, (2013) Introduction to Islamic Banking & Finance Principles and Practice, pearson, 1th ed.

قضاوتیار فروزان (ایشار قاسمی)

جرم هرزه نگاری در کود جزای افغانستان

فهرست مطالب:

| | | |
|-----|-------|--------------------------------|
| 97 | | مقدمه |
| 99 | | مفهوم هرزه‌نگاری |
| 100 | | ارکان جرم هرزه‌نگاری |
| 100 | | الف. عنصر قانونی |
| 101 | | ب. عنصر مادی |
| 101 | | ج. عنصر روانی |
| 101 | | مصادیق جرم هرزه‌نگاری |
| 104 | | الف. تولید آثار هرزه‌نگارانه |
| 104 | | ب. مداخله در آثار هرزه‌نگارانه |
| 104 | | ج. نمایاندن |
| 105 | | ج. معامله و تجارت |
| 105 | | د. نگهداری پورنوگرافی |
| 106 | | قربانیان هرزه‌نگاری |
| 111 | | مجازات هرزه‌نگاری |
| 113 | | منابع و مأخذ |

مقدمه

نیاز جنسی یکی از ضرورت‌های مهم بشر است که گاهی افراد از راه‌های آسیب‌زا برای رفع آن اقدام میکنند. یکی از این راه‌ها استفاده از محصولات هرزه‌نگاری است که به اشکال گوناگون در دسترس افراد قرار می‌گیرد و می‌تواند اثرات جبران‌ناپذیری به فرد و

جامعه وارد سازد. مهمترین آسیبی که کاربری این محصولات دارد، متوجه زنان و به تبع آن ازدواج و نهاد خانواده است.

چنان که می‌دانیم با ورود تکنولوژی‌های ارتباطی، انواع پورنوگرافی در میان جوانان افزایش یافته است و این مسئله، پرداختن به این جرم را نیز ضروری می‌کند. جرائم سایبری و اینترنتی و هرزه‌نگاری نسل جوان را تهدید می‌کند و به کیان خانواده آسیب می‌رساند. به ویژه آن که دختران و پسران امروز، مربیان و مدیران آینده هستند و توجه به سلامت اخلاقی آنان، بسیار بااهمیت است.

پورنوگرافی یا هرزه نگاری یکی از مهم ترین جرایمی است که علیه اخلاق و عفت عمومی انجام می‌شود و تاثیر مستقیمی بر روی خانواده می‌گذارد پورنوگرافی در مفهوم عامه به معنای مطالبی است که به قصد تحریک جنسی ارائه می‌شود تصاویری مثل اندام تناسلی زن و مرد، سکس زن و مرد یا زن با زن و..... مصادیق مجرمانه آن‌ها می‌تواند در قالب نمایش، ارائه تولید، تجارب و محتویات مستهجن باشد پیدایش اینترنت این جرم را از حالت سنتی درآورده ابزار کارآمدی برای سوء استفاده کننده گان جنسی فراهم آورده است این تکنولوژی مدرن ارتباطی موجب شده حجم سوء استفاده چند برابر شود و تعداد دریافت کننده گان تصاویر و حجم تصاویر به صورت غیر قابل تصویری افزایش یابد.¹

معنی لغوی پورنوگرافی عبارت است از « هر گونه نوشته، فیلم، تصویری و مطلب مربوط به امور جنسی که فاقد هرگونه ارزش ادبی، هنری، سیاسی و علمی است پورنو به معنای فاحشه و پورنوگرافی به معنای فاحشه نگاری است این نوع اعمال مجرمانه که ماهیتاً درجرائم سنتی نیز وجود دارد با توسعه و پیشرفت رایانه و اینترنت وارد رسانه های جمعی شده است وازلحاظ گستردگی وسعت پخش وتوزیع درنوع خود بی نظیر می باشد.²

خداوند در آیات مختلفی سعی دربیان حرمت این افعال داشته است ومی فرماید: « زنان مومن را بگو تا چشم‌ها را ازنگاه ناروا (پوشند وفروج واندامشان را (از عمل زشت)

¹(بای، حسینعلی، پورقهرمانی، بابک (1388)، بررسی فقهی و حقوقی هرزه‌نگاری در فضای مجازی، مجله حقوق اسلامی، سال ششم، شماره 23. 1388 ص 358)

²(باستانی، برومند (1383)، جرائم کامپیوتری جلوه‌های نوین از بزهکاری، تهران: انتشارات بهنامی، 1383، ص 50).

محفوظ دارند وزینت و آرایش خود را جز آنچه قهراً ظاهر می شود (بربیگانه) آشکار نسازند و باید سینه و بر دوش خود را مقنعه بپوشانند وزینت و جمال خود را آشکار نسازند جز برای شوهران خود یا پدران و.... (نور، 31) یکی از واضح ترین دلایل منع خداوند از بی حجایی چشم و جسم جلوگیری از فساد و بی بند واری است اما رایانه با به تصویر کشیدن صور قبیحه سعی در ترویج آن دارد عملی که خداوند بندگان را از آن نهی می دارد خداوند در آیه دیگر می فرماید:

« مردان مومن را بگو تا چشم ها را (از نگاه ناروا) بپوشند و فروج و اندامشان را (از کار زشت با زنان) محفوظ دارند که این بر پاکیزگی (جسم و جان) آن ها اصلح است و البته خدا به هر چه کنید کاملاً آگاه است » نور، 30

مفهوم هرزه نگاری

انسان به عنوان اشرف مخلوقات، یکی از پیچیده ترین مخلوقات خداوند است؛ خالق هستی، مجموعه ای از احساسات، انگیزه ها و غرایز متنوع و گاه متضاد را در آن گرد هم آورده است. یکی از پیچیده ترین و اسرار آمیز ترین این غرایز، غریزه جنسی است که بسیاری از ابعاد رفتاری انسان اعم از خوب و بد، بدان وابسته است¹ از بارزترین مصادیق طغیان این غریزه، وجود حجم وسیع تصاویر، نوشته ها و سایر اشیاء مرتبط با مسائل جنسی در جامعه بشری است که با عنوان «پورنوگرافی» یا «هرزه نگاری» از آن ها یاد می شود. از همان زمانی که بشر قادر به نوشتن و تصویرگری شده است، به تهیه و خلق پورنوگرافی نیز اهتمام ورزیده است. بررسی ظروف قدیمی به دست آمده از یونان و روم باستان، به خوبی مؤید این ادعاست².

در طول قرون متمادی که از حیات جوامع بشری می گذرد، هرزه نگاری به رشد و توسعه خود ادامه داده است؛ تا جایی که امروزه از آن به عنوان یک صنعت یاد می شود؛ امری که دانشمندان و دولت مردان را بر آن داشته است که برای کنترل این پدیده

¹ Dressler, 2002: 1027

²: 938 Linz, Daniel, "Pornography, Effects of Exposure to", Encyclopedia of Lovell, jarret S, " Obsenity and Pornography". Encyclopedia of crime and MIT Press, of U/. Psychology and Law, SAGE Publication, 2007

تدابیری بیندیشند. از جمله راهکارهایی که در اکثر کشورها برای مقابله با پدیده هرزه‌نگاری اتخاذ می‌شود، جرم‌انگاری تمام یا برخی از صور هرزه‌نگاری است. هرزه‌نگاری، معادل فارسی واژه «پورنوگرافی» است. پورنوگرافی از ترکیب دو واژه یونانی تشکیل شده است؛ porne به معنای فاحشه و فاحشه‌بازی کردن و graphein به معنای نوشتن و تحریر کردن است؛ بنابراین معنای لغوی و ابتدایی پورنوگرافی عبارت است از فاحشه‌نگاری، تحریر و توصیف فعالیت روسپی‌ها و به تعبیر فرهنگستان زبان و ادب فارسی، هرزه‌نگاری.

اصطلاح پورنوگرافی، اصطلاحی حقوقی نیست، بلکه متعلق به عالم هنر است که در طبقه بندی آثار هنری، برای تفکیک میان برخی تصاویر مکشوف و بی‌پرده جنسی از سایر تصاویر به کار می‌رود. خصیصه عاریه‌ای بودن اصطلاح هرزه‌نگاری، موجب بروز مشکلات بسیاری برای ارائه تعریفی دقیق و جامع از هرزه‌نگاری و تعیین حدود و ثغور و تفکیک آن از برخی اصطلاحات مشابه در عالم حقوق شده است. تمامی تعاریفی که در این زمینه وجود دارد، به نوعی از پیش زمینه‌های ذهنی، اخلاقی، سیاسی و اجتماعی الهام گرفته‌اند¹ تعریف هرزه‌نگاری در زمان‌ها و مکان‌های مختلف، متفاوت و تا حد بسیاری متأثر از ارزش‌های اجتماعی، تفاسیر و نوشته‌های دانشمندان و نیز عملکرد قانون‌گذار است؛ از این رو، ارائه تعریفی اجماعی از هرزه‌نگاری، هم‌چنان یک بحث مجادله‌آمیز و تا حدی دست‌نیافتنی به نظر می‌رسد.

ارکان جرم هرزه‌نگاری

الف. عنصر قانونی

در نظام جزایی افغانستان، هرزه‌نگاری در کود جزا، با عنوانی مستقل، جرم‌انگاری شده است.

در ماده ۸۷۴، به جای تعریف هرزه‌نگاری، مصادیق ارتکاب این جرم و جزای آن، حسب متوسط تا دو سال یا جزای نقدی از شصت هزار تا یک‌صد و بیست هزار افغانی، ذکر شده و تولید پورنوگرافی برای خود یا دیگری یا به منظور نشر در فضای سایبر، پیشکش کردن یا فراهم ساختن پورنوگرافی از طریق فضای سایبر، پخش یا نشر پورنوگرافی در

¹(رحمانیان، 1388: 36)

فضای سایبر، نگهداری پورنوگرافی در سیستم کمپیوتری یا در وسیله ذخیره‌سازی معلومات، از مصادیق هرزه نگاری، خوانده شده است.

در فقره 2 این ماده آمده است که (۲) به مقصد فقره (۱) این ماده، پورنوگرافی عبارت از وسایل پورنوگرافیکی ای است که شخص یا اشپای ذیل را قابل رؤیت می‌سازد:

۱- شخص در حالت عمل جنسی آشکار.

۲- تصاویر واقعی نمایش‌دهنده شخص در حالت عمل جنسی آشکار.

ب. عنصر مادی

مقصود از رفتار، عمل فیزیکی است که باید از یک فرد سر بزند تا بتوان وی را مرتکب جرم دانست. نگاهی به مصادیق «رفتار» در عنصر مادی جرم هرزه‌نگاری و جرائم مرتبط با آن، بیانگر آن است که اصولاً عنصر مادی این جرم به صورت «فعل» بوده و تحقق آن از طریق ترک فعل امکان‌پذیر نیست.

ج. عنصر روانی

در جرائم هرزه‌نگاری، از یک‌سو مرتکب باید عمل را با اراده آزاد انجام داده باشد؛ بنابراین اگر مرتکب، دیوانه باشد و یا آن که برای مثال به نگهداری اشیاء هرزه‌نگارانه، مراجعه به سایت هرزه‌نگاری و یا به نمایش‌گذارن تصویر هرزه‌نگارانه مجبور شده باشد و یا عمل را در حالت خواب و بیهوشی و مستی انجام داده باشد، با لحاظ سایر شرایط و احکام پذیرفته‌شده در حقوق کیفری عمومی، اقدام وی قابل مجازات نخواهد بود.

مصادیق جرم هرزه‌نگاری

از بدو ورود فضای سایبر به زندگی بشریت، مقوله قانون‌گذاری و شناخت قانون‌گذار صالح در این فضا، چالش جدی بوده است. شیوه قانون‌گذاری در فضای سایبر، مبتنی بر دو نوع نگرش متفاوت به حاکمیت در فضای سایبر است. نگرش نخست، مبتنی بر انحصار دولت‌ها در عرصه قانون‌گذاری فضای سایبر است و نگرش دوم که ملهم از دکتترین میراث مشترک بشریت است، مخالف ورود انحصاری دولت‌ها به این عرصه است. هر یک از این دو رویکرد، موجد روش‌های قانون‌گذاری مختلفی در فضای سایبر است. روش‌های قانون‌گذاری ملی، بین‌المللی و خودانتظامی در زمره روش‌های قانون‌گذاری در فضای سایبر به شمار می‌آیند. اگرچه توسل به هر یک از روش‌های قانون‌گذاری با اشکالاتی در عرصه اجرا روبه‌روست، در این میان می‌توان رویکردی

بینابین و مختلط را برگزید تا ضمن رفع نواقص دیگر روشها، زمینه را برای نیل به تفاهم میان کشورها و گروههای فعال در زمینه فضای سایبر هموار سازد.

ویژگی فضای سایبر این است که در عین مفیدبودن می‌تواند پناهگاه امن هنجارشکنان باشد. پیشگیری از جرائم در فضای سایبر، منوط به جرم‌انگاری مناسب در این فضا است. تفاوت قوانین داخلی کشورها و فقدان قوانین بین‌المللی کافی در این زمینه، مبنای حقوقی مناسب برای تعقیب مجرمین بالقوه را با چالشی حقوقی مواجه می‌کند. لذا از بدو ورود فضای سایبر به زندگی بشریت، موضوع قانون‌گذاری و شناخت قانون‌گذار صالح در این فضا از اهمیت بسزایی برخوردار بوده است. با جهانشمولی اینترنت و نگرانی دولت‌ها از تأثیرپذیری حاکمیت آن‌ها، قانون‌گذاری در این فضا از اهمیت زیادی در مناسبات بین‌المللی برخوردار شد. شیوه قانون‌گذاری در فضای سایبر، بسته به نوع نگرش به حاکمیت دولت در این فضا متفاوت است. در مجموع، دو نگرش نسبت به حاکمیت دولت در این فضا وجود دارد: حاکمیت انحصاری دولت بر فضای سایبر و تعمیم نظریه میراث مشترک بشریت بر فضای سایبر. روش قانون‌گذاری ملی، منبعث از نگرش حاکمیت انحصاری دولت، و روش‌های قانون‌گذاری بین‌المللی، خودانتظامی و مختلط، منبعث از نگرش میراث مشترک بشریت در فضای سایبر است. کشورهای در حال توسعه، از نگرش مبتنی بر حاکمیت، و کشورهای غربی، حامیان حقوق بشر و نهادهای فنی فضای سایبر، از نگرش مبتنی بر میراث مشترک بشریت حمایت کرده‌اند.

پورنوگرافی یا هرزه‌نگاری یکی از مصادیق جرائم رایانه‌ای است که در مفهوم عام به معنای محتویاتی است که عمدتاً به قصد تحریک جنسی ارائه می‌شود. تولید، انتشار، توزیع و معامله محتویات مستهجن یا مبتذل، آشکارترین مصداق‌های پورنوگرافی است.

پورنوگرافی (pornography) یا هرزه‌نگاری یکی از جرائم مرتبط با محتوای که در تقسیم‌بندی حقوق موضوعه، در زمره جرائم علیه اخلاق و عفت عمومی قرار دارد. پورنوگرافی در مفهوم عام به معنای تصاویر و محتویاتی است که عمدتاً به قصد تحریک جنسی ارائه می‌شود، این موارد در قالب نمایش، ارائه، تولید و تجارت محتویات مستهجن است. با پیدایش اینترنت، ضمن خارج‌شدن جرم پورنوگرافی از ابزار کارآمدی برای سوءاستفاده‌کنندگان جنسی پدید آمده است.

روش‌های سنتی تولید و توزیع هرزه‌نگاری، شامل نقاشی استفاده از رایانه، متن، تصویر و

صوت می‌شود و استفاده از رایانه، بازی‌های ویدیویی، دستنگاری عکس و تصاویر تولیدشده رایانه و خلق هرزه‌نگاری کاملاً گرافیکی، از روش‌های جدید تولید و توزیع هرزه‌نگاری است.¹ شکل کلاسیک پورنوگرافی به صورت تصویر و متن اعم از عکس، نقاشی، کتاب، مجله و مانند آن است؛ اما سه مشخصه در فضای مجازی وجود دارد که آن را از شکل کلاسیک پورنوگرافی متمایز می‌کند: قابلیت دسترسی آسان کاربران به آن، استطاعت داشتن همگان در پرداخت بهای آن و ناشناس ماندن مصرف‌کنندگان آن² در میان هرزه‌نگاریهای رایج، هرزه‌نگاری کودکان در فضای مجازی از سه جنبه، تهدیدی جدی برای کودکان محسوب می‌شود: اولین تهدید آن است که امکان دارد

مارک لاسر، معتقد است در حال حاضر، اینترنت، مهم‌ترین منبع اشاعه هرزه‌نگاری است. در فضای مجازی، جرم جنسی تحقق نمی‌پذیرد، بلکه عنوان‌های مجرمانه، ارائه یا انتشار محتویات جرم جنسی یا عمل جنسی است که در این فضا تحقق می‌یابد³ کودکان به هرزه‌نگاری‌های وقیحانه در اینترنت دسترسی پیدا کنند؛ دومین تهدید آن است که هرزه‌نگارها، هرزه‌نگاری کودکان را راه آسانی برای فروش محصولات خود یافته‌اند؛ همین امر موجب شده است سوءاستفاده جنسی از کودکان تا این حد رواج یابد؛ سومین و بزرگترین تهدید برای کودکان، آن است که بچه‌بازها و افراد خطرناک دیگر می‌توانند از راه اینترنت و با مکاتبه پست الکترونیک یا چت کردن قربانیان خود را جذب کنند و آن‌ها را در دنیای واقعی به دام بیندازند.

در سال‌های اخیر، حجم بسیاری از پورنوگرافی به پورنوگرافی کودک اختصاص یافته است. محققان و قوانین کشورها نیز بیشترین توجه خود را به این نوع پورنوگرافی

¹ (باباخانی، مرضیه، قاسمی، احمد (1395)، هرزه‌نگاری از منظر اسناد بین‌الملل و حقوق ایران،

فصلنامه تحقیقات جدید در علوم انسانی، سال چهاردهم، شماره سوم. ص 175

² لاسر، مارک (1382)، هرزه‌نگاری در اینترنت، ماهنامه سیاست غرب، شماره 9.

³ عالی پور، حسن (1388)، جرائم مرتبط با محتوای سیاه فناوری اطلاعات، مجموعه مقالات همایش بررسی ابعاد حقوقی فناوری اطلاعات، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضائیه، تهران: نشر سلسبیل.

اختصاص داده‌اند؛ زیرا کودکان در میان دیگر بزه دیدگان، موقعیت ویژه‌های دارند؛ زیرا درصد متضرر شدن آن‌ها بسیار زیاد و امکان کشف جرم و تعقیب مجرمان به مراتب کمتر و صدمات جسمانی و روانی وارد بر کودکان بسیار بیشتر از بزرگسالان است که معمولاً موجب تغییر الگوی رفتاری کودک در سنین بعدی می‌شود. یکی از دلایل فراوانی پورنوگرافی کودکان آن است که مجرم به راحتی می‌تواند به صورت ناشناس به مکالمه و چت بپردازد و کودک نیز فارغ از هر گونه دغدغه یا اندیشه از آینده شوم در انتظار خود، به راحتی در دام می‌افتد.

الف. تولید آثار هرزه‌نگارانه

در کود جزا نیز آمده است که «۱- تولید پورنوگرافی برای خود یا دیگری یا به منظور نشر در فضای سایبر». نقاشی، متن، صوتی، کامپیوتر، بازی‌های کامپیوتری و ویدئویی و دستکاری عکس و تصاویر تولید شده کامپیوتر، از روش‌های تولید و توزیع هرزه‌نگاری است.

ب. مداخله در آثار هرزه‌نگارانه

مقصود از مداخله در آثار هرزه‌نگارانه، آن گروه از مصادیق «رفتار مجرمانه» در قوانین حاکم‌اند که هرزه‌نگاری به معنای خاص یعنی تولید و ساختن اثر محسوب نمی‌شوند. اما با توجه به اهمیت شان قانون‌گذار، آن‌ها را در حکم هرزه‌نگاران قرار داده و هم‌ردیف با هرزه‌نگاری به مفهوم خاص، جرم‌انگاری نموده است. این اقدامات ممکن است مستقیم یا غیرمستقیم صورت پذیرند. در کود جزا آمده است که «۲- پیشکش کردن یا فراهم ساختن پورنوگرافی از طریق فضای سایبر».

ج. نمایاندن

یکی دیگر از مصادیق این جرائم آن است که فرد آثار هرزه‌نگارانه را به دیگران نشان دهد؛ مانند این که فیلم هرزه‌نگارانه را به نمایش گذارد یا تصاویر هرزه‌نگارانه را به دیگران نشان داده یا بر درودیوار شهر نصب نماید یا پشت ویتترین مغازه بگذارد¹ شرط مجرمانه بودن این عمل آن است که نمایاندن، جنبه عمومی بیابد. در کود جزا آمده است

¹ولیدی، محمد صالح (1388)، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران: جنگل.

که «۳- پخش یا نشر پورنوگرافی در فضای سایبر.»

ج. معامله و تجارت

از دیگر مصادیق رفتار در جرائم مرتبط با هرزه نگاری، تجارت و یا هر نوع معامله دیگر نسبت به اشیاء هرزه نگارانه است. ماده ۸۷۴ کود جزا، از عبارت «تبادل» و «خرید و فروش» استفاده کرده است: (۳) به مقصد فقره (۱) این ماده نشر عبارت از توزیع، پخش، ارائه، نمایش، تبادل، خرید، فروش یا عرضه برای فروش یا عرضه به هر طریق دیگری می باشد.

د. نگهداری پورنوگرافی

قانون گذار تحت شرایطی، صرف داشتن اشیای هرزه نگارانه را به صورت مستقل و یا عباراتی مانند (تکه داری) (تکه داشتن) «ذخیره کردن» جرم انگاری نموده است.

بند پنجم. تقسیم بندی هرزه نگاری به اعتبار محتوی

هرزه نگاری در یک تقسیم بندی دیگر بر اساس محتوا به دو دسته تقسیم می شود: هرزه نگاری مستقیم (یا واضح / سخت) تصاویر وقیح و بسیار زننده را شامل می شود که به طور واضح و مستقیم شهوت انگیز هستند؛ به طوری که اعمال جنسی به صورت کامل به نمایش گذاشته می شوند. هرزه نگاری غیرمستقیم در برابر هرزه نگاری مستقیم قرار دارد و محصولاتی را شامل می شود که وابسته به نشان دادن صحنه هایی است که به طور غیرمستقیم و اشاره ای شهوت انگیز هستند و تصاویر برهنه با تأکید بر جنسیت و نمایش اندام جنسی بدون اعمال جنسی می باشد.

این نوع تقسیم بندی از لحاظ درجه بندی محصولات برای دسترسی سنین مختلف اعمال محدودیت های موضوعی، محدودیت های سنی و محدودیت های عرضه در کشورهایی که هرزه نگاری را قانونی می دانند بسیار کاربرد دارد. هرزه نگاری غیرمستقیم تصاویر و مطالب و محصولاتی را شامل می شود که دارای صحنه های برهنگی، صحنه های وسوسه جنسی و سکس ساختگی باشد؛ در حالی که هرزه نگاری مستقیم تصاویر نزدیک، از اندام های تناسلی تحریک شده و اعمال جنسی دارای دخول را شامل می شود؛ تصمیم گیری در مورد درجه بندی تصاویر بر این اساس صورت می گیرد که آیا فیلم، اندام تناسلی تحریک شده و نماهای نزدیک اندام ها و دخول و انواع دخول و وجود یا عدم انزال بیرونی را به تصویر می کشد یا خیر؟ برخی فیلم های بزرگ سالان ویرایش می شوند و به

نوع غیرمستقیم که مناسب پخش در تلویزیون‌های شبانه هستند و در مقابل هرزه‌نگاری مستقیم برای پخش در فروشگاه‌های فیلم بزرگسالان تهیه می‌شوند.

