

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصل نامه‌ی علمی-ترویجی دانش آموختگان ماستری دانشگاه خاتم النبیین^(ص)

معاونت علمی

ریاست تحقیقات

دانشکده حقوق و علوم سیاسی

سال دوم، شماره ۴، بهار ۱۴۰۱

(ویژه‌ی حقوق جزا و جرم‌شناسی)

بورد برنامه‌های فوق لیسانس

صاحب امتیاز: دانشگاه خاتم النبیین^(ص)

مدیر مسؤول: سید یعقوب عارفی

سر دبیر: عبدالبصیر نبی زاده

ویراستار ادبی: محمدامین رسالت

صفحه آرا و دیزاین جلد: مجتبی احمدی

هیأت تحریر به ترتیب الفبا:

احمدسایق حازم، عبدالله احمدی، عهدیه حازم، فرشته هوسا ارسلان، فروه افشار،

قاسم احمدی، محمد الیاس احمدی، نادر یوسفی، نصیر احمد احمدی.

ایمیل: info@knu.edu.af

شماره تماس: ۰۷۸۷۷۰۰۷۰۰

نشانی: کابل، سرک دارالامان، دانشگاه خاتم النبیین^(ص)

فهرست

سخن آغازین	۱
قاجاق انسان به قصد فحشا از دیدگاه قوانین افغانستان و اسناد بین المللی	
نصیر احمد احمدی	۳
جرایم علیه حریم خصوصی در فضای سایبر (در حقوق ایران و افغانستان)	
فروه افشار	۳۹
روش های پیشگیری وضعی از وقوع جرم	
محمد الیاس احمدی	۷۳
جرایم علیه مالکیت صنعت-تجارتی از منظر نظام حقوقی افغانستان در فضای سایبر	
عهديه حازم	۹۵
جرایم علیه مالکیت هنری-ادبی از منظر نظام حقوقی افغانستان در فضای سایبر	
احمد سائق حازم	۱۰۹
شرایط قصاص نفس از منظر فقه حنفی و جعفری	
قاسم احمدی	۱۲۷
مطالعه‌ی شرایط قصاص اعضاء از دیدگاه فقه جعفری و حنفی	
نادر یوسفی	۱۵۵
حکم شهادت دروغ از منظر فقه و قانون جزای افغانستان	
عبدالله احمدی	۱۸۳
بررسی و مطالعه‌ی مزیت های کود جزا بر قانون جزای سال ۱۳۵۵	
فرشته هوسا ارسلان	۲۰۱

سخن آغازین

۱. مبارزه با پدیده‌ی مجرمانه و گرایش‌هایی که مصالح و منافع فردی و عمومی را در سطحی تهدیدآمیز مورد هدف قرار می‌دهند از مسایل گریزناپذیر دولت و نیز شهروندان در هر جامعه است. فرایند مقابله با بزه‌کاری در عمل کرد گسترده دولت در زمینه‌های مختلف سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و غالباً قضایی متبلور می‌شود. این فرایند نمی‌تواند عاری از جهت‌گیری مشخصی که اصولاً در توجیه عقلانی بودن آن تلاش می‌شود باشد. به عبارت دیگر، سازمان‌های مبارزه با بزه‌کاری محصول یک امر تصادفی و ناگهانی نیست بلکه به‌طور اساسی متأثر از مبانی تفکر و گرایش‌های مکتبی هر نظام سیاسی و حقوقی شکل می‌یابد، زیرا امید به توفیق و کارایی مبارزه‌ای بدون برنامه علیه تمایلات مجرمانه، به حد کافی غیرعقلایی و به‌طور غیرواقعی خوش‌بینانه است.
۲. امروزه بزه‌کاری لایه‌های مختلف، پیچیده و دامنه‌ی وسیعی در ابعاد دنیای واقعی و مجازی را در بر می‌گیرد. شیوه‌ها، انگیزه‌ها و تمایلات بزهکارانه سمت و سو و رنگ و لعاب بسیار متفاوت‌تری از گذشته پیدا کرده است، تحولات سریع در ابعاد مختلف زندگی جمعی، تعاملات انسانی و پدیده‌های نوظهور تعریف و ترسیم سنتی از بزه‌کاری و شیوه‌های مقابله با آن را به چالش‌های اساسی مواجه کرده است. این امور، واکاوی و باز تعریف نهادی و سازمانی از پدیده مجرمانه و راهکارها مقابله با آن را ضروری می‌نماید.
۳. با تکیه بر دستاوردهای دانش جرم‌شناسی چه در ماهیت درون دینی و چه بیرون دینی، نهادهای علمی و اجرایی که به صورت مستقیم یا غیر مستقیم عهده دار حمایت از منافع و مصالح فردی و جمعی در برابر تمایلات و اقدامات بزهکارانه می‌باشند، می‌توانند برای رسیدن به راهکارهای پیشگیرانه‌ی مناسب و موثر و باز تعریف واکنش‌های کیفری و غیرکیفری نگاه انسانی‌تر و موثرتری را ترسیم نمایند.

۴. جامعه افغانستان به دلیل تجربه‌ی توالی بحران در دهه‌های اخیر، هنوز فاقد برنامه و سیاست جنایی تعریف شده و منسجم در زمینه مقابله با پدیده مجرمانه است. این مسئله در کنار عدم فعالیت و در حالت نیمه تعطیل درآمدن نهادهای عدلی و قضایی، فرصت و بستر مناسبی را برای بزهکاران بالفعل و بالقوه فراهم ساخته است تا از این خلاء استفاده نموده و عرصه زندگی و امنیت روانی را برای مردم افغانستان با چالش‌های جدی مواجه بسازند. یکی از دلایل عمده‌ی ناکامی مبارزه با بزهکاری در افغانستان نداشتن یک تصویر روشن از زمینه‌ها و عوامل زیستی، اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و سیاسی جرم و بزهکاری است. بدیهی است که فقدان روحیه پژوهش و تربیت پژوهش‌گر در نهادهای آموزشی و نگاه تجارتي به دانش و تحصیل می‌تواند یک از بن‌مایه‌های اصلی نرسیدن به درک درست از اوضاع و احوال حاکم بر وقوع جرایم و تبیین راهکارهای پیشگیرانه‌ی موثر و در نهایت تدوین سیاست جنایی منسجم و کارآمد است.

۵. چرخه‌ی پژوهش ضمن آموزش می‌تواند بستر واقع‌بینانه‌ی را برای دستیابی به یک سیاست جنایی موثر، منسجم و مناسب فراهم نماید. تحلیل و تبیین درست داده‌های علمی معطوف به واقعیت‌های روز جامعه، فراگیران را با توانمندی و ظرفیت قابل قبول وارد بازار کار می‌کند تا برپایه‌ی آموخته‌های علمی برنامه‌ی مبارزاتی کارآمدی را در راستای بر خورد با پدیده مجرمانه تدوین نموده و گام‌های عملی مناسب‌تری را بردارند. زیرا آموزش پژوهش محور بن‌مایه‌های علمی و واقع بینانه از زمینه‌ها، تمایلات و عوامل بزهکاری بدست می‌دهد تا در پرتو آن اقدامات کاربردی قابل اجرا با تأثیر گذاری قابل سنجش نیز طراحی و تدوین شود.

قاچاق انسان به قصد فحشا از دیدگاه قوانین افغانستان و اسناد بین‌المللی

نصیر احمد احمدی^۱

چکیده

قاچاق انسان یکی از جمله جرم‌های سازمانیافته و گاهی فراملی بوده که به بردگی معاصر نیز تعبیر شده است. قاچاق انسان بدین دلیل از اشکال معاصر بردگی دانسته شده است که قربانیان را با آدم ربایی، تهدید و اجبار، فریفتن با وعده‌های فریبنده در مورد یافتن شغل مناسب و درآمد سرشار، به دام انداخته و سپس آنان را چون بردگان و اسیران با وضعیت اسفباری به کشورهای مقصد منتقل می‌کنند. گذشته از وضعیت نامناسب انتقال آن‌ها به کشورهای مقصد، بعد از ورود به آن کشور نیز قربانیان اغفال شده به ویژه زنان و دختران ناچارند برای سال‌ها تن‌فروشی و روسپی‌گری نموده تا بدهی‌ای که بر اساس قراردادهای منعقد شده با قاچاقچیان انسان باید پرداخته شود را بپردازد. این بدهی معمولاً ده‌ها برابر هزینه‌ی واقعی انتقال آن‌ها از کشورهای مبدا به سرزمین مقصد است. با توجه به این معضل بزرگ اجتماعی عصر حاضر، این تحقیق تلاش نموده است تا به روش توصیفی-تحلیلی دیدگاه قوانین افغانستان و اسناد بین‌المللی را در ارتباط با قاچاق انسان به قصد فحشا دریابد.

قانون‌گذار افغانستان در پرتو اسناد بین‌المللی قوانینی را جهت مبارزه با قاچاق انسان تصویب نموده است. کود جزای افغانستان و قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران پاسخ‌های کیفری به انواع مختلف قاچاق انسان و عوامل تشدیدکننده‌ی قاچاق انسان را پیش‌بینی نموده است. افزون بر پاسخ‌های کیفری در قوانین افغانستان، اسناد بین‌المللی از جمله پروتکل پیش‌گیری، سرکوب و مجازات قاچاق انسان به‌ویژه زنان و کودکان پاسخ‌های پیشگیرانه در ارتباط با قاچاق انسان به قصد فحشا را پیش‌بینی نموده است که شامل پیش‌گیری اجتماعی و پیشگیری وضعی می‌باشد.

کلید واژه‌ها: قاچاق انسان، فحشا، قوانین افغانستان، اسناد بین‌المللی.

قاچاق انسان، به عنوان یکی از جرائم سازمان یافته فراملی، در چند دهه‌ی اخیر رشد کمی و کیفی قابل توجهی در بین سایر جنایات سازمان یافته داشته است. به اعتقاد برخی، مشکل قاچاق انسان در قرن و بیست و یکم همچون استعمارگری در قرن بیستم است. این تعبیر ظریف در کنار رشد روزافزون جلوه‌های فراملی قاچاق اشخاص، بیانگر لزوم مبارزه‌ای فراگیر و جهانی در این راستا است.

به رغم تمامی تلاش‌های صورت گرفته در سطح ملی و بین‌المللی برای مبارزه با این پدیده‌ی مجرمانه‌ی جهانی، متأسفانه به لحاظ سود سرشار نهفته در اشکال مختلف قاچاق انسان، نه تنها این مشکل ریشه‌کن نشده است، بلکه هر روز گسترده‌تر شده اشکال نوینی به خود می‌گیرد.

تا قبل از تصویب کنوانسیون پالرمو و پروتکل قاچاق انسان، توافق جهانی در مورد تعریف قاچاق انسان وجود نداشت. بر این پایه گزارشگر ویژه‌ی سازمان ملل در مورد خشونت علیه زنان، در پنجاه و ششمین نشست کمیسیون حقوق بشر می‌گوید: در حال حاضر توافق جهانی در مورد تعریف قاچاق انسان وجود ندارد. واژه‌ی قاچاق به وسیله‌ی عوامل مختلف برای توصیف اعمالی به کار می‌رود که از مساعدت در مهاجرت داوطلبانه گرفته تا بهره‌کشی جنسی، انتقال افراد با توسل به زور، تهدید، اغفال، خشونت و امثال آن، به قصد انتفاع مادی در نوسان هستند. علاوه بر این که مشخص شده، توصیف تاریخی قاچاق منسوخ و فاقد تعریف مطلوب بوده و پاسخ‌گویی واقعیات موجود در مورد نقل و انتقال افراد و ماهیت و گسترده‌ی سو استفاده‌ی ذاتی یا اتفاقی در جرم قاچاق نیست بلکه در کنار دیده‌های منسوخ در مورد عناصر متشکله‌ی قاچاق انسان که برگشت به اوایل قرن نوزدهم دارد، مفاهیم جدیدی از قاچاق وجود دارد که ناشی از ضرورت برآورده کردن نیازهای جاری قربانیان قاچاق، به طور کلی و زنان به طور خاص است. بنابراین، تعاریف جدید نیز باید به طور ویژه در راستای حمایت و توسعه‌ی حقوق قربانیان قاچاق سازمان‌دهی شوند.

به رغم تعاریف متفاوت، توافق در حال گسترشی وجود دارد که مسأله‌ی قاچاق انسان، متضمن نقل و انتقال افراد به منظور قراردادن آن‌ها در شرایط خدمت اجباری است؛ بنابراین، قاچاق انسان اغلب به گونه‌ای تعریف می‌شود که هم مقاصد فحشا و هم مقاصد غیر جنسی و

هم اقداماتی را که در راستای تکمیل فرایند قاچاق انجام می‌شود، به شمول به‌کارگیری یا ربودن اولیه‌ی فرد قربانی تا مقصود یا هدف نهایی (بهره‌کشی از شخص قربانی) را در بر گیرد.

جرم قاچاق انسان به قصد فحشا (بهره‌کشی جنسی)، پدیده‌ای جدید و تازه برای یک کشور خاص نیست، بلکه پدیده‌ای جهانی است، حقیقتی غیر قابل انکار در بسیاری از کشورها. قربانیان این جرم معمولاً زنان و کودکانی هستند که مورد بهره‌کشی و سواستفاده قرار می‌گیرند. این نوع از تجارت، از پر منفعت‌ترین و وحشتناک‌ترین تجارت‌های دنیا است که به لحاظ درآمد بالا برای جرائم سازماندهی شده، سریع‌ترین میزان رشد را دارد و یکی از مهم‌ترین جرائم روز افزون بین‌المللی است. بنابر مراجع قانون‌گذاری در افغانستان و اسناد بین‌المللی؛ جرم قاچاق انسان به قصد فحشا را مورد توجه قرار داده است؛ اما این‌که این جرم از دیدگاه قوانین افغانستان و اسناد بین‌المللی چگونه مورد تبیین قرار گرفته و چه مجازات‌های برای این جرم پیش‌بینی گردیده است، نیازمند تحقیق گسترده و بحث طولانی می‌باشد.

۲- تعریف قاچاق انسان

۲-۱. قاچاق انسان در قوانین افغانستان

قاچاق انسان در دو مصوبه، قانون مبارزه با قاچاق مهاجران و کود جزای افغانستان چنین تعریف گردیده است: «قاچاق انسان عبارت از استخدام یا تحت تسلط قرار دادن، انتقال، حمل و نقل، نگهداری یا دریافت شخص است به منظور بهره‌کشی با استفاده از شیوه‌های: ۱- تهدید یا استفاده‌ی قوه یا سایر اشکال اجبار؛ ۲- اختطاف؛ ۳- حیل و نیرنگ؛ ۴- سوء استفاده از نفوذ؛ ۵- سوء استفاده از حالت آسیب‌پذیری یا مجبوری، ۵- پرداخت یا دریافت پول یا منفعت جهت کسب رضایت مجنی علیه جرم قاچاق انسان یا سرپرست وی» (کود جزا، ماده‌ی ۵۱۰).

۲-۲. قاچاق انسان در اسناد بین‌المللی

تا قبل از تصویب کنوانسیون پالرمو و پروتکل قاچاق انسان، توافق جهانی در مورد تعریف قاچاق وجود نداشت. بر این پایه گزارشگر ویژه‌ی سازمان ملل در زمینه‌ی خشونت علیه زنان، در پنجاه و ششمین نشست کمیسیون حقوق بشر می‌گوید: «در حال حاضر توافق جهانی در مورد تعریف قاچاق وجود ندارد. واژه‌ی قاچاق به وسیله‌ی عوامل مختلف برای توصیف اعمالی به کار می‌رود که از مساعدت رد مهاجرت داوطلبانه گرفته تا بهره‌کشی جنسی، انتقال افراد با



توسل به زور، تهدید، اغفال، خشونت و ... به قصد انتقام مادی در نوسان هستند. مضاف بر این که مشخص شده، توصیف تاریخی قاچاق منسوخ و فاقد تعریف مطلوب بوده و پاسخگوی واقعیات موجود در مورد نقل و انتقال افراد و ماهیت و گسردگی سو استفاده‌ی ذاتی یا اتفاقی در باره‌ی قاچاق انسان نیست بلکه در کنار دیدگاه‌های منسوخ در مورد عناصر متشکله‌ی قاچاق انسان که برگشت به اوایل قرن نوزدهم دارد، مفاهیم جدیدی از قاچاق وجود دارد که ناشی از ضرورت برآورده کردن نیازهای جاری قربانیان جاری قاچاق به‌طور کلی و زنان به‌طور خاص است. بنابراین، تعاریف جدید نیز باید به‌طور ویژه در راستای حمایت و توسعه‌ی حقوق بزه-دیدگان قاچاق سازماندهی شوند (ذاقلی، ۱۳۹۴: ۳۰).

در ۱۸ جنوری ۱۹۹۸ پارلمان اروپا قاچاق را به نحو موسع‌تری تعریف می‌کند. مطابق این تعریف قاچاق انسان عبارت است از: «عمل غیر قانونی شخصی که تبعه‌ی کشوری را به وسیله‌ی فریب یا اشکال دیگر اجبار یا سو استفاده از موقعیت آسیب‌پذیری وی به قصد بهره-کشی از او، به‌طور مستقیم یا غیر مستقیم، تشویق به ورود یا اقامت در کشور دیگر می‌کند». همین‌طور مرجع در سال ۲۰۰۲ با الهام از پروتکل قاچاق انسان تعریف کامل‌تری ارائه می-دهد. بر اساس این تعریف، هر دولت عضو اتحادیه باید تدابیر لازم اتخاذ کند تا استخدام، نقل و انتقال و دریافت بعدی فرد شامل مبادله یا انتقال کنترل روی آن شخص در جایی که از اجبار، زور یا تهدید- از جمله آدم‌ربایی- استفاده می‌شود یا از فریب یا اغفال استفاده می‌شود، به نحوی که شخص چاره‌ی عینی یا قابل قبول دیگری جز پذیرش سوء استفاده ندارد یا به قصد بهره‌کشی از فحشای دیگران یا سایر اشکال بهره‌کشی جنسی از جمله هرزه‌نگاری، برای به دست آوردن رضایت شخصی که نسبت به دیگری کنترل دارد، وجود یا منافع رد و بدل می-شود، قاچاق انسان محسوب می‌شود. بنابراین، اتحادیه‌ی اروپا هم روی بهره‌کشی دیگران تأکید می‌کند؛ اما این تعریف بر خلاف تعریف سازمان ملل، برداشتن اعضا را به‌عنوان شکلی از قاچاق به رسمیت نمی‌شناسد.

به رغم تعاریف متفاوت، توافق در حال گسترشی وجود دارد که مسئله‌ی قاچاق انسان، متضمن نقل و انتقال افراد به‌منظور قراردادن آن‌ها در شرایط بهره‌کشی‌ای اجباری است. بنابراین قاچاق انسان اغلب به گونه‌ای تعریف می‌شود که هم مقاصد جنسی و هم مقاصد غیر جنسی و هم اقداماتی که در راستای تکمیل فرایند قاچاق انجام می‌شود، از به

کارگیری یا ربودن اولیه فرد بزه‌دیده تا مقصود یا هدف نهایی (بهره‌کشی از شخص بزه‌دیده) را در بر گیرد (ذاقلی، ۱۳۹۴: ۳۱).

از بین تعاریفی که قبلاً ارائه شده بود، تعریفی که مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۴ ارائه داد تا پیش از تعریف پروتکل قاچاق انسان مصوب سال ۲۰۰۰ به صورت گسترده-تری مورد پذیرش قرار داشت. طبق این تعریف: «قاچاق انسان جا به جا کردن غیر قانونی و مخفیانه‌ی اشخاص در سراسر مرزهای ملی عمدتاً از کشورهای در حال توسعه و کشورهای دارای اقتصاد در حال گذار، با هدف نهایی واداشتن افراد به وضعیت‌های بهره‌کشانه‌ی جنسی و جسمی و نیز دیگر فعالیت‌های مرتبط با قاچاق همچون کار خانگی اجباری، ازدواج سفارشی، استخدام مخفیانه و فرزند خواندگی سفارشی به منظور سود به کارگیرندگان، قاچاق‌چیان و سندیکا‌های جنایتکار است».

جامعه‌ی بین‌المللی نهایتاً در ماده‌ی ۳ پروتکل قاچاق انسان پس از گفت‌وگوهای طولانی این جرم را: «استخدام، حمل و نقل، انتقال، پناه دادن یا دریافت اشخاص با تهدید یا اعمال زور یا دیگر شکل‌های اجبار آدم‌ربایی، دسیسه، فریب، سواستفاده از قدرت یا موقعیت آسیب‌پذیری یا از رهگذر داد و ستد پول یا منافع برای به دست آوردن رضایت فردی که بر شخص دیگری کنترل دارد، به منظور بهره‌کشی» تعریف کرده است (مهرا، ۱۳۸۴: ۳۶۷).

طیف گسترده‌ی اشکال مدرن قاچاق به سختی می‌تواند در یک سند جای گیرد. به همین علت، این تعریف فقط حداقل استانداردها را تعیین می‌نماید، به نحوی که کشورهای عضو می‌توانند بر اساس نیازهای خود از آن فراتر رفته و آن را تکمیل نمایند؛ برای مثال: قاچاق افراد برای انجام آزمایشات پزشکی روی آن‌ها یکی از این موارد است.

این پروتکل، بهره‌کشی را تعریف نمی‌کند؛ اما این واژه را از نظر مفهومی شامل لیست محدودی از اشکال بهره‌کشی می‌داند. به همین دلیل می‌گویند بهره‌کشی حداقل شامل بهره‌برداری از تن فروشی یا سایر اشکال بهره‌کشی، برده‌داری، فعالیت‌های مشابه بردگی و برداشتن اعضای بدن است. بهره‌کشی جنسی دیگران نیز در پروتکل و سایر اسناد قانونی تعریف نشده است. پروتکل بهره‌کشی جنسی را فقط در زمینه‌ی قاچاق انسان مورد توجه قرار می‌دهد و آن را مجرمانه تلقی می‌کند و از ورود به این که کشورها در حقوق داخلی خود از بهره‌کشی جنسی چه برداشتی دارند، خودداری می‌کند. هدف پروتکل از تعریف قاچاق انسان، تعیین گستره‌ی اعمال

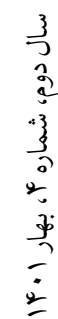


پروتکل و کنوانسیون جنایات سازمان یافته نسبت به عملیات قاچاق و فراهم نمودن یک مبنای مشترک برای تنظیم و تدوین جرایم داخلی، آیین دادرسی کیفری و تدابیر حمایتگر و پشتیبانی کننده از قربانیان و تدابیر پیشگیرانه است.

۳- مبانی جرم‌انگاری قاچاق انسان به قصد فحشاء

انسان از آنرو که دارای کرامت است از حقوقی برخوردار است و این حقوق فارغ از نژاد، رنگ، مذهب، ملیت، وضعیت اقامت و ... محترم است. پاسداشت این حقوق اساسی که حقوق بشر نام دارد و در درجه‌ی نخست از مسئولیت دولت‌ها است و بر این اساس دولت‌ها وظیفه می‌یابند که از نقض حقوق بشری یا انسانی اشخاص و لو توسط مأمورین خود جلوگیری کنند و در صورتی که حقوق انسانی آن‌ها نقض شد، با سازوکار مناسب قضائی و اداری و مساعدت به وی، به اعاده‌ی حقوق نقض شده‌ی او اهتمام ورزند؛ قصور دولت‌ها در این موارد، ضرورت پاسخ‌گویی آن‌ها در مقابل نهادهای بین‌المللی مثل شورای حقوق بشر را، فراهم می‌کند (عینی، ۱۳۹۰: ۸).

جرم قاچاق انسان از معدود جرائمی است که در فرآیند وقوع آن به طور آشکار و برجسته بسیاری از حقوق اساسی و بنیادی اشخاص مثل حق آزادی، امنیت و خلوت او نقض می‌شود و رفتارهایی که قربانی این جرم با آن مواجه می‌شود، تباین آشکاری با کرامت و شأن انسانی او دارد: فریب، زور، آدم‌ربائی، روسپی‌گری اجباری، کار اجباری، خشونت و ... فقط برخی از عناصر چنین رفتاری را تشکیل می‌دهند. تردیدی باقی نیست این فرایند با شان یک انسان فاصله دارد، از این رو قاچاق انسان، نقض حقوق بشر و مغایر کرامت انسانی قلمداد شده است و هر دولتی که با این رفتار خلاف بشری مواجه است، وظیفه می‌یابد تا اولاً نسبت به تعقیب مرتکبین جرم اقدام کند و ثانیاً با ترتیب دادن اقدامات اداری و قضائی مناسب در جبران حقوق پایمال شده او و اعاده‌ی آن بکوشد. این وظایف حمایت‌گرایانه فارغ از وضعیت مهاجرت و اقامت شخص و حتا همکاری او با مقامات صلاحیت‌دار در تعقیب مرتکب جرم، باید اعمال شود و الا کوتاهی و قصور آن دولت، موضوع نقض حقوق بشر را مطرح می‌کند. بر اساس آنچه آمد، مبنای حمایت از از بزه‌دیده‌ی جرم قاچاق انسان را باید در ارزش‌های حقوق بشری و الزامات آن جست‌وجو کرد؛ زیرا قاچاق انسان گونه‌های متفاوتی از حقوق انسانی اشخاص را به نحو



شدیدی از میان می برد و مغایر حقوق بشر است؛ پس هر دولتی ملزم به حمایت از قربانی می- شود. چنین الزامی با ارزش های اسلامی نیز که بر دستگیری از اشخاص آسیب پذیر دلالت دارد، سازگار است.

از سوی دیگر کمک به متضرر و حمایت از او تدبیری پیشگیرانه است که می تواند از قاچاق و بزه کاری (دومین) جلوگیری کند و برعکس آن رها کردن متضرر جرم، موجباتی را فراهم می- کند تا قربانیانی مثل کودکان یا مهاجرین که به ویژه از وضعیت آسیب پذیری برخوردارند، گرفتار گروه های جنایتکار و قاچاقچیان انسان شده و در نتیجه قربانی مجدد شوند. برخی از گزارش ها حکایت از آن دارد که تعدادی قربانیان قاچاق انسان را افرادی تشکیل می دهند که رفتاری آن ها در دام قاچاقچیان فقط به یک مورد محدود نشده است و برای دومین بار نیز قاچاق شده اند. بنابراین یک دلیل دیگر حمایت از قربانی، پیش گیری از تکرار جرم قاچاق انسان و بزه دیدگی مجدد قربانیان قاچاق انسان است.

دلایل عمده ی قاچاق انسان به آنچه گفتیم محدود نیست و به ویژه می توان دلایل زیرین را اضافه کرد:

۱- کمک به بزه دیده و حمایت های مادی و معنوی از او، جلب اعتماد وی نسبت به سازمان های قضایی و کمک به او جهت بازگشت به بطن جامعه است و دولت با حمایت از او، قربانی جرم را تشویق می کند تا جهت مبارزه ی موثر با جرم قاچاق انسان با ارگان های قضایی و مأمورین اجرای قانون و پولیس همکاری و در اجرای عدالت کمک کند.

۲- بیش تر قربانیان جرم قاچاق انسان تحت تأثیر فقر و محرومیت های اقتصادی و اجتماعی و به علت فریب یا اجبار در فرآیند قاچاق انسان وارد و به بهره کشی از خود تن می دهند و این وضعیت عدم مسؤولیت کیفری آن ها و لزوم حمایت از ایشان را تأیید می کند (نوبهار، ۱۳۸۵: ۲۵). به بیان دیگر، الزام ولت ها به حمایت و قربانیان جرم قاچاق انسان از آن رو است که جامعه او را مجرم نمی داند تا مجازات کند، بلکه بر او عنوان قربانی جرم می نهد که شایسته ی کمک و حمایت است تا حقوق تضییع شده ی او اعاده شود و البته جبران این حقوق تضییع شده بدون حمایت و مساعدت دولت ها امکان پذیر نیست. بنابراین، حمایت از قربانیان قاچاق انسان را باید در آموزه های حقوق بشر جست و جو کرد که بر شأن و جایگاه مناسب قربانی در تمامی مراحل تعقیب، محاکمه و تعیین مجازات بای مورد ملاحظه قرار گیرد.

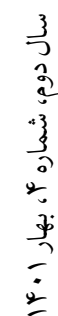


از جانب دیگر، حقوق بر مبانی فکری، کلامی و تئوری‌های انسان‌شناسانه و هستی‌شناسانه، مبتنی است و غایت آن، حفظ حقوق و آزادی‌های افراد و کرامت انسانی بوده و از سوی دیگر، قواعد عام و اصول عقلانی است که کارکرد دولت را در حوزه‌ی قانون‌گذاری موجه می‌سازد. پس قاچاق انسان به قصد فحشا را با مبانی ذیل می‌توان جرم‌انگاری کرد:

۳-۱. کرامت انسانی

کرامت انسانی به معنای بزرگی و حرمت داشتن او است. کرامت انسانی برای آدمی وصفی است که استوار بر دو ویژگی عقل و اختیار است. آدمی از آن رو بزرگ و سزاوار احترام است که عقل و اختیار دارد. این دو ویژگی از اوصاف ذاتی انسان است و در پی آن کرامت نیز وصف ذاتی آدمی است. فیلسوفان اسلامی از چنین وصفی به‌عنوان ذاتی باب برهان یاد می‌کنند. ذاتی باب برهان امری است که از صمیم ذات یک شیء بر می‌آید و تصور ذات شیء برای درک آن وصف کافی است (رحیمی نژاد، ۱۳۸۷: ۱۵۹). هنگامی که می‌گوییم انسان کریم است، وصف ذاتی را بر او حمل می‌کنیم، در اصطلاح فلسفه‌ی اسلامی به چنین وصفی معقول ثانی فلسفی نیز می‌گویند.

خوشبختانه کرامت انسانی در عرصه‌ی جهانی در نیمه‌ی نخست قرن بیستم با صدور اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر به رسمیت شناخته شده است. این اعلامیه که مورد پذیرش افغانستان نیز قرار گرفته است، از اقبال عمومی بهره‌مند است و موجب گردیده که کرامت انسانی در ابعاد گوناگون سیاست‌گذاری و جرم‌انگاری مورد توجه قرار گیرد. یکی از سپهرهایی که به ژرف می‌تواند زیر تاثیر کرامت انسانی قرار گیرد، جرم‌انگاری قاچاق انسان است؛ زیرا تمامی انسان‌ها به جهت داشتن قدرت تفکر، آزادی اراده و وجهه‌ی الهی به‌طور فطری و یکسان از کرامت ذاتی برخوردارند. این نوع کرامت به ذات آدمی بر می‌گردد و با ارتکاب جرم و گناه از او قابل تفکیک نیست. کرامت اکتسابی جلوه‌ی دیگری از کرامت انسانی است که مقید به عقیده‌ی انسان می‌باشد و در رابطه او با خداوند تعریف می‌شود. قاچاق انسان سبب از بین بردن آزادی اراده‌ی قربانیان قاچاق انسان می‌باشد. مبانی اندیشه‌ی کرامت انسانی را می‌توان در نظریه‌ها و مکاتب مختلفی نظیر مکتب اصالت فرد، نظریه‌ی حقوق طبیعی، نظریه‌ی خودمختاری اخلاقی و تئوری کرامت مبتنی بر وحی جست‌وجو کرد که هر کدام از دیدگاه بخصوص به مسأله‌ی



کرامت انسان نگریده‌اند. اهمیت کرامت ذاتی در حوزه‌ی علم حقوق از آن‌رو است که پایه و اساس تکالیف انسانی است. این کرامت در قلمرو حقوق کیفری نیز دارای اهمیت بسیار بالایی است. لازمه‌ی احترام به این کرامت احترام به آزادی و استقلال انسان است؛ در نتیجه‌ی جرم‌انگاری که مداخله‌ی دولت در محدوده‌ی آزادی‌های فردی شهروندان است، امری استثنایی تلقی می‌شود و همواره مستلزم توجیهات و دلایل قوی است: می‌توان نوعی اثرگذاری متقابل بین حقوق کیفری در حوزه‌ی جرم‌انگاری و کرامت انسانی در نظر گرفت. رعایت مؤلفه‌ها و معیارهای کرامت انسانی نظیر آزادی، برابری و عدالت در فرآیند قانونگذاری مانع مداخله‌های غیر ضروری دولت در فضای آزاد رفتاری شهروندان می‌شود و در اصلاح و بازنگری قوانین کیفری مغایر با این اصل موثر واقع می‌شود. از سوی دیگر با جرم‌انگاری رفتارهای مغایر کرامت ذاتی (قاچاق زنان به قصد فحشاء) به حمایت از حقوق بشر برخیزد.

۲-۳. حق طبیعی

حق طبیعی، مبانی جرم‌انگاری و مجازات در اجتماع است. از دیدگاه دانشمندان سزاگرایی و به‌ویژه ارسطو، مبنایی والا‌تر از اراده‌ی قانون‌گذاران برای جرم‌انگاری و ... در جوامع انسانی وجود دارد که همان حق طبیعی است. بر اساس باور او «جهان در سیطره‌ی نظم خلل‌ناپذیر است که طبیعت، قواعد آن را بر جریان حیات انسانی تحمیل می‌کند و قواعد نظم، برتر از اراده‌ی حکومت و مقصد انسان است» (جعفری، ۱۳۹۱: ۶۰) و راه دستیابی به این اصول و قواعد برای انسان از طریق کتاب آسمانی، تلاش عقلی و یا شهود عقلانی ممکن می‌شود (احمدی، بی‌تا: ۳). طبق این نظریه، اجتماع انسانی عرصه‌ی رفتارهای متقابل افراد است و اگر این رفتارها از حوزه‌ی اعتدال خارج شود، به حقوق افراد، تجاوز می‌شود و جرم، ارتکاب می‌یابد.

بدین لحاظ عقل با الهام از حق طبیعی، حکم می‌کند که هر رفتار مجرمانه، در حوزه‌ی اجتماع، جرم‌انگاری و برای مرتکب آن مجازات در نظر گرفته شود؛ زیرا بزهکاری یکی از اقسام رذالت اخلاقی است که در جریان ارتکاب آن، عنصر اراده نقشی با اهمیت را ایفا می‌کند و بزهکار با اختیار خویش، فضیلت را رها می‌کند و به دمان رذیلت می‌گراید (مهریزی، ۱۳۹۵: ۱۲۹).

۳-۳. ضرورت زندگی جمعی

کانت، از پیشگامان اخلاق گرایان، همواره کوشیده است تا جامعه‌ی اخلاق‌گرایی را بر پیکره‌ی فلسفه‌ی خود بپوشاند. به گفته‌ی او «شگفت‌ترین حقیقت تجربیات ما، احساس اخلاقی است که در برابر هر عمل، نمی‌تواند از حکم به نیکی یا بدی آن چشم‌پوشد». به باور او، نظم اخلاقی را باید بر همه‌چیز مقدم داشت و از همین جهت، تعرض به سلامت این نظم اخلاقی، مستوجب کیفر است و در این راستا، رفتار خلاف اخلاق را در جامعه باید جرم‌انگاری کرد؛ آزادی فردی، قانون کلی نظام اجتماعی مانع تحقق کامل آن است؛ پس وظیفه‌ی حقوق، ایجاد شرایطی برای جمع این آزادی‌ها است؛ بدین رو حقوق، بدان اندازه آزادی را محدود می‌کند که برای حفظ آزادی دیگران و هماهنگی اختیار اشخاص بدان ضرورت است (جعفری، ۱۳۹۱: ۶۶).

۳-۴. جلوگیری از ضرر

اصل ضرر، از مبانی جرم‌انگاری است؛ بر پایه‌ی نظریه‌ی لیبرال افراطی، هرگاه ماهیت رفتاری مستلزم زیان به دیگری باشد، حتا در فضا و محیط خصوصی، قابل جرم‌انگاری است؛ زیرا رفتارهای زیان‌آور به دیگران را نمی‌توان تنها با استناد به وقوع آن در قلمرو خصوصی، از شمول اصل ضرر بیرون راند، بدین‌سان محتوای اصل ضرر را، از یک سو به حوزه‌ی خصوصی همچون یک قلمرو، تعین می‌بخشد و از سوی دیگر، همزمان رفتارهای زیان‌بار به دیگران را حتا در قلمرو خصوصی، در دایره‌ی مداخله‌ی جزایی قرار می‌دهد (نوبهار، ۱۳۸۷: ۳۰۳). مراد از اصل ضرر این است که تنها موردی که جامعه و دولت حق مداخله در امور زندگی و آزادی دیگران را دارد و می‌تواند در مورد دیگران اجبار و زور به کار برد، زمانی است که با آن مداخله بخواهد جلو آسیب و ضرر به دیگران را بگیرد.

دولت‌ها و جوامع همواره سعی دارند سطح اخلاق فردی و اجتماعی خود را به بالاترین حد ممکن برسانند و نیز سعی می‌نمایند تا حدودی از رفتارهایی که سطح اخلاق را در جامعه تنزل می‌دهند جلوگیری نمایند. دولت‌ها برای این مقصود گاهی از ابزارهای غیر کیفری اعم از رسمی و غیر رسمی چون آموزش و پرورش، رسانه‌های گروهی، خانواده، مساجد، نهادهای فرهنگی مذهبی و ... استفاده می‌کنند و گاهی هم جهت حفاظت از اخلاق فردی و اجتماعی جامعه از حقوق کیفری و ابزارهای وابسته به آن در کنار سایر ابزارها و نهادها بهره می‌گیرند. زمانی که



دولت برای حفاظت از اخلاق، از حقوق جزایی استفاده نماید در آن صورت بر اساس معیار «اخلاق‌گرایی حقوقی» عمل کرده است. در واقع منظور از اخلاق‌گرایی حقوقی این است که حقوق بایستی در خدمت اخلاق باشد و قانون‌گذار، اعمال مخالف اخلاق را به عنوان جرم و قابل مجازات اعلام نماید.

یکی از نظریه‌پردازان و حقوق‌دانان که «اخلاق‌گرایی حق» را مورد تبیین قرار داده و آن را به‌عنوان یک مبنا برای مداخله‌ی حقوق جزایی پذیرفته، پاتریک دولین است. وی در سال ۱۹۵۸ در یک سخنرانی به این تفکر لیبرالیستی که «یک حریم خصوصی اخلاقی و غیر اخلاقی وجود دارد که مربوط به قانون نیست، حمله برد و آن را رد کرد.» به عقیده‌ی وی هیچ محدودیت نظری برای حقوق علیه امور اخلاقی وجود ندارد. وی با رد کامل «اصل ضرر» اعلام نمود که تفسیر امور اخلاقی به حوزی خصوصی و عمومی صحیح نیست و وظیفه‌ی قانون اجرای اخلاق و برقراری نظم اخلاقی است، به گونه‌ای که نظم عمومی و اداره‌ی بی‌دردسر جامعه تأمین شود. به عقیده‌ی دولت چشم‌پوشی کردن از این اصول، بنیادین یعنی اخلاق‌گرایی حقوقی، مخاطره‌آمیز است. چون حمله‌ی جدی به اخلاق، شامل حمله به جامعه نیز می‌شود که بایستی حق استفاده از حقوق جزایی را در جهت پاسداری از منافعش برای خود نگاه دارد. او استدلال می‌کند که حقوق بایستی کم‌کم و با تحمل و تسامح بیش‌تری برای اجرای اخلاق به کار رود (مصطفی‌زاده، ۱۳۹۲: ۹۳).

هدف اصلی دولین از مطرح کردن اخلاق‌گرایی حقوقی، استدلال او بر حق همیشگی جامعه در وضع حکم اخلاقی برای شهروندان و حق استفاده از حقوق جزایی برای اجرای این حکم است. در واقع خلاصه‌ی استدلال او این است که جامعه، شایستگی این را دارد تا درباره‌ی هر یک از فعالیت‌های عمومی یا خصوصی شهروندان داوری کند؛ چون جامعه، بر اساس تعریف او، مجموعه‌ای از باورهای سیاسی و اخلاقی می‌باشد. این دلالت بر این دارد که جامعه مجموعه‌ای فراتر از افراد ساکن در یک سرزمین است. بنابراین، نتیجه‌ی تعریف جامعه به‌عنوان «یک اجتماع دارای باورهای مشترک» آن است که کسانی که بین از این باورها قرار دارند، برای دوام جامعه تهدید شمرده می‌شوند.

معیار اخلاق‌گرایی حقوقی، مورد انتقاد شدید برخی از نظریه‌پردازان حقوق جزایی قرار گرفته است. به عقیده‌ی آنان «تعلیم اخلاق، حق و تکلیف پدر و مادر و مرییان است. حکومت



که از این علایق و عواطف بی بهره است، اگر وظایف آن‌ها را بر عهده بگیرد، از حد خود پا را فراتر می‌نهد و نه تنها از انجام مسؤولیت‌های خطیر خویش باز می‌ماند؛ آزادی و استقلال روحی و معنوی را که از حقوق طبیعی انسان‌ها می‌باشد، به‌ویژه در مورد این اشخاص که مورد احترام جامعه‌اند، با دخالت در وظیفه‌ی شان نادیده می‌گیرد. بدون این‌که با توفیق آن در این راه امید بست، چون حکومت نمی‌تواند بر آنچه که در پنهان و به‌دور از چشم مأموران انجام می‌گیرد، نظارت داشته باشد. از مسؤولان و مأموران حکومت نمی‌توان انتظار داشت که رهبری اخلاقی جامعه را آن‌هم با ابزار حقوق جزایی بر عهده گیرند.

هم‌چنین یکی از نظری‌پردازان، این نظریه‌ی دولین را که انتقاد و احساس عمومی یک دلیل خوبی است تا فکر کنیم که یک رفتار غیر اخلاقی است، مورد انتقاد قرار داده و می‌نویسد: انتقاد و سرزنش عمومی از یک رفتار نمی‌تواند دلیل خوبی برای غیر اخلاقی دانستن آن رفتار تلقی شود. سرزنش عمومی یک رفتار ممکن است ناشی از تعصب، نفرت، انزجار، موهوم‌اندیشی و خرافات‌پرستی، تبعیض، آگاهی ناقص، کوتاه‌فکری و ... باشد، به گونه‌ای که تشخیص و افتراق آن‌ها از اخلاق دشوار می‌گردد. لذا احساس و سرزنش مردم به تنهایی برای سنجش قاعده‌ی اخلاقی کافی نیست بلکه بایستی دلایل مقبول و مورد پسند می‌باشند تا روشن شود که نه سیاست و نه هیچ عمل دیگری در این احساس مؤثر نیفتاده است. این احساس با دلایل مقبول بایستی با دیگر اصول و موازین پذیرفته شده و مرسوم در آن جامعه هماهنگی داشته باشد.

به هر حال امروزه عقیده‌ی غالب حقوق‌دانان این است که اخلاق مذهبی و اخلاق فردی بایستی خارج از قلمرو حقوق کیفری قرار گیرند و حقوق تنها در آن قسمت از اخلاق اجتماعی که تخلف و نقض آن موجب اختلال شدید نظم اجتماعی می‌گردد، مداخله نموده و مجازات تعیین نماید. بنا به عقیده‌ی آن‌ها، اگر حقوق جزایی در قلمرو اخلاق فردی و اخلاق مذهبی مداخله نماید، در آن صورت تعداد جرایم بی‌نهایت زیاد شده و موجبات مداخله‌ی غیر قابل اغماض دولت در زندگی خصوصی شهروندان فراهم می‌گردد. بر اساس این اصل، نمی‌توان به خاطر خیر و صلاح کسی، نسبت به وی اعمال زور کرد. هم‌چنین بر این مبنا نمی‌توان به خاطر حق یا عدالت، کسی را مجبور به انجام یا عدم انجام کاری کرد یا به دلیل سودمند بودن کاری برای او یا منجر شدن عمل یا عدم انجام عملی به خوشبختی او یا به دلیل عاقلانه یا صحیح



بودن فعلی در نظر دیگران، نسبت به فردی زور و اجبار به کار برد (مصطفی زاده، ۱۳۹۲: ۹۲). اصل ضرر می گوید: «تنها وقتی حق داریم در مورد دیگران اجبار به کار ببریم که بتوان نشان داد و ثابت کرد عمل فرد، (که می خواهیم از آن جلوگیری کنیم)، آسیب و صدمه ای به کسی خواهد رسانید. تنها قسمتی که از اعمال فرد که برای آن در مقابل اجتماع مسؤول است، آن قسمت است که اثرش به دیگران می رسد. فرد در آن قسمت از اعمال خود که تنها به خود او مربوط است، آزادیش مطلق است و حدی بر آن متصور نیست». با توجه به «اصل ضرر»، دخالت حقوق جزا تنها هنگام پذیرفتنی و مشروع است که مقصود از مداخله، جلوگیری از آسیب و ضرر به دیگران باشد.

استوارت میل گفته است: «اعمالی وجود دارد که تنها به مرتکبان آن زیان می رساند، چنین اعمالی، نباید ممنوع بشود؛ اما همان اعمال، اگر آشکارا انجام گیرند، در دسته ی جرائم علیه دیگران قرار خواهند گرفت، چنین اعمالی ممکن است به درستی ممنوع شوند» ولی بعد از آن وی، حمایت از کودکان و ضعیفان را از دایره ی این اصل بیرون آورد.

در این اصل از ناحیه ی ماهیت و تعیین مرز، میان ضرر به خود و دیگران، به ابهام دچار است و سبب تفسیر مضیق و موسع می شود؛ ولی می توان آن را یکی از مبانی جرم انگاری قاچاق انسان به قصد فحشا دانست.

۴. ارکان قاچاق انسان به قصد فحشا

بر اساس ماده ی ۵ اساسنامه ی دیوان کیفری بین المللی، صلاحیت این مرجع بین المللی، محدود به شدیدترین جرائم بین المللی یعنی تجاوز ارضی، جرائم علیه بشریت، نسل کشی و جرائم جنگی است. با این وصف باید ببینیم آیا امکان توسعه ی اختیار ICC به نحوی که قادر به تعقیب بعضی از جنایات سازمان یافته به ویژه قاچاق انسان به قصد فحشا باشد، وجود دارد یا خیر؟ بدین سان، باید بررسی شود، آیا صلاحیت کنونی ICC را می توان به نحوی تفسیر کرد که برخی از موارد قاچاق انسان را در بگيرد یا خیر؟

در بین جرائم مشمول صلاحیت ICC، جرائم نسل کشی، تجاوز ارضی و جرائم جنگی - بجز موارد مندرج در ماده ی (۲۲) - (ب) (۲) ۸ شباهت کمی با قاچاق انسان دارند. بنابراین، بررسی این جرائم از موضوع بحث ما خارج هستند؛ اما باید ببینیم، آیا قاچاق انسان می تواند



محدوده‌ی جرایم علیه بشریت قرار گیرد یا خیر؟ برای پی بردن به این موضوع لازم است، قاچاق انسان را در بستر ارکان تشکیل دهنده‌ی جرایم علیه بشریت بررسی کنیم:

۴-۱. رکن مادی: حمله‌ی گسترده یا سیستماتیک

ماهیت یک جرم علیه بشریت فعل یا ترک فعلی است که ضمن این که جزئی از یک عملیات سیستماتیک یا گسترده است، متضمن نقض شدید حقوق بشر افراد بوده یا این که نهایتاً منتهی به آن می‌شود. بر این پایه، ماده‌ی ۷ اساسنامه‌ی ICC جرایم علیه بشریت را به عنوان اعمال خاصی تعریف می‌کند که به عنوان جزئی از یک حمله‌ی سیستماتیک یا گسترده نسبت به یک جمعیت غیر نظام با علم به آن حمله ارتکاب یافته باشد.

حمله‌ی گسترده یا سیستماتیک به این معناست که فعل مجرمانه باید دارای هماهنگی زیاد بوده و به طور منظم طرح ریزی شده و در سطح وسیع ارتکاب یابد، به نحوی که در برگیرنده‌ی تعداد قابل توجهی از قربانیان باشد. در ماده‌ی ۷(۲)(a) اساسنامه، حمله به عنوان «یک رشته عملیاتی که متضمن ارتکاب چندین عمل از اعمال مندرج در ماده‌ی (k) و ۷(۱)(a) است»، تعریف می‌شود. در ضمن جرایمی که به دیوان کیفری بین‌المللی احاله می‌شوند باید از جهت تعداد زیاد بوده و تشکیل دهنده‌ی یک حمله نسبت به بشریت باشند. بر عکس، حوادث اتفاقی و مجزا و انفرادی، کافی برای صدق یک حمله‌ی گسترده و سیستماتیک نیستند.

این شرط دقیق و سختگیرانه، بسیاری از موارد قاچاق انسان-البته نه همه‌ی موارد را از گستره‌ی صلاحیت ICC خارج خواهد کرد؛ زیرا بسیاری از نهادهای مرتبط با قاچاق انسان در مقیاس کوچک و محلی اقدام می‌کنند و ساختار و فعالیت‌شان به ندرت می‌تواند در سطح بالای هماهنگی قرار بگیرد. با این حال، تعدادی از شبکه‌های قاچاق وجود دارند که در سطح بالای پیچیدگی و گستردگی قرار دارند و قربانیان خود را به طور سیستماتیک از نواحی خاصی انتخاب می‌کنند و اغلب نیز متوسل به استفاده از خشونت شدید، تجاوز جنسی، آدم‌ربایی و بردگی جنسی می‌شوند. بدین سان، این نوع اقدامات به طور انکارناپذیری از حداقل عملیات مورد نیاز در ماده‌ی ۷ اساسنامه قراتر خواهد رفت و در باره‌ی وجود هماهنگی در این حملات نیز شک کمتری وجود دارد. در نتیجه می‌توان این موارد را مشمول این قسمت از اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی دانست.





افزون بر شرط فوق، برای تحقق عنصر مادی یک جرم علیه بشریت، لازم است حمله‌ی گسترده یا سیستماتیک در قالب ارتکاب یکی از اعمال قتل عمد، نابودسازی، به بردگی گرفتن، اخراج یا کوچ اجباری، تجاوز جنسی بردگی جنسی، فحشای اجباری و ... ارتکاب یابد. سارنوال باید ارتکاب عمل مجرمانه‌ی مشخصی را که جزئی از یک حمله‌ی گسترده یا سیستماتیک بر علیه یک جمعیت غیر نظامی است، ثابت کند. ماده‌ی (k)-(a) ۷(۱) اساسنامه ICC شامل لیستی از یازده فعل خاص است که قتل عمد و جرایمی نظیر زنای به عنف، آپارتاید، شکنجه و سایر اعمال غیر انسانی دارای مشخصات مشابه را در بر می‌گیرد. همچنین این لیست در بردارنده‌ی تعدادی از جرایم مهم، از قبیل به بردگی گرفتن، تجاوز به عنف، بردگی جنسی، فحشای اجباری و سایر اشکال خشونت جنسی نسبتاً شدید است که دقیقاً مربوط با قاجاق انسان به قصد فحشاء هستند.

۴-۱-۱. به بردگی گرفتن

به موجب ماده‌ی ۳-۳ منشور نورمبرگ و قسمت ۳ ماده‌ی ۲ قانون شماره ۱۰ شورای کنترل و ماده ۳-۵ منشور توکیو و همچنین ماده‌ی ۳-۵ دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و ماده‌ی ۳-۳ اساسنامه‌ی دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا، به بردگی گرفتن را «اعمال اختیارات مربوط به حق مالکیت نسبت به یک شخص و شامل اعمال این اختیارات در اثنای قاجاق افراد به‌ویژه کودکان زنان و کودکان» تعریف می‌کند. این تعریف بر پایه‌ی حقوق بین‌الملل عرفی و کنوانسیون بردگی سال ۱۹۲۶ از «به بردگی گرفتن» به عمل آمده است.^۱

تعریف فوق همانند تعریف مندرج در پروتکل قاجاق انسان، بیانگر ذکر قاجاق انسان به‌عنوان یک اصطلاح فنی است؛ اما اشاره‌ای به پروتکل نمی‌کند و تعریفی هم از قاجاق انسان ارائه نمی‌دهد. بنابراین، به موجب اساسنامه ICC، خرید و فروش انسان‌ها و کار اجباری به‌عنوان اشکال مدرن بردگی، تحت عنوان به بردگی گرفتن به‌عنوان جنایت علیه بشریت شناخته می‌شوند (کیتی چایساری، ۱۳۸۲: ۱۵۰). کار اجباری نیز ممکن است متضمن موارد کار غیر

۱. ماده ۱ قرارداد منع تجارت برده و برده‌داری ۲۵ سپتامبر ۱۹۲۶ و قرار داد تکمیلی منع بردگی و برده‌فروشی و ترتیبات و نهادهای مشابه بردگی ۱۹۵۶، بردگی را وضعیت یا حالت یک شخص برای اعمال هرگونه یا تمامی اختیارات ناشی از حق مالکیت بر شخص دیگری تعریف می‌کند.

اختیاری در فاحشه‌خانه‌ها به‌عنوان رقاصه یا در جاهای دیگر به‌عنوان حرفه‌ی سکس باشد. با این حال، ماده‌ی ۷(۱)(g) اساسنامه، قاچاق انسان برای مقاصد جنسی را تحت عنوان «بردگی جنسی» لحاظ نموده است نه «به بردگی گرفتن»، این تمایز شاید به خاطر تأکید بیش‌تر و شاید هم برای پررنگ‌تر کردن بردگی جنسی به‌عنوان یک جرم علیه بشریت است.

به هر حال، «به بردگی گرفتن» و «بردگی جنسی» طیف وسیعی از شیوه‌ها و مقاصد قاچاق انسان را پوشش می‌دهد، به گونه‌ای که در هر موردی که شخص فروخته می‌شود، اجاره داده می‌شود و یا به نحو دیگری به عنوان کالا مورد معامله قرار می‌گیرد، می‌تواند به‌عنوان یک جرم علیه بشریت تلقی شود. البته شرط پذیرش این استقلال وجود سایر شرایط اساسنامه و آیین‌نامه‌ی عناصر جرایم است.

ماده‌ی ۷(۲)(C) برای تحقق به بردگی گرفتن، اثبات بد رفتاری، سوء استفاده‌ی جسمی، جنسی یا روانی را لازم نمی‌داند. همچنین شرط نیست که مجنی‌علیه قاچاق مجبور یا تهدید به انجام کار اجباری یا بدون مزد شده باشد. بنابراین ممکن است به مجنی‌علیه به قدر کافی خوراک داده شود و حتی محل سکونت و خدمات پزشکی هم برای وی تهیه شود و مورد سوء استفاده جسمی یا روانی هم قرار نگیرد؛ اما با این برده تلقی شود (کیتی چایساری، ۱۳۸۲: ۱۵۰).

بر این پایه، روش‌های مورد استفاده‌ی قاچاقچیان در به دست‌آورد کنترل روی زنان، حفظ کنترل و بهره‌کشی جنسی از آن‌ها شکلی باقی نمی‌گذارد که طرز رفتار آن‌ها با قربانیان، شایسته‌ی ورود در تعریف «به بردگی گرفتن» است؛ زیرا طرز عمل آن‌ها موجب زوال عنصر اراده در انتخاب شیوه‌ی زندگی و آزادی علم بزه‌دیده می‌شود. در حقیقت این وضعیت نتیجه‌ی اعمال حقوق مالکانه نسبت به بزه‌دیده در شرایطی برده‌وار است.

۲-۱-۴. بردگی جنسی

به موجب قسمت ۶ بند ۱ ماده‌ی ۷ اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی، بردگی جنسی یک جنایت علیه بشریت است. بردگی جنسی در ماده‌ی ۷(۱)(g) تعریف نشده است. رویه‌ی قضایی یا قراردادی هم در این مورد وجود ندارد. بر اساس مقررات عناصر تشکیل‌دهنده‌ی جرایم، بردگی جنسی آن است که مرتکب با اعمالی چون خرید، فروش، کرایه دادن، معاوضه و اعمال مشابه، نسبت به دیگری برای خود حق مالکیت قائل شود و او را به اعمال جنسی وادار نماید (صادقی،

۱۳۸۳: ۱۱۸). بر این پایه، شاید بتوان اعمالی که در کیفر خواست سارنوال ICTY در پرونده‌ی فوکا ادعا شده، همچنین بعضی از جنایات ارتكابی در رواندا را به‌عنوان بردگی جنسی تلقی کرد؛ زیرا قربانیان پرونده‌ی فوکا، ادعا می‌کردند که در خانه‌ای محبوس شده بودند که شبیه یک فاحشه‌خانه بود و با آن‌ها مانند اموال شخصی مرتکب رفتار می‌شد و بارها مورد هتک ناموس و حملات جنسی واقع شدند. همچنین برخی از زنان در حوادث رواندا، به ازدواج اجباری تن دادند و به‌منظور نجات فرزندانشان از نسل‌کشی مداوم به کسانی که اصطلاحاً «شوهران‌شان» نامیده می‌شدند، خدمت جنسی می‌دادند. (کیتی چایساری، ۱۳۸۲: ۱۵۸).

بنابراین، قدر متقین این است که برای تحقق یک جرم علیه بشریت از طریق بردگی جنسی، لازم است ثابت شود که مرتکب با علم به این‌که عمل وی جزئی از یک تعرض گسترده یا سازمان‌یافته است، در عمل قربانی را وادار به انجام اعمال با ماهیت جنسی کرده است. بر این اساس، بسیاری از موارد قاچاق انسان نیز می‌تواند به‌عنوان بردگی جنسی تلقی شود. مخصوصاً مواردی را که افراد، مجبور به خدمت در حرفه‌ی سکس می‌شوند یا جایی که برای مقاصد جنسی استخدام می‌شوند، فریب می‌خورند یا اغوا می‌شوند می‌توان بردگی جنسی تلقی کرد. در ضمن، برخی پروتکل قاچاق انسان، در هیچ کدام از اعمالی که جنایات علیه بشریت را تشکیل می‌دهند، لازم نیست که ثابت شود متهم علاوه بر عملی که مرتکب شده، منفعتی هم به دست آورده است.

۴-۱-۳. فحشای اجباری

همانند مورد قبل، اساسنامه این اصطلاح را تعریف نمی‌کند و رویه‌ی قضایی یا قراردادی هم در این مورد وجود ندارد. لذا مشخص نیست چه اعمالی تشکیل‌دهنده‌ی فحشای اجباری هستند و فرق آن با اسارت و بردگی جنسی چیست.

به طور کلی، اصطلاح فحشای اجباری برای توصیف وضعیتی استفاده می‌شود که در آن زنان و دختران به وسیله‌ی شوهران یا والدین- یا سایر اشخاصی که از رهگذر قوانین و رویه‌های قانونی، قیمومتی نسبت به زنان را به دست می‌آورند- فروخته می‌شوند یا وادار به فحشا می‌شوند. همچنین وقتی کسی با اختیارات خود، شخصی را مجبور ناگزیر به ادامه‌ی خدمت جنسی می‌کند، این عمل فحشای اجباری است. در فحشای اجباری انگیزه‌ی متهم اهمیتی ندارد و



ضرورتی ندارد که مرتکب به طور فیزیکی قربانی را مورد حمله قرار دهد، بلکه هر گونه استفاده از زور یا تهدید به استفاده از زور کافی است؛ مثلاً: ترس از خشونت، بازداشت، فشار روانی، رفتار خشونت‌آمیز، سوء استفاده از قدرت یا بهره‌برداری از موقعیت شخصی که در وضعیت ناچاری قرار دارد یا سوء استفاده از عدم اهلیت قربانی برای اعلام رضایت، کافی به نظر می‌رسد. برخی معتقدند آنچه این جرم را از بردگی جنسی متمایز می‌کند، امتیاز مالی یا غیر مالی است که برای مرتکب یا شخص دیگر به دست آمده یا انتظار می‌رود در جریان مبادله بزه‌دیده یا از رهگذر اعمال فرد مورد تجاوز جنسی، به دست آید (کیتی چایساری، ۱۳۸۲: ۱۵۸).

در خصوص قاچاق انسان، جایی که زنان زندانی باشند یا فاقد اسناد هویت باشند یا در مکانی قرار گرفته باشند که موقعیت خود را نمی‌شناسند، این تعریف موسع، مفید خواهد بود؛ زیرا نه تنها شامل مواردی می‌شود که اجباری فیزیکی ممکن است، برای استثمار جنسی استفاده شود، بلکه شامل مواردی هم خواهد شد که قربانی آنقدر روحیه‌اش تضعیف شده که نمی‌تواند اراده‌اش را برای اعلام رضایت جهت کار به‌عنوان فاحشه به‌طور موثر اعمال نماید.

۴-۱-۴. تجاوز جنسی

اساسنامه ICC و آیین‌نامه‌ی عناصر جرایم، ارکان تجاوز جنسی را بیان نمی‌کنند؛ اما در این زمینه، رویه‌ی قضایی به وسیله‌ی ICTR و بعد به وسیله‌ی ICTY ایجاد شده است. در رویه‌ی قضایی، تجاوز جنسی به‌عنوان «تعرض جسمی با ماهیت جنسی که تحت شرایط اجباری ارتکاب یافته» و صرف محصور بر تجاوز یا اعضای جنسی و یا اعمال فشار جسمی نیست، تفسیر شده است.

بزه‌دیدگان قاچاق انسان به قصد فحشاء نیز در موارد زیادی مورد تجاوز جنسی قرار می‌گیرند؛ زیرا قاچاقچیان و سایر افرادی که روی قربانیان کنترل دارند، از جمله، صاحبان فاحشه‌خانه‌ها و حتا مشتریان در بسیاری از موارد برای درهم شکستن مقاومت بزه‌دیدگان مرتکب تجاوز جنسی می‌شوند. بدین سان، بسیاری از موارد قاچاق انسان تحت پوشش تعریف تجاوز جنسی قرار می‌گیرد و از این حیث می‌تواند یک جرم علیه بشریت محسوب شود.

لیکن برای تحقق یک جنایت علیه بشریت از طریق تجاوز جنسی، لازم است ثابت شود که تجاوز به‌عنوان جزئی از یک حمله‌ی گسترده و سازمان‌یافته ارتکاب یافته است. این شرط،



مسئولیت کیفری مشتریان رابطه جنسی با بزه‌دیدگان قاچاق انسان را زایل می‌کند؛ زیرا مشتریان به‌ندرت آگاهی دارند که اعمال آن‌ها جزئی از یک حمله‌ی گسترده و هم‌آهنگ - موضوع ماده‌ی ۷ اساسنامه است.

۲-۴. رکن معنوی: علم به حمله

برای این‌که مجرمیت یک متهم به خاطر ارتکاب یک جرم مشمول ماده‌ی ۷ اساسنامه ICC حاصل شود، سارنوال باید ثابت کند که متهم با علم به وجود حمله، مرتکب آن عمل شده است. بنابراین، لازم است مرتکب اطلاع داشته باشد که حمله‌ای وجود دارد؛ اما لازم نیست ثابت شود که از جزئیات دقیق نقشه یا سیاست دولت یا سازمان نیز آگاهی داشته است. به علاوه سارنوال نیاز ندارد ثابت کند که متهم با سیاست یا نقشه مبنای حمله موافق بوده یا آن را قبول کرده و یا این‌که قصد اخذ نتیجه‌ای خاص را در طول حمله داشته است. به طور خلاصه، آنچه نیاز است اثبات شود این است که عمل خاص از روی عمد ارتکاب یافته و متهم با آگاهی از این‌که عمل وی جزئی از یک حمله‌ی گسترده و هماهنگ علیه یک جمعیت غیر نظامی است، مرتکب آن شده است.

راجع به قاچاق انسان و شاید اشکال دیگر جنایات سازمان یافته، امکان محکومیت آن دسته از مرتکبین که عامداً و با علم به این‌که اعمال آن‌ها جزئی از یک عملیات سازمان یافته است، مبادرت به سازماندهی، معاونت، یا مشارکت در ارتکاب اعمالی نظیر تجاوز جنسی، به بردگی گرفتن، بردگی جنسی، فحشای اجباری یا قاچاق کرده‌اند، وجود دارد.

چنانکه ملاحظه شد اعمالی که در فرایند قاچاق انسان از سوی قاچاقچیان ارتکاب می‌یابد، به‌صورت دقیق منطبق بر عنصر مادی بسیاری از جرایم علیه بشریت است. اعمالی مانند به بردگی گرفتن، فحشای اجباری، بردگی جنسی و تجاوز جنسی، همان عناصر تشکیل‌دهنده بزه قاچاق انسان هستند که اگر با شرایط مورد نظر اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی ارتکاب یابند، جرم علیه بشریت و در شرایط جنگی جرم جنگی به حساب می‌آیند. بر این پایه، تفسیر مقررات مربوط به صلاحیت دیوان، به نحوی که موارد گسترده و بسیار شدید قاچاق انسان را دربر گیرد، دور از واقعیت نیست.



۵. پاسخ‌های اولیه به جلوه‌های نخستین قاچاق انسان به قصد فحشا

۵-۱. پاسخ‌های بین‌المللی

پاسخ‌های اولیه‌ی اسناد بین‌المللی اغلب در قالب راهکارهای پیشگیرانه (ماده‌ی اول مقاوله‌نامه ۱۹۰۴ و ماده‌ی ۶ قرارداد بین‌المللی ۱۹۲۱)، دعوت دولت‌ها به همکاری‌های بین‌المللی (ماده‌ی ۳ قرارداد ۱۹۳۳ و ماده‌ی ۸ قرارداد تکمیلی بردگی)، بازگرداندن قربانیان به وطن (ماده‌ی ۳ مقاوله‌نامه ۱۹۰۴) و الزام آن‌ها به جرم‌انگاری جلوه‌های ابتدایی قاچاق انسان است. بر این پایه، به استثنای ماده‌ی ۵ قرارداد بین‌المللی ۴ مه ۱۹۱۰ که به طور ضمنی مجازات تبعید را برای بهره‌کشی جنسی از زنان مقرر نموده است، اسناد بین‌المللی، پاسخ مشخصی را به کشورها دیکته نکرده بلکه آن‌ها را مکلف به پیش‌بینی پاسخ شایسته در قبال این پدیده کرده‌اند. افزون بر واکنش سازمان ملل به مظاهر اولیه‌ی قاچاق انسان که از طریق تصویب اسناد فوق و الزام دولت‌ها به انجام اقداماتی برای پیشگیری و سرکوب آن‌ها نمود یافته است، سازمان ملل متحد اقدامات دیگری را نیز برای سرکوب این پدیده تدارک دیده است. این سازمان در کنار اجرای پروژه‌های تحقیقاتی و پژوهشی در مناطق آلوده‌ی جهان که به صورت ملی و منطقه‌ای انجام می‌شود، برای آگاهی‌بخشی و ایجاد حساسیت در اذهان افراد به‌ویژه دولت‌های درگیر با پدیده‌ی قاچاق انسان، مبادرت به برگزاری همایش‌ها و کنگره‌های منطقه‌ای و جهانی مختلفی نیز کرده که این وضعیت هم اکنون نیز ادامه دارد.

۵-۱-۱. سیاست جنایی بین‌المللی و توانمندسازی کشورها در مقابله با قاچاق انسان

در پاسخ به معضل در حال گسترش قاچاق انسان و بهره‌کشی از انسان‌ها، اداره مبارزه با جرم و مواد مخدر سازمان ملل وابسته به موسسه‌ی بین منطقه‌ای تحقیقات راجع به جرم و عدالت سازمان ملل متحد برنامه‌ی جهانی مبارزه با قاچاق انسان را در مارچ ۱۹۹۹ شروع کرد. این برنامه به منظور کمک به دولت‌ها در تلاش‌هایشان برای مبارزه با قاچاق انسان، اهداف ذیل را تعقیب می‌کند:

۱. مشاوره با طراحان قانون و بهبود بخشیدن به قوانین مربوط؛
۲. مشاوره و مساعدت برای ایجاد و توسعه‌ی ادارات و واحدهای ضد قاچاق انسان؛
۳. آموزش قضات، سارنوالان و ادارات مجری قانون؛



۴. توسعه‌ی حمایت از قربانیان و شهود؛

۵. افزایش آگاهی افراد.

این برنامه یک رویکرد جامع و چند وجهی را برای پیشگیری و مبارزه با قاچاق انسان در دستور کار خود دارد و به‌طور کلی شامل همکاری‌های فنی و مساعدت در زمینه‌ی ارزیابی و برآورد وضعیت قاچاق انسان و مداخله‌ی گروه‌های سازمان‌یافته در هر کشور می‌شود. همچنین تقویت پاسخ‌های سیستم عدالت جزایی، بهبود همکاری میان آژانس‌های مجری قانون و سایر نهادها و بهبود سیستم حمایت از قربانیان و شهود جزء اهداف این برنامه است.

در این برنامه، مولفه‌ی ارزیابی شامل جمع‌آوری اطلاعات پیرامون علل مختلف قاچاق در هر منطقه یا ناحیه و روش‌های مورد استفاده‌ی گروه‌های جنایتکار سازمان‌یافته می‌شود. همکاری فنی نیز به‌منظور تقویت توانایی کشورها برای مقابله به اشکال مختلف قاچاق در سطح ملی و بین‌المللی به عمل آید. این تدابیر به کشورهای مبدأ، ترانزیت و مقصد در مسیر توسعه‌ی استراتژی‌های مشترک و برنامه‌های عملیاتی یاری می‌رساند. این برنامه تاکنون در کشورهای فلپین، ویتنام، چک و اسلواکی، لهستان، برزیل، کلمبیا، نیجریه، توگو و بنین به اجرا در آمده است. همچنین این ارگان سازمان ملل با همکاری کشورهای عضو جامعه‌ی اقتصادی کشورهای غرب افریقا، همایشی را در سطح منطقه‌ی مذکور برگزار و برنامه‌ی عملی ضد قاچاقی را با همکاری این نهاد طراحی و تصویب کرده است. از دیگر برنامه‌های اداره‌ی مبارزه با جرم و مواد مخدر سازمان ملل برای مقابله‌ی قاچاق انسان می‌توان به چاپ و انتشار راهنمایی اقدامات نویدبخش در زمینه‌ی مبارزه با قاچاق انسان و راه‌اندازی شبکه‌ی ارتباطی جهانی مبارزه بر ضد قاچاق انسان با هدف آگاهی‌بخش عمومی برای مبارزه با این پدیده، به‌ویژه قاچاق انسان، به قصد بهره‌کشی جنسی اشاره کرد.

۵-۱-۲. اقدامات آگاهی‌بخش نسبت به خطرات قاچاق انسان

سازمان ملل به موازات تصویب اسناد و مقررات بین‌المللی در زمینه‌ی قاچاق انسان و جرایم مرتبط به آن از جمله برده‌داری، استثمار جنسی و ... به‌منظور اجرایی کردن اسناد مربوط و آگاهی‌بخشیدن به ملل مختلف و دولت‌ها، مبادرت به برگزاری کنفرانس‌ها و نشست‌هایی در سطح بین‌المللی و بعضاً منطقه‌ی خاصی از جهان می‌کند. این سازمان با برگزاری این کنفرانس‌ها اطلاعات لازم را در زمینه‌ی میزان اقبال جامعه‌ی جهانی نسبت به کنوانسیون‌ها و



سایر اسناد لازم‌الاجرا و ارشادی به دست می‌آورد و در ضمن نقاط ضعف و قوت این اسناد را نیز بررسی می‌کند.

۵-۱-۲-۱. برگزاری کنفرانس‌های بین‌المللی درباره‌ی زنان

قاچاق زنان به‌منظور بهره‌کشی و استثمار جنسی یکی از اهداف اصلی قاچاقچیان است. به همین دلیل زنان مهم‌ترین گروه‌های هدف آنان را تشکیل می‌دهند. سازمان ملل متحد با درک این موضوع اقدامات خود را از همان ابتدایی تأسیسش در زمینه‌ی رفع همه‌ی اشکال خشونت علیه زنان که قاچاق انسان یکی از اشکال آشکار آن است،^۱ متمرکز کرده است.

نگرانی اساسی دیگر سازمان ملل متحد و نهادهای وابسته به آن رفع هرگونه تبعیض علیه این قشر است. قاچاق زنان یکی از بسترهای مناسب برای اعمال خشونت و رفتارهای تبعیض‌آمیز علیه زنان است. به همین دلیل ماده‌ی ۶ کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان دولت‌های عضو را مکلف به وضع قانون به‌منظور جلوگیری از تمام اشکال معامله بر روی زنان و بهره‌برداری از روسپی‌گری آن‌ها می‌نماید.

سازمان ملل در راستای ریکرد و سیاست جنایی خود مبنی بر پیش‌گیری از هرگونه خشونت علیه زنان و آگاهی دادن به آن‌ها و دولت‌ها، مبادرت به برپایی کنفرانس‌های متعددی نموده که از جمله آن‌ها کنفرانس مکزیکوسیتی در سال ۱۹۷۵، کنفرانس کینهاک در سال ۱۹۸۰، کنفرانس نایروبی در سال ۱۹۸۵ و کنفرانس پکن در سال ۱۹۹۵ است.

در تمامی این کنفرانس‌ها موضوع خشونت علیه زنان و از جمله قاچاق انسان مورد بررسی شرکت‌کنندگان قرار گرفته و در پایان توصیه‌های نیز برای بهبود وضعیت موجود ارائه شده است؛ به عنوان مثال در کنفرانس نایروبی توجه ویژه‌ای به زنان مورد سوء استفاده، زنان قربانی قاچاق و روسپی‌گری اجباری شده و حمایت از زنان قربانی خشونت مورد تأکید قرار گرفته است.

۱. بر اساس ماده ۲ اعلامیه ۲۰ دسامبر ۱۹۹۲ مجمع عمومی سازمان ملل که در حقیقت اولین سند حقوقی است که در راستای سیاست محو و رفع خشونت علیه زنان گام برداشته است، خشونت‌های جسمی، جنسی و روانی شامل تجاوز، سوء استفاده، آزار و تهدید جنسی در محل کار و موسسات آموزشی، خرید و فروش زنان و فحشای اجباری از مصادیق خشونت علیه زنان معرفی شده است.



در قسمت ب از بند ۱۱۳ برنامه‌ی عمل و اعلامیه‌ی پکن،^۱ خرید و فروش زنان و روسپی-گری اجباری نوعی خشونت علیه زنان قلمداد شده است. در بند ۱۲۳ همین سند جلوگیری از داد و ستد زنان و دختران در تجارت بین‌المللی سکس به‌عنوان نگرانی عمده‌ی بین‌المللی قید و تأکید شده، شبکه بین‌المللی فحشا و خرید و فروش زنان یک کانون عمده‌ی جنایت سازمان یافته بین‌المللی است.

