



عنوان: فصلنامه علمی نسیم کوثر

مدیر مسئول و سردبیر: سید محمد حسینی دره صوفی

ویراستار: سیده نیلوفر حسینی

گرافیکست: سیده زهرا حسینی

شمارگان: ۱۰۰۰ نسخه

قیمت: ۱۰۰,۰۰۰ تومان

صاحب امتیاز: بنیاد فرهنگی خدماتی امام حسن عسکری (ع)

شماره تماس: ۰۰۹۸۹۳۵۳۹۶۹۷۷۶

سایت فصلنامه: nasimekosar.blog.ir

ایمیل: nasimkosar1399@gmail.com

دفتر مرکزی و محل چاپ: قم

راهنمایی نویسندگان و شیوه نامه نگارش فصلنامه علمی نسیم کوثر

۱. مقاله قبلا در نشریه دیگری به چاپ نرسیده یا همزمان برای سایر مجلات ارسال نشده باشد.
۲. مقاله دارای عنوان، چکیده به زبان فارسی، واژگان کلیدی، مقدمه، متن اصلی، نتیجه گیری، منابع و مأخذ باشد.
۳. مقاله در برنامه word و باقلم IR lotus و اندازه ۱۴ نازک بوده و عنوان مقاله با قلم B Titr و اندازه ۱۴ تایپ شود.
۴. حجم هر مقاله حداقل ۱۲ و حداکثر ۲۲ صفحه باشد.
۵. کلمات کلیدی بین ۴-۷ کلمه و بصورت فارسی باشد.
۶. چکیده فارسی، از ۱۵۰ تا ۲۰۰ کلمه باشد.
۷. معادل انگلیسی اصطلاحات و مفاهیم علمی رایج، پانویست شود.
۸. ارجاع به منابع درون متنی باشد. داخل پرانتز، نام خانوادگی، سال انتشار و شماره صفحات ذکر شود. مثال (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۶، ۱۰۰).
۹. فهرست منابع و مأخذ، به ترتیب الفبای نام خانوادگی نویسندگان، باشد (الف) کتابها: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، سال انتشار، عنوان کتاب، (بصورت توپر)، نام خانوادگی مترجم یا مصحح، نام مترجم یا مصحح، شماره جلد، محل انتشار و ناشر. مثال: هارت، هربت، ۱۳۹۰، مفهوم قانون، راسخ، محمد، تهران، نشر نی.
- ب) مقالات: نام خانوادگی، نام، سال انتشار، عنوان مقاله، (بصورت توپر)، نام مجله، شماره مجله و شماره صفحات اول و آخر مقاله. مثال: رضایی، محسن، ۱۳۸۵، روش تجربی، فرهنگ مدیریتی، سال چهارم، شماره دوازدهم، ۱۷۲-۱۸۹.
۱۰. در زیر عنوان مقاله اسم نویسنده یا نویسندگان و در قسمت پاورقی ایمیل و سمت پژوهشگر و همچنین مشخص نمودن نویسنده مسئول. (به عنوان مثال حسینی، سید محمد، دانشجوی دکتری فقه و حقوق قضایی، جامعه المصطفی العالمیه، قم).
۱۱. مقالات بیانگر آرا و نظرات نویسندگان است و فصلنامه نسیم کوثر مسئولیتی در قبال محتوا و نویسنده آن ندارد.

اعضای هیأت تحریریه:

۱. سید محمد حسینی دره صوفی، دانشجوی دکتری فقه و حقوق قضایی،
نخبه و پژوهشگر برتر در دانشگاه بین المللی المصطفی. قم
۲. دکتر سید رضی قادری، دکتری فلسفه اخلاق از دانشگاه باقر العلوم،
سطح چهار فقه و اصول حوزه، استاد سطوح عالی حوزه. قم
۳. سید مهدی نقوی، ارشد رشته ادیان ابراهیمی، قم جامعه المصطفی
۴. سید طالب زکی، دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و معارف اسلامی،
جامعه المصطفی العالمیه، قم.

فهرست مطالب

واکاوی حق آزادی بیان اتباع خارجه در ایران از منظر فقه اهلبیت ، حقوق ایران و اسناد بین المللی	۷
بررسی تطبیقی روش های تعلیم و تربیت از دیدگاه علامه طباطبایی (با تاکید بر تفسیر المیزان) و ژان پیازه	۲۳
حکمرانی مهاجرت در ایران: خلاهای سیاست گذاری و چالش های مدیریتی	۴۳
آثار ایمان از منظر قرآن و روایات اسلامی	۶۷
مبانی اسلامی مقاومت در برابر اشغالگری؛ تبیین و تحلیل دیدگاه های قرآنی، روایی، فقهی و حقوقی	۹۱
مشارکت سیاسی زنان در تصدی مناصب دولت اسلامی	۱۰۵
منع تسلط کفار بر ممالک اسلامی از منظر فقه	۱۲۳
تحلیل حدیث رفع و تبیین حکم رفع شده در «ما لایعلمون»	۱۵۳
بررسی ماهیت جرم ارتداد (حدی یا تعزیری)	۱۶۵
بررسی قیاس و کاربرد آن در نظام حقوق کیفری ایران و افغانستان	۱۸۱