قربانیان هرزه نگاری

قربانیان این نوع جرایم را که عموماً خانواده‌ها هستند می‌توان به دو بخش تقسیم کرد :
1- کودکان و نوجوانان 2- بزرگسالان بزه دیدگی کودکان و نوجوانان در شبکه‌های بین المللی (اینترنت) از مسائل مهم جرایم ساری است هرزه نگاری کودک به عنوان نتیجه سوء استفاده و استثمار جنسی کودک به وجود آمده است که در تعریف آن می‌توان گفت هر ابزار ترسیم کننده یا تشریح کننده استثمار جنسی کودک مانند موارد مکتوب یا شنیداری است که بر اعضا یا فعالیت جنسی کودک تمرکز دارد.¹

قربانیان اینترنتی از موقعیت و سادگی کودکان استفاده وسیعی می‌کنند آنها را از طریق اتاق‌های گفتگو و پست الکترونیک به انحراف کشانده و در نهایت آنها را مورد سوء استفاده جنسی به صورت پورنوگرافی قرار دهند و تصاویر ایشان را روی سایت‌های مستهجن منتشر سازند² پورنوگرافی کودک ، یک سوء استفاده بزرگ از حقوق قانونی کودک است و جای تامل دارد که چطور مقنن در برابر این نوع خاص از جرایم ساکت نشسته است در شرایط جهانی شدن ، ترتیب کودکان از دست والدین خارج می‌شود و حتی « نظام تربیت از انحصار دولت خارج می‌گردد³ لازمه تربیت کودک ، شناخت وی و نظارت بر ارتباطات اوست . این شناخت تا وقتی که کودک تحت نظارت و کنترل خانواده قرار دارد به آسانی صورت می‌گیرد. اما امروزه دو عامل چنین کنترلی را مشکل ساخته است اول جهانی شدن دوم فناوری‌های نوین ارتباطی و اطلاعاتی در جامعه امروزی ، نسل قدیم (

1. (کار ، 1382، ش87، ص56) کار، جان (1382)، آثار مضر پورنوگرافی کودک،

مترجم محمدحسن دزینی، خبرنگار انفورماتیک، ش 88.

2. ص9، کار، جان (1382)، آثار مضر پورنوگرافی کودک، مترجم محمدحسن دزینی، خبرنگار انفورماتیک، ش 88.

3 (فیرحی ، 1382، ص135)

والدین (نظارت و کنترل بر کودک را کم کرده یا از بین می برد¹ در سال های اخیر حجم قابل توجهی از پورنوگرافی به پورنوگرافی کودک اختصاص یافته است کودکان در میان دیگر بزه دیدگان موقعیت ویژه ای دارند . چراکه درصد بزه دیده شدن آن ها بسیار زیاد و امکان کشف جرم و تعقیب مجرمان بسیار کم است و صدمات جسمانی و روانی وارد بر کودکان بیش تر از بزرگسالان است و معمولاً سایر از سه جنبه ، تهدیدی جدی برای کودکان محسوب می شود: اول این که امکان دارد کودکان به هرزه نگاری های وقیحانه در اینترنت دسترسی پیدا کنند: دوم اینکه هرزه نگار ها ، هرزه نگاری کودکان را راه آسانی برای فروش محصولات خود یافته اند و همین امر سبب شده سوء استفاده جنسی از کودکان تا این حد رواج یابد سومین و جدی ترین خطر برای کودکان آن است که بچه باز ها و افراد خطرناک دیگر می توانند از طریق اینترنت و به واسطه مکاتبه ، ایمیل یا گپ زدن قربانیان خود را جذب کنند و آنان را دردنیای واقعی به دام بیندازند² بزه دیدگی بزرگسالان نیز در جوامع امروزی به وفور دیده می شود چه ضرری بالاتر از این وجود ندارد که کانون خانواده ها سست می شود . اعتماد ها از بین می رود و روابط زناشویی دستخوش تحول می شود . مردانی که با صور قبیحه آشنا می شوند پای بندی به همسر را از دست می دهند و تنوع طلب می گردند حتی ممکن است زن ها نیز از این آفت دور نمانند و جایگاه خود را فراموش نمایند . از این گذشته سوء استفاده هایی که از عکس های افراد می شود منجر به اختلافات بسیار وسیع و جدایی ها می شود چه بسا برخی از این سوء استفاده ها موجب طلاق زوجین، ترک وطن، انصراف از دانشگاه و شغل شود و مشکلات عدیده دیگری را سبب گردد بدیهی است که پورنوگرافی به منزله ظلم است و باعث لطمه خوردن به اقشار مختلف جامعه می گردد ظلم به دیگران از امور قبیحی است

¹ (اسدی لیلیا سادات (1382)، مساحقه؛ جرمی علیه زنان، فصلنامه مطالعات راهبردی زنان، شماره 620. ص 34-35)

² جینا دی آنجلیز (1382)، جرائم سایبر، مترجم سعید حافظی و عبدالصمد خرم آبادی، تهران: دبیرخانه شورای عالی اطلاع رسانی. ص 41-42

که نه تنها در دین که در اخلاق نیز به شدت منع می گردد و حرام می باشد ظلم به کودکانی که ضمیر پاک دارند و با دیدن تحریکات جنسی گمراه شده و سرنوشت تلخی را تجربه می نمایند سنگین تر است حتی انسان های بالغ و زنان و مردانی که ضعف ایمان دارند با وسوسه ها به بیراهه می روند و کانون خانواده را فاسد نموده متلاشی می سازند، پورنوگرافی ظلم است چون ترویج بی حیایی در خانواده و جامعه است حال آنکه خداوند همواره انسان ها را به حیا و عفت دعوت می کند ظلم است از باب این که اذهان عمومی را در مورد مظاهر تکنولوژی مانند ماهواره، تلن همراه رایانه و... بدبین می کند و خانواده ها برای حفظ و نونهالانی که آینده ساز جامعه هستند از علم و صنعت روز دور می مانند و جامعه دچار رکود و عقب ماندگی می شود از نظر فقهی اضرار به غیر عملی منفور و حرام می باشد در پورنوگرافی به واقع به دیگران ضرر می رسد و چه ضرری بالاتر از این که بنیان خانواده ها به این محتویات دور از عفت و اخلاق سست شود. سوء ظن در خانواده ریشه انداخته آرامش از میان برود: درصد طلاق و جدایی والدین افزایش یابد و فرزندان را از داشتن کانون صمیمی خانوادگی محروم می گردند همچنین این جرم مقدمه ای می شود بر فعل حرام چراکه مستقیماً افراد را به انجام حرام ترغیب می نماید از این بدتر هتک حرمت اشخاص است زمانی که تصویر فرد آبرومندی را مونتاژ نموده روی بدن فاحشه ای قرار دهند. و موجبات بی آبرویی وی را فراهم می کنند یا عکس های خانوادگی اشخاص را منتشر ساخته باعث ضرر به آبرو و موقعیت شخص می شوند اسلام برای آبروی افراد همپای جان آنان ارزش قائل می شود چطور می توان این نوع هرزه نگاری ها را حرام دانست در حالی که همه میدانیم چطور سعی در اشاعه فحشا دارد و به راحتی با انتشار تصاویر مستهجن فحشا را گسترش می دهد و باب حرام را باز می کند «مارک لاسر» می گوید: اینترنت به دلیل داشتن سه ویژگی مهم ترین منبع اشاعه هرزه نگاری است این سه ویژگی عبارتند از: قابلیت دسترسی آسان کاربران به اینترنت، اسطاعت داشتن همگان در پرداخت بهای آن و ناشناس ماندن استفاده کنندگان¹.

پورنوگرافی به طور مستقیم با خانواده ارتباط دارد و جرایم علیه خانواده به شمار می رود در تعریفی آمده است «جرایم علیه خانواده آن دسته از جرایم هستند که کیان و بقای

¹ لاسر، مارک (1382)، هرزه نگاری در اینترنت، ماهنامه سیاست غرب، شماره 9

خانواده یا قداست و حیثیت و شئون خانوادگی یا افراد خانواده را تهدید می کنند یا استواری روابط خانوادگی را متزلزل می نمایند یا در نسب و توالد و تناسل تاثیر منفی می گذارند.¹ در روایتی از امام صادق (ع) آمده است پیامبر گرامی اسلام (ع) فرمود « عکس که امر منکر را فاش می سازد همانند شخصی است که آن را آغاز کرده باشد ».²

در فرهنگ لغات پنهان (گزارش روزنامه لوموند از نخستین فرهنگ پورنوگرافی در فرانسه) آمده است: پورنوگرافی در سده های هیجدهم و نوزدهم میلادی، به پژوهش ها و نوشته هایی درباره فاحشه گری گفته می شد؛ اما به طور کلی، به هر نوع نمایش اعمال جنسی به روش فنی و هنری گفته می شود؛ نشان داد که همواره متوجه یک جمع مخاطب خواهد بود و در بسیاری موارد هدف از آن برانگیختن شور جنسی است (info.mandegar.www) در فرهنگ حقوقی بلک (Dictionary Law s'Black) نیز آمده است: نمایش محتوای فعالیت جنسی یا رفتار شهوانی (همچون نوشته ها، عکس ها و فیلم ها) به قصد تحریک انگیزه های شهوانی³. در واقع، می توان گفت پورنوگرافی هر گونه نوشته فیلم، تصویر و مطلب مربوط به امور جنسی است که هیچ گونه ارزش ادبی، هنری، سیاسی و علمی ندارد؛ به عبارت دیگر، هرزه نگاری به معنای مطالبی است که از لحاظ جنسی آشکارند و عمدتاً به قصد تحریک جنسی ارائه می شوند. قوانین ملی و بین المللی و حتی نوشته های حقوقی، بیشترین حمایت خود را متوجه پورنوگرافی کودکان کرده اند. در پروتکل اختیاری کنوانسیون حقوق کودک، فروش، فحشا و پورنوگرافی کودک، مصوب 5 می 2000 در امریکا مطالبی که دارای خصوصیات ذیل باشد، مستهجن تلقی می شود و اشاعه آن ممنوع است:

1. به طور کلی خواهان یک علاقة شدید (وقیح، هولناک، بی شرمانه یا شهوانی)

جنسی اند

¹ کاتبی، مصطفی (1385)، سیاستگذاری کیفری قانونگذار ایران بر جرائم ضد حقوق تکالیف خانوادگی، تهران، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرمشناسی، دانشگاه امام صادق. ص 19

² (صدوق، 3-4، ص 247)

³ (Bryan, 2004, P.1199)

2. ارتباط جنسی را به شیوه‌های آشکار و آزاردهنده توصیف می‌کنند. به عبارت دیگر، از معیارهای جامعه کنونی فراتر می‌روند و توصیف‌هایی را از ارضا یا فعالیت‌های جنسی بیان می‌کنند.

3. به طور کلی ارزش ادبی، هنری، سیاسی و علمی ندارند؛ بنابراین ممکن است چیزی پونورگرافیک باشد، ولی هنوز مستهجن شناخته نشده باشد¹.

در پروتکل اختیاری کنوانسیون حقوق کودک، پورنوگرافی کودک به این صورت تعریف شده است: هر گونه نمایش، به هر طریق و وسیله، از کودک تحریک و تشویق شده به فعالیت‌های جنسی صریح، واقعی یا شبیه سازی شده یا هر گونه نمایش قسمت‌های جنسی کودک برای اهداف عمدتاً جنسی.

گروه تخصصی اینترپل در جرائم علیه کودکان تعریف ذیل را ارائه داده است: پورنوگرافی کودک نتیجه استثمار جنسی یا سوءاستفاده از کودک است و آن را می‌توان هر ابزار ترسیم‌کننده یا تشریح‌کننده استثمار جنسی تعریف کرد؛ از جمله در موارد و مطالب نوشتاری یا شنیداری که بر ارگان‌ها یا رفتار جنسی کودک تمرکز دارند.

تصویب پروتکل مذکور از آنجا آغاز شد که در سال 1993 نماینده دائم کوبا در سازمان ملل متحد، نظر مجمع عمومی را به وضعیت نامطلوب کودکانی که مورد سوء استفاده جنسی قرار گرفته بودند و به فحشاء کشیده می‌شدند، جلب کرد و بر ضرورت به کارگیری اقدامات مقتضی برای ممانعت از خرید و فروش کودکان تأکید کرد. به پیشنهاد این دولت و بر اساس قطعنامه 1995/78 کمیسیون حقوق بشر، یک گروه کاری تخصصی تشکیل شد که در این باره مطالعه کنند و سازوکارهای لازم برای محو این پدیده را ارائه دهند. حاصل کار این گروه، پیش‌نویس پروتکلی بود که در اجلاس 48 مجمع عمومی، طی قطعنامه‌ای با عنوان «ضرورت اتخاذ اقدامات مؤثر بین‌المللی برای پیشگیری از فروش، فحشا و پورنوگرافی کودکان» به تصویب رسید² پروتکل مذکور که یک مقدمه و 17 ماده دارد، کشورهای عضو را ملزم دانسته است که برای دستیابی بیشتر

¹ (کلاین، 1384: 31).

² (مصفا، 1383: 22).

به اهداف پیمان نامه حقوق کودک و اجرای مفاد آن از جمله مواد 1، 11، 21، 32، 33، 34 و 35 و 36، اقدامات گسترده‌ای در حمایت از کودکان در مقابل خرید و فروش، روسپیگری و هرزه‌نگاری کودکان به عمل آورده و حفاظت از آن‌ها را در این موارد تضمین کنند. همچنین با توجه به میثاق حقوق کودک، بهره برداری اقتصادی و هر نوع کار مخاطره آمیز که به آموزش و سلامتی جسمی و روانی کودکان زیان برساند و یا مانع رشد و توسعه آن‌ها در جامعه شود، باید حقوق کودکان به رسمیت شناخته شود و تضمین گردد.

همچنین در مقدمه پروتکل بیان شده است که برای از میان بردن فروش کودکان، روسپیگری و هرزه‌نگاری کودکان و عوامل مؤثر آن باید به اتخاذ رویکردی جامع در مواردی مانند: عقب‌افتادگی، فقر، تبعیض اقتصادی، ساختار نابرابر اجتماعی و اقتصادی، خانواده‌های از هم‌پاشیده، کمبود آموزش، مهاجرت روستایی شهری (حاشیه‌نشینی)، تبعیض جنسی، رفتارهای جنسی غیرمسئولانه بزرگ‌سالان، رفتارهای سنتی زیان‌آور، درگیری‌های مسلحانه و قاچاق کودکان پرداخت.

در هر حال، می‌توان گفت پورنوگرافی کودک شامل یک یا چند کودک تشویق و تحریک شده به رفتار جنسی به تنهایی یا با یک یا چند بزرگ‌سال است؛ این اعمال ممکن است طیفی از عکس‌ها یا تصاویر جنسی یک یا تعدادی کودک باشد¹.

مجازات هرزه‌نگاری

در کود جزا، پورنوگرافی یا هرزه‌نگاری، تعریف نشده و تنها، مصادیق آن بیان شده است؛ همچنین ادله اثبات جرم هرزه‌نگاری و همچنین رسیدگی به این جرائم در بعد شکلی، با خلأ قانونی مواجه است.

در کود جزا، ماده 874، با عنوان هرزه‌نگاری (پورنوگرافی)، تولید پورنوگرافی برای خود یا دیگری یا به منظور نشر در فضای سایبر، پیشکش کردن یا فراهم ساختن پورنوگرافی از طریق فضای سایبر، پخش یا نشر پورنوگرافی در فضای سایبر و نگهداری پورنوگرافی در سیستم کمپیوتری یا در وسیله ذخیره‌سازی معلومات، از مصادیق پورنوگرافی بیان شده است. همچنین پورنوگرافی، وسایل پورنوگرافیکی خوانده شده که شخص را در حالت

¹ (مصفا، 1383: 22)

عمل جنسی آشکار. یا تصاویر واقعی نمایش دهنده شخص در حالت عمل جنسی آشکار را در برداشته باشد. همچنین نشر، توزیع، پخش، ارائه، نمایش، تبادل، خرید، فروش یا عرضه برای فروش یا عرضه به هر طریق دیگر، تعریف شده است.

گفتنی است که اگر هدف از پخش و نشر پورنوگرافی، ترغیب طفل به فعالیت‌های جنسی باشد مرتکب به حداکثر مجازات مندرج این ماده، محکوم می‌گردد؛ اما اگر جرم مندرج فقره (۱) این ماده به قصد تحقیقات علمی، طبی یا حکم قانون صورت گرفته باشد، قابل تعقیب عدلی نمی‌باشد.

در واقع سیاست جنایی قضایی، برون از سیاست جنایی تقنینی در جریان رسیدگی قضایی است و نیز تفسیری است که قضات محاکم در حین اجرای قانون از آن به عمل می‌آورند و آن را به اجرا می‌گذارند. با بررسی قواعد سنتی حاکم بر شیوه تعیین مرجع قضایی جزایی صالح نسبت به جرائم ارتكابی در فضای جغرافیایی و امکان تسری آن قواعد نسبت به جرائم ارتكابی در فضای سایبر دیده می‌شود که برخی کشورها در قوانین ناظر به جرائم سایبری خود به این موارد متوسل شده‌اند، در حالی که اجرای کامل این قواعد در فضای جدید سایبر امکان پذیر نیست، اگر چه برخی قواعد از قبیل قاعده «صالحیت دولت متبوع اشخاص دخیل در ارتكاب جرم»، «صالحیت دولت با منافع تهدید شده» و یا «صالحیت دولت مقدم در تعقیب در جرائم با خطر جهانی» به لحاظ تأثیر کم ماهیت فضای محل ارتكاب جرم در اجرای آن‌ها، در این مورد قابل اجرا دارند. ولی از یک طرف در فضای سایبر مرزی وجود ندارد تا به روشنی بتوان به قاعده صالحیت سرزمینی استناد کرد. البته این معضل بعد از حل معضل بزرگتر تعیین محل ارتكاب جرم بروز می‌کند. از طرف دیگر امکان بهره مند شدن از هویت‌های چندگانه متفاوت در فضای سایبر، اعمال صالحیت تابعیتی را در هاله‌ای از ابهام فرو می‌برد. در نهایت با اینکه معضل جرائم سایبری فراگیر شده، ولی هنوز اما و اگرهای بسیاری در خصوص آن مطرح است که این خود تمسک به صالحیت جهانی را نیز مشکل می‌سازد. بنابراین طرح راهکارها و تئوری‌های جدید را اجتناب ناپذیر می‌نماید و ناچار باید به فکر قواعد تازه‌ای بود که با ماهیت این فضا سازگاری داشته باشد، در همین راستا برخی دانشمندان و نویسندگان تئوری‌های جدیدی را از قبیل «تئوری فضای سایبر به عنوان یک فضای آزاد بین‌المللی» که هم عرض با سایر فضاهای بین‌المللی دیگر از قبیل دریاهای آزاد و فضای ماورا جو و

قطب‌ها باشد، «تئوری حداقل ارتباط لازم» و یا به عبارتی داشتن ارتباط منطقی جرم با یک کشور، با ادعای سازگاری بودن آن‌ها با فضای سایبر، مطرح کرده‌اند که هر کدام از زاویه‌ای دارای ایراد و چالش می‌باشد.

منابع و مأخذ

1. قرآن کریم
2. اسدی لیلا سادات (1382)، مساحقه؛ جرمی علیه زنان، فصلنامه مطالعات راهبردی زنان، شماره 620. ص 34-35
3. بای، حسینعلی، پورقهرمانی، بابک (1388)، بررسی فقهی و حقوقی هرزه‌نگاری در فضای مجازی، مجله حقوق اسلامی، سال ششم، شماره 23. 1388 ص 358
4. باستانی، برومند (1383)، جرائم کامپیوتری جلوه‌ای نوین از بزهکاری، تهران: انتشارات بهنامی، 1383، ص 50.
5. باباخانی، مرضیه، قاسمی، احمد (1395)، هرزه‌نگاری از منظر اسناد بین‌الملل و حقوق ایران، فصلنامه تحقیقات جدید در علوم انسانی، سال چهاردهم، شماره سوم. ص 175
6. جینادی آنجلیز (1382)، جرائم سایبر، مترجم سعید حافظی و عبدالصمد خرم‌آبادی، تهران: دبیرخانه شورای عالی اطلاع‌رسانی.
7. عالی پور، حسن (1388)، جرائم مرتبط با محتوای سیاه فناوری اطلاعات، مجموعه مقالات همایش بررسی ابعاد حقوقی فناوری اطلاعات، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضائیه، تهران: نشر سلسبیل.
8. کاتبی، مصطفی (1385)، سیاست‌گذاری کیفی قانونگذار ایران بر جرائم ضد حقوق تکالیف خانوادگی، تهران، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه امام صادق.
9. کار، جان (1382)، آثار مضر پورنوگرافی کودک، مترجم محمدحسن دزیانی، خیرنامه انفورماتیک، ش 88.
10. لاسر، مارک (1382)، هرزه‌نگاری در اینترنت، ماهنامه سیاست غرب، شماره
11. ولیدی، محمد صالح (1388)، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران: جنگل.
12. قوانین افغانستان

938 Linz, Daniel, "Pornography, Effects of Exposure to", .13 Encyclopedia of Lovell, jarret S," Obsenity and Pornography". Encyclopedia of crime and MIT Press, of U/. Psychology and Law, SAGE Publication, 2007

نویسنده : فریدون " مردان "

نقش رهائی مشروط در کاهش جرم

فهرست :

| | |
|-----|---|
| 115 | 1- مفهوم شناسی |
| 115 | 1-1- مفهوم رهائی |
| 117 | 1-2- مفهوم رهائی مشروط |
| 118 | 1-3- مفهوم سلب آزادی |
| 118 | 1-4- مفهوم جرم |
| 120 | 2- رهائی مشروط و کاهش جرم |
| 120 | 2-1- شرایط رهائی مشروط و اصلاح مجرم |
| 121 | 2-2- مبانی رهائی مشروط و توجه به اصلاح و کاهش جرم مجرم |
| 122 | 2-3- تبعات رهائی مشروط و اصلاح و کاهش جرم مجرم |
| 123 | 2-4- رهائی مشروط و جلوگیری از عقده‌ی شدن مجرم |
| 124 | 2-5- رهائی مشروط و جلوگیری از انتقال تجربیات جرمی به مجرم |

- 3- رهایی مشروط و کاهش جرم توسط دیگران 125
- 1-3- رهایی مشروط و کاهش جرم در خانواده مجرم 126
- 2-3- رهایی مشروط و جلوگیری ارتکاب جرم زندانیان دیگر 127
- 4- جمع بندی و نتیجه گیری 128

1- مفهوم شناسی

هر تحقیقی از یک عده مطالب کلی و یک سلسله مفاهیم بنیادی و واژگان کلیدی برخوردار است که نقش اصلی را در آن تحقیق ایفا می کنند. تعریف و توضیح واژگان کلیدی، مفاهیم بنیادی و طرح مسایل کلی تحقیق، زمینه ساز ورود به مباحث اصلی تحقیق تلقی می شود و موجب می گردد فضای دریافت مسایل اصلی به خوبی و بطور شفاف آماده گردد.

در این تحقیق، «رهائی مشروط و کاهش جرم» بنیادی ترین مفهوم و مسأله است که محور سؤال اصلی تحقیق را تشکیل می دهد و تلاش می شود در ضمن چند عنوان مفاهیم کلیدی بحث را توضیح داده و چند مطلب کلی مربوط به موضوع تحقیق را تبیین نماییم.

1-1- مفهوم رهایی

رهائی را در لغت به معانی متفاوت اما شبیه هم به کار برده اند؛ آزادی، خلاص، خلاف بندگی و رقیت، که معادل عربی آن، حریت، اختیار، قدرت و استراحت می- باشد.¹

در تعریف دیگر، رهایی به معنای حالت کسی است که آزاد است، رهایی، خلاصی از قید و بند و از قفس زندان، امارهایی به مفهوم مطلق مطلوب هیچ کس نیست، ولی در معنای پذیرفته شده آن در همه مکاتب و ایدئولوژیها، در حدی است که به حقوق و

¹- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، سال 1372ش، ج1، ذیل واژه آزادی.

آزادی‌های دیگران لطمه نزنند.¹

به هر ترتیب، رهائی را به معنای رها بودن از قید و بند، نبودن مانع یا مزاحم برای انجام کاری، گرفتار نبودن، خلاصی و امکان عملی کردن خواسته‌ها به صورت فردی یا جمعی، حق اقدام و انتخاب بدون دخالت دیگران نیز دانسته‌اند.²

اما از نظر اصطلاح واژه آزادی را از دیدگاه‌های متعدد می‌توان نگاه و معنا کرد؛ ولی به هر صورت آزادی در اصطلاح حقوق عمومی آزادی بیشتر ناظر به رفتار سیاسی افراد بوده و به حالتی اطلاق می‌شود که انسان به موجب آن می‌تواند آن‌طور که اراده کند، رفتار نماید و این در مواردی است که قوانین الزامی وجود داشته باشد.

آزادی را با توجه به قواعد حقوق عمومی می‌توان به چند دسته تقسیم کرد: یکی آزادی سیاسی است، این نوع از آزادی، قسمتی از حقوق افراد و اشخاص است که به موجب آن می‌توانند حق حاکمیت داشته باشند؛ خواه به طور مستقیم و خواه از طریق انتخاب نمایندگان، چنانکه ماده 4 قانون اساسی افغانستان به آن اشاره می‌کند. قسم دیگر آزادی‌های فردی است، یعنی قدرت‌ها و امتیازاتی که برای فرد شناخته شده است به این منظور که وی با استفاده از آن قدرت‌ها بتواند هر چه در قوه دارد به مرحله فعلیت و بروز آورد و نیروهایی که طبیعت در او نهاده است را ظاهر و آشکار سازد. و قسم سوم آزادی‌های عمومی است، این نوع آزادی به مجموع آزادی‌های فردی و آزادی‌هایی که برای دستجات اجتماعی شناخته شده است، اطلاق و تفسیر می‌شود.³

هم چنین آزادی از دیدگاه حقوق بین‌الملل عمومی بیشتر به دو حوزه مربوط است، یکی آزادی دریاها، و دیگری آزادی به قول و شرف که یک دولت به اسیر جنگی خود آزادی به قول شرف می‌دهد و اسیر نیز تعهد اخلاقی می‌کند که علیه دولت مذکور

¹- مشیری، مهشید، فرهنگ زبان فارسی، تهران، انتشارات سروش، سال 1369ش، ص 13.

²- انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، تهران، انتشارات خیام، سال 1335ش، ص 89.

³- الغنوشی، راشد، آزادی‌های عمومی در حکومت اسلامی، ترجمه: صابری، حسین، تهران، انتشارات علمی، 1381ش، ص 20.

اقدام مسلحانه نکند و...¹

1-2- مفهوم رهایی مشروط

گفتیم آزادی را در اصطلاح از مناظر مختلف نگاه باید کرد، آزادی در حقوق جزا در سه حوزه مفهومی و مصداقی قابل بحث و ارزیابی و بررسی است، یکی آزادی موقت، دیگری آزادی تحت مراقبت و سوم رهایی مشروط.

بنابر این رهایی مشروط مربوط به حوزه حقوق جزاء می شود؛ برخی در تعریف آن می گویند: «رهایی مشروط اعطای آزادی است که پیش از پایان دوره محکومیت به محکومان به حبس داده می شود تا چنانچه در طول مدتی که محاکم تعیین می کند شخص از خود رفتاری پسندیده نشان دهد و دستورهای محاکم را اجرا کند، از آزادی مطلق برخوردار شود. این اقدام در جهت اصلاح مجرم و آماده ساختن وی برای بازگشت به زندگی اجتماعی صورت می گیرد. رهایی مشروط شامل کلیه زندانیان اعم از زن و مرد با هر سنی می گردد.»²

برخی دیگر هم می گویند: «رهایی مشروط به معنای آزاد کردن محکوم به حبسی است که قبل از پایان مدت حبس به خاطر رفتار مناسبی که در مدت اجرای مجازات از خود نشان داده است صورت می گیرد مشروط به اینکه در مدت رهایی مشروط هم رفتار مناسبی داشته باشد وگرنه مجازات باقی مانده را باید تحمل کند.»³

تفاوت رهایی مشروط با تعلیق مجازات در این است که در تعلیق مجازات اگر شخص در مدت تعلیق مرتکب جرم دیگری نگردد، سابقه مجرمیت از سجل جزایی او حذف می شود، ولی در رهایی مشروط چون مجرمیت و تطبیق جزاء بر مجرم قطعی شده ولو بعدا به خاطر حسن ظاهر از حق رهایی مشروط برخوردار شده و شرایط محکمه را

¹ - لنگرودی، جعفری، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، سال 1380 ش، ج 3، ص 30.

² - گلدوزیان، ایرج، با یسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان، چ سوم، سال 1378 ش، ص 81.

³ - الغنوشی، راشد، آزادی‌های عمومی در حکومت اسلامی، ترجمه: صابری، حسین، تهران، انتشارات علمی، 1381 ش، ص 26.

مراعات کند، باز این جرم در سجل جزایی او باقی است. به علاوه که تعلیق مجازات ممکن است بدون سپری کردن بخشی از مجازات صورت بگیرد، ولی در رهایی مشروط، شرط است که باید یک مقدار مدت زندان را سپری کرده باشد.¹

1-3- مفهوم سلب آزادی

سلب آزادی، به معنای ربودن آزادی، نیست کردن آزادی، به قهر گرفتن آزادی از کسی و ازین بردن آزادی کسی است.² پس، سلب آزادی به معنای ازین بردن آزادی و از میان برداشتن آن می باشد که با مفهوم حبس و زندان نزدیک می شود.³ اما از منظر اصطلاح حقوقی سلب آزادی دارای معنای عام و کلی است که شامل حبس، توقیف و بازداشت می شود. سلب آزادی دو صورت و دو روش دارد: یکی سلب آزادی آحاد مردم در مورد قوانین آمره؛ و دیگری سلب آزادی مردمان به روش خلاف قانون و خلاف اصول دموکراسی.⁴

1-4- مفهوم جرم

از آن جا که واژه جرم در موضوع تحقیق آمده لازم است به مفهوم آن نیز اشاره داشته باشیم.

جرم در لغت به معنای قطع، کندن، چیدن میوه درخت و... می آید، چنانچه برخی اهل لغت می گویند: «اصل جرم، به معنای کندن و قطع کردن است».⁵ راغب در مفردات می گوید: «جرم به معنای کندن و چیدن میوه از درخت است.

¹ - شامبیاتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، تهران، انتشارات مجد، چ ششم، سال 1391ش، ج2، ص498.

² - دهخدا، علی اکبر، لغتنامه دهخدا، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، سال 1372ش، ج8، ذیل واژه آزادی.

³ - مشیری، مهشید، فرهنگ زبان فارسی، تهران، انتشارات سروش، سال 1369ش، ج1، ص602.

⁴ - همان، ج3، ص1283.

⁵ - ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، دار صادر، بیروت، چ سوم، سال 1414ق، ج9، ص241.

رجل جارم و قوم جرام- مرد دروگر و مردم درونده و میوه چین یا کسب کنندگان. ثمر جریم و جرامة- خرمای بد و پست. معروم- بزرگ هیكل و ستبر اندام، گویی که ساختمانی است جداگانه و دور افتاده. أجرم- وقت چیدنش رسید و میوه‌اش چیده شد ... واژه- جرم- بطور استعاره برای ارتکاب زشتی و انجام و کسب گناه بکار می‌رود ...¹.

اما از نظر اصطلاح، قانون جزای افغانستان در مورد مفهوم جرم به تفصیل پرداخته و آن را در ضمن چندین ماده بیان می‌دارد از جمله در ابتدا جرم را به عناصر سه گانه تقسیم کرده و در مورد هر یک از این عناصر تعریفی ارائه می‌دهد. به متن این قانون مراجعه شود.² مثلاً کدجزا: در ماده 33 می‌گوید «عنصرمادی عبارت است از ارتکاب عمل مخالف قانون یا امتناع از اجرای عملی که قانون به آن حکم نموده است. به نحوی که ارتکاب یا امتناع منجر به نتیجه جرمی گردیده و رابطه سببیت میان عمل و نتیجه موجود باشد.» و در مواد 38 و 39 قصد و جرم انگاری عمل را به عنوان عناصر معنوی جرم معرفی می‌کند.

اما از نظر حقوقی برخی حقوقدانان می‌گویند: «پدیده جنایی به مفهوم جرم باز می‌گردد و می‌توان آن را چنین تعریف کرد: «فعلی که به دلیل اخلال در نظم اجتماعی در قانون جزا تصریح و مجازاتی برای آن منظور شده است.»³

برخی دیگر هم می‌نویسند: «جرم عملی است که قانون ارتکاب آن را منع نموده و برای مرتکب آن مجازاتی را قرار داده است... شبه جرم عملی است که قانون برای مرتکب آن، مجازات قرار نداده است و هرگاه در اثر عمل مزبور خسارتی به کسی متوجه شود مرتکب مسئول آن خواهد بود ...»⁴.

¹- اصفهانی، راغب، حسین بن محمد، مفردات الفاظ قرآن، بیروت، دارالعلم الدار الشامیة، سال 1412 ق، ج1، ص391.

²- قانون اجراءات جزایی افغانستان مواد 38 و 39.

³- اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، تهران، نظر میزان، چ بیست و دوم، سال 1388 ش، ج1، ص22.

⁴- امامی، سیدحسین، حقوقمدنی، انتشارات اسلامیة، تهران، بیتا، ج1، ص128.

معنای جرم واضح است، لذا ما در مورد مفاهیم بحث به همین میزان اکتفا می کنیم.

2- رهائی مشروط و کاهش جرم

در مورد مفاهیم تحقیق تا کنون مطالب لازم بیان گردید، در این فصل وارد متن تحقیق گردیده و بررسی می کنیم که رهائی مشروط در کاهش جرم چه نقشی دارد؟ نقش رهائی مشروط در جلوگیری و کاهش جرم دیگران در گفتار بعدی بیان خواهد شد

اما در این گفتار نقش رهائی مشروط در جلوگیری و کاهش جرم توسط مجرمی که به صورت مشروط آزاد می شود، بررسی می گردد.

رهائی مشروط در جلوگیری و کاهش جرم درمورد مجرمی که از حق رهائی مشروط بر خودار می گردد، بسیار نقش مهم و کاربردی دارد و به خوبی می تواند مجرم را از مسیر جنایت برگردانده و در راه مستقیم انسانیت رهسپار سازد و موجب اصلاح او گردد، نقش رهائی مشروط در جلوگیری از ارتکاب جرم توسط مجرم و اصلاح او از چند جهت می تواند باشد که در ذیل به بررسی برخی از این جهات پرداخته می شود:

2-1- شرایط رهائی مشروط و اصلاح مجرم

شرایط اعطای رهائی مشروط به گونه‌ی مطرح گردیده که این مقوله حقوقی به خوبی می تواند موجب اصلاح شخص زندانی شود که از این حق بهره مند گردیده و از ارتکاب جرم توسط او جلوگیری نموده وی را از مسیر انحراف و مجرمیت باز دارد.

اما این که رهائی مشروط چیست و چگونه می تواند موجب کاهش جرم توسط مجرم گردد؟ باید گفت که در قوانین نافذ کشور تعریف مشخصی درمورد رهائی مشروط ارائه نگردیده است ولی میتوان گفت که در مواد 334 و 335 قانون اجراء جزائی درباره رهائی مشروط و پیشنهاد رهائی مشروط اشاره صورت گرفته است .

ماده 334 تصریح دارد که: رهائی مشروط به تقاضای محکوم علیه مطابق احکام مندرج این فصل صورت میگیرد.

ماده 335 پیشنهاد رهائی مشروط

1 - هرگاه شخصی که به حکم قطعی محکمه به حبس محکوم گردیده است سه ربع 3 بر 4 مجموع مجازات محکوم بهای خود را در محبس سپری نماید و سلوک وی حین اقامت در محبس، اطمینان اصلاح نفس او را بدهد، رهائی مشروط او جواز دارد.

2- تصمیم به رهایی مشروط بر اساس پیشنهاد آمرمحبس و تائید رئیس عمومی محابس و توقیف خانه از طریق خارنوالی توسط محکمه ای که محکوم علیه در حوزة قضائی آن محبوس است ، اتخاذ میگردد.

3- محکمه سلوک ، روش و شرایطی را که باید محکوم علیه بعد از رهایی رعایت کند، در حکم رهایی مشروط ذکر مینماید. این شرایط عبارت انداز...

- سکونت در محل معین

- دادن حاضری در اوقات معین به دفتر پولیس

- استفاده از دستبند مراقبتی

- تضمین حسن سلوک .

4- پولیس مکلف است روش و سلوک رها شده مشروط را مراقبت نموده و وقتاً فوقتاً به خارنوالی مربوط گذارش دهد.

از مواد فوق چنین استنباط میگردد که ...

اولاً : تقاضای رهای مشروط به اساس درخواست محکوم علیه صورت میگردد .

ثانیاً: شخصی که سه ربع مجازات محکوم بهای خویش را در محبس سپری نموده باشد میتواند تقاضای رهایی مشروط خویش را درخواست کند . که درخواست مذکور به اساس پیشنهاد آمرمحبس و رئیس عمومی محابس و توقیف خانه ها از طریق خارنوالی توسط محکمه که علیه وی اصدار حکم نموده بود اتخاذ میگردد و رهایی وی جواز دارد.

و این در حالی است که محکمه بعد از غور و بررسی حالات فرد محبوس از جمله سلوک ، روش و شرایط که محکوم علیه بعد از رهایی رعایت کند باید در حکم رهای مشروط ذکر گردد.

2-2- مبانی رهایی مشروط و توجه به اصلاح و کاهش جرم مجرم

یکی دیگر از طرق و روش های که رهایی مشروط می تواند موجب اصلاح مجرم گردیده و در نتیجه از انحراف او و از ارتکاب جرم جلوگیری نماید توجه به فلسفه و مبانی نظری رهایی مشروط است. وقتی ما به مبانی رهایی مشروط نگاه کنیم می بینیم که در مبنای این مسأله حقوقی و فلسفه وجودی و تقنین آن اصلاح شخص مجرم و جلوگیری از تکرار جرم و جنایت پیشگی مجرم به شدت مورد نظر و توجه بوده است.

2-3- تبعات رهایی مشروط و اصلاح و کاهش جرم مجرم

توجه به تبعات و پیامد های رهایی مشروط نیز می تواند موجب اصلاح و ترتیبیت شخص مجرم گردیده و او را از روی آوردن به جرایم دیگر باز دارد.

بنا به نوشته برخی: «هرگاه محکوم در مدت رهایی مشروط بدون عذر موجه از دستورهای محکمه تبعیت نکند برای بار اول یک تا دو سال به مدت رهایی مشروط وی افزوده می شود. در صورت تکرار عدم تبعیت از حکم محاکم یا ارتکاب یکی از جرائم عمدی موجب حد، قصاص، دیه یا تعزیر تا درجه هفت، علاوه بر مجازات جرم جدید، مدت باقیمانده محکومیت نیز به اجراء در می آید، در غیر این صورت آزادی او قطعی می شود. در دوره آزمایشی محکوم علیه موقتاً از تحمل باقیمانده مدت مجازات حبس معاف می گردد و اگر مجازات اصلی دارای آثار تبعی باشد، این آثار جریان خواهد داشت. هرگاه در دوره آزمایشی حسن رفتار محکوم علیه ثابت شود، پس از آن از آزادی کامل و قطعی برخوردار خواهد شد ولی محکومیت جزایی او کماکان باقی و در سجل جزایی محفوظ خواهد ماند، زیرا رهایی مشروط برخلاف تعلیق اجرای مجازات موجب زوال محکومیت جزایی نیست. این محکومیت دارای آثار تبعی است که محکوم علیه تا مدتی باید آن را تحمل نماید.»¹

با این حال مشخص است که با وجود رهایی مشروط شخص مجرم کوشش می کند خود را اصلاح نموده و از رفتار مجرمانه پرهیز نماید، پس این اثر می تواند موجب اصلاح مجرم شود.

یکی دیگر از آثار و پیامد های رهایی مشروط، در مدت رهایی مشروط آن است که مجازات اصلی به صورت موقت اجرا نمی شود. بدین صورت که اگر محکوم علیه این زمان را با موفقیت سپری نماید، برای همیشه از تحمل مجازات معاف می شود. بنابراین محکومیت وی زایل نمی گردد بلکه به اعتبار خود باقی است و واجد آثار حقوقی از جمله احتساب برای تکرار جرم و ممنوعیت تعلیق مجازات می باشد. حق متهم برای عدم تحمل مجازات در مدت رهایی مشروط، یکی از قواعد رهایی مشروط است، بنابراین زایل کردن

¹ - اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، تهران، نظر میزان، چ بیست و سوم، سال 1393ش، ج2، ص231 و 232.

چنین حقی نیاز به دلیل دارد.¹

واضح و روشن است که این اثر نیز می‌تواند در جلوگیری از جرم توسط این زندانی که از این حق بهره‌مند گردیده بسیار، بسیار تأثیر و نقش عمیق داشته باشد.

2-4- رهایی مشروط و جلوگیری از عقده‌ی شدن مجرم

یکی دیگر از روش‌های جلوگیری از جرم مجرم با رهایی مشروط آن است که رهایی مشروط از عقده‌ی شدن شخص مجرم و در نتیجه از جرم‌پیشگی او جلوگیری می‌کند. به نوشته برخی: یکی از دلایل توجیهی رهایی مشروط زندانی کردن مجرم برای اصلاح و بازگشت سالم او به آغوش جامعه است، ولی اگر این هدف قبل از پایان مدت مجازات تحقق پیدا کند دیگر نیاز به تداوم حبس او نیست و باید زودتر از موعد مقرر آزاد شود.² و بقای او در زندان نه تنها موجب اصلاح بلکه موجب جرم‌پیشگی او می‌شود.

به عبارت دیگر وقتی، هدف از مجازات زندان، اصلاح مجرمین باشد، باید تنها مجرمینی در زندان‌ها بمانند که نیاز به اصلاح و درمان داشته باشند، ولی اگر شخصی اصلاح گردد، دیگر نیاز به ماندن او در زندان نیست، و اگر با وجود تحقق این هدف باز در زندان بماند ممکن است در همان زندان تصمیم به خلاف‌کاری و تخلف از قوانین و مقررات گرفته و بعد از سپری کردن زندان یک مجرم عقده‌ی به‌بارآید.

به نوشته برخی دیگر اگر شخصی در اثر ارتکاب جرایم و انحرافات در زندان می‌افتد و مدتی را در زندان محبوس می‌ماند ولو از یک طرف زندان جنبه اصلاحی دارد، ولی پیدا است که از طرف دیگر بر روح و روان مجرم تأثیر عمیق داشته و او را می‌تواند یک فرد عقده‌ی به‌بارآورد به قسمی که به محض بیرون شدن از زندان و پیدا کردن فرصت جرم و نقض قانون، فوراً به جرم و جنایت رو آورده و در نتیجه مرتکب هر عمل زشت و جنایتی ناروا گردد. اما اگر در مدت زمان حبس او با وجود شرایط به صورت

¹ - حبیب‌زاده، محمد جعفر، حقوق جزای اختصاصی، قم، انتشارات سمت، چ دوم، سال 1384ش، ص 78.

² - شامبیاتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، تهران، انتشارات مجد، چ ششم، سال 1391ش، ج 2، ص 496.

مشروط آزاد گردد در این صورت از عقده‌ی شدن او جلوگیری به عمل آمده و او نه تنها که عقده‌ی بار نمی‌آید، بلکه با این کار به سوی اصلاح و تربیت تشویق شده و کوشش می‌کند خود را اصلاح نماید.¹

2-5- رهایی مشروط و جلوگیری از انتقال تجربیات جرمی به مجرم

یکی دیگر از شیوه‌ها و روش‌های که رهایی مشروط موجب کاهش جرم توسط مجرم و اصلاح او می‌گردد این است که شخص اگر از نعمت رهایی مشروط برخوردار گردیده و در زندان نباشد، افراد مجرم با سابقه جرمی و با تجربه جرمی، تجربیات خود را به او منقل نمی‌توانند، لذا در نتیجه او از شر تجربه جرمی دیگران محفوظ و مصون می‌ماند، ولی اگر شخصی جرم خفیفی را مرتکب شده باشد در زندان بماند ممکن است توسط مافیای جرم و جنایت در زندان به صدها نوع جرم جنایت آشنا شده و در دام خطرناک آنان افتاده و به یک مجرم حرفوی مبدل گردد.

به نوشته آقای شامبیاتی: «در زندان افرادی با سالیان دراز تخلف و کسب مهارت در این زمینه با زندانیان تازه وارد و با افرادی که واقعا مرتکب تخلف نشده‌اند، ولی به علت اشتباه قضایی محکوم به مجازات حبس شده‌اند، ممارست نموده و انتقال تجربه می‌نمایند، بنابر این رهایی مشروط خود بهترین انگیزه‌ی است برای محکومین در زندان تا از خود حسن سلوک نشان داده و مقررات زندان را به موقع به اجراء بگذارند، و در نتیجه از انتقال تجربیات جرمی به آنان جلوگیری شود.»²

برخی دیگر هم می‌نویسند: «در زندان مجرمان حرفه‌ای و افراد خطرناک حضور دارند، و از طرفی کنترل چندانی نیز وجود ندارد. این مسئله باعث می‌شود که افراد خطرناک دور هم جمع شده و گروهایی را تشکیل داده و به آموزش آنان پردازند، در نتیجه بسیاری از زندانیان بعد از آنکه از زندان آزاد می‌شوند نه تنها اصلاح نمی‌شوند بلکه روش‌های ارتکاب، جرم را به صورت بسیار حرفه‌ای و سازمان یافته یاد می‌گیرند. بدلیل این

¹- علی‌نیا، رضا، آشنایی با حقوق اسلامی، تهران، انتشارات آوند دانش، چ دوم، سال 1394ش، ص88.

²- شامبیاتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، تهران، انتشارات مجد، چ ششم، سال 1391ش، ج2، ص496.

که مجازات حبس نتوانست اهداف مورد نظر را تأمین نماید، که همانا، اصلاح، تربیت و درمان مجرم، عبرت‌آموزی دیگران و پیشگیری از ارتکاب مجدد جرم توسط مجرم و یا انجام آن بوسیله دیگران بود برسد، بلکه زندان نه تنها نتوانست مجرمان را اصلاح و درمان نماید، بلکه خود به یک کانون آموزش جرم تبدیل شده است که زندانیان در آن مکان روشهای مختلف ارتکاب جرم را به صورت فنی و حرفه‌ای آموزش دیده و یاد می‌گیرند، بعد از خروج از زندان کاملاً یک مجرم حرفه‌ای خواهد بود.¹

مسلم است که رهایی مشروط از این جهت می‌تواند برای جلوگیری از جرم پیشگی شخص زندانی بکاهد، چون زندان جای انسان‌های مجرم و خلاف کار است، و در آن جا هر نوع مجرمی وجود دارد، شخص هرچند مدت در زندان بماند ممکن است با این گونه افراد بیشتر آشنا شده و بیشتر سروکار داشته باشد، به این جهت اگر شخص با تحقق شرایط رهایی مشروط از این زندان خارج شود به خوبی از این دام خطرناک شیطنی نجات پیدا می‌کند، هم از تجربیات مافیای جرم بی‌خبر می‌ماند و هم در دام آن‌ها نیفتاده و با آنان آشنا و رفیق نمی‌شود.

رهائی مشروط در جهت اصلاح و تربیت و بازگشت مجرم به زندگی عادی خود در جامعه که عمده‌ترین هدف سیاست جنایی می‌باشد، کمک قابل توجهی را می‌نماید، مخصوصاً که فضایی نامناسب زندان و حضور افراد خطرناک، این فرصت را از او می‌گیرد.²

3- رهایی مشروط و کاهش جرم توسط دیگران

همان طوری که رهایی مشروط برای کاهش جرم توسط خود شخص زندانی نقش عمیق دارد، رهایی مشروط در کاهش جرم دیگران نیز تأثیر و نقش بارزی دارد و از ارتکاب جرم توسط افراد دیگر در خیلی موارد جلوگیری می‌کند. که در ذیل به چند مورد اشاره می‌شود:

¹ - محمدی، مرتضی، آثار حبس بر روی زندانی و خانواده وی، قابل دست رسی در انترنت، عنوان جستجو: نقش زندان در اصلاح مجرم، تاریخ دریافت 1394/4/23 ش.

² - شکوری، رضا، حقوق جزای عمومی با تأکید بر قانون مجازات اسلامی، تهران، بی‌نا، چ، سال 1392 ش، ص 137.

3-1- رهایی مشروط و کاهش جرم در خانواده مجرم

رهائی مشروط موجب می شود که خانواده و فامیل شخص زندانی از رو آوردن به جرم منصرف شده و در نتیجه از ارتکاب جرم توسط این افراد جلوگیری شود.

به نوشته برخی: «زندان آسیب های بسیار جدی و غیر قابل جبرانی را در پی دارد که تنها متوجه مجرم زندانی نمی شود بلکه ابعاد بسیار گسترده را شامل می گردد، که از آن جمله خانواده، جامعه و دولت را می توان برشمرد. این که این آسیب ها خانواده، دوستان، جامعه، دولت و حتی خود معنی علیه را شامل می گردد با اصل شخصی بودن جرم و مجازات نیز سازگاری ندارد ... بدلیل شرایط بد زندان و فشارهای روحی، زندانیان اغلب دچار افسردگی شده و یا مشکلات روانی پیدا می کنند. خانواده ها و بستگان آنان نیز به جهت دوری آنان و فشارهای روانی ناشی از این جهت، بعضاً دچار مشكلات روانی و افسردگی می شوند. چه بسا کانون های گرم خانوادگی که صرفاً به علت زندانی شدن همسر و یا سرپرست شان دچار اضمحلال و فروپاشی می شوند.»¹

مسلم است که بعد از فروپاشی نظام خانواده اعضاء کمتر به مکان های سالم راه پیدا می کنند، بلکه بیشتر آن ها به سوی دام های مافیایی خلاف کاری و مجرمیت کشانده می شوند، و اگر در دام این گروه ها نیفتند لاقول خود شان افراد عقده ای به بار آمده و با اندک بهانه ای دنبال جرم و جنایت و خلافی کاری می روند.

با این حال واضح است که اگر شخصی شرایط رهایی مشروط را پیدا کند، از انحلال و فروپاشی خانواده او جلوگیری شده و در نتیجه افراد در داخل خانواده تربیت سالم می یابند و از گرفتار شدن آن ها در دام مافیای جرم و عقده ای شدن شان به راحتی جلوگیری می شود.

چنانچه قبلاً از آقای علی نیا نیز نقل شد که در مورد مبانی رهایی مشروط می نویسد: «رهائی مشروط سبب می گردد مجرم زودتر به آغوش خانواده بازگشته و از آثار زیان بار اقتصادی، روحی، روانی و... که بنیان خانواده و جامعه را تهدید می کند جلو

¹ - محمدی، مرتضی، آثار حبس بر روی زندانی و خانواده وی، قابل دست رسی در انترنت، عنوان جستجو: نقش زندان در اصلاح مجرم، تاریخ دریافت 1394/4/23 ش.

گیری شود.¹

در نتیجه از این جهت نیز رهایی مشروط می تواند موجب کاهش جرم در جامعه گردد.

علاوه بر آن اگر شخص نان آور خانواده باشد با رهایی مشروط نیاز های مالی خانواده را تأمین می کند، ولی اگر در زندان بماند ممکن است در صورت نیاز هر یکی از افراد خانواده او دست به انحراف، جنایت علیه دیگران و دزدی و امثال آن ها بزنند؛ پس از این جهت نیز رهایی مشروط در کاهش جرم توسط خانواده این شخص بسیار مفید می باشد.

3-2- رهایی مشروط و جلوگیری ارتکاب جرم زندانیان دیگر

رهایی مشروط مجرم، علاوه بر تأثیر در کاهش جرم توسط خود او و خانواده او، بر کاهش جرم توسط افراد زندانی دیگر نیز تأثیر دارد و تأثیر آن می تواند از دو جهت باشد: اول: وقتی شخصی در زندان بوده و با رفتار خوب و خدایپسندانه از حق رهایی مشروط برخوردار گردیده و آزاد شود، بقیه افراد زندانی نیز تشویق می شوند که زودتر خود را اصلاح نمایند تا از این طریق آن ها نیز بتوانند از این حق بهره مند گردیده و از زندان خلاص شوند.

ثانیا: ما قبلا گفتیم در زندان افرادی زندانی وجود دارد که در طول سالیان دراز در زمینه تخلف و جرم مهارت کسب کرده اند، تجربیات خود را به این زندانی ها انتقال میدهند، رهایی مشروط موجب می شود که شخص زندانی از شر زندان و شر این افراد امان بماند و در نتیجه از انتقال تجربیات جرمی آنان به این شخص جلوگیری شود.² ولی گاهی قضیه عکس می شود که همین شخص مورد نظر یک مجرم پیشه ماهر و با تجربیات زیادی است که اگر در زندان بماند، ممکن است افراد زیادی را با انتقال تجربیات خود به سوی جرم پیشگی منحرف سازد، و یا اصلا در همان داخل زندان با آنان

¹- علی نیا، رضا، آشنایی با حقوق اسلامی، تهران، انتشارات آوند دانش، چ دوم، سال 1394ش، ص86.

²- شامبیاتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، تهران، انتشارات مجد، چ ششم، سال 1391ش، ج2، ص496.

باند های خلاف کاری تشکیل دهد که در صورت خارج شدن از زندان کنار هم جمع شده و به جرم و جنایت پردازند، پس رهائی مشروط همان طوری که موجب جلوگیری از تجربیات جرمی دیگران به این شخص می شود، هم چنین موجب جلوگیری از انتقال تجربیات جرمی این شخص به زندانیان دیگر می گردد، و در نتیجه از این جهت رهائی مشروط به خوبی می تواند موجب کاهش جرم دیگران گردد.

علاوه بر این ها موارد، رهائی مشروط می تواند از جهات دیگر نیز موجب کاهش جرم شود، مثلا ممکن است این شخص در یک باند مافیای جرم شریک بوده و با رهائی مشروط تشویق شود که بقیه افراد همکار خود را نیز از جرم پیشگی منصرف سازد.

4- جمع بندی و نتیجه گیری

از تمام مطالبی که در این تحقیق در مورد نقش رهائی مشروط در کاهش جرم بیان گردید به نتایج ذیل دست یافتیم:

الف: رهائی مشروط به معنایی آزاد کردن محکوم به حبسی است که قبل از پایان مدت حبس به خاطر رفتار مناسبی که در مدت اجرای مجازات از خود نشان داده است صورت می گیرد مشروط به اینکه در مدت رهائی مشروط هم رفتار مناسبی داشته باشد و گرنه مجازات باقیمانده را باید تحمل نماید.

ب: رهائی مشروط می تواند از جهات ذیل موجب جلوگیری جرم توسط شخص مجرم و در نتیجه موجب کاهش جرم گردد:

اولا: شرایط رهائی مشروط اقتضاء می کند که شخص مجرم خود را اصلاح نماید.

ثانیا: مبانی رهائی مشروط نیز مقتضی اصلاح مجرم می باشد.

ثالثا: پیامد های رهائی مشروط نیز موجب تشویق مجرم به اصلاح گری شود.

رابعا: رهائی مشروط به راحتی از عقده های شدن مجرم و در نتیجه از جرم پیشگی او جلوگیری میکند.

و خامسا: رهائی مشروط موجب جلوگیری از انتقال تجربیات جرمی جرم پیشگان حرفه ای به شخص مجرم می شود و در نتیجه از جرم پیشگی او جلوگیری می نماید.

ج: هم چنین رهائی مشروط یک شخص از چند جهت دیگر می تواند موجب جلوگیری جرم یک عده افراد دیگر و در نتیجه موجب کاهش جرم گردد:

اولا: رهائی مشروط مجرم می تواند از فروپاشی و بروز مشکلات در خانواده مجرم

گردیده و در نتیجه مانع از جرم پیشگی اعضای فامیل او گردد. ثانیاً رهایی مشروط مجرم می تواند موجب تشویق بقیه زندانی ها و افراد رفیق و همدست این شخص گردد که آن ها از جرم و جنایت دست کشیده و رفتار شان را اصلاح نمایند.

ثالثاً: رهایی مشروط مجرم می تواند از انتقال تجربیات جرمی خود این شخص به بقیه افراد زندانی و هم چنین تشکیل یک بانده مافیا توسط این شخص در داخل زندان جلوگیری نماید.

فهرست منابع

1. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، دار صادر، بیروت، چ سوم، سال 1414ق، ج9.
2. اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، تهران، نظر میزان،، چ 22، سال 1388ش، ج1.
3. اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، تهران، نظر میزان، چاپ هجدهم 1385ش، و هم چنین چاپ بیست و سوم، سال 1393ش، ج2.
4. اصفهانی، راغب، حسین بن محمد، مفردات الفاظ قرآن، بیروت، دارالعلم الدار الشامیة، سال 1412 ه ق، ج1.
5. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، انتشارات اسلامیة، تهران، بی تا، ج1.
6. انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، تهران، انتشارات خیام، سال 1335ش.
7. حبیبزاده، محمد جعفر، حقوق جزای اختصاصی، قم، انتشارات سمت، چ دوم، سال 1384ش.
8. دهخدا، علی اکبر، لغتنامه دهخدا، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، سال 1372ش، ج1.
9. شامبیاتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، تهران، انتشارات مجد، چ ششم، سال 1391ش، ج2.
10. شکوری، رضا، حقوق جزای عمومی با تأکید بر قانون مجازات اسلامی، تهران، بی نا، چ، سال 1392ش.
11. علی نیا، رضا، آشنایی با حقوق اسلامی، تهران، انتشارات آوند دانش، چ دوم، سال 1394ش.
12. الغنوشی، راشد، آزادی های عمومی در حکومت اسلامی، ترجمه: صابری، حسین،

- تهران، انتشارات علمی، 1381 ش.
13. وزارت عدلیه، جریده رسمی نمبر مسلسل 1132 مورخ 15 ثور 1393، قانون اجراءات جزائی.
14. وزارت عدلیه، جریده رسمی نمبر مسلسل 1360 مورخ 25 ثور 1396 کود جزا.
15. گلدوزیان، ایرج، با یسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان، چ سوم، سال 1378 ش.
16. لنگرودی، جعفری، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، سال 1380 ش، ج 3.

قربانعلی هادی

بررسی فساد مالی کارمندان دولت با تأکید بر اختلاس

فهرست :

| | |
|----------|---|
| 132..... | چکیده |
| 133..... | مقدمه |
| 133..... | 1. مفهوم شناسی فساد اداری و اختلاس |
| 134..... | 1/2. مفهوم اختلاس (Embezzlement) |
| 140..... | 2. زمینه‌ها و عوامل فساد مالی کارمندان دولت |
| 141..... | 2/1. عوامل فرهنگی — اجتماعی |

- 2/2. عوامل اقتصادی..... 141
- 2/3. عوامل سیاسی..... 142
- 2/4. عوامل اداری — سازمانی..... 142
3. جرم‌انگاری فساد مالی کارکنان دولت..... 143
- 3/1. جرم‌انگاری در قوانین کیفری داخلی..... 143
- 3/2. جرم‌انگاری در قوانین کیفری بین‌المللی..... 144
4. ارتکاب جرم اختلاس توسط کارمندان دولت..... 146
- 4/1. ارکان و عناصر جرم اختلاس..... 146
- 4/2. شرایط تحقق جرم اختلاس..... 149
- 4/3. بررسی منقول یا غیر منقول بودن اموال..... 151
5. مجازات جرم اختلاس..... 153
- 5/2. مجازات مؤظفین مؤسسات غیردولتی و خصوصی..... 153
- 5/3. مجازات تکمیلی جرم اختلاس..... 154
- 5/4. حالات مشددة جرم اختلاس..... 155
6. مقایسه اختلاس با تصرف غیرقانونی، رشوه و سرقت..... 155
- 6/1. تصرف غیرقانونی و اختلاس..... 155
- 6/2. رشوه و اختلاس..... 157
- 6/3. سرقت و اختلاس..... 159
- نتیجه‌گیری..... 160

چکیده

اختلاس از منظر فقه نوعی سرقت تعزیری و از نگاه حقوق نوعی جرم خاص مختص کارمندان دولت می‌باشد. برخی قوانین افغانستان و اسناد بین‌المللی تصریح نمودند که در تصرف عمدی مالکانه اموال و دارایی‌های دولتی، غیر دولتی و امانتی توسط کارکنان دولت، اختلاس تحقق می‌یابد. این تحقیق به هدف شناخت فساد مالی کارکنان دولت از جمله اختلاس، سرقت و تصرف غیرقانونی به روش تحلیلی-توصیفی، به شکل تطبیقی انجام شد. جرم اختلاس با تصرف غیرقانونی، سرقت و رشوه در جایی که مجرم سمت دولتی دارد، نقطه اشتراک دارند. اختلاس، براساس برخی منابع حقوقی داخلی و خارجی، در اموال دولتی و غیردولتی منقول یا غیر منقول، اضرار عمدی به منافع عامه، تشکیلات و گزارش‌های موهوم قابل تحقق است. مطابق حقوق جزای افغانستان، مجازات جرم اختلاس به حسب مورد از دو سال تا حبس دوام درجه 2 و انفصال از وظیفه می‌باشد. عوامل فساد مالی کارکنان دولت ریشه در ضعف ایمان و اخلاق کارمندان و نظام سیاسی فاسد دارند. پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار در مجازات جرم اختلاس با تعیین نوع و مدت انفصال از خدمت و اضافه نمودن تشکیلات و جعل اسناد در عوامل مشدده جرم اختلاس، ابهام قانونی را برطرف و آن را تکمیل نماید. دولت و مردم با تأکید بر ارزش‌های دینی،

اخلاقی، عدم تمرکز قدرت، نظام سیاسی متعادل، توزیع متوازن فرصت‌ها و شایسته‌سالاری، می‌توانند فساد مالی کارکنان را نابود کنند. کلیدواژه‌ها: کارکنان دولت، اختلاس، حقوق، فساد مالی، فقه، قوانین کیفری بین‌المللی و افغانستان.

مقدمه

فساد یکی از مظاهر رفتار ضداجتماعی است، خصوصاً فساد مالی کارمندان که آن‌ها مزایایی را خارج از قانون و برخلاف هنجارهای اخلاقی و قانونی به دست می‌آورند، در مقابل قدرت بهبود شرایط زندگی سایرین را تضعیف می‌کند. نظام اداری هر جامعه بازوی اجرایی نظام سیاسی آن جامعه است و عملکرد درست یا نادرست آن از جمله از نگاه امانت‌داری مالی می‌تواند باعث تداوم نظام سیاسی و یا عدم مشروعیت آن نظام گردد. فساد اداری— مالی بیماری انکارناپذیر همه حکومت‌ها است و به‌عنوان معضلی گریبان‌گیر بسیاری از جوامع توسعه یافته و درحال توسعه می‌باشد. نظام اداری عاری از فساد، زمینه دستیابی دولت‌ها به توسعه و بهره‌مند شدن از تأثیرات مثبت آن را با کاستن از هزینه‌های اضافی به جامعه، ممکن می‌سازد. درحالی که نظام اداری فاسد، با جذب منابع مالی مربوط به توسعه جامعه، به‌مثابه باتلاقی عمل می‌کند که منابع را در خودش فرومی‌برد. لذا در این تحقیق تلاش می‌شود که زمینه‌های فساد مالی کارکنان دولت از جمله اختلاس، تصرف غیرقانونی و ارتشاء را تبیین علمی و منطقی نماید، و برخی پیشنهادات معقول را در راستا ارائه دهد.

1. مفهوم شناسی فساد اداری و اختلاس

1/1. بیان مسئله

امروزه برای اداره جامعه و سامان بخشیدن روابط اجتماعی، رونق اقتصاد در سطح ملی و بین‌المللی و بهره‌مندی مردم از نعمات الهی در طبیعت، بخش عظیمی از سرمایه‌ها و اموال موجود در یک کشور و برخی اموال شخصی در اختیار دولت قرار می‌گیرند. کارمندان دولت با سازوکارهای قانونی— اداری از این اموال محافظت، یا آن‌ها را در موارد مقتضی به کارگرفته و یا برخی از آن‌ها را به صاحبانش (اموال خصوصی) برمی‌گردانند. از سوی دیگر پاره‌ای از سرمایه کلان کشور در اختیار مؤسسات غیردولتی و شرکت‌های خصوصی هستند، هر دو نوع اموال برای توسعه و رفاه دولت و ملت در

گردش اقتصادی قرار دارند. اما این دسته از اموال و سرمایه‌ها را خطرات زیادی تهدید نموده و همواره احتمال می‌رود که مورد استفاده غیرقانونی واقع شوند و یا این‌که آن‌ها را کارمندان و مسئولین به نفع خود یا دیگری تصاحب و یا حیف و میل نمایند. سؤال اساسی این است که دولت‌ها، یا مراکز قانونی، مراجع قضایی، نهادهای داخلی و بین‌المللی چگونه از این اموال محافظت می‌کنند؟ سازوکار اداری— جزایی آن‌ها در نگهداری از اموال چیست؟ به عنوان فرضیه می‌توان گفت که به‌منظور جلوگیری از سوء استفاده و فساد مالی کارمندان؛ دولت و مراجع قانونی و نهادهای بین‌المللی با جرم‌انگاری اختلاس، خیانت‌درامانت، تصرف غیرقانونی و سرقت کارمندان دولتی و مؤسسات غیردولتی، درصد حمایت کیفری از این اموال و سرمایه‌ها برآمده‌اند.

تحقیق حاضر در بررسی تخلفات و فساد مالی کارمندان دولت، تلاش می‌کند که اختلاس را با مراجعه به منابع فقهی، حقوقی، اسناد داخلی و بین‌المللی بررسی نماید، رشوه و سرقت کارمندان و مؤظفین را به‌صورت تطبیقی با اختلاس مورد پژوهش قرار دهد. بنابراین پاسخ به سؤالات ذیل مطلوب می‌باشد. فساد مالی کارکنان دولت چگونه تبیین می‌شود؟ اختلاس در مفهوم فقهی و حقوقی چیست؟ عوامل فساد مالی کارکنان دولت کدام‌اند؟ شیوه‌های جلوگیری از فساد مالی چگونه ارزیابی می‌شوند؟ عناصر تحقق جرم اختلاس چیست؟ رابطه‌ی اختلاس با جرائمی چون سرقت و تصرف غیرقانونی چگونه است؟

1/2. مفهوم اختلاس (Embezzlement)

الف. مفهوم لغوی

این منظور در تبیین معنای سارق، مختلس، مستلب و منتهب می‌گوید: «السارق عند العرب من جاء مُسْتَتراً إلى حِرْز فأخذ منه ما ليس له، فإن أخذ من ظاهر فهو مُختَلَسٌ و مُسْتَلَبٌ و مُنْتَهَبٌ و مُحْتَرَسٌ، فإن مَنَعَ مما في يديه فهو غاصب»¹ سارق کسی است که به‌طور پنهانی مال غیر را از حِرْز بردارد، پس اگر به‌طور آشکار مال غیر را بردارد به او مختلس و... گفته می‌شوند. اما وی در بیان مفهوم خلس می‌گوید: «الخَلْسُ: الأخذ في

¹ ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم، لسان العرب، ج 10، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، دار صادر، بیروت، لبنان، 1414 هـ ق، ص 156.

نَهْزَةٌ [فرصة] و مُخَاتَلَةٌ؛ خَلَسَهُ يَخْلِسُهُ خَلْسًا و خَلَسَهُ إِيَاهُ¹ یعنی برداشتن مال در فرصت مناسب که صاحب مال توجه نداشته باشد، خلس و اختلاس گفته می‌شوند.

محمد مرتضی زبیدی ضمن بیان معنای سارق، تعریفی از اختلاس ارائه می‌کند: «السارق عند العرب: مَنْ جَاءَ مُسْتَتْرًا إِلَى حِرْزٍ فَأَخَذَ مَالًا لغيرِهِ، فَإِنْ أَخَذَهُ مِنْ ظَاهِرٍ، فَهُوَ مُخْتَلِسٌ، و مُسْتَلَبٌ، و مُنْتَهَبٌ، و مُحْتَرَسٌ...»² یعنی دزد کسی است که مال دیگری را از حرز می‌برد، اگر مال دیگری را آشکارا و از غیر حرز ببرد آن فرد مختلس، مستلب، منتهب و محترس است.

جوهری نیز معنای اختلاس و استلاب را مانند سایر اهل لغت یکی دانسته، می‌گوید: «خَلَسْتُ الشَّيْءَ و اخْتَلَسْتَهُ و تَخَلَّسْتَهُ إِذَا اسْتَلَبْتَهُ»³ اختلاس کردم شیء را، هنگامی است که ناگهان به سرعت سلب کرده‌ام آن را. «و التَّخَالُسُ: التَّسَالُبُ، و الاسمُ التَّخْلُسَةُ بِالضَّمِّ: النُّهْزَةُ. يُقَالُ: الفُرْصَةُ خُلْسَةٌ»⁴ تخالس یعنی تسالب و مفهوم اختلاس یعنی برداشتن مال در یک فرصتی که صاحب مال غافل از آن است. این گونه تفسیر اقتضاء می‌کند، اختلاس همان معنای استلاب را داشته باشد و تفاوتی با یکدیگر نداشته باشند. خلیل جر در تعریف اختلاس آورده است که: «اختلاس» مصدر عربی بوده و عبارت از تصرف در مالی که از طرف کسی به شخصی سپرده شده، آن را مانند مال شخصی خود تصرف نماید.⁵

ب. مفهوم اصطلاحی اختلاس

1. اختلاس از نگاه فقها؛ برخی از فقها از جمله ابن ادریس حلی معنای اختلاس و استلاب را یکی می‌دانند: «والمختلس، هو الذی یسلب الشیء ظاهراً لاقهراً من الطرقات

¹. همان، لسان العرب، ج 6، ص 65.

². زبیدی، محب الدین، سید محمد مرتضی حسینی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 13، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، لبنان، 1414 هـ ق، ص 213.

³. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربية، ج 3، دار العلم للملایین، بیروت، لبنان، 1410 هـ ق، ص 923.

⁴. همان.

⁵. جر، خلیل، فرهنگ لاروس، ترجمه سید حمید طیبیان، ج 1، انتشارات امیرکبیر، چاپ ششم

1375، ص 80.

والشوارع من غير شهر السلاح و لاقهراً، بل استلاباً و اختلاصاً...»¹ مختلس، کسی است که بدون به کارگیری اسلحه و بدون قهر، بلکه به صورت استلاب و اختلاس، مال را به طور آشکار در راهها و جادهها (از مردم) سلب می نماید. در مصطلحات فقه آمده است: «فإن أخذ من ظاهر فهو مختلس و مستلب و منتهب»² کسی که مال را به طور آشکارا بدزدد مختلس، مستلب و منتهب گفته می شوند.

اما شهید ثانی بین مختلس و مستلب تفاوت قائل شده می گوید: «فلاقطع علی المستلب وهو الذي يأخذ المال جهراً و يهرب... ولاالمختلس وهو الذي يأخذ المال خفية»³ حد قطع بر مستلب جاری نمی شود و او کسی است که به طور آشکار مال را می گیرد و فرار می کند و همین طور بر مختلس نیز جاری نمی شود و او کسی است که به طور پنهان مال را می گیرد.

مرحوم اردبیلی، نیز تفاوتی بین مستلب و مختلس قائل شده و می گوید: «والمستلب، قيل: هو الذي يسلب المال من القدام؛ گفته شده، مستلب کسی است که مال را از پیش رو بر می دارد. و المختلس، هو الذي يسلبه من الخلف؛⁴ مختلس کسی است که مال را از پشت برمی دارد. معمولاً کسی که مال را از پیش رو می گیرد، با قهر و غلبه برمی دارد و کسی که از پشت برمی دارد، با استفاده از غفلت صاحب مال، بدون قهر و غلبه اخذ می کند.

بعضی از فقها از جمله وهبة الزحیلی، معنای اختلاس را ملازم با غفلت می دانند: «المختلس، فانه ياخذ المال علی حين غفلة من مالکة و غيره»⁵ مختلس کسی است که مال غیر را هنگام غفلت صاحب و غیر آن، برآید. مختلس را از نظر فقهی شخصی

¹. ابن ادریس حلی، کتاب السرائر، ج 3، قم، موسسه نشر اسلامی، 1411 ه. ق، ص 512.

². مشکینی، میرزا علی، مصطلحات الفقه، بی تا، ص 303.

³. زین الدین بن علی العاملی، شهید ثانی، مسالک الافهام، ج 2، مؤسسة المعارف الاسلامیة، قم، 1414، ص 257.

⁴. احمد مقدس الاردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، ج 13، قم، مؤسسه نشر اسلامی، 1416 ه. ق، ص 212.