در این سند کشورهای مبدا، ترانزیت و مقصد و همچنین سازمان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای خواسته شده تا نسبت به موارد ذیل اقدامات خود را سرعت بخشند:

الف- بررسی و تصویب و اعمال کنوانسیون‌های بین‌المللی راجع به خرید و فروش اشخاص و بردگی؛

ب- اتخاذ اقدامات مقتضی در راستای مقابله با عوامل ریشه‌ای از جمله عواملی که خرید و فروش زنان و دختران را به قصد روسپی‌گری و دیگر صور تجارت جنسی، ازدواج‌های تحمیلی و کار تحمیلی ترغیب می‌نماید. همچنین تقویت قوانین موجود به‌منظور تأمین حمایت بیشتر از حقوق زنان و دختران و مجازات مرتکبین این جرایم از طریق اقداماتی اعم از جزایی و مدنی؛

ج- ارتقای همکاری و اقدام هماهنگ همه‌ی مقامات و نهادهای مجری قانون به‌منظور متلاشی کردن شبکه‌های ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی خرید و فروش زنان؛

د- تخصیص منابع به‌منظور تأمین برنامه‌های جامع که هدف از طرح‌ریزی آن بهبود و باز توانی زنان قربانی خرید و فروش و بازگشت آنان به جامعه باشد؛

هـ- تعهد برنامه‌ها و خط مشی‌های آموزشی و پرورشی و بررسی وضع قوانینی که هدف آن جلوگیری از توريسم جنسی و خرید و فروش زنان است (آرین، ۱۳۷۵: ۷۴).

۵-۱-۲-۲. برگزاری کنفرانس‌های بین‌المللی درباره‌ی کودکان

آسیب‌پذیری کودکان در قبال خشونت، استثمار جنسی و جسمی، قاچاق و سایر جنایات سازمان‌یافته‌ی نهادهای بین‌المللی مربوط را بر آن داشته تا در کنار تلاش برای تصویب اسناد الزام‌آور و ارشادی جهت پیشگیری و سرکوب این جرایم، کنفرانس‌های متعددی را نیز برای

۱. آرین، علی و میر سعید قاضی، علی، ترجمه کار پایه عمل و اعلامیه پکن، تهران، دفتر امور زنان نهاد ریاست جمهوری،



پیشبرد اهداف سازمانی خود و آگاهی‌بخشی به دولت‌ها و همچنین ارزیابی برآیند اقدامات انجام شده بعد از تصویب اسناد مذکور برگزار نمایند. برآیند اجلاس مذکور تصویب اعلامیه‌ی جهانی بقا، رشد و حمایت از کودکان و برنامه‌ی اقدام جهت اجرای اعلامیه‌ی هانی ۱۹۹۰ بود. به موجب این اعلامیه که در ۲۵ ماده به تصویب رسید، سران کشورها تعهداتی را در مورد تضمین حقوق کودک در زمینه‌های متعدد مورد پذیرش قرار دارند. دومین کنفرانس بین‌المللی جمعیت و توسعه در سال ۱۹۹۴ میلادی جهت بهبود ساختار جمعیتی و رشد و تنظیم جمعیت برگزار شد. موضوع کنفرانس عمدتاً بررسی روند رشد جمعیت، بهداشت و خانواده بود؛ اما شرکت‌کنندگان مسائل کودکان را به‌عنوان یکی از اقشار آسیب‌پذیر مورد توجه قرار دادند. رهنمودهایی را جهت حمایت از آنان بیان داشتند.

کنگره‌ی جهانی مقابله با سوء استفاده‌ی جنسی تجاری از کودکان برای نیل به یک راه حل پایدار در زمینه‌ی مقابله با این پدیده‌ی شوم به ابتکار سازمان بین‌المللی پایان سوء استفاده کودکان در تورسیم آسیا با همکاری یونسف از تاریخ ۲۷ - ۳ آگوست ۱۹۹۶ در استکهلم سوئد برگزار شد. در این نشست مسائلی از قبیل پیشگیری از استثمار جنسی کودکان، فروش کودکان، جلوگیری از تولید و فروش فیلم‌های پورنوگرافی مورد بحث بررسی قرار گرفت و مقرر گردید دولت‌ها اقدامات لازم را برای پیشگیری از این پدیده‌ی شوم اتخاذ کنند. همچنین اعلام گردید رفتار با کودک به‌عنوان یک کالای جنسی و تجاری و سواستفاده‌ی جنسی و تجاری از کودکان نوعی اعمال زور و خشونت علیه کودکان بوده و شکلی از بیگاری و برده‌داری نوین تلقی می‌شود (عباچی، ۱۳۸۰: ۸۶).

گسترده‌ی اقدامات و تصمیمات سازمان ملل متحد در زمینه‌ی قاچاق انسان در خور توجه بوده و حاکی از جایگاه ویژه‌ی مبارزه با این جرم در سیاست جنایی سازمان مذکور است. لیکن به رغم این که سازمان ملل با عزم راسخ در کنار تصویب اسناد مختلف برای تحریم و مبارزه با مصادیق مختلف بهره‌کشی از افراد، اقدامات عملی خود را در سطح جهان گسترش داده است. این سازمان تاکنون نتوانسته نقش خود را در این راستا به خوبی ایفا نماید؛ زیرا به رغم این اقدامات، شاهد گسترش روزافزون این معضل در تمامی نقاط دنیا هستیم. علت این امر را می‌توان در پراکندگی اقدامات و تصمیمات اتخاذ شده و اسناد تصویب شده‌ی سازمان دانست که باعث عدم انسجام سیاست جنایی این نهاد در قبال قاچاق انسان شده است؛ زیرا جامعیت و

یکنواختی سیاست جنایی پیش از نیاز مبارزه موثر با تمامی جرایم و از جمله قاچاق انسان است. عدم استقلال اسناد بین‌المللی مرتبط با قاچاق انسان مشکل دیگری است که موجب کندی مبارزه و بعضاً فقدان کارایی آن‌ها شده است؛ زیرا اسناد تصویب شده درباره‌ی قاچاق انسان بجز چند سند ابتدایی که از جامعیت لازم نیز برخوردار نیستند، درباره‌ی موضوعاتی مثل رفع خشونت، تبعیض و ... هستند که در ضمن آن‌ها یادى هم از قاچاق انسان شده است. آخرین سند تصویبی در این باره نیز که کامل‌ترین آن‌ها است، به شکل یک پروتکل اختیاری منضم به کنوانسیون جنایات سازمان یافته تصویب شده که همین موضوع باعث بی‌نتیجه ماندن کوشش‌های سازمان ملل در این راستا شده است.

۵-۲. پاسخ‌های اولیه در حقوق جزایی افغانستان

۵-۲-۱. پاسخ‌های تقنینی

منظور از پاسخ‌های تقنینی تدابیر اتخاذی مقنن در قبال قاچاق است. از این منظر، این پاسخ‌ها در مقابل پاسخ‌های قرار می‌گیرد که به علت برخی نارسایی‌های موجود در قوانین، توسط رویه‌ی قضایی ایجاد شده است. در حقوق افغانستان، پاسخ‌های مقنن به جلوه‌های نخستین قاچاق انسان به رغم تنوع و تعدد آن‌ها در قالب پاسخ‌های دولتی و اغلب به صورت واکنش قهرآمیز است. واکنش‌های جزایی مقنن در این زمینه بسیار متنوع به نظر می‌رسد. این واکنش‌ها طیف وسیعی از مجازات‌ها را در بر می‌گیرند که از جزای نقدی تا حبس را شامل می‌شوند.

یکی از نکات قابل توجه قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران؛ قاچاق زنان و اطفال به قصد بهره‌کشی جنسی (فحشا) می‌باشد (قانون مبارزه با قاچاق انسان و مهاجران، ماده ۱۰).

۳-۲. پاسخ‌های پیشگیرانه ویژه‌ی قاچاق انسان

پیشگیری در لغت به معنای جلو وقوع چیزی را گرفتن، پیش‌دستی کردن و پیشی گرفتن و همچنین به معنای آگاه کردن، خبر چیزی را دادن و هشدار دادن است (عمید، ۱۳۶۴: ۵۱۰). تدابیر پیشگیری از جرم ممکن کنشی یا واکنشی باشد. پیشگیری کنشی از یا غیر کیفری یا پیشین، اقداماتی است که پیش از ارتکاب جرم صورت می‌گیرد. به عبارت دیگر، «پیشگیری

۶-۱. پاسخ‌های جزایی

اگرچه امروزه پاسخ‌های جزایی و استفاده از ظرفیت‌های نهاد عدالت جزایی تنها روش مبارزه با پدیده‌ی مجرمانه نیست؛ ولی حقوق جزا به‌عنوان هسته یا محل قوی‌ترین فشار در سیاست‌های جنایی به حساب می‌آید. حقوق افغانستان نیز اغلب پاسخ‌های خود به پدیده‌ی قاچاق انسان به قصد فحشا را با استفاده‌ی گسترده از ظرفیت‌های حقوق جزایی، سازماندهی کرده است. بر این اساس، سیاست جنایی افغانستان در قبال قاچاق انسان به قصد فحشا یک سیاست جنایی مجازات‌محور است. در حقوق افغانستان، علاوه بر پاسخ‌های عام حقوق جزایی به تمامی جرم‌هایی که طبیعتاً در مورد قاچاق انسان نیز قابلیت اعمال دارد، پاسخ اختصاصی نیز در قبال پدیده‌ی فوق وجود دارد. از جمله پاسخ‌های حقوق جزایی، مجازات‌هایی تکمیلی و مجازات‌های تبعی است.^۱

در حوزه‌ی پاسخ‌های اختصاصی جزایی به قاچاق انسان به قصد فحشا، کود جزای افغانستان و قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران که بهره‌کشی و به کارگیری زنان و اطفال در اعمال خلاف را جرم‌انگاری کرده است، گونه‌های مختلف مجازات را برای مرتکبین قاچاق انسان پیش‌بینی کرده‌اند. بدین سان، حقوق جزایی افغانستان از تمامی ظرفیت‌های حقوق جزا برای پاسخ‌گویی به این جرم استفاده کرده است. در حقیقت سیاست جنایی افغانستان در زمینه‌ی قاچاق انسان مبتنی بر جرم‌انگاری به‌صورت موسع از یک طرف و تنوع پاسخ‌های جزایی و شدید بودن ضمانت اجراها از سوی دیگر است.

۶-۱-۱. مجازات مباشرت در ارتکاب جرم

از نظر قانون مبارزه با قاچاق انسان، علاوه بر افراد حقیقی، جرم مذکور از سوی اشخاص حقوقی همچون موسسات و شرکت‌های خصوصی نیز ممکن است، ارتکاب یابد. بنابراین، این افراد نیز در ردیف افراد حقیقی به‌عنوان مباشر جرم قابل تعقیب و مجازات هستند.

پاراگراف ۲ ماده‌ی ۱۰ کنوانسیون می‌گوید، بر اساس اصول حقوقی دول عضو، مسئولیت اشخاص حقوقی می‌تواند کیفری، مدنی یا اداری باشد. این موضوع همسان و سازگار با سایر

۱. منظور از مجازات‌های تکمیلی مجازات‌هایی هستند که به موجب قانون برای پاره‌ای از جرایم مقرر شده‌اند. این مجازات‌ها که ممکن است اجباری یا اختیاری باشند، هیچگاه به تنهایی مورد حکم قرار نمی‌گیرند. زیرا ویژگی مهم آنها تکمیل مجازات اصلی جرم است. (استفانی، گاستون و دیگران، حقوق جزای عمومی، پیشین، ص ۶۶۲).



ابتکارات بین‌المللی است که تنوع رویکردهای مورد پذیرش به‌وسیله‌ی سیستم‌های حقوقی مختلف را در مورد مسؤولیت اشخاص حقوقی مورد تأیید قرار می‌دهند. بنابراین، چنانچه مسؤولیت جزایی اشخاص حقوقی بر خلاف اصول حقوقی دولت‌های عضو باشد، الزامی نیست که برای آن‌ها مسؤولیت جزایی در نظر بگیرند بلکه در این صورت شکلی از مسؤولیت مدنی اشخاص حقوقی، باید در نظر گرفته شود و اگر کسی از طریق شخص حقوقی مرتکب جرم شد، باید امکان تعقیب هردو وجود داشته باشد. سرانجام کنوانسیون مقرر می‌دارد که دولت‌های عضو باید اطمینان حاصل کنند که اشخاص حقوقی که طبق این ماده مسؤول شناخته می‌شوند، مشمول مجازات‌های جزایی یا غیر جزایی اثر بخش، متناسب و بازدارنده از جمله مجازات‌های مالی، قرار خواهند گرفت.

۶-۱-۱-۱. مجازات قاچاق انسان

قانونگذار افغانستان در ماده‌ی ۵۱۱ کود جزای افغانستان مجازات جرم قاچاق انسان را جرم‌انگاری نموده است. مطابق این ماده مجازات جرم قاچاق انسان حبس طویل تا ده سال پیش‌بینی شده است؛ چنانچه ماده‌ی ۵۱۱ کود جزا چنین مقرر می‌دارد: «شخصی که مرتکب جرم قاچاق انسان گردد، به حبس طویل تا ده سال محکوم می‌گردد».

اما در قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران، مجازات قاچاق جرم انسان به حبس طویل که از هشت سال بیش‌تر نباشد، محکوم گردیده است؛ چنانچه قانون‌گذار در ماده‌ی ۱۰ قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران چنین مقرر داشته است: «مرتکب جرم قاچاق انسان، حسب احوال به حبس طویل که از هشت سال بیش‌تر نباشد، محکوم می‌گردد».

آنگونه که دیده می‌شود مدت مجازات جرم قاچاق انسان در کود جزای افغانستان و قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران متفاوت‌تر در نظر گرفته شده است. در کود جزا مدت مجازات حبس جرم قاچاق انسان تا ده سال نیز ذکر شده است؛ اما قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران، حد اکثر مدت آن را هشت سال تعیین کرده است. به نظر می‌رسد این اختلاف در دو قانون می‌تواند سبب مشکلات در مراحل قضایی شود. بنأ بهتر خواهد بود که قانون‌گذار افغانستان این مشکل را مد نظر گرفته و یکسان‌سازی نماید.



۶-۱-۲. کیفیات مشدده

پروتکل قاچاق انسان، قانون‌گذار داخلی را مجاز دانسته تا تدابیر شدیدتری از آنچه در پروتکل پیش‌بینی شده برای مبارزه با مرتکبین مدنظر قرار دهند. بر این اساس، کود جزای افغانستان و قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران دو عامل را موجبات تشدید واکنش نسبت به مرتکبین قرار داده است که به شرح ذیل هر یک از آن‌ها را مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۶-۱-۲-۱. کیفیت مشدده بر پایه‌ی موقعیت مجرم

در فرایند قاچاق انسان و به‌طور کلی جنایات سازمان‌یافته با توجه به شرایط اقتصادی افغانستان، والدین، یا سرپرست قانونی مجنی علیه یا مأمورین و مسئولین فاسد، نقش بسیار پر رنگی دارند. به خاطر همین موضوع، قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران و کود جزای افغانستان با در پیش گرفتن سیاست تشدید مجازات افرادی که با داشتن سمت دولتی یا غیر آن و با سوء استفاده از موقعیت خود مبادرت به تسهیل قاچاق افراد می‌کنند، در پی سرکوب این پدیده است. بر این پایه، ماده‌ی ۵۱۲ کود جزای افغانستان و همچنان ماده‌ی ۱۱ قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران مقرر می‌دارد: «در صورتی که مرتکب جرم قاچاق انسان، همسر، والدین یا سرپرست قانونی مجنی علیه یا موظف خدمات عامه باشد، حبس طویل که از ده سال کم‌تر نباشد، محکوم می‌گردد». اگرچه تشدید مجازات برای این دسته از افراد از حیث بازدارندگی مفید به نظر می‌رسد؛ اما این ایراد نیز وجود دارد که تشدید مجازات تا دوسال بیش‌تر برای این دسته از افراد کافی نیست.

۶-۱-۲-۲. کیفیت مشدده بر پایه‌ی معیار قربانی

یکی از معیارهای قانون‌گذار افغانستان در حالات مشدده‌ی جرم قاچاق انسان، حالات مختلف متضرر می‌باشد. چنانچه قانون‌گذار افغانستان در قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران و کود جزای افغانستان بیان گردیده است: «۲- در صورتی که قاچاق‌بر با مجنی علیه، مرتکب فعل زنا یا لواط گردیده باشد در صورت عدم موجودیت تطبیق جزای حد، به حبس طویل بیش از دوازده سال محکوم می‌گردد؛ ۳- در صورتی که مجنی علیه مورد بهره‌کشی جنسی قرار گرفته یا در تهیه‌ی تصاویر یا فیلم‌های غیر اخلاقی (پورنوگرافی) از وی استفاده باشد، به حداکثر حبس طویل محکوم می‌گردد».



۳-۱-۶. مجازات معاون یا شریک جرم قاچاق انسان

هرگاه دو، یا چند نفر به کمک یکدیگر جرمی را مرتکب شوند، همه‌ی آن‌ها شریک جرم شمرده می‌شوند و همه دارای مسؤولیت جنایی هستند و همه به کیفر فراخور جرم ارتكابی محکوم می‌شوند (فیض، ۱۳۸۱: ۳۷۱). به عبارت دیگر، شریک جرم کسی است که به قصد ارتكاب جرم با فرد یا افراد دیگری در انجام عملیات مادی جرم معینی مشارکت و همکاری می‌کند. به عبارت دیگر، شریک جرم به کسی اطلاق می‌شود که با همکاری یک یا چند نفر دیگر، یک جزء از عملیات مادی و محسوس جرم معینی را انجام می‌دهد. به نحوی که هر یک از آن‌ها فاعل مستقیم آن جرم شناخته می‌شوند؛ مانند این که دو نفر به قصد سرقت وارد منزل شخص دیگری می‌شوند و متفقاً اموال متعلق به صاحب خانه را جمع‌آوری کرده و با خود می‌برند. در این قضیه چون هر یک از آن‌ها در ربودن مال متعلق به دیگری مشارکت کرده‌اند، شرکای جرم یا مباشرین سرقت نامیده می‌شوند و به‌عنوان فاعل مستقل جرم سرقت قابل تعقیب و مجازات خواهند بود. در نتیجه در جریان تعقیب و دادرسی وضعیت قضایی هر یک از شرکای جرم جدا و مستقل از دیگری است. بدین معنا چون علی‌الاصول نهاد مسؤولیت جزایی واجد جنبه‌ی شخصی است و ارتباط مستقیمی با مسؤولیت سایر شرکاء ندارد و چه بسا برخی از شرکای جرم به عللی از قبیل صغر سن یا جنون یا مصونیت سیاسی قابلیت انتساب جرم را نداشته باشند. در این موارد زوال مسؤولیت جزایی یکی از شرکای جرم تأثیری در میزان مسؤولیت جزایی و مجازات سایر شرکای جرم نخواهد داشت (ولیدی، ۱۳۷۷: ۲۸۷).

معاونت عبارت از این که شخص دیگری را برای ارتكاب جرم تحریک، تحدید، تطمیع، تشویق نماید یا با دسیسه و حیل و نیرنگ و یا سواستفاده از قدرت باعث ارتكاب جرم توسط او شود یا این که با مرتکب در انجام جرم موافقت نموده باشد، برایش تسهیلات و تجهیزات ارتكاب جرم را فراهم نماید و جرم در اثر حداقل یکی از اقدامات فوق‌الذکر صورت بگیرد و شخصی که چنین اقدامی را انجام می‌دهد، معاون جرم گفته می‌شود. برخی حقوق‌دانان معاون جرم را چنین تعریف نموده است، معاون جرم کسی است که بدون آن شخص به اجرای عنصر مادی جرم بپردازد، با رفتار خود عمداً وقوع جرم را تسهیل می‌کند و یا مباشر را به ارتكاب آن بر می‌انگیزد.



مرل و ویتو دو تن از حقوق‌دانان برجسته‌ی فرانسه می‌گویند: «معاون را می‌توان فردی دانست که بی‌آنکه خودش عناصر تشکیل‌دهنده‌ی جرمی را که به مباشر آن نسبت می‌دهند انجام داده باشد، با رفتارهای مادی خود مانند تهیه‌ی وسایل و تحریک، کمک و همکاری با مباشر جرم کرده باشد» (نوربها، ۱۳۸۸: ۲۰۴).

به عبارت دیگر، معاون شخصی است که در ارتکاب اعمال مادی جرم با فاعل یا شریک سهیم نبوده، بلکه فاعل را در اجرای جرم به نحوی کمک و مساعدت کرده باشد. این مساعدت شاید از طریق تهیه‌ی وسایل تجهیزاتی، تکمیلی و تسهیلاتی، تحریک، ترغیب، تشویق، تطمیع و سایر وسایل و امکانات باشد. در معاونت در جرم شرط گذاشته شده که شخص در عملیات اجرایی جرمی هیچ‌گونه نقشی نداشته باشد، طوری که دیگری را وادار به ارتکاب جرم کرده و یا این‌که وسیله‌ی ارتکاب جرم را فراهم ساخته و فاعل را در ارتکاب جرم با تهیه‌ی وسیله‌ی ارتکاب جرم، مساعدت کند. معاونت در جرم آن است که شخصی بدون آن‌که مستقیماً و راساً در عملیات اجرایی جرم شرکت کرده باشد، با تحریک و تطمیع یا نیرنگ و فریب، دیگری را وادار به ارتکاب جرم می‌کند و یا با علم و اطلاع وسیله‌ی ارتکاب جرم را برای مباشر اصلی تهیه و تسهیل می‌کند و یا آن‌که طریق ارتکاب جرم را به مجرم الی ارائه می‌دهد. معاون بر خلاف مباشر و شریک در عملیات جرمی دخالت یا شرکت مستقیم نداشته، بلکه به وسیله‌ی کمک کردن و یاری رسانیدن، مباشر را معاونت می‌کند، به شکلی که در عملیات اجرایی دخالت نداشته باشد. قانون معمولاً مصادیق معاونت در جرم را احصا می‌کند... در تعریف دیگری از معاونت در جرم به معنای دخالت در عملیات مجرمانه به شکل سببیت است؛ یعنی به گونه‌ای که معاون، دخالت مستقیم در اجرای جرم ندارد، بلکه دخالت مجرمانه به صورت تبعی دارد. به همین گونه گفته شده که «معاونت در جرم عبارت از آن است که شخصی بدون آن‌که در عملیات اجرایی تشکیل‌دهنده‌ی جرمی مستقیماً همکاری نموده باشد، به یکی از صور پیش-بینی شده در قانون با مباشر جرم همکاری کند.»

از تعاریف فوق چنین استنباط می‌گردد که معاون در جرم در عملیات اجرایی مجرمانه نقشی نداشته و در اجرای عمل مادی جرم با مباشر یا شریک شرکت نمی‌کند، بلکه به نحوی از انحاء در ارتکاب جرم، مباشر را کمک و معاونت می‌رساند یا به عبارت دیگر در عقب صحنه با مرتکب جرم همکاری و مساعدت می‌کند. معاونت در جرم زمانی تحقق می‌یابد که جرم به



اتمام رسیده یا منتج به نتیجه شده باشد. به شکل معمول معاونت قبل از ارتکاب جرم یا همزمان با آن مصداق پیدا کرده می‌تواند، نه پس از ارتکاب جرم (رسولی، ۱۳۶۹: ۴۴۱). ماده‌ی ۵۱۷ کود جزای افغانستان به معاونت یا شرکت در جرم قاچاق انسان پرداخته است؛ زیرا این جرم هم مانند بسیاری از جرایم دیگر، ممکن است به صورت گروهی انجام یافته و در کنار فاعل یا فاعلان اصلی جرم عده‌ی دیگری، به عنوان شریک یا معاونف در جرم نقش داشته باشند.

ماده‌ی مورد بحث، یعنی ماده‌ی ۵۱۷، از همان مواردی است که در رابطه به شریک یا معاون «در این قانون طور دیگری حکم شده است». در این ماده قانون‌گذار، مجازات معاون یا شریک جرم قاچاق انسان را عین مجازات فاعل جرم دانسته است. در حالی که طبق قاعده، مجازات معاون کم‌تر از مجازات فاعلی اصلی جرم می‌باشد. از نظر استادان حقوق جزا، این نوع معاونت، معاونت خاص محسوب شده و از قواعد عمومی حاکم بر معاونت جرم خارج است. قانونگذار می‌تواند در برخی موارد، با توجه به ماهیت شدید جرم و پیامدهای ناگوار آن بر جامعه، یک سیاست جنایی افتراقی سخت‌گیرانه را در قبال جرمی در پیش گیرد و همان طور که مجازات سختی را برای خود جرم در نظر گرفته، جزای شدیدی را هم برای معاونت آن پیش‌بینی نماید (علامه، ۱۳۸۵: ۱۵۲).

۴-۱-۶. مجازات شخص حکمی

یکی از مباحث مهم درباره‌ی مسؤولیت جزایی اشخاص حکمی، تعیین مجازات برای این اشخاص است؛ زیرا بعضی از مجازات‌ها که برای اشخاص حقیقی در قوانین مقرر و پیش‌بینی شده است، با ماهیت اشخاص حکمی سازگار نیست؛ به عنوان مثال، انواع حبس و یا اعدام از نظر ماهیت، متناسب با اشخاص حکمی نمی‌باشد که موجودیت فرضی و اعتباری داشته و قابلیت تطبیق را ندارد. قیاس و تشبیه انحلال شخص حکمی با مجازات اعدام شخص حقیقی و متوقف ساختن فعالیت شخص حکمی با حبس مطابق به تعریف قانونی این مجازات‌ها نبوده و صرفاً بیانگر شباهت آن‌ها است و نه یکی بودن و تساوی این مجازات‌ها؛ بنابراین، حبس و اعدام بر اشخاص حکمی قابلیت تطبیق و اعمال را ندارد (جعفرزاده، ۱۳۷۸: ۳۴). ضمن این که متوقف ساختن فعالیت و یا انحلال نمی‌تواند متناسب برای اشخاص حقیقی باشد و قابلیت تطبیق بر اشخاص حقیقی را ندارد. بنابراین، جزای شخص حکمی در کود جزا، در صورت



ارتکاب قاچاق انسان، علاوه بر مجازات مرتکب (در صورتی که شخص حقیقی باشد) جزای نقدی از سه تا پنج میلیون افغانی می‌باشد.

فقره (۲) ماده ۵۱۵ کود جزا اشعار می‌دارد که هرگاه نوسانات پولی باعث گردد که جزای نقدی، نسبت به نرخ رایج پولی، کم یا زیاد جلوه نماید، به پیشنهاد کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران و تصویب حکومت، جای نقدی پیش‌بینی شده در این ماده، تعدیل می‌گردد.

همچنین، فقره (۳) این ماده، شخص حکمی را در صورت تکرار جرم مذکور، علاوه بر مجازات اصلی، به سلب جواز فعالیت، به عنوان یک تدبیر تأمینی نیز محکوم می‌نماید.

۶-۱-۵. مجازات شروع به جرم

جرم‌انگاری تلاش برای ارتکاب اعمال مجرمانه‌ی مندرج در بند یک ماده ۵ پروتکل، از جمله الزامات پروتکل قاچاق است (بند الف پارگراف ۲ ماده پروتکل). بر همین پایه ماده ۵۲۰ کود جزا به مجازات شروع به جرم قاچاق انسان پرداخته است. این ماده مجازات شروع به جرم قاچاق انسان را عین مجازات جرم قاچاق انسان پیش‌بینی نموده است. شایان ذکر است که این ماده هم از موارد خاصی می‌باشد که به دلیل شدت جرم قاچاق انسان پیامدهای خطرناک آن بر جامعه، قانون‌گذار در یک رویکرد افتراقی، شروع به جرم آن را به مانند خود جرم مجازات نموده است؛ بنابراین، احکام ماده مذکور، به قواعد حاکم بر شروع جرم که معمولاً مجازات شروع جرم، کم‌تر از جزای جرم اصلی است، لطمه‌ای وارد نمی‌کند.

نتیجه‌گیری

قاچاق انسان به عنوان شکل نوین بردگی، بسیار پیچیده است که سالانه هزاران نفر را به کار خود می‌کشد. رشد روزافزون این پدیده و گسترش ابعاد آن باعث شده که امروزه تمامی کشورهای جهان به نحوی درگیر این مسأله باشند. لذا اقدامات و تدابیری چند از جمله تقنینی در سطوح بین‌المللی و ملی اتخاذ شده است. مهم‌ترین این اقدامات در سال ۲۰۰۰ کنوانسیون سازمان ملل برای جرایم سازمان‌یافته و پروتکل الحاقی به آن تحت عنوان پروتکل پیشگیری، منع و مجازات قاچاق انسان به‌ویژه زنان و کودکان است. این پروتکل با وجود تأثیرات مثبت در



افزایش توجه جامعه‌ی بین‌المللی به این جرم سازمان‌یافته و بازتاب گسترده‌ی آن در قانون-گذاری‌های ملی، به نظر می‌رسد. به دلیل فقدان اراده‌ی بین‌المللی برای مبارزه با این پدیده‌ی شوم، در عمل چندان موثر نبوده است. با وجود این، تدابیر قانونگذاری در سطح بین‌المللی می‌تواند برای افزایش آگاهی همگان در سراسر جهان و تلاش برای همکاری جهت مقابله با این پدیده‌ی ننگین تلقی شود.

قانون‌گذار افغانستان در پرتو اسناد بین‌المللی قوانینی را جهت مبارزه با قاچاق انسان تصویب نموده است. کود جزای افغانستان و قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران پاسخ‌های کیفی به انواع مختلف قاچاق انسان و عوامل تشدیدکننده‌ی قاچاق انسان را پیش-بینی نموده است. افزون بر پاسخ‌های کیفی در قوانین افغانستان، اسناد بین‌المللی از جمله پروتکل پیشگیری، سرکوب و مجازات قاچاق انسان به‌ویژه زنان و کودکان پاسخ‌های پیش‌گیرانه در ارتباط با قاچاق انسان به قصد فحشا را پیش‌بینی نموده است که شامل پیش‌گیری اجتماعی و پیشگیری وضعی می‌باشد.

در حقوق افغانستان، قانون‌گذاری در این زمینه چندان قوی نبوده و علی‌رغم معایبی نظیر عدم تناسب جرم و مجازات (در مقایسه با سایر جرایم) در بسیاری از موارد خلای قانونی وجود دارد، مانند عدم جرم‌انگاری مستقل و متناسب برای قاچاق کودک، پیشگیری و حمایت از قربانیان.



منابع و مأخذ

۱. اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، جلد نخست، تهران، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۰.
۲. باهری محمد و داور، میرزا علی اکبر خان، نگرش بر حقوق جزای عمومی، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۰.
۳. جرّ، خلیل، فرهنگ لاروس، ترجمه سید حمید طیبیان، ج ۱، تهران، موسسه انتشارات امیر کبیر، چاپ ششم، ۱۳۷۵.
۴. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ج ۵، ۱۳۷۷.
۵. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، ج ۱، موسسه انتشارات امیر کبیر، چاپ سوم، ۱۳۶۰.
۶. گیدنز، آنتونی، جامعه شناسی، ترجمه منوچهر صبوری، نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۷۴.
۷. صلیبا، جمیل، فرهنگ فلسفی، ترجمه منوچهر صانعی دره ییدی، انتشارات حکمت، ۱۳۶۶.
۸. نوبهار، رحیم، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹.
۹. ولیدی، محمد صالح، حقوق جزای اختصاصی، تهران، نشر امیر کبیر، چاپ دوم، ۱۳۸۳.
۱۰. جور کویه، علی محمد، سیاست جنایی اسلام در جرائم جنسی، حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۴، ۱۳۸۹.
۱۱. نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، چاپ اول، نشر کانون وکلا، ۱۳۷۵.
۱۲. محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی، پدیده جنایی، جلد دوم، چاپ دوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۲.
۱۳. محمود آخوندی، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، انتشارات جهاد دانشگاهی، ۱۳۶۵.
۱۴. عباس زراعت، شرح قانون مجازات اسلامی، بخش کلیات، انتشارات ققنوس، ۱۳۸۷.



۱۵. شمس ناتری، محمد ابراهیم، بررسی سیاست کیفری ایران در قبال جرایم سازمان‌یافته با روی‌کرد به حقوق جزای بین‌المللی، رساله دکتری، تهران، دانشگاه تربیت مدرس، زمستان ۱۳۸۰.
۱۶. ذاقلی، عباس، قاجاق انسان در سیاست جنایی ایران و اسناد بین‌المللی، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۴.
۱۷. مهرا، نسرین، زن و حقوق کیفری، مجموعه مقالات، نتایج کارگروه‌ها و اسناد نخستین همایش بین‌المللی زن و حقوق کیفری، گذشته، حال، آینده، تهران، چاپ نخست، ۱۳۸۴.
۱۸. لانژه، موریس، بردگی، ترجمه حبیب الله فضل‌اللهی، تهران، ۱۳۴۳.
۱۹. ذاکر حسین، عبدالرحیم، از بردگی در حقوق و روابط بین‌المللی تا تبعیض در حقوق و عملکرد داخلی، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۵، ۱۳۶۹.
۲۰. حسینی، سید محمد، سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
۲۱. وستبروک، ریموند، حقوق سومری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، در تاریخ حقوق کیفری بین‌النهرین، ۱۳۸۱.



جرایم علیه حریم خصوصی در فضای سایبر (در حقوق ایران و افغانستان)

فروه افشار^۱

چکیده

گسترش و پیشرفت تکنالوژی و استفاده از فضای سایبر، حریم خصوصی افراد را در معرض تهدید قرار داده است و وابستگی افراد به اینترنت و فضای مجازی حریم خصوصی افراد را آسیب‌پذیر ساخته است. بدین جهت نظام‌های حقوقی جهت حمایت از حریم خصوصی افراد و پیشگیری از وقوع جرایم در فضای سایبر رفتارهای مجرمانه‌ی ناقض حریم خصوصی افراد را جرم‌انگاری نموده است. جرایم علیه حریم خصوصی در فضای سایبر نه تنها در قوانین موضوعه مورد حمایت قرار گرفته است بلکه آموزه‌هایی در دین اسلام برای حمایت از حریم خصوصی وجود دارد. حق بر حریم خصوصی در نظام اسلامی با مبانی مستحکمی نظیر لزوم رعایت کرامت انسانی و جلوگیری از عادی شدن و شیوع بدی‌ها و قواعدی از جمله قاعده‌ی احترام مال مردم، قاعده‌ی تسلیط اصالة الصحة و اصالة الاباحه مورد حمایت قرار گرفته است. جرایم علیه حریم خصوصی در فضای سایبر شامل دسترسی غیر مجاز، شنود غیرمجاز، افشای غیرمجاز داده‌ها، تغییر محتوای دیگری، سرقت هویت، توهین و افترا می‌شود. رفتارهای متذکره باعث نقض حریم خصوصی افراد شده و هتک حیثیت در مواردی باعث ضرر مالی قربانی جرم می‌گردد. در این مقاله تلاش بر این است تا موارد نقض حریم خصوصی در فضای سایبر در حقوق دو کشور افغانستان و ایران در پرتو اسناد بین‌المللی به روش تطبیقی و تحلیلی بررسی شود.

واژه‌گان کلیدی: حریم خصوصی، فضای سایبر، جرایم سایبری.

مقدمه

^۱. دانش‌آموخته‌ی حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه خاتم النبیین (ص)، کابل، افغانستان

هرگونه تعدی و تعرض در قالب فعل و ترک فعل به حریم خصوصی افراد در فضای سایبر که مطابق احکام قانون جرم شناخته شده، عناصر آن مشخص و مجازات برای آن معین شده باشد را می‌توان جرم علیه حریم خصوصی در فضای سایبر نامید. بدون تردید پیشرفت تکنالوژی و فناوری اطلاعات مزایا و محاسن برای بشر به ارمغان آورده است؛ ولی این همه سهولت فرصت‌ها و ابزارهای پیشرفته‌ای هم برای قانون شکنی در اختیار قانون شکنان قرار داده است، به گونه‌ای که حریم خصوصی افراد، اطلاعات و ارزش‌های جامعه در دنیای مجازی و فضای سایبر بیش‌تر از محیط واقعی آسیب‌پذیر و در آستانه‌ی تهدید و خطر از طرف مجرمان قرار می‌گیرد طوری که با کم‌ترین هزینه و با راحت‌ترین شیوه‌ها، امکان ارتکاب جرایم سنگین و وارد آوردن صدمات شدید بر حریم خصوصی افراد و جامعه اطلاعاتی وجود دارد. جرایم علیه حریم خصوصی در فضای سایبر با جرایم علیه حریم خصوصی در دنیای واقعی یا نقض حریم خصوصی در نوع کلاسیک آن به لحاظ محیط (واقعی و مجازی) و وسیله‌ی فرق دارد بر علاوه در دسته‌بندی که از جرایم رایانه‌ای صورت گرفته است، جرایم رایانه‌ای به سه نسل طبقه‌بندی شده است؛ نسل اول این جرایم تا اواخر دهه ۸۰ مصداق داشته و تحت عنوان جرایم کمپیوتری بیان شده است که بیش‌تر شامل سرقت و کپی‌برداری از برنامه و جرایم علیه حریم خصوصی (مانند سرقت آثار و تحقیقات افراد) و جاسوسی کمپیوتری بود؛ نسل دوم با گسترش تکنولوژی و تبادل اطلاعات و ارتباطات بین المللی به دهه‌ی ۹۰ بر می‌گردد که در این دهه تمامی جرایم علیه داده‌ها مطرح می‌گردند؛ تمامی جرایم علیه تکنولوژی اطلاعاتی، ارتباطی، کمپیوتری تحت عنوان جرایم علیه داده‌ها اطلاق می‌شود؛ نهایتاً نسل سوم جرایم رایانه‌ای در ر اواسط دهه ۹۰ با گسترش شبکه‌های بین المللی و ارتباطات ماهواره‌ای تحت عنوان جرایم سایبری یا جرایم در محیط سایبر به وجود آمد که وجه تمایز جرایم سایبر با دو نسل دیگر این است که برای ارتکاب جرایم سایبری وجود اینترنت لازم و ضروری است؛ ولی لازمه‌ی ارتکاب سایر جرایم رایانه‌ای دسترسی به اینترنت نیست. جرایم علیه حریم خصوصی یا نقض حریم خصوصی افراد تعلق به حقوق کیفری بخش جزای اختصاصی داشته و در زمره‌ی جرایم علیه اشخاص به بحث گرفته می‌شود. در تحقیق حاضر سعی بر آن است تا ابتدا مفاهیم کلیدی حریم خصوصی در فضای سایبر مورد واکاوی قرار گیرد و در گام بعدی مولفه‌ها مبانی و اصول فقهی حریم خصوصی در فضای سایبر شناسایی گردد و در اخیرهم به جرایم که منجر به نقض



حریم خصوصی در فضای سایبر می‌شود، در حقوق ایران و افغانستان به گونه‌ی تحلیلی و تطبیقی پرداخته می‌شود. حریم خصوصی از منظر اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای و نظام حقوقی داخلی افغانستان و ایران مورد توجه و حمایت قرار گرفته است. از جمله اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر، کنوانسیون بوداپست، کود جزای افغانستان فصل مربوط جرایم سایبری، قانون مجازات اسلامی ایران، قانون جرایم رایانه‌ای و قانون تجارت الکترونیکی ایران.

۱. مفهوم شناسی

قبل از پرداختن و بررسی مباحث اصلی تحقیق ضروری است تا کاربرد و مفهوم بعضی از اصطلاحات نظیر حریم خصوصی، مفهوم حریم خصوصی در حقوق ایران و افغانستان، مفهوم اینترنت و فضای سایبر و... روشن شود.

۱-۱. مفهوم حریم خصوصی

الف) مفهوم حریم خصوصی در لغت

حریم در لغت از ریشه‌ی «حرم» است و حرم به معنای محدوده، بازداشته شده، گرداگرد، دور و بر، حوالی و اطراف است، همچنان لغت‌نویسان حریم را به جای محفوظ، محدود و دارای حرمت معنا کرده‌اند و حرمت به معنای آنچه شکستن آن روا نباشد و ورود بدان نتوان نمود که حرام و ضد حلال بوده است؛ یعنی آنچه که حلال نباشد و باید از آن دوری کرد (گودرزی، ۱۳۹۴: ۲۲)؛ اما واژه‌ی خصوصی در مقابل واژه‌ی عمومی کاربرد دارد؛ واژه‌ی عمومی در لغت به معنای شمول و فراگرفتن است (لنگرودی، ۱۳۸۶: ۴۷۵). حریم عمومی نیز به حوزه‌ی عمومی مربوط است و با قرارداد اجتماعی به وجود می‌آید. این حریم با گذر از حریم خصوصی به نحوی عمومی شده است. بخش‌هایی از حریم خصوصی به مثابه‌ی قرار داد اجتماعی است، پیدایش حوزه‌ی عمومی موجب تفکیک این حوزه با حوزه‌ی خصوصی است (هابرماس، ۱۳۸۷: ۲۹)؛ ولی معنای اصلی خصوصی؛ در اینجا معادل واژه Privacy و به معنای تنهایی، خلوت، انحصاری و مزی که بعد از آن، اطلاعات از شخص مالک اطلاعات به دیگران انتقال نمی‌یابد (کروزن، ۱۳۸۴: ۶۷۹). به نظر حقوقدانان حریم از حرمت به معنای منع است؛ زیرا تعرض دیگران به صاحب حریم ممنوع است (گودرزی، ۱۳۹۴: ۲۲).



ب) مفهوم حریم خصوصی در اصطلاح

حریم خصوصی از مفاهیمی است که تعریف واحد و جامعی در مورد آن وجود ندارد به تعبیر بهتر مفهوم متلون و متغیر است و از دید نزدیک به اغلب دکترین علم حقوق مفهوم نسبی است که بسته‌ی به زمان و مکان متغیر و متحول می‌گردد و تعریف مورد وفاق همه در مورد آن وجود ندارد. علاوه بر این مبانی فلسفی، انسان‌شناختی و جامعه‌شناختی این مفهوم، چندان متنوع و مورد اختلاف نظر است که دستیابی به یک نظر واحد را غیر ممکن می‌سازد. در حقوق و سیاست از حریم خصوصی به‌عنوان یک مفهوم سیال یاد می‌کنند و در فرهنگ‌های مختلف دارای قلمروهای متفاوتی است. برخی هم آن را مفهوم سیال دانسته‌اند (سروش، ۱۳۹۳: ۱۱) برخی حریم خصوصی را آزادی عمل فرد در خانه و زندگی خصوصی، روابط، مکالمات و اسرار شخصی است. و به عبارتی، از نظر تفکر آزادمنش، حریم خصوصی لازمه‌ی تجدید قوا و احساس آرامش و تحقق بخشیدن به شخصیت انسان است که بدون آن فرد به جسمی بدون روح مبدل می‌گردد (طباطبایی موتمنی، ۱۳۸۲: ۴۸). در تعریف دیگر حریم خصوصی را حق تنها ماندن، دسترسی محدود دیگران به انسان و توانایی ایجاد مانع در برابر دسترسی‌ها، پنهان ساختن برخی امور از دیگران، کنترل بر اطلاعات شخصی، حمایت از شخصیت و کرامت و حق صمیمیت انسان‌ها تعریف کرده‌اند (پورقهرمانی و صابرنژاد، ۱۳۹۳: ۲۱).

اما آنچه در اخیر در تعریف حریم خصوصی می‌توان گفت که مورد پذیرش نزدیک به اکثریت باشد و جامع تعریف ذیل است: «حیطه یا بخشی از زندگی افراد که توقع می‌رود نوعاً یا عرفاً یا با قرار داد و اعلان قبلی دیگران بدون رضایت فرد به اطلاعات راجع به آن قلمرو دسترسی نداشته باشند یا به آن قلمرو وارد نشوند یا به آن قلمرو نگاه یا نظارت نکنند یا به هر صورت دیگری وی را در آن قلمرو مورد تعرض قرار ندهند» (انصاری، ۱۳۸۶: ۳۸).

۱-۱-۱. مفهوم حریم خصوصی در حقوق افغانستان

در حقوق افغانستان تعریف صریح و روشنی از حریم خصوصی صورت نگرفته است؛ در قانون اساسی در فصل دوم این قانون طی (۳۸) ماده‌ی قانونی حقوق و آزادی‌های اساسی اتباع به رسمیت شناخته شده است که به طور صریح به حریم خصوصی اشاره نشده و از واژه‌ی حریم خصوصی استفاده نشده است؛ ولی تلویحاً و با ذکر مصادیق آن‌ها می‌توان به حمایت دولت و به



رسمیت شناختن آن در قانون اساسی پی برد. در سایر قوانین همانند قانون اجراءات جزایی و کدجزا مصادیق آن بر شمرده شده است که قرار ذیل به بحث و بررسی مصداقی آن در قوانین خواهیم پرداخت.

الف) قانون اساسی

قانون اساسی هرکشوری حقوق و وجایب اساسی اتباع آن کشور، ساختار نظام، زبان و دین رسمی صلاحیت‌ها و وظایف قوای سه‌گانه را تعیین می‌کند. قانون اساسی کشور صراحت به حریم خصوصی به‌عنوان یک حق اساسی ندارد؛ ولی به توجه به این که مقدمه‌ی قانون اساسی تصریح دارد که این قانون به‌منظور حفظ کرامت انسانی و تأمین آزادی‌ها و حقوق اساسی مردم به تصویب رسیده است. در ماده‌ی ششم قانون اساسی دولت به ایجاد یک جامعه‌ی مرفه و مترقی بر اساس عدالت اجتماعی، حفظ کرامت انسانی، حمایت حقوق بشر مکلف می‌باشد. برعلاوه ماده‌ی ۲۴ این صراحت دارد که آزادی و کرامت انسان از تعرض مصون است. از آنجایی که یکی از مبانی حریم خصوصی به‌عنوان یکی از حقوق اساسی و بشری کرامت است؛ تشویق و احترام به حقوق بشر و حقوق اساسی از جمله حریم خصوصی افراد لازمه‌ی احترام به کرامت آدمیان قلمداد شده است. به‌طور کل می‌توان گفت که روح قانون اساسی اگر چه به‌صورت تلویحی، از این حق حمایت می‌کند. ماده‌ی ۳۷ قانون اساسی حریم ارتباطات، ماده‌ی ۳۸ حریم مکانی افراد را مورد حمایت قرار داده و هر نوع تعرض و تجاوز به این موارد ممنوع است. بدین ترتیب در قانون اساسی کشور اولاً حریم خصوصی تعریف نشده؛ ولی حق و حقوقی برای اتباع به رسمیت شناخته شده است که در بطن این حقوق (حفظ کرامت) از حریم خصوصی حمایت صورت می‌گیرد؛ ثانیاً قانون اساسی به مصادیق حریم خصوصی از جمله حریم مکانی و حریم خصوصی ارتباطات و اطلاعات را به صراحت به عنوان حقوق اساسی اتباع به رسمیت شناخته است.

ب) کود جزا

با در نظر داشت توضیحات بخش قانون اساسی روشن شد که حریم خصوصی با توجه به کرامت انسان به‌عنوان حقوق بشری و اساسی افراد مورد حمایت بوده و به رسمیت شناخته شده است و در قانون اساسی فقط به دو مصداق از قلمرو حریم خصوصی اشاره شده و به‌عنوان



حقوق اساسی از آن در فصل حقوق و وجایب اتباع به رسمیت شناخته شده است؛ ولی در کود جزا بحث بسط داده شده و علاوه بر حریم خصوصی مکانی و ارتباطات به حریم خصوصی اطلاعات، حریم خصوصی شخصیت پرداخته است و برای حمایت از تمام این حقوق ضمانت اجرای کیفری اعم از حبس و محازات نقدی پیش بینی نموده است. ابتدا در ماده‌ی ۱۲ کود جزا قانونگذار تاکید بر رعایت اصل کرامت انسانی دارد. حریم خصوصی مکانی نیز همانگونه که در قانون اساسی به صراحت به رسمیت شناخته شده است و هتک حرمت مسکن در مواد ۶۱۹-۶۲۲ جرم‌انگاری شده است.

فصل چهاردهم کود جزا در حمایت از حریم خصوصی اطلاعات شخصی مصداق از مصادیق حریم خصوصی است که در کود جزا از قلم نیفتاده و برای حمایت از حریم خصوصی اطلاعات قانونگذار در مواد ۶۲۷-۶۳۱ افشای اسرار را جرم‌انگاری نموده است. ماده‌ی ۶۲۷ جرم افشای اسرار حرفه‌ای، ماده‌ی ۶۲۸ جرم افشای اسرار فامیلی را پیش‌بینی نموده و به تعقیب آن در مواد ۶۳۰ موارد که شخص افشا کننده‌ی مسؤولیت کیفری ندارد را بیان داشته است که همانا افشای سر برای جلوگیری از ارتکاب و به وقوع پیوستن جنایت و جنحه است.

حریم شخصیت افراد همانند سایر مصادیق حریم خصوصی مورد حمایت بوده و مصادیق که باعث نقض حریم خصوصی شخصیت افراد می‌شود، جرم‌انگاری شده و اجرای این حقوق تضمین شده است کود جزا توهین، قذف، افترا، دشنام را در مواد ۶۷۳-۶۸۲ جرم‌انگاری نموده است. حریم شخصیت افراد همانند سایر مصادیق حریم خصوصی مورد حمایت بوده و مصادیق که باعث نقض حریم خصوصی شخصیت افراد می‌شود جرم‌انگاری شده و اجرای این حقوق تضمین شده است کود جزا توهین، قذف، افترا، دشنام را در مواد ۶۷۳-۶۸۲ جرم‌انگاری نموده است. در ماده‌ی ۶۲۹ همین فصل قانونگذار برای حمایت از حریم ارتباطات افراد شنود مکالمات را غیرقانونی دانسته؛ در این ماده از کود جزا شنود به معنای مطلق دسترسی به اطلاعات که شخص با مخاطب خود در جریان مکالمات اعم از اینترنتی همانند ایمیل یا مکالمه صوتی با استفاده از تلفون یا مکاتبه، رد و بدل می‌کند دلالت دارد. بدین ترتیب کود جزا هر گونه دسترسی و یا ثبت مکالمات افراد را بدون اجازه و رضایت فرد جرم تلقی نموده است و آن را از موارد نقض حریم خصوصی ارتباطات می‌توان تلقی کرد.



ج) قانون اجرای جزایی

قانون اجرای جزایی که شامل مجموعه‌ی قواعد مقررات است که قانونگذار برای کشف جرم، تحقیق و تعقیب مظنون و متهم، نحوه‌ی محاکمه، اجرای احکام جزایی و رعایت حقوق متضرر، مظنون و متهم وضع می‌نماید. در قانون اجرای جزایی، همانند قانون اساسی هیچ‌گونه تعریفی از حریم خصوصی نداریم و قانون به ذکر مصادیق حریم خصوصی در جریان رسیدگی‌های عدلی و قضایی اکتفا می‌کند. قانون اجرای جزایی در دومین ماده‌ی این قانون هدف از تصویب قانون را حفظ و احترام شخصیت و کرامت انسانی مجنی‌علیه، مظنون، متهم، و محکوم علیه عنوان کرده است که با در نظر داشت همین بند از قانون می‌توانیم به حمایت از حریم خصوصی اشخاصی افراد توسط این قانون پی برد؛ ماده‌ی هفتم قانون اجرای جزایی که حقوق مظنون و متهم را در مراحل مختلف عدلی برشمرده است؛ در فقره‌ی سوم این قانون، مصونیت از توهین، تحقیر، تعذیب جسمی روانی و هرگونه برخورد غیر انسانی را در زمره‌ی حقوق مظنون و متهم بیان می‌دارد، صراحت ماده به طور کلی چندین مصداق حریم خصوصی را در بطن یک قاعده‌ی حقوقی به رسمیت شناخته است؛ حریم خصوصی شخصیت که توهین و تحقیر از موارد نقض آن‌ها است و حریم خصوصی جسمانی افراد که تعذیب جسمانی را می‌توان از جرایم علیه آن خواند.

بر اساس قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، آزادی از حقوق اساسی اتباع افغانستان به شمار می‌رود و این حق بدون مجوز قانونی محدودیت‌پذیر نیست و سلب نمی‌شود. این ماده خود مبنای قانونی است برای حمایت از حریم خصوصی جسمانی افراد در مقابل توقیف، زندانی و دستگیر شدن خودسرانه و غیرقانونی؛ ولی به صورت واضح و روشن یکی از مصادیق حریم خصوصی جسمانی در قانون اجرای جزایی قانونگذاری شده است و ماده‌ی ۹۹ این قانون به مشروعیت توقیف تأکید دارد که بدین ترتیب توقیف خودسرانه و غیرقانونی فرد جرم محسوب می‌شود.

مطابق ماده‌ی (۳۷) قانون اساسی که به حریمت مکالمات و مراسلات را به‌عنوان یکی از حقوق اساسی اتباع به رسمیت شناخته است. فصل هفتم قانون اجرای جزایی که اختصاص به مشروعیت اقدامات مخفی و کشفی دارد در ماده‌ی ۱۱۲ موارد اقدامات کشفی را برشمرده است که سمع، نظارت یا ثبت محتویات، مکالمات و ارتباطات اشخاص مظنون و متهم از طریق



تلفون، کامپیوتر، اینترنت، یا سایر وسایل مخابراتی و تکنالوژی معلوماتی و جمع‌آوری اطلاعات در مورد مکان، منبع، مسافه، مسیر، زمان تاریخ، اندازه، مدت مکالمات و نوع ارتباط از جمله این اقدامات می‌باشد. پس بر اساس این ماده که اقدامات مخفی کشفی را بیان نموده است؛ این اقدامات که حریم خصوصی افراد را نقض می‌کند؛ اما حد و حدود آن را در ماده‌ی ۱۱۳ معین می‌کند و قانون اجراءات در ماده‌ی ۱۱۴ شرایطی را برای اجرای اقدامات کشفی تعیین می‌کند و اقدامات کشفی را صرفاً در صورت پیشنهاد سارنوال و اجازه‌ی محکمه‌ی آن هم در صورتی که شخص مرتکب یکی از جرایم مندرج ماده‌ی ۱۱۳ شده باشد و یا این که امکان جمع‌آوری اسناد و مدارک از طریق دیگر ممکن نباشد؛ مجاز و قانونی می‌داند.

حریم خصوصی مکانی نوعی از انواع شش‌گانه‌ی حریم خصوصی است. در قانون اساسی از این حق به طور صریح حمایت شده و هر نوع تعرض به مسکن را ممنوع و جرم دانسته است. حریم خصوصی مکانی از موارد دیگری است که در قانون اجراءات جزایی از آن به صورت صریح و روشن حمایت شده است و قانونگذار افغانستان در ماده‌ی ۱۱۹ فصل هشتم این قانون داخل شدن و تفتیش مسکن یا ساختمان مسکونی توسط پولیس موظف امنیت ملی و سارنوال بدون استغاثه یا اجازه‌ی ساکن یا قرار قبلی محکمه ذی‌صلاح ممنوع است و مامورین ضبط قضایی بدون قرار قبلی محکمه نمی‌توانند داخل مسکن شخص شده و آن را تلاشی نمایند و در صورتی که این تلاشی ضروری تشخیص گردد، از طرف مرجع مربوط پیشنهاد تفتیش به محکمه ارائه می‌گردد. ماده‌ی ۱۲۱ موار مجاز به تلاشی مسکن و ماده‌ی ۱۲۲ به شرایط و چگونگی تلاشی و بازرسی منزل پرداخته است. حریم خصوصی جسمانی افراد همانند سایر مصادیق حریم خصوصی مورد توجه قانونگذار بوده و موارد همانند تلاشی بدنی محدود می‌کند به موارد که مطابق قانون مجاز است. ماده‌ی ۱۲۲ قانون اجراءات جزایی؛ تلاشی بدنی را بازرسی قسمت بیرونی بدن شخص، لباس‌ها و سایر لوازم و اشیای می‌باشد که شخص باخود دارد، تعریف می‌کند. این بازرسی باید با رعایت احترام به شخصیت و کرامت انسانی وی صورت گیرد.



د) قانون صحت عامه

گرفتن تست و آزمایش‌های طبی و هرنوع عمل طبی روی بدن شخص بدون اجازه و موافقت او جواز ندارد و خلاف قانون و ناقض حریم خصوصی جسمانی افراد است. قانون صحت عامه‌ی جمهوری اسلامی افغانستان در ماده‌ی ۲۰ این قانون در مورد اخذ موافقه‌ی عملیات جراحی صراحت دارد و هرنوع آزمایش، میتودهای تشخیصی و عملیات طبی با اخذ موافقه‌ی کتبی شخص مریض صورت می‌گیرد؛ ولی در برخی موارد قانون صحت عامه تدابیر اجباری صحتی را مد نظر گرفته است و در ماده‌ی ۲۱ این قانون؛ ادارات و موسسات صحت عامه را موظف نموده است تا به منظور حفظ سلامت مردم در مقابل امراض خطرناک ساری و انتانی، روانی و اعتیاد به مواد مخدر، تدابیر خاص وقایوی و معالجوی را اتخاذ نمایند و در صورت لزوم مصابین به چنین امراض به صورت اجباری بستر و مداوی گردند.

با توجه به مباحث که در فوق شرح آن رفت تعریفی از حریم خصوصی با ذکر عین عبارت نداریم؛ در حقوق افغانستان ابتدا در قانون اساسی به مبانی اساسی حریم خصوصی افراد نظیر کرامت، آزادی و مصادیق حریم خصوصی (حریم خصوصی مکانی ماده، حریم خصوصی ارتباطات ماده، حریم خصوصی جسمانی). قانون اجراءات جزایی تمامی مصادیق حریم خصوصی را پوشش می‌داده است (حریم خصوصی جسمانی، مکانی، ارتباطات، اطلاعات، حریم خصوصی شخصیت). قانون صحت عامه نیز فقط به حریم خصوصی جسمانی افراد اشاره دارد و در حوزه‌ی کاربرد قانون صحت عامه از این حق حمایت می‌کند؛ ولی با این همه این حقوق در قانون اساسی استثنا دارد؛ ماده پنجاه و نهم قانون اساسی مقرر می‌دارد که هیچ شخص نمی‌تواند با سوء استفاده از حقوق و آزادی‌های مندرج این قانون اساسی، بر ضد استقلال، تمامیت ارضی، حاکمیت و وحدت ملی عمل کند. پس در صورت تضاد، اختلاف و درافتادن حقوق متذکره با مصلحت و منافع عمومی، نظم و امنیت عامه و موارد ذکر شده در ماده‌ی ۵۹ تضمین برای اجرای این حقوق وجود نخواهد داشت.



۲-۱-۱. مفهوم حریم خصوصی در حقوق ایران

در نظام حقوقی ایران همانند نظام حقوق افغانستان تعریفی از حریم خصوصی صورت نگرفته است؛ ولی مقوله‌ها و مصادیق حریم خصوصی، در قوانین در مقام تقنین (ماهوی) و در مقام اجرا (شکلی) حمایت صورت گرفته است. به عبارت بهتر، در نظام حقوقی ایران حریم خصوصی به صورت مشخص و معنون، حمایت نشده است؛ همانند موضع نظام حقوقی اسلام، حقوق و آزادی‌هایی که تحت عنوان حریم خصوصی حمایت می‌شوند به طور ضمنی و در بطن سایر قواعد حقوقی ایران، هرچند به طور ناقص، مورد حمایت قرار گرفته‌اند. میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی که دولت ایران به آن ملحق شده است تنها منبعی است که به طور صریح بر حمایت از حریم خصوصی در نظام حقوقی ایران تاکید دارد (انصاری، ۱۳۸۶: ۱۳۵). در این بخش از تحقیق به بحث و بررسی این مفهوم به صورت مصداقی در قوانین نظیر قانون اساسی، قانون مجازات اسلامی، قانون جرایم رایانه‌ای قانون تجارت الکترونیک و آیین دادرسی کیفری می‌پردازیم.

الف) قانون اساسی

برخلاف قوانین اساس کشورهای دیگری که از حریم خصوصی به صورت مشخص و در قالب اصل یا اصول خاصی حمایت کرده‌اند، در قانون اساسی ایران متن خاصی که از حریم خصوصی تحت این عنوان حمایت کرده باشد وجود ندارد. به عبارت دیگر در حقوق ایران گرچه پاره‌ای مواد مرتبط با رعایت حریم خصوصی وجود دارد که از درون آن‌ها می‌توان ضوابطی در این خصوص را استنباط نمود؛ ولی تعریف مشخصی از این اصطلاح در قوانین وجود ندارد. با این حال تعریفی از حریم خصوصی در ماده‌ی ۲ لایحه‌ی «حمایت از حریم خصوصی» که متعاقباً به صورت طرح به مجلس شورای اسلامی ارائه گردیده ولی تا هنوز تصمی در مورد آن اخذ نگردیده و معلق است.

اگر حریم خصوصی را در حوزه‌های حریم مکانی، حریم شخصیت، حریم اطلاعات، حریم ارتباطات و حریم جسمانی دسته‌بندی کنیم، در اصول جداگانه‌ای از قانون اساسی این کشور به صورت مصداقی به آن تصریح شده و از آن حمایت می‌گردد. اصل ۲۲ قانون اساسی ایران حریم مکانی، جسمانی و شخصیت افراد را مورد حمایت قرار داده آن را مصون از تعرض



می‌داند. اصل ۱۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را موظف به رعایت حقوق بشری (حق حیات، حق آزادی، حق کار، حق تعلیم، حق حریم خصوصی و ...) به افراد غیر مسلمان نموده و حقوق متذکره را برای آن‌ها به رسمیت شناخته است؛ ولی در مواردی که به دشمنی و توطئه‌ی علیه نظام اقدام کند، از این حقوق محروم می‌گردند. اصل ۲۰، حمایت از همه‌ی حقوق انسانی را در این ماده برای ملت تعهد می‌کند. بدیهی است که حق حریم خصوصی یکی از حقوق اساسی و بشری افراد جامعه است و باکرامت و تمامیت انسان‌ها ارتباط تنگاتنگ دارد و در زمره‌ی مهم‌ترین حقوق انسانی است که در اسناد بین‌المللی بسیاری از آن نام برده شده است؛ لذا در این اصل نیز می‌توان به حمایت از حریم خصوصی به صورت تلویحی توسط قانونگذار پی‌برد. اصل ۲۵ به ممنوعیت بازرسی مکالمات و ارتباطات صراحت دارد و به صراحت حریم خصوصی ارتباطات را به رسمیت شناخته و از آن حمایت می‌کند و هرگونه غرض‌ورزی غیر قانونی را در این عرصه ممنوع قرار داده است.

ماده‌ی ۳۲ به قانونی بودن جرایم دلالت دارد و دستگیری مغایر با قانون را منع کرده است، ماده‌ی ۳۸ این قانون به ممنوعیت شکنجه حکم نموده، ماده‌ی ۳۹ قانون اساسی در مورد احترام به حیثیت و ممنوعیت هتک حرمت است و به صراحت این قانون از حریم خصوصی شخصیت افراد حمایت می‌کند و هر عملی که موجب هتک حرمت و حیثیت شخص گردد را موجب پیگرد و مجازات می‌داند.

ب) قانون مجازات اسلام

قانون مجازات اسلامی برای حمایت از حریم خصوصی مصادیق آن را در کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی در فصل‌های جداگانه‌ی این قانون تحت عناوین هتک حرمت مسکن در مواد ۶۹۱ الی ۶۹۴، و ۵۸۰؛ هتک حرمت مراسلات در ماده‌ی ۵۸۲، افترا، توهین و هتک حرمت اشخاص در ماده‌ی ۶۰۸، افترا در ماده‌ی ۶۹۷ افشای اسرار در ماده‌ی ۶۴۸ و ۶۶۹، آزار و اذیت تلفنی در ماده‌ی ۶۶۴۱، ممنوعیت هجویه در ماده‌ی ۷۰۰، آزار و اذیت بدنی در مواد ۵۷۵، ۵۷۸، ۵۷۹ جرم‌انگاری نموده علاوه بر این موارد که ذکر گردید سایر موارد که در فصل‌های دیگر این قانون بحث گردیده برای حمایت از حریم خصوصی وضع شده است.



ج) قانون جرایم رایانه‌ای

قانون جرایم رایانه‌ای در دو بخش جداگانه و ۵۶ ماده در سال ۱۳۸۸ به تصویب رسیده است و مصادیق نقض حریم خصوصی در فضای سایبر در این قانون جرم‌انگاری شده است که اکنون به‌طور مختصر به آن اشاره می‌گردد و فقط به ذکر مصادیق آن اکتفا نموده و در بخش پایانی پژوهش به‌طور مشروح به آن خواهیم پرداخت؛ نقض حریم خصوصی در فضای سایبر را جرایم از قبیل؛ نشر اکاذیب، دسترسی غیرمجاز، شنود غیرمجاز، در دسترس قراردادن داده‌های سری، حذف یا مختل نمودن پردازش داده‌ها، ربودن داده‌ها و از کار انداختن یا مختل نمودن سیستم رایانه‌ای بر شمرده‌ند.

د) قانون تجارت الکترونیک

قانون تجارت الکترونیک برای حمایت از حریم اطلاعات شخصی (حمایت از داده‌ی پیام‌های شخصی / Data Protection) در فصل سوم قانون تجارت الکترونیک در ماده‌ی ۵۸ این قانون ذخیره و پردازش پیام‌های شخصی نوشته را بدون رضایت شخص غیر قانونی دانسته است و بر اساس ماده‌ی ۵۹ پردازش و توزیع داده‌ی پیام‌ها نیز در صورت وفق آن با سایر قوانین مجاز است.

ه) منشور حقوق شهروندی

حقوق شهروندی مجموعه‌ای از حقوق مدنی، سیاسی، اجتماعی و اقتصادی است که شهروند به‌عنوان یک تبعه‌ی دولت-کشور از آن برخوردار است؛ مانند: حقوق شهروندی در نظام اداری. منظور از حقوق شهروندی حقوق و تکالیفی است که شهروندان در جامعه‌ی شهری با یکدیگر و در تعامل با سازمان‌های دولتی دارند. منشور حقوق شهروندی نیز سندی است که حاوی کلیه‌ی حقوقی ملت است که قبلاً به‌صورت پراکنده و یا مختصر بیان شده است؛ اما در منشور حقوق شهروندی حقوق ملت ایران به تفصیل بیان شده است. در منشور حقوق شهروندی حریم خصوصی در فصل جداگانه‌ای به‌عنوان یکی از حقوق شهروندی تصریح شده است. در ماده‌ی ۳ حریم خصوصی مکانی افراد، ماده‌ی ۳۷ و ۳۸ حریم خصوصی ارتباطات، در ماده‌ی ۳۹ حریم خصوصی اطلاعات و ماده‌ی ۴۱ ممنوعیت کنترل تصویری و صوتی افراد در اماکن عمومی و محیط کار و ماده‌ی ۴۸ موظف کردن رسانه به رعایت حرمت و حریم خصوصی افراد برای افراد جامعه به رسمیت شناخته شده است.



و) آیین دادرسی کیفری

از جمله مواردی که در ارتباط به حق حریم خصوصی در آیین دادرسی کیفری پیش بینی شده است می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد: ماده‌ی ۶۰ قانون که به ممنوعیت توهین به شخص متهم، ماده‌ی ۱۴۰ ممنوعیت اشای اطلاعات مربوط به هویت متهم، ماده‌ی ۹۱ قانون آیین دادرسی کیفری به محرمانه بودن تحقیق، ماده‌ی ۱۰۱ جلوگیری از افشای اسرار و اطلاعات فردی، ماده‌ی ۱۰۴ ممنوعیت استراق سمع و مجاز بود آن فقط در موارد مربوط به امنیت و احقاق حقوق اشخاص، ماده‌ی ۵۷ و ۵۸ احترام به حریم مکانی و مجاز بودن به اجازه‌ی مقام قضایی.

۱-۳. مقایسه‌ی حریم خصوصی در حقوق افغانستان و ایران

حریم خصوصی در حقوق ایران و افغانستان از جمله حقوق و آزادی‌های اساسی و بشری اتباع قلمداد شده است که در قوانین این کشورها به صورت ضمنی و تلویحی به رسمیت شناخته شده است؛ ولی تعریف صریح و روشنی از حریم خصوصی در هر دو نظام حقوقی صورت نگرفته است؛ تعریفی از حریم خصوصی در لایحه‌ی حریم خصوصی مربوط ایران صورت گرفته بود که این لایحه به تصویب مجلس نرسید. در مقایسه به حقوق افغانستان که بسته گریخته و به صورت پراکنده در قوانین مختلف از مصادیق حق حریم خصوصی حمایت نموده است. ایران در مقایسه به افغانستان موضع حمایتی و دفاعی قوی‌تر و سیاست جنایی سختگیرانه‌ای در قبال حمایت از حق حریم خصوصی و جلوگیری از نقض آن دارد و در اسناد قانونی متعدد از این حق به صراحت یاد گردیده و به مصادیق آن پرداخته است. برعلاوه‌ی قانون اساسی، آیین دادرسی کیفری، قانون مجازات اسلامی قانون تجارت الکترونیکی و قانون جرایم رایانه‌ای؛ منشور حقوق شهروندی صرفاً جهت حمایت از حقوق شهروندی اتباع ایران در سال ۱۳۹۵ به امضای رئیس جمهور رسید و از طریق پیامک به مردم ابلاغ شد. منشور حقوق شهروندی حق حریم خصوصی را با صراحت و عین عبارت در زمره‌ی حقوق اساسی و شهروندی اتباع به رسمیت شناخته است و تمامی مصادیق این حق را جداگانه در مواد (۴۲- ۳۷) از جمله حریم مکانی، حریم جسمانی، حریم اطلاعات شخصی، حریم ارتباطات؛ را تحت عنوان حق حریم خصوصی مشمول حقوق شهروندی افراد دانسته است

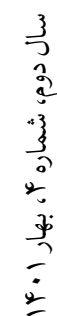


۱-۲. سایبر

سایبر از لغت یونانی (kybernetes) به معنای سکاندار یا راهنما مشتق شده است. سایبر در زبان انگلیسی پیشوند و در زبان فارسی پسوندی است که به کلمات جدید و امروزی متصل می‌شود تا به آن‌ها معنا و مفهوم دهد به گونه‌ای که مرتبط به فضای رایانه یا برخط (آنلاین) باشد. در ترجمه‌ی فارسی این لغت معمولاً سه اصطلاح رایانه‌ای، سایبری و آنلاین به کار برده می‌شود؛ مثل دنیای مجازی آنلاین، بزه‌های رایانه‌ای یا سایبری یا پول رایانه‌ای. ترجمه‌های صورت گرفته از لفظ (cyber) دقیق نیست و هرچند بعضاً لفظ مجازی به عنوان معادل آن گرفته می‌شود اما چون (cyber) بیانی از موضوعات واقعی و قابل مشاهده و لیکن غیرقابل لمس است نمی‌تواند بر لفظ مجاز که به موضوعات ذهنی و تصویری اشاره دارد، حمل شود (عالی‌پور، ۱۳۹۳: ۳۹).

۱-۳. فضای سایبر

این اصطلاح، معادل فارسی فضای مجازی است؛ اما ماهیت سایبر فراتر از مجازی بودن است؛ فضای ذهنی افراد فضای مجازی است که فاقد هرگونه نمود تظاهر بیرونی است و آنچه که در آن خلق می‌شود، قابلیت نقل و انتقال نداشته و هیچ‌گونه نقش مستقیمی در زندگی افراد بازی نمی‌کند؛ ولی برعکس هر آنچه در فضای سایبر خلق می‌شود، تمامی ویژگی‌های فوق‌الذکر را داشته و در زندگی افراد بسیار تاثیرگذار است. اصطلاح فضای سایبر یا دنیای مجازی آنلاین اصطلاحی است که نخستین بار توسط ویلیام گیسون در رمانی علمی-تخیلی با عنوان نیورومانسردر سال ۱۹۸۴ مورد استفاده قرار گرفت (پورقهرمانی، ۱۳۹۳: ۴۰). از آن زمان تا کنون فضای سایبر را به معنای مکان غیز فیزیکی و مجازی می‌شناسیم که واقعیت‌ها را به‌عنوان واقعیت مجازی در فضای الکترونیکی بازتاب می‌دهد (مسعودی، ۱۳۸۳: ۱۶). فضای سایبر در ماده‌ی ۸۵۱ کود جزا، فضای مجازی یا غیری ملموسی است که به اساس ارتباطات شبکه‌های کامپیوتری یا انترتی بوجود آمده است. به نظر می‌رسد که تعریف پسندیده از فضای سایبر تعریف ذیل باشد: «فضای سایبر تمامیت الکترونیکی پدیدآمده از طریق ارتباط الکترونیک، مجموع وسایل ایجاد، ذخیره، پردازش و انتقال داده‌های الکترونیکی با ویژگی شبیه‌سازی و مجازی‌سازی» (محسنی، ۱۳۹۴: ۵۲۶).



۴-۱. انترنت

در تعریف انترنت می‌توان گفت که انترنت یک شبکه‌ی رایانه‌ای است که امکان برقراری ارتباط با دیگران را از طریق دستگاه‌های کامپیوتری و تلفن را فراهم می‌سازد. در واقع انترنت جهانی است که دولت‌ها، مدارس، منازل و کشورها را به یک شبکه‌ی بسیار عظیم متصل می‌سازد و موجبات مبادله‌ی سریع اطلاعات را به وسیله‌ی یک خط تلفن در اقصای نقاط دنیا فراهم می‌سازد. تعریف به روز از انترنت تعریف شورای تحلیل شبکه‌ی دولت فدرال ایالات متحده‌ی امریکا در سال ۱۹۹۵ است و کلمه‌ی انترنت را به شرح ذیل تعریف کرده است: انترنت به یک نظام اطلاعاتی اطلاق می‌شود که اول، توسط فضای منحصر به فرد جهانی که مبتنی به پروتکل اینترنت است، به گونه‌ای منطقی به هم پیوسته باشد؛ دوم، می‌تواند با استفاده از مجموعه‌ی پروتکل TCP و IP از ارتباطات پشتیبانی کند و سوم، خدمات سطح برتری از ارتباطات و زیرساخت‌های مربوط را به صورت خصوصی و عمومی تامین کند، به کار گیرد و قابل دسترس سازد (لارنس، ۱۳۸۳: ۱۷).