سال پنجم، بهار ۱۴۰۴، شماره ۱۸

بررسی قیاس و کاربرد آن در نظام حقوق کیفری ایران و افغانستان

داود عطایی^۱

چکیده

قیاس به عنوان یکی از روش‌های رایج استدلال در نظام حقوقی، می‌تواند در صورت خلأ قانونی، ابهام، اجمال و تعارض قوانین، خلأ قانونی را پوشش داده و قوانین مبهم را تفسیر کند و همچنین قواعد حقوقی را با نیازهای روز جامعه همراه و متناسب سازد. این مطالعه با روش تحلیلی - توصیفی تأکید می‌کند که سیاست کیفری برای صیانت از جایگاه خود در قبال چالش‌های مبروز و با توجه به اصل ۱۶۷ ق.ا.ایران و ماده ۱۳۰ ق.ا.افغانستان و همچنین ماده اول قانون جزا، برای پوشش خلأ قانونی، تفسیر قوانین و جهت همپایی با تکنولوژی و ابزار جدید جرایم، ناگزیر از استدلال قیاسی خواهد بود.

مهمترین نتایج: قیاس نباید در حقوق کیفری بطور مطلق مجاز و یا ممنوع باشد. اصل ۳۶ ق.ا.ایران و ماده ۲۷ ق.ا.افغانستان مانع کار برد آن خواهد بود. قیاس در نظام کیفری هردو کشور تفاوت چندانی ندارد.

واژگان کلیدی: قیاس، تنقیح مناط، مفهوم موافق، خلأ قانونی، تفسیر قوانین، توسعه حقوق جزاء، اصل قانونمندی جرایم و مجازات، حجیت قیاس.

۱. دانشجوی دکتری فقه و حقوق قضایی، جامعه المصطفی العالمیه (ص)، قم

۱. مقدمه

در مسائل قانونی، قانون‌گذار هر اندازه دقیق و آینده‌نگر باشد، باز هم قدرت و توان پیش‌بینی تمام وقایع و رفتارهای اجتماعی و ضد اجتماعی را نداشته و این ادعا که تنظیم‌کنندگان قانون، قوانین بی‌نیاز از توضیح و تفسیر پدید آورده‌اند و به تمام پرسش‌هایی که در عمل برای دادرسان پیش می‌آید، پاسخ گفته‌اند، ممکن نیست. زیرا ابهام، اجمال، نقص، سکوت و تعارض در قوانین اجتناب‌ناپذیر بوده و پیشرفت علم و تکنولوژی و نیز اختراعات و تحولات جدید، وسایل و شیوه‌های جدیدی در اختیار افراد ضد اجتماعی و باندهای مخرب و تبه‌کار قرار داده که محبوس نمودن قاضی و دادرس در تنگنای الفاظ و عبارات قانونی به معنای بی‌دفاع گذاشتن جامعه و فراهم نمودن زمینه‌های تهدید نظم و امنیت عمومی است. یکی از روش‌های که از طریق آن می‌توان خلأ قانونی را پوشش داد و قوانین مبهم و مجمل را تفسیر کرد و تبه‌کاران فرصت طلب را سر جای خویش نشاند، استفاده از قیاس است. با توجه به اختلاف برانگیز بودن استفاده از این روش تفسیر در حقوق کیفری، به دلیل موانع چون اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، قاعده قبح عقاب بلا بیان و احترام به جان، مال و آزادی اشخاص، نمی‌توان از این روش و سیستم در حقوق کیفری استفاده کرد، از سوی دیگر بدلیل عدم پوشش قانون بر تمام وقایع و اعمال اجتماعی و ضد اجتماعی و نیز سکوت علم حقوق در برابر پیشرفت تکنولوژی و اختراعات، موجب می‌شود از روش استدلال قیاسی در حوزه قضایی استفاده کرد. تحقیقات انجام شده در این زمینه، صرفاً به تبیین نظرات پرداخته و عملاً راهکار روشن و دقیق در اختیار دادرسان و محاکم نگذاشته است.

اهمیت استدلال قیاسی در حوزه حقوق جزاء، بحدی است که اگر ابهامات مزبور رفع نشود، و مسئولیت سیاست کیفری در قبال آن مشخص نشود، ممکن است محاکم و دادرسان برای رسیدگی به پرونده جزایی، دستش از دلیل تهی بوده و یا توسط استفاده بی‌رویه از قیاس عدالت و حقوق متهم را به خطر بیندازند. امیدوارم این تحقیق بتواند این پروژه را بررسی کند.

۲. مبانی نظری

۱-۲. قیاس

واژه قیاس در ادبیات عربی به گونه‌های مختلف بکار برده شده است، یکی مصدر ثلاثی مزید از باب مفاعله، مانند؛ قاس، یقاس، مقایسه و قیاساً. ای وقاس الشئ بغیره و علی غیره یعنی مقایسه کردن چیزی با چیزی دیگر و تطبیق کردن بین دو شی (ابن منظور، ۱۳۱۳، ۱۸۶). دیگر مصدر ثلاثی مجرد مانند؛ قاس یقیس قیساً و قیاساً. یعنی اندازه گرفتن دو چیز یا دو چیز را باهم سنجیدن (شرتونی، ۱۳۱۶، ۴۴۸). در زبان فارسی نیز به معانی مختلف بکار برده شده است، یکی به معنای اندازه گیری و سنجیدن بین دو چیز. دیگر به معنای تخمین و حدس، مانند یکی از آن طلایه داران گفت: لشکر بسیار ندیدم... بهقیاس من بیش از صد تن نبودند (دهخدا، ۱۳۱۹) معادل قیاس در زبان انگلیسی: Analogy آنالوژی است.

قیاس در اصطلاح فقه به معنای: « اتحاد و برابری فرع مسأله‌ی فاقد نص و یا همان مقیاس با اصل مسأله‌ی دارای نص و یا همان مقیاس علیه در حکم بنابر علت مشترک که میان آن دو وجود دارد » (عثمینی، ۱۴۲۱، ۱۹۸) تعریف دیگری که مشابه آن است « ملحق نمودن امری مجهول الحکم به معلوم الحکم به خاطر اشتراک آن دو در علت حکم » (سیمایی، ۱۳۹۵، ۹۲)

قیاس در اصطلاح حقوق، مفهوم جدا از آنچه در نظام فقهی آمده است ندارد. بدلیل اینکه خواستگاه قیاس در حقوق، برگرفته از نظام فقهی است، حتی اعتبار و حجیت قیاس در نظام حقوقی ایران و افغانستان مبتنی بر ارزش قیاس در فقه امامیه و احناف است، علی‌رغم آن نمونه‌ای از تعاریف صاحب نظران حقوقی ذکر خواهد شد.

دکتر جعفر لنگرودی می‌نویسد؛ قیاس در اصلاح حقوق عبارت است از جاری نمودن ماده قانونی در موضوع که حکم آن پیش بینی نشده، بدلیل اینکه میان حکم قانونی مزبور و موضوع مجهول قدر مشترک (جامع بین اصل و فرع) وجود دارد. قدر مشترک مزبور باید به گونه ای باشد که در قانون مذکور بطور نوعی تأثیر کرده باشد.

(لنگرودی، ۱۳۷۱، ۱۷۷) در حقوق قاضی نخست با مقایسه و بررسی آرای پیشین (ماهیت معلوم) با دعوی مطرح شده نزد دادگاه (ماهیت مجهول) راهایی را بر مبنای آن تصمیمات شبیه یا متفاوت، شناسایی می‌کند، سپس اصلی را که بر اساس آن قضیه پیشین را حل کرده، به دلیل جهات مشارکت حکم، در قضیه جدید حمل می‌کند.

۳. دلایل جواز استفاده از قیاس در حقوق کیفری

قیاس به عنوان یک تکنیک استدلالی، در بسیاری از حوزه‌های علمی و کاربردی اهمیت ویژه‌ای دارد و در حقوق نیز به‌ویژه در حقوق کیفری، نقش قابل توجهی ایفا می‌کند. استفاده از قیاس در حقوق کیفری به معنای تعمیم مفاهیم و قواعد قانونی از موارد خاص به موارد مشابه است، به شرط آنکه این تعمیم منطقی و مستند به اصول و قواعد حقوقی باشد.

۳-۱. اصل (۱۶۷) ق. ۱ ایران و ماده (۱۳۰) ق. ۱ افغانستان.

اصل (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تصریح می‌کند که قاضی وظیفه دارد تلاش کند تا حکم هر پرونده‌ای را در قوانین موجود بیابد و در صورتی که نیابد، باید با مراجعه به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم مربوطه را صادر نماید. قاضی نمی‌تواند به دلیل سکوت، نقص، ابهام یا تعارض در قوانین وضع شده از رسیدگی به دعوی و صدور رأی خود داری کند.

در رابطه با اصل مزبور بطور کلی چهار دیدگاه مطرح گردیده است، براساس دیدگاه اول، اصل فوق، صرفاً اختصاص به دعاوی مدنی دارد؛ زیرا اصل ۳۶، اصل ۱۶۷ را مورد تخصیص قرار داده است، به عبارت روشن تر اصل ۱۶۷ در ظاهر عمومیت دارد و محاکم می‌توانند بر پایه اصل مزبور در کلیه ای قضایایی مدنی و کیفری، به فقه مراجعه کنند. اما اصل ۳۶ حکم می‌کند که رسیدگی قضایایی کیفری باید بر اساس قانون باشد، برای اینکه به هردو اصل عمل کرده باشیم، باید اصل ۱۶۷ را مختص به دعاوی مدنی دانسته و بگوئیم رجوع به فقه جایز است مگر اینکه آن قضیه از مسائل کیفری باشد. (هاشمی، ۱۳۸۰، ۱۰)

براساس دیدگاه دوم اصل مزبور، شامل دعاوی کیفری نیز می‌شود، ولی فقط

در امور کیفری شکلی نه ماهوی. دیدگاه سوم معتقد است که اصل فوق مربوط به تشخیص موضوعات کیفری بوده و نمی‌توان بر اساس آن جرم انگاری کرده و تعیین کیفر نمود. نظریه چهارم تبیین می‌کند که اصل فوق عمومیت داشته هم شامل دعاوی کیفری و هم شامل دعاوی مدنی می‌شود، و می‌تواند محاکم قضایی به موجب آن، اقدام به جرم انگاری کرده و تعیین کیفر نماید. (همان، ۱۵)

بر اساس دیدگاه‌های دوم، سوم و چهارم، و پیش فرض اینکه اصل ۱۶۷ عمومیت داشته و شامل دعاوی کیفری نیز می‌شود، فقه اسلامی یکی از منابع تصمیمی برای قوانین جزای بوده و با توجه به اینکه قیاس منصوص العله، قیاس اولویت و تنقیح مناط قطعی، در فقه اسلامی حجت است، می‌توان براساس آن در قضایای کیفری استدلال کرد.

ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان بیان می‌کند که محاکم در جریان رسیدگی به پرونده‌ها، موظف به اجرای این قانون اساسی و سایر قوانین مربوطه هستند. در صورتی که در قضیه‌ای خاص، حکمی در قانون اساسی یا قوانین دیگر وجود نداشته باشد، محاکم باید بر اساس اصول فقه حنفی و در چارچوب‌هایی که این قانون اساسی مشخص کرده، به حل و فصل آن قضیه بپردازند تا عدالت به بهترین شکل ممکن تأمین شود. بر این اساس، محاکم قضایی مسئولیت دارند که در مواقعی که خلأ قانونی وجود دارد، به فقه حنفی مراجعه کرده و به پرونده‌های مطرح شده رسیدگی کنند. با عنایت به اینکه قیاس در فقه حنفی یکی از منابع استنباط احکام است، بر اساس ماده مزبور قضات می‌توانند در صورت خلأ قانونی به فقه مراجعه کنند.

۲-۳. انعطاف ناپذیری اصل قانونی بودن جرایم و مجازات

انعطاف ناپذیری اصل قانونی یعنی، انحصار دادرس در مدار الفاظ قانون، و راندن چوب مجازات بر تمام مجرمین علی‌رغم اختلاف اهداف، غرایز و تمایلات آن‌ها و همین‌طور بدلیل جمود و نرمش ناپذیری اصل قانونی بودن، این اختیار را به قاضی نمی‌دهد که برای کشف حقیقت از دایره و قالب الفاظ خارج شود، برای برون

رفت از این ایرادها، برخی حقوق دانان متذکر شدند که انحصار در دایره ای الفاظ قانون مختص به احکام و مسائل وحیانی است، لیکن در برداشت از متن قانون چنین محدودیتی پذیرفته نیست، بلکه دادرس می تواند از طریق استدلال قیاسی، در صورت وجود شرایط، برای حل مسائل کیفری از انحصار الفاظ قانون خارج گردد. (شاگرد اشتیچه، ۱۴۰۱، ۷۷)

همان مقدار که به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات اهتمام ورزیده شده، بر علمی نبودن شیوه‌هایی کلی و فراگیر نبودن در تربیت مجرمان نیز باید توجه کرد، زیرا منطقی نیست که مجازات را پیش بینی و اجرا نمود بدون اینکه اطلاعات در مورد خصوصیات شخص مجرم و عوامل ایجاد جرم داشته باشد. قیاس یکی از ابزار شناخته شده استنباط احکام شرعی و قوانین عرفی است که صاحب نظران علم حقوق در تمام زمینه‌ها و در تمام موارد آن را شناخته و می‌شناسند و هیچ‌گاه دستگاه عدالت، برای تحقق اهدافش، دستش را از گریبان او خلاص نخواهد کرد. (نگرودی، ۱۳۷۱، ۱۸۳)

بعضی از حقوق دانان معتقدند که اصل قانونی بودن جرایم و مجازات در حقوق کیفری ایران، با تصویب اصل (۱۶۷ ق.ا) دچار ابهام در مشروعیت شده، بویژه استفساریه‌های مکرر از شورای عالی قضای و رویه جاری محاکم و حتی تغییر ماده ۲ قانون مجازات اسلامی، بر این گمان دامن می‌زنند که در اموری کیفری نیز قاضی می‌تواند با استناد به منابع فقهی جرم انگاری کرده و تعیین کیفر نماید. (سمایی، ۱۳۸۸، ۱۱)

علاوه بر آن، رعایت بی چون و چرای اصل قانونی بودن جرایم و مجازات، سبب می‌شود جامعه نتواند از امنیت خود در مقابل اکثری از اعمال که امنیت را به مخاطره می‌اندازد، دفاع کند و در نتیجه افراد ضد اجتماعی قادر خواهد بود زهر خود را در اندام جامعه تزریق کند، این قبیل اشخاص ضد امنیت و اجتماع با برنامه زیری دقیق و آگاهی کامل به قوانین حاکم، اعمال و رفتاری خود را به شیوه و روشی انجام می‌دهند که با خصوصیات و اوصاف جرایم که در قانون پیش بینی شده است اندکی تفاوت داشته باشند و به موجب اصل مزبور قاضی باید دقیقاً همان مصداق و مورد

که مدلول صریح قانون است تطبیق کند، و نمی‌تواند رفتار مجرمین را به دلیل همان اندک تفاوت، داخل در قلمروی مدلول الفاظ قانون کند و آن‌ها را تحت تعقیب جزایی قرار دهد، و در نتیجه این افراد علی‌رغم اینکه رفتارشان جرم است، از تعقیب و مجازات در امان خواهند بود.. (شاکر اشتیچه، ۱۴۰۱، ۷۹)

۳-۳. جامع نبودن قانون

قانون به معنای واقعی هیچ‌گاه نمی‌تواند تمام رفتارهای اجتماعی و ضد اجتماعی را پیش‌بینی و تنظیم کند، زیرا پدیده‌های نو ظهور که از طریق آن‌ها رفتارهای ضد اجتماعی به بار می‌آید، در حقوق جزا امر مسلم و اجتناب‌ناپذیر است، و بدلیل تغییر و تحول حاصله در علم و صنعت موجب شده که اشخاص نابکار بتوانند از طرق مختلف که مورد پیش‌بینی قانون واقع نشده است، موجبات زیان جامعه را فراهم نمایند و اگر مقامات قضائی منتظر تصویب قانون از سوی قوه مقننه باشند؛ ممکن است خسارات و ضربات جبران‌ناپذیری بر پیکری جامعه وارد آید، پس محاکم و دادرسان ناگزیر است تحت عنوان تفسیر و توسعه ای قوانین در مسایل جزایی قیاس کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ۱۸۰)

دکتر کاتوزیان در ضرورت بکارگیری قیاس در امور کیفری می‌نویسد، قانون هیچ‌گاه نمی‌تواند تمام وقایع ضد اجتماعی را پیش‌بینی و تنظیم کند، ظهور مسائل جدید که از طریق آن‌ها، رفتارهای ضد اجتماعی به وجود می‌آید، در علم کیفری اجتناب‌ناپذیر بوده و این امر، ایجاب می‌کند دست قاضی در قبال چنین مسائل باز باشد، تنها وسیله که این شکاف را پر می‌کند قیاس است، که به دادرسان این امکان را می‌دهد تا قواعد کنونی را در موارد مشابه تطبیق داده و بر دامنه ای اجرای آن‌ها بیفزاید. (همان، ۱۸۱)

طرفداران توسل به قیاس ادعا می‌کنند که هنگامی می‌توان از معنی الفاظ و مصادیق که قانون مشخص نموده، حمایت کنیم که صدق این مدعی را بپذیریم که قانون تدوین شده از هر جهت کامل و بی نقص است، درحالی‌که قانون به معنای واقعی نمی‌تواند در هیچ زمانی خالی از نقص، و کامل باشد. (بخشی‌زاده، ۱۳۹۲،

۴. چالش‌های استفاده از قیاس در حقوق کیفری

استفاده از قیاس به عنوان یک ابزار تفسیر و استنتاج در حقوق کیفری می‌تواند به شفاف‌سازی و تعیین مجازات‌ها در موارد غیر مترقبه کمک کند. با این حال، به کارگیری قیاس در این حوزه با چالش‌هایی روبرو است که باید به دقت مورد بررسی قرار گیرد. یکی از این چالش‌ها، عدم تناسب و تعارض میان قاعده قیاس و نصوص قانونی موجود است. همچنین، نگرانی‌هایی در مورد خطر گسترش بی‌رویه تفسیرها و نادیده گرفتن اصول مسلم حقوقی وجود دارد.

۴-۱. اصل قانونی بودن جرایم و مجازات

اصل قانونی بودن جرایم و مجازات یکی از اصول است که سیاست کیفری در تمام مکاتب از آن تبعیت می‌کند. نظام حقوقی جزایی جمهوری اسلامی ایران نیز به موجب مواد دهم و دوازدهم قانون مجازات اسلامی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات را به عنوان یک اصل در حقوق کیفری پذیرفته است. به موجب اصل مزبور تمام اشخاص و شهروندان در رفتار و گفتار خود آزاد هستند مگر اینکه قانون آن را جرم پنداشته و برای آن مجازات تعیین کرده باشد. و همچنین بر اساس اصول مزبور هیچ مجازات و کیفر را نمی‌توان به افراد و اشخاص جامعه تحمیل کرد مگر اینکه قانون قبلاً میزان و نوع آن را تعیین کرده باشد (گلدوزیان، ۱۳۹۶، ۹۲).

به موجب اصل مزبور، هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل جائز است مگر اینکه در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد. نمی‌توان از استدلال قیاسی برای تحدید یا تشدید مجازات و یا خلق جرایم جدید استفاده کرد و همچنین در تفسیر قوانین موجود، از روش قیاسی در صورتی که نتیجه آن به ضرر متهم باشد، نمی‌توان استفاده کرد.

۴-۲. اصل تفسیر مضیق کیفری

یکی از نتایج اصل قانونی بودن جرایم و مجازات، تفسیر مضیق کیفری است به موجب این اصل، قاضی نباید از محدوده اصل قانونی بودن حقوق جزا فراتر رفته و بدلیل ملاحظات سیاسی و اجتماعی، حقوقی، منافع و آزادی‌های فردی را به مخاطره اندازد، بر اساس اصل مزبور مقام قضایی باید صرفاً به معنای تحت الفظی قوانین عمل نموده و نمی‌تواند توسط اسباب چون قیاس، از مصادق و قلمروی تعیین شده ای قوانین خارج شود، بنابر این در موارد که قانون صراحت ندارد باید آن را به طور مضیق تفسیر نمود. (همان، ۹۷) بنابر این به موجب اصل تفسیر مضیق کیفری، قیاس از حوزه ای تفسیر و تسری قوانین موضوعه کیفری رخت برمی‌بندد، مگر اینکه نتیجه عمل قیاسی، منجر به تضییق دایره مسائل کیفری یا به تعبیر دیگر نتیجه استدلال قیاسی به نفع متهم تمام شود و منجر به تضییع حقوق فردی متهم نگردد.

تفسیر مضیق کیفری در غالب موارد بنفع متهم است بهمین خاطر، برخی تفسیر مضیق کیفری را معادل تفسیر بنفع متهم دانسته، و حال آنکه تفسیر مضیق کیفری الزاماً بنفع متهم نیست، بلکه بین تفسیر مضیق کیفری و تفسیر به نفع متهم عموم و خصوص من وجه است، در برخی موارد تفسیر مضیق کیفری هست ولی بنفع متهم نیست به عنوان مثال؛ طبق ماده (۶۳۰) قانون تعزیرات، «هرگاه مردی همسر خود را در حال زنا با مردی اجنبی مشاهده کند و علم به تمکین زن داشته باشد می‌تواند در همانجا آنان را به قتل برساند». در این ماده، مفهوم همسر دارای شبهه است، زیرا همسر اعم از همسر دائم و همسر موقت است، حال سؤال این است که آیا قانون‌گذار علاوه بر همسر دائم، اجازه قتل همسر موقت را نیز به شوهر داده است؟ طبق تفسیر مضیق کیفری، مفهوم همسر ناظر به همسر دائم است و همسر موقت از قلمرو مفهوم همسر خارج می‌شود، در اینجا آقای (الف) اگر چنانچه اقدام به قتل در فراش همسر موقت خود کرده باشد تفسیر موضیق به ضرر او خواهد بود، زیرا طبق تفسیر مضیق ماده مزبور، فقط همسر دائم، همسر است و قتل همسر موقت بدون اذن قانونی صورت گرفته است. اما طبق تفسیر موسع کیفری یا تفسیر شک بنفع متهم، همسر موقت داخل در مفهوم همسر بوده و قتل در فراش او طبق قانون و بدون مسئولیت

کیفری انجام شده است. (احسانپور، ۱۴۰۰، ۵۲)

۳-۴. حفظ آزادی و حقوق شهروندان

حفظ کرامت انسانی، رعایت حقوق شهروندان و آزادی عمل و رفتار، از حقوق همهی شهروندان است، و این اصل اقتضا می‌کند مردم همواره از تجاوز و تعدیات کارگذاران حکومتی در امان باشد، بنابر این وجود قوانین ثابت که در پناه آن شهروندان بتواند آزادانه و بدون هراس مناسبات اجتماعی و امور معیشتی خویش را گسترش و سامان دهد، شرط تضمین حقوق و آزادی‌ها است.

برای حفظ و رعایت آن لازم است پیش از دربند کردن مردم و شهروندان در حصار قوانین حکومتی، قانون‌گذار حد و مرز رفتارهای مجاز و ممنوع افراد را تعیین کند، تا در ضمن آن تکلیف کارگذاران در قبال شهروندان نیز معلوم شود. بدیهی است که در صورت عدم وجود قوانین ثابت و یا عبور از حصار قوانین مدون، به بهانه‌های دلیل عقلی همچون قیاس، هیچ کس در اعمال و رفتار خویش آزادی نخواهد داشت، زیرا با ارتکاب هر رفتاری بیم از آن دارد که مبدا اعمال و رفتار او عنوان مجرمانه پیدا کرده و به موجب آن مستحق مجازات باشد. (اردبیلی، ۱۳۹۲، ۳۹)

در صورت جواز اعمال قیاس در امور جزایی، علاوه بر اینکه آزادی عمل و رفتار شهروندان ضایع می‌شود، عدالت بطور صحیح اجرا نخواهد شد، زیرا عدالت اقتضا می‌کند تا همگان در برابر قانون یکسان باشند، اگر کارگذاران و داد رسان بتواند به موجب قیاس، جرم انگاری کرده و کیفر تعیین نماید و حکم عملی را که به موجب قانون جرم انگاری شده، تسری دهند، معلوم نیست همگان زیر چتر عدالت محاکمه شود، برای تحقق عدالت لازم است که قوانین منطبق و ثابت وجود داشته باشد و نیز در اعمال مجازات بدون دخالت اهداف و غرایز شخصی، راه را برای وصول تأمین عدالت هموار می‌سازد. (همان)

۵. بررسی حجیت قیاس

۱-۵. حجیت قیاس از دیدگاه فقه امامیه

قیاس دارای دو اصطلاح است، اول اینکه معیار در تشخیص ملاکات احکام و موضوعات عقل باشد، یعنی همهی مسائل شرعی با مقیاس و معیار عقل سنجیده شود، بطوری که هر مسأله‌ی موافق با دیدگاه عقل باشد به آن عمل کنیم و هر مسأله که مخالف با حکم عقل باشد ترک کرده و آن را مردود بدانیم.

بنابر این در اجرای این قسم از قیاس و تطبیق آن با مسائل شرعی، عقل انسان باید این قدرت را داشته باشد تا ملاک و علل واقعی احکام شرعی را درک کند که صد البته درک بعضی مصالح و حکمت‌های نهفته در احکام شرعی با مقیاس عقلی ممکن نیست. به عنوان نمونه از این نوع قیاس، روایت ابان بن تغلب است که در آن از امام صادق (ع) سوال می‌کند، اگر مردی به طور اشتباهی یکی از انگشتان یک زن را قطع کند، چه میزان دیه باید پرداخت کند؟ امام پاسخ می‌دهد: ده شتر ابان سپس می‌پرسد اگر دو انگشت قطع شود، چه مقدار دیه لازم است؟ امام می‌گوید: بیست شتر. وقتی ابان می‌پرسد در صورت قطع سه انگشت چه مقدار دیه باید پرداخت کند، امام پاسخ می‌دهد: سی شتر. ابان در ادامه سوال می‌کند که اگر چهار انگشت قطع شود، چه مقدار دیه تعیین شده است؟ امام اشاره می‌کند که بیست شتر است. ابان با تعجب می‌گوید که چگونه برای قطع سه انگشت، دیه‌ای برابر با سی شتر و برای قطع چهار انگشت، تنها بیست شتر در نظر گرفته شده است. این حکم که به ما در عراق می‌رسید، به واسطه گوینده آن، مورد بی‌اعتنایی قرار گرفته و به عنوان حکم شیطنانی تلقی می‌شد. اما حضرت امام (ع) به ابان پاسخ می‌دهد: ای ابان! خاموش باش و عجله نکن. این حکم، حکم رسول خدا (ص) است. دیه زن تا زمانی که به یک‌سوم دیه کامل نرسد، برابر با دیه مرد است و پس از رسیدن به یک‌سوم دیه کامل، نصف دیه مرد خواهد بود. در ادامه، امام به ابان توضیح می‌دهد که تو به پشتوانه قیاس، با من به مشاجره پرداخته‌ای، در حالی که اگر قیاس به سنت راه بیابد، اصول دین به خطر خواهد افتاد. (کیلنی، ۱۴۰۷، ۲۹۹) قیاس به این معنا وضع روشن دارد و عدم اعتبار آن برای کسی پوشیده نیست زیرا عقل عاجز از آن است که بتواند به علل واقعی احکام دست یازد، بدلیل اینکه احکام شرعی توقیفی بوده و عقل در شناخت

ملاکات آن‌ها راهی ندارد و حضرات معصومین نیز شدیداً با این قسم مبارزه کرده اند زیرا تهدید جدی در قبال دین و سنت به شمار می‌رفت.

اصطلاح دوم قیاس که نسبت به اصطلاح اول معروفتر و کار برد آن در فقه و حقوق بیشتر بوده همان «برابری بین اصل و فرع در علت استنباط شده از اصل» است. این نوع قیاس در جای است که موضوع فرعی حکم ندارد و بدلیل مشابهت آن با موضوع که حکم شرعی و قانونی آن روشن است، باید فرع محکوم به حکم اصل باشد بدلیل اتحاد آن‌ها در علت استنباط شده.

اصطلاح دوم خودش دو صورت دارد، به این بیان که گاهی علت در موضوع اصلی منصوص و روشن است، یعنی شارع مقدس یا قانون‌گذار عادی، بطور یقینی علت حکم را بیان کرده مانند اینکه گفته باشد. «شراب حرام است بخاطر اینکه مست کننده است.» این صورت معروف به قیاس منصوص العله است و حجیت آن نزد فقها پذیرفته شده است. (تخیری، ۱۴۳، ۳۲۷)

صورت دوم آن است که علت در حکم تصریح نشده و مجتهد یا دادرس با تلاش خود، علت را بطور ظنی استنباط می‌کند، اکنون ادله این قسم بررسی خواهد شد. قرآن کریم از متابعت و پیروی از ظن نهی کرده است (إِنَّ الظَّنَّ لَا یغنی مِنَ الْحَقِّ شَیْئاً) (نجم، ۲۸)) گمان در رسیدن به حقیقت هیچ سودی به حال شما ندارد (و لا تقف ما لیس لک به علم) چیزی را که به آن علم و یقین ندارید دنبال نکنید. از سوی دیگر روایات زیادی وارد شده بر منع از قیاس ظنی، مانند قول امام صادق (ع): (قیاس اگر در سنت راه یابد دین نابود می‌شود) (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۲۹). و همچنین قول امام صادق در مورد قضات می‌فرماید: قضات به چهار دسته اند، سه دسته آن‌ها در جهنم و یک دسته آن‌ها در بهشت است؛ کسی که به ناحق قضاوت می‌کند در حالیکه می‌داند به ناحق حکم رانده است، او در جهنم است، و کسی که به ناحق قضاوت می‌کند ولی نمی‌داند که حکم او به ناحق است، او نیز در جهنم است، و کسی که به حق قضاوت کرده است ولی نمی‌داند که بر حق حکم کرده است، او هم در جهنم است و کسی که به حق حکم کرده است و می‌داند که به حق قضاوت کرده است، او در بهشت است. دلالت حدیث بر مدعا روشن است بدیل اینکه امام (ع) علم و یقین را معیار حق بیان کرده

بویژه آنجا که فرموده، به حق حکم کند ولی نداند که برحق است، روشن است که هدف حدیث نهی از متابعت ظن و گمانی است که هیچ پشتوانه ای علمی و یا دلیل بر اعتبار آن وجود ندارد

۲-۵. حجیت قیاس از دیدگاه فقه اهل سنت

قیاس منصوص العله از محل جدال و نزاع هر دو فرقه خارج است، تمام فقها و اصولیین عامه و خاصه در حجیت آن تردید ندارند و همین طور قیاس عقلی محض بدون استناد به منابع معتبر اسلامی، نیز از دعوا خارج است اکثر اصولیین عامه همچون غزالی و ابن حزم اندلسی بر بطلان آن تأکید کرده است تنها مورد که مذاهب خاصه و عامه در آن اختلاف شدید دارد قیاس مستنبط العله یا همان قیاس ظنی است، قیاس مستنبط العله عموماً موجب ظن و گمان می شود مگر در موارد اندک که بر اساس تنقیح مناط قطعی و یا دلایل دیگر قیاس مزبور موجب یقین می شود،

۱-۲-۵. قرآن

از جمله آیاتی که در حجیت قیاس به آن استدلال شده است آیه: «فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ (حشر، ۲۲)» است؛ یعنی عبرت و اندرز بگیرید ای صاحبان عقل و بصیرت». توضیح این بحث این است که علمای اهل سنت این آیه را ناظر به حجیت قیاس می دانند و معتقدند که کلمه «اعتبار» به معنای «گذر» از یک چیز به چیزی دیگر یا به عبارت دیگر، عبور از مشبه به متشابه است و قیاس نیز به معنی عبور و گذر کردن از حکم «اصل» به حکم «فرع» است که آیه مزبور ما را به آن تشویق و ترغیب کرده است. (شوکانی، ۱۴۱۹، ۹۵)

آیه مزبور به هیچ وجه نه با دلالت مطابقی و نه با دلالت التزامی دلالت بر حجیت قیاس ندارد، زیرا اعتبار به معنای اتعاظ و عبرت گرفتن و پند گرفتن است یعنی عبرت گرفتن از حوادث گذشته و حوادث مشابه است، به ویژه اینکه این آیه در مورد سرنوشت کفار ذکر شده است.

۵-۲-۲. روایت

۱. حدیث معاذ بن جبل: هنگامی که حضرت پیامبر (صلی الله علیه و آله) معاذ را به سِمَت قاضی در شهر یمن فرستاد، دستوراتی را به او داد. در زمان صحبت کردن از وی پرسید: اگر به حادثه‌های برخورد کردی که حکم آن را در قرآن و سنت رسول خدا (ص) نتوانستی پیدا کنی، چه می‌کنی؟ معاذ عرض کرد ای رسول خدا: «اجتهد رأی و لا آلو» یعنی با نظر خودم اجتهاد می‌کنم و در این امر کوتاهی نخواهم کرد. پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرمود ستایش و سپاس خدایی را که رسولش را در کاری که او را خشنود می‌سازد موفق ساخت. (آمدی، ۱۳۱۵، ۷۷)

طرفداران قیاس به حدیث فوق استدلال کرده‌اند، که طبق این حدیث، رسول خدا اجتهاد به رأی را امضا کرده است (شوکانی، ۱۳۱۹، ۱۰۰). استدلال به این حدیث صحیح نیست زیرا اولاً حدیث از نظر سند قابل اعتماد نیست. زیرا راوی حدیث که حارث بن عمرو است، از مردم حمص (شهری در شام) حدیث را نقل کرده اما نام و هویت آن‌ها ذکر نشده است، بنابر این حدیث فوق از جهت سند فاقد ارزش و اعتبار است.

ثانیاً خود حارث بن عمرو نیز فردی ناشناخته و مجهول است و هیچ یک از علمای رجال او را در کتب رجالی نام نبرده و نمی‌شناسند و علی‌رغم آن بجز این حدیث، روایت دیگری از او نقل نشده است، پس باز هم روایت غیر قابل اعتماد است.

ثالثاً حدیث مزبور معارض دارد، زیرا در همین واقعه، روایت دیگری نقل شده است که حضرت پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) فرمود: هنگامی که حکم مسأله‌ای را ندانستی و در کتاب و سنت پیدا نکردی، نمی‌توانی به نظر خود عمل کنی، بلکه آن را برای من بنویس تا پاسخش را برایت بفرستم. (ابن کثیر، ۱۳۱۳، ۵۳۱)

۵-۲-۳. اجماع

قائلین به حجیت قیاس مدعی اتفاق صحابه بر حجیت قیاس است، زیرا گروهی از اصحاب به قیاس عمل کرده‌اند و گروه دیگر سکوت کرده‌اند و بر علیه کسانی که به قیاس عمل کرده ایراد نگرفته و گویا با سکوت خویش عمل عاملین را تأیید کرده‌اند.

ابن عقیل حنبلی می نویسد: تواتر معنوی وجود دارد اینکه صحابه، به قیاