



Max-Planck-Institut  
für ausländisches und  
internationales Strafrecht

انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق جزای خارجی و بین‌الدول

رئیس: پروفیسور دوکتور اولریش زیبر

با همکاری

انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین‌الدول ماکس پلانک

رؤساء: پروفیسور دوکتور آرمین فان بوگدانی. پروفیسور دوکتور رودیگر ولفروم



# رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق جزای عمومی افغانستان

تألیف:

محمد صدر توحیدخانه



انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق جزای خارجی و بین‌الدولی

رئیس: پروفیسور دوکتور اولریش زیبر

با همکاری

انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین‌الدول ماکس پلانک

رؤساء: پروفیسور دوکتور آرمین فان بوگدانی. پروفیسور دوکتور رودیگر ولفروم



# رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق جزای عمومی افغانستان

تألیف:

محمد صدر توحیدخانه

ویرایش یکم، بهار ۱۳۸۶

با حمایت مالی وزارت خارجهٔ جمهوری فدرالی آلمان

از تیر آه مظلوم ظالم امان نیابد  
پیش از نشانه خیزد از دل فغان کمان را

انسیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین‌الدول ماکس پلانک  
شهر هایدلبرگ، جمهوری فدرالی آلمان  
جولای سال ۲۰۰۷ میلادی

© حق طبع و تکثیر محفوظ و منوط به اجازه کتبی است.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



## محتویات

۱۵	بخش اول: مباحث تمهیدی
۱۷	فصل یکم: شناخت حقوق جزا
۲۳	فصل دوم: انکشاف حقوق جزا
۳۷	فصل سوم: تصنیف جرایم
۴۷	فصل چهارم: پرینسیپ قانونی بودن جرمها و جزاها و اصول منشعب از آن
۶۳	بخش دوم: نظریه عمومی جرم
۶۹	فصل یکم: عنصر مادی (شرایط عینی رفتار جرمی)
۱۱۳	ادامه فصل یکم: همکاری در ارتکاب عنصر مادی
۱۳۵	فصل دوم: عنصر روانی (شرایط ذهنی رفتار جرمی)
۱۵۵	فصل سوم: زوال ممنوعیت قانونی (عوامل موجهه)
۱۸۹	فصل چهارم: مسئولیت جزایی (تقصیر)





## فهرست مندرجات

۷.....	محتویات.....
۹.....	فهرست مندرجات.....
۱۵.....	<b>بخش اول: مباحث تمهیدی.....</b>
۱۷.....	<b>فصل یکم: شناخت حقوق جزا.....</b>
۱۸.....	گفتار یکم: مفهوم حقوق جزا.....
۲۰.....	گفتار دوم: حقوق جزا به مثابه یکی از رشته‌های «علوم جنایی».....
۲۳.....	<b>فصل دوم: انکشاف حقوق جزا.....</b>
۲۵.....	گفتار یکم: دوران قدیم (تا سال ۱۸۱۰ میلادی).....
۲۵.....	الف) دوره جنگهای خصوصی.....
۲۵.....	ب) دوره عدالت خصوصی.....
۲۶.....	پ) دوره عدالت عمومی.....
۲۹.....	گفتار دوم: دوران جدید (از سال ۱۸۱۰ میلادی تا کنون).....
۲۹.....	الف) دبستان فایده گرایی.....
۲۹.....	ب) دبستان استحقاق گرایی.....
۳۰.....	پ) دبستان اثبات گرایی.....
۳۱.....	ت) دبستان عمل گرایی.....
۳۲.....	ث) جنبش دفاع اجتماعی.....
۳۴.....	تکمله: تحولات اخیر.....
۳۷.....	<b>فصل سوم: تصنیف جرایم.....</b>
۳۷.....	الف) بر اساس فقه حنفی.....
۳۸.....	ب) بر اساس شدت جرم.....
۳۹.....	پ) بر اساس تعداد رفتار مادی.....
۴۱.....	ت) بر اساس طول زمان.....
۴۲.....	ث) بر اساس نتیجه.....
۴۳.....	ج) بر اساس اختیار مأموران در زمان ارتکاب جرم.....
۴۶.....	مباحثه.....
۴۷.....	<b>فصل چهارم: پرینسیپ قانونی بودن جرمها و جزاها و اصول منشعب از آن.....</b>
۴۸.....	گفتار یکم: پرینسیپ قانونی بودن جرمها و جزاها.....

٤٨	مواد مرتبط به پرینسیپ قانونی بودن جرایم و جزاها
٤٩	دیگر مواد راجع به بحث
٥١	تبصره
٥٤	گفتار دوم: تفسیر قوانین جزایی
٥٤	تبصره
٥٧	گفتار سوم: عدم رجعت قانون به ما قبل
٥٧	مواد مرتبط
٥٨	تبصره
٥٨	الف) عدم رجعت قوانین متنی به ما قبل
٦٠	ب) رجعت قوانین شکلی به ما قبل
٦٢	مباحثه
<b>٦٣</b>	<b>بخش دوم: نظریه عمومی جرم</b>
٦٥	طرح بحث: ساختار نظریه عمومی جرم
<b>٦٩</b>	<b>فصل یکم: عنصر مادی (شرایط عینی رفتار جرمی)</b>
٧١	گفتار یکم: عنصر مادی و اقسام آن (فعل یا ترک فعل)
٧١	مواد مرتبط به اقسام عنصر مادی
٧٥	تبصره
٧٦	الف) جرایم فعل (ارتکاب عمل مخالف قانون)
٧٦	ب) جرایم ترک فعل (امتناع از انجام عمل واجب)
٧٨	پ) جرایم فعل از طریق ترک فعل
٨١	گفتار دوم: رابطه سببیت
٨١	مواد مرتبط
٨٢	تبصره
٨٣	الف) تئوریهای احراز رابطه سببیت
٨٦	ب) موضع حقوق جزای افغانستان
٨٧	جرایم فعل
٨٩	جرایم ترک فعل
٩٠	گفتار سوم: به نتیجه نرسیدن عملیات اجرایی
٩٠	مواد مرتبط
٩٢	تبصره
٩٣	الف) شروع به جرم
٩٩	ب) جرایم ناکام (عقیم) و ناممکن (محال)

۱۰۲	تکمله: اتفاق در جرم
۱۰۲	مواد مرتبط
۱۰۴	تبصره
۱۰۴	الف) ماهیت و عنصر مادی اتفاق در جرم
۱۰۶	ب) اتفاق در جرم در حقوق افغانستان
۱۱۰	مباحثه
ادامه فصل یکم: همکاری در ارتکاب عنصر مادی	
۱۱۳	مقدمه
۱۱۴	گفتار یکم: مباشرت در جرم
۱۱۴	مواد مرتبط
۱۱۶	تبصره
۱۱۶	الف) مباشرت بلاواسطه
۱۱۷	ب) مباشرت مع الواسطه
۱۲۱	گفتار دوم: شرکت در جرم
۱۲۱	مواد مرتبط به «صورت‌های شرکت»
۱۲۲	مواد مرتبط به «مجازات شرکت»
۱۲۴	مواد مرتبط به «نتیجه جرمی غیر مقصود»
۱۲۵	تبصره
۱۲۶	الف) ماهیت شرکت در جرم
۱۲۷	ب) شرایط شرکت در جرم
۱۳۰	پ) صورت‌های شرکت در جرم
۱۳۱	ت) مجازات شرکت در جرم
۱۳۳	مباحثه
فصل دوم: عنصر روانی (شرایط ذهنی رفتار جرمی)	
۱۳۵	مقدمه
۱۳۸	گفتار یکم: عنصر روانی در جرایم عمدی (قصد جرمی)
۱۳۸	مواد مرتبط
۱۳۹	تبصره
۱۳۹	الف) تعریف جرم عمدی
۱۳۹	ب) صور جرم عمدی
۱۴۷	گفتار دوم: عنصر روانی در جرایم غیر عمدی (خطای جرمی)
۱۴۷	ماده مرتبط

۱۴۸	تبصره
۱۴۸	الف) ماهیت خطای جرمی
۱۴۹	ب) اقسام خطای جرمی
۱۵۲	تکمله: عنصر روانی در برخی از جرایم قباحه
۱۵۲	طرح بحث
۱۵۲	فرض قانونی تقصیر جزایی
۱۵۴	مباحثه
۱۵۵	فصل سوم: زوال ممنوعیت قانونی (عوامل موجهه)
۱۵۷	گفتار یکم: ایفای وظیفه
۱۵۷	مواد مرتبط
۱۵۹	تبصره
۱۵۹	الف) ایفای وظیفه به حکم قانون
۱۶۳	ب) ایفای وظیفه به امر آمر قانونی
۱۶۶	گفتار دوم: دفاع مشروع
۱۶۶	مواد مرتبط
۱۶۸	تبصره
۱۶۹	الف) شرایط خطر
۱۷۱	ب) شرایط دفاع
۱۷۲	پ) مسئولیت
۱۷۳	گفتار سوم: رضایت مجنی علیه
۱۷۳	مواد مرتبط
۱۷۴	تبصره
۱۷۵	الف) عملیات جراحی و سایر معالجات طبی
۱۷۶	ب) بازیهای سپورتی
۱۷۹	گفتار چهارم: بحث درباره اضطرار
۱۷۹	مواد مرتبط
۱۸۰	تبصره
۱۸۰	الف) مبنای اضطرار
۱۸۲	ب) شروط اضطرار
۱۸۴	پ) مسئولیت
۱۸۶	مباحثه
۱۸۹	فصل چهارم: مسئولیت جزایی (تقصیر)

۱۹۱	گفتار یکم: صغر سن
۱۹۱	مواد مرتبط
۱۹۳	تبصره
۱۹۳	الف) سابقه تاریخی مسئولیت جزایی اطفال
۱۹۴	ب) مسئولیت جزایی اطفال در قانون رسیدگی به تخلفات اطفال
۱۹۵	پ) مسئولیت مدنی
۱۹۶	گفتار دوم: جنون و مرض عقلی
۱۹۶	مواد مرتبط
۱۹۷	تبصره
۱۹۹	گفتار سوم: اجبار
۱۹۹	مواد مرتبط
۲۰۰	تبصره
۲۰۰	الف) اقسام اجبار
۲۰۱	ب) مسئولیت مدنی مجبور
۲۰۳	گفتار چهارم: استعمال مواد مسکر و مخدر
۲۰۳	مواد مرتبط
۲۰۴	تبصره
۲۰۴	الف) ارتکاب جرم تحت تأثیر استعمال ارادی مواد مسکر یا مخدر
۲۰۵	ب) ارتکاب جرم تحت تأثیر استعمال غیر ارادی مواد مسکر یا مخدر
۲۰۷	مباحثه



**بخش اول:**  
**مباحث تمهیدی**





## **فصل یکم: شناخت حقوق جزا**

در این فصل بر آنیم که به طور اختصار با «حقوق جزا» آشنا شویم. بنائاً در ابتدا مفهوم حقوق جزا و ویژگیهای اصلی آن را مورد بررسی قرار خواهیم داد. سپس محتوای این رشته را به اجمال معرفی کرده و جایگاه آن را به عنوان یکی از شاخه‌های «علوم جنایی حقوقی» باز خواهیم یافت.

## گفتار یکم: مفهوم حقوق جزا

برای شناخت مفهوم حقوق جزا باید در ابتدا بدانیم که حقوق جزا یکی از رشته‌های حقوق عمومی است. حقوق عمومی عمدتاً روابط میان دولت و فرد را تنظیم می‌کند و شامل رشته‌های متنوعی چون حقوق اساسی، حقوق بشر، حقوق اداری و حقوق جزا می‌باشد. وجه اشتراک تمامی این رشته‌ها دخالت عنصر «دولت» است. در حقوق عمومی قواعد و ساختار حکومت، حقوق اساسی مردم، کیفیت و نحوه تضمین حقوق فردی و جمعی و نسبت آنها با یکدیگر و شیوه اداره جامعه بررسی می‌شود. در مقابل حقوق عمومی حقوق خصوصی قرار دارد که عمدتاً متکفل تنظیم روابط میان خود افراد است: روابطی چون احوال شخصیه افراد و روابط تجاری و مالی میان آنها.

ارزشهایی که نقض آنها به مجروح شدن جامعه انجامیده و به طور طبیعی انزجار و تنفر خودجوش آحاد مردم را به دنبال دارد باید حفاظت شوند چون نقض این ارزشها موجودیت جامعه و نظم عمومی را مختل می‌کند. این وظیفه حفاظت را مردم به عهده دولت گذاشته اند. دولت در مقام اجرای این وجبیه خود، اولین کاری که می‌کند شناسایی نورمهای اساسی و اطمینان از جایگاه اساسی آن نورمها در میان جامعه است. برای اینکه بتواند در برابر نقض آن نورمها از طرف جامعه عکس‌العمل نشان دهد، در قالب قوانین جزایی، ابتدا صورتهای مختلف نقض نورمها را تعریف می‌کند. هر یک از صورتهای مختلف نقض نورمهای اساسی جامعه «جرم» نام دارد: وصفی که در این معنا در سایر شاخه‌های حقوق موجود نیست. دولت پس از تعریف جرایم عکس‌العمل رسمی خود را در برابر آنها تعیین می‌کند. این عکس‌العمل «جزا» (و در مواردی تدابیر امنیتی) نامیده می‌شود: سلاحی بسیار قوی و در عین حال خطرناک که منحصراً در این رشته از حقوق وجود دارد.

به این ترتیب است که اگر فردی متهم به ارتکاب «جرمی» شود، دولت وی را محاکمه می‌کند و چنانچه «مجرم» تشخیص داده شد به «جزا» می‌رساند. این فرایند منحصراً در حقوق جزا اتفاق می‌افتد.

در اینکه کدام بخش از این فرایند هسته مرکزی است اختلاف نظر وجود دارد. تعداد اندکی از حقوق‌دانان ویژگی اصلی این رشته را «جرم» می‌دانند و بر آن تأکید دارند. از نگاه این عده عنوان این رشته باید حقوق «جرمی» باشد. در مقابل، عده دیگری نیز هستند که خصوصیت

متمایز این رشته را در «جزا» می‌دانند. این عده رشته مورد نظر را حقوق جزا نامیده‌اند.<sup>۱</sup> از این اختلاف در تسمیه که بگذریم - و چه این رشته را حقوق جرمی بنامیم و چه حقوق جزایی - محتوای این رشته یکسان بوده و حاوی شاخه‌های کوچک‌تری است که در گفتار بعدی به اختصار با آنها آشنا می‌شویم.

---

<sup>۱</sup> نام‌گذاری رایج این رشته در زبانهای مختلف جالب توجه است. برای مثال، در زبان دری (حقوق جزا)، در زبان آلمانی (Strafrecht)، در زبان فارسی (حقوق کیفری)، و در زبان فرانسه (driot pénal) تأکید اصلی بر جنیه «مجازات» در این رشته است. اما در زبان انگلیسی (criminal law) و زبان عربی (الحقوق الجنائیه) «جرم» وجه مشخصه این رشته انگاشته شده است.

## گفتار دوم: حقوق جزا به مثابه یکی از رشته‌های «علوم جنایی»

حقوق جزا یا حقوق جرمی خود به دو بخش اصلی تقسیم می‌شود: حقوق جزای ماهوی (متنی) و حقوق جزای شکلی. حقوق جزای ماهوی قواعد و مقررات نظری و تئوریک جرم و مجازات را مشخص می‌کند. این قواعد خود بر دو دسته‌اند: برخی ناظر به تمامی جرایم و جزاها می‌باشند، به نحوی که در آنها «جرم» به طور کلی، یا «مجازات» به طور کلی مورد بحث قرار می‌گیرد. بررسی این قواعد موضوع حقوق جزای عمومی است. کلمه «عمومی» در انتهای عنوان این رشته این مفهوم را مستفاد می‌کند که قواعدی که در این رشته راجع به جرم، مجرم و مجازات ارائه می‌گردند فارغ از نوع جرم ارتكابی در نظر گرفته می‌شوند. بناً، آنگاه که مثلاً در حقوق جزای عمومی سخن از ضرورت رابطه سببیت میان عمل و نتیجه جرمی می‌شود، این قاعده ناظر به عموم جرایم است یا آنگاه که بحث از شرایط مسئولیت جزایی می‌شود تمامی مجرمین را در بر می‌گیرد.

دسته دیگر قواعد و مقررات نظری جرم و مجازات حالت عمومیت فوق را ندارند و شامل همه جرایم نمی‌گردند و تنها شرایط مادی و روانی تحقق جرایم خاصی را مورد بررسی قرار می‌دهند. مثلاً به شرایط تحقق عنصر مادی جرم قتل یا فریب کاری یا اختطاف پرداخته، یا کیفیت عنصر روانی را در هر یک از جرایم فوق تبیین می‌کنند. این قواعد موضوع حقوق جزای اختصاصی می‌باشند.<sup>۲</sup>

دومین بخش از حقوق جزا حقوق جزای شکلی یا حقوق اجراآت جزایی است. این بخش از قواعد جنبه ماهوی ندارند، بلکه ناظر بر تطبیق و کاربرد عملی اصول منعکس در حقوق جزای ماهوی می‌باشند. این اصول ناظر بر صلاحیت محاکم، انواع محاکم، سطوح مختلف محاکمه و تجدید نظر خواهی، شرایط قاضی، جلسه محاکمه، ادله مثبت دعوا، و فیصله و به طور کلی مقررات ناظر به سازمان‌دهی رسیدگی به جرم می‌باشند.

حقوق جزای ماهوی و شکلی خود شاخه اصلی «علوم جنایی حقوقی» می‌باشند (شاخه تکمیلی علوم جنایی حقوقی شامل حقوق جزای خاص، حقوق جزای بین‌المللی، حقوق

---

<sup>۲</sup> حقوق جزای اختصاصی را نباید با حقوق جزای خاص یکی دانست. حقوق جزاهای خاص به جرایمی می‌پردازند که به جهات مرتکب یا خصوصیت‌های تخنیکی یا مصالح دیگر ضروری است که جداگانه آموخته شوند. «حقوق جزایی اطفال»، «حقوق جرایم کامپیوتری (سایبر)»، «حقوق جزای عسکری»، و «حقوق جزای مواد مخدر» را می‌توان از حقوق جزاهای خاص دانست.

جزای منطقه‌ای، تاریخ حقوق جزا و حقوق جزای مقایسوی می‌شود).

شاخهٔ دیگر علوم جنایی «علوم جنایی تجربی» است. این شاخه علمی را در بر می‌گیرد که محتوای حقوق و نورماتیو نداشته و تجربی هستند: علوم جرم‌یابی (پلیس علمی، طب قانونی، ...)، علوم جرم‌شناسی نظری (زیست‌شناسی جنایی، جامعه‌شناسی جنایی و روان‌شناسی جنایی)، علوم جرم‌شناسی کاربردی (جرم‌شناسی بالینی، جرم‌شناسی جلوگیری، جرم‌شناسی انتقادی) و مجنی‌علیه (بزه‌دیده) شناسی از شاخه‌های تجربی و غیر حقوقی علوم جنایی به شمار می‌روند.

علوم جنایی علاوه بر علوم جنایی حقوقی و تجربی شامل رشته‌های فلسفهٔ جزا و سیاست جنایی نیز می‌شود.

هر یک از علوم مندرج در علوم جنایی خود نیز تقسیماتی دارند که این رهنمود در پی تشریح آنها نیست. موضوع این رهنمود فقط بررسی یکی از شاخه‌های حقوقی علوم جنایی (حقوق جزای عمومی) است که باز نیز به دلیل محدودیت زمانی سمینار تمامی موضوعات آن را در بر نخواهد گرفت. در ادامه، پس از آشنایی مختصر با انکشاف حقوق جزا در بستر تاریخ به مباحث کلی راجع به اقسام جرم و اصلی بنیادی قانونی بودن جرایم و جزاها خواهیم پرداخت.



## فصل دوم: انکشاف حقوق جزا

حقوق جزا در بستر تاریخ دستخوش انکشافات بسیاری بوده است. بر اساس مدارک تاریخی از زمانهای بسیار دور که انسانها زندگی جمعی را آغاز کرده‌اند با توسل به مکانیزمهایی که خود به مقتضای فهم و درکشان از عدالت بنا نهاده بودند، نهاد و بنیاد جزا را در حمایت از ارزشها و نورمهای خاص دوران خودشان منکشف و متکامل کردند. سیر صعودی این انکشاف ریشه در سیر صعودی درک بشر از عدالت و مطرح شدن نورمهای متعالی‌تر برای جامعه دارد. قافله حقوق جزا در هر منزلگاه تاریخی گرد کهنگی و جمود را از لباس خود تکانده و سوغاتی از آن منزلگاه را توشه ادامه سفر خود کرده است. فلاسفه و دانشمندان سیاست و اخلاق مخصوصاً در مقاطع کلاسیک و معاصر انکشاف حقوق جزا در رول معماران منزلگاههای تاریخی فوق خدمات بسیاری به حقوق جزا کرده‌اند. ایده آنان از عدالت و آرمان آنها از جامعه و نورمهایش همواره چراغ راه قافله‌سالاران این قافله بوده است. حقوق جزای امروز مجموعه‌ای از نهادهایی است که هر یک را به رسم سوغات و یادگار از هر یک از منزلگاههای انکشاف به دست آورده است. بنائاً فهم تاریخ حقوق جزا در فهم نهادهای جزایی بسیار مؤثر است.

انکشاف حقوق جزا در تمام جوامع یکسان صورت نگرفته است. هر جامعه‌ای بسته به شرایط خود یک مقطع را سریع‌تر و مقطع دیگر را کندتر پیموده است؛ کما اینکه ترتیب مقاطع نیز در تمام جوامع بر هم منطبق نیست. اما در خط سیر کلی انکشاف حقوق جزا در جوامع مختلف شبیه است. بنائاً و همچنین به مقصد یادگیری بهتر، خط سیر کلی انکشاف حقوق جزا

را در دو دوره اصلی و با رعایت اختصار کامل مرور می کنیم.



## گفتار یکم: دوران قدیم (تا سال ۱۸۱۰ میلادی)

آغاز این دوران آغاز زندگی اجتماعی بشر در باستان است. مفهوم حقوق جزا در سرتاسر این دوران در حال انکشاف بوده است تا اینکه با تصویب کد ناپلئون در سال ۱۸۱۰ مفهوم حقوق جزا کاملاً به آن چیزی که ما امروز از آن می‌فهمیم نزدیک می‌شود.

### الف) دوره جنگهای خصوصی

در این دوران جامعه از خانواده‌های پدر سالار تشکیل می‌شد. حق مجازات متعلق به رئیس خانواده بود و وی در اعمال این حق خود هیچ محدودیتی نداشت. خانواده‌های گسترده از طریق نیا یا دین مشترک به هم همبستگی پیدا می‌کردند و هویت واحدی به نام قبیله تشکیل می‌داند. جرم یا گناه علیه خدایان قبیله دلیل بیماریها یا بلایایی دانسته می‌شد که اعضای قبیله دچار آن می‌شدند. در این موارد به پیش‌گویی متوسل می‌شدند نه برای یافتن مجرم بلکه برای یافتن تحریمات خاصی که مورد تجاوز قرار گرفته‌اند و پس از یافتن آن جمعاً به استغاثه و ندبه می‌پرداختند. گناه یک شخص دامنگیر تمام قبیله بود. به هنگام حمله یا تعدی دشمن مسئولیت مشترک وجود داشت و همگی از هویت واحد اقتصادی، مذهبی و خونی خود به دفاع می‌پرداختند. اگر فردی از قبیله دیگر مرتکب قتل یکی از اعضای قبیله را می‌کشت عمل او تعدی به کل قبیله به حساب می‌آمد. قبیله پاسخ تعدی را به بدترین شکل می‌داد و حتی انتقام دامن خویشاوندان مجرم را نیز می‌گرفت. هنوز اصل فردی بودن مسئولیت به وجود نیامده بود. و انتقامجویی نیز محدود به جرم نبود و بعضاً به جنگهای طولانی بین دو قبیله می‌انجامید و به قبایل هم‌پیمان با آنها نیز سرایت می‌کرد. بدین ترتیب، جرم از طریق ارباب و وحشت ناشی از عواقب آن کنترل می‌شد به شکلی که خطراتی که برای فرد و حتی قبیله‌اش داشت سبب می‌شد که کمتر کسی به تجاوز به قبیله دیگر فکر بکند. البته تا وقتی که قبیله دیگر قدرت داشت. بدین سان، همین انتقام خصوصی تا حدی خاصیت بازدارندگی داشت.

### ب) دوره عدالت خصوصی

جنگها هزینه سنگینی داشت. سبب می‌شد نیروهای اصلی قبایل تباه و کشته شوند و حتی حیات جمعی گروه نیز در معرض تباهی و حذف قرار گیرد. بناً عقل جمعی برای جلوگیری از خونریزیهای عبث مفهوم «خونبها» را ابداع کرد. و به جای جنگهای میان قبایل، خصومت با پرداخت آنچه دو طرف بر آن توافق می‌کردند به اولیای مقتول پایان می‌یافت. با پیدایش شهرها همبستگی میان گروهی و خانوادگی کاسته شد و هویتی بالاتر از قبیله به وجود آمد.

رفته رفته خدایان واحد به وجود آمدند که چندین گروه یا کلان در یک یا چند شهر به آن اعتقاد داشتند. این عامل نیز در کاهش همبستگی میان گروهی بسیار مؤثر بود چرا که قبلاً آیین و نیای مشترک بعضاً افسانه‌ای هر گروه آن را از گروه‌های دیگر متمایز می‌کرد ولی هم‌اکنون ادیانی به وجود آمده بودند که هر روز به گسترششان افزوده می‌شد.

در اثر عوامل فوق و با قدرت گرفتن دولتها رفته رفته مسئولیت جمعی نیز از بین رفت و هر فردی به تنهایی مسئول اعمال خود گشت. خانواده به جای استظهار مجنی علیه در جنگ با وی به نزد یک داور می‌رفتند و با همسوگندی (قسامه) از او حمایت می‌کردند. در موارد محکومیت نیز ترجیح می‌دادند مجرم را تحویل خانواده مجنی علیه دهند تا غائله پایان یابد. خانواده مجنی علیه نیز لزوماً وی را نمی‌کشتند چرا که رول اقتصادی او به عنوان برده بیشتر مفید بود.

با تشکیل دولتهای قوی تر نظارت آنان بر اجرای عدالت نیز تقویت شد و آنان پاسدار نوعی تناسب میان جرم و مجازات شدند. ادیان آسمانی به این جریان سرعت بیشتری دادند و مفهوم «قصاص» را انکشاف دادند تا انتقام تعدیل شود و با مشروط کردن آن به رعایت همانندی در اندام و تعداد و کیفیت ضربه و تساوی در طبقه اجتماعی مجرم و مجنی علیه و ... تناسب میان جرم و مجازات و به تبع تطبیق برداشتی از «عدالت» به نحو بهتری رعایت گردد. اصرار دولتهای مرکزی بر اینکه قصاص عیناً مشابه صدمه وارده باشد اجرای آن را در موارد زیادی غیر ممکن می‌ساخت و مجنی علیه یا خانواده او به ناچار به دریافت غرامت رضایت می‌دادند؛ غرامتی که در دوره‌های بعد همین حکومتها مقدار آن را بسته به صدمه‌های مختلف ثابت کردند و قدری از آن را برای هزینه‌های خود کنار گذاشتند تا قرن‌ها بعد نام «جریمه نقدی» به خود بگیرد.

اما همچنان جرم ماهیت خصوصی داشت و ابتکار طرح دعوا با مجنی علیه بود. دولت هم فقط ناظر بر تطبیق قصاص یا خون بها بود. جرایم نیز به جرایمی محدود می‌شد که ناظر به روابط اشخاص با یکدیگر بود و جرم علیه نظم عمومی یا دولت معنا نداشت. خون بهای توافقی، قسامه، اصل شخصی شدن مسئولیت، اصل قصاص، دیه‌های ثابت و جریمه نقدی تأسیسات حقوقی‌ای هستند که در این دوره متولد شدند و تا به امروز تکامل، انکشاف یا تبدل یافتند.

### پ) دوره عدالت عمومی

با استقرار دولتهای مقتدر اولین نظامهای عدلی شکل گرفت. قضات نقشی فعال تر در پروسه

قضایی یافتند و مقدار خون بها که قبلاً با توافق طرفین تعیین می شد تثبیت یافت. مفهوم نظم عمومی به وجود آمد و جرایم خصوصی حیثیتی عمومی یافتند که بدون شکایت متضرر خصوصی نیز قابلیت تعقیب یافتند. همچنین با برقراری روابط میان ملتها رفته رفته جرایمی به وجود آمدند که هویت واحد اجتماعی و نفع جمعی را در معرض خطر قرار می دانند - مانند خیانت به وطن و جاسوسی - که فقط متوجه منافع یک شخص خاص نبودند. این مسائل سبب شد که شکل گیری مفهوم «مدعی العموم»، نهادی که انتقام جامعه را از مجرم بگیرد، بیش از پیش ضرورت یابد.

در اروپا توسعه نفوذ کلیسا و سپس اجرای قواعد آن توسط حکومت های سلطنتی سبب شد اعمال خاصی به نحو یکسان در سرتاسر قلمرو آن حکومت ممنوع اعلام گردد. دولتهای مرکزی قدرتمند نظامهای ملوک الطوائفی و فئودالی را تضعیف کردند و امپراطوریهای بزرگ شکل گرفتند که برای حفظ قلمرو خود و برقراری امنیت در آن به تصویب مقررات یکنواختی پرداختند. مجازات در آغاز این دوره «انتقام جامعه» از مجرم بود و با تمامی شدت ممکن به اجرا در می آمد. برای کشف جرم متهمان شکنجه و تحقیر می شدند و مجازاتهایی چون شقه کردن، داغ گذاشتن، گیوتین، به چرخ یا اسب بستن و حبسهای انفرادی طولانی مدت در زندانهای تاریک و کثیف امری شایع بود. قضات اختیار وسیعی در تفسیر قوانین داشتند و مجازات مجرم را بر اساس میزان منفور بودن عمل وی تعیین می کردند. نجیب زادگان و اشراف همانند رعایا محاکمه و مجازات نمی شدند و امتیازات خاص خود داشتند....

تمامی این افراطها زمینه ساز نهضت اصلاحات جزایی می شود. اشخاصی مثل مونتسکیو و ولتر افکار جدیدی همانند «حقوق و آزادیهای فردی» مطرح می کنند و وضعیت ظلم و ستم موجود را به باد انتقاد می گیرند تا زمینه برای یک «انقلاب جزایی» به رهبری چزاره بکاریا ایتالیایی، فیلسوف فایده گرا و معتقد به مفکوره قرارداد اجتماعی، فراهم گردد.

او در سال ۱۷۶۴ کتاب «جرایم و مجازاتها» را منتشر کرد و در چنین جو ظلم و بی عدالتی او گفت که هم جرم و هم مجازات باید بر اساس قانون باشد؛ مجازاتها باید تابع اصول شخصی بودن و مساوی بودن باشند؛ هدف از مجازات انتقام نیست بلکه جلوگیری از ارتکاب جرم است؛ و بناً قطعیت و سرعت مجازاتها اهمیت بیشتری از شدت آنها دارد؛ قوانین باید قبل از اجرا منتشر شوند و همگان از آن اطلاع یابند؛ متهم باید حقوقی داشته باشد و شکنجه و اعدام باید حذف شوند؛ وضعیت محابس و توقیف خانه ها باید اصلاح شود و مجرمین بر اساس سن،

جنسیت و جرم ارتكابی طبقه‌بندی شوند.

کتاب وی به بیش از ۲۰ زبان ترجمه شد و افکار وی حمایت حکام و متفکران بسیاری را جلب کرد. به گونه‌ای که افکار روشنفکرانه او سبب شد که حدود سالهای ۱۸۰۰ میلادی قاره اروپا را موج جدید اصلاح‌طلبی فرا بگیرد. انقلابیون در فرانسه قانون جزای ۱۷۹۱ معروف به «قانون جزای انقلابی» را تحت تأثیر افکار بکاریا نوشتند تا اصل قانونی بودن جرم و مجازات را تحقق بخشند. این قانون مجازاتهای خشن بسیاری را حذف و یا محدود کرد و از شدت مجازاتها بسیار کاهید. مجازاتهای ثابت را بکاریا با این ایده وضع کرد که تمام کسانی که مرتکب جرم واحدی می‌شوند، به دلیل فرض آزادی اراده، مستحق یک مجازات‌اند. و برخورد مساوی با همه مجرمین باعث حذف حق عفو پادشاه گردید.

به رغم محاسبات بکاریا وضع مجازاتهای خفیف اما قطعی و سریع نتوانست آمار جرم را کاهش دهد بلکه بر عکس منجر به افزایش جرم و شکست این قانون شد. در این شرایط در دوره امپراطوری ناپلئون و در مخالفت با «قانون جزای انقلابی» دو مجموعه قانون جدید نوشته شد که تا کنون با اصلاحاتی به حیات خود ادامه می‌دهند: قانون اجراءات جزایی ۱۸۰۸ و قانون جزای ۱۸۱۰ که به دو گد ناپلئون معروف‌اند. قوانین جزایی بسیاری از کشورها، از جمله افغانستان، تحت تأثیر این دو کد ناپلئون نوشته شده‌اند. قانون جزای ۱۸۱۰، کد ناپلئون، اصول قانونی بودن جرم و مجازات و تساوی مجازات را به رسمیت شناخت اما با برقراری حداقل و حداکثر برای مجازاتها و برقراری عوامل مخففه و مشدده دست قضا را برای در نظر گرفتن شرایط خاص هر قضیه بازتر گذاشت و مجازاتها را این بار تحت تأثیر افکار «بتام»، که معتقد بود انسان موجودی محاسبه‌گر است و در صورتی سراغ ارتكاب جرم نخواهد رفت که رنج حاصل از مجازات از منفعت ناشی از جرم بیشتر باشد، شدت بیشتری بخشید.

## گفتار دوم: دوران جدید (از سال ۱۸۱۰ میلادی تا کنون)

با شکل‌گیری مفهوم معاصر حقوق جزا با تصویب کد ناپلئون، انکشاف حقوق جزا منقطع نمی‌شود بلکه در مسیری دیگر ادامه می‌یابد. حالا نوبت به انکشاف مفهوم حقوق جزای مدرن تحت تأثیر اندیشه‌ها و افکار فلسفی، تجربی و علمی معاصر و شرایط اجتماعی می‌رسد. خصوصیت دوران جدید ظهور و افول و پویایی و پایایی دبستانهای مختلف جزایی است که هر یک از آنها تحت تأثیر افکار و اندیشه‌های فلاسفه و روشنفکران بزرگی بوده‌اند که علوم فلسفه، اقتصاد، سیاست، اخلاق، جامعه‌شناسی و روان‌شناسی معاصر را انکشاف اساسی داده‌اند. این دبستانها یکی پس از دیگری و یا به موازات هم نظام عدالت جزایی را، از طریق گنجاندن برخی از مفکوراتشان در اصلاحات بعدی قوانین جزایی، با شرایط فکری و اجتماعی روز هماهنگ کرده‌اند. هر یک از این دبستانها در مورد توجیه مجازات، عامل یا عوامل به وجود آورنده جرم، و به تبع مقصد مجازات و طرز تلقی خود از انسان اختلاف نظر دارند.

### الف) دبستان فایده‌گرایی

بنام، فیلسوف انگلیسی و نظریه پرداز اخلاق فایده‌گرایی، اعتقاد داشت که انسان موجودی محاسبه‌گر است و دست به کاری نمی‌زند که فایده‌ای نداشته باشد. مجازات نیز بنا به فایده آن تطبیق می‌شود (جلوگیری از جرم، اصلاح مجرم و...). بناً اگر مجازات مجرمی فایده نداشته باشد او را مجازات نمی‌کنیم (مثلاً وقتی که سالیان زیادی از تاریخ جرم گذشته و همه آن را فراموش کرده‌اند) و اگر مجازات بیگناهی فایده داشته باشد (مثلاً خوابانیدن یک بلوایی که نظم عمومی را تهدید می‌کند) او را مجازات خواهیم کرد. او عقیده کرده بود که مجازات به خودی خود ارزش خاصی ندارد و زمانی همانند سایر خدمات عمومی واجد ارزش می‌شود که تلقی از آن انتقام از گناهکار نباشد بلکه از باب ضرورت به مقصد رستگاری عموم مردم بر گناهکار تطبیق گردد. فایده جزا تحمیل رنج را بر هم‌نوع مشروع می‌سازد چرا که از این طریق بیشترین خوشبختی برای بیشترین افراد تأمین می‌شود.

### ب) دبستان استحقاق‌گرایی

دبستان استحقاق‌گرایی یا عدالت مطلق که ایمانوئل کانت، فیلسوف آلمانی، از مهم‌ترین نظریه پردازان آن است به شدت با فایده‌گرایی مخالف است. به نظر کانت انسان موجود دارای کرامت است و باید با وی به عنوان «یک انسان» و نه «یک ابزار» برخورد شود.

مجازات کسی صرف برای اینکه دوباره مرتکب آن عمل نشود - کاری که در مورد یک سگ می‌کنیم - در شأن «یک انسان» نیست. این نتایج و فواید احتمالی جزا در «آینده» نیست که آن را توجیه می‌کند، بلکه استحقاق مجرم به مجازات به جهت ارتکاب جرمی است که وی در «گذشته» انجام داده است. بنائاً حتی اگر فرضاً هیچ فایده‌ای در آینده از مجازات برنیاید، عمل گذشته مجرم او را پیش‌تر مستحق جزا کرده است و باید وی را مجازات کرد. مجازات یک واجب اخلاقی و امر مطلق (categorical imperative) است. بنائاً اگر مثلاً مردمان یک جزیره با هم اتفاق کنند که جزیره را ترک کرده و در دیگر نقاط دنیا پراکنده شوند و جامعه مدنی‌شان را به این شکل منحل کنند، اگر پیش از سوار شدن بر سفینه قاتلی در زندان باقی مانده باشد، نخست باید وی را اعدام کنند گرچه آینده‌ای برای آن جامعه متصور نیست. چرا که عدالت چنین اقتضا می‌کند.

بر عکس فایده‌گرایان که جزایی را مشروع می‌دانند که بیشترین فایده را داشته باشد، استحقاقیون و سزاکرایان جزایی را واجد مشروعیت می‌دانند که بیشترین تناسب با جرم ارتکاب یافته داشته باشد.

### پ) دبستان اثبات‌گرایی

موج علم‌گرایی و تجربه‌گرایی سبب شد که این بار پزشکان، روان‌پزشکان، جامعه‌شناسان و جرم‌شناسان مفکوره‌های جدیدی را در حقوق جزا مطرح کنند. این دبستان به رغم دبستانهای کلاسیک (فایده‌گرایی و استحقاق‌گرایی) انسان را موجودی مختار و واجد مسئولیت اخلاقی نشناخته و اعمال او را مقهور علل درونی یا بیرونی می‌دانست که باید برای حفظ امنیت عمومی و تضمین حقوق اجتماعی افراد تحت تدابیر لازم دفاعی جامعه قرار گیرد؛ جرم نتیجه انتخاب یا محاسبه مجرم نیست بلکه واکنشی است ناشی از عوامل وراثتی، زیستی، اجتماعی یا اقلیمی. مجرم نیز یک بیمار است. بنائاً مباحث اخلاقی و فلسفی و انتزاعی دبستانهای گذشته درباره ماهیت جرم اشتباه است و باید نگاه را از جرم متوجه مجرم نمود و او را مرکز بررسی قرار داد.

چهاره لمبروزو بنیان‌گذار این دبستان بر اساس مطالعات تجربی خود در میان مجرمان آنها را به مجرمان «مادرزاد»، «دیوانه»، «اعتیادی»، «اتفاقی» و «هیجانی» تقسیم کرده و برای طبقات یکم و دوم سیاست طرد و خنثی‌سازی مطلق و برای طبقات دیگر سیاستهای درمانی با شدت و حدت مختلف و بعضاً خنثی‌ساز در صورت عدم توفیق پیشنهاد کرد.

او در پی این بود که از روی خصوصیات ظاهری (قد، شکل جمجمه و استخوانهای صورت و...) مجرمان را شناسایی و از این طریق «حالت خطرناک» آنان را پیش تر خنثی کند. آنریکو فری نیز بر عوامل محیطی که فرد را به ارتکاب جرم سوق می دهد تأکید داشت. تا جایی که مجازات به هدف درمان تحمیل می شد می بایست آن قدر ادامه پیدا می کرد که مجرم درمان می شد. به عبارت دیگر، مجازاتهای ثابت در این مفکوره اشتباهند. اگر مجرم از دسته هایی بود که قابل درمان نیستند باید طرد و از جامعه اخراج می شد. این همه به عنوان محافظت از جامعه یا «دفاع اجتماعی» صورت می گرفت و نه استحقاق مجرم. از آن جا که یکی از اهداف حقوق جزا مبارزه با «حالت خطرناک» مجرمان بالقوه بود تدابیر وقایوی و امنیتی در مورد آنها تجویز می گردید بدون آنکه هنوز مرتکب جرم شده باشند. مفهوم «مسئولیت اجتماعی» (مسئولیتی که بر مجرم برای حفظ اجتماع بار می شود تا اقداماتی که برای حفظ اجتماع از خطر این بیماران انجام می شود توجیه گردد) جایگزین مفکوره «مسئولیت اخلاقی و جزایی» شد.

گرچه بسیاری از عقاید این دبستان بعدها مورد انتقاد و تعدیل قرار گرفت، اما بی انصافی است اگر اذعان نکنیم که همین دبستان بود که برای اولین بار نگاه تجربی و علمی به مجرم را مطرح کرد و پایه گذار اولیه دانشهای «کریمینولوژی» یا جرم شناسی و بعد از آن «پینولوژی» یا جزاشناسی شد. از سوی دیگر نهادهایی همچون تدابیر امنیتی، تعلیق تنفیذ و آزادی مشروط از تأثیرات این دبستان بر حقوق جزایند که در بستر زمان و در پرتو مفکوره های دبستانهای بعدی انکشاف یافتند.

### ت) دبستان عمل گرایی

دبستان اصالت عمل یا عمل گرایی در افکار فیلسوف آمریکایی، ویلیام جیمز، ریشه دارد. وی معتقد بود که عقیده ای درست است که مفید باشد و نظریه ای حقیقی است که برای مقاصد و اغراض ما سودمند باشد. عده ای از اثبات گرایان معتقد شدند که باید اصول و مبانی فلسفی اثبات گرایی را کنار گذاشت و به جای آن با استفاده از روشهای علمی و از طریق آزمایش، بهترین سیاست جزایی هر جامعه را کشف کرد. بناً می بینیم که این دبستان یک دبستان التقاطی است از دبستان اثبات گرایی و فایده گرایی. چرا که مقصدش تأمین فایده با میتود اثباتیگری است. نمایندگان این جریان پرینس بلژیکی، وان هامل هلندی، و فون لیست آلمانی اند. آنان در سال ۱۸۸۹ اتحادیه بین المللی حقوق جزا را با هدف کنار گذاشتن بحث جبر یا آزادی اراده و پرداختن به تدابیر مناسبی برای دفاع از جامعه در برابر حالت خطرناک تأسیس

کردند.

آدولف پرینس در مورد دفاع اجتماعی می گوید:

دفاع اجتماعی هر آنچه در نظریات گذشته معتبر است نفی نمی کند که هر کدام از آنها ممکن است تا اندازه‌ای از منافع اجتماعی حمایت کنند، به شرط آنکه به جای عمومیت دادن و به کار بستن در تمام موارد، آنها را اختصاصی کنیم و در موارد خاص به کار ببندیم.

به این ترتیب، نظریه دفاع اجتماعی گروه‌های متعدد مجرمان را از یکدیگر متمایز می کند. این نظریه ترس از جزا و شدت آن را وقتی ضروری است می پذیرد. این نظریه اصلاح و اغماض را در صورت امکان می پذیرد. این نظریه جبران زیان مجنی علیه را تا جایی که تشکیلات اقتصادی ما اجازه می دهد می پذیرد...<sup>۳</sup>

تکثرگرایی (پلورالیسم) پرینس در نظریه پردازی عبارت «دفاع اجتماعی»، که علاوه بر استفاده فراوان از آن در ادبیات اثبات‌گرایان هنوز نظریه پردازی نشده بود، سرآغاز جریان بزرگی شده است با نام «جنبش دفاع اجتماعی» که به اعتقاد بنیانگذارانش دیگر صرف یک دبستان نیست، بلکه نهضت یا جنبشی است که چندین دبستان را در بر می گیرد.

### ث) جنبش دفاع اجتماعی

#### ۱. گرایش گراماتیکا

در فاصله میان دو جنگ جهانی و پس از آن جریانی آغاز گردید که متقاضی جایگزینی نظام جزایی با میتوذهای اصلاح و درمان مجرمان و جلوگیری از جرم بود. فیلیپو گراماتیکا، وکیل ایتالیایی، این مفکوره را طرح و گسترش داد. او معنای جدیدی از «دفاع اجتماعی» ارائه داد. قبلاً دفاع اجتماعی از دیدگاه اثبات‌گرایان و عمل‌گرایان دفاع از جامعه در برابر خطر مجرمان تلقی می شد ولی از نظر گراماتیکا جامعه از فرد جدا نیست و «دفاع اجتماعی» تنها می تواند با اجتماعی کردن دوباره مجرم جامعه را بهبود بخشد و از آن حراست کند. اصلاح و اجتماعی کردن مجرمان «تکلیف» دولت است در برابر مجرمان و باید از طریق اقداماتی که خالی از رنج و مشقت برای مجرم باشند صورت گیرد. تحمیل رنج مجازات بر افراد نه تنها ایفای این وظیفه را تسهیل نمی کند بلکه افراد را تحقیر کرده و در سرآشیزی سقوط اخلاقی

<sup>۳</sup> به نقل از علی محمد اردبیلی، حقوق جزای عمومی، جلد نخست، نشر میزان، ۱۳۷۹، ص ۱۰۷-۱۰۸.



می‌اندازد. بنائاً چیزی به اسم «حق مجازات» برای دولت موجود نیست و باید «حقوق دفاع اجتماعی» جایگزین «حقوق جزا» گردد. مفاهیمی چون «جرم»، «مجرم»، «مجازات»، «مسئولیت جزایی» قالبی مناسب برای ایفای تکلیف دولت نیستند که در آن بتوان «حالت جامعه‌ستیزی» کسانی را که «اعمال ضد اجتماعی» انجام می‌دهند تشخیص داده و برای «اعتلا و بهبود وضعیتشان» اقداماتی مقتضی و فاقد هر گونه جنبه آسیب‌رسانی به فرد» اتخاذ کرد.

## ۲. گرایش آنسل

در کنار این گرایش افراطی «سیاست جنایی» دفاع اجتماعی جریان ملایم‌تری درون این جنبش به رهبری مارک آنسل، قاضی فرانسوی، شکل گرفت. او در سال ۱۹۵۴ نظریات خود را در کتابی به نام *دفاع اجتماعی نوین* تدوین کرد و به جای حذف حقوق جزا متقاضی انکشاف آن در پرتو یک سیاست جنایی معقول دفاع اجتماعی شد. او منکر مجازات نیست. ولی اجرای آن را فقط محدود به مواردی می‌داند که کوششهای قبلی برای نیل به اهداف اصلاحی و تربیتی با شکست مواجه شده باشد. آنهم به شرطی که مغایر با کرامت انسانی او نبوده و فارغ از حس انتقام‌جویی هدف بازاجتماعی شدن وی را تسهیل کند. او به طور کلی معتقد به مناسب‌ترین تدبیر به هدف برگشت مجدد به اجتماع است. بدیهی است که در مواردی خاص بهترین تدبیر مجازات باشد. وجود حقوق جزایی برای اجرای تکلیفی که دولت در قبال حق باز اجتماعی شدن افراد دارد ضروری است.

به زعم آنسل دفاع اجتماعی نوین حاصل تأمل مستمر و تجدید نظر در مبانی نظری دبستانهای پیشین است. با این همه او موضع جنبش خود را در برابر مفکوره‌های پیشین صراحتاً اعلام می‌کند. او دبستان کلاسیک را از این جهت مورد انتقاد قرار می‌دهد که در پی استقرار عدالتی الهی اما با ابزاری انسانی است. چگونه می‌شود که با ترازوی بشری و بدون دسترسی به ضمیر انسانها نظم مطلق برقرار گردد و هر فعلی عقوبت مناسب خود را بیابد؟ عدالت انسانی فقط می‌تواند با اتخاذ تدابیری سودمند از فرد و جامعه دفاع کند. همچنین معتقد است که این دبستان فقط به جرم توجه دارد و از ماهیت انسانی و اجتماعی جرم غافل است. شخصیت هر فرد منحصر به فرد است و نیازمند برخورد متناسب. صحیح نیست که همه افراد را دارای عقل و اراده یکسان بدانیم و سپس تنها بر جرم متمرکز شویم و خصوصیات فردی مجرم را به فراموشی بسپاریم. قاضی همان‌گونه که در هر قضیه به قضاوت در مورد جرم ارتکاب یافته می‌پردازد ضروری است در دوسیه دیگری، «دوسیه شخصیت»، مجرم را نیز تحت بررسی و سنجش قرار دهد.

به رغم اینکه جنبش دفاع اجتماعی ادامه «رویکرد به مجرم» دبستانهای اثبات گرایي و عمل گرایي است اما اختلافاتی نیز با آنها دارد. وی تفاوت‌های جنبش دفاع اجتماعی نوین را با دبستان اثبات گرایي از قرار ذیل دانسته است.

- **مسئولیت:** گرچه به نظر او نیز مباحث فلسفی راجع به جبر و اختیار خارج از حقوق جزاست، اما مسئولیت را به مثابه امری کاملاً شهودی و درونی می‌پذیرد و آن را برای اهداف دفاع اجتماعی ضروری می‌داند و باز اجتماعی شدن مجرم را تسهیل می‌کند. تنها اصلاح و تربیت آن انسانی معنی می‌دهد که مقهور جبر نباشد و بتوان در او احساس تعهد اخلاقی را به اثبات رساند.
- **احتراز از علم گرایي افراطی:** گرچه دفاع اجتماعی نوین برای رول یافته‌های علمی بسیار اهمیت قائل است اما علم گرایي افراطی اثبات گرایان را نمی‌پذیرد. دستاوردهای علمی باید کمک کنند که یک سیاست معقول و انسانی در برابر مجرمان اخذ کرد. علم گرایي افراطی بدون توجه به ابعاد حقوق بشری مورد تأیید این جنبش نیست. همچنین تقسیم‌بندی مجرمان در گروه‌های پیش تعیین شده بدون توجه به خصوصیت انحصاری افراد، انگیزه‌هایشان و شرایط مکانی و زمانی ارتکاب جرم کاری ناقص است.
- **حقوق فرد و حقوق جامعه:** در گرایش‌های اثبات‌گرا و عمل‌گرا دفاع از جامعه موضوعیت داشت حتی اگر به قیمت نقض حقوق و آزادیهای فردی باشد. مقصد از تدابیر دفاع اجتماعی صرف «رفع خطر» از جامعه نیست. و جنبش دفاع اجتماعی در پی ایجاد تعادل میان حقوق فرد و جامعه است. و برای جامعه حقوقی که مناقض با حقوق فرد باشد قائل نیست. در حقیقت «دفاع واقعی از جامعه حفظ و حمایت تمامی حقوق و آزادیهای فردی است.»

### تکمله: تحولات اخیر

#### ۱. بازگشت به استحقاق گرایي

نهضت اصلاح و درمان که در ابتدا جنبه علم گرایي افراطی و برای حفظ جامعه از بدسرستان یا قربانیان جبر اجتماعی بر مراقبت از جامعه در برابر این بیماری طبیعی تأکید داشت و سپس تعدیل شد و ابعاد انسانی و بشری یافته و تعهد جامعه در باز گرداندن افراد به جریان جامعه تلقی گردید نتوانست توفیق یابد. آمار مجرمیت بالا رفت و تکرار جرم افزایش یافت. بنائاً در سالهای دهه ۱۹۷۰ شکست اصلاح و درمان اعلام گردید. بسیاری از حکومتها قوانین

سخت گیرانه تری وضع کردند و مخصوصاً در کشورهای انگلیسی زبان بازگشت به مفکوره‌های کلاسیک و استحقاق پیش دست گرفته شد. دولتها که از اصلاح و درمان مجرمان به نتیجه‌ای نرسیدند تحت تأثیر جریان جدیدی که از آن به «نئو کلاسیسیسم بازاندیشیده» یاد شده است در مقام آن برآمدند که لااقل حق مجرم را کف دست او بگذارند. طرفداران جنبش دفاع اجتماعی این مسئله را نه به معنای شکست اصول خود، بلکه به معنای شکست یکی از میتودهایی که سعی در پیاده کردن اصول دفاع اجتماعی داشت می‌دانند.

## ۲. بازگشت به عدالت غیردولتی

به موازات بازگشت استحقاق در جریان جهانی حقوق جزایی، جریان دیگری آغاز شد که گام سوم در انکشاف کلی حقوق جزا در معنای امروزی آن تلقی می‌شود. توضیح اینکه مفکوره‌های کلاسیک «جرم» را مورد توجه قرار دادند، اثبات گرایان «مجرم» را، و حالا نوبت به «مجنی علیه» می‌رسید که کانون پژوهشها و تئوریهای حقوقی قرار گرفته و بدین سان خط سیر کلی مفکوره عدالت از «سزادهی» به «بازپروری» و سپس به «ترمیم» بینجامد.

در سال ۱۹۷۷ نیلز کریستی، نروژی، نوشت که جرم یک اختلاف خصوصی میان دو نفر است که دولت آن را به سرقت برده است. عدالت بازگشت وضع به سابق است که بدون در نظر گرفتن رول مجنی علیه امکان پذیر نیست. به موجب مفکوره عدالت ترمیمی، که هوارد زهر از رهبران آن است، جرم تعدی و تجاوز به افراد و روابط میان آنهاست که باید مجرم، مجنی علیه و جامعه محلی آن را بین خود از طریق مکانیزمهایی مثل میانجیگری، تشکیل جلسات، یا هیئتهای ترمیمی ترمیم کنند. در این جریان گرایشهایی افراطی وجود دارند که معتقد به الغای «عدالت جزایی سنتی» و رسمی‌اند و گرایشهایی ملایمتر که خواهان دخالت دولت فقط در موارد عدم توفیق مکانیزمهای ترمیمی محلی یا در موارد ارتکاب جرایم شدیدند.



## فصل سوم: تصنیف جرایم

در حقوق جزا «جرم» به صورتهای مختلفی تقسیم‌بندی می‌شود. هر یک از این تقسیمات جرم را از بُعد خاصی مورد توجه قرار داده‌اند. این تقسیم‌بندیها واجد آثار بسیار مهمی هستند و هم در فهم نظریه جرم و هم در اجراءات جزایی بسیار مورد تکرار قرار می‌گیرند و فهم بسیاری از نهادهای حقوق جزا منوط به فهم این تصانیف است. بناً این فصل را به بحث مبنایی تصانیف جرم اختصاص داده‌ایم. ذیلاً مهم‌ترین تصانیفها را بسته به ابعاد مختلف می‌آوریم.

### الف) بر اساس فقه حنفی

در شریعت اسلام، از جمله فقه حنفی، عقوبات شرعی به دو گروه کلی قابل تصنیف‌اند. اولین گروه شامل عقوباتی می‌شوند که شارع آنها را به طور دقیق در برابر هر جرم تعیین کرده است. تطبیق این عقوبات از پیش مقدر شده بدون هیچ کم و کاستی پس از حکم محکمه بالای مجرم واجب است. گروه دیگر به طور عام باقی جرایم را در بر می‌گیرند که شارع عقوبتشان را خود معین نکرده و آن را به نظر امام یا نایب امام تفویض کرده است تا با توجه به اوضاع و احوال جرم و مجرم مجازاتی را تعیین کند.

گروه اول خود به دو دسته تقسیم می‌شود: عقوبتهای معینی که جنبه حق‌اللهی آن قوی‌تر است که از آنها با نام «حدود» یاد می‌کنند و عقوبتهایی که جنبه حق‌العبدی آنها وجه غالب است که «قصاص و دیت» هستند. به خاطر همین مسئله حق‌الله یا حق‌العبد است که در حدود پس از آنکه قضیه تا حد طرح دعوا نزد حاکم شرع منکشف شد به هیچ وجه گذشت یا شفاعت یا

صلح جایز نیست اما در قصاص مجنی علیه یا اولیای او می‌توانند به هر گونه که توافق حاصل کنند، مثلاً با دریافت مبلغی به اندازه دیت مقرر یا کمتر یا بیشتر یا به طور کلی بدون دریافت هر مبلغی، از حق قصاص خود صرف نظر کنند.

ذکر این نکته ضروری است که قانون جزای افغانستان ناظر به مجازاتهای تعزیری است. در نتیجه تمامی قواعد عمومی جزایی نیز که در قانون جزا و دیگر قوانین مورد استناد در این رهنمود به چشم می‌خورند به جرایم تعزیری مربوط می‌شوند و در مورد جرایم مستوجب حدود، قصاص و دیت قواعد فقه حنفی تطبیق می‌شود و نه قانون جزا. در بحث اصل قانونی بودن جرم و مجازات این سیستم دوگانه را نقد و بررسی خواهیم کرد. اما عجالتاً باید بگوییم که فقه حنفی «قانون» در مفهوم جدید آن نیست. البته این مسئله مغایرتی با این ندارد که پارلمان در هنگام تصویب «قانون»، با در نظر داشت تمامی مسائل مربوط، از فقه حنفی نیز استفاده کند.

#### ب) بر اساس شدت جرم

اگر چه جرم عملی است که نورمهای جرم‌انگاری شده اجتماع را نقض می‌کند، اما همواره باید به خاطر داشته باشیم که این نورمها از حیث اهمیت یکسان نیستند. به عبارت دیگر، برخی از نورمهای جرم‌انگاری شده از نظر اجتماع مهم‌تر از دیگر نورمها هستند. برای مثال، ارزش حیات انسان و حق وی بر تمامیت جسمی و آزادی وی ارزشی است بسیار والا به طوری که هرگز نمی‌توان آن را با ارزشی چون رعایت مقررات ترافیکی یکسان دانست. شاهد بر این مدعا میزان تحریک احساسات مردم نسبت به یک قتل فجیع یا تجاوز به عنف در مقایسه با یک سرقت ساده است. بدین سان است که جرم قتل بسیار مهم‌تر از جرم عدم توجه به مقررات ترافیکی و یا یک سرقت ساده از یک مغازه است.

اگر جزای پیش‌بینی شده برای هر عمل جرمی را نیز انعکاسی از ارزش نقض شده توسط آن عمل بدانیم، منطقی خواهد بود که جزای تمامی جرایم نیز با هم یکسان نباشند. مخصوصاً این مسئله از نظر مکافات گرایان که مجازات را ملغی‌کننده جرم و تابعی از شدت جرم می‌دانند حائز اهمیت است، چرا که اینان در تطبیق جزا فقط و فقط شدت جرم را مدنظر دارند و بر عکس فایده‌گرایان به مسائل دیگری چون پیامدها و نتایج مجازات توجهی نمی‌کنند.

بدین سان است که در اکثر نظامهای جزایی دنیا جرایم از حیث اهمیت تصنیف‌بندی شده و برای هر صنف جرم مجازات متناسب در نظر گرفته شده است. تصنیف تطبیق‌شده توسط

قانون گذار افغانی - همانند بسیاری از کشورها - جنایت، جنحه و قباحت است. ماده بیست و سوم قانون جزا مقرر داشته که «جرائم از حیث شدت و خفت به جنایت، جنحه و قباحت تصنیف می گردد». ماده بیست و چهارم قانون جزا می گوید: «جنایت جرمی است که مرتکب آن به اعدام یا حبس دوام یا حبس طویل محکوم گردد.» ماده بیست و پنجم قانون جزا نیز مقرر داشته که «جنحه جرمی است که مرتکب آن به حبس بیش از سه ماه الی پنج سال یا جزای نقدی بیش از سه هزار افغانی محکوم گردد.» همچنین بر اساس ماده بیست و ششم قانون جزا «قباحت جرمی است که مرتکب آن به حبس از ۲۴ ساعت الی سه ماه یا جزای نقدی الی سه هزار افغانی محکوم گردد.»

در این تصنیف، برای اینکه بتوان فهمید که جرم به کدام یک از طبقات سه گانه بالا تعلق دارد کافی است که به مجازاتی که قانونگذار برای آن پیش بینی کرده است توجه کرد.

تصنیف فوق مهم ترین تصنیف جرائم از حیث آثار است. به نحوی که نتایج بسیاری بر آن مترتب است. با مراجعه به قانون جزا می توان پی برد که تصنیف جرائم به جنایت، جنحه و قباحت آثار مهمی از قبیل قواعد ناظر بر تکرار جرم (ماده یکصد و پنجاه و دوم)، شروع به جرم (مواد بیست و نهم تا سی و دوم)، اتفاق در جرم (ماده چهل و نهم و پنجاهم)، مرور زمان تعقیب (ماده ۱۰ قانون اجراءات جزایی اصلاحی ۱۳۵۳)، دفاع مشروع (ماده شصت و چهارم)، معاذیر مخففه (ماده یکصد و چهل و سوم تا یکصد و چهل و پنجم)، تدابیر امنیتی (ماده یکصد و بیست و ششم و یکصد و سی ام) و جرائم شخص حکمی (ماده یکصد و سی و پنجم) دارد.

شایان ذکر است که بر خلاف بسیاری از کشورها تصنیف جرائم به جنایت، جنحه و خلاف در حقوق افغانستان واجد اثر صلاحیت رسیدگی ابتدائی نیست. بنگرید به مواد ۲۵ قانون اجراءات جزایی مؤقت برای محاکم و ۴۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان.

#### پ) بر اساس تعداد رفتار مادی

قانون گذار در مقام تعریف شرایط عینی و ذهنی یک جرم، گاه یک عمل ساده و یک قصد ساده را برای یک جرم کافی می بیند؛ همانند جرم قتل که ارکان آن متشکل از یک عمل ساده و یک قصد واحد است. این جرائم را «جرم ساده» می نامند. در این موارد، حتی اگر رکن مادی جرم به طور پی در پی چندین بار تکرار شود، برای مثال در جرم قتل مجرم

چندین ضربه کاشنده چاقو را پی در پی بر بدن مجنی علیه وارد کند، باز این جرم جرمی ساده خواهد بود؛ چرا که تکرار پی در پی رکن مادی در زمانی نسبتاً کوتاه و در امتداد قصدی واحد تحقق یافته است.

بر عکس دسته فوق، اعمالی هستند که گرچه تک جزئی و بسیطاند، ولی قانون گذار آنها را به شرط تکرار همان جزء مادی بسیط جرم دانسته است. بدین سان، در این جرایم ارتکاب عمل برای یک مرتبه جرم نیست، مثل عمل گدایی که در بعضی نظامهای جزایی جرم است. بناً «جرایم اعتیادی» جرایمی اند که از اجرای چند عمل مماثل تحقق می یابند؛ به نحوی که اگر هر یک از این عملها را به تنهایی در نظر بگیریم جرمی ارتکاب نیافته است.

اما تمامی جرایم این گونه نیستند و جرایمی وجود دارند که از چند جزء مختلف مادی مشخص به وجود آمده اند؛ به گونه ای که اگر یک جزء از آن اجزا موجود نباشد آن جرم متحقق نشده است. در این باره می توان از جرم فریب کاری یاد کرد که عنصر مادی آن از دو جزء تشکیل شده است: توسل به وسایل فریبکارانه و به دست آوردن مال غیر (بنگرید به ماده چار صد و شصت و نهم قانون جزا). هر گاه شخصی به وسایل فریبکارانه متوسل شود ولی قصدش ربودن و بردن مال غیر نباشد یا اینکه مال غیر را بدون فریبکاری به دست آورد وی مرتکب این جرم نشده است. این گروه از جرایم را «جرایم مرکب» می نامند.

تفاوت میان جرایم اعتیادی و مرکب این است که در جرم اعتیادی یک رفتار در دفعات مکرر (حداقل دو بار) رخ دهد به گونه ای که از آن عادت مرتکب استنباط شود؛ در حالی که در جرم مرکب عنصر مادی متشکل است از ارتکاب افعال متنوع اما با هدف نیل به نتیجه ای واحد.

ثمره تصنیف بندی جرایم به ساده، اعتیادی و مرکب چیست؟ از آنجا که در جرایم اعتیادی مادامی که عمل برای بار دوم تکرار نشده و در جرایم مرکب مادامی که تمامی اجزاء تکمیل نگردیده هنوز جرمی محقق نشده لذا نقطه آغاز مرور زمان پس از تکرار و تکمیل است. قانون جدید نیز در صورتی تطبیق می گردد که در زمان تکرار یا تکمیل نافذ بوده باشد. همچنین محکمه ای صلاحیت رسیدگی دارد که این تکرار یا تکمیل در حوزه آن صورت گرفته باشد (ماده ۲۶ قانون اجراءات جزایی مؤقت). از آنجا که قبل از تکرار و تکمیل عنصر مادی جرم جرمی تحقق نیافته کسانی که از اولین عمل صدمه دیده باشند تنها در صورتی می توانند شکایت جزایی علیه مرتکب اقامه کنند که آن اولین عمل واجد وصف جزایی دیگری غیر از جرم اعتیادی یا مرکب مورد بحث باشد. و در صورتی که آن اولین عمل واجد



هیچ گونه وصف قانونی جزایی باشد، در آن صورت تنها ادعای جبران خسارت در محاکم مدنی امکان پذیر خواهد بود.

### ت) بر اساس طول زمان

تعیین زمان و مکان دقیق تحقق جرم دارای آثار بسیار مهمی از حیث محکمه صالح، قانون صالح و مرور زمان است. از این روی جرایم را به سه گروه آنی، مستمر و متوالی تقسیم کرده‌اند. در برخی جرایم میان زمان شروع و زمان خاتمه آن فاصله چندانی موجود نیست. تعیین زمان و مکان ارتکاب این دسته از جرایم زیاد دشوار نیست. جرایمی مانند قتل و سرقت پس از شروع در فاصله کوتاهی به انجام می‌رسند و معمولاً در پیچیده‌ترین حالتها تمامی رکن مادی این دسته از جرایم در چند ساعت به وقوع می‌پیوندند. از این رو به راحتی می‌توان گفت که این جرایم در چه زمانی و در چه مکانی روی داده‌اند. این جرایم را «جرایم آنی» می‌نامند.

اما در گروه دیگر از جرایم قصد جرمی هر لحظه تکرار شده و در طول زمان استمرار دارد. مانند جرم توقیف غیر قانونی که تا وقتی که جرم به طور کامل قطع نشده حالت جرمی ادامه دارد. این جرایم «جرایم مستمر» نام دارند. در این موارد، تعیین زمان و مکان ارتکاب جرم به آسانی جرایم آنی نیست چرا که امکان دارد مثلاً مرتکب جرم توقیف غیر قانونی این عمل را برای چند ماه ادامه دهد و یا مجنی علیه را به مکانهای مختلفی انتقال دهد. با این نحو استمرار جرم در طول زمان ممکن است قانون تغییر پیدا کند و بحث قانون صالح و حاکم بر جرم مطرح گردد و یا به دلیل گذشت زمان بسیار از جرم و عدم تعقیب آن برای شمول مرور زمان بحث نقطه آغاز زمانی آن مطرح شود.

علاوه بر این دو دسته از جرایم برخی اعتقاد دارند که دسته سومی از جرایم وجود دارند که از جهاتی به هر دو دسته فوق شباهت دارند. مانند جرم ازدواج با دختری که به سن قانونی نرسیده است. از آن جهت که ازدواج عملی آنی است این جرم آنی است اما از آن روی که نتیجه آن تا وقتی که وی به سن قانونی برسد ادامه می‌یابد به جرم مستمر شباهت می‌یابد. این دسته از جرایم را «جرم ادامه یافته» یا «متوالی» می‌نامند. فقره ۳ ماده بیست و ششم قانون اجراءات جزایی مؤقت برای محاکم در مورد محکمه صالحه در جرایم مستمر و متوالی مقرر می‌دارد «... صلاحیت رسیدگی قضیه به محکمه‌ای مربوط می‌شود که جرم استمراری یا متوالی در آن محل ادامه و ختم گردیده باشد». این مقرر مشکلاتی را که ماده یکصد و نود و چهارم قانون اجراءات جزایی مصوب ۱۳۴۴ می‌توانست به وجود آورد از میان برده است.

آن ماده مقرر می‌داشت:

«در مورد جرایم مستمر محلی که حالت استمرار در آن جریان دارد و در مورد جرایم اعتیادی و جرایم متوالی محلی که عملی از اعمال جرایم مذکور در آن ارتکاب می‌شود محل وقوع جرم شناخته می‌شود.»

قانون‌گذار در بحث مرور زمان جرایم مستمر ساکت است. و در ماده دهم قانون اجراءات جزایی اصلاحی ۱۳۵۳ میعادهای ۱۰، ۳ و ۱ ساله را به ترتیب برای جرایم جنایت، جنحه و قباحت در نظر گرفته است، بی‌آنکه میان جرایم مستمر و آنی تفکیک کرده باشد. اما با توجه به فقره ۳ ماده بیست و ششم قانون اجراءات جزایی مؤقت برای محاکم می‌توان چنین استنتاج کرد که قانون‌گذار زمان وقوع این دسته از جرایم را زمان اختتام آنها دانسته است. لذا به نظر می‌رسد که میعادهای مرور زمان مذکور می‌بایست از تاریخ اختتام جرم در نظر گرفته شوند. در مورد قانون حاکم نیز همین بحث صادق است. و اگر قانونی پس از اختتام جرم مستمر وضع گردد و مجازات جرم مستمر را تشدید کند نسبت به جرم سابق بی‌تأثیر خواهد بود.

#### ث) بر اساس نتیجه

غالباً این گونه است که حصول نتیجه مورد نظر - مثلاً سلب حیات غیر در قتل و بردن مال دیگری در سرقت - از شرایط اکمال و اتمام جرم است. این دسته از جرایم پس از تحقق نتیجه مورد نظر به عنوان جرم تام قابل مجازات‌اند و اگر به دلیلی خارج از اراده متهم عملیات اجرایی و مادیشان قطع گردد، در صورت جنایت یا جنحه بودن اصل عمل، به عنوان شروع یا تشبث به جرم قابل مجازات خواهند بود. به این دسته از جرایم که حالت تامشان منوط به تحقق نتیجه مورد نظر قانون‌گذار است جرایم «مقید» گفته می‌شود.

دسته دیگری از جرایم وجود دارند که تحقق یا عدم تحقق نتیجه اهمیتی ندارد، بلکه قانون‌گذار نفس عمل ارتکاب یافته را جرم دانسته است. بنائاً در جرم جعل کاری پول مروجه نیازی نیست که پول به دوران افتاده باشد؛ یا در جرم زهر دادن یا جرم تهدید حتماً نباید مرگ حادث شود. همچنین است در جرم ایجاد حریق اگر مأموران اطفای حریق آتش را به موقع خاموش کرده باشند. به این دسته از جرایم جرایم «مطلق» گفته می‌شود.

گاهی نیز قانون‌گذار برخی رفتارها را که فی‌نفسه خطری ندارند از آن حیث ممنوع می‌کند که ممکن است مقدمات اجرایی خطرات بزرگ‌تری قرار گیرند. در حقیقت، مقنن با این تدبیر در پی آن است که مانع وقوع جرایم بزرگ‌تری شود. اینها را جرایم «مانع» می‌نامند.

مثال آن رانندگی بدون داشتن تصدیق‌نامه است که خطر ایراد قتل یا جرح غیر عمدی در آن بلند است یا حمل اسلحه که موجد موقعیتی خطرناک علیه جان دیگران است.

تفاوت میان جرایم مطلق و مانع از حیث میزان احتمال وقوع نتیجه مجرمانه است. در جرایم مطلق وقوع نتیجه حتمی است و در حقیقت این جرایم «آغاز عملیات اجرایی» جرایم اصلی هستند بدین صورت که زهر دادن آغاز اجرای جرم قتل و جعل کاری پول مروجه آغاز اجرای جرم ترویج پول جعلی است. در حالی که حمل سلاح و رانندگی بدون تصدیق‌نامه از «اعمال مقدماتی» جرایم قتل یا ضرب و جرح بوده و لزوماً به جرم قتل یا ضرب و جرح ختم نمی‌شوند.

با توجه به معیار نتیجه جرایم را می‌توان به جرایم ناکام (عقیم) و جرایم ناممکن (محال) نیز تقسیم کرد. در جرایم ناکام یا عقیم فاعل پس از قصد ارتکاب عمل جرمی آن را تماماً انجام می‌دهد ولی نتیجه را به دلیل عدم مهارت خود (وقتی که مثلاً در فیر بالای فردی او فرار می‌کند) یا اشتباه در محاسبات خود (مثلاً وقتی که به قصد سرقت دست در جیب خالی می‌کند) به دست نمی‌آورد. اما اگر نبود این علل درونی منتسب به خود فاعل حصول نتیجه امکان‌پذیر بود. جرایم ناممکن یا محال جرایمی‌اند که بر عکس جرایم ناکام هر قدر هم فاعل ماهر باشد اصولاً حصول نتیجه غیر ممکن است؛ مثل وقتی که بالای جسد مُرده فیر کند یا اینکه زنی را برای سقط جنین دارو دهد در حالی که آن زن حامله نبوده و فقط خیال می‌کرده که حامله است. فایده این تقسیم در بحث شروع به جرم متصور است. چرا که شاید بتوان برخی از این جرایم را حداقل به عنوان شروع به جرم مجازات کرد. در بحث به نتیجه نرسیدن عملیات اجرایی، در تحلیل ماده بیست و نهم قانون جزا، باز به موضوع جرایم ناکام و ناممکن بر خواهیم گشت.

### ج) بر اساس اختیار مأموران در زمان ارتکاب جرم

جرایم بر اساس این که در هنگام ارتکاب در مرعی و منظر مأموران ضبط قضایی یا مردم ارتکاب شوند و یا آنکه در خفا صورت گیرند نیز تفکیک شده‌اند. به موجب ماده سیزدهم قانون اجراءات جزایی مؤقت برای محاکم:

«۱. جرم در زمان ارتکاب آن مشهود پنداشته می‌شود. ۲. مرتکب جرم مشهود شخصی است که حین ارتکاب جرم طور بالفعل گرفتار شود. ۳. در مواردی که مرتکب بعد از ارتکاب جرم فرار نماید و بلافاصله توسط پولیس، شخص متضرر و یا اشخاص دیگر تحت تعقیب قرار گیرد، این حالت نیز مشهود تلقی می‌گردد.»

به عبارت دیگر، در هر یک از موارد زیر جرم مشهود پنداشته می شود:

- در صورتی که جرم در مرعی و منظر مأمور ضبط قضایی واقع شود و مأمور مربوط وی را گرفتار کند.

- در صورتی که متهم در زمانی تقریباً متصل به جرم فرار کند و پولیس یا مجنی علیه یا افراد دیگری که وی را در حال فرار مشاهده می کنند او را بگیرند.

قانونگذار در مقام تعریف جرم مشهود تفسیری مضیق از آن را تطبیق کرده است؛ به نحوی که حالات زیر که در برخی نظامهای جزایی از زمره جرایم مشهود تلقی می گردند خارج از این تعریف قرار گرفته و در حقوق تعقیبی افغانستان جرم مشهود تلقی نمی شوند؛ حالاتی مانند وقتی که مأموران بلافاصله پس از وقوع جرم در محل حاضر شوند و آثار جرم را ملاحظه کنند یا آنگاه که مجنی علیه بلافاصله پس از وقوع جرم شخص معینی را مرتکب جرم معرفی نماید. با توجه به اختیارات نسبتاً وسیعی که مأموران قضایی حتی بدون مداخله فوری خارنوال (دادستان) در تعقیب و کشف این گروپ از جرایم دارند، تدبیر قانونگذار در تعریف مضیق جرایم مشهود تضمینی است برای محافظت بیشتر از حقوق متهم راجع به دادرسی منصفانه در مرحله کشف و تعقیب جرم.

قانون اجراءات جزایی مؤقت برای محاکم تنها به تعریف جرایم مشهود اکتفا کرده است و در باره نحوه کشف و تعقیب این گروپ از جرایم ساکت است. از آنجا که این قانون، به صراحت فقره ۳ ماده نود و ششمش، قوانین گذشته را فقط تا آنجا که مغایر با این قانون باشند نقض می کند و به الغای کلی قوانین مرتبط قبلی، از جمله قانون اجراءات جزایی ۱۳۴۴ و اصلاحیه آن در سال ۱۳۵۳، تصریح نکرده، لذا به نظر می رسد در موارد اجمال و سکوت این قانون بتوان به قانون قبلی اجراءات جزایی مراجعه کرد. قانون گذشته احکام نسبتاً مفصلی در مورد اختیارات مأموران در تعقیب و کشف جرایم مشهود دارد.

از آن جمله ماده بیست و سوم قانون اجراءات جزایی اصلاحی ۱۳۵۳ مقرر می دارد:

«هر گاه جرم مشهود جنایت یا جنحه باشد، مأمور ضبط قضایی مکلف است شخصاً به محل واقعه رفته آثار واقعه را معاینه و محافظه کند؛ وضع اماکن و اشخاص را و هر چیزی که در کشف حقیقت مؤثر باشد تثبیت نماید و اظهارات کسانی را که در وقت واقعه حاضر بودند و یا اشخاصی که اخذ توضیحات راجع به واقعه حاضر بودند و یا اشخاصی که اخذ توضیحات راجع به واقعه یا مرتکب آن از نزدشان متصور باشد استماع نماید.

هر گاه این اجراءات در مواردی که بدون همکاری خرنوال صورت گیرد به عمل آمده باشد، پولیس مکلف است موضوع را در اولین فرصت ممکن به اطلاع خرنوال مربوط برساند.»

ماده بیست و چهارم همین قانون فوق نیز چنین تصریح می کند

«مأمور ضبط قضایی در جرایم مشهود به مجرد رسیدن خود می تواند اشخاص حاضر محل واقعه را از تخلیه آن محل تا اتمام تحریر راپور منع نماید و همچنان می تواند کسانی را که حصول توضیحات راجع به واقعه از ایشان ممکن باشد به صورت فوری جلب نماید.»

پیش از پایان بخش تصنیف جرایم باید متذکر شویم که دو تصنیف بسیار مهم دیگر نیز وجود دارند که به جهت جایگاه و اهمیت ویژه آن دو در بحث حقوق جزای عمومی با تفصیل بیشتر و به طور جداگانه در جای خود به آنها خواهیم پرداخت. این دو تصنیف عبارت اند از جرایم عمدی و جرایم غیر عمدی، و جرایم ایجابی (جرایم ناشی از ارتکاب فعل) و جرایم اهمالی (جرایم ناشی از ترک فعل).

## مباحثه

- اصل «مسئولیت» در ادوار تاریخی تطوّر حقوق جزا چه تغییراتی را به خود دیده است؟
- با خط فکری فایده‌گرایی اتفاق دارید یا استحقاق‌گرایی؟ به چه دلیل؟
- دینامیک مفکوره تاریخی «دفاع اجتماعی» را در هر یک از دبستانهای معاصر انکشاف حقوق جزا چگونه تبیین می‌کنید؟
- با کدام یک از دبستانهای جزایی معاصر بیشتر اتفاق دارید؟ چرا؟ بحث کنید.
- معیار تقسیم جرایم به جنایت، جنحه و قباحت را مناسب می‌دانید؟ دلیل شما در طرفداری یا مخالفت با این معیار چیست؟
- آیا می‌توانید با مراجعه به قانون جزا برای هر یک از جرایم مستمر، آنی و متوالی چند مثال پیدا کنید؟
- در قضیه‌ای که کارگر هتل هر روز مقداری از اشیای مسافر را به سرقت می‌برده است، به نظر شما او مرتکب جرم آنی شده یا جرم مستمر؟ چرا؟
- به نظر شما به چه دلیل قانون‌گذار به مأموران ضبط قضایی در مواجهه با جرایم مشهود اختیارات بیشتری داده است؟
- شخصی که با ۱۰ بار فیر بالای دیگری او را به قتل می‌رساند مرتکب جرم ساده یا مرکب شده است؟ این جرم آنی است یا مستمر؟ چرا؟
- آیا به جز فریب‌کاری جرایم مرکب دیگری را در قانون جزا سراغ دارید؟
- به نظر شما چه تفاوتی میان جرایم مطلق و جرایم مانع وجود دارد؟

## **فصل چهارم: پرنسیپ قانونی بودن جرمها و جزاها و اصول منشعب از آن**

یکی از مترقی ترین دستاوردهای حقوق جزای مدرن «پرنسیپ قانونی بودن» است. همان طور که در بحث «انکشاف حقوق جزا» دیدیم چزاره بکاریا در کتاب جرایم و مجازاتها به ضرورت این اصل اولین بار اشاره کرد. از نظر او مجازات کردن عملی خارج از لست از پیش تصویب شده جرایم ممنوع است. عملی جرم انگاشته می شود که با طی مراحل قانون گذاری در پارلمان به تصویب رسیده باشد و به امضای رئیس جمهور رسیده و زمان مقرر پس از نشر آن در جریمه رسمی گذشته باشد. در این حالت همه افراد از قانون مطلع فرض شده و عذر جهل به قانون مسموع نخواهد بود. بررسی این پرنسیپ و اصولی که منطقاً از آن مشتق می گردد موضوع بررسی این فصل است.

## گفتار یکم: پرینسیپ قانونی بودن جرمها و جزاها

### مواد مرتبط به پرینسیپ قانونی بودن جرایم و جزاها

#### ماده بیست و هفتم قانون اساسی

هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد.

هیچ شخص را نمی‌توان تعقیب، گرفتار و یا توقیف نمود مگر بر طبق احکام قانون. هیچ شخص را نمی‌توان مجازات نمود مگر به حکم محکمه باصلاحیت و مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.

#### ماده دوم قانون جزا

هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود مگر به موجب قانون.

#### ماده سوم قانون جزا

هیچ کس را نمی‌توان مجازات نمود مگر مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.

#### ماده سی و هفتم قانون جزا

عنصر قانونی جرم عبارت است از تصریح اعمال جرمی و جزاهای آن در قانون. قاعده قانونیت جرم و جزاء در احکام مندرج مواد دوم و سوم این قانون تصریح یافته است.

#### ماده یکصد و بیست و یکم قانون جزا

محکمه وقتی به تدابیر امنیتی پیش‌بینی شده این قانون حکم می‌نماید که ثابت گردد شخص محکوم علیه مرتکب عملی گردیده است که به حکم قانون جرم شمرده شده....



## دیگر مواد راجع به بحث

### ماده یکصد و سیام قانون اساسی

محاكم در قضایای مورد رسیدگی احكام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می‌کنند. هر گاه برای قضیه‌ای از قضایای مورد رسیدگی در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احكام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده قضیه را به نحوی حل و فصل می‌نماید که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید.

### ماده اول قانون جزا

این قانون جرایم و جزاهای تعزیری را تنظیم می‌نماید. مرتکب جرایم حدود قصاص و دیت مطابق احكام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می‌گردد.

### ماده دوازدهم قانون مبارزه با ارتشاء و فساد اداری

۱. مرتکبین جرائم مندرج این قانون به شمول کارکنان اداره مبارزه علیه ارتشاء و فساد اداری مطابق احكام قانون جزاء و سایر قوانین نافذ مجازات می‌گردند.
۲. در صورتی که برای یکی از تخلفات مندرج این قانون در قانون جزا و سایر قوانین مجازات پیش‌بینی نگردیده باشد، محکمه صلاحیت دارد مرتکب را با نظر داشت حالات ارتکاب جرم تعزیر نماید.

### ماده ۱ قانون مدنی

۱. در مواردی که حکم قانون وجود داشته باشد اجتهاد جواز ندارد.
۲. احكام این قانون به اعتبار لفظ و یا فحوای آن قابل تطبیق می‌باشد.
۳. در مواردیکه حکم قانون موجود نباشد، محکمه مطابق به اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام حکم صادر می‌نماید که عدالت را به بهترین وجه ممکن آن تأمین نماید.

ماده ۲ قانون مدنی

در مواردی که حکمی در قانون و یا اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام موجود نباشد، محکمه مطابق به عرف عمومی حکم صادر می نماید، مشروط بر اینکه عرف مناقض احکام قانون یا اساسات عدالت نباشد.

## تبصره

پرینسیپ قانونی بودن جرایم و جزاها را می‌توان اصلی‌ترین ستون حقوق مجرای مدرن دانست. از وقتی که مبارزه با نورم‌شکنی‌ها به عهده قدرت فائده حکومت گذاشته شد، همواره این هراس وجود داشته که حکومت از قدرت منحصر به فرد و بی‌هماوردش در مبارزه با جرم و برهم زدن امنیت عمومی به مقصد اهداف شخصی و خودکامه سوء استفاده و به حقوق و آزادیهای افراد تجاوز کند. تجربه‌های بشری در طول تاریخ و انکشافات در مفکوره آزادی و دموکراسی نهایتاً به پرینسیپ قانونی بودن جرایم و جزاها انجامید تا هم حکومت حدود خود را در تحدید حقوق و آزادیها به دقت بداند و هم شهروندان از پیش انواع نورمهای مهم اجتماع و عواقب تخطی از آنها را بدانند. حتی وقتی که حکومت سوء نیت هم ندارد نبود یک قانون قابل فهم برای همه و فراگیر سبب آنارشیسم قضایی و آرای متهافت می‌شود. در این حالت آن چیزی که سرنوشت شهروندان را تعیین خواهد کرد چیزی خواهد بود شبیه به چانس.

در یک تفسیر، می‌توان ریشه این پرینسیپ را در اصل آزادی و اصله الاباحه (الاصل فی الاشياء الاباحه) دانست. اصل بر این است که انسانها آزادند که آنچه خود صحیح می‌دانند و دوست دارند انجام دهند، تا وقتی که این تطبیق آزادی سبب نشود که به آزادی و ارزشهای اساسی دیگران تجاوز گردد. تطبیق این حق طبیعی بشری نیازمند آن است که شهروندان از پیش به طور کاملاً صریح و شفاف حدود و خطوط قرمز را بدانند تا در منطقه الفراغ با فراغت بال آزادیهای خود را استیفا نمایند. تنها دانستن خطوط قرمز نیز کفایت نمی‌کند (قانونی بودن جرایم)، بلکه باید عقوبتهای تخطی از خطوط قرمز نیز از پیش به طور روشن بالای ایشان مشخص باشد تا آنگاه که آزادی خود را تطبیق می‌کنند و به ارتکاب عملی مصمم می‌شوند عقوبت را هم محاسبه کنند (قانونی بودن جزاها)

اگر بنا باشد آزادی و حقوق شهروندان در چوکات پیش گفته به طور کامل رعایت شود، دیگر صرف وجود یک قانون، با هر کیفیت و محتوایی، برای اسقاط این تکلیف از حکومت کفایت نمی‌کند. بلکه قانون باید واجد یک سری مشخصاتی باشد. اولاً باید در پارلمان تصویب شده باشد. زیرا گذشته از مفکوره مدرن تفکیک قوا، در بحث بسیار حساس و خطیر تحدید آزادیهای عمومی این حق همان عموم است که، البته از طریق نمایندگان مستقیمشان، در تعیین سرنوشت خود منشأ اثر باشند و در مورد خود تصمیم بگیرند. بدیهی است که آنان همواره در استیفاء این حق ارزشهای اعتقادی و کولتوری خود را نیز مد نظر دارند.

ثانیاً باید الفاظ آن قانون تا حد ممکن رسا و قابل فهم برای عموم مردم باشد. استفاده از عبارات تفسیر بردار، کشدار، مبهم و متناقض در قوانین با فلسفهٔ پرینسیپ فوق مغایر است. بدین سان است که واگذاری سرنوشت مردم در بخشی از جرایم به فقه حنفی که قابل فهم برای عموم مردم و حتی همگی قضات آیندهٔ افغانستان نیست خالی از ایراد به نظر نمی‌رسد. حق آن است که قانون‌گذار کاهلی نکند و با در نظر داشت تمامی منابع حقوق جزای افغانستان، که شریعت نیز - در کنار موازین بین‌المللی ای که افغانستان خود را به اجرای آنها ملزم کرده (المؤمنون عند شروطهم) - از جمله آن است، همان گونه که در تعزیرات قانون جزا تصویب کرده است در حدود و قصاص و دیت نیز به قانون‌گذاری اقدام کند.

یادآوری این نکته نیز خالی از فایده نیست که در حقوق جزا تنها مدرک تحدید حقوق و آزادیها «قانون» است. از همین حیث مطرح بودن سرنوشت انسانهاست که بر خلاف حقوق مدنی نمی‌توان در حقوق جزا به منابع تکمیلی ای چون قواعد شرعی ای که هنوز در پارلمان تصویب نشده اند یا عرف و عنعنه و آیینهای قومی استناد کرد. دیگر اینکه نباید از خاطر برد که بر اساس پرینسیپ فوق، قوانین باید به همان صراحت و سادگی که جرایم را تعریف می‌کنند جزاها را نیز بیان کنند. بر همین اساس فقرهٔ دوم مادهٔ دوازدهم قانون مبارزه با ارتشاء و فساد اداری به کلی محل انتقاد است:

در صورتی که برای یکی از تخلفات مندرج این قانون در قانون جزا و سایر قوانین مجازات پیش‌بینی نگردیده باشد، محکمه صلاحیت دارد مرتکب را با نظر داشت حالات ارتکاب جرم تعزیر نماید.

در برداشت جدیدتر نه تنها جرایم و جزاها باید منطبق بر قانون باشند، بلکه تدابیر امنیتی نیز باید قانونی باشند (برخلاف نظریهٔ دبستان اثبات‌گرایی). و نه فقط در ماهیت حقوق جزا باید ملتزم به این پرینسیپ باشد بلکه در شکل نیز تمامی پروسهٔ کشف، محاکمه و تطبیق حکم جزایی نیز باید این پرینسیپ را رعایت کند (due process of law). به عبارت دقیق‌تر این پرینسیپ را باید «پرینسیپ قانونی بودن جرایم، جزاها، تدابیر امنیتی، و پروسهٔ جزایی» نامید. با این توضیح ادعای آغازین این مبحث که در آن پرینسیپ قانونی بودن اصلی‌ترین ستون حقوق جزای مدرن دانسته شده گزافه به نظر نمی‌آید. همین گستردگی مفهوم و برجستگی و اهمیت است که سبب شده بسیاری از دانشمندان شأن این پرینسیپ را بسیار بالاتر از یکی از عناصر جرم (عنصر قانونی) بدانند و برای آن ارزشی بسیار والاتر از یکی از

عناصر سه گانه جرم قائل شوند. به نظر می رسد که باید «عنصر قانونی» جرم را انعکاس «پرنسیپ بسیار فراگیر قانونی بودن جرایم، جزاها، تدابیر و پروسه جزایی» در بحث ارکان جرم بدانیم.

از پرنسیپ قانونی بودن اصولی منشعب می شود که به نحوی نتیجه منطقی آن هستند. اولین اصل منشعب تفسیر مضیق قوانین جزایی است. اگر بنا باشد که جرایم و جزاها قانونی باشند نباید قانون آنچنان تفسیر شود که مواردی را شامل شود که منظور نظر قانون نبوده است و از این طریق مغایر روح پرنسیپ قانونی بودن اند. دیگر اصل منشعب عبارت است از اصل عدم رجعت قانون به ماقبل. اگر تنها قانون است که می تواند با تعیین جرایم و جزاها حقوق و آزادیهای افراد را محدود کند، تا شهروندان با اطلاع قبلی بتوانند تصمیم گیری کنند، در این صورت قانون محدودکننده حقوق و آزادیها تنها می تواند که نسبت به آینده تأثیر داشته باشد، نه نسبت به گذشته که در آن فرض بر اباحت بود.

## گفتار دوم: تفسیر قوانین جزایی

### تبصره

همان طور که پیش تر گفتیم استفاده از عبارات تفسیربردار و مبهمی که هر کس به سلیقه خود می تواند برداشت متفاوتی از آن داشته باشد با روح پرنسیپ قانونی بودن جرایم و جزاها مغایر است. به همین دلیل قانون گذار تلاش می کند که همواره با روشن ترین و صریح ترین عبارات مقصود خود را بیان کند. با این حال، بر فرض که بتواند از عهده این مهم بر بیاید، از یک سوی غبار گذر زمان گاهی منظور اصلی و عبارات به کار برده شده در قانون را برای نسل جدید در محاق می برد و از سوی دیگر نمی توان از قانون گذار توقع داشت که تمامی انکشافات و حوادث آینده را که به قانون ارتباط می گیرند پیش بینی کرده و حکمش را بالای آنها در الفاظ قانون شامل سازد. از این روست که ضرورت تفسیر قوانین مطرح می شود. پرسش این است که کدام یک از میتودهای تفسیری در اینجا قابلیت تطبیق دارند؟

پیش از پاسخ به این پرسش مهم ترین میتودهای تفسیری مربوط را به طور خلاصه معرفی می کنیم. حفظ حقوق و آزادیهای متهم اقتضا می کند که برداشت از قوانین مصوب حدودی داشته باشد. به گونه ای که چنان عمل نگردد که همواره این ترس وجود داشته باشد که هر عملی یا امتناع از عملی را بتوان یک جوری به یکی از قوانین موضوعه منتسب کرد و آن را به مجازات رساند. اما اینکه واقعاً این حدود برداشت از قوانین مصوب چیستند مورد اختلاف علماست و آنان در این باره بر اساس عقاید و مفکوره اجتماعی خود و میزان علاقه و اهمیتی که به حفظ حقوق فردی در برابر حقوق و منافع جامعه و دولت می دهند هر میتود تفسیری را مجاز نمی دانند.

پیش از هر چیز باید میان دو میتود کلی تفاوت قائل شویم. میتود اول تفسیر مضیق و میتود دیگر تفسیر موسع قیاسی است. در معرض خطر قرار داشتن حقوق و آزادیهای انفرادی در حقوق جزا اقتضا دارد که میتود تفسیر و برداشت از قوانین با میتود پذیرفته شده در حقوق مدنی متفاوت باشد. در حقیقت حقوق مدنی به دنبال حل اختلافات خصوصی شهروندان با استفاده از قواعد خاص خود است. اختلافات نباید باقی بمانند و حل آنها همین که بر اساس قواعد باشند کافی است. ایرادی پیش نمی آید اگر قواعد حل کننده اختلاف از طریق قیاس مستنبط العله یا تنقیح مناط از متن قانون به دست آمده باشد. اما در حقوق جزا از نظر تاریخی حکومتهای دیکتاتور و فاشیستی اند که به چنین میتودهایی علاقه زیادی داشته اند تا با تمثیلی

دانستن و نه حصری دانستن سیاهه جرایم و جزاها کوچکترین حرکت‌های ناخوشایند را سرکوب کنند. برای مثال ماده ۱۶ قانون مجازات دولت شوروی سابق مقرر می‌داشت

«هر گاه عملی که برای جامعه خطرناک است به طور صریح در این قانون پیش‌بینی نشده باشد، مبنای عمل جرمی و حدود مسئولیت مرتکب از روی جرایمی که بیشتر با آن شباهت دارد تعیین خواهد شد.»

دولت ناسیونال سوسیالیست آلمان نیز پا را از این نیز فراتر گذاشته بود و صراحتاً پیش‌بینی کرده بود که هر کس مرتکب فعلی شود که بر اساس قوانین جزایی یا بر طبق اصول اساسی قانون جزا و احساسات و عواطف سالم ملت آلمان جرم باشد به مجازات خواهد رسید!

حکومت‌هایی که دموکراسی و حقوق و آزادی‌های انفرادی را به مثابه ارزش پذیرفته‌اند تفسیر موسع از قوانین جزایی را باطل و قیاس مستنبط‌العله را فاقد هر جایگاهی در حقوق جزا می‌دانند. حال پرسش اساسی این است که اگر میتود پذیرفته شده در حقوق جزا میتود تفسیر مضیق است، محتوای این میتود چیست؟ در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد و حداقل دو نظریه مهم کاملاً متغایر وجود دارد. پیش از آن که به توضیح این نظریات پردازیم باید اعلام کنیم که متأسفانه در این بحث نمی‌توانیم موضع حقوق جزای افغانستان را کشف کنیم. زیرا میتود تطبیق‌شده تفسیر قوانین جزایی را باید در احکام و فیصله‌های صادره از سوی ستره محکمه جست و جو کرد که در مقام حل اختلاف برداشت محاکم مادون از متون قانون صادر شده‌اند. در زمان فعلی این فیصله‌ها در دسترس نیستند.

اولین میتود که به شدت بر اصل تفکیک قوا مبتنی است و مقبول دبستان کلاسیک است «تفسیر تحت اللفظی» نام دارد. در این تفسیر کوشش می‌شود از منطوق صریح قوانین فراتر رفته نشود. در این نظر، الفاظ قانون کامل است و قانون هیچ ایراد و نقصی ندارد و قانون‌گذار قادر است که هر آنچه بخواهد در لفظ آورد. اگر نیاورده حکمتی داشته است. بدین سان، قانون از قانون‌گذار جدا می‌شود و به مثابه شخصیتی مستقل تلقی می‌شود که عبارات آن و مفهومی که ادا می‌کنند موضوعیت دارند و حتی اگر با مراجعه به سوابق تصویب و محضر جلسات تهیه‌کنندگان قانون بتوان به این نتیجه رسید که قانون‌گذار منظور دیگری از بیان مطلب اراده کرده بوده و در متن قانون چیز دیگری آمده آنچه هنوز حجیت دارد متن قانون است. هر گاه از متن قانون چیزی بر نیاید یا متن قانون دچار سکوت یا اجمال باشد این به نفع متهم تفسیر می‌شود. به عبارت دیگر، تخنیک «تفسیر به نفع متهم» مشکلات برداشت قاضی از لفظ قانون را حل می‌کند. بر میتود تفسیر تحت اللفظی انتقاد شده است چرا که اولاً قانون را

بدون نقص می‌داند در حالی که واقعیت اینگونه نیست و قانون‌گذار نیز از خطا و سهو مصون نیست و بعضاً نواقص و ایراداتی در قانون راه می‌یابد که موجب شگفتی همگان می‌شود<sup>4</sup> و ثانیاً موجب یک جمود متعصبانه و افراطی بر متون کهنه گردیده و راه را بر پویایی و انکشاف حقوق همگام با انکشافات اجتماع می‌بندد.

میتود دوم تفسیر غایی است.<sup>5</sup> در این میتود کشف منظور قانون‌گذار اصالت دارد؛ به نحوی که اگر بتوان بر اساس سوابق قانونی، پیش‌نویس لوایح، صورت محاضر کمیسیونهای ذی‌دخل در تصویب قانون و صورت مذاکرات پارلمان، منظور و مراد قانون‌گذار را از طریق دستیابی به علت حکم کشف کرد، در آن صورت اگر در مورد ابهام و اجمال آن علت حکم موجود باشد حکم ثابت است و گرنه حکم منتهی است. خطری که این میتود دارد این است که اگر کشف علت از طریق مکانیسمهای مصرح و منصوص صورت نگیرد و به قدر متیقن اکتفا نشود به ورطه تفسیر قیاسی مبتلا می‌شود. از نگاه میتود تفسیر غایی نمی‌توان هر دم به اصل تفسیر شک به نفع متهم (in dubio pro reo) متوسل شد. زیرا تا آنجا که منظور و مراد قانون صریحاً روشن است به آن عمل می‌شود و در موارد ابهام و اجمال نیز قاضی مکلف است از طریق مکانیسمهای پیش‌گفته مقصد و منظور قانون‌گذار را کشف کند و آن را تطبیق کند؛ حتی اگر به ضرر متهم باشد. در این میتود اصل تفسیر شک به نفع متهم که نتیجه مستقیم پرینسیپ برائت است فقط پس از تلاش قاضی در کشف مقصد قانون‌گذار و عدم توفیق در آن، به مثابه یک اصل عملی، به کمک قاضی می‌آید. بنائاً، قاضی باید تمام مفهوم و مقصد قانون را بدون آنکه چیزی به آن بیفزاید یا از آن بکاهد تطبیق کند.

<sup>4</sup> این ایرادات و نواقص گاه آنچنان بدیهی و پیش‌پاافتاده است که موجب شگفتی می‌شود. برای مثال، ماده بیست و هفتم قانون جزا در مقام تعریف جرایم ناشی از ترک فعل می‌گوید جرایمی که عنصر مادی آنها عبارت است از «امتناع از عمل مخالف با قانون»! اضافه کنید به چنین خطاهای شکلی و نگارشی، بسیاری از اشتباهات ماهوی قانون‌گذار را. برای مثال از همین ماده فوق به سختی می‌توان با یک تفسیر متعصبانه لفظی «جرایم حالت» (مثلاً عضویت در دسته‌های جنایتکار موضوع ماده دو صد و سیزده) را که توسط خود قانون‌گذار در همین قانون جرم دانسته شده استخراج کرد.

<sup>5</sup> Teleological interpretation



## گفتار سوم: عدم رجعت قانون به ما قبل

### مواد مرتبط

#### ماده بیست و هفتم قانون اساسی

هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد.

...

هیچ شخص را نمی‌توان مجازات نمود مگر به حکم محکمه باصلاحیت و مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.

#### ماده سوم قانون جزا

هیچ کس را نمی‌توان مجازات نمود مگر مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.

#### ماده بیست و یکم قانون جزا

۱. مرتکب جرم به موجب قانونی مجازات می‌شود که در وقت ارتکاب فعل نافذ باشد مگر اینکه قبل از صدور حکم قطعی قانون جدیدی که به نفع متهم باشد نافذ گردد.
۲. اگر بعد از صدور حکم قطعی قانونی نافذ گردد که به موجب آن فعلی را که متهم به ارتکاب آن محکوم به جزا گردیده قابل مجازات نداند تنفیذ حکم متوقف و آثار جزایی مرتب [مترتب؟] بر آن از بین می‌رود.

#### ماده بیست و دوم قانون جزا

هر گاه شخص از ارتکاب عملی به موجب قانون مؤقت که نفاذ آن به تاریخ معین خاتمه می‌یابد محکوم به جزا گردد، ختم تاریخ نفاذ قانون مؤقت مانع سیر محاکمه و تطبیق جزا نمی‌گردد.

## تبصره

منظور از عدم رجعت قوانین به ماقبل، یا به تعبیر حقوق اسلامی «قبح عقاب بلا بیان»، این است که قاضی نباید حکم قانون لاحق را به مصادیق سابق تسری دهد. در حقوق مدنی نیز این اصل تطبیق می‌شود تا از حقوق مکتسبه قانونی افراد که از مجاری قانونی به دست آمده در برابر تغییرات بعدی قانون حفاظت شود. بنائاً، ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد که «۱. احکام قانون بعد از نشر قابل تطبیق می‌گردد. ۲. احکام قانون به ما قبل رجعت نمی‌کند، مگر در حالاتی که در خود قانون تصریح شده و یا احکام آن متعلق به نظام عامه باشد.» همان طور که این ماده تصریح کرده در حقوق مدنی تطبیق این اصل استثنائاتی دارد؛ اما قاعده اصلی در حقوق جزا این است که تا آنجا که قانون جدید شرایط ماهوی و شکلی اجرای عدالت را بر متهم تنگ‌تر کنند قابل رجعت به گذشته نیستند.

### الف) عدم رجعت قوانین متنی به ماقبل

باید متذکر شد که اصل بر این است که قوانین متنی (ماهوی) به ما قبل رجعت نکنند. زیرا از آنجا که این قوانین معمولاً به تعریف و توصیف جرایم و ضمانت‌اجراهای آن پرداخته و قواعد راجع به تشدید و تخفیف و تعلیق جرایم را تنسیق و تنظیم می‌کنند، ماهیتاً به حقوق و آزادیهای شهروندان تأثیر می‌گذارند و بنائاً اگر قانون لاحق عمل مباحی را جرم‌انگاری کند یا اینکه مجازات جرمی را تشدید کند به ماقبل رجعت نمی‌کند.

با این حال، عدم رجعت قوانین متنی به ماقبل استثنائاتی دارد. برای مثال، اگر قانون لاحق مساعد به حال متهم یا مجرم باشد، مثلاً عمل جرمی را مباح کند یا اینکه وضعیت متهم را به شکلی مساعدتر کند (مثلاً مجازات را تخفیف دهد، احوال مشدده جرم را حذف کند، به قاضی اختیار تخفیف مجازات یا تعلیق تنفیذ مجازات دهد، احوال مخففه جدید یا عذرهای معاف‌کننده تازه‌ای را برای جرم در نظر گیرد، ...) به سابق رجعت می‌کند. چرا که از یک سوی جامعه با کنار گذاشتن واکنش شدید قبلی به آن عمل یا امتناع به طور ضمنی اعلام می‌کند که دیگر همانند سابق نظم عمومی خود را به واسطه آن عمل یا امتناع در معرض خطر نمی‌بیند.

از سوی دیگر، تطبیق قانون مساعد با روحیه رأفت‌آمیز و بشردوستانه نیز سازگار است. چرا که از این طریق همانگونه که مجرمان جدید دیگر به واسطه آن عمل مجازات نخواهند شد یا اینکه با واکنش مساعدتری مواجه خواهند بود، انصاف اقتضا دارد مجرمان سابق نیز از این

امتیاز برخوردار شوند و در فرض اینکه عمل دیگر جرم نباشد تعقیب یا تطبیق مجازاتشان متوقف شود و در فرض اینکه واکنش حذف نشده بلکه مساعدتر شده آنان نیز چه در مرحله تعقیب و چه در مرحله تطبیق جزا بتوانند از وضعیت تازه مستفید شوند.

حقوق جزای افغانستان در ماده بیست و یکم خود به این مسئله پرداخته و به جز یک حالت از حالات فوق در تمامی دیگر حالتها رجعت قانون مساعد را به ماقبل پذیرفته است. بنا بر ماده فوق، تاریخ نفاذ قانون مساعد یا پیش از صدور حکمی قطعی است و یا پس از آن. اگر پیش از صدور حکم قطعی باشد، محکوم علیه هم می تواند از قانون مساعد لاحق «جرم زدا» و هم از قانون مساعد لاحق «اخف» برخوردار شود. اما اگر تاریخ نفاذ قانون مساعد لاحق پس از صدور حکم قطعی باشد فقط در صورتی می تواند از آن برخوردار گردد که آن قانون جرم زدا باشد، یعنی عملی را که به واسطه آن او محکوم شده مباح نماید. بناً بر اساس مفهوم مخالف فقره ۲ ماده بیست و یکم قانون جزا اگر پس از صدور حکم قطعی قانون لاحق نافذ گردد و فقط مجازات یا به طور کلی واکنش را تخفیف دهد (نه آنکه جرم را مباح کند) مجرم حق برخورداری از آن را ندارد. این موضع قانون گذار خالی از انتقاد نیست.

گفته شده که قوانین مساعد به حال متهم یا مجرم که پس از قوانین شدید مؤقت نافذ می گردند به ماقبل رجعت نمی کنند. ماده بیست و دوم قانون جزا مقرر می دارد که

«هر گاه شخص از ارتکاب عملی به موجب قانون مؤقت که نفاذ آن به تاریخ معین خاتمه می یابد محکوم به جزا گردد، ختم تاریخ نفاذ قانون مؤقت مانع سیر محاکمه و تطبیق جزا نمی گردد.»

توضیح اینکه مواردی پیش می آید که قانون گذار به واسطه وضعیت خاص اجتماعی، مثلاً جنگ یا بحران اقتصادی، به طور مؤقت به وضع نورمهایی می پردازد. مثلاً فرض کنید که به واسطه هجوم خیل آوارگان جنگی از منطقه ای به منطقه دیگر و به وجود آمدن بحران در اسکان آنان قانون مقرر بدارد که مالکان خانه در منطقه ای که آوارگان وارد آن شده اند اجازه ندارند که بدون دلیل از اجاره خانه خود امتناع ورزند یا اینکه اجاره بهایی بلندتر از نرخ مصوب مطالبه نمایند. چنین قانونی ماهیتاً تا رفع این موقعیت اضطراری می تواند معتبر باشد و آنگاه که اجرای این قانون به جهت انتفاء موضوع منتهی شد یا به هر نحوی تعدیل گردید اصل این است که به ماقبل رجعت کند چرا که مساعد به حال مجرم یا متهم است و عدم رجعت آن به ماسبق منطقی به نظر نمی رسد. چرا که عدم رجعت در این حالت ماهیتاً استمرار سیاست جزایی شدید دوران مؤقت به زمانی است که دیگر نیازی به شدت عمل سابق نیست.