۱-۵. کامپیوتر و شبکه‌ی کامپیوتری

شبکه به گروهی از کامپیوترها و وسایل مرتبط دیگر گفته می‌شود که به وسیله‌ی تسهیلات ارتباطاتی به یکدیگر متصل می‌شوند. یک شبکه می‌تواند به کوچکی یک شبکه‌ی محلی، متشکل از چند کامپیوتر، چاپگر و سایل دیگر باشد و یا از تعداد زیادی از کامپیوترهای کوچک و بزرگ که در نقاط جغرافیایی مختلف توزیع شده‌اند؛ تشکیل شود (مولفان و ویراستاران مایکروسافت، ۱۳۸۱: ۵۱۵). نزد عرف رایانه‌دانان، منظور از سیستم همان رایانه است و رایانه هم یک سیستم است و از این رو گاهی به جای هم به کار برده می‌شوند و تنها خوبی به کاربردن واژه‌ی سیستم رایانه‌ای آوردن جنبه‌های نرم‌افزاری و سخت‌افزاری در کنار یکدیگر است (عالی‌پور، ۱۳۹۳: ۳۳). بر اساس بند و قانون تجارت الکترونیکی، سیستم رایانه‌ای هر نوع دستگاه و یا مجموعه‌ای از دستگاه‌های متصل سخت‌افزاری-نرم‌افزاری است که از طریق اجرای برنامه‌های پردازش، پردازش خودکار داده‌ی پیام عمل می‌کند. سیستم کامپیوتری در نظام حقوقی افغانستان تعریف نشده است؛ ولی در لایحه‌ی قانون جرایم سایبری افغانستان که در سال ۲۰۱۷ طرح شده بود، ولی تصویب نشد؛ سیستم کامپیوتری را این گونه تعریف می‌کند:



دستگاه یا مجموعه‌ای از دستگاه‌های است که یک یا بیش‌تر از برنامه در آن طور اتوماتیک پروسس شده و شامل دستگاه قابل انفصال و ذخیره‌سازی، برنامه و اطلاعات می‌باشد؛ ولی در کود جزا در فصل که جرایم سایبری در آن جرم‌انگاری شده است، تعریفی از سیستم و سیستم کامپیوتری صورت نگرفته است.

۱-۶. داده‌ها و اطلاعات

داده‌ها معمولاً از سوی انسان‌ها به صورت حروف، اعداد، علائم و در رایانه به صورت نمادهایی (همان رمزهای صفر و یک) قراردادی ارائه می‌شوند. اصطلاح داده‌ها یک واژه است؛ یعنی اگر موجب درک و فهم لازم و کامل در این مرحله شده است، به عنوان آگاهی با اطلاعات از آن نام می‌برند و چنانچه موجب درک و فهم کامل نگردد به عنوان داده به شمار می‌آیند و چون هدف نهایی، آگاهی و اطلاعات است، باید از سوی دست اندرکاران (انسان یا رایانه) دستکاری یا پردازش شوند. البته هر گونه داده از حمایت قانونی برخوردار نیست (مولفان و ویراستاران مایکروسافت، ۱۳۸۱: ۵۱۵) و داده‌های قابل حمایت به شش دسته (اطلاعات شخصی مانند اطلاعات مربوط سلامت، داده‌های تجاری و اقتصادی، داده‌های اعتقادی، داده‌های شخصی جنسی، داده‌های مربوط محکومیت کیفری، داده‌های شخصی عمومی نظیر اطلاعات مربوط محل سکونت و شماره‌ی تلفن) تقسیم شده‌اند (اصلانی، ۱۳۸۹: ۱۰۰-۱۳۰).

۱-۷. امنیت سایبری

امنیت محیط سایبر عبارت است از فقدان هرگونه تجاوز یا هنجار شکنی یا تهدید به آن نسبت به یکی از پنج موضوع داده‌ها و اطلاعات، شبکه‌ها و سیستم‌های رایانه‌ای و مخابراتی، کاربران و مشترکین اینترنتی، ارائه‌دهندگان خدمات اینترنتی و در نهایت موضوعات بیرون از محیط سایبر که مرتکب با واسطه‌ی سایبر در صدد تجاوز به آن‌ها بر می‌آید. از منظر حقوقی امنیت سایبری در دو مفهوم مضیق و موسع به کار می‌رود. در مفهوم مضیق، منظور اتخاذ تدابیر فنی و پیشگیرانه برای تامین امنیت شبکه‌ها و اطلاعات است. در این مفهوم، اقدامات غیرفنی، جایگاهی نداشته و اشخاص، موضوع مستقیم تدابیر امنیتی نیست، همچنان که تامین امنیت شبکه‌ها و اطلاعات است. در این مفهوم، اقدامات غیر فنی، جایگاهی نداشته و اشخاص موضوع مستقیم تدابیر امنیتی نیست. همچنان که تامین امنیت فراتر از محیط سایبر را در بر

نمی‌گیرد. این مفهوم منطبق بر امنیتی است که اهل فن در علوم رایانه و اینترنت آن را طراحی و تبیین می‌کنند؛ اما در مفهوم موسع، دو قسم از تدابیر را برای تامین امنیت در محیط سایبر می‌توان سراغ گرفت: الف) تدابیر مستقیم اصلی: این تدابیر به کلیه‌ی تدابیر فنی و قانونی گفته می‌شود که برای تامین امنیت داده‌ها، اطلاعات و شبکه‌های سایبری به کار آید. ب) تدابیر واسطه‌ای: این تدابیر در پی تنظیم مقررات مناسب برای فضای سایبر است تا به واسطه‌ی آن هدف اصلی یعنی امنیت فضای واقعی تامین شود (عالی‌پور، ۱۳۹۳: ۵۲).

۸-۱. نفوذ (hack) و کراک

نفوذ یا اصطلاح Hacking نزد اهل فن در یک مفهوم عام شامل هر گونه ورود غیر مجاز، از کار انداختن سیستم و همچنین تخریب و تغییر داده‌ها می‌شود. لیکن آنچه در اینجا از این واژه مدنظر می‌باشد، صرف نفوذ به یک سیستم اطلاعاتی می‌باشد. هرچند منجر به پردازش، اصلاح، انتقال و تخریب داده‌ها نشود و مراد از نفوذگر شخصی است که سعی در ورود غیر مجاز به یک سیستم کامپیوتری را دارد (عالی‌پور، ۱۳۹۳: ۱۸۶) در علوم مربوط به رایانه معنای کرک به انگلیسی crack رمزگشایی است. و کراکر به انگلیسی Cracker به فرد گشاینده رمز می‌گویند.

۹-۱. حقوق سایبری

حقوق سایبر را با مسامحه می‌توان چنین تعریف کرد: رشته‌ی جدید و مستقل حقوق که از قواعد و مقررات حاکم در حوزه‌ی اطلاعات و داده‌ها در قلمرو اینترنت بحث می‌کند و تدوین این قواعد و مقررات با توجه به ویژگی‌های ذیل باید صورت گیرد: خصوصیت جهانی فضای سایبر و امکانات آسان این فضا برای انتقال سریع اطلاعات فعالیت‌های فرامرزی که از امکانات موجود انتقال داده‌ها فراهم می‌شود (قیونلو، ۱۳۹۱: ۲۴۱-۲۴۲).

۱۰-۱. جرایم رایانه‌ای / جرایم سایبری

تعاریف متعددی از جرایم سایبری صورت گرفته که تعریف جامع و مانع تعریف کمیته‌ی اروپایی مسائل جنایی در شورای اروپا ۱۹۸۹ است که در آن متخصصین چنین تعریفی ارائه کرده است: هر فعل مثبت غیر قانونی که کامپیوتر، ابزار یا موضوع باشد به عبارت دیگر هر جرمی که



ابزار یا هدف آن تاثیرگذاری بر عملکرد کامپیوتر باشد (خداقلی، ۱۳۸۴: ۳۰). شورای اروپا، دو فهرست اختیاری از جرایم رایانه‌ای را از هم تفکیک کرد با عنوان فهرست حداقل و فهرست اختیاری رایانه‌ای. جرایم فهرست حداقل عبارتند از: - کلاهبرداری رایانه‌ای، جعل رایانه‌ای، تخریب داده‌ها یا برنامه‌های رایانه‌ای، خرابکاری رایانه‌ای، دستیابی غیرمجاز رایانه‌ای، شنود غیرمجاز رایانه‌ای، تکثیر غیرمجاز برنامه‌های شده رایانه‌ای، تکثیر غیرمجاز یک توپوگرافی و فهرست اختیاری عبارت است از: تغییر داده‌ها یا برنامه‌های رایانه‌ای، جاسوسی رایانه‌ای، استفاده غیرمجاز رایانه، استفاده‌ی غیرمجاز از یک برنامه‌ی حمایت شده رایانه‌ای (عالی‌پور، ۱۳۸۴: ۴۷).

۲. کلیات

در بخش کلیات به تاریخ‌واره‌ی حریم خصوصی و قلمرو آن، طبقه‌بندی و نوع‌شناسی جرایم سایبری و ویژگی‌های جرایم سایبری خواهیم پرداخت.

۲-۱. تاریخ‌واره حریم خصوصی

تحقیق در منابع فقهی حاکی از آن است که قدمت حمایت از حریم اعتقادات، حریم خصوصی منزل، اموال مراسلات و ارتباطات افراد در نظام حقوق اسلام بیش‌تر از سایر نظام‌های حقوقی است و مصادیق حریم خصوصی بیش از ۱۴۰۰ سال پیش مورد تاکید اسلام قرار گرفته است در حالی که نخستین جرعه‌های حمایت از حریم خصوصی حتا در موض تحول‌گرایان غرب به قرن ۱۷ و ۱۸ میلادی بر می‌گردد (ساریخانی و موسوی؛ ۱۳۹۰: ۸۸). در آیات قرآن و سنت ائمه^(ع) هیچ‌گاه اصطلاح حریم خصوصی مشخصا به کار نرفته است؛ همان‌طور که در سایر آیین‌ها مثل یهود و مسیحیت نیز از این عبارت به تصریح یاد نشده است. ماهیت و محتوای حریم خصوصی در شریعت اسلام، تحت تعبیری از حقوق و آزادی‌های دیگر مثل حق مالکیت، حقوق وابسته به شخصیت افراد، ممنوعیت آشکارسازی اسرار، حق انتخاب دین و اعتقاد، حرمت غیبت، ممنوعیت استراق سمع، ممنوعیت اشاعه فحشا و... مورد حمایت قرار گرفته است. به‌طور اجمالی به ذکر برخی از نمونه‌های این آیات می‌پردازیم؛ آیه‌ی ۲۷ و ۲۸ سوره‌ی نور و آیه‌ی ۲۸۹ سوره‌ی بقره در مورد حریم مکانی افراد و ممنوعیت تجسس در آن، آیه‌ی ۵۸ سوره‌ی احزاب در مورد ممنوعیت بهتان و تهمت. در مورد مطرح شدن حریم خصوصی به‌عنوان یک حق در سطح بین الملل باید اذعان نمود که بیش‌تر از یک سده از مطرح



شدن و به رسمیت شناختن آن در سطح بین الملل نمی گذرد. اگرچه قبلا به اشکال دیگری مورد حمایت واقع می شد. به عنوان نمونه قوانین، نوشته ها، آداب و رسوم یونان باستان نشان می دهد که حق مالکیت و حق خلوت در جامعه ی یونان باستان دو مفهوم مرتبط با همدیگر بوده که همراه با یکدیگر به رسمیت شناخته شدند (موسی زاده و مصطفی زاده، ۱۳۹۱: ۴۷). اعلامیه ی جهانی حقوق بشر به عنوان قدیمی ترین سند در سطح بین الملل مصوب ۱۹۴۸ به رعایت حریم خصوصی تاکید کرده، میثاق حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶ در مواد ۱۶ و ۱۷ مجمع سازمان ملل متحد تجاوز به حریم خصوصی افراد و تجسس از ممنوع اعلام نموده است. مطابق ماده ی ۱۱ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر مصوب ۱۹۶۹ زندگی و شرافت افراد باید محترم شمرده شده. بر علاوه ی قطعنامه ی شورای اروپا ۱۹۷۰ / Resolution of council of Europe 1970 و اعلامیه ی کنفرانس نروژ ۱۹۷۶ / Declaration of Nordic Conference 1970 از جمله اسناد هست که حریم خصوصی را به عنوان حق به رسمیت شناخته شده است.

۲-۲. قلمرو حریم خصوصی

- مصادیق حریم خصوصی را به چهار عنوان ذیل تقسیم نموده اند (محسنی، ۱۳۹۴: ۴۹).
۱. حریم خصوصی جسمانی: هرگونه اقدام علیه جسم فرد باید با توافق و رضایت شخص باشد؛ لذا هر نوع آزمایش و یا بازرسی بدنی باید بدون رضایت شخص اقدام و رفتار مجرمانه تلقی شده و ممنوع است؛
 ۲. حریم خصوصی مکانی: فرد در فضای فیزیکی زندگی خود از حق حریم خصوصی برخوردار است. ورود افراد و نقض این حریم و وارد شدن به منزل فرد بدون اجازه ممنوع است. منزل جایی است که مالک یا متصرف آن به طور مشخص انتظار خود نسبت به خصوصی بودن آن را اعلام کرده است. بر این اساس، انواع خانه ها، چادرهای مسکونی، بخش های مسکونی کشتی ها، اتاق های اختصاصی، هتل ها، مهمان سراها، خوابگاه ها، و اتاق های استراحت بیمارستان ها از مصادیق منزل به شمار می روند (گودرزی، ۱۳۹۴: ۴۰-۴۱).
 ۳. حریم خصوصی ارتباطات: مصون بودن نامه ها و بسته های پستی از تفتیش و تجسس و بازرسی، امنیت و مصونیت مکالمات تلفنی از شنود، محرمانه بودن بودن قبض و صورت

حساب تلفن اشخاص که نشانگر فهرست تماس‌های آن‌ها می‌باشد. امنیت مراسلات داخل شبکه دیجیتالی از جمله شبکه‌های اینترنتی، همچنین درج یا عدم درج نام شخص و شماره‌ی تلفن متعلق به او در دفترچه‌های راهنمای تلفن، تماس‌های تلفنی ایمیل‌های ناخواسته و مزاحم هستند.

۴. حریم خصوصی اطلاعات: منظور حق اولیه‌ی افراد در محرمانه ماندن اطلاعات و داده‌های شخصی از هرگونه تحصیل و پردازش، انتشار و به‌طور کلی مداخله‌ی دیگران بدون اجازه‌ی آن‌ها و یا مجوز قانونی است. فرد برای دسترسی به خدمات عمومی طور مثال خدمات پزشکی، سازمان بیمه، ثبت احوال نفوس، بانک‌ها ارائه می‌دهد. مسلماً گروآوری، پردازش، تلفیق و نگهداری مجموعه‌ای از این اطلاعات منجر به ترسیم نموداری بسیار دقیق از فرد مورد نظر می‌گردد که قطعاً تهدید جدی برای حریم خصوصی وی به شمار می‌رود؛

۵. حریم شخصیت: حق شخص به مصونیت ماندن هرگونه تعرض آسیب زننده به شهرت اجتماعی و آبروی انسانی مانند: توهین، افترا و قذف.

۲-۳. ویژگی‌های جرایم سایبری

۱) سهولت در ارتکاب جرم: ارتکاب جرایم رایانه‌ای به مراتب آسان‌تر از جرایم سنتی است. بدین دلیل که شخص محض دسترسی به رایانه و داشتن اینترنت خیلی راحت در مدت زمانی کوتاهی می‌تواند حساب بانکی دیگری را هک نموده و پول موجود در حساب بانکی فرد را به سرقت برده و به حساب خود واریز کند؛

۲) زیان مالی حاصل از جرایم سایبری به طور قابل ملاحظه‌ای بیش‌تر از جرایم واقع شده در فضای سنتی می‌باشد؛ در این راستا، FBI (۱۹۸۰) بیان می‌دارد در حالی که یک سارق مسلح از بانک می‌تواند حدود ۲۰۰۰ دلار سرقت کند، در فضای سایبر می‌تواند حدود ۳۴۰۰۰۰ دلار به دست آورد (فرهانی و حسین، ۱۳۸۵: ۹۳)؛

۴) پوشیده و پنهان ماندن هویت مرتکب جرم: یکی از ویژگی‌های دیگر این جرم میزان بالای پوشیدگی و ناشناس ماندن هویت مرتکب است.. مجرمان و خرابکاران سایبری با استفاده از Ip آدرس‌های تقلبی و یا عاریتی یا القاب و شناسه‌های به سرقت رفته اقدام به ارتکاب جرایم



سایبری می‌شوند که در نتیجه‌ی شناسایی هویت و به تبع آن مجازات و جبران خساره را مشکل و در مواردی ناممکن می‌سازد (ابوذری، ۱۳۹۵: ۳۱)؛

۵) اعمال واقع شده در این فضا حاکمیت نداشته و از نظر حقوق کیفری، نکته مهم آنست که فضای سایبر، پوشیده عومل کنترول اجتماعی بر و مخفی است کاربران در این فضا هویت خود را پنهان می‌دارند لذا نگاه‌های مردم و پلیس بر آن نظارت ندارد؛

۶) تنوع مرتکبان فضای سایبر نیز از ویژگی‌های دیگر آن است. امروزه در بسیاری از فروشگاه‌های نرم افزار ابزارها ارتکاب جرایم سایبری مانند برنامه‌های رایانه‌ای مخصوص بسته‌های نفوذگری ارائه می‌شود علاوه بر آن سایت‌های در فضای سایبر و یوتیوب چینل‌های در فضای سایبری چنین آموزش‌های را ارائه می‌دهند و این موارد می‌توانند قدم اول برای ارتکاب جرم تلقی شود (ابوذری، ۱۳۹۵: ۳۳).

۴-۲. عناصر تشکیل دهنده‌ی جرایم سایبری

برای تحقق جرم سایبری همانند سایر جرایم عناصر قانونی و مادی و معنوی را داشته بنابراین اولاً، فعل یا ترک فعل انسانی هر اندازه زشت و نکوهیده و برای نظام اجتماعی زیان بخش باشد تا زمانی که حکمی بر آن وارد نشده و یا در قانون پیش بینی نشده باشد، قابل مجازات نیست؛ ثانیاً، شرط تحقق جرم آن است که قصد سو ارتکاب رفتار خاصی دست‌کم به مرحله‌ی فعلیت برسد. فعل یا ترک فعل خارجی که تجلی نیت مجرمانه و یا تقصیر جزایی است، عنصر مادی جرم را تشکیل می‌دهد و ثالثاً، برای تحقق جرم، نقض اوامر و نواهی قانونگذار به تنهایی کافی نیست. فعل یا ترک فعل مجرمانه باید نتیجه‌ی خواست و اراده‌ی فاعل باشد، به سخن دیگر، میان فعل مادی و حالات روانی فاعل باید نسبت موجود باشد تا بتوان مرتکب را مقصر شناخت. ارتکاب جرم یا تظاهر سوء نیت و یا خطای مجرم، مشروط است بر این‌که فاعل چنین فعلی را بخواهد یا دست‌کم وقوع آن را احتمال بدهد و به نقض اوامر و نواهی قانونگذار آگاه باشد. در این صورت می‌گوییم فاعل یا در ارتکاب فعل عمد داشته و یا خطا کرده است (اردبیلی، ۱۳۹۷: ۱۷۰).



۳. مبانی فقهی حریم خصوصی در فضای سایر

از جمله موارد کاربرد واژه‌ی حریم در منابع حقوقی تعبیر حریم خصوصی است، که حقوقدانان تعاریف گوناگونی از آن کرده و آن را از مهم‌ترین حقوق بشر به شمار آورده‌اند و این بحث در فقه نیز قابل طرح است و در منابع اسلامی نظیر قرآن، سنت و اجماع، احکام متعددی در باره‌ی مقوله‌ی مختلف حریم خصوصی وجود دارد؛ ولی با این حال اصطلاح «حریم خصوصی» نه در آیات قرآن و نه در روایات اسلامی استعمال نشده است و موضع اسلام در مواجهه با مقوله‌ی حریم خصوصی، موضوع به اصطلاح «تحول گرایانه» است (انصاری، 1383: 4) در روایات بسیار از موارد دفاع از حریم خصوصی اشخاص در منابع فقهی، آن‌ها را مشتمل بر ممنوعیت تجسس، تفتیش، سوءظن، استراق سمع، خیانت در امانت، غیبت، قذف، ممنوعیت اشاعه فحشا، و ورود بدون اجازه به منازل افراد بر شمرده شده‌اند.

4. مقتضای اصل در ورود به حریم خصوصی

مبنتی بر نظام فقه اسلامی و نظام اخلاقی حریم خصوصی در اسلام روی اصول همانند اصل احترام به حریم و حرمت مومن، قاعده‌ی تسلیط، قاعده‌ی اصل صحت، اصل کرامت و پاسداشت کرامت انسانی، لزوم عمومیت اذن در روابط اجتماعی، اصل عدم عمومی بودن، قاعده‌ی اضطرار، قاعده‌ی اهم و مهم، و اصل عدم ولایت، اصل احتیاط؛ استوار است.

5. جرایم علیه حریم خصوصی در فضای مجازی

در نظام حقوقی افغانستان و ایران نقض حریم خصوصی در فضای سایر با جرایم از نظیر شنود، دسترسی غیرمجاز، تغییر مجاز، افشای غیر مجاز داده‌ها، سرقت هویت، تغییر محتوای دیگری، توهین، افترا، تخریب و اخلال قابل تحقق است که اینک به طور مختصر به بحث روی هر کدام آن می‌پردازیم:

۵-۱. شنود غیرمجاز

شنود غیرمجاز از زمره‌ی عنوان‌های کنایه‌ای همچون کلاهبرداری و پول‌شویی است و عنوانش به‌طوری دقیق و ظاهری، رفتار بزهکارانه را بازگو نمی‌کند. هرچند بخشی از شنود که همان شنیدن گفت و شنیده‌های تلفنی واقعی و ظاهری است؛ ولی شنود داده‌ها و اطلاعات و نیز

امواج الکترو مقناطیسی به معنای شنیدن با گوش نیست بلکه به معنای دریافت کردن و یا به اختیار گرفتن داده‌ها است. شنود به معنای دریافت الکترونیکی داده‌ها یعنی دستیابی به هرگونه ارتباطات، داده‌ها و اطلاعات در حال انتقال است. هرگاه دستیابی و اطلاع یافتن از اطلاعات در محیط دیجیتال بوده و خطوط ارتباطی، مخابراتی و انتقال داده و... مورد تعرض قرار گیرند تا از این طریق مرتکب به اطلاعات و داده‌ها دست پیدا کند، شنود مصداق می‌یابد (عالی‌پور، ۱۳۹۳: ۷۷). شنود متفاوت از استراق سمع است. استراق سمع به صورت شنیداری و در مخابرات تلفنی صورت می‌گیرد؛ اما شنود به صورت دسترسی به داده‌ها منحصرًا قابل ارتکاب در محیط مجازی است (عباس کلیمانی، ۱۳۹۹: ۷۶-۷۷). موضوع بزه در شنود محتوا است. محتوا خاص‌تر از داده است و نسبت به داده‌های شنیداری، دیداری و نوشتاری و مانند آن گفته می‌شود که در بردارنده درون‌مایه‌ی پیام با معنایی است و ویژگی در حال انتقال که برای موضوع شنود پیش‌بینی شده است، نشان می‌دهد که این بزه تنها داده‌های در حال آمد و شد را دربر می‌گیرد و نسبت به داده‌های دیگر شنود همان دسترسی است. بنابراین، دریافت داده‌های در حال انتقال را شنود و دریافت اطلاعات ذخیره شده و ایستا را دسترسی غیرمجاز می‌گویند. شرایط تحقق به گونه‌ای است که محتوا در حال انتقال باید محرمانه باشد و مبدا و مقصد اطلاعات صلاحیت دریافت اطلاعات را داشته باشند و چون جرم شنود غیر مجاز از جرایم سایبری محض هستند جرم به وسیله‌ی رایانه و سیستم رایانه‌ای به واقع می‌شود. این جرم در ماده‌ی ۱ کنوانسیون جرایم سایبری پیش‌بینی شده است.

الف) عنصر قانونی جرم: عنصر قانونی جرم در حقوق افغانستان ماده‌ی ۶۲۹ کود جزا و در حقوق ایران جرم شنود در موارد ۲ و ۳ قانون جرایم رایانه‌ای پیش‌بینی شده است؛

ب) عنصر مادی: عنصر مادی جرم شنود محتوا است و اطلاعات محرمانه است و با فعل مثبت قابل تحقق است و از نوع مطلق جرایم بوده مقید به نتیجه خاصی نیست. از این جهت میان دو نظام حقوقی تفاوتی وجود ندارد

ج) عنصر معنوی: جرم از جرایم عمدی بوده و برای تحقق آن قصد عام کفایت می‌کند و وجود قصد خاص در هر دو ماده برای تحقق عنصر معنوی شرط نشده است.



۲-۵. جرم دسترسی غیرمجاز

دسترسی غیر مجاز عبارت است از رخنه‌ای غیر قانونی به سامانه‌ای رایانه‌ای حفاظت شده، گاه در زبان فنی، هک یا رخنه‌گری گفته می‌شود با این حال هک برابر با دسترسی غیرمجاز نیست و واژه‌ای نیست که تنها چهره‌ی سرزنش پذیر داشته باشد. هک به شیوه‌ی فنی رخنه به سامانه‌ی رایانه‌ای گفته می‌شود که به خودی خود بزه نیست و در میانه‌ی رایانه‌دانان همچون یک هنر شناخته می‌شود. قانونگذار نیز به این چهره‌ی فنی هک روی نموده و از این عنوان در قانون‌ها بهره‌نجنسته‌اند، به هر حال اگر رخنه‌گری بدون اجازه و نسبت به سامانه‌ی دیگری که حفاظت شده است، انجام شود، دسترسی غیر مجاز خواهد بود. در حقوق کیفری سنتی، دسترسی غیرمجاز یا هیچ یک از بزه‌ها همسان نیست و از این رو در زمره‌ی بزه‌هایی است که با پیدایش رایانه نمود یافته است و عنوان برجسته‌ترین بزه رایانه‌ای ناب شناخته می‌شود که درآمد و بلکه مادر بیش‌تر جرایم رایانه‌ای است. دسترسی غیر مجاز به معنای ورود از یک سیستم رایانه‌ای به سیستم رایانه‌ای دیگری که شیوه‌ی ارتباط بین رایانه‌ها هم اهمیت ندارد و ارتباط چه از طریق شبکه‌های عمومی و گسترده مثل اینترنت و یا از طریق یک شبکه در در داخل یک سازمان باشد، شامل دسترسی غیرمجاز می‌گردد (عزیزی، ۱۳۹۳: ۶۳).

الف) عنصر قانونی: جرم دسترسی غیرمجاز در ماده‌ی ۲ کنوانسیون بوداپست، ماده‌ی ۸۵۲ کود ج.ا.ا و در ماه‌ی ۱ قانون جرایم رایانه‌ای جرم انگاری شده است؛

ب) عنصر مادی: باتوجه به متن مواد ۱ قانون جرایم رایانه‌ای و ماده‌ی ۸۵۲ کود جزا موارد ذیل مشمول عنصر مادی جرم هستند: ۱- مرتکب می‌تواند اعم از شخص حقیقی و حقوقی باشد و خارجی یا تبعه؛ ۲- موضوع جرم داده‌هایی هستند که توسط تدابیر امنیتی حفاظت شده‌اند؛ ۳- دسترسی به صورت غیرمجاز صورت گرفته باشد؛ ۴- جرم جرایم سایبری محض از جرایمی هستند که فقط در فضای سایبر قابل تحقق و ارتکاب و این جرایم منحصر در فضای مجازی واقع می‌شود؛ ۵- دسترسی، تسلط و نفوذ در یک سیستم با شکستادن تدابیر حفاظتی و امنیتی پیدا می‌کند که باتوجه به این رفتارها ارتکاب جرم دسترسی غیرمجاز به صورت ترک فعل؛ منتفی می‌گردد. ۶- بر اساس ماده‌ی ۱ قانون جرایم رایانه و ماده‌ی ۵۸۲ به‌عنوان جرم مطلق پیش‌بینی شده است.

ج) عنصر معنوی: از جرایم عمدی است که برای تحقق عنصر معنوی جرم قصد عام کافی است.



۳-۵. تخریب و اخلال در داده و سیستم رایانه‌ای

در حقوق کیفری کلاسیک جرم تخریب به معنای، خراب کردن، ویران کردن، و نابود کردن است و در تعریف آن گفته شده تخریب عبارت است، وارد ساختن لطمه‌ی عمدی بر تمامیت فیزیکی شی یا مال متعلق به دیگری بنابراین، جرم تخریب جرمی است که بر تمامیت فیزیکی اشیا و اموال در عالم واقعی لطمه و خسارت وارد می‌کند (گلدوزیان، ۱۳۸۳: ۳۹۴). تخریب و اخلال داده‌ها و سامانه‌های رایانه‌ای نیز از لحاظ مفهومی به دور از مفهوم تخریب سنتی نیست با این تفاوت که تخریب داده‌ها در دنیای سایبر ارتکاب می‌یابد. در کنار واژه‌ی تخریب، اخلال نیز به کار برده شده است؛ منظور از اخلال پدیدآوردن آشفتگی در برنامه‌های کمپیوتری و استفاده ناپذیر کردن داده‌ها است (عزیزی، ۱۳۹۳: ۱۱۵) با این تفاوت که داده‌ها و مکتوبات انترنتی ملموس و عینی نیستند و در جرم در فضای سایبر واقع می‌شود.

الف) عنصر قانونی: این جرم در ماده‌ی ۸ و ۹ قانون جرایم رایانه‌ای و در ماده‌ی کد جزا در ماده‌ی ۸۵۴ پیش‌بینی شده است؛

ب) عنصر مادی: موضوع جرم داده و سیستم و اطلاعات کمپیوتری است، رفتارهای مجرمانه‌ی این جرم حذف تخریب و اختلال در کارکرد، وارد کردن داده‌ها، انتقال، پخش داده‌ها، دستکاری داده‌ها است. لازم است تا و داده و سیستم کمپیوتری موضوع جرم متعلق به دیگر باشد و رفتارهای ذکر شده به صورت غیر مجاز واقع شده باشد این جرم از جرایم مقید به نتیجه است و رفتارهای مجرمانه باید باعث اخلال در کارکرد و حذف تخریب که باعث ورود ضرر مالی یا معنوی گردد. حقوق‌دانان معتقد هستند که رفتارهای مادی جرم اختلال و تخریب هم از طریق فعل و هم از طریق ترک فعل (مانند ذخیره نکردن داده‌ها که منجر به حذف داده‌ها خواهد شد یا عدم استفاده از ضد ویروس که منجر به اختلال در داده‌ها یا تخریب یا غیرقابل پردازش شدن آن‌ها می‌شود) قابل وقوع است؛ ولی بر اساس ماده‌ی ۸۵۴ ارتکاب این فعل توسط عمل اجرایی پیش‌بینی شده است.

ج) عنصر معنوی: بر اساس ماده‌ی ۹ و ۸ قانون جرایم رایانه‌ای عنصر معنوی جرم قصد عام و قصد خاص پیش‌بینی شده است؛ ولی بر اساس ماده‌ی ۸۵۴ عنصر معنوی جرم قصد عام پیش‌بینی شده است.



۵-۴. تغییر غیرمجاز داده‌ها

نفوذ غیر قانونی به معنای اعم علاوه بر ورود غیر مجاز به یک سیستم، در برگیرنده، از کار انداختن سیستم و همچنین تخریب و تغییر داده‌ها می‌شود. مع الوصف در بحث از نفوذ غیرقانونی (به عنوان یک تخلف در حوزه‌ی حریم خصوصی اطلاعاتی) گفتیم که مراد از این اصطلاح در نوشتار حاضر، صرف ورود به یک سیستم اطلاعاتی می‌باشد، هرچند منجر به پردازش، اصلاح، انتقال و یا تخریب داده‌ها (مفهوم خاص این اصطلاح) نشود. نفوذگر را نیز شخصی دانستیم که سعی در ورود غیر مجاز به یک سیستم کامپیوتری را دارد.

با این همه علی‌الاصول هر شخصی که اقدام به ورود غیر مجاز به یک سیستم اطلاعاتی می‌کند، هدفی از این عمل خود مد نظر دارد. این هدف ممکن است صرف تفریح یا تفنن، یا خودنمایی یا خودارضایی (دائر بر این که من می‌توانم از سد تدابیر امنیتی عبور کنم و...) بوده یا این که ورود به سیستم خود مقدمه و پیش‌نیاز ارتکاب یک عمل ممنوع دیگر باشد؛ به عنوان مثال: شخصی که به صورت غیر مجاز وارد سیستم اطلاعاتی اداره‌ی تشخیص هویت و سجل کیفری پلیس می‌شود، ممکن است با هدف از بین بردن فایل حاوی سوابق کیفری خود مبادرت به این کار کند. همچنین ممکن است شخصی به منظور ایجاد اختلال در برق شهری را قطع کند. همچنین ممکن است شخصی از طریق شبکه‌ی وارد سایت یک خبرگزاری شده و خبری کذب در خصوص فساد اخلاقی یک سیاستمدار مشهور در سایت گنجانیده و آن را منتشر نماید تا از این طریق شخص خبرگزاری مورد نظر را با مشکل مواجه نماید. یا حتا این امکان وجود دارد که شخص پس از نفوذ به یک سیستم، داده‌های موجود را تنها برای تفنن و سرگرمی تغییر دهد. از این میان فرصتی که شخص با ورود به یک سیستم اطلاعاتی، از طریق تغییر دادن یا تخریب داده‌ها سعی در ایجاد اختلال در خروجی‌های سیستم را دارد (مثل اختلال در مدیریت برج مراقبت یک فرودگاه یا اختلال در سیستم کامپیوتری مدیریت حساب‌های بانکی) عمل متخلف خرابکاری کامپیوتری نامیده می‌شود.

در فرضی که شخص با ورود به یک سیستم کامپیوتری اقدام به تغییر دادن داده‌ها کند که قابلیت استناد در مراجع رسمی و قضایی دارند (مثل سوابق کیفری و همچنین اطلاعات مربوط به موجودی حساب بانکی شخص) می‌توان از جعل الکترونیکی یا جعل کامپیوتری سخن گفت



که به موجب ماده‌ی ۶۸ قانون تجارت الکترونیک جمهوری اسلامی ایران جرم شمرده می‌شود (اصلائی، ۱۳۸۹: ۱۹۵).

الف) عنصر قانونی

چنین عنوان مجرمانه در قوانین ایران پیش‌بینی نشده است؛ جرم تغییر غیر مجاز داده‌ها در ماده‌ی ۸۵۳ کود جزا پیش‌بینی شده است.

ب) عنصر مادی

تغییر وارد کردن و ممانت از دسترس؛ ولید تغییر و تعدیل، غیر قابل دسترس ساختن، بی معنا کردن یا غیر فعال کردن طور مثال با استفاده از بمب منطقی، پخش ویروس و دسترسی غیر مجاز در مسیر اتصال شبکه؛ جلوگیری از دسترسی مجاز، تغییر و تعدیل در سیستم محافظتی از رفتارهای مجرمانه‌ی مادی این جرم است، جرم از جرایم مطلق است، فعل مادی مثبت قابل تحقق است.

ج) عنصر معنوی: عنصر معنوی جرم قصد عام پیش‌بینی شده است.

۵-۵. سرقت هویت

سرقت را هویت جرمی تعریف کرده‌اند که در آن بدون موافقت یا اجازه‌ی طرف‌های ذینفع، اطلاعات لازم برای جازدن خود به جای فرد یا سازمانی دیگری به سرقت رفته و مورد استفاده قرار گیرد و این اقدام می‌تواند شامل نام، تاریخ تولد، آدرس، شماره‌ی تلفن، شماره، بیمه، شناسنامه، گذرنامه، گواهینامه رانندگی، کارت اعتباری و حساب بانکی و غیره شود. مجرمان با استفاده از این اطلاعات دست به خرید زده، از حقوق و مزایای دیگران استفاده کرده و یا مرتکب اقدامات غیرقانونی به نام آن فرد می‌شود. به هر حال استفاده از هویت دیگران بخش جدایی‌ناپذیر از تمامی شیوه‌های جنایی بوده و برخلاف سابق به جنایات سازمان‌یافته و تروریسم هم محدود نمی‌شود، به گونه‌ای که امروزه ابعاد صنعتی به خود گرفته و به مصیبتی واقعی برای نهادها یا افراد تبدیل شده است (قرناوتی، ال، ۱۳۹۶: ۵۷-۵۸).



الف) عنصر قانونی

در نظام حقوقی ایران نص قانونی که صریحا جرم سرقت هویت در آن پیش‌بینی شده باشد وجود ندارد؛ حتا در قانون تجارت الکترونیکی و قانون جرایم رایانه‌ای. در حقوق افغانستان ماده‌ی ۸۶۶ سرقت هویت را پیش‌بینی نموده است؛

ب) **عنصر مادی:** سوءاستفاده از هویت شخص دیگری به منظور ارتکاب جرم، جرم از نوع اجرائی و مطلق.

ج) **عنصر معنوی:** قصد عام پیش‌بینی شده است.

۵-۶) تحریف نگاری یا تغییر محتوای دیگری (هتک حیثیت)

تحریف‌نگاری به معنای دگرگون کردن محتوای دیگر است. این رفتار در حوزه‌ی جرایم مرتبط با محتواس‌ت به همین دلیل با جعل رایانه‌ای یا تحریف فرق دارد. در تحریف نگاری هم همان رفتارهای انجام می‌شود که در جعل یا تحریف هست؛ اما در اینجا نسبت به صوت، تصویر و فلم انجام می‌شود و تحریف‌نگاری در برخی موارد برضد آبرو و حیثیت کسانی است. در واقع هتک حیثیت اشخاص از بزه‌ی است که ضد شخصیت معنوی افراد ارتکاب می‌یابد و بیش از آن که جسم و جان فرد را آزرده کند، لطمه به آبرو و شان و شخصیت فرد وارد می‌سازد. سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی ابزاری هستند که قابلیت نشر اکاذیب و افترا به اشخاص را دارند و هر کاربر می‌تواند در فضای مجازی شخصیت را تحریف و تحقیر نماید (الهی منش و سدره نشین، ۱۳۹۱: ۱۰۲).

الف) **عنصر قانونی:** ماده‌ی ۸۶۸ کود جزای جمهوری اسلامی افغانستان و ماده‌ی ۱۶ قانون جرایم رایانه‌ای ایران؛

ب) **عنصر مادی:** موضوع جرم فلم، تصویر و صوت متعلق به دیگری است و رفتار مادی شامل تحریف، تغیی و انتشار است؛ رفتارهای مجرمانه باید منجر به هتک حیثیت فرد شود. بر این اساس جرم از جرایم مقید به نتیجه است و تا زمانی که نتیجه‌ی جرم محقق نگریده باشد، جرم محقق نمی‌شود (آسیا، ۱۳۹۸: ۴۹۴).



ج) **عنصر معنوی:** در کود جزا عنصر معنوی این جرم قصد عام پیش‌بینی شده (آسیا، ۱۳۹۸: ۴۹۵) ولی بر اساس ماده‌ی ۱۶ قانون جرایم رایانه وجود قصد خاص نیز برای تحقق جرم شرط است.

۷-۵) افشای غیر مجاز داده‌ها یا افشای اسرار خصوصی

حمایت از حریم اطلاعاتی افراد از حقوق اساسی و بشری افراد است که تعرض به آن ممنوع بوده که در واقع این نوع تعرض، تعرض به شخصیت معنوی افراد محسوب شده و افشای غیر مجاز داده‌ها و افشای اسرار خصوصی افراد مصداقی از تعرض به حریم خصوصی افراد قلمداد گردیده و ضمانت اجرای کیفری دارد. افشای سر به علنی ساختن هر چیز پوشیده و آسیب زننده به شهرت و حیثیت اشخاص یا پنهان بودن آن امر جهت مصلحت مشروع (اصلانی، ۱۳۸۹: ۲۰۵).

الف) **عنصر قانونی:** ۸۶۸ کود جزا و ماده‌ی ۱۷ قانون جرایم رایانه‌ای ایران؛

ب) **عنصر مادی:** رفتار مجرمانه در این جرم همان نشر و پخش داده‌ها بدون رضایت فرد است که با فعل و ترک فعل قابل تحقق بوده و از جرایم مقید به نتیجه است؛

ج) **عنصر معنوی:** در کود جزا قصد عام ولی در حقوق ایران قصد عام و قصد خاص پیش‌بینی شده است.

۸-۵) توهین

توهین در لغت به معنای خوار گردانیدن و خوار شمردن و حقیر و سبک داشتن است و در اصطلاح توهین را این گونه تعریف کرده‌اند: «جرم توهین عبارت است از رفتار عمدی خلاف قانون که به موجب عرف نسبت به طرف، موهن باشد» (آقایی‌نیا، ۱۳۸۵: ۲۰).

الف) **عنصر قانونی:** جرم توهین در مواد (۶۷۸)، (۶۷۹) و (۶۸۲) کود جزا و ماده‌ی ۶۰۸ قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی شده است.

ب) **عنصر مادی:** انتساب نسب که سبب آسیب به شرف و حیثیت فرد گردد، طرف توهین باید معین باشد و توهین علنی باشد؛

ج) **عنصر معنوی جرم:** از جرایم عمدی است و با قصد عام پیش‌بینی شده است.



۵-۹. افترا

افترا در لغت از ماده‌ی «فری» به معنای دروغ بستن و بهتان زدن، شکافتن و فاسد کردن است؛ افترا در اصطلاح حقوقی عبارت است از این که فردی جرمی را به دیگری نسبت دهد، بدون آن که قادر به اثبات آن باشد (رضایی، ۱۳۹۴: ۱۴۹).

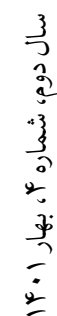
الف) عنصر قانونی: حقوق افغانستان جرم افترا را در ماده‌ی ۶۷۴ کد جزا و در حقوق ایران در ماده‌ی ۶۹۷ پیش‌بینی شده است؛

ب) عنصر مادی: بیان کردن انتساب، فراهم بودن موضوع انتساب، ناتوانی از اثبات است؛

ج) عنصر معنوی: برای تحقق جرم افترا در هر دو نظام حقوقی سوء نیت عام پیش‌بینی شده است.

نتیجه‌گیری

حریم خصوصی به‌عنوان یکی از حقوق اساسی و بنیادین بشر مورد حمایت اسناد بین‌المللی بشری و قوانین داخلی مورد حمایت قرار دارد و حیطه یا بخشی از زندگی افراد که توقع می‌رود نوعاً یا عرفاً یا با قرارداد و اعلان قبلی، دیگران بدون رضایت احدی به آن قلمرو دسترسی نداشته باشند یا به آن قلمرو وارد نشوند یا به آن قلمرو نگاه یا نظارت نکنند یا به هر صورت دیگری وی را در آن قلمرو مورد تعرض قرار ندهند. در هر دو نظام حقوقی حریم خصوصی به‌صورت مشخص و معنوی، تعریف و حمایت نشده است؛ ولی مقوله‌ها و مصادیق حریم خصوصی، در قوانین در مقام تقنین (ماهوی) و در مقام اجرا (شکلی) حمایت صورت گرفته است. این بخش از زندگی خصوصی افراد که قلمرو وسیع دارد که شامل حریم خصوصی مکانی، جسمانی، اطلاعاتی، ارتباطی شخصیت افراد است که باید از تعرض و تجاوز افراد در امان بماند و اما با توسعه و پیشرفت تکنالوژی پدیده‌ی جدیدی به نام جرایم سایبری ظهور کرد که با ظهور این پدیده‌ی خطر تعرض افراد بر حریم خصوصی افراد در فضای سایبر مطرح شد. همانگونه که بررسی گردید، تعرض به برخی مصادیق حریم خصوصی در فضای سایبر امکان‌پذیر نبوده و همانند سایر جرایم و رفتارها ناقض حریم خصوصی نیستند؛ زیرا جرایم سایبری از جمله جرایمی هستند که به وسیله‌ی کامپیوتر و سیستم‌های کامپیوتری در فضای سایبر محقق می‌شود. حریم اطلاعاتی فرد، حریم ارتباطی و حریم شخصیت افراد از موارد آسیب‌پذیر هستند که جهت حمایت این موارد جرایم افشای غیر مجاز اسرار، سرقت هویت، تغییر و



تحریف محتوای دیگری، تغییر، دسترسی غیر مجاز و شنود غیر مجاز و افترا که از جمله‌ی جرایم سایبری محض و افترا و توهین که از جمله جرایم کلاسیک با توصیف سایبری هستند در حقوق افغانستان و ایران جرم‌انگاری شده است. قانونگذار افغانستان با وجود این که ۳۰ رفتار مجرمانه‌ی سایبری را پیش‌بینی نموده است، ولی این قانون در مقایسه به قانون جرایم رایانه‌ای ایران کم و کاست‌های خود را دارد به‌عنوان مثال جرایم گردآوری و انتقال غیر مجاز داده‌ها در قانون پیش‌بینی نگردیده و همچنان با وجود پیچیدگی و این جرایم چگونگی رسیدگی و تعقیب به جرایم سایبری مشخص نیست.

برای پوشش‌دهی از جرایم سایبری و حمایت از حریم خصوصی در فضای سایر علاوه بر حمایت قانون، دین اسلام هزار و چند صد سال قبل این حق را به رسمیت شناخته است. در دین اسلام اصول، قواعد و مؤلفه‌های دینی برای حمایت از این حق وجود دارد که از جمله سه مؤلفه برای حمایت از حریم خصوصی افراد در فضای مجازی قابل تعمیم بود که شامل: «ممنوعیت تجسس، تجسس و تفتیش، ممنوعیت اشاعه‌ی فحشا و ممنوعیت استراق سمع و بصر می‌باشد. زمینه‌های حمایت از حق بر حریم خصوصی در فضای مجازی نیز در منابع اسلامی وجود دارد و می‌توان از آن‌ها به‌عنوان یکی از منابع حقوق در جهت تدوین مقررات و رویه‌های قضایی بهره جست؛ با بررسی و بحث روی این اصول و مؤلفه‌ها روشن گردید که از لحاظ مبانی تفاوتی میان حق حریم خصوصی در فضای مجازی و حقیقی وجود ندارد.

جرایم سایبری در فضای سایر در ده وصف مجرمانه در حقوق کشور ایران و افغانستان به‌طور مقایسوی مورد بررسی قرار گرفت، که جرایم شنود، دسترسی غیرمجاز، تغییر مجاز، افشای غیرمجاز داده‌ها، سرقت هویت، تغییر محتوای دیگری که از جرایم علیه تمامیت داده در فضای سایر است و ناقض حریم اطلاعاتی و شخصیت افراد؛ که از این جرایم به‌عنوان جرایم محض سایبری یادشد و جرم توهین، افترا در فضای سایر که حیثیت و آبروی افراد را نشانه قرار می‌دهد، به‌عنوان جرایم دارای کلاسیک دارای توصیف سایبری مورد بررسی قرار گرفت و اما از جمله‌ی جرایم علیه حریم خصوصی که در حقوق ایران جرم‌انگاری شده است؛ ولی چنین وصف مجرمانه در حقوق افغانستان وجود ندارد، جمع‌آوری و انتقال غیر مجاز داده است. قانونگذاری در بخش جرایم سایبری افغانستان دچار اشکالاتی است از قبیل روشن نبودن و مبهم بودن اجزای مواد قانونی و مشخص نبودن مراد قانونگذار از بعضی اصطلاحات و مفاهیم



که در مواد قانونی به کار رفته است. در کل دو مورد در نظام حقوق افغانستان در زمینه جرایم سایبری نیاز به بازنگری دارد؛ اولاً، عدم در نظر داشت طبقه‌بندی جرایم سایبری و دسته‌بندی آن‌ها به دسته‌های مشخص، نظیر جرایم علیه تمامیت اطلاعات، جرایم علیه محرمانگی اطلاعات و... به عبارت بهتر، جرایم سایبری در کود جزا تحت عنوان کلی در یک فصل بدون دسته‌بندی جرم‌انگاری شده است. لذا جرایم سایبری باید با در نظر داشت وسیله، موضوع و سایر معیارها دسته‌بندی شود؛ ثانیاً، معین نبودن چگونگی و مراجع رسیدگی به جرایم سایبر و نداشتن پرسونل و کادر متخصص و وارد در بخش جرایم سایبری. به عبارت دیگر، نحوه رسیدگی به جرایم سایبری، پیشگیری و تحقیق در این زمینه متفاوت‌تر از جرایم غیر سایبری بوده و تحقیق، تعقیب گرفتاری در این حیطه، مستلزم آیین دادرسی کیفری مختص به این بخش و کادر مسلکی و متخصص این بخش است که در حال حاضر در افغانستان وجود ندارد. لذا سیستم عدلی و قضایی کشور ما نیز همانند سایر کشورها نیاز به ایجاد پولیس سایبری و ارگان‌های همسان این نهاد برای پیشگیری از وقوع جرم و تطبیق قانون دارد.



منابع

۱. اردبیلی، علی محمد؛ حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان، چ ۵۶، ۱۳۹۷، ج ۱.
۲. ال.ب. کروزن: فرهنگ حقوق، تهران، دانشیار، ۱۳۸۴.
۳. الهی منش، محمدرضد، ابوالفضل، سدره نشین: محشای قانون جرایم رایانه‌ای، تهران، مجد، ۱۳۹۱.
۴. اصلانی، حمید رضا: حقوق فناوری اطلاعات، تهران، میزان، ۱۳۸۹.
۵. انصاری، باقر: حقوق حریم خصوصی، چ ۵، تهران، سمت، ۱۳۸۶.
۶. انصاری، باقر؛ حریم خصوصی و حمایت از آن در حقوق اسلام تطبیقی در ایران، تهران، مجله دانشگاه حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۶، ۱۳۸۳.
۷. ایرج گلدوزیان؛ محشای قانون مجازات اسلامی، تهران، مجد، چ ۴، ۱۳۸۳.
۸. آقایی نیا، حسین: جرایم علیه اشخاص، تهران، میزان، ۱۳۸۵.
۹. پورقهرمانی، بابک، صابرزاد، علی: حریم خصوصی در فضای سایبر، تهران، مجد، ۱۳۹۳.
۱۰. خداقلی، زهرا: جرایم کامپیوتری، تهران، انتشارات آریان، ۱۳۸۴.
۱۱. رسولی، اشرف؛ شرح کود جزا، کابل، سعید، ۱۳۹۸، ج ۱.
۱۲. سروش، محمد: مبانی حریم خصوصی، تهران، سمت، ۱۳۹۳.
۱۳. ساریخانی، عادل؛ حریم خصوصی در سیاست کیفری اسلام، فصلنامه نظم و امنیت انتظامی، شماره چهارم، سال چهارم، ۱۳۹۰.
۱۴. بنیاد آسیا؛ شرح کود جزا، کابل، آسیا، ۱۳۸۲، ج ۴.
۱۵. عالی پور، حسن: حقوق کیفری فناوری اطلاعات، تهران، خرسندی، ۱۳۹۳.
۱۶. عزیزی، امیر مهدی؛ حقوق کیفری جرایم رایانه‌ای، تهران، مجد، ۱۳۹۳.
۱۷. فراهانی، امیرحسین جلالی: کنوانسیون جرایم سایبری و پروتکل الحاقی آن، تهران، خرسندی، ۱۳۸۹.
۱۸. قاجار قیونلو، سیامک: مقدمه حقوق سایبر، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۱.
۱۹. کلیمانی، عاطفه عباس: جرایم سایبری، تهران، مجد، ۱۳۹۹. عزیزی، امیر مهدی: حقوق کیفری جرایم رایانه‌ای، تهران، مجد، ۱۳۹۳.



۲۰. قرناوتی، سولانژ: قدرت سایبر، خشونت، منازعه و امنیت در فضای سایبر، تهران، دانشگاه اطلاعات و امنیت ملی، ۱۳۹۶.
۲۱. گودرزی، فرشید: مسولیت ناشی از نقض حریم خصوصی، تهران، مجد، ۱۳۹۴.
۲۲. لارنس، پنلوپ: کاربرد اینترنت در حقوق، تهران، میزان، ۱۳۸۳.
۲۳. لنگرودی، جعفری: ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶.
۲۴. محسنی، فرید: حریم خصوصی اطلاعات، تهران، دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۴.
۲۵. مسعودی، امیر؛ اطلاعات در فضای سایبر، تهران، ماه، ۱۳۸۳.
۲۶. موتمنی، منوچهر طباطبایی: آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.
۲۷. موسی زاده، ابراهیم، مصطفی زاده، فهیم؛ نگاه به مفهوم و مبانی حق بر حریم خصوصی در نظام حقوق عرفی، فصلنامه بررسی‌های حقوق عمومی، سال اول، شماره ۲، زمستان ۱۳۹۱.
۲۸. هابرماس، یورگن: نقدی در حوزه‌ی عمومی، تهران، نی، ۱۳۸۷.
۲۹. هیات مولفان و ویراستاران انتشارات مایکروسافت؛ فرهنگ تشریحی اصطلاحات
۳۰. کامپیوتری مایکروسافت، تهران، نشر علوم، ۱۳۸۱.



روش‌های پیش‌گیری وضعی از وقوع جرم

محمد الیاس احمدی^۱

چکیده

هر آنچه علیه جرم بوده، ارتکاب جرم را کاهش دهد، پیش‌گیری است و در تعریف مضیق، پیش‌گیری فقط تدابیر غیر کیفری را در بر می‌گیرد که پیش‌گیری وضعی مربوط به مرحله‌ای است که مجرم تصمیم قطعی به ارتکاب جرم گرفته اما تصمیم خود را عملی‌ن�اخته است؛ یعنی ابتکار، جای مجازات را گرفته است. اقدامات جهت سلب فرصت مجرمانه از مجرم و محافظت از آماج اتخاذ می‌گردد. روش‌های پیش‌گیری از جرم تکیه بر کاهش دادن فرصت‌ها و موقعیت‌های ارتکاب جرم دارد، برای کاهش دادن فرصت‌های ارتکاب جرم دشواری‌های ارتکاب جرم را باید افزایش داد، گذاشتن پول و جواهرات در امانات بانک و صندوق‌های رمزدار فرصت ارتکاب را برای مجرم سلب و یا حد اقل کاهش می‌دهد. از جانب دیگر، اگر از آماج جرم محافظت شود، افزون بر این که مجرم را در راه رسیدن بر هدفش به دشواری روبه‌رو می‌کند، می‌توان باعث جلوگیری از ایجاد انگیزه‌ی ارتکاب جرم در او شود. از آنجایی که پیش‌گیری وضعی در جرایم غیر عمدی و انگیزه‌های غیر مادی دارای محدودیت است و جرایم مانند حیثیت، شهرت، اطلاعات، خلوت و زندگی خصوصی و کرامت شخص را شامل نمی‌شود، پیش‌گیری وضعی مورد انتقاد قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: پیش‌گیری از جرم، پیش‌گیری وضعی، پیش‌گیری کنشی و پی‌گیری غیر کنشی.

یک نوع پیش‌گیری به تنهایی خود قادر به حل تمام مشکلات ناشی از جرم نیست و همواره مواردی وجود دارد که نسخه‌ی دیگری از پیش‌گیری برای آن‌ها کارساز تر است؛ به همین اساس، به پیش‌گیری وضعی ضرورت محسوس می‌باشد. بی‌گمان یکی از اهداف ویژه‌ی پیش‌گیری وضعی ایجاد وضعیتی است که در آن مجرم از عملی نمودن قصد خود ناتوان گردد و در پی آن است که فرصت ارتکاب جرم را از فرد مجرم سلب نماید. به همین ترتیب، چگونگی پیش‌گیری، سوالی است که معمولاً، هنگام تأمل بر یک اقدام جمعی از جمله پیش‌گیری از جرم به ذهن متبادر می‌گردد؛ یعنی چگونه می‌توان به نحو مؤثر از جرم پیش‌گیری نمود؟ اجرای پیش‌گیری شامل هدف‌گذاری و انجام برنامه است؛ یعنی انجام اقدامات مناسب در خصوص علل جرم به روشی کارآمد، اثربخش، پایدار و قابل قبول نیازهای معین و اولویت دار قربانیان و جامعه را مورد هدف قرار دهد. در گذشته، مأموریت تأمین امنیت، به کسانی که اهل مبارزه بودند اعطا می‌شد: خشونت، با خشونت خنثی می‌شد. لیکن امروزه توسل به زور برای مبارزه با خشونت، محدود شده است. پلیس مسلح است؛ ولی فقط به‌عنوان آخرین راه حل و برای دفاع از خود یا دیگران از آن استفاده می‌کند. هر گروه به طریق غیر خشونت‌آمیز نسبت به تأمین امنیت اقدام می‌کنند. این مقاله روش‌های پیش‌گیری وضعی به‌خوبی بیان خواهد شد. چالش‌های پیش‌گیری وضعی را می‌توان در دو بحث جا داد: چالش‌های جرم‌شناختی و چالش‌های حقوق بشری. ریمون گسن معتقد است «در جرایم غیر عمدی به‌ویژه جرائم ناشی از بی‌احتیاطی، ابزارهای پیش‌گیری وضعی دارای محدودیت هستند و پیش‌گیری مؤثر از تصادفات رانندگی و قتل‌ها و جرح‌های ناشی از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی امکان‌پذیر نیست» و همچنان نقض حریم خصوصی افراد و افزایش احساس خطر و اضطرابات در افراد جامعه از جمله چالش‌هایی است که فرا راه پیش‌گیری وضعی بر شمرده شده است که به تفصیل به بیان آن می‌پردازیم.



۱. مفاهیم

در بحث مفاهیم در نظر است پیش‌گیری وضعی تعریف و مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد. به همین ترتیب جا دارد تا یک سری مفاهیم مرتبط هم چون پیش‌گیری، پیش‌گیری وضعی، پیش‌گیری کیفری و غیر کیفری را نیز از نظر بگذرانیم.

۱-۱. مفهوم پیش‌گیری

پیش‌گیری در قاموس ادبی به «دفع و جلوگیری»، «پیش‌دستی کردن» یا «آگاه‌کردن» و هشدار دادن تعبیر شده است (نجفی ابرند آبادی، ۸۱-۱۳۸۰: ۲۱) آقای گسن، جرم‌شناس فرانسوی با در نظر گرفتن معیارهای چهار گانه‌ای معتقد است که «پیش‌گیری شامل مجموعه تدابیر سیاست جنایی به استثنای تدابیر نظام کیفری می‌شود که غایت انحصاری یا لا اقل جزایی آن، تحدید امکان وقوع مجموع اقدام‌های مجرمانه از طریق غیر ممکن کردن، دشوار کردن یا کم‌تر محتمل کردن آن‌هاست» (نجفی ابرند آبادی، ۱۳۸۳: ۵۶۳). موریس کوسن، جرم‌شناس کانادایی در این راستا، پیش‌گیری را تدابیر غیر قهرآمیز یا غیر سرکوبگری می‌داند که غایت آن، مهار یا کاهش امکان وقوع جرم است (رایجیان اصلی، ۱۳۸۳: ۱۳۶). اگر به پیش‌گیری از ارتکاب جرم، دو جهت‌گیری کلی را ملاحظه نمایم: پیش‌گیری در مفهوم موسع، اقدامات کیفری را نیز در بر می‌گیرد؛ اما در مفهوم مضیق، ریمون گسن پیش‌گیری را این گونه تعریف می‌کند: پیش‌گیری، هر تدبیر سیاست جنایی است که هدف نهایی آن تحدید حدود امکان پیش‌آمد مجموعه‌ی اعمال جنایی از راه غیر ممکن ساختن، دشوار کردن یا کاهش دادن احتمال وقوع آن‌ها است. بدون این که از تهدید کیفر یا اجرایی آن استفاده شود (میر خلیلی، ۱۳۸۸: ۳۲).

۱-۲. مفهوم پیش‌گیری از جرم

اصطلاح پیش‌گیری از جرم بیانگر مکانیزم‌هایی است که برای جلوگیری یا کاهش جرم به کار گرفته می‌شود. پیش‌گیری از جرم نوع اقدام یا سیاست است که تعدی حاصل از جرم و تخلف را کاهش داده یا از بین می‌برد (بیات، ۱۳۸۷: ۲۲). پیش‌گیری از وقوع جرم، ابزاری است متمرکز بر سه فاکتور لازم برای تحقق جرم (مجرم، قربانی و شرایط، اوضاع و احوال است). بنابر این، پیش‌گیری از جرم در دنیای علوم جنایی در صدد آن است که با توسل به ابزارهای قهرآمیز (واکنشی یا کیفری) و غیر قهرآمیز (کنشی یا غیر کیفری) از معرجم شدن و قربانی شدن



جلوگیری کرده و یا دستکاری در وضعیت‌های پیش‌جنایی، در صد احتمال وقوع جرم را به حد اقل برساند. با غلبه‌ی چنین نگرشی پیش‌گیری از وقوع جرم چنین تعریف شده است: «پیش‌بینی، شناسایی و ارزیابی خطر وقوع جرم و اتخاذ تدابیر و اقدام‌های لازم برای از میان بردن یا کاهش آن» (ساعد، ۱۳۸۶: ۷۹).

۳-۱. مفهوم پیش‌گیری وضعی

پیش‌گیری وضعی را تدابیر و روش‌های تعریف می‌کند که برای کاهش فرصت به سوی شکل کاملاً خاصی از جرم نشانه می‌رود و نیازمند طراحی و مدیریت محیط مستقیم (صحنه و محل وقوع جرم) یا همان نظارت و زیر نفوذ در آوردن هرچه پایدارتر و سازمان‌یافته‌تر محل وقوع جرم است، به گونه‌ای که سختی و خطر اقدام برای ارتکاب جرم را افزایش می‌دهد و سود احتمالی مجرمانه را پایین می‌آورد (صفاری، ۱۳۸۰: ۲۹۲). به زبان بسیار ساده می‌توان گفت، پیش‌گیری وضعی به این معنا است که قبل از جرم باید کاری کرد که مجرم از ارتکاب جرم منصرف شود. بدین منظور گاهی فرصت از مجرم گرفته شود؛ مثلاً اگر برای منازل، ماشین و ... دزدگیر نصب شود، سارق فرصت دزدی نخواهد داشت و گاهی جلو دسترسی مجرم به وسایل ارتکاب جرم گرفته می‌شود؛ مثلاً: سلاح غیر مجاز از دسترسی عموم و سطح جامعه جمع‌آوری می‌شود. بدین ترتیب با این‌که در ذهن فرد زمینه و انگیزه‌ی ارتکاب جرم است؛ اما فرصت و ابزار از وی گرفته شده است و در تعریف فنی و حقوقی، پیش‌گیری وضعی را سلب (ابزار) و (فرصت) ارتکاب جرم از مجرم دانسته‌اند (خلفی، ۱۳۸۸: ۲۰).

۳-۴. مفهوم پیش‌گیری واکنشی یا کیفری

پیش‌گیری کیفری در مرحله‌ی پس از اجرای فکر مجرمانه و تحقق جرم، اعمال می‌شود؛ بنابراین، می‌توان گفت: مجموعه‌ی تدابیر کیفری و مجازات که از سوی قانونگذار به منظور پیش‌گیری از جرایم وضع شده و دولت ضمانت اجرای آن را به عهده دارد؛ مانند: اعدام، قصاص، حبس، شلاق، جریمه‌ی نقدی و ... (اسکندری، ۱۳۹۲: ۱۲۴) و در دو مفهوم نمود می‌یابد. پیش‌گیری عام؛ ارباب یا بازدارندگی عام (جمع‌ی) که یکی از مؤلفه‌های نظریه‌ی کاهش جرم به شمار می‌آید، به مفهوم تاثیر کیفر بر دیگران است؛ یعنی تاثیرگذاری بر افراد غیر از مرتکب که به احتمال اندیشه‌ی مجرمانه را در سر می‌پروراند یا در صدد به فعل در آوردن آن هستند (رایجیان اصلی، ۱۳۸۳: ۱۳۲).

پیش‌گیری خاص؛ مجموعه‌ی تدابیر و اقدامات غیر کیفری با هدف مبارزه با جرم از طریق کاهش یا از بین بردن علل جرم‌زا و نیز اثرگذاری بر فرصت‌های پیش‌جنایی است به گونه‌ای که بتوان با استفاده از ابتکارات و ساز و کارهای غیر قهرآمیز بر شخصیت افراد و وضعیت پیش از ارتکاب جرم اثر گذاشت تا از رخداد جرم جلوگیری شود (ساعد، ۱۳۸۶: ۸۸).

۵-۱. مفهوم پیش‌گیری‌کنشی یا غیر کیفری

ایده‌ی (پیش‌گیری بهتر از سرکوب است) با الهام از اصل راهبردی و جرم‌شناختی «پیش‌گیری به از درمان و اصلاح است»، این نوع پیش‌گیری که قبل از وقوع جرم انجام می‌گردد، عبارت است از توسل به اقدام‌های غیر سرکوب‌گر و غیر قهرآمیز که دارای ماهیت اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی، وضعی، آموزشی و غیره هستند و به منظور جامعه‌پذیری و قانون‌گرا ساختن افراد و حفاظت از آماج‌های جرم جهت جلوگیری از وقوع جرم، اجرا می‌گردد. آقای ریمون گسن پیش‌گیری غیر کیفری را این گونه تعریف می‌کند: «هر تدبیر سیاست جنایی است که هدف نهایی آن تحدید حدود امکان پیش‌آمد مجموعه‌ی اعمال جنایی از راه غیر ممکن ساختن، دشوار کردن یا کاهش دادن احتمال وقوع آن‌ها است، بدون این که از تهدید کیفر یا اجرای آن استفاده شود (گسن، ۱۳۷۰: ۱۳۳). هدف نهایی آن، محدود کردن گستره‌ی جرایم، ناممکن ساختن، دشوار کردن یا کاستن امکان وقوع جرم و در نتیجه سالم‌سازی جامعه با برهم زدن اوضاع و احوال قبل از وقوع جرم و رفع بحران‌های جرم‌زا است (ساعد، ۱۳۸۶: ۸۰).

۲. کلیات

برای شناخت بهتر پیش‌گیری وضعی در نظر است اهداف و ویژگی‌های این روش بیان گردد؛ اما قبل آن نیاز است تا تاریخچه‌ی پیش‌گیری وضعی مورد بحث قرار گیرد.

۱-۲. تاریخچه‌ی پیش‌گیری وضعی

پیش‌گیری از جرم قدمتی به اندازه‌ی تاریخ بشریت دارد. انسان‌ها در طول اعصار و قرون به موقعیت‌های خطرزا و خطر ساز توجه داشته و طور غریزی از خود دفاع به عمل می‌آوردند که این خود یک نوع پیش‌گیری به حساب می‌آید (ساعد، ۱۳۸۳: ۸۰). مردم عادی در طول روز بدون آن که بدانند، پیش‌گیری وضعی انجام می‌دهند؛ مثلاً: هنگام خروج از منزل، درب و پنجره‌ها را قفل می‌کنند، از رفت و آمد به محل‌های پر خطر و بدنام پرهیز می‌کنند، سیستم‌های هشدار در





منزل و محل کار نصب می‌کنند، پول‌های شان را در بانک می‌سپارند، جواهرات خود را در اماکن عمومی به نمایش نمی‌گذارند و در نهایت همه‌ی این دوراندیشی‌ها را به هدف کاهش احتمال یا شدت بزه‌دیدگی خود انجام می‌دهند. بدین ترتیب اقدامات پیش‌گیرانه از نوع وضعی، منحصر به عصر حاضر نیست و اقوام و گروه‌های مختلف در اقصی نقاط دنیا، بر حسب نوع شرایط، به شیوه‌های مختلفی آن را عملیاتی می‌کردند (ابراهیمی، ۱۳۹۶: ۹۲)؛ اما بر اساس نظریه‌ی کلارک، پیش‌گیری وضعی از جرم اصطلاحی است که برای اولین بار توسط واحد پژوهش وزارت کشور انگلستان ابداع گردیده است. طرح پیش‌گیری وضعی از جرم به‌عنوان یک نظریه‌ی علمی، اصالتاً تأسیسی انگلیسی است که توسط سه نفر به نام‌های «کلارک»، «می‌هیو» و «کرنیش» مطرح شد و سپس توسعه یافته است. دو نفر اول، در کتابی با عنوان «طراحی عاری از جرم» در سال ۱۹۸۰ و کلارک و کرنیش نیز در کتاب دیگری با نام «منطق مجرم: دورنمای انتخاب معقول در زمینه‌ی ارتکاب جرم» در سال ۱۹۸۶ به طرح و تحلیل آن پرداخته‌اند. حال آن که پیش‌گیری وضعی از جرم، ریشه‌ی اصلی خود را از تحقیقات وزارت کشور انگلستان که در سال ۱۹۷۰ انجام شد، به عاریه گرفته است. توسعه‌ی پیش‌گیری وضعی از جرم در نتیجه‌ی مطالعات صورت گرفته در خصوص مؤسسات اصلاح و درمان توسط واحد تحقیقات وزارت کشور- دایره‌ی تحقیقات جرم‌شناسی دولت بریتانیا در فاصله‌ی زمانی سال‌های ۱۹۶۰ تا ۱۹۷۰، سرعت بیشتری یافت (سعیدی راد، ۱۳۹۶: ۵۴). امروزه این نوع پیش‌گیری، نتایج بهتر و هزینه‌ی کم‌تری را برای جامعه به همراه داشته، بار کم‌تری را بر دوش افراد جامعه تحمیل می‌نماید و از سوی دیگر، با توجه به بازدهی سریع‌تر این روش پیش‌گیری، با استقبال بیشتری مواجه شده است (بابایی، ۱۳۹۰: ۱۴۸).

۲-۲. اهداف پیش‌گیری وضعی

پیش‌گیری وضعی دارای دو هدف اساسی و عمده می‌باشد: هدف اول عبارت است از دشوار یا ناممکن نمودن وقوع جرم علی‌رغم وجود انگیزه و نیت مجرمانه با استفاده از تکنیک‌های مختلف پیش‌گیری وضعی و هدف دوم شامل جلوگیری از تشدید انگیزه‌های مجرمانه یا پیش‌گیری از ایجاد انگیزه‌های آنی از طریق کاهش جاذبه‌های مجرمانه است.

۱-۲-۲. دشواری ناممکن نمودن وقوع جرم

مهم‌ترین هدف پیش‌گیری وضعی دشواری ناممکن نمودن وقوع جرم علی‌رغم وجود قصد و انگیزه‌ی مجرمانه است. راهبردهای که به تغییر وضعیت، فرصت و موقعیت اشاره دارد، مانند کنترل ورودی‌ها و خروجی‌ها، ایجاد فضای قابل دفاع، جمع‌آوری ابزار و لوازم ارتکاب جرم مانند اسلحه و غیره، از مواردی است که باهدف ناتوان کردن فاعل از محقق ساختن نیت مجرمانه خود اعمال می‌شود. مراقبت و نظارت بر مجرمان و حمایت از قربانیان نیز عمدتاً با هدف مذکور انجام می‌گردد (میرخلیلی، ۱۳۸۳: ۶۶). تدابیر پیش‌گیری وضعی باید در وهله‌ی اول بتوانند فرد را از ارتکاب جرم منصرف و در غیر این صورت او را از دسترسی به آمار جرم و توفیق اتمام جرم، ناتوان سازند (میرخلیلی، ۱۳۸۳: ۶۶).

۲-۲-۲. جلوگیری از پیدایش و تشدید انگیزه‌ی مجرمانه

برخی از راهبردها و شیوه‌های پیش‌گیری منصرف نمودن مجرمان و جلوگیری از پیدایش و تشدید انگیزه‌ها و وسوسه‌های مجرمانه به کار گرفته می‌شوند. بالا بردن خطر شناسایی و دستگیری مجرم، کاهش جاذبه‌های وسوسه‌انگیز و تحریک‌کننده‌ی محیطی، نصب دوربین‌های مخفی و امثال آن‌ها از جمله مواردی است که با هدف جلوگیری از پیدایش و تشدید انگیزه‌ی مجرمانه و منصرف نمودن مجرمان بالقوه از ارتکاب جرم صورت می‌گیرد (گسن، ۱۳۸۹: ۶۸). گسندر تبیین هدف پیش‌گیری وضعی آن را شامل اقدام‌های می‌داند که طور مستقیم یا غیر مستقیم هدف شان (تاثیرگذاری بر شخصیت افراد) است تا از سازمان دادن فعالیت‌های خود حول انگیزه‌های مجرمانه‌ی خودداری کنند. در چنین شرایطی فرض بر آن است که مجرم از عملی ساختن اندیشه‌ی خود نسبت به آن قربانی یا آماج صرف نظر خواهد کرد و این همان پیش‌گیری وضعی است (میرخلیلی، ۱۳۸۳: ۶۹).

۳-۲. ویژگی‌های پیش‌گیری وضعی

ویژگی‌های پیش‌گیری وضعی را می‌توان به گونه‌های زیر بر شمرد:

- تدابیر پیش‌گیری وضعی با فرض مصمم و انگیزه‌مند بودن مجرمان طراحی می‌شوند و ناظر به تدابیری است که فرصت‌ها و مناسبت‌های ارتکاب جرم را کاهش می‌دهد. در واقع



پیش‌گیری وضعی، معطوف به اقداماتی است که در جهت کنترل مجرمان و قربانیان احتمالی صورت می‌گیرد (سعیدی راد، ۱۳۹۶: ۵۰).

- پیش‌گیری وضعی نه روشی است مبتنی بر سالم‌سازی محیط و نه کارکرد باز پرورانه دارد. در این روش صرفاً بر اوضاع و احوال مشرف بر جرم است که فرد را در آستانه‌ی ارتکاب جرم قرار می‌دهد. اوضاع و احوال که فرایند گذار از اندیشه به عمل را در مرتکبین تسهیل می‌کند (میرخلیلی، ۱۳۸۸: ۶۶).

- پیش‌گیری وضعی نوع مداخله‌ی فوری در محیط به‌صورت هدفمند و دائمی است که تا حد امکان موقعیت‌ها و فرصت‌های جرم را کاهش می‌دهد و خطر ارتکاب جرم را به گونه‌ای که برای مجرمین ملموس و عینی باشد، افزایش می‌دهد. پیش‌گیری وضعی در پی کاهش فرصت‌های همراه با افزایش مخاطرات ارتکاب جرم و در نهایت کاهش سود حاصل از جرم است (شیدائیان، ۱۳۹۷: ۹۲).

- برای پیش‌گیری وضعی استفاده از موانع فیزیکی (ابزارهای عینی) یا موانع معنوی (ابزارهای نرم و اقناع‌آور) تفاوتی ندارد. حتا می‌توان گفت که موانع معنوی به مراتب بهتر از موانع مادی هستند و اگر این امکان در مورد تمام جرایم وجود داشته باشد که بتوان از موانع معنوی استفاده کرد، مطلوب‌تر است (افراسیابی، ۱۳۹۵: ۲۰۶). از سوی دیگر، ماهیت اقدامات پیش‌گیرانه‌ی وضعی به گونه‌ای است که غالباً نازمند مشارکت افراد جامعه در ایجاد موانع فیزیکی بر سر راه وقوع جرم می‌باشد. این نوع پیش‌گیری در مقایسه با گونه‌های دیگر، هزینه‌ی چندانی برای دولت‌ها نداشته و به‌شدت از آن استقبال می‌شود (بیات، ۱۳۹۸: ۱۰۱).

۳. روش‌های اعمال پیش‌گیری وضعی از وقوع جرم

رونالد کلارک، بیان می‌دارد پیش‌گیری جرم اشاره به یک روش خاص دارد که مبتنی بر متعالی کردن جامعه و نهادهای آن نیست بلکه طور ساده تکیه بر کاهش دادن فرصت‌ها و موقعیت‌های ارتکاب جرم دارد؛ بنابراین افراد برای حفظ خانه‌ی خود از دست‌برد بر درب‌های آن قفل و شب‌بندهای خوب نصب می‌کند؛ اما پیش‌گیری وضعی فراتر از این‌ها است. کلارک شیوه‌های پیش‌گیری از جرم را به چهار گروه تقسیم کرده‌اند که ذیلاً بدان اشاره می‌شود: (صفاری، ۱۳۸۰: ۲۹۲).



۱-۳. افزایش اقدامات لازم برای ارتکاب جرم

(افزایش دشواری ارتکاب جرم) برای نمونه تدابیری چون نصب دوربین مدار بسته در فروشگاه‌ها یا اماکن عمومی، روشنایی مناسب کوچه‌ها و خیابان‌ها، گشت‌زنی پلس در نیمه‌های شب، گذاشتن پول و جواهرات در صندوق رمزدار یا صندوق امانات بانک، زدن قفل فرمان و نصب دزدگیر بر موتور، اجتناب از تعین رمزهای ساده و قابل حدس برای کارت‌های عابر بانک، همگی نمونه‌هایی از تقویت آماج و ایجاد مانع بر سر راه ارتکاب جرم است، به گونه‌ای که مرتکب بالقوه احتمال موفق شدن در ارتکاب جرم را در ذهن و محاسبات خود، ضعف دیده و هم‌چنین هزینه‌های ارتکاب جرم از جمله احتمال دست‌گیری را پررنگ می‌بیند، از این رو با سنگین کردن کفهی هزینه‌ها بر منافع حاصل از جرم، می‌توان انصراف وی از ارتکاب جرم را انتظار داشت (بیات، ۱۳۹۸: ۱۰۰). این تکنیک با روش‌های ذیل صورت می‌گیرد:

۱-۱-۳. حفاظت و تقویت از آماج‌ها و امنیتی کردن

تدابیر پیش‌گیری وضعی که کلارک معرفی کرده است، اگر از آماج جرم محافظت کافی شود، افزون بر این که مرتکب بالقوه را در رسیدن به هدفش با دشواری روبه‌رو می‌کند، می‌تواند از اساس باعث جلوگیری از ایجاد انگیزه‌ی ارتکاب جرم در او شود (میرخلیلی، ۱۳۸۸: ۱۹۸).

۲-۱-۳. منصرف کردن مجرمان

مراقبت و بررسی، به دنبال ارائه‌ی این پیام به مجرم بالقوه است. که در صورت گذر از اندیشه به عمل، مشاهده، کنترل و دستگیر خواهد شد. با توجه به خطر دستگیری یا شرم‌ساری ناشی از احتمال مشاهده شدن، به تردید می‌افتد. بدین ترتیب که یک مقام یا نهاد یک قاعده وضع می‌کند، از طریق مراقبت، از رعایت آن مطمئن می‌شود و نقض‌کنندگان آن را مجازات می‌کند. در این حالت مجرمین، به هنگام سرقت، خطر دستگیری را بالا احساس و از ارتکاب جرم منصرف می‌شوند مراقبت و کنترل، خطر ارتکاب جرم را برای مجرمین بالا می‌برد (ابراهیمی، ۱۳۸۹: ۱۰۲).

۳-۱-۳. مبارزه با زمینه‌ها و مقدمات جرم

مجرمان برای ارتکاب جرم به ابزارها و لوازمی احتیاج دارند که گاهی بدون داشتن آن‌ها ارتکاب جرم ناممکن یا حد اقل دشوار یا پر هزینه می‌گردد. همین‌طور آماج‌های ارتکاب جرائم



اعم از آماج‌های انسانی یا سایر آماج‌ها، هر چه قدر بی حفاظتر و سهل الوصول‌تر باشد، بیش‌تر در معرض حملات مجرمانه قرار می‌گیرند. از این‌رو، باید تلاش کرد تا از طرفی ابزار و آلات ارتکاب جرائم را از دسترس مجرمان خارج نمود تا بدون مشقت و به‌آسانی نتواند شرایط ایجاد یک عمل مجرمانه را فراهم کنند (میر خلیلی، ۱۳۸۸: ۱۶۷).

۳-۱-۴. منع یا محدودیت ابزارهای ارتکاب جرم

برای تحقق هر پدیده‌ای از جمله‌ی وقوع جرم، بخشی از علت تامه عبارت از ابزارها و وسایلی است که برای ارتکاب جرم مورد استفاده قرار می‌گیرد؛ مانند: سلاح غیر مجاز، مواد مخدر، مشروبات الکلی و غیره خارج نمودن این آلات از دسترسی مجرمین گرچه وقوع جرم را در مواردی به کلی ناممکن نمی‌سازد، لاقلاً ارتکاب جرم را نیازمند تلاش و فعالیت بیش‌تری می‌کند. در این صورت بسیاری از افراد که دارای انگیزه‌ی مجرمانه‌ی خیلی قوی نیستند، منصرف می‌شوند (میر خلیلی، ۱۳۸۸: ۱۸۲).

۳-۲. افزایش خطرپذیری مجرمان

تاثیر مجازات‌ها در پیش‌گیری از جرم در دو مرحله قابل بررسی است. در مرحله‌ی نخست، بازدارندگی مجازات‌ها جنبه‌ی اعلامی دارد؛ یعنی همین که برخی رفتارها در قانون جرم شناخته می‌شوند و برای آن‌ها مجازات تعیین می‌گردد، برای افرادی که بر خود کنترل درونی موثر و قوی دارند، عامل باز دارنده از جرم است؛ اما روشن است که همه‌ی افراد از این خصوصیت برخوردار نیستند و ممکن است که به هر حال تصمیم به ارتکاب جرم بگیرند. به همین دلیل باید در مرحله‌ی دوم بازدارندگی، مجازات‌ها جنبه‌ی عملی و اجرایی پیدا کنند؛ یعنی سازوکارهای پیش‌بینی شوند که مجازات‌ها را در دسترس قرار دهند تا از این طریق مجرمان بالقوه با مشاهده‌ی امکان و احتمال دستگیری و بازداشت به سوی جرم کشیده نشوند (افراسیابی، ۱۳۹۵: ۱۹۷). این روش‌ها با تکنیک‌های ذیل صورت می‌پذیرد:

۳-۲-۱. مراقبت از ورودی‌ها و خروجی‌ها

کنترل ورودی و خروجی‌ها به منظور این است که کسانی که در یک مجموعه یا مکانی وارد و یا خارج شوند، ورود و خروج شان طبق مقررات انجام شود؛ یعنی به افراد مجاز به ورود، اجازه ورود داده می‌شود و از ورود افراد مزاحم، متجاوز و مسلح ممانعت می‌شود. از این طریق



مطمئن می‌شویم که مشتریان با اموال مسروقه از مغازه خارج نمی‌شوند. (ابراهیمی، شهرام، ۱۳۹۶: ۱۱۵). هر جرم الزاماً در مکانی ارتکاب می‌یابد و آمار نشان می‌دهد ارتکاب جرم در برخی مکان‌ها بیش‌تر است و با کنترل مکان می‌توان عمل مجرمانه را به کنترل در آورد. برای مثال حضرت علی^(ع) مکان‌های گرد هم‌نشینی و وقت‌گذرانی در بازار را به‌عنوان یکی از زمینه‌های انحراف و معصیت بر شمرده است: این اخطارها به دنبال از بین بردن زمینه‌های ارتکاب جرم و تحقق پیش‌گیری وضعی است (میرخلیلی، ۱۳۸۳: ۷۳).

۲-۲-۳. مراقبت و نظارت

یکی از ابزارهای مفید و مؤثر پیش‌گیری وضعی، حضور نهادهای رسمی و گاه غیر رسمی اما متعهد در اماکن و موقعیت‌های اجتماعی است که از رهگذر این امر، اشخاصی که اندیشه‌ی ارتکاب جرم در سر می‌پروراند یا این‌که در لحظه‌ی آنی، وجود موقعیتی وی را به دامن ارتکاب جرم رهنمون می‌شود، حضور این گروه‌ها و نیروها بتواند این اشخاص را که به اصطلاح مرتکب یا مرتکب بالقوه نام می‌نهند از عملی کردن اندیشه‌ی خود باز دارد و در نتیجه با استفاده از فرصت‌سوزی مجرمین احتمالی، از نقض هر گونه هنجار کیفری جلوگیری به عمل آورند (ساعد، ۱۳۸۶: ۹۰).

۳-۳. تدبیر کاهش دستاوردهای جرم

یکی دیگر از تدابییری که کلارک در زمینه‌ی پیش‌گیری وضعی معرفی کرد، تدابیر (کاهش منافع یا دستاوردهای حاصل از جرم) بود. یکی از تکنیک‌های این تدبیر، تضییق یا جلوگیری از منافع است. اگر بتوان منفعت حاصل از ارتکاب جرم را از بین برد، می‌توان از جرم پیش‌گیری کرد. در این تکنیک، مرتکب بالقوه با خود محاسبه می‌کند که با فرض امکان بی‌اثر شدن تلاش‌هایش، خطر شناسایی و احتمال مجازات، اگر اقدام به چنین کاری کند، در نهایت نیز چیزی عایدش نمی‌شود. بدینوسیله ممکن است از ارتکاب جرم جلوگیری کند (سوانسون، ۱۳۹۳: ۳۳۱).

۳-۳-۱. حذف آماج‌ها

از طریق دور کردن هدف از دسترسی یا طراحی محیط به طریقی که فرصت‌های مناسب برای ارتکاب جرم به حد اقل برسد، به سادگی می‌توان از ارتکاب برخی جرائم جلوگیری نمود؛ برای مثال: در مسیر کاهش منفعت و سود حاصل از جرم می‌توان برای نمونه به حذف نقد در



معاملات روزمره و جایگزین کردن ابزارهایی نظیر کارت‌های بانکی اشاره کرد؛ چنانچه افراد، پول نقد اندکی با خود حمل کنند و معاملات روزمره‌ی خود را از طریق کارت‌های بانکی انجام دهند، مرتکب بالقوه‌ی با محاسبه‌ی این امر که از سرقت کف پول يك عابر، احتمالاً پول چندانى به دست نخواهد آورد، از چندن انتخابی منصرف خواهد شد (بیات، ۱۳۹۸: ۹۹).

۳-۳-۲. وضع قواعد خاص

در اینجا سعی می‌شود با تعیین قواعد مخصوص، مجرمین بالقوه را با این واقعیت مواجه سازد که در صورت انجام عمل ممنوعه باید قیمت سنگینی را بپردازند؛ مثلاً: قواعد وضع شده از سوی سازمان‌ها و مؤسسات در مورد آزار و اذیت جنسی خانم‌ها سبب می‌گردد که مجرمین بالقوه از این گونه رفتارها اجتناب کنند. تدوین یا تصویب قوانین قاطع و محکم، ابزار مناسبی است که می‌تواند از وقوع بسیاری جرایم جلوگیری به عمل آورد (رز ندام، ۱۳۷۵: ۱۵۶).

۳-۳-۳. تقلیل فرصت‌های وسوسه انگیز

همان گونه که میکروب در محیط آلوده و مستعد رشد می‌کند، مجرم نیز در شرایط و موقعیت‌های مساعدتر بهتر رشد می‌کند. برخی فرصت‌ها، موقعیت‌ها و مشاغل کاذب در جامعه وجود دارد که زمینه‌ی مستعد رشد هرچه بیش‌تر مجرم است. در سیاست پیش‌گیری وضعی از بین بردن این فرصت‌ها و موقعیت‌ها از اولویت برخوردار است؛ مثلاً: برخی افراد قمار یا خرید و فروش مشروبات الکلی یا خرید و فروش اسلحه‌ی غیر مجاز را به‌عنوان شغل خود قرار می‌دهند. قانون‌گذار با تحریم این مشاغل و تحریم استفاده از چنین فرصت‌ها و شرایط، زمینه‌ی ارتکاب جرائم را از بین می‌برد (میر خلیلی، ۱۳۸۸: ۱۸۰). جرایم در هر مکان و نقطه‌ای از شهر امکان وقوع دارند؛ ولی رفته رفته محل‌هایی در هر شهر به دلیل فقر، مهاجرت، ملاحظات قومی و نژادی و ... به وجود می‌آید که به مکان‌های امن برای مجرمین تبدیل می‌شوند. این اماکن موقعیت مناسب‌تری را برای ارتکاب جرم فراهم می‌کنند و انگیزه‌ی افراد را برای نقض قانون افزایش می‌دهند. بر سایر شهروندان مطیع قانون نیز تاثیر منفی می‌گذارد و آنان را نیز تحریک ارتکاب جرم می‌کند. پلیس با نظارت و کنترل بر این محله‌ها می‌تواند بر کاهش جرم در جامعه اثر بگذارد (جوانمرد، ۱۳۸۸: ۲۶).



۳-۴. تدبیر مبتنی بر پارادایم توجیه‌زدایی

یکی دیگر از پارادایم‌های شناخته شده‌ی حاکم بر پیش‌گیری وضعی، توجیه‌زدایی از بسترهای وضعی است که می‌توان آن را پارادایم (القای شرم یا گناه) نامید (صفاری، ۱۳۸۰: ۲۹۲). طور خلاصه می‌توان گفت که در پارادایم بازدارندگی از القای ترس (از شناسایی و دستگیر شدن) به مرتکب بالقوه برای انصراف او از جرم بهره می‌گیریم و در پارادایم توجیه‌زدایی، مرتکبان بالقوه مایلند زشتی رفتار خود را انکار کنند و از این رو از توجیه‌های ذهنی استفاده می‌برند. این توجیه‌ها در جرایم مختلف می‌تواند متفاوت باشد؛ از قبیل مقایسه‌ی رفتار خود با رفتارهای قبیح‌تر دیگران یا تاکید بر فساد قدرتمندان و آن‌هایی که در راس حکومت هستند یا بازتعریف‌های خود با الفاظ مناسب و در واقع نوع تلطیف فضا برای خود یا ادعای اینکه تحت استیلای ارزش اخلاقی مهم‌تری هستند (در واقع نوع اهم و مهم کردن اخلاقی) و یا این توجیه ساده که از غلط بودن رفتار خود آگاه نبوده‌اند. برای مثال، حمایت از رفتارهای فاسد در سازمان‌ها می‌تواند منجر به این توجیه برای مرتکبان بالقوه گردد که (همه این کار را می‌کنند) و این اقدامات عادی و معمول هستند. بنابراین، وضع مقررات رسمی می‌تواند استانداردهای مشخص رفتاری را تبیین کند و از این طریق امکان بهره‌برداری ذهنی مرتکبان بالقوه از ابهام مقررات موجود را به حد اقل برساند (شیدائیان، ۱۳۹۷: ۱۱۲).

۳-۴-۱. اقدام فوری به منظور اجتناب از تکرار و افزایش خسارات

این مورد مبتنی بر جلوگیری از تکرار عمل مشابه، اهمیت مداخلات پیش‌گیرانه به منظور پیش‌گیری از شیوع و گسترش بی‌نظمی را نشان می‌دهد.

۳-۴-۲. برخورد جدی با جرایم خورد و متوسط

ایده‌ی اصلی در اینجا این است هیچ عمل مخالفی هنجار ولو جزئی و ناچیز، پذیرفته شده، نمی‌باشد. از جمله‌ی مهم‌ترین تدابیری که توسط این جرم‌شناس آمریکایی جهت مقابله با جرایم خورد و متوسط بر آن تمرکز شد، می‌توان به عملیات هدفمند پاکیزه‌سازی خیابان، سد کردن فعالیت‌های خطرناک، حضور ملموس و گسترده‌ی پلیس و احضار مجرمین بالقوه اشاره کرد (جندلی، ۱۳۹۳: ۸۵-۹۲). اگر اجازه داده شود که نشانه‌های کوچکی از بی‌نظمی بروز کند، ممکن است به نظر رسد، محیطی توسعه یافته است که رفتارهای ضد اجتماعی را مجاز تلقی

می‌کند. ممکن به نقطه‌ای برسیم که مجرمی به شدت از کنترل خارج شود، زمانی که دیگر هیچ‌کس به جرم توجه ننماید. در چنین شرایط، ایجاد بهبود در وضعیت بسیار دشوار خواهد شد. کاهش نشانه‌های آشکار بی‌نظمی، قدمی است در جهت باز یافت نظم. از میان بردن فوری نقاشی‌های روی دیوار به آن دسته از افرادی که نقاشی‌های مذکور را ایجاد می‌نمودند: از لذتی که از مشاهده‌ی کارشان حاصل می‌شد، محروم می‌مانند (تایلی، ۱۳۹۴: ۱۸۶).

۴. چالش‌های پیش‌گیری وضعی از جرم

در عصر حاضر سیاست پیش‌گیری از جرم، بیش از گذشته با تغییرات اجتماعی همراه بوده است. این سیاست در شناسایی انواع مختلف تدابیر موجود برای بررسی جرم نقش مهمی ایفا می‌نماید؛ ولی با آن هم برای پیش‌گیری وضعی از جرم با یک سلسله چالش‌های مواجه می‌باشیم که این روند را به کندی مواجه نموده‌اند. این چالش‌ها را می‌توان در دو بُعد (چالش‌های جرم‌شناختی و چالش‌های حقوق بشری) مورد بحث قرارداد.

۴-۱. چالش‌های جرم‌شناختی پیش‌گیری وضعی از جرم

پیش‌گیری وضعی از جرم با یک دسته از چالش‌های جرم‌شناختی مواجه می‌باشد که در عمل موجب عدم کارایی و یا حد اقل موجب کندی این نوع پیش‌گیری شده است، که به شرح زیر به آن پرداخته می‌شود:

۴-۱-۱. عدم شمول جرائم غیر عمدی و انگیزه‌های غیر مادی

ریمون گسن معتقد است « در جرایم غیر عمدی به‌ویژه جرائم ناشی از بی‌احتیاطی، ابزارهای پیش‌گیری وضعی دارای محدودیت هستند و پیش‌گیری مؤثر از تصادفات رانندگی و قتل‌ها و جرح‌های ناشی از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی امکان‌پذیر نیست»؛ زیرا این گونه جرائم با تصمیم، قصد و اراده انجام نمی‌شوند (صفاری، ۱۳۸۱: ۲۰۶).

راننده هر چقدر احتیاط کند، مطمئن نیست راننده‌ای که از طرف مقابل می‌آید یا از او سبقت می‌گیرد، مرتکب بی‌احتیاطی منجر به تصادف و یا ضرب و جرح و یا مرگ نخواهد شد. گسن با طرح معتقد است هیچ‌گاه نمی‌توان از آن پیش‌گیری وضعی نمود. چون راه دیگری وجود ندارد، مگر این‌که راننده در خانه بنشیند و هیچ‌گاه رانندگی نکند (میر خلیلی، ۱۳۸۸: ۷۴). در جرایم غیر عمدی، به دلیل این‌که بین مرتکب و قربانی رابطه‌ای وجود ندارد و این گروه از جرایم



در یک لحظه و بدون تصمیم‌گیری قبلی ارتکاب می‌یابند، لذا پیش‌گیری وضعی کاربردی ندارد (بابایی، ۱۳۹۰: ۱۵۴).

۴-۱-۲. عدم شمول همه‌ی انواع آماج‌ها

طور کلی، آماج در پیش‌گیری وضعی دارای دو مفهوم است. در مفهوم اول، اشیا را شامل می‌شود و در مفهوم دوم، افراد نوع بشر مدنظر است. بنابراین، آماج‌ها به دو گروه تقسیم می‌شوند: آماج‌های مادی مانند پول یا جسم اشخاص و آماج‌های فکری یا معنوی که طیف متنوعی چون کرامت شخص، خلوت و زندگی خصوصی و غیره را در بر می‌گیرد. این در حالی است که اقدامات پیش‌گیری وضعی فقط آماج‌ها یا موضوعاتی را شامل می‌شود که در عالم خارج و به‌شکل ملموس وجود داشته باشد و در خصوص آماج‌های معنوی، مانند شخصیت و یا حق طبع، راهکاری را عرضه نمی‌کند (صفاری، ۱۳۸۰: ۳۰۱).

۴-۱-۳. تردید در شمول برخی انواع مجرمین

مبنای نظری پیش‌گیری وضعی، نظریه‌ی انتخاب‌عقلانی، در خصوص همه‌ی افراد و همه‌ی جرایم صادق نیست. همه‌ی افراد، به یک اندازه حسابگرانه و معقول رفتار نمی‌کنند، از جمله، مجرمین هجانی و یا افراد دارای اختلال روانی. صرف نظر از قدرت حسابگری افراد، در همه‌ی جرایم چنین محاسباتی وجود ندارد، برای نمونه در جرایم غیر عمد که بدون طرح و نقشه‌ی قبلی رخ داده، جایی برای تصور این حسابگری‌ها نیست (پویان، ۱۳۹۶: ۹۸). به بیان دیگر، این نظریه در مورد مجرمین نابخردی مانند بیماران روانی که تحت تأثیر یک فشار درونی شدید مرتکب جرم می‌شوند، صادق نمی‌باشد؛ زیرا چنین مجرمین با نظریه‌ی انتخاب‌عقلانی سنجشی ندارند و رفتار مجرمانه‌ی آنان تا حد زیادی غیرعقلانی و غیرمنتظره است (میرخلیلی، ۱۳۸۸: ۷۵).

۴-۱-۴. جا به جایی جرم

از آن جایی که رویکرد پیش‌گیرانه‌ی وضعی توجهی به علت و دلایل ارتکاب جرم نداشته و تنها سعی دارد تا با حذف فرصت و موقعیت ارتکاب جرم، مانع وقوع آن شود، نمی‌تواند در حل مسأله‌ی جرمی و از میان بردن خطر ارتکاب جرم چندان موفق ظاهر شود. تدابیر وضعی می‌توانند مجرم را در زمان و موقعیتی، خاص به عقب برانند؛ اما نمی‌توانند فکر ارتکاب جرم را از

سرآنان برون کنند. صرف اتخاذ رویکرد پیش‌گیرانه وضعی بدون توجه به دلایل زیستی، روانی و اجتماعی و... جرم، گریهی از این مشکل باز نخواهد کرد، بلکه مجرمین را به مکان یا زمانی که در آن فرصت ارتکاب جرم فراهم می‌باشد، سوق خواهد داد. پدیده‌ی که تحت عنوان "جا به جایی جرم" از آن یاد می‌شود (بیات، ۱۳۹۸: ۱۰۴). این جا به جایی گاهی در زمان و مکان و گاهی در ماهیت جرم صورت می‌گیرد. در هر مورد، فرض بر این است که مجرم به هر طریقی که شده باید جرم را انجام دهد. فرض بر این است که گرایش به ارتکاب جرم پا گرفته و باید تخلیه شود.

۲-۴. چالش‌های حقوق بشری پیش‌گیری وضعی از جرم

به شرح آتی محدودیت‌های حقوق بشری را برای اجرای تدابیر پیش‌گیرانه‌ی وضعی می‌توان برشمرد:

۱-۲-۴. نقض حریم خصوصی افراد

گاهی پیش‌گیری وضعی، رفتار مجرمین احتمالی توسط دوربین‌های مخفی مورد ثبت قرار می‌گیرد. در نتیجه، عمل ثبت، ضبط یا انتشار تصویر یک شخص که در یک محل خصوصی قرار دارد، بدون رضایت وی یک صدمه به زندگی خصوصی است، این در حالی است که حق رعایت و احترام به زندگی خصوصی، یکی از حقوق بنیادین محسوب می‌شود (ابراهیمی، ۱۳۸۹: ۳۰). از همین جهت، می‌توان ادعا نمود که این رویکرد از این حیث با آموزه‌های حقوق بشری تعارض دارد.

۲-۲-۴. افزایش احساس خطر و اضطراب در افراد جامعه

هیل و لیکوک از زاویه‌ی دیگری به طرح موضوع پرداخته و ادعا دارند که استفاده‌ی بیش از حد از این گونه روش‌های بازدارنده مانند (نصب دوربین‌های مدار بسته، چشم‌های الکترونیکی و قفل و زنجیر برای خانه‌ها و امثال آن‌ها) باعث افزایش احساس خطر و نگرانی برای جامعه می‌شود. درست همانند زمانی که حکومت نظامی اعلام شود یا در شرایط جنگی نظامیان در شهر تردد نمایند که در این صورت مردم احساس خطر بیش‌تری می‌کنند (صفاری، ۱۳۸۱: ۲۴۵). در مناطق که میزان جرایم کم است، اما ترس و اضطراب از آن زیاد است، بیش‌تر مورد توجه قرار می‌گیرد و از لحاظ روانی توجه مردم را به این مشکل جلب می‌کند (گسن، ۱۳۸۹: ۶۰۵).

۴-۲-۳. نقض آزادی‌های مدنی

طور کلی، پیش‌گیری وضعی تغییر سبک زندگی، کار و حضور اجتماعی افراد، تغییر ساعات فعالیت روزانه، محل‌های رفت و آمد، انصراف از برخی علائق و آرزوها مانند داشتن موترهای گران‌قیمت که برای سارقان حرفه‌ای و سوسه‌انگیز هستند، را به دنبال دارد. برخی حقوق و آزادی‌ها تحت تأثیر تدابیر وضعی، محدود و یا حتا از میان می‌روند. در جوامع دموکراتیک این وضعیت تحمل‌ناپذیر است؛ (نجفی‌ابرند آبادی، ۱۳۸۳: ۵۸۲).

۴-۲-۴. تجویز برخورد‌های تبعیض‌آمیز

پیش‌گیری وضعی مستلزم سرمایه‌گذاری کلان است. نصب دزدگیر بر موترها و دروازه‌های ورودی یک هزینه‌ی مضاعف را بر مالک تحمیل می‌نماید. نصب دوربین و استخدام سرایدار، متضمن هزینه‌ای است که ممکن است ساکنان ساختمان‌ها قادر به پرداخت آن نباشند. از این رو، می‌توان گفت که پیش‌گیری وضعی نوعی تبعیض امنیتی برای افراد ایجاد می‌نماید؛ به گونه‌ای که افراد ثروتمند و مؤسسات عمومی و خصوصی قوی و ثروتمند بهتر می‌توانند خود را برابر جرم مصئون نگاه دارند. هم‌چنین به کارگیری تدابیر حفاظت شخصی توسط گروه از افراد، جرم را به سمت افراد متعلق به طبقه‌ی اجتماعی پایین و حتا متوسط جامعه سوق خواهد داد. این امری است که برخی از متفکرین مانند یونگ به آن اشاره نموده و اظهار داشته‌اند: هزینه‌ی سنگین تدابیر پیش‌گیری وضعی موجب جا به جایی و سرازیر شدن جرایم از مناطق ثروتمندنشین به مناطق فقیرنشین می‌گردد؛ برخی از این هزینه‌ها به حدی گزاف است که فقط تعداد اندکی از متمولین قادر به استفاده از آن هستند (بابایی، ۱۳۹۰: ۱۶۷).



نتیجه‌گیری و جمع‌بندی

از آنچه بیان شد به‌خوبی می‌توان پی‌برد هیچ‌یک از روش‌های پیش از ارتکاب جرم به تنهایی خود قادر به حل تمام معضلات یک جامعه نمی‌باشد و نیاز به اعمال سایر روش‌ها محسوس می‌باشد که از آن جمله یکی پیش‌گیری وضعی می‌باشد که در کنار سایر روش‌ها، روش کارسازتر و کم‌هزینه‌تر می‌باشد که از طریق منصرف ساختن مجرم، افزایش دشواری‌های ارتکاب جرم و کاهش دستاوردهای ارتکاب جرم برای مجرم، عملی می‌گردد. ناگفته نباید گذاشت هر پدیده‌ی اجتماعی دارای یک سری مفیدیت‌ها و مزایا بوده و اما با یک سری نواقض و چالش‌ها روبه‌رو می‌باشد، پیش‌گیری وضعی نیز از این امر مهم استثناء نیست. از انتقادات و چالش‌های مهم که بر این روش ذکر گردیده می‌توان به چالش‌های حقوق بشری همانند نقض حریم خصوصی، افزایش احساس خطر و اضطراب اشاره کرد و از جمله چالش‌های جرم‌شناختی می‌توان به عدم شمولیت همه‌ی جرایم در این روش و جا به جایی جرم اشاره کرد.



فهرست منابع

الف: کتاب‌ها

۱. ابراهیمی، شهرام، جرم شناسی پیش گیری، انتشارات میزان، چاپ چهارم، تهران، بهار ۱۳۹۶.
۲. جندلی، منون، در آمدی بر پیش گیری از جرم، ترجمه شهرام ابراهیمی، انتشارات میزان، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۳.
۳. خلفی، مسلم، مبانی حقوقی پیش گیری از جرم، انتشارات نور السجاد، چاپ اول، قم، ۱۳۸۸.
۴. سعیدی راد، مهناز، چالش‌های پیش گیری وضعی از جرم، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۶.
۵. سوانسون، چارلز، چاملین، نیل سی وتری تو، لئو نارد. تحقیقات جنایی، ترجمه مهدی نجاتی، رضا پرویزی و امیر شایان شفیعی نیک، چاپ اول، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۹۳.
۶. میرخلیلی، سید محمود، پیش گیری وضعی از بزهکاری با نگاهی به سیاست جنایی اسلام، چاپ اول، تهران، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸.

ب: مقالات

۱. ابراهیمی، شهرام، و رجبی، ابراهیم، پیش گیری در نظریه های جرم شناسی و گستره محدودیت های آن، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۳، ۱۳۸۹.
۲. اسکندری، عبدالکریم، استفاده از احکام وضعی و تکلیفی در پیش گیری وضعی از جرم، فصل نامه علمی پژوهشی، شماره ۴۲ و ۴۳، بهار و تابستان ۱۳۹۲.
۳. افراسیابی، علی، پارادایم های حاکم بر پیش گیری وضعی از جرم، مجله مطالعات پیش گیری از جرم، شماره ۱۷.
۴. بابایی، محمد علی و نجیبیان، علی، چالش های پیش گیری وضعی از جرم، مجله حقوقی دادگستری (علمی پژوهشی)، سال ۷۵، شماره ۷۵، پاییز ۱۳۹۰.





۵. بیات، بهرام، شرافتی پور، جعفر و عبدی، نرگس، پیش گیری از جرم با تکیه بر رویکرد اجتماعی مخدر، انتشارات معاونت اجتماعی ناجا، تهران، ۱۳۸۷.
۶. بیات، شیرین، مهر آبادی، الهه لطفعلی زاده، مختصر جرم شناسی، انتشارات دادبانان دانا، ۱۳۹۸.
۷. تایلی، نیک، پیش گیری از جرم، ترجمه زمانی، امین الله، مهذب، مریم، انتشارات مجد، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۴.
۸. پویان، محمد تقی، نقد نظریه انتخاب عقلانی در تصمیم گیری سیاست های راهبردی، فصل نامه پژوهش های راهبردی سایت، شماره ۲۳، ۱۳۹۶.
۹. جوانمرد، بهروز، تسامح صفر، سیاست کیفری سخت گیرانه در قبال جرایم خُرد، چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۸۸.
۱۰. حسینی، سید محمد، میز گرد پیش گیری از جرم، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۹.
۱۱. رایجیان اصلی، مهرداد، رهیافتی نو به بنیان های نظری پیش گیری از جرم، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۸ و ۴۹، ۱۳۸۳.
۱۲. رزنهام، دینس، آرتور، لوریسیو، روبرت، داویس، پیش گیری وضعی از جرم، ترجمه پرویزی، رضا، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، شماره ۳۲.
۱۳. ساعد، محمد جعفر، پیش گیری از وقوع جرم و کار کرد بسیج در تضمین امنیت اجتماعی، فصل نامه مطالعات بسیج، سال ۱۰، شماره ۳۴، ۱۳۸۶.
۱۴. شیدائیان، مهدی، اسحاقی، سید جعفر، رجایی، زهرا، پیش گیری وضعی تقنینی از جرم شکنجه، پژوهش حقوق کیفری، سال هفتم، شماره ۲۵، ۱۳۹۷.
۱۵. صفاری، علی، مبانی نظری پیش گیری وضعی از جرم، تحقیقات حقوقی، شماره ۳۳ و ۳۴، ۱۳۸۰.
۱۶. صفاری، علی، انتقادات وارده به پیش گیری وضعی از جرم، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۵-۳۶.
۱۷. گسن، ریمون، رابطه میان پیش گیری وضعی و کنترل بزهکاری، ترجمه نجفی ابرند آبادی، علی حسین، مجله تحقیقات حقوقی شماره ۲۴.

۱۸. گسن، ریموند، روابط میان پیشگیری وضعی و کنترل بزهکاری، ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۹ و ۲۰، ۱۳۷۷.
۱۹. گسن، ریمون، جرم شناسی کاربردی، ترجمه مهدی کی نیا، تهران: انتشارات علامه طباطبائی، ۱۳۷۰.
۲۰. مقیمی مهدی، رفعتی اصل، سید عزیز، پلیس و راهبرد های وضعی پیش گیری از جرم، فصل نامه پژوهشی انتظام اجتماعی، سال دوم، شماره اول، ۱۳۸۹.
۲۱. میرخلیلی، سید محمود، پیش گیری وضعی از نگاه آموزه های اسلامی، فصل نامه تخصصی فقه و حقوق، سال اول، شماره ۱، تابستان ۱۳۸۳.
۲۲. میرخلیلی، سید محمود، پیش گیری وضعی از بزهکاری با نگاهی به سیاست جنایی اسلام، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸.
۲۳. نجفی ابرند آبادی، علی حسین، پیش گیری عادلانه از جرم، علوم جنایی، مجموعه مقالات، انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
۲۴. نجفی ابرند آبادی، علی حسین، مباحثی در علوم جنایی، به کوشش ابراهیمی، شهرام، ویراست هفتم، ۱۳۹۱.
۲۵. نجفی، ابرند آبادی، علی حسین، تقریرات جرم شناسی (دوره کارشناسی ارشد مجتمع آموزشی عالی قم)، ۱۳۸۱.



سال دوم، شماره ۴، بهار ۱۴۰۱



جرایم علیه مالکیت صنعت-تجارتی از منظر نظام حقوقی افغانستان در فضای سایبر

عهديه حازم^۱

چکیده

طبیعت پدیده‌ی نامکشوفی است؛ اما انسان با قدرت و توان فکری خود در طول تاریخ زیستن خویش، توانسته هر روز بیش‌تر از دیروز پرده‌ی از اسرار آن بردارد و با قوه‌ی تفکر و تخیل خود پا از امور حسی فراتر نهد و با آمیزش ذوق و هنر فراوان خود، زیبایی‌های را در آثار خارجی و بیرونی مجسم و در معرض دید و استفاده‌ی همگان بگذارد. بشر با ابتکار و نوآوری، قدرت تسلط بیش‌تر بر طبیعت را برای خویش مهیا ساخته به گونه‌ای که کوچک‌ترین و بزرگ‌ترین موجودات را در حوزه‌ی دانش خود وارد نموده است. دست‌یابی انسان به این پیشرفت طی چند قرن اخیر سیری فزاینده‌ی داشته که امروز هر آن به اطلاعات در حوزه‌ی دانش و فنون و هنر افزوده می‌شود که حتا عصر امروزی را به عصر «انفجار اطلاعات یا داده‌ها» تبدیل نموده است. این همه وسعت و پیشرفت بدون شک مدیون و مرهون زحماتی کسانی است که با سرمایه‌گذاری‌های مادی و معنوی خویش باعث و بانی چنین دگرگونی شده‌اند و آنچه را نباید از نظر دور داشت این است که دست‌آوردهای فکری را که با چه مشقتی آن‌ها حاصل نموده‌اند، کسانی هستند که با استفاده از فضای غیرملموس عادی یا مجازی و با به‌کارگیری راه‌های غیرمجاز به سهولت مورد تعرض و تجاوز قرار می‌دهند. هرچند در گذشته‌های نه‌چندان دور اِعمال اِعمال نامشروع علیه آفرینه‌های فکری چندان به راحتی میسر نبود؛ ولی این روزها آفرینش آفرینه‌های فکری چه پُررهزینه و دشوار است؛ اما اِعمال اِعمال خلاف علیه آن‌ها چه آسان شده است که این خود باعث آن می‌شود که آفریننده‌های فکری از خلق آفرینه‌های معنوی دست کشیده که این خود عامل عقب‌گرد بشر به گذشته خواهد شد. با در نظر داشت این امر در تمامی نظام‌های حقوقی نهادی به نام "نظام مالکیت فکری" ایجاد گردیده است که هدف از آن،

^۱. دانش‌آموخته‌ی حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه خاتم‌النبین (ص)، کابل، افغانستان

حمایت از خالقین آثار فکری و اثرهای آنها می‌باشد. بنابراین مهم؛ پژوهش فعلی با در نظرداشتن نظام حقوقی افغانستان در کُل و نظام جزایی آن به طور اخص به اعمال ارتكابی غیرمجاز علیه مالکیت صنعتی-تجارتی با توجه به ارتكاب آن در فضای سایبر یا مجازی خواهد پرداخت و نگرگاه یا دیدگاه نظام حقوقی کشور را در زمینه‌ی تبیین خواهد نمود.

واژگان کلیدی: جرایم، صنعت، تجارت، فضای سایبر، نظام حقوقی، مالکیت فکری.

۱. مفهوم کاوی

برای شروع هر نوشتاری مقبول آن است تا اول‌تر از همه به واکاوی اصطلاحات که قرار است به‌عنوان کلید واژگان محور توجه باشند، از نگاه‌های مختلف پرداخته شود تا، در روشنی آن بتوان نوشته‌ی علمی-تخصصی درخور قبول ارایه داد. مفاهیمی که در این نوشتار به‌عنوان کلیدی‌ترین واژگان مورد توجه است، عبارت‌ند از: جرم، مالکیت، صنعت، تجارت، فضای سایبر و نظام حقوقی که هر یک را تا حد توان به دست مفهوم‌شناسی می‌سپاریم و در کنار کلیدواژگان به مفهوم‌یابی اصطلاحات پُرکاربرد در پژوهش نیز پرداخته خواهد شد.

۱-۱. مفهوم جرم

جرم؛ نخستین واژه‌ی مورد کاوش در این پژوهش است که در نگاه اول از منظر کتاب‌های لغت به آن پرداخته و در گام بعدی از ابعاد حقوقی و تخصصی به مفهوم‌یابی آن خواهیم پرداخت. مفهوم جرم در لغت؛ جرم (اسم) [عربی، جمع: اجرام] گناه؛ خطا؛ بزه (عمید، ۱۳۸۹: ۵۹۱) یا گناه (اسم) [پهلوی] گنه. ۱. کار بد؛ عمل زشت. ۲. بزه، جرم. ۳. نافرمانی. ۴. معصیت. (عمید، ۱۳۸۹: ۱۵۴۰).

جرم در لغت مترادف گناه، تعدی، خطا و عصیان آمده است (دهخدا، ۱۳۲۴: ۴۱۲) جمع آن اجرام و جروم است. بنابراین، جرم در معنای لغوی دارای محدوده‌ی وسیعی است که هم شامل بزه می‌شود و هم گناه و استعمال آن در زبان فارسی و به‌عنوان فعل یا ترک فعل قابل کیفر عاری از اشکال نیست. در واقع، بزه معادل کلمه‌ی جریمه است و جریمه اخص از جرم، عمل و ترک عملی است که قانون آن را با عقوبت و تنبیه بدنی تعقیب می‌کند. جمع کلمه‌ی جریمه، جرایم است؛ حتی در متون ادبی گذشته نیز جرم هیچ‌گاه در معنای انحصاری فعل یا ترک فعل قابل عقوبت دنیوی، نیامده و دارای معنای وسیعی است که هم شامل گناه می‌شد، هم بزه و هم خطا.



تعریف مصطلح جرم از معنای لغوی آن فاصله داشته و برحسب رشته‌ی مربوط، شرایط و قیودی بر معانی لغوی وارد شده است. تعریف جرم بر حسب نظر اندیشمندان و بر اساس رشته‌های که جرم را مورد مطالعه قرار می‌دهند، متنوع و متفاوت است. بسی مشکل است تا از میان انبوه تعاریف، تعریفی را انتخاب نهایی کرد که جامع افراد و مانع اغیار باشد، حتا در حقوق کیفری، حقوق‌دانان بر سر تعریف نهایی جرم توافق ندارند و در نهایت علی‌رغم نظرات اصلی خویش، تسلیم تعریف قانونی جرم می‌شوند (اصغری، ۱۳۷۲: ۲۸).

در اصطلاح ترمینولوژی حقوق جرم را این‌گونه تعریف نموده است: «(جزا) عملی است که قانون آن را از طریق تعیین کیفر منع کرده باشد»

در تعریف جرایم نیز گفته است: «جمع جرم است که عبارت است از مخالفت با نهی که قانون برای آن مخالفت مجازات معین کرده باشد». (لنگرودی، ۱۳۸۳: ۱۹۱).

همین‌طور، حقوق‌دانان، جرم را به‌صورت‌های مختلف تعریف کرده‌اند: اکثر حقوق‌دانان جرم را به‌عنوان عملی «ضد اجتماعی» (محسنی، ۱۳۹۳: ۲۲) «مخالف اخلاق حسنه» «مخالف اخلاق حسنه» و یا صفات دیگری از این قبیل، معرفی می‌کنند، در حالی که جرم لزوماً دارای این خصوصیات نیست (محسنی، ۱۳۹۳: ۲۲)

از نظر اجتماعی، جرم به آن دسته از اعمال انحرافی که به اعتقاد گروه یا گروه‌های حاکم، خطرناک تلقی می‌شود، اطلاق می‌گردد. بدیهی است در هرگروه اجتماعی، انحراف از ضوابط و ارزش‌ها صورت می‌گیرد و این انحراف‌ها لازمه‌ی جامعه و در نهایت پیشرفت و تکامل است. با این وصف بعضی انحراف‌ها چنان برای حفظ امنیت یا نظام کلی اجتماعی مضر و خطرناک تلقی می‌شود که دولت مجازات آن‌ها را ضروری می‌داند و بر این تصور است که از طریق مجازات یا تهدید به اجرای آن، جلو بروز این‌گونه واکنش‌ها گرفته خواهد شد.

در حقوق جزا سعی می‌شود که جرم به نحوی تعریف شود که مقنن بتواند آن را در قالب قانون پیاده کند؛ زیرا موجب آسیب به آن می‌شوند بر عهده‌ی قانون‌گذار است؛ اما قانون‌گذار نیز در تعریف خود نمی‌تواند نظرهای مختلفی را که از ناحیه‌ی متخصصان در مورد پدیده‌های مختلف و از جمله جرم ابراز شده است را، نادیده انگارد.

برای جرم از سوی حقوق‌دانان تعاریف مختلفی بیان شده است؛ اما با آن همه اختلاف باز هم جرم از سوی حقوق‌دانان کشورهای مختلف تقریباً به یک شکل تعریف شده است؛ به‌عنوان



مثال: به اعتقاد گروهی، جرم «فعل یا ترک فعل است که از نظر خارجی به نظم، صلح و آرامش لطمه وارد می‌کند و قانون بدین دلیل با مجازات، ضمانت اجرایی آن را فراهم می‌سازد» و یا در اندیشه‌ی عده‌ای؛ «فعل یا ترک فعلی است که توسط قانون پیش‌بینی شده و مجازات بر آن تعلق گرفته و قابل استناد به فاعل است» (نوربها، ۱۳۹۱: ۱۳۶).

به باور نور محمد صبری نیز جرم عبارت از: «عمل یا ترک عملی است که قانون آن را پیش‌بینی نموده و برای ارتکاب یا ترک آن مجازات تعیین کرده باشد. به عبارت دیگر، جرم عمل یا خودداری از عملی است که مخالف نظم و صلح و آرامش اجتماع بوده و از همین حیث مجازاتی برای آن تعیین شده باشند» (صبری، ۱۳۸۶: ۱۸۱).

۱-۲. مفهوم مالکیت

مالکیت یکی از کلیدواژگان پژوهش کنونی است که بعد از جرم به مفهوم‌یابی آن از منظر لغت و از منظر اصطلاح می‌پردازیم.

مالکیت در لغت؛ (اسم مصدر) [عربی: مالکیه] مالک بودن. (عمید: ۱۶۰۳)

در اصطلاح نیز مالکیت به معنای لغوی خود برگشته و به معنای مالک بودن می‌باشد و حقی است که انسان نسبت به شیء دارد و می‌تواند هر گونه تصرفی در آن کند به جز آنچه که مورد استثنای قانون است و همچنین مالکیت به معنای حق مالکیت هم آمده است. به عبارت دیگر، حق استعمال و بهره‌برداری و انتقال یک چیز به هر صورت، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد و نیز هر سلطه قانونی را مالک نامند و مالکیت صفتی است که از این نظر به کار می‌رود، لذا گفته‌اند؛ مالکیت خانه، مالکیت حق تحجیر، مالکیت منافع، مالکیت بضع، مالکیت حق اختصاص و غیره. (عمدی: ۵۹۹).

حقوق گوناگونی بین انسان و اموال قابل تصور است. ممکن است انسان حق استفاده از مالی را همانند سایر اشخاص داشته باشد، «اموال و مشترکات عمومی» و نیز ممکن است حق بهره‌برداری از مالی را برای مدت معینی دارا شود «حق انتفاع» و نیز ممکن است شخص حق داشته باشد از مالی به هر نحوی که می‌خواهد به طور انحصاری و بدون قید مدت، بهره‌برداری و یا هر نوع تصرف دیگری بنماید؛ یعنی مانع بهره‌برداری و تصرف دیگران گردد و هیچ‌کس را حقی نسبت به آن مال نباشد. این عالی‌ترین و کامل‌ترین، حق انسان نسبت به اموال است که از آن به «مالکیت» تعبیر می‌شود (بزرگ، ۱۳۹۴: ۳).



۱-۳. مفهوم صنعت

صنعت که صفت نسبتی آن صنعتی است و به عنوان یکی از کلیدواژگان، جایگاهی خاصی را در عنوان پژوهش از آن خود نموده است و مفهوم یابی آن از همین لحاظ مهم می نماید. کلمه ی صنعتی که در لغت منسوب به صنعت است، دارای ریشه ی عربی است. صنعت به معنای ساخت و تولید و تغییر و تبدیل اشیاء و فراهم کردن وسایل و ابزار مختلف برای رفع حوائج و امثال آن است (بزرگ، ۱۳۹۴: ۲۵۴).

۱-۴. مفهوم تجارت و تجارتي

تجاری منسوب به تجارت و در لغت به معنای انجام معاملات و خرید و فروش و داد و ستد اموال و اشیاء به قصد سود بردن و تحصیل منافع است و اعمالی که در امر تجارت انجام می شود، اعمال تجاری نام دارد.

تجارت نیز دارای اهمیت واژه ی صنعت در این پژوهش می باشد که صفت نسبتی آن تجارتي می باشد و به مفهوم یابی آن نیز خواهیم پرداخت. تجارت در لغت؛ (اسم مصدر) [عربی:تجاره] ۱. داد و ستد کردن؛ ۲. خرید و فروش کلی هر نوع کالا، سوداگری و بازرگانی (بزرگ، ۱۳۹۴: ۴۶۷).

معاملات به قصد انتفاع به طوری که در تفاهم عرف بر آن صدق تجارت نماید. تجارت در عرف بر معاملات عمده صدق می کند.

تجاری منسوب به تجارت و در لغت به معنای انجام معاملات و خرید و فروش و داد و ستد اموال و اشیاء به قصد سود بردن و تحصیل منافع است و اعمالی که در امر تجارت انجام می شود، اعمال تجاری نام دارد. (امامی: ۱۳۹۸: ۵۲۳).

۱-۵. مفهوم سایر

سایر در معنای لغوی «مجازی» و «دور از ملموس بودن عادی» است (عارفی، ۱۳۹۸: ۵۸). در اصطلاح نیز واژه ی سایر از معنای لغوی خود دور نمانده و همان معنا را افاده می کند؛ یعنی، خلاف حقیقی و به دور از لمس حقیقی.

۱-۶. مفهوم نظام حقوقی

نظام حقوقی یا به تعبیر دیگر نظام قضایی عبارت است از نظام و ترتیبی که از اجرای یک رشته قوانین و عرف و عادات موجود در یک جامعه‌ی معین ناشی شده است (جاویدنیا، ۱۳۸۸: ۵۵) یا مجموعه‌ی قواعد و مقررات حقوقی لازم‌الاجرا در زمان معین و در جامعه‌ی معین (جاویدنیا، ۱۳۸۸: ۱۷۵).

اما مقصود و منظور از نظام حقوقی یک سیستم فکری است که قواعد و مقررات حقوقی بر اساس آن شکل گرفته است (ممتاز، ۱۳۹۸: ۴۴).

۲. منابع قانونی جرایم علیه مالکیت صنعتی-تجارتی در نظام حقوقی افغانستان

این که به کجاها می‌توان در حوزه‌ی حقوق مالکیت فکری در گُل و در خصوص مالکیت صنعتی-تجارتی در فضای سایبر در نظام حقوقی افغانستان استناد کرد، در این جا می‌پردازیم تا باشد در روشنی آن بتوان به قضایای مطروحه در خصوص این نوع جرایم به آسانی به حل و فصل آن‌ها متوسل شد.

منابع حقوق یعنی «یافتگاه» قاعده‌ی حقوقی، جایی است که می‌توان قاعده‌ی حقوقی را در آن جست‌وجو کرد و آن را یافت. برخی از نویسندگان با در نظر گرفتن مفهومی گسترده برای اصطلاح «منابع»، آن را به دو دسته‌ی منابع مادی یا (موضوعی و واقعی) و منابع رسمی (شکلی و ظاهری) تقسیم کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۹۰). مقصود از منابع مادی، عواملی است که در تکوین قاعده‌ی حقوقی نقش دارد و تا اندازه‌ی مفهوم «مبنای حقوق» را تداعی می‌کند؛ اما مقصود از منابع رسمی، همان یافتگاه قاعده‌ی حقوقی است و همین، موضوع بحث حاضر است (دانش‌پژوه، ۱۳۸۹: ۱۵۰).

مقصود از منابع حقوق، صورت‌های ایجاد قواعد حقوقی است؛ یعنی، باید در دید نیروهای گوناگونی اجتماعی و روانی از چه مسایلی برای وضع قواعد استفاده می‌کنند و مظهر خارجی عوامل یاد شده کدام است؟

در هر کشوری، حقوق ناشی از مقام و قدرتی است که حق وضع قواعد و تحمیل رعایت آن را دارد و همین مقام است که «منبع حقوق» نامیده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۹۰).

در این فصل نیز به دنبال مبانی مشروعیت جرایم علیه مالکیت صنعتی-تجاری در فضای سایبر از منظر نظام حقوقی افغانستان به منابع قابل استناد این جرایم در نظام حقوقی کشور ما



می‌پردازیم تا ببینیم که برای جرم‌انگاری و مجازات این نوع جرایم و مرتکبین آن به کدام منابع می‌توان رجوع کرد و حکم مقبولی برای آن‌ها به دست آورد.

۱-۲. قانون اساسی

قانون اساسی افغانستان مصوب دلو ۱۳۸۲ ه. ش. منحيث قانون مادر و منشأ تمامی قوانین و مبنای مشروعیت قوانین عادی در کشور می‌باشد. این قانون با توجه به مسایل مهم به مهم‌ترین مسایل در مواد مختلف خود پرداخته است و برای روشن ساختن اهمیت و جایگاه برخی مسایل به آن‌ها اشاراتی نموده است که از آن جمله می‌توان به مسأله‌ی در خور توجه مالکیت فکری انگشت گذاشت.

قانون اساسی در ماده‌ی ۴۷ خود به این مسأله پرداخته می‌گوید: «دولت برای پیشرفت علم، فرهنگ و ادب و هنر پروگرام‌های مؤثر طرح می‌نماید. دولت حقوق مؤلف، مخترع و کاشف را تضمین می‌نماید و تحقیقات علمی را در تمام عرصه‌ها تشویق و حمایت می‌کند و استفاده‌ی مؤثر از نتایج آن را، مطابق به احکام قانون، تعمیم می‌بخشد».

این ماده‌ی قانون اساسی کشوری مبنای مشروعیتی شده برای وضع قوانین در این خصوص که تمامی قوانین وضع شده در مورد حقوق مالکیت فکری بر مبنای آن وضع می‌شوند.

۲-۲. قانون مدنی

دومین قانونی که در افغانستان اشاره‌ی به موضوع مالکیت فکری کرده است، قانون مدنی است. این قانون صرف به آن اشاره‌ی نموده و مسایل مربوط به آن را به قوانین خاص واگذار کرده است: «حقوق معنوی که بر شیء غیرمادی وارد می‌گردد، تابع احکام قوانین خاص می‌باشد» (ماده‌ی قانون مدنی افغانستان)

این قانون به دلیل این که به حدود و زمینه‌های حقوقی موضوع پرداخته است، در عمل به آن استناد نمی‌گردد. بنابراین، منبعی برای آفرینش‌های فکری محسوب نمی‌گردد چون صرفاً مسأله را به قوانین دیگر ارجاع داده است و بس.



۲-۳. قانون جزای ۱۳۵۵

تا قبل از کُد جزا، منبع اصلی در مسایل جزایی قانون جزا محسوب می‌شد. این قانون همانند قانون مدنی در سال ۵۵ به تصویب رسیده بود. قانون یاد شده هم به شکلی از آفرینش‌های فکری حمایت خود را در مقابل تخلفات ارتكابی در برابر آن اعلام داشته بود و شخصی اگر به یکی از حقوق مالکیت معنوی که قانون یا معاهده‌ی بین‌المللی که افغانستان به آن ملحق شده تجاوز می‌کرد، از سوی آن قانون به دوازده هزار افغانی جزای نقدی محکوم می‌شد؛ اما قیدی که در این‌جا ذکر شده این است، مگر این‌که قانون خاص جزای شدیدتری برای او حکم نموده باشد. بر علاوه‌ی اشیایی که در نتیجه‌ی آن تجاوز حاصل شده بود هم مورد مصادره قرار می‌گرفت (ماده‌ی ۴۵۰ قانون جزای مدنی افغانستان)

۲-۴. قانون حمایت از اسرار تجاری و صنعتی مصوب سال ۱۳۹۵

قانون مذکور یکی از قوانین خاص در عرصه‌ی مالکیت فکری می‌باشد که از اسرار تجاری و صنعتی به شکل خاص حمایت می‌نماید و شرایطی را بیان می‌کند که با در نظر داشت آن‌ها اسرار تجاری و صنعتی پنداشته می‌شود، که با وجود شرایط یاد شده، در ادامه به بیان مصداقی می‌پردازد که با توجه به آن‌ها اسرار تجاری و صنعتی پنداشته شده و مورد حمایت قانون‌گذار قرار خواهد گرفت. بر علاوه، به اعمال مغایر و سوءاستفاده از اعمال مغایر تجاری احصاء شده است. فصل سوم این قانون به تخلفات در مورد این اسرار پرداخته و متضررین این نوع اسرار را بر اساس اصول محاکمات تجاری برای طرح دعوا به محکمه ارجاع داده است که محکمه با اعمال تدابیر احتیاطی، حکم بر جبران زیان و خسارت وارده از سوی متخلف به متضرر، اصدار قرار حمایتی، تدویر جلسات خصوصی، مَهر و نشانی شد اسناد مذکور، صدور حکم حفظ اسرار تجاری و صنعتی به اشخاص ذی‌دخل و وضع سایر تدابیری که نیاز باشد در خصوص محرم نگهداشتن اسرار تجاری و صنعتی اقدام خواهد نمود.

با شرح قانون حمایت از اسرار تجاری و صنعتی، روشن گردید که این قانون من حیث یک قانون خاص در جهت حمایت و حفظ اسرار تجاری و صنعتی پرداخته و با متخلفین در برابر آن برخورد خواهد نمود و در مقام قانون‌ورزی در مسایل حقوق مالکیت فکری در کُل و در باب حمایت از اسرار تجاری و صنعتی به شکل خاص می‌تواند یکی از منابع قابل استناد به حیث منبعی معتبر در نظام حقوق افغانستان قابل استناد قرار گیرد.



۲-۵. قانون حمایت از طرح‌های صنعتی

این قانون بر مبنای و روشنی حکم ماده‌ی ۴۷ قانون اساسی کشور، مشروعیت می‌یابد. اهداف آن را حمایت از حقوق مالکین طرح‌های صنعتی، تنظیم امور مربوط به ثبت طرح‌های صنعتی و ترویج و تشویق و انکشاف تکنالوژی جدید در رابطه به طرح‌های صنعتی در کشور تشکیل می‌دهد. وزارت تجارت و صنایع همراه با سایر مراجع ذیربط مکلف به تطبیق این قانون می‌باشند.

قانون یاد شده بر اساس ماده‌ی پنجم خویش از طرح‌های صنعتی اصلی یا جدیدی که طور مستقل ابداع می‌گردد و طبق احکام آن به ثبت رسیده باشد، حمایت می‌نماید. بر علاوه طرح منسوجاتی که با شرایط حمایت را تکمیل نموده باشد، نیز مورد حمایت این قانون خواهد بود.

۲-۶. قانون حمایت از نشانه‌های جغرافیایی محل تولید

این قانون در روشنی مواد (۱۲ و ۱۳) قانون اساسی میان سه فصل و بیست و یک ماده در سال ۱۳۹۵ ه. ش. به تصویب رسیده است.

اهدافی که این قانون به دنبال آن‌ها وضع گردیده عبارتند از: تنظیم امور مربوط به ثبت نشانه‌های جغرافیایی محل تولید، حمایت از تولید کالاهای یک ساحه یا منطقه‌ی معین، نصب نشانه‌ی جغرافیایی محل تولید همان ساحه یا منطقه بالای تولیدات مربوط غرض تشخیص و تفکیک تولیدات از سایر کشورها، جلوگیری از تقلب کالاهای تجارتي، حمایت از نشانه‌های جغرافیایی محل تولید، همان ساحه یا منطقه که بالای کالاهای تولید شده محصولات زراعتی، حیوانی و غذایی، صنایع دستی یا تولیدات صنعتی نصب می‌گردد.

مرجع مسؤولی که صلاحیت نظارت و کنترل و استفاده از نشانه‌های جغرافیایی محل تولید را بر اساس این قانون دارا می‌باشند عبارت‌اند از: انجمن، متشبه، ادارات دولتی، اتحادیه‌های صنعتی، کوپراتیف‌ها، اتاق تجارت و صنایع افغانستان و امثال این‌ها.

این قانون درخواست ثبت نشانه‌های جغرافیایی محل تولید، چگونگی درخواست ثبت نشانه‌های جغرافیایی محل تولید، چگونگی ارزیابی درخواست، حمایت‌های نشانه‌های جغرافیایی محل تولید، اعتراض در مورد تأیید درخواست، پاسخ به اعتراض، تصمیم دفتر ثبت در قبال اعتراض، تصحیح اشتباهات دفتر ثبت مرکزی، چگونگی حذف نشانه‌های جغرافیایی



محل تولید و ارجاع معترض به محکمه تجارتی در خلال ۳۰ روز در صورت عدم قناعت از دفتر ثبت مرکزی بیان می‌نماید.

این قانون در کنار سایر قوانین مالکیت فکری، در هنگام قانون‌ورزی یکی از منابعی است که می‌توان به آن استناد کرد.

۳. جرایم و مجازات‌ها علیه مالکیت صنعتی-تجارتی در فضای سایر از منظر نظام حقوقی افغانستان

مالکیت صنعتی-تجارتی یکی از مصادیق مالکیت فکری می‌باشد و بخش عمده و عظیم این مالکیت را احتوا نموده است و از اهمیت زیادی برخوردار است؛ زیرا حمایت از این مالکیت است که فرآورده‌ها و آفرینه‌های فنی صنعتی و تجارتی را تحت پوشش قرار می‌دهد و امروزه توجه کشورهای پیشرفته‌ی جهان بر همین بُعد مالکیت فکری بیش‌تر معطوف شده است. چون در زیر سایه‌ی آن است که فن رشد نموده، صنعت و تجارت به شکوفایی خود می‌رسد. این بُعد مالکیت فکری است که بر آفرینه‌ها و ابداعاتی که قبلاً بشر به آن دست‌رسی نداشته است از طریق اختراع به آن نایل می‌آید یا آنچه را که از آن بی‌خبرند توسط کشف به آن دست می‌یابند، توسط علائم و نشانه‌ها و اسامی تجارتی محصولات و خدمات تجارتی و صنعتی را از هم تمیز می‌دهند و با استفاده از نشانه‌های جغرافیایی به حمایت از محصولات یک مناطق مختلف جهان می‌پردازند و با استفاده از مدارهای یک‌پارچه به وسایل و ابزارهای تکنالوژیکی روز دست می‌یابند. مصادیق مالکیت صنعتی به همین چند مورد مقید نبوده و هر روز مصادیق جدیدی بر آن افزوده می‌شود، گاهی از مشکل بشر در عرصه‌ی فنی و صنعتی و تجاری بگشاید.

با توجه به این همه اهمیتی که بیان گردید، بدون شک این مالکیت نیاز به حمایت همه‌جانبه از هر جهت دارد که باید تمامی نظام‌های حقوقی بدان توجه نمایند و چنین توجهی در قوانین کشورهای جهان از این مالکیت به چشم می‌خورد. قانون‌گذار افغانستان نیز با توجه به اهمیت آفرینه‌های معنوی و مالکیت فکری در کُل، یکی از فصل‌های باب نهم خود را به آن اختصاص داده است و مواردی را برای حمایت از مصادیق مالکیت‌های هنری و ادبی و مالکیت صنعتی و تجارتی به شکل جداگانه بیان داشته است که ما نیز موارد احصا شده در قانون و با استنباط از



مفهوم آن به سایر مصادیق مالکیت صنعتی-تجارتی تسری داده جرایم و مجازات‌های پیش‌بینی شده در کد جزا را و ارتکاب آن در باب استفاده از فضای سایبر را در این فصل تدوین نمودیم.

مسأله‌ی قابل توجه این جاست که قوانین کشور هرچند تلاش گردیده است تا به روز و هم‌گام با عصر جدید و تحولات کیفری و جزایی گام بردارد و حمایت گسترده‌ی خویش را برای از مسایل نو در زندگی بشر انجام دهد؛ اما متأسفانه هنوز هم خیلی خلاها در بخش قانون‌گذاری وجود دارد که همین خلاها باعث گردید تا این نوشتار هم نتواند جرایم دیگری که علیه مالکیت‌های صنعتی-تجارتی ارتکاب می‌یابد را تبیین نماید؛ زیرا قانون در این موارد مسکوت بوده و حرفی برای گفتن ندارد و اگر مواردی مذکور بدون استناد به قانون بیان گردد، این خود نقض اصل قانونی بودن جرم و مجازات را می‌رساند به همین دلیل بود که از بیان آن موارد خودداری گردید. مانند جعل یا تقلب در مصادیق مالکیت فکری (مصادیق مالکیت صنعتی-تجارتی) و خیلی از جرایمی که قابل تحقق در برابر آن را دارد، جرم‌انگاری و کیفرگزینی ننموده است. چالش دیگری که فرا راه پژوهش‌گر قرار دارد این است که پژوهش قید ارتکاب جرایم علیه مالکیت صنعتی-تجارتی در فضای سایبر را پذیرفته است که در این خصوص صرفاً در کد جزای کشور ما یک ماده وجود دارد. با آن‌که اهمیت این جرایم در فضای سایبر بیش‌تر از فضای حقیقی است و ارتکاب آن در فضای سایبر آسان‌تر، کم‌هزینه‌تر و راحت‌تر می‌باشد؛ اما متأسفانه قانون‌گذار به این نکته هیچ توجهی نداشته است و اگر کمی و کاستی هم در تبیین موضوع رونما گردیده از اثر غلفت و کم‌کاری پژوهش‌گر نبوده بلکه نبود حکم قانونی در خصوص می‌باشد.



نتیجه‌گیری

آنچه را پژوهش "جرایم علیه مالکیت صنعتی-تجارتی در فضای سایبر از منظر نظام حقوقی افغانستان" مورد کاوش قرار داد به نتایج زیر دست یافت:

مالکیت‌های فکری یا معنوی مهم‌ترین موضوع قابل حمایت در تمامی نظام‌های حقوقی می‌باشد؛ زیرا این مالکیت در پهلوی مالکیت‌های مادی افراد از اهمیت برابر و حتی بالاتر از آن برخوردار است و گاه مالکیت معنوی است که مالکیت مادی را به ارمغان می‌آورد.

مالکیت معنوی، دارای اهمیت بی‌شمار برای بشر است؛ زیرا خود بشر است که طبیعت را تسخیر نموده و با تراوش‌های فکری خود از آن چیزهای جدید ابداع می‌کند و با چنین کاری سهولت‌های بی‌نظیری برای زندگی خود پدید می‌آورد.

همان‌گونه‌که زمان پیشرفت می‌کند با گذشت زمان، علم و فهم و دانش انسان نیز هم‌گام با آن رشد می‌کند و این رشد باعث ایجاد تحولات گسترده در زندگی بشر می‌شود. هر امر دو جنبه دارد، جنبه‌ی مثبت که باعث شکوفایی و پویایی ارزش‌های جوامع بشری می‌گردد و جنبه‌ی منفی که به عنوان ضد ارزش در برابر این ارزش‌ها قدامت می‌کند.

وقتی مالکیت‌های فکری و به خصوص مالکیت‌های صنعتی-تجارتی از دریچه‌ی فضای سایبر عرض وجود می‌نماید، در مقابل آن کسانی هم هستند که دست به اعمال خلاف زده تا به نحوی به صاحب آن صدمه وارد نموده و خود از آن منفعت ببرند.

جرایم علیه مالکیت صنعتی-تجارتی در فضای سایبر عبارت است از: "جرایمی که با استفاده از تکنالوژی روز اطلاعات و ارتباطات برقی یا اینترنتی در فضای سایبر علیه این مالکیت ارتکاب می‌یابد." مبانی و منابعی که به صورت کُل برای مالکیت‌های فکری مورد نظر است، برای مالکیت صنعتی-تجارتی نیز به تبعیت از مالکیت‌های فکری قابل اعمال می‌باشد که به تعقیب آن همین منابع و منابع برای جرایم ارتكابی آن نیز قابل استناد می‌باشد.

ارتکاب جرایم از هر نوع آن که باشد با استفاده از فضای سایبر به آسانی میسر بوده، در مدت زمان خیلی‌ها کم و با هزینه‌ی اندک و یا ناچیز امکان ارتکاب آن وجود دارد که برای مرتکب مفاد بیش‌تر و برای شخصی که قربانی عمل او قرار گرفته، صدمه‌ی بزرگی می‌رساند که در



فضای حقیقی مرتکب نیز برای ارتکاب اعمال جرمی خود باید هم زمان هزینه کند و هم مادیات که در فضای سایر عمل ارتكابی او چنین هزینه را برایش به دنبال ندارد.

جرائم علیه مالکیت صنعتی-تجارتی آن هم در فضای سایر از منظر نظام حقوقی افغانستان به جرم‌انگاری موردی شده است. مجازات‌های پیش‌بینی شده برای متجاوز بر مالکیت صنعتی-تجارتی در فضای سایر در نظام حقوقی افغانستان خیلی‌ها ناچیز بوده که این خود باعث جرم‌زایی در زمینه‌ی مالکیت‌های فکری را فراهم می‌نماید.

جرائم ارتكابی علیه مالکیت‌های فکری و در کنار آن جرائم ارتكابی علیه مالکیت صنعتی-تجارتی در فضای سایر از جمله‌ی جرائم است که نیاز به شاکی خصوصی دارد و تا مادامی که متضرر و قربانی از این جرائم اقدام به شکایت در مراجع ذی‌صلاح ننماید، این جرائم قابل پیگرد نیست.

از منظر نظام جزایی افغانستان، مجازاتی جرائم ارتكابی علیه مالکیت‌های فکری در فضای حقیقی و قابل لمس عادی سنگین‌تر از مجازاتی این جرائم در فضای سایر یا فضای غیرقابل ملموس عادی است. در حالی که ارتكاب این جرائم در فضای سایر و مجازی به مراتب راحت‌تر و کم‌هزینه‌تر بوده و ضرر بیش‌تری به قربانی و متضرر آن وارد می‌نماید.

نتایج بالا به‌عنوان یافته‌های مطرح شده که توسط پژوهش‌گر در نوشته‌ی این پژوهش حاصل گردیده است.



فهرست منابع

قرآن کریم

الف) کتاب‌ها

۱. امامی؛ اسدالله، حقوق مالکیت صنعتی، تهران، نشر میزان: ۱۳۹۰.
۲. جاویدنیا؛ جواد، جرایم تجارت الکترونیک، تهران، نشر خرسندی: چ ۲، ۱۳۸۸.
۳. دهخدا؛ علی اکبر، لغت‌نامه‌ی دهخدا، تهران، نشر مؤسسه‌ی دهخدا: ۱۳۲۴.
۴. دانش‌پژوه؛ مصطفی، مقدمه‌ی علم حقوق، تهران، نشر سمت: ۱۳۸۹.
۵. عمید؛ حسن، فرهنگ فارسی عمید، تهران، نشر اشجع: ج ۲، چ اول، ۱۳۸۹.
۶. کاتوزیان؛ ناصر، فلسفه‌ی حقوق، تهران، نشر سهامی انتشار: چ ۵، ج اول، ۱۳۸۸ و کاتوزیان؛ ناصر، مقدمه‌ای علم حقوق، تهران، نشر شرکت سهامی: چ ۵۲، ۱۳۸۵ و کاتوزیان؛ ناصر، اموال و مالکیت، تهران، نشر میزان: چ ۳۵، پاییز ۱۳۹۰.
۷. لنگرودی؛ محمد جعفر جعفری، ترمینولوژی حقوق، تهران، نشر کتابخانه گنج دانش: چ ۱۴، ۱۳۸۳ و لنگرودی؛ محمد جعفر جعفری، مقدمه‌ی عمومی علوم حقوقی، تهران، نشر گنج دانش: ۱۳۶۲.
۸. محسنی؛ مرتضی، دوره‌ی حقوق جزای عمومی "پدیده مجرمانه"، تهران، نشر گنج دانش: ج ۲، چ ۴، ۱۳۹۳.

ب) قانون‌ها

۹. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان؛ مصوب ۱۳۸۳ ه. ش.
۱۰. قانون مدنی افغانستان، مصوب ۱۳۵۵ ه. ش.
۱۱. قانون جزای افغانستان، مصوب ۱۳۵۵ ه. ش.
۱۲. قانون حمایت از مخترع و مکتشف افغانستان؛ مصوب ۱۳۹۵ ه. ش.
۱۳. قانون حمایت از علایم تجارتي افغانستان؛ مصوب ۱۳۹۵ ه. ش.



جرایم علیه مالکیت هنری- ادبی از منظر نظام حقوقی افغانستان در فضای سایبر

احمد سایق حازم^۱

چکیده

حقوق مالکیت فکری یکی از اساسی‌ترین حقوق آفرینندگان آثار معنوی و فکری در علم حقوق به شمار می‌رود که توسط قانون باید از آن حمایت صورت گیرد. به خصوص آثار فکری و معنوی که در زندگی امروزی بشری با پیش‌رفت تکنالوژی به زودترین فرصت ممکن، به دست مردم در سراسر دنیا فقط با فشار دادن یک کلید می‌رسد که آن به نام فضای سایبر نامیده می‌شود. حقوق مالکیت‌های فکری شامل تمام پدیدآورندگانی می‌شود که با تراوش‌های فکری و زحمات ذهنی آثاری جدیدی را پدید آورده تا زیبا پسندان که انسان خطاب می‌شوند از آن استفاده کنند. لذا این حقوق با تمام ارزش‌مندی آن باید مورد حمایت قرار گرفته تا باشد ذهن انسانی فعال بماند و سبب گردد تا خلاقیت‌های جدیدی در زندگی بشری رقم خورد و این حمایت شامل حال تمام پدیدآورندگانی است که آثار هنری و ادبی را پدید می‌آورند. هم‌چنان باید بیان نمود که افرادی نیز با استفاده از فضای سایبر به حقوق پدیدآورندگان مالکیت‌های فکری تعدی و تجاوز نموده و از آثار آن‌ها برای سودجویی مادی و ضرر رساندن نیز استفاده می‌نمایند که این کار زمینه‌ساز دل‌سردی پدیدآورندگان این آثار گردیده و سبب شود تا هنر و ادب بشری که دارای قدامت بسا طولانی است را کد باقی مانده و پیش‌رفتی نداشته باشد. نوشته‌ی کنونی به بررسی حقوق مالکیت‌های معنوی در نظام حقوقی افغانستان پرداخته و مورد پژوهش و کاوش قرار دهد تا ره‌گشایی باشد، برای دارندگان این حق در مقام استیفای آن، چون در دنیای معاصر امروزی حقوق مالکیت معنوی یکی از حقوق اساسی و ارزشمند اتباع یک

^۱. دانش‌آموخته‌ی حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه خاتم‌النبین (ص)، کابل، افغانستان

۲-۱. مفهوم مجرم

مجرم، از اصطلاحات علم حقوق بوده و به معنای کسی است که فعلی مغایر با اوامر و نواهی قانون‌گذار مرتکب شود. برای تحقق یک جرم، فعل مجرمانه باید نتیجه اراده و خواست مجرم باشد و مجرم به نقض قوانین هم آگاه باشد؛ هم‌چنین مجرم باید جرم را مادتا مرتکب شده و یا به اجرای آن مبادرت ورزیده باشد. مجرم ممکن است به‌عنوان مباشر، شریک و یا معاون مرتکب جرم شود.

در نظام کیفری کلاسیک و قدیم تنها به جرم و مجازات توجه می‌شد و عامل وقوع جرم یعنی مجرم تا حد زیادی مورد شناسائی قرار نمی‌گرفت. از این رو در این نظام فاعل جرم، انسان یا حیوان بود فرقی نمی‌کرد و کودکان نیز هم‌چون افراد بالغ مسئول و قابل مجازات بودند.

به علاوه‌ی تسری مسؤولیت جمعی ناشی از جرم به اقوام و بستگان تا حدّ زیادی تعقیب و مجازات بزه‌کار را به فراموشی می‌سپرد؛ اما در حقوق جزای عصر ما، عامل وقوع جرم بر اثر پیش‌رفت‌های جرم‌شناسی، مورد توجه قرار گرفته و هر کس در قبال جرمی که مرتکب می‌شود، مسؤول شناخته می‌شود و مجازات نیز جنبه‌ی شخصی دارد. در نتیجه، بزه‌کار کسی است که مرتکب جرم شده یا در تحقق آن به طور مستقیم یا غیرمستقیم مداخله داشته است و به عبارت دیگر مجرم کسی است که فعلی مغایر با اوامر و نواهی قانون‌گذار مرتکب شود (ولیدی، ۱۳۸۲).

در قوانین کشورها از اشخاص حقوقی تعریفی نشده است، اصطلاح اشخاص حقوقی در زبان فارسی، در برابر اشخاص دیگر که طرف تعهد قرار می‌گیرد، از نظر مدنی مسؤولیت دارند. در این باره اختلافی بین حقوق‌دانان وجود ندارد که اشخاص حقوقی مسؤول دیون و تعهدات خود هستند و بستان‌کاران می‌توانند حقوق خود را هر نوع از اموال و دارایی‌های آن‌ها استیفا کنند؛ اما در مورد این اشخاص حقوقی نسبت به فعالیت‌های خود به ارتکاب جرم متهم و از نظر جزایی مسؤول شناخته شوند. بین حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. آنچه که مانع شناخت مسؤولیت جزایی برای اشخاص حقوقی می‌گردد این است که از نظر قضائی انتساب تقصیر به اشخاص حقوقی مقدور نیست. چون مسؤولیت جزایی مستلزم قبول تقصیر است؛ ولی شخص حقوقی که فاقد موجودیت عینی و ادراک و اراده‌ی ارتکاب جرم است، به علاوه‌ی اعمال کیفر از قبیل اعدام، مجازات‌های سالب آزادی محدود کننده‌ی آزادی و شلاق در مورد اشخاص حقوقی غیرقابل اجرا است. معهذا امروزه اشخاص حقوقی به عنوان یک واقعیت



قضایی جرایمی از قبیل کلاهبرداری، خیانت در امانت، احتکار، گرانفروشی، صدور چک‌های پرداخت نشدنی، انجام می‌دهند و ضرورت قانونی قبول مسؤولیت کیفری اشخاص حقوق را مطرح می‌نمایند (ولیدی، ۱۳۸۲).

۱-۳. مفهوم مجازات

مجازات یکی از قدیمی‌ترین ساخته‌های بشری است. مشکل بتوان جامعه‌ای را تصور کرد که برای ناقضین قوانین اعم از نوشته یا نانوشته نوعی تنبیه روا ندارد؛ زیرا اداره‌ی جامعه متکی به این قوانین است. به علاوه، در بیشتر مکاتب کیفر جایگاهی ثابت و قدیمی دارد. از بُعد مذهبی کسانی که علیه خدا یا خدایان مرتکب جرمی شوند باید منتظر مجازات جهان بالا باشند، حال یا در این دنیا و یا در صورت عدم تحقق، در آن دنیا.

نقطه‌ی مقابل مجازات، پاداش است و پاداش دادن به خاطر اعمال نیک شاید به میزان سزادهی اعمال بد دارای قدمت و ثبات باشد. با وجود این، کیفر دارای ویژگی خاصی است که اعمال آن را از دیدگاه فلسفی پیچیده می‌کند. حال آن که این مشکل در پاداش وجود ندارد. از آن جا که به لحاظ منطقی همه‌ی مجازات‌ها متضمن تحمیل درد و رنج بر مجرم است و طبع انسانی آن‌را نپسندیده و در شرایط عادی آن را انتخاب نمی‌کند، معمولاً اثری ناخوشایند بر مجازات شونده دارد؛ اما واقعیت آن است که برخی مجرمین کم و بیش و بسته به موارد مختلف، به مجازات خو می‌کنند.

این واقعیت اساسی مجازات، به‌طور مشخص موجب نگرانی منفعت‌گرایان است. توضیح این که: چون مجازات ناخوشایند بوده و موجب سلب منفعتی از مجرم است، در نگاه اول امر نامطلوب است، مگر این که نتایج به دست آمده از آن برای جامعه (مثل کاهش میزان جرم) به اندازه‌ی باشد که رنج حاصل از اعمال آن را توجیه کند. این نگرانی در بیان معروف بنتام آمده است که: «هر مجازاتی بد است و مجازات فی‌نفسه متضمن شر و بدی است».

به رغم نگرانی بنتام، بدیهی است که مجازات گزاره‌ی ثابت نیست تا ارباب قدرت به واسطه‌ی آن مرتکب ظلم بر زیردستان شوند. اگر این‌گونه باشد مجازات صرفاً نوعی ظلم و استبداد است که انتظار می‌رود با حرکت جامعه به سوی انصاف و مردم‌سالاری بیشتر، از بین



برود؛ اما از گذشته دور مجازات چیزی بیش از تحمیل رنج و درد ناخوشایند توسط حاکمان بوده است و همواره با اهداف حقوق و عدالت رابطه‌ی تنگاتنگ داشته است.

دست کم در موارد صحیح، مجازات چیزی نیست که بی جهت اعمال گردد. اصولاً افراد را به خاطر آن چه انجام داده‌اند، کیفر می‌دهند. معنای این مطلب آن است که تعیین مجازات به خاطر نقض قاعده یا قانون است؛ اما ورای این مطلب مفهومی گسترده نهفته است که اگر مجازات متناسب بوده و اعمال آن ناشی از سوء استفاده از قدرت نباشد، حق مجرم است. مفهوم دقیق «استحقاق» امر پیچیده‌ی است؛ اما غالباً بر این نکته تأکید می‌شود که برای مستحق بودن مجرم لازم است اولاً، با عمل ارادی خویش موجب اعمال مجازات نسبت به خود شده باشد و ثانیاً، این مجازات تا جایی که ممکن است، با جرم تناسب داشته باشد.

در این دیدگاه، ناخوشایندی مجازات انکار نمی‌شود بلکه این ناخوشایندی عادلانه توصیف می‌گردد. این دو ویژگی اساسی در مجازات، یعنی ماهیت ناخوشایند و فرض ارتباط آن با عدالت، نقش مهمی در غالب تحلیل‌های فلسفی داشته و در مباحث بعدی مد نظر خواهد بود.

دو توجیه متفاوت

مسأله‌ی مهمی که در مورد مجازات ذهن فیلسوفان را به خود مشغول کرده چگونگی توجیه اخلاقی آن است. در دیدی کلی از دو منظر کاملاً متفاوت می‌توان به این موضوع پرداخت. در دیدگاه آینده‌نگر یا غایت شناختی توجیه مجازات بر اساس تحصیل اهدافی در آینده است؛ اهدافی که انتظار می‌رود به واسطه‌ی تحمیل نوع خاصی یا به طور کلی هر مجازاتی، تأمین گردد. بننام در کتاب «اصول اخلاق و قانون‌گذاری» خود (۱۷۸۰) چنین دیدگاهی را توصیف می‌کند؛ اما منشأ این دیدگاه را باید در زمان افلاطون جست‌وجو کرد.

افلاطون در فصل ششم از کتاب «قوانین» اظهار می‌دارد: «افراد را نباید به خاطر اشتباه گذشته‌ی شان مجازات کرد؛ زیرا وقتی عملی انجام شد، نمی‌توان آن را به حالت اول برگرداند بلکه با دیدی به آینده، اعمال مجازات با هدف انزجار مجرم و دیگران از جرم به واسطه‌ی مشاهده‌ی مجازات انجام می‌گیرد. نقطه‌ی مقابل این نگرش دیدگاه گذشته‌نگر یا واپس‌گرا نسبت به مجازات است. مؤلفه‌های این دیدگاه تأکید بر مفاهیمی از قبیل استحقاق و تناسب



جرم و مجازات است. در این جا توجه به نتایج بعدی مجازات ملاک نیست بلکه تأکید بر خطایی است که مجرم انجام داده است.

۱-۴. مفهوم مالکیت فکری

بررسی برخی از محققان نشان گر آن است که این اصطلاح برای نخستین بار در سال ۱۹۶۷ در کنوانسیون تأسیس سازمان جهانی مالکیت فکری به عنوان اصطلاح عام برای اشاره به حوزه های مالکیت ادبی- هنری و مالکیت صنعتی به کار رفته است. با این حال قدمت کاربرد این واژه دست کم به ۱۵۰ سال می رسد، اگرچه تا پیش از انعقاد کنوانسیون و ریپو این اصطلاح، از هر لحاظ عمومیت استفاده و هم از جهت گستردگی موضوعی چندان قابل اعتنا نبوده است. به هر روی، بر خلاف خود واژه، مفهومی که از آن افاده می شود هر چند به اشکال بسیط تر آن، چنان که دیدیم، قدمتی طولانی دارد.

بسیاری از اسناد حقوقی موجود در مقام تصرف مالکیت فکری به بیان برخی از حقوق مورد نظر در مالکیت فکری یا احصای موضوعات مورد حمایت بسنده کرده اند. قوانین مربوط به شاخه های گوناگون مالکیت فکری نیز اگر تعریفی ارائه دهند، تعریف موضوعات مورد حمایت در شاخه ی مورد نظر مثل اثر ادبی اختراع یا طرح صنعتی و مانند آن ها است.

به نظر برخی از حقوق دانان عامل مهمی که شاخصه های اصلی مالکیت فکری را پیچیده تر می سازد، بنابراین ارایه ی تعریفی از آن را دشوارتر می کند. این است که رژیم های مالکیت فکری محصول مکاتب فلسفی و سنت های حقوقی گوناگون اند؛ به عنوان مثال واژه ی حق تکثیر یا کاپی رایت مربوط به نظام های کامن لایی است که حقوق مؤلفان را با به کار بردن واژگان اقتصادی هم چون حق باز نشر اثر یا حق انتشار اثر و مانند آن توصیف می کنند؛ اما در نظام های حقوق نوشته، حقوق مدنی بنیان حقوق مؤلف در حمایت از شخصیت او پی ریزی می شود. در این نظام ها حق به رسمیت شناخته شدن به عنوان خالق اثر و حق کنترل تغییر و بازنگری در اثر حقوق محوری و بنیادین مؤلف را تشکیل می دهند. از همین رو از نقطه نظر حقوق مالکیت فکری نظام کامن لا به نظام کپی رایت و نظام حقوقی مدنی به نظام مؤلف نام برده اند (خدمت گذار، ۱۳۹۱).



واژه‌ی حقوق مالکیت فکری یک واژه‌ی نو در حقوق افغانستان می‌باشد که قبلاً در قانون جزای ۱۳۵۵ صرف یک ماده به خاطر حمایت از حقوق معنوی ذکر گردیده به نام تجاوز بر حقوق مالکیت معنوی که جزای آن مبلغ ۱۲۰۰۰ افغانی جزای نقدی تعیین نموده است و به طور صریح و واضح در مورد تجاوز بر حقوق مالکیت فکری به نظر نمی‌رسد که یکی از کاستی‌های همان قانون بوده و فعلاً مواد قانونی و قوانین مشخصی در مورد مالکیت‌های فکری «معنوی» موجود می‌باشد و هم‌چنان کتاب‌های هم در این زمینه چاپ و نشر گردیده که این پدیده‌ی نو آهسته، آهسته در بین اجتماع و جامعه برای خود جایگاه تعیین نموده است.

۱-۵. مفهوم حق مالکیت فکری

حق مالکیت معنوی به معنای خاص یا مالکیت فکری عبارت است از «رابطه‌ی حقوقی موجود بین اثر فکری یا آفرینه‌ی ذهنی و پدیدآورنده‌ی آن که به موجب قانون، صاحب، اثر، حق بهره‌برداری مالی و معنوی از آن را پیدا می‌کند».

این رابطه یا سلطه‌ی قانونی سبب می‌شود که صاحب اندیشه ابراز شده، بتواند به نحوی انحصاری از آن بهره‌ی مادی یا مالی برده و یا بهره‌برداری از آن را به دیگری واگذار کند؛ ولی در کنار این امتیاز مادی حق معنوی دایمی نیز برای وی به وجود خواهد آمد که این حق قابل واگذاری و انتقال به غیر نیست.

گرچه در مورد مالکیت معنوی «فکری» در ارتباط با مالکیت مادی، مورد بررسی قرار گرفته است؛ ولی با توجه به موضوع و خصوصیات حق مالکیت فکری، ضرورت دارد که از مالکیت فکری یا ادبی و هنری به طور اختصاصی و جداگانه، تعریف شود و آنرا امری تکراری و بیهوده ندانیم؛ زیرا موضوع حق مالکیت ادبی و هنری پدیده‌ها یا آفرینه‌های فکری است که از اندیشه و تراوش ذهنی انسان‌ها پدید می‌آید و سایر حقوق مالی و غیرمالی یا امتیازات مالی را در بر می‌گیرد. به تعبیر دیگر، عوامل اساسی و ساختاری حق مالکیت ادبی یا فکری و هنری تراوشات ذهنی و فکری انسان‌ها است که به شکل آفرینه‌ی ذهنی یا اثر فکری ابراز می‌شود و با شخصیت پدیدآورنده‌ی اثر از نظر روحی، روانی و سایر خصوصیات فکری وی، وابستگی داد و به نوعی منش و حیثیت او است که با اموال مادی و حتی با آن دسته از حقوق مالی غیرمادی مثل حق

کسب و پیشه و امثال آن تفاوت فاحش دارد؛ زیرا این گونه اموال و حقوق مالکیت با شخصیت مالک هیچ گونه ارتباط معنوی و وابستگی روانی ندارد.

مالکیت فکری با مالکیت ادبی و هنری با این که در مقایسه و مقابله با مالکیت مادی، بسیار جوان و پدیدنی نوپا است، که سابقه‌ی وجودی چندان زیادی ندارد؛ ولی با توجه به ارزش مادی و اعتبار معنوی آن جایگاه خاصی پیدا کرده است، به نحوی که بخش مهمی از حقوق مدنی، اقتصادی و سیاسی جهان را به خود اختصاص داده و ارزش و اعتبار بین‌المللی قابل توجهی پیدا کرده است (امامی، ۱۳۹۰).

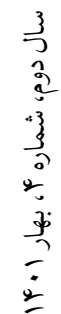
حق مالکیت فکری که در برگیرنده‌ی هر دو بُعد مادی و معنوی مالک اثر می‌باشد که این حقوق انحصاری صاحب اثر است که بخش مادی یا مالی آن را می‌تواند به غیر انتقال یا واگذار نماید و بخش معنوی یا غیرمالی آن را نمی‌تواند برای کسی انتقال دهد و قابل انتقال نیست. به نظر نویسندگی این تحقیق ورثه‌ی مالک اثر می‌تواند از افتخار اثر بهره‌مند شوند که این خود یک نوع حق معنوی است؛ مثال یک اختراع بزرگ در عرصه‌ی صنعت یا در مورد تألیف یک اثر اگر خود مالک اثر وفات نماید ورثه‌ی آن بر علاوه‌ی استفاده از امتیاز مالی آن از افتخارات معنوی آن نیز مستفید می‌شود.

۱-۶. مفهوم حقوق ادبی و هنری

حقوق مالکیت ادبی و هنری اصطلاحی است که از انحصار مؤقت بهره‌برداری مالی متعلق به هنرمند یا نویسنده نسبت به اثر او حکایت دارد. هم‌چنین در مفهوم وسیع کلمه شامل تمامی حقوق مادی و غیرمادی شناخته شده برای پدیدآورنده‌ی یک اثر فکری است.

اگر بخواهیم به طور تفکیک هر یک از این حقوق را تعریف کنیم مالکیت ادبی عبارت است از حقی که برای مؤلف و مصنف نسبت به اثر خود شناخته شده، اعم از این که جنبه‌ی علمی یا صرف ادبی داشته باشد و مالکیت هنری عبارت است از حق هنرمند نسبت به اثر خود او است.

تعاریف ارائه شده فقط آثار ادبی و هنری را در بر می‌گیرد و شامل اجرا کنندگان آثار یا اجرا کنندگان و سایر دست‌اندرکاران محصولات فرهنگی نمی‌شود؛ ولی در اصطلاح حقوقی به‌ویژه در حقوق فرانسه در برخی از کشورهای حقوق نوشته، حقوق مالکیت ادبی و هنری خود شامل



دو مقوله از حقوق است؛ از یک سو حق مؤلف یا حقوق پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری و از سوی دیگر حقوق مجاوره از آن به حقوق «جانبی» یا «حقوق مرتبط» هم یاد می‌شود. در این مفهوم حق مؤلف عبارت است از مجموعه امتیازات مادی و معنوی شناخته شده برای مؤلفان آثار فکری و حقوق مجاور عبارت است از مجموعه‌ای امتیازات شناخته شده برای مددکاران آفرینش‌های ادبی و هنری که شامل هنرمندان، مجری «هنرمندان مجری اثر یا مجریان»، تولیدکنندگان فنوگرام، آوانگاشت‌ها و ویدیوگرام (زرکلام، ۱۳۸۶).

در زمینه باید یادآور گردید که فرق بین مؤلف و مجاور در این است که مؤلف تولیدکننده‌ی اثر است چه اثر نوشتاری باشد و چه اثر ابتکاری یا اقر فنی باشد؛ ولی مجاور اجرا کننده است که آن را اجرا می‌کند؛ مثال شاعر شعر را سروده و اجرا کننده‌ی آن را تبدیل به آهنگ می‌کند یا دکلمه می‌کند که هر کدام از خود حقوق و امتیاز جداگانه دارد. مؤلف و مجاور حقوق جداگانه دارد، اگرچه در بعضی کشورها حقوق مجاور را به صفت حقوق مستقل شناخته است؛ مثال بلژیک و چین این کشورها به‌عنوان رقابت نامشروع شناخته است.

در فرانسه حقوق مجاور را حقوق جداگانه شناخته است؛ یعنی تفکیک بین حقوق مؤلف و مجاور قائل شده است ولی در بعضی کشورها مثال انگلیس، ایتالیا، مالیزیا تفکیک بین حقوق مجاور و مؤلف قائل نشده است.

۷-۱. مفهوم فضای سایبر

از لحاظ لغوی در فرهنگ‌های مختلف سایبر (Cyber) به معنای مجازی و غیر ملموس و مترادف با لغت انگلیسی Virtual است که با توجه به گستردگی مفهوم سایبر و اطلاق آن به تمام افعال و اقدامات واقع شده در محیط شبکه‌های بین‌المللی از جمله اینترنت و بی‌شمار بودن مصادیق سایبر به توصیه‌ی متخصصان و دانشمندان صاحب نام این رشته، یافتن لغت معادل یا ترجمه‌ی آن به زبان‌های دیگر، به دلیل مفهوم لغوی این واژه در سطح بین‌المللی، مجاز نیست چرا که ممکن است دایره‌ی شمول و مفهوم آن را محدود کند؛ به همین دلیل برگردان آن به فارسی نیز کمی مبهم است؛ سایبر یعنی علم فرمان، یعنی هوش مصنوعی و شاید از نظر اهل فن یعنی دنیای صفر و یک.

از محیط سایبر (Cyber Space) نیز تعاریف گوناگونی به عمل آمده است که می‌توان در مجموع محیط سایبر را چنین تعریف کرد. محیط مجازی و غیر ملموس موجود در فضای



شبکه‌های بین‌المللی که در این محیط تمام اطلاعات راجع به روابط افراد، فرهنگ‌ها، ملت‌ها، کشورها و به‌طور کلی هر آن‌چه در کره‌ی خاکی به‌صورت ملموس و فیزیکی وجود دارد، در یک فضای مجازی به شکل دیجیتالی وجود دارد و قابل استفاده و دسترسی استفاده‌کنندگان و کاربران است و از طریق کامپیوتر، اجزای آن و شبکه‌های بین‌المللی به هم مرتبط هستند.

۸-۱. مفهوم جرم سایبری

جرایم سایبری گونه‌ای از جرایم اینترنتی هستند که شامل جرم‌هایی هستند که در محیط سایبری به وجود می‌آیند.

جرایم سایبری گونه‌ای از جرایم اینترنتی هستند که شامل جرم‌هایی هستند که در محیط سایبری به وجود می‌آیند. محیط سایبری که یک محیط مجازی است و به‌ویژگی محیط سایبری، به طوری که کاربران می‌توانند به هر گونه‌ی خدمات اطلاعاتی الکترونیکی در سراسر دنیا دست‌یابی پیدا کنند و چگونگی ایجاد جرایم که در فضای سایبری کپی عین اصل است و گونه‌های مجرمین محیط سایبری شامل هکرها، کرکرها، فریک‌های تلفن و گونه‌های جرم‌های ممکن با نام سایبر کرایم و در مورد جرم آینده با نام تروریسم سایبر که مانند تروریست‌های معمولی دارای انگیزه‌های سیاسی برای ارتکاب جرایم هستند و همچنین بحران سازه‌های سایبر شامل ویروس‌ها، عنکبوت‌های موتورهای جستجو و پالس‌های الکترومقناطیسی، کرم‌ها و بمب‌های منطقی و در مورد پلیس سایبر که مطابق با خاص بودن جرم‌های سایبر، نیاز به آموزش‌های خاص دارند.

۲. پیشنهاد جرم‌انگاری جرایم سایبری در افغانستان

جرایم سایبری به جرایمی گفته می‌شود که توسط تکنولوژی ارتباطی پیش‌رفته و ترفندهای آن در فضای مجازی متشکل از ارتباطات اینترنتی و کامپیوتری انجام شود. مبارزه با این جرایم مستلزم برداشتن گام‌های قانونی و ایجاد مسؤولیت کیفری برای آن از سوی دولت‌ها و نهادهای قانون‌گذاری است.

در افغانستان نیز با توجه به پیش‌رفت تکنولوژی و وسایل ارتباطی نوین از وجود چنین جرایم نمی‌تواند انکار کرد و به همین منظور کد جزای جدید افغانستان که در سال ۱۳۹۶ به تصویب رسیده جرایم سایبری را تعریف و برای برخی از آن‌ها مجازات تعیین کرده است.



دسترسی غیرمجاز به سیستم یا اطلاعات کمپیوتری (هک)، تروریزم سایبری، جنگ سایبری، جاسوسی سایبری، سوءاستفاده از هویت و افشای معلومات، سرقت سایبری و انترنتی، توريد و استفاده‌ی وسایل تکنولوژی ممنوعه، فریب‌کاری و تزویر الکترونیکی، افشای اسرار شخصی، افشای رمز دسترسی، ره‌گیری سایبری و دسترسی تغییر یا از بین بردن غیرمجاز سیستم یا اطلاعات برنامه‌ی کمپیوتری از زمره‌ی جرایم سایبری است که در کد جزای افغانستان مجازات آن تعریف شده است.

در این قانون برای جرایم یاد شده حبس قصیر، متوسط، طویل، جبران خساره و جریمه نقدی تعیین شده است. تعیین حداقل و حداکثر مجازات برای مرتکبان جرایم سایبری با ذکر برخی شرایط و حالات در نظر گرفته شده است.

در ماده‌ی ۸۵۲ کد جزا آمده است: «شخصی که به‌صورت غیرمجاز به سیستم، برنامه یا اطلاعات کمپیوتری متعلق به دیگری، دسترسی حاصل کند، به حبس قصیر محکوم می‌شود. شخصی که بر اثر ارتکاب جرم مندرج فقره‌ی ۱ این ماده‌ی ضرر جسمی، مالی یا معنوی به شخص یا اشخاص وارد کند، علاوه به جزای مندرج فقره‌ی ۱ این ماده، به جزای جرم مرتکبه نیز محکوم می‌شود.

به‌همین ترتیب، تزویر الکترونیکی و فریب‌کاری الکترونیکی نیز به‌عنوان جرایم سایبری شمرده شده و برای مرتکب آن، حبس متوسط یا جزای نقدی از ۶۰ هزار تا ۳۰۰ هزار افغانی در نظر گرفته شده است.

۱-۲. افشای اسرار شخصی

افشای اسرار شخصی دیگران بدون رضایت، از طریق وسایل کمپیوتری و نشر آن در فضای سایبری جرم است و در صورتی که متضرر در نهادهای عدلی و قضایی شکایت درج کند، مرتکب تحت تعقیب عدلی قرار می‌گیرد.

در این خصوص، فقره‌ی ۱ ماده‌ی ۸۶۸ کد جزا بیان می‌کند: «شخصی که به وسیله‌ی سیستم کمپیوتری یا مخابراتی، صوت یا تصویر یا فلم خصوصی دیگری را بدون رضایت و علم او در فضای سایبر منتشر کند یا در دست‌رس دیگران قرار دهد به‌نحوی که منجر به ایجاد ضرر



مادی یا معنوی یا هتک حیثیت وی شود، به حبس متوسط تا دو سال یا جزای نقدی از ۶۰ هزار تا ۱۲۰ هزار افغانی محکوم می‌گردد.

این ماده هم‌چنین تصریح کرده در صورتی که شخصی، صوت، عکس یا فلم پس از تغییر، تحریف و یا آگاهی از تغییر و تحریف را منتشر کند، به حبس متوسط بیش از سه سال یا جزای نقدی ۶۰ تا ۱۸۰ هزار افغانی محکوم می‌گردد.

۲-۲. فعالیت‌های تعصب‌آمیز و اهانت به ادیان در فضای مجازی

فعالیت‌های تعصب‌آمیز در فضای سایبر و نیز اهانت به ادیان در این فضا به‌عنوان جرم شناخته می‌شود و کد جزا برای مرتکب این اعمال مجازات در نظر گرفته است.

در ماده‌ی ۸۷۰ کد جزا آمده است که هرگاه شخصی با استفاده از وسایل کمپیوتری یا اینترنتی با نشر نوار صوتی تصویری یا نوشته در فضای سایبر تعصبات قومی، مذهبی، دینی و زبانی یا سمتی را در جامعه دامن بزند، به حبس قصیر محکوم می‌شود و هرگاه این جرم منجر به خشونت، ایجاد نفرت یا موجب شورش میان شهروندان کشور شود، مرتکب به حبس متوسط محکوم می‌شود.

ماده‌ی بعدی این قانون نیز به جرم‌انگاری و مجازات اهانت به ادیان در فضای سایبر پرداخته است. در این ماده از قانون جزا آمده است که شخصی که از طریق فضای سایبر به ادیان و مذاهب اسلامی موجود در کشور توهین کند، به حبس متوسط محکوم می‌شود.

۳-۲. پورنوگرافی

کد جزای افغانستان تولید، پیشکش، نشر در فضای سایبر و نگهداری پورنوگرافی را جرم پنداشته و برای مرتکب آن مجازات متوسط و مجازات نقدی در نظر گرفته است. در صورتی که جرم از شرایطی که توسط قانون تعیین شده برخوردار باشد، حالت مشدد بر آن تطبیق می‌شود.

هرگاه فردی اعمال فوق را انجام دهد براساس ماده‌ی ۸۷۴ قانون جزا به حبس متوسط تا دو سال یا جزای نقدی از ۶۰ هزار تا ۱۲۰ هزار افغانی محکوم می‌شود. بر بنیاد فقره‌ی ۴ این ماده هرگاه هدف از نشر پورنوگرافی در فضای سایبر ترغیب طفل به فعالیت‌های جنسی باشد، مرتکب به حداکثر مجازات این ماده محکوم می‌شود و هرگاه این جرم به هدف تحقیقات علمی، طبی یا طبق حکم قانون صورت گرفته باشد، قابل تعقیب عدلی نمی‌باشد.



۴-۲. تروریسم، جاسوسی و جنگ سایبری

در ماده‌ی ۸۶۳ کد جزا به تروریسم سایبری اشاره شده و در آن آمده است شخصی که با استفاده از سیستم یا اطلاعات کمپیوتری، مرتکب جرایم تروریستی شود، به جزای جرم تروریستی مندرج این قانون محکوم می‌شود. جرایم تروریستی در این قانون چنین تعریف شده است: «شخصی که یکی از اعمال مندرج این فصل را علیه دولت جمهوری اسلامی افغانستان یا دولت خارجی یا هر شخص و نهاد دیگری به منظور بی‌ثبات ساختن نظام دولت جمهوری اسلامی افغانستان یا دولت خارجی یا سازمان بین‌المللی انجام دهد، مرتکب جرم تروریستی شده مطابق احکام مندرج این فصل مجازات می‌شود».

جاسوسی سایبری، بخش دیگری از جرایم سایبری است که در کد جزا جرم‌انگاری شده است. در این قانون در خصوص جرایم سایبری آمده که شخصی که به صورت غیرقانونی وارد سیستم کمپیوتری حاوی اطلاعات سری شود و به آن دسترسی یابد یا این اطلاعات را در دست‌رس دولت‌ها، سازمان‌ها، شرکت‌ها یا گروه‌های خارجی یا عاملان آن‌ها قرار دهد، به جزای جرم خیانت ملی و جاسوسی مندرج این قانون محکوم می‌شود. اطلاعات سری در این قانون، اسرار مربوط به حاکمیت ملی، تمامیت ارضی یا امنیت ملی کشور خوانده شده که به عنوان «اسرار دولتی» شناخته می‌شود.

جنگ یا حمله‌ی سایبری به منظور تخریب مناسبات دولت افغانستان با دیگر کشورها یا سازمان‌ها، اخلال نظم عامه و یا ضرر وارد کردن به جان و مال دیگر طوری که منازعات مسلحانه در پی داشته باشد، نیز بر بنیاد کد جزا جرایم سایبری عنوان می‌شود که برای مرتکب آن، جزای جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی مندرج این قانون در نظر گرفته شده است.

برای جرایم سایبری ذکر شده در این قانون، حالات مشدد نیز در نظر گرفته شده و شرایط آن شامل این موارد می‌شود: «ارتکاب جرم با استفاده از وظیفه، نفوذ یا موقف، ارتکاب به قصد نفوذ بالای موظف خدمات عامه، با از بین بردن تدابیر امنیتی سیستم کمپیوتری و وارد کردن ضرر بیش از یک میلیون افغانی یا به دست آوردن این مقدار در نتیجه‌ی ارتکاب جرم».

ماده‌ی ۸۷۹ قانون جزا هم‌چنین برخی شرایط را برای معافیت از تعقیب عدلی ارتکاب این جرایم بیان کرده است. بر بنیاد این ماده «شخصی که از طریق نوشتار، گفتار، تصویر یا هر



وسیله دیگری در فضای سایبر از دولت یا سایر نهادها و اشخاص با رعایت احکام قانون رسانه‌های همگانی یا سایر قوانین انتقاد کند، تحت تعقیب عدلی قرار نمی‌گیرد».

اطلاع دادن از جرم یا جنحه، جلوگیری از ارتکاب آن، اجازتی صاحب معلومات به افشای آن و تأمین منافع عامه از دیگر شرایطی است که مرتکب تحت تعقیب عدلی قرار نمی‌گیرد.

از طرفی هم طرح قانون سایبری از سوی وزارت عدلیه برای سال ۱۳۹۹ برنامه‌ریزی شده و انتظار می‌رود با طرح این قانون و در نهایت تصویب و انفاذ آن، فعالیت در فضای مجازی در کشور قانون‌مندتر شود و جلو جرایم و تخلفات سایبری بیش‌تر گرفته شود.

با همه‌ی این‌ها مقام‌های وزارت مخابرات و تکنولوژی با آن‌که در مورد مصوونیت سیستم‌های الکترونیکی کشور نگرانند؛ اما می‌گویند، به خاطر جلوگیری از دسترسی و دستبرد به اسناد محرم الکترونیکی، حکومت برنامه‌های را به اجرا گذاشته است.

وزارت مخابرات و تکنولوژی معلوماتی در سال ۲۰۰۹ نخستین تیم عکس‌العمل سریع سایبری افسرت (AFCERT) را در افغانستان ایجاد نمود تا بتواند از وقوع حملات سایبری جلوگیری نماید. آن طوری‌که اعزازالله سایر زلاند، سخنگوی وزارت مخابرات می‌گوید، تیم عکس‌العمل‌های سریع سایبری در بخش‌های مختلف جرایم الکترونیکی فعالیت می‌کند: «از جمله تحقیق جرایم سایبری، تفتیش سایبری، آگاهی از خطرات سایبری». هدف از ایجاد این تیم این بوده که آگاهی و خدمات امنیت سایبری را به سکتور حکومتی و خصوصی فراهم کند.

به‌همین دلیل به گفته مقام‌های وزارت مخابرات، پس از تشکیل این اداره، نزدیک به ۱۵۰ قضیه جرایم اینترنتی پی‌گیری و به آن رسیده‌گی شده است. به گفته‌ی این وزارت، هک کردن ویب‌سایت‌ها، دسترسی به حساب‌های بانکی و انتقال غیرقانونی پول از یک حساب به حساب دیگر، بخشی از جرایم اینترنتی است که دولت افغانستان هرازگاهی با آن روبه‌رو می‌شود.

در کنار این تلاش‌ها، حکومت افغانستان به خاطر مبارزه علیه جرایم سایبری و کنترل فضای سایبر کشور جرایم سایبری را برای نخستین‌بار سال گذشته شامل کود جزا کرد. هدف بود تا با جرم‌انگاری این پدیده، میزان جرایم سایبری در کشور کاهش یابد.

امان ریاضت، سخنگوی وزارت عدلیه می‌گوید، در کود جزای افغانستان در باب دوم، فصل اول، احکامی زیادی در مورد جرایم سایبری وجود دارد که جرایم سایبری را جرم‌انگاری شده و مجازات در نظر گرفته شده است: «برای این که جرایم سایبری حالاتش مشخص شود، تعریف

واضح، مشخص و تخنیکی از آن صورت بگیرد، طرح قانون سایبری در وزارت عدلیه زیر کار قرار دارد. به این دلیل که به لحاظ تخنیکی این طرح تقویت شود و در مخالفت با سایر اسناد تقنینی نافذ و کنوانسیون‌های بین‌المللی نباشد، وزارت عدلیه آن را تدقیق می‌کنند». او در ادامه گفت: «که طرح قانون جرایم سایبری در حال حاضر در کود جزای افغانستان، احکام جزایی که برایش در نظر گرفته شده نافذ است و جنبه‌ی اجرایی دارد».

۳. پیشنهاد جرایم سایبری در افغانستان

با آن‌که تاریخ دقیق از اولین جرم سایبری محض در افغانستان موضح نیست؛ ولی بحث جرایم سایبری در افغانستان ابتدا در دهه‌ی ۱۳۸۰ مطرح گردیده است. اولین جرم سایبری محض، رخنه‌گری یا دسترسی غیرمجاز هک کردن به وبسایت شورای امنیت ملی کشور اوایل ماه مارچ سال ۲۰۱۲ از سوی رخنه‌گرها یا هکرهای ۲ منسوب به گروه القاعده بود. هکرها این وبسایت را در کنترل خود گرفتند و عکس اسامه بن لادن را در صفحه اول آن قرار دادند.

به تاریخ ۲۵ نوامبر سال ۲۰۱۶ وبسایت شورای امنیت افغانستان به وسیله‌ی گروهی سایبری که خود را موسوم به ارتش سایبری هزارستان یاد می‌کنند، مورد حمله دسترسی غیرمجاز (هک) قرار گرفته و برای مدتی تصاویر حنیف اتمر مشاور پیشین امنیت ملی افغانستان، معصوم استانکزی رئیس پیشین امنیت ملی، گل نبی احمدزی فرمانده پیشین گارنیزون کابل و عبدالرحمن رحیمی فرمانده پیشین پولیس کابل را توأم با بیرق داعش در صفحه‌ی شورای امنیت قرار داده بودند، سیستم و ارتباطات شبکه‌ی اینترنتی سرور شورای امنیت را غیرفعال ساخته بودند.

حمله‌ی سایبری دسترسی غیرمجاز (هک) بالای حساب کاربری تویتر داکتر عبدالله عبدالله رئیس اجرائیه افغانستان نمونه‌ی دیگر از حملات سایبری در افغانستان به حساب می‌رود.

در سال ۱۳۹۲ یک کارمند بانک خصوصی عزیزی به تاریخ ۱۳ ماه ۶ نام شگوفه به تضمین یکی از رؤسای این بانک در این بانک به کار شروع نموده بود، در تبانی با یکی از شرکای جرمی‌اش در خارج مبلغ یک میلیون و یک صد هزار دالر امریکایی را به حساب یکی از نزدیکانش به گونه‌ی غیرقانونی انتقال داد، که لوی حارنوالی افغانستان نیز این رویداد را تأیید نمود.



بر علاوه ی تاکنون وبسایت‌های، وزارت خارجه‌ی کشور، بانک مرکزی، ارگان‌های محل، وبسایت ولایت بلخ و چندین وبسایت دولتی دیگر و هم‌چنان وبسایت موسسه‌ی اکبر، بانک‌های خصوصی در سال گذشته هک شده بودند و در محتوای این وبسایت‌ها تغییراتی آورده شده‌اند. پیشرفت تکنولوژی، علم و دست‌یابی بشر به فناوری اطلاعات و استفاده از کامپیوتر و پیدایش دنیای مجازی دارای پیامدهای مثبت و منفی فراوانی برای بشر بوده است. از جمله پیامدهای منفی آن، پیدایش جرایم سایبری بوده است.

در مورد جرایم سایبری تعاریف متعددی ذکر شده است که به تعدادی از این تعاریف ذیلاً اشاره می‌شود. پولیس جنایی فدرال آلمان در تعریفی از جرایم کامپیوتری (سایبری) این چنین اعلام داشته است.

جرم کامپیوتری در برگیرنده‌ی همه‌ی اوضاع و احوال و کیفیاتی است که در آن شکل‌های پردازش الکترونیک اطلاعات، وسیله‌ی ارتکاب و یا هدف یک جرم قرار گرفته است و مبنای برای نشان دادن این ظن است که جرمی ارتکاب یافته است. شورای اروپا در سال ۱۹۸۹ در گزارش کاری یکی از متخصصان هر فعل مثبت غیر قانونی چنین تعریفی ارائه کرده است که کامپیوتر، ابزار یا موضوع جرم باشد. به عبارت دیگر هر جرمی که ابزار یا هدف آن تاثیرگذاری بر عمل کرد کامپیوتر باشد.



نتیجه‌گیری

۱. بعد از انجام پژوهش "جرایم علیه مالکیت هنری-ادبی در فضای سایبر از منظر نظام حقوقی افغانستان" نتایج ذیل به‌دست آمده است؛
 ۱. مالکیت‌های فکری دارای قدامت طولانی بوده که ابتدایی آن به زمان زندگی انسان‌های اولیه بر می‌گردد؛
 ۲. مالکیت‌های فکری همانند سایر موارد بشری متمدن شده و روز به روز در حال پیش‌رفت و گسترش است؛
 ۳. حقوق مالکیت‌های فکری امروزه همانند سایر حقوق بشری مورد حمایت حقوقی و قانون‌گذاران در تمام کشورهای جهان قرار گرفته است؛
 ۴. حقوق مالکیت‌های در افغانستان همانند سایر کشورهای جهان مورد حمایت قانون قرار گرفته و در قوانین نافذه کشور مورد توجه قرار گرفته است؛
 ۵. بررسی مفاهیم مرتبط به مالکیت‌های فکری بیان‌گر این است که مالکیت‌های معنوی دارای شاخص‌ها و مؤلف‌های خاص و منحصر به فرد در حیطه‌ی سایر موضوعات و قواعد حقوقی است.
 ۶. ممکن است از مالکیت‌های فکری به ابعاد گوناگون در فضای سایبر استفاده است و نفع مادی از آن برده شود؛
 ۷. نفع بردن از مالکیت‌های فکری در فضای سایبر می‌تواند جوانب منفی نیز داشته باشد که سبب ایجاد ضررهای مادی و معنوی به صاحب این آثار گردد؛
 ۸. جرایم علیه مالکیت‌های فکری در فضای سایبر به سادگی و آسان‌ترین روش‌ها قابلیت ارتکاب را دارند؛
 ۹. جرایم علیه مالکیت فکری مانند سایر قواعد حقوقی مبتنی بر نظریات و مکاتبات حقوقی استوار است؛
 ۱۰. جرایم علیه مالکیت‌های معنوی (هنری-ادبی) دارای مصادیق مختلف در عرصه‌ی ارتکاب است؛
 ۱۱. مجازات‌های جرایم علیه مالکیت‌های معنوی (هنری-ادبی) مبتنی بر مصادیق آن قانون‌گذاری شده است؛
 ۱۲. برای جرایم علیه مالکیت‌های فکری مجازات‌های در قوانین جزایی کشور مخصوصاً کود جزا پیش‌بینی شده است؛ ولی این مجازات‌ها بسنده و در حد این جرایم نیستند.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم
۲. امامی؛ اسدالله، حقوق مالکیت صنعتی، نشر میزان، تهران: ۱۳۹۰.
۳. خدمت‌گزار؛ محسن، فلسفه‌ی مالکیت فکری، نشر میزان، چ ۲، تهران: ۱۳۹۱.
۴. زرکلام؛ ستار، قراردادهای مرتبط با انتقال حقوق مادی نرم‌افزار، مجله‌ی حقوقی و قضایی دادگستری، تهران: ش ۵۹، تابستان ۱۳۸۶.
۵. ولیدی؛ محمد صالح، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، انتشارات خورشید، تهران: ۱۳۸۲.



شرایط قصاص نفس از منظر فقه حنفی و جعفری

قاسم احمدی^۱

چکیده

یکی از شیوه‌های رایج و سنتی مجازات قتل عمد، مقابله به مثل یا قصاص است که با رعایت شرایط و ضوابط مخصوص در جنایات علیه تمامیت جسمانی به کار گرفته می‌شود. در فقه اسلامی برای احقاق حقوق قربانی و متهم در جرم قتل عمد، شرایطی برای اجرای مجازات قصاص نفس در نظر گرفته شده است که فقدان هر یکی از آن‌ها می‌تواند مانع اجرای قصاص گردد که بررسی مجازات قصاص و شرایط تحقق قصاص لازم و ضروری و دارای اهمیت فوق العاده است که در کلیت این شرایط، بین فقه‌های مذاهب اسلامی تقریباً اتفاق نظر وجود دارد که از جمله‌ی این شرایط، مکلف بودن قاتل، تساوی در آزاد و برده بودن قاتل و مقتول، تساوی در دین، تساوی در جنسیت، نبود رابطه ابوت و محقون الدم بودن مقتول، اراده و اختیار قاتل، همچنان شرایط دیگری را نیز فقها برای اجرای حکم قصاص بیان نموده‌اند؛ مانند: تقاضای ولی دم، اذن گرفتن از ولی امر یا حاکم شرعی قتل با مباشرت صورت گیرد و آلهی قتاله باشد، معلوم بودن ولی دم، اجرای قصاص ممکن باشد یعنی مواجه به موانع شرعی و قانونی نشود، را می‌توان نام برد؛ اما در جزئیات این شرایط و ضوابط خاص، بین فقه‌های مذاهب اسلامی از جمله بین فقه‌های حنفی و جعفری، اختلاف به نسبت ملموسی وجود دارد که ناشی از مبانی و اصول فقهی می‌باشد که همه نیازمند توجه و بررسی و تبیین است که در قسمت سوم این تحقیق بحث در رابطه به احکام و آثار قصاص نفس می‌باشد که از دیدگاه فقه حنفی و جعفری تبیین و بررسی صورت می‌گیرد. این مجموعه در طی یک مبحث قرار داده شده مانند؛ قصاص از زمره حقوق است، مشروعیت قصاص، با ادله‌ی اربعه ثابت شده، تفاوت قصاص با حدود و دیات، تفاوت قصاص بین زن و مرد، حفظ مماثلت در اجرای قصاص و در مبحث آخر آثار قصاص بحث شده مانند: اثر اجتماعی مانند؛ تأمین عدالت، حفظ و امنیت اجتماعی، حفظ حیات انسانی و

^۱. دانش‌آموخته‌ی حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه خاتم النبیین (ص)، کابل، افغانستان.

اثر فردی اجرای حکم قصاص در جامعه مانند: باز داری از قتل، تقوی، اصلاح و تربیت و پیشگیری از انتقام فردی یا تشفی مجنی علیه یا اولیای دم، مهم‌ترین آثار و هدف تشریع قصاص نفس، ابقا زندگی و حیات بشر است و در نهایت نتیجه‌ی کلی مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

کلیدواژه‌ها: قصاص، نفس، قتل، مهدور الدم، قاتل، مقتول، حق و شرایط.

مقدمه

حفظ جان و تمامیت انسان، از دیر زمان مورد توجه بشر بوده و یکی از ضروریات نزد تمام ادیان می‌باشد، به طوری که در تمام تعالیم ادیان آسمانی؛ یهود و مسیحیت، به حفظ جان انسان توجه کرده و عقوبات شدید، لایتغیر و کاملاً جدی را برای متجاوزان به تمامیت جسمانی انسان در نظر گرفته‌اند.

دین اسلام که به عنوان آخرین و کامل‌ترین ادیان، از سوی خداوند برای هدایت بشر و ایجاد یک زندگی مطلوب و توأم با آرامش، امنیت و عدالت، فرستاده شده، به این نکته مهم توجه داشته و بارها بر آن تاکید کرده است. از طرف دیگر، خداوند متعال انسان را موجود مختار و آزاد خلق کرده است و هر عملی که خلاف شأن و منزلت انسان باشد، زشت و نا پسند شمرده می‌شود و نپذیرفتن ذلت و آسیب زدن به دیگران، همواره در سیرت تمام انسان‌ها مذموم شناخته می‌شود و عقوبت هر عملی مانند؛ کشتن و قطع اعضاء و جوارح انسان محقون الدم، مجازات قصاص است.

در فقه اسلامی نیز بر اساس آیات و روایات و اجتهادهای فقها، باب مفصل و دقیقی در خصوص احکام، آثار قصاص نفس، شرایط، و کیفیت اجرای آن آمده است که در این خصوص نیز مثل سایر ابواب فقهی، اختلاف‌های نسبتاً قابل ملاحظه‌ای بین فقها وجود دارد و ناشی از اختلاف در مبانی فقهی و اصولی در مذاهب اسلامی می‌باشد.

از جمله مباحث مهم در بحث قصاص نفس، شروط قصاص نفس، احکام، آثار و کیفیت، تفاوت است که با توجه به تفاوت دیدگاه‌های جزئی فقهی در این زمینه و همچنین به منظور اجتناب از طولانی شدن بحث، دیدگاه‌های مذهب حنفی و امامیه به صورت مقارن در این خصوص مورد بررسی قرار می‌گیرد.



۱. مفاهیم

در این بخش از تحقیق، مفاهیم و عناوین کلی، که در موضوع تحقیق وجود دارد، مورد بحث و بررسی قرار خواهند گرفت.

الف) تعریف قصاص

در لغت

قصاص مصدر « قاص يقاصُ » است «قصّ اثره» یعنی از او پیروی کرده است. در جای دیگر در کتب لغت آمده قصصت الشيء اذا تتبع اثره شيئاً بعد شيء، قصاص نمودن چیزی؛ یعنی به تدریج دنبال اثر آن رفتن است.

از همین ریشه در قرآن کریم آمده است: قالت لاخته قصصاً. مادر موسی به خواهرش گفت: دنبال حضرت موسی برو (ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۱: ۱۹۰) که در این آیه قصاص به معنای پیروی و دنبال نمودن آمده است.

در اصطلاح

« القصاص با الكسر و هو اسم الاستيفاء مثل الجنایه من قتل او قطع او ضرب او جرح و اصله اقتضاء الاثر، قص اثره اذا تبعه فكان المقتص يتبع اثر الجنای فیفعل مثل فعله»؛ قصاص عنوانی است که برای انجام دادن مثل جنایت ارتکاب یافته، نظیر قتل، قطع، ضرب و یا جرح به کار می‌رود و ریشه‌ی آن پیروی کردن از اثر است (نذیر، حقوق جزای اختصاصی اسلام: ۱۶۹). چون قصاص کننده عیناً همان اثر جنایتی را پیروی می‌کند که جانی وارد کرده بر مجنی علیه و کاری مانند کار او انجام می‌دهد.

در نهایت مفهوم قصاص را دکتر وهبه زحیلی این گونه تعریف می‌نماید: قصاص در لغت به معنای (تبع الاثر) دنبال کردن اثر آمده و همین معنا در عقوبت استعمال شده، بدین معنی که قصاص کننده دقیقاً اثر جنایت وارده جانی را دنبال می‌کند؛ یعنی همان جنایت که جانی وارد نموده قصاص کننده عین همان جنایت را بر جانی وارد می‌کند؛ اما در اصطلاح شرعی قصاص عبارت است از «ای مجازاة الجنای بمثل فعله و هو القتل» (وهبه زحیلی، فقه الاسلامی و ادلته، ج ۶: ۲۶۱).



ب) ماهیت قصاص

از آنجایی که قصاص به عنوان یک مجازات می باشد، در این بخش از تحقیق بر آن شدم که بررسی کنم که آیا قصاص نفس ماهیت حق را دارد، یا ماهیت حکم را، بدین معنا که آیا قصاص در دست مجنی علیه یا اولیای او بوده که در این صورت حق ایجاد شده قابل نقل و انتقال یا قابل اسقاط و ... می باشد یا اینکه قصاص نفس حکم است که این امر به دست حاکم شرع بوده و غیر قابل اسقاط است. پس از بررسی این موضوع و ثبوت هر یک در آینده حکم مربوط آن به خوبی قابل استفاده است؛ اما در ابتدا باید مفهوم حق و حکم در لغت و اصطلاح تبیین شود:

الف) مفهوم حق

۱ - حق در لغت به معنی راست و درست بیان شده است (عمید، ۱۳۵۶: ۴۴۷) و در اصطلاح حقوقی حق عبارت از توانایی ای است که حقوق هر کشور به اشخاص می دهد تا از مالی استفاده کنند یا انتقال مال یا انجام کاری را از دیگران بخواهند و در اصطلاح حقوق اسلام، فقها حق را این گونه تعریف نموده اند؛ توانایی خاصی است که برای کس یا کسانی نسبت به چیز یا کسی اعتبار شده و به مقتضای آن توانایی می تواند در آن چیز یا کس تصرف نمایند. بنا بر آنچه که گفته شد، حق دارای ویژگیهایی بوده که عبارت است از: قابل اسقاط بودن، قابلیت نقل و انتقال داشتن، چه به صورت ارادی و چه به صورت قهری و ایجاد تعهد بر آن (کاتوزیان، ناصر، مقدمه ای علم حقوق: ۱۶۲).

ب) مفهوم حکم

۱- در لغت حکم به معنای امر و فرمان بوده (عمید، فرهنگ عمید: ۴۲۸). ۲- در اصطلاح حکم عبارت از آن است که شارع مقدس حکم تکلیفی و یا وضعی در باره ی فعلی از افعال انسان را جعل و اعتبار کند، بدین معنا که شخص را در انجام عمل وادار یا به ترک آن اجازه دهد. از این تعریف سه ویژگی برای حکم می توان ذکر کرد: عدم قابلیت اسقاط، عدم امکان نقل و انتقال و عدم امکان تعهد بر آن (داماد، ۱۳۷۴: ۲۵۶).

بنا بر آنچه که بیان شد با توجه به بیان ویژگی ها و ضابط اراد شده با دقت نظر به این که قصاص از اختیارات «من له الحق» است و شارع مقدس در قصاص حکم به جواز آن نکرده است و صرفا جعل سلطنت برای صاحبان حق نموده است (مرعشی، دیدگاه های نو در حقوق



کیفری، ۱۳۷۴: ۲۳۴). در نهایت به این نتیجه می‌رسیم که قصاص نفس ماهیت آن از حقوق است، نه ماهیت حکم به معنای خاص آن.

ج) مفهوم قتل نفس

قتل نفس در لغت به معنای، ازاله‌ی روح از بدن و از بین رفتن زندگی گفته شده است (اصفهانی، حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، دمشق بیروت، ج ۱: ۶۵۵). در اصطلاح فقه، قتل نفس عبارت است از عملی که ادامه‌ی زندگی و حیات را از انسان گرفته و به مرگ شخص منجر شود. این عمل توسط شخص قاتل انجام می‌گیرد (ایازی، ۱۳۸۰: ۱۱).

نفس به معنای روح، عین و خون آمده است و کلمه‌ی نفس مؤنث است، اگر از آن اراده معنای روح را بکنی و مذکر است، اگر از آن اراده‌ی معنای شخص را بکنی و به قصاص در جنایت قتل عمدی قصاص النفس می‌گویند.

در اصطلاح جامع‌تر قتل نفس عبارت است: از هاق النفس المعصومة المكافية عملاً و عدواناً؛ یعنی خارج کردن نفسی که محترم و مورد حمایت قانون است و هم کفو و برابر در دین و حریت و غیره می‌باشد. به صورت عمدی و عدوانی که بدون اذن شارع می‌باشد. سلب حیات ارادی از انسانی که مورد حمایت قانون است، بر خلاف عدالت به وسیله‌ی انسان دیگر را گویند (حلی، شرایع الاسلام، ج ۴: ۱۸۰).

د) مفهوم شرایط قصاص

اصل موضوع تحقیق در باره‌ی شرایط قصاص نفس است و خوب است که در ابتدای تحقیق نقش جایگاه و تعریف از مفهوم شرایط قصاص نفس داشته باشیم که در یک تعریف مختار شرایط قصاص را اینگونه می‌توان تعریف نمود:

مفهوم شرایط عبارت می‌باشد از مجموعه‌ی اوضاع و احوال است، که اگر این اوضاع و احوال در مجنی علیه و جانی وجود داشته باشند و ثابت شود، جانی به سزای اعمال خود می‌رسد. به عبارت دیگر، شرایط قصاص عبارت است از یک سلسله امور که مربوط به وضعیت و حالاتی است، که با فراهم بودن و ثبوت آن امور صاحبان حق قصاص می‌تواند مجنی علیه را قصاص نماید و در صورت عدم آن امور اجرایی حکم قصاص ممکن نخواهد بود. ممکن است، این اوضاع و احوال در قاتل و مقتول و نفس قتل مربوط شود و این مفهوم شرایط قصاص را می‌توان از مفاد آیه‌ی ۱۷۸ از سوره‌ی بقره به خوبی به دست آورد. به عبارت



دیگر، معنا و مفهوم شرایط قصاص نفس عبارت است از: عواملی که اجرای حکم قصاص به وجود آن‌ها وابسته است و عدم آن‌ها مانع از اجرای قصاص می‌شود (ابن حزم، الاحکام فی الاصول الاحکام، ج ۴: ۱۲۴).

۲. سیر تاریخی قصاص نفس

قتل نفس اولین جرمی است که از دیدگاه قرآن در زمین واقع شده که از خوی تجاوزگری و خودمحوری انسان حاکی است و این عمل در همان زمان هم جرم و گناه بوده است. مؤید این مطلب قرآن در سوره‌ی مائده آیات ۲۷ - ۳۲ است. بنابراین، اگر از ابتدای حیات انسان قتل و ضرب و جرح به عنوان یک تهدید جدی، برای زندگی او به حساب آمده، باید قبول کنیم که انسان از ابتدا دفاع از خود را یک حق دانسته و در مقابل، این تهدید از خود عکس العمل نشان داده است. عکس العمل انسان‌ها در برابر این جرم در همه‌ی ادوار تاریخ متناسب با سطح آگاهی، فرهنگ و رشد عقلانی، آن‌ها متفاوت و متغیر بوده است؛ ولی به نظر می‌رسد مقابله به مثل اولین عکس العمل باشد که به صورت طبیعی مورد توجه انسان واقع شده با این تفاوت که این مقابله هیچ حد و مرزی نداشته ولی قصاص در همه‌ی قوانین الهی وجود داشته و مورد قبول بوده است. اسلام هم اصل قصاص را با شرایط اساسی آن مورد پذیرش قرار داده است (طباطبای علامه، المیزان فی تفسیر القرآن: ۴۳۲).

۳. تفاوت قصاص با عناوین مشابه

۱ - تفاوت قصاص با حدود از نظر فقه جعفری و حنفی

۱ - ۱. قصاص به میراث برده می‌شود؛ ولی حد را نمی‌توان به ارث برد (زحیلی، فقه الاسلامی و ادلته: ۲۶۴).

۲ - ۱. قصاص قابل عفو و بخشش است؛ یعنی اولیای دم می‌تواند از قصاص نمودن جانی بگذرد ولی حدود قابل عفو نمی‌باشد.

۳ - ۱. مرور زمان مانع قبول شهادت به قتل در قصاص نمی‌شود؛ ولی در حدود با استثنایی حد قذف مرور زمان مانع قبول شهادت می‌گردد (نذیر، حقوق جزای اختصاصی اسلام: ۱۷۲).



۴- ۱. شفاعت در قصاص بعد از مواصلاست دوسیه به محکمه جایز است؛ اما در حدود قبل از ثبوت جرم و وصول دوسیه به محکمه جایز است؛ ولی بعد از رسیدن قضیه به محکمه جایز نمی باشد.

۵- ۱. قصاص زمانی عملی و اجرا می گردد که ولی مقتول؛ علیه قاتل در محکمه رفع دعوی نماید؛ ولی در تطبیق حدود به استثنای حد سرقت و حد قذف اقامه دعوی از جانب صاحب مصلحت شرط نمی باشد (نذیر، حقوق جزای اختصاصی اسلام: ۲۶۴).

۶- ۱. قصاص با اشاره یا کتابت انسان گنگ ثابت می شود؛ ولی حدود با اشاره و کتابت ثابت نمی شود؛ زیرا در اشاره و کتابت شبه موجود است که شامل قاعده کلی فقهی است که الحدود تدرأ بالشبهات و تفاوت های دیگری از دیدگاه بعضی از علمای حنفیه نیز بین قصاص و حدود موجود است که از باب اختصار آورده نشده است.

4. تفاوت قصاص با اعدام

هر دو در زمره مجازات های بدنی است؛ اما اعدام سالب حیات بوده ولی قصاص هم ممکن است سالب حیات باشد و هم قاطع عضو. تفاوت ها این است:

۱- ۲. اجرای قصاص منوط به درخواست مقتض منہ؛ یعنی اولیای دم است؛ اما اعدام صرفاً با اقامه دعوی از جانب مدعی العموم واقع می شود (زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶: ۱۷۶).

۲- ۲. در قصاص نحوه اجرای حکم قصاص به نحوه انجام جرم بستگی دارد، بدین بیان که در اجرای حکم قصاص تناسب بین جرم و جنایت کاملاً رعایت می شود؛ اما در اعدام چنین نیست.

۳- ۲. قصاص فقط در جرایم که مستوجب قصاص است جایز می باشد، بدین بیان که منشأ قصاص صرفاً در قتل عمدی است؛ اما منشأ اعدام هم ممکن است در جرایم حدی باشد و هم در جرایم تعزیری و هم باز دارنده (الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۵: ۲۸۵).

۴- ۲. قصاص حد شرعی است و در قرآن بیان شده بدین بیان که محدوده آن از ناحیه شرع مشخصاً بیان شده است؛ اما اعدام تعزیر است که به محدوده و اندازه آن وابسته به نظر و رأی حاکم و قاضی مربوط می شود.



۵- ۲. قصاص نفس مجازاتی است که یک مصداق بیش‌تر ندارد و فقط برای ارتکاب جرم قتل عمد وضع شده است. بنابراین، اولیای دم هستند که اجرای آن را مطالبه می‌کنند، در صورت وجود ولی دم مقتول هیچ‌کسی نمی‌تواند. این حق را اعمال نماید و با تقاضای صاحبان حق با اذن حاکم شرع اختصاصاً این مجازات اجرا می‌شود.

۶- ۲. اعدام حالت کلی‌تر و عمومی‌تر است که می‌تواند در بسیاری از موارد اعم از قتل و غیر قتل حکم به آن نمود. بدین بیان که اعدام مفهوم کلی‌تری دارد نسبت به قصاص نفس، یعنی می‌تواند در موارد متعددی حکم به اعدام نمود در حالی که اجرای حکم قصاص یک مورد بیش‌تر ندارد که همان قتل عمدی باشد (کاسانی، بدایع الصنائع، ج ۷: ۲۳۵).

۵. شرایط عمومی قصاص نفس

الف) برابری در موقعیت اجتماعی

یکی از شرایطی که در زمان ما به لحاظ موضوعی منتفی است، این است که قاتل و مقتول باید از نظر طبقه‌ی اجتماعی هر دو آزاد و یا هر دو برده باشند. بنابراین، اگر انسان آزاد مرتکب قتل عمد یک برده شود، قصاص نخواهد شد؛ ولی اگر برده مرتکب قتل یک انسان آزاد بشود، به طریق اولی قصاص می‌شود. این مسأله از نظر فقهای امامیه و اکثر فقهای اهل سنت مسلم و غیر قابل تردید است (ابن قرطبی، بدایة‌المجتهد، المصادر الفقهية، ج ۳۹: ۳۲۱).

و تنها ابوحنیفه معتقد است که انسان آزاد در قبال کشتن برده نیز، قصاص می‌شود، به شرط این‌که برده‌ی خود او نباشد و تفاوتی از این جهت میان برده و غیر برده وجود ندارد. البته دلایلی نیز برای این قول آورده‌اند، از جمله عمومیت آیات قصاص و حرمت خون برده و نیز روایاتی که خون مسلمین را متکافئ می‌داند. قول مشهور نیز مستند است به آیه‌ی قصاص و نیز روایاتی که از طریق عامه و خاصه در این زمینه وارد شده است (حلی، المختصر النافع، سلسلة التناييع الفقهية: ۲۵).

اما دیدگاه و نظر فقهای حنفی در رابطه به این شرط این است که؛ می‌گویند تکافو و تساوی بین مقتول و قاتل در دین و آزادی شرط نیست بلکه تکافو در انسانیت کفایت می‌کند. دلیل ایشان این است که آیات و روایاتی که در باره‌ی قصاص آمده عام بوده و افاده‌ی قصاص نفس در برابر نفس را می‌کند (الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶: ۵۶۹).



د) نبود رابطه پدر و فرزندی

یکی دیگر از شرایط قصاص این است که مقتول فرزند قاتل نباشد؛ به عبارت دیگر، پدر را در قبال کشتن فرزند خود قصاص نمی‌کنند و در این حکم تفاوتی بین فرزند پسر و دختر نیست. بنابراین اگر پدری مرتکب قتل فرزند خود بشود، فقط ملزم به پرداخت دیه به اولیای دیگر فرزند می‌باشد. مگر این که از طرف آن‌ها مورد عفو قرار گیرد. البته در این خصوص علاوه بر دیه، بر تعزیر او توسط حاکم نیز تأکید شده است که در ظاهر در صورت عفو اولیا، دم نیز قابل اعمال می‌باشد. این حکم مورد اتفاق فقهای امامیه است (حلی، شرایع السلام، ج ۴: ۱۶۹).

ولی در میان فقهای عامّه، ابن نافع و ابن عبدالحکم و ابن المنذر معتقدند که پدر نیز قصاص می‌شود و تفاوتی بین او و دیگران نیست. مالک نیز معتقد است، اگر نحوه‌ی قتل به گونه‌ای باشد که تردیدی در عمدی بودن آن نباشد، قصاص ممکن است، مگر این که قصد تأدیب داشته باشد. علاوه بر پدر، جدّ پدری تا هر کجا که امتداد پیدا کند، مشمول این حکم هستند؛ اما در مورد مادر بین فقهای امامیه و فقهای اهل سنت اختلاف وجود دارد. فقهای امامیه بجز ابن جنید اسکافی، معتقدند که مادر در قبال قتل فرزند خود قصاص می‌شود؛ اما فقهای عامّه به جز احمد بن حنبل معتقدند که تفاوتی بین پدر و مادر نیست. دلیلی که فقهای امامیه ذکر کرده‌اند عمدتاً دو دلیل است: یکی عموم آیات قصاص که فقط به قتل فرزند، توسط پدر تخصیص خورده است و دیگری اجماعی که مرحوم شیخ بر جواز قصاص مادر ادّعا نموده است. البته اجماعی که ادّعا شده است در ظاهر به استناد ادله است، به خصوص با توجه به مخالفت «اسکافی» که قبل از مرحوم شیخ بوده است، لذا نمی‌تواند به عنوان یک دلیل مستقل مورد استناد قرار گیرد؛ اما روایاتی که عموم آیات قصاص را تخصیص زده است یازده روایت است، که همه‌ی آن‌ها در تخصیص قتل فرزند توسط پدر ظهور دارند و از هیچ کدام آن‌ها نمی‌توان قتل فرزند توسط مادر را نیز استفاده کرد (لکاسانی، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، ج ۴: ۲۴۳).

بنابراین، از نظر فقهی راهی برای تعمیم این حکم وجود ندارد.



اهل سنت به چند دلیل، مادر را نیز مشمول این حکم می‌دانند:

۱- مادر نیز یکی از والدین و مانند پدر است. هیچ تفاوتی در این زمینه وجود ندارد، از همان ملاک و معیار که پدر در چنین موقعیت بر خوردار است، مادر نیز از همان ملاک می‌شود بر خوردار شود. ۲- مادر اولی به نیکی از طرف فرزندان است، لذا منتفی شدن قصاص از او اولی است و عدم ولایت مادر بر فرزند مانع از این حکم نیست و پدر حتا اگر ولد کبیر خود را بکشد، قصاص نمی‌شود، در حالی که ولایت بر او ندارد (ابن قدامه، المغنی، ج ۷: ۶۵۲).

این حکم نسبت به پدر، حتا اگر کافر یا برده باشد و فرزند او مسلمان و آزاد، نیز ثابت است و همان‌گونه که پدر با قتل فرزند قصاص نمی‌شود، اگر فرد دیگری را نیز بکشد که حق قصاص او متعلق به فرزند باشد، بنا به نظر مشهور فقها، قصاص منتفی است؛ زیرا در این فرض نیز اگر فرزند اقدام به قصاص نماید، در واقع او سبب قتل پدر شده است و این مشمول عموم «لا یُقاد والدٌ بولده» می‌شود (ترمزی، ابن ماجه: ۱۴۵). دیگر این که پدر در برابر فرزند قصاص نمی‌شود، به خاطر وجود شبهه است بر اساس روایت که نقل شده است که می‌فرماید (انت و مالک لأیک)؛ تو و آنچه مالک آن هستی از آن پدر تو است. با وجود شبهه دیگر اجرای حکم قصاص ممکن نیست، بر اساس قاعده‌ی مشهور الحدود یا القصاص یدراً بالشبهات.

این مطلب از دیدگاه فقهای حنفی است که مادر نیز شامل این حکم می‌شود، بسیار مورد تأکید قرار گرفته است تا جایی که به فرزند گفته شده است: انت و مالک لأیک؛ تو و آنچه مالک آن هستی از آن پدر تو است (عاملی، وسایل، ج ۱۲: ۲۳۴).

به همین دلیل اگر پدری از اموال فرزند خود سرقت نماید، مجازات نمی‌شود. همین حق بزرگ وظایف و مسئولیت‌هایی را برای فرزندان به وجود می‌آورد که حتا پس از مرگ پدر نیز از بین نمی‌رود. یکی از آثاری که بر این رابطه مترتب است، عدم قصاص پدر در قبال قتل فرزند است و شاید بتوان گفت با توجه به این که معمولاً پدر علاقه‌ی خاصی به فرزندان خود دارد و حتا به کوچک‌ترین ناراحتی آن‌ها راضی نیست، لذا کشتن فرزند توسط پدر باید در یک شرایط غیر طبیعی صورت گرفته باشد که در آن شرایط نتوان او را مسئول اعمال خود تلقی کرد.

البته ممکن است پدری بر اساس انگیزه‌های جاه طلبانه و امثال آن، مرتکب قتل فرزند خود بشود که هیچ تأثیری در مسؤولیت او ندارد؛ ولی این موارد بسیار نادر است و حکم بر اساس موارد نادر وضع نمی‌شود، بلکه به نوع موارد توجه می‌شود (کاسانی، بدایع الصنایع، المصادر الفقهیه، ج ۳۹: ۷۶).



ه) بلوغ قاتل

بلوغ، یکی از شرایط اصلی به وجود آمدن مسئولیت کیفری است و غیر بالغ جز در خصوص ضمانات مالی، در اصول مسؤول اعمال و رفتاری که انجام می‌دهد نیست، بر همین اساس یکی از شرایط قصاص این است که قاتل به حد بلوغ شرعی و قانونی رسیده باشد (ابن قدامه المقدسی، ابی عمر محمد بن احمد، المغنی، ج ۹: ۳۵۰). بنابراین، اگر غیر بالغ مرتکب قتل عمد شود، قصاص نخواهد شد و این مسأله مورد اتفاق همه‌ی فقهای اعم از فقهای حنفیه و امامیه می‌باشد که برای اثبات این ادعا می‌توان از روایات وارده در این زمینه استفاده نمود: دو دسته از روایات بر عدم قصاص قاتل غیر بالغ دلالت دارد؛ یک دسته روایاتی که نابالغ (صبی) را مرفوع القلم می‌داند و دسته‌ی دیگر روایاتی که عدم مسئولیت کیفری نابالغ را در قبال اعمالی که مرتکب می‌شود، مطرح کرده و می‌گوید: عمد الصّبی و خطاؤه واحد (کلینی، الکافی: ۸۷۶). عمد و خطای نابالغ یکسان هستند (زیدان، المفصل، ج ۶: ۴۵۰).

و) عاقل بودن قاتل

یکی از شرایط عامه‌ی تکلیف برای هر شخص مکلف عقل است، در رابطه به مسئولیت کیفری نیز عقل شرط اساسی است، بدین بیان که شخصی مسئولیت کیفری دارد که از سلامت عقل بر خوردار باشد.

عاقل بودن قاتل یکی از شرایط قصاص نفس است که قاتل در هنگام ارتکاب جنایت قتل عاقل و از سلامت عقل بر خوردار باشد، مشروط به عدم جنون قاتل است (زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶: ۱۹۶).

بنابراین، اگر مجنون مرتکب قتل عمد شود، عاقله‌ی او مسؤول پرداخت دیه هستند و این مسأله مورد اتفاق همه‌ی فقهای می‌باشد. آنچه در این جا قابل بحث است این است که آیا فقط جنون هنگام قتل رافع مسئولیت است یا اگر قاتل در هنگام قتل عاقل بوده و پس از آن مبتلا به جنون شده باشد نیز مجازات قصاص در مورد او اجرا نخواهد شد؟

فقهای امامیه به اتفاق، معتقد به عدم سقوط قصاص هستند؛ ولی فقهای اهل سنت در این مسأله اختلاف نظر دارند. فقهای اهل سنت، بین جنون قبل از صدور حکم و بعد از آن، تفاوت قائل هستند. به نظر شافعیه و حنبله، اگر جنون، قبل از صدور حکم عارض شود، مانع از محاکمه



و صدور حکم نیست، چون آنچه ممکن است مانع از محاکمه باشد، عجز متهم از دفاع است و از نظر این‌ها عجز از دفاع، مانع محاکمه نیست. همان‌گونه که شخص کر و لال و غیره که قدرت دفاع ندارند، قابل محاکمه هستند؛ اما مالکّیه و حنابله، جنون عارض قبل از محاکمه را مانع محاکمه می‌دانند و معتقدند باید محاکمه را تا هنگام زوال جنون به تأخیر انداخت. ابوحنیفه معتقد است که جنون، مانع اجرای حکم می‌شود و اگر مجازات قصاص باشد به دیه تبدیل می‌گردد (کاسانی، علاء الدین الحنفی، ابوبکر بن مسعود، بدایع الصنایع، ج ۷: ۲۳۵).

ز) مست نبودن قاتل

یکی دیگر از شرایط قصاص نفس، مست نبودن قاتل است؛ زیرا شخص مست قادر به درک حسن و قبح افعال خود نیست، در این صورت آیا چنین کسی را می‌توان مسؤول اعمال خود دانست و او را در قبال جرایمی که در حال مستی مرتکب شده است مجازات نمود؟

علی رغم اتفاق فقها بر این که انسان مست، فاقد عمد و اختیار است، در مورد مجازات او اختلاف نظرهایی وجود دارد. فقهای امامیه اتفاق نظر دارند بر این که اگر شخص مست در مست شدن خود مسؤول نباشد، نسبت به اعمالی هم که در حال مستی انجام می‌دهد مسؤول نیست؛ اما در غیر این مورد دو نظریه عمده وجود دارد: نظریه مشهور فقها که ادّعی اجماع نیز بر آن شده، این است که شخص مست مسؤول است و تفاوتی بین او و شخص غیر مست وجود ندارد. در مقابل، بعضی دیگر از فقها مانند، علامه در «قواعد» و شهید در «مسالک» قائل به عدم قصاص هستند (حلی، مسالک الافهام، ج ۲: ۷۶).

در میان فقهای اهل سنت هم دو نظریه وجود دارد:

الف) یک نظریه این است که شخص مست مانند مجنون که به صورت کلی، فاقد عقل است، لذا قصاص بر او نیست.

ب - نظریه دیگر این است که اگر در استعمال مسکرات، تعمّد داشته است، قابل مجازات است و نسبت به اعمالی که در حال مستی انجام داده نیز مسؤول است؛ ولی اگر تعمّد نداشته و معذور باشد، مسؤولیت ندارد (زحیلی، فقه الاسلامی و ادلته، ج ۲: ۱۳۵).



ح) اراده و اختیار قاتل

در همه‌ی نظام‌های حقوقی عدم فقدان اراده (اکراه، خواب، بی‌هوشی و نایب‌نایی) از عوامل رافع مسؤولیت کیفری به حساب می‌آید و مجازات در چنین حالتی بر خلاف عدالت کیفری است. از دیدگاه اسلام هم این قاعده‌ی عقلایی پذیرفته شده است و مؤید آن، روایت معروف «حدیث رفع» است. انسان در حال خواب، فاقد قدرت درک و آگاهی نسبت به اعمال و رفتار خود می‌باشد و نمی‌تواند رفتار خود را کنترل یا در مورد آن تصمیم‌گیری کند، لذا مجازات چنین شخصی بر خلاف عدالت است (مجله، آشنایی با ابواب فقه: ۱۳۵).

برخی دیگر از فقها علاوه بر قصد و عمد، اختیار را که از شرایط عامه‌ی تکلیف است، نیز از شرایط قصاص نفس می‌دانند و معتقدند اگر کسی از روی اکراه مرتکب قتل شود، قصاص نمی‌شود. حکم قصاص زمان قابل اجرا است که قاتل بر علاوه‌ی قصد و عمد دارد، عمل مجرمانه را از روی اختیار انجام بدهد. این موضع اخیر مختص به دیدگاه و نظر فقه حنفی است و جمهور مذاهب با آن اختلاف دارند. همچنان در فقه امامیه، اکراه به قتل مجوز قتل نیست؛ چرا که از دید همه‌ی عقلا پسندیده نیست به دلیل حفظ جان خود، به جان دیگری تجاوز کند. در این قسمت بحث مفصل و دیدگاه‌های متعدد وجود دارد که در جای خودش باید بحث شود (السرخسی، المبسوط، ج ۲۶: ۱۳۱).

ط) مهدورالدم نبودن مقتول

آنچه تا کنون به عنوان شرایط قصاص گفته شد، مواردی بود که در واقع وجود آن‌ها مانع تحقق مسؤولیت کیفری بود، اگر چه فعل مجرمانه‌ای واقع می‌شد؛ به عبارت دیگر، از عوا ملی هستند که مانع اجرای مجازات می‌شوند، بدون این که تأثیری در وصف مجرمانه‌ی عمل داشته باشند؛ ولی مواردی نیز وجود دارد که قتل اساساً جرم محسوب نمی‌شود و طبعاً مجازاتی برای آن نخواهد بود و این در صورتی است که قتل از نگاه قانون تجویز شده باشد؛ مانند این که مقتول، مهدورالدم باشد.

مهدورالدم بودن یک انسان یا ذاتی است یا عرضی و با توجه به این که اصل اولی در شریعت اسلام مصونیت جان و مال انسان‌ها است و علت اساسی این مصونیت دو چیز است: یکی ایمان و دیگری امان. اگر این دو علت از بین برود، طبعاً مصونیت جان و مال نیز از بین



می‌رود. بنابراین اگر کسی مؤمن نباشد و در امان مسلمان‌ها نیز نباشد و به اصطلاح کافر حربی و یا مرتد باشد، از مصونیت جانی و مالی برخوردار نیست و طبعاً کشتن چنین انسانی موجب قصاص نخواهد بود در مورد کشتن اهل ذمه، اگرچه بنا به عقیده‌ی اکثر فقها قصاص وجود ندارد؛ ولی قطعاً چنین عملی جرم و قابل مجازات است و در صورت تکرار، موجب قصاص نیز می‌گردد. عبد القادر، عوده، التشریع الجنایی، ج ۱: ۵۹۶).

6. احکام و آثار قصاص نفس

در این فصل از نوشته، خوب است که در باره‌ی آثار و علایم قصاص نفس بحث شود، تا فهمیده شود که با اجرای حکم قصاص نفس در جامعه از خودش چه اثرات عملی را پدید می‌آورد. یا به بیان دیگر؛ با اجرای حکم قصاص نفس در جامعه چه اثر مطلوب و عملی را بر آن مترتب کرد؟

۶-۱. احکام قصاص نفس

الف) حق قصاص

قصاص از حقوق شرعی اولیای دم است، بدین بیان که قصاص نمودن حقی است که از طرف خداوند تشریع شده مربوط به اولیای مقتول است. اولیای دم تنها در صورتی مجاز به قصاص و قتل قاتل می‌باشند که قاتل از روی عمد و عدوانا مرتکب جنایت قتل نفس شده باشد که این مطلب یکی از موارد و مصادیق حکم قصاص نفس است؛ بدین بیان که قصاص نمودن قاتل توسط اولیای دم و صاحبان حق قصاص زمان به منصبی اجراء گذاشته می‌شود که اول ثابت شود که قاتل عمداً جنایت قتل را مرتکب شده باشد (الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۵: ۲۸۵).

از نظر فقهای حنفی از جمله امام ابو حنیفه در تعریف قتل عمد چنین فرموده: شخصی قصداً شخص دیگری را با استفاده از استعمال اسلحه مانند شمشیر، کارد، گلوله و کمان؛ یعنی خلاصه توسط آله‌ی جارحه‌ای به قتل برساند که غالباً کشنده باشد که البته یک تفاوت دیدگاه بین فقهای اسلامی در رابطه به آله‌ی قتاله وجود دارد که قابل توجه نیست؛ یعنی ضرر به اصل موضوع نمی‌رساند. با چنین وصفی اگر جنایت قتل صورت بگیرد، حکم قصاص اجرا می‌شود (نذیر، حقوق جزای اختصاصی اسلام: ۱۶۱).



ب) مشروعیت قصاص

در رابطه به مشروعیت قصاص به صورت عام، چه در قصاص نفس و چه در قصاص اعضا، فقهای اسلامی به ادله‌ی اربعه استناد نموده اند که مشروعیت قصاص به، قرآن، سنت، اجماع و عقل ثابت شده است (زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶: ۲۶۲).

فقها برای اثبات ادعای شان به ادله‌ی اربعه تمسک نموده که به قرار ذیل تبیین می‌شود و آن ادله عبارت و بیان است از:

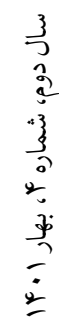
۱. قرآن

در قرآن کریم آیات زیادی وجود دارد که دلالت بر وجوب قصاص می‌کند. از جمله می‌توان به آیات زیر اشاره کرد: **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٍ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ.** (بقره/۱۷۸).

ای کسانی که ایمان آورده اید، درباره‌ی کشتگان، بر شما حق قصاص مقرر شده است: آزاد عوض آزاد و بنده عوض بنده و زن عوض زن و هر کسی که از جانب برادر دینی اش یعنی ولی مقتول، چیزی در حق قصاص به او گذشت شود، باید از گذشت ولی مقتول به طور پسندیده پیروی کند و با رعایت احسان، خونبها را به او بپردازد. این حکم «تخفیف و رحمتی از پروردگار شما است. پس هر کس، بعد از آن از اندازه درگذرد، وی را عذابی دردناک است. این آیه در مدینه نازل شده و با صراحت و روشنی بیش‌تر حکم قصاص را بیان می‌کند. در این آیه و آیه‌ی بعدی آن هم به تعیین حکم قصاص و فلسفه‌ی وجودی آن توجه شده و هم ترتیب تعادل قصاص بیان شده است. آیه‌ی متکفل بیان سه نکته است: تشریع حکم قصاص در مورد قتل، تعادل در حق قصاص و یا حق انتقام و در واقع اکتفا به قصاص قاتل. اگر شخص جانی از روی عمد و قصد و اختیار مرتکب قتل شود، صاحبان حق قصاص با توجه به شرایط لازم که در فقه برای قصاص بیان شده فراهم باشد، قاتل قصاص می‌شود.

۲. سنت

فقهای اسلامی برای اثبات ادعای خود که مشروعیت قصاص است، به احادیث متعدد استناد نموده‌اند، از باب نمونه به چند تا روایت که متفق علیه است اشاره می‌کنم:



۱ - وَمَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ إِمَّا يُودَىٰ وَإِمَّا يُقَادُ (صحیح بخاری، ج ۷: ۲۰۶).

«پیامبر گرامی اسلام^(ص) در مورد قصاص می فرمایند: یعنی هر کس مقتولی دارد که دارای دو حق است، مخیر است می تواند دیه بگیرد و یا این که قصاص کند. در این روایت پیامبر مشروعیت قصاص را در قالب حق بیان و اثبات می کند، بدین بیان که ثبوت حق قصاص برای ولی مقتول یا صاحبان حق منوط به مشروعیت است؛

۲ - لایحل دم امریء مسلم یشهد ان لاإله الا الله و أنى رسول الله الا بإحدى ثلاث: الثیب الزانى والنفس بالنفس (صحاح سته، ج ۲: ۱۲۳).

پیامبر ص در این روایت می فرماید: خون مسلمان که کلمه ی شهادت را جاری نموده است، حلال نیست. به عبارت دیگر خون مسلمان حرمت دارد، هیچ کسی حق ندارد که خون مسلمان را بدون حق بریزد.

۳. اجماع

تمام فقه های اسلامی به اتفاق آرا به این عقیده اند که قصاص واجب است؛ یعنی حکم قصاص از جانب خداوند برای مؤمنین تشریع و جعل شده، عبارت صریح که در این زمینه آمده در کتاب ارزشمند الفقه الاسلامی و ادلته مال دکتر وهب زحیلی آمده: (و اجمعت الأمة علی وجوب القصاص). بدین بیان که قصاص یک حق مسلم است که از جانب خداوند برای اولیای مقتول تشریع شده و این حق را نمی تواند هیچ کسی بجز صاحبان حق استیفاء نمایند (زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶: ۲۶۲).

۴. عقل

عقل یکی از ادله ی اربعه برای اثبات احکام شرعی می باشد. از طرف دیگر احکام شرعی که آمده مطابق عقل است، بر اساس قاعده ی معروف بین اندیشمندان اصولی، که هر آنچه را عقل حکم و تأیید می کند شرع نیز آن را تأیید می کند، با توجه به این بیان؛ فقه های اسلامی برای اثبات، مشروعیت قصاص به عقل استدلال نموده است. اصل استدلال؛ عقل حکم می کند به تشریع قصاص. به عبارت دیگر: تشریع حکم قصاص عین عدالت و مصلحت است. (ابو زهره، الجریمة والعقوبة، فی الفقه الاسلامی: ۱۲۶).



۶-۲. تفاوت حکم قصاص بین زن و مرد

در تفاوت زن و مرد در قصاص نفس بین فقهای مذاهب اسلامی درباره‌ی حکم قصاص زن در برابر مرد، اختلاف نظر وجود دارند و در این مورد، به دو گروه تقسیم شده‌اند: گروهی معتقدند که مرد در برابر زن مقتول قصاص می‌شود؛ البته مشروط به رد فاضل دیه؛ اما گروهی دیگر از فقها معتقدند که مرد بدون پرداخت رد فاضل دیه، باید قصاص شود. در ادامه به بررسی هر يك از این آرا پرداخته، می‌شود:

الف) دیدگاه فقهای جعفری

فقهای فقه جعفری در باب قصاص، قصاص زن و مرد را در دو مبحث (قصاص نفس و قصاص اعضا و جراحات) مورد بحث قرار داده و به بررسی ادله‌ی احکام مربوط به هر يك از آن‌ها پرداخته‌اند. آنان در این موضوع که حکم قصاص مرد در برابر قتل عمدی زن، مشروط به پرداخت نصف دیه به بستگان مرد است، با یکدیگر اتفاق نظر دارند و هیچ قول مخالفی از ایشان در این زمینه نقل نشده است (نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲: ۱۸۸).

بنابراین کلام فقها بر این امر صراحت دارد که اگر مردی، زنی را به قتل برساند، قصاص می‌شود؛ البته به شرط آن که اولیای زن نصف دیه مرد را به او بپردازند. همچنین در مورد اصل وجود تفاوت قصاص زن و مرد در اعضا و جراحات بین فقهای امامیه اتفاق نظر وجود دارد؛ اما در حد برابری آن با یک دیگر اختلاف نظر دارد و در بین فقها؛ ابن ادریس حلی در السرائر قایل به گذشتن از يك سوم می‌باشد؛ یعنی اگر دیه عضو یا جراحت از يك سوم دیه کامل مرد گذشت، دیه زن نصف مرد خواهد بود (حلی، سرائر، ج ۲: ۳۸۹).

ب) دیدگاه فقهای اهل سنت

جمهور فقهای مذاهب اهل سنت و جماعت، مخصوص فقهای حنفی و عده‌ای از روشن‌فکران بر این عقیده اتفاق نظر دارند که مرد در مقابل کشتن زن قصاص می‌شود، بدون آن که خانواده‌ی مقتول موظف باشند نیمی از دیه‌ی قاتل را به خانواده‌ی او پرداخت کنند (زیدان، المفصل فی الاحکام المرأة، ج ۳: ۱۳۴).

اساس استدلال فقهای حنفی در موضوع یاد شده، عموم آیات قصاص است.

و کَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ



و واجب کردیم برایشان که نفس در قبال نفس کشته می‌شود. دلیل و مستند ادعای فقها، اطلاق آیه است، بدین بیان که این آیه مطلق است و هیچ قیدی در آیه نیامده و نفس در مقابل نفس آمده و با تمسک به اطلاق آیه می‌توان گفت که، مرد در مقابل زن قصاص می‌شود، بدون پرداخت تفاضل دیه.

مهم‌ترین استدلال ایشان در آیه این است که، خداوند مساوات را در قصاص واجب کرده، سپس مساواتی که معتبر است این است که؛ آزاد در برابر آزاد و عبد مساوی در مقابل عبد، زن در برابر زن و مناط استدلال فقها در آیه کلمه (القصاص) است که از این کلمه، مساوات و مماثلت در قتل را افاده می‌کند و این که مرد در مقابل زن قصاص می‌شود، اجماع فقها است (زحیلی، الفقه الاسلامی وادلته، ج ۶: ۲۷۰).

و كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ فِي الْقَتْلِ و «واجب شده برایشان قصاص راجع به کشته شدن. مناط استدلال از دیدگاه ابو حنیفه کلمه (القتلی) است. ایشان بر این عقیده است که این کلمه قصاص را حصر در قاتل می‌کند نه در غیر قاتل (زیدان، الخصص فی الاحکام المرأة، ج ۵: ۸۳۴).

۳-۶ حفظ مماثلت در اجرای قصاص

الف - مماثلت در بدن و اعضا

یکی از بر جسته‌ترین حکم، که در احکام قصاص موجود است، حفظ مماثلت در اجرای قصاص می‌باشد؛ بدین بیان که جان در برابر جان، چشم در مقابل چشم، بینی در برابر بینی، گوش در مقابل گوش، دندان در مقابل دندان، است که این حکم هم در قصاص نفس جاری و ساری است و هم در قصاص مادون نفس که قصاص اعضا و جوارح، که خوش‌بختانه این حکم از قدامت زیادی برخوردار بوده، چنانچه این قانون در کتاب‌های آسمانی دیگری نیز وجود داشته؛ از جمله، این قانون در تورات آمده که قرآن از آن خبر داده است که این مماثلت در تمام جهات در نظر گرفته شده است: وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ. (مائده/ ۴۵).



ب - حفظ مماثلت در موقعیت اجتماعی

همچنان مماثلت در برده و آزاد نیز مطرح می‌باشد که باز هم این مطلب را قرآن بیان می‌کند. (سید خمینی، تحریر الوسیله، ج 2: ۴۶۷).

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ. شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ (بقره/ ۱۷۸) در این آیه با الصراحت به مهم‌ترین حکم از احکام قصاص نفس که حفظ مماثلت باشد را بیان می‌کند. در اینجا خوب است به یک نکته‌ی قابل اهمیت اشاره کرد: باید توجه داشت که اسلام طرفدار هر نوع قصاص نیست، بلکه قصاص و تلافی حد و مرزی دارد و چنین نیست که برای قتل ده‌ها قتل انجام شود یا برای تلافی یک قتل، از یک قبیله و فامیل بی‌جهت انتقام گرفته شود؛ چنان که در جاهلیت و پیش از اسلام زیاد اتفاق می‌افتاد و حتا هنوز هم در گوشه و کنار و میان پاره‌ای از ملل مرسوم است. از سوی دیگر، نمی‌شود خون مظلوم را نادیده گرفت و به اولیای مقتول گفت که حق دفاع و قصاص ندارید؛ زیرا این کار به معنای میدان دادن به جانیان و مفسدان و باز گذاشتن دست آدم کشان و نیز پایمال کردن خون بی‌گناهان و بی‌اعتنایی به حس انتقام‌جویی و تشفی قلب صاحبان خون است و این هر دو خطر ناک است؛ زیرا اولی موجب هرج و مرج و نا امنی فراوان در اجتماع می‌شود و دومی، نه تنها با نظام عادلانه سازگار نیست، با هیچ نظام عقلانی هم سازش ندارد. پس این منطق که خون را باید با خون شست درست نیست. از سوی سوم؛ نمی‌شود هر کس در برابر هر شخص قصاص نمود، بلکه قصاص در اسلام دارای ضوابط ملاک، معیار، مناط و شرایط کاملاً حساب شده است که فقهای اسلامی در اجرای حکم قصاص شرایط و ملاک‌های دقیقی را بیان نموده است. از جمله‌ی آن ملاک مماثلت و مساوات می‌باشد. به عنوان نمونه؛ نمی‌شود شخص آزاد را در برابر عبد و بنده قصاص کرد، یا نمی‌شود زن را در مقابل مرد بدون پرداخت تفاضل دیه قصاص کرد. بنابراین، خداوند مساوات و مماثلت را در قصاص واجب نموده (فاضل مقداد، کنز العرفان، ج ۲: ۳۵۶).



۷. آثار و هدف اجرایی قصاص نفس

۷-۱. اثر اجتماعی قصاص نفس

الف) قصاص و تأمین عدالت کیفری

همان‌گونه که قبلاً گفته شد، یکی از اهداف اصلی شریعت اسلام و سایر شرایع و حیانی، تأمین قسط و عدل در این جهان است و این هدف، زیربنای تمامی قوانین و مقررات دینی به‌خصوص در مورد روابط اجتماعی انسان‌ها با یک دیگر بوده است. قوانین و مقررات جزایی به‌عنوان بخشی از شریعت اسلام نیز بر همین اساس تشریع گردیده است. از جمله یکی از علت اساسی و مهم تشریع و اثر قصاص در سیاست جنایی و کیفری در جامعه‌ی اسلامی از دید فقهای اسلامی حفظ و صیانت از حق حیات در جامعه بشری است (زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶: ۲۶۷).

ب) قصاص، حفظ نظم و امنیت اجتماعی

از آنجا که حکم قصاص و آثاری که این حکم بر آن مبتنی است، بر اساس دیدگاه خاص اسلام در مورد ارزش و اهمیت حیات انسانی می‌باشد، به همین دلیل قبل از تبیین جای‌گاه و اثر قصاص نفس در حفظ نظم و امنیت اجتماعی، به دیدگاه اسلام در مورد اهمیت حیات انسان می‌پردازیم.

محروم کردن یک انسان زنده از حیات، بدون مجوز شرعی از بزرگ‌ترین گناهان دانسته شده و با تعابیر بسیار شدیدی از آن نهی گردیده است و اگر شخصی دیگری را بدون دلیل شرعی از بین ببرد از دید آموزه‌های اسلام مجازات شدید و سختی را در نظر گرفته است. از دید فقهای اسلامی از بین بردن یک انسان بدون مجوز شرعی فعل حرامی است که در رأس محرمات قرار دارد (ابن ابی‌جمهور، الأقطاب الفقهیه: ۱۲۲).

۷-۲. اثر فردی قصاص نفس

الف - بازداري از قتل

بدون شک یکی از اثر مهم اجرای حکم قصاص نفس، این است که اگر حکم قصاص با آن شرایط اساسی که بیان شده اجرا شود، به‌خوبی جنبه‌ی بازدارندگی را در جامعه ایفا می‌کند. بی‌گمان قصاص عامل مهم در بازداري مردم از ارتکاب جنایت به‌ویژه قتل عمد می‌باشد؛ زیرا



آگاهی انسان از کیفر که همراه با عدالت و برابری باشد، موجب می‌شود تا انسان خردمند به دست خود خویشتن را به هلاکت نیفکند و زمینه‌ی قتل نفس و قطع اعضای خویش را فراهم نیاورد. به همین اساس در اجرای قصاص، علنی بودن جعل و تشریع شده است تا خردمندان با دیدن مجازات و کیفر ارتکاب جنایات بدانند که هر گونه ارتکاب عمل جنایی می‌تواند این گونه قصاص را به همراه داشته باشد (عبد القادر، عوده التشریع الجنایی، ج ۲: ۵۳۶).

بنابراین، مهم‌ترین اثر اجرای قصاص این است که جنبه‌ی بازدارندگی از جرم و جنایت را دارد که می‌تواند بسیاری از خودسری‌ها مخصوصاً قتل که در جامعه به وجود می‌آید، اجرای علنی حکم قصاص از آن‌ها جلوگیری نماید (خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲: ۵۰۸).

ب - تقوا، اصلاح و تربیت

دستیابی به مرتبه یا مراتبی از تقوا و اصلاح از دیگر آثار و هدف تشریع قصاص می‌باشد که در آیه بیان شده است. البته می‌تواند این تقوا به معنای تقوای مطلق و اصطلاحی باشد، چنانکه می‌تواند به معنای لغوی باشد. به این معنا که اجرای حکم قصاص زمینه‌ای برای تقوای خردمندان فراهم می‌آورد و آنان را نسبت به علل اثر و اهداف احکام و آموزه‌های دستور شرع آگاه می‌سازد. به نواهی خداوند به دیده‌ی مصلحت و منفعتی می‌نگرد که در متعلقات احکام وجود دارد (نجفی، جواهر، ج ۴۲: ۷). البته به نظر می‌رسد که تقوا در آیه، تقوا از پستی‌ها و پرهیز از پلیدی‌های عقلانی و عقلایی مراد و منظور است. به این معنا که تشریع قانون قصاص و مرحله‌ی اجرای حکم قصاص هشدار باشی به خردمندان جامعه است، که مواظب اعمال و رفتار خویش باشد که می‌توان گفت قانون قصاص یک نوع جنبه‌ی اصلاحی و تربیتی را دارد، تا افراد از ارتکاب بزه‌ها و نابهنجاری‌های جنحه و جنایی پرهیز کنند، با دیدن مجازات و کیفر ارتکاب جنایات، بدانند که هر گونه ارتکاب عمل جنایی می‌تواند این گونه قصاص را به همراه داشته باشد، تا گرفتار قصاص نگردند و عضو جان خویش را از دست ندهند (لنگرودی، ترمینولوژی حقوق: ۵۴۵).

ج - پیشگیری از انتقام فردی (تشفی مجنی علیه یا اولیای دم)

بدون تردید جرایم علیه اشخاص، اعم از قتل، قطع عضو و ضرب و جرح، احساسات و عواطف مجنی علیه یا اولیای او را جریحه دار می‌کند و آن‌ها را به مقابله و برخورد با جانی وادار می‌نماید. طبیعت انسان به گونه‌ای است که در مقابل هر عملی که منافعی با خواسته‌ها و امیال و



منافع او باشد، از خود عکس‌العمل نشان می‌دهد و این بخش از طبیعت انسانی که اصطلاح، قوه‌ی غضبیّه نامیده می‌شود، در عین حال که ضامن بقا و استمرار حیات انسان است، می‌تواند در صورت طغیان و سرکشی، آثار و نتایج سوئی را برای فرد و جامعه به دنبال داشته باشد. به همین دلیل، یکی از برنامه‌های تربیتی اسلام، کنترل و تعدیل این قوه و قرارداد آن در محدوده‌ی عقل و شرع است که در این صورت اصطلاحاً به آن شجاعت اطلاق می‌شود. براین اساس، وقتی یکی از جرایم علیه اشخاص اتفاق می‌افتد، مجنی‌علیه یا اولیای او که این عمل را یک تهدید جدّی علیه منافع خود می‌دانند، به مقابله بر می‌خیزند و می‌خواهند که به هر صورت آن را پاسخ دهند و این را حقّ خود می‌دانند (بلاغی، عدالت و قضا در اسلام: ۲۱۲).

محروم نمودن مجنی‌علیه یا اولیای او از برخورد متقابل باجانی و صرفاً توصیه به صبر و گذشت که نمونه‌ای از آن به شریعت عیسوی نسبت داده شده است، چیزی جز سرپوش گذاشتن ظاهری بر احساسات جریحه دار شده‌ی آن‌ها و محروم نمودن آن‌ها از یک حق طبیعی نیست (ابوزید، احکام الجنایی علی النفس و مادونها، ج: ۱، ۱۲۳).

البته این به معنای آزاد گذاشتن انسان‌ها در اشباع نمودن بی‌حدّ و مرز احساسات انتقام‌جویانه نیست، بلکه بدین معنا است که شرع اسلام و قانون‌گذار باید به گونه‌ای حساب شده راه معقولی را برای خاموش نمودن این احساسات یا اعمال نمودن منطقی آن‌ها ارائه نماید. همان‌گونه که محروم نمودن افراد از اعمال حق انتقام، ممکن است به طغیان احساسات انتقام‌جویانه منجر شود و نظم اجتماعی را مختل نماید، آزاد گذاشتن آن‌ها در اعمال این حق نیز همین نتیجه را به دنبال خواهد داشت. بنابراین، راه میانه‌ای را باید انتخاب کرد که در عین حال که نظم و امنیت اجتماعی حفظ می‌شود حقوق افراد نیز رعایت گردد (عاملی، مسالک الافهام، ج: ۱۵، ۲۲۵).



نتیجه‌گیری

- نتایج تحقیق حاصل را به صورت زیر می‌تواند فهرست نمود:
۱. با توجه به این که از آغاز پیدایش انسان هنجارشکنی، جرم و به دنبال آن کیفر و مجازات پدید آمد، واکنش جامعه در برابر رفتار ضد اجتماعی، جزادهی و مجازات بزهکار می‌باشد. یکی از این مجازات‌ها قصاص قاتل و جانی است؛
 ۲. قصاص قانون الهی است که از سوی خداوند حکیم و آشنا به حقیقت انسان و مصالح و مفاسد واقعی تأثیرگذار در تکامل انسان وضع شده است، قانون قصاص اختصاص به زمان و مکان خاصی ندارد؛ چون مبتنی بر فطرت انسانی است. گذشت زمان و پشرفت علم و دانش از اعتبار قانونی و تحصیل اصلاحی آن نمی‌کاهد و هیچ تدبیر دیگر تأثر اصلاحی قصاص را نخواهد داشت؛
 ۳. هدف و اثری عملی قصاص در اسلام، پاسداری از کل حیات انسانی، برپایی عدالت، امنیت اجتماعی، التیام روحی اولیای دم و در یک کلام اجرای فرمان الهی است. اگر به خوبی اجرا شود سعادت دنیوی و اخروی بشر را تأمین می‌کند. قصاص از یک سو ضامن حیات قاتلان و مجرمان بالقوه است، چرا که جنبه‌ای بازدارندگی دارد و یادآوری آثار اجرای حکم قصاص تا حدود زیادی مجرمان با القوه را از فکر و اندیشه‌ی آدم‌کشی دور می‌کند؛
 ۴. خداوند در قرآن می‌فرماید: «ولکم فی القصاص حیاة یا اولی الالباب لعلکم تتقون» ای صاحبان خرد، برای شما در قصاص، حیات و زندگی است، شاید شما تقو پیشه کنید؛
 ۵. اسلام قانون قصاص را به جای انتقام کور فرستاد. قصاص را از رفتاری بی‌محاکمه، به حوزه‌ی قاضی و قضاوت کشاند و از این طریق آن را از رفتار غیر حقوقی و فقهی، به عملی تبدیل کرد که برای شناخت جرم، مجرم و میزان جرم، نخست باید دادگاهی تشکیل شود تا هر نوع جزایی بر حسب آن و با عدالت صورت گیرد، و از سوی دیگر آن را از صورت انتقام خارج ساخت و به وضع حقوقی نا بسامانی که جوامع آن زمان گرفتارش بودند پایان داد؛
 ۶. اسلام قصاص را کاملاً قانون‌مند و عادلانه طراحی کرد و اجرای آن را به حدود شریعی منوط کرده است. برابری در دین، آزادی و برده، تساوی در جنسیت، فقدان رابطه‌ی پدری و



- فرزندی، بلوغ عقل، اختیار و محقون الدم بودن مقتول و شرایط اجرای دیگری که کتب فقهی حنفی و جعفری بیان شده، از شرایط اجرای قصاص نفس است که با فراهم بودن این شرایط حکم قصاص استیفا می شود و تعدی از آن موجب کیفر است؛
۷. قصاص یک مجازات الزامی نیست و بلکه بنا به طبیعت حق الناس آن، نه تنها قابل عفو و مصالحه می باشد بلکه بر آن تأکید فراوان نیز شده است؛
۸. قصاص حق الناس است که صاحبان حق می توانند این مجازات را با اذن ولی امر یا حاکم اسلامی اجرا کنند؛ اما باید توجه داشت که قصاص حکم الزامی نیست و اولیای دم ملزم نیست که به طور حتم، جنایت کار را قصاص کنند و جایگزینی نداشته باشد، بلکه بنا به طبیعت حق الناس بودن آن، قابل عفو و مصالحه می باشد؛ یعنی با رضایت قاتل می توانند از او دیه بگیرد یا در برابر وجه به اندازه دیه یا کم تر از آن مصالحه نمایند و اسلام اولیای دم را بر عفو و مصالحه تشویق فرموده است.

۱. قرآن
۲. ابن منظور؛ لسان العرب؛ ج ۱۱؛ ص ۱۹۰.
۳. نذیر، پوهان، داد محمد، حقوق جزای اختصاصی اسلام، چ ۱۳، کابل حامد رسالت، ۱۳۹۷.
۴. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، چاول، بیروت، مؤسسه التاریخ العربی، ۱۴۱۲ ق.
۵. وهبه الزحیلی، فقه الاسلامی وادلتہ، بیروت - لبنان، ۱۹۹۲ م.
۶. محمد بن علی احسای، الاقطاب الفقهیہ علی مذهب الامامیہ، چ ۱، ۱۴۱۰.
۷. الوهبہ الزحیلی، فقه الاسلامی وادلتہ، پیشین، ج ۹، ص ۴.
۸. عمید، حسن، فرهنگ عمید، ایران تهران، امیر کبیر، ۱۳۵۶.
۹. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، چ ۲، تهران، بهنشر، ۱۳۶۵.
۱۰. گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، چ ۲، ن دانشگاه تهران، ۱۳۹۶.
۱۱. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، انتشارات سمت، ۱۳۷۴.
۱۲. طباطبائی یزدی، محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، ۱۳۱۷.
۱۳. معلوف، لوئیس، المنجد فی الغه، ایران، تهران، چ ۲، ۱۳۷۴.
۱۴. حلی، جعفر بن محمد، شرایع الاسلام، قم ایران، ن اسماعیلیان،
۱۵. حیدری نراقی، محمد علی، گناهان کیره، ۱۳۷۷،
۱۶. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، زبدة البیان فی احکام القرآن، ص ۲۸۹.
۱۷. طباطبای علامه، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۱، ص ۴۳۲.
۱۸. گرجی، ابوالقاسم، حدود و تعزیرات و قصاص، ص ۱۱۷.
۱۹. آبرماله و ژول ایزوک، تاریخ رم، ترجمه میرزا غلام حسین خان زیرک زاده، چاپ اول: تهران، انتشارات علمی، ۱۳۶۲.
۲۰. اسلامی، سید حسن، «اهداف دین؛ درنگی در نظریه المقاصد عندالامام الشاطبی»، نقد و نظر، سال دوم، شماره پنجم.



۲۱. احمد ادریس، عوض، ديه، ترجمه عليرضا فيض، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامي، پاييز ۱۳۷۲.
۲۲. کاپلستون، فردريک، تاريخ فلسفه، ترجمه سيدجلال الدين مجتبوي، چاپ دوم: تهران، شرکت انتشارات علمي و فرهنگي، ۱۳۶۸.
۲۳. پرادل، ژان، تاريخ اندیشه‌هاي کيفري، ترجمه علي حسين نجفي ابرندآبادي، چاپ اول: تهران، انتشارات دانشگاه شهيد بهشتي، ۱۳۷.
۲۴. پيرنيا (مشير الدوله)، حسين، ايران باستان، چاپ دوم: تهران، انتشارات دنياي کتاب، ۱۳۶۲.
۲۵. ابوزهرة، محمد، الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي، بيروت، دار الفكر العربي، [بي تا].
۲۶. قدرت الله، خسرو شاهی، فلسفه قصاص از دید گاه اسلام، چ ۱، دفتر تبليغات اسلامي، قم، ۱۳۸۰.
۲۷. دکتر وهب، زحيلي، فقه الاسلامي وادلته، چ ۱، بيروت لبنان،
۲۸. پوهاند، داد محمد نذير، حقوق جزای اختصاصی اسلام،
۲۹. عبد الرحمن، الجزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، ج ۵، ص ۲۸۵.
۳۰. کاساني، ابو بکر بن مسعود، بدايع الصنائع في ترتيب الشرايع، ج ۷، ص ۲۳۵.
۳۱. ابن قدامه، عبدالله بن احمد، الكافي في الفقه ابن حنبل، المصادر الفقهية، ج ۴۰، ص ۱۲۳.
۳۲. حلی، محمدبن ادریس، السرائر، سلسلة الينابيع الفقهية، بيروت، مؤسسة فقه الشيعة، چاپ اول، (۱۴۱۰)، ج ۲۵.
۳۳. ابن رشد قرطبي، محمد، (بداية المجتهد، المصادر الفقهية، ج ۳۹، ص ۳۲۱).





سال دوم، شماره ۴، بهار ۱۴۰۱



مطالعه‌ی شرایط قصاص اعضا از دیدگاه فقه جعفری و حنفی

نادر یوسفی^۱

چکیده

در این مقاله‌ی پژوهشی، شرایط قصاص اعضا از منظر فقه جعفری و حنفی مورد بررسی قرار داده شده‌اند. لذا در اخذ قصاص، آن ضرر و خساراتی را که جانی به مجنی‌علیه وارد نموده باشد، مجنی‌علیه، همان ضرر و خساراتی را به جانی وارد می‌نماید. بنابراین، قصاص در زمان‌های دور و نزدیک مورد توجه همه‌ی ادیان آسمانی و غیر آسمانی قرار داشته‌است، قرآن‌کریم در آیات متعدد به احکام قصاص پرداخته و اجرای قصاص را یک امر خطیر و اساسی برای حیات جامعه‌ی انسانی تلقی نموده است. بنابراین، در اسلام قصاص اهداف ذیل را دنبال می‌نماید؛ حفظ نظم جامعه، تأمین عدالت اجتماعی و پیش‌گیری از انتقام فردی. قصاص اعضا دارای دو نوع شرایط می‌باشد: نوع اول شرایط عمومی قصاص بر علاوه‌ی شرایط عامه‌ی تکلیف علمای امامیه با علمای حنفی به‌طور کلی اتحاد نظر دارند؛ اما در برخی از مسائل جزئی اختلاف دیدگاه دیده می‌شود. از جمله مساوی بودن مقتول با قاتل از حیث دین، بنا بر نظر فقهای امامیه، اما بنا بر نظر فقهای حنفی، دین در میان قاتل و مقتول به‌طور مطلق شرط نمی‌باشد، بلکه قاتل مسلمان تنها در برابر کفار حربی قصاص نمی‌شود. شرط دیگری، نبودن قاتل، پدر مقتول است؛ علمای امامیه سرایت دادن حکم را پدر و جدّ پدری اکتفا نموده‌اند؛ در حالی فقهای حنفی این حکم را به مادر و جدّات مادری نیز سرایت داده‌اند. هم‌چنین بنا بر نظر فقهای امامیه، قاتل آزاد در برابر مقتول آزاد قصاص می‌شود؛ اما بنا بر نظر فقهای حنفی، قاتل مسلمان آزاد در برابر قتل برده‌ی مسلمان نیز قصاص می‌شود. نوع دوم از شرایط قصاص اعضا، شرایط اختصاصی می‌باشد؛ در شرایط اختصاصی، هم‌چنین اختلاف نظر و اتفاق دیدگاه میان فقهای جعفری و حنفی دیده می‌شود؛ اتفاق دیدگاه میان علمای دو مذهب این است که در

^۱. دانش‌آموخته‌ی حقوق جزا و جرم‌شناسی

قصاص، هر دو عضو مماثل هم‌دیگر باشد، پس به جای چشم راست، چشم چپ را نمی‌شود قلع نمود، هم‌چنین در قصاص اعضا، عذر وجود نداشته باشد، بنا بر عذر، تبدیل به دیه می‌شود؛ اما جهت اختلافی؛ از دیدگاه فقهای حنفی، اتحاد در جنس و مماثلت را شرط می‌دانند. از این جهت قصاص میان مرد و زن وجود ندارد بلکه دیه ثابت است و دیگر این به‌طور مطلق دیه‌ی زن نصف دیه‌ی مرد است.

کلید واژگان: شرایط، قصاص، فقه، انواع ضرب و جرح، مفاهیم مشابه، اهداف قصاص و مستندات قصاص.

مقدمه

این مقاله در صدد است، که پنج موضوع را به بحث و بررسی قرار بدهد. پس موضوع اول به واژه‌های عناوین مقاله پرداخته می‌شود؛ همانند واژه‌ی شرایط، قصاص و واژه‌ی فقه از حیث لغت و اصطلاح فقها در لابه‌لای کتب لغت و کتب فقهی مورد جست‌وجو قرار داده می‌شود تا روشن گردد که قلمرو بحث این تحقیق کدام موضوعات است. از طرف دیگر، روشن شدن مفاهیم، پژوهشگر را کمک می‌کنند تا مواد مرتبط با موضوع تحقیق را جمع‌آوری نماید و از مواد غیر ضروری و غیر مرتبط با موضوعی تحقیق ابا ورزد، تا از بحث غیر مرتبط جلوگیری به عمل آید.

موضوع دوم و سوم این مقاله، سابقه‌ی تاریخی قصاص و اهداف قصاص را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهد. چنانچه که به اهداف قصاص پرداخته خواهد شد، اهداف «قصاص» در اسلام عبارت از؛ تأمین عدالت کیفری، حفظ نظم و امنیت اجتماع و پیشگیری از انتقام فردی می‌باشد. در واقع «قصاص» نوعی مقابله به مثل با جنایتکار است به گونه‌ای که مجرم همانند خسارتی وارد کرده مجازات می‌شود.

موضوع چهارم این مقاله به مستندات قصاص پرداخته می‌شود؛ ادله‌ی قصاص در این تحقیق، آیات، روایات و اجماع فقها به بررسی گرفته می‌شود و موضوع پنجم این مقاله به شرایط عمومی و شرایط اختصاصی قصاص اعضا پرداخته می‌شود.



۱. تعریف واژه‌ها

در بخش مفاهیم از تحقیق معمولاً تعریف و نظریات در باره‌ی واژه‌هایی عناوین تحقیق، به بحث و ارزیابی گرفته می‌شود. بنابراین، در این قسمت از تحقیق، مفاهیم عنوان تحقیق، از حیث لغت و اصطلاح مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱-۱. تعریف شرایط

بنا بر نظر برخی «شرایط جمع شرط است (قرشی ۱۳۷۱ش: ج ۴، چ ۶، ص ۱۴)» و شرط در لغت به معنای: «الزام و التزام چیزی در بیع و غیر بیع می‌باشد.» مقصود از الزام کار شرط کننده و مقصود از التزام مشروط علیه می‌باشد (ابن منظور ۱۴۱۴ق: ج ۷، چ ۳، ص ۳۲۹)

معنای دوم شرط این است: «از عدم آن، عدم چیزی دیگری لازم می‌آید؛ اما از وجود آن وجود دیگر لازم نمی‌آید.» مانند وضو داشتن در نماز؛ زیرا از عدم وضو، عدم نماز لازم می‌آید؛ اما از وجود وضو، وجود نماز لازم نمی‌آید؛ اما شرط در اصطلاح از لحاظ منطق و فلسفه: «به معنای چیزی است که ارتباط و پیوند خاصی بین دو شیء ایجاد می‌کند» (انصاری ۱۳۷۵ش: ج ۶، ص ۵۵) و شرط در علم اصول به معنای: «هر امری که وجود آن برای تحقق امر دیگری لازم است و در اصطلاح فقه به معنای مطلق تعهد است؛ اعم از این که در ضمن عقد باشد یا مستقل از عقد» (جعفری لنگرودی ۱۳۷۸ش: ج ۳، ص ۲۲۵۶).

البته معنای شرط به طور مطلق تعهد قابل تأمل است؛ زیرا برخی تعهد ضمن عقد را الزام آور می‌دانند.

۲-۱. تعریف قید

قید: واژه‌ای است که به مفهوم "فعل" چیزی اضافه می‌کند و توضیحی در باره‌ی آن می‌دهد. عبارت فعل را به مفهوم جدیدی وابسته و مقید می‌کند (www.mqorbani6.blogfa.com.)

1399/10/5.

۳-۱. فرق میان شرط و جزء

علما مقدمات واجبات را تقسیم نموده‌اند به مقدمات داخلیه و خارجیه، مقدمات داخلیه به اجزای واجب گفته می‌شوند؛ مانند: اجزای نماز (تکبیرت الاحرام، قرائت، رکوع و سجود...) اما مقدمات خارجیه که خارج از اجزای نماز است، شرط نامیده می‌شوند؛ مانند: (طهارت، رو به

قبله، لباس طاهر و...) به عبارت دیگر جزء آن است که مأمور به روی آن آمده است؛ اما شرط آن است که مأمور به روی آن نیامده است بلکه مأمور به تقید دارد به آن مقدمات خارجیه (www.baharsoud.ir, www.wikifeqh.ir, lib.esha.ir. 1399/10/5)

۱-۴. تعریف قصاص

قصاص در لغت اسم مصدر از ریشه‌ی «قَصَصَ، يَقُصُّ» به معنای پی‌گیری نمودن اثر چیزی است (مصطفوی ۱۴۰۲ق: ج ۹، ص ۲۷۵). لسان‌العرب نیز معنای قصاص را چنین ذکر می‌کند: «قَصَصْتُ الشَّيْءَ إِذَا تَتَبَعْتُ أَثَرَهُ شَيْئاً بَعْدَ شَيْءٍ» (ابن منظور ۱۴۱۴ق: ج ۱۱، ج ۳، ص ۱۹۰). در آیات قرآن کریم نیز ریشه‌ی قصاص آمده است؛ هم‌چون آیه‌ی: «وَقَالَتْ لِأُخْتِهِ قُصِّيهِ؛ مادر موسی به خواهرش گفت دنبال موسی برو (قصص/۱۱)».

آیه‌ی دیگر: «فَارْتَدَّا عَلَىٰ آثَارِهِمَا قَصَصًا؛ جست‌وجو کنان ردّ پای خود را گرفتند و برگشتند (کهف/ ۶۴)». بنابراین، می‌توان گفت قصاص در لغت به معنای اقتضاء الأثر است. لذا عرب می‌گوید: قُصَّ اثره؛ یعنی تَبَعَ اثره: یعنی پیروی کردن و پشت سر او رفتن و قدم به قدم او را تعقیب کردن و گویا شخص قصاص کننده پیروی می‌کند و می‌گیرد اثر و دنباله‌ی جنایت کننده را و مثل همان کار را که او انجام داده، مجنی‌علیه هم چنین انجام می‌دهد (خراسانی: ج ۲، ص ۴۲۵).

و در اصطلاح؛ پی‌گیری نمودن و دنبال نمودن اثر جنایت است به گونه‌ای که قصاص کننده همان جنایتی که جانی بر او وارد ساخته است بر خود او وارد نماید: «والمراد به هنا استیفاء اثر الجنایة من قتل أو قطع أو ضرب أو جرح، فكأن المتقص يتبع أثر الجاني، فيفعل مثله (نجفی، جواهرالکلام، ج ۴۲، ص ۷۰۷)».

به سخن دیگر، قصاص عبارت است از این‌که «جنایت‌کار همانند کاری که انجام داده است، مجازات گردد و قصاص کننده عین آن عمل جنایت را نسبت به او انجام دهد.

و قصاص، مجازات قتل، قطع عضو، ضرب و جرم عمدی است؛ یعنی اگر کشته است او را بکشند و اگر قطع عضو کرده، عضو او را قطع کنند. در صورت که مجنی‌علیه مطالبه‌ی قصاص می‌تواند که جنایت عمدی باشد و جانی عمداً جرح، ضرب و قطع عضو را انجام داده باشد، در صورت که قطع عضو، ضرب و جرح سهواً و خطأً صورت گرفته باشد در این صورت تبدیل به دیه می‌شود و قصاص ثابت نخواهد شد.



مقابله به مثل در جنایات عمدی را قصاص می‌گویند. اگر کسی را که قتلی مرتکب شده یا جراحاتی به شخصی وارد کرده است، بکشند یا همان جراحت را به او وارد کنند، او را قصاص کرده‌اند. در کتاب‌های فقهی و حقوقی، به فردی که جنایت را انجام داده است، جانی می‌گویند و آن را که مورد جنایت قرار گرفته است، مَجْنُیْ علیه می‌نامند (مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی: ج ۶، ص ۵۹۷). بنابراین، قصاص مجازاتی است که آنچه را جانی بر مجنی‌علیه، با علم و عمد و از حیث عدوانی وارد نموده است، مجنی‌علیه، مثل آن را بر جانی وارد نماید.

۵-۱. تعریف فقه

فقه در لغت، به معنای: «دانستن و فهمیدن است، به معنای درک کردن چیزهای مخفی نیز آمده است. (شاهرودی، مؤسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی ۱۴۲۳ق: ج ۱، ص ۷۶).» راغب مفردات، آن را پی بردن از معلومات حاضر به معلومات غایب معنا کرده‌است. فقه به معنای مطلق: «فهم و ادراک و دانش، علم به چیزی، درک و فهم آن چیز، دانستن، فهمیدن، فهم دقیق چیزی؛ درک اشیای مخفی، فهم اشیای دقیق، درک منظور و هدف گوینده، فهم دقیق مسائل نظری، جودت ذهن و سرعت انتقال بکار رفته است (مشکنی ۱۳۷۴ش: چ ششم، ص ۵۶).

در قرآن کریم نیز از کلمه‌ی فقه و مشتقات آن، همین معانی لغوی اراده شده‌است؛ برای مثال به ذکر آیه‌ی ذیل پرداخته می‌شود: «وَإِنْ مِنْ شَيْءٍ إِلَّا يُسَبِّحُ بِحَمْدِهِ وَلَكِنْ لَا تَفْقَهُونَ تَسْبِيحَهُمْ؛ و هیچ چیزی نیست مگر آن که شاکرانه او را تسبیح می‌گوید؛ ولی شما تسبیح آنان را در نمی‌یابید (إسراء/ ۴۴).

تعریف فقه در اصطلاح عبارت است از: «روشی که به وسیله‌ی آن احکام شرعی فرعی، از ادله‌ی تفصیلی به دست آورده می‌شود». ادله‌ی تفصیلی از نظر بیشتر فقهای شیعه؛ (قرآن کریم، سنت، اجماع و عقل است).

تعریف فقه از دیدگاه امام ابوحنیفه (ره): «معرفة النفس مالها و ماعليها»؛ معرفت شخص به آنچه که برایش جایز و آنچه که بر او نا جایز است.

تعریف فوق عام است که شامل احکام اعتقادی، اخلاقی و احکام عملی می‌شود. این تعریف در زمان امام ابوحنیفه^(ه) بهترین تعریف بوده‌است؛ زیرا در آن زمان علم فقه مانند عصر حاضر مستقل نبوده، بعدها علوم شرعی به چند دسته تقسیم شد، مانند؛ علم توحید، علم اخلاق مانند زهد و صبر و رضا و حضور قلب در نماز و امثال آن؛ اما فقه که در حال حاضر



معروف است، عبارت از شناخت احکام عملی می‌باشد که شخص مکلف، به انجام دادن و ترک آن است، به همین جهت، علمای احناف در تعریفی که امام ابوحنیفه^(ع) نقل نموده است، کلمه‌ی عمل را اضافه نموده‌اند (وهبة الزحیلی: ج ۱، ص ۲۰) «.

۱-۶. انواع قتل نفس و جنایات بر اعضا

قتل بر سه نوع تقسیم می‌شود؛ قتل عمد، شبیه‌عمد و خطای محض؛ اما قتل عمد به قتلی گفته می‌شود که به قصد قتل به وسیله‌ی کاری که نوعاً به مثل او کشته می‌شود، تحقق پیدا می‌کند و هم‌چنین است به قصد فعلی که نوعاً می‌کشد اگرچه قصد قتل نکرده باشد، بلکه ظاهر این است که عمد تحقق پیدا می‌کند به کاری که غالباً به آن کشته نمی‌شود به رجاء تحقق قتل.

قتل شبیه‌عمد آن است که قصداً فعلی را انجام دهد، که غالباً با آن فعل، شخصی کشته نمی‌شود و قتل او را قصد نکند، کما این که او را جهت تأدیب با تازیانه و مانند آن بزند، پس قتل اتفاق افتد.

خطای محض که از آن به خطایی که شبهه‌ی در آن نیست تعبیر می‌شود، آن است که فعل و هم‌چنین قتل را قصد ننماید؛ مانند کسی که شکاری را رمی نماید یا سنگی را بیندازد. پس به انسانی بخورد و او را بکشد و از این قبیل است جایی که انسان مهدورالدمی را تیر بزند. پس به انسانی دیگر بخورد و او را به قتل برساند. این سه قسم، در جنایات بر اعضا هم جاری می‌باشند؛ پس بعضی آن‌ها عمد و بعضی آن‌ها شبه‌عمد و بعضی آن‌ها خطای محض می‌باشد (روح‌الله خمینی ۱۳۷۵ ش، ج ۴، ص ۳۴۹-۳۵۱).

۲. سیر تاریخی قصاص

قتل نفس اولین جرمی است که از دیدگاه قرآن در زمین واقع شده که از خوی تجاوزگری و خودمحوری انسان حاکی است و این عمل در همان زمان هم جرم و گناه بوده است (سوره مائده/۲۷ و ۳۲).

بنابراین، اگر از ابتدای حیات انسان قتل، ضرب و جرح به‌عنوان یک تهدید جدی برای زندگی بشر به‌حساب آمده، باید قبول کنیم که انسان از ابتدا دفاع از خود را یک حق دانسته و در مقابل این تهدید از خود عکس‌العملی نشان داده است، عکس‌العمل انسان‌ها در برابر این جرم



در همه‌ی ادوار تاریخ متناسب با سطح آگاهی، فرهنگ و رشد عقلانی آن‌ها متفاوت و متغیر بوده است؛ ولی به نظر می‌رسد مقابله به مثل اولین عکس‌العملی باشد که به صورت طبیعی مورد توجه انسان‌ها واقع شده است با این تفاوت که این مقابله هیچ حد و مرزی نداشته، لذا در الواح دوازده‌گانه‌ی روم و در مجموعه‌ی قوانین حمورابی و در شریعت حضرت موسی و عیسی، قصاص وجود داشته و مورد قبول بوده است و در اسلام هم اصل قصاص با شرایطی مورد پذیرش قرار گرفته است. در قرآن کریم آیات زیادی وجود دارند که ناظر به اصل قصاص می‌باشند، البته این آیات دو دسته هستند که دسته‌ی اول این آیات به اصل مقابله به مثل به صورت کلی دلالت دارند و دسته‌ی دوم آیاتی که مستقلاً به خود مسأله‌ی قصاص پرداخته و مربوط می‌شود (خسروشاهی، ۱۳۸۰ ش: ۲۸).

بدون شک برخی از اعمال آن چنان با مصالح و منافع انسان‌ها در تضاد و تعارض است که هیچ‌کس نمی‌تواند آن اعمال را نادیده بگیرد و آن‌ها را مجرمانه و بر خلاف حقوق و آزادی‌های فردی و اجتماعی نداند. این نوع جرایم را در اصطلاح، جرایم طبیعی می‌نامند که قتل، ضرب و جرح از این نوع جرایم محسوب می‌شوند. خداوند (ج) در قرآن کریم در آیه‌ی ذیل چنین می‌فرماید: «فَطَوَّعَتْ لَهُ نَفْسُهُ قَتْلَ أَخِيهِ فَقَتَلَهُ فَأَصْبَحَ مِنَ الْخَاسِرِينَ؛ نفس سرکش، کم کم، او را به کشتن برادرش ترغیب کرد (سرانجام) او را کشت و از زیانکاران شد (مانده/ ۳۰)»

با بررسی سایر ملت‌ها و ادیان قبل از اسلام متوجه می‌شویم، که حکم قصاص صرفاً مختص به دین اسلام نیست بلکه سایر ادیان و ملل نیز در احکام کیفری خود، قائل به حکم قصاص بوده‌اند؛ مانند ملت یهود که حکم قصاص را در میان خود اجرا می‌کردند. هم‌چنان در فصل بیست و یکم و بیست و دوم از سفر خروج و فصل سی و پنجم از سفر عدد از تورات آمده و قرآن‌کریم آن را چنین حکایت کرده است:

«ما در تورات علیه یهودیان در باب قصاص حکم کردیم به این که جان قاتل در برابر قتلش و چشم جانی در برابر چشمی که از دیگری کور کرده و بینی جانی در برابر بینی دیگری که بریده شده، گرفته شود و هر جراحتی که جانی بر دیگران وارد آورده بر او وارد می‌آورند و قصاص می‌گیرند، مگر آن‌که آسیب دیده تصدق و احسان کند. پس اگر کسی تصدق کند و قصاص نگیرد، این عمل نیکش کفاره‌ی گناهان او می‌شود و کسی که حکم نکند بداند چه خداوند (ج) نازل کرده است، او و هم‌فکرانش از ظالمانند (مانده/ ۴۵)».



در عصر نزول آیهی قصاص و قبل از آن، عرب به قصاص و حکم اعدام قاتل، معتقد بوده‌اند، لکن قصاص آن‌ها حد و مرز نداشت، بلکه به نیرومندی قبائل و ضعف آن‌ها بستگی داشته‌اند، چه بسا می‌شد یک مرد در مقابل یک مرد و یک زن در مقابل یک زن که کشته بود، قصاص می‌شد و چه بسا می‌شد که در برابر کشتن یک مرد، ده مرد کشته می‌شد. در مقابل یک برده، شخصی آزادی به قتل می‌رسید و در برابر مرئوس یک قبیله، رئیس یک قبیله‌ی قاتل، قصاص می‌شد و بسا می‌شد که یک قبیله، قبیله‌ی دیگر را به خاطر یک قتل، به کلی نابود می‌کرده‌اند و از بین می‌بردند.

در میان ملل و ادیان الهی دین اسلام به‌عنوان آخرین دین آسمانی که در عین توجه به حیات مادی انسان، دیگر ابعاد وجودی انسان و همچنین رشد معنوی او را نیز مورد توجه قرار داده‌است، عادلانه‌ترین راه را پیشنهاد می‌کند، لذا اسلام نه حکم قصاص را به‌کلی لغو نموده‌است و نه بدون حد و مرزی قصاص را مشروعیت بخشید بلکه در اجرای قصاص ضابطه‌ی وضع نموده‌است. از این‌رو اسلام هرچند حکم قصاص را اثبات نمود، لکن صاحب خون و متضرر را مخیر نموده‌است، میان اجرای قصاص و یا عفو کردن و یا اخذ نمودن دیه در مقابل ضرب، جرح و قتل (شورا/۴۲).

هم‌چنین دین اسلام در قصاص، رعایت معادله میان قاتل و مقتول را نموده‌است و فرموده؛ آزاد در مقابل آزاد، برده در مقابل برده، زن در مقابل زن و مسلمان در مقابل مسلمان قصاص خواهد گردید (بقره/۱۷۸). بنابراین تشریع مجازات قصاص یک گام بسیار مهم در ایجاد یک نظام کیفری عادلانه و به دور از هرگونه خون‌ریزی، افراط و تفریط، آن هم در عصری که به خاطر کشتن یک نفر، جنگ و خون‌ریزی پی‌درپی بی‌رحمانه صورت می‌گرفت، بوده‌است. بنابراین، مسیر تاریخی قصاص نشان می‌دهد که اصل اجرای قصاص قبل از میلاد حضرت مسیح در ملل گذشته هم‌چنین وجود داشته، دین مبین اسلام آمده‌است، اجرای قصاص را ضابطه‌مند ساخته‌است و برای اجرای آن شرایط و قواعدی وضع نموده‌است، لذا بعد از نزول قرآن‌کریم و بعد از رحلت پیامبر عظیم‌الشأن مذاهب اسلامی از اوایل قرن دوم هجری تأسیس می‌شود و از آن زمان تا به حال فقهاء و علماء در مورد اجرای قصاص و شرایط آن مباحث مفصل را انجام داده‌اند، هم‌چنین که در فوق اشاره گردید، قصاص از اوایل قرن دوم و سوم هـ ق که مذاهب اسلامی تأسیس گردیده‌اند و علوم فقهی به وجود آمده‌است. از طرف دیگر قصاص



از جمله امور فقهی می‌باشد و در علوم فقه بحث می‌شود. بنابراین از زمان پیدایش علوم فقه، قصاص و شرایط آن نیز در لابه‌لای کتب فقهی مورد بحث قرار گرفته است.

۳. اهداف قصاص

اهداف «قصاص» در اسلام عبارت است از؛ تأمین عدالت کیفری، حفظ نظم و امنیت اجتماع و پیشگیری از انتقام فردی می‌باشد. در واقع «قصاص» نوعی مقابله به مثل با جنایتکار است به گونه‌ای که مجرم همانند خسارتی وارد کرده مجازات می‌شود. از این رو «قصاص» علاوه بر اجرای عدالت کیفری، تأمین کننده امنیت جانی و موجب پیشگیری از انتقام فردی است. لذا «قصاص» پاسخی منطقی است به یک احساس طبیعی انسانی و در واقع کنترل کننده آن است.

۳-۱. تأمین عدالت کیفری

همان گونه که می‌دانیم یکی از مهم‌ترین اهداف اصلی شریعت اسلام و سایر شرایع و حیانی، تأمین قسط و عدل در این جهان است و این هدف زیربنای تمام قوانین و مقررات دینی به خصوص در مورد روابط اجتماعی انسان‌ها با یک دیگر بوده است. از دیدگاه اسلام اصل مقابله به مثل، به عنوان یک اصل اولی در برخورد با مجرمین پذیرفته شده و رعایت تساوی کامل بین جرم و مجازات در جرایم قتل عمد، جرح و قطع اعضا به عنوان یک حق، مورد قبول قرار گرفته است و این تساوی و تشابه بین جرم و مجازات، ساده‌ترین و ابتدایی‌ترین مفهومی است که از عدالت کیفری استفاده می‌شود.

همان گونه که از مفهوم «قصاص» استفاده می‌شود، این مجازات نوعی مقابله به مثل با جنایت‌کار است، به گونه‌ای که اولاً؛ خود او مجازات شود نه دیگران. ثانیاً؛ مجازات او دقیقاً مساوی و همانند خسارتی باشد که به مجنی علیه وارد نموده است. این نوع برخورد با جرایم، علیه تمامیت جسمانی انسان‌ها، حرکتی بود که اسلام برای تحقق عدالت کیفری و جلوگیری از هرگونه بی‌عدالتی و تبعیض در اجرای مجازات آغاز نمود. اسلام در برابر بر خوردهای ناعادلانه که در عرب جاهلیت برای مجازات قاتل وجود داشت، می‌فرماید: «حکم قصاص کشتگان چنین مقرر گشت: مرد آزاد در مقابل مرد آزاد و بنده در مقابل بنده و زن در مقابل زن قصاص



می‌شود(بقره/ ۱۷۸)) بنا بر دستور آیه‌ی فوق، دستور قصاص چنین مقرر گشته‌است: مرد در مقابل مرد و زن در مقابل زن و برده در مقابل برده، قصاص می‌شوند.

۲-۳. حفظ نظم و امنیت اجتماعی

بدون تردید یکی از ارکان حیات اجتماعی، امنیت جانی اعضای یک جامعه است، به گونه‌ای که عدم وجود چنین امنیتی مانع تمام پیشرفت‌ها و فعالیت‌های اجتماعی می‌شود و حیات جامعه را با مشکل جدی رو به رو می‌سازد و به همین دلیل هیچ جامعه‌ی را نمی‌توان پیدا کرد که نسبت به پدیده‌ی قتل بی‌تفاوت باشد، قوانین و مقرراتی را برای مقابله با آن به وجود نیاورده باشند؛ ولی سخن در این است که چه مجازاتی می‌تواند بهتر و بیش‌تر مجرمین بالقوه را از ارتکاب قتل باز دارد؟ آیا مجازات که امروزه تمام کشورها مجازات حبس در نظر گرفته‌اند، می‌تواند انسانی را که قصد ارتکاب قتل دارد، از عمل خود منصرف نماید. خصوصاً که به جهت وضعیت بد اقتصادی و رفاه نسبی زندان‌ها و جرم‌زا بودن محیط، زندان رفتن را استقبال می‌کنند یا آن گونه که اسلام می‌گوید؛ بهترین بازدارندگی برای ایجاد امنیت در جامعه «قصاص» حفظ حیات انسان‌ها و محفوظ ماندن خون آن‌ها معرفی شده‌است. قرآن کریم می‌فرماید: «برای شما در قصاص حیات است، ای صاحبان عقل و اندیشه(بقره/ ۱۷۹)».

مفسرین در تفسیر آیه‌ی فوق به مسأله‌ی حفظ حیات انسانی در اثر تشریع و اجرای این حکم قصاص اشاره کرده‌اند و هدف اصلی «قصاص» را همین امر می‌دانند. این هدف در دو قسمت قابل بررسی است:

الف) حیات ناشی از اجرای «قصاص» به‌طور قطع، بخشی از فلسه‌ی قصاص در اجرای این حکم در جامعه پدیدار خواهد شد. اجرای قصاص نسبت به شخص قاتل گرچه موجب سلب حیات دنیوی او خواهد شد؛ اما تنها راه‌هایی از عذاب اخروی تسلیم شدن در برابر حق مشروع اولیای دم است، تا اگر بخواهند او را عفو کنند و اگر بخواهند او را قصاص نماید. البته اجرای «قصاص» به قاتل نیز می‌تواند سبب حیات مطلوب و پسندیده در آخرت شود و او را از عذاب دردناک آخرت رهایی دهد. هم‌چنین اجرای «قصاص» موجب حفظ حیات انسان‌های دیگر خواهد شده(طبرسی، ۱۴۰۳ق: چاپ اول، ج ۲، ص ۳۱۹)

ب) حیات ناشی از تشریع قصاص: مهم‌ترین تأثیر یک قانون جزایی، باز داشتن انسان‌ها از ارتکاب جرم است و بهترین قانون در این زمینه، قانونی است که بتواند ارتکاب جرم را به حداقل



ممکن برساند؛ به‌ویژه اگر جرم سنگین مانند قتل نفس باشد که جبران‌ناپذیری را برای جامعه به‌خصوص خانواده‌ی مقتول به همراه دارد. تشریع قصاص اگر تنها راه برای رساندن حدّ اقل جرم قتل و سایر جرایم علیه تمامیت جسمانی نیست، قطعاً بهترین و حکیمانه‌ترین راه برای این منظور است. اگر بتوان کسی را از قصد کشتن دیگری منصرف نمود، اطمینان‌بخش‌ترین راه آن تهدید نمودن او به مقابله به مثل است و گرنه هر مجازات دیگری ممکن است، برای او قابل قبول باشد و او را از قصد جنایت منصرف نکند. بنابراین، در تشریع حقّ قصاص، حیاتی گسترده‌تر از آنچه در اجرای آن وجود دارد نهفته است. این خود نشان دهنده‌ی این واقعیت است که فلسفه‌ی قصاص لزوماً در اجرای آن نیست بلکه خود قانون و وجود حقّ قصاص در آن حیات وجود دارد. از امام سجّاد^(ع) در تفسیر آیه‌ی ۱۷۹ سوره‌ی بقره‌ی نقل شده است و فرموده: «برای شما ای امت محمد^(ص) در قصاص حیات و زندگانی نهفته است، از قتل خودداری خواهد کرد و این موجب استمرار حیات است، هم برای کسی که اراده‌ی قتل را داشت و هم برای کسی که قصد کشتن او را داشت و نیز موجب حیات است برای غیر آن‌ها از مردم، چون وقتی بدانند که قصاص امکان‌پذیر است از ترس آن جرأت بر قتل نمی‌کنند. ای صاحبان عقل شاید از جنایت و قتل پرهیزید (طبرسی، ۱۴۰۳ هـ. ق: الإحتجاج علی‌أهل‌الجباج، چاپ اول، ج ۲، ص ۳۲۰).

۳-۳. پیش‌گیری از انتقام فردی

بدون تردید جرایم بر ضد اشخاص؛ اعم از قتل، قطع عضو و ضرب و جرح، احساسات و عواطف مجنی‌علیه یا اولیای او را جریحه‌دار می‌کنند و آنان را به مقابله و برخورد با جانی وادار می‌سازند. طبیعت انسان به گونه‌ای است که در مقابل هر عملی که منافات با خواسته‌ها و امیال و منافع او باشد از خود عکس‌العمل نشان می‌دهد.

این بخش از طبیعت انسانی که از قوه‌ی غضبیه سرچشمه می‌گیرد، در عین آن‌که ضامن بقا و استمرار حیات انسان است، در این صورت طغیان و سرکشی، می‌تواند آثار و نتایج سوئی را برای فرد و جامعه به دنبال داشته باشد. به همین دلیل، یکی از برنامه‌های تربیتی اسلام، کنترل و تعدیل این قوه و قراردادن آن در محدوده‌ی عقل و شرع است. محروم نمودن مجنی‌علیه یا اولیای او از برخورد متقابل با جانی و صرفاً توصیه به صبر و گذشت، چیزی جز سرپوش گذاشتن ظاهری بر احساسات انتقام‌جوینانه نیست؛ بلکه بدین معنا است که قانونگذار باید به گونه‌ی

حساب شده راه معقولی را برای خاموش نمودن این احساسات یا اعمال نمودن آن‌ها ارائه دهد. همانگونه که محروم نمودن افراد از اعمال حق انتقام، ممکن است به طغیان احساسات انتقام‌جویانه منجر شود و نظم اجتماعی را مختل نماید. بنابراین، راه میانه را باید انتخاب کرد که در عین حال نظم و امنیت جامعه حفظ شود، چیزی جز اجرایی قصاص از ناحیه‌ی حاکم شرع نیست. لذا قصاص یک پاسخ منطقی و حساب شده از طرف شریعت اسلامی به یک احساس طبیعی انسانی و در واقع کنترل‌کننده‌ی آن است (رضوانی ۱۳۹۶ ش: چ ۵، ص ۳۴۳).

بنابراین قصاص در اسلام سه هدف اساسی و مهم را دنبال می‌نماید، اگر احکام قصاص اجرا گردد، امنیت در جامعه حفظ می‌شود؛ زیرا کسی به خود جرئت نمی‌دهد، که به حیات کسی دیگری تعرض نموده و حیات خودش را به خطر مواجه نماید. دیگر این که زمانی قصاص تحت نظر حاکم شرع به اجرا گذاشته شود، جلو خودسری و انتقام فردی که منجر به دشمنی دیرینه میان دو فامیل واقع می‌شود، از بین می‌رود؛ زیرا ممکن است طرفین به‌طور متوالی دنبال انتقام‌گیری از طرفین بوده باشد، زمانی که قصاص تحت نظر حاکم شرع اجرا گردد، این دشمنی دیگر وجود نخواهد داشت یا به حد اقل می‌رسد.

۴. مستندات. قصاص

بخش اول از مستندات قصاص، آیات قرآنکریم مورد بحث قرار داده می‌شوند و به آیات که به حکم قصاص نفس و قصاص اعضاء پرداخته، مورد بررسی قرار داده می‌شوند.

۴-۱. قصاص نفس و اعضاء در قرآنکریم

آیات ذیل که به شرح آن پرداخته می‌شوند، حکم قصاص نفس و قصاص اعضاء را بیان می‌نمایند، آیاتی که بعداً به آن اشاره می‌شوند، در باره‌ی شرایط قصاص به‌طور کلی اشاره می‌نمایند، از حیث آزاد بودن قاتل در مقابل مقتول آزاد و برده در مقابل برده و زن در مقابل زن بحث شده است و در آیات متعدد به شرایط کلی قصاص نفس و قصاص اعضاء پرداخته شده‌اند.

«وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ التَّفْسَ بِالتَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ؛ و در تورات، برآنان مقرر کردیم که جان در مقابل جان، و چشم در برابر چشم، و بینی در برابر بینی، و گوش در برابر گوش، و دندان در



برابر دندان می‌باشد و زخم‌ها نیز به همان ترتیب قصاص دارند و هر که از آن قصاص درگذرد، پس آن، کفاره‌ی گناهان او خواهد بود (مائده/۴۵)».

در صدر آیه‌ی فوق در باره‌ی قصاص نفس اشاره گردیده است، (النفس بالنفس) یعنی در قصاص قتل نفس در مقابل نفس قصاص می‌شود، نفس در این آیه مطلق است، مشخص نمی‌شود که کدام نفس در مقابل کدام نفس، قصاص می‌گردد، طبق صدر آیه‌ی فوق، هر نفس در مقابل هر نفس قرار می‌گیرد، آزاد در مقابل برده، مسلمان در مقابل کافر، النفس بالنفس صدق می‌کند، هم‌چنین در قصاص اعضا، به‌طور کلی هر فرد مجرم در مقابل هر فرد مجنی‌علیه مورد قصاص قرار می‌گیرد؛ اما شرایط قصاص نفس و قصاص اعضا در آیات دیگر، روایات و دلایل معتبر دیگری بحث شده است، که این آیات را مقید می‌سازد به یک شرایط خاص. در آیه‌ی فوق بر چند موارد از موضع قصاص اشاره شده است:

ثبوت قصاص نفس در مقابل نفس: النفس بالنفس، در اجرای قصاص نفس در مقابل نفس قصاص می‌شود، البته مراد از نفس در مقابل نفس، اگر قاتل مسلمان باشد، مقتول نیز باید مسلمان باشد؛ اما اگر مقتول مسلمان باشد در برابر آن لازم نیست که هم‌چنین قاتل مسلمان یا آزاد باشد بلکه قاتل غیر مسلمان در برابر مقتول مسلمان نیز مورد قصاص قرار می‌گیرد.

ثبوت حق قصاص چشم، در مقابل چشم: این قسمت از آیه؛ وکتبنا علیهم فیها ان...والعین بالعین قصاص ثبوت حق قصاص بینی، در مقابل بینی: این بخش از آیه؛ وکتبنا علیهم فیها ان... والانف بالانف... قصاص ثبوت حق قصاص گوش، در مقابل گوش: این بخش از آیه؛ وکتبنا علیهم فیها ان... والاذن بالاذن... قصاص ثبوت حق قصاص دندان، در مقابل دندان: وکتبنا علیهم فیها ان... والسن بالسن... قصاص جریان حکم قصاص، در جراحت‌ها؛ وکتبنا علیهم فیها ان... والجروح قصاص، جراحت‌ها باقی اعضا که از اسامی آن در این آیه یا آیه‌های دیگر، نامبرده نشده است، شامل می‌شود.

آیه‌ی ذیل از سوره‌ی بقره در باره‌ی قصاص مرد آزاد در برابر مرد آزاد، برده در برابر برده و زن در برابر زن دلالت دارد که متن آن چنین است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى؛ ای افرادی که ایمان آورده‌اید! حکم قصاص در مورد کشتگان بر شما نوشته شده است، آزاد در برابر آزاد، برده در برابر برده، و زن در برابر زن، قصاص مرد آزاد در مقابل کشتن مرد آزاد جایز است (بقره/۱۷۸).

آیات ذیل هم چنین به مقابله به مثل اشاره دارند:

«وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ؛ کیفر بدی، مجازاتی است همانند آن و هر کس عفو و اصلاح کند، پاداش او با خداست؛ خداوند ظالمان را دوست ندارد (شوری/ ۴۰)»

«وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ؛ و هر گاه خواستید مجازات کنید، تنها به مقداری که به شما تعدی شده، کیفر دهید و اگر شکیبایی کنید، این کار برای شکیبایان بهتر است (نحل/ ۱۲۶)» دو آیهی فوق به صراحت دلالت دارند به جواز مقابله به مثل، مفهوم این آیات، می‌رساند که به همان مقداری که از جانب جانی، تعدی صورت گرفته است، شما به همان اندازه قصاص نمائید و بیش‌تر از آن مقدار ضرر وارده، وارد نمودن مجازات، مجاز نمی‌باشد، بلکه بیش‌تر از آنچه که جانی وارد کرده، بر او وارد شود، این تعدی دیگری خواهد بود که دارای مسئولیت مدنی و کیفری جداگانه می‌باشد.

۴-۲. مستندات قصاص اعضاء از منظر فقهای امامیه

در جنایات اعضا و جراحت‌های که به اعضا وارد می‌شود، در اعضای بالمثل، قصاص وجود دارد، در این حکم مردان آزاد در مقابل مردان آزاد باهم برابر اند؛ اما مردان در مقابل زنان، تا زمانی که دیهی عضو به یک ثلث دیهی مرد آزاد نرسیده‌اند باهم مساوی هستند، زمانی که به حد ثلث دیه و یا از ثلث دیهی مرد آزاد بگذرد، قصاص مرد آزاد در مقابل زن آزاد، در صورت عملی می‌شود که نصف دیهی عضو مورد قصاص را مجنی علیه برای جانی بپردازد، پس تا زمانی که نصف دیهی عضو از اعضای جانی پرداخت نشده است، قصاص معطل قرار داده می‌شود؛ اما در مورد ثلث دیهی اعضا میان علمای امامیه، اختلاف دیدگاه وجود دارد، برخی به این نظر هستند که از ثلث بگذرد، دیهی زنان به نصف دیهی مرد تقلیل پیدا می‌کند؛ ولی اکثر به این نظر هستند که همین که به ثلث دیه رسید، دیهی زنان به نصف دیهی مرد تقلیل می‌نماید. از جمله شیخ طوسی در نهاییه و ابن ادریس حلی در سرائر، گفته‌اند که دیهی زنان زمانی به نصف دیه، تقلیل می‌نماید که دیهی عضو از یک سوم بیش‌تر باشد؛ اما زمانی که دیهی عضو زن در حد ثلث دیهی مرد باشد، باهم مساوی‌اند (حرعاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۱۹، ص ۱۲۲).