⁵. وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج 6، چاپ سوم، دمشق، دارالفکر، 1417، ص 94.

محسوب نموده‌اند که مال را پنهانی می‌رباید و فرار می‌کند و در موردی هم مختلس، رباینده مال از غیر حرز، در حالت غفلت صاحب مال عنوان شده است.¹

در روایتی از حضرت علی (رضی الله عنه) آمده است: «لاقطع فی الدغارة المعلنة و هی الخلسة ولكن اعزره»² در هجوم‌های آشکار که همان خلسه است، حد قطع جاری نمی‌شود بلکه تعزیر می‌کنم. دغاره را نوعی خلسه یعنی هجوم و رباییدن آشکار معنی کرده است، ایشان اختلاس را نوعی سرقت غیر حدی دانسته و فرموده است که در دغاره که همان اختلاس می‌باشد، حد قطع دست ندارد، بلکه تعزیر می‌شود.

در این روایت، دغاره‌ی آشکار به خلسه معنا شده است، یعنی اختلاس نوعی هجوم آشکار و ناگهانی بر اموال غیر می‌باشد، که در تضاد با مفهوم «خفیه» قرار می‌گیرد. اما می‌توان بعضی تعابیر فقها که «غفلة» را به کار برده است، با این مفهوم (هجوم آشکار) جمع نمود، به این معنا که هجوم آشکار در هنگامی که صاحب مال حواسش نباشد (حین غفلت) صورت بگیرد. مرحوم صاحب جواهر نیز کلمه «خفیه» را که در تعریف اختلاس ذکر کرده، به معنای «غفلة» تفسیر می‌کند: «ولعل المنساق منه اخذ المال من صاحبه عند صدور غفلة منه»³ شاید معنایی که نزدیک به معنای خفیه می‌باشد، گرفتن مال است از صاحب آن، هنگامی که وی در غفلت بسر می‌برد.

با توجه به مفاهیم فوق می‌توان گفت که اختلاس عبارت از ربودن مالی بدون قهر از غیر حرز به طور آشکار هنگام غفلت صاحب مال است. که در طبقه‌بندی سرقت‌های تعزیری قرار می‌گیرد و حدی بر آن جاری نمی‌شود، اما با تشخیص قاضی و یا حاکم او، متحمل مجازات تعزیری می‌شود.

2. اختلاس از منظر حقوق؛ علمای حقوق و متون حقوقی— قانونی تقریباً تعریف یکدستی از اختلاس و مختلس ارائه داده‌اند، که از نگاه رفتار مرتکب، مال مورد اختلاس، نحوه تصرف مال و... با اختلاس در مفهوم فقهی کاملاً متفاوت است. متن کد جزای

¹. ایرج گلدوزیان، حقوق جزای اختصاصی، 1378، ص 296.

². محمد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشیعة، ج 18، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ص 504، ح 6.

³. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج 41، ص 597.

جدید افغانستان در ماده‌ی 388 اختلاس را چنین تعریف می‌کند: «هرگاه مؤظف خدمات عامه یا مؤظف مؤسسه غیر دولتی، مؤسسه خصوصی یا جمعیت که از طرف دولت یا مؤسسه غیر دولتی یا خصوصی به انجام خدمات عامه استخدام شده یا خدمات عمومی را انجام می‌دهد یا مؤظف یکی از نهادهای خصوصی، وجوه، اوراق بهادار یا دارایی مرجع مربوط یا شخصی را که به حکم وظیفه به وی سپرده شده یا مکلف به اداره و حفاظت آن باشد، بدون حق، تحت تصرف مالکانه خود درآورد یا آن را از حساب مرجع مربوطه یا شخص به نفع خود یا شخص دیگری خارج یا پنهان یا حیف و میل نماید، مرتکب جرم اختلاس شده است».¹

برخی قوانین ایران از جمله ماده 5 ق.ت.م. اختلاس را چنین مورد توجه قرار داده است: «هر یک از کارمندان ادارات... دولتی یا وابسته به دولت... مأموران به خدمات عمومی اعم از رسمی یا غیررسمی، وجوه... یا سایر اموال متعلق... [دولت] یا اشخاص را که برحسب وظیفه به آنها سپرده شده است، به نفع خود یا دیگری برداشت و تصاحب کند، مختلس محسوب و مجازات خواهد شد».²

یکی از حقوق دانان می‌گوید: «مختلس مأمور دولت یا مأمور خدمات عمومی یا یکی از شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت یا مأمور سایر مؤسساتی است که به کمک مستمر دولت اداره می‌شود و آگاهانه اموال یا وجوه متعلق به دولت را که برحسب وظیفه به‌طور امانی به او سپرده شده‌اند، به نفع خود و یا دیگری، برخلاف اصل امانت‌داری تصاحب و برداشت می‌نماید».³

با عنایت به تعاریف فوق، مفهوم اختلاس چنین خواهد بود: تصرف مالکانه و یا حیف و میل اموال دولتی، غیردولتی یا اموال اشخاص امانت در دست دولت، توسط کارمند

¹. کد جزای جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب و منتشره 1395/12/14؛ رسمیت یافته 1396/8/14.

². قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری ایران، مصوب 1364 و مصوب 1367/9/15، ماده 5.

³. شامبیاتی، هوشنگ، جرایم علیه اموال و مالکیت، ویستار، چاپ دوم، 1375، ص 133.

دولت، یا مؤسسات غیردولتی، خصوصی و دیگر نهادهای غیر دولتی به‌طور عمدی همراه با سوءنیت، به نفع خود یا دیگری، را اختلاس گویند.

1/3. مفهوم تخلف — فساد اداری

الف. تخلف؛ خطا یا به‌طور کلی هر نوع انحراف از شیوه‌های صحیح و قانونی انجام وظایف و استفاده نامشروع از موقعیت شغلی توسط کارکنان دولتی و غیردولتی را تخلف اداری گویند. در خصوص تعریف تخلف اداری یا انتظامی چندان توافقی بین حقوقدانان وجود ندارد. در یک تعریف کلی: «خطای اداری عملی است که ممکن است مستخدم به آن علت مسئول واقع شود و از جهت انضباطی در دادگاه اداری تعقیب و محاکمه شود».¹

ب. فساد اداری (Corruption)؛ ریشه «فساد اداری» در لغت به معنای شکستن (Infraction) است. فساد در اصطلاح بیرون رفتن از حد اعتدال است که با سوء استفاده از امکانات و منابع عمومی در جهت کسب منافع شخصی تبلور می‌یابد.² فساد حالتی است در نظام اداری، که در اثر تخلفات کارکنان به وجود می‌آید و آن‌ها را از کارایی مطلوب و اثربخش مورد انتظار بازمی‌دارد. بنابراین تخلفات اداری باعث فساد اداری می‌شوند و در واقع تخلفات اداری علت، و فساد اداری معلول است.

همان‌طوری که دانستیم، مفهوم لغوی فساد شکستن است، در فساد چیزی می‌شکند یا نقض می‌شود که آن ممکن است رفتار اخلاقی یا شیوه قانونی و غالباً مقررات اداری باشد. طبق تعریف بانک جهانی و سازمان شفافیت بین‌الملل، فساد سوء استفاده از اختیارات دولتی (قدرت عمومی) برای کسب منافع شخصی (خصوصی) است که این تعریف مورد توافق عمومی در جهان است و به‌طور ضمنی فرض شده است که مجموعه‌ای از قوانین و ضوابط مدون اداری وجود دارد که چهارچوب فعالیت‌های مجاز اداری را

¹. عبدالحمید ابوالحمد، حقوق اداری ایران، انتشارات توس، 1376، ص 293.

². ربیعی، علی، زنده‌باد فساد، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، 1383، ص 29.

تعیین می‌کنند، هرگونه رفتار اداری که مغایر با این قوانین باشد و در آن انتفاع شخصی مطرح باشد فساد اداری تلقی می‌شود.

فساد به سوء استفاده از قدرت برای کسب منفعت شخصی یا منافع گروهی اشاره دارد. فساد تجلی نوعی از رفتار مقامات دولتی (خواه سیاستمداران و خواه مستخدمان کشور) است که در آن به‌طور نادرست و غیرقانونی با سوء استفاده از قدرت عمومی محول شده به آن‌ها، خود و نزدیکانشان را غنی می‌سازند.¹

از نگاه نهاد بین‌المللی برنامه توسعه ملل متحد، عوامل مؤثر بر توسعه فساد شامل موارد زیر است: الف. تمرکز قدرت در قوه مجریه (مثلاً نظام ریاستی) و فقدان نظام موازنه و تعادل مؤثر (تفکیک قوای ناکارآمد)؛ ب. فقر شفافیت در زمینه تصمیمات اجرایی همراه با محدودیت دسترسی به اطلاعات؛ ج. نظام حقوقی دستکاری شده که اجازه بی‌حد و حصری را به مسئولان برای اتخاذ تصمیمات خودسرانه می‌دهد؛ د. فقدان نظام پیش‌بینی و دارای چشم‌انداز مشخص برای آینده؛ هـ. نظام کنترل اجتماعی نرم و مدارای فراوان با فعالیت‌های اجتماعی مفسدانه.² بنابراین همان‌طور که بیان گردید، تخلف و فساد اداری مفهوم عامی است، در این پژوهش فقط فساد مالی کارمندان دولت مورد بحث قرار می‌گیرد.

2. زمینه‌ها و عوامل فساد مالی کارمندان دولت

تخلفات و فساد کارمندان دولت به سه دسته‌ی کلان مدنی، کیفری و اداری قابل تقسیم می‌باشند. در یک رویکرد تخصصی تخلفات آنان را به مالی و اداری نیز می‌توان دسته‌بندی نمود. در این بخش عوامل ارتکاب فساد مالی توسط کارمندان دولت، به‌طور گذرا تبیین می‌گردد. عواملی چون ضعف زمینه‌های اعتقادی، اخلاقی، فرهنگی—اجتماعی، ضعف اقتصادی، عوامل سیاسی، معضل مدیریت اداری، سازمانی و... از شاخص‌های عمده‌ی تخلفات و فساد مالی کارمندان دولت به شمار می‌روند.

¹. دانایی فرد، حسن، چالش‌های مدیریت دولتی در ایران، تهران: سمت، 1387، ص 45.

². United Nations Development Program(UNDP), Reports in 2004.

2/1. عوامل فرهنگی - اجتماعی

مهم‌ترین عامل در بروز فساد مالی ریشه‌های اعتقادی و فرهنگی است. فرهنگ عمومی جامعه، ارزش‌ها و هنجارهای حاکم بر افراد و اجتماع، عقاید و باورهای مردم نقش محوری در این زمینه دارند. مادی‌گرایی، فردگرایی، ضعف اخلاق، روحیه مصرف‌گرایی و مهم‌تر از همه ضعف ایمان به خدا و تقوا، از جمله عوامل مؤثر در گرایش افراد به فساد مالی از جمله اختلاس و ارتشاء در داخل دولت می‌باشند. آموزه‌های دین، اخلاق‌مداری و ارزش‌های مدنی - اجتماعی به‌خوبی می‌توانند کشتی نجات افراد از ارتکاب فساد مالی در بدنه‌ی دولت باشند. برنامه‌ریزی و تصمیمات دولت در راستای تحول و ارتقای فرهنگ جامعه و ترویج ارزش‌های دینی، یکی از زمینه‌های مهم پیش‌گیری از جرایم مالی و فساد اداری در کشور می‌باشند.

در نظام‌های اداری که انتصاب و اختصاص پست‌های دولتی و غیردولتی بر مبنای قوم، نژاد، مذهب، رشوه، دادوستدها و تعامل بر اساس سوء استفاده شخصی استوار باشند، کارمندان حاکمیت عدالت، تقوا و قانون خدا را کاملاً نادیده می‌انگارند. در این صورت برای افراد مسئول، سیاستمداران، مدیران و کارمندان اداری، عبور از ارزش‌های دینی، قانونی و فیلترهای نظام اداری، امر عادی خواهد بود. نتیجه این امر فساد اداری - مالی به‌ویژه در سطح کلان جامعه بوده، که به شکل اختلاس، کلاهبرداری، خیانت‌درامانت، ارتشاء، رانت دولتی، انتصابات غیرقانونی، و... آشکار می‌گردند.

2/2. عوامل اقتصادی

از نگاه اقتصادی، بی‌ثباتی اقتصادی، تورم افسارگسیخته، رکود اقتصادی، کاهش درآمدها و کاهش قدرت خرید مردم، توزیع ناعادلانه درآمدها، شکل‌گیری مافیای تجارت، قاچاق و رانت دولتی، توسعه‌ی نامتوازن ظرفیت‌های اقتصادی در کشور از جمله، مهم‌ترین عوامل اقتصادی تخلفات و فساد مالی به شمار می‌روند. در کشور ما سال‌ها ناامنی و جنگ باعث عدم رشد پایه‌های اقتصاد کشور شده‌اند. منابع و ذخایر طبیعی زیرزمینی کشور انکشاف نیافته‌اند، صنایع و کارخانجات صنعتی و مدرن برای تقویت پایه‌های اقتصاد کشور تأسیس و یا توسعه پیدا نکرده‌اند، راه‌های مواصلاتی کشور نه این‌که توسعه نیافته بلکه در بسیاری جاه‌ها تخریب شده‌اند. معضل قاچاق و رانت دولتی و انحصار ظرفیت‌های اقتصادی، برای اقتصاد کشور ویرانگر بوده‌اند. بنابراین، طرح‌ها و تلاش‌های

اقتصادی دولت، توزیع و توسعه و توزیع متوازن ظرفیت‌ها و امکانات اقتصادی از سوی دولت و همکاری مردم در توسعه اقتصاد و آبادانی کشور، در از بین بردن فساد مالی و تباهی ملی مؤثر و ارزشمند می‌باشند.

2/3. عوامل سیاسی

در نظام‌های سیاسی با تمرکز قدرت و نظام‌های اقتدارگرا، قوانین و تفکیک قوا جایگاه و ارزش واقعی خود را ندارند. در نبود استقلال قوه قضائیه و نفوذ قوه مجریه بر قضائیه و دستگاه‌های نظارتی، بازدارندگی کارمندان از ارتکاب فساد اداری و ترس از مواخذه قضایی به شدت پائین می‌آید، در آن صورت افراد و مسئولین خود را ملزم به اجرای قوانین اداری نمی‌دانند. همین‌طور اگر قوه مجریه بر قوه مقننه نفوذ پیدا کند (خصوصاً در نظام ریاستی) باعث می‌شود که این نهاد قانونی نتواند قوانین و الزامات حقوقی را برخلاف خواسته‌های نامشروع قوه مجریه تصویب نماید و یا علیه یک وزیر و یا مدیر فاسد رأی عدم اعتماد دهد. در چنین نظام سیاسی، مافیای قدرت، قاچاق، فساد مالی و... خارج از بدنه دولت، نیز در دولت رخنه نموده و دایره فساد از داخل دولت در سطح نهادها و گروه‌های داخلی و بین‌المللی توسعه می‌یابند. چون نهادها و گروه‌های ملی و بین‌المللی و افراد مفسد ذی‌نفوذ در داخل و خارج دولت خود را از مجازات، انفصال خدمت، تعقیب قضایی، پیگرد پلیس و حکومت مصون می‌دانند. بنابراین فساد اداری در سطح ریسان و مدیران سیاسی، توصیه برای در امان ماندن مدیران متخلف از مجازات و بالاخره عدم آگاهی مردم از حقوق خود در برابر قانون، از عوامل سیاسی فساد مالی هستند.

2/4. عوامل اداری — سازمانی

در نظام‌های انحصارگرا و داری تمرکز قدرت، که قدرت در اختیار نژاد، حزب و یا قوم خاص باشد، توزیع متوازن قدرت صورت نمی‌گیرد و نظام حاکم خود را صاحب همه چیز می‌داند. در این نوع نظام، فساد اداری ارتشاء، رانت اقتصادی، سیاسی، فرهنگی، اختلاس، پولشویی و... در تمام سطوح کارمندان دولت از رئیس گرفته تا رده‌های پائین مدیریتی توسعه می‌یابند. چنین دولتی بر توزیع و توسعه متوازن قدرت و فرصت‌ها باورمند نیست، خود را در مقابل ملت، نهادهای سیاسی چون احزاب، جامعه مدنی و سایر گروه‌های اجتماعی پاسخ‌گو نمی‌داند. از سوی دیگر نیز، ترکیب تشکیلات اداری غیر

کارآمد و فنی، پیچیدگی و نارسایی برخی قوانین و مقررات، رؤسا و مدیران غیر مؤثر، عدم شایسته‌سالاری، تبعیضات در استخدام و ارتقای افراد، عدم نظام تشویق و تنبیه و نظام نظارت، نبود ارزشیابی و کیفیت از دیگر عوامل ویرانگر فساد مالی کارکنان و سایر اتباع کشور می‌باشند.

3. جرم‌انگاری فساد مالی کارکنان دولت

اموال و دارایی‌های عمومی و خصوصی در اختیار دولت و مؤسسات غیردولتی و شرکت‌های خصوصی، از سوی کشورها و نهادهای بین‌المللی مورد حمایت کیفری قرار گرفته‌اند. حقوق کیفری داخلی و بین‌المللی فساد مالی کارکنان دولت را در قالب اختلاس، رشوه، غدر، تصرف غیرقانونی، پولشویی و... جرم دانسته‌اند.

3/1. جرم‌انگاری در قوانین کیفری داخلی

فساد مالی کارکنان دولت در قوانین افغانستان، تحت عناوین ارتشاء، اختلاس، غدر، خیانت در امانت، تصرف غیرقانونی و... جرم انگاری شده است. کد جزای افغانستان مصوب 1396 در این مورد تأکید می‌کند: هرگاه مؤظف خدمات عامه یا مؤظف مؤسسه غیر دولتی، مؤسسه خصوصی یا جمعیت که از طرف دولت یا مؤسسه غیر دولتی یا خصوصی به انجام خدمات عامه استخدام شده یا خدمات عمومی را انجام می‌دهد یا مؤظف یکی از نهادهای خصوصی، وجوه، اوراق بهادار یا دارایی مرجع مربوط یا شخصی را که به حکم وظیفه به وی سپرده شده یا مکلف به اداره و حفاظت آن باشد، بدون حق، تحت تصرف مالکانه خود درآورد یا آن را از حساب مرجع مربوطه یا شخص به نفع خود یا شخص دیگری خارج یا پنهان یا حیف و میل نماید، مرتکب جرم اختلاس شده است.¹ ماده‌ی 3 قانون مبارزه علیه ارتشاء و فساد اداری جمهوری اسلامی افغانستان مصوب 1383 تحت عنوان فساد اداری در قالب اختلاس و غدر، اختلاس را جرم دانسته است.² قانون کارکنان خدمات ملکی افغانستان در ماده 13 تمام کارکنان را از ارتکاب جرایم

¹ . کد جزای جمهوری اسلامی افغانستان مصوب 1395/12/14؛ رسمیت یافته 1396/8/14، ماده 388.

² . قانون مبارزه علیه ارتشاء و فساد اداری جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب 1383/7/7.

رشوت، اختلاس و سایر انواع فساد اداری، منع کرده است.¹ مجازات اختلاس، حسب مورد از دو سال تا حبس دوام درجه 2 و انفصال از وظیفه، در نظر گرفته شده است.² طبق اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اگر تخلفات کارکنان دولت بر اساس منابع قانونی یک کشور و یا اسناد قانونی بین‌المللی جرم باشند، آن تخلف جرم محسوب می‌گردد، در غیر این صورت تخلف اداری، انتظامی و... قلمداد خواهد شد که بر اساس قوانین سازمان استخدامی خاص آن کشور، محاکمه خواهد شد.

تخلف کارمند و یا غیر آن با هر رفتاری که موجب ورود خسارت شود، از نگاه قانون مسئولیت مدنی افغانستان نیز به‌عنوان جرم مدنی قابل تحقق است، در ماده 759 قانون مدنی افغانستان آمده است: «شخصی که مال غیر را خواه در تصرف خودش باشد یا امین او، قصداً و یا بدون قصد تلف نماید، بضمن ضرر ناشی از عمل خود مکلف شناخته می‌شود.»³

3/2. جرم‌انگاری در قوانین کیفری بین‌المللی

مواد 17 و 22 کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد مصوب 2003 در مریدا مکزیك، اختلاس را در اموال در بخش دولتی، خصوصی و مؤسسات غیردولتی جرم دانسته و تأکید می‌کند که هر کشور عضو تدابیری اتخاذ خواهد نمود تا حیف و میل، اختلاس و دیگر استفاده‌های غیرمجاز از اموال بخش دولتی و خصوصی یا هر اشیاء و اموالی که به موجب وظیفه به شخص مرتکب واگذار شده‌اند، جرم تلقی گردد.⁴

بند(ب) و (پ) ماده‌ی 23 آن کنوانسیون، به‌طور کلی فساد کارمندان در بخش دولتی و خصوصی را جرم تلقی نموده است، و کشورهای عضو متعهدند که طبق آن عمل نمایند: «ب. هر کشور عضو، حداقل حد جامعی از تخلفات کیفری احراز شده طبق این کنوانسیون را به‌عنوان جرائم انتسابی به حساب خواهد آورد. پ. از نظر ردیف (ب) فوق،

¹ . قانون کارکنان خدمات ملکی جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب 1387/3/26.

² . کد جزای افغانستان، ماده 389.

³ . قانون مدنی افغانستان، مصوب 1355/6/30.

⁴ . United Nations Convention against Corruption, in Merida, Mexico - General Assembly resolution of 31 October 2003, Article 17-22.

جرایم انتسابی، شامل جرائم ارتکاب یافته هم در داخل و هم خارج از حوزه صلاحیت کشور عضو می‌باشد، این جرایم تنها زمانی جرم کیفری تلقی خواهد شد که رفتار مربوط، طبق قانون داخلی کشوری که جرم در آن ارتکاب یافته است، جرم کیفری تلقی شود.¹

ماده ۵ کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد، سیاست‌ها و اقدامات پیشگیری از فساد را چنین برمی‌شمارد: هر کشور عضو، طبق اصول اساسی نظام حقوقی خود، سیاست‌های مؤثر و هماهنگ ضد فساد را چون مشارکت جامعه، اصول حاکمیت قانون، مدیریت مناسب امور عمومی و اموال دولتی، شفافیت و مسئولیت‌پذیری را توسعه داده و اجرا خواهد کرد. و اقدامات مؤثری را باهدف پیشگیری از فساد به عمل آورده، اسناد قانونی مربوط و اقدامات اداری را از نظر تعیین کیفیت آن‌ها برای پیشگیری و مبارزه با فساد ارزیابی نماید. همین‌طور کشورها، به نحو مقتضی و طبق اصول اساسی نظام حقوقی خود با یکدیگر و سازمان‌های منطقه‌ای و بین‌المللی جهت توسعه اقدامات موضوع این ماده همکاری خواهند نمود.²

در بررسی موضوع جرم و تخلف اداری، موارد ذیل قابل توجه می‌باشند. برخی از جرائم تخلف اداری نیز هستند. (مانند عضویت کارمند در گروه‌های محارب) برخی از جرائم کارمندان تخلف اداری نیستند. (مانند قتل) اما برخی از تخلفات اداری جرم هم هستند. (مانند رشوه و اختلاس که هر دو حالت را دارا می‌باشند) برخی از تخلفات اداری جرم نیستند. (یعنی صرفاً از بابت مسئولیت‌های شغلی و اداری قابل پیگرد هستند مانند غیبت غیرموجه).³

تخلف و فساد مالی عناصر دولتی به شیوهی اختلاس، خیانت در امانت، عدم رعایت انضباط اقتصادی و مالی، سرقت، تبانی در انجام معاملات، ارتشا، اخذ پورسانت، رانت‌خواری، استفاده‌ی غیرمجاز از اموال دولتی، تحقق می‌یابند؛ که آن‌ها در قوانین داخلی و بین‌المللی جرم‌انگاری شده‌اند. در ادامه برخی از آن‌ها مورد بررسی قرار می‌گیرند.

1. United Nations Convention against Corruption, in Merida, Mexico - 2003, Article 23.

2. Ibid - Article 5.

3. عبدالحمید ابوالحمد، حقوق اداری ایران، انتشارات توس، 1376، ص 293.

4. ارتکاب جرم اختلاس توسط کارمندان دولت

اختلاس جرمی است که فقط توسط کارمند دولت و یا مؤلف مؤسسه غیردولتی، خصوصی، جمعیت، نهادهای خصوصی که از طرف دولت و یا مؤسسات مؤلف به خدمات عمومی می‌باشد، قابل ارتکاب است. در ادامه عناصر و شرایط تحقق جرم اختلاس، منقول و یا غیر منقول بودن اموال، مجازات و موارد تشدید جرم اختلاس را بررسی می‌کنیم.

4/1. ارکان و عناصر جرم اختلاس

الف. عنصر قانونی

1. عنصر قانونی اختلاس در قوانین داخلی؛ این رکن در قوانین افغانستان مورد توجه جدی قرار گرفته است. کد جزای¹ افغانستان یکی از عناصر قانونی مهم این جرم به‌شمار می‌رود که اختلاس را در ماده 388، جرم دانسته است: هرگاه مؤلف خدمات عامه یا مؤلف مؤسسه غیردولتی یا... وجوه، اوراق بهادار یا دارایی مرجع مربوط یا شخصی را که به حکم وظیفه به وی سپرده شده... بدون حق، تحت تصرف مالکانه خود درآورد، یا به هر طریق حیف و میل نماید، مرتکب جرم اختلاس شده است.² ماده 3 قانون مبارزه علیه ارتشاء و فساد اداری جمهوری اسلامی افغانستان مصوب 1383 تحت عنوان فساد اداری در قالب اختلاس و غدر، اختلاس را جرم‌انگاری نموده است.³ قانون کارکنان خدمات ملکی افغانستان در ماده 13 تمام کارکنان را از ارتکاب جرایم رشوت، اختلاس و سایر انواع فساد اداری، منع کرده است.⁴

در قانون جزای سابق افغانستان مصوب 1355 نیز اختلاس چنین جرم‌انگاری شده است: «1. هر موظف خدمات عامه که اموال دولت یا اموال افراد را که منحیث وظیفه به او سپرده شده اختلاس یا پنهان نماید به حبس طویلی که از ده سال بیشتر نباشد محکوم

¹. کد جزای جمهوری اسلامی افغانستان در 1395/12/14 تصویب و انتشار یافت، بعد از نه ماه یعنی از عقرب سال 1396 نافذ گردیده است.

². کد جزای جمهوری اسلامی افغانستان مصوب 1395/12/14، ماده 388.

³. قانون مبارزه علیه ارتشاء و فساد اداری جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب 1383/7/7.

⁴. قانون کارکنان خدمات ملکی جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب 1387/3/26.

می‌گردد. 2. اگر جرم مندرج فقره فوق را خزانه‌دار، مأمور تحصیلی، صراف، مأمور بطرول، مأمور شکر، گدامدار، معتمدین نقدی و جنسی و موظفین ارزاق یا سایر اشخاصی که من حیث وظیفه به حفاظت اشیای اختلاس شده و یا پنهان شده مکلف باشند مرتکب گردند، به حبس طویل محکوم می‌گردند...»¹

سایر کشورها از جمله ایران اختلاس را در قالب مصوبات قانونی جرم‌انگاری نموده‌اند: «هر یک از کارمندان و کارکنان... دولتی یا وابسته به دولت... و به‌طور کلی قوای سه‌گانه و همچنین نیروهای مسلح... وجوه یا مطالبات یا حواله‌ها... یا سایر اموال متعلق به [دولت] یا اشخاص را که برحسب وظیفه به آن‌ها سپرده شده است، به نفع خود یا دیگری برداشت و تصاحب کند، مختلس محسوب و مجازات خواهد شد.»²

2. عنصر قانونی اختلاس در اسناد بین‌المللی؛ اختلاس نوعی از کلاهبرداری محسوب می‌شود که بیشتر به‌صورت برنامه‌ریزی شده، منظم و پنهان و بدون رضایت و آگاهی دیگران صورت می‌گیرد. کنوانسیون سازمان ملل متحد علیه فساد، طی مواد 17 و 22 تحت عنوان حیف و میل، اختلاس و استفاده غیرمجاز از اموال³ توسط مقام‌های دولتی و تحت عنوان اختلاس اموال در بخش خصوصی، اختلاس را جرم‌انگاری نموده است. ماده 17 کنوانسیون مقرر می‌دارد: «هر کشور عضو، قوانین و سایر اقدامات ضروری را اتخاذ خواهد نمود تا حیف و میل، اختلاس و دیگر استفاده‌های غیرمجاز از هر مال یا وجوه دولتی یا شخصی یا اوراق بهادار یا هر چیز دیگر با ارزش توسط مقام دولتی در جهت منافع خود یا هر شخص یا واحد دیگر که بنا به موقعیت شغلی او به وی واگذار شده است، در صورتی که به‌صورت عمدی ارتکاب یابد، جرم تلقی گردد.»⁴

¹. قانون جزای افغانستان، مصوب 31 سنبله، 1355، کابل، انتشارات وزارت عدلیه، 1388، ماده 268.

². قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری، ایران، ماده 5.

³. Embezzlement, Misappropriation And Other Diversion Of Property.

⁴. United Nations Convention against Corruption, in Merida, Mexico - General Assembly resolution of 31 October 2003, Article 17.

ماده‌ی 22 آن کنوانسیون، اختلاس در بخش خصوصی را مورد تأکید قرار داده است: «هر کشور عضو، اتخاذ قوانین و سایر اقدامات مقتضی را مدنظر قرار خواهد داد تا ارتکاب اختلاس در حین فعالیت‌های اقتصادی، مالی یا بازرگانی، توسط شخصی که در هر جایگاهی در بخش خصوصی فعالیت می‌کند یا آن را اداره می‌کند، از هر مالی، وجوه خصوصی یا اوراق بهادار یا هر چیز باارزشی که به‌موجب جایگاه شغلی وی، به او واگذار شده است، در صورتی که به‌صورت عمدی ارتکاب یافته باشد، به‌عنوان جرم کیفری تلقی گردد».¹

ب. عنصر مادی جرم اختلاس

عناصر مادی ذیل را برای جرم اختلاس، می‌توان از کد جزای افغانستان، مورد شناسایی قرار داد.

الف. مرتکب: مؤلف خدمات عامه یا مؤلف مؤسسه غیر دولتی، مؤسسه خصوصی یا جمعیت که از طرف دولت یا مؤسسه غیر دولتی یا خصوصی به انجام خدمات عامه استخدام شده یا خدمات عمومی را انجام می‌دهد یا مؤلف یکی از نهادهای خصوصی؛ ب. اموال مورد اختلاس: وجوه، اوراق بهادار یا دارایی مرجع مربوط یا شخصی را که به حکم وظیفه به وی سپرده شده یا مکلف به اداره و حفاظت آن باشد، اجناس و یا اشیاء مورد محافظت و منافع عمومی؛ ج. اعمال و رفتار مجرمانه: تصرف مالکانه اموال یا خارج کردن از حساب، پنهان کردن، حیف و میل، اضرار به منفعت عامه، گزارش پروژه‌های خیالی، ایجاد تشکیلات و مقرری‌های عاری از حقیقت، به صورت عمدی به نفع خود یا شخص دیگری، عناصر مادی جرم اختلاس را تشکیل می‌دهند.² د. تصرف عمدی به‌صورت مالکانه: یعنی مرتکب اقدامات و یا حالتی را ایجاد کند که اموال را عمداً از اختیار دولت و یا صاحب مال خارج و تحت اختیار و مالکیت خود و یا دیگری قرار دهد. بنابراین اختلاس از جرائم مقید به نتیجه است، یعنی باید عناصر فوق از جمله تصاحب و تصرف عمدی مالکانه و حیف و میل اموال توسط مرتکب تحقق یافته و رکن مادی و رفتار مجرمانه شکل بگیرند، تا مرتکب طبق قانون مستوجب مجازات اختلاس گردد. اگر

¹. Ibid, Article 22.

². کد جزای جمهوری اسلامی افغانستان مصوب 1395/12/14، ماده 390.

مرتکب درصدد تصاحب اموال مذکور برآمد، ولی توسط عواملی بیرونی به اراده و تصمیم خود از ارتکاب اختلاس بازماند، فقط آن فرد، جرم شروع به اختلاس را انجام داده است. یا مرتکب فقط آن اموال را مورد استفاده قرار دهد مثلاً موثر دولتی را در استفاده شخصی بکارگیرد، در این صورت جرم تصرف غیرقانونی اموال، تحقق یافته است.

ج. عنصر معنوی جرم اختلاس

وجود قصد آگاهانه کارمند و داشتن سوءنیت، برای تحقق جرم اختلاس لازم است. کد جزای افغانستان بر این عنصر تأکید نموده است. هرگاه مؤلف دولتی و غیر دولتی... از روی عمد به منافع عمومی ضرر وارد نموده و یا آن را مختل سازد عمل وی در حکم اختلاس شناخته و مجازات می‌شود.¹ یعنی کارمند کاملاً آگاه باشد که این کار او خلاف قانون و مقررات بوده و عمداً مال را تصاحب و یا حیف و میل کند (سوءنیت عام). از سوی دیگر بدانند که تصاحب و مالک شدن این مال به نفع خود و یا دیگری جرم اختلاس را در پی خواهد داشت (سوء نیت خاص). اگر کارمند بر اثر بی‌احتیاطی یا اشتباه در خصوص اموالی که برحسب وظیفه به او سپرده شده است، آن مال را ناقص و یا تملیک کند، مستوجب جرم اختلاس نمی‌شود. اما مسئولیت مدنی را در پی خواهد داشت، باید نقص در آن مال را جبران، اگر سالم است عین آن را به صاحبش برگرداند و اگر مورد مصرف قرار گرفته، قیمت و عوض آن را برگرداند.

4/2. شرایط تحقق جرم اختلاس

جرم اختلاس با اوصاف و شرایطی نسبت به مرتکب، اموال مورد اختلاس، صاحبان اموال و نوع سمت مرتکب تحقق می‌یابد، اگر آن شرایط فراهم نباشند، عمل ارتكابی جرم اختلاس نخواهد بود. در ادامه اوصاف و شرایط جرم اختلاس را به کوتاهی بررسی می‌کنیم.

الف. جایگاه اختلاس کننده؛ مرتکب باید از کارمندان دولت، مأموران خدمات عامه، مؤلف مؤسسات غیر دولتی، مؤسسه خصوصی، یا از طرف جمعیت و یا مؤلف یکی از نهادهای خصوصی باشد، که از طرف دولت یا آن نهادها به انجام خدمات استخدام شده است. مختلس به این اوصاف از اجزای اصلی عنصر مادی جرم اختلاس می‌باشد.

¹. همان، ماده 389.

ب. موضوع و اموال مورد اختلاس؛ جرم اختلاس، بر اساس مواد قانونی قوانین کیفری افغانستان، در موضوعات و عناوین چون وجوه نقدی، اوراق بهادار، دیگر اموال منقول، غیرمنقول، اضرار به منافع عمومی، ایجاد تشکیلات موهوم، گزارش پروژه‌های خیالی و مقرری‌های عاری از حقیقت، تحقق می‌یابد.¹ یعنی موضوع مورد اختلاس اعم از مال و غیر مال، اعم از مال منقول و غیر منقول، نقدی و غیر نقدی، می‌باشد.

ج. سپردن اموال برحسب وظیفه به مرتکب، یا تحت حفاظت او قرار داشتن؛ اموال نقدی، غیر نقدی و یا منفعت که طبق وظیفه‌ی دولتی به وی سپرده شده و یا مؤظف در محافظت و یا کسب آن باشد، فرد مؤظف این اموال و اجناس را به نفع خود یا دیگری تملیک و تصاحب کند، یا منفعت مورد نظر را عمداً مختل و کسب نماید و به منافع عامه ضرر بزند، یا این‌که تشکیلات و گزارش مقرری‌های موهوم ارائه دهد، در این صورت مرتکب جرم اختلاس شده است. بنابراین سپردن مال باید به صورت صحیح و در چارچوب قانون باشد، و یا مؤظف دولتی و مؤسسات غیر دولتی و دیگر نهادها، مستخدم رسمی بوده و اموال را غیرقانونی و عمدی مالک و حیف و میل نماید. پس اگر مأموری خارج از ضوابط قانونی، فرد دیگری را وادار به تسلیم مال کند و صاحب مال در نتیجه اکراه و اجبار حاضر به تسلیم مال شود و متعاقب آن مأمور یاد شده آن مال را تصاحب کند، عمل او اختلاس نبوده، فقط نوعی اخاذی خواهد بود.²

د. صاحب اموال؛ اختلاس باید از اموال دولت، مؤسسات غیر دولتی، مؤسسه خصوصی، اموال جمعیت و یا یکی از نهادهای خصوصی و اموال شخصی که به دست دولت امانت و به حکم وظیفه به فرد واگذار شده، صورت بگیرد. اصل بر این است که تصرف و تصاحب در اموال متعلق به دولت از مصادیق جرم اختلاس باشد و استثنائاً دخل و تصرف مالکانه در اموالی که به‌حسب وظیفه به کارمندان دولت سپرده شده در حکم اختلاس است. کد جزای افغانستان، در اختلاس تصاحب و حیف و میل اموال دولت، نهادها و مؤسسات غیر دولتی و خصوصی را مورد تأکید قرار داده است. از سوی دیگر تصاحب غیر قانونی اموال دولتی و مؤسسات غیردولتی و خصوصی ممکن است از

¹ . همان، مواد 388 تا 390.

² . گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای اختصاصی، تهران، دانشگاه تهران، 1385، ص 425.

مصادیق خیانت در امانت یا کلاهبرداری یا سرقت نیز باشد. بنابراین صاحب اموال می‌تواند هم دولت و هم غیر دولت باشد.

هـ. تصرف مالکانه و یا حیف و میل اموال؛ عنصر بعدی برای تحقق جرم اختلاس، تصاحب و مالک شدن عمدی است، به این معنا که مرتکب باید اموالی که در اختیار اوست، عالماً و عامداً به ملکیت خود و یا دیگری درآورد، یا آن‌ها را به نفع خود یا دیگری از تصرف دیگران خارج یا پنهان کند و یا حیف و میل کند، یا به منافع عمومی ضرر وارد نماید، یا از گزارش خیالی و ایجاد تشکیلات موهوم، منفعتی را به نفع خود و یا دیگری مالک شود. صرف استفاده کردن غیرمجاز از اموال بدون قصد تملک و یا تملیک، آن را نمی‌توان اختلاس نامید.

4/3. بررسی منقول یا غیر منقول بودن اموال

موضوع جرم اختلاس و مال مورد نظر، مال منقول باید باشد یا شامل غیرمنقول نیز می‌گردد؟ با توجه به توسعه‌ی اشکال تصاحب و تغییر مفهوم ربایش مال در حال غفلت صاحب آن، می‌توان گفت اموال غیرمنقول نیز موضوع جرم اختلاس می‌باشد. درباره شمول یا عدم شمول جرم اختلاس بر اموال غیرمنقول دو دیدگاه متفاوت از برخی حقوقدانان به چشم می‌خورند.

الف. عده‌ای بر این عقیده‌اند که اختلاس چنانکه بر مال منقول واقع می‌شود، همچنین بر مال غیرمنقول نیز محقق می‌شود. آنان این‌گونه استدلال می‌کنند که، استیلاء بر اموال علاوه‌ی بر منقول، وقوع آن بر غیرمنقول نیز متصور است، در برخی از صورت‌های جرم اختلاس شمول و عمومیتی است که می‌توان گفت این جرم بر ضد اموال غیرمنقول نیز سریان دارد.¹ کد جزای افغانستان در ماده 388 با کاربرد کلمه‌ی «حیف و میل» و در ماده 393 با کاربرد کلماتی چون «جنس و اشیاء» به نوعی اختلاس در اموال غیر منقول را نیز تأیید می‌کند. چون جنس و اشیاء مفهوم عام است یعنی هم شامل جنس و شیئی منقول و هم غیر منقول می‌گردند، و همین‌طور حیف و میل نیز در وجوه نقدی و اموال منقول و غیر منقول صدق می‌کند.

¹. الجورانی، عبدالرحمن، جریمة الاختلاس الاموال العامة فی التشريع و القضاء العراقي، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1990، ص 175.

کنوانسیون ملل متحد در بند «ت» ماده دوم «اموال» مورد فساد مالی کارکنان دولت را، این گونه تعریف نموده است: «تمام دارایی‌ها از هر نوع اعم از مادی یا غیرمادی، منقول یا غیرمنقول، ملموس یا غیرملموس و اسناد قانونی یا اسناد مبین حق یا منافع در دارایی‌های مزبور «اموال» اطلاق می‌شود».¹ بنابراین اختلاس در اموال غیر منقول نیز قابل تحقق است.

ب. در مقابل نظریه فوق، برخی از حقوق‌دانان دیگر بر این باورند که موضوع جرم اختلاس فقط اموال منقول می‌باشد. یکی از حقوق‌دانان مصر با بررسی قانون مصر درباره‌ی عدم شمول مفهوم اختلاس در اموال غیرمنقول می‌نویسد: «... قانون‌گذار مصر در ماده 112 مجازات در موضوع جرم اختلاس شرط کرده است که اموال یا اوراق یا غیر آنها باشد و در مال موضوع اختلاس شرط کرده است که باید منقول باشد. این با حکمت جرم دانستن اختلاس اموالی که کارمند به سبب وظیفه آنها را حیازت می‌کند، سازگاری دارد، این حکمت تنها نسبت به اموال منقول محقق می‌شود».²

در ماده 388 کد جزای افغانستان گرچه کاربرد کلماتی چون «از حساب مرجع خارج... تصرف مالکانه» اذهان را به وجوه نقدی و اموال منقول متمرکز می‌کند. اما واقعیت این است که اختلاس شامل اموال غیرمنقول نیز می‌شود. همان طوری که قبلاً به ماده قانونی کد جزای افغانستان اشاره داشتیم، استفاده از کلماتی مانند «جنس، اشیاء و حیف و میل» شامل وجوه نقدی، اوراق بهادار و دیگر اموال منقول و غیر منقول می‌گردند.

امروزه حقوق جزایی افغانستان اختلاس را در موضوع گسترده‌تری از وجوه نقدی و اموال منقول چون اضرار به منافع عامه، گزارش پروژه‌های موهوم، تشکیلات و مقرری‌های بدون حقیقت، صادق می‌دانند. مواد 389 و 390 کد جزای افغانستان مقرر می‌دارند که: «ضرر رساندن به منفعت و یا اختلال آن به صورت عمدی به نفع خود یا دیگری و یا

¹ . United Nations Convention against Corruption, in Merida, Mexico - General Assembly resolution of 31 October 2003, Article 2 - T.

² . الشاذلی، فوح عبدالله، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة فی القانون المصری، الطبعة الاولى، الکتب الجامعی الحدیث، 1991، ص 333.

گزارش پروژه‌های خیالی، تشکیلات و مقرری‌های عاری از حقیقت در حکم اختلاس شناخته شده، مجرم به حسب مورد مطابق قانون مجازات می‌گردد».¹

5. مجازات جرم اختلاس

قوانین جزایی افغانستان، برای جرم اختلاس مجازاتی را پیش‌بینی نموده اند، که موادی از کد جزای افغانستان را در این باره مرور می‌کنیم.

5/1. مجازات مؤظفین خدمات عمومی

هرگا مجرم مؤظف خدمات عمومی دولتی باشد، بر حسب مورد و میزان اختلاس وی، کیفیت مجازات او تعیین می‌گردد. در صورتی که وجه اختلاس تا یکصد هزار افغانی باشد به حبس متوسط تا دو سال، وجه اختلاس از صد هزار تا پنجصد هزار باشد حبس بیش از دو سال، از پنجصد تا یک میلیون باشد حبس طویل تا ده سال، اگر از یک میلیون تا ده میلیون باشد به حد اکثر حبس طویل، و اگر بیش از ده میلیون افغانی باشد به حبس دوام درجه 2 مجازات می‌شود.² البته مجازات تکمیلی نیز مورد توجه مقنن بوده است که در ادامه مطرح می‌کنیم.

5/2. مجازات مؤظفین مؤسسات غیردولتی و خصوصی

هرگا مجرم مؤظف مؤسسات غیر دولتی، خصوصی یا جمعیت باشد، بر حسب میزان اختلاس وی، برای او مجازات تعیین می‌گردد. در صورتی وجه اختلاس شده تا یکصد هزار افغانی باشد به حبس متوسط تا دو سال، از یکصد هزار تا پنجصد هزار باشد حبس متوسط بیش از دو سال، از پنجصد تا یک میلیون باشد به حداکثر حبس متوسط، اگر از یک میلیون تا ده میلیون باشد به حبس طویل تا هفت سال، و اگر بیش از ده میلیون افغانی باشد به حبس طویل تا ده سال، مجازات فرد مجرم مورد حکم قرار می‌گیرد.³

ابهامات قانونی در مجازات اختلاس؛ در مواد 391 و 392 کد جزا ابهاماتی به نظر می‌رسند، مورد کمترین وجه اختلاس «تا یکصد هزار» و نیز قید نمودن سبب مجازات فقط در وجه نقد «در صورتی وجه اختلاس...» مبهم و غیر فنی تقریر یافته‌اند. چون اگر

¹ . کد جزای افغانستان، مواد 389 تا 390، مصوب 1395.

² . همان، ماده 391.

³ . کد جزای افغانستان، ماده 392، مصوب 1395.

منظور از کاربرد حرف ارتباطی «تا» نشان دادن نهایت چیزی باشد باید ابتدایی هم داشته باشد یعنی از صفر تا یکصد هزار، که در اینجا مبلغ ابتدایی بیان نشده است. به موجب این مواد قانونی، شخصی که کمتر از یک افغانی تا یکصد هزار اختلاس کند مورد حکم قرار گرفته و فردی که مثلاً یک افغانی را از طریق اختلاس مالک شود، باید به حبس متوسط تا دو سال محکوم گردد، که این امر عقلانی نبوده و با اصل تناسب جرم و مجازات مغایرت دارد.

اگر منظور از «تا» همان «حد و اندازه» باشد، باید قانون‌گذار مشخص می‌گفت «...در حد یکصد هزار» باشد، که چنین نفروده است. از سوی دیگر قانون‌گذار اختلاس در وجه نقد، جنس، اضرار عمدی به منافع عمومی، ایجاد تشکیلات و مقرری‌های خیالی، گزارش پرونده‌های خیالی را جرم‌انگاری نموده است، اما فقط مجازات اختلاس در وجه نقد «... وجه اختلاس شده تا...» را تصریح نموده و مجازات اختلاس در اضرار به منافع عمومی، ایجاد تشکیلات و مقرری موهوم و... را در هیچ موادی بیان نکرده و کاملاً در ابهام قرار دارند. بنابراین فرد قاضی نمی‌تواند بر اساس اصل قانونی بودن جرم و مجازات، کیفر و مجازات جرمی را که مجازاتش در قانون نیامده، به زعم خود مقرر و تعیین نماید.

5/3. مجازات تکمیلی جرم اختلاس

کد جزای افغانستان، مجازات تکمیلی را نیز برای جرم اختلاس مد نظر قرار داده است، ماده 398 در این باره چنین مقرر می‌دارد که: «مرتکب جرایم مندرج این فصل علاوه بر مجازات معینه بر رد و جوه و دارایی حاصله و مصادرة عواید ناشی از آن محکوم می‌گردد، هرگاه وجه اختلاسی بیش از صد هزار افغانی باشد، مرتکب به انفصال از وظیفه و طرد از مسلک محکوم می‌شود».¹

مجازات انفصال از خدمت در این ماده، به نظر می‌رسد که دارای ابهام جدی است، زیرا قانون‌گذار مشخص نکرده است که تا چه مدتی یا به‌طور دائم انفصال از وظیفه، انفصال از کدام وظایف، مد نظر مقنن می‌باشد. در اینجا باید به‌طور واضح انفصال به مدت دو سال و... یا انفصال دائم از وظیفه، و همین‌طور وظایف مالی غیرمالی، دولتی و غیردولتی تصریح می‌گردید. از سوی دیگر «بیش از صد هزار» یعنی تا چند میلیون، حد و

¹. همان، ماده 398.

مرزی ندارد، باید اینجا مقنن نهایت میزان و مبلغ موضوع اختلاس را معین می‌کرد. چون اختلاس دارای حالات مشدده بوده و براساس آن مجازات‌ها از جمله انفصال وظیفه مشخص و بر حسب کیفیات مشدده، باید متغیر باشد.

5/4. حالات مشدده جرم اختلاس

کیفیات مشدده جرم اختلاس را ماده 393 کد جزای افغانستان چنین بیان می‌کند: «هرگاه خزانه‌دار، تحویلدار، مأمور تحصیلی، صراف، گدام‌دار، معتمد نقدی، یا جنسی یا سایر مؤظفینی که منحیث وظیفه اشیای اختلاس شده و یا پنهان شده مکلف باشند، مرتکب جرم اختلاس گردند، به حداکثر جرم مرتکبه اختلاس در این فصل [دوم باب چهارم] محکوم می‌گردد».¹ در حالات مشدده اختلاس، قانون‌گذار فقط داشتن وظیفه و مسئولیت فرد در محافظت اموال و اشیاء مورد اختلاس را از کیفیات مشدده جرم اختلاس دانسته است. از روح ماده‌ی 495 کد جزا استنباط می‌شود که اگر افراد کارمند فراتر از حالت عادی در قالب یک شبکه و تشکیلات سازمان یافته مرتکب اختلاس شود، به صورت مشدد به حداکثر مجازات اختلاس محکوم می‌شوند.² اما کد جزای افغانستان درجایی که اشخاص از طریق تزویر، فریب کاری و یا جعل اسناد مرتکب جرم اختلاس شوند، ساکت است و هیچ جرم و مجازات مشدده‌ای را بدین عناوین بیان نکرده است. بسیاری از حقوق‌دانان، منابع حقوقی بین‌المللی و برخی کشورها ایجاد شبکه و تشکل، جعل اسناد، فریب کاری و تزویر در ارتکاب جرم اختلاس را، از حالات مشدده آن می‌دانند و جریمه نقدی را علاوه بر سایر مجازات اختلاس به‌عنوان جرم مشدد اختلاس مورد توجه قرار داده‌اند.

6. مقایسه اختلاس با تصرف غیرقانونی، رشوه و سرقت

6/1. تصرف غیرقانونی و اختلاس

تصرف غیرقانونی، در معنای عام هرگونه مداخله غیرمجاز در مال دیگری را شامل می‌شود. یکی از حقوق‌دانان تصرف غیرقانونی را این‌گونه تعریف می‌کند: «عبارت از تصرف بدون مجوز قانونی امانت اموال دولت (یا اموالی که متعلق به افراد و اشخاص است

¹ . کد جزای افغانستان، ماده 393، مصوب 1395.

² . همان، ماده 495، بند 3.

و دولت به امانت آن‌ها را نگه‌می‌دارد) در اموال منقولی که امین در نگهداری آن‌ها هستند.¹ کد جزای افغانستان تصرف غیرقانونی را چنین تعریف می‌کند: «هرگاه مؤظف خدمات عامه که پول، اوراق بهادار، اسناد مالی، کالا یا سایر اموال ملکیت دولت را تحت تصرف مالکانه خود در آورد یا به آن صدمه وارد نماید یا آن را از بین ببرد، به حبس متوسط تا سه سال محکوم می‌گردد، و یا وجوه نقدی را که در اختیارش قرار دارد، طوری دیگر غیرقانونی استفاده نماید، به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی، محکوم می‌شود».²

بنابراین می‌توان گفت که تصرف غیرقانونی عبارت است از مورد استفاده غیرمجاز قرار دادن اموال یا اوراق بهادار، که حسب وظیفه به کارمند سپرده شده‌اند، اموال مذکور را به علت اهمال یا تفریط تحت تصرف مالکانه در آورد، یا ضرر بزند و یا از بین ببرد. ماده‌ی 17 کنوانسیون سازمان ملل متحد در مبارزه با فساد، پس از جرم‌انگاری حیف‌ومیل و اختلاس اموال دولتی، استفاده‌ی «غیرمجاز» از اموال دولتی را نیز تحت عنوان (Other diversion of Property) جرم‌انگاری نموده است: «هر کشور عضو، قوانین و سایر اقدامات ضروری را اتخاذ خواهد نمود تا حیف‌ومیل، اختلاس و دیگر استفاده‌های غیرمجاز از هر مال یا وجوه دولتی یا شخصی... در صورتی که به صورت عمدی ارتکاب یابد، جرم تلقی گردد».³

از فساد مالی کارمندان دولت، اختلاس و تصرف غیرقانونی ارتباط وثیقی باهم دارند، در تصرف غیرقانونی و اختلاس، مرتکب از کارکنان و کارمندان دولت است که علیه حقوق مالی دولت مرتکب خیانت می‌گردد، بنابراین در هر دو جرم، مرتکب دارای سمت دولتی است. از جهت موضوع جرم نیز به نظر می‌رسد که میان هر دو عنوان شباهت وجود دارد به این معنا که در هر دو مورد هم شامل اموال منقول و هم غیرمنقول می‌شوند. برای تحقق جرم تصرف غیرقانونی نیز باید مال موضوع جرم قبلاً به مرتکب تسلیم یا به او

¹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ ششم، تهران، انتشارات گنج‌دانش، 1372، ص 156.

². کد جزای افغانستان، مواد 396 و 397، مصوب 1395.

³. United Nations Convention against Corruption, in Merida, Mexico - Article 17.

سپرده شده باشد. این شرط از جمله وجوه اشتراک جرائم یادشده با جرم خیانت در امانت نیز است.

اختلاس و تصرف غیرقانونی جزء جرائم عمدی محسوب می‌شوند، در عین حال اجزای تشکیل‌دهنده رکن روانی در هر دو مورد یکی نیست. اختلاس جرم مقید است، یعنی جرم باید با تصاحب مال (سوءنیت خاص) توسط مرتکب به نفع خودش و یا دیگری پایان پذیرد. اما تصرف غیرقانونی از آنجاکه این جرم مطلق است، نیاز به اثبات سوءنیت خاص یا عمد در نتیجه ندارد، یعنی خواه مرتکب قصد نتیجه که ضرر رساندن به دولت است را داشته باشد، خواه نه، بلکه در صورتی استفاده یا مصرف غیرمجاز مال تحت تصرفش به عنوان متصرف غیرقانونی قابل مجازات خواهد بود. اما باید توجه داشت که آگاهی کلی (سوء نیت عام) از غیرمجاز بودن تصرف مرتکب، از شرایط معنوی ارتکاب جرم تصرف غیرقانونی نیز هست، یعنی مرتکب خلاف قانون بودن تصرف خود را، در مال دولتی بداند.

تفاوت‌های جرم اختلاس و تصرف غیرقانونی را چنین می‌توان تبیین نمود: در جرم اختلاس، ارتکاب جرم در صورتی قابل تحقق است که نحوه استفاده از اموال به نفع مختلس و ضرر صاحب مال پایان پذیرد، این در حالی است که برای تحقق جرم تصرف غیرقانونی لازم نیست که دولت ضرر ببیند و حتی در مواردی ممکن است که مصرف اموال به نفع دولت و یا مصالح ملی نیز منتهی گردد، اما در عین حال جرم تصرف غیرقانونی محقق گردد. زیرا اموال در غیر مورد پیش‌بینی شده و یا توافق شده به مصرف رسیده است؛ و اگر به تفاوت این دو عنوان جزایی از منظر رکن روانی نیز بنگریم، تفاوت در قصد ارتکاب جرم تبارز می‌یابد، زیرا در اختلاس مرتکب قصد اضرار به غیر را دارد (قصد خاص)، در حالی که در تصرف غیرقانونی صرف وجود قصد مرتکب به ارتکاب جرم، با وجود معرفت او به مخالف قانون بودن عمل، کافی است (سوءنیت عام). از جانب دیگر رفتار مجرمانه، در اختلاس به تصریح قانون‌گذار (تصاحب مال‌کانه، حیف و میل) و در تصرف غیرقانونی (استفاده یا مصرف غیرمجاز) است.

6/2. رشوه و اختلاس

کد جزای افغانستان اخذ رشوه توسط کارمندان دولت را چنین جرم‌انگاری نموده است: هرگا مؤظف یا مؤظف دولت خارجی یا سازمان بین المللی یا بین‌الحکومتی یا

مؤسسه‌ی غیردولتی یا مؤلف مؤسسه خصوصی که فعالیت‌های اقتصادی، مالی یا تجارتهای سایر خدمات عامه را انجام می‌دهد، به منظور اجراء یا امتناع از وظیفه‌ی که به آن مکلف است یا به منظور احراز یا حفظ موقف مشخص به اسم خود یا شخص یا نهاد دیگری به شکل مستقیم یا غیر مستقیم، پول، مال یا منفعت نامشروع را اخذ، طلب یا وعده‌ی پرداخت آن را بگیرد یا به عنوان بخشش آن را قبول کند یا شخصی به مقاصد متذکره پول، مال یا منفعت نامشروع را به شکل مستقیم یا غیر مستقیم به اشخاص مذکور پیشکش نماید یا وعده‌ی پرداخت آنرا بدهد، عمل مذکور رشوت شناخته می‌شود.¹ مجازات آن جرم، از حبس قصیر تا بیش از ده سال به حسب مورد رشوه، تعیین گردیده است.²

هرگاه اشخاصی به طور مستقیم یا غیر مستقیم، پول، مال یا منفعت نامشروع را به کارمندان دولتی، موسسات غیر دولتی، خصوصی و... پیشکش نماید، یا وعده‌ی پرداخت آن‌ها را بدهند، رشوه دهنده گفته می‌شوند. مجازات رشوه دهنده از جزای نقدی تا ده برابر وجه رشوه، و از حبس قصیر تا حبس طویل به مدت ده سال محکوم می‌گردد.³ قانون جزای قدیم افغانستان در مفهوم و جرم‌انگاری ارتشاء کارمندان دولت نیز، مقرر می‌دارد: «هر مؤلف خدمات عامه که به مقصد اجراء یا امتناع و یا اخلال وظیفه‌ای که به آن مکلف باشد به اسم خود یا شخص دیگری پول نقد، مال یا منفعتی را طلب نماید، یا از شخصی وعده‌ی آن را گیرد و یا بخششی را قبول کند، رشوت گیرنده شمرده می‌شود.»⁴

ماده‌ی ۱۵ کنوانسیون سازمان ملل متحد علیه فساد، ارتشاء (Bribery) مقامات دولتی داخلی را بدین گونه جرم‌انگاری نموده است: «هر کشور عضو، اقدامات قانونی و سایر اقدامات لازم را اتخاذ خواهد نمود تا موارد زیر زمانی که به صورت عمدی ارتکاب

¹ . کد جزای افغانستان، ماده 370، مصوب 1395.

² . همان، ماده 371.

³ . همان، ماده 372.

⁴ . قانون جزای افغانستان، مصوب 31 سنبله، 1355، کابل، انتشارات وزارت عدلیه، 1388،

ماده 254.

یافته باشند، به عنوان جرائم کیفری به حساب آیند: الف) وعده، ارائه یا دادن امتیاز بی مورد به یک مقام دولتی به صورت مستقیم یا غیرمستقیم برای خود آن مقام یا هر شخص یا واحد دیگر برای این که آن مقام در انجام وظایف رسمی خود عملی را انجام دهد یا از انجام آن اجتناب ورزد. ب) درخواست یا قبول امتیاز بی مورد از طرف یک مقام دولتی به صورت مستقیم یا غیرمستقیم برای خود آن مقام یا هر شخص یا واحد دیگر برای این که آن مقام در انجام وظایف رسمی خود عملی را انجام دهد یا از انجام آن اجتناب ورزد.¹

همان طوری که ملاحظه فرمودید، در بند ب این ماده صرف درخواست (پیشنهاد) جرم انگاری شده است. ارتشا قبل از کنوانسیون مریدا مقید به اخذ مال بود و مجازات با توجه به وجه مأخوذه در نظر گرفته می شد.

در ارتشاء مانند اختلاس، کارمند دولت به منظور انجام دادن یا ندادن کاری که برحسب قانون به وی محول شده است چنین پیشنهادی را مطرح یا قبول می کند. یعنی امر یا موضوع یا کار در اختیار کارمند دولت می باشد و در نتیجه می توان گفت ارتشا ناظر به کارمندی است که برحسب قانون (وظیفه قانونی) داشته باشد و در غیر این مورد «مرتشی» محسوب نمی گردد.

6/3. سرقت و اختلاس

همان طوری که در تعاریف اختلاس مورد توجه قرار گرفت، حداکثر مفاهیم لغوی اختلاس، به سرقت مال غیر به طور ناگهانی از غیر حرز با استفاده از غفلت صاحب مال تعبیر شده اند، که مجازات آن تعزیری و غیر قطع دست می باشد. اما سرقت به مفهوم خاص ربودن مال غیر از حرز می باشد که مجازات آن در نهایت قطع دست است. سرقتی که برای کارمندان دولت متصور است، سرقت حدی نمی تواند باشد، آنان اموالی را سرقت می کنند که به گونه ای در حرز قرار نداشته، بلکه در اختیار آنان و یا همکارانشان می باشند.

جرائم اختلاس و سرقت از دو جنبه می توانند شبیه به هم باشند، اولین جنبه از مشابهت میان این دو در رکن مادی است به این معنا که در هر دو جرم، هدف مجرم از

¹. United Nations Convention against Corruption, in Merida, Mexico - Article 15.

ارتکاب جرم خارج کردن مال دیگری از تحت تصرف او است. از جنبه معنوی نیز میان این دو جرم شباهت وجود دارد به این معنا که در هر دو جرم عمل تصرف مال دیگری باید همراه با سوءنیت و باهدف خارج کردن آن از تصرف مالک و با علم به اینکه ملک دیگری است صورت گیرد؛ بنابراین عنصر معنوی در هر دو جرم همان برخورد مالکانه با اموال دیگران به صورت عمد است.

تفاوتی میان این دو جرم از لحاظ سمت مرتکب وجود دارد، یعنی در مرتکب اختلاس شرط است که کارمند دولت باشد، اما در سرقت می‌تواند کارمند دولت باشد و هم غیر کارمند دولت، اما تفاوت اساسی میان این دو عنوان جزایی در این است که جرم سرقت تنها در اموال منقول قابل تحقق است و اموال غیرمنقول سرقت نمی‌شود، در حالی که اختلاس هم در اموال منقول و هم غیرمنقول قابل تحقق است.

نتیجه‌گیری

اختلاس از نگاه فقه، نوعی سرقت تعزیری است که ناگهان و سریع انجام گیرد، در یک برداشت موسع شامل مفهوم قطاع الطريق هم می‌شود. اما اختلاس از منظر حقوق، نوعی جرم مجزا و منحصر در کارمندان دولت می‌باشد، گرچه در هر دو جرم، برداشت مال از غیر حرز مشترک است.

فساد مالی کارکنان دولت از جمله اختلاس، طبق قوانین افغانستان و اسناد بین‌المللی چون کنوانسیون ملل متحد علیه فساد مصوب 2003، جرم تلقی شده و برای آن مجازاتی را پیش‌بینی نموده‌اند. اختلاس به مفهوم تصرف مالکانه عمدی اموال منقول و غیرمنقول دولتی، مؤسسه غیردولتی و شخصی توسط کارکنان دولت که به‌حسب وظیفه به آنان سپرده است می‌باشد، که در صورت ارتکاب آن توسط تحویلدار، گداملدار و... مجازات اختلاس تشدید می‌گردد. قوانین جزایی افغانستان خصوصاً کد جزای مصوب 1395 یکی از منابع نسبتاً جامع در حمایت کیفری از اموال دولتی و شخصی می‌باشند، این منابع اختلاس را در اموال منقول، غیرمنقول، ضرر رساندن به منافع عامه، گزارش پرونده‌های خیالی، تشکیلات و مقرری‌های موهوم، صادق می‌داند. اختلاس با تصرف غیرقانونی و سرقت از اموال دولتی و رشوه در این که مرتکب سمت دولتی داشته باشد، نقطه اشتراک دارند. اما جرم سرقت و تصرف غیرقانونی در رکن مادی که در اموال دولتی و غیر دولتی تحقق می‌یابند، با اختلاس که فقط در اموال دولتی صادق است، تفاوت دارند. در

دولت‌های با تمرکز قدرت، انحصارگرا، رانتهی، قومی و خودکامه که دستورات الهی، ایمان و ارزش‌های اخلاقی حاکم نیستند، فساد مالی کارکنان از جمله اختلاس به شدت ترویج می‌گردند. پیشنهاد می‌کنیم که قانون‌گذار در مجازات جرم اختلاس، نوع و مدت انفصال از وظیفه، کم‌ترین و بیشترین مبلغ مورد اختلاس را تعیین نماید، تشکیلات و جعل اسناد را در عوامل مشدده جرم اختلاس و نیز مجازات نقدی به اندازه یا بیشتر از موال اختلاسی را به عنوان جرم مشدد اضافه کند، بدین‌سان ابهام قانونی را برطرف و آن را تکمیل نماید. و نیز پیشنهاد می‌کنیم که دراستای ریشه‌کنی فساد، دولت و مردم ارزش‌های دینی، معنوی و اخلاقی را تقویت نمایند، دولت از تمرکز قدرت بپرهیزد، در امر توسعه متوازن قدرت، اقتصاد، توزیع متعادل فرصت‌ها، امکانات، شایسته‌سالاری، رفاه، امنیت و آسایش عمومی تلاش نمایند.

فهرست منابع

1. ابن ادریس حلی، السرائر، ج3، قم، موسسه نشر اسلامی، 1411 ه. ق.
2. ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم، لسان العرب، ج10، دار الفکر، بیروت، لبنان، 1414 ه. ق.
3. ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداری ایران، انتشارات توس، 1376.
4. جر، خلیل، فرهنگ لاروس، ترجمه سید حمید طیبیان، ج1، انتشارات امیرکبیر، چاپ ششم 1375.
5. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ ششم، تهران، انتشارات گنج‌دانش، 1372.
6. الجورانی، عبدالرحمن، جریمة الاختلاس الاموال العامة فی التشريع و القضاء العراقی، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1990.
7. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربية، ج3، دار العلم للملایین، بیروت، لبنان، 1410 ه. ق.
8. دانایی فرد، حسن، چالش‌های مدیریت دولتی در ایران، تهران: سمت، 1387.

9. ربیعی، علی، زنده‌باد فساد، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، 1383.
10. زبیدی، محب‌الدین، محمد مرتضی حسینی، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الفکر، بیروت، لبنان، 1414.
11. الزحیلی، وهبة، الفقه الاسلامی و ادلته، ج 6، چاپ سوم، دمشق، دارالفکر، 1417.
12. الشاذلی، فتوح عبدالله، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة فی القانون المصری، الکتب الجامعی الحدیث، 1991.
13. شامیاتی، هوشنگ، جرایم علیه اموال و مالکیت، ویستار، چاپ دوم، 1375.
14. عاملی، زین‌الدین بن علی، شهید ثانی، مسالک الافهام، ج 2، مؤسسه المعارف الاسلامیة، قم، 1414.
15. قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری، ایران، مصوب 1364 و 1367/9/15.
16. قانون جزای افغانستان، مصوب 31 سنبله، 1355، کابل، انتشارات وزارت عدلیه، 1388.
17. قانون مبارزه علیه ارتشاء و فساد اداری جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب 1383/7/7.
18. قانون کارکنان خدمات ملکی جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب 1387/3/26.
19. قانون مدنی افغانستان، مصوب 1355/6/30.
20. کد جزای جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب 1395/12/14، رسمیت یافته 1396/8/14.
21. گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای اختصاصی، تهران، دانشگاه تهران، 1385.
22. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، ج 18، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، 1409 ق.
23. مشکینی، میرزا علی، مصطلحات الفقه، بی تا.
24. مقدس‌الاردبیلی، احمد، مجمع‌الفائدة و البرهان، ج 13، قم، مؤسسه نشر اسلامی، 1416 هـ. ق.
25. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج 4، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، 1404 ق.

- United Nations Convention against Corruption, in Merida, .26
 Mexico - General Assembly resolution of 31 October 2003.
 United Nations Development Program (UNDP), Reports in .27
 2004.

اجمالی از فعالیتهای در راستای مبارزه با فساد اداری و مواد مخدر

الف: گزارش فعالیتهای قضائی محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد
 اداری ولایت کابل

1. گزارش

محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل از تاریخ (1/11/1397 الی
 1397/11/30 تعداد (12) دوسیه جرمی مربوط به جرایم ناشی از فساد اداری را مورد
 رسیدگی قضائی قرار داده که در ارتباط به این دوسیه ها تعداد (29) نفر به اتهام سوء استفاده ،
 غفلت وظیفوی ، اخذ رشوه ، تزویر ، اختلاس ، اخاذی غیر قانونی و اکتساب غیر قانونی سلاح

گرفتار شده و از این تعداد (5) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت حاصل و (24) تن مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس یک ماه الی یک سال 3 نفر.
- حبس یک الی پنج سال 13 نفر.
- محکومین جرایم نقدی 8 نفر .
- مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (5133) دالر آمریکائی میشود.

جدول شماره (1) بیانگر آمار محکومین محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل در ماه دلو سال 1397 است

| شماره | نوع قضیه | تعداد قضیه | تعداد مجرمین برائت | تعداد محکوم | تصمیم قضائی | | | | |
|-------|---------------------------------|------------|--------------------|-------------|---------------------------|------------|----------|---------|--------------------|
| | | | | | تعداد محسوس به حبس تنفیذی | جریمه نقدی | 15-5 سال | 5-1 سال | یک تا یک و نیم سال |
| ۱ | سوء استفاده از صلاحیت وظيفی | 2 | 3 | 3 | | | 1 | 2 | 1600 |
| ۲ | اختلاس و اکتساب غیر قانونی سلاح | 2 | 2 | 1 | 1 | | | | |
| ۳ | اخذ رشوت | 4 | 5 | 1 | 4 | | 3 | 1 | 3160 |
| ۴ | تزویر | 1 | 4 | 4 | | | | | |
| ۵ | سوء استفاده و غدر | 2 | 15 | 3 | 12 | | 9 | 3 | 160 |
| ۶ | اخذی های غیر قانونی | 2 | 4 | 4 | | | 2 | 2 | 213 |
| | مجموعه | 12 | 29 | 5 | 24 | | 13 | 3 | 5133 |

همچنان محکمه متذکره طی این مدت در مورد (10) دوسیه قرار قضائی صادر و آنها را غرض تکمیل خالهای تحقیقاتی^۱ و نواقص به مرجع مربوطه ارسال نموده است.

جدول شماره (2) بیانگر قرار های قضائی محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل ماه دلو سال 1397 است

| مرجع مربوط | سبب قرار | تعداد متهم | تعداد قضیه | نوع قضیه | تعداد |
|------------|-------------|------------|------------|------------------------------|-------|
| | خلا و نواقص | | | | |
| خارنوالی | 4 | 10 | 4 | سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی | 1 |
| خارنوالی | 3 | 9 | 3 | تزویر | 2 |
| خارنوالی | 1 | 1 | 1 | رشوت | 3 |
| خارنوالی | 1 | 1 | 1 | غدر | 4 |
| خارنوالی | 1 | 1 | 1 | اکتساب سلاح و تجهیزات نظامی | 5 |
| | 10 | 22 | 10 | مجموعه | |

2. نمونه های از خلاصه احکام صادره محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل

حکم مورخ 1397/11/13

محکومیت یکتن از داکتران شفاخانه جمهوریت به جرم تزویر

یکتن از باشنده گان شهرک آریا عنوانی خارنوالی منع خشونت علیه زن از لت و کوب خویش توسط شوهرش که مدت دو سال میشود عروسی نموده و دارای یک دختر میباشد عارض و نگاشته است که در جریان همین مدت چندین بار لت و کوب شده و بتاریخ ۱۳۹۷/۲/۲۲ نیز لت و کوب شده که بعدا به خانه پدرش رفته و به حوزه دهم پولیس نیز عارض گردیده است و متعاقبا در ساعت 12:30 همان شب موصوفه از طرف برادرش اول به شفاخانه وزیر اکبر خان و بعدا به شفاخانه جمهوریت انتقال مییابد و داکتر به استعلام تاریخ 1395/3/18 کمیته موظف خارنوالی منع خشونت علیه زن در مورد چنین معلومات ارایه نموده که به تاریخ 1394/2/22 یکتن از باشنده گان شهرک آریا از اثر حادثه جنایی لت و کوب توسط شوهرش قرار حکایه موصوفه به ساعت 12:30 شب به شفاخانه جمهوریت آورده شده که از ناحیه دماغ، کوماسیون درجه سوم و پندیدگی دماغ داخل بستر و تحت تداوی قرار گرفته و در اثنا لت و کوب مریضه بیست دقیقه صفحه بیهوشی را سپری نموده با معاینات و وضعیت عمومی شعوری مریضه حالت خواب الود داشته سوالات را به کندی جواب میداد و بعد از سپری نمودن سه هفته رخصت گردیده که قضیه بعد از انجام تحقیقات محول محکمه گردیده و بعداً داکتر شفاخانه جمهوریت

چنین اظهار نموده بنده که با طرفین شناخت قبلی داشتم و به اساس همان شناخت در مورد خانم لت و کوب شده خلاف واقعیت ابراز نظر نمودم که به همین اساس دوکتور مذکور گرفتار و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد که قضیه بعد از تکمیل تحقیقات ابتدایی محول محکمه ابتدائیه جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1397/11/13 متهم را در قضیه تزویر طبق ماده 313 قانون جزا با در نظر داشت ماده 145 قانون مذکور به مدت سه سال حبس تنفیذی محکوم به مجازات نمود و در قضیه سوء استفاده از صلاحیت و ظیفوی به نسبت عدم موجودیت دلایل الزام طبق هدایت ماده 235 قانون اجرات جزایی بری الذمه شناخت.

ج) گزارش و فعالیتهاي قضائي محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت

کابل

1) گزارش

محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل از تاریخ (1397/11/1) الی (1397/11/30) تعداد (13) دوسیه جرمی مربوط به جرایم ناشی از فساد اداری را مورد رسیدگی قضائی قرار داده که در ارتباط به این دوسیه ها تعداد (26) نفر به اتهام سوء استفاده از صلاحیت و ظیفوی، اخذ رشوه، تزویر، غدر، اختلاس و اخاذی غیر قانونی گرفتار شده و از این تعداد (11) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت حاصل کرده و (15) تن مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس یک ماه الی یک سال 3 نفر.
- حبس یک سال الی پنج سال 6 نفر.
- حبس پنج سال الی پانزده سال 1 نفر.
- محکومین جرایم نقدی 5 نفر.
- مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (1653) دالر آمریکائی میشود.

جدول شماره (3) بیانگر آمار اجراءات محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری

ولایت کابل در ماه دلو سال 1397 است

| شماره | نوع قضیه | تصمیم قضائی |
|-------|----------|---------------------------|
| | | تعداد محبوس به حبس تنفیذی |

| | | | | | | | | | | | | |
|------------|-----------------------|------------------------|---------------------|--------------------|------------------------------|----|----|----|---|---|--|--|
| جرمیه نقدی | مجرمین جرائم قضایی | محکومین جرائم قضایی | سال 15-5 حسین | 1-5 سال حسین | یک ماه الی یک سال حسین | | | | | | | |
| 320 | 3 | | 1 | 1 | 5 | 9 | 14 | 5 | سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی و رشوت | ۱ | | |
| | | 1 | | | 1 | 1 | 2 | 2 | اختلاس | ۲ | | |
| | | | 4 | 2 | 6 | 1 | 7 | 4 | اخذ رشوت | ۳ | | |
| 1333 | 2 | | | | 2 | | 2 | 1 | تزویر | ۴ | | |
| | | | 1 | | 1 | | 1 | 1 | سوء استفاده از نفوذ | ۵ | | |
| 1653 | 5 | 1 | 6 | 3 | 15 | 11 | 26 | 13 | مجموعه | | | |

همچنان محکمه متذکره طی این مدت در مورد (7) دوسیه قرار قضایی صادر نموده و آنها را غرض تکمیل خलाهاى تحقیقاتی^۱ و نواقص به مرجع مربوطه ارسال نموده است.
جدول شماره (4) بیانگر قرار های قضایی محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل در ماه دلو سال 1397 است

| شماره | نوع قضیه | تعداد قضیه | تعداد متهم | سبب قرار | |
|-------|-----------------------|------------|------------|-------------|------------|
| | | | | خلا و نواقص | مرجع مربوط |
| 1 | تزویر وسوء استفاده از | 3 | 4 | 3 | خارنوالی |
| 2 | غدر | 1 | 4 | 1 | خارنوالی |
| 3 | اختلاس | 1 | 2 | 1 | خارنوالی |
| 4 | اخذ رشوت و تزویر | 2 | 6 | 2 | خارنوالی |
| | مجموعه | 7 | 16 | 7 | |

2. خلاصه نمونه های از احکام صادره محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل

حکم مورخ 1397/11/1

محکومیت آمر اکمال ریاست عمومی مبارزه با جرایم جنایی

در قضیه اختلاس مبلغ 3578250 افغانی

جریان طوری است که متهم از سال 1365 الی اواخر 1373 به صفت متعمد، آمر اکمال، امر محاسبه و معتمد بخش او پراتیفی و از تاریخ 1392/11/17 به بعد تصدی امریت اکمال

ریاست مبارزه با جرایم جنایی را به دوش داشته است که مصارفات پول اوپراتیفی پروژه های مورد نیاز مراجع ذیربط پولیس مرکز و ولایات و سایر ضروریات شعبات ریاست مبارزه با جرایم جنایی در جمع موصوف حواله میگردد و هم چنان اجناس مورد نیاز ریاست کریمنال تختیک کرایه داخلی و خارجی منسوبین ان ریاست نیز بدوش اش بوده که از بابت نداشتن اسناد قانع کننده، مبلغ (43004540) افغانی مختلس وانمود گردیده است لیکن در جریان پیروسه تحقیق همواره تاکید داشته که یک تعداد اسناد قانونی مصارف پول ذمت اش را در اختیار دارد و به همین سبب هیئت تحقیق متهم را تحت توقیف قرار داده اند و سپس جهت تامین هرچه بیشتر عدالت و با در نظر داشت توضیحات متهم که گویا میتواند وجه باقی داری اش را تصفیه کند متهم را از توقیف خانه کابل به نظارت خانه ریاست مبارزه با جرایم جنایی منتقل نموده اند تا بتوانند با هیئت موظف اهل خیره که از جانب هیئت تحقیق توظیف شده بودند به اسناد دست داشته خویش و سایر اسناد مصارفاتی موجود در ریاست جرایم جنایی طور عادلانہ رسیدگی کنند و در نتیجه بررسی های هیئت موظف برخی از اسناد محسوبی وی مجرا گردیده که به اثر ان مبلغ اختلاس شده کاهش یافته است.

قضیه بعد از تکمیل تحقیقات ابتدایی محول محکمه ابتدائیه جرایم ناشی از فساداداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضائی مورخ 1397/9/5 خویش متهم رابعه از مجرایم برخی از اسناد دست داشته اش در اختلاس مبلغ 3578250 افغانی طبق حکم فقره 4 ماده 391 و ماده 393 کود جزا و فقرات 1 و 2 ماده 398 کود مذکور از ابتدای ایام نظارت و توقیفی به مدت شانزده سال حبس تنفیذی، رد مبلغ اختلاس شده، انفصال از وظیفه و طرد از مسلک محکوم به مجازات نموده است.

اما قضیه نسبت عدم قناعت متهم محول محکمه استیناف جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1397/11/1 طبق هدایت ماده 54 قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه حکم محکمه ابتدائیه را تخفیفاً تعدیل و متهم را در قضیه اختلاس مبلغ 3578250 افغانی طبق احکام فقره 4 ماده 391 و ماده 393 کود جزا و فقرات 1 و 2 ماد 398 کود مذکور با رعایت مواد 213 و 211 کود جزا از ابتدای ایام نظارت و توقیفی به مدت یازده سال حبس تنفیذی، رد مبلغ اختلاس شده، انفصال از وظیفه و طرد از مسلک محکوم به مجازات نموده است.

در راستای مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر

الف: گزارش اجراءات قضائی محکمه ابتدائیه مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر ولایت کابل

1. گزارش

محکمه ابتدائیه مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر ولایت کابل از تاریخ (1/11/1397 الی 30/11/1397) تعداد (63) دوسیه مربوط به انواع مواد مخدر را مورد رسیدگی قضائی قرار داده و در مورد آنها فیصله های لازم صادر نموده است. در ارتباط به این قضایا (90) نفر به اتهام قاچاق و انتقال مواد مخدر مورد محاکمه قرار گرفته و از این تعداد (1) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت و (89) تن قرار ذیل محکوم به مجازات گردیده اند:

- حبس 1 ماه الی یک سال 1 نفر.
- حبس 1 سال الی 5 سال 45 نفر.
- حبس 5 سال الی 15 سال 27 نفر.

- حبس 15 سال الی 20 سال 16 نفر.
در ارتباط به محاکمات فوق الذکر حکم به محو مقدار (9830,984) کیلوگرام انواع مواد مخدر نیز صادر شده است.

جدول شماره (1): آمار اجراءات قضایی محکمه ابتدائیه مبارزه با مسکرات و مواد مخدر ولایت کابل در ماه دلو سال 1397

| شماره | نوع قضیه | تعداد قضیه | مقدار مواد | تعداد بزه | برائت | تعداد محکوم | تصمیم قضایی | | | |
|--------|----------------|------------|------------|-----------|-------|-------------|---------------------------|-------------|--------------|---------------|
| | | | | | | | تعداد محسوس به حبس تنفیذی | | | |
| | | | | | | | یکماه الی یکسال | 5-1 سال حبس | 15-5 سال حبس | 20-15 سال حبس |
| 1 | هیروئین | 17 | 122,946 | 21 | | 21 | | | 3 | |
| 2 | مورفین | 4 | 84,74 | 7 | | 7 | | | 5 | |
| 3 | چرس | 10 | 6876,096 | 13 | | 13 | | 7 | 6 | |
| 4 | مت افقتمان | 21 | 59,677 | 34 | 1 | 33 | 1 | 13 | 7 | |
| 5 | تریاک | 3 | 528,135 | 4 | | 4 | | 3 | 1 | |
| 6 | تابلیت K | 2 | 95,39 | 4 | | 4 | | 2 | | |
| 7 | مواد کیمیای | 2 | LT622 | 2 | | 2 | | 2 | | |
| 8 | امونیم کلوراید | 1 | 600 | 1 | | 1 | | 1 | | |
| 9 | شیشه | 1 | 275 | 2 | | 2 | | 1 | | |
| 10 | مشروبات الکولی | 2 | 567 | 2 | | 2 | | 2 | | |
| مجموعه | | 63 | 9830,984 | 90 | 1 | 89 | | 45 | 16 | |

2. خلاصه حکم صادره محکمه ابتدائیه مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر ولایت کابل.

حکم مورخ 1397/11/28

پنج سال حبس به اتهام قاچاق مقدار (397,900) کیلو گرام تریاک

مدیریت مبارزه با مواد مخدر قوماندانی امنیه ولایت جوزجان به اساس اطلاع قبلی مبنی بر اینکه دو نفر میخواهند ذریعه یکعراده موتر نوع هینو یک مقدار مواد مخدر را که در بین بوری های کاه جا بیجا گردیده از مسیر شاهرا ولایات سمنگان، بلخ و جوزجان به ولسوالی اندخوی ولایت فاریاب انتقال دهند که موظفین ان مدیریت بتاريخ 1397/9/30 داخل اقدام شده عراده مذکور را بعد از تثبیت و شناسایی متوقف و مورد تلاشی قرار میدهند که در نتیجه مقدار (397/900) کیلو گرام تریاک از بین بوری های کاه دریافت و به ارتباط قضیه دو تن را دستگیر مینماید و به ملاحظه تشریح وزن خالص مواد مخدر بدست آمده از طرف هیات موظف مقدار (397/900) کیلو گرام تثبیت گردیده و نتیجه تست لابراتواری مواد مذکور تریاک مثبت ثابت گردیده است و متهمین به ارگان های عدلی و قضایی معرفی شده اند که قضیه بعد از تحقیقات ابتدایی وارد محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1397/11/28 هـ ش خویش به اتفاق آرا متهمین را در قضیه انتقال مقدار (397/900) کیلو گرام تریاک وفق صراحت بند (6) فقره (1) ماده (304) کود جزا با در نظر داشت مواد (58,213 و 214) کود مذکور از ابتدای ایام نظارت و توقیفی گذشته بمدت پنج سال حبس تنفیذی محکومان به مجازات نموده است. هکذا بمصادره دو سیت مایل، مبلغ (10000) افغانی پول بدست آمده از نزد یک تن از متهمین و پول فروش (70) قنار کاه) عندالحصول طبق ماده (32) قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر و یک عراده واسطه نوع هینو دارای رنگ سفید که حامل مواد مخدر بدست آمده میباشد وفق صراحت ماده (308) کود جزا نیز اصدار حکم گردیده است. هم چنان مقدار (397/900) کیلو گرام تریاک بدست آمده طبق هدایت ماده (19) قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر قابل محو پنداشته شده است.

حکم مورخ 1397/11/15

شانزده سال حبس به اتهام قاچاق مقدار 5/940 کیلو گرام مت افتمین

به اساس اطلاع شخصی اعتمادی موظفین کنترول دروازه چوک ارغندی یک عراده موتر مسافر بری 404 لینی را که از نیمروز به کابل می آمد توقف داده و مورد تلاشی قرار میدهند که در نتیجه از نزد هر دستکول سه خانم مقدار 1/980 کیلو گرام مواد مخدر به دست میاید و به ارتباط به قضیه مطروحه پنج نفر به شمول دو نفر مرد گرفتار میشود قابل ذکر است که یکتن از متهمین به نسبت خوردن بودن به اقارب نزدیک وی دوباره تسلیم داده شده است و بملاحظه تشریح وزن خالص مواد مخدر بدست آمده از دستکول های هر یک از خانم ها به مقدار 1/980 کیلو گرام توزین گردیده که جمعا مقدار ان به 5/940 کیلو گرام بالغ میگردد و بنا به نتیجه تست لابراتواری نوعیت مواد مخدر بدست آمده مت امتفامین مثبت تثبیت گردیده است قضیه وارد محکه ابتدائیه مسکرات و مواد مخدر ولایت کابل گردیده و محکه در جلسه قضایی مورخ (1397/11/15) خویش باتفاق آرا و بحضور داشت طرفین حقیقی قضیه دوتن از متهمین را در قضیه انتقال مجموعی (5/940) کیلوگرام مت امتفامین وفق صراحت بند (5) فقره (2) ماده (302) کود جزا هر واحد بمدت (16) سال حبس تنفیذی و دو نفر متهمین دیگر را در قضیه انتقال مقدار (3/96) کیلوگرام مت امتفامین طبق بند (5) فقره (2) ماده (302) کود جزا و با رعایت مواد (213 و 214) کود مذکور از ابتداء ایام نظارت و توقیفی گذشته هر واحد بمدت (4-4) سال حبس تنفیذی محکومان بمجازات نموده است . هکذا دوسیت مبائیل بدست آمده معه سیمکارتهای آن و مبلغ (12000) کلدار حسب صراحت ماده (32) قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر قابل مصادره پنداشته شده و همچنان مطابق ماده (19) قانون اخیرالذکر به محو مقدار (5/940) کیلوگرام مت امتفامین بدست آمده نیز اصدار حکم گردیده است .

ب: گزارش اجراءات قضائی محکه استیناف مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر ولایت کابل

1. گزارش

محکه استیناف مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر ولایت کابل از تاریخ (1397/11/1) الی (1397/11/30) تعداد (43) دوسیۀ مربوط به انواع مواد مخدر را مورد رسیدگی قضائی قرار داده و در مورد آنها فیصله صادر نموده است. در ارتباط به این دوسییه ها تعداد (65) نفر به اتهام قاچاق و انتقال مواد مخدر گرفتار شده و از این تعداد (2) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل

کافی الزام برائت و (63) نفر مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل مجازات گردیده اند.

- حبس 1 - 5 سال 10 نفر.
- حبس 5 - 15 سال 31 نفر.
- و حبس 15 - 20 سال 23 نفر.

همچنان به ارتباط قضایای فوق الذکر مقدار (4709,355) کیلوگرام مواد مخدر کشف و ضبط گردیده است.

جدول شماره (1) بیانگر اجراءات قضایی محکمه استیناف مبارزه با مسکرات و مواد مخدر ولایت کابل طی ماه دلو سال 1397 می باشد

| شماره | نوع قضیه | تعداد قضیه | مقدار مواد | تصمیم قضائی | | | | | | |
|-------|-------------|------------|------------|--------------------|--------|-------------|--------------------|--------|----|----|
| | | | | تعداد متهم | برائت | تعداد محکوم | تعداد محبوس به حبس | | | |
| | | | | | | | تنفیذی | تفصیلی | | |
| | | | | تعداد محبوس به حبس | تفصیلی | تنفیذی | تعداد محبوس به حبس | | | |
| 1 | هیروئین | 1 | 39,899 | 15 | | 1 | 5-1 سال | 4 | 8 | 3 |
| 2 | تریاک | 9 | 2507,5 | 17 | | 1 | 5-1 سال | 7 | 2 | 15 |
| 3 | چرس | 3 | 436,335 | 6 | | 6 | 5-1 سال | 3 | 3 | |
| 4 | مورفین | 4 | 36,06 | 8 | | 8 | 5-1 سال | 1 | 2 | 5 |
| 5 | مت امفتامین | 1 | 9,621 | 13 | | 1 | 5-1 سال | 3 | 12 | |

| | | | | | | | | |
|---|-------------------|--------|----------|----|---|--------|----|----------|
| 6 | مواد کیمیای | 3 | 604,24 | 3 | 1 | 3 | 3 | |
| 7 | تابلیت K | 1 | 1,700 | 1 | 1 | 1 | 1 | |
| 8 | مشروبات الکولی | 2 | LT1074 | 2 | 1 | 2 | 1 | |
| | مجموعه | 4 3 | 4709,355 | 65 | 2 | 6 3 | 10 | 23 31 |

2. خلاصه حکم صادره محکمه استیناف مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر ولایت کابل.

حکم مورخ 1397/11/2

پانزده سال حبس به اتهام قاچاق مقدار 760,5 کیلو گرام هیروئین

به اساس اطلاع تیلیفونی اداره اطلاعات و تحقیقات مبنی بر اینکه یک عراده موتر نوع کرولا به رنگ نقری از طرف شهر تالقان به صوب ولایت کندز در حال حرکت بوده و یک مقدار مواد مخدر را انتقال میدهد که توسط پرسونل مدیریت مبارزه علیه مواد مخدر موظف در پوسته تلاشی معبر غربی بعد از شناسایی توقف داده شده ولی در یور عراده متذکره از موتر پایین و به طرف دریا خانه فرار مینماید که پرسونل مبارزه با مواد مخدر و موظفین تولی شهرها به دنبال وی میروند و با شلیک فیر های هوایی متهم را گرفتار و به حضور داشت نماینده خارنوالی استیناف ولایت تخار واسطه متذکره به مدیریت مبارزه با مواد مخدر قوماندانی امنیه ان ولایت انتقال و مورد تلاشی قرار میگردد که در نتیجه تلاشی از واسطه متذکره به تعداد دوازده بسته به وزن خالص 760,5 کیلو گرام مواد مخدر تحت نام هیروئین دریافت و در پیوند قضیه در یور گرفتار و به ارگانهای عدلی و قضایی سپرده میشود قضیه بعد از تکمیل تحقیقات ابتدایی محول محکمه ابتدائیه علیه مسکرات و مواد مخدر ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1397/9/18 متهم را در قضیه قاچاق مقدار 760,5 هیروئین وفق صراحت بند 5 فقره (1) ماده 302 کود جزا به مدت پنج سال حبس تنفیذی محکوم به جزا نموده و هکذا بمصادره یکعراده موتر نوع کرولا طبق ماده 308 کود جزا حکم صادر و مقدار 760,5 مواد بدست آمده مطابق ماده 19 قانون مبارزه با مسکرات قابل محو پنداشته شده است. اما قضیه نسبت عدم قناعت خارنوال موظف

قضیه وارد محکمه استیناف مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر ولایت کابل گردیده که محکمه در جلسه قضایی مورخ 1397/11/12 خویش بحضور داشت حقیقی طرفین قضیه به اتفاق آرا متکی بماده ۵۴ قانون تشکیل و صلاحیت محاکم فقره (۲) ماده ۱۷ قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر و فقره (۱) ماده ۲۶۷ قانون اجراء جزایی فیصله محکمه ابتدائیه جرایم رسیدگی با مواد مخدر را نقض و استینافا متهم را در قضیه قاچاق و انتقال مقدار 760,5 کیلو گرام هیروئین طبق صراحت جز 5 فقره 1 ماده 302 با در نظر داشت ماده 61 کود جزا از ابتدای ایام نظارت و توقیفی اعتبار از تاریخ 1397/7/9 بمدت پانزده سال حبس تنفیذی محکوم بمجازات نموده و طبق صراحت ماده ۳۰۸ کود جزا بمصادره بکعراده واسطه نقلیه نوع کرولا توی حامل مواد مخدر نیز حکم گردیده است.

حکم مورخ 1397/11/10

شانزده سال حبس به اتهام حیازت مقدار 24 کیلو گرام تریاک و یک مقدار مهمات و تجهیزات نظامی

بتاریخ 1397/7/14 منزل یکنن از باشندگان ترینکوت مرکز ولایت ارزگان از طرف هیات موظف مورد تلاشی و تفتیش قرار گرفته ، که در نتیجه از منزل متذکره مقدار 24 کیلو گرام تریاک ، 15 فیر مرمی راکت ، (750) فیر مرمی پیکا ، (830) فیر مرمی کلاشینکوف ، یک ثوب پرتله و یک جوړه نمبر پلیت جعلی موتر کشف و بدست آمده است که متهم مذکور در پیوند به قضیه گرفتار و به مرکز عدلی و قضایی مبارزه با مواد مخدر اعزام میگردد که بعد از اكمال تحقیق قضیه محول محکمه ابتدائیه مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر ولایت کابل گردیده که محکمه در جلسه قضایی مورخ 1397/6/20 خویش به اتفاق آرا متهم را در قبال حیازت مقدار 24 کیلو گرام تریاک طبق بند (6) فقره (1) ماده (304) کود جزا اعتبار از ایام نظارت و توقیفی مورخ 1397/7/14 بمدت شانزده سال حبس ، در قضیه فروش مقدار مهمات فوق الذکر بدست آمده طبق بند 2 فقره 2 ماده 535 کود جزا بمدت سه سال حبس محکوم و در قضیه استفاده از پلیت واسطه تیز رفتار شخصی هرات طبق فقره ۲ ماده ۵۶۰ کود متذکره مکلف به پرداخت مبلغ سی هزار افغانی جریمه نقدی نموده طوریکه جزا های داده شده فوق الذکر طبق ماده ۷۵ کود جزا یکی بعد از دیگری بالایش قابل تطبیق و تنفیذ می باشد و هکذا به مصادره مرمی های مختلف النوع بدست آمده فوق ، یک صوب پرتله و یک دانه شرید پیکا بدست آمده حسب ماده ۵۴۵ کود جزا حکم نموده و نمبرپلیت را طبق ماده ۱۸۲ کود فوق الذکر قابل مصادره دانسته و به محو مقدار ۲۴ کیلو گرام تریاک طبق ماده 19 قانون مبارزه علیه مواد مخدر نیز تصمیم اتخاذ کرده است اما قضیه نسبت عدم قناعت متهم قضیه وارد

محکمه استیناف مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه 1397/11/10 خویش بخشی از حکم محکمه ابتدائیه را تایید ولی فیصله محکمه ابتدائیه را در قسمت قضیه استفاده از پلیت واسطه تیز رفتار نقض نموده و استینافا متهم را در قضیه بکار انداختن غیر قانونی واسطه طبق فقره ۱ ماده ۶۵۰ کود جزا به پرداخت بیست هزار افغانی جزای نقدی محکوم کرده است که طبق ماده ۷۵ کود جزا، جزا های داده شده فوق یکی پی دیگر بالایش قابل تطبیق میباشد و نیز طبق ماده 32 قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر و مواد 545 و 182 کود جزا به مصادره اشیای مندرج فیصله محکمه ابتدائیه نیز اصدار حکم گردیده است.