تمامی قوانین لاحق مساعد، چه مؤقت چه غیر مؤقت، نشان از عقب نشینی دولت از یک سیاست جزایی شدید است و اگر این عقب‌نشینی را در قوانین مساعد مؤقت نپذیریم در قوانین غیر مؤقت نیز نباید بپذیریم.

استثناء دوم وقتی است که قانون جدید قانون تفسیری باشد. یعنی اینکه قانون سابق را تفسیر و تشریح نماید. در این فرض قانون جدید به سابق رجعت می‌کند، چرا که قانون لاحق در حقیقت قانون جدیدی نیست، بلکه نکات ابهام و مقصد قانون سابق را روشن می‌کند. این در صورتی است که قانون‌گذار در پوشش قانون تفسیری قانون کاملاً تازه‌ای را تصویب نکند و یا قانون سابق را به گونه‌ای تفسیر نکند که برای شهروندان تکالیفی ایجاد کند یا تعهدات آنان را شدیدتر نماید. در این فرض تطبیق چنین قانونی با روح پرینسیپ قانونی بودن مغایر خواهد بود.

#### ب) رجعت قوانین شکلی به ماقبل

بر عکس قوانین متنی که اصل بر عدم رجعت آنان به ماقبل است (مگر اینکه مساعد یا تفسیری باشند)، عدم رجعت قوانین شکلی به ماقبل یک استثناءست. معمولاً قوانین شکلی اصول و قواعد کلی مقررات راجع به صلاحیت و نحوه دادرسی را تشریح می‌کنند. گرایش کلی قوانین لاحق شکلی اصلاح امور است به نحوی که با استفاده از تجربیات گذشته به شکل بهتری حقوق متهم رعایت شود و عدالت به نحو بهتری تطبیق گردد. جدای از آن این قوانین از قواعد آمره بوده و ارتباط مستقیم به نظم عمومی دارند و باید فوراً اجرا شوند. از این روست که اصل کلی این است که قوانین شکلی به ما سبق رجعت کنند.

اما باید توجه داشت که همیشه این گونه نیست. حتی حکومت‌های دموکراتیک در مقاطع خاصی از حیات سیاسی خود، معمولاً در همان آغاز، دست به وضع قوانین شکلی و ایجاد صلاحیتهای دادرسی می‌زنند که جنبه سرکوبگرانه و مصلحت حفظ نظام سیاسی در آن بر تأمین بهتر حقوق متهم و تطبیق مساعدتر عدالت غلبه دارد. همچنین امکان دارد که اصلاحات شکلی دادرسی حقوق مکتسبه متهمان را نیز تحت الشعاع قرار دهند؛ مثلاً میعاد استیناف یا تجدید نظر خواهی را کاهش دهند یا رسیدگی فرجامی را حذف کنند و یا ادله اثباتیه جرم را آسان‌تر کنند. در چنین مواردی، اگر محاکمه متهم آغاز شده باشد رجعت قانون به ماقبل نافی حقوق مکتسبه او و محل تأمل است.

به عنوان نکته پایانی بحث عدم رجعت قانون به ماقبل و استثنائات آن، تذکر این نکته ضروری

به نظر می‌رسد که یکی از پیچیده‌ترین مباحث حقوقی بحث کلی‌تر «تعارض قوانین در زمان» است. قواعد رهنمای این گفتار قضات را بی‌نیاز از توجه دقیق به تاریخ نفاذ قوانین و تصریحات خود قانون‌گذار نسبت به رجعت یا عدم رجعت قانون به ماقبل — که احتمالاً همیشه منطبق بر معیارهای حقوقی این بحث نیست — نمی‌کند. جدای از این، راهنمایی قانون‌گذار از این حیث همواره نیز آنچنان راهگشا نیست. چرا که مرسوم است که به انشای جمله آسان و کلیشه‌ای «تمامی احکام مغایر با احکام این قانون ملغی می‌شود» اکتفا کرده و وظیفه سنگین یافتن رابطه و نسبت هر حکم با «تمامی» احکام گذشته را از یک طرف، و رعایت غبطه متهم از جهت برخورداری او از امتیازات مساعدتر و صیانت از حقوق مکتسبه او را از طرف دیگر به قضات واگذار می‌کند.

## مباحثه

- تأثیر عرف را در حقوق جزا و حقوق مدنی با هم مقایسه کنید؟ ضمن تفکیک این تأثیر در امور حکمی و امور موضوعی بگویید برای چی این تأثیر در حقوق جزا و حقوق مدنی متفاوت است؟
- به نظر شما نهادهایی مانند پشتونوالی در کولتور جزایی افغانستان چه فوائد و چه مضاری دارند؟
- فقه حنفی چه شباهتها و چه تفاوتهایی با قانون دارد؟ کدام یک را ترجیح می دهید؟ به چه دلیل؟
- آیا می توانید موادی را از قانون جزا مثال بزنید که در آنها از عبارات مبهم و نامفهومی استفاده شده که هر فرد می تواند مطابق با سلیقه خود برداشت متفاوتی از آن بکند؟
- طرفدار کدام یک از میتوذهای تفسیر قوانین جزایی هستید؟ چرا؟
- با رجعت قوانین مساعد به حال متهم یا مجرم به ماقبل موافقید یا مخالف؟ به چه دلیل؟

**بخش دوم:**

**نظریه عمومی جرم**





## طرح بحث: ساختار نظریه عمومی جرم

همانطور که در بحث پرنسیپ قانونی بودن جرایم و جزاها گفته آمد، تنها در صورتی می‌توان رفتاری را جرم دانست و برای آن مجازات تعیین کرد که از پیش قانونی در این باره وجود داشته باشد. قانون باید به صراحت موقعیتهای خاصی را به طور دقیق و صریح جرم دانسته باشد و برای آنها جزای مشخصی را در نظر گرفته باشد. اقتضای پرنسیپ قانونی بودن همه جرایم این است که تک تک جرایم ریشه در قانون داشته باشند. شرایط قانونی تحقق یک جرم خاص را «عنصر قانونی» آن جرم می‌نامند. محتوای عنصر قانونی جرم تمامی پیش شرطهای عینی و ذهنی تحقق یک جرم است. یعنی قانون‌گذار است که تعیین می‌کند که برای تحقق قانونی فلان جرم چه وضعیتهای فیزیکی و مادی‌ای باید به وجود آمده باشد (عنصر مادی) و آفریننده آن وضعیتهای و موقعیتهای چه شرایط ذهنی و روانی‌ای باید داشته باشد (عنصر معنوی).

بنابراین می‌بینیم به چه نحو قانون بر تمامی ارکان جرم سایه می‌افکند. چرا که رکن مادی و معنوی جرم نیز چیزی خارج از رکن قانونی آن نیست. به اشتباه تصور می‌شود که رکن قانونی تنها وجود قانون درباره یک جرم است و رکن مادی و معنوی چیزی علی‌حده و جدای از رکن قانونی. اما اگر نیک نگریسته شود همان قانون موجود درباره یک عمل جرمی است که رکن مادی (شرایط مادی تحقق جرم) و رکن معنوی (شرایط ذهنی و روانی فاعل) آن را مشخص می‌کند. در حقیقت محتوای رکن قانونی یک جرم خاص چیزی نیست به جز تعیین شرایط عینی و ذهنی تحقق قانونی یک جرم که نفس وجود چنین مقرر قانونی تعیین‌کننده این شرایط عینی و ذهنی به دلیل التزام نظام عدالت جزایی به پرنسیپ قانونی بودن جرایم است. با این تفصیل و با توجه به مطالبی که در بخش قبل راجع به پرنسیپ قانونی بودن جرایم و جزاها گفته شد، نیاز بیشتری به بحث راجع به رکنی به نام «رکن قانونی» جرم وجود ندارد.

تحقق شرایط مادی و معنوی برای موقعیتهای جرم‌انگاری شده کافی نیست. باید ارتکاب آن عمل نامشروع، به ناحق و غیر موجه باشد. چرا که موقعیتهایی وجود دارد که عین ارتکاب شرایط مادی و معنوی جرم را قانون‌گذار اجازه داده و یا حتی واجب می‌داند؛ مثلاً آنگاه که شرایط عینی و ذهنی جرم قتل فوق در مقام دفاع مشروع یا اطاعت از امر قانونی مقام صلاحیت‌دار صورت گرفته باشد. بنابراین نفس به فعلیت رساندن شرایط مادی مصرح در قانون در حالت روانی مورد نیاز از

دیدگاه قانون گذار کافی نیست بلکه باید قانون گذار از این تحقق شرایط مادی و معنوی در جای دیگری رفع اثر جزایی نکرده باشد و رفتار همچنان مغایر با قانون بوده باشد.

در صورتی که قانون گذار تحقق شرایط عینی و ذهنی را خود اجازه داده باشد یا لازم بداند، دیگر صحبت از جرم نمی توان کرد. چرا که در این حالت جرم با حکم قانون گذار پدید آمده و با حکم وی نیز از بین رفته است. وی ارتکاب رفتارهایی را که در حالت عادی جرم است در برخی اوضاع و احوال خاص که خود آن را دقیقاً تعیین کرده، جرم نمی داند. او آن افعال را مباح می داند. بررسی و تعریف این اوضاع و احوال خاص موضوع بحث دیگری خواهد بود با عنوان «زوال ممنوعیت قانونی یا عوامل موجهه جرم» در فصل سوم این بخش به آن پرداخته خواهد شد.

با جمع شرایط فوق جرم به وجود می آید اما برای مجازات کردن این جرم هنوز یک شرط دیگر لازم است. ارتکاب شرایط عینی و ذهنی قانونی که در جای دیگر مباح نشده اند در صورتی قابل مجازات خواهد بود که مرتکب آن واجد «تقصیر» باشد (صغیر یا مجبور یا معنون... نباشد). ضروری است که هم اکنون اسباب زوال رکن قانونی را از اسباب شخصی عدم مسئولیت یا موانع مسئولیت جزایی (جنون، صغر،...) باز شناسیم. دسته اخیر عواملی اند که در هنگام تعیین مسئولیت جزایی برای یک رفتار جرمی در نظر گرفته می شوند. در حالیکه به سبب عوامل موجهه جرم اصولاً جرمی به وجود نمی آید که بحث مسئولیت جزایی پیش آید. عوامل موجهه یا «اسباب اباحت» سبب می شوند تا که جرمی از ابتدا به وجود نیاید. اما «اسباب مانع مسئولیت» سبب می شوند که به مصالحی جرم به وجود آمده را مجازات نکنیم. فایده این تفکیک هنگامی است که بیش از یک نفر در ارتکاب عملی شرکت داشته باشند. در حالت اول چون جرمی تحقق نیافته همگی تبرئه می شوند اما در حالت دوم جرم موجود است و تنها کسانی از مجازات رهایی خواهند یافت که واجد آن سبب یا مصلحت خاصی باشند که به حکم قانون موجب عدم تقصیر و مسئولیت می شود. بنائاً در فصل چهارم این بخش شرط «تقصیر» را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

بنائاً خلاصه نظام نظریه عمومی جرم از این قرار است: قانون در مقام تنها مرجع صالح تعیین جرم و جزا شرایطی را که برای تحقق یک موقعیت جرمی لازم می داند تعیین می کند. این شرایط تا آنجا که به امور خارجی و مادی جرم بر می گردند رکن مادی جرم اند و تا آنجا که وضعیت ارادی و ذهنی مجرم را مشخص می کنند رکن روانی یا معنوی آن جرم اند. اما برای

جرم تلقی شدن، این شرایط عینی و ذهنی نباید در برخی اوضاع و احوال قانونی خاص که ارتکاب رفتار را مجاز یا حتی واجب ساخته و بدین طریق رکن ممنوعیت قانونی را زائل می‌سازند صورت گرفته باشند (ارتکاب شرایط عینی و ذهنی به سبب ایفای وظیفه، دفاع مشروع، و مواردی خاص از تأثیر رضایت مجنی‌علیه). تحقق این ۳ پیش شرط (وجود رفتار منطبق با تعریف قانون، وجود حالت ذهنی منطبق با تعریف قانون و مغایرت داشتن این رفتار و حالت ذهنی با قانون) جرم را به وجود می‌آورند. تازه در این زمان است که بحث مسئولیت جزایی مطرح می‌شود. قانون‌گذار در صورتی مرتکب جرم فوق را مجازت خواهد کرد که وی واجد تقصیر باشد (مجنون، صغیر، و مکره نباشد؛ امر بر وی مشتبه نباشد و ناخواسته تحت تأثیر مسکر نیز نبوده باشد).

بدین سان در فصل اول این بخش به عنصر مادی یا شرایط عینی رفتار جرمی می‌پردازیم. فصل دوم را به عنصر روانی یا شرایط ذهنی رفتار جرمی اختصاص خواهیم داد. در فصل سوم حالات زوال ممنوعیت قانونی یا عوامل موجهه را بررسی می‌کنیم و در فصل چهارم به مسئولیت جزایی یا تقصیر خواهیم پرداخت.



## فصل یکم: عنصر مادی (شرایط عینی رفتار جرمی)

همان طور که پیش تر گفته شد، قاعدتاً، جرم وقتی پدید می آید که عناصر سه گانه آن متحقق باشند. عنصر مادی تجسم خارجی و مادی جرم است و از این جهت پیکر اصلی و ملموس جرم است. رفتاری است که در عالم خارج (عنصر مادی) توسط آدمی با حالت ذهنی خاص (عنصر روانی) ارتکاب می یابد و چنانچه آن رفتار (فعل، ترک فعل یا حالت) و آن حالت ذهنی با شرایط و ویژگیهای مندرج در قانون منطبق باشد (عنصر قانونی) آن رفتار در ساحة حقوق جزا قرار می گیرد. در گفتار یکم این فصل عنصر مادی را با تفصیل بیشتر خواهیم شناخت.

از سوی دیگر، آن اثر مادی ای که واجد تعاریف و شرایط قانونی است باید به یک عامل انسانی پیوند بخورد تا بحث مسئولیت جزایی قابل طرح باشد؛ آن اثر باید نتیجه رفتار عامدانه آن عامل انسانی یا نتیجه خطای جزایی او باشد. به عبارت دیگر، باید میان عمل عامل انسانی و اثر جرمی رابطه «سببیت» وجود داشته باشد. رابطه سببیت را در گفتار دوم این فصل مورد بررسی قرار خواهیم داد.

همواره چنین نیست که مرتکب به نتیجه منظور از عمل خود واصل شود. برخی عوامل خارجی و درونی ممکن است در این پروسه دخالت کرده و سبب شوند که هدف اولیه تحقق نیابد. با فرض وجود شرایط خاصی برخی از این «جرائم ناتمام» قابل مجازات خواهند بود، زیرا مقدار عمل ارتکاب یافته حالت خطرناک عامل انسانی عمل را به اثبات می رساند و دیگر از قانون توقع نمی رود که دست روی دست بگذارد تا جنایتکار جرم ناقص را تجربه توفیق

خود در آینده نماید. گفتار سوم این فصل به بررسی شروع به جرم، جرم ناممکن و جرم ناکام می‌پردازد.

موقعیت «اتفاق در جرم»، که در آن عده‌ای دور هم گرد می‌آیند و تصمیم بر ارتکاب جرم می‌گیرند، از حیث عنصر مادی بحث‌انگیز است. قانون‌گذار صرف همین اراده جمعی را جرم دانسته بدون اینکه به مرحله عمل رسیده باشد. عنصر مادی در این دسته از جرایم (موضوع مواد چهل و نهم تا پنجاه و دوم قانون جزا) چگونه تحلیل می‌شود؟ بدین سان، اتفاق در جرم تکمله این فصل خواهد بود.

## گفتار یکم: عنصر مادی و اقسام آن (فعل یا ترک فعل)

### مواد مرتبط به اقسام عنصر مادی

#### ماده بیست و هفتم قانون جزا

عنصر مادی جرم عبارت است از ارتکاب یا امتناع از عمل مخالف قانون است به نحوی که عمل منجر به نتیجه جرمی گردیده و رابطه سببیت بین عمل و نتیجه موجود شده باشد.

#### ماده سی و پنجم قانون جزا

۱. ...

۲. جرم در حالات آتی نیز عمدی شمرده می شود:

۱. در حالتی که شخص به موجب قانون یا موافقت به انجام وظیفه مکلفیت داشته باشد و از ایفای آن عمداً امتناع ورزد، به نحوی که امتناع وی مستقیماً منجر به وقوع جرم گردد.

#### ماده سه صد و پنجاه و چهارم قانون جزا

شخصی که هنگام وقوع حریق یا حادثه بزرگ دیگری با وجود تقاضای موظف خدمات عامه بدون عذر معقول از معاونت امتناع ورزد، به حبسی که از شش ماه بیشتر نباشد و جزای نقدی ای که از شش هزار افغانی تجاوز نکند و یا به یکی از این دو جزا محکوم می گردد.

#### ماده هفتاد و هشتم قانون ترافیک جاده

با رعایت احکام سایر قوانین، اشخاصی که در محل حادثه موجود بوده و از معاونت لازم و در حدود توان با مجروح و سایر کمکهای لازم امتناع ورزد به حبس الی سه ماه و جزای نقدی الی سه هزار افغانی یا یکی از این دو جزا محکوم می گردد.

### ماده سه صد و پنجاه و پنجم قانون جزا

شخصی که به حکم قانون یا موافقه به محافظت شخصی که به سبب صغر سن یا شیخوخیت یا حالت صحتی یا روحی و یا عقلی عاجز باشد مکلف شناخته شود، بدون عذر معقول از ادای وجبیه خود امتناع ورزد، به حبس قصیر و جزای نقدی ای که از دوازده هزار افغانی تجاوز نکند و یا به یکی از این دو جزا محکوم می گردد.

### ماده سه صد و پنجاه و هفتم

۱. شخصی که متکفل طفلی بوده و بعد از مطالبه شخص دیگری که به اساس قرار یا حکم محکمه حضانت یا حفاظت طفل به او انتقال یافته، طفل را به وی تسلیم نکند، به حبس قصیر یا جزای نقدی که از سه هزار افغانی کمتر و از دوازده هزار افغانی بیشتر نباشد محکوم می گردد.

گر چه شخص متکفل یکی از والدین یا جدین طفل باشد.

۲. ....

### ماده سه صد و پنجاه و نهم

۱. هر گاه بالای یک شخص به منظور ادای نفقه زوجه یا یکی از اصول یا فروع وی یا دیگری یا به منظور ادای اجرت حضانت یا رضاعت یا سکونت حکم واجب التنفیذ محکمه صادر شده باشد، تا مدت یک ماه بعد از ابلاغ حکم با وجود قدرت به ادای آن از تأدیة آن امتناع ورزد، به حبس قصیر و جزای نقدی ای که از پنج هزار افغانی تجاوز نکند یا به یکی از این دو محکوم می گردد.

۲. ...

۳. ....



### ماده بیستم قانون جزای عسکری

۱. هر گاه منسوب عسکری از اجرای امر قانونی آمر صریحاً امتناع ورزد یا عمداً از اجرای آن خودداری نماید، این عمل وی عدم اطاعت پنداشته شده، حسب احوال به جزای حبس از شش ماه الی یک سال محکوم می‌گردد.
۲. ....

### ماده سه صد و هشتاد و یکم

۱. شخصی که قانوناً به اطلاع یک امر به یکی از موظفین خدمات عامه یا به اطلاع امور معلوم مکلف باشد و عمداً از اطلاع آن به کیفیت مطلوب و در وقت معین قانونی امتناع ورزد، حسب احوال به حبس متوسط که از دو سال بیشتر نباشد یا جزای نقدی که از بیست و چهار هزار افغانی تجاوز نکند محکوم می‌گردد.
۲. هر گاه موظف خدمات عامه که به کشف جرایم و گرفتاری مجرم موظف گردیده و در اطلاع جرایم مذکور بعد از علم اهمال ورزد به جزای مندرج فقره فوق محکوم می‌گردد؛ مشروط بر اینکه در جرم مذکور تقدیم دعوا معلق به شکایت نباشد یا مجرم زوج یا یکی از اصول یا فروع یا برادر یا خواهر یا از محارم مصاهرت موظف خدمات عامه باشد.

### ماده سه صد و پنجاه و هشتم

۱. ...
۲. اگر شخصی طفل یا عاجز را در محل غیر مسکون رها نماید به حبس متوسط محکوم می‌گردد گرچه جرم مذکور توسط یکی از والدین یا شخصی که متکفل حفاظت یا رعایت او باشد ارتکاب گردیده باشد.
۳. اگر به اثر ارتکاب جرم مندرج فقره ۲ این ماده مجنی علیه معلول یا فوت گردد و مرتکب قصد آن را نداشته باشد، به جزای پیش‌بینی شده ضرب منجر به معلولیت یا مرگ حسب احوال محکوم می‌شود.

۴. اگر طفل یا عاجز از تغذیه یا پرستاری ای که مقتضی حالت اوست عمداً محروم ساخته شود و حیات او به اثر آن به خطر مواجه گردد مرتکب به جزای مندرج فقره ۳ این ماده محکوم می گردد.

## تبصره

یکی از عناصر جرم عنصر مادی است. بدین معنا که ممنوعیتهای جزایی مندرج در قانون باید از مرحله فکر و اندیشه گذشته و صورت خارجی پیدا کنند. فکر و اندیشه را نمی توان مجازات کرد. چرا که اولاً فکر و اندیشه در کنترل کامل آدمی قرار ندارد و انسانهای ملتزم به قانون نیز گاهی به ذهنشان افکار بد و نامربوط خطور می کند؛ ثانیاً، حقوق بر عکس اخلاق متصدی حفظ نظم جامعه است و تا وقتی که افکار پلید و مجرمانه به اندازه کافی صورت خارجی نیابند نظم جامعه به هم نخورده است و ضرری متوجه اجتماع نشده است. ثالثاً، بر افکار و اندیشه های آدمیان دیگران راهی ندارند و افکار مجرمانه تا وقتی که جامعه عمل نپوشیده اند قابل اثبات نیستند؛ به رسمیت شناختن «جرایم اندیشه» راه را برای رجعت به تجربیات تلخ «تفتیش عقاید» و حکومت های خود کامه ای که بشر در قرون متمادی دچار آنها بوده خواهد گشود. بناً به موجب یک اصل ابتدایی در بحث عنصر مادی «اندیشیدن جرم نیست؛ حتی اگر مجرمانه باشد» و ناگزیریم از تحقق خارجی رفتار جرمی. فقره ۲ ماده بیست و نهم قانون جزا به صراحت مقرر داشته است که «مجرد تصمیم به ارتکاب جرم یا اجرای اعمال مقدماتی شروع به جرم شناخته نمی شود.» اگر تصمیم به جرم شروع به جرم نیست پس به طریق اولی جرم تام هم نخواهد بود. در گفتار سوم این فصل (بحث شروع به جرم) خواهیم دید که هر جرم از زمانی که فکر آن به وجود می آید تا زمانی که کامل می شود چهار مرحله دارد. دو مرحله اول (فکر مجرمانه، تهیه مقدمات) قابل پیگرد نیستند و آنچه در محدوده حقوق جزا قرار دارد مراحل سوم و چهارم (آغاز عملیات اجرایی و تکمیل جرم) اند.

ماده بیست و هفتم قانون جزا در تعریف عنصر مادی آورده است که «عنصر مادی جرم عبارت است از ارتکاب یا امتناع از عمل مخالف قانون<sup>۶</sup>...» بناً عنصر مادی می تواند دو صورت داشته باشد: جرایمی که حالت اثباتی دارند و جرایمی که ماهیت امتناعی، ترک فعلی یا اهمالی دارند. بدیهی است که در هر دو وضعیت فوق قانون گذار «رفتار» انسان را جرم دانسته است. دسته نادری از جرایم به رفتاری که از انسان در وضعیتهای خاص سر می زند راجع نبوده، بلکه به «حالت»هایی بر می گردد که انسان در آن به سر می برد، مانند جرم انگاری ولگردی یا عضویت در دسته های معاند با حکومت. در این دسته نادر، آنچه جرم دانسته شده حفظ و مداومت حالتی است که مخالف خواست قانون گذار است.

<sup>۶</sup> در ادامه خواهیم دید که این عبارت قانون خالی از سهو و اشتباه نیست.

در ادامه دو شکل «رفتار جرمی» مورد بررسی قرار می‌گیرد. با این توضیح که در میان این دو شکل نیز جرم دانستن امتناع از عمل یا ترک فعل حالتی کاملاً استثنایی دارد؛ قانون‌گذار عمدتاً می‌گوید که شهروندان چه کارهایی نباید بکنند و اِباء دارد که مُدام بگویند که شهروندان چه کارهایی باید بکنند.

### الف) جرایم فعل (ارتکاب عمل مخالف قانون)

اکثریت قریب به اتفاق جرایم با انجام یک فعل مادی مثبت تحقق می‌یابند. در این موارد رفتار جرمی عبارت است از اقدام به امری که قانون از آن نهی کرده است. اقدام به کشتن دیگری، اقدام به فریبکاری، اقدام به ربایش مال دیگری، اقدام به جعل، ... اعمالی هستند که با رفتارهای ایجابی و تأثیر فعال عامل محقق می‌شوند. در این حالت ممکن است عنصر مادی جرم حالت آنی یا مستمر داشته باشد، ساده، مرکب یا اعتیادی باشد، یا اینکه مطلق یا مقید باشد،<sup>۷</sup> اما در همه این حالات، رفتار مثبت و ایجابی مرتکب است که مورد نهی قانون‌گذار قرار گرفته است. این جرایم را که نوعاً از فعل مثبت ناشی می‌شوند «جرایم فعل» می‌نامند.<sup>۸</sup>

### ب) جرایم ترک فعل (امتناع از انجام عمل واجب)

گرچه معمولاً حقوق جزا تعدی فعالانه و ایجابی به نورمهای جامعه را جرم می‌داند و با نشان دادن حدود آزادی شهروندان از آنان می‌خواهد که مرتکب رفتارهای خاصی نشوند و در خارج از این حدود، شهروندان می‌توانند به راحتی آزادی خود را استیفا کنند، اما استثنائاً در برخی موارد به آنان امر می‌کند که کارهای مشخصی را انجام دهند؛ به گونه‌ای که در صورت سرپیچی از این اوامر مجازات در انتظارشان خواهد بود. پس گاهی قانون در مواردی که نظم اداری، نظامات و وظیفوی و مسلکی یا حس مسئولیت اجتماعی قویاً ایجاب کند افراد را ملزم می‌کند که وجایی را انجام دهند و ترک آن وجایب را به قید مجازات جرم می‌داند.

قانون‌گذار جرایم ترک فعل را با عبارت «امتناع از عمل مخالف قانون» در ماده بیست و هفتم تعریف کرده است. این عبارت از نظر نگارشی محل انتقاد است. امتناع از عمل مخالف قانون

<sup>۷</sup> برای تفصیل این تصنیف‌بندیها رجوع کنید به بالا، فصل سوم از بخش یکم.

<sup>۸</sup> مسئله‌ای که واقعاً محل تأمل است این است که اگر بتوان از طریق ترک فعل عیناً به همان نتایجی رسید که بر جرایم فعل مترتب می‌شوند تکلیف چیست؟ (مثلاً قتل نوزاد را با نبستن بند ناف وی هنگام تولد مرتکب شد). این موضوع را در بند پ این گفتار بررسی خواهیم کرد.

امری ممدوح است و شایسته مکافات و تشویق و نه مجازات. بدیهی است منظور قانون گذار این نیست که عنصر مادی در این جرایم عبارت است از امتناع از عمل مخالف قانون یا همان «اطاعت از قانون»! در حقیقت، قانون گذار می خواسته بگوید که «عنصر مادی جرایم عبارت است از ارتکاب عمل مخالف قانون یا امتناع از عمل واجب به موجب قانون...».

جدا از تکالیفی که قانون برای نیروهای عسکری یا موظفین عمومی در نظر گرفته و مجازات را ضمانت امتناع از انجام آن وجایب قرار داده - که می توان تفصیل آن را در قوانین مربوطه یافت - در قانون جزا نیز تکالیفی را عمدتاً متوجه شهروندان عادی و بعضاً موظفین عمومی کرده است به نحوی که امتناع از آن تکالیف به قید مجازات جزایی قابل تعقیب است. شق ۱ فقره ۲ ماده سی و پنجم «... حالتی [را] که شخص به موجب قانون یا موافقت به انجام وظیفه مکلفیت داشته باشد و از ایفای آن عمداً امتناع ورزد» جرم دانسته است. بنائاً چنین مستفاد می شود که منشأ تکالیف مستوجب جزا تنها دو چیز است: یا «به موجب قانون» و یا «موافقت به انجام وظیفه» (که آن نیز از آن روی که به موجب قانون تعیین می شود مآلاً به قانون رجعت می کند). بدین سان، عدم التزام به تکالیف دیگر با منشأ اخلاق یا نوع دوستی یا ... نمی تواند مجازات «دنیوی و جزایی» را به خود جلب کند.

#### ۱. تکالیف ناشی از قانون

در این شق تکالیفی را می توان گنجانند که قانون گذار در موقعیتهای خاص برای شهروندان عادی مقرر کرده، بدون آنکه آنان وظیفه خاصی در قبال آن موقعیتهای داشته باشند. مانند آنچه ماده سه صد و پنجاه و چهارم قانون جزا برای افرادی در نظر گرفته که با وجود تقاضای موظفین عامه از امداد رسانی در حوادث بزرگی چون حریق، سیل و زلزله امتناع می ورزند و یا تکالیفی که ماده هفتاد و هشتم قانون ترافیک جاده برای کسانی در نظر گرفته که در محل حادثه ترافیکی حضور دارند.

#### ۲. تکالیف ناشی از انجام وظیفه

از آنجا که مقصد از انجام وظیفه آن دسته از وظایفی است که به موجب قانون، و نه اخلاق یا آداب و رسوم یا ...، به دوش افراد گذاشته شده است، پس می توان نتیجه گرفت که منشأ اصلی این دسته از تکالیف نیز در حقیقت همان قانون است. در این دسته نیز جرایمی می گنجد که متوجه افراد خاص با توجه به جایگاه خاصشان می باشد؛ چه این جایگاه منتسب به حکومت باشد همانند نیروهای عسکری (مثلاً عدم اطاعت، ماده بیستم قانون جزای

عسکری) و موظفین دولتی (مثلاً اہمال موظف کشف و تعقیب جرم در اطلاع جرم، فقرہ ۲ مادہ ۳۷ و ۳۸ و ۳۹ و ۴۰ و ۴۱ و ۴۲ و ۴۳ و ۴۴ و ۴۵ و ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ و ۴۹ و ۵۰ و ۵۱ و ۵۲ و ۵۳ و ۵۴ و ۵۵ و ۵۶ و ۵۷ و ۵۸ و ۵۹ و ۶۰ و ۶۱ و ۶۲ و ۶۳ و ۶۴ و ۶۵ و ۶۶ و ۶۷ و ۶۸ و ۶۹ و ۷۰ و ۷۱ و ۷۲ و ۷۳ و ۷۴ و ۷۵ و ۷۶ و ۷۷ و ۷۸ و ۷۹ و ۸۰ و ۸۱ و ۸۲ و ۸۳ و ۸۴ و ۸۵ و ۸۶ و ۸۷ و ۸۸ و ۸۹ و ۹۰ و ۹۱ و ۹۲ و ۹۳ و ۹۴ و ۹۵ و ۹۶ و ۹۷ و ۹۸ و ۹۹ و ۱۰۰) و چه جایگاهی غیر دولتی مانند اولیای قہری و سرپرستان اشخاص صغیر یا عاجز (مادہ ۳۷ و ۳۸ و ۳۹ و ۴۰ و ۴۱ و ۴۲ و ۴۳ و ۴۴ و ۴۵ و ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ و ۴۹ و ۵۰ و ۵۱ و ۵۲ و ۵۳ و ۵۴ و ۵۵ و ۵۶ و ۵۷ و ۵۸ و ۵۹ و ۶۰ و ۶۱ و ۶۲ و ۶۳ و ۶۴ و ۶۵ و ۶۶ و ۶۷ و ۶۸ و ۶۹ و ۷۰ و ۷۱ و ۷۲ و ۷۳ و ۷۴ و ۷۵ و ۷۶ و ۷۷ و ۷۸ و ۷۹ و ۸۰ و ۸۱ و ۸۲ و ۸۳ و ۸۴ و ۸۵ و ۸۶ و ۸۷ و ۸۸ و ۸۹ و ۹۰ و ۹۱ و ۹۲ و ۹۳ و ۹۴ و ۹۵ و ۹۶ و ۹۷ و ۹۸ و ۹۹ و ۱۰۰) یا شخصی کہ بہ اعتبار جایگاہش بہ موجب حکم واجب التنفیذ محکمہ مکلف بہ تأدیہ مبلغی جهت نفقہ یا اجرت حضانت یا رضاعت یا سکونت است (فقرہ ۱ مادہ ۳۷ و ۳۸ و ۳۹ و ۴۰ و ۴۱ و ۴۲ و ۴۳ و ۴۴ و ۴۵ و ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ و ۴۹ و ۵۰ و ۵۱ و ۵۲ و ۵۳ و ۵۴ و ۵۵ و ۵۶ و ۵۷ و ۵۸ و ۵۹ و ۶۰ و ۶۱ و ۶۲ و ۶۳ و ۶۴ و ۶۵ و ۶۶ و ۶۷ و ۶۸ و ۶۹ و ۷۰ و ۷۱ و ۷۲ و ۷۳ و ۷۴ و ۷۵ و ۷۶ و ۷۷ و ۷۸ و ۷۹ و ۸۰ و ۸۱ و ۸۲ و ۸۳ و ۸۴ و ۸۵ و ۸۶ و ۸۷ و ۸۸ و ۸۹ و ۹۰ و ۹۱ و ۹۲ و ۹۳ و ۹۴ و ۹۵ و ۹۶ و ۹۷ و ۹۸ و ۹۹ و ۱۰۰).

### پ) جرایم فعل از طریق ترک فعل

اگر یک بار دیگر موادی را کہ در بالا مورد اشارہ قرار دادیم بررسی کنیم می بینیم کہ مجازات در نظر گرفته شدہ بابت نفس رفتار است و نہ نتیجہ آن. بہ عبارت دیگر، معمولاً نقض تکالیف ناشی از قانون با عنوان مجرمانہ «امتناع از معاونت» و تکالیف ناشی از انجام وظیفہ نیز با عنوانی مثل «تخطی از انجام و جاب» محاکمہ می شوند؛ در این حالت تفاوتی نمی کند کہ مصدوم حادثہ حریق یا ترافیکی (موضوع مواد ۳۷ و ۳۸ و ۳۹ و ۴۰ و ۴۱ و ۴۲ و ۴۳ و ۴۴ و ۴۵ و ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ و ۴۹ و ۵۰ و ۵۱ و ۵۲ و ۵۳ و ۵۴ و ۵۵ و ۵۶ و ۵۷ و ۵۸ و ۵۹ و ۶۰ و ۶۱ و ۶۲ و ۶۳ و ۶۴ و ۶۵ و ۶۶ و ۶۷ و ۶۸ و ۶۹ و ۷۰ و ۷۱ و ۷۲ و ۷۳ و ۷۴ و ۷۵ و ۷۶ و ۷۷ و ۷۸ و ۷۹ و ۸۰ و ۸۱ و ۸۲ و ۸۳ و ۸۴ و ۸۵ و ۸۶ و ۸۷ و ۸۸ و ۸۹ و ۹۰ و ۹۱ و ۹۲ و ۹۳ و ۹۴ و ۹۵ و ۹۶ و ۹۷ و ۹۸ و ۹۹ و ۱۰۰) فوت کند یا بہ طریق دیگری نجات یابد یا عاجزی کہ نیازمند محافظت است (موضوع مادہ ۳۷ و ۳۸ و ۳۹ و ۴۰ و ۴۱ و ۴۲ و ۴۳ و ۴۴ و ۴۵ و ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ و ۴۹ و ۵۰ و ۵۱ و ۵۲ و ۵۳ و ۵۴ و ۵۵ و ۵۶ و ۵۷ و ۵۸ و ۵۹ و ۶۰ و ۶۱ و ۶۲ و ۶۳ و ۶۴ و ۶۵ و ۶۶ و ۶۷ و ۶۸ و ۶۹ و ۷۰ و ۷۱ و ۷۲ و ۷۳ و ۷۴ و ۷۵ و ۷۶ و ۷۷ و ۷۸ و ۷۹ و ۸۰ و ۸۱ و ۸۲ و ۸۳ و ۸۴ و ۸۵ و ۸۶ و ۸۷ و ۸۸ و ۸۹ و ۹۰ و ۹۱ و ۹۲ و ۹۳ و ۹۴ و ۹۵ و ۹۶ و ۹۷ و ۹۸ و ۹۹ و ۱۰۰) خطر بیفتد یا نہ. در این حالات نتیجہ تغییری در عنوان جرمی ایجاد نمی کند و جرایم ترک فعل از این جهت جرایم مطلق هستند. بنائاً کسی کہ مجروح حادثہ ترافیکی را امداد نمی رساند و وی فوت می کند محکوم بہ امتناع از معاونت می شود و نہ قتل و ممتنع از تکلیف محافظوی عاجز بہ جرم امتناع از انجام و جیبہ قانونی خود در محافظت از عاجز محکوم می گردد و نہ ضرب و جرح یا مانند آن.

حال پرسش این است کہ فردی را کہ عمدتاً از معاونت امتناع می کند می توان در صورت فوت مصدوم بہ جرم قتل تحت تعقیب و پیگرد قرار داد؟ این پرسش را بہ گونه دقیق تر و فنی تر مطرح می کنیم: آیا می توان عنصر مادی جرایم ناشی از فعل را از طریق امتناع و ترک فعل مرتکب شد؟

در یکی از کشورهای غربی پیر زنی مجنون و مریض را چند سپال در زیرزمین خانہ مخفی می کنند تا اینکہ وی در اثر نبود نور و بہداشت کافی و بدی تغذیہ فوت می کند. آیا مرتکبین را می توان بہ جرم قتل محکوم کرد؟ دانشمندان حقوق جزا در پاسخ بہ این پرسش اختلاف نظر دارند. برخی معتقدند کہ جرم قتل جرمی است کہ ماهیتاً با رفتار مادی ایجابی تحقق می یابد. تسری عنصر مادی قتل بہ ترک فعل مستلزم قیاس و جرم دانستن عملی است کہ بہ

موجب قانون جرم دانسته شده است.

عده‌ای دیگر این نظر را تا آنجا صحیح دانسته‌اند که مرتکبین مخاطب تکلیف قانون‌گذار نباشند یا قصد مجرمانه قتل نداشته باشند؛ شخصی که در چاه افتادن نایبایی را عمداً به تماشا می‌نشیند گرچه کاری غیر اخلاقی کرده اما وجبیه‌ای قانونی در قبال وی ندارد و انگهی او قصد قتل نایبنا را نداشته بلکه صرفاً در برابر مرگ وی عکس‌العملی از خود نشان نداده است. اما در مواردی که فرد

• تکلیف قانونی محافظت دارد؛ یا اینکه

• مقصدش از ترک فعل به قتل رسانیدن مجنی علیه است چه؟

ماده سه صد و پنجاه و هشتم قانون جزا دو مورد جرم فعل ناشی از ترک فعل را پیش‌بینی کرده است. به موجب فقره ۳ این ماده اگر «رها کردن» طفل یا عاجز در محل غیر مسکون به معلولیت یا فوت طفل یا عاجز منجر شود، مرتکب به جزای پیش‌بینی شده ضرب منجر به معلولیت یا مرگ محکوم خواهد شد، حتی اگر وی قصد معلولیت یا مرگ نداشته باشد.<sup>۹</sup> و به موجب فقره ۴ همین ماده اگر او طفل یا عاجز را عمدتاً از تغذیه یا پرستاری مناسب «محروم سازد» و این محرومیت به خطر جانی بینجامد، همانند فقره قبلی به مجازات خواهد رسید.<sup>۱۰</sup> فراتر از این ماده اظهار نظر در سایر مواردی که جرم فعل در اثر ترک فعل به وقوع می‌پیوندد

<sup>۹</sup> اینکه فقره مذکور صراحتاً گفته «...حتی اگر وی قصد معلولیت یا مرگ نداشته باشد» باز نیز به مجازات ضرب منجر به معلولیت یا مرگ محکوم خواهد شد از نظر قواعد حقوق جزا مورد انتقاد است. وقتی که شخص عنصر روانی جرم ضرب را ندارد چگونه می‌توان وی را به مجازات این جرم محکوم کرد؟  
<sup>۱۰</sup> از دو مورد جرم فعل ناشی از ترک فعل مقرر در این ماده (رها کردن طفل یا عاجز در غیر مسکون و محروم کردن او از تغذیه و پرستاری مناسب) شاید بتوان در اولی تشکیک کرد که عمل «رها کردن» دوپهلوی است چرا که از یک سو می‌توان آن را به فعل ایجابی تفسیر کرد و از سوی دیگر به ترک فعل؛ بدین گونه که در معنای اول منظور این است که شخص طفل یا عاجز را ایجاباً به غیر مسکون «ببرد» و او را در آنجا «رها بکند» (رفتارهای ایجابی). و در معنای دوم رها کردن با احساس مسئولیت «نکردن» و توجه و مراقبت لازم مبذول «نداشتن» (ترک فعل) مترادف است. اما در دومین جرم فعل ناشی از ترک فعل مقرر در این ماده (عدم تغذیه و پرستاری مناسب) جای هیچ تشکیک مبنی بر اینکه رفتاری ایجابی باشد باقی نیست. محروم کردن فعلی عدمی است یعنی عدم اعطا کردن. بنائاً نمی‌توان معنایی سازگار با رفتار مادی ایجابی از فعل محروم کردن از تغذیه و پرستاری در ذهن آورد. نتیجه اینکه در قانون جزای افغانستان حداقل در یک مورد قانون‌گذار جرایم فعل ناشی از ترک فعل را به رسمیت شناخته است.

و در عین حال مرتکب عمل در نتیجه داشته و میان ترک فعل وی و نتیجه نیز رابطه سببیت وجود دارد، با فرض عدم وجود تکلیف قانونی یا وظیفوی در برابر موقعیت جرمی، بسیار مشکل است. از یک سوی، قانون گذار در فقره ۳ ماده فوق در فرضی که قصد مرتکب ضرب یا قتل نبوده مجازات ضرب منجر به معلولیت و قتل را در نظر گرفته است، لذا به نظر می رسد تکلیف مواردی که فردی به مقصد قتل دیگری مرتکب ترک فعل می شود، هر چند در این باره تکلیفی نداشته باشد، روشن باشد. و این درست است که عمدتاً قتلها از طریق فعل مثبت ارتکاب می گردند اما هیچ جای قانون صراحت ندارد که حتماً عنصر مادی قتل فعل ایجابی باشد.<sup>۱۱</sup> از سوی دیگر قانون صراحت دارد که کسی که به مقصد انجام جرمی مرتکب امتناع از عملی شده که قانوناً یا به موافقه وظیفه مکلف به آن بوده مسئول است.

در مثال فوق اگر تارک فعل مسئولیت قانونی در برابر محبوس داشت (مثلاً ولی قانونی طفل بود) یا مسئولیت قراردادی در قبال وی داشت (مثلاً مأمور محبس خانه بود) در مسئولیت جزایی وی در قبال قتل محبوس هیچ تردیدی باقی نمی ماند. اما در حالتی که وی فاقد این مسئولیتهاست نیز می توان برای وی که به وجود آورنده وضعیت خطر برای مجنی علیه است نوعی «مسئولیت قهری» قائل شد. کسی که دیگری را اختطاف و یا حبس می کند او را در محافظت از خود عاجز گردانده است و به تبع در هر حادثه ای که برای وی از این وضعیت ناشی شود مسئولیت مستقیم دارد.

<sup>۱۱</sup> فقه اسلامی نیز با پیش بینی مفهوم «تسبب» در قتل تأکید را بر رابطه سببیت می گذارد و نه ماهیت ایجابی یا سلبی عنصر مادی قتل.



## گفتار دوم: رابطه سببیت

### مواد مرتبط

#### ماده بیست و هفتم قانون جزا

عنصر مادی جرم عبارت است از ارتکاب یا امتناع از عمل مخالف قانون است به نحوی که عمل منجر به نتیجه جرمی گردیده و رابطه سببیت بین عمل و نتیجه موجود شده باشد.

#### ماده بیست و هشتم قانون جزا

۱. شخص از جرمی که نتیجه عمل جرمی او نباشد مسئول شناخته نمی‌شود.
۲. شخصی که عمل جرمی او در احداث نتیجه به اعتبار یکی از اسباب قبلی یا توأم با فعل و یا بعدی سهیم شده باشد، مسئول شناخته می‌شود گر چه شخص به مؤثریت عمل جرمی خود در احداث نتیجه علم نداشته باشد.
۳. اگر سبب به تنهایی در احداث نتیجه جرم کافی شمرده شود در این صورت تنها فاعل از عمل جرمی خود مسئول شناخته می‌شود.

## تبصره

در تمامی جرایم عمدی ای که تحقق نتیجه شرط آن جرایم است ضرورت دارد که میان فعل یا ترک فعل مرتکب و نتیجه ای که در عالم واقع حادث شده است ملازمه و رابطه علت و معلولی برقرار باشد. بناً در جرایم مطلق که صرف نظر از حصول یا عدم حصول نتیجه مورد منع قانونی قرار گرفته اند احراز رابطه سببیت ضروری نیست.

در جرایم غیر عمدی<sup>۱۲</sup> نیز که بنا به تصریح ماده سی و ششم قانون جزا فعل ارادی مرتکب در اثر خطای واقعی یا مفروض جزایی وی (اهمال، ساده لوحی، بی احتیاطی و عدم توجه و یا عدم رعایت قوانین، مقررات و اوامر) به نتیجه ای ناخواسته می انجامد، ضروری است میان خطای جزایی متهم و نتیجه ناخواسته رابطه علت و معلولی برقرار باشد. از آنجا که جرایم غیر عمدی همواره مقید به نتیجه و ایجاد خسارت و صدمه هستند و جرم غیر عمدی مطلق موجود نمی باشد، بناً همواره لازم است تا در این دسته از جرایم برای تحقق مسئولیت جزایی نوع خاص خطای جزایی علت حادثه باشد و رابطه سببیت میان آن خطای جزایی و نتیجه احراز شود.

ماده بیست و هفتم قانون جزا مقرر می دارد:

«عنصر مادی جرم عبارت از ارتکاب یا امتناع از عمل مخالف قانون است به نحوی که عمل منجر به نتیجه جرمی گردیده و رابطه سببیت بین عمل و نتیجه موجود شده باشد.»

عموماً احراز این رابطه در مواردی که سبب یکی باشد آسان است. اگر نتیجه حاصله را بتوان به رفتار جزایی (عمد یا خطای جزایی) سبب منتسب دانست همان سبب مسئول نتیجه در نظر گرفته خواهد شد. اما همواره این گونه نیست و در هنگام بررسی یک صدمه جزایی پای اسباب و عوامل متعدد انسانی و طبیعی به میان کشیده می شود. در چنین مواردی تشخیص علت جرم کار ساده ای نخواهد بود. فرض کنید راننده مینی بوس بدون در نظر گرفتن قوانین، مقررات و اوامر مربوط موتر را مملو از مسافر می کند به طوری که در میانه راه در موتر در اثر فشار بیش از حد و کهنه بودن قفل آن باز می شود و یکی از مسافران به بیرون پرتاب می شود. در همان لحظه راننده خطاکار دیگری که بیش از سرعت مجاز در حال رانندگی است وی را

<sup>12</sup> جرایم غیر عمدی را به تفصیل در فصل بعدی بررسی خواهیم کرد.

زیر می‌گیرد. آمبولانس، با تأخیر ناشی از قصور، مجروح را بالأخره به شفاخانه می‌برد که در آنجا وی در اثر ترکیدگی لوله گاز کشته می‌شود. در این موارد علل گوناگونی دخالت داشته‌اند. برای انتساب نتیجه به هر یک از علل یا تقسیم مسئولیت به نسبت سهمی که هر یک در ایجاد نتیجه داشته‌اند، ناگزیریم بر اساس موازین و معیارهای علمی مسئول یا مسئولان حادثه را از میان عوامل غیر مسئول بازشناسیم. در ادامه به مهم‌ترین و معروف‌ترین نظریات مطرح برای احراز رابطه سببیت می‌پردازیم.

### الف) تئوریهای احراز رابطه سببیت

#### ۱. نظریه سبب ضروری

بر اساس یک نظریه آلمانی سببی مسئول نتیجه است که اگر نمی‌بود نتیجه حاصل نمی‌شد. بناً در مثال بالا اگر راننده مینی‌بوس خطا نمی‌کرد وی به بیرون پرتاب نمی‌شد و تصادف نمی‌کرد و به شفاخانه منتقل نمی‌شد و در آنجا کشته نمی‌شد. مثال دیگر در این باره: فردی پالتوی خود را که در جیب آن هفت تیر پُری بود در هنگام ورود به تئاتر تحویل متصدی مربوط می‌دهد. هفت تیر از پالتو خارج شده و به زمین می‌افتد و یکی از مؤظفین تئاتر آن را برمی‌دارد. وی با آن بالای یکی از تماشاگران فیر می‌کند و او را می‌کشد. محکمه صاحب پالتو را به جرم قتل غیر عمد محکوم می‌کند. بی‌احتیاطی صاحب پالتو سبب ضروری قتل بود. چرا که اگر وی بی‌احتیاطی نمی‌کرد قتل رخ نمی‌داد. یا در مورد دیگر معمار چوب‌بستها را مطابق اصول فنی محکم نبسته بود. به هنگام کار، چوب‌بست تکان شدیدی می‌خورد و یکی از کارگران به تصور اینکه چوب‌بست شکسته است خود را به پایین پرتاب می‌کند و کشته می‌شود. محکمه معمار را محکوم به قتل غیر عمد می‌کند. یا در قضیه‌ای دیگر سگی به دلیل عدم مراقبت کافی صاحبش پای عابری را گاز می‌گیرد. شلوار خاک‌آلود عابر آلوده به میکروب کزاز بود. وی در اثر ابتلا به کزاز فوت می‌کند. محکمه صاحب سگ را به اتهام قتل غیر عمد مسئول می‌شناسد.

از آن جا که معمولاً اسباب ضروری به یک سبب محدود نمی‌شوند و می‌توان اسباب متعددی را برای حادثه ضروری دانست این نظریه به «برابری اسباب ضروری» معتقد است. در مثال شفاخانه، در کنار خطای راننده مینی‌بوس اسباب دیگری نیز وجود داشته که هر یک به تنهایی می‌توانند سبب ضروری حادثه باشند (به نحوی که اگر نبود خطای راننده دوم و اگر نبود ترکیدگی لوله گاز مرگ حادث نمی‌شد). پیروان این نظریه برای این مسئله اهمیت

چندانی قائل نیستند و اسباب ضروری را به طور برابر مسئول و نتیجه را به همگی آنها قابل انتساب می‌دانند؛ چرا که هر یک به تنهایی در تکوین حادثه ضروری بوده‌اند.

این نظریه با انتقادات زیادی مواجه شده است. اگر چه این نظریه به خوبی از منافع مجنی‌علیه و جامعه حمایت می‌کند ولی همان گونه که مشخص است در برخی مواقع به نتایج غیر منطقی و ناسازگار با عدالت می‌انجامد. چرا که این نظریه با ایده «هم‌عرضی یا برابری اسباب» عملاً میان اسباب واقعی جرم و عوامل تمهیدی نتیجه تفکیکی نمی‌کند و نتیجه را به طور یکسان به هر دوی این دسته از عوامل منسوب می‌کند (آیا بی‌احتیاطی منجر به انفجار در شفاخانه و خطای راننده در سوار کردن بیش از ظرفیت مینی‌بوس در احداث نتیجه قتل واقعاً هم‌عرض و برابرند؟). در مثال شفاخانه به سختی می‌توان حادثه انفجار و کشته شدن را نتیجه عمل راننده اول و دوم و در مثال تاتر حادثه قتل را نتیجه عمل صاحب پالتو دانست. از این روست که دیوان عالی کشور فرانسه معیار سبب ضروری را تعدیل کرده و سبب ضروری را در صورتی مسئول دانسته که با توجه به رفتار آن سبب نتیجه جرمی از آن رفتار قابل پیش‌بینی باشد.

## ۲. نظریه سبب کافی

در این نظریه، هم لازم بودن سبب و هم کافی بودن آن برای حدوث نتیجه، هر دو، شرط است. یعنی اگر آن سبب نمی‌بود آن نتیجه حاصل نمی‌شد و برای حدوث آن نتیجه همان سبب کافی هم بود. بناً باید از زیان یا صدمه آغاز کرد و تمامی اسبابی را که یکی پس از دیگری حادث شده‌اند یکی یکی در برابر صدمه قرار داد و با آن سنجید. آن اسبابی را که عرفاً به تنهایی نمی‌توانسته‌اند صدمه را ایجاد کنند حذف کرد و آن اسبابی را که نوعاً و عادتاً می‌توانسته‌اند موجب صدمه مزبور شوند و کاملاً برای تولید نتیجه کافی بوده‌اند مسئول حادثه دانست. به این شکل که اگر آخرین سبب علت تام حادثه باشد مسئول شناخته شود و گرنه به سراغ علت ماقبل از آن رفته شود و به همین ترتیب ادامه داده شود تا سبب یا اسباب کافی برای نتیجه شناسایی شوند.

شاید بتوان این نظریه را تکمیل شده نظریه سبب ضروری دانست. چرا که باید در حله اول سبب ضروری باشد، به نحوی که اگر نمی‌بود حادثه اتفاق نمی‌افتاد. اما این کافی نیست بلکه مضافاً لازم است که سبب ضروری عرفاً و نوعاً و با توجه به مطالعه ماهیت عمل جرمی و شرایط و اوضاع و احوال خاص برای تحقق نتیجه «مناسب و کافی» نیز باشد. بناً اگر رابطه

میان یک رفتار جزایی و نتیجه ناکافی تشخیص داده شود باید عوامل یا اسباب دیگر را جست و جو کرد هر چند که آن رفتار ضروری شرط ضروری نتیجه بوده باشد. از آنجا که در این نظریه قاضی همواره ید مبسوط دارد تا در هر مورد خاص کلیه عوامل، شرایط و اسباب را در نظر گیرد و آن رفتار جزایی را پیدا کند که در آن اوضاع و احوال خاص برای تولید نتیجه کافی بوده است، عدم انعطاف سایر نظریات را نداشته و مانند آنها بعضاً به نتایج غیر منطقی نمی انجامد. این نظریه بیشترین طرفدار را در میان سایر نظریات دارا می باشد.

در مثال شفاخانه خطای راننده اول و دوم گرچه لازم برای قتل بوده اما کافی نبود. برعکس خطای در بیمارستان که به انفجار منجر شده دلیل لازم و کافی قتل بوده است. یا اگر مکانیک در تعمیر سیم برک اتوبوس که در حال پاره شدن است اهمال کند و آن را به بازگشت اتوبوس موکول کند، اتوبوس حرکت کند و راننده نیز متوجه ایراد برک شود ولی تعمیر آن را به رسیدن به شهر بعدی به تأخیر بیندازد اتوبوس دچار سانحه شده و مسافران کشته شوند هم راننده و هم مکانیک اسباب لازم و کافی برای تحقق حادثه اند.

### ۳. نظریه سبب نزدیک

نظریه دیگر سبب نزدیک به نتیجه را مسئول می شناسد. بر اساس این نظریه، که بیشتر مورد علاقه امریکاییهاست، اسباب به دو دسته کلی تقسیم می شوند: آنها که علت مستقیم و بلاواسطه نتیجه اند و آنها که فاقد اثر مستقیم بوده اند. به اعتقاد طرفداران این نظریه هر چند ممکن است عوامل و اسباب زیادی تأثیر غیر مستقیم بر نتیجه داشته باشند، لیکن منطقیاً باید آخرین عاملی که به طور مستقیم و بی واسطه سبب ایراد صدمه و خسارت گردیده مسئول نتیجه تلقی گردد.

این نظریه هم گاه به نتایج عجیبی می رسد. بنا بر این نظریه اگر در اثر ضرب و جرح متهم فرد به یک بیماری لاعلاج مبتلا گردد و سپس در اثر همان بیماری فوت کند، از آنجا که عمل وی سبب مستقیم نتیجه نبوده نمی توانیم متهم را به جرم ضرب و جرح منتهی به قتل محکوم کنیم. در یک مورد میان دو نفر نزاع روی می دهد. متهم طرف مقابل را که به فشار خون شدید دچار بوده تکان می دهد و گلوی او را فشار می دهد. او دچار سکتته و خونریزی مغزی می شود و پس از دو ماه و نیم در اثر ذات الریه می میرد. محکمه نظر می دهد که عمل باید آنچنان به قتل متصل باشد که بتوان گفت مستقیماً باعث مرگ شده است. وقایعی که در دعوای حاضر درست قبل از فلج ناگهانی رخ داده اند، آن قدر از نظر تأثیر بعید بوده اند که

مرگ را تنها می‌توان فقط یک تصادف دانست.

#### ۴. نظریه سبب پویا

آلمانیها مبدع نظریه دیگری نیز بوده‌اند که به موجب آن علل و اسباب تأثیرگذار در نتیجه به دو گروه دینامیک و ستاتیک تقسیم می‌شود. اسباب دینامیک یا پویا اسبابی‌اند که متحرک بوده و در پیدایش نتیجه فعال بوده‌اند. برعکس، اسباب ستاتیک یا ایستا عواملی‌اند که با سکون و یا حرکت منفی خود موجبات تأثیر بیشتر اسباب پویا را فراهم کرده‌اند. این نظریه نتیجه را منتسب به اسباب پویا می‌داند و فقط این اسباب را مسئول نتیجه جرمی می‌شناسد. شخصی که مبتلا به مرض قلبی است در اثر ضربات متهم سخته کرده و فوت می‌کند یا شخصی که استعداد وراثتی جنون دارد در اثر ضرباتی که به سرش وارد می‌شود مجنون می‌شود؛ بیماری قلبی یا استعداد ابتلا به جنون عوامل ساکنی بودند که در اثر سبب پویای ضرب و جرح، مرگ یا جنون مجنی‌علیه را تسهیل کردند.

در جرایم ترک فعل که عدم تحرک موجب تحقق نتیجه جرمی می‌شود این نظریه دچار اشکال است چرا که مطابق آن، عامل غیر متحرک و ایستا را نمی‌توان مسئول نتیجه دانست. مثلاً فرض کنید که مأمور راه‌آهن به وظیفه خود در پایین آوردن چوب مخصوصی که مانع تردد موتورها در هنگام عبور ترن می‌شود عمل نمی‌کند. راننده موتوری که دفعه‌تاً متوجه ترن می‌شود برای احتراز از تصادف به سمت دیگر منحرف می‌شود و عابری را زیر می‌گیرد و می‌کشد. بر اساس نظریه سبب پویا متصدی راه‌آهن که با عدم فعل سبب ایستا بوده فاقد مسئولیت خواهد بود در حالی که در این مورد هیچ تردیدی نیست که سبب تصادف ترک فعل متصدی راه‌آهن است.

#### ب) موضع حقوق جزای افغانستان

گرچه قانون‌گذار در صدر ماده بیست و هفتم قانون جزا به هر دو شق عنصر مادی (عمل و امتناع از عمل) اشاره کرده است اما در ذیل آن آنگاه که خواسته ضرورت رابطه سببیت را متذکر شود فقط متذکر «عمل» گردیده است. دقت کنید:

«عنصر مادی عبارت است از ارتکاب یا امتناع... به نحوی که عمل منجر به نتیجه جرمی گردیده و رابطه سببیت بین عمل و نتیجه موجود شده باشد.»

این رویه قانون‌گذار در ماده بیست و هشتم که معیار (های؟) سببیت را مورد اشاره قرار داده

تکرار یافته است؛ به نحوی که هر سه فقره این ماده به صراحت متعرض «عمل جرمی» شده‌اند. این نکته ما را مجبور می‌کند که موضع قانون‌گذار افغانی در بحث سببیت را به جرایم فعل و جرایم ترک فعل تفکیک کنیم. ماده بیست و هفتم و بیست و هشتم به جرایم فعل راجع است.

### جرایم فعل

قانون‌گذار ضرورت رابطه سببیت در جرایم ناشی از ارتکاب عمل جرمی را در ماده بیست و هفتم قانون جزا یادآور شده است و در فقره ۱ ماده بیست و هشتم نیز مسئولیت جزایی را صرف متوجه شخصی دانسته که جرم نتیجه عمل جرمی او باشد. در بحث شناسایی آن شخص نیز ساکت نمانده و در فقره ۲ و ۳ همین ماده معیار داده است. این نکته یکی از ویژگی‌های قانون جزای افغانستان است. زیرا معمول است که قانون در مورد معیار سبب مسئول در حالت تعدد اسباب ساکت باشد و ستره محکمه آن را تعیین کند. ذیلاً هر یک از این دو فقره را بررسی می‌کنیم.

#### ۱. فقره ۲ ماده بیست و هشتم

نظر به اهمیت موضوع عیناً این فقره را نقل می‌کنیم:

«شخصی که عمل جرمی او در احداث نتیجه به اعتبار یکی از اسباب قبلی یا توأم با فعل و یا بعدی سهیم شده باشد مسئول شناخته می‌شود، گر چه شخص به مؤثریت عمل جرمی خود در احداث نتیجه علم نداشته باشد.»

به موجب این فقره قرار گرفتن عمل جرمی یکی از اسباب در زنجیره یا سلسله علت و معلولی موجب حادثه برای مسئول شناختن وی کفایت می‌کند حتی اگر حادثه برای آن سبب قابل پیش‌بینی نباشد. با کمی تعمق در عبارات این فقره، به مضمون «سهیم شدن در نتیجه حتی غیر قابل پیش‌بینی»، می‌توان چنین نظر داد که ظاهر این فقره بیشتر به «نظریه سبب ضروری» شباهت پیدا می‌کند. این نظریه و ایرادات آن را فوقاً بیان کردیم و گفتیم که فرانسویان آن را محدود به قابلیت پیش‌بینی نتیجه کرده‌اند اما به تصریح قانون‌گذار سبب ضروری حادثه، حتی اگر برایش نتیجه جرمی قابل پیش‌بینی نباشد، مسئول خواهد بود.

از آنجا که امروزه به دلیل ایرادات وارد بر نظریه سبب ضروری این نظریه دیگر به صورت مطلق و بدون هیچ قید و شرطی کمتر تطبیق می‌شود، ناگزیریم که عبارت قانون را به نحوی تفسیر کنیم که از ایرادات نظریه سبب ضروری مصون شویم. شاید این فقره را بتوان با این

تفسیر تعدیل کرد که درست است که ضرورتی ندارد که شخص به مؤثریت عمل خود در احداث نتیجه علم داشته باشد ولی باید عمل وی عملی باشد که نوعاً و عادتاً با توجه به شرایط خاص جرم منجر به نتیجه جرمی گردد (یعنی قانون اگر قابلیت پیش‌بینی به صورت ذهنی را معیار ندانسته دلیل نمی‌شود که قابلیت پیش‌بینی به صورت عینی معیار نباشد). با این تفسیر عبارت قانون به نظریه سبب کافی تمایل پیدا می‌کند اما بهترین راه اصلاح این فقره با الفاظ دقیق‌تر است. مثلاً این گونه: «... مشروط به اینکه مؤثریت عمل وی در احداث نتیجه نوعاً قابل پیش‌بینی باشد حتی اگر خود او به این مؤثریت علم نداشته باشد.»

### ۲. فقره ۳ ماده بیست و هشتم

حال به بررسی فقره ۳ می‌پردازیم. این فقره از این قرار است:

«اگر سبب به تنهایی در احداث نتیجه جرم کافی شمرده شود در این صورت تنها فاعل از عمل جرمی خود مسئول شناخته می‌شود.»

همان‌گونه که می‌بینیم، بر عکس فقره ۲، فقره سوم صراحتاً به «نظریه سبب کافی» اشاره دارد. این فقره حالتی را مورد حکم قرار داده که تنها یک سبب برای احداث نتیجه کافی باشد و در مورد حالتی که چند سبب برای احداث نتیجه کافی باشند ساکت است. لایبند حالت اخیر را فقره قبلی بررسی کرده است اما «ظاهراً» با یک معیار متفاوت از این فقره! همین نکته انگیزه ما را بیشتر می‌کند تا آن تفسیری را از فقره ۲ بپذیریم که آن را از «نظریه سبب ضروری» دور و به «نظریه سبب کافی» نزدیک می‌کند.

### ۳. نتیجه‌گیری

منطقاً قابل پذیرش نیست که قانون برای حالات مندرج در هر یک از این دو فقره معیارهای مختلفی ارائه کرده باشد. توسل به معیار سبب ضروری هنگامی که اسباب سهم در نتیجه جرمی متعدد باشند و توسل به معیار سبب کافی هنگامی که یکی از آنها به تنهایی برای حصول نتیجه کافی باشد منطقی نیست. چرا نتوان به معیار سبب کافی متوسل شد آنگاه که چند سبب برای حصول نتیجه کافی باشند؟ بناً، چنین معتقد می‌شویم که روح کلی حاکم بر هر دو فقره نظریه سبب کافی است و فقط ظاهر ذیل فقره ۲ غلط‌انداز است.



### جرائم ترک فعل

همان گونه که پیش تر متذکر شدیم معیار پذیرفته شده در جرائم ناشی از امتناع از وجایب قانونی یا وظیفوی را باید در جای دیگری جست و جو کنیم. شق ۱ فقره ۲ ماده سی و پنجم قانون جزا در بحث تعریف عنصر روانی در جرائم عمدی<sup>۱۳</sup> متعرض این مسئله شده است و معیار مقبول در این دسته از جرائم را «سبب نزدیک» دانسته است. به موجب این شق از فقره ۲ این ماده جرم در حالت زیر نیز عمدی است:

«در حالتی که شخص به موجب قانون یا موافقت به انجام وظیفه مکلفیت داشته باشد و از ایفای آن عمداً امتناع ورزد؛ به نحوی که امتناع وی مستقیماً منجر به وقوع جرم گردد.»

---

<sup>۱۳</sup> این شیوه قانون گذاری واقعاً محل انتقاد است. ماده مذکور راجع است به تعریف عنصر روانی در جرائم عمدی. نه جای تعریف جرائم ناشی از ترک فعل در آنجاست و نه جای به دست دادن معیار سببیت در این دسته از جرائم در حالات تعدد اسباب!

## گفتار سوم: به نتیجه رسیدن عملیات اجرایی

### مواد مرتبط

#### ماده بیست و نهم قانون جزا

۱. شروع به جرم عبارت است از آغاز به اجرای فعل به قصد ارتکاب جنایت یا جنحه به نحوی که نظر به اسباب خارج از اراده فاعل آثار آن متوقف یا خنثی شده باشد.
۲. مجرد تصمیم به ارتکاب جرم یا اجرای اعمال مقدماتی شروع به جرم شناخته نمی شود.
۳. هر عملی که به قصد ارتکاب جنایت یا جنحه ای که ارتکاب آن از رهگذر عوامل مربوط به موضوع جرم یا وسایل استعمال مستحیل باشد شروع به جرم شمرده می شود، مشروط بر اینکه عقیده مرتکب در احداث نتیجه جرمی ناشی از اشتباه یا جهالت مطلق نباشد.

#### ماده سی ام قانون جزا

شروع کننده به جنایت به جزاهای آتی محکوم می گردد مگر اینکه در قانون به خلاف آن تصریح شده باشد:

۱. در صورتی که جزای اصل جرم حبس دوام باشد حبس طویل
۲. در مواردی که جزای اصل جرم حبس طویل المدت باشد حبس متوسط یا نصف حداکثر جزای اصل جرم.

#### ماده سی و یکم قانون جزا

جزای شروع به جنحه از نصف حداکثر جزایی که در قانون برای اصل جرم پیش بینی گردیده است تجاوز نمی کند، مگر اینکه قانون به خلاف آن تصریح نموده باشد.

#### ماده سی و دوم قانون جزا

شروع به قباحت مستلزم مجازات نیست مگر اینکه قانون صراحتاً به آن حکم نموده باشد.

### ماده سی و سوم قانون جزا

در شروع به جرم احکام خاص متعلق به جزاهای تبعی یا تکمیلی و تدابیر امنیتی ای که در مورد جرم پیش‌بینی شده است رعایت می‌گردد.

## تبصره

به نتیجه نرسیدن عملیات اجرایی جرم ممکن است ارادی باشد یا غیر ارادی. در صورتی که فاعل پیش از به نتیجه رسیدن به طور ارادی از ادامه پروسه جرم دست بکشد، وی منصرف از جرم شناخته شده و تحت تعقیب قرار نمی گیرد. سیاست جزایی بر این است که تا پروسه مجرمانه کامل نشده همواره مسیر برگشت برای فاعل باز باشد تا تشویقی باشد برای وی که از تکمیل اقدامات خود و ایراد ضرر به ارزشهای جامعه صرف نظر کند. مجازات کردن شخصی که به طور ارادی فعل مجرمانه خود را متوقف می کند هیچ فایده اجتماعی ندارد و با معیار عدالت نیز سازگار نمی باشد. لذا معمولاً این چنین است که اگر کسی شروع به جنایتی کرده و به میل خود آن را ترک کند از جهت آن جنایت مجازات نمی شود. اما اگر همان مقدار عمل جرم جداگانه ای باشد به مجازات آن محکوم می شود.

شرط معتبر بودن انصراف این است که ناشی از اراده آزاد باشد. گاه پیش می آید که فاعل به طور ارادی از ادامه عمل منصرف می شود اما تحت تأثیر عوامل خارجی، مثلاً با این تصور که پولیس در حال نزدیک شدن به اوست از صحنه سرقت فرار می کند. در هر مورد قاضی باید بررسی کند که تصمیم به انصراف فاعل تحت تأثیر عوامل خارجی بوده یا پشیمانی از ادامه فعل.

قاعدتاً انصراف فاعل تا زمانی مصداق دارد که عنصر مادی جرم کامل نشده باشد. در غیر این صورت، عمل وی ندامت از جرم است که تنها ممکن است موجب تخفیف مجازات وی گردد.

بنائاً انصراف ناشی از اراده آزاد فاعل خارج از بحث ما در این گفتار است. در این گفتار مواردی را بررسی خواهیم کرد که عملیات اجرایی جرم بنا به دلایلی خارج از اراده فاعل به نتیجه نمی رسد. به رغم تمایل فاعل در حصول نتیجه، گاه تحت تأثیر اسباب غیر ارادی عملیات اجرایی جرم متوقف و خنثی می گردد که مقدار عمل صورت گرفته از عملیات اجرایی جرم را تحت عنوان «شروع به جرم» بررسی می کنند و گاه نیز عملیات اجرایی به نحو کامل صورت می گیرد اما یا جرم اصلاً امکان تحقق ندارد یا اینکه امکان دارد اما فاعل از پس آن بر نمی آید (جرایم ناممکن و ناکام). این دو گروه عمده از جرایم نافرجام را (شروع به

جرم؛ جرایم ناممکن و ناکام) ذیلاً جداگانه بررسی می کنیم.<sup>۱۴</sup>

### الف) شروع به جرم

بنا به تعریف فقره ۱ ماده بیست و نهم قانون جزا شرایط مادی تحقق شروع به جرم عبارت است از:

- آغاز به اجرای فعل؛
  - توقف یا خنثی شدن فعل به دلیلی خارج از اراده فاعل.
- در فوق به شرط دوم پرداختیم. بناً اهمّ مباحث مرتبط با بحث شروع به جرم را با بررسی همان شرط نخست (آغاز به اجرای فعل) طرح می کنیم. برای فهم این شرط ضروری است که نخست مراحل تحقق جرم را به طور کلی فرا بگیریم تا بتوانیم مرحله آغاز به اجرای فعل را در آن میان بیابیم و پس از آن این مرحله را از مراحل قبل و بعدش تشخیص دهیم و برای این تشخیص معیار مناسبی به دست دهیم. پس از بررسی خود شروع به جرم نوبت به سیاست قانون گذار افغانستان در مجازات آن خواهد رسید.

#### ۱. مراحل تحقق یک جرم کامل

در مقدمه گفتار اول این فصل اشاره کردیم که تحقق هر رفتار جرمی ای مستلزم این است که از مرحله فکر و اندیشه خارج شده و در عالم خارج متحقق شود. بناً نخستین مرحله در هر جرم مرحله تفکر و برنامه ریزی و نقشه کشی می باشد. پیش تر بر دلایل جرم نبودن اندیشه اشاره کردیم. این مرحله در هیچ سیستم جزایی مدرنی قابل مجازات نیست و اصل غیر

---

<sup>۱۴</sup> جرایم مطلق و «اتفاق در جرم» نیز از این حیث با این دو گروه قابل مقایسه اند. زیرا در هر دوی آنها پیش از آنکه نتیجه اصلی منظور مرتکب یا مرتکبان حاصل شود آنان خود را در چنگال عدالت گرفتار شده می بینند. با این حال، این دو بحث را در ذیل این گفتار شامل نکردیم. چرا که جرایم مطلق جرایم تام اند و حصول نتیجه در آنها شرط نیست. البته امکان یا عدم امکان شروع به این جرایم را در مبحث شروع به جرم و پس از فهم «آغاز عملیات اجرایی» بررسی خواهیم کرد. در «اتفاق در جرم» اصلاً هنوز عملیات اجرایی یا حتی اعمال مقدماتی آغاز نشده است که به نتیجه نرسیده باشد. آن چیزی که مجازات می شود صرف تصمیم و قصد ارتکاب جرم است. بناً موقعیت عنصر مادی در آن بحث برانگیز است و در «تکمله» این فصل به آن خواهیم پرداخت.

مجرمانه بودن افکار مجرمانه استثناء پذیر نمی باشد.<sup>۱۵</sup> قانون در این مورد صراحت دارد. فقره ۲ ماده بیست و نهم قانون جزا مقرر داشته است که «مجرد تصمیم به ارتکاب جرم ... شروع به جرم شناخته نمی شود.» اگر تصمیم به ارتکاب جرم را نمی توان به عنوان شروع به جرم مجازات کرد، به طریق اولی نمی توان مجازاتی را که برای حالت تکمیل شده آن جرم مقرر شده تحمیل کرد.

مرحله دوم ارتکاب مادی یک جرم تهیه مقدمات و به اصطلاح قانون «اجرای اعمال مقدماتی» است. شخصی که افکار پلید و شیطانی را در سر پرورانده و نقشه های لازم را کشیده و تمامی محاسبات لازم را انجام داده است، برای نخستین بار به یک سلسله اقدامات مادی و تمهیدی برای عملیاتی کردن افکار خود دست می زند؛ مثلاً برای سرقت نردبان و طناب می خرد و برای قتل سلاح گرم تهیه می کند. گرچه در این مرحله فکر قدری صورت خارجی یافته است ولی هنوز نمی توان مطمئن بود که وی مرتکب جرم خواهد شد. در خوشبینانه ترین حالت شاید تهیه سلاح برای شکار یا دفاع از خود بوده باشد و تهیه نردبان و طناب برای انجام کارهای شخصی خود در منزلش! مهم تر از این، اگر به صرف تهیه مقدمات فرد مجرم شناخته شود، هیچ داعی و انگیزه ای برای عقب نشینی وی از عملیاتی کردن افکار پلید و شیطانی اش باقی نمی ماند. قانون خوب قانونی است که تا آخرین لحظه فرد را به بازگشت به جامعه و احترام به نورمهای آن تشویق کند. بناً فقره ۲ ماده بیست و نهم مقرر داشته «... اجرای اعمال مقدماتی شروع به جرم شناخته نمی شود.»

با این حال، باید اذعان کنیم که بر خلاف اصل مجرمانه نبودن افکار مجرمانه، اصل مجرمانه نبودن اعمال مقدماتی بدون استثناء نیست. استثنائات این اصل همان جرایمی اند که پیش تر از آنان با نام «جرایم مانع» یاد کردیم. بنا به اهمیت، در مواردی قانون گذار برخی اعمال مقدماتی جرایم بزرگ تر را به طور مستقل جرم انگاری کرده است برای آنکه تا آنجا که بشود از وقوع جرایم بزرگ تر جلوگیری کرده باشد. مثال آن جرم حمل سلاح و یا رانندگی بدون داشتن تصدیق نامه است.

<sup>15</sup> در تکمله همین فصل در بحث اتفاق در جرم بحث خواهیم کرد که آنچه قانون گذار در مواد چهل و نهم تا پنجاه و دوم جرم دانسته آیا صرف «تصمیم» چند نفری به ارتکاب جرم است یا چیزی بیشتر از آن. اگر فقط تصمیم بر ارتکاب جرم به قید مجازات ممنوع شده باشد، اصل فوق استثناء پذیر شده است و قانون گذار افکار مجرمانه را مجازات کرده است. ولی خواهیم دید که این طور نیست.

سومین مرحله عبارت است از مرحله آغاز به اجرای فعل یا شروع عملیات اجرایی. در این مرحله وی وسایل تدارک دیده شده را به کار می‌بندد و وارد مرحله اجرای فعل می‌شود. این جاست که قاعدتاً باید از انصراف شخص از اجرای نقشه شومش قطع امید کرد. چرا که وی با ویران کردن مسیر برگشت در پشت سر خود، سوء نیت خود را به طور قطعی به اثبات رسانده و عنصر مادی جرم را کلید زده است و در این حالت وی صد فی صد مرتکب جرم خواهد شد مگر این که بر حسب تصادف یک عامل خارجی در هدف مصمم وی اختلال کند. در صورت توقف یا خنثی شدن عمل وی به واسطه یک عامل خارجی بحث شروع به جرم مطرح می‌شود که قانون‌گذار علی‌رغم تکمیل نشدن ضرر اجتماعی جرم اصلی برای آن مجازات در نظر گرفته است.<sup>16</sup>

مرحله چهارم مرحله تکمیل شدن جرم است. اگر در مرحله قبل مانع و مشکلی حادث نشود و او بتواند عنصر مادی جرم مورد نظر را تا پایان آن به اجرا در آورد جرم تحقق می‌یابد و وی از این طریق به نتیجه شوم خود می‌رسد.

مهم‌ترین و سخت‌ترین مسئله در بحث شروع به جرم تشخیص آن از مرحله ماقبل آن (اعمال مقدماتی) است. با چه معیاری می‌توان گفت که فعل آغاز شده است. کدام دسته از افعال آغاز اجرای جرم‌اند و کدام دسته مقدمه اجرای جرم؟ پاسخ به این پرسش را در قسمت بعدی خواهیم یافت.

## ۲. تشخیص مرحله شروع از مرحله اعمال مقدماتی

از آنجا که عملیات مقدماتی فاقد جنبه جزایی است (مگر در مواردی خاص و آن هم تحت عنوان مجرمانه مستقل) ولی شروع به جرم با شرایطی قابل مجازات است، تفکیک این دو مرحله بسیار مهم است. در اهمیت آن همین بس که اگر اقدامات ارتکاب یافته را قاضی عملیات مقدماتی ارزیابی کند وی را تبرئه، و اگر شروع به جرم بدانند، وی را به مجازات مقرر برای شروع به جرم محکوم خواهد نمود. تفکیک این دو مرحله آنچنان ساده نیست. تا این حد می‌دانیم که تهیه سلاح برای قتل شروع به جرم قتل نیست. اما نمی‌دانیم که شروع به قتل وقتی است که جانی قربانی را برای فهمیدن زمان و مکان مناسب تحت نظر می‌گیرد؛

<sup>16</sup> دربارهٔ موجه بودن این عمل قانون‌گذار در قسمت مجازات شروع به جرم بحث خواهیم کرد.

وقتی است که در راه او کمین می کند؛ یا وقتی است که سلاح را بالای او نشانه می گیرد؛ یا وقتی است که دست خود را روی ماشه می گذارد؛ یا وقتی که گلوله را فیر می کند.

از آنجا که قانون معیاری برای تشخیص این دو مرحله از یکدیگر ارائه نکرده است، ضروری است این مسئله از طریق رویه ستره محکمه روشن شود. اما هم اکنون چنین رویه‌ای در دست نیست و تنها منبع باقی مانده همانا دکترین و عقاید دانشمندان است. تا زمانی که ستره محکمه یکی از عقاید مطرح را بر دیگر عقاید ترجیح دهد باید در حل این مسئله از عقاید دانشمندان کمک گرفت و آن عقیده‌ای را برگزید که از نظر علمی صحیح تر و با روح قانون و مقتضیات جامعه تناسب بیشتری دارد.

در میان علمای حقوق دو نظریه عمده در این باره وجود دارد. نخستین آنها نظریه عینی است. به موجب آن، معیار تفکیک اعمال مقدماتی از عملیات اجرایی «عنصر مادی» یا «عوامل مشدده جرم» است. اگر اعمال انجام شده داخل در تعریف قانونی جرم باشد یا اینکه یکی از عوامل مشدده جرم را پوشش دهد در این صورت شروع به جرم است و در غیر این صورت اعمال مقدماتی. برای مثال، شروع به جرم سرقت وقتی تحقق می یابد که مرتکب دست بر مال دیگری گذاشته باشد یا دست در جیب کرده باشد و پس از آن به دام افتاده باشد، چرا که تعریف قانونی سرقت گرفتن مال منقول و متقوم غیر به طور خفیه است (ماده چهارصد و پنجاه و چارم)؛ یا اینکه با لباس عسکری یا با شکستادن دروازه یا با بالارفتن از دیوار وارد محل مسکون شده باشد (برخی از عوامل مشدده مذکور در ماده چهارصد و پنجاه و پنجم) که در این صورت ضرورتی بر وضع ید بر مال نیست. در این صورت اگر به طریقی غیر ارادی سرقت تحقق نیابد شروع به سرقت است. نتیجه این که بر اساس این نظریه، تهیه نردبان و تحت نظر گرفتن طولانی مدت محل مسکون و قرار دادن نردبان در زیر پنجره خانه شروع به سرقت محسوب نمی شوند زیرا نه با تعریف قانونی سرقت منطبق اند و نه با عوامل مشدده آن. بناً، این نظریه بیشتر حامی منافع مجرمان است.

نظریه دیگر نظریه ذهنی است و معیار آن وضع روانی مرتکب است. این نظریه خطر اصلی را افکار مجرمانه و خطرناک مرتکب می داند. اگر از اقدامات انجام شده بتوان به طور مسلم به سوءنیت متهم پی برد در این صورت در مجرم دانستن وی به شروع به جرم نباید تردید کرد، حتی اگر آنچه انجام شده از ارکان و عناصر جرم نبوده و اعمال مقدماتی محسوب شوند. حقوق جزا نباید ملجأ و پناهگاه کسانی باشد که سوءنیت خود را در نقص نورمهای جامعه به اثبات رسانیده اند. گرچه با این نظریه می توان به نفع جامعه هر عمل توأم با قصد جرمی را



مجازات کرد، اما از پذیرش بی قید و شرط این نظریه لازم می‌آید که با دست و دل بازی مقدمات بعیده عمل جرمی را نیز که هیچ ارتباط مستقیمی با ارکان و عناصر مادی جرم ندارند شروع به جرم بدانیم.

نظریه سوم راه وسط را انتخاب کرده است به طوری که ضمن برخورداری از محاسن هر دو نظریه فوق معایب آنها را نیز ندارد. بر اساس این نظریه، معیار تفکیک اعمال مقدماتی از شروع به جرم قابلیت تفسیری آنهاست. اعمال مقدماتی به کلیه اعمالی اطلاق می‌شود که می‌توان از آن تعبیر و تفاسیر مختلف داشت، مثل خرید سلاح که ممکن است آن را به مقصد شکار، مسابقه تیراندازی یا قتل تفسیر کرد. اما شروع به جرم اعمالی است که از آن فقط و فقط می‌توان مقصد جرمی را برداشت کرد. در مثال بالا کمین کردن در راه یک فرد یا وارد خانه او شدن با همان سلاح خریداری شده مفهومی به جز سوء نیت مجرمانه نسبت به آن فرد ندارد و شروع به جرم به حساب خواهد آمد. با این نظریه، هم از یک طرف، مجرمانی که سوء نیت خود را با حرکت تا مرز ارتکاب جرم ثابت کرده‌اند ولی وارد ارکان و عناصر مادی جرم نشده‌اند از مجازات مصون نمی‌مانند و هم از طرف دیگر، آغاز به جرم آنچنان وسیع و بی حساب تفسیر نمی‌شود که تمامی اقدامات بعیده و اعمالی را که تاب تفسیر متفاوت دارند و مستقیماً به جرم مربوط نمی‌شوند شامل شود به نحوی که از همان آغاز نیز فردی که متمایل به انصراف گشته، با مجرم یافتن خود، انگیزه‌ای برای این کار نداشته باشد.

در پایان این قسمت باید به وضعیت شروع به جرم در جرایم مطلق اشاره کنیم. اگر به یاد داشته باشید، مرحله چهارم تحقق یک جرم را مرحله به «نتیجه» رسیدن عملیات اجرایی دانستیم. بناً شروع به جرم تا هنگامی قابل تصور است که جرم با به نتیجه رسیدن کامل نشده باشد. حال پرسش این است که در دسته‌ای از جرایم که نیل به نتیجه در آنها شرط نیست شروع به جرم چگونه است؟

در جرایم مطلق جرم به صرف عملیات اجرایی پایان می‌پذیرد و مرحله سوم در آنها آخرین مرحله است. همین مسئله سبب شده که برخی معتقد شوند که شروع به جرم در جرایم مطلق قابل تصور نیست. ولی اینگونه نیست. شروع به جرم در جرایم مطلق که عملیات اجرایی آنها قابلیت تجزیه داشته باشند قابل تصور می‌باشد. مثلاً در جرم رشوت که به صرف دادن مال یا حتی وعده آن تحقق می‌یابد و شرط نیست که موظف عمومی عمل شرط شده را انجام دهد، اگر رشوت‌دهنده در هنگامی که می‌خواهد پول را به حساب بانکی رشوت‌گیرنده واریز کند دستگیر شود مرتکب شروع به رشوت شده است. اما در جرم مطلق تهدید اگر

شفاهی باشد به سختی می توان شروع به جرم را تصور کرد چرا که عملیات اجرایی آن حالت بسیط دارد و در لحظه ای که الفاظ تهدید آمیز ادا شد پایان می یابد. اما باز در همین جرم نیز اگر تهدید مکتوب باشد می توان فرض کرد که مرتکب در حین نوشتن آن و یا وقتی که می خواهد مکتوب را به نحوی به شخص مورد نظر برساند دستگیر شود که در این حالت مرتکب شروع به جرم تهدید شده است.

### ۳. مجازات شروع به جرم

اگر جرم کامل نشده و ضرر اجتماعی ناشی از آن مستقر نگردیده پس چرا شروع کننده مجازات می شود؟ پاسخ روشن است. گذشته از این که صرف بالا رفتن از دیوار دیگری یا کمین نشتن برای قتل وی برهم زنده نظم اجتماعی است و شایسته تعقیب و واکنش اجتماع، بی مجازات رها کردن مجرم بالقوه ای که خطرناکی خود را تا آنجا ثابت کرده است که اگر مانع خارجی نمی بود جرم را به فعلیت رسانیده بود چیزی به جز تشویق وی بر درس گرفتن از شکست خود برای آینده و زیر پا گذاشتن دوباره نورمها و ارزشهای جامعه نیست. بناً امروزه تمامی کشورهای پیشرفته دنیا شروع به جرم را مجازات می کنند.

البته معمولاً این گونه است که در مجازات شروع به جرم معیار عینی حاکم است. بدین معنا که از آن جا که جرم تکمیل نشده مجازات کمتری نسبت به جرم تام در نظر گرفته می شود. در گذشته، دبستان اثباتگرایی معیار ذهنی را تجویز می کرد که بر اساس آن مجازات شروع به جرم با جرم تام یکسان بود. این دبستان خود را موظف به مبارزه علیه «حالت خطرناک» مجرمان می دید و بناً آنکه جرم را آغاز کرده خطرناکی خود را به اثبات رسانیده است؛ در این دیدگاه آنچه اجتماع را به مخاطره می اندازد مجرم است و حالت خطرناک او نه جرم ارتكابی.

قانون گذار با تبعیت از دیدگاه عینی و بر اساس نوع جرایم (جنایت، جنحه و قباحت) قواعد مجازات شروع به جرم را در مواد سی ام تا سی و دوم قانون جزا آورده است. بدین سان، در مواردی که قانون بلافاصله پس از تعیین مجازات جرم تام مجازات شروع به آن جرم را نیز مشخصاً بیان کرده باشد آن مجازات تطبیق می شود. در غیر این صورت، در جرایم جنایت و جنحه بر اساس قواعد مصرح در مواد سی ام و سی و یکم حکم خواهد شد. و به موجب ماده سی و دوم نیز اصل بر این است که شروع به جرم قباحت مجازات نمی شود، مگر در موارد استثنایی ای که قانون تصریح کرده باشد.

## ب) جرایم ناکام (عقیم) و ناممکن (محال)

### ۱. تشخیص جرایم ناکام و ناممکن

به جز شروع به جرم در دو حالت دیگر نیز امکان دارد که مجرم علاوه بر میل باطنی خود و با وجود به جا آوردن تمام تلاش خود در اقدامات عملی به نتیجه دلخواه جرمی نائل نمی‌شود. با این تفاوت که اولاً در شروع به جرم، عملیات اجرایی جرم خارج از اراده مرتکب متوقف می‌شوند، در حالیکه در این دو حالت دیگر، همانند یک جرم تام، فاعل صورت و شکل ظاهری عناصر و ارکان مادی تشکیل‌دهنده جرم را تکمیل می‌کند. در ثانی در شروع به جرم تحقق نتیجه منطقاً امکان‌پذیر بوده است ولی لزوماً در دو حالت دیگر این چنین نیست.

در جرم ناکام یا عقیم امکان حصول نتیجه وجود دارد ولی به علل درونی یا بیرونی و به رغم تکمیل صوری عملیات اجرایی، جرم محقق نمی‌شود. در این حالت، عدم حصول نتیجه ممکن است معلول عدم تسلط کافی مرتکب و بی‌مهارتی او باشد (مانند اینکه در فیر بالای فردی نتواند خوب او را نشانه‌گیری کند و تیرش به خطا برود) یا اینکه ابزار و وسایل استعمال‌شده برای رسیدن به هدف مجرمانه چنین قابلیت نداشته باشند (مانند اینکه سلاح ناریه وی دچار عیب تخنیکی بوده و یا اصلاً فاقد مرمی بوده باشد؛ یا اینکه در جرم سقط جنین ادویه به کاررفته تقلبی بوده و فاقد اثر سقط‌کنندگی بوده باشند). در چنین مواردی، اگر نبود علت درونی شخص مرتکب یا علت بیرونی ناظر به وسایل یا موقعیتهای مادی ارتکاب، نتیجه مورد نظر از جرم حادث می‌شد. اما در جرم ناممکن یا محال اصولاً نتیجه مجرمانه قابلیت تحقق خارجی ندارد؛ حتی اگر مرتکب زنده‌ترین تبهکاران باشد یا وسایل و ابزار به کاررفته در جرم از هر نظر مدرن و بی‌نقص و ایراد باشند (مثل وقتی که فیر بالای شخصی صورت گرفته باشد که قبلاً مرده است یا هدف فیر مجسمه‌ای پلاستیکی از آدم بوده؛ یا عملیات سقط جنین در مورد زنی اجرا شده باشد که اصولاً حامله نبوده است).

### ۲. مجازات جرایم ناکام و ناممکن

در مورد مجازات جرم ناکام اختلاف نظر کمتری وجود دارد که دلیل آن شباهت بیشتر آن به شروع به جرم است. در هر دوی آنها عواملی خارج از اراده مرتکب سبب می‌شود که عملیات اجرایی به نتیجه نرسد. لذا اغلب دانشمندان معتقدند که می‌توان همان مجازات شروع به جرم را برای جرایم ناکام در نظر گرفت. معمولاً بدین گونه است که حتی در مواردی که

قانون نامی از جرایم ناکام نبرده باشد، تعریف شروع به جرم شامل این دسته از جرایم می‌شود. دیدیم که فقره ۱ ماده بیست و نهم قانون جزا شروع به جرم را این گونه تعریف کرده بود

«شروع به جرم عبارت است از آغاز به اجرای فعل ... به نحوی که نظر به اسباب خارج از اراده فاعل آثار آن متوقف یا خنثی شده باشد.»

جرم ناکام نیز همانند شروع به جرم عملیات اجرایی آن آغاز شده است و بنا به دلایل خارج از اراده متهم به نتیجه نرسیده است. ما با اینکه در شروع به جرم صد فی صد یقین نداریم که اگر عملیات متوقف یا خنثی نمی‌شد عملاً مجرم یا وسایل به کار گرفته شده از پس جرم بر می‌آمدند، با این حال وی را مجازات می‌کنیم. در جرم ناکام که تعدی مجرم فراتر از شروع است و عمل را کامل کرده به طریق اولی باید بتوانیم وی را به همان مجازات شروع به جرم<sup>۱۷</sup> محکوم کنیم.

این در صورتی بود که فقط فقره ۱ ماده بیست و نهم در دسترس ما می‌بود. اما خوشبختانه قانون‌گذار در فقره ۳ همین ماده، حداقل در باره عقیم بودن جرم نظر به وسائل، صراحت نیز دارد:

«هر عملی که ... ارتکاب آن از رهگذر ... وسایل استعمال مستحیل باشد، شروع به جرم شمرده می‌شود؛ مشروط بر اینکه عقیده مرتکب در احداث نتیجه جرمی ناشی از اشتباه یا جهالت مطلق نباشد.»

اما در جرم ناممکن که اصولاً حصول نتیجه جرمی محال است اختلاف نظرهای بیشتری مشاهده می‌شود. طرفداران نظریه عینی معتقد به عدم مجازات این جرایم اند زیرا به نظر آنان این دسته از جرایم از آنجا که در عالم واقع قابلیت نقض قوانین را ندارند نمی‌توانند نظم اجتماعی را مختل نمایند. همچنین، این جرایم، برخلاف جرایم ناممکن، فرق عمده‌ای با شروع به جرم دارند. شروع به جرم ناظر به حالاتی است که جرم امکان‌پذیر به واسطه عامل خارجی متوقف شده باشد. عقلاً شروع به امری معنا دارد که خود آن امر امکان‌پذیر باشد. اگر ذی‌المقدمه محال است مقدمه هم مصداق پیدا نمی‌کند. بنائاً تسری مجازات شروع به جرم به این دسته از جرایم منطقی نیست. بنا به این نظریه، کسی که به قصد سرقت دست در جیب خالی دیگری می‌کند اما چیزی برای ربودن نمی‌یابد یا کسی که به قصد قتل دیگری

<sup>۱۷</sup> تأکید می‌کنیم که به مجازات شروع به جرم. بحث محکومیت او به مجازات جرم تام نیست که ایراد گرفته شود جرم به نتیجه نرسیده است.

بالای تخت خواب خالی او فیر می کند قابل مجازات نیست.

نظریه ذهنی طبق معمول تأکیدش بر ذهنیت و حالت خطرناک مرتکب است. کسی که با انجام هر چند صوری یک جرم خبث نیت خود را ثابت کرده است برای جامعه خطرناک است؛ گرچه از رهگذر عمل وی ضرر مادی به جامعه وارد نشده باشد ولی فعل وی را می توان به اظهار امیال ستیزه جویانه وی و ظرفیت جنایی او تعبیر نمود. این نظریه داعیه حمایت بهتر از نظم اجتماعی را دارد و با گرایش اثباتگرایی کریمینولوژی منطبق است.

به موجب یک نظریه تلفیقی راه حل سومی انتخاب شده است. این نظریه عدم امکان را به «عدم امکان حکمی» و «عدم امکان موضوعی» تفکیک می کند. وقتی عدم امکان حکمی است که یکی از عناصر و ارکان متشکله قانونی جرم موجود نباشد؛ مثلاً حیات داشتن دیگری که از ارکان تعریف قتل است. چرا که قتل در تعریف قانونی سلب حیات از شخص حی است. بنائاً فیر بالای مرده عدم امکان حکمی دارد. از آنجا که در عدم امکان حکمی حق مورد تعرض وجود خارجی ندارد مجازات جواز ندارد. اما عدم امکان موضوعی وقتی است که جرم نظر به تعریف قانونی ممکن است ولی موضوع جرم مؤقتاً موجود نیست. وقتی که سارق دست در جیب خالی می کند یا بالای لحاف دیگری فیر می کند، از نظر قانونی وقوع سرقت یا قتل ممکن بوده است ولی به آن دلیل که مؤقتاً جای کیف پول تغییر داده شده بوده و یا فرد به دلیلی تخت خواب خود را ترک کرده بوده، جرم غیر ممکن بوده است. بنائاً مانعی برای مجازات فعل تحت عنوان شروع به جرم وجود ندارد.

قانون گذار افغانستان ظاهراً در مورد جرایم غیر ممکن همین نظریه تلفیقی را پذیرفته است و فقط برای موارد محال موضوعی مجازات شروع به جرم در نظر گرفته است. فقره ۳ ماده بیست و نهم مقرر می دارد:

«هر عملی که به قصد ارتکاب جنایت یا جنحه ای که ارتکاب آن از رهگذر عوامل مربوط به موضوع جرم ... مستحیل باشد شروع به جرم شمرده می شود؛ مشروط بر اینکه عقیده مرتکب در احداث نتیجه جرمی ناشی از اشتباه یا جهالت مطلق نباشد.»

## تکمله: اتفاق در جرم

### مواد مرتبط

#### مادهٔ چهل و نهم قانون جزا

اتفاق در جرم عبارت است از متحد شدن دو نفر یا بیشتر از آن در ارتکاب جنایت یا جنحهٔ معین یا غیر معین و یا اتفاق در اعمال تجهیزاتی، تسهیلاتی یا تکمیلی جرایم مذکور، مشروط بر اینکه اتفاق منظم و پی هم باشد، گر چه در آغاز مرحلهٔ تشکل جرمی یا برای مدت کوتاه صورت گرفته باشد.

#### مادهٔ پنجاهم قانون جزا

۱. در مورد اتفاق به جنایت هر فرد آن به جزای حبس طویلی که از هفت سال تجاوز نکند محکوم می‌گردد، گر چه در ارتکاب جنایت مورد اتفاق شروع صورت نگرفته باشد.
۲. در مورد اتفاق به جنحه هر فرد آن به جزای حبس که از دو سال بیشتر نباشد و یا به جزای نقدی که از بیست و چهار هزار افغانی تجاوز نکند محکوم می‌گردد.

#### مادهٔ پنجاه و یکم قانون جزا

هر گاه غرض از اتفاق ارتکاب جرمی باشد که جزای آن در قانون از جزای مندرج مادهٔ پنجاهم این قانون کمتر پیش‌بینی شده باشد، در این صورت متهمین اتفاق در جرم به ربع حداکثر جزایی محکوم می‌گردند که برای جرم مورد اتفاق تعیین شده است.

#### مادهٔ پنجاه و دوم قانون جزا

۱. جزاهای مندرج مواد پنجاهم و پنجاه و یکم این قانون بر اشخاصی تطبیق نمی‌گردد که از اتفاق در جرم به مقامات مربوط اطلاع دهند، مشروط بر اینکه اطلاع قبل از وقوع جنایت و جنحه و قبل از جستجو و تفتیش مقامات مذکور صورت گرفته باشد.

۲. اطلاع‌دهنده بعد از آغاز جستجو و تفتیش مقامات مربوط به شرطی از مجازات معاف ساخته می‌شود که اطلاع وی سبب گرفتاری متهمینی گردد که نزد مقامات مذکور معلوم نباشند.

#### ماده چهارم قانون مبارزه علیه تمويل تروريزم

اشتراک‌کننده، معاونت‌کننده، تسهیلات فراهم آورنده، قصد‌کننده و مشوره‌دهنده به ارتکاب جرم تمويل تروريزم و اشخاصی که در اتحاد یا توافق با آنها قرار داشته باشند مانند فاعل جرم مجازات می‌گردند.

#### ماده چهارم و ششم قانون مبارزه علیه تطهير پول و عوايد ناشی از جرایم

۱. فاعل جرم تطهير پول به حبسی که مدت آن از دو سال کمتر و از پنج سال بیشتر نباشد و یا جریمه نقدی‌ای که از پنجاه هزار افغانی کمتر و از دو صد و پنجاه هزار افغانی بیشتر نباشد و یا به هر دو جزاء محکوم می‌گردد.
۲. اشتراک‌کننده، معاونت‌دهنده، تسهیلات فراهم آورنده، قصد‌کننده، مشوره‌دهنده به ارتکاب جرم تطهير پول و اشخاصی که در اتحاد یا توافق به آن قرار داشته باشند مانند فاعل جرم مجازات می‌گردند.

## تبصره

در گفتار سابق به مواردی پرداختیم که «عملیات اجرایی جرم» به نتیجه مورد نظر نمی‌رسند. در تکمله این فصل راجع به عنصر مادی جای آن دارد به موردی پردازیم که در آن هم نتیجه حاصل نمی‌شود اما با این تفاوت که عملیات اجرایی یا حتی اعمال مقدماتی نیز در آن تحقق نیافته است. ماهیت و وضعیت عنصر مادی چنین موردی شایسته توجه ویژه است.

این مورد وقتی است که فردی به اتفاق یک یا چند نفر دیگر تصمیم به ارتکاب جرم می‌گیرد. قوانین نظامهای جزایی مختلف معمولاً نفس اتفاق در جرایم (یا اتفاق در جرمهای خاص) را، بی آنکه نتیجه‌ای از این تصمیم جمعی حاصل شده باشد و اقدام عملی برای تحقق تصمیم صورت گرفته باشد، جرم مستقلی دانسته‌اند و آن را جداگانه مجازات می‌کنند. لذا ضروری می‌نماید که هدف از جرم دانستن این عمل بررسی شود و موضع حقوق افغانستان درباره این جرم تحلیل گردد.

### الف) ماهیت و عنصر مادی اتفاق در جرم

ذیلاً ماهیت و عنصر مادی این جرم را در دو قسمت جداگانه بررسی خواهیم کرد. با این توضیح که قواعد و اصولی را که در فصل دوم این بخش راجع به عنصر روانی در جرایم عمدی خواهیم آموخت در اتفاق در جرم نیز مصداق داشته و قابل تطبیق‌اند.

#### ۱. ماهیت اتفاق در جرم

بسیاری از قوانین، از جمله در افغانستان، اتفاق یا تبانی چند نفر در ارتکاب جرم را جرم دانسته‌اند. می‌دانیم هر گاه چند نفر با هم در امری همدستان شوند و به پشتیبانی روحی و مادی یکدیگر مستظهر گردند چنان جسارت و قدرتی می‌یابند که هم احتمال منصرف شدن هر یک را کاهش می‌دهد و هم توفیق آنها را در حصول نتیجه افزایش می‌دهد. بناً هر گاه این همدستانی برای ارتکاب جرم باشد منطقی است که قانون سریع‌تر وارد عمل شود و منتظر آغاز جرم نگردد. مضاف بر اینکه بسیاری از شبکه‌ها و سازمانهای خطرناک مجرمانه و «شرکتهای سهامی جرم» به طور جمعی و سازمان‌یافته مرتکب جرایم جبران‌ناپذیر و وسیعی می‌شوند و از این رهگذر خطر اجتماعی غیر قابل جبرانی ایجاد می‌کنند. این سازمانها با اتفاق و تبانی اعضا مرتکب جرم می‌شوند و منطقی نیست که قانون‌گذار تا آغاز عملیات دست روی دست بگذارد. صرف همین اتحاد و اتفاق حتی اگر به جرم نینجامد خطرناک است و



باید واجد ضمانت اجرای جزایی باشد.

بنائاً هر گاه چند نفر با هم متحد و متفق شوند که جرمی را مرتکب گردند بی آنکه شروع به عملیات اجرایی و یا حتی اعمال مقدماتی آن کرده باشند مرتکب جرم اتفاق گردیده‌اند. تصمیم و اتحاد چند نفر بر جرم یک قصد مجرمانه جمعی است و ظاهراً بنا به صراحت فقره ۲ ماده بیست و نهم قانون جزا مجرد قصد ارتکاب جرم نباید جرم پنداشته شود. حتی این فقره انجام مقدمات اجرایی را نیز جرم نمی‌داند. اما باید در نظر داشت که جرم دانستن «اتفاق در جرم» جرم دانستن اندیشه و تصمیم مجرمانه نیست. عنصر مادی این جرم همان اتحاد و اتفاق است.

## ۲. عنصر مادی اتفاق در جرم

گرچه تصمیم جمعی افراد، اتفاق و اتحاد آنها بیشتر یک فعالیت ذهنی است تا مادی، نباید چنین تصور کرد که قانون یک فعالیت ذهنی و فکری را جرم دانسته است. پیش‌تر در مورد خطرات جرم دانستن اندیشه بحث کردیم. «قصد اجرای جرم مورد اتفاق» عنصر روانی این جرم است و باید در عالم واقع آثار و علائم مادی‌ای دلالت‌کننده بر وجود چنین قصدی تحقق یابند. بنائاً عنصر مادی اتفاق متشکل از تمامی افعال مادی‌ای است که به طریقی می‌توانند ما را بر وجود آن قصد راهنمایی کنند؛ افعالی مثل «جمع شدن در یک محل»، «با هم جلسه گذاشتن»، «شرکت در آن جلسه»، «بحث و اظهار نظر و طرح پیشنهادهای مختلف»، «رأی‌گیری کردن» و «جمعاً تصمیم گرفتن» را می‌توان عملیات مقدماتی و اجرایی این جرم دانست. هر گاه این نشانه‌های مادی به تصمیم قطعی و منجز مجرمانه بینجامد جرم تحقق یافته است. اعمال فوق جنبه تمثیلی دارند و لزوماً هر اتحادی از همین مسیر خاص شکل نمی‌گیرد. مقصد فقط این است که دعوای اتفاق در جرم حتماً به وقایع مادی قابل ارزیابی مستظهر باشد تا بتوان این اتحاد و توافق را «احراز» کرد.

در این باره باید در نظر داشت که صرف مذاکره و تبادل نظر یا فراخواندن دیگران برای گردهم آمدن قبل از اینکه تصمیم قطعی بر جرم گرفته شود عنصر مادی این جرم نیستند. عنصر مادی این جرم همان «اتحاد یا اتفاق جمعی» بر ارتکاب جرم است که به محض اینکه قطعاً تصمیم بر جرم گرفتند تحقق می‌یابد. بنائاً به محض آنکه این اتفاق حاصل شد جرم محقق است و این جرم یک جرم آنی است نه مستمر. پس اگر یکی از اعضا پس از حصول توافق قطعی از جرم منصرف شد عمل وی انصراف ارادی از جرم اصلی ولی ندامت از توافق

در جرم است و به حیث جرم دوم (اتفاق در جرم) فقط می‌تواند مشمول عوامل مخففه قرار گیرد.

بحث «شروع به اتفاق در جرم» قدری پیچیده می‌نماید. اما اگر شروع به جرم را آغاز عملیات اجرایی جرم بدانیم و خود جرم را با حصول لحظه‌ای توافق پایان یافته تلقی کنیم، قاعدتاً باید بتوان شروع به اتفاق را نیز متصور شد؛ مثلاً زمانی که بررسیها و مذاکرات و شور اعضا وارد مرحله نهایی برای تصمیم‌گیری می‌شود، اگر به دلیلی خارج از اراده آنها پروسه اتفاق قطع گردد. با این حال، حکم این مسئله بستگی به حالات و شرایط خاص هر قضیه دارد. در مواردی که اعضا کاملاً توجیه به اعمال مجرمانه‌اند و در کار خود مهارت کافی دارند نیل به تصمیم مشترک در زمانی بسیار کوتاه و حتی بدون حضور فیزیکی و با ارتباط تلفنی انجام می‌شود. در این موارد به دلیل کوتاه بودن پروسه اتفاق، شروع به اتفاق کمتر امکان تحقق می‌یابد.

#### ب) اتفاق در جرم در حقوق افغانستان

ذیلاً شرایط قانونی و تعریفی را که قانون افغانستان از اتفاق در جرم ارائه کرده است و همچنین تدبیر جزایی‌ای را که در مجازات آن پیش دست گرفته است بررسی می‌کنیم.

##### ۱. تعریف اتفاق در جرم در افغانستان

مادهٔ چهل و نهم قانون جزا به تعریف اتفاق در جرم پرداخته است. این ماده دو حالت مختلف را برای عنصر مادی این جرم در نظر گرفته است.

- متحد شدن دو نفر یا بیشتر برای ارتکاب جنایت یا جنحه<sup>۱۸</sup>؛
  - اتفاق در اعمال تجهیزاتی، تسهیلاتی یا تکمیلی جرایم مذکور.
- حالت اول آن است که دو یا چند نفر با یکدیگر تصمیم بگیرند که مرتکب جنایت یا جنحه

---

<sup>۱۸</sup> در افغانستان اتفاق در جرم در تمامی جرایم جنایت و جنحه امکان پذیر است. در کشورهای دیگر در این مورد سیاست واحدی وجود ندارد. به طور کلی در این مورد برخی از کشورها همانند افغانستان تفکیکی میان جرایم مهم نکرده‌اند و اتفاق در همه آنها را جرم دانسته‌اند. برخی کشورهای دیگر فقط اتفاق در گروپ خاصی از جرایم را، مثلاً جرایم علیه امنیت کشور، جرم دانسته‌اند. برخی نیز راه میانه‌ای برگزیده‌اند و پس از جرم دانستن اتفاق در جرایم علیه امنیت، در مورد جرایم غیر امنیتی، با سخت‌گیری کمتری نسبت به جرایم امنیتی، علاوه بر اتفاق اقدام به عملیات مقدماتی را نیز شرط کرده‌اند.

شوند و مفهوم حالت آلترناتیو این است که این افراد با هم تصمیم بگیرند برای ارتکاب جنایت یا جنحه تدارک ببینند و مقدمات اجرایی و وسایل و تجهیزات آن را فراهم کنند.

قانون در حالت اول صرف تصمیم جمعی به ارتکاب جنایت یا جنحه را جرم شناخته است بدون آنکه نیازی باشد اقدامی عملی برای تطبیق این توافق (ارتکاب جنایت یا جنحه) انجام گرفته باشد. در حالت دوم نیز صرف تصمیم جمعی به تدارک مقدمات و وسایل ارتکاب جنایت یا جنحه را جرم دانسته بدون آنکه نیازی باشد اقدامی عملی برای اجرایی کردن آن توافق (تهیه و تدارک مقدمات و تجهیزات) صورت گرفته باشد.

منطق قانون گذار در تفکیک این دو حالت واضح نیست. کسانی که اتفاق در ارتکاب جرم می کنند منطقاً وقتی در اصل با هم اتفاق دارند بعداً در مورد نحوه عملی کردن این تصمیمشان نیز اتفاق خواهند کرد. بنائاً حالت دوم یک حالت مستقل از حالت اول نیست که نیازمند جرم‌انگاری جداگانه باشد.

اگر مقصد از جرم‌انگاری جداگانه حالت دوم این باشد که نه تنها تصمیم بر جرم جرم است بلکه تصمیم بر تهیه مقدمات جرم نیز جرم است، در این صورت این تأکید کاملاً عبث است. چرا که حالت دوم مستقل از حالت اول نیست که مستقلاً در باره آن حکم داده شود. تصمیم گیرندگان بر تهیه مقدمات جرم قبلاً با تصمیم گرفتن بر ارتکاب نفس جرم مجرم بوده‌اند و نیاز به تأکید مجدد بر مجرم بودنشان نبود. تصور کنید که در جلسه اول اعضا تصمیم بر ارتکاب جرم می گیرند قانون گذار می گوید که این اعضا مجرم‌اند. سپس جلسه بعدی روز بعد برای بررسی نحوه اجرایی کردن تصمیم قبلی تشکیل می شود و در این مورد نیز اعضا اتفاق می کنند قانون گذار باز می گوید آن اعضا (که دیروز مجرم بودند) مجرم‌اند! مگر اینکه بگوییم جلسه جدید با حضور اعضای تشکیل شده که در جلسه قبلی نبوده‌اند. آیا می توان تصور کرد که این اعضای جدید فقط در تهیه مقدمات اتفاق داشته‌اند (حالت دوم) بدون اینکه توافق بر اصل جرم (حالت اول) داشته باشند؟ اعضای جدید نیز اتفاق در اصل جرم دارند. بنائاً ذکر حالت دوم توسط قانون گذار زاید و گمراه کننده است.

سایر شرایط قانونی تحقق اتفاق در جرم، مستفاد از ماده چهارم و نهم، از قرار ذیل است:

- اتفاق کنندگان ممکن است حتی دو نفر باشند.
- اتفاق در جرایم جنایت و جنحه قابل مجازات است و در جرایم قباحت ممنوع نیست.

- عنصر روانی در این جرم قصد اجرای توافق به ارتکاب جرم جنایت یا جنحه است. بناً اتفاق در جرم قباحت قابل مجازات نیست.
- قصد جنایت یا جنحه می‌تواند معین باشد یا غیر معین.
- بنا به تصریح مادهٔ چهل و نهم به شرطی اتفاق جرم است که منظم و پیهم باشد. در این صورت کافی است و نیازی نیست که مفصل بوده و تمام جزئیات پیش‌بینی شده باشد. صرف تشکیل ارادهٔ جمعی مجرمانه کافی است حتی اگر از مدت تشکیل آن وقت زیادی تیر نشده باشد.

## ۲. مجازات اتفاق در جرم در افغانستان

در صورتی می‌توان متفقین را به جرم اتفاق مورد تعقیب قرار داد که جرم اصلی ارتکاب نگردد. در صورتی که جرم اصلی شروع شده باشد و بنا به عللی متوقف یا خنثی گردد؛ یا اینکه عملیات اجرایی آن تکمیل گردد و جرم تام شود در آن صورت اشتراک کنندگان، به حیث شریک<sup>۱۹</sup>، حسب مورد به مجازات مقرر برای شروع به جرم اصلی یا مجازات مقرر برای اِکمال جرم اصلی محکوم می‌شوند.

قانون در فقرهٔ ۱ مادهٔ پنجاهم قانون جزا مجازات اتفاق به جنایت را برای هر فرد حبس طویلی که متجاوز از هفت سال نباشد تعیین کرده است. متأسفانه در ذیل این فقره نیز یک جملهٔ زاید موجود است. این فقره را نقل می‌کنیم:

«در مورد اتفاق به جنایت هر فرد آن به جزای حبس طویلی که از هفت سال تجاوز نکند محکوم می‌گردد؛ گرچه در ارتکاب جنایت مورد اتفاق شروع صورت نگرفته باشد.»

مسلم است که حتی در ارتکاب جرم اصلی شروع صورت نگرفته باشد نیز اتفاق مجازات می‌شود. حتی اگر اعمال مقدماتی آن نیز، که یک مرحله قبل از شروع است، آغاز نشده باشد باز اتفاق در جنایت مجازات می‌شود. اصلاً اگر جنایت شروع شده باشد، شروع به جنایت

---

<sup>۱۹</sup> احکام شرکت در جرم را در فصل ضمیمهٔ این فصل بیابید. در آنجا خواهیم دید که کسانی که تبانی و اتفاق بر جرم می‌کنند، در صورتی که فاعل واحد یا فاعلان متعدد مرتکب جرم طراحی شده شوند، عنوان «شریک» در جرم می‌یابند و بر عمل آنها رژیم شرکت در جرم حاکم می‌شود (بنگرید به مادهٔ سی و نهم قانون جزا).

مجازات خود را دارد و دیگر بحث مجازات کردن اتفاق در جنایت منتفی است. جمله زائد قانون گذار درباره مجازات اتفاق در جنایت و نبود این جمله در فقره بعدی در مجازات اتفاق در جنحه این شائبه را ایجاد می کند که شاید منظور این بوده که در جنحه برای آنکه اتفاق قابل مجازات باشد باید جرم شروع شده باشد! در حالیکه مسلماً قانون گذار در مقام بیان نبوده و نمی توان از این قید زائد مفهوم مخالف گرفت.<sup>20</sup>

بر اساس فقره ۳ ماده مارالذکر، برای اتفاق در جنحه نیز جزای حبس تا دو سال یا جزای نقدی تا بیست و چار هزار افغانی در نظر گرفته شده است.

جزای اتفاق در جنایت و اتفاق در جنحه به شرطی مطابق ماده پنجاهم تعیین می شود که مجازات جرم اصلی مورد اتفاق از مجازاتهای مندرج در ماده پنجاهم (هفت سال برای جنایت و دو سال برای جنحه) کمتر نباشد. چرا که منطقی نخواهد بود که جزای اتفاق در جرمی برابر یا بیشتر از جزای اصل آن جرم باشد. در این موارد به تصریح ماده پنجاه و یکم به ربع حداکثر جزای جرم اصلی محکوم می شوند.

اما با مراجعه به ماده چهارم قانون مبارزه علیه تمویل تروریزم و ماده چهل و ششم قانون مبارزه علیه تطهیر پول و عواید ناشی از جرایم می بینیم که قانون از این قاعده عدول کرده و مجازات مجرمان جرم اصلی را به متفقین در این جرایم نیز تسری داده است. این نشان از تدبیر افتراقی قانون گذار در مورد جرایم تروریسم و تطهیر پول، نظر به اهمیت و خطرات بزرگی که برای جامع دارند، می باشد.

ماده پنجاه و دوم نیز معافیت قانونی از مجازات را برای اعضای در نظر گرفته که از اتفاق در جرم به مقامات مربوط اطلاع دهند.

---

<sup>20</sup> این فقره و حتی ماده قبل از آن که دو حالت را برای اتفاق در جرم در نظر گرفته بود شاهد خوبی است بر حقانیت ایراداتی که قبلاً در بحث اصول منشعب از پرنسیپ قانونی بودن بر شیوه تفسیر لفظی قوانین جزایی وارد دانستیم.

## مباحثه

- به نظر شما چرا اکثریت رفتارهای مجرمانه پیش‌بینی شده در قانون به صورت فعل ایجابی‌اند؟ دلیل قلت جرایم ناشی از ترک فعل چه می‌باشد؟
- آیا می‌توانید با جست و جو در متون قانونی افغانستان موارد دیگری از جرایم ناشی از ترک فعل بیابید؟
- جرایم ناشی از ترک فعل غیر عمدی را سراغ دارید؟
- در مورد شخصی که به قصد کشتن دیگری او را در مکانی محبوس می‌کند و او را آن قدر گرسنگی می‌دهد تا در اثر گرسنگی بمیرد چه حکم می‌کنید؟ استدلال کنید.
- نظر قانون‌گذار را درباره «جرایم فعل از طریق ترک فعل» در مواردی که مرتکب تکلیف قانونی یا وظیفوی در قبال مجنی‌علیه ندارد، با به کارگیری جداگانه هر یک از میتوذهای تفسیر قوانین جزایی که در بخش یک رهنمود فراگرفتید، استخراج نمایید.
- موضع‌گیری دوگانه قانون‌گذار در بحث معیار سببیت در جرایم فعل و جرایم ترک فعل را موجه می‌دانید؟ استدلال کنید.
- قانون‌گذار در ماده بیست و نهم معیار شروع به جرم را «آغاز اجرای فعل» دانسته است. این تعبیر نمی‌تواند شامل جرایم ترک فعل گردد. آیا این عبارت قانون‌گذار توجیهی دارد یا اینکه او غلط کرده است؟
- آیا می‌توانید در مورد شروع به جرم در جرایم غیر عمدی چند مثال بزنید؟ در مورد اتفاق در جرایم غیر عمدی چه؟
- کدام یک از نظریات راجع به تفکیک اعمال مقدماتی از شروع به جرم را با شرایط افغانستان مساعد دانسته و آن را به ستره محکمه یا قانون‌گذار پیشنهاد می‌کنید؟ آیا کدام نظریه جدیدی می‌توانید ارائه کنید؟
- حکم «شروع به جرم ناکام» و «شروع به جرم ناممکن» را مستدلاً و مستند به مواد قانون استنباط کنید.
- راننده یک رالی با نقص موازین و مقررات اقدام به سوار کردن چند مسافر بالای بارهای رالی می‌کند. رالی در اثر بریده شدن تصادفی برک دچار سانحه شده و افراد بالای رالی کشته می‌شوند. راننده را به چه جرمی محکوم می‌کنید؟
- قانون جزای افغانستان در فقره ۲ و ۳ ماده بیست و هشتم نظریه مقبول خود در احراز رابطه سببیت را به صراحت تعیین کرده است. این عمل قانون‌گذار چه مزایا و چه معایبی دارد؟

- دو نفر که با همدیگر تصمیم به قتل شخص سومی می گیرند در حین اینکه می خواستند برای عملی کردن نقشه شان سم بخرند توسط پولیس دستگیر می شوند. ایشان به تصمیمشان اعتراف می کنند. آن دو را به چه جرمی محکوم می کنید؟ اگر آنها برای عملی کردن تصمیم مشترکشان پس از خرید اسلحه ناریه دستگیر شده بودند چه حکم می کردید؟
- حکم «اتفاق در جرم ناکام» و «اتفاق در جرم ناممکن» را مستدلاً و مستنداً به مواد قانون استنباط کنید.





## ادامه فصل یکم: همکاری در ارتکاب عنصر مادی

### مقدمه

ساده‌ترین حالت در ارتکاب عنصر مادی جرم این است که یک مجرم بدون مداخله دیگران قصد ارتکاب جرم کند و پس از تهیه مقدمات عملیات اجرایی مربوط را آغاز و به انجام برساند و یا به اجرای آن (شروع به جرم) مبادرت ورزد. اما همواره اینگونه نیست. در پاره‌ای از موارد فرد مجرم تحت تأثیر یا با حمایت و پشتیبانی شخص یا اشخاص دیگر مرتکب جرم می‌گردد. گاهی نیز چند مجرم به اتفاق یکدیگر مرتکب جرم می‌شوند. در مواردی نیز مجرمان برای تسهیل در ارتکاب جرم به تأسیس سازمان یا تشکیلات مخفی می‌پردازند. صور گوناگون همکاری در ارتکاب عنصر مادی را در این فصل به تفصیل بررسی می‌کنیم.

## گفتار یکم: مباشرت در جرم

### مواد مرتبط

#### ماده سی و هشتم قانون جزا

شخص در حالات آتی فاعل جرم شناخته می‌شود:

۱. در حالتی که به تنهایی یا به اشتراک شخص دیگر مرتکب جرم گردد.
۲. در حالتی که به ارتکاب عمل جرمی به نحوی مداخله نماید که از جمله اعمال تشکیل‌دهنده جرم یکی آن را قصداً مرتکب گردد.

#### ماده چهلم قانون جزا

فاعل به جزای معینه جرم ارتکاب شده محکوم می‌گردد.

\*\*\*\*

#### ماده چارصد و بیست و دوم

هر گاه شخصی مردی را که سن هجده سالگی را تکمیل کرده باشد [خود] یا توسط شخص دیگر<sup>۲۱</sup> اختطاف نماید به حبس متوسط سه الی پنج سال محکوم می‌گردد. [همچنین بنگرید به مواد ۴۱۸، ۴۲۰، ۴۲۱، ۴۲۴].

#### ماده سه صد و سوم

اشخاص آتی به حبس طویل محکوم می‌گردند:

۱. ...
۲. شخصی که با وجود علم خود او یا توسط شخص دیگری پول جعلی را به افغانستان داخل و یا از آن خارج نماید.
۳. ....

<sup>21</sup> تأکید بر کلمات در این ماده و چند ماده بعدی از آن نویسنده است.

ماده سه صد و سی و هفتم قانون جزا

هر شخصی که خود او یا توسط شخص دیگر شخصی را که بعد از گرفتاری قانونی فرار نموده ... مخفی نماید ... حسب آتی مجازات می گردد.

۱. ...

۲. ...

۳. ....

ماده سه صد و پنجاه و هشتم قانون جزا

۱. شخصی که خود او یا توسط شخص دیگری حیات شخصی را که سن پانزده سالگی را تکمیل نکرده ... به خطر مواجه گرداند به ... محکوم می گردد.

۲. ...

۳. ...

۴. ....

ماده دو صد و بیست و پنجم قانون جزا

۱. شخصی که خود یا توسط شخص دیگر به نحوی از انجا مبالغ پولی یا هر نوع منفعت یا مساعدت مادی دیگر را از منابع داخلی یا خارجی به منظور ارتکاب جرایم مندرج مواد ۲۲۱، ۲۲۲، ۲۲۳ و ۲۲۴ این قانون به دست آرد، حسب احوال به ... محکوم می گردد.

۲. ....

و مواد دیگر ...

## تبصره

### الف) مباشرت بلاواسطه

مباشر بلاواسطه، که از آن با تعابیر دیگری چون مباشر مستقیم، فاعل یا عامل جرم و مرتکب مادی جرم نیز یاد می‌شود، به شخصی اطلاق می‌گردد که شخصاً و بدون هیچ واسطه‌ای در عملیات اجرایی جرم و تحقق عنصر مادی دخالت کرده باشد. این منافاتی با اشتراک دیگران چه به صورت دخالت مستقیم در عملیات اجرایی و چه به صورت غیر مستقیم نداشته و، مادامی که یکی از عوامل مانع مسئولیت جزایی در مورد فاعل جرم مصداق نیابد، مداخله مستقیم یا غیر مستقیم دیگران در جرم نه تنها مسئولیت فاعل را کاهش نمی‌دهد، بلکه عمدتاً از کیفیات مشدده جرم وی نیز به شمار می‌رود.<sup>۲۲</sup>

بنائاً ممکن است که در کنار فاعل جرم فاعل (یا فاعلین) دیگری وجود داشته باشد که به صورت مستقیم در عملیات اجرایی مداخله داشته باشد. در این صورت وی نیز فاعل جرم شناخته می‌شود. این نکته از عبارت فقره ۱ ماده سی و هشتم قانون جزا مستفاد است؛ آنجا که مقرر داشته که اگر شخص، چه به تنهایی چه به اشتراک شخص دیگر مرتکب جرم شود، فاعل شناخته می‌شود.

نکته دیگر اینکه در حالت تعدد فاعلین مداخله فاعل در عملیات اجرایی جرم، بنا به تصریح فقره ۲ ماده سی و هشتم قانون جزا، نباید لزوماً مداخله تام باشد؛ یعنی ضرورتی ندارد که شخص برای اینکه فاعل به حساب آید، انفراداً یا در کنار دیگری، در ارتکاب تمامی اجزای عملیات اجرایی سهم جوید و صرف ارتکاب یکی از بخشهای عملیات اجرایی عنصر مادی جرم (یا به تعبیر ماده سی و هشتم: ارتکاب یکی از اعمال تشکیل دهنده جرم) کفایت می‌کند تا وی فاعل جرم قلمداد شود.<sup>۲۳</sup>

در فرض تعدد فاعلین، ممکن است نتیجه جرمی چیزی شود که مقصود فاعلین نبوده است. فرض کنیم که فاعلین قصد ضرب و جرح مجنی علیه را داشته‌اند اما وی در اثر ضربات وارده

<sup>۲۲</sup> ماده ۴۷ و هفتم قانون جزا مقرر می‌دارد که «در حالاتی که قانون تعدد فاعلین را حالت مشدده جرم بداند موجودیت شریک در اثنای ارتکاب جرم تعدد شناخته می‌شود.»

<sup>۲۳</sup> برای درک مفهوم عملیات اجرایی و تفاوت آن از اعمال مقدماتی، بنگرید به بحث شروع به جرم ذیل گفتار سوم (به نتیجه نرسیدن عملیات اجرایی) در فصل قبلی.

به قتل می‌رسد. در این مورد مادهٔ چهل و دوم مجازات جرم واقع شده را برای فاعلین تعیین کرده است مشروط بر اینکه دو شرط وجود داشته باشد: یکم اینکه جرم مذکور قابل پیش‌بینی بوده باشد و دوم اینکه میان جرم مذکور و مداخلهٔ ایشان رابطهٔ سببیت موجود باشد.

### ب) مباشرت مع الواسطه

در بحث قبلی برای شناخت مباشر همواره از دخالت مستقیم وی در ارتکاب عمل جرمی سخن گفتیم. حال بر آنیم تا نشان دهیم که در مواردی امکان دارد که دخالت از طریق یک واسطه صورت گیرد اما دخالت‌کننده «در حکم مباشر» به حساب آید! اگر مطالبی را که در بحث رابطهٔ سببیت پیش‌تر آموختیم در ذهن داشته باشیم، درک این حالت آسان‌تر خواهد بود. چرا که در آنجا فهمیدیم که لزوماً این سبب مستقیم و بلاواسطه نیست که مسئولیت ارتکاب جرم بر عهدهٔ اوست.

#### ۱. وساطت غیر انسان

در ابتدا باید منظور از «واسطه» مشخص گردد. بدیهی است در موردی که مرتکب با دستان خود گلوی مجنی‌علیه را می‌فشارد و بدین سان او را می‌کشد ما با حد اعلای بی‌واسطگی رو به رو هستیم. اما آیا در موردی که وی برای تحقق هدف خود به وسیله‌ای متوسل می‌شود، مثلاً از سم و یا خنجر زهرآگین استفاده می‌کند یا حیوان دست‌آموز درنده‌ای را به جان وی می‌اندازد، مباشرت با واسطه است؟

پاسخ منفی است. از آنجا که معیار در تعیین مباشرت انتساب عرفی عمل بوده و تدقیق‌های افراطی فلسفی و انتزاعی جایگاهی در این بحث ندارند، همین که عرف عمل را به عامل نسبت می‌دهد، و نه به خنجر یا سم یا حیوان درنده، کفایت می‌کند تا این نوع از ارتکاب نیز مباشرت بلاواسطه قلمداد شود.

در مثالهای فوق سم، خنجر و حیوان درنده چیزی بیش از «آلت» و «ابزار» برای تحقق قصد «مباشر» جرم نبودند و در ورای این آلات و ابزار یک عامل انسانی وجود دارد که قضیه را آنگونه که می‌خواسته کنترل کرده و به پیش برده است. بنائاً فاصلهٔ میان عامل واقعی (انسانی) و عمل آنقدر جزئی و نامحسوس است که می‌توان آن را در حکم «عدم فاصله» دانست. بنائاً شخصی را که با خنجر یا چوب دیگری را می‌کشد مباشرت قتل می‌دانیم و نه مسبب غیر مستقیم آن.

## ۲. وساطت انسان

اما همواره موارد به این سادگی نیست: کافی است به جای آلات و ابزار به کار گرفته شده در مثالهای بالا یک عامل انسانی را قرار دهیم. البته با این فرض که «عامل انسانی واسط» فاقد مسئولیت جزایی بوده و یا ماهیت رفتار جرمی بر وی مکشوف نباشد؛ چرا که در غیر این صورت خود وی فاعل مستقل خواهد بود و عامل پشت صحنه، بسته به مداخله یا عدم مداخله در عملیات اجرایی، فاعل و یا شریک جرم. در این حالت، علاوه بر فردی که ظاهراً در عملیات مادی «مباشرت» داشته، فرد دیگری وجود دارد که «سبب» حادثه است.

می‌دانیم که همواره افکار مجرمانه مستقیماً محقق نمی‌شوند؛ شنیده می‌شود که فردی از ضعف نفس یک شخص فاقد مسئولیت جزایی (طفل یا مجنون) سوء استفاده می‌کند و او را وسیله هدف خود قرار می‌دهد یا دیگری را با تهدید و اجبار عادتاً غیر قابل تحمل به ارتکاب اعمال مورد نظر خود وا می‌دارد یا از موقعیت آمریت قانونی و مافوق بودن خود بالای دیگری برای نیل به هدف مجرمانه بهره می‌گیرد.

با دقت بیشتر می‌فهمیم که این شیوه جرمی اگر خطرناک‌تر از ارتکاب مستقیم و بلاواسط جرم نباشد، کم‌اهمیت‌تر نیست. برای درک بهتر رول عامل انسانی مستقیم می‌توان وی را به مانند گودی خیمه‌شب‌بازی<sup>۲۴</sup> دانست که فاقد اراده مستقل بوده و رفتارش توسط عامل اصلی در پشت پرده کنترل می‌شود. بی‌انصافی است که بر «گودی» متمرکز شویم و «گودی‌گردان» را فراموش کنیم!<sup>۲۵</sup>

اما در واقعیت حقوقی افغانستان چه می‌گذرد؟ با این که از نظر تئوری بسیاری از جرایم این قابلیت را دارند که برای ارتکابشان از یک «عامل انسانی واسط» استفاده کرد، در عمل تنها

---

<sup>24</sup> منظور نمایشهایی است که معمولاً برای کودکان ترتیب داده می‌شود. معمولاً فرد یا افرادی در پشت صحنه ریسمانهایی را که به اعضای بدن چند گودی (عروسک) متصل است به انگشتان دست می‌گیرند و با تکان دادن انگشتان خود گودیاها را به حرکت در آورده و به جای آنان حرف می‌زنند.

<sup>25</sup> از مزایای نظام حقوقی اسلام این است که پیش‌تر متوجه این مسئله بوده است. معمول این است که فقها در بحث جنایات علیه نفس یا صدمات جسمانی عوامل را به مباشر (عامل بدون واسطه) و سبب (عامل با واسطه) تقسیم می‌کنند. آنان نظریه «سبب و مباشر» را انکشاف داده‌اند و با این استدلال که در موارد فوق «سبب اقوی از مباشر است» مسئولیت را از باب «تسبیب» متوجه سبب دانسته‌اند. در برخی از نظامهای جزایی غربی نیز مباشرت در جرم می‌تواند دو حالت داشته باشد: مباشرت بدون میانجی (unmittelbare Täterschaft) و مباشرت همراه با یک میانجی (mittelbare Täterschaft).

موارد معدودی را در قوانین جزایی افغانستان می بینیم که قانون گذار به صراحت تکلیف را در این باره، با عباراتی مثل «هر کس خود یا توسط دیگری...»، روشن کرده است (که ما برای نمونه چند ماده از این دست را در قسمت «مواد مرتبط» در صفحات قبل آورده ایم).<sup>۲۶</sup> بدیهی است که در این موارد معدود، شخصی که توسط دیگری به هدف جرمی خود نائل شده است در حکم مباشر قلمداد شده و به مجازات خواهد رسید. فارغ از این موارد، و در سایر جرایم تکلیف چیست؟

در برخی نظامهای جزایی تکلیف مباشرت مع الواسطه در بخش عمومی قانون جزا مشخص است. مثلاً چنین آمده که «هر کس خود یا توسط دیگری مرتکب جرم شود، به عنوان مباشر مجازات می شود».<sup>۲۷</sup> با توجه به فقد چنین مقرره‌ای در قوانین افغانستان، آیا باید به استناد تفسیر مضیق قوانین جزایی این دسته از مرتکبان را تبرئه کرد؟

موردی را در نظر آورید که شخص «الف» یک پاکت بزرگ را به شخص «ب» امانت می دهد تا او آن را به شخصی در کدام وزارتخانه تحویل دهد. شخص «ب»، بدون اینکه از محتوای بسته آگاهی داشته باشد، مأموریت خود را به انجام می رساند و آن را تحویل شخص مربوط می دهد. بسته منفجر می شود و در اثر آن حیات مردم به خطر مواجه می شود. محکمه پس از بررسی قضیه شخص «ب» را به دلیل اینکه سوء نیت نداشته و فاقد عنصر روانی لازم برای جرم انفجار بوده تبرئه می کند. در مورد فرد «الف»، با مراجعه به قانون جزا، می بینیم که نص فقره ۱ ماده سه صد و شصت و سوم اشاره‌ای به مباشرت مع الواسطه ندارد:

«شخصی که عمداً مواد منفلقه یا منفجره را استعمال نماید و به اثر آن حیات مردم به خطر مواجه گردد حسب احوال به حبس طویل محکوم می گردد.»

آیا محکمه باید شخص الف را تبرئه کند؟ گر چه بهترین راه حل اصلاح قانون جزا در بخش احکام عمومی است، اما در وضعیت فعلی نیز بعید به نظر می رسد که تبرئه شخص «الف» مورد نظر قانون باشد: اولاً در بحث تئوریهای احراز رابطه سببیت دیدیم که موضع حقوق جزای افغانستان (به موجب فقرات ۲ و ۳ ماده بیست و هشتم) در جرایم فعل «نظریه سبب

<sup>26</sup> اضافه کنید به این موادی که جزئاً و در موارد خاص به مباشرت مع الواسطه پرداخته‌اند، بحث عمومی «ایفای وظیفه به امر آمر قانونی» را، که قانون متعرض آن شده است (و ما در ادامه، در فصل زوال ممنوعیت قانونی (عوامل موجهه) به طور جداگانه به آن پرداخته ایم).

<sup>27</sup> فقره ۱ ماده ۲۵ قانون جزای آلمان.

کافی» است. اگر نظام حقوقی سبب نزدیک و مستقیم را مسئول می‌دانست، امکان تبرئه شخص «الف» وجود داشت در حالی که این نظام بر سبب مناسب و کافی تأکید دارد. ثانیاً، همان گونه که در بحث میتوذهای گوناگون تفسیری پیش تر گفتیم منظور از تفسیر مضیق جمود غیر منطقی بر الفاظ بی‌جان قانون، به بهای ظلم و بی‌عدالتی، نیست. تفسیر مضیق تفسیری است در چوکات اصول حقوقی و قواعد منطقی، بی آنکه به ورطه قیاس دچار گردد. ثالثاً تبرئه شخص «الف» با یکی از منابع تکمیلی حقوق افغانستان (فقه احناف) - که در وضعیت فعلی منبع اصلی در بخش جرایم قصاص، دیت و حدود است - سازگار است. در فقه اسلامی در جنایات علیه نفس و عضو هر گاه سبب اقوی از مباشر باشد سبب مجازات می‌گردد. بنائاً در سایر جرایم نیز تبرئه سبب اقوی از مباشر با اصول و قواعد عام نظام حقوقی افغانستان و نظر قانون‌گذار مغایر است.



## گفتار دوم: شرکت در جرم

### مواد مرتبط به «صورت‌های شرکت»

#### ماده سی و نهم قانون جزا

شخص در حالات آتی شریک جرم شناخته می‌شود:

۱. در حالی که به ارتکاب یکی از اعمال تشکیل‌دهنده جرم شخص را تحریک نماید و جرم به اثر همین تحریک واقع شود.
۲. در حالی که به ارتکاب جرم با شخص دیگری موافقت نماید و جرم به اثر همین موافقت به وجود آید.
۳. در حالی که فاعل جرم را به نحوی از انحاء در اعمال تجهیزاتی تسهیلاتی یا تکمیلی ارتکاب جرم با داشتن علم به آن کمک نماید و جرم در اثر همین کمک به وجود آید.

#### ماده سوم قانون مبارزه علیه تمويل تروريزم

۱. ...
۲. ...
۳. شخص در حالات آتی نیز مرتکب جرم تمويل تروريزم شناخته می‌شود:
  ۱. به حیث شریک در جرم مندرج فقره‌های ۱ و ۲ این ماده سهم بگیرد.
  ۲. سائر اشخاص را غرض ارتکاب جرم مندرج این ماده سازمان‌دهی، رهنمایی و یا تحریک کند.
  ۳. در ارتکاب یک یا بیشتر از یک جرم مندرج این ماده با اشخاصی که برای یک هدف مشترک دست به عمل می‌زنند، با وصف داشتن علم و آگاهی از هدف آنها مبنی بر ارتکاب جرم همکاری نموده و یا تسهیلات لازم را جهت بر آوردن اهدافشان فراهم نماید.

### ماده سی و ششم قانون رسانه‌های همگانی

۱. هر گاه صاحب اثر مطابق احکام این قانون مستوجب مجازات شناخته شده باشد به حیث فاعل جرم تحت تعقیب عدلی قرار می‌گیرد. در این حالت، مدیر مسئول به حیث شریک جرم تلقی می‌گردد.
۲. هر گاه صاحب اثر معلوم نباشد، مسئولیت ناشی از نشر اثر تنها متوجه مدیر مسئول می‌باشد.

### مواد مرتبط به «مجازات شرکت»

#### ماده چهل و یکم قانون جزا

۱. شریک به مجازات جرمی که در آن اشتراک نموده محکوم می‌گردد، مگر اینکه قانون به خلاف آن تصریح نموده باشد.
۲. در مواردی که فاعل جرم به سبب از اسباب قانونی مجازات نگردد، این معافیت مانع مجازات شریک نمی‌گردد.

#### ماده نهم قانون جزای عسکری

سازمانده، محرک و شریک در ارتکاب جرم عسکری یا شخصی که آلات و وسایل ارتکاب جرم را فراهم می‌نماید و یا به اختفای مجرم مبادرت می‌ورزد، به عین جزای پیش‌بینی شده برای مرتکب اصلی محکوم می‌گردد.

#### ماده چهل و ششم قانون مبارزه علیه تطهیر پول و عواید ناشی از جرایم

۱. فاعل جرم تطهیر پول به حبسی که مدت آن از دو سال کمتر و از پنج سال بیشتر نباشد و یا جریمه نقدی‌ای که از پنجاه هزار افغانی کمتر و از دو صد و پنجاه هزار افغانی بیشتر نباشد و یا به هر دو جزاء محکوم می‌گردد.
۲. اشتراک‌کننده، معاونت دهنده، تسهیلات فراهم آورنده، قصدکننده، مشوره‌دهنده به ارتکاب جرم تطهیر پول و اشخاصی که در اتحاد یا توافق به آن قرار داشته باشند مانند فاعل جرم مجازات می‌گردند.

#### ماده هجدهم قانون مبارزه علیه مواد مخدر

شخصی که برای ارتکاب جرایم مندرج این قانون اتفاق یا تشبث نموده یا در تهیه مقدمات جرایم مذکور شرکت و یا کمک نماید، به عین مجازاتی محکوم می‌گردد که برای فاعل جرم پیش‌بینی گردیده است.

#### ماده چهارم قانون مبارزه علیه تمویل تروریزم

اشتراک کننده، معاونت کننده، تسهیلات فراهم آورنده، قصد کننده و مشوره‌دهنده به ارتکاب جرم تمویل تروریزم و اشخاصی که در اتحاد یا توافق با آنها قرار داشته باشند مانند فاعل جرم مجازات می‌گردند.

#### ماده چهل و هفتم قانون جزا

در حالاتی که قانون تعدد فاعلین را حالت مشدده جرم بداند موجودیت شریک در اثنای ارتکاب جرم تعدد شناخته می‌شود.

#### ماده چهل و هشتم قانون جزا

۱. هر گاه چند نفر فاعل و شریک از لحاظ ارتکاب جرم واحد به حکم واحد به جزای نقدی محکوم شوند این حکم بر هر کدام آنها منفرداً تطبیق می‌شود.
۲. در حالاتی که حکم به جزای نقدی معادل مفاد مالی‌ای که از رهگذر ارتکاب جرم حاصل گردیده یا توقع استحصال آن برده می‌شود موضوع بحث باشد، حکم به مجموع محکوم‌علیهم که به حکم واحد به جزای نقدی مذکور محکوم شده‌اند، طور تضامن تطبیق می‌شود، مگر اینکه قانون به خلاف حکم کرده باشد.

#### ماده هفدهم قانون مبارزه علیه مواد مخدر

۱. هر گاه مرتکبین جرم قاچاق مواد مخدر متعدد باشند و سهم هر یک از آنها در مواد مخدر قاچاق شده معین باشد، هر یک از فاعلین با در نظر داشت مقدار سهم وی طبق احکام این قانون مجازات می‌گردند.
۲. هر گاه مرتکبین متعدد و سهم هر یک از آنها در مواد مخدر قاچاق شده معین نباشد، هر یک به مجازات مجموع مقدار مواد مخدر قاچاق شده محکوم می‌گردد.

ماده پنجاه و یکم قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان

۱. ...

۲. ...

۳. شرکاء و معاونین جرم در محکمه‌ای محاکمه می‌شوند که فاعل اصلی جرم در آن محاکمه می‌شود.

### مواد مرتبط به «نتیجه جرمی غیر مقصود»

#### ماده چهل و دوم قانون جزا

هر گاه جرم واقع شده غیر از آن جرمی باشد که فاعلین و شرکاء قصد ارتکاب آن را داشته‌اند، به جزای جرمی که به وقوع پیوسته محکوم می‌گردند. مشروط بر اینکه جرم مذکور قابل پیش‌بینی بوده و نتیجه مداخله ایشان باشد.

#### ماده چهل و سوم قانون جزا

هر گاه در اثنای ارتکاب به عمل جرمی حالات مادی اتصال یابد که از اثر آن وصف جرم یا جزا تغییر نماید، نتایج آن بالای همه فاعلین و شرکا تطبیق می‌گردد؛ مشروط بر اینکه حالات مذکور نتیجه مداخله همه آنها باشد.

## تبصره

همانطور که در گفتار پیش گفتیم، همکاری در جرم دو شکل عمده دارد. اولین حالت دخالت مستقیم در اعمال تشکیل دهنده جرم بود (که از آن به مباشرت یاد کردیم). جدای از مواردی که دخالت غیر مستقیم از باب سبب اقوی از مباشر «در حکم مباشر» است، سایر دخالت‌های غیر مستقیم در اعمال تشکیل دهنده جرم را قانون افغانستان «شرکت» نامیده است.

شریک در جرم هر چند خود غالباً در عملیات اجرایی جرم دخالت نمی‌کند اما با فاعل یا فاعلین جرم به صورتهای مختلفی که در قانون پیش بینی شده همکاری می‌کند. قانون‌گذار در ماده سی و نهم، بدون آنکه شرکت را تعریف کرده باشد، مصادیق آن را در ۳ فقره مشخص کرده است. اولین صورت شرکت از دید قانون «تحریک به جرم» است. دومین شکل آن «اتفاق» است و سومین آن «کمک در اعمال تجهیزاتی، تسهیلاتی و تکمیلی جرم».

از نظر گاه حقوق مقایسوی، در بسیاری از نظامهای حقوق جزا در دنیا «شرکت» در جرم مفهوم دیگری دارد. این نظامها شریک را کسی می‌دانند که به همراه فرد یا افراد دیگری در ارتکاب فعل یا ترک فعل تشکیل دهنده جرم با قصد مجرمانه و با هماهنگی با همکاران دخالت می‌کند. این مفهوم را حقوق جزای افغانستان «تعدد فاعلین جرم» (مثلاً ماده چهل و هفتم) نامیده است. در عوض، این نظامها تمامی صور «شرکت» مذکور در ماده سی و نهم را «معاونت» می‌نامند.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> ماده چهل و سوم قانون جزا از تعریف شریک در ماده سی و نهم تخطی کرده و با آن در تعارض است.

این ماده برای شریک امکان مداخله مستقیم در عملیات اجرایی قائل شده است. دقت کنید:

«هر گاه در اثنای ارتکاب به عمل جرمی حالات مادی اتصال یابد که از اثر آن وصف جرم یا جزا

تغییر نماید، نتایج آن بالای همه فاعلین و شرکا تطبیق می‌گردد؛ مشروط بر اینکه حالات مذکور

نتیجه مداخله همه آنها باشد.»

همچنین با تدقیق در قوانین جدید جزایی افغانستان می‌بینیم که کلمه «معاونت‌کننده» نیز در کنار کلمه «اشتراک‌کننده» به کار برده شده است (مثلاً ماده چهل و ششم قانون مبارزه علیه تطهیر پول و ماده چهارم قانون مبارزه علیه تمویل تروریسم). بند ۱۲ فقره ۱ ماده هفدهم قانون رسیدگی به تخلفات اطفال نیز شرکا را غیر از محرکین دانسته و خانونال اختصاصی اطفال را مؤظف کرده که حین تهیه دلایل الزام «وجود شرکاء، عاملین، و محرکین جرم» را در نظر داشته باشد.

از این تفاوت در کاربرد الفاظ حقوقی اگر بگذریم، ابتدا ضروری است بحثی مختصر در ماهیت شرکت داشته باشیم. پس از آن شرایط آن را بررسی کنیم. سپس صور و اشکال قانونی آن را مورد اشاره قرار دهیم و در انتها بحث را با مجازات شرکت در جرم به پایان برسانیم.

### الف) ماهیت شرکت در جرم

همان گونه که گفته شد شریک به طور فیزیکی در ارتکاب جرم دخالت نمی کند. او در یکی از اشکال مصرح در قانون موجب ارتکاب جرم توسط فاعل می گردد؛ بدون اینکه اختیار و اراده فاعل معیوب گردد. در مورد شرکت دو تئوری عمده وجود دارد که در ذیل به آن می پردازیم.

#### ۱. تئوری عاریتی بودن مجرمیت شرکت

نظریه اول معتقد به عاریتی بودن مجرمیت شرکت است. بدین معنا که شرکت در جرم به نفس جرم نیست و مادامی که عمل اصلی تحقق نیافته باشد عمل مجرمانه ای تحقق نیافته است. شرکت مجرمیت خود را از عمل اصلی به عاریه می گیرد. بناً اگر عمل اصلی مباح و مشروع باشد، شرکت نیز مباح است حتی اگر شریک با ذهنیت مجرمانه اقدام به شرکت کرده باشد. چون ماهیت عمل اصلی اساساً مشروع بوده است و شریک در یک عمل مشروع مساعدت و همکاری کرده است.

البته این در مورد عوامل شخصی مانع مسئولیت (صغر، جنون، اجبار) که مجرمیت و ناپسندی رفتار به قوت خود باقی است ولی قانون مرتکب اصلی را به علت فقد مسئولیت مجازات نمی کند صادق نیست. در این موارد مداخله شریکی که مسئولیت جزایی دارد با پاسخ جزایی همراه خواهد بود. بناً در این نظریه عوامل عینی عدم مسئولیت (اسباب اباحه) به عدم مسئولیت شریک می انجامد و عوامل شخصی با مسئولیت شریک توأم است.

#### ۲. نظریه استقلال مجرمیت شرکت

نظریه دوم برای شرکت مجرمیت مستقل قائل است و آن را فارغ از کیفیت جرم و مجرم اصلی قابل مجازات می داند.

### ۳. موضع حقوق افغانستان

موضع حقوق جزای افغانستان در این باره ابهام ظاهری دارد. فقره ۲ ماده ۴۰۰ و یکم مقرر می‌دارد:

«در مواردی که فاعل جرم به سبب از اسباب قانونی مجازات نگردد، این معافیت مانع مجازات شریک نمی‌گردد.»

اسباب قانونی ممکن است شامل اسباب عینی یا شخصی باشند. یعنی هم عمل مشروع کسی را شامل شود که در مقام دفاع مشروع بر آمده و هم جرمی را که صغیر انجام داده و ما به مصلحت وی او را مجازات نمی‌کنیم. اما با تدقیق در عبارت فقره می‌فهمیم که منظور تنها اسباب شخصی است.

اولاً قانون گفته «هر گاه فاعل جرم به سبب از اسباب قانونی مجازات نگردد...»: یعنی اینکه عمل نامشروع است و جرم تحقق یافته اما مجازات نمی‌کنیم. اگر عوامل موجهه نیز شامل می‌بودند، آنگاه قانون باید اضافه می‌کرد که: «... یا هر گاه عمل فاعل مجرمانه نباشد...».

دوم، از کلمه «معافیت» در ذیل فقره می‌توانیم اینگونه برداشت کنیم که منظور از این اسباب اسباب شخصی است. چرا که در اسباب عینی اصولاً گناهی واقع نشده که معافیت معنا پیدا کند. معافیت از نظر لفظی وقتی معنا دارد که خطایی صورت گرفته باشد و به مصلحتی از آن چشم‌پوشی شود.

#### ب) شرایط شرکت در جرم

برخی از شرایط شرکت در جرم به حالت ذهنی شریک و فاعل برمی‌گردند و برخی دیگر نیز به عمل مادی شریک و عمل مادی مجرم اصلی.

#### ۱. شرایط ذهنی شرکت در جرم

شرایط ذهنی شرکت در جرم برخی ناظر به هر دو، برخی ناظر به فاعل و برخی نیز ناظر به شریک است.

قدر مسلم این است که، در حصه هر دو، باید اتفاق نظر و وحدت قصد در مورد جرم مورد نظر داشته باشند. متأسفانه قانون جزا شرط وحدت قصد را به صراحت ذکر نکرده است، اما به طور ضمنی می‌توان این شرط را از فحوای ماده ۴۰۰ و دوم فهمید؛ آنجا که مقرراتی را برای

## حالتی وضع کرده که

«... جرم واقع شده غیر از آن جرمی باشد که فاعلین و شرکاء قصد ارتکاب آن را داشته‌اند...».

در حصه شریک، قصد حمایت مادی یا روحی از مجرم اصلی مورد نیاز است. تمامی صورتهای تحریک، اتفاق و کمک، به عنوان شکل‌های شرکت، ممکن است عمدی یا غیر عمدی تحقق یابند. در صورتی شریک را می‌توان مسئول دانست که هر یک از این صورتهای شرکت را «عامدانه» مرتکب شده باشد. بناً شرکت غیر عمدی در جرم ممکن نیست. باید شریک عامدانه از مجرم حمایت مادی یا روحی کند. مجازات شریک نیز به همین سبب است که وی جرم را حمایت کرده است. او نقض ارزشها و نورمهای جامعه را هم خواسته و هم برای تحقق این نقض دست به اقدامات مادی و ملموسی زده است. کسی که ناخواسته اعمالش دیگری را به ارتکاب جرم سوق داده است فاقد عنصر روانی لازم برای شرکت در آن جرم است. علاوهً، در حالتی که شریک در حمایت از فاعل «قصد» ندارد چگونه می‌تواند با فاعل وحدت «قصد» داشته باشد؟ آنچه در مادهٔ ۴ و دوم نیز آمده است همین «قصد فاعلین و شرکاء» است. نتیجه اینکه نمی‌توان کسی را که از روی بی‌احتیاطی و به طور ناخواسته مجرم را حمایت مادی یا روحی کرده شریک در جرم دانست.

اما بر عکس آن چه؟ آیا کسی که در حمایت خود قصد دارد و به این ترتیب سبب می‌شود که مجرم مرتکب جرم غیر عمدی گردد شریک است؟ موردی را در نظر آورید که دو دوست در موتر هستند و اولی دومی را که پشت رول نشسته به تندتر راندن موتر تهییج و تشویق می‌کند. دومی نیز در اثر تحریکات اولی سرعت را افزایش می‌دهد و با فرد سومی تصادف می‌کند و او را می‌کشد. آیا می‌توان با توجه به اطلاق فقرهٔ ۱ مادهٔ سی و نهم قانون جزا تحریک کننده را به شرکت در قتل غیر عمدی محکوم کرد؟

پاسخ منفی است. اگر وحدت قصد را میان شریک و فاعل شرط دانستیم، این شرط در حالتی که جرم اصلی غیر عمدی است مفقود خواهد بود. چرا که در جرایم غیر عمدی مجرم قصد ارتکاب جرم ندارد. قانون از «قصد ارتکاب جرم» سخن گفته است. اگر از «قصد ارتکاب عملی که به جرم منجر شده» سخن می‌گفت در آن صورت شرکت در جرم غیر عمدی نیز متصور بود. گرچه قانون در فقرات ۱ و ۲ مادهٔ سی و نهم در مورد شرکت در جرایم غیر عمدی ساکت است، در فقرهٔ ۳ (کمک در اعمال تجهیزاتی، تسهیلاتی و تکمیلی جرم) صراحتاً حمایت را در صورتی قابل مجازات دانسته که شریک به جرم علم داشته باشد:



«در حالی که فاعل جرم را به نحوی از انحاء در اعمال تجهیزاتی تسهیلاتی یا تکمیلی ارتکاب جرم با داشتن علم به آن کمک نماید...»

بنائاً می‌توانیم با یقین بگوییم که کسی که موثر خود را با علم به اینکه دیگری فاقد تصدیق‌نامه است در اختیار او قرار می‌دهد و او تصادف کرده و مرتکب قتل غیر عمد می‌شود، شریک جرم قتل نیست. چرا که علم به جرم قتل نداشته است.

در هر دو مثال فوق آنچه شریک مرتکب شده است تحریک به رانندگی با سرعت غیر مجاز و کمک به رانندگی بدون تصدیق‌نامه است. بنائاً وی در این دو جرم شریک است نه در جرایم قتل غیر عمدی که مورد نظر هیچ کدام از آنها نبوده است.

## ۲. شرایط عینی شرکت در جرم

شرایط عینی شرکت نیز برخی به عمل فاعل بر می‌گردند و برخی به عمل شریک. در حصه فاعل، اولین و مهم‌ترین شرط این است که باید اصولاً جرم اصلی از مرحله ذهنی خارج شده و ارتکاب یابد. در ماهیت شرکت آموختیم که مجرمیت شرکت از عمل اصلی ریشه می‌گیرد. وقتی جرم اصلی به مرحله اجرایی نرسیده باشد، شرکت در آن نیز منتفی است. از سوی دیگر، آغاز مرحله اجرایی و شروع به جرم اصلی برای جرم دانستن شرکت کفایت می‌کند.<sup>۲۹</sup>

دومین شرط عمل فاعل این است که تحت تأثیر دخالت شریک رخ دهد. بنائاً اگر شریک برای سارق کلید بسازد اما سارق در عمل پلان خود را تغییر دهد و بدون استفاده از کلید از دیوار بالا رود، شرط اخیر مفقود است. این شرط در مورد شرکت عادی صادق است ولی در مواردی که قانون اعمالی را که ماهیتاً جنبه شرکت در جرم دارند به طور مستقل از تحقق جرم اصلی جرم دانسته است، لزوماً نباید که عمل مجرم به نتایج مورد نظر خود بینجامد. مثل تحریک مردم به قیام مساحانه علیه دولت در ماده دو صد و هشتم:

---

<sup>۲۹</sup> این در حصه فاعل است. اما در حصه شریک بحث است که آیا شریک باید حتماً صورتهای اشتراک را به طور کامل انجام دهد یا اینکه اقدام به آن نیز برای مسئول دانستن وی کافی است. به عبارت دیگر، همان‌گونه که «شرکت در شروع به جرم» متصور است، آیا «شروع به شرکت در جرم» نیز امکان‌پذیر است؟ در این مورد اختلاف نظر وجود دارد.

«شخصی که اردو و یا مردم افغانستان را به قیام مسلح علیه دولت افغانستان دعوت نماید به اعدام محکوم می‌گردد. مشروط بر اینکه در نتیجه این دعوت قیام صورت گیرد. در غیر آن مرتکب به حبس طویل محکوم می‌گردد.»

در حصه شریک نیز عمل وی باید پیش و یا در اثنای ارتکاب جرم اصلی صورت گرفته باشد. بناً اعمالی که پس از اینکه جرم اصلی تکمیل گردید و نتایج مجرمانه آن استقرار یافت، دیگر تحت عنوان شرکت قابل مجازات نیستند. معمولاً مساعدتهای پس از ارتکاب جرم اصلی و اعمالی که جنبه تکمیلی دارند را قانون به طور مستقل جرم‌انگاری می‌کند. مثل فروش مال مسروقه یا مخفی کردن منصوب عسکری فراری.

هر سه شرط فوق را می‌توانیم از عبارت ماده سی و نهم استخراج کنیم. این ماده برای هر ۳ شکل شرکت مقرر داشته که «... جرم بر اثر همین تحریک یا موافقت یا کمک به وجود آید»<sup>۳۰</sup>.

#### پ) صورتهای شرکت در جرم

##### ۱. تحریک به ارتکاب جرم

فقره ۱ ماده سی و نهم قانون جزا تحریک را یکی از صورتهای شرکت دانسته است. تحریک خود صورتهای مختلفی دارد. گاه ممکن است از ابزارهای مالی استفاده شود و حالت تطمیع به خود بگیرد. گاه نیز ممکن است قدری جنبه مادی داشته و در آن از تهدیدهای مالی، جانی یا عرضی برای وادار کردن فاعل به ارتکاب جرم استفاده شود. گاهی نیز از نقطه ضعفهای روحی، هیجانی و کمبودهای عاطفی و روانی مرتکب سوء استفاده شود.

در هر حال، تا زمانی که اراده مرتکب اصلی دچار ایراد نگردد (تحریک جنبه اجبار روانی به خود نگیرد) محرک در مقام شریک قابل مجازات خواهد بود. در غیر این صورت، بحث مباشرت مع الواسطه و سببیت اقوی من المباشر مطرح خواهد گردید.

قانون‌گذار گفته «در حالتی که شخص را به ارتکاب یکی از اعمال تشکیل‌دهنده جرم تحریک کند». منظور این است که اگر عنصر مادی جرم ترکیبی از چند عمل باشد، تحریک به ارتکاب یکی از آن چند عمل برای شریک در آن جرم به حساب آمدن کفایت می‌کند.

<sup>30</sup> نقل به مضمون.

در فرضی که عنصر مادی جرم بسیط است یا در فرضی که تحریک به ارتکاب تمامی اعمال تشکیل دهنده جرم صورت گرفته باشد، به طریق اولی، وی شریک محسوب می شود.

## ۲. اتفاق در جرم

فقره دوم ماده سی و نهم قانون جزا دومین حالت شرکت در جرم را موردی دانسته است که فرد با فاعل جرم به ارتکاب جرم موافقت می کند و جرم به اثر همین اتفاق ارتکاب می یابد. در گفتار سوم فصل قبل، در به نتیجه نرسیدن عملیات اجرایی، اتفاق در جرم را بررسی کرده و آن را شناختیم. در اینجا یادآوری این نکته ضروری می نماید که برای اینکه اتفاق در جرم از مبحث جرایم ناتمام خارج شود و رژیم شرکت در جرم بر آن حاکم گردد، ضروری است که جرم مورد اتفاق واقع یا حداقل شروع شود. با وقوع جرم، متفق یا متفقین در جرم دیگر با عنوان قبلی قابل مجازات نیستند. بلکه بر اساس تصریح قانون جزا در این فقرة از ماده سی و نهم آنان به عنوان شریک مجازات خواهند شد.

## ۳. کمک در اعمال تجهیزاتی، تسهیلاتی و تکمیلی جرم

منظور از فقرة ۳ ماده سی و نهم کلیه اقداماتی است که به نحوی کمک به ارتکاب جرم تلقی می شوند. تهیه ابزار جرم، آموزش شیوه ارتکاب جرم یا شیوه استفاده از ابزار جرم، تهیه مکان و در اختیار قرار دادن ملک و منزل و به طور کلی تمامی اقداماتی که به نحوی وقوع جرم را تسهیل می کنند کمک تلقی می شوند؛ مشروط بر اینکه شریک بر قصد جرمی وقوف داشته باشد.

## ت) مجازات شرکت در جرم

در مجازات شرکت در جرم دو رویکرد عمده وجود دارد. رویکرد اول مجازات آن را به دلیل عدم دخالت مستقیم کمتر از مباشرت می داند و مواردی را که این دخالت حیاتی تر از دخالت مستقیم می شود، مانند آمریت و رهبری گروه، عامل مشدده قرار می دهد. رویکرد دوم وحدت مجازات قانونی فاعل و شریک است، که در این حالت قاضی از اختیارات کافی برای تطبیق مجازات مناسب برای دخالت‌های بسیار قوی و مؤثر همانند رهبری برخوردار می شود.

رویکرد دوم را حقوق افغانستان برگزیده است. بدین تفصیل که اگر قانون مجازات شرکت در جرم خاصی را تعیین نکرده باشد، مجازات شریک بر اساس ماده چهل و یکم تعیین

می شود. این ماده مجازات شریک را همان مجازات فاعل اصلی دانسته است.

## مباحثه

- به نظر شما جرایمی وجود دارند که ماهیتاً «عامل انسانی واسطه» در آنها منتفی باشد؟
- قانون در بارهٔ مسئولیت مباشرت مع الواسطه در بسیاری از جرایم ساکت است. حکم مسئولیت مباشر غیر مستقیم در این جرایم را با استفاده از هر یک از میتوذهای تفسیر قوانین جزایی که قبلاً آموخته‌اید اجتهاد کنید.
- به نظر شما مباشرت مع الواسطه در جرایم غیر عمدی ممکن است؟
- الف و ب با یکدیگر تبانی و اتفاق می‌کنند که ب مرتکب سرقت طلا و جواهرات گرانقیمت پ شود. ب در مواجهه با پ از موافقت مربوط منصرف می‌شود. در عوض تصمیم به ارتکاب جرم زنا می‌گیرد. ب مرتکب زنا به عنف علیه پ می‌شود. مسئولیت الف را مستند به احکام قانون بررسی کنید.
- «تعدد فاعلین» در جرایم غیر عمدی را ممکن می‌دانید؟ بحث و استدلال کنید.
- با توجه به مطلق بودن صورتهای مذکور در مادهٔ سی و نهم از حیث امکان ارتکاب آنان به صورت ترک فعل، شرکت در جرم را به صورت ترک فعل ممکن می‌دانید؟ بحث و استدلال کنید. از معلومات مذکور در بحث ترک فعل در فصل قبل استفاده کنید.
- در مورد شرکت در جرایم ترک فعل چی نظر می‌دهید؟
- به نظر شما عمل رانندهٔ کامیونی که بر اساس توافق قبلی با سارقین در زمان معین خود را به صحنهٔ جرم می‌رساند تا سارقان اموال مسروقه را در موتر وی قرار دهند و وی آن اموال را به مکان از پیش مشخص شده منتقل کند شرکت در جرم سرقت می‌تواند باشد؟
- حکم «شروع به شرکت به جرم» را با توجه به مطالبی که تا کنون آموختیم و همچنین مستند به مواد قانونی اجتهاد نمایید.
- با کمک مدرس خود و با بررسی قوانین جزایی مواردی را بیابید که اعمالی را که در ماهیت شرکت هستند به صورت مستقل جرم انگاشته شده‌اند. تأثیر تحقق یا عدم تحقق جرم مورد هدف در مجازات مرتکب را مورد توجه قرار دهید.
- با کمک مدرس خود و با بررسی قوانین جزایی مواردی را بیابید که اعمال مساعدتی پس از تکمیل جرم به طور مستقل جرم انگاشته شده‌اند. مجازات این جرایم را با مجازات شرکت در جرم اصلی مقایسه کنید.



## فصل دوم: عنصر روانی (شرایط ذهنی رفتار جرمی)

### مقدمه

قانون در مقام ممنوع کردن یک رفتار، علاوه بر شرایط مادی آن رفتار شرایط و مشخصات ذهنی آن را نیز تعیین می‌کند. رفتاری به قید مجازات ممنوعیت قانونی دارد که علاوه بر خصوصیات مادی مورد نظر قانون واجد خصوصیات ذهنی مندرج در قانون نیز باشد. شرایطی را که قانون‌گذار برای حالت ذهنی مرتکب در هنگام ارتکاب عمل مادی در نظر گرفته است عنصر روانی آن عمل مادی می‌نامند. بناً تمامی ممنوعیتهای جزایی، چه عمدی و چه غیر عمدی، نیازمند عنصر روانی اند.<sup>31</sup>

اولین شرط قانونی عنصر روانی در تمامی جرایم، چه عمدی و چه غیر عمدی، ارادی بودن عمل است. اعمال غیر ارادی در حقوق جزا جایگاهی ندارند و منشأ عواقب جزایی نمی‌توانند باشند. بناً اگر مادر در خواب بچرخد و نوزاد او در زیر بدنش خفه شود عملی جزایی مرتکب نشده است چرا که این عمل فاقد شرط ارادی بودن است. همچنین فردی که در اثر رفلکس عصبی زانوی خود دیگری را مضروب می‌کند مجرم نیست. این افراد را نمی‌توان به حیث مرتکب عمدی یا غیر عمدی جرم تعقیب کرد و تنها مسئولیت مدنی ایشان قابل بررسی است.

---

<sup>31</sup> در ادامه خواهیم دید که عنصر روانی در دسته‌ای از جرایم از درجه قباحت محل بحث است. بنگرید به تکمله گفتار دوم همین فصل.

فردی که قصد ارتکاب رفتار خاصی دارد (اراده انجام عملی می کند)، ممکن است قصد نتیجه جرمی ناشی از آن رفتار را نیز داشته باشد که در این حالت می گوئیم وی مرتکب «جرم عمدی» شده است.<sup>32</sup> همچنین ممکن است قصد فعل را داشته باشد اما قصد نتیجه جرمی مترتب بر آن را نداشته باشد. در این حالت اگر اقدامات احتیاطی و توجهاتی را که قانون جزا لازم می دانسته انجام داده باشد مسئولیت جزایی ندارد و عمل وی از حیث مسئولیت مدنی مورد بررسی قرار می گیرد؛ اما اگر نتیجه جرمی ناشی از عدم رعایت مواردی باشد که قانون جزا لازم می دانسته مرتکب «جرم غیر عمدی»<sup>33</sup> شده است. حالتی را که فرد از رفتار ارادی قصد نتیجه جرمی داشته، یا قصد نتیجه جرمی نداشته اما جلوگیریهای لازم را نیز به عمل نیاورده «تقصیر جزایی» می نامیم.

بنائاً دومین شرط قانونی این است که اعمال ارادی با تقصیر جزایی ارتکاب یافته باشند. انسانها هر روزه مرتکب اعمال ارادی بسیاری می شوند اما این اعمال در ساحت حقوق جزایی بررسی نمی شوند. رفتارهایی در حقوق جزا مطمح نظرند که علاوه بر ممنوعیت مادی عمل، واجد تقصیر جزایی نیز باشند. تقصیر جزایی عبارت است از حالتی خاص ذهنی که قانون برای جرایم مقرر کرده است. قاعداً - مگر در موارد فرض قانونی عنصر روانی - اثبات هر جرم نیازمند به اثبات وجود یکی از آن حالتیهای ذهنی ممنوعه در آن جرم است.

اصطلاح «تقصیر جزایی» به نوعی متضمن مفهوم «مسئولیت جزایی» است. کسانی را می توان مقصر پنداشت که مسئولیت داشته باشند. حالات ذهنی ای که در ذهن اشخاص غیر مسئول شکل می گیرند در نظر قانون گذار معتبر نیستند. قانون گذار در بحث «موانع مسئولیت جزایی» افرادی را که به دلیل عدم برخورداری از عقل، رشد و اختیار مرتکب جرم می شوند فاقد مسئولیت دانسته است. این افراد فاقد «تقصیر جزایی»، نه تقصیر مدنی، می باشند. در فصل چهارم این بخش مسئولیت جزایی و موانع آن را جداگانه و به تفصیل بررسی خواهیم کرد.

<sup>32</sup> البته این به آن معنی نیست که او همواره به نتیجه مورد نظر از رفتار ارادی خود می رسد. پیش تر حالاتی را که از آن نتیجه حاصل نمی شود اما باز هم واجد ضمانت جزایی اند، تحت عنوان «به نتیجه نرسیدن عملیات اجرایی»، در گفتار سوم فصل یکم این بخش بررسی کردیم.

<sup>33</sup> عنوان قابل انتقاد «جرایم غیر عمدی» نباید ما را به این اشتباه بیندازد که در این دسته از جرایم فعل به طور عامدانه ارتکاب نیافته است. همان طور که گفتیم حالتی که فرد نه قصد فعل دارد و نه قصد نتیجه (مثال مادر و طفل یا رفلکس عصبی زانو) از بحث ما خارج است. در جرایم غیر عمدی قصد فعل وجود دارد اما قصد نتیجه موجود نیست ولی نتیجه قابل پیش بینی بوده است.



بنائاً تحقق هر جرم منوط به وجود تقصیری است که قانون‌گذار جزایی آن را معتبر می‌داند. تقصیری که قانون‌جزا وجود آن را برای «جرایم عمدی» لازم دانسته است قصد جرمی نامیده می‌شود؛ ماهیت و درجات آن را ذیلاً در گفتار یکم این فصل بررسی می‌کنیم. و آن تقصیری را که قانون برای «جرایم غیر عمدی» در نظر گرفته است خطای جرمی است که ماهیت و اقسام آن موضوع گفتار دوم این فصل است.

در حالات خاصی نیز قانون‌گذار تقصیر جزایی مرتکب را مفروض دانسته و نیازمند اثبات نمی‌داند، بلکه این خود مرتکب است که باید خلاف این فرض را اثبات کند. این حالات را نیز در تکملاً این فصل مورد بررسی قرار خواهیم داد.

## گفتار یکم: عنصر روانی در جرایم عمدی (قصد جرمی)

### مواد مرتبط

#### ماده سی و پنجم قانون جزا

۱. جرم وقتی عمدی شمرده می‌شود که قصد جرمی نزد مرتکب آن محقق شده باشد.
۲. جرم در حالات آتی نیز عمدی شمرده می‌شود:
  ۱. در حالتی که شخص به موجب قانون یا موافقت به انجام وظیفه مکلفیت داشته باشد و از ایفای آن عمداً امتناع ورزد، به نحوی که امتناع وی مستقیماً منجر به وقوع جرم گردد.
  ۲. در حالتی که شخص فاعل نتایج جرمی عمل خود را قبلاً پیش‌بینی نموده باشد ولی با آنهم به اجرای عمل مذکور محض جهت وقوع جرم اقدام نموده باشد.

#### ماده سی و چهارم قانون جزا

۱. قصد جرمی عبارت است از سوق اراده فاعل به ارتکاب فعلی که جرم را به وجود می‌آورد به نحوی که منجر به وقوع نتیجه جرم مورد نظر و یا وقوع جرم دیگری شود.
۲. قصد گاهی بسیط و زمانی توأم با اصرار قبلی می‌باشد.
۳. اصرار قبلی عبارت است از اتخاذ تصمیم قاطع قبل از انجام جرم مورد نظر مشروط بر اینکه ناشی از غضب آنی و هیجانات نفسی نباشد.
۴. اصرار قبلی شمرده می‌شود، بدون آنکه قصد مرتکب جرم متوجه شخص معین یا غیر معین باشد اعم از اینکه قصد موقوف به شرط و یا مرتبط به امری باشد یا نباشد.

## تبصره

### الف) تعریف جرم عمدی

همان گونه که گفتیم قصد جرمی عبارت است از خواستن نتیجه مجرمانه. البته همان گونه که در ادامه خواهیم دید، گاهی اوقات نتیجه مجرمانه از قصد جرمی تجاوز می کند، مثلاً مجرم ضرب و جرح مجنی علیه را می خواسته ولی او کشته می شود، در این حالت نیز جرم عمدی قلمداد شده است. خواستن نتیجه کافی است حتی اگر نتیجه متحقق نشود بناً جرایمی که عملیات اجرایی آنها به نتیجه نمی رسد نیز عمدی شمرده می شوند.

دیگر اینکه آنچه در بحث عمد معتبر است نقض عامدانه منافع حمایت شده دیگران یا جامعه است و تفاوتی نمی کند که هدف مرتکب از این نقض چیست. دلایل غایی و «انگیزه» مرتکب در این نقض وی را مبراً از مسئولیت نمی کند. وجود اراده معتبر قانونی در نزد مرتکب موجب استقرار مسئولیت وی می گردد. به عبارت دیگر، انگیزه از عوامل اباحه عمل یا از اسباب مانع مسئولیت جزایی نیست، بلکه صرف از عوامل مشدده یا مخففه مجازات است. بدیهی است زمانی بحث از تخفیف یا تشدید مجازات می تواند مطرح باشد که پیش تر مسئولیت جزایی مرتکب مستقر گردیده باشد. مواد یکصد و چهل و یکم و یکصد و چهل و هشتم وجود انگیزه شریفانه یا منحط و دنی را به ترتیب از عوامل مخففه یا مشدده جرم دانسته است.

### ب) صور جرم عمدی

ماده سی و پنجم قانون جزای افغانستان در تعریف جرم عمدی متذکر دو صورت عمده از جرایم عمدی شده است. صورت اول در فقره ۱ این ماده آمده است که می توان از آن با نام جرایم عمدی با قصد جرمی یاد کرد و صورت دوم نیز در شق دوم فقره ۲ همین ماده آمده است که می توان آن را جرایم عمدی با قصد احتمالی نامید. بناً در زیر دو شکل اصلی قصد جرمی را (قصد جرمی و قصد احتمالی) مورد بررسی قرار می دهیم. و از آنجا که در تحقق برخی از جرایم قصد به طور کلی کفایت نکرده، بلکه یک جور قصد خاص لازم است، صور جرم عمدی را با بحث قصد عام و قصد خاص تکمیل می کنیم.

#### ۱. قصد جرمی

به موجب فقره ۱ ماده سی و پنجم اولین شکل جرم عمدی آن است که با قصد جرمی توأم

باشد:

«جرم وقتی عمدی شمرده می‌شود که قصد جرمی نزد مرتکب آن محقق شده باشد.»

بنائاً مرتکب رفتار جرمی در صورتی مرتکب عمدی تلقی خواهد شد که قصد جرمی داشته باشد. برای فهم این تعریف ناگزیریم از فهم «قصد جرمی». قصد جرمی چیست؟ خوشبختانه خود قانون جزا آن را تعریف کرده است. موجب فقره ۱ ماده ۱ سی و چهارم قانون جزا:

«قصد جرمی عبارت است از سوق اراده فاعل به ارتکاب فعلی که جرم را به وجود می‌آورد؛ به نحوی که منجر به وقوع نتیجه جرم مورد نظر و یا وقوع نتیجه جرم دیگری شود.»

«سوق اراده فاعل به ارتکاب فعلی که جرم را به وجود می‌آورد» یعنی حرکت اراده و تعلق یافتن وی به آن فعل. این همان خواستن فعل است و خواستن نتیجه آن فعل نیز در آن مضمّن است. از آنجا که قانون‌گذار گفته «ارتکاب فعلی که جرم را به وجود می‌آورد»، جرایمی که با امتناع از فعل واجب تحقق می‌یابند را بی‌دلیل از تعریف قصد جرمی خارج کرده است و مجبور شده که به طور جداگانه متعرض عمد بودن این دسته از جرایم در شق بعدی گردد! راه منطقی این بود که به جای کلمه «فعل» از «رفتار» استفاده می‌کرد تا هر دو دسته از جرایم مشمول تعریف قصد جرمی می‌شد.

از ماده ۱ سی و چهارم قانون جزا علاوه بر تعریف قصد جرمی می‌توان ۲ تصنیف عمده نیز از آن را نیز استخراج کرد. تصنیف اول بر اساس انطباق یا عدم انطباق نتیجه با قصد جرمی است که قانون‌گذار با عبارت «به نحوی که منجر به وقوع نتیجه جرم مورد نظر و یا وقوع نتیجه جرم دیگری شود»، در ذیل فقره ۱ این ماده، متعرض آن شده است و تصنیف دیگر بر اساس بسیط یا پیچیده بودن (مسبوق به تصمیم بودن) قصد جرمی است که فقرات ۲ تا ۴ این ماده آن را تعریف کرده اند. ذیلاً در دو مبحث زیر به بررسی این تصنیف‌بندیها می‌پردازیم:

#### – عدم تطابق میان قصد و نتیجه

قانون‌گذار با عبارتی که در ذیل فقره ۱ آورده (به نحوی که منجر به وقوع نتیجه جرم مورد نظر و یا وقوع نتیجه جرم دیگری شود) به نوعی ما را متذکر این مسئله می‌کند که برای عمد دانستن جرم ضرورتی ندارد که حتماً نتیجه حاصل از عمل همان نتیجه‌ای باشد که مورد نظر مرتکب بوده است. همواره این گونه نیست که آنچه حاصل می‌شود همان باشد که قصد شده

است.

با در نظر داشت نتیجه مورد نظر مرتکب و نتیجه‌ای که در عمل حاصل می‌شود تقسیمات زیر ممکن است:

- اینکه مرتکب از رفتار خود قصد تحقق نتیجه جرم خاصی داشته باشد و همان نتیجه مورد نظر نیز در عمل حاصل گردد. تکلیف این حالت روشن است.
- اینکه مرتکب از رفتار خود قصد تحقق نتیجه جرم خاصی داشته باشد ولی نه تنها آن نتیجه مورد نظر حاصل نگردد بلکه هیچ نتیجه جرمی حاصل و کامل نگردد. در چنین حالتی است که تمامی آنچه در گفتار سوم فصل یکم همین بخش تحت عنوان «به نتیجه نرسیدن عملیات اجرایی» (راجع به اعمال مقدماتی، شروع به جرم، جرایم ناکام و ناممکن و اتفاق در جرم) آموختیم مصداق می‌یابند.
- اینکه مرتکب از رفتار خود قصد تحقق نتیجه خاصی داشته باشد ولی نتیجه حاصله جرم دیگری باشد که خفیف‌تر از جرم مورد نظر مرتکب است. مثل زمانی که مرتکب از ضربه قصد قتل دارد اما مجنی<sup>۳</sup> علیه فقط مجروح می‌شود و جان سالم به در می‌برد. در این حالت، قدر متیقن این است که مرتکب باید متحمل مجازات جرم خفیف‌تر گردد. چرا که هم عنصر مادی جرم خفیف‌تر را تحقق بخشیده و هم قصد جرمی و سوء نیت مجرمانه را، هر چند به طور کلی،<sup>۴</sup> در تعدی به تمامیت جسمانی دیگری داشته است. ذیل فقره ۱ با عبارت «... یا وقوع نتیجه جرم دیگری ...» این حالت را، و همچنین حالت بعدی را، شامل می‌گردد.
- اینکه مرتکب از رفتار خود قصد تحقق نتیجه خاصی داشته باشد ولی نتیجه حاصله جرم دیگری که شدیدتر از جرم مورد نظر است باشد. مثل حالتی که مرتکب از ایراد ضربه فقط قصد ضرب و جرح دارد ولی مجنی<sup>۵</sup> علیه در اثر ضربه به قتل می‌رسد. این حالت را «جرایم عمدی متجاوز از قصد» می‌نامند. ذیلاً تقسیم اخیر را با تفصیل بیشتر مورد بررسی قرار می‌دهیم.

<sup>34</sup> قصد در حقوق جزا متفاوت از قصد در حقوق مدنی است؛ به نحوی که در حقوق جزا حالت مجرمانه و توأم با سوء نیت آن، هر چند به صورت کلی، برای اینکه وی را گناهکار دانست کفایت می‌کند. در حقوق مدنی تطابق میان قصد و نتیجه شرط است و در صورت عدم تطابق عقد باطل است (ما وقع لم یقصد و ما یقصد لم یقع).

در حقیقت، از عبارت «... یا نتیجه جرم دیگری...» در ذیل فقره ۱ چنین برداشت می‌شود که قصد مجرمانه اخف، در صورت تحقق نتیجه اشد، کافی است؛<sup>۳۵</sup> اما پرسش این است که کافی برای کدام مجازات؟ مجازات نتیجه اخف (مورد نظر) یا نتیجه اشد؟ آیا باید به یک نظریه ذهنی معتقد بود و به مجازات جرمی حکم کرد که مورد نظر مجرم بوده است گرچه در عمل چیز دیگری محقق شده است؛ یا اینکه بر اساس تئوری عینی وی را مستوجب مجازات آنچه در عمل واقع شده دانست، به رغم آنکه مرتکب آن را نمی‌خواست است؟ یا باید به یک نظریه بینابین معتقد شد؟

قانون‌گذار در این مورد رویه واحدی نداشته؛ گاهی مجازات شدیدتر از نتیجه مورد نظر، اما خفیف‌تر از نتیجه حاصله، تعیین کرده است و مثلاً در فقره ۱ ماده سه صد و نهم راجع به ضرب منجر به موت مقرر داشته که شخصی که بدون داشتن قصد قتل دیگری را عمداً مضروب نماید به نحوی که فعل او منجر به مرگ مجنی‌علیه گردد، حسب احوال به حبس طویل محکوم می‌گردد، در حالی که مجازات اصلی جرم ضرب و جرح به موجب ماده چهارصد و هفتم حسب متوسطی است که از سه سال کمتر نباشد.

گاهی نیز مجازات مربوط به جرم اشد را تعیین کرده است؛ مثلاً به موجب ماده چهارصد و نهم هر گاه در اثر اختطاف یا رها کردن عاجز در غیر مسکون عضوی از اعضای عاجز تلف یا معیوب گردد مرتکب به جزای جرح عمدی و اگر منجر به مرگ شود به جزای پیش‌بینی شده قتل عمدی محکوم می‌گردد.<sup>۳۶</sup> در وهله اول این موضع قانون قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ چرا که چنین به نظر می‌آید که قانون مرتکب را به جرم قتل عمدی محکوم نموده

<sup>۳۵</sup> بنگرید به پانوشت پیشین.

<sup>۳۶</sup> مثال دیگر: ماده چهارصد و بیست و هشتم مقرر داشته که اگر زنا یا لواط با مؤنث و یا لواط با مذکر به مرگ مجنی‌علیه منجر شود مرتکب حسب احوال به حبس دوام یا اعدام (مجازات قانونی مقرر برای قتل عمد) محکوم می‌گردد، در حالی که ماده چهارصد و بیست و هفتم این افعال در حالت عادی مستوجب مجازات حسب طویل است. یا به موجب ماده چهار صد و چهل و نهم هر گاه راهزنی منجر به قتل شده باشد راهزن به اعدام محکوم می‌گردد و به موجب ماده قبل از آن در قتلی که توسط راهزن صورت می‌گیرد عمدیت شرط نیست.

است در حالی که وی قصد خاص قتل نداشته است.<sup>۳۷</sup> اما در واقع این گونه نیست. قانون گذار مرتکب را به مجازات جرم قتل عمدی محکوم کرده است؛ این دلیل نمی شود که عنوان مجرمانه نیز قتل عمدی باشد؛ جرم ارتكابی از ناحیه او در حقیقت اختطاف منجر به فوت است که قانون برای آن مجازات قتل عمدی را در نظر گرفته است.

#### - بسیط یا پیچیده بودن قصد

فقرة ۲ ماده سی و چهارم تفکیک دیگری از قصد جرمی به دست می دهد. این تفکیک بر اساس آنی بودن یا مسبوق به تصمیم بودن قصد قبلی است. به موجب این فقرة:

«قصد گاهی بسیط و زمانی توأم به اصرار قبلی می باشد.»

فردی که با اصرار قبلی مرتکب جرم می شود خطرناک تر بوده و درجه قوی تری از سوءنیت را به منصه ظهور رسانیده است. بناً قانون گذار وی را شدیدتر مجازات می کند. برای مثال فقرة ۱ و ۲ ماده سه صد و نود و پنجم قانون جزا حالتی را که قتل عمد با اصرار قبلی و ترصد یا استعمال مواد سمی یا منفجره توأم باشد مستوجب جزای اعدام دانسته است در حالی که به موجب فقرة ۳ ماده سه صد و نود ششم در غیر از حالات فوق قاضی حسب احوال می تواند به حبس دوام یا اعدام حکم کند. همین امر در مورد ضرب منجر به فوت نیز صادق است که در حالت عادی به موجب فقرة ۱ ماده سه صد و نود و نهم مجازات حبس طویل دارد اما اگر به اصرار قبلی واقع شود به موجب فقرة ۲ همین ماده مستوجب حبس دوام است.

#### - قصد در جرایم ترک فعل

قانون گذار پس از تعریف جرم عمدی در فقرة ۱ ماده سی و پنجم در فقرة ۲ همین ماده دو حالت دیگر را نیز جرم عمدی دانسته است. حالت اول موردی است که شخص به موجب قانون یا موافقت به انجام وظیفه مکلفیت داشته باشد و از ایفای مکلفیت خود عمداً امتناع ورزد و این امتناع مستقیماً منجر به وقوع جرم گردد. این نحوه عبارت پردازی قانون این شائبه را به وجود می آورد که در جرایم ترک فعل قصد جرمی نزد مرتکب محقق نمی شود. چرا که قانون گذار گفته جرم در حالات آتی «نیز» (علاوه بر حالتی که قصد جرمی نزد مرتکب

<sup>37</sup> جرم قتل از جرایمی است که علاوه بر قصد عام نیاز به قصد خاص نیز دارد. بنگرید به تکمله ذیل بحث صور جرم عمدی، با عنوان قصد عام و قصد خاص، در چند صفحه بعد.

معقق می‌شود) عمدی شمرده می‌شود؛ لذا این حالات چیزی به جز مدلول فقره ۱ هستند که در آن تحقق قصد جرمی در نزد مرتکب ضروری بود!

این عبارت قانون محل انتقاد به نظر می‌رسد. چرا که قانون یکی از صور عنصر مادی جرم (جرائم اهمالی یا ناشی از ترک فعل و ضرورت رابطه سببیت میان امتناع و نتیجه) را در بحث عنصر روانی تعریف کرده و آن را عمدی دانسته است.

جدا از اینکه تعریف یکی از صور عنصر مادی و ضرورت رابطه سببیت میان امتناع و نتیجه جایش در بحث عنصر مادی است و نه روانی، جرایمی که عنصر مادی آنها امتناع از انجام تکالیف قانونی یا وظیفوی است ممکن است با هر دو حالت روانی قصد جرمی (عمد) یا خطای جرمی (غیر عمد) ارتکاب یابند. پس لزوماً جرایم ترک فعل عمدی نیستند. جرم موضوع ماده سه صد و پنجاه و پنجم را می‌توان به صورتی تصور کرد که ناشی از خطای جزایی (اهمال، ساده‌لوحی، بی‌احتیاطی و عدم توجه، عدم رعایت قوانین، اوامر و مقررات) باشد. برای مثال، وقتی که شخص مکلف به مراقبت از عاجز به سفر می‌رود و فراموش می‌کند که عاجز در اتاق خود بدون آب و غذا مانده است و بدین طریق عاجز فوت می‌کند.<sup>۳۸</sup>

## ۲. قصد احتمالی

دومین حالتی را که عبارت ماده سی و پنجم قانون جزا به عمد ملحق نموده است جرایمی است که اصطلاحاً «جرائم با قصد احتمالی»<sup>۳۹</sup> نامیده می‌شوند. شق ۲ فقره ۲ ماده سی و پنجم حالت آتی را نیز عمد دانسته است:

«در حالتی که شخص فاعل نتایج جرمی عمل خود را قبلاً پیش‌بینی نموده باشد ولی با آنها به اجرای عمل مذکور محض جهت وقوع جرم اقدام نموده باشد.»

گرچه فاعل اصلاً نتیجه جرمی و یا حتی هیچ‌گونه نتیجه‌ای را از فعل خود نمی‌خواهد، اما

---

<sup>38</sup> اگر ایراد شود که به استناد شق ۱ فقره ۲ همین ماده سی و پنجم نظام جزایی افغانستان جرایم ناشی از ترک فعل غیر عمدی را نپذیرفته، چرا که صراحتاً عمدی بودن را شرط کرده است، در پاسخ خواهیم گفت که قانون‌گذار در این ماده در مقام احصای صور جرایم عمدی بوده است و قبلاً در ماده بیست و هفتم جرایم ترک فعل را به طور مطلق مورد اشاره قرار داده است.

<sup>39</sup> *dulos eventualis, eventueller Vorsatz, conditional intent.*



می دانسته که به احتمال بسیار قوی نتیجه جرمی واقع خواهد شد. نتیجه جرمی گرچه اراده نشده است اما احتمال تحقق آن به حدی قوی است که وی نمی بایست مرتکب عمل می گشت. این حالت از عنصر روانی در مرز عمد و غیر عمد قرار دارد. از یک طرف چون وقوع نتیجه قطعی بوده به عمد شباهت دارد و از سوی دیگر چون نتیجه مورد نظر مرتکب نبوده به غیر عمد شباهت می یابد؛ مثلاً وقتی که شخص با علم به اینکه موترش دچار نقص تخنیکی است با سرعت بسیار بالا در یک جاده با شیب تند حرکت می کند و سبب سرنگونی موتر و مرگ مسافران می شود. گرچه او مرگ مسافران را نمی خواسته اما او می دانسته که در حالت طبیعی عمل وی قطعاً به وقوع جرم خواهد انجامید.

در چنین حالتی مجرم نمی تواند با توسل به این بهانه که نتیجه مجرمانه را نمی خواسته خود را سزاوار عقوبتی معادل عقوبت جرایم غیر عمدی بنمایاند. شخصی که در جاده های تنگ و شلوغ داخل شهر با سرعت متجاوز از ۲۰۰ کیلومتر در ساعت موتر خود را می راند اگر مرتکب قتل شود حتی اگر قصد کشتن نداشته باشد و فقط مثلاً طالب هیجان و لذت چنین عمل متهورانه ای باشد، خود را مستحق مجازاتی شدیدتر از مجازات جرایم غیر عمدی - و البته قدری خفیف تر از جرایم با عمد کامل - نموده است.<sup>۴۰</sup> قانون گذار با شق دوم فقره ۲ ماده سی و پنجم قصد احتمالی را در نظام جزایی افغانستان به رسمیت شناخته است و آن را در حکم عمد دانسته است.

با توجه به پیش بینی قصد احتمالی در حقوق جزای عمومی افغانستان و از آنجا که از نظر تئوری امکان دارد برخی از جرایم قصد جرمی با قصد احتمالی نیز ارتکاب یابند، بناً به نظر می رسد که در چنین مواردی اگر قانون گذار به طور جداگانه برای حالت قصد احتمالی آن جرم مجازات تعیین نکرده باشد، در این صورت بتوان قاصد احتمالی را حسب احوال به مجازاتی خفیف تر از حداکثر تعیین شده برای جرم عمد کامل محکوم کرد.

#### تکمله: قصد عام و قصد خاص

یک تقسیم بندی دیگر از قصد وجود دارد که قانون جزا متعرض آن نشده است ولی به جهت

<sup>40</sup> ایراد مهمی که بر این شق وارد است این است که عبارت «... محض جهت وقوع جرم ...» در این ماده با نظریه قصد احتمالی سازگار نبوده و اضافی است چرا که در غیر این صورت محتوای این شق از فقره ۲ با فقره ۱ این ماده یکسان گردیده و کل آن لغو و زائد خواهد بود.

فایده آموزشی آن جزادانان در بحث عنصر روانی به آن می‌پردازند. قصد عام یا اراده مجرمانه عبارت است از اراده عملی که قانون‌گذار صرف تحقق عمدی آن را در قوانین جزایی جرم شناخته شده است. در حقیقت، قانون جزا در فقره ۱ ماده سی و پنج خود متعرض تعریف همین نوع قصد گشته، آنجا که مقرر می‌دارد قصد جرمی سوق اراده فاعل است به ارتکاب فعل جرمی به صورتی که منجر به وقوع نتیجه جرمی گردد.

اما برای ارتکاب برخی از جرایم این شکل سوء نیت عام کفایت نمی‌کند و علاوه بر قصد عام احراز قصد و نیت مشخصی نیز لازم است؛ به نحوی که اگر آن قصد و نیت خاص احراز نگردد آن جرم خاص تحقق نیافته است. بنائاً در مورد این دسته از جرایم گفته می‌شود کدام جرم مستلزم احراز کدام قصد خاص می‌باشد. قانون‌گذار معمولاً، البته نه همواره، در چنین مواردی با عباراتی نظیر «هر کس به مقصد...» یا «هر کس به منظور...» یا «هر کس به هدف...» متذکر آن قصد خاص شده است. در این دسته از جرایم، وجود قصدهای دیگری به جز آن قصد مصرح در قانون موجب می‌شود که آن جرم تحقق نیابد. بدیهی است عدم وجود آن قصد خاص مانع از آن نمی‌شود که تحقق جرمی دیگر با قصد خاص دیگر و یا یک جرم با قصد عام قابل بررسی نباشد.

برای مثال جرم راهزنی وقتی تحقق می‌یابد که شخص «به قصد گرفتن مال بر وجه غلبه» با سلاح در راه عام موضع گیرد و مرتکب اعمال مصرح در قانون گردد (ماده چارصد و چهل و هفتم). بنائاً ارتکاب این افعال با مقاصد دیگر، مثلاً مبارزه با حکومت، راهزنی نیست. یا جرم فریبکاری وقتی است که مرتکب به وسائل متقلبانه متوسل گردد «به مقصد تسلیمی یا انتقال حیات مال غیر برای خود یا دیگری» (ماده چارصد و شصت و نهم). بنائاً اگر تشبث وی به وسائل متقلبانه به مقصد به دام انداختن رقیب تجاری خود در یک سلسله معاملات موهوم و از این طریق ورشکسته کردن وی باشد، عمل وی مصداق جرم فریبکاری نمی‌باشد.

## گفتار دوم: عنصر روانی در جرایم غیر عمدی (خطای جرمی)

### ماده مرتب

#### ماده سی و ششم قانون جزا

جرم وقتی غیر عمدی شمرده می‌شود که وقوع نتیجه جرمی از فاعل آن به سبیل خطاء صدور یافته باشد، خواه خطاء ناشی از اهمال، ساده‌لوحی، بی‌احتیاطی و عدم توجه باشد و یا ناشی از عدم رعایت قوانین، مقررات و اوامر.

## تبصره

اصل بر این است که آن نتایجی مجرمانه قلمداد گردند که متعلق خواست و اراده مرتکب بوده‌اند. از این روست که اکثریت عمده جرایم در قوانین جزایی متشکل از جرایم عمدی می‌باشند. آنگاه که مرتکب نه تنها قصد فعل بلکه قصد نتیجه را نیز دارد طبیعی است که باید با شدت عمل بیشتری با او برخورد شود. بناً ملاحظه می‌شود که قانون همواره مجازات بلندتری برای جرایم عمدی در نظر می‌گیرد.

اما این سبب نمی‌شود که قانون‌گذار در برابر دسته محدودی از رفتارها که در آن قصد فعل موجود است اما قصد نتیجه وجود ندارد و در عین حال موازین و حزم و احتیاطهای لازم قانونی نقض شده هیچ واکنشی نشان ندهد. در این فرض گرچه مرتکب قصد نتیجه ندارد ولی احتیاطهای لازم را به عمل نیاورده و بناً مسئول و مستحق مجازات است. این دسته قلیل از جرایم که طبعاً مستلزم مجازات خفیف‌تری نیز می‌باشند جرایم غیر عمدی‌اند.

بدین ترتیب است که اگر فردی بدون داشتن مهارت کافی یا بدون رعایت حزم یا احتیاطهای لازم، به قصد فیر بالای شکار، فردی دیگر را مورد اصابت گلوله اسلحه ناریه خود قرار دهد مسلماً مسئول است و باید تاوان بی‌احتیاطی و عدم توجه خود را بپردازد.

اما بر عکس اگر وی در محدوده حفاظت‌شده و مخصوص شکار، با رعایت مقررات و احتیاطهای لازم، برای شکار فیر کند و در اثر آن فردی که بدون مجوز در داخل درختان بوده کشته شود، فیرکننده مسئولیت جزایی نخواهد داشت چرا که وی فاقد عنصر روانی بوده است. و یا اگر فردی آنگاه که با عجله در حال برگشتن است تا پشت سر خود را ببیند با آرنج دست خود به چشم کسی که تصادفاً پشت سر او بوده بکوبد، عملی که به حیث جرم قابل تعقیب باشد مرتکب نشده است. در این حالات رفتار عمدی مرتکب با حزم و احتیاط صورت گرفته و فاقد هر گونه تقصیر جزایی است.

در ادامه پس از بحثی کوتاه در ماهیت خطای جرمی به اقسام و اشکال قانونی آن خواهیم پرداخت.

### الف) ماهیت خطای جرمی

خطای جرمی، صرف نظر از اقسام آن، ماهیتاً وصفی است که عرف بر رفتار انسان اطلاق می‌کند. عرف انسان را آنگاه خطاکار می‌داند که عواقب رفتار خود را نسنجیده باشد؛ عواقبی

که، با توجه به شرایط خاص زمانی و مکانی، وقوعش توسط هر فرد محتاط و دور اندیشی قابل پیش‌بینی بوده است.

بنائاً معیار قابلیت پیش‌بینی نتیجه یک معیار عینی است و نه ذهنی. بدین معنا که کافی است نتیجه برای انسان متعارف قابل پیش‌بینی بوده باشد حتی اگر مرتکب مسئول، به هر دلیل، عاجز از پیش‌بینی عواقب رفتار خود باشد. همین که عرف نتیجه را محتمل می‌دیده است کفایت می‌کند تا قاضی مرتکب را خاطی قلمداد کند.

این از آن جهت است که - بر خلاف جرایم عمدی که قانون‌گذار در آن در پی مجازات مقاصد مجرمانه و پلید است و از این روی احراز سوء نیت مرتکب ضروری می‌نماید - در جرایم غیر عمدی قانون‌گذار در پی آن است که با جرم‌انگاری رفتارهای عامدانۀ مثبت (بی احتیاطیها) یا رفتارهای عامدانۀ منفی (اهمالها یا بی‌مبالاتیها) که به نتایج خطرناکی انجامیده‌اند یا وضع معیارهایی در حوزه‌هایی همچون ترافیک و ترانسپورت، محیط زیست، طبی و صنعتی و ... (قوانین، اوامر و مقررات) یک همزیستی مسالمت‌آمیز و کم‌خطر اجتماعی را حمایت و تضمین نماید بدون آنکه در پی مبارزه با مقاصد پلید و شیطانی مجرمان باشد.

### ب) اقسام خطای جرمی

تقصیر جزایی در جرایم غیر عمدی خطای جرمی است. قانون‌گذار صور این خطا را در ماده‌سی و ششم قانون جزا برشمرده است. اصل قانونی بودن جرم اقتضا می‌کند که قاضی در مقام احراز جرم به طور مشخص وجود یکی از همین صورتهای ذهنی مصرح در قانون را به اثبات برساند. به عبارت دیگر، استناد قاضی به خطایی خارج از مصادیق مصرح قانون قابل قبول نمی‌باشد.

به استناد ماده فوق خطای جرمی ممکن است به یکی از اشکال «اهمال»، «ساده‌لوحی»، «بی احتیاطی»، «عدم توجه» یا «عدم رعایت قوانین، اوامر و مقررات» تحقق یابد. قانون به برشمردن مصادیق خطا بسنده کرده است، بدون آنکه آنها را تعریف کرده باشد؛ بنائاً این وظیفه محاکم عالی افغانستان است که هر یک از این مصادیق را تعریف حقوقی کند. با توجه به فقد رویه محاکم عالی در این باره، به بررسی معنایی که عرفاً از این مصادیق در ذهن متبادر می‌شود بسنده می‌کنیم.

## ۱. اهمال

اهمال که با بی‌مبالاتی، مسامحه، غفلت و سهل‌انگاری به نحوی مترادف است، عبارت است از خودداری کردن از انجام امری که مرتکب می‌بایست به آن اقدام نموده باشد. فراموشی منصوب برج‌هوائی در عدم اعلام آماده‌نبودن باند برای فرود طیاره و در نتیجه تصادم طیاره خطای وی به صورت اهمال است.<sup>۴۱</sup>

## ۲. بی‌احتیاطی

برعکس اهمال که واکنشی و منفعلانه است، بی‌احتیاطی حالت فعال دارد. بی‌احتیاطی عبارت است از اقدام به امری که مرتکب نمی‌بایست آن را انجام می‌داد. فعل راننده‌ای که بدون توجه به ازدحام و شلوغی یک سرک به رانندگی می‌پردازد بدون آنکه سرعت خود را تغییر دهد از مصادیق بی‌احتیاطی است.

## ۳. ساده‌لوحی

گاه اتفاق می‌افتد که مرتکب در رفتار خود دچار بلاهت و ساده‌لوحی است. بدین معنا که گرچه عرفاً احتمال بروز خطر بالاست، ولی او با ساده‌اندیشی و جدی‌نگرفتن خطر امیدوار است که خطر بروز نخواهد کرد. برای مثال، راننده‌ای را در نظر بگیرید که با وجود ایراد تخنیکی موثر خود با این خیال که وی خوش اقبال بوده و قاعدتاً نباید حادثه‌ای متوجه او شود اقدام به رانندگی می‌کند و سپس دچار آکسیدانت می‌شود.

## ۴. عدم رعایت قوانین، اوامر و مقررات

یکی از اقتضائات زندگی مدرن و پدیده ماشینیسم تنسيق و انتظام امور از طریق وضع قواعد و مقررات دولتی، اعم از قوانین، موازین، تصویب‌نامه‌ها و نظام‌نامه‌ها و ... است. دولت پیشاپیش با وضع نظامات مربوط در پی به حداقل رسانیدن ریسک زندگی مدرن است. در صورتی که نقض این نظامات به صدمه و جرم بینجامد، همین تقصیر مرتکب در نقض نظامات به مثابه عنصر روانی جرم در نظر گرفته خواهد شد.

<sup>۴۱</sup> قانون‌گذار در ماده مارالذکر یکی دیگر از مصادیق خطای جزایی را «عدم توجه» دانسته است. در حالیکه

ظاهراً عدم توجه با «اهمال» مترادف به نظر می‌رسد!

مثلاً رانندگی در جامعه کنونی مستلزم طی مراحل قانونی و اخذ تصدیق لازم است. اگر کسی بر خلاف نظامات مربوطه و بدون داشتن تصدیق نامه رانندگی کند، در این حالت، صرف رانندگی بدون تصدیق نامه عنصر مادی جرم و تقصیر مرتکب در زیر پا گذاشتن قوانین و اوامر عنصر روانی جرم در نظر گرفته می شود.

حتی اگر از عمل وی ضرری متوجه کسی نگردد (راننده فاقد تصدیق نامه تصادف نکند) باز پولیس وی را جریمه خواهد کرد. به عبارت دیگر، تحقق ضرر و نتیجه جرمی در این دسته از جرایم شرط نیست. بنائاً این جرایم «مطلق» اند و برای مثال ضرورتی ندارد که حتماً رانندگی بدون تصدیق نامه به صدمات بدنی منجر شده باشد تا مستوجب جزا گردد.

در حقیقت، تقصیر قباحتی، فارغ از آثار فعل زیان بار، قابل مجازات است. چرا که این تقصیر عبارت است از همان تخطی از تکالیفی که قوانین و نظامات مربوط برای انتظام و سامان دادن به روابط و مناسبات مردم (در حوزه های ترانسپورت، محیط زیست، طبی، صنعتی، ...) به عهده مرتکب گذاشته است؛ چه به نتایج دیگری بینجامد و چه نینجامد. در این مثال، اگر رانندگی بدون تصدیق نامه به صدمات بدنی نیز بینجامد، موضوع از مصادیق «تعدد معنوی» جرم (ماده یکصد و پنجاه و پنجم قانون جزا) خواهد بود؛ یک بار رانندگی بدون تصدیق نامه و یک بار ضرب و جرح غیر عمدی.

## تکمله: عنصر روانی در برخی از جرایم قباحت

### طرح بحث

با تدقیق در عبارت قانون، چنین بر می آید که مصادیق خطای جرمی را قانون دو دسته دانسته است. چرا که قانون گفته

«جرم وقتی غیر عمدی شمرده می شود که وقوع نتیجه جرمی از فاعل آن به سیل  
خطا صدور یافته باشد، خواه خطا ناشی از اهمال، ساده لوحی، بی احتیاطی و  
عدم توجه باشد و یا ناشی از عدم رعایت قوانین، مقررات و اوامر.»

بنابراین در دسته اول خطای اهمال، ساده لوحی و بی احتیاطی و عدم توجه عنصر روانی جرایم  
غیر عمدی تلقی می گردد و در دسته دوم عدم رعایت قوانین، مقررات و اوامر. به نظر می رسد  
که میان این دو دسته از خطا تفاوت وجود دارد و به دلیل همین تفاوت قانون میان خطاها  
تفکیک کرده است.

شاید آنچه خطای «عدم رعایت قوانین، اوامر و مقررات» را از سایر خطاهای جرمی متفاوت  
می سازد چیزی باشد که در ادبیات جزایی با نام «فرض قانونی تقصیر جزایی» از آن یاد  
می شود. در ذیل این موضوع را بررسی می کنیم.

### فرض قانونی تقصیر جزایی

برخی معتقدند که جرایم قباحتی ای که ناشی از نقض نظامات دولتی اند نیازی به عنصر روانی  
نداشته و با صرف دو عنصر قانونی و مادی تحقق می پذیرند. اینان از این جرایم با نام «جرایم  
مادی محض» یاد می کنند. چه اینکه هر گاه راننده در منطقه «توقف ممنوع» موتر خود را  
متوقف کند وی را مجرم می دانیم و عذر جهل یا ... را از وی نمی پذیریم. زیرا به صرف  
عمل مادی جرم تحقق یافته است.

این نظریه با عموماً حقوق جزا مغایر می باشد، چه آنکه اولاً قانون تمامی جرایم را، به  
شمول قباحت، مستلزم تحقق سه عنصر دانسته است؛ و ثانیاً معاذیر قانونی مصرح در قانون نیز  
عام الشمول بوده و در جرایم قباحت نیز دفاع مستند به عوامل مانع مسئولیت جزایی (صغر،  
جنون، اکراه) مسموع است.

در حقیقت، قانون گذار عنصر روانی را در جرایم ناشی از عدم رعایت نظامات دولتی مفروض  
دانسته و محکمه را معاف از اثبات آن می داند. نتیجه این می شود که مرتکبی که مدعی



معاذیر قانونی است باید ادعای خود را اثبات کند. به عبارت دیگر، در حالی که در سایر جرایم بار اثبات تقصیر جزایی به دوش دولت است در این دسته از جرایم این مرتکب است که باید وجود عوامل مانع مسئولیت را به اثبات برساند. بناً اگر متهم عذر قانونی خود را به اثبات رساند تهرئه می شود و همین مسئله حاکی از ضرورت وجود عنصر روانی در این جرایم است.

## مباحثه

- در تعریف جرم غیر عمدی کراراً از عبارت «قصد فعل بدون قصد نتیجه» استفاده کردیم. با توجه به اینکه عنصر مادی اعم از «فعل» است و «امتناع» از فعل واجب را نیز در بر می‌گیرد، آیا این تعریف نمی‌بایست به «قصد رفتار بدون قصد نتیجه» اصلاح می‌شد تا جرایم ناشی از ترک فعل را نیز در بر می‌گرفت؟ چرا؟
- جرایم غیر عمدی و جرایم ناشی از ترک فعل را با هم مقایسه کرده و بگویید که میان این دو دسته از جرایم کدام یک از نسب اربعه بر قرار است.
- آیا در نظام جزایی افغانستان به رسمیت شناختن جرم ترک فعل غیر عمدی، در جایی که قانون صراحت به کیفیت عنصر روانی آن جرم ترک فعل ندارد، مغایر با اصل قانونی بودن جرم و مجازات است؟
- به نظر شما چه تفاوتی میان «جرایم با قصد احتمالی» و «جرایم عمدی متجاوز از قصد» وجود دارد؟
- به نظر شما سرقت غیر عمدی یا زنای غیر عمدی قابل تصور است؟ چرا؟
- با مساعدت مدرس خود و با مراجعه به قانون جزا حداقل پنج جرم را که در آنها وجود یک «قصد خاص» شرط است نام ببرید.
- راننده اتوبوس با علم به اینکه برک موتر معیوب است اقدام به رانندگی می‌کند. وی عقیده دارد که با مهارتهای ویژه خود خواهد توانست موتر را کنترل کند. اتوبوس در میان راه به دلیل ریزش کوه دچار سانحه می‌شود و عده زیادی از سرنشینان کشته و یا مجروح می‌شوند. مسئولیت راننده را مشخص نمایید.
- درون یک امارت نیمه کاره یک چاه وجود دارد. یکی از کارگران ساختمانی همان امارت در شب به دلیل فقد علامت خطر و درپوش در آن چاه می‌افتد. برای معمار این امارت چه مسئولیتی تعیین می‌کنید؟
- با توجه به اینکه فقره ۲ ماده سی و هشتم قانون جزا بیان داشته که برای فاعل به شمار رفتن شخص کفایت می‌کند که وی در «ارتکاب عمل جرمی به نحوی مداخله نماید که از جمله اعمال تشکیل دهنده جرم یکی آن را قصداً مرتکب شده باشد»، به نظر شما چگونه فاعلیت در جرایم غیر عمدی ممکن است؟

## فصل سوم: زوال ممنوعیت قانونی (عوامل موجهه)

همان طور که در مقدمه این بخش ذکر شد، شرایط قانونی‌ای که در دو فصل ما قبل تحت عنوان عنصر مادی و عنصر روانی جرم ذکر کردیم شرایط قانونی «لازم» برای تحقق جرم‌اند و نه شرایط قانونی «کافی». به عبارت دیگر، ضروری است که شرایط عینی و ذهنی تحقق جرم در کنار عنصر عدم مشروعیت و ناحقی قرار گیرند تا رفتار مورد نظر واجد وصف جزایی گردد. در این فصل به بررسی عواملی می‌پردازیم که رفتار را به رغم انطباق آن با شرایط عینی و ذهنی مصرح در قانون از نظر جزایی مباح ساخته و از ساحت حقوق جرمی خارج می‌سازند. گفتیم از ساحت حقوق جرمی و نه به طور کلی از ساحت حقوق. به این دلیل که برخی از این عوامل بحث مسئولیت مدنی فاعل را منتفی نمی‌سازند.

قانون‌گذار در فصل چهارم قانون جزا تحت عنوان «اسباب اباحت» به عوامل موجهه در سه قسمت «استعمال حق»، «ایفای وظیفه» و «دفاع مشروع» به این عوامل پرداخته است. بر اساس تصریح ماده پنجاه و سوم قانون جزا، ارتکاب عمل جرمی با حسن نیت به منظور استعمال حقی که به مقتضای شریعت یا به موجب قانون به شخص اعطا شده جرم نیست.<sup>42</sup> ماده پنجاه

---

<sup>42</sup> تصنیف «استعمال حق» در قانون جزا قابل انتقاد است. زیرا اگر به ماده پنجاه و چهارم بنگریم که در آن موارد استعمال حق برشمرده شده، عمده موارد استعمال حق نیستند؛ یا در کتگوری ایفای وظیفه قرار می‌گیرند (فقره ۱ و ۴) یا در کتگوری رضایت مجنی علیه (فقره ۳ و ۴). در گفتار سوم این فصل به این ایراد خواهیم پرداخت.

و پنجم همین قانون نیز مقرر می‌دارد که ارتکاب عمل در اثنای ایفای وظیفه‌ای که مأمور دولت به موجب قانون مکلف به آن است جرم شمرده نمی‌شود. و در نهایت ماده پنجاه و هفتم همین قانون می‌گوید ارتکاب عمل جرمی به منظور استعمال حق دفاع مشروع جرم پنداشته نمی‌شود. در گفتارهای زیر این عوامل را به طور مبسوط بررسی می‌کنیم و در انتها به موضع قابل انتقاد حقوق جزای افغانستان در باب اضطرار - که عمدتاً یکی از عوامل موجهه است اما آن را تحت تأثیر تئوری قدیم فرانسوی از موانع مسئولیت جزایی به سبب فقدان اراده دانسته - خواهیم پرداخت.

## گفتار یکم: ایفای وظیفه

### مواد مرتبط

#### ماده پنجاه و پنجم قانون جزا

ارتکاب عمل جرمی در اثنای ایفای وظیفه‌ای که مأمور دولت به حکم قانون به انجام آن مکلفیت داشته باشد جرم شمرده نمی‌شود.

#### ماده پنجاه و ششم قانون جزا

ارتکاب عمل جرمی در حالات آتی ایفای وظیفه شمرده می‌شود:

۱. در حالی که از مأمور موظف مطابق به احکام قانون با داشتن حسن نیت در اثنای ایفای وظیفه صدور یافته باشد و یا اینکه عقیده نماید که اجرای آن از جمله صلاحیتهای قانونی وی است.
۲. در حالی که به موجب تعمیم اوامر مقامات ذیصلاحی که از اطاعت اوامر آنها به حکم قانون مکلفیت داشته باشد صدور یافته باشد و یا اینکه عقیده داشته باشد که تعمیم اوامر مقامات ذیصلاح از جمله وجایب قانونی وی است.
۳. در هر دو حالت مندرج این ماده، مأمور موظف است ثابت نماید که اعتقاد وی راجع به مشروعیت عمل جرمی ناشی از اسباب معقول بوده و ارتکاب آن بعد از رعایت احتیاط لازم صورت گرفته است. اما اگر مأمور به حکم قانون [حق؟]<sup>۴۳</sup> اعتراض بر اوامر مقامات ذیصلاح را نداشته باشد، به هیچ وجه از اثر ارتکاب عمل جرمی مندرج فقرات ۱ و ۲ این ماده مجازات نمی‌گردد.

#### ماده بیستم قانون جزای عسکری

۱. هر گاه منسوب عسکری از اجرای امر قانونی آمر صریحاً امتناع ورزد یا عمداً از اجرای آن خودداری نماید، این عمل وی عدم اطاعت پنداشته شده، حسب احوال به جزای حبس از شش ماه الی یک سال محکوم می‌گردد.

<sup>43</sup> ظاهراً کلمه «حق» در متن قانون از قلم افتاده است.

۲. هر گاه عمل مندرج فقره ۱ این ماده در حالت سفر یا جنگ یا محاربه ارتکاب یابد، مرتکب حسب احوال به جزای حبس یک الی پنج سال محکوم می گردد.

#### ماده بیست و چهارم قانون اجراءات جزایی اصلاحی ۱۳۵۳

مأمور ضبط قضایی در جرایم مشهود به مجرد رسیدن خود می تواند اشخاص حاضر محل واقعه را از تخلیه آن محل تا اتمام تحریر راپور منع نماید و همچنان می تواند کسانی را که حصول توضیحات راجع به واقعه از ایشان ممکن باشد به صورت فوری جلب نماید.

## تبصره

بر اساس ماده پنجاه و پنجم ارتکاب عمل متصف به وصف جرمی؛ چنانچه به حکم قانون و توسط مأمور قانون و با حسن نیت صورت گیرد، جرم نیست. بناً، طیبی که بیماری خاص بیمار را به مقامات ذی صلاح اعلام می کند، ضابط قضایی ای که با در دست داشتن حکم توقیف احتیاطی شخصی را باز داشت می کند و یا تطبیق کننده مجازات اعدام که طناب دار را به گردن جانی می افگند، یا منسوب عسکری که در دفاع از کشور به دشمن ضربه وارد می کند، گرچه هر یک تمام شرایط مادی و معنوی تحقق جرایم افشای سر یا توقیف یا قتل یا ضرب و جرح را مرتکب شده اند ولی عمل آنان وصف جرمی ندارد چرا که در جریان ایفای وظایفی انجام می گیرد که قانون گذار خود در جای دیگر برای ایشان مقرر کرده است.

در حقیقت، حکم ممنوعیت این گونه اعمال را در این اوضاع و احوال خاص قانون گذار زائل کرده است. حتی فاعل از مسئولیت مدنی (دیه، ضمان مالی، ...) نیز مبرا است. چرا که وی در ارتکاب اعمالی که به حکم قانون و برای تطبیق تکلیفی که قانون به عهده اشخاص گذاشته فاقد هر گونه تقصیر است. و هر گاه شخصی بدون تقصیر مرتکب عملی شود که اصل و مبنای آن مباح باشد مسئولیت جبران خسارت نیز نخواهد داشت.

بر اساس فقره ۱ و ۲ ماده پنجاه و ششم قانون جزای ایفای وظیفه ممکن است دو حالت داشته باشد: یا مستقیماً در اطاعت از قانون صورت می گیرد یا اینکه در اطاعت از اوامر آمرانی که قانون به ایشان صلاحیت داده است. در حالت دوم اطاعت از قانون به طور غیر مستقیم و به واسطه آمر است. زیرا وصف جرمی، به موجب فقره ۳ این ماده، تنها در صورتی زائل می شود که مأمور امر را منطبق بر قانون بیابد و یا به موجب حکم دیگر قانون ملزم به اطاعت از آمر باشد. بدین سان، هر یک از دو حالت فوق به شکلی به قانون رجعت می کند.

### الف) ایفای وظیفه به حکم قانون

این حالت تنها مشمول کسانی است که از حیث سلسله مراتب اداری یا عسکری مستقیماً صلاحیت تطبیق قانون را دارند. چرا که عمدتاً مأموران دولتی در چوکات سازمانی خود مخاطب قانون قرار می گیرند و حکم قانون را از طریق قومانده مقام مافوق صلاحیتدار خود تطبیق می کنند. در این حالت، اگر بدون امر آمر قانونی، اما در تطبیق قانون، مأمور رأساً مرتکب اعمال متصف به وصف جرمی گردد، مجرم و قابل تعقیب است.

با این حال، آن دسته از مأموران که در تطبیق مکلفیتهای قانونیشان به تحصیل قومانده مقام مافوق نیاز ندارند موضوع این بحث قرار دارند. مثلاً مأمور ضبط قضایی آنگاه که در حالت عادی می‌خواهد شخصی را توقیف کند به امر مقام صلاحیت‌دار مافوق خود، خازنوال یا قاضی، نیاز دارد؛ ولی آنگاه که در جرایم مشهود، اختیاری را که ماده بیست و چهارم قانون اجراءات جزایی اصلاحی ۱۳۵۳ به او داده تطبیق می‌کند خود مخاطب مستقیم قانون است و تنها باید در اسرع وقت مافوق را از عمل جلب خود آگاه سازد. فقره ۴ ماده پنجاه و چهارم قانون جزا در این باره می‌گوید:

«ارتکاب عمل جرمی در حالات آتی استعمال حق<sup>۴۴</sup> شمرده می‌شود: ...  
۴. در حالت ارتکاب جنایت یا جنحه مشهود منظور گرفتاری متهمین جرایم منظور گرفتاری متهمین جرایم مذکور به ترتیبی که در قوانین مربوط تنظیم یافته است.»

فقره ۱ ماده پنجاه و ششم ۳ شرط را برای اینکه عمل به موجب تطبیق حکم قانون مباح شود آورده است و فقره ۳ همین ماده نیز شرط چهارمی را به این ۳ شرط افزوده است:

- اول اینکه باید مأمور یا واقعاً وجیه قانونی در تطبیق آن قانون داشته باشد. یا اینکه حداقل خود وی چنین تصویری از اختیارات خود داشته باشد. فقره ۱ را عیناً ذکر می‌کنیم: «در حالتی که از مأمور موظف مطابق به احکام قانون ... صدور یافته باشد و یا اینکه عقیده نماید که اجرای آن از جمله صلاحیتهای قانونی وی است.»

<sup>۴۴</sup> جای تعجب است که قانون‌گذار اباحه اعمالی را که مأموران برای دستگیری چنین مجرمی انجام می‌دهند به سبب «استعمال حق» دانسته است! آنچه مأموران در جرایم مشهود انجام می‌دهند وجیه‌ای است که برای ایفای آن استخدام شده‌اند.

این ماده به طور کلی محل انتقاد است. زیرا به نظر می‌رسد که دیگر امروز هیچ یک از حالات اباحتی که تحت آن احصا شده «استعمال حق» نیستند. فقره ۴ آن (اعمال مأموران برای دستگیری مجرم مرتکب جنایت یا جنحه مشهود) به هیچ وجه استعمال حق نیست. همچنین ما در صفحات بعدی در مورد استعمال حق نبودن و بلکه ایفای وظیفه بودن فقره ۱ این ماده (تأدیب طفل) سخن می‌گوییم. فقره ۲ (اعمالی که طبیب با رضایت بیمار برای نجات جان بیمار انجام می‌دهد) و ۳ (حوادثی که در حین بازبهای سپورتی رخ می‌دهند) این ماده را نیز در گفتار سوم این فصل ذیل عنوان رضایت مجنی علیه تصنیف‌بندی کرده‌ایم. همان طور که در گفتار بعدی اشاره خواهیم کرد، امروزه حتی در مورد این که دفاع مشروع نیز استعمال حق باشد اختلاف نظر است.



باید در مقام انتقاد متذکر این نکته شویم که توسل قانون گذار به «معیار ذهنی» مأمور در تشخیص صلاحیتهای خود موجب سوء استفاده است. بهتر بود که یک معیار عرفی و عینی تعیین می شد. در این صورت بار اثبات اینکه تشخیص اشتباه مأمور نسبت به صلاحیتهای قانونیش اشتباهی معقول و متعارف بوده به عهده مأمور قرار می گرفت و نه خارنوال.

- دوم اینکه عمل باید «... با داشتن حسن نیت...» از جانب مأمور مجری قانون صدور یافته باشد. به دیگر سخن، باید آنچه داعی و محرک مأمور به اقدام علیه فلان فرد شده باشد حقیقتاً فقط تطبیق قانون باشد و لا غیر. انگیزه های شخصی و عداوتها و کینه توزیهای خصوصی نمی توانند محملی برای گریز از تطبیق عدالت باشند. برای مثال، اگر شهردار به دلیل عداوت شخصی که با پسر عمومی خود دارد خانه او را در طرح قرار دهد و سپس آن را تخریب کند نمی تواند از مزایای در نظر گرفته شده برای یک مأمور وظیفه شناس قانون برخوردار گردد.

- سوم اینکه عمل «... در اثنای ایفای وظیفه صدور یافته باشد...». مأمور قانون تا آن هنگامی که لباس اجرای قانون را به تن دارد مأمور قانون است. در ساعات غیر مؤظف از شبانه روز که وی به زندگی خصوصی خود بر می گردد در زمره شهروندان عادی قرار می گیرد. بناً، اگر افسر پولیس هنگامی که در رخصتی به سر می برد جرم مشهودی را مشاهده کند از صلاحیتهای پیش بینی شده برای ضابط قضایی در این جرایم برخوردار نخواهد بود.

- چهارم اینکه مأمور مکلف است ثابت نماید اعتقاد وی راجع به مشروعیت عمل جرمی ناشی از اسباب معقول بوده و پس از رعایت احتیاطهای لازم مرتکب آن شده است. چرا که اصل بر حرمت جان و مال و عرض دیگران است و مدعی خلاف این اصل باید برای ادعای خود دلیل بیاورد.

#### – تکمله: تأدیب طفل توسط پدر و معلم

به عنوان یک بحث تکمیلی، به نظر می آید که تأدیب پدر و معلم به اولاد و شاگرد در حدود احکام قانون و شریعت نیز (فقره ۱ ماده پنجاه و چهارم قانون جزا) نوعی ایفای وظیفه باشد که قانون یا شریعت به پدر و معلم واگذار کرده است. با این وصف پدر یا معلم «حق» تأدیب ندارند که قانون گذار آن را ذیل حالات «استعمال حق» قرار داده است. در حقیقت، تأدیب «اجازه ای» است که قانون به پدر و معلم داده تا آنان بتوانند وظایف قانونی و شرعی خود را

در نگهداری، آموزش، محافظت جسمی و روحی از طفل و پرورش او به نحو بهتری ایفا کنند.

بنائاً ترجیح این است که این اجازه قانون‌گذار را - که خود مسامحتاً «حق» نامیده - بحقی ملحق به «ایفای وظیفه به حکم قانون» بدانیم تا یک استعمال حق. چرا که موقعیت پدر یا معلم در این بحث بیش از اینکه به کسی شبیه باشد که استعمال حق می‌کند بیشتر به موقعیت مأموری می‌ماند که به موجب قانون (یا شرع) واجد مکلفیتها و مسئولیت‌های تربیت طفل است. در هر حال، بحث تأدیب طفل یک بحث حساس است و در مورد آن چند نکته قابل ذکر:

- در سایر حقوق ایفای وظیفه «حکم و دستور» قانون مبنای زوال وصف مجرمانه عمل بود، در این حالت «اجازه» قانون. بنائاً، تأدیب طفل در شرایط خاصی «مجاز» است و نه «واجب». مشروط بر اینکه مقصد از عمل تأدیب حفاظت و تربیت طفل باشد (و نه فرضاً به مقصد خودخواهی، عداوت یا عصبانیت) و حدود عرفی و قانونی آن نیز رعایت شود.
- بنا به نص قانون، کسانی که چنین اجازه‌ای دارند به «پدر» و «معلم» منحصرند. بنائاً، تعمیم آن به اولیاء قانونی (جد پدری، وصی منصوب از طرف پدر یا جد پدری، و قیم) جایز نیست. اینکه قانون مادر را واجد این حق ندانسته شاید به این دلیل باشد که در حقوق مدنی اولیای قهری طفل منحصر در پدر و اجداد صحیح پدری‌اند که بر طفل ولایت دارند. در هر صورت ترجیح معلم بر مادر محل انتقاد است.
- گو اینکه چنین اجازه‌ای از اصل محل تأمل است. جواز قانونی تأدیب طفل مغایر با کنوانسیون حقوق کودک مصوب نوامبر ۱۹۸۹ است که افغانستان در آوریل ۱۹۹۴ به آن پیوسته است. ماده ۱۹ این کنوانسیون تمامی دول عضو را مکلف می‌کند که تمامی تدابیر لازم تقنینی، اجرایی، اجتماعی و تعلیمی لازم را اتخاذ کنند تا طفل در هنگامی که تحت مراقبت والدین، اولیای قانونی و دیگر اشخاص مسئول (مثلاً معلم) هستند از «کلیه اشکال خشونت جسمی، روحی...» مصون باشند. بسیاری از کشورهای اروپایی سالیان طولانی است که چنین سبب اباحه عمل جرمی را از قوانین جزایی خود حذف کرده‌اند. قانون‌گذار با پذیرش کنوانسیون فوق خود را ملزم به تعهداتی کرده است از جمله حذف این فقره از قانون جزا.
- با توجه به نکته فوق تا زمانی که این قانون نافذ است باید مضیق‌ترین تفسیر ممکن از آن صورت گیرد و از هر گونه تعمیم آن به موارد مشکوک‌فیه اجتناب گردد و از آنجا که

مبنای شرعی این اجازه ضرورت بازداشت طفل از حرام است باید به قدر ضرورت نیز اکتفا شود (الضرورات تتقدر بقدرها).

- توسل به زور و لت و کوب از این اجازه مستثناست. چرا که اولاً در دولت مدرن توسل به زور در مورد اطفال نیز به دولت واگذار شده است. امروزه دولت این ولایت را از طریق پیش‌بینی نظام خاص رسیدگی به تخلفات اطفال، به جای آنچه که شرع برای ولی قهری و معلم در نظر گرفته بود، تصدی می‌کند. و ثانیاً به موجب ماده ۱۹ کنوانسیون تمامی اشکال جسمی و روحی خشونت مستثنا شده است.
- بنائاً، تا وقتی این فقره فوق در قانون جزا نافذ است، اگر حدود شرعی و قانونی (از جمله عدم توسل به کلیه اشکال خشونت مندرج در کنوانسیون؛ چرا که کنوانسیون نیز به موجب ماده هفتم قانون اساسی در حکم قانون لازم‌الاجراست) و متعارف تأدیب رعایت شد ولی تصادفاً نتیجه‌ای ناخواسته حادث گردید که با شرایط مادی و ذهنی مندرج در قانون برای یکی از جرایم منطبق بود، عمل جرمی تلقی نخواهد شد.

#### ب) ایفای وظیفه به امر آمر قانونی

همان طور که گفته شد در اکثر مواقع تعمیم احکام قانون از طریق اوامر مقامات مافوق ذی صلاح صورت می‌گیرد. همواره این گونه نیست که آمران قانونی قانون را صحیح تشخیص داده باشند و یا فارغ از هر گونه تمایلات و سلیق شخصی قانون را به درستی تطبیق کنند. لذا امکان این وجود دارد که امر آمر قانونی غیر قانونی باشد. ذیلاً ابتدا به امر قانونی آمر قانونی می‌پردازیم و سپس در انتهای بحث تکلیف مأمور را در مواجهه با اوامر غیر قانونی آمر قانونی مورد اشاره قرار می‌دهیم.

برای اینکه امر قانونی آمر قانونی موجب اباحه عمل شود، شرایطی لازم است. برخی از این شرایط راجع به آمر است، برخی راجع به مأمور:

- آمر باید قانوناً صلاحیت صدور آن قومانده را داشته باشد. به عبارت دیگر، امر باید در ساحت اختیارات مصرح قانونی آمر بوده باشد. اگر قوماندان پولیس قومانده شکنجه فردی را صادر کند، از آنجا که وی قانوناً صلاحیت صدور چنین امری را ندارد، اجرای این قومانده موجب اباحت و مشروعیت عمل نمی‌شود. فقره ۲ ماده پنجاه و ششم با عبارت «اوامر مقامات ذی‌صلاح» به این شرط اشاره کرده است.

- باید تمامی شرایط شکلی ای که قانون برای صدور امر مقرر کرده رعایت شود. برای مثال در مورد توقیف وقایوی باید مقام قضایی از اوراق قانونی پیش‌بینی شده استفاده کرده و مسئله را به طور کتبی و رسمی به مأمور ابلاغ نماید.
- اجرای امر باید قانوناً در صلاحیت مأمور باشد. یا به عبارت دیگر، مأمور به موجب حکم قانون مکلفیت به تعمیم اوامر آمر داشته باشد. اگر اطاعت از قومانده‌ای در ساحه وظیفوی یک مأمور نباشد، آن مأمور نمی‌تواند از اباحه قانونی اطاعت از آمر مستفید شود. برای مثال، اگر صلاحیت وظیفوی مأمور محبس امور صحتی و طبی محبوسان است، وی هیچ مکلفیتی در خصوص تطبیق امر رئیس محبس در توقیف محبوس فراری ندارد. در فقره ۲ ماده پنجاه و ششم عبارت «از اطاعت اوامر آنها به حکم قانون مکلفیت داشته باشد» اشاره به این شرط دارد.
- همیشه تشخیص ساحه و محدوده وجایب قانونی مأمور آسان نیست. امکان دارد مواردی از جمله وجایب قانونی او باشد اما وی چنین اعتقادی نداشته باشد و بر عکس مواردی نباشد ولی او معتقد باشد که از جمله صلاحیتهای او بوده.
- همچنین به موجب فقره ۳ ماده پنجاه و ششم قانون جزا مأمور تطبیق امر آمر قانونی مکلف است ثابت نماید اعتقاد وی راجع به مشروعیت عمل جرمی ناشی از اسباب معقول بوده و پس از رعایت احتیاطهای لازم مرتکب آن شده است. بار اثبات مشروع بودن عمل به عهده مأمور مادون است و نه خارنوال. چرا که اصل بر این است که جان و مال مردم مصون از تعرض است. کسی که خلاف این اصل عمل کرده باید دلیل قانونی عمل خود را ارائه کند.
- البته به تصریح ذیل فقره ۳ در مواردی که مأمور به حکم قانون مکلف به اجرای بدون چون و چرای اوامر مافوق است (مثلاً در سلسله مراتب عسکری که حتی عدم اطاعت از اوامر خود وصف جرمی دارد، بنگرید به ماده بیستم قانون جزای عسکری) از وظیفه اثبات مشروعیت عمل جرمی خود به جهت اسباب معقول و رعایت احتیاطهای لازم معاف است.

پرسشی که در انتهای این بحث طرح آن ضروری است این است که وظیفه مأمور در مواجهه با امری که آن را خلاف قانون تصور می‌کند چیست؟ در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد. برخی به نظریه اطاعت محض معتقدند. به این استدلال که اگر بنا باشد مأمور هر لحظه نسبت

به اوامر مافوق خود شبهه قانونی وارد کند هرج و مرج و بی انضباطی حاکم خواهد شد. همچنین همواره این گونه نیست که زیردستان درک درست و کاملی نسبت به تمامی قوانین داشته باشند. لذا باید مأمور مکلف به اجرای اوامر بوده و مسئولیت احتمالی اعمال وی به دوش صادر کننده اوامر باشد. در این حالت وی «مکره» به انجام بوده و مسئولیت متوجه «سبب اقوی از مباشر» است. همچنین قاعداً نباید مسئولیت مدنی نیز متوجه چنین شخصی گردد. قانون گذار در ذیل فقره ۳ ماده پنجاه و ششم این نظریه را در مواردی پذیرفته که مأمور به موجب قانون مکلف به تطبیق فرامین و اوامر مافوق خود است.

نظریه دیگر که بر مسئولیت مأمور استوار است وی را مکلف می کند که در مواجهه با این اوامر غیر قانونی از اطاعت سر باز زند. مگر نه این است که تمامی افراد مطلع از قوانین فرض می شوند؟ موظفین خدمات عامه باید قوه ابتکار خود را از دست ندهند و از به وجود آمدن دیکتاتوری اداری جلوگیری کنند.

حد وسط این دو نظریه نظریه میانه ای است که می توان از آن با عنوان «عمل به ظاهر» نام برد. بر اساس این نظریه مأمور موظف است به ظاهر امر توجه کند. اگر منطبق بر قانون بود اجرا کند و اگر مغایر با قانون بود از اجرای آن خودداری کند. مثلاً مأمور پولیس وقتی اوراق جلب فردی را از مقام قضایی دریافت می کند موظف به اطاعت است چرا که مقام قضایی قانوناً اختیار جلب افراد را دارد. اما اگر همین مقام به شکنجه فردی امر کند مأمور اجازه تعمیم ندارد چرا که مقام قضایی فاقد صلاحیت قانونی شکنجه است.

به نظر نویسنده این سطور، به استناد فقره ۳ ماده پنجاه و ششم مخصوصاً مفهوم مخالف ذیل این تبصره، نظریه پذیرفته شده توسط قانون گذار افغانستان نظریه مسئولیت مأمور است مگر در حالتی که قانون مأمور را مکلف به اطاعت محض کرده باشد. ضمان مالی و پرداخت دپه نیز تنها زمانی متوجه مأمور نخواهد بود که از باب سبب اقوی از مباشر وی مکره به انجام امر باشد (حالاتی که قانون وی را مکلف به اطاعت محض کرده است).

## گفتار دوم: دفاع مشروع

### مواد مرتبط

#### ماده پنجاه و هفتم قانون جزا

ارتکاب عمل جرمی به منظور استعمال حق دفاع مشروع جرم پنداشته نمی‌شود.

#### ماده پنجاه و هشتم قانون جزا

حق دفاع مشروع به شخص مورد تهدید اجازه می‌دهد تا از استعمال وسایل لازم به منظور دفاع از هر عمل جرمی‌ای که ضرر و یا خطر جانی و مالی را برای دفاع کننده و یا شخص دیگر تولید می‌نماید استفاده کند.<sup>45</sup>

#### ماده پنجاه و نهم قانون جزا

۱. حق دفاع مشروع هنگامی موجود می‌گردد که دفاع کننده روی اسباب معقول و دلایل منطقی یقین نماید که خطر تجاوز بر مال، جان یا ناموس دفاع کننده و یا شخص دیگری متوجه است.
۲. حق دفاع مشروع تا دوام خطر ادامه یافته با زوال آن خاتمه می‌یابد.

#### ماده شصتم قانون جزا

- حق دفاع مشروع تحت شرایط آتی به وجود می‌آید:
۱. دفاع در برابر حمله و تعرض باشد.
  ۲. دفاع متناسب با خطر تهدید کننده باشد.
  ۳. دفاع تنها وسیله دفع خطر باشد.
  ۴. همزمان با حمله مقابل باشد.
  ۵. دفاع در برابر عمل خلاف قانون و غیر عادلانه باشد.
  ۶. دفاع کننده عمداً سبب ایجاد عمل جرمی طرف مقابل نشده باشد.

<sup>45</sup> «... تا از استعمال ... استفاده کند» خطای ادبی قانون‌گذار است.

### ماده شصت و دوم قانون جزا

هر گاه توسل به مؤظفین خدمات عامه جهت دفع خطر ممکن باشد حق دفاع مشروع به وجود نمی آید.

### ماده شصت و سوم قانون جزا

دفاع مشروع در برابر مؤظفین سلطه عامه که وظایف خود را با حسن نیت انجام می دهند، گر چه در جریان وظیفه از حدود صلاحیت قانونی خود تجاوز نمایند، جواز ندارد؛ مگر در صورتی که خوف مرگ یا جراحت شدید ناشی از عمل آنها به دلایل معقول ثابت شود.

### ماده شصت و یکم قانون جزا

قتل عمد به اساس استعمال حق دفاع مشروع جواز ندارد، مگر اینکه به منظور دفاع در برابر یکی از اعمال آتی صورت گرفته باشد:

۱. دفاع در برابر عملی که ایجاد خوف مرگ یا جراحت شدید نماید، مشروط بر اینکه خوف مذکور از اسباب معقول پیدا شده باشد.
۲. دفاع در برابر عمل زنا، لواطت و یا تهدید به آن.
۳. دفاع در برابر اختطاف انسان.
۴. دفاع در برابر عمل حریق عمدی.
۵. دفاع در برابر عمل سرقتی که به حکم قانون جنایت شناخته شده باشد.
۶. دفاع در برابر عمل دخول غیر مجاز از طرف شب به منزل مسکون و یا ملحقات آن.

### ماده شصت و چهارم قانون جزا

محکمه می تواند در مورد شخصی که با حسن نیت از حدود حق دفاع مشروع تجاوز نموده جزای عمل او را اگر جنایت باشد به جنحه و اگر جنحه باشد به جزای قباحت تنزیل دهد.

## تبصره

خود عبارت «دفاع مشروع» یا «دفاع قانونی» گویای مفهوم آن است. این عبارت در برابر دفاع «غیر مشروع» یا «غیر قانونی» قرار دارد. این بدان معناست که عمل در مقام دفاع مشروعیت و جاهت قانونی دارد. وقتی که عملی مشروعیت دارد لوازم آن عمل نیز مشروع است. پس اگر آن عمل نتایج مجرمانه حادث کند عامل ضامن نخواهد بود. امروزه و با تشکیل دولت مدرن دایره استعمال حق دفاع مشروع تنگ تر شده و واجد شرایط خاص و محدود به اوضاع و احوال مشخصی گردیده است. به عبارت دیگر، از آنجا که شهروندان برای پرهیز از هرج و مرج و عواقب ناگوار انتقام خصوصی وظیفه تأمین امنیت جانی و مالی خود را بر عهده حاکمیت گذاشته‌اند، فقط در اوضاع و احوال خاصی و تحت شرایط مخصوصی فرد مجاز می‌شود که شخصاً و مستقیماً امنیت خود را تأمین کند.

در مورد مبنای مشروعیت این دفاع میان علمای حقوق اختلاف است. برخی مبنای مشروعیت دفاع را زوال عنصر روانی جرم از طریق اجبار می‌دانند. به عبارت دیگر، عدم مجازات مدافع به سبب شخصی است و نه عینی؛ یعنی جرم محقق شده اما مجرم در قبال آن به دلیل فقد عنصر روانی مسئول شناخته نمی‌شود. این نظر باطل است چرا که مدافع با اختیار و اراده کامل به دفاع اقدام می‌کند؛ به ویژه آنگاه که به دفاع از دیگری می‌پردازد اقدام عامدانه وی مشهودتر است. نظریه پذیرفته شده توسط قانون‌گذار افغان «استعمال حق طبیعی» است. این نظریه با این ایراد مواجه است که دفاع از دیگری استعمال حق نیست. نظریه دیگری دفاع مشروع را نه تنها عمل مذمومی نمی‌داند بلکه بر عکس معتقد است که کسی که بدان قیام می‌کند وظیفه اجتماعی خود را به بهترین شکل انجام داده است. با تدقیق در منابع اسلامی دفاع مشروع<sup>46</sup> و همچنین نسبتی که بحث دفاع مشروع در اسلام با فریضه امر به معروف و نهی از منکر دارد، به نظر می‌رسد که نظریه اخیر در فقه اسلامی تأییدات بیشتری داشته باشد. مبنای این حق را هر چه بدانیم، خصوصیت استثنایی و خلاف اصل دفاع مشروع کم و بیش مورد تأیید اغلب سیستمهای جزایی معاصر است و همگی آن را با رعایت شرایطی و تحت

<sup>46</sup> مثلاً قال الله تعالی «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم و اتقوا الله و اعلموا ان الله مع المتقين» (البقره، ۱۹۴) و روی ابو داود و الترمذی و صححه عن سعید بن زید قال: سمعت النبی صلی الله علیه و آله و سلم یقول «من قتل دون دینه فهو شهید و من قتل دون دمه فهو شهید و من قتل دون ماله فهو شهید و من قتل دون اهله فهو شهید».



چوکات خاصی پذیرفته‌اند.

با توجه به خصوصیت استثنایی و خلاف اصل دفاع مشروع طبیعی است که قانون‌گذار افغان نیز برای پرهیز از هر گونه سوء استفاده و هرج و مرج شرایط دقیق و صریحی را برای تحقق دفاع مشروع در نظر گرفته باشد. مواد پنجاه و نهم تا شصت و سوم قانون جزا به این شرایط پرداخته‌اند. برخی از این شرایط ناظر به خطرند؛ برخی ناظر به دفاع. در ادامه به تفکیک به این شرایط قانونی می‌پردازیم.

### الف) شرایط خطر

در صورتی می‌توان در برابر تعرض و خطر به دفاع خصوصی اقدام کرد که خطر دارای شرایط مصرح در قانون باشد:

- خطر فعلی یا قریب‌الوقوع باشد. فقره ۴ ماده شصتم همزمانی دفاع با حمله را شرط دانسته است و فقره ۱ این ماده آن را در برابر حمله و تعرض جایز دانسته است. بناً قصد تجاوز به جان، مال، ناموس و آزادی خود یا دیگری باید در حال به فعلیت درآمدن باشد. یعنی مدافع یقین حاصل کند که در لحظات آتی تجاوز یا حمله به وقوع خواهد پیوست. معیار این یقین هم یک معیار عینی است و نه ذهنی: یقین مدافع باید مستند به اسباب معقول، عینی و متعارف باشد. زیرا ماده پنجاه و نهم قانون جزا مقرر می‌دارد که حق دفاع مشروع زمانی به وجود می‌آید که مدافع از روی اسباب معقول و دلایل منطقی یقین حاصل کند خطر برای جان و مال و ناموس خود او یا دیگری وجود دارد. همچنین آنگاه که خطر حمله با اجرای حمله و یا به دلیل انصراف ارادی یا غیر ارادی متعرض و یا به هر دلیل دیگر خاتمه یافته باشد دیگر خطر «فعلیت» ندارد و حق دفاع مشروع زائل شده است. زیرا فقره ۲ ماده پنجاه و نهم می‌گوید حق دفاع مشروع تا دوام خطر وجود دارد.
- خطر را خود مدافع به وجود نیاورده باشد. اگر خود مدافع دیگری را تحریک به ارتکاب جرم کند و دیگری در اثر تحریک مدافع او را مورد تعرض قرار دهد، یا اینکه مدافع خودش کسی باشد که می‌خواسته علیه دیگری جرمی انجام دهد و دیگری در برابر او به دفاع مشروع متوسل شده در این صورت مُقَدِّم علیه خود محسوب می‌شود<sup>۴۷</sup> و امکان ندارد که از امتیاز دفاع مشروع استفاده کند. فقره ۶ ماده شصتم قانون جزا این

<sup>47</sup> من اقدام علی نفسه فهو علیه

شرط را مورد توجه قرار داده و مقرر داشته است که «دفاع کننده عمداً سبب ایجاد عمل جرمی طرف مقابل نشده باشد».

• شرط دیگر تعرض غیر قانونی بودن آن است. فقره ۵ ماده شصتم مقرر می‌دارد که دفاع در صورتی مشروع است که در برابر عمل خلاف قانون و غیر عادلانه صورت گرفته باشد. در چه حالتی عملی که شکل تجاوز دارد ماهیتاً قانونی یا عادلانه می‌شود؟ وقتی که قانون آن را اجازه داده باشد. پس دفاع در برابر عملی که شکلاً تجاوز است ولی ماهیتاً دفاع مشروع مشروعیت ندارد. چرا که دفاع اول قانونی و مشروع است؛ همین طور وقتی که عمل اول شکلاً تجاوز است ولی ماهیتاً ایفای وظیفه. همان طور که پیش‌تر در بحث حکم قانون و امر آمر قانونی گفته شد، مقامات صلاحیت‌دار در حدود صلاحیت قانونی خود بعضاً اقدام به اعمالی می‌کنند که «شکل» تعرض و رفتار جرمی دارند ولی ماهیتاً مباح و یا به عبارت بهتر صلاحیت و وظیفوی آنان است، مانند تطبیق مجازات بر مجرم یا توقیف و قیوی متهم.

مشروع بودن منشأ عمل مأموران سبب می‌شود که دفاع در برابر ایشان نامشروع باشد. ماده شصت و سوم قانون جزا دفاع در برابر موظفین سلطه عامه را مشروع نمی‌داند؛ حتی اگر صرف آنان از حدود صلاحیت قانونی خود تجاوز کنند. البته به موجب همین ماده در مواردی استثنائی حق دفاع در برابر موظف سلطه عامه مشروعیت می‌یابد؛ مشروط بر اینکه: اولاً، او از حدود صلاحیتش تجاوز کرده باشد؛ ثانیاً، خوف مرگ یا جراحات شدید ناشی از عمل وی وجود داشته باشد؛ ثالثاً، این خوف به دلایل معقول ثابت باشد. بنابراین، به موجب این ماده، نه تنها خوف معقول تعرض به مال مجوز دفاع در برابر موظف ذی‌صلاح نیست، بلکه ظاهراً خوف معقول به تعرض به ناموس و عرض نیز حق دفاع مشروع به وجود نمی‌آورد!<sup>۴۸</sup>

<sup>48</sup> البته این تنها ظاهر قضیه است. می‌توان چنین معتقد بود که گر چه قانون‌گذار فراموش کرده خوف تجاوز به ناموس را در این ماده بیاورد، اما باز هم دفاع در برابر خطر تجاوز جنسی موظف سلطه عامه نیز مشروع است. چرا که عملی که از نظر شکل تجاوز جنسی باشد اما در ماهیت به دلیل حکم قانون یا امر آمر قانونی مباح و مشروع، بر عکس اعمالی که در شکل قتل یا جراحت شدید هستند ولی در ماهیت به دلیل ایفای وظیفه مباح‌اند، هیچگاه در صلاحیت موظفین دولتی قرار نمی‌گیرند. عملی که شکلش منطبق بر جرم تجاوز جنسی باشد در هیچ حالتی به دلیل ایفای وظیفه ماهیتش مشروع نمی‌شود. پس چون این تعرض همواره غیر مشروع و غیر قانونی است و حالت قانونی در هیچ فرضی برای آن متصور نیست (بر عکس قتل یا جراحت شدید که در برخی موارد مانند تطبیق مجازات مباح و قانونی‌اند) دفاع در برابر آن مشروع

## ب) شرایط دفاع

نفس عمل دفاع نیز برای آنکه مشروع باشد باید شرایطی داشته باشد:

- باید دفاع تنها وسیله دفع تعرض باشد و هیچ چاره‌ای به جز دفاع وجود نداشته باشد. اگر بتوان خطر را به نحو دیگری بدون توسل به اشکال مجرمانه دفع کرد، دفاع مشروعیت ندارد. پس اگر مدافع به دلیل برتریهای روحی، تجربی یا جسمی خود می‌تواند صحنه جرم را مدیریت و خطر را خنثی کند، اجازه توسل به زور در مقام دفاع مشروع ندارد. فقره ۳ ماده شصتم این شرط ضروری بودن دفاع را مورد توجه قرار داده است. همچنین به موجب ماده شصت و دوم اگر بتوان با توسل به موظفین خدمات عامه خطر را دفع کرد حق دفاع مشروع به وجود نمی‌آید. بنائاً همواره صورتهای آسان‌تر و مسالمت‌آمیزتر دفع خطر تقدم دارند (الأسهل فالأسهل).
  - پرسش این است که آیا صورتهای مسالمت‌آمیز مقدم شامل «فرار» نیز می‌شود؟ اگر فردی بتواند با فرار خود از خطر بگریزد آیا نوبت به دفاع مشروع می‌رسد؟ در صورت عدم توانایی جسمی برای مبارزه فرار شرط عقل است. اما با فرض اینکه وی توان ایستادگی را دارد نه تنها قانون‌گذار وی را مکلف به فرار نکرده، بلکه به وی «حق» داده که در برابر متجاوز ایستادگی کند، بدون آنکه مسئولیتی متوجه او باشد.
  - دفاع باید با خطر و تجاوز تناسب داشته باشد. نمی‌توان خطری را که نتیجه‌اش چیزی بیش از یک جراحت خفیف نیست با قتل متجاوز دفع کرد. در این حالت تناسبی میان جراحت خفیف و قتل وجود ندارد. فقره ۲ ماده شصتم مقرر می‌دارد که «دفاع متناسب با خطر باشد». بنائاً، اگر دفاع ضروری بود باید به قدر رفع ضرورت اکتفا شود (الضرورات تنقذر بقدرها) و عمل ارتكابی بیش از حد لازم نباشد.
- بحث تناسب خطر و دفاع بسیار سخت و مشکل‌ساز است و باید شرایط خاص هر قضیه را مورد توجه قرار داد. البته این بدان معنا نیست که قانون‌گذار از فردی که در معرض خطر قرار گرفته توقع محاسبات تخنیکی دقیق در میزان خطر و میزان لازم دفاع برای دفع خطر داشته باشد و شرایط هیجانی و فشار زمانی را در نظر نگیرد. صرف اینکه وسیله دفاع به

---

است. به عبارت دیگر، خطر قتل یا جراحت شدید به سبب ایفای وظیفه تنها وقتی مجوز دفاع مشروع است که تجاوز از صلاحیت قانونی باشد، اما آیا امکان دارد که به سبب ایفای وظیفه خطر تجاوز جنسی به وجود آید تا بعد از آن نوبت به بحث تجاوز از حدود قانونی تجاوز جنسی برسد؟!!!

نوعی انتخاب گردد که متجاوز را از ادامهٔ تعرض باز دارد، بدون اینکه لزوماً دفاع با خطر «متماثل» باشد، دفاعی «متناسب» صورت گرفته است. مشروط بر اینکه زیاده روی نشده باشد. حتی اگر میان صدمات دفاع و صدمات خطر نابرابری باشد به این معنی نیست که دفاع نامتناسب بوده. باید خطر جراحت شدید دفع شود حال اگر دفاع به قتل انجامید نمی توان گفت دفاع نامتناسب بوده است.

خود قانون گذار در مادهٔ شصت و یکم قتل عمد را در مورد برخی از خطرهای جایز دانسته و یا به عبارتی دیگر تناسب را میان قتل و برخی خطرهای مفروض دانسته است. از نظر او خطرهایی که لزوماً مستوجب مرگ نیستند با دفاع قتل متناسب فرض شده است. این خطرهای عبارت اند از جراحت شدید، زنا، لواط، اختطاف، حریق عمدی، سرقت جنایی و دخول غیر مجاز از طرف شب به منزل مسکون و ملحقات منزل مسکون.

#### پ) مسئولیت

در صورتی که شرایط دفاع، از جمله ضرورت دفاع و متناسب بودن دفاع با حمله، رعایت شود، دفاع مشروع است. عملی که مشروع و قانونی است نمی تواند مستوجب مسئولیت جزایی گردد؛ مجازات تنها پیامد اعمال جرمی و نامشروع است. البته اگر مدافع با حسن نیت از حدود قانونی دفاع تعدی کند جرم تحقق یافته است اما مشمول احوال مخففه می گردد. این تخفیف از آن جهت است که تحریک مجنی علیه (متجاوز اولی) موجب جرم گشته است. مادهٔ شصت و چهارم قانون جزا در این باره مقرر می دارد که

«محکمه می تواند در مورد شخصی که با حسن نیت از حدود حق دفاع مشروع تجاوز نموده جزای عمل او را اگر جنایت باشد به جنحه و اگر جنحه باشد با جزای قباحت تنزیل دهد.»

دربارهٔ مسئولیت مدنی خسارات جانی و مالی ای که مدافع با دفاع خود در برابر عمل جرمی ایجاد می کند باید گفت که چنانچه حدود قانونی دفاع رعایت شده باشد، عمل مشروع مدافع نمی تواند منشأ ضمان گردد. در حقیقت، سبب خسارات مدافع نیست بلکه خود مهاجم است که موجب ورود خسارات به خود یا دیگری شده است. پس تا آنجا که خسارات به خود وی وارد شده باشد وی مُقدم علیه خود است و خون یا مالش هدر است و تا آنجا که خسارات به شخص ثالثی وارد شده باشد، مدافع پس از پرداخت غرامت حق رجوع به مسبب (مهاجم) را خواهد داشت.

## گفتار سوم: رضایت مجنی علیه

### مواد مرتبط

#### ماده پنجاه و سوم قانون جزا

ارتکاب عمل جرمی با حسن نیت به منظور استعمال حقی که به مقتضای شریعت یا به موجب قانون به شخص اعطاء شده جرم پنداشته نمی شود.

#### ماده پنجاه و چهارم قانون جزا

ارتکاب عمل جرمی در حالات آتی استعمال حق<sup>۴۹</sup> شمرده می شود:

۱. ...

۲. در حالت اجرای عملیات جراحی و سایر معالجات طبی، مشروط بر اینکه مطابق اصول

فنی حرفه طب به رضایت مریض یا ولی و یا نماینده قانونی وی صورت گرفته باشد.

اجرای عملیات جراحی در حالات عاجل از این حکم مستثناست.

۳. در حالت اجرای بازیهای سپورتی، مشروط بر اینکه در حدود قواعد و اصول قبول شده

سپورتی صورت گرفته باشد.

۴. ....

---

<sup>49</sup> همان طور که در پانوش شماره ۴۷ گفته شد، حالات اباحه مذکور در این ماده را به سختی می توان استعمال حقی دانست که شریعت یا قانون برای افراد قائل شده است. طیب چه حقی بر اعضا و جوارح انسان دارد آنگاه که به تداوی مشغول است؟ یا اینکه شخصی که بوکس بازی می کند چه حقی بر بوکس زدن بر حریف خود دارد؟ مگر نه این است که در این موارد خود شخص بیمار و حریف به این اعمال رضایت داده اند، برای منفعت صحی بالاتری که برایشان متصور بوده است؟

## تبصره

پیش از آنکه این دو فقره ماده پنجاه و چهارم را به تفصیل تشریح نمایم، در ابتدا باید به جایگاه رضایت مجنی علیه در حقوق جزا پردازیم. اصولاً در حقوق جزا رضایت مجنی علیه آنچنان جایگاهی ندارد. مجازات حافظ ارزشهای عمومی جامعه است و نه منافع شخصی افراد که اگر از منافع خود گذشت کنند مجازات نیز ساقط شود. از آنجا که متضرر از جرم جامعه است، رضایت مجنی علیه نمی تواند موجب مشروعیت جرم شود. اراده مجنی علیه نمی تواند قواعد آمره ای را که پاسدار نظم عمومی و ارزشهای جامعه است نقض کند.

البته اساساً رضایت مجنی علیه در مورد جرایمی می تواند مطرح باشد که ماهیتاً با وجود رضایت مجنی علیه قابل تحقق باشند و به بیانی دیگر نوعی اجبار، اکراه، فریب یا مخفی کاری نسبت به مجنی علیه از مقومات ذاتی آن جرایم نباشد. چرا که در این حالتها رضایت فرد موضوع عمل به معنای آن است که اساساً جرمی به وجود نیامده تا بحث موجه بودن یا نبودن آن مطرح شود. بناً، در مورد جرایمی مانند اختطاف و سرقت که عناصر اجبار، عنف و حیل از مقومات ذاتی جرم اند، هر گاه فرد موضوع عمل رضایت داشته باشد، اساساً جرمی تحقق نیافته است بلکه نتیجه در مورد اختطاف نقل و انتقال عادی انسان و در مورد سرقت نقل و انتقال عادی اموال است.

بناً، رضایت مجنی علیه عامل موجهه قتل عمد نیست. و یا درخواست زن مجوز سقط جنین نمی شود. آنگاه که انسان حق کشتن خود را ندارد چگونه می تواند آن را از دیگری بخواهد؟ بحث «مرگ شیرین» یا «اوتونازیا» در مورد بیماران لاعلاجی که زندگی فلاکت باری را در زیر دستگاههای پیچیده شفاخانه یا رختون دارند موضوع مشاجره در کشورهای غربی است. بسیاری از این کشورها مداخله پزشکی با گُل کردن (خاموش کردن) یکی از این دستگاهها یا قطع کردن لوله تنفس مصنوعی را قتل عمد می دانند. بر اساس تعالیم اسلام، حیات و اعضا و جوارح انسان امانتی است که خداوند متعال به هر شخص سپرده است. اشخاص اجازه تصرف غیر مجاز در حیات و بدن خود ندارند. در این تفکر انسان مالک حیات یا بدن خود نیست که آن را موضوع توافق با مجرم قرار دهد.

همان طور که بارها در این فصل اشاره کردیم در مواردی بنا به مصالحی «قانون» عملی را که در صورت و شکل مجرمانه است مباح می کند. در مورد مصلحت رضایت مجنی علیه نیز همین گونه است و استثنائاً در مواردی (فقط دو مورد) همین «قانون» رضایت مجنی علیه را

موجب اباحه عمل دانسته است. بناً منبع اباحت هنوز نیز در سیستم جزایی افغانستان «قانون» باقی مانده است و رضایت مجنی علیه به طور مستقل موجب مشروعیت هیچ عمل جرمی نمی شود.

### الف) عملیات جراحی و سایر معالجات طبی

در این باره فقره ۲ ماده پنجاه و چهارم قانون جزا شرایطی را مقرر داشته که با وجود آن شرایط تصرفات طبیب در تمامیت جسمانی مریض مشروع است: «... مشروط بر اینکه مطابق اصول فنی حرفه طب به رضایت مریض یا ولی و یا نماینده قانونی وی صورت گرفته باشد. اجرای عملیات جراحی در حالات عاجل از این حکم مستثناست.» بناً، برای مشروعیت عمل دو شرط لازم است که ذیلاً به آن خواهیم پرداخت.

#### ۱. مطابقت با اصول فنی حرفه طب

هر کسی مجاز به اشتغال به حرفه طبابت نیست. طبیب باید واجد یک سری شرایط و شایستگیهای مصرح در قانون باشد. همچنین، طبیب باید در حدود تخصص خود معالجه و جراحی کرده باشد. دیگر اینکه او تمامی مقررات و موازین علمی و فنی رشته خود را رعایت کرده باشد و در هنگام تداوی، مرتکب هیچگونه بی احتیاطی یا بی مبالاتی نگشته باشد. بناً، اگر شخصی صلاحیت طبابت نداشته باشد یا اینکه طبیب باشد ولی در مورد قضیه ای خارج از رشته تخصصی خود دخالت کند یا اینکه موازین فنی را رعایت نکرده و مرتکب بی احتیاطی شود، در این صورتها حتی اگر مریض هم راضی باشد، عملش وصف جرمی می گیرد و وی مسئول تلقی می شود؛ همچنانکه از لحاظ خسارات نیز مسئولیت مدنی دارد.

#### ۲. رضایت مریض

به استناد قانون جزا مشروعیت عمل جرمی منوط به اعلام رضایت مریض و در صورت فقدان اهلیت قانونی با ولی یا نمایندگان قانونی وی است. تداوی مریضی مستلزم دخل و تصرف در تمامیت جسمانی مریض است. بناً طبیب باید اجازه چنین تصرفی داشته باشد. برخی معتقدند که با مراجعه مریض به طبیب برای معالجه نوعی قرارداد ضمنی میان آن دو منعقد می شود که به موجب آن طبیب متعهد می شود که تمام تلاش خود را برای تشخیص و تداوی مریض به خرج دهد و مریض نیز متعهد می شود که اوامر طبیب را رعایت و اجرت طبیب را بپردازد. این قرارداد تا وقتی که یکی از دو طرفین آن را فسخ کنند یا اینکه مریضی به طور کامل

تداوی شود معتبر است. بناً در این قرارداد فرضی همانند تمامی قراردادها باید تمامی جوانب حقوقی از جمله رضایت طرفین ملحوظ شود. به این دلیل است که قانون جزاً صراحتاً رضایت مریض را در عملیات جراحی و سایر معالجات طبی شرط دانسته است.

### تکمله: حالات عاجل

قانون‌گذار در ذیل فقره مذکور مقرر داشته که «اجرای عملیات جراحی در حالات عاجل از این حکم مستثناست.» این که حالات عاجل و اورژانس چه حالاتی هستند و چه مشخصاتی دارند خارج از بحث حقوق جزاست و در طب از آن بحث می‌شود. بناً، در مورد اینکه حالتی اورژانس بوده یا نه قاضی از نظر طب عدلی استفاده خواهد کرد. اما جدای از این ذکر دو نکته در باره این مقرر قانون ضروری به نظر می‌رسد.

اولاً، به موجب این مقرر تنها عملیات جراحی، و نه سایر معالجات طبی استثناء شده است؛ مقرر ای که خالی از ایراد به نظر نمی‌رسد چرا که اقدامات فوری در موارد اورژانس در طب همیشه منحصر به جراحی نیست. دوم اینکه عائد ضمیر در «... از این حکم مستثناست» مشخص نیست. از کدام حکم؟ از کل حکمی که در جمله قبل آمد؟ یا فقط از حکم انطباق با اصول فنی حرفه طب؟ و یا فقط از حکم رضایت مریض؟

به نظر می‌رسد که منطقی‌ترین تفسیر این است که «این حکم» را به نزدیک‌ترین عائد برگردانیم و آن را فقط به رضایت بیمار راجع بدانیم و نه به مطابقت با اصول فنی حرفه طبابت. چرا که منطقی است که منفعت حفظ صحت و حیات سبب شود که در حالت اضطرار فقط اخذ رضایت مریض ضروری نباشد، اما سبب نشود که طیب از اصول فنی و مسلکی خود تخطی کند. در حالات اضطراری، اصول فنی خاص آن حالات موجود و لازم‌الرعایه است.

### ب) بازیهای سپورتی

بازیهای سپورتی به جهت خصوصیت فرح‌بخشی و شاداب‌کنندگیشان، ایجاد صحت و توازن روحی و جسمی و خصوصیت جذاب رقابتی و ستیزه‌جویانه‌اش جایگاه بسیار مهمی در تفریحات و سرگرمی مردم یافته است؛ به طوری که یکی از عناصر ثابت کولتور ملل شده است. با این حال، خصوصیت پرتحرکی و برتری‌جویی در این بازیها احتمال وقوع حوادث را برای اشتراک‌کنندگان آن محتمل می‌سازد؛ این احتمال در برخی از بازیهای سپورتی بسیار بالاتر است مثل کاراته یا بوکسینگ. با این حال، منافی این سپورتها برای



اشتراک کنندگان و تماشاکنندگان و علاقمندان دارد، سبب شده که جامعه این حوادث را به چشم جرم نبیند و برای مثال وقتی که در نبرد کیک بوکسینگ دو طرف به لت و کوب و ایراد جراحت و صدمه به هم مشغول‌اند، قضاوت افراد جامعه این نباشد که نظاره‌گر یک صحنه مجرمانه ایراد جراحت شدید جسمی توسط دو جانی‌اند. به علاوه، اشتراک کنندگان در چنین بازیهای سپورتی از پیش به خطرات و حوادثی که ممکن است در جریان بازی رخ دهد وقوف کامل دارند و حتی خود را برای رویارویی محکم و دفع بیشتر آن خطرات آماده کرده‌اند. آنان به رغم این علم و اطلاع قبلی اقدام به اشتراک در این بازیهای می‌کنند.

به این ترتیب است که قانون نیز حوادث سپورتی را مباح و مشروع دانسته و وصف مجرمانه آن را زائل کرده است. در این که دلیل این اباحه قانونی نگاه خاص عرف و جامعه به این فعالیتها است یا رضایت مجنی علیه اختلاف است ولی قانون جزا این حالت را یکی از موارد «استعمال حق» دانسته است!!

فقرة ۳ ماده پنجاه و چهارم قانون جزا مقرر می‌دارد که

«ارتکاب عمل جرمی در حالات آتی استعمال حق شمرده می‌شود: ۳۰۰۰. در حالت اجرای بازیهای سپورتی، مشروط بر اینکه در حدود قواعد و اصول قبول شده سپورتی صورت گرفته باشد.»

شرطی را که قانون مقرر داشته رعایت حدود قواعد و اصول مقبول آن بازی سپورتی است. به طور کلی، می‌توان از این فقرة قانون و شرط مندرج در آن موارد زیر را استنباط کرد.

- سپورتهایی که به طریقی غیر قانونی اعلام شده‌اند، موجب اباحت نمی‌شوند.
- سپورتهایی که رسماً قوانین و مقررات آن مکتوب شده و با نظارت سازمان یا فدراسیون رسمی آن و تحت نظارت مسئولان، ناظران، اطباء، مربیان و داوران مربوط و با رعایت مقررات ایمنی و تخنیکی مربوط انجام می‌شوند مورد نظر این فقرة می‌باشند. چرا که در غیر این صورت شرط رعایت «حدود قواعد و اصول مقبول» مذکور در این فقرة بی‌معنا خواهد بود. باید قواعد و اصول مقبول به صورت مدون موجود باشند تا رعایت آنان معنا داشته باشد. بناً، بازیهایی که در محله‌ها به طور غیر رسمی و بدون نظارت تخنیکی و ایمنی مسئولان مربوط انجام می‌شود مشمول این فقرة نمی‌شوند.
- صدمه باید در حالت اجرای آن سپورت رخ دهد. بناً، حوادثی که پیش از بازی یا پس از اتمام آن واقع می‌شوند مشمول این فقرة نیستند.

- این فقره مشمول صدمات بازی کنندگان می شود. بناً، حوادثی که در خلال بازی ممکن است برای تماشاگران و سایر اشتراک کنندگان رخ دهد موضوع این فقره نمی باشد.
- از عموم این فقره چنین بر می آید که آنچه مورد نظر قانون گذار است هم حوادث منجر به جراحت، شکستگی یا فوت است که برای بازی کنندگان به طور تصادفی در جریان بازی رخ می دهد و هم حرکات و اعمال معمولی خود آن بازی.
- اگر حرکات و اعمالی که در آن سپورت فول و خطا هستند موجب صدمه شوند، مسئولیت جرمی به علت تعدی از حدود قوانین آن سپورت برقرار خواهد بود. مانند وقتی که در جریان سپورت کشتی یکی از طرفین ضربه ای با مشت خود به صورت طرف مقابل وارد می کند.

## گفتار چهارم: بحث دربارهٔ اضطرار

### مواد مرتبط

#### مادهٔ نود و پنجم قانون جزا

شخصی که به منظور نجات نفس یا مال خود و یا نفس یا مال غیر به خطر بزرگ و آنی مواجه گردد، به نحوی که بدون ارتکاب عمل جرمی قادر به دفع آن نباشد، مسئول شناخته نمی‌شود. مشروط بر اینکه شخص عمداً سبب خطر مذکور نگردیده و ضرر مورد اجتناب شدیدتر از ضرری باشد که از جرم نشأت می‌کند.

## تبصره

اضطرار در حقوق جزا وضعیتی است که فرد برای حفظ جان یا مال خود یا دیگری ناگزیر می‌شود که مرتکب جرمی شود. در حقیقت، فرد بر سر یک دوراهی قرار می‌گیرد. او باید میان دو شرّ یکی را برگزیند که ضرر کمتری دارد؛ یا باید خطر بزرگ جانی یا مالی را پذیرا شود یا اینکه به عملی مبادرت نماید که متّصف به وصف جزایی است.<sup>50</sup>

در چنین موقعیتی، اگر عمل جرمی برگزیده شود، مسئولیت جزایی برای مضطر وجود نخواهد داشت؛ مثلاً برای غریق که برای نجات جان خود دیگری را از روی تخته چوب به زیر آب کشد تا خود بر آن نشیند یا مادری که برای نجات فرزند گرسنه خود از مرگ نان خشک سرق کند؛ یا برای مالکی که برای حفظ ملک خود از خطر سیل دیوار خانه دیگری را خراب می‌کند تا مسیر سیل را به سمت خانه او منحرف کند.

قانون‌گذار به شرط وجود شرایطی ارتکاب عمل جرمی اضطراری را مجازات نمی‌کند. بررسی شرایط تحقق اضطرار و آثار آن موضوع این گفتار است اما پیش از آن به طور اختصار مبنای اضطرار را مورد توجه قرار می‌دهیم.

### الف) مبنای اضطرار

در گذشته نظر غالب این بود که شخص مضطر مرتکب جرم شده است ولی به این دلیل که در حالت اضطرار فاقد اراده جرمی است مجازات نمی‌شود. به عبارت دیگر، اضطرار را از زمره عوامل شخصی مانع مسئولیت جزایی می‌دانستند (مثل اکراه، جنون و صغر). قانون مجازات افغانستان نیز همین نظر قدیم را تطبیق کرده است. بدین گونه که وی در فصل «مسئولیت جزایی و موانع آن» در قسمت «موانع مسئولیت جزایی» موانع را به دو بخش تقسیم کرده است: عوارض ادراک (جنون، سکر و سن) و فقدان اراده (اکراه و اضطرار). بدین ترتیب، مشخص می‌شود که قانون‌گذار افغان اعتقاد داشته که اضطرار از موانع مسئولیت به سبب فقدان اراده است.

این نظر اشتباه است. امروزه تقریباً دانشمندان متفق‌اند که مبنای اضطرار مشروعیت قانونی

<sup>50</sup> آیه ۱۷۳ سوره بقره مضمونی هماهنگ با این سبب اباحت در حقوق جزایی دارد: «أما حرمّ علیکم المیتة و الدّم و لحم الخنزیر و ما أهلّ به لغير الله فمن اضطرّ غیر باغ و لا عادٍ فلا اثمّ علیه انّ الله غفورٌ رحیم.» همچنین عبارت رایج در زبان فقها «الضرورات تُبیحُ المحظورات».

جرم ضروری است. جواز قانون گذار است که موجب اباحه عملی گشته که مرتکب آن را بر متضرر شدن از خطر شدید ترجیح داده است. در حقیقت، اگر موقعیتهای قانونی اضطرار را به چهار دسته زیر تقسیم کنیم:

- وقتی که برای نجات جان خود اقدام به ارتکاب عمل جرمی می کند؛
- وقتی که برای نجات جان دیگری اقدام به ارتکاب عمل جرمی می کند؛
- وقتی که برای نجات مال خود اقدام به ارتکاب عمل جرمی می کند؛
- وقتی که برای نجات مال دیگری اقدام به ارتکاب عمل جرمی می کند.

حداقل در سه دسته اخیر می توان با اطمینان گفت که وی در کمال اختیار و از روی عمد و اراده و با اطلاع کامل و با سنجش جوانب امر مرتکب عمل جرمی می شود. بناً، نظریه ای که اضطرار را مانع مسئولیت به جهت فقدان ادراک می داند تنها با برخی از موارد وخیم حالت اول از چهار حالت فوق سازگار است.

هم اکنون، اضطرار از اسباب اباحت یا عوامل موجهه جرم (نه از موانع شخصی مسئولیت جزایی) در تمامی نظامهای حقوقی مهم دنیاست. قانون گذاران از این روی عمل اضطراری را مباح می دانند که مجازات کردن مضطر بیهوده بوده و هیچ یک از اهداف جزا را تأمین نمی کند. اگر بگوییم هدف از جزا جلوگیری از تکرار جرم توسط مجرم و بازداشتن دیگران از ارتکاب عمل مشابه باشد، در این صورت، از آنجا که مرتکب بالفعل و همچنین مرتکبان بالقوه چنین عملی تصادفاً در آن موقعیت اضطراری قرار می گیرند و نه بر اساس سبق تصمیم و اختیار خود، این هدف برآورده نخواهد شد.

اگر هدف مجازات را اصلاح مجرم نیز بدانیم از آنجا که وی آدم خطرناکی نیست این هدف هم مورد پیدا نمی کند. علاوه بر این، از آنجا که تناسب میان خطر و جرم اضطراری شرط است، نمی توان ارزش اجتماعی نقض شده را بر ارزش اجتماعی حفظ شده ترجیح داد و برای آن ضمانت اجرای جزایی مقرر داشت.

قبلاً گفتیم که در عوامل عینی عدم مسئولیت جرم اصولاً تحقق نمی یابد و عمل مباح است ولی در عوامل شخصی جرم موجود است ولی بنا به مصالحی فرد را مسئول نمی دانیم. همچنین همواره در عوامل شخصی مسئولیت مدنی و جبران خسارت موجود است، برای مباشر یا برای سبب اقوی از مباشر، اما در عوامل عینی همواره چنین نیست. بناً اینکه اضطرار از عوامل موجهه باشد یا از موانع مسئولیت واجد اثرات عملی است. جای دارد که قانون گذار نسبت به اصلاح اقدام کرده و اضطرار را از عوامل شخصی حذف و در عوامل عینی ذیل

فصل اسباب اباحت بیفزاید.

### ب) شروط اضطرار

همان طور که پیش تر گفته شد، اسباب اباحه قاعده کلی نیستند و تنها ناظر به اوضاع و احوال خاصی اند که قانون گذار آن اوضاع و احوال را تعیین و شروط آن را مقرر داشته است. برای اینکه ماهیت جرمی عمل اضطراری برداشته شود باید شروط مقرر در قانون موجود باشند. در غیر این صورت، عمل مجرمانه خواهد بود و مسئولیت جرمی متوجه مرتکب آن خواهد شد.

- در خطر بودن نفس یا مال خود یا نفس یا مال دیگری. از آنجا که اسباب اباحه خصوصیت استثنایی دارند لذا باید به قدر متیقن اکتفا کرد و از تعمیم بی جهت آنها خودداری کرد. قانون گذار عمل اضطراری را فقط در موردی جایز دانسته که دو منفعت نفس یا مال به خطر بیفتند. بناً، اگر خطر متوجه منافع و حقوق دیگر گردد، مانند حق آزادی، عمل اضطراری جرم خواهد بود. از سوی دیگر، همانگونه که عمل اضطراری برای نجات نفس یا مال خود جایز است برای نجات نفس یا مال دیگری نیز جواز دارد.
- مواجهه با خطر بزرگ و آنی. از دیگر شرایط قانونی اضطرار این است که حقوق جانی یا مالی انسان توسط خطری بزرگ و آنی تهدید شود. بنابراین، خطرهای خفیف و جزئی خارج از بحث می باشند. همچنین خطر باید آنی باشد و خطرهای مؤجل و محتمل الوقوع نیز نمی توانند موجب اباحه عمل شوند.

اگر این دو شرط موجود باشند دیگر مهم نیست که خطر و منشأ آن چه نوع ماهیتی دارند. قانون در این مورد فقط معیار داده و مصادیق آن را با توجه به این معیارها قاضی مشخص خواهد کرد. خطرهایی مانند زلزله، سیل، طوفان، بمبارانهای هوایی، غرق در دریا، سقوط طیاره، مریضیهای کشنده، حریق و ...، به شرط آنی و بالفعل بودن، از جمله خطرهای شدیدی اند که به استناد آن می توان مرتکب عمل اضطراری جرمی گشت.

- ضرورت ارتکاب عمل جرمی. ارتکاب عمل به دلیل مواجهه با خطرهای بزرگ و آنی در صورتی مجاز است که ضرورت داشته و راه گریز از خطر منحصر در ارتکاب عمل اضطراری باشد. بناً، اگر بتوان از طرق دیگری غیر از ارتکاب عمل جرمی خطر را رفع کرد، موردی برای ارتکاب جرم نیست. مثلاً در هنگام وقوع سیل اگر بتوان از صحنه گریخت نمی توان امارت دیگری را خراب کرد که سیل منحرف گردد.

- عدم سببیت عمدی مرتکب در ایجاد خطر. بر اساس شرط دیگر مذکور در ماده نود و پنجم قانون جزا در صورتی معافیت قانونی ناشی از اضطرار برقرار می گردد که مرتکب

عمداً خطر را ایجاد نکرده باشد. در این باره، می توان قضیه را به دو شکل مختلف تصور کرد. به عبارت دیگر، باید میان حالاتی که هدف از ایجاد خطر ارتکاب فعل اضطراری است با حالاتی که هدف از ایجاد خطر نفس خطر است تفاوت قائل شد.

این تفکیک را در قالب دو مثال زیر بهتر می توان تشریح کرد. شخصی که کینه دیرینه ای از همسایه خود دارد برای ایراد ضرر به وی خانه خود را آتش می زند تا موقعیت اضطراری برای جان خود به وجود آورد و برای نجات خود بتواند آتش را به خانه دشمن خود هدایت کند. حالت دیگر این است که شخص برای اینکه شرکت بیمه را فریب دهد خانه خود را آتش می زند اما در اثر اشتباه در محاسبه خطر فراتر رفته و جانش نیز در خطر بزرگ و آنی قرار می گیرد و ناگزیر به هدایت آتش به سمت خانه همسایه می گردد.

در هر دو حالت ایجاد خطر عمدی بوده اما در حالت اول هدف نفس عمل اضطراری (حریق منزل همسایه) است و در حالت دوم خودِ خطر (حریق خانه خود). حال پرسش این است که حکم هر کدام از این حالات از دیدگاه قانون افغانستان چیست؟ قانون در این باره عام است و هر دو حالت را در بر می گیرد و رویه قضایی ستره محکمه نیز در این باره یا غیر موجود است و یا در وضعیت کنونی در دسترس نیست. به نظر می رسد عادلانه باشد که امکان توسل به دفاع اضطرار منحصر به حالت اول نباشد و حالت دوم را نیز شامل شود اما با این تفصیل که در حالت دوم برای ارتکاب جرم اول مجازات شود ولی در مواجهه با خطر جانی ناشی از جرم اول به دفاع اضطرار توسل جسته و با ارتکاب عمل ضروری جان خود را نجات دهد.

آنچه گفته شد، به تصریح قانون، راجع به وضعیتی است که خطر را مرتکب «عمداً» ایجاد می کند. و الا آنگاه که مرتکب به طور غیر عمد و در اثر بی احتیاطی و بی مبالاتی خطر را ایجاد می کند، شکی نیست که معافیت قانونی اضطرار برای مرتکب همچنان برقرار خواهد بود.

- شدیدتر بودن ضرر مورد اجتناب از ضرر ناشی از جرم. به تصریح قانون، ضرر ناشی از خطر باید «بیش تر»، و نه حتی برابر و متناسب با، ضرر ناشی از عمل جرمی باشد. بنائاً، فرد نمی تواند برای نجات امارت قدیمی و مستهلک خود از خطر سیل منزل قیمتی و نو همسایه خود را ویران کند. اگر به خاطر داشته باشیم معیاری را که قانون گذار برای دفاع مشروع تطبیق کرده بود «تناسب» میان دفاع و تجاوز بود. اضطرار نیز از آن جهت که در آن شخص برای دفع خطر جانی یا مالی از خود یا دیگری مرتکب عملی که صورت

جرمی دارد می‌گردد، با دفاع مشروع قابل مقایسه است. پس سبب این اختلاف در معیار چیست و برای چی قانون‌گذار در مورد اضطرار معیار «شدیدتر بودن خطر از عمل اضطراری» را برگزیده ولی در دفاع مشروع «تناسب میان خطر و دفاع» را؟ در حالت اضطرار معمولاً نه فردی که مضطر است و نه شخص دیگری که از عمل اضطراری متضرر می‌شود، هیچکدام تقصیری مرتکب نشده‌اند و هر دو به عنوان شهروندان عادی در وضعیتی برابر قرار دارند. قانون نیز که بی‌طرفانه در مقام حفظ و صیانت از حقوق شهروندان است، هیچ دلیلی بر ترجیح حقوق یکی بر دیگری در حالت یکسان بودن ضرر نمی‌بیند. بناً اگر قرار است در نتیجه فلان خطر طبیعی شهروند «الف» هزار افغانی متضرر شود در فرضی که دفع خطر شهروند الف به خسارتی بالغ بر همان هزار افغانی برای شهروند «ب» می‌شود، دلیلی نمی‌بیند که حق «الف» را بر «ب» که بدون هیچ خبط و خطایی و بر حسب اتفاق در مسیر «الف» قرار گرفته، ترجیح دهد. چرا که در غیر این صورت در ذهنیت آبجکتیو و بی‌طرفانه قانون این عمل «ترجیح بلا مرجح» خواهد بود.<sup>51</sup>

اما در دفاع مشروع وضعیت به گونه دیگری است. یک طرف معادله شهروندی است که از حدود قانونی خود تعدی کرده و به حقوق دیگری تجاوز نموده است. این سبب می‌شود که دو طرف معادله از موقعیت یکسان در نظر قانون‌گذار برخوردار نباشند و بناً کافی بدانند که دفاع با «خطر» متناسب باشد و حتی دفاع شدیدتر را هم بپذیرد (مثل مواردی که قانوناً خطر حریق عمدی، تجاوز جنسی و سرقت جنایی با دفاع قتل متناسب فرض شده). در حالی که در اضطرار معادله بر عکس است و خطر نه تنها نسبت به دفاع کمتر یا متناسب نیست، بلکه باید قانوناً شدیدتر باشد.

### پ) مسئولیت

یکی از دیگر تفاوت‌های مهم میان اضطرار و دفاع مشروع بحث مسئولیت می‌باشد. از نظر مسئولیت جزایی در هر دو حالت مرتکبان از تعقیب و مجازات معاف‌اند. النهایه اینکه می‌توان در حالتی که مضطر از حدود اضطرار تجاوز کرده، مثلاً خطر خفیف‌تر از عمل ضروری بوده

<sup>51</sup> از همین روی است که بر اساس رأی فقهای اسلامی نمی‌توان برای نجات جان خود جان دیگری را سلب کرد. این را ترجیح بلا مرجح دانسته‌اند. چرا که هر دو جان عزیز و هر دو نفس محقون‌اند و دلیلی نیست که یکی فدای دیگری شود.



یا اینکه به میزان دفع خطر بسنده نکرده، در صورتی که حسن نیت وی محرز باشد با استناد به مواد یکصد و چهل و پنجم و یکصد و چهل و ششم قانون جزا وی را مشمول تخفیف مجازات نمود؛ همان طور که ماده شصت و چهارم برای دفاع مشروع چنین امکانی را پیش‌بینی کرده بود.

اما مسئولیت مدنی هر دو یکی نیست. برخلاف دفاع مشروع که در آن شخص مسئول جبران خساراتی نیست که در مقام دفاع از خود در برابر حمله و تجاوز دیگری به وی وارد کرده، در حالت اضطرار عموم حقوق دانان موافق جبران خسارات مدنی‌اند. در این حالت اصولاً متضرر اقدامی در جهت ایجاد خطر نکرده بود تا شایسته محروم شدن از حقوق خود شود. آنگاه که فرد برای نجات جان یا مال خود یا دیگری به ناچار ضرری به غیر وارد می‌کند جبران خسارت به عهده همان کسی است که از این طریق جان یا مال خود یا دیگری را حفظ کرده است (من له الغنم فعلیه الغرم).

## مباحثه

- به نظر شما اطاعت از چه قوانینی مبنای مشروعیت و اباحه فعل اند؟ نظر شما در مورد آیین نامه‌ها چیست؟ آیا عمل به آیین نامه می تواند وصف مجرمانه فعلی را که قانون جرم دانسته زائل کند؟
- به نظر شما حقوق افغانستان کدام نظریه را در باب مواجهه مأمور با امر غیر قانونی آمر قانونی (نظریه اطاعت محض، نظریه مسئولیت مأمور، نظریه عمل به ظاهر) پذیرفته است یا باید بپذیرد؟
- به نظر شما مبنای دفاع مشروع چیست؟
- اگر در دفاع مشروع مدافع سلاح را از دست متجاوز بگیرد و با همان سلاح او را به قتل برساند چه حکم خواهید کرد؟
- پسری جوان در یک مغازه کار می کند. صاحب مغازه که پیر مردی ۶۰ ساله است به قصد سوء استفاده جنسی به او نزدیک می شود. پسر به محض اینکه متوجه قصد لواطت آن پیر مرد می شود، او را می کشد. او از پیر مرد تنفر هم داشت چون بدون پرداخت حقوق مکفی او را استثمار می کرد. با استناد به مواد قانونی مربوط این قضیه را فیصله کنید.
- به نظر شما آیا حقوق جزای افغانستان باید اعمال بیشتری را که با رضایت مجنی علیه ارتکاب می یابند جرم نداند؟ کدام صنف از جرایم یا کدام جرایم را مناسب می دانید که از این طریق جرم زدایی شوند؟
- اگر در موارد ضروری که خوف جان وجود داشته باشد، طیب به رغم مخالفت ولی یا نمایندگان قانونی مریض اقدام به جراحی یا معالجه کند، به نظر شما طیب مسئولیت جرمی خواهد داشت؟ چرا آره چرا نه؟ مسئولیت مدنی چی؟ دلیل بیاورید.
- با توجه به سکوت قانون، فقرة ۲ ماده پنجاه و چهارم را فقط مشمول جراحیهای ضروری می دانید یا اینکه به نظر شما جراحیهای زیبایی (پلاستیک) نیز مشمول این فقرة اند؟
- صدمات جانی یا مالی ای را که در جریان بازیهای سنتی افغانها در جنگ اندازی حیوانات رخ می دهد مباح می دانید یا مجرمانه؟
- آیا قانون گذار از شخصی که با بی توجهی و بدون احتیاط لازم سبب می شود که خانه اش با آتش سیگرتش دچار حریق شود دفاع اضطرار را در تخریب عمدی امارت همسایه خواهد پذیرفت؟

- نظر شما در مورد حق دفاع مشروع فردی که مورد حمله مضطر قرار گرفته چیست؟  
بحث کنید.



## فصل چهارم: مسئولیت جزایی (تقصیر)

در فصل پیشین به عواملی پرداختیم که اساساً موجب می‌شوند که فعل یا ترک فعلی که در ظاهر مجرمانه به نظر می‌رسد جرم نبوده، بلکه عملی از نظر جزایی مباح پنداشته شوند. همان طور که گفتیم، قانون‌گذار این دسته از اعمال را جرم نمی‌داند. به عبارت دیگر، آن رفتارهای مادی، ناقض قانون و نامشروع نیستند. برای جرم دانستن یک رفتار وجود شرایط عینی و مادی مصرح در قانون (عنصر مادی) کفایت نمی‌کند، بلکه باید غیر قانونی نیز باشد (عنصر قانونی). عملی که قانونی و مباح است مداخله در آن، چه به نحو مستقیم در قالب مباشرت و چه به نحو غیر مستقیم در قالب شرکت، موجب ضمان نمی‌باشد.

حال اگر رفتار مادی مصرح در قانون را قانون در جای دیگر قانونی و مشروع ندانسته باشد، ارتکاب آن قاعدتاً باید موجب مسئولیت جزایی باشد؛ مشروط بر اینکه چنین «عمل» غیر قانونی «ای را فردی «مقصر» و «مسئول» مرتکب شده باشد.

کراراً در اطراف خود با افرادی مواجه می‌شویم که وظایف اجتماعی خود را انجام نمی‌دهند اما وقتی «عذر» آنها را می‌شنویم، آنان را مستحق سرزنش نمی‌دانیم. یا زیاد می‌شنویم که در مورد شخصی گفته می‌شود: «درست است که کار بدی کرده، اما تقصیری نداشته است.» قانون‌گذار نیز رویه مشابهی نسبت به دسته معدودی از مرتکبین اعمال غیر قانونی دارد. قانون‌گذار با دسته‌ای خاص از مرتکبان مانند مرتکبان عادی برخورد نکرده و عمل آنان را واجد «عذر تام» یا «عذر نسبی» می‌داند.

در این فصل حالاتی را بررسی خواهیم کرد که رفتار بر شرایط مادی مصرح در قانون منطبق بوده و واجد عنصر نامشروعی نیز هست. اما مرتکب در شرایطی نیست که بتوان عمل مجرمانه را همانند افراد عادی به وی «منتسب» دانست؛ چرا که وی یا اساساً فاقد مسئولیت است یا اینکه مسئولیتش تام نیست.

در حقوق جزا کسی مسئول تام اعمالش محسوب می‌شود که دارای «ادراک» و «اراده» باشد. ماده شصت و پنجم قانون جزا به این دو شرط اشاره کرده است:

«مسئولیت جزایی وقتی به وجود می‌آید که شخص به اراده آزاد و در حالت صحت عقل و ادراک عمل جرمی را مرتکب شود.»

«ادراک» صفت کسی است که «بالغ» و «عاقل» باشد و «اراده» نیز ویژگی آن کسی است که «مجبور» نبوده یا موضوع بر وی «مشتبه» نباشد. چنین فردی اگر مرتکب عمل غیر قانونی شود باید به طور کامل پاسخگوی عمل خود باشد. عدم وجود برخی از شرایط فوق سبب می‌شود که فرد مانند اشخاص عادی مسئول نباشد. بناً ماده شصت و ششم مقرر داشته که تحقق یکی از عوارض ادراک یا یکی از اسباب فقدان اراده مانع مسئولیت جزایی می‌شود.

قانون جزای افغانستان عوارض ادراک را شامل جنون و مرض عقلی (ماده شصت و هفتم)، سکر (ماده شصت و هشتم و شصت و نهم) و صغر سن (مواد هفتادم تا نود و سوم) دانسته است. همچنین، اسباب فقدان اراده از دیدگاه قانونگذار شامل اکراه (ماده نود و چهارم) و اضطراب (ماده نود و پنجم)<sup>52</sup> است.

---

<sup>52</sup> قانون جزای افغانستان «اضطراب» را نیز جزء عیوب اراده دانسته است؛ در حالیکه همانگونه که در فصل قبل در بحث اضطراب گفته شد، معمولاً مضطر واجد اراده است و با اختیار مرتکب عمل می‌شود. فقط دایره انتخاب او محدود است. در نظریه جدید حقوق جزا اضطراب از عوامل موجهه جرم است. برای تفصیل بیشتر بنگرید به گفتار چهارم فصل قبلی.

## گفتار یکم: صغر سن

### مواد مرتبط

ماده چهارم قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

اصطلاحات آتی در این قانون معانی ذیل را دارد:

۱. طفل: شخصی است که سن هجده سالگی را تکمیل نکرده باشد.
۲. طفل غیر ممیز: شخصی است که سن هفت سالگی را تکمیل نکرده باشد.
۳. طفل ممیز: شخصی است که هفت سالگی را تکمیل و دوازده سالگی را تکمیل نکرده باشد.
۴. طفل نوجوان: شخصی است که سن دوازده سالگی را تکمیل و هجده سالگی را تکمیل نکرده باشد.
۵. حجز: عبارت است از تحدید آزادی طفل محکوم در مراکز اصلاح و تربیت اطفال.
۶. حجز در منزل: عبارت است از مقید نمودن طفل در خانه، محل خصوصی یا عمومی و یا در یکی از مؤسسات اختصاصی خدمات اجتماعی برای مدت معین.
۷. ممثل قانونی: عبارت است از والدین، اولیا، اوصیا، اقارب، قیم، وکیل یا سرپرست قانونی طفل.

ماده پنجم قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

۱. شخصی که سن دوازده سالگی را تکمیل نکرده باشد، در صورت ارتکاب جرم، مسئولیت جزایی به او راجع نمی‌شود.
۲. هر گاه جرم مرتکبه مندرج فقره ۱ این ماده ناشی از غفلت والدین بوده و موجب ضرر مادی شود والدین به جبران آن مکلف می‌گردند.

ماده سی و پنجم قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

محکمه صلاحیت دارد در مورد طفل متهم با در نظر داشت حالات یکی از تصامیم ذیل را اتخاذ کند:

۱. مکلف نمودن به انجام خدمات اجتماعی.

۲. فرستادن به مؤسسات اختصاصی خدمات اجتماعی.
۳. صدور اخطاریه
۴. تعویق محاکمه.
۵. تعلیق مشروط مجازات.
۶. حجز در منزل.
۷. تسلیم نمودن به یکی از والدین یا شخصی که حق سرپرستی وی را دارد.
۸. اعزام به مراکز اصلاح و تربیت اطفال غرض تحت حجز قرار دادن.

#### ماده سی و نهم قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

۱. حین تعیین جزای طفل متهم، مراتب ذیل مد نظر گرفته می شود:
  ۱. مجازات طفلی که سن دوازده سالگی را تکمیل و شانزده سالگی را تکمیل نکرده باشد، از یک سوم حداکثر مجازات که برای عین جرم ارتکاب شده توسط اشخاص بلند تر از سن هجده سالگی در قانون جزاء پیش بینی گردیده است، بیشتر بوده نمی تواند.
  ۲. مجازات طفلی که سن شانزده سالگی را تکمیل نکرده باشد، از نصف حداکثر مجازاتی که برای عین جرم توسط اشخاص بلندتر از سن هجده سالگی در قانون جزاء پیش بینی گردیده است، بیشتر بوده نمی تواند.
  ۳. طفل به جزای حبس دوام یا اعدام محکوم شده نمی تواند.
۲. ...



## تبصره

در حقوق جزا با مرتکبی که به سن هجده سالگی نرسیده است برخورد متفاوتی می‌شود. بدین صورت که تا سن خاصی وی اصولاً هیچ مسئولیت جزایی ندارد و از سن خاصی به بعد تا وقتی که به هجده سالگی برسد، تحت رژیم جزایی خاصی قرار می‌گیرد و باز نیز همانند بزرگسالان مجازات، نمی‌شود.

### الف) سابقه تاریخی مسئولیت جزایی اطفال

قانون جزای افغانستان در مواد هفتاد تا هفتاد و دوم خود اشخاص زیر هجده سال را به سه گروه تقسیم می‌کرد. افرادی که زیر هفت سال بودند از هر گونه اقدام جزایی مستثنی بودند. افراد بین هفت تا سیزده سال صغیر نام داشتند و افراد بین سیزده تا هجده سال مراهق خوانده می‌شدند. از مواد هفتاد و چهارم تا هشتاد و یکم اقداماتی که علیه صغیر در صورت ارتکاب قباحت، جنحه یا جنایت قابل تطبیق بود تشریح شده بود. این اقدامات بسته به جرم ارتكابی شامل توبیخ، تسلیمی به متعهد، حجز در دارالتأدیب یا مؤسسات خیریه یا مدارس اصلاحی و جزای نقدی متعهد می‌شد.

مواد هشتاد و دوم تا هشتاد و چهارم نیز به جرایم مراهق پرداخته بودند. به این ترتیب که اگر وی مرتکب قباحت می‌شد مجازات وی ممکن بود تسلیمی به متعهد یا جزای پیش‌بینی شده برای آن قباحت باشد. در صورت ارتکاب جنحه نیز قاضی می‌توانست وی را به حجز در دارالتأدیب، مؤسسات خیریه یا مدارس اصلاحی محکوم کند یا اینکه مجازات اصلی جرم مورد نظر را در حق وی تطبیق نماید. در صورتی نیز که جرم از درجه جنایت می‌بود، بسته به اینکه مجازات اصلی اعدام یا حبس دوام، حبس طویل، یا حبس کمتر از ده سال بود، وی به زمانهای مشخصی حجز در دارالتأدیب محکوم می‌شد. همچنین قانون جزا در مواد بعدی خود قواعد راجع به تعدد، تکرار، رهایی مشروط صغیر و مراهق را ذکر کرده بود.

قانون‌گذار در اواخر سال ۱۳۸۳ قانون جدیدی را با عنوان «قانون رسیدگی به تخلفات اطفال» تصویب کرد و به موجب ماده شصت و ششم خود بسیاری از قواعد و مواد مذکور در مواد قانون جزا را نسخ کرد. عنوان این قانون با دقت انتخاب شده است. اولاً قانون عنوان «رسیدگی» دارد و نه مبارزه (در حالی که کلمه «مبارزه» در عناوین قوانین جزایی رایج است:

قوانین مبارزه علیه مواد مخدر، تمویل تروریسم، یا تطهیر پول...). این نکته نشان می‌دهد که رویکرد قانون‌گذار در مورد تخلفات اطفال رویکردی اصلاحی است و نه سرکوبگرانه.<sup>53</sup> دوم اینکه قانون گفته «تخلفات» اطفال و نه جرایم اطفال. همین مسئله حکایت از تام نبودن مسئولیت این اشخاص دارد.

### ب) مسئولیت جزایی اطفال در قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

به موجب ماده چهارم قانون جدید شخصی که سن هفت سال را تکمیل نکرده باشد طفل غیر ممیز نام دارد و شخصی که سن هفت سالگی را تکمیل و دوازده سالگی<sup>54</sup> را تکمیل نکرده باشد طفل ممیز است. ماده پنجم مقرر می‌دارد که تمامی اطفال زیر دوازده سال، چه ممیز و چه غیر ممیز - فاقد مسئولیت جزایی می‌باشند. بدین سان، قانون جدید ماده هفتاد و دوم قانون جزا را که سن «عدم مسئولیت مطلق» را زیر هفت سال تعیین کرده بود نسخ کرده است. بنائاً محکمه اجازه ندارد در مورد طفل زیر دوازده سال اتخاذ تصمیم نماید.

تمامی تصمیم «جزایی» محکمه اختصاصی اطفال راجع به اطفال «نوجوانی»<sup>55</sup> است که سن دوازده سالگی را تکمیل کرده اما هجده سالگی را تکمیل نکرده باشند. این تصمیمات در ماده سی و پنجم قانون جزا آمده است که عبارت اند از مکلف نمودن به انجام خدمات اجتماعی، فرستادن به مؤسسات اختصاصی خدمات اجتماعی، صدور اخطاریه، تعویق محاکمه، تعلیق مشروط مجازات، حجز در منزل، تسلیم نمودن به یکی از والدین یا شخصی که حق سرپرستی وی را دارد، و اعزام به مراکز اصلاح و تربیت اطفال غرض تحت حجز قرار دادن.

آنگاه که محکمه حجز در مراکز اصلاح و تربیت اطفال را برای اطفال نوجوان بر می‌گزیند، به موجب ماده سی و نهم قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، این اطفال به دو دسته تقسیم می‌شوند: آنانی که سن دوازده سال را تکمیل کرده اما شانزده سالگی را تکمیل نکرده باشند و آنانی که سن شانزده سالگی را تکمیل کرده اما هجده سالگی را تکمیل نکرده باشند.

<sup>53</sup> ماده هفتم قانون رسیدگی به تخلفات اطفال مقرر می‌دارد: «مجازات طفل حتی به منظور اصلاح و تربیت به طور شدید و حقارت آمیز جواز ندارد.»

<sup>54</sup> بنائاً بر اساس قانون جدید طفل یک سال زودتر نوجوان می‌شود نسبت به قانون قدیم که طفل مراهق می‌شد.

<sup>55</sup> بنگرید به فقره ۴ ماده چهارم قانون رسیدگی به تخلفات اطفال.

در مورد گروپ اول محکمه نمی تواند به مجازاتی حکم کند که بیش تر از یک سوم حداکثر مجازاتی است که برای عین جرم ارتکاب شده توسط اشخاص بلندتر از سن هجده سالگی در قانون جزاء پیش بینی گردیده است. در مورد گروپ دوم نیز محکمه نمی تواند آن مجازات را بیش از نصف حداکثر پیش بینی شده برای بزرگسالان تعیین کند. همچنین، طفل نوجوان چه زیر شانزده سال و چه بالای شانزده سال به جزای حبس دوام یا اعدام محکوم شده نمی تواند. بدین ترتیب می بینیم که قانون برای اطفال نوجوان (کسانی که دوازده سالگی را تکمیل اما هجده سالگی را تکمیل نکرده باشند) مسئولیتی متفاوت با افراد بالای هجده سال در نظر گرفته و حتی به طور کلی نظام رسیدگی، محاکمه و مجازاتی افتراقی در نظر گرفته است. بناً عدم مسئولیت در اطفال دوازده سال به بالا «عدم مسئولیتی نسبی» است.

#### پ) مسئولیت مدنی

آخرین نکته اینکه عدم مسئولیت جزایی تام طفل لزوماً به معنای عدم مسئولیت مدنی وی نیست. میان عمل وی و نتیجه مجرمانه رابطه سببیت موجود است و عرف خسارات مالی را به عمل وی نسبت می دهد بناً ممکن است مسئول خسارات مادی شناخته شود، که باید از طریق ممثلین قانونی وی یا اموال خود عامل پرداخت شود. فقره ۱ ماده ۷۹۱ قانون مدنی مقرر می دارد:

«شخصی که به حکم قانون یا موافقه مکلفیت نظارت شخص را داشته باشد، از عمل مضرة شخص تحت نظارت خود، مانند صغیر و مجنون، مسئول پنداشته می شود.»

ماده ۷۹۲ قانون مدنی نیز بیان داشته که:

«مسئول از عمل غیر می تواند جبران خساره ای را که پرداخته است از عامل مطالبه نماید.»

## گفتار دوم: جنون و مرض عقلی

### مواد مرتبط

#### ماده شصت و هفتم قانون جزا

۱. شخصی که حین ارتکاب جرم به سبب جنون یا سایر امراض عقلی فاقد ادراک و شعور باشد، مسئولیت جزایی نداشته، مجازات نمی‌شود.
۲. اگر شخص حین ارتکاب جرم جنایت و جنحه مبتلا به نقصان ادراک و شعور باشد محکمه او را معذور شناخته احکام متعلق به احوال مخففة مندرج این قانون را در مورد او رعایت می‌نماید.
۳. قباحت اشخاص مندرج فقره ۲ این ماده جرم شمرده نمی‌شود.

## تبصره

مجنون فاقد درک و شعور لازم برای مسئول بودن در قبال رفتارهای خود است. در گذشته‌های بسیار دور مجانین را کسانی می‌دانستند که روحشان توسط شیطان تسخیر شده است و باید آنان را از جامعه حذف کرد. با پیشرفتهای علوم تجربی و همچنین انکشافات حقوق بشری امروزه مجانین نیز به چشم «انسانهایی» نگریسته می‌شوند، که البته به مریضیهای روانی مبتلایند. مجانین در کنترل حرکات و سکناات و اعمال و رفتار خود و همچنین تشخیص و تجزیه و تحلیل وقایع دچار اختلال و ناتوانیهای هستند. بناً نمی‌توان آنان را چون اشخاص عاقل مسئول رفتار خود دانست.

ماده شصت و هفتم قانون جزا متعرض سه مورد شده است. دو مورد اول موجب عدم مسئولیت مطلق و مورد سوم از عوامل مخففه در جرایم جنایت و جنحه است (و در جرایم قباحت باز مستوجب عدم مسئولیت مطلق است). فقره ۱ ماده فوق دو مورد اول را که سبب عدم مسئولیت مطلق اند «فقدان ادراک و شعور به سبب جنون» و «فقدان ادراک و شعور به سبب سایر امراض عقلی» و فقره ۲ نیز سومین مورد را که مستوجب «مسئولیت تقلیل یافته» است «ابتلا به نقصان ادراک و شعور» دانسته‌اند.

در حقوق جزا بر آن نیستیم که متعرض اعتبار علمی تفکیک فوق یا تعریف علمی هر کدام از آنها شویم. مبحث جنون بیش از آنکه مبحثی حقوقی باشد، مبحثی روان‌شناسی- روان‌پزشکی است. می‌دانیم که اختلالات روانی دارای مدارج است. چنین گفته می‌شود که کمتر فردی را می‌توان یافت که به نوعی دچار پرابلمهای روحی و روانی نباشد. اما تشخیص اینکه در چه مرحله‌ای این پرابلمها عنوان جنون یا امراض عقلی یا نقصان ادراک و شعور به خود می‌گیرند از صلاحیت حقوق جزا خارج است.

این به عهده اطّای روان (روان‌پزشکان) است که با آگاهی از فعالیت مغز و ارگانسیم آن و سیستم عصبی بیان کنند که آیا چنین فردی واجد درجه‌ای از جنون یا امراض عقلی هست که وی را مطلقاً نتوانست مسئول اعمالش دانست. یا اینکه تکلیف روانی مذکور موجب تقلیل مسئولیت وی می‌گردد یا اینکه کدام پرابلم مهمی نبوده و اساساً خللی در مسئولیت تام آن فرد ایجاد نمی‌کند. در این موارد قاضی از نظر طیب عدلی روان (روان‌پزشک قانونی) استفاده خواهد کرد.

در پایان ذکر این دو نکته ضروری است. نخست اینکه عدم مسئولیت مجانین فقط به این

معناست که آنان را نمی‌توان مجازات کرد. این منافاتی با نگهداری مجانین در شفاخانه‌های مخصوص ندارد؛ تا از یک طرف آنان تحت مراقبت‌های لازم طبی باشند و از طرف دیگر هم از خطرات اجتماع مصون باشند و هم اجتماع از خطرات آنان حفظ گردد. دوم اینکه عدم مسئولیت جزایی مجنون به معنای عدم مسئولیت مدنی وی نیست. میان عمل وی و خسارات مادی رابطه سببیت موجود است و عرف نتیجه را به عمل وی نسبت می‌دهد بنائاً مسئول پرداخت خسارت است، که باید از طریق ممثلین قانونی وی یا اموال خود عامل پرداخت شود (فقره ۱ ماده ۷۹۱ و ماده ۷۹۲ قانون مدنی).

## گفتار سوم: اجبار

### مواد مرتبط

ماده نود و چهارم قانون جزا

شخصی که تحت تأثیر قوه مادی یا معنوی ای که دفع آن طور دیگری ممکن نباشد مجبور به ارتکاب جرم گردد، مسئول شناخته نمی شود.

## تبصره

قانون در ماده نود و چهارم عنوان این عذر را اکراه گذاشته اما در متن ماده از کلمه «اجبار» استفاده کرده است. در حقوق مدنی اجبار و اکراه مترادف نیستند. اولی عیب قصد است و دومی عیب رضا. اما قانون مدنی افغانستان هر دو را اکراه نامیده است و از ماده ۵۵۱ تا ۵۶۱ به آن پرداخته است. ماده ۵۵۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد که:

«اکراه تام رضا را از بین برده اختیار را فاسد می‌گرداند، اکراه ناقص رضا را از بین برده اختیار را فاسد نمی‌گرداند.»

اما وقتی که در حقوق جزا از اکراه سخن می‌گوییم منظور همان اجبار یا اکراه تام در حقوق مدنی است. اجبار در حقوق جزا حالتی است که فرد بدون اختیار مرتکب عمل مجرمانه شود. در حقوق جزا مکره بودن به ارتکاب عمل - در معنای حقوق مدنی، به این معنا که اراده وی تام باشد اما رضایت قلبی به ارتکاب عمل نداشته باشد - نمی‌تواند مانع مسئولیت جزایی مکره گردد. نهایتاً اینکه اگر مکره شخص مسئول باشد به مثابه شریک قابل مجازات است. آنچه موجب معافیت از مجازات است اجبار است به نحوی که گریزی به جز ارتکاب عمل نباشد. بنابراین، برای اینکه سوء برداشتی رخ ندهد از کلمه اجبار (معادل اکراه تام) استفاده می‌کنیم. پس از این بحث مقدماتی درباره اجبار ابتدا صورتهای قانونی اجبار را بررسی می‌کنیم و سپس بحث را با توضیحی در مورد مسئولیت مدنی مجبور به پایان می‌رسانیم.

### الف) اقسام اجبار

حقوق دانان - همچنین قانون‌گذار در ماده نود و چهارم - اجبار را به دو قسم دانسته‌اند: اجبار مادی و اجبار روانی. ذیلاً به تعریف و بررسی هر یک از این دو قسم می‌پردازیم.

#### ۱. اجبار مادی

اجبار مادی حالتی است که منشأ اجبار مجبور را از نظر مادی و فیزیکی تحت تأثیر قرار می‌دهد. عامل مادی ممکن است حوادث طبیعی مثل طوفان و سیل باشد که مثلاً در اثر آن فردی که وظیفه قانونی در حفاظت از طفل دارد نتواند وی را به شفاخانه برساند و او بمیرد. همچنین ممکن است عامل مادی یک حیوان باشد مانند وقتی که گرگ به چوپان حمله می‌کند و وی مجبور به فرار می‌شود. گوسفندان وارد مزرعه دیگری شده و آن را تخریب می‌کنند. یا اینکه عامل مادی ممکن است انسان باشد مثل وقتی که شخصی چاقو را در دست



مجبور گذاشته و دست وی را محکم گرفته و به شکم معنی علیه می کوبد. در تمامی حالات فوق دفع قوه مادی به نحو دیگری غیر از ارتکاب جرم امکان ندارد. در این حالت مجبور هیچ گونه مسئولیتی ندارد و در صورتی که مجبورکننده مسئول باشد (اولاً انسان باشد؛ دوم اینکه مسئولیت جزایی داشته باشد) از باب تسبیب مسئول حادثه خواهد بود.

در اینجا ضروری است که میان اجبار مادی و اضطرار تفاوت قائل شویم. اجبار وقتی به وجود می آید که مجبور تحت تأثیر قوه و نیروی غیر قابل مقاومتی و ادار به ارتکاب جرم می شود. در حالی که همانطور که پیش تر گفتیم در اضطرار اراده وجود دارد اما فرد غالباً قدرت انتخاب میان دو راه بیش تر ندارد و وی برای گریز از تهدیدی که علیهش وجود دارد مرتکب جرم می شود. دیگر اینکه اضطرار همواره در اثر عوامل و حوادث غیرمترقبه رخ می دهد و فرد در اثر آن علاوه بر میل باطنی و رضایت با قصد و اراده کامل مرتکب جرم می شود، درحالی که در اجبار همیشه این طور نیست و در موارد زیادی اجبار از ناحیه فرد دیگری وارد می شود و اراده وی جانشین اراده مجبور می گردد.

## ۲. اجبار روانی

اجبار روانی حالتی است که منشأ اجبار مجبور را از نظر روحی و درونی تحت تأثیر قرار می دهد. مصادیق این اجبار برخی از صورتهای «تهدید» و «تحریک» است. مشروط بر اینکه آزادی اراده را به طور مؤقت، کاملاً سلب کند. بناً صرف ادعای اینکه به واسطه تهدید یا تحریک مرتکب جرم شده قابل قبول نیست چرا که قاعداً مسئولیت چنین فردی تام است و فرد تهدیدکننده یا تحریککننده به مثابه شریک تحت پیگرد قرار می گیرد. برای عدم مسئولیت عامل جرم، تهدید یا تحریک باید با توجه به زمان، مکان، موقعیت، شخصیت، سن، و ابزار به کار برده شده مورد تدقیق قرار گیرد و در حدی باشد که آزادی اراده را به طور کلی سلب کرده باشد. در این حالت نیز اجبارکننده، به فرض مسئولیت، پاسخگو خواهد بود. در عمل، موارد استناد به اجبار روانی بسیار اندک است. شاید دلیل آن این باشد که حدود آن به طور کامل مشخص نیست و به امر پیچیده روان راجع است.

### ب) مسئولیت مدنی مجبور

اجبار را در صورتی برای زوال مسئولیت جزایی معتبر دانستیم که به زوال کامل اراده بینجامد و مجبور بدون کوچکترین اختیاری ابزار و آلتی گردد برای منشأ اجبار. در چنین حالتی بدیهی است که نتوان نتیجه را به مجبور «منتسب» دانست و رابطه سببیت را میان رفتار او و

نتیجه واقع شده برقرار کرد. بناً مسئولیت مدنی وی در قبال خسارات وارده نیز محل تأمل جدی است.

به یاد داریم که طفل و مجنون را واجد مسئولیت مدنی دانستیم. اما مورد مجبور با طفل یا مجنون قابل مقایسه نیست. دو مورد اخیر (طفل و مجنون) دخالت فعال در نتیجه دارند اما مجبور تنها ابزار ارتکاب جرم است. همچنین وی را با مضطر نیز نمی توان مقایسه کرد. چرا که مضطر در ارتکاب جرم اراده دارد و همین ارادی بودن دخالتش خسارات احتمالی را به عمل وی منتسب می گرداند.

## گفتار چهارم: استعمال مواد مسکر و مخدر

### مواد مرتبط

#### ماده شصت و هشتم قانون جزا

۱. شخصی که حین ارتکاب جرم به سبب استعمال مواد مسکره یا مخدره ادراک و شعور خود را از دست بدهد، در حالی که استعمال آن جبراً یا بدون علم مرتکب صورت گرفته باشد، مجازات نمی‌گردد.
۲. هر گاه شخص مندرج فقره فوق ادراک و شعور خود را کاملاً از دست نداده باشد، طبق حکم مندرجه فقره ۲ ماده ۶۷ این قانون مجازات می‌گردد.

#### ماده شصت و نهم قانون جزا

۱. هر گاه شخص مواد مسکره یا مخدره را به اراده خود استعمال نموده، مرتکب جرم گردد، مسئول شناخته شده چنان پنداشته می‌شود که جرم را در حالت ادراک و شعور کامل مرتکب گردیده است.
۲. اگر شخص مواد مسکره و مخدره را عمداً به مقصد ارتکاب جرم استعمال نماید، محکمه احکام متعلق به احوال مشدده مندرج این قانون را در مورد او رعایت می‌نماید.

## تبصره

گرچه در نگاه اول فردی که تحت تأثیر مواد مسکر یا مخدر مرتکب جرم شده است، به طور مؤقت فاقد درک و شعور لازم برای مسئول پنداشته شدن در قبال رفتارش به نظر می‌رسد، اما باید توجه داشت که این موضوع آنچنان ساده نیز نیست. این از آن جهت است که به رغم موانع دیگر مسئولیت جزایی، سکر و تخدیر ممکن است حالت ارادی و فعالانه به خود بگیرد که در این صورت قضیه را قدری پیچیده خواهد کرد؛ در حالی که معمولاً سایر موانع مسئولیت این گونه نیستند و مثلاً این طور نیست که شخص به طور ارادی طفل، مجنون، یا مجبور گردد. استعمال این مواد را در دو حالت ارادی و غیر ارادی مورد بحث قرار می‌دهیم تا ببینیم که در کدام یک از این دو حالت مسئولیت جزایی فرد برداشته می‌شود.

### الف) ارتکاب جرم تحت تأثیر استعمال ارادی مواد مسکر یا مخدر

در حالتی که فرد در اثر استعمال ارادی مواد مسکر یا مخدر مرتکب جرم شود، گرچه فاقد اراده و اختیار در ارتکاب جرم بوده است، اما به طور ارادی از خود سلب اختیار کرده است. آنکه به طور اختیاری از خود سلب اختیار می‌کند با وی همانند انسان مختار برخورد می‌شود (الأمتناع بالأختیار لا ینافی الأختیار). بناً شخص هم به مجازات استعمال غیر قانونی مواد مسکر یا مخدر<sup>56</sup> می‌رسد و هم به مجازات جرم ارتکابی. پس می‌بینیم که آنچه موجب عدم مسئولیت می‌شود، این حالت از استعمال مواد مخدر یا مسکر نیست.

#### ۱. استعمال ارادی بدون قصد ارتکاب جرم

به موجب فقره ۱ ماده شصت و نهم در حالتی که فرد به طور ارادی به مصرف مواد مسکر یا مخدر می‌پردازد، بدون اینکه مقصد وی ارتکاب جرم باشد، اگر مرتکب جرم شود مسئول خواهد بود و با وی همانند اشخاص هوشیاری برخورد خواهد شد که در زمان ارتکاب جرم تحت تأثیر مواد مسکر یا مخدر نبوده‌اند. النهایه، مجازات استعمال ماده غیر قانونی مربوطه نیز در انتظار وی خواهد بود.

<sup>56</sup> استعمال مواد مخدر و مسکر در ماده سه صد و چهل و نهم قانون جزا جرم دانسته شده است. این ماده تا جایی که به استعمال مواد مخدر راجع است به موجب ماده بیست و هفتم قانون مبارزه علیه مواد مخدر نسخ شده و ماده جدید جانشین آن شده است. ماده بیست و هفتم قانون مبارزه علیه مواد مخدر برای حالات مختلف این جرم به تفصیل مجازات تعیین کرده است.

## ۲. استعمال ارادی به قصد ارتکاب جرم

گاهی اساساً مقصد از استعمال مواد مسکر یا مخدر این است که فرد شجاعت لازم برای ارتکاب جرم را به دست آورد. از آنجا که چنین فردی خطر بیشتری برای جامعه دارد، قانون‌گذار او را با شدت عمل بیشتری مجازات می‌کند و نه تنها وی را برای هر دو جرم تحت تعقیب قرار می‌دهد، بلکه جرم اصلی وی را مشمول احوال مشدده می‌گرداند. فقره ۲ ماده شصت و نهم در این مورد صراحت دارد.

البته بدیهی است که باید ثابت شود که مقصد از استعمال این مواد ارتکاب جرم بوده است. در این صورت نیز، وی به جرم استعمال مسکر یا مخدر نیز قابل پیگرد است و در حقیقت مشمول «تعدد جرم» شناخته می‌شود.

### ب) ارتکاب جرم تحت تأثیر استعمال غیر ارادی مواد مسکر یا مخدر

گاهی نیز استعمال مواد مذکور غیر ارادی است. همین حالت است که به عدم مسئولیت تام یا نسبی منجر می‌شود. قانون در ماده شصت و هشتم استعمال غیر ارادی را حالتی می‌داند که در اثر «اجبار» یا «عدم علم» انجام شده باشد. اجبار این است که فردی به زور و به رغم مقاومت دیگری، وی را وادار به استعمال مواد مذکور کند؛ مثل اینکه دست و پای او را ببندد و مشروب را در دهان وی بریزد (اجبار مادی).<sup>57</sup> عدم علم نیز این است که فرد شبهه موضوعی داشته باشد و نسبت به ماهیت سکر آور یا تخدیر کننده این مواد جاهل باشد؛ به گونه‌ای که آنها را به جای ماده‌ای که فاقد آثار مذکور است استعمال کند (مثلاً تصور کند که قرص دوی سردرد است در حالی که یک ماده مخدر بسیار قوی بوده است).

قانون‌گذار با چنین مجرمی، بسته به اینکه تا چه درجه‌ای دچار زوال ادراک و شعور شود، برخوردی متفاوت با مجرمانی می‌کند که یا اساساً بدون اینکه تحت تأثیر مواد باشند مرتکب جرم شده‌اند یا تحت تأثیر مواد مرتکب جرم شده‌اند اما به طور مختار و ارادی مواد مصرف کرده‌اند.

<sup>57</sup> جالب این است که قانون جزا به طور خاص برای اجبارکننده مجازات در نظر گرفته است. به موجب ماده سه صد و پنجاهم:

«شخصی که به جبر و اکراه شخصی دیگر را به استعمال مواد مخدره و یا مسکره وادار سازد، به حبس قصیری که از سه ماه کمتر نباشد یا جزایی که از سه هزار افغانی کمتر و از دوازده هزار افغانی بیشتر نباشد محکوم می‌گردد.»

اولین تفاوت این است که این افراد به مجازات استعمال مواد مخدر (ماده بیست و هفتم قانون مبارزه علیه مواد مخدر) یا مجازات استعمال مواد مسکر (ماده سه صد و چهل و نهم قانون جزا) محکوم نمی‌شوند. چرا که هر دوی این جرایم نیازمند عنصر روانی «عمد» هستند؛ چیزی که مرتکب به سبب اجبار یا عدم علم فاقد آن بوده است. تفاوت دوم در برخورد با این افراد به درجه زوال ادراک و شعور در آنها بستگی دارد:

#### ۱. زوال کامل ادراک و شعور

اگر در اثر مصرف غیر ارادی مواد ادراک و شعور مجرم کاملاً سلب شود و وی در این حالت مرتکب جرم شود، به موجب فقره ۱ ماده شصت و هشتم، فاقد مسئولیت جزایی بوده و هیچ مسئولیتی در قبال رفتارش ندارد.

#### ۲. زوال ناقص ادراک و شعور

و اگر مجرم کاملاً مسلوب‌الأراده نگردد، با وی همانند شخصی برخورد می‌شود که حین ارتکاب جرم مبتلا به نقصان (نه فقدان) ادراک و شعور بوده است. حکم چنین فردی در فقرات ۲ و ۳ ماده شصت و هفت آمده است؛ بدین تفصیل که وی در قبال جرایم قباحت فاقد مسئولیت است و مورد جرایم جنایت و جنحه مشمول عوامل مخففه.

## مباحثه

- آیا استعمال کلمه «مجرم» را در مورد کسی که واجد یکی از موانع مسئولیت جزایی است صحیح می‌دانید؟ بحث و استدلال کنید.
  - در مورد مسئولیت جزایی اطفال قانون جدید را بهتر می‌دانید یا همان موادی که در قانون جزا در این باره وجود داشت؟ چرا؟
  - الف به ب می‌گوید که ب باید مرتکب قتل پ شود و اگر ب خود این کار را نکند الف وی را مجبور به این کار خواهد کرد. الف برای اجرای این نقشه زمان و مکان مشخصی را تعیین کرده و از هم جدا می‌شوند. هر دو در آن موقعیت حاضر می‌شوند، اما ب نمی‌پذیرد که پ را بکشد. الف تفنگ را در دستان ب قرار داده و انگشت وی را روی تفنگ فشار می‌دهد. در نتیجه تفنگ بالای پ فیر می‌کند و پ را می‌کشد. مسئولیت الف و ب را تعیین کنید.
  - شخصی دیگری را وادار به استعمال مواد مخدر می‌کند. وی تحت تأثیر مواد مخدر اراده خود را کاملاً از دست می‌دهد و در این حالت مرتکب جرم می‌شود. مسئولیت جزایی و مدنی مجبور و اجبارکننده را مستدل به نظریات حقوقی و حتی الامکان مستند به مواد قانون تبیین کنید؛ همچنین مسئولیت جزایی و مدنی مجبور و اجبارکننده را، در حالتی که اراده مجبور به طور کامل سلب نشده باشد.
  - شخصی برای اینکه از تشنگی نمیرد اقدام به شرب مسکر می‌کند و در اثر آن مرتکب جرم می‌شود. مسئولیت جزایی و مدنی وی را بررسی کنید.
  - نظر شما در مورد جرایمی که در حالت خواب مصنوعی (هیپنوتیزم) مرتکب رخ می‌دهند چیست؟ با توجه به اینکه قانون در این مورد ساکت است، برای مسئول دانستن یا مسئول ندانستن او چگونه استدلال می‌کنید؟
۱. حبس متوسط عبارت است از زندانی ساختن محکوم علیه در یکی از محابسی که از طرف دولت به این منظور تخصیص یافته است.
  ۲. مدت حبس متوسط از یک سال کمتر و از پنج سال بیشتر نمی‌باشد.
  ۳. محکوم علیه به حبس متوسط مکلف به انجام کارهای اصلاحی می‌باشد که در قانون مربوط به محابس پیش‌بینی شده است.