مستندات فقهای امامیه در قصاص اعضاء و جراحات، قول مشهور فقهای امامیه در رابطه که زن با مرد در قصاص اعضا و جوارح تا یک ثلث دیه کامل باهم برابند و در بیش‌تر از ثلث، زن می‌تواند بعد از پرداخت نیمی از دیه‌ی عضو آسیب دیده به مرد او را قصاص نماید.

۴-۲-۱. قصاص اعضا در روایات

روایت معتبر حلبی از امام صادق^(ع) در باره‌ی مردی که چشم زنی را کور کرده بود، امام فرمود: «اگر زن و بستگانش بخواهند، چشم مرد را کور کنند، یک‌چهارم دیه را باید به او بپردازند و اگر زن بخواهد دیه بگیرد، یک‌چهارم دیه را در یافت نمایند (کلینی ۱۳۹۳ ش: چ ۶، ج ۷، ص ۳۰۱).

روایت معتبر دیگری حلبی از امام صادق^(ع) در جواب کسی که پرسیده بود: آیا جراحات مرد و زن در دیه و قصاص برابند، فرمودند: «مرد و زن در قصاص دندان مقابل دندان، شکاف سر در مقابل شکاف سر و انگشت در مقابل انگشت باهم برابند تا آنجا که دیه‌ی جراحات تا ثلث دیه‌ی کامل برسد و در صورت تجاوز از ثلث، دیه‌ی مرد در جراحات دو برابر دیه‌ی جراحات زن خواهد بود (کلینی، ۱۳۹۳ ش: چ ۳، ج ۷، ص ۳۰۰).

البته این حکم مربوط فقهای امامیه هستند؛ اما اکثر علمای اهل سنت در دیه‌ی مرد و زن تفاوت قایل نمی‌باشد و استدلال آن‌ها چنین است، در آیه‌ی ۴۵ سوره‌ی مائده و یا آیات دیگری که در باره‌ی قصاص پرداخته‌اند اشاره‌ی به تفاوت دیه ندارد: «النفس بالنفس و العین بالعین...» کلام علماء در مورد قصاص مرد در مقابل مجنی‌علیه زن، با تکیه بر روایات چنین است: روایت از جمیل بن دراج از امام^(ع) در باره‌ی قصاص که در میان مرد و زن است، سؤال می‌کند، امام^(ع) جواب می‌دهد، در قصاص جراحات الی ثلث دیه مردان و زنان باهم مساوی هستند، پس هنگامی که از ثلث دیه بگذرد، دیه‌ی زنان به نصف تقلیل می‌یابد». هم‌چنین عبارات ذیل را می‌رساند این‌که در قصاص اعضاء، مرد و زن تا ثلث دیه‌ی اعضا، باهم برابر هستند، همین که دیه‌ی اعضاء از ثلث تجاوز نمایند، دیه‌ی زن به نصف دیه‌ی مرد تقلیل می‌کند، پس بنابراین، زمانی که چهار انگشت زن توسط مرد بریده شود، دیه‌ی آن بیست شتر است. در این صورت زمانی می‌تواند، چهار انگشت مرد را از حیث قصاص، برد که دیه‌ی دو انگشت مرد را برای آن پرداخت نماید: «إذا تقرر ذلك فلو قطع منها ثلاث أصابع استوفت مثلها، منه قصاصاً من غير ردٍّ، و لو قطع أربعاً لم تقطع الأربع إلا بعد رد دية إصبعين؛ زمانی که





مقرر گردید حدود قصاص، پس اگر قطع شود سه تا از انگشت زن، قصاص اجرا می شود، مثل آنچه که انجام داده است، اگر چهار تا انگشت از زن قطع شود، از طرف مردی، قصاص چهار انگشت زمانی جنبه‌ی عملی را به خود می گیرد که دیه‌ی دو انگشت جانی پرداخت شود، بعداً قصاص چهار تا انگشت اجرا می شود (شهید اول ۱۳۸۲ش: ج ۳، ص ۳۵۱).

در حکم فوق، مجنی علیه، مخیر است، که با رد دیه‌ی دو انگشت، چهار انگشت مرد را قصاص نماید، یا این که دیه‌ی دو انگشت را اخذ نماید. هم چنین «حکم فوق زمانی نافذ است که با یک ضربت، چهار تا انگشت زن را قطع نموده باشد؛ اما زمانی که با ضربت متعدد، چهار تا انگشت زن را قطع نموده باشد، در این صورت زن مجنی علیه می تواند چهار انگشت مرد را بدون ردّ قطع نماید، یا این که با تفاهم، دیه‌ی چهار انگشت را اخذ نماید، چنانچه فرموده اند (شهید اول، ۱۳۸۲ش، ج ۳: ۳۵۱).

روایت فوق به طور واضح در مورد دیه است که تا ثلث، در قصاص اعضای مرد با زن با هم مساوی هستند، زمانی که دیه‌ی اعضا از ثلث دیه‌ی کامل مرد، گذشت، دیه‌ی زن به نصف دیه‌ی مرد تقلیل می نماید و در صورت درخواست قصاص، با ردّ نصف دیه از طرف زن مجنی علیه، قصاص بالای مرد جانی جاری می شود، در غیر آن صورت، مستحق نصف دیه می شود.

۴-۲-۲. اجماع

محمدحسن نجفی (صاحب جواهر) به نقل از شیخ طوسی در کتاب خلاف، ادعای کرده راجع به این که زن تا یک سوم دیه‌ی کامل با مرد در قصاص اعضا و جراحت برابر است و پس از رسیدن به یک سوم، زن نمی تواند، مرد را قصاص نماید، مگر پس از پرداخت مابه‌التفاوت نصف دیه‌ی عضو (نجفی، ۱۹۸۳م: ج ۴۲، ص ۸۵) البته اجماع مذکور مدرکی است، به عنوان دلیل مستقل اعتبار نخواهد داشت بلکه به عنوان تقویت دلایل دیگر مطرح شود.

۴-۳. مستندات شرایط قصاص اعضا از دیدگاه فقه‌های حنفی

در این بخش از تحقیق، قصاص اعضا، صرف از حیث بررسی ادله از دیدگاهی فقه‌های حنفی، مورد بررسی قرار می گیرد؛ زیرا در این مقطع از تحقیق با استناد به آیات و روایات در فقه حنفی، مورد مطالعه قرار داده می شوند. یکی از شرایط قصاص، مکلف بودن جانی می باشد، بر اساس آنچه که در برخی منابع حنفی آمده است، عاقل به واسطه قتل مجنون قصاص می شود؛ اما

اگر کسی بعد از انجام دادن قتل عمد که در حالت افاقه بوده، دیوانه شود، اگر دیوانگی دائم باشد، قصاص ساقط می‌شود؛ ولی اگر جنون ادواری باشد، قصاص لازم می‌آید، دلیل این حکم نزد احناف، روایتی در کتاب «الموطأ» مالک است؛ یحیی بن سعید نقل می‌کند: مروان بن حکم به معاویه بن ابی سفیان نامه‌ی نوشت با این مضمون که شخصی مجنون فردی را کشته است؛ معاویه در جواب نوشت: «دیه را اخذ کند و از قصاص کردن وی، منصرف شود» (محمود طهماز، ۲۰۰۹م: ج ۳: ۳۳۱).

در مورد جنایت شخص که مرتکب قتل عمد شده است، قصاص جاری است، مستند این حکم همان مدرک قبلی «الموطأ» است؛ اما در نزد فقهای امامیه، عمد کودک و مجنون در حکم خطای محض است و عاقله‌ی آن دیه‌ی آن را می‌پردازد. اگر کسی بعد از انجام قتل عمد، دیوانه شود، بر خلاف آنچه در فقه

حنفی مطرح است، در فقه امامیه قصاص ساقط نمی‌شود (شهید اول، ۱۳۸۲ش: ج ۲، ص ۲۶۶). بنا بر مستندات فوق، به نظر می‌رسد که اجرای حکم قصاص، بر مجنون دائم، چندان حکمت و اهداف مجازات را بر آورده نمی‌سازد و از سوی دیگر، نظر امامیه که قصاص را بدون تفکیک بین مجنون ادواری و مجنون دائمی، قابل اجرا می‌دانند، به عدالت و انصاف (که مهمترین فکتور در اجرای مجازات است) نزدیک‌تر است؛ چرا که عادلانه نخواهد بود که با معذور شدن مجرم، حقی مسلم کسی، آن هم حق حیات و جان انسان که تأکید شدید در شریعت اسلام شده است، پایمال شود. از طرف دیگر جانی در حالت افاقه و تکلیف مرتکب جنایت شده است، از این رو جاری دانستن قصاص قابل توجیه به نظر می‌رسد. فقهای مذهب حنفی در حالت کلی اصل مساوات را بر اساس آیه‌ی قرآن کریم: «وکتبنا علیهم فیها أَنْفُسُ بَأَنْفُسٍ... آیه ۴۵ سوره مائده». جاری می‌دانند و معتقدند که آزاد در برابر آزاد و آزاده قابل قصاص هستند.

اما در خصوص قتل برده توسط آزاد، با توجه به عمومیت آیه، بیان می‌دارد که آزاد در برابر قتل برده‌ی که مسلمان باشد، مورد قصاص قرار می‌گیرد چرا که هر دو در عصمت مشترک هستند، پس با وجود سایر شرایط، قاتل قابل قصاص می‌باشد و دلیل دیگری حدیث از پیامبر اکرم (ص) می‌باشد که می‌فرماید: «المسلمون تتكافأ دماؤهم» (برهان الدین، ابوالحسن ۱۴۱۷ق: ج ۴، ص ۱۶۶).

ولی شخصی به دلیل قتل برده، مکاتب و مدبر خودش قصاص نمی‌شود. در عهد پیامبر اکرم (ص) تنها کفار بر عهده‌ی قاتل بود و جاری می‌شد (برهان الدین ابوالحسن ۱۴۱۷ق: ج ۴، ص ۱۷۰).



اما بر اساس فقه امامیه قاتل و مقتول باید از حیث آزاد و برده بودن مساوی باشد در صورتی که قاتل مسلمان و آزاد باشد. بنابراین اگر قاتل برده باشد، در این صورت برده‌ی قاتل قابل قصاص می‌باشد؛ اما در خصوص قصاص برده در مقابل برده‌ی اول باید ارزش مالی آن‌ها سنجش گردد و اگر قاتل ارزش بیش‌تر نسبت به مقتول دارد، باید مابه‌التفاوت قاتل قبل از قصاص ادا شود (شهید اول، ۱۳۸۲ ش: ج ۲، ص ۲۶۱).

بحث دوم از شرایط عمومی قصاص، مساوی بودن قاتل و مقتول، در دین است، فقهای حنفی این شرایط را با استثنای زیادی پذیرفته‌اند، به طوری که فقهای حنفی قتل کافر ذمی توسط مسلمان را موجب قصاص می‌دانند و ادله‌ی نیز اقامه نمودند از جمله عموم آیات ذیل: سوره‌ی بقره آیه ۱۷۸ «... كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ...» و نیز آیه‌ی ۴۵ مائده: «وَكُتِبَ عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْفُسٌ بِنَفْسٍ...». و نیز حدیث از پیامبر اکرم (ص) نقل شده است: «قتل مسلماً بذمی» از این حدیث استدلال شده است که قصاص در این مورد جاری می‌شود.

علاوه بر آن ادله، یک موضوع اصولی دیگری نیز مطرح است و آن این که اصل «مساوات» را در عصمت معتبر می‌دانند و مراد از عصمت در نزد علمای احناف: «دین و دار» است و بر این اساس استدلال می‌شود، کفری که موجب اباحه‌ی دما است، کفر محارب است نه کفر ذمی؛ زیرا مسلمان و کافر ذمی در بخش از عصمت، که دارا باشد، مساوی و برابر می‌باشند. پس جاری دانستن قصاص بلا اشکال است.

ولی بر خلاف کفار ذمی، مسلمان در برابر کفار مستأمن، به دلیل محقون الدم نبودن همیشگی وی قصاص نمی‌شود و بر اساس «عصمت» که شامل «دار» می‌شود، کفار ذمی نیز در برابر قتل کفار مستأمن، قصاص نمی‌شود و نیز مستأمن در برابر مستأمن، استحساناً قصاص نمی‌شود (برهان‌الدین ابوالحسن ۱۴۱۷ ق ج ۴، ص ۱۶۰۷).

فقهای امامیه تساوی قاتل و مقتول در دین را از شرایط اجرای قصاص می‌دانند؛ اما برابری قاتل و مقتول در دین به این معنا است که مسلمان در برابر قتل کافر (اعم از حربی و ذمی) قصاص نمی‌شود و دلیل این حکم را فقهای امامیه، علاوه بر روایات زیادی که در حد استفاضه و تواتر می‌باشند (نجفی ۱۳۸۷ ش: ج ۵، ص ۴۲) و نیز قاعده‌ی نفی سبیل مستنبط از آیه‌ی ۱۴۱ سوره‌ی نساء: «... وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا».

اما کافر به خاطر قتل کافر قصاص می‌شود، گرچه از دو کیش متفاوت باشند (روح‌الله خمینی: ج ۲، ص ۵۱۹). بنابراین اساس کافر ذمی در برابر قتل کافر حربی و یا مرتد و بر عکس قابل قصاص است. لذا اگر کافری کافر دیگری را بکشد و بعد مسلمان شود، قصاص نمی‌شود؛ زیرا مسلمان در برابر قتل کافر قصاص نمی‌شود و مراد از اسلام موقع اجرای قصاص است، نه موقع واقع شدن جنایت (نجفی، ۱۳۸۷ ش: ج ۴۲، ص ۱۵۸).

با توجه به آرای طرفین با رعایت اصل مساوات، در مصادیق و تفسیر این اصل اختلاف وجود دارد، به شامل دین و دار می‌دانند که با توجه به حقوقی که اسلام برای معاهد و ذمی در نظر گرفته و تضمینات و تأمیناتی که اسلام نسبت به اهل ذمه در برابر کسب جزیه و مالیات از آنان قرار داده است، به نظر می‌رسد یکی از این تأمینات و یا بزرگ‌ترین تأمین و تضمین، در امان بودن خون‌ها و جان‌هایی آنان است. بحث دیگری از شرایط عمومی قصاص اعضا، نفی رابطه‌ی پدری و فرزندی است؛ یعنی هرگاه پدری به فرزندش جنایت وارد نماید، مورد قصاص قرار نمی‌گیرد، گرچه تعزیر می‌شود. فقهای احناف در این شرط اختلاف با فقهای امامیه دارند، یکی از دلایل قصاص نشدن پدر نسبت بر جنایات به فرزند، حدیثی است که از پیامبر گرامی اسلام نقل شده است: «لایقاد الوالد بولده (برهان‌الدین ابوالحسن ۱۴۱۷ق: ج ۴، ص ۱۶۰۸)». و نیز فرموده است: «لایقاد اب من ابنه» و دلایل عقلی که پدر را منشأ فرزند می‌دانند و به عبارتی فرزند جزء پدر است. موضع اختلاف دو مذهب، سرایت دادن این حکم علاوه بر اجداد پدری به جدات مادری در فقه حنفی است (برهان‌الدین ابوالحسن ۱۴۱۷ق، ج ۴: ۱۶۰۸). فقهای حنفی این حکم را به موردی که فرزندی حق قصاص را از کسی به ارث ببرد و مستوجب قصاص، پدر وارث باشد، نیز سرایت داده‌اند و قصاص را به دلیل حرمت پدری ساقط می‌دانند. بر اساس معنای کلمه‌ی «والد» جدی پدری بالاتر را نیز می‌توان از قصاص استثنا کرد و مطابق نظر غالب، نزد فقهای امامیه این استثنا شامل سایر اقارب از جمله برادران، فرزندان، مادر و جدات... نمی‌شود؛ چنانچه در روایتی آمده است که راوی نقل می‌کند: «سألت اباجعراً^(ع) عن رجل قتل امه، قال یقتل بها صاغراً» (نجفی ۱۳۸۷ ش، ج ۵، ص ۴۲: ۱۷۱).

دلیل این اختلاف در تعمیم این استثنا به مادر و جد و در فقه حنفی و عدم تعمیم این حکم به مادر و ... در فقه امامیه، شاید عدم حجیت ادله‌ی مثل قیاس و استحسان در فقه امامیه باشد که یک بحث اصولی است؛ اما با توجه به این که قصاص نشدن پدر در حالت قتل عمد استثنای بر

اصل قصاص است و در موارد استثنا نیز می‌بایست مستثنا از اصل به صراحت ذکر شود و تعمیم حکم به دیگران دلیل محکمی می‌طلبد. موضوع دیگری از شرایط عمومی قصاص محقون الدم بودن مجنی علیه و مقتول است؛ بر اساس این شرط اگر مقتول به جهتی مهدورالدم باشد، قصاص اجرا نمی‌شود. برخی از مهدورالدم بودن عبارت از: سب النبی (سب کننده به پیامبر اکرم (ص) و اهل بیت (علیهم السلام))، مرتد فطری، محارب و ... است که بر اساس نصوص روایی جانی و قاتل این‌ها مورد قصاص قرار نمی‌گیرد.

۵. شرایط اجرایی قصاص اعضا در فقه جعفری و حنفی

شرایط اختصاصی قصاص اعضا مربوط به هر عضو از بدن می‌شود از قبیل مماثلت اعضا، اعضای اصلی در مقابل اعضای اصلی و اعضای غیر اصلی در مقابل اعضای غیر اصلی قصاص صورت می‌گیرد که در ذیل مورد به مورد از آن به بحث، گرفته می‌شود.

۵-۱. تلف نمودن عضو بدن از روی عمد

یکی از شرایط قصاص، قصد و اراده‌ی جانی است. بنابراین، اگر تلف شدن عضو مجنی علیه بدون قصد و اراده صورت گیرد، در این فرض، جانی مورد قصاص قرار نمی‌گیرد بلکه تبدیل به دیه می‌شود. قطع عضو یا جرح آن در موارد زیر عمدی محسوب می‌شود:

وقتی که جانی با انجام کاری قصد قطع عضو یا جرح آن را دارد، چه آن کار نوعاً موجب قطع یا جرح باشد یا نباشد، در این صورت قصاص محقق می‌شود، هم‌چنین جنایت ثابت می‌گردد، زمانی که جانی عمداً کاری انجام دهد که نوعاً موجب قطع یا جرح عضو باشد و این عمل، موجب قطع یا جرح مجنی علیه، گردد، هر چند قصد قطع یا جرح نداشته باشد؛ چنانچه که حضرت آیت‌الله العظمی فیاض فرموده‌اند: «اگر عمداً بر اعضا جنایت وارد کند، قصاص ثابت می‌شود، چنانچه جنایت را عمداً با چیزی که معمولاً با آن، عضو تلف می‌گردد یا به قصد تلف نمودن عضو انجام دهد، جنایت محقق می‌شود، هرچند با آن معمولاً تلف محقق نشود (فیاض، مسأله ۳۳۸۴: ۷۷۰)».

از این مسأله چنین استنباط می‌شود که اگر با آله‌ی که معمولاً عضو بدن با آن تلف می‌شود از روی عمد استفاده شود، گرچه تلف کننده قصد تلف عضو بدن مجنی علیه را نداشته باشد، در این صورت جنایت محقق می‌گردد. هم‌چنین است، اگر با آله‌ی که معمولاً عضو بدن با آن تلف



نشود؛ اما جانی از روی عمد، به خاطر تلف عضو شخصی از آن استفاده نماید در این صورت جنایت محقق گردیده و مجنی علیه می تواند از جانی در خواست قصاص نماید.

هم چنین قصاص یا دیه بر علیه جانی ثابت می شود، زمانی که جانی قصد قطع عضو یا جرح عضو را نداشته باشد و عمل او نوعاً موجب قطع یا جرح نمی باشد؛ ولی نسبت به مجنی علیه بر اثر بیماری یا پیری یا ناتوانی یا کودکی و مانند اینها که عمل انجام شده نوعاً موجب قطع یا جرح باشد و جانی به آن آگاهی داشته باشد و از روی عمد انجام داده باشد.

۵-۲. قصاص مرد در برابر زن

در قصاص عضو، مرد و زن و مرد مجرم به سبب نقص عضو یا جراحتهای که به زن وارد نماید به عضو مانند آن محکوم می شود. مگر این که دیهی عضوی که ناقص شده ثلث یا بیش از ثلث دیهی کامل باشد که در آن صورت زن هنگامی می تواند قصاص کند که نصف دیه آن عضو را به مرد پردازد. از ظاهر عبارات ذیل به نظر می رسد که فقهای حنفی، در قصاص اعضاء، قصاص میان مرد و زن را مجاز نمی دانند؛ زیرا از حیث جنس، میان مرد و زن تکافؤ وجود ندارد: « ینعدم التكافؤ بین الجانی و مجنی علیه فیما دون نفس فی حالتین أو ثلاث عند الحنفیه. و فی حالتین آخرین عند غیر الحنفیه (الجمهور) أما حالتا انعدام التكافؤ عند الحنفیه: فهما الاختلاف فی الجنس و عدم التماثل العددي فلا قصاص فیما دون نفس بین الرجل و المرأة؛ لأن الاطراف عندهم كالاموال، وإذا لم يتحقق التماثل بین دية المرأة والرجل، إذ أن ديتها نصف دية الرجل، فلا تماثل بينهما فی دية الأطراف. و إذا انعدم التماثل والمساوات بین أرشی المرأة و الرجل امتنع القصاص بین طرفیهما. و عند الجمهور: يقتص الرجل بالمرأة و بالعکس. (زحیلی ۱۹۹۷م: ج ۷، چ ۴: ۵۷۴۰)».

از عبارات فوق نکات ذیل به ذهن می رسد: در نزد فقهای حنفی دیهی اعضای زن به طور مطلق نصف دیهی مرد است، در حالی که فقهای امامیه تا ثلث، دیهی اعضاء را، میان مرد و زن، مساوی می دانند. دیگر این که قصاص در اعضا به طور مطلق میان مرد و زن را منتفی می دانند؛ اما نزد جمهور فقهای اهل سنت قصاص میان مرد و زن را مجاز می دانند.

در این مورد حضرت آیت الله العظمی فیاض چنین فرموده اند: «اگر زن بر مرد جنایت وارد کند، مرد می تواند زن را قصاص نماید، بدون این که چیزی از زن بگیرد؛ ولی اگر مرد بر زن جنایت وارد نماید، زن می تواند مرد را قصاص نماید. البته در صورتی که دیه به مقدار ثلث دیه



برسد، باید زن مابه التفاوت را به مرد بپردازد و گرنه، چیزی نمی‌پردازد. بنابراین اگر مرد انگشت زنی را ببرَد، زن می‌تواند بدون آن‌که چیزی به مرد بدهد، انگشت او را ببرَد؛ اما اگر مرد دست زن را ببرَد، زن می‌تواند بعد از آن‌که نصف دیه‌ی دست مرد را پرداخت کرد، دستش را ببرَد و قصاص را جاری نماید (فیاض، مسأله‌ی ۳۳۸۶: ۷۷۰). پس در قصاص عضو، مرد و زن مسلمان، بدون تفاوت قصاص می‌شود، مگر این‌که دیه به ثلث برسد، در این صورت اگر جانی مرد باشد زمان مورد قصاص قرار می‌گیرد، که زن نصف دیه‌ی مرد را برای جانی ردّ نماید؛ اما اگر جانی زن باشد و از طرف مرد، قصاص شود، بدون تفاوت در هر مرحله‌ی که باشد، قصاص می‌شود.

هم‌چنین حضرت امام خمینی در تحریرالوسیله فرموده‌اند: «تساوی در مرد بودن و زن بودن، شرط نیست؛ پس در عضو، برای مرد از مرد و از زن، بدون گرفتن زیادی، و برای زن از زن و از زن بعد از ردّ تفاوت در جایی که دیه به ثلث برسد، قصاص گرفته می‌شود (خمینی، تحریرالوسیله، مسأله‌ی ۳: ۳۲۷)».

۵-۳. تساوی در سلامت اعضاء

عضو سالم در برابر عضو نا سالم قصاص نمی‌شود، فقط دیه به آن عضو پرداخت، می‌شود، لکن عضو نا سالم در برابر عضو سالم قصاص می‌شود و هم‌چنین در قصاص عضو تساوی محل معتبر است و باید در مقابل قطع عضو طرف راست عضو همان طرف و در مقابل طرف چپ عضو همان طرف جانی قصاص شود؛ چنانچه که سید سابق از علمای اهل سنت فرموده است: «استواء طرف الجانی و المجنی علیه فی الصّحة و الکمال، فلا یؤخذ عضو صحیح بعضو أشل و لا ید صحیحة بید ناقصة الأصابع، و یجوز العکس (سید سابق ۱۴۰۵ق، جزء التاسع، ۴۲)». عبارات فوق به‌طور واضح دلالت دارد که دست سالم در برابر دست معیوب و اشل قصاص نمی‌شود؛ اما برعکس آن دست معیوب و اشل در برابر دست سالم، مورد قصاص قرار می‌گیرد.

أیضاً الفقهاء الاحناف قالوا: «فلا تقطع الید الصحیحة بالشلأ و لا الرجل الصحیحة بالشلأ، و لا یؤخذ الکامل بالناقص کید أو رجل کاملة بأخری ناقصة الأصابع. إلا أن الإمام مالک یری قطع الید أو الرجل ناقصة إصبعاً بالکاملة بلاغرم علی الجانی و لاخیار للمجنی علیه فی نقص الأصبع، فإن نقصت اکثر من أصبع، خیر المجنی معنی علیه بین القصاص و أخذ الدیة. وإن نقصت



يدالمجنى عليه أو رجله أصبعاً يقتص من الجانى الكامل الأصابع، فإن نقصت أكثر من أصبع كأصبعين فأكثر لا يقتص لها من يد أو رجل كاملة. (وهبة الزحيلي ١٩٩٧م: ج ٧، ص ٥٧٤٥)»

از صدر عبارات فوق فهمیده می شود که دست و پای صحیح و کامله در برابر دست و پای شل و ناقص مورد قصاص، قرار نمی گیرد؛ اما در باره ی عکس آن ساکت است؛ اما محتوای ذیل عبارات چنین به ذهن می رساند که فقهای حنفی، اعضای ناقصه هم چنین در برابر صحیح و کامله قصاص نمی شود؛ زیرا برعکس آن را به امام مالک نسبت داده است.

بنابر عبارات فوق، نظر امام مالک این است، که دست و پای ناقصه در برابر دست و پای کامله مورد قصاص قرار می گیرد. در این باره اختیار برای مجنی علیه نیست در صورتی که یک أصبع ناقص باشد بدون غرامت و تفاوت دیه ی کامله و ناقصه؛ اما اگر اکثر از أصابع ناقص باشد، مجنی علیه مخیر است در اجرای قصاص و اخذ دیه، اما اگر یک انگشت از دست یا پا ناقص باشد، در برابر آن دست کامل و یا پای کامل مورد قصاص قرار می گیرد، اگر بیش تر از یک انگشت دست یا پا، ناقص باشد، در برابر آن دست و پای کامل، مورد قصاص قرار نمی گیرد.

هم چنین که در تحالوسیله آمده است: «در این مقام علاوه بر آنچه گذشت، تساوی در سلامت از شل بودن و مانند آن بنابر آنچه که می آید یا بودن مقتص منه پایین تر، و تساوی در اصالت و زیاده شرط است و هم چنین تساوی در محل، بنا بر آنچه که کلام در آن می آید، شرط می باشد. پس دست سالم مثلاً به دست فلج، قطع نمی شود، ولو این که جانی دست سالم خودش را بذل نماید؛ اما دست فلج به سالم قطع می شود؛ ولی اگر اهل خبره حکم کند که سرایت دارد، بلکه ترس سرایت باشد، به دیه عدول می شود.

منظور از شل، خشک بودن دست است به طوری که از اطاعت انسان بیرون باشد و کار دست را انجام ندهد. ولو این که در آن حس و حرکت غیر اختیاری باقی مانده باشد؛ تشخیص آن موکول به عرف است مانند سایر (خمینی، تحریرالوسیله، ج ٤: ٣٢٧)».

اگر دستی را قطع نماید که بعضی انگشت هایش فلج باشد، در این صورت دست سالم در برابر دستی که بعضی انگشت هایش فلج است، قصاص خواهد شد یا خیر، بعضی در قصاص دست سالم تردید نموده است، در صورتی که قصاص نشود، تبدیل به دیه می شود؛ اما در قصاص



دست قوی و ضعیف تفاوت ندارد؛ پس در برابر دست ضعیف، دست قوی مورد قصاص قرار می‌گیرد؛ زیرا هر دو دست سالم است، گرچه یکی ضعیف است و یکی دستی قوی.

تساوی بودن در سلامت عضو، مورد اشکال قرار گرفته است؛ زیرا این تساوی از یک طرف قابل تطبیق است. اگر جانی دست شخصی را قطع نماید که دستش شل باشد، در این صورت دست سالم در برابر دست شل قصاص نمی‌شود، تساوی در سلامت نیست؛ اما اگر شخص معیوب دست سالم را قطع نماید در این صورت، دست فلج، دست قطع می‌شود، پس این طرف قضیه، تساوی در سلامت، شکسته می‌شود، چنانچه فرموده‌اند:

«نظر مشهور این است که در قصاص مساوی بودن در سلامت از شل، معتبر است. بنابراین دست سالم به خاطر دست شل بریده نمی‌شود، گرچه جانی دست خود را برای قصاص آماده کرده باشد؛ ولی این نظر اشکال دارد، بلکه بعید نیست که در قصاص، تساوی در سلامت معتبر نباشد. لذا دست شل بدون اشکال به خاطر دست سالم بریده می‌شود، مگر این که اهل خبره حکم کند، به این که نباید دست شل بریده شود. در این صورت بریدن آن جایز نیست بلکه باید دیه گرفته شود (فیاض، مسأله‌ی ۳۳۸۷: ۷۷۱)».

۴-۵. تساوی در محل

شرایطی دیگر که در قصاص اعضاء معتبر است، تساوی در محل است؛ یعنی اعضا با هم مساوی باشند و از همان محل که عضو قطع گردیده است، عضو بدن، جانی قطع گردد، پس نمی‌شود، به جای دست، گوش را قصاص نماید یا به جایی دست راست، در صورت داشتن دست راست، پای جانی را قطع نماید، هم چنین که علماء فرموده‌اند: «تَقَطَّعُ يَمِينُ بِالْيَمِينِ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ يَمِينٌ، فَالْيَسْرَى، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ، فَالرَّجُلَ، فَإِنْ فَقَدْتَ الْيَسْرَى؛ قطع می‌شود دست راست در مقابل دست راست، اگر برای قاطع، دست راست نباشد، دست چپش قطع می‌شود، در صورتی دست چپ نداشته باشد، پای راست جانی قطع می‌شود، پس از آن پای چپ جانی قطع می‌شود، با در نظر داشت روایت (شهید اول، ۱۳۸۲ ش، ج ۳: ۳۶۵-۳۶۶)».

هم چنین در مورد مساوات در مورد محل بیان شده است: «فَلَا تَقَطَّعُ الْيَدُ بِغَيْرِ الْيَدِ وَلَا الْيَمِينُ بِالْيَسْرَى، وَلَا الْإِبْهَامُ أَوْ السَّبَابَةُ بِغَيْرِهَا لِعَدَمِ التَّجَانُسِ وَلَا تَقْلَعُ السِّنُّ إِلَّا بِمِثْلِهَا ثَنِيَّةٌ أَوْ نَابًا أَوْ ضَرْبًا وَلَا الْأَعْلَى بِالْأَسْفَلِ أَوْ بِالْعَكْسِ، لِاخْتِلَافِ الْمَنْفَعَةِ (وهبة الزحيلي ۱۹۹۷ م، ج ۷: ۵۷۴۴)».



حضرت امام خمینی در این مسأله فرموده‌اند: «تساوی در محل با وجود آن معتبر است؛ پس راست به راست و چپ به چپ قطع می‌شود. جانی اگر دست راست نداشته باشد، دست چپش قطع می‌شود و اگر اصلاً دستی نداشته باشد، بنا بر روایتی که مورد عمل است و اشکالی در آن نیست پایش قطع می‌شود. در این مسأله آیا پای راست در مقابل دست راست و پای چپ در مقابل دست چپ مقدم می‌شود یا هر دو مساوی باشند؟ دو وجه است، اگر چپ را قطع کند و خودش دارای چپ نباشد، ظاهراً راست قطع می‌شود، البته اشکال دارد.

در صورت نبود آن‌ها پای او قطع می‌شود. اگر کسی که پا ندارد که پای او را قطع کند، آیا عوض پای او، دست او قطع می‌شود؟ در آن وجهی است که خالی از اشکال نمی‌باشد. تعدی نمودن به مطلق اعضا مانند چشم و گوش و ابرو و غیر آن مشکل است، اگر چه خالی از وجه نمی‌باشد، مخصوصاً چپ از هر کدام آن‌ها به راست، اگر دست‌های گروهی را پی در پی قطع نماید، هر دو دست و هر دو پایش به‌طور الاول فالاول قطع می‌شود و برای بقیه، بر او دیه می‌باشد. اگر کسی که خود، فاقد دو دست و دو پا است، دست شخصی یا پای شخصی دیگری را قطع نماید، دیه به او می‌باشد.

بنابراین با تفصیل که در فوق ذکر شد، قطع پا به جای قطع دست، به‌طور عمومی، نظر همه‌ی فقها نمی‌باشد، مشهور بر آن است که در صورت عدم دست، در عوض دست، پای جانی قطع می‌شود، برخی فقها قائل به دیه هستند، از جمله حضرت آیت‌الله فیاض، چنین نظر دارد، در صورت عدم دست داشتن جانی، پای او قطع نمی‌شود، باید جانی دیه پرداخت نماید: «اگر دست راست مردی را ببرد، دست راست جانی بریده می‌شود در صورتی که جانی در راست داشته باشد، ولی اگر دست راست نداشته باشد، بنا بر اقرب دست چپ او بریده می‌شود. چنانچه دست چپ هم نداشته باشد، نظر مشهور این است که پای او بریده می‌شود؛ اما این نظر از اشکال خالی نبوده بلکه ممنوع است. پس اقرب در این مورد رجوع به دیه است (فیاض، ۱۳۹۶ ش، ۳۳۸۸: ۷۷۱)».

هم‌چنین آیت‌الله خویی فرموده‌اند: «یثبت القصاص فی الجروح فیما إذا كان مضبوطاً، بأن كان القصاص بمقدار الجرح. و أما إذا كان غیر مضبوط و موجبا لتعريض نفس علی الهلاک او زیاده فی الجرح او تلف العضو، كالجائفة والمأمومة و الهاشمة و المنقلة و نحو ذالک لم یجز. و ينتقل الأمر فیها الی الدية الثابتة بأصل الشرع او بالحکومة (خویی، ۱۹۷۶ م، ج ۲: ۱۵۸-۱۵۷)».



نتیجه‌گیری

جنایت بر عضو عبارت از هر آسیب کم‌تر از قتل مانند قطع عضو، جرح و صدمه‌های وارده بر منافع است. زن و مرد مسلمان، بنا بر مذهب امامیه، در قصاص عضو برابرند و مرد به سبب آسیبی که به زن وارد می‌کند، به قصاص محکوم می‌شود. لکن اگر دیه‌ی جنایت وارد بر زن، مساوی با ثلث یا بیش از ثلث دیه کامل مرد باشد، قصاص پس از پرداخت نصف دیه‌ی عضو مورد قصاص به مرد، اجرا می‌شود. حکم مذکور در صورتی که مجنی‌علیه زن غیر مسلمان و مرتکب مرد غیرمسلمان باشد، نیز جاری است. ولی اگر مجنی‌علیه، زن مسلمان و مرتکب جنایت، مرد غیرمسلمان باشد، در این صورت، شخص غیر مسلمان، بدون اخذ نصف‌دیه، قصاص می‌شود.

اما فقهای فقه حنفی، در شرایط اختصاصی قصاص اعضا، سه شرط را معتبر می‌دانند؛ مساوی بودن از حیث جنس، مساوی بودن از حیث عدد و تماثل. بنابراین مطابق شرایط مساوی بودن جنسیت، مرد در مقابل زن و بر عکس آن در جنایات اعضا و جراحات، قصاص صورت نمی‌گیرد؛ زیرا زن با مرد از حیث جنس اتحاد ندارند، بلکه تبدیل به دیه می‌شود.

در شرایط عمومی به طور کلی، علمای دو مذهب اتفاق نظر دارند؛ اما در جزئیات مسایل، اختلاف نظر به ملاحظه می‌رسد. اختلاف در امور ذیل وجود دارد، از جمله، اشتراک دین میان جانی و مجنی‌علیه یا مقتول دیده می‌شود.

علمای مذهب حنفی، استناد به روایات و آیات، بر این دیدگاه هستند که اگر مسلمان آزاد، برده‌ی مسلمان و یا کافر ذمی را به قتل برساند، مسلمان قصاص می‌شود، استدلال آن‌ها استناد به آیه‌ی ۴۵ سوره مائده و آیات ۱۷۸ سوره بقره، که نفس را در مقابل نفس قرار داده است و علاوه بر آن هرکسی که خون معصوم و محترم را بریزد در برابر آن قصاص می‌شود، پس خون برده‌ی مسلمان و کافر ذمی محفوظ و محترم است، هرکسی به آن‌ها آسیب برساند، مکلف به جبران خساره می‌شود و در صورت امکان قصاص جانی مورد قصاص قرار می‌گیرد؛ زیرا آن‌ها در «دار» اسلامی زندگی می‌کنند و عصمت، شامل آن‌ها که در «دار» اسلامی زندگی می‌کنند، نیز می‌شود.

اما علمای مذهب جعفری، قصاص مسلمان را در برابر برده و کافر ذمی جواز نمی‌دانند؛ زیرا سوره‌ی بقره ۱۷۸ و با ادغام آیه‌ی ۴۵ سوره‌ی مائده و روایات، مسلمان بودن مقتول و آزاد بودن آن را شرط می‌دانند تا قاتل مسلمان در برابر آن، مورد قصاص قرار داده شود.



مآخذ و منابع قرآنکریم الف) کتاب‌های فارسی

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، ایران، ۱۳۷۸ ش.
۲. خمینی، روح‌الله، (مترجم؛ علی اسلامی)، ترجمه‌ی تحریرالوسیله، ج ۴، دفتر انتشارات اسلامی، ایران، انتشار سال ۱۳۷۵ هـ. ش.
۳. خراسانی، علی محمدی، شرح تبصرة المتعلمین، ج ۲، انتشارت مجمع الفکر اسلامی، ایران، ۱۳۷۶ ش.
۴. خسرو شاهی، قدرت‌الله، فلسه‌ی قصاص از دیدگاه اسلام، بوستان کتاب قم، ایران، انتشار ۱۳۸۰ هـ. ش.
۵. رضوانی، علی اصغر، اسلام شناسی و پاسخ به شبهات، ج ۳، ایران، ۱۳۸۶ ش.
۶. فیاض، محمد اسحاق، توضیح المسائل، دوره چاپ هفتم، دفتر محمداسحاق فیاض، کابل، انتشار ۱۳۹۶ هـ. ش.
۷. قرشی، سیدعلی اکبر، قاموس قرآن، تهران، چ ۶، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ایران، ۱۳۷۱ ش.

ب) کُتب عربی

۸. انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، چ ۷، قم، ایران، ۱۳۷۵ ش.
۹. انصاری، محمدعلی، الموسوعة الفقهية المیسرة، چ اول، مجمع الفکر الاسلامی، قم، ایران، ۱۴۱۵ قمری.
۱۰. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، دارالصادر، بیروت، لبنان، انتشار ۱۴۱۴ هـ. ق.
۱۱. برهان‌الدین علی بن ابی بکر مرغینانی، الهدایه شرح بداية المبتدی، ج ۴، چاپ یکم، ناشر: شیخ الاسلام احمد جام، انتشار ۱۳۹۷ هـ. ش.
۱۲. خوئی، سیدابوالقاسم موسوی، مبانی تکمیلۃ المنهاج، ج ۲، دفتر آیت‌الله خوئی، نجف الاشرف، عراق، انتشار ۱۹۷۶ م.

۱۳. سید سابق، فقه السنه، ج ۹، مكتبة الخدمات الحديثه، مملكة العربية السعودية، ۱۴۰۵هـ ق.

۱۴. شهيد ثانی، زين الدين بن علی، الروضة البهيه فی الشرح المعة الدمشقيه، انتشارت دارالتفسير، قم، ايران، انتشار سال ۱۳۸۲هـ ش.

۱۵. شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعه، مؤسسه آل البيت (عليهم السلام)، ج ۲۹، قم، ايران، انتشار ۱۴۰۹هـ ق.

۱۶. شيخ طوسی، ابوجعفر، الخلاف، ج ۵، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعهی مدرسين قم، قم، ايران، انتشار ۱۴۰۷هـ ق.

۱۷. شاهرودی، حسن نظری، مؤسسه دايرة المعارف فقه اسلامي، فرهنگ فقه، ج ۵، چاپ اول، ناشر: دايرة المعارف فقه اسلامي، قم، ايران، انتشار سال ۱۳۸۷هـ ش.

۱۸. طبرسی، احمد بن علی، الإحتجاج علی أهل الجاج، ج ۲، چ اول، نشر مرتضی، مشهد، ايران، ۱۴۰۳ قمری.

۱۹. مشکنی، علی، اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها، چشم، نشریه الهادی، قم، ايران، ۱۳۷۴ ش.

۲۰. مصطفوی، حسن، التحقيق فی الكلمات القرآن الكريم، ج ۹، ۴۱۰۲هـ ق.

۲۱. مؤمن قمی، محمد، كلمات سديده فی مسائل جديده، مؤسسه نشر اسلامي، قم، ايران، انتشار سال ۱۴۱۵هـ ق.

۲۲. نجفی، محمد حسن، جواهر الكلام، قوچانی، عباس، ج ۴۲، دار الاحياء التراث العربی، چاپ هفتم. بيروت، لبنان، انتشار ۱۹۸۳م.

۲۳. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج ۷، چاپ چهارم، دارالفکر، دمشق، لبنان، انتشار ۱۹۹۷م.

ج . منابع اترنتی

24. www.mqorbani6.blogfa.com. 1399/10/5.

25. www.baharsoud.ir, www.wikifeqh.ir, lib.esha.ir. 1399/10/5.



حکم شهادت دروغ از منظر فقه و قانون جزای افغانستان

عبدالله احمدی^۱

چکیده

در مقاله‌ی حاضر، هدف آن است که با ارائه نمودن یک تعریف عمومی از شهادت به دروغ و انواع پیامدهای آن در زمینه‌های مختلف، مورد بررسی قرارگیرد. شهادت به دروغ هم از منظر احکام شرعی و هم از نظر قانون جزای افغانستان یک عمل منفی و ناجایز است. بر اساس دستورات دین مبین اسلام، سخن دروغ و شهادت به دروغ یک فعل حرام و یک عمل مجرمانه بیان شده است؛ اما شهادت به کذب اگر از روی اشتباه صورت گیرد و شهادت دهنده‌ی آن پس از متوجه شدن به این عمل مجرمانه و قبل از اثبات کاذب بودن شهادت، اگر از اشتباه خود منصرف شود و یا توبه نماید، موجب ساقط شدن مجازات او خواهد بود. همینطور در کل، اثبات شهادت به دروغ از دوراه قابل اثبات خواهد بود. نتایج این مقاله، مختصر از کاربردهای علمی و عملی، ارتباطات سالم زندگی و حفظ حقوق همدیگر در بخش‌های مختلف در این نوشتار به اشاره رفته است. هم‌چنان مجازات شخصی که شهادت دروغ را مرتکب شده است، از نوع مجازات تعزیری خواهد بود.

واژگان کلیدی: مجازات، شهادت، دروغ، فقه، قانون.

^۱. دانش آموخته، حقوق جزا و جرم شناسی

بر اساس مطالعه و جست‌وجوی که در کتاب‌ها، مقاله‌ها، پایان‌نامه‌ها و سایت‌های علمی-پژوهشی صورت گرفت، به این آگاهی دست پیدا نمودیم که در رابطه با مجازات شهادت به دروغ در مبانی دینی و در کتب فقهی سخن‌های زیاد گفته شده است، کتاب‌ها و مقاله‌ها به رشته‌ی تحریر در آمده است؛ اما کتاب یا مقاله‌ی که مجازات شهادت به دروغ را به صورت مقایسوی بین فقه و کود جزای افغانستان بررسی کرده باشد به چشم نخورده است. در رشته‌ی حقوق در کتاب‌های حقوق جزایی عمومی، آن‌جای که عوامل مجازات را مورد پژوهش قرار می‌دهد، به بحث آن پرداخته می‌شود. هم‌چنین فقیهان و حقوق‌دانان که در این عرصه قلم به کار برده‌اند، چون محمد حسن صاحب جواهر در «جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام» (بیروت، دار إحياء التراث عربی، چ ۶، ۱۴۰۴ ق) مرحوم شهید ثانی در «شرح لمعة الدمشقیة»، (قم، نینوا، بی‌چا، ۱۳۸۴)، و محمد آصف محسنی در «القضاء و الشهادة» (مطبعة سید الشهداء، بی‌جا، ذالقعده ۱۴۰۴ هـ، مهر داد ۱۳۶۳). در منابع فارسی نیز مستقلاً منبع خاصی در این مورد نبوده و تنها منابع محدودی موجودند که به جنبه‌های خاص این نوع جرم اشاره نموده است؛ اما بحث از صورت تطبیقی آن با فقه و مباحث جزایی صورت نگرفته است. از حقوق‌دانان نیز می‌توان عده‌ای را نام برد؛ مانند دکتر عباس زراعت، در «ادله‌ی اثبات دعوا»، (تهران، ناشر: قانون مدار، چ ۲، ۱۳۹۰). داد محمد نذیر در «حقوق جزای عمومی اسلام»، (کابل، رسالت، چ ۱۰، ۱۳۹۳ ه.ش). و ایرج گلدوزیان در «بسته‌های حقوق جزای عمومی»، (تهران، میزان، چ ۱۸، ۱۳۸۸). حال بعد از این بحث مقدماتی مقاله‌ی حاضر به صورت اختصار به مفاهیم چندی اشاره می‌کند.



۱. مفاهیم اصلی

قبل از تبیین مطالب اصلی، به توضیح و بیان مفاهیم اساسی و نیز به کلیات این موضوع می‌پردازیم.

۱-۱. مفهوم مجازات

از منظر لغویین، مجازات به معنای جزادادن و پاداش‌دادن در نیکی و بدی است (معین، محمد، فرهنگ فارسی، ج ۶، ص ۱۹۰۱).

در اصطلاح، عبارت است از مجازات و یا مکافاتی است که مطابق با جرم باشد و بالای شخص مجرم اجرا شود. البته اگر مجازات را از دید قانون تعریف نماییم، آن در فرضی که ریشه در جزاء داشته باشد که حتماً دارد، به معنای مجموعه‌ی قواعدی است که جرم و مجازات را تعیین می‌کند (همان، ج ۲، ص ۲۶۲۷).

۲-۱. مفهوم شهادت

در لغت، شهادت به معانی مختلف آمده است؛ مانند شهادت که به معنای شهید شدن در راه خدا (ج) باشد، و همچنین شهادت به معنای کلمه‌ی شهادت بر زبان جاری کردن، و شهادت به معنای گواهی دادن است (همان، ج ۲، ص ۲۰۹۵).

در اینجا مراد از شهادت همان معنای اخیری است که به معنای گواهی دادن است؛ اما در اصطلاح عبارت است از گواهی دادن به فعلی شخصی که شاهد آن را مشاهده کرده باشد، و در ضمن از او در خواست به شهادت شده باشد. همین‌طور از شهادت در اصطلاح فقهی نیز به معانی زیر به کار رفته است که به نمونه‌های از آن اشاره می‌کنیم: (شهادت) جمع (شهادت) است و در لغت یا به معنای حضور است که در آیه‌ی شریفه «پس آنکس از شما که در ماه رمضان در سفر نباشد باید آن را روزه بگیرد» (بقره، ۲) آیه ۱۸۵؛ یعنی اگر از شما در ماه مبارک رمضان در وطن خود یا جایی که بنای ماندن ده روز و یا بیش‌تر را دارند، حضور داشته باشند در همین معنا به کار رفته است؛ یعنی یکی از معانی شهادت حضور است، و می‌شود بیان نمود که به معنای گواهی دادن یا معانی دیگری که به کار رفته بی‌مناسبت به این معنا (حضور) نباشد، زیرا شاهد وقتی می‌خواهد شهادت بدهد، باید حضور داشته باشد و به آن چیزی که گواهی می‌دهد، باید حساً دیده باشد.

۱-۳. مفهوم دروغ

دروغ به معناهای چون: سخن ناراست، خلاف حقیقت، قول ناحق، و به معنای کذب نیز استعمال شده است. هم‌چنین به معنای مصدری نیز استعمال شده است؛ یعنی دروغ گفتن که به معنای سخن ناراست گفتن، کذب گفتن نیز استعمال شده است و مقابل آن راست گفتن است (همان، ص ۱۵۱۷).

در اصطلاح، یک تعریفی که جامع باشد، در کتاب‌های که من مراجعه نمودم به نظر نرسید، لذا برخی قوانین هردو واژه (دروغ و شهادت) را به‌صورت یکجای به معرفی گرفته است، که عبارت است از این‌که هرگاه شاهد به‌صورت عمدی انکار حق، پوشیدن تمام یا بعضی وقایعی که در مورد آن شهادت اداء می‌نماید بپردازد، شهادت وی دروغ شمرده می‌شود. (همتی، محمد حسن، قانون جزای افغانستان، ماده ۳۸۲، ۱۳۸۳، ص ۱۴۸).

۱-۴. مفهوم فقه

فقه در لغت فهمیدن چیزی، دانستن و دریافتن را گویند (همان، ص ۱۷۱۹۲). راغب اصفهانی در مفردات الفاظ قرآن گفته است که فقه عبارت است از علم شهودی و حسی به علم غایب و نامحسوس رسیدن است (راغب اصفهانی، محمد بن حسن، مفردات الفاظ قرآن، ۱۳۴۷، ج ۱، ص ۳۱۹).

اما در اصطلاح از فقه مانند سایر علوم تعاریف گوناگونی شده است که ما در این مقاله به تعریفی که از فقه در کتاب الموسوعة الفقهية الكويتية ارایه شده بسنده می‌کنیم: فقه در اصطلاح عبارت است از علم به احکام شرعیه‌ای عملیه که این حکم از ادله‌ی تفصیلیه‌اش به دست می‌آید. (وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ۱۴۲۷ جزء ۳۲، ص ۱۹۳).

وهبه زهیلی نیز تعریفی را در این زمینه ارائه کرده است، که ایشان آن تعریف را تعریف ابوحنیفه از فقه دانسته و گفته: فقه عبارت است از «شناختن نفس و چیزی را که به نفع و ضرر نفس است». این تعریف عام است که شامل احکام عملی (فقه)، اعتقادات و اخلاقیات می‌شود (زهیلی، وهبه، فقه الاسلامی و ادلته، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۴).



۱-۵. مفهوم قانون

قانون در لغت به معانی مختلف بیان شده است، که عبارت است از: رسم، قاعده، روش، و آیین (معین، محمد، پیشین، ج ۲، ص ۲۶۲۷)؛ اما در اصطلاح به معانی متعددی آمده است که عبارت است از امری کلی که بر همه‌ی جزئیاتش منطبق گردد و احکام جزئیات از آن شناخته شود، هم‌چنین قانون عبارت از قاعده‌ای است که مقامات صلاحیت‌دار (قوه‌ی مقننه) وضع و ابلاغ کنند و آن مبنی بر طبیعت عالم تمدن و متناسب با مصلحت مردم است و همه‌ی افراد مملکت از آن باید تبعیت نمایند. همین‌طور به صورت جمع چنین تعریف شده است: قوانین عبارت از یک سلسله قواعدی است که شکل حکومت و سازمان قوای سه‌گانه کشور و حقوق مردم و تکالیف ایشان را نسبت به دولت بیان می‌کند (همان).

۲. مفاهیم مرتبط

سهولت فهم و درک دقیق مطالب این مقاله، مستلزم بیان برخی مفاهیم مرتبط افزون بر مفاهیم کلیدی است به ذیلا به بیان آن‌ها می‌پردازیم:

۱-۲. مفهوم شاهد

یکی از مفاهیم مرتبط مفهوم شاهد است؛ در ارتباط شاهد تعاریف متعدد صورت گرفته است، از جمله تعریفی را که برخی لغت‌شناسان ارایه نموده‌اند، چنین است: شاهد در لغت به معنای گواه، به معنای حاضر، و هم‌چنین به کسی اطلاق می‌شود که امری یا واقعه‌ای را مشاهده کرده باشد (پیشین، ج ۲، ص ۲۰۰۶).

۲-۲. مفهوم کیفر

مفهوم مرتبط دیگر کیفر است، (به فتح ک، سکون ی و فتح ف). کیفر در لغت به معنای سزا، جزا و مکافات آمده است (عمید، ۱۳۸۶، ج ۳: ۲۰۲۰).

اما در اصطلاح برای آن تعریف‌های متعدد ارایه شده است، از جمله به معنای پاداش و کیفر را جزا گوئیم؛ زیرا مقابل عمل است و از هر جهت برابری کفایت می‌کند. در نکته‌ای قابل ذکر این است که در قرآن مجید جزا هم در پاداش و هم در کیفر و عذاب هر دو آمده است؛ مانند: «... پس اگر با شما در جنگ شدند، آن‌ها را بکشید که سزای کافران همین است» (بقره ۱۹۱).



۲-۳. مفهوم جرم

جرم؛ از ماده‌ی تجرّم، در لغت به معنای پدید آورنده، هم‌چنین در کتاب فرهنگ «لاروس عربی به فارسی» چنین معنا نموده‌اند: الجرم؛ به معنای خطا و گناه. (خلیل جرّ، فرهنگ لاروس، ترجمه (سید حمید طیبیان) ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۷۳۸) و در اصطلاح عبارت است از مرتکب شدن فعلی که خلاف شرع و قانون باشد. گرچه جرم‌شناسان در رابطه با تعریف جرم، تعاریف مختلف را ارائه دادند که ما جهت اختصار به یک تعریف اجمالی اکتفاء نمودیم.

بعد از بررسی مختصر به مفاهیم اصلی و مفاهیم مرتبط، وارد مباحث اصلی این مقاله می‌شویم که بر اساس ترتیب ذیل مطرح می‌گردد:

۳. مبنای مسؤولیت جزایی

واژه‌ی «مبنا» از لحاظ لغوی به معنای بنا، عمارت، بنیان، اساس، ابتدا، اول و پایه است (دهخدا، لغت‌نامه، واژه‌ی مبنا) در استعمال اصطلاحی نیز کلمه‌ی «مبنا» با توجه به موارد کار بردش دارای معانی مختلف است که گاهی به یک نظریه‌ی علمی خاص اضافه می‌شود که در این صورت به معنای استدلال‌هایی است که منجر به اثبات و پذیرش آن نظریه شده است و گاهی به علم خاص اضافه می‌شود که مراد از آن اصول کلی با مباحث بنیادی آن علم است (ساریخانی، عادل، حقوق جزای عمومی اسلام، ۱۳۸۹، ص ۸).

ولی مراد از این واژه در عبارت «مبنای مسؤولیت کیفری»، علل و عواملی هستند که جهت مسؤول بودن انسان ارائه می‌شود و یا تحت این عنوان در واقع به این پرسش، که چرا انسان به خاطر رفتارش در مقابل جامعه پاسخگو باشد؟ جواب داده می‌شود.

در رابطه با مبنای مسؤولیت جزایی، مکاتب و دیدگاه‌های متعدد و در عین حال متفاوت و احياناً متضاد عرض اندام نموده است که در این میان دو کلمه‌ی «جبر و اختیار» از محورهای بحث در فلسفه و کلام است و نقش به سزای در بروز دیدگاه‌ها و تعیین مبنای مسؤولیت کیفری دارد. پیش از انقلاب فرانسه، مبنای مسؤولیت جزایی، بر اساس سیاست مادی تعیین می‌شد و معیار فقط «وجود خارجی و وقوع جرم» بود و به همین دلیل، این جرم ازسوی هر نوع فاعلی که به وقوع می‌پیوست، ولو از سوی حیوانات، اشیا، مجنون و مردگان رخ می‌داد، آن‌ها را مجازات می‌کرد و هیچ‌گونه توجهی به شخص مجرم و حالات او صورت نمی‌گیرد (عوده، عبد



القادر، التشریع جنایی، مترجم: حسن فرهمند نیا، ۱۳۹۰، ص ۳۶۷؛ اما پس از انقلاب کبیر فرانسه و بر اساس نظریه‌ی مکتب کلاسیک، مبنای مسؤولیت کیفری بیش‌تر بر اساس اختیار و آزادی توجیه می‌شد و تأکید داشت که تنها کسی که از عقل و اختیار (که فقط انسان این دو صفت را دارد) بهره‌مندند، مسؤولیت کیفری دارد و قابل مجازات است؛ چون انسان عاقل و مختار توان تشخیص خوب و بد، خیر و شر، گناه و غیر گناه، اوامر و نواهی را دارد و در صورت تخلف عدالت اقتضا می‌کند که باید مسؤول رفتارش باشد و مورد مجازات قرار گیرد. (ساریخانی، عادل، پیشین، ص ۹)؛ اما از نظر مکتب تحقیقی که پس از مکتب کلاسیک ظهور کرد، انسان اختیار دارد و بلکه در اعمال خود مجبور است و لذا از این جهت قابل مجازات نیست و مسؤولیت کیفری ندارد ولی از این جهت که این انسان مجبور به جامعه زیان رسانده و از خود حالت خطرناک نشان داده، به خاطر دفاع از جامعه باید او مسؤول دانسته شود و مورد پیگرد و اعمال مجازات قرار گیرد (همان).

بعدها مکتب جدیدی به وجود آمد که هدفش تلفیق دو مکتب تحقیقی و کلاسیک بود که با عنوان مکتب اختیار نسبی معروف است. طرفداران این مکتب در واقع عقاید مکتب کلاسیک را در رابطه با مبنای مسؤولیت کیفری می‌پذیرد، و اذعان می‌دارد که هر چند اختیار و آزادی انسان بنا بر عواملی محدود شده است، ولی بازهم ارتکاب جرم تحت فرمان همین اراده و اختیار انجام می‌شود و اختیار در پروسه‌ی ارتکاب نقش غیر قابل انکار دارد. (عوده، عبدالقادر، پیشین، ص ۹، ۳۶۸).

اما از نگاه فقه و حقوق اسلامی نیز باید به نحوی مبنای مسؤولیت کیفری را در اختیار و اراده انسان جست‌وجو کرد و این که چه گونه نقش دارد در توضیح چنین بیان شده است: خداوند (ج) بندگان را بیافرید و مرگ و حیات را به وجود آورد و برای آنان اسباب آزمایش و ابتلا را هم در ذات و نفس آنان و هم در جهان بیرون فراهم ساخت. در خود آن‌ها عقل و گوش و چشم و اراده، شهوت، توانمندی، غرایز، حب و بغض، میل و نفرت قرار دارد و اخلاق متضاد و ناهم‌گونی در درون افراد به و دیعه نهاد که به اقتضای سبب و مسبب، هر کدام آثار خاص خود را می‌طلبند. در



بیرون از اشخاص، منافع و اموری قرار داد که انسان‌ها بدان کشش دارند و در وصول به آن‌ها رقابت می‌کنند، هم‌چنان که امور دیگری آفریده است که انسان از آن متنفر است و به قصد دوری و اجتناب از آن‌ها تلاش می‌کند (همان).

خداوند بزرگ آدمیان را با همین خصلت‌ها و انگیزه‌ها به حال خود رها نساخته است بلکه در فطرت و عقل آنان قدرت شناخت خیر و شر، نفع و ضرر، درد و لذت و ابزار این شناخت را، به و دیعه گذارده است و البته در این مرحله نیز آنان را رها نکرده است، بلکه با فرستادن پیامبران، انسان‌ها را به جزئیات این امور آشنا ساخته و با اقامه‌ی دلیل و براهین بر صداقت انبیا، راه هرگونه بهانه‌جویی را برای مردم مسدود کرده است. بنابراین، خداوند^(ج) با و دیعه گذاشتن حجت باطنی و فرستادن حجت بیرونی، راه را از چا مشخص و اطاعت را از معصیت، گناه را از غیر گناه مشخص کرده است و کلید انتخاب با در اختیار داشتن اراده و آزادی در دست انسان است که کدام مسیر را انتخاب می‌کند. پس اگر فرامین را بشنوند و اطاعت کنند، زیان نمی‌بینند و چنانچه نافرمانی کنند، شایسته‌ی عقوبت و کیفر خواهند بود. انسان‌ها بعد از آن‌که به اعمال ممنوع و مجازات آن‌ها مطلع شدند و مع الوصف با اراده و اختیار خود آن‌ها را انجام دادند، از آنان هیچ عذر و بهانه‌ای قابل قبول نیست.

۴. دروغ در آیات و روایات

در این قسمت از نوشتار مناسب است در ارتباط به دروغ، سخن کذب و شهادت دروغ آثار و پیامدهای دروغ مباحثی را در ذیل تحت چند عنوان به صورت مختصر به طرح و بررسی بگیریم.

۴-۱. دروغ در روایات

تمام انبیا دروغ را تحریم کردند. سخن دروغ غیر از شخصی دروغگو است. در این زمینه روایاتی وجود دارد. از امام صادق^(ع) یک روایت نقل شده است که می‌فرماید: «إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ لَمْ يَبْعَثْ نَبِيًّا إِلَّا بِصِدْقِ الْحَدِيثِ وَأَدَاءِ الْأَمَانَةِ إِلَى الْبَرِّ وَالْفَاحِرِ». (کافی، ج ۲، ص ۱۰۴). در این حدیث دیده می‌شود که یک بحث راستی در گفتار را مطرح می‌کند، دیگری ادای امانت، این‌جا می‌بینیم که صداقت در گفتار در قدم اول یادآوری گردیده است که این مزیت و اهمیت راستی در گفتار را نشان می‌دهد. بنابراین، کسی که دروغ بگوید فعل حرامی را مرتکب

شده است. باید گفت که فطرت، مخالف گفتن سخن دروغ است، حتی کودک در مراحل اول دروغ را به صورت راست نقل می‌کند، و حتی می‌آید به طرف می‌گوید که مثلاً مادرم گفت که بگو من خانه نیستم، این را به طور مثال گفتم و این به این معنا است که اصلاً دروغ خلاف فطرت همه حتی اطفال می‌باشد. انسان دروغ‌گو از آرامش بر خوردار نیست؛ همیشه دست و پا می‌زند و تلاش می‌کند که سخنش راست جلوه کند، نشود یک موقع خلاف آن ظاهر شود.

۲-۴. پیامدهای دروغ از منظر روایات

۱-۲-۴. **انحراف دیدها؛** یک از پیامدهای دروغ انحراف است که همه تصمیمات و اعمال از مدار حق خارج می‌شود. با دروغ همه جنایات توجیه می‌شود تا جایی که یوسف (ع) به زندان و امام حسین (ع) را خارجی معرفی می‌کنند و شهید می‌شود. با دروغ ناهل‌ها اهل و بر مردم حاکم و سبب هزاران جنایت می‌شوند.

۲-۲-۴. **قطع پیوندها؛** دروغ موجب قطع ارتباطات می‌شود، با دروغ پیوندها گسسته، انسان‌های بی‌اعتبار، بدبینی زیاد و مریم^(س) یک خانم پاک، متهم می‌شود. خواجه نصیر الدین طوسی متهم به کفر شد و فخر المحققین فرزند علامه‌ی حلی از شهر به نقطه‌ای رفت که معلوم نشد کجا رفت و کجا ماند و کجا مرد و قبرش کجاست. موارد زیادی وجود دارد که سر منشأ همه‌ی آن دروغ است.

واقعاً دروغ زمینه‌ساز ده‌ها خیانت و فسق می‌شود، در این احادیث وجود دارد به طور نمونه حدیثی که از امیر المؤمنین علی^(ع) نقل شده است چنین می‌فرماید: «إِنَّ الْكَذِبَ يَهْدِي إِلَى الْفُجُورِ» (امالی صدوق، ص ۴۱۹).

۳-۲-۴. **زمینه‌ساز بیشترین سودهای نامشروع؛** از پیامبر اکرم^(ص) در یک روایت نقل شده است: «أَزْيَى الرَّبَا الْكَذِبُ»؛ ربا خوار مالی دارد و آن را زیاد می‌کند و دروغ‌گو از هیچ چیزی درست می‌کند (من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص ۳۷۷)..

اما در مقابل آن داریم که مومن ترسو، بخیل می‌شود؛ اما دروغ‌گو نمی‌شود (دروغ سازی انسان را از حقیقت خالی و قهراً هیچ حقیقتی را جذب نمی‌کند، حتی ایمان به خدا). شخصی به پیامبر^(ص) گفت: معتاد به آلودگی‌ها هستم، چه کنم؟ فرمود: "پیمان ببند که دروغ نگوئی". بعد دید همه‌ی کارهای دیگر او در بردارنده‌ی دروغ است، به خاطر پیمان با پیامبر^(ص) دروغ را ترک و همه کارهایش اصلاح شد. واقع همین طور است که دروغ زمینه‌ساز بسیاری از بدبختی‌ها است،



بسیاری از چیزها به دروغ بر می‌گردد؛ اگر این جنبه اصلاح بشود، شهادت ناحق و دروغ صورت نمی‌گیرد، کلاه‌گذاری جهت ربودن مال دیگران واقع نمی‌شود، راهنمایی ناآگاهانه در طب و ...، کلاه برداری‌ها، اغراء به جهل‌ها، مدح یا مذمت خلاف از انسان یا چیز دیگر، وارونه جلوه دادن سبب وارونه فکرکردن و وارونه فکر کردن سبب وارونه عمل کردن است.

۴-۲-۴. **دروغ مقدمه‌ی فتنه‌ها؛** دروغ هم گناه است و هم مقدمه‌ی فتنه‌ها، قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ^(۴): إِنَّ الْكَذِبَ يَهْدِي إِلَى الْفُجُورِ وَ الْفُجُورَ يَهْدِي إِلَى النَّارِ (أمالی صدوق، ص ۴۱۹). دروغ گناه کلیدی است؛ زیرا با دروغ قَلْبُوا لَكَ الْأُمُورَ (توبه/ ۴۸). قلب‌ها و باطن‌ها را دگرگون می‌کند. دروغ از زنا کرده خطرناک شمرده شده است، به دلیل اینکه سر منشأ بسیاری از فتنه‌ها دروغ می‌باشد. از منظر روایات، دروغ فقر را نیز به ارث می‌گذارد، وقتی فقر در آمد، آن موقع فقر نیز مشکل‌زا است و این دروغ سبب ایجاد فقر می‌شود؛ بنابراین، حتا برگشت فقر به یک معنا دروغ است. بر اساس سخن امیر المؤمنین علی^(ع): «اعْتِيَاذُ الْكَذِبِ يُورِثُ الْفَقْرَ» (خصال صدوق، ج ۲، ص ۵۰۴).

۵-۲-۴. **دروغ سلب اعتماد می‌کند؛** شاید چون بیش‌تر معاملات جهان و یا حداقل عده‌ای نسیه‌ای است، هر مقدار که دروغ گفته شود، در معاملات به قرارها و اقرارها جامه‌ی عمل پوشانده نشود، به همان مقدار اعتماد از جامعه رخت می‌بندد، آدم دروغگو اعتبار ندارد و کسی با او داد و ستد نمی‌کند. انسان دروغگو در اجتماع تنها می‌ماند. دروغ تا سر حد اعتمادسازی را از بین می‌برد که حتا دیگران را مثل خود می‌داند و فکر می‌کند که همه مثل او دروغ می‌گویند، گاهی برای توجیه دروغ‌های خود صدها دروغ دیگر می‌بافد و دروغ‌پردازی کارش می‌شود. در دادگاه وجدان او شرم‌نده است. در همچو وضعیت هیچ‌کسی بر کسی دیگر اعتماد نمی‌کند. بنابراین، یکی از پیامدهای مخرب دروغ ایجاد فضای بی‌اعتمادی در جامعه می‌باشد. گاهی دروغ سبب رسوایی و سبکی انسان می‌شود، به قول علامه طباطبائی هر جزء نظام هستی با اجزاء دیگر و لوازمش مرتبط است. دروغگو اگر چیزی را پنهان کند، لوازمش را چه کند، لذا زود رسوا می‌شود. بر فرض گرگ یوسف^(ع) را پاره کرد پیراهنش چرا سالم است؟ بر فرض گندم کاشتی پس چرا جو سبز شد همین است که قرآن می‌فرماید: «إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي مَنْ هُوَ كَاذِبٌ كَفَّارٌ» (زمر/ ۳) «إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي مَنْ هُوَ مُسْرِفٌ كَذَّابٌ» (غافر/ ۲۸).



۴-۲-۶. دروغ موجب اضطراب و نا امنی روان؛ یکی از پیامدهای دیگری دروغ این است که سبب اضطراب خاطر و روح انسان‌ها می‌شود. به فرمایش پیامبر اکرم (ص) که در یک روایت نقل شده است می‌فرماید: «الصدق طمأنينة و الكذب ريبة كشف» (الغمة، ج ۱، ص ۵۳۵). انسان دروغ‌پرداز در هیجان است که مبادا حرف امروزش با فردا تضاد داشته باشد.

۴-۲-۷. دروغ گو کم حافظه است؛ واقعیت این است که کم حافظه بدن دروغ‌گو به معنا است که نتیجه‌ی سخنش با سخن گفته‌اش یکی نیست، مه این که او اصلاً حافظه اش کم باشد، یعنی سخن چون دروغ است، سخن امروزش با فردا یکی نمی‌شود، چون دروغ بوده به یادش نیست که دیروز در این مورد چه گفته است، امروز چیزی دیگری می‌گوید، بعد معلوم می‌شود که دروغ گفته است، به این لحاظ می‌گویند که دروغ‌گو کم حافظه است. حدیثی از امام صادق (ع) در این زمینه نقل شده است که می‌فرماید: «إِنَّ مِمَّا أَعَانَ اللَّهُ بِهِ عَلَيَّ الْكَذَّابِينَ النَّسِيَّانَ» (کافی، ج ۲، ص ۳۴۱).

۵. عوامل دروغ گوئی

بعد از بررسی مباحث پیامدها و آثار دروغ، در این قسمت از بحث لازم به نظر می‌رسد که به صورت مختصر در حد وسع این مقاله‌ی مختصر، مبحث عوامل دروغ را به بررسی بگیریم، که چرا یک عده دروغ می‌گویند، چرا عده‌ای به خاطر گفتن سخن دروغ در جامعه قدر و قیمت خود را به باد می‌دهد، اعتمادهای که در بین مردم به عنوان یک ارزش است آن را از بین می‌برد. پاسخ این چراها را باید در مباحث ذیل به بررسی بگیریم، که عوامل آن چه می‌باشد، که موارد ذیل حاکی از عوامل دروغ می‌باشد:

۵-۱. ضعف ایمان

کسی که به خدا ایمان دارد، خدا را شاهد در گفتار و رفتار می‌داند، انسان خدا را شاهد نمی‌داند، خلاف حقیقت سخن می‌گوید، دروغ بافی می‌کند. اگر کسی خداوند (ج) را در اعمال و رفتار و گفتار خود را شاهد بگیرد دروغ نمی‌گوید، آیات زیادی وجود دارد که انسان دروغ‌گو را مورد سرزنش و عتاب قرار داده است، مانند: «أَلَمْ يَعْلَم بِأَنَّ اللَّهَ يَرِي» (علق/ ۱۴). «وَرُسُلُنَا لَدَيْهِمْ يَكْتُبُونَ» (زخرف/ ۸۰). «مَا يَلْفِظُ مِنْ قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ» (ق/ ۱۸). انسان همیشه



در محضر خداوند است، فرستادگان خداوند همه چیز را می‌نویسند و یاد داشت برداری دارند، هیچ سخن تلفظ نمی‌شود، مگر این‌که رقیب و عتید زیر نظر نظر دارند.

۵-۲. تبرئه‌ی خود

گاهی انسان برای تبرئه‌ی خود شان تا این‌که خودش را در نزد دیگران اهل راستی و صداقت معرفی کند و برای دیگران بفهماند که سخنم دروغ نیست، مسئولیت را به عهده‌ی دیگران می‌اندازد و آن وقت در پی توجیهات دروغ برآید. این نیز یکی از علت‌های دیگری دروغ است.

۵-۳. احساس کمبودی

برخی انسان‌ها از این‌که در شخصیت خود احساس کمبودی دارد، پیش وجدان خودش ضعف دارد، به گمان خودش می‌خواهد آن ضعف را بر طرف کند، به دروغ متوسل می‌شود، پیامبر اکرم (ص) سخنی دارد: «لَا يَكْذِبُ الْكَاذِبُ إِلَّا مِنْ مَهَانَةٍ نَفْسِهِ» (اختصاص مفید، ص ۲۳۲).

۵-۴. دشمنی و حسد

گاهی برای این‌که شخص به اهداف خود برسد و بر دشمن خود غلبه پیدا نماید، یا آن حسادت که به یک شخص دارد، می‌خواهد بر آن طرف مقابل خودش فایق آید دروغ می‌گوید تا اینکه بتواند حسد خود را به جا کرده باشد. البته علت‌های دیگری نیز در این زمینه ذکر شده است که این در وسعت نوشتار این مختصر نوشتار نیست.

۶. موارد مجاز دروغ گفتن

از آنجایی‌که دین مقدس اسلام یک دین جامع است، در زمینه‌های مختلف دستورات و فرامینی دارد، برای آنکه یک جامعه‌ی سالم به دور از حق‌تلفی، به دروغ و به دور از جنجال‌ها و کشمکش‌ها داشته باشیم، دین اسلام موارد را به خاطر مصلحت و حفظ آرامش جامعه، حتا سخن دروغی که حرام است، با آن همه کیفی‌های که برای شان ذکر شده است؛ ولی در برخی موارد آن هم با وجود شرایطی دروغ گفتن را مجاز دانسته است، از جمله:

۱-۶. لزوم کتمان: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص): لَا تَكْ صَادَقَا حَتَّى تَكْتُمَ بَعْضُ مَا تَعْلَمُ» (بحار الانوار، ج ۷۵، ص ۸). بعضی موارد ایجاب می‌کند که انسان یک چیزی را به خاطر یک سری مصالحی که دارد، دروغ بگوید و کتمان کند.



۶-۲. اصلاح: دین اسلام برای ایجاد اصلاح بین دو شخص ولو اینکه با گفتن سخن دروغ باشد باید اصلاح صورت گیرد. با اصلاح جامعه شاهد دست‌آوردهای معنوی و مادی می‌باشد. با توجه به موضوع، وقتی به سخنان حضرت پیامبر اکرم (ص) نگاه نماییم، آن وقت می‌بینیم که حضرت چه جمله را با مضمون عالی بیان داشته است: «إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ أَحَبُّ الْكَذِبِ فِي الصَّلَاحِ وَ أَبْغَضُ الصَّدْقِ فِي الْفُسَادِ» (من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص ۳۵۲).

۶-۳. در جنگ: یکی از جاهای که دروغ گفتن مجاز دارد، در جنگ است، این مسأله هم از منظر اسلام و هم از منظر فقه (دروغ) اشکار شرعی ندارد. در این زمینه نیز پیامبر اکرم (ص) سخنی دارد: «كل الكذب مكتوب كذبا لا محالة إلا أن يكذب الرجل في الحرب» (بحار الانوار، ج ۶۹، ص ۲۵۴). همین‌طور دروغ برای زن، (البته این در شرایط خاص است). موارد دیگری وجود دارد که در کتب مفصل ذکر شده است و دلالت بر جواز دروغ گفتن در چنین موارد خاص وجود دارد.

۷. برخورد با دروغ‌گو

قرآن که کلام خداوند (ج) است، دقت‌هایی که در زمینه‌های مختلف دارد، از جمله دقت در مورد دروغ و سخن ناراست دارد؛ حتا در مورد برخورد دیگران با شخص دروغ‌گو سخنی دارد و می‌فرماید هر سخنی را که شنیدید خصوصاً از اشخاص دروغ‌گو و فاسق آن را قبول نکنید، بلکه در مورد آن تحقیق نموده و بعد از تحقیق اگر اطمینان به راست بودن آن سخن پیدا کردید، آن وقت قبول کنید، قرآن با جمله‌ی بسیار کوتاه اما پر معنا می‌فرماید: «إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَيَّ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ». (حجرات/ ۶).

۸. شهادت دروغ هم دروغ است

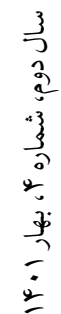
یکی از مباحث بسیار مهم در گفتن سخن راست، در نوشتار است، دروغ اگر به‌صورت نوشتاری باشد، نیز دروغ است و همان حکم حرمت که در دروغ زمانی و لفظی است، همان حکم در سخن دروغ به‌صورت نوشتاری نیز می‌باشد؛ به‌طور مثال می‌شود مواردی را یادآوری کرد؛ مانند: نسخه‌ی پزشکی بدون تشخیص هم دروغ است، تکذیب کردن سخن راست هم دروغ راست در نوشتاری هم دروغ است. انکار حق در نوشتار نیز دروغ است. تحریف مطالب (کم کردن یا زیاد کردن) دروغ است. آمار سازمان‌ها و ادارات، اختصاص بودجه‌ی دروغ در



مورد گزارش کار به زن، شوهر، همکار، مدیر، گزارش خرج، قدرت و اعتبار، سابقه، دولت، هنرو همه‌ی این‌ها دروغ باشد، ولو این‌که صورت نوشتار را به خود گرفته باشد، دروغ است. در واقع یکی موارد بسیار مهم که در برخی کتب به چنین دروغ‌ها کم‌تر اشاره شده است، همین موارد است که در ابتدا اصلاً خود شخص متوجه سخن دروغ نمی‌شود. سوگند دروغ نیز حکم دروغ را دارد، شخصی به دروغ از امام صادق^(ع) نزد منصور سعایت کرد و امام از مدینه به عراق فراخوانده شد و در جلسه‌ای منصور به آن شخص گفت: سوگند یاد کن. او هم سوگندی یاد کرد: امام صادق^(ع) فرمود: این چنین سوگند یاد کن او هم با کمال بی‌حیائی صیغه‌ی سوگند دروغ را برای گرفتار کردن امام جاری و فوری مرد. از امام صادق^(ع) نقل شده است: حواریون به عیسی عرض کردند؛ ما را ارشاد کن، فرمود: موسی شما را امر کرد که به خداوند قسم دروغ نخورید، من به شما می‌گویم به خدا قسم نخورید، نه راست نه دروغ. امام صادق^(ع): "قسم خورنده‌ی دروغ محارب با خداست. روایاتی زیادی در این مورد وارد شده است که: قسم دروغ مملکت را ویران می‌کند. هم چنین در روایت دیگری دارد: قسم دروغ اعقاب شما را مبتلا به فقر می‌کند. قسم دروغ و قطع رحم شهرها را خالی و نسل‌ها را قطع می‌کند(وسائل).

۹. شهادت دروغ در قرآن

قرآن کریم شهادت دروغ را مورد سرزنش قرار داده است، هم چنین کتمان سخن حق را؛ یعنی به حق شهادت ندهد(در فرض فزاهم بودن شرایط آن) باز هم مورد خطاب‌های قرآنی قرار می‌گیرد: «وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آتَمٌ قَلْبُهُ» (بقره/ ۲۸۳). «وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَمُ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ» (طلاق/ ۲). «وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ» (فرقان/ ۷۲). «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ». (اسراء/ ۳۶). دروغ به جز آثار سوء اخلاقی که در شاکله‌ی خود انسان دارد بنیان و شالوده‌ی جامعه را ویران می‌کند، مثل موش‌هایی که سد سبا را با آن استحکام ویران کردند. دروغ در خانه، دروغ در مدرسه، دروغ در بازار، دروغ در محله، دروغ در اداره، نظام خانواده و مدرسه و بازار و اداره را از هم می‌پاشد. دروغ آثار زیان‌باری از جهت فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و اجتماعی، به دنبال دارد؛ اما قرآن کریم که کتاب جامع است هم از حقوق و هم از معاملات و ... بحث می‌کند. در اخیر یک توصیه‌ی اخلاقی می‌کند و می‌فرماید: «كُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ» (توبه/ ۱۱۹). پیامبر(ص): (نیکوترین مردم اصحاب من هستند، بعد کسانی



که بعد از آن‌ها خواهند آمد، بعد دروغ رائج می‌شود تا حدی که مردم قسم دروغ می‌خورند، بی آن که کسی آن‌ها را سوگند دهد و شهادت دهند بی آن که کسی از آن‌ها شهادت بخواند).

۱۰. شهادت کذب در قانون جزایی افغانستان

در قانون جزایی افغانستان نیز مواد وجود دارد که در ارتباط به جرم پنداشتن شهادت دروغ مطرح گردیده است که در این زمینه مواد ذیل را مورد بررسی قرار می‌دهیم. قبل از این که مواد قانون را که برای مجازات شهادت به دروغ مورد ارزیابی قرار دهیم، لازم است به یک مطلب اشاره داشته باشیم و آن این است که کدام شهادت دروغ محسوب می‌شود، اگر چه در تعریف شهادت به دروغ تا حدی روشن شد که سخن خلاف واقع را دروغ و شهادت خلاف واقع را شهادت کذب بیان داشته است؛ اما در این مورد بهتر است به ماده‌ی کود جزایی افغانستان نیز مروری داشته باشیم، ماده‌ی ۴۸۱ ک ج، چنین بیان می‌دارد: هرگاه شاهد بعد از ادای سوگند قانونی در پیشگاه محکمه یا نزد مأمورین ضبط قضایی عمداً به اظهار باطل، انکار حق، پوشیدن تمام یا بعضی از وقایعی که در مورد آن شهادت ادا می‌نماید، بپردازد، شهادت وی دروغ محسوب می‌شود (متمم، محمد جان، کود جزایی افغانستان، ۱۳۹۶، ص ۴۵۶).

هم چنین مجازات شهادت به دروغ در مواد این قانون به طور ذیل مورد ارزیابی قرار گرفته است: «شخصی که در یک جرم به نفع یا ضرر متهم به دروغ شهادت ادا نماید، به حبس متوسط تا دو سال با جزای نقدی از شصت هزار تا یک صد و بیست هزار افغانی محکوم می‌گردد» (پیشین، ماده‌ی ۴۸۲).

هم چنین در بخش دوم ماده‌ی (۴۸۲) چنین بیان می‌دارد: هرگاه در اثر شهادت دروغ، متهم محکوم علیه قرار گرفته باشد، شاهد به جزای پیش‌بینی شده‌ی جرمی محکوم می‌گردد که بالای محکوم علیه صادر گردیده است. همین طور در بخش سوم این ماده در مورد دعوای غیر جزای یا مأمورین ضبط قضایی شهادت دروغ بدهد، چنین حکم شده است: «شخصی که در دعوای غیر جزایی و یا نزد مأمورین ضبط قضایی شهادت دروغ ادا نماید، به حبس قصیر یا جزای نقدی ده هزار تا بیست هزار افغانی، محکوم می‌گردد» (همان، بند ۳).

ماده‌ی (۴۸۳) کود جزای افغانستان در رابطه به کسی که طلب یا قبول بخشش یا گرفتن وعده‌ی ادای شهادت دروغ نماید، چنین حکم نموده است: «شخصی که به منظور ادای شهادت



دروغ، پول، مال یا منفعتی را طلب نماید یا بخشش یا وعده آن را بگیرد و یا قبول نماید، وی و شخصی که بخشش یا وعده را داده و یا در آن وساطت نموده به جزای پیش‌بینی شده‌ی جرم رشوت یا شهادت دروغ هر یک که شدیدتر باشد، محکوم می‌گردد» (همان، ماده‌ی ۴۸۳).

در این ماده یک قید را آورده که جزای پیش‌بینی شده برای رشوت گرفتن و شهادت به دروغ هر کدام که شدیدتر است، آن شخص محکوم می‌باشد.

اما مواردی که موجب خفیف شدن مجازات شهادت دروغ می‌شود در کود جزای افغانستان نیز مورد ارزیابی قرار گرفته است، در ماده‌ی (۴۸۶) کود جزا چنین بیان می‌دارد: «احوال ذیل اعدار مخففه در جرایم شهادت دروغ شناخته می‌شود: اول- رجوع شاهد از اظهارات دروغ و بیان حقیقت قبل از صدور حکم در موضوع دعوی و یا در تحقیق قبل از صدور قرار هیئت تحقیق. دوم- در حالتی که اظهار حقیقت، شاهد را به خطر بزرگ مواجه گرداند طوری که به آزادی یا شرف او صدمه وارد کند یا به اثر آن زوجه، یا یکی از اصول یا فروع یا خواهر یا برادر او به خطر مواجه گردد» (پیشین، ماده ۴۸۶).

در این ماده دیده می‌شود که برخی موارد به‌عنوان عذر مخففه‌ی شهادت دروغ پنداشته شده است؛ اما چیزی دیگری که باید متذکر شد این است که موردی وجود دارد که شخصی شهادت دروغ ادا نموده است؛ اما جزا بر او تطبیق نمی‌گردد و کود جزای افغانستان در این مورد چنین بیان دارد: «احکام شهادت دروغ بر شخصی که شهادت وی به حیث شاهد لازم نبوده یا بر شخصی که مطابق احکام قانون مکلف به ادای شهادت نباشد، تطبیق نمی‌گردد» (همان، ماده ۴۸۷).

البته اشخاصی دیگری نیز وجود دارد که بر اساس قانون کود جزای افغانستان به همان مجازات شهادت به دروغ محکوم می‌گردد، مانند کسی که شاهد را از شهادت ندادن اغوا کند، کسی که در اثر بخشش یا وعده‌ی اغوا کند که از ادای شهادت امتناع ورزد، کسی که از طرف یک نهاد به‌عنوان اهل خبره تعیین شده تا این که حقیقت را عمداً تغییر دهد و مانند آن به مجازات شهادت به دروغ محکوم می‌باشد.

در نتیجه: در مبحث مفاهیم بیان شد که برای مجازات، شهادت، کذب، فقه و مفاهیم دیگر معنای متعدد اظهار شده است. همچنین مباحث دیگری تحت عنوان حکم شهادت به دروغ که بر اساس آیات متعدد قرآن کریم و احادیث وارده در این زمینه روشن شد که عبارت از حرمت می باشد. پیامدهای دروغ، شهادت به دروغ بر خورد با اشخاص دروغ گو عوامل دروغ از مباحثی است و همچنین مباحث شهادت به دروغ در قانون جزای افغانستان و مجازات آن به بحث و بررسی قرار گرفت.



فهرست منابع

قرآن کریم

الف) کتاب‌ها،

ب) پایان‌نامه‌ها و مقالات

۱. معین، محمد، (۱۳۸۴)، فرهنگ فارسی، تهران: مرکز نشر، چ ۲۲.
۲. حسن نجفی، محمد، (بی‌تا)، جواهر الکلام، مرکز نشر انتشارات اسلامی، بی‌جا، بی‌چا.
۳. راغب اصفهانی، محمدبن حسن، مفردات الفاظ قرآن، تهران: مرکز نشر مرتضوی، ۱۳۴۷، چ ۲.
۴. زحیلی، وهبه، فقه الاسلامی و ادلته، دمشق: مرکز نشر دارالفکر، بی‌تا، بی‌جا، بی‌چا.
۵. وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، - الالفقهية الكويتية، الموسوعة، کویت: مرکز نشر دارالسلاسل، ۱۴۲۷، چ ۲.
۶. عوده، عبدالقادر، التشريع جنایی، مترجم: حسن فرهودی نیا، تهران: مرکز نشر شرکت بین المللی پژوهش و نشر یاد آوران، ۱۳۹۰، چ ۱.
۷. عاملی، محمدبن حسن حرّ، وسایل الشیعه، بی‌جا، بی‌تا، بی‌چا.
۸. محسنی، محمد آصف، کتاب القضاء و الشهادة، مطبعة سیدالشهداء، ۱۴۰۴ هجری، ۱۳۶۳.
۹. محمودی، علامه محمدباقر، نهج السعادة فی مستدرک نهج البلاغه، بیروت: مرکز نشر دارالتضامن، ۱۳۹۷، بی‌چا.
۱۰. سید رضی، نهج البلاغه، ترجمه حسین انصاریان، تهران: مرکز نشر انتشارات پیام آزادی، ۱۳۷۹، چ ۷.
۱۱. مشایخی، شهاب الدین، اصول تربیت از دیدگاه قرآن، مجله حوزه و دانشگاه، پاییز ۱۳۸۱، بی‌چا.
۱۲. قانون اجرائات جزائی، ماده ۴، بند ۳۲، مطبعة: بهیر، کابل، ۱۳۹۳، تاریخ نشر: پانزدهم ثور.
۱۳. دهخدا، لغت‌نامه، واژه مبنا.
۱۴. مهتم، محمد جان، کود جزایی افغانستان، کابل: مرکز نشر مطبعة پرویز، ۱۳۹۶، بی-چا.



بررسی و مطالعه‌ی مزیت‌های کود جزا بر قانون جزای سال ۱۳۵۵

فرشته هوسا ارسلان^۱

چکیده

تنوع قوانین با توجه به اقتضائات زمانی متفاوت و در دوره‌ی حاکمیت رژیم سیاسی متفاوت، سیاست‌های جنایی متفاوت و ناهماهنگی را در چارچوب کلی نظام حقوقی افغانستان در پی داشته است. برخی از قوانین همانند قانون جرایم علیه امنیت با «تسامح صفر» تدوین گردیده و برخی از قوانین همانند منشور مصالحه‌ی ملی، کاملاً بر عکس، بر مبنایی مصلحت‌گرایی یک جانبه و بدون در نظر گرفتن مصلحت جامعه و قربانیان به تصویب رسیده است. برخی از قوانین نیز همانند قانون منع خشونت علیه زنان بر مبنای عوام‌گرایی کیفری تدوین شده است و حتا با وجود کود جزا هنوز هم تحت سیطره‌ی مطلق جریان عوام‌گرایی کیفری است. در همین راستا، کود جزا در سایت وزارت عدلیه، مواد جزایی منع خشونت علیه زن از کود جزا حذف شد. اگر با نگاه آسیب‌شناسانه به کود جزا نگریده شود، دو عامل بسیار خطرناک، تهدید کننده‌ی سیاست جنایی منسجم و واحد در افغانستان است: یکی، مصلحت‌گرایی کاملاً یک جانبه یا مصلحت‌گرایی حکومتی بدون توجه به مصلحت کلی اجتماع و دوم، سیطره و سلطه عوام‌گرایی کیفری آن هم در فضای سیاسی متشنج جامعه‌ی فعلی افغانستان که زمینه‌ی مناسبی برای رشد این نوع نگرش‌ها دارد. این کود در پهلوی این که احکام جدید در رابطه به جرایم نوظهور مانند، جرایم مالیاتی و تجارتي، جرایم ممانعت از تطبیق عدالت، جرایم سازمان یافته، جرایم سایبری، جرایم محیط زیستی و جرایم شامل اساس نامه‌ی روم وغیره را در بر گرفته است، شامل قانون جزای سال ۱۳۵۵، قوانین متعدد دیگری که دارای احکام جزایی اند، می‌باشد.

واژه‌های کلیدی: کود جزا، قانون جزا، مزیت، افغانستان، سیاست جنایی، حقوق کیفری،

جرم انگاری.

^۱ . دانش آموخته‌ی حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه خاتم النبیین (ص) کابل، افغانستان

تا قبل از تدوین کود جزای افغانستان، از لحاظ تقنین با سیاست جنایی سرگردان، ناقص و در نتیجه، ناکارآمد مواجه بودیم، چنان که در برخی از موارد همانند جرایم سایبری، هیچ گونه جرم انگاری وجود نداشت و در بسیاری از موارد همانند جرایم فساد اداری با خलाهای قانونی مواجه بودیم. هم چنین در عرصه‌ی هماهنگی با سیاست جنایی منطقه‌ای و جهانی، پای نظام جزایی ما لرزان به نظر می‌رسید. از این جهت، ایجاب می‌کرد تا در عرصه‌ی قوانین جزایی تحولی صورت بگیرد که خوش بختانه با تدوین و توشیح کود جزا به جرئت می‌توان گفت کشور شاهد دگرگونی مثبت در عرصه‌ی سیاست جنایی تقنینی خواهد بود.

افغانستان در کنفرانس لندن تعهد می‌کند در قوانین موجود به خصوص قانون جزا بازنگری کند. به همین جهت، طرح پروژه‌ی کود جزا از سوی وزارت عدلیه، ستره محکمه، لوی سارنوالی، وزارت امور داخله و ریاست امنیت ملی به ریاست جمهوری وقت پیشنهاد می‌گردد. متعاقباً با توجه به تعهد افغانستان، پروژه‌ی کود جزا در تاریخ ۱۳۸۹/۳/۳ توسط ریاست جمهوری منظور می‌گردد. سپس پروژه رسماً در تاریخ ۱۳۹۱/۱/۱۳ افتتاح می‌گردد. پس از بررسی نظر وزارت خانه‌ها به شمول شورای علما، اداره‌ی سارنوالی و ستره محکمه، کود در تاریخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۲ به تصویب کابینه می‌رسد و در تاریخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۴ به صورت فرمان تقنینی توشیح می‌گردد و نه ماه پس از نشر نافذ می‌شود.

امتیازات کود جزا در مقایسه با قانون جزا

تا قبل از تدوین کود جزای افغانستان، از لحاظ تقنین با سیاست جنایی سرگردان، ناقص و در نتیجه ناکارآمد مواجه بودیم، چنان که در برخی از موارد همانند جرایم سایبری، هیچ گونه جرم انگاری وجود نداشت و در بسیاری از موارد همانند جرایم فساد اداری با خلاهای قانونی مواجه بودیم. هم چنین در عرصه‌ی هماهنگی با سیاست جنایی منطقه‌ای و جهانی، پای نظام جزایی ما لرزان به نظر می‌رسید. از این جهت، ایجاب می‌کرد تا در عرصه‌ی قوانین جزایی تحولی صورت بگیرد که خوش بختانه با تدوین و توشیح کود جزا به جرئت می‌توان گفت کشور شاهد دگرگونی مثبت در عرصه‌ی سیاست جنایی تقنینی خواهد بود.

تحولات حقوق جزا در افغانستان

تقریباً بیش‌تر از یک قرن می‌شود که کشور ما دارای قوانین و مقررات مختلف جزایی بوده و در مقاطع متفاوت، نصوص گوناگون جزایی را تجربه کرده است. اگر به سیر قانون‌گذاری جزایی نظر اندازیم، نخستین قواعد جزایی وضعی در عصر سلطنت امیر عبدالرحمان خان (۱۸۰۰-۱۹۰۰) وضع شد که می‌توان از مقررات دستورالعمل ضابط و حکام، اساس‌القضات، شهاب‌الحساب، مرات‌المقول و رساله ناجیه و هدایت‌الشجعان نام برد، که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم قواعد جزایی در آن به ملاحظه می‌رسد.

در عصر امیر حبیب‌الله خان (۱۹۰۰-۱۹۱۹) با وجود آن‌که به‌طور صریح قواعد جزایی در یک مجموعه‌ی معین وضع نگردید؛ اما، قواعد حقوقی گوناگونی که اکثراً از فقه حنفی منشا می‌گرفت، تدوین شد که می‌توان از موارد آتی نامبرد: تألیف و تدوین فتاوی سراج‌الاحکام فی المعاملات الاسلام، تفسیر و ایضاح نودونه قاعده‌ی فقهی و نظام‌نامه تذکره (علامه، ۱۳۹۶: ۳۶).

در عصر شاه امان‌الله خان (۱۹۱۹-۱۹۲۹) در کنار سایر تحولات اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و سیاسی، برای قانون‌گذاری نیز توجه مبذول گردید که می‌توان آن را سرآغاز قانون‌گذاری معاصر در کشور دانست، چنانچه در این دوره (۷۷) نظام‌نامه مختلف تدوین، وضع و نافذ شد، از جمله در ساحه‌ی حقوق جزا، قواعد جدیدی وضع گردید که در کنار قواعد شکلی (اجراء جزایی) می‌توان از نظام‌نامه‌های ذیل نامبرد: نظام‌نامه‌ی جزایی عمومی ماه اسد سال (۱۳۰۰) هجری خورشیدی، نظام‌نامه‌ی جزایی عمومی اول میزان (۱۳۰۰) هجری خورشیدی و نظام‌نامه‌ی جزایی عمومی ۶ جوزای (۱۳۰۶) هجری خورشیدی.

در دوره‌های بعدی در ساحه‌ی قواعد متنی جزا، قانون جرایم مامورین و جرایم علیه امنیت و منفعت عامه در ۲۶ قوس سال ۱۳۴۱ هجری خورشیدی و هم‌چنان قانون تعقیب و مجازات رشوت وضع گردید. بالاخره در سال ۱۳۵۵ قانون جزای افغانستان وضع و قوانین نافذه‌ی ماقبل خویش را ملغی ساخت.

با مطالعه‌ی گذرای سیر تکوین قانون جزا در کشور، اخیراً به اساس فرمان تقنینی قانون (کود) جزای جدید افغانستان نافذ گردید. این قانون در دو جلد که حاوی (۹۳۸) ماده می‌باشد، به چاپ رسیده است (علامه، ۱۳۹۶: ۳۶).



امتیازات کود جزا بر قانون جزا

این ویژگی‌ها در قالب دو دسته به صورت ویژگی‌های شکلی و ماهوی تقسیم‌بندی گردیده است. در منابع متفاوت، مصداق‌های هر یک از ویژگی‌های شکلی و ماهوی متفاوت ارایه شده است، بدین صورت که یک ویژگی ممکن است در یک متن به نام ویژگی شکلی شناخته شده باشد و در متن دیگر، تحت عنوان ویژگی ماهوی بررسی شده باشد. نکته‌ی مهم در این است که در هر حال، مصداق مطرح شده اعم از شکلی یا ماهوی، به عنوان یک ویژگی اساسی مطرح است.

۱. امتیازات شکلی

یکی از نکات مهم در قانون گذاری ترتیبات و تنظیمات شکلی قانون است که از نگاه شکلی باید قانون منسجم، ساده و یکنواخت، صریح، شفاف و مرتب بوده و آداب نگارش در آن رعایت شده باشد که ذیلاً به امتیازات شکلی کود جزا بر قانون جزا پرداخته می شود (صادقی، ۱۳۹۷: ۸۶).

- تقسیم بندی منسجم
- رعایت آداب نگارش
- زبان ساده و یکنواخت
- صریح و شفاف (قابل فهم همه)
- پرهیز از تناقض
- ثبات در قوانین

۲. امتیازات ماهوی

کود جزا علاوه بر مزیت‌های شکلی دارای یک سلسله مزیت ماهوی نسبت به قانون جزای مصوب ۱۳۵۵ دارا می باشد که در این قسمت به آن پرداخته می شود.

۱. معطوف به عدالت
۲. رعایت اصول حقوق کیفری
- (۱) اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها؛
- (۲) اصل کرامت انسانی؛
- (۳) اصل تناسب جرایم و مجازات‌ها؛

۴) اصل حداقل بودن حقوق جزا.

۳) پاسخ‌گویی به نیازهای جدید جامعه در قالب جرم‌انگاری‌های جدید؛

۱) در قلمرو جزای عمومی؛

۲) در قلمرو جزای اختصاصی؛

۳) جرم‌انگاری با توجه به جرایم فراملی و اسناد بین‌المللی.

۴) نهادهای جدید حقوقی

نکات نوآوری شده در کود جزا

کود جزا دارای یک سلسله نوآوری‌هایی است که ذیلاً به آن می‌پردازیم:

۱. تعلیق تنفیذ حکم

کود جزا بدیل‌های حبس و حجز را معرفی نموده است و قانون اجرای جزایی یک ضمیمه‌ی جداگانه به ارتباط بدیل‌های حبس و حجز دارد. همچنین، تدابیر سلب‌کننده و تحدید‌کننده‌ی آزادی، تدابیر سلب‌کننده‌ی حقوق و تدابیر مالی و اقتصادی نیز در کود جزا پیش‌بینی شده است. رهایی مشروط، یکی دیگر از روش‌های مشروط به معیارهایی جدید در قوانین کشور انعکاس یافته است.

از این‌رو، حقوق‌دانان جایگزین‌های زندان را مطرح کردند که تعلیق تنفیذ حکم، یکی از مهم‌ترین این جایگزین‌ها است. هدف اصلی تعلیق تنفیذ حکم، اصلاح مرتکب، جلوگیری از برچسب‌زنی، تکرار جرم، جلوگیری از مصارف گزاف دولت و کاستن از تعداد جرایم و شمار زندانیان می‌باشد.

۲. جرایم علیه تطبیق عدالت

آنچه در بحث «جرایم علیه تطبیق عدالت» مدنظر می‌باشد، همین «عدالت قضایی» است. این عدالت بدان معناست که اگر افراد جامعه‌ی انسانی از حیث انسانیت و حقوق انسانی

مساوی بودند، باید در مقام قضا نیز مساوی بوده و حقی که مورد تجاوز قرار گرفته بازگردانده شود و هیچ ملاحظه‌ای اعتباری و غیر ارزشی مورد توجه قرار نگیرد.

با توجه به آموزه‌های فوق بوده که قانون‌گذار افغان نیز جرایم علیه تطبیق عدالت را در کود جزا جرم‌انگاری نموده است. این جرایم در باب پنجم از کتاب دوم، در پنج فصل طبقه‌بندی شده و در مواد ۴۶۱ تا ۴۹۴ گنجانده شده‌اند.

۳. جرایم علیه محیط زیست در کود جزای افغانستان

محیط زیست در کشور و حمایت از آن امر مهم بوده و بی‌توجهی به این امر سبب مشکلات عدیده‌ای از قبیل شیوع امراض مهلک و خطرناک در میان انسان‌ها، حیوانات و حتا نباتات می‌گردد. قانون‌گذار با درک این مطلب که با وجود این که این سه دسته از جرایم بالایی یک یا چند عنصر از مجموعه‌ی عناصر تشکیل دهنده محیط زیست مانند آب، خاک و یا هم هوا واقع می‌گردد، به دلیل انتشار ضرر و عواقب ناگوار ناشی از آن بالای محیط زیست به‌طور کلی، این دسته از جرایم را تحت عنوان جرایم علیه محیط زیست، پیش‌بینی نموده است.

۴. جرایم سایبری

قلمرو حقوق جزا با ورود تکنولوژی‌های نوین بسیار گسترش یافته است. تولیدات تکنولوژی اطلاعات و ارتباطات مثل آثار سمعی و بصری، مالی و اقتصادی، موضوع بسیاری از مقررات جزایی گشته‌اند. با پیروی از چنین تحولات است که مجرمان چون همیشه زودتر از قانون‌گذاران شیوه‌ی ارتکاب جرم را دگرگون نموده و جرایم جدیدی را وارد قلمرو حقوق جزایی نمودند. به دنبال عکس‌العمل به چنین جرایمی بود که قانون‌گذار افغانستان احکام جدید تصویب و به کارگیری تولیدات تکنولوژی اطلاعات را گاه به‌عنوان وسیله‌ی ارتکاب جرم، جرم‌انگاری نمود. این جرایم گاهی علیه اموال علیه تمایت مجازی اشخاص و بعضی وقت‌ها علیه سافت‌ویر، هاردویر و اطلاعات، بر ضد امنیت و منفعت عمومی ارتکاب می‌یابد. در نهایت در رابطه با سابقه‌ی قانون‌گذاری در افغانستان می‌توان گفت که برای اولین بار در کود جزایی ۱۳۹۶ ذیل مواد ۸۵۱ الی ۸۷۹ مصادیق جرایم سایبری، جرم‌انگاری شده است.

۵. جرایم فراملی (جرایم شامل اساسنامه روم)

یکی از نوآوری‌ها در قسمت تدوین کود جزا جرم‌انگاری جرایم فراملی شامل جرایم ضدبشری، جرم نسل‌کشی، جرایم جنگی و غیره است که ذیلاً به آن پرداخته می‌شود.

۶. جرایم ضد بشری

منظور از ((جرایم علیه بشریت)) در کود جزا همان جرایم بین‌المللی (جنایات بین‌المللی) است که در اسناد معتبر حقوق جزای بین‌المللی پیش‌بینی شده و دقیقاً یک قرن سابقه دارد. جرایم بین‌المللی شامل چهار دسته از جرایم می‌شود: جرایم علیه بشریت، جرایم نسل‌کشی، جرایم جنگی و جرم تجاوز علیه دولت. جرایم بشریت که معادل ((جرایم ضد بشری)) است، در کود جزا بر خلاف معنای اصطلاحی رایج آن، به معنای عام به کار برده شده، به گونه‌ای که شامل هر چهار نوع جرم بین‌المللی می‌شود. بر همین اساس آن را عنوان باب دوم نظر گرفته و هر چهار نوع جرم بین‌المللی، از جمله خود جرایم علیه بشریت را به نام ((جرایم ضد بشریت)) تحت پوشش آن قرار داده است.

۷. جرم نسل‌کشی

جرم نسل‌کشی (ژنوسید)^۱ تحت همین عنوان، کم‌تر از سه جرم دیگر سابقه‌ی تاریخی دارد. اصطلاح نسل‌کشی یا (ژنوسید) را اولین بار حقوقدان پولندی به نام رافائل لمکین در سال ۱۹۴۴ در کتاب ((جنایات نازی‌ها در اروپا اشغالی)) به کار برد (ویلیام، ۱۳۸۴: ۴۵).

بعد در سال ۱۹۴۶ در قطع‌نامه مجمع عمومی ملل متحد از نسل‌کشی به عنوان جرمی نام‌برده شده که جهان متمدن آن را تقبیح می‌کند. به دنبال آن‌ها در نهم دسامبر ۱۹۴۸ ((کنوانسیون منع مجازات جرم نسل‌کشی)) به تصویب رسیده در دهه‌های بعدی، در نیمه‌ی دوم قرن بیستم، جرم نسل‌کشی در نظام‌های جزایی داخلی برخی از کشورها و هم در اسناد محاکم جزایی بین‌المللی از قبیل محکمه رواندا، محکمه‌ی یوگسلاویای سابق،



محكمة دجيل و ساير محاكم بين المللى و يا مختلط به عنوان جرمى مستقل در کنار جرايم سه گانه ي ديگر، تثبيت شد.

۸. جرايم جنگى

جرايم جنگى، از قانون جنگ و قانونى ساختن يا انسانى ساختن جنگ حكايت مى كند. در كنفرانس هاى صلح لاهه (۱۸۹۹ و ۱۹۰۷) براى اولين بار دولت ها اراده خود شان را به طور جدى تر براى محدود و مشروط ساختن جنگ بروز دادند و كنوانسيون هاى را تصويب كردند كه دولت هاى عضو را مكلف مى ساخت براى حل اختلافات شان از روش هاى مسالمت آميز بهره گيرند ((ويليام، ۱۳۸۴: ۱۴۴).

۹. تجاوز عليه دولت

تعريف تجاوز به دولت، تعيين مصاديق جرم و تبين عناصر مادى و معنوى و نيز شرايط تحقق آن در ماده ۳۴۱ كود جزا بر اساس توافق نامه كامپالا (اجلاس اوگاندا) در ۲۰۱۰ راجع تعريف تجاوز عليه دولت، صورت گرفته است. بر اساس مقررات مندرج در ماده ۳۴۱ كود جزا جرم تجاوز عليه دولت به دو وصف اساسى مقيد شده است.

۱. جرم بايد توسط شخصى ارتكاب يافته باشد كه قدرت سياسى يا نظامى يك دولت را رهبرى مى كند؛

۲. اعمال هفتگانه ي جرمى پيش بينى شده در اين ماده نظر به ماهيت، شدت و گسترده گى عمل، به گونه اى صورت گرفته و در حدى باشد كه نقض منشور سازمان ملل متحد محسوب شود.

۱۰. جرايم مالياتى و تجارى

عرصه هاى مالياتى و تجارى با توجه به اهميت كه در حيات اقتصادى جوامع دارا مى باشند، همواره مورد توجه و اهتمام قانون گذاران قرار داشته و تنظيم اين عرصه ها از اولويت هاى اساسى نظام هاى قانون گذار كشورها در سطوح مللى و بين المللى بوده است.

هرچند این دو عرصه از نظر تعلق امور مالیاتی به حقوق عمومی و تعلق امور تجارتي به حقوق خصوصی از هم متفاوت اند؛ ولی وجه اشتراک هر دو همانا ارتباط این دو عرصه به امور اقتصادی است که سبب قرار گرفتن آن‌ها در تحت یک باب کود جزا گردیده است.

۱۱. جرایم انتخاباتی

نظام سیاسی بنیان‌گذاری شده بر اساس قانون اساسی افغانستان، جمهوری اسلامی است که مردم از طریق انتخابات عمومی و سری اراده‌ی خود را در اداره و مدیریت کشور تمثیل می‌کنند. انتخابات به‌عنوان نماد و یکی از مؤلفه‌های اساسی جمهوری اسلامی شمرده می‌شود. مقررات حاکم بر انتخابات ضامن سلامت انتخابات می‌باشد که نقض آن، انتخابات را از مسیر درست خود خارج نموده و به خواست و اراده‌ی مردم ضربه زده و در نتیجه جمهوریت را آسیب می‌رساند. در قانون انتخابات مقررات متعددی وجود دارد که نقض آن‌ها تخلف و جرم انتخاباتی شمرده می‌شود کود، به‌صورت واضح نقض مهم‌ترین مقررات انتخابات را جرم‌انگاری نموده و برای مرتکب آن مجازات پیش‌بینی نموده است.

۱۲. جزاهای بدیل حبس

جرم، مجرم و مجازات از موضوعاتی است که همراه بازندگی بشر همراه شده و همچنان زندگی بشری را همراهی می‌کند. جایگزین‌های مجازات سالب آزادی، مجازات‌هایی هستند که به تبع محکومیت و مجازات، امکان گذراندن تمام یا بخشی از مجازات‌ها را در اجتماع و خارج از زندان به مجرم می‌دهد (Reggiero, 1995: 53). از لحاظ حقوقی هر تدبیر و اقدامی که دربردارنده‌ی پیشگیری از جرم و مجازات و در عین حال کنترل‌کننده‌ی بدون توسل به مجازات زندان باشد، می‌تواند در قالب سیاست جایگزینی تعریف شود (شهشانی، ۱۳۸۵: ۱۲۰).

لذا در این تعریف معنای عام و فراگیر بدیل حبس که شامل انواع تعلیق، آزادی مشروط، دوره‌ی مراقبت، خدمات عمومی، محرومیت از حقوق اجتماعی، حبس در منزل و جزای نقدی روزانه می‌شود، مد نظر است؛ اما ماده‌ی ۱۴۸ کود جزا تعریف قانونی به معنای خاص از بدیل حبس ارایه کرده است. جزء ۱ ماده‌ی ۲ ضمیمه‌ی شماره‌ی دوم قانون اجراءات جزایی منتشر شده در جریده‌ی رسمی عین این تعریف را ارایه کرده و ماده‌ی ۱۵۰ کود جزا مصادیق آن را مشخص کرده است.



۱۳. طفولیت

فصل دوم باب کود جزا پیرامون موانع مسئولیت جزایی است که مشتمل بر جنون و امراض روانی، سکر خواب و بی‌هوشی، طفولیت، اضطراب و اکراه می‌باشد. قسمت دوم فصل دوم به طفولیت من حیث مانع مسئولیت جزایی پرداخته شده است. این قسمت شامل ۲۰ ماده است که از ماده‌ی ۹۵ شروع و به ماده‌ی ۱۱۴ ختم می‌شود.

با ارتکاب جرم، مسئولیت جزایی متوجه مرتکب می‌شود، لیکن حالاتی نیز وجود دارند که وجود آن‌ها باعث رفع یا تخفیف مسئولیت جزایی می‌شود. به این حالات موانع مسئولیت جزایی می‌گویند. موانع مسئولیت جزایی به ذات خود اباحه کننده نمی‌باشند، لیکن به سبب این‌که وضعیت شخص مرتکب از لحاظ جسمی، روحی یا عقلی مساعد نیست، مسئولیت جزایی متوجه وی نمی‌شود. یکی از موانع مسئولیت جزایی که در کود جزای افغانستان ذکر شده، طفولیت است. طفولیت در بعضی موارد باعث از بین رفتن کامل مسئولیت جزایی می‌شود و در حالات دیگر باعث تخفیف در مسئولیت جزایی می‌شود. سن طفل تعیین کننده عدم یا تخفیف در مسئولیت جزایی می‌باشد.

نکات مثبت کود جزا

طوری که بیان گردید کود جزا دارای یک سلسله مزیت‌ها و نوآوری‌ها در مقایسه با قانون جزا است. در این قسمت به نکات مثبت کود جزا می‌پردازیم.

۱. انجام خدمات عامه

الف) خدمات عامه

۱. خدمات عامه عبارت از کاری است که مرتکب جرم به انجام آن به نفع جامعه با دریافت قسمی مزد و یا بدون آن محکوم گردد؛
۲. محکمه، مرتکب جرم را با نظر داشت نوع جرم، سن، جنس، توانایی جسمی یا روانی، شغلی، مهارت و وضع اقتصادی و اجتماعی وی، مکلف به انجام خدمات عامه می‌سازد؛
۳. در تعیین مجازات خدمات عامه، اخذ رضایت محکوم علیه حتمی می‌باشد؛
۴. شخص زیر ۱۵ سال، به انجام خدمات عامه رایگان محکوم شده نمی‌تواند؛

۵. محکمه میزان خدمات عامه را با تناسب درجه‌ی شدت و خفت جرم و شخصیت مرتکب تعیین می‌نماید.

ب) میزان ساعات انجام خدمات عامه

مجموع اندازه‌ی خدمات عامه به ساعت تعیین می‌گردد و میزان ساعات انجام خدمات عامه حد اقل ۴ ساعت و حداکثر ۸ ساعت در یک شبانه روز می‌باشد.

ج) رعایت شرایط و ضوابط کار حین انجام خدمات عامه

محکمه مکلف است حین حکم به خدمات عامه قوانین و مقررات مربوط به شرایط ویژه‌ی کار زنان و نوجوانان، بهداشت کار، ضوابط کارهای دشوار، ثقیل و مضر صحت را رعایت نماید.

د) تعلیق یا تبدیل خدمات عامه

محکمه می‌تواند بر اساس نقضای محکوم علیه، وکیل مدافع یا سارنوال، نظر به وضع جسمانی و نیاز به خدمات صحی یا مشکلات خانوادگی محکوم علیه، انجام خدمات عامه را به‌طور موقت حداکثر تا سه ماه در طول دوره محکومیت، تعلیق کرده یا آن را به سایر جزای‌های بدیل حبس تبدیل نماید.

هـ) خودداری از انجام خدمات عامه

هرگاه محکوم علیه بدون عذر موجه، از انجام خدمات عامه یا از شرایط مقرر برای انجام کار تخلف ورزد، باراول، حداکثر تا ۸۰ ساعت، در ساعات‌های انجام خدمات عامه وی افزود گردد. در صورت تکرار، محکمه می‌تواند بر اساس پیشنهاد سارنوال، مدت خدمات عامه باقی مانده وی را به حبس تبدیل نماید. در این صورت محکوم علیه در برابر هر ۸ ساعت از ساعات باقیمانده، یک شبانه روز زندانی می‌شود (غلامه حیدر، ۱۳۹۷: ۷۸).

۲. محرومیت از حقوق اجتماعی

محکمه می‌تواند با رعایت شرایط مندرج در این فصل، محکوم علیه را که مستوجب جزای حبس قصیر باشد، برای مدت معین از یک یا بیش از یک حق اجتماعی من حیث جزای بدیل حبس قرار ذیل محروم کند:

۱. تنزیل یک رتبه یا درجه؛

۲. کسر یک سوم معاش برای یک سال؛



۳. انفصال موقت از مشاغل دولتی و خدمت در موسسه‌ها و نهادهای عمومی غیر دولتی با توجه به جرم ارتكابی از شش ماه تا دو سال؛
۴. منع از اشتغال به شغل یا کسب یا حرفه‌ی معین در صورتی که جرم مربوط به شغل وی باشد، تا یک سال؛
۵. محرومیت از دریافت جواز فعالیت شغل معین از یک تا سه سال؛
۶. محرومیت از عضویت در هیأت مؤسس و هیأت مدیره‌ی شرکت‌های تجارتي، بانک‌ها و مؤسسه‌ها یا محرومیت از مدیریت عامل تا یک سال؛
۷. محرومیت از معامله با ادارات دولتی یا مؤسسه‌های غیر دولتی یا شرکت در مزایده و مناقصه از یک تا پنج سال؛
۸. محرومیت از رانندگی از شش ماه تا سه سال؛
۹. مسدود کردن حساب‌های معین یا محرومیت از افتتاح حساب جاری و یا محرومیت از دریافت تسهیلات و اعتبارات بانک‌ها و سایر مؤسسه‌های مالی از یک تا سه سال؛
۱۰. محرومیت از حمل سلاح برای افراد مجاز دارنده‌ی سلاح تا دو سال؛
۱۱. اخراج اتباع بیگانه از کشور و منع ورود مجدد آن‌ها به افغانستان از یک تا پنج سال؛
۱۲. منع خروج اتباع افغانی از کشور از شش ماه تا یک سال (غلامه حیدر، ۱۳۹۷: ۷۹).

معایب و نواقص کود جزا

مهم‌ترین نقد بر اساس مقرره‌ی طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی وارد است که در سال ۱۳۹۱ در داخل ۶ فصل و ۴۶ ماده تصویب و در جریده‌ی رسمی ۱۰۸۱ نشر شده است. در بند ۱ ماده ۲ این مقرره، مصادیق اسناد تقنینی بیان شده است که شامل قانون، فرامین تقنینی، مقرره، فرامین رئیس جمهور، اساسنامه و تعدیل آن، مصوبه‌ی شورای وزیران، ایذا، تعدیل، حذف، تعلیق یا تعدیل در آن‌ها و ضمیمه‌ای که ماهیت تقنینی دارند، می‌باشند.

با توجه به این ماده، ما فقط به اصطلاحات بالا اسناد تقنینی (قانون) گفته می‌توانیم در حالیکه وزارت محترم عدلیه اعلام کرده است که طرح "کود جزای" افغانستان تکمیل شده است که با مراجعه به مقرره طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی چیزی یا اصطلاحی تحت عنوان "کود" نداریم.

تعدادی از کلمات استفاده شده در این قانون، تعریف نشده و گنگ است و بخشی از مواد هم می‌تواند تفسیر بردار باشد. نکاتی هم در این قانون گنجانده شده که خیلی مبهم بوده و معنای کامل را در خوانش ابتدایی ندارد. بخشی دیگری از این قانون گفته است که پخش و نشر مطالب مغایر با ارزش‌های دینی و اخلاقی ممنوع است؛ اما در متن قانون مشخص ارزش‌های دینی و اخلاقی تعریف نشده است.

در قانون جرایم سایبری کلماتی مانند «فریبکارانه» و «کسب منفعت» به کار برده شده است، در حالی که عموماً استفاده از کامپیوتر به خاطر کسب منفعت است. ماده‌ی ۸۸۸ این قانون گفته است: شخصی که به صورت غیرقانونی به سیستم، برنامه یا اطلاعات سری دست یابد، مرتکب جنایت ملی شناخته می‌شود. همچنین ماده‌ی ۸۸۹ گفته است شخصی که به نمایندگی از دولت یا سازمان غیردولتی حملات سایبری را راه می‌اندازد، مجازات می‌گردد.

با توجه به سوء استفاده‌ای که فعلاً از اینترنت و فضای مجازی در افغانستان صورت می‌گیرد، نفس این قانون از نیازهای اشد این کشور است. متأسفانه ماده‌ی ۲ این قانون مانند قانون جزای گذشته، مشکل جرایم حدود، قصاص و دیات را حل نکرده و این جرایم را به فقه حنفی حواله داده است که این مطلب خلاف اصل قانونی بودن جرم و جزاست.

این کود جزایی احکامی راجع به جرم‌انگاری و منع شکنجه دارد، در حالی که در همین اواخر، «قانون منع شکنجه» به‌طور جداگانه به تصویب رسیده است. این امر خلاف اصول قانون‌گذاری و خلاف هدف از تصویب کود واحد جزایی است؛ زیرا قانون‌گذاری افغانستان از دید جهانیان زیر سوال می‌رود.

همچنین از آخرین تغییری که در آخرین روزهای پیش از نشر این قانون در آن رخ داد، این بود که «جرایم خشونت علیه زنان» از آن بیرون کشیده شد. این کار هم ضربه‌ی دیگری بود که بر پیکر قانون جزا زده شد و آن را از رسیدن به کود واحد جزایی به معنای واقعی کلمه بازداشت.



نقد کود جزا

جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی

نقد

جرایم علیه امنیت خارجی از جرایم علیه امنیت داخلی تفکیک نشده است، در حالی که این دو نوع جرم با همدیگر تفاوت اساسی دارند و مصادیق هر کدام با دیگری متفاوت است. معلوم نیست که از میان این ۲۶ ماده یعنی از ماده‌ی ۲۳۷ تا ماده‌ی ۲۶۲ کدام ماده‌ی مربوط به جرایم علیه امنیت خارجی و کدام ماده مربوط به جرایم علیه امنیت داخلی است. هم‌چنین بر اساس ماده‌ی ۲۳۷: «اصطلاحات آتی در این فصل دارای مفاهیم ذیل می‌باشد:

۱. اسرار نظامی، دفاعی یا امنیتی کشور...

۲. حالت جنگ.....»

نقد

در این ماده تنها دو اصطلاح «اسرار نظامی، دفاعی یا امنیتی کشور» و «حالت جنگ» تعریف شده و در ماده‌ی ۲۴۰ به صورت ضمنی اصطلاح جاسوسی تعریف گردیده است، در حالی که چهار اصطلاح مهم و مبهم «جرایم علیه دولت، امنیت و مصونیت عامه، جرایم علیه امنیت خارجی، جرایم علیه امنیت داخلی و خیانت ملی» نیز در این فصل استفاده شده‌اند که بیش از این دو اصطلاح نیازمند تعریف و توضیح اند.

رشوت‌دهنده

ماده‌ی ۳۷۰: «۱. هرگاه موظف خدمات عامه یا موظف دولت خارجی یا سازمان بین‌المللی یا بین‌الحکومتی یا مؤسسه‌ی غیر دولتی یا موظف مؤسسه‌ی خصوصی که فعالیت‌های اقتصادی، مالی یا تجارتي یا سایر خدمات عامه را انجام می‌دهد (کریمی، ۱۳۹۷: ۱۴۰).

نقد

به نظر می‌رسد که کلمه‌ی «بین‌الحکومتی» اضافه است؛ چون خارج از سه دسته‌ی قبلی نیست

تزوير

ماده‌ی ۳۴۶: « تزوير عبارت است از ساختن نوشته، سند، ساختن مهر، امضا، خراشيدن يا تراشيدن يا قلم‌خور ساختن، الحاق يا محو يا اثبات يا سياه کردن يا تقديم يا تأخير تاريخ سند نسبت به تاريخ حقيقي يا الصاق نوشته‌ای به نوشته ديگر يا به کار بردن مهر ديگری بدون اجازه‌ی صاحب آن به قصد تقلب».

نقد

اين تعريف بسيار طولانی است. علت طولانی شدن تعريف آن است که نويسندگان کود جزا به جای بيان رفتار اصلی مجرمانه تزوير، مصداق‌های رفتار مجرمانه‌ی تزوير را نام برده‌اند. رفتار مجرمانه‌ی تزوير، « تغيير دادن حقيقت سند و چيزهایی در حکم سند» (مهر، امضا، اثر انگشت و) است. تمام افعالی که در اين ماده احصا شده‌اند، مصداق تغيير دادن حقيقت سند و چيزهایی در حکم سند است. هنگام جرم‌انگاری، قانون‌گذار نبايد به جای رفتار مجرمانه‌ی اصلی یک جرم، مصداق‌های آن رفتار مجرمانه را احصا کند؛ چون ممکن است همه‌ی مصداق‌های آن را نتواند بيان کند.

ماده‌ی ۴۴۳: « شخصی که اسناد مزور مندرج مواد ۴۳۶ و ۴۳۷ اين قانون را با وجود علم به تزويری بودن آن استعمال نمايد، طوری که آن را به محکمه يا یکی از مراجع ذی-صلاح دولتی تقديم نمايد، به حبس قصير يا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی محکوم می‌گردد».

نقد

در اين سه ماده برای جرم خفيف، مجازات شديد و برای جرم شديد، مجازات خفيف را پيش‌بینی کرده‌اند ((غلامه حيدر، ۱۳۹۷: ۱۴۰)).

ضرورت‌های تدوين کود جزا

ضرورت‌های تدوين کود جزا را به‌طور مختصر می‌توان چنین برشمرد:

۱. قدیمی بودن قانون جزای قبلی

قانون جزای قبلی که مهم‌ترین قانون جزایی کشور محسوب می‌شد، در سال ۱۳۵۵ تحت فرمان نافذ گردید و ۴۱ سال از قابلیت اجرای آن گذشت.



۲. پراکندگی قوانین و احکام جزایی

۱۵ قانون مستقل جزایی به شمول ۵۰ قانون دیگر که دارای احکام جزایی هستند، در کشور نافذند. در ۱۷ قانون دیگر نیز حکم کلی تعقیب عدلی گنجانده شده است.

۳. خلای قانونی در پاسخ‌گویی به نیازهای جدید جامعه

با توجه به پیشرفت تکنولوژی در دنیا، میدان عمل مجرمان نیز در این عرصه و فضا که به نام فضای سایبر یاد می‌گردد، توسعه یافته است. از این جهت، جرم‌انگاری در این فضا از ضرورت‌های جامعه‌ی عصر حاضر محسوب می‌شود، در حالی که در این عرصه با خلای قانونی مواجه بودیم. هم‌چنین در موارد خاص دیگر همانند فساد در بخش خصوصی، مداخله در اعمال حاکمیت، دگرگونی در مفهوم تجاوز جنسی، بچه‌بازی و بسیاری از موارد دیگر نیاز به جرم‌انگاری و بازاندیشی بود.

۴. رعایت نشدن اصول حقوقی

برخی از مهم‌ترین اصول حقوقی همانند اصل تناسب در مجازات‌ها، اصل بی‌کیفر نماندن و اصل حداقل بودن حقوق جزا در برخی از قوانین همانند قانون مبارزه با جرایم تروریستی و حتی قانون جزای ۱۳۵۵ رعایت نگردیده است. از این جهت، بازنگری در قوانین با تکیه و تأکید بر اصول حقوق کیفری، از ضرورت‌های نظام حقوقی این عصر محسوب می‌شود (صادقی، ۱۳۹۷: ۸۶).

۵. تطابق نداشتن قوانین داخلی با اسناد بین‌المللی

الحاق به کنوانسیون‌های متعدد بین‌المللی و بازبینی و تطابق قوانین داخلی بر اساس کنوانسیون‌ها از ضروریات نظام‌های حقوقی متعهد در عصر حاضر محسوب می‌شود. خوش‌بختانه افغانستان از لحاظ الحاق به کنوانسیون‌ها، پیش قدم است و از این جهت مشکلی به نظر نمی‌رسد؛ چون افغانستان به بیش‌تر کنوانسیون‌ها ملحق شده است؛ اما بازبینی و تطابق قوانین داخلی با کنوانسیون‌ها نیاز جدی محسوب می‌شود (غلامه حیدر، ۱۳۹۷: ۸۸).



۶. سیاست جنایی ناهماهنگ، سیال و سرگردان

تنوع گسترده و ناهماهنگی در قوانین باعث سیاست جنایی سرگردان و ناهماهنگ در نظام حقوقی افغانستان شده است، به طوری که رویکرد برخی از قوانین همانند قانون جرایم علیه امنیت با توجه به اقتضای زمان خویش نوعی سیاست کیفری سخت گیرانه است و برخی از قوانین، جنبه‌ی مصلحت‌گرایی کیفری یک سویه داشته است، همانند قانون منشور مصالحه‌ی ملی. هم‌چنین برخی از قوانین دارای رویکرد عوام‌گرایانه‌ی کیفری است، همانند قانون منع خشونت علیه زن، از این جهت ایجاب می‌کند تا حداقل از جهت سیاست جنایی تقنینی، کودجزایی با سیاست جنایی واحد، منسجم و هماهنگ با دیگر ارکان سیاست جنایی تنظیم گردد.

نتیجه‌گیری

قانون جزای افغانستان در سال ۱۳۵۵ در زمان حکومت سردار محمد داود به تصویب رسیده بود. این قانون در زمان خودش یکی از بهترین قوانین جزای منطقه به شمار می‌رفت؛ اما با گذشت حدود چهل سال از عمر این قانون، تغییرات عمده‌ای در کشور و جهان واقع شده و جرم‌انگاری‌های جدید به وجود آمده است که شامل قانون مذکور نبود و به همین علت، اجرای آن در وضعیت فعلی افغانستان با چالش‌ها و مشکلات همراه بود.

موارد ذیل را می‌توان از جمله کمبودی‌های عمده‌ی این قانون نام برد:

- وجود ایرادهای اساسی در تبیین عناصر مادی و معنوی جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی دولت؛
- عدم تعریف جرم؛
- عدم تعریف اصول مجازات؛
- عدم تناسب بین جرم و مجازات در برخی موارد؛
- خلط بین مفهوم شریک و معاون؛
- وجود ایرادهای اساسی در بیان مصادیق اسباب اباحت؛



- وجود جزاهای نقدی برای جرایمی که بر اثر گذشت زمان طولانی از تصویب قانون، آن‌ها در شرایط فعلی به شدت ناچیز و کم بها جلوه می نمودند و نمی توانستند کیفرهای متناسب با جرم مربوط باشند؛
- تعیین حداقل حبس به ۲۴ ساعت که بسیار زمان کوتاهی است و نه تنها هدف مجازات بر آورده نمی شود، بلکه چه بسا می تواند دارای آثار زیانباری باشد؛
- ابهام در جرم تحریک به فسق و فجور؛
- عدم تعریف جرم غصب؛

به منظور حل مشکلات فوق، در سال ۱۳۹۱ دولت وقت، طی فرمانی کمیسیون را موظف کرده تا کود جزایی واحد را که تمامی احکام جزایی در یک قانون گردآوری شده باشد، تهیه کند. خوشبختانه تدوین کود جزا در سال ۱۳۹۶ خورشیدی از یک سو به تورم قوانین جزایی نقطه پایان داد و از جانب دیگر اصول نظام مردم سالاری، کنوانسیون های بین المللی، موازین حقوقی بشری، حقوقی اساسی شهروندان و پرنسیب های مورد قبول حقوقی جزا در آن رعایت گردید. افزون بر آن جرایم جدید از قبیل جرایم بین المللی، جرایم سایبری و غیره گنجانیده شد که از لحاظ ساختاری و ماهوی تغییر بس مثبت تلقی می گردد. از همه مهم تر اینکه، حین تسوید و تدقیق کود جزا نه تنها نمایندگان دولتی، بلکه نمایندگان نهادهایی جامعه ی مدنی و نهادهای بین المللی حق حضور و و ابراز نظر را داشتند.



منابع

الف) کتاب ها

۱. بیگ زاده، صفر، شیوه نامه نگارش قانون، مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۸۷.
۲. رسولی، محمد اشرف، ۱۳۹۱، تحلیل و نقد قانون اساسی افغانستان، چاپ دوم، انتشارات سعید، کابل.
۳. سایبانی، علی رضا و دیگران، بررسی مبانی حقوقی و جرم شناختی نهاد تعلیق تعقیب در قانون
۴. علامه، غلام حیدر، ۱۳۹۶، حقوق جزای عمومی افغانستان، چاپ سوم، انتشارات امیری، کابل.
۵. گلدوزیان، ایرج، بایسته های حقوق جزای عمومی ۱- ۲- ۳، میزان، چ ۱۸، تهران: ۱۳۸۸.

ب) قوانین

۶. قانون اساسی افغانستان، کابل، ۱۳۸۲
۷. قانون جزای افغانستان، ۱۳۵۵
۸. قانون انتخابات، ۱۳۹۵، ماده ۹۸ و ۹۹
۹. کود جزا، گروه اصلاح و بازنگری کود جزایی، اداره ی تقنین وزارت عدلیه ی افغانستان
۱۰. کود جزای افغانستان، ۱۳۹۶
۱۱. وزارت عدلیه، کود جزا، مطبعه دولتی، جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۲۶۰، کابل: ۱۳۹۶هـ.
۱۲. وزارت عدلیه، قانون جزا، مطبعه دولتی، جریده رسمی، شماره مسلسل ۷۴۷، کابل: ۱۳۵۵هـ.

ج) مقالات

۱۳. حسینی، سید آصف، بایسته ها در روند قانون گذاری، وبلاگ خرد و سیاست ۱۹-۸-۱۳۹۰.
۱۴. شمس ناتری، محمد ابراهیم و مصطفی پور، نواقص قانون جزای افغانستان، پژوهش نامه حقوق کیفری، س ۸، ش ۱، بهار و تابستان: ۱۳۹۶.
۱۵. هوتک، محمد نادر، نقدی بر تعلیق اجرای مجازات در قانون اجراء جزایی ۱۳۹۳ افغانستان، مجله عدالت، شماره مسلسل ۱۶۶، قوس: ۱۳۹۵.



The study of the advantages of the penal code on the penal law of 1355

Freshtah Hossa Arslan¹

Abstract

The variety of laws due to the different time requirements and during the rule period of the different political regime has resulted in different criminal policies and inconsistency in the general framework of the legal system of Afghanistan. Some laws, such as the Law on Crimes against Security, have been drafted with "zero tolerance" and some laws, such as the National Reconciliation Charter, have been passed completely on the contrary, based on one-sided expediency and without considering the interests of the society and the victims. Some laws, such as the law on the prohibition of violence against women, have been drafted based on criminal populism, and even with the presence of the penal code, it is still under the absolute control of the current of criminal populism. In this regard, the penal code on the website of the Ministry of Justice, the criminal articles prohibiting violence against women were removed from the penal code. If we look at the penal code from a pathological point of view, two very dangerous factors threaten the coherent and unified criminal policy in Afghanistan: one, completely one-sided expediency or governmental expediency without regard to the general interest of the community, and second, the control and domination of its criminal populism. Also, in the tense political atmosphere of the current society of Afghanistan, which has a suitable ground for the growth of these types of attitudes. In addition to the fact that new rulings related to crimes such as impurity, tax and commercial crimes, crimes of obstruction of justice, organized crimes, cyber-crimes, environmental crimes, and crimes involving the Rome Statute, etc., this code includes the criminal law. 1355, there are many other laws that have penal sentences.

Keywords: Penal Code, Criminal Law, Advantage, Afghanistan, Criminal Policy, Criminal Law, Criminalization.

¹ . Graduated in criminal law and criminology, Khatam al-Nabieen University, Kabul, Afghanistan

The verdict of perjury from the point of view of Afghan jurisprudence and criminal law

Abdullah Ahmadi¹

Abstract

In this article, the aim is to present a general definition of perjury and its various consequences in different fields. Bearing false witness is a negative and impermissible act both from the point of view of Sharia rulings and from the point of view of the Afghan criminal law. According to the instructions of the Islamic religion, lying and testifying falsely is a forbidden act and a criminal act. However, if false testimony is done by mistake, and the person testifying after realizing this criminal act and before proving that the testimony is false, if he gives up on his mistake or repents, his punishment will be canceled. . Also, in general, the proof of perjury can be proven in two ways. The results of this article, a summary of scientific and practical applications, healthy life communication and protection of each other's rights have been mentioned in different parts of this article. Also, the punishment of a person who commits false testimony will be the type of punishment.

Key words: punishment, testimony, lies, jurisprudence, law.



¹ . Graduated in criminal law and criminology, Khatam al-Nabieen University, Kabul, Afghanistan

Studying the conditions of retribution of members from the point of view of Jafari and Hanafi jurisprudence

Nader Yousefi¹

Abstract

In this research article, the conditions of members' retribution have been examined from the perspective of Jafari and Hanafi jurisprudence. Therefore, in taking revenge, the harm and damages that the victim has caused to the victim, the victim will cause the same harm and damages to the victim. Therefore, retribution has been the focus of all heavenly and non-heavenly religions in recent and distant times, the Holy Qur'an has addressed the rules of retribution in numerous verses and has considered the implementation of retribution as a serious and fundamental matter for the life of human society. Therefore, in Islam, retribution pursues the following goals; Maintaining social order, ensuring social justice and preventing individual revenge. The retribution of the members has two types of conditions: the first type is the general conditions of retribution in addition to the general conditions of the duties of the Imamiyah scholars and the Hanafi scholars in general unity of opinion; But there is a difference of opinion in some minor issues. Including the fact that the victim and the killer are equal in terms of religion, according to the Imami jurists, but according to the Hanafi jurists, religion is not an absolute condition between the killer and the victim, rather, the Muslim killer is not retaliated against the infidels. Another condition is that the murderer is not the victim's father; The Imamiyah scholars have limited the spread of the ruling to the father and the paternal grandfather; At the same time, Hanafi jurists have extended this ruling to mothers and maternal grandparents as well. Also, according to Imamiyah jurists, the free killer is retaliated against the free victim; But according to Hanafi jurists, the killer of a free Muslim is also retaliated against the murder of a Muslim slave. The second type of members' retribution conditions are specific conditions; In specific circumstances, there is also a difference of opinion and a consensus of opinion between Jafari and Hanafi jurists; The common point of view among the scholars of two religions is that in retribution, both limbs should be similar to each other, so the left eye cannot be plucked instead of the right eye, and there should be no excuse in the retribution of members, so it becomes Diya based on the excuse. ; But in a different direction; From the point of view of Hanafi jurists, they consider unity in gender and similarity as a condition. For this reason, there is no retribution between a man and a woman, but the dowry is fixed, and the woman's dowry is absolutely half of the man's dowry.

Keywords: conditions, retribution, jurisprudence, types of injury, similar concepts, goals of retribution and documentation of retribution.

The conditions of Retribution of man from the perspective of Hanafi and Jafari jurisprudence

Qasim Ahmadi¹

Abstract

One of the common and traditional ways of punishing intentional homicide is retribution or retribution, which is used in crimes against bodily integrity by observing special conditions and criteria. In Islamic jurisprudence, in order to fulfill the rights of the victim and the accused in the crime of intentional murder, there are conditions for the execution of the punishment of Retribution of man. It is wonderful that in all of these conditions, there is almost a consensus among the jurists of Islamic schools of thought, that among these conditions, the obligation of the killer, the equality of the free and the slave status of the killer and the victim, equality in religion, equality in gender, the absence of abbot relationship and The legality of the victim, the will and discretion of the killer, as well as other conditions have been stated by the jurists for the execution of the sentence of retribution; For example: requesting the guardian, obtaining permission from the guardian or the religious ruler, the killing should be done with supervision and the killing is done, if the guardian is known, it is possible to carry out retribution. That is, not facing religious and legal obstacles, it can be mentioned; However, in the details of these special terms and conditions, between the jurists of Islamic schools of thought, including the Hanafi and Jafari jurists, there is a relatively tangible difference, which is caused by the foundations and principles of jurisprudence, which all require attention, examination and explanation, which will be discussed in the third part of this research. In relation to the rulings and works of self-retribution, it is explained and investigated from the point of view of Hanafi and Jafari jurisprudence. This collection is placed during a topic such as; Retribution is one of the rights, the legitimacy of retribution has been proven with four reasons, the difference of retribution with Hudud and Diyat, the difference of retribution between men and women, maintaining similarities in the implementation of retribution, and in the last topic, the effects of retribution are discussed, such as: the social effect; Ensuring justice, preserving social security, preserving human life and the individual effect of the execution of retribution in society, such as: prevention of murder, piety, reform and education, and prevention of personal revenge or purification of the innocent against or parents, the most important effects and goals of the legislation of retribution The soul is the survival of human life and finally the general result has been discussed and investigated.

Keywords: retribution, soul, murder, Mahdoor Al-Dam, killer, victim, rights and circumstances.

¹ . Graduated in criminal law and criminology, Khatam al-Nabieen University, Kabul, Afghanistan

Crimes against artistic-literary property from the perspective of Afghanistan's legal system in cyber space

Ahmad Sayeq Hazem¹

Abstract

Intellectual property rights are one of the most fundamental rights of the creators of spiritual and intellectual works in the science of law, which must be protected by law. Especially the intellectual and spiritual works that in today's human life, with the advancement of technology, reach the hands of people all over the world as soon as possible by pressing a key, which is called cyber space. The intellectual property rights include all creators who have created new works with intellectual effusions and mental efforts so that the beauticians who are called human can use it. Therefore, these rights with all their value should be supported so that the human mind remains active and causes new creations to take place in human life, and this support includes all creators who create artistic and literary works. It should also be stated that people also use the cyberspace to violate the rights of the creators of intellectual property and use their works for material gain and harm, which has become the basis for the discouragement of the creators of these works and causes art and politeness Humanity, which has a very long tradition, remains stagnant and does not progress. The current article examines intellectual property rights in Afghanistan's legal system and researches them in order to open the way for the owners of this right in the capacity of its enforcement, because in today's contemporary world, intellectual property rights are considered one of the fundamental and valuable rights of the citizens of a country. . Because the citizens of a country, in the position of creating and applying intellectual emanations and awareness of this right, will be the foundation for creating an excellent environment for the next generations. Because these rights help individuals to have reasonable and logical communication with their respective governments in various intellectual fields with sufficient awareness that individuals here are individuals, both natural persons and juridical or legal persons.

Keywords: crimes, intellectual property, art, politeness, cyber space and legal system.

Crimes against industrial-commercial property from the perspective of Afghanistan's legal system in cyber space

Ahdiyah Hazem I

Abstract

Nature is an undiscovered phenomenon; But man, with his power and intellectual power throughout the history of his life, has been able to uncover its secrets more than yesterday, and with his power of thinking and imagination, he has not stepped beyond sensual matters, and by mixing his great taste and art, he has created beauties in to make visible and visible external works for everyone. With initiative and innovation, human beings have provided themselves with the power to dominate nature in such a way that they have brought the smallest and largest creatures into their field of knowledge. Man's achievement of this progress has been increasing during the last few centuries, and today, every information is added in the field of knowledge, techniques and art, which has turned even today's era into the era of "explosion of information or data". All this expansion and progress is undoubtedly owed to the efforts of those who have caused and built such a transformation with their material and spiritual investments, and what should not be overlooked is that they are the ones who achieved the intellectual achievements with such hard work. who easily attack and violate by using the normal or virtual intangible space and by using unauthorized ways. Although in the not-so-distant past, it was not so easy to carry out illegitimate actions against intellectual creations; But these days, the creation of intellectual creations is so expensive and difficult; But how easy it has become to commit wrongful acts against them, which in itself causes intellectual creators to stop creating spiritual creations, which in itself will be the cause of mankind's regression to the past. Keeping this in mind, an institution named "Intellectual Property System" has been established in all legal systems, the purpose of which is to support the creators of intellectual works and their works. So important; The current research, taking into account the legal system of Afghanistan in general and its penal system in particular, will deal with illegal acts committed against industrial-commercial property with regard to committing it in the cyber or virtual space and will explain the point of view of the country's legal system in this regard.

Keywords: crimes, industry, business, cyberspace, legal system, intellectual property.

¹ . Graduated in criminal law and criminology, Khatam al-Nabieen University, Kabul, Afghanistan



Methods of situational prevention of crime

Mohammad Elias Ahmadi¹

Abstract

Whatever is against the crime, reduces the commission of the crime, is prevention, and in the narrow definition, prevention includes only non-criminal measures, which situational prevention is related to the stage when the criminal makes a definite decision to commit, He has committed a crime, but he has implemented his decision; That is, initiative has taken the place of punishment. Measures are taken to deprive the criminal of the criminal opportunity and protect the target. Crime prevention methods rely on reducing the opportunities and situations of committing crimes, to reduce the opportunities of committing crimes, the difficulties of committing crimes should be increased, putting money and jewelry in bank safes and safes The coder deprives or at least reduces the opportunity for the criminal to commit. On the other hand, if the purpose of the crime is protected, in addition to making it difficult for the criminal to achieve his goal, it can prevent him from creating the motivation to commit the crime. Since situational prevention is limited in non-intentional crimes and immaterial motives and does not include crimes such as dignity, reputation, information, solitude and private life and dignity of a person, situational prevention is criticized. is placed

Keywords: crime prevention, situational prevention, active prevention and non-active follow-up.

Crimes against privacy in the cyberspace (in the laws of Afghanistan and Iran)

Farvah Afshar¹

Abstract

The development and advancement of technology and the use of cyberspace have threatened people's privacy, and people's dependence on the Internet and virtual space has made people's privacy vulnerable. Therefore, in order to protect people's privacy and prevent crimes in cyberspace, legal systems have criminalized criminal behavior that violates people's privacy. Crimes against privacy in the cyberspace are not only supported in the relevant laws, but there are teachings in the Islamic religion to protect privacy. The right to privacy in the Islamic system is supported by strong foundations such as the need to respect human dignity and prevent the normalization and spread of evils, and rules such as the rule of respecting people's property, the rule of control of purity and purity. Crimes against privacy in the cyberspace include unauthorized access, unauthorized eavesdropping, unauthorized disclosure of data, altering another's content, identity theft, insult and defamation. The mentioned behaviors violate people's privacy, and the violation of dignity in some cases causes financial loss to the victim of the crime. In this article, an attempt is made to investigate the cases of privacy violations in the cyberspace in the laws of Afghanistan and Iran in the light of international documents in a comparative and analytical way.

Keywords: privacy, cyber space, cyber-crimes.

¹ . Graduated in criminal law and criminology, Khatam al-Nabieen University, Kabul, Afghanistan



Human trafficking for the purpose of prostitution from the point of view of Afghan laws and international documents

Nasir Ahmad Ahmadi¹

Abstract

Human trafficking is one of the organized and sometimes transnational crimes, which has also been interpreted as contemporary slavery. Human trafficking is considered to be one of the contemporary forms of slavery because it traps the victims with kidnapping, threats and coercion, seducing them with deceptive promises about finding a suitable job and rich income, and then treating them like slaves and captives with the status They transfer misery to the destination countries. Apart from the inappropriate situation of their transfer to the destination countries, after entering that country, the neglected victims, especially women and girls, are forced to engage in prostitution for years in order to pay the debt that must be paid based on the contracts concluded with the human traffickers. This debt is usually tens of times the actual cost of transporting them from the country of origin to the country of destination. Considering this great social problem of the present age, this research has tried to find out the perspective of Afghan laws and international documents in relation to human trafficking for the purpose of prostitution through a descriptive-analytical method. The legislature of Afghanistan has approved laws to combat human trafficking in the light of international documents. The penal code of Afghanistan and the law against human trafficking and migrant smuggling have provided criminal responses to various types of human trafficking and the aggravating factors of human trafficking. In addition to criminal responses in Afghanistan's laws, international documents such as the Protocol for the Prevention, Suppression and Punishment of Trafficking in Human Beings, especially women and children, have provided preventive responses in relation to human trafficking for the purpose of prostitution, which include social prevention and prevention. It is a situation.

Keywords: human trafficking, prostitution, Afghan laws, international documents.

The role of Islamic rules in the situational prevention of crime

Abdul Karim Eskandari¹

Abstract

Criminal policy uses several tools to advance its goal. One of these tools is the use of conditional and mandatory sentences in order to neutralize the contexts, opportunities and situations that cause crime. Status rulings such as the conditions governing contracts and their regulation, guardianship or guardianship in order to protect victims, validity or invalidity of guardianship; Supporting the potential and helpless victims can prevent and make it difficult to commit crimes, especially crimes against property. In addition to statutory rules, mandatory rules, such as enjoining what is good and forbidding what is evil, maintaining the hijab, respecting the rights of neighbors and legitimate defense, supervise the purpose of the crime and are enacted to protect the victims. Changing the traumatic situation, not being alone with strangers, observing Islamic standards in socializing, controlling and destroying the instruments of crime, banning the keeping and reading of stray books, banning jobs that lead to corruption, are among the other manifestations of mandatory rulings that aim to eliminate Criminal grounds and opportunities are predicted in the criminal policy of Islam. Adhering to judicial etiquette, such as the impartiality of the judge, public proceedings, and not issuing verdicts when angry, hungry, sleepless, sad, restless, etc.; Among other rules, it is mandatory that will prevent the judge from slipping and making a mistake, and therefore, it plays a valuable role in preventing the situation and denying the opportunity to commit a crime.

Keywords: situational prevention, situational orders, mandatory orders, conditions and support.

¹ . PhD of Criminal Law and Criminology.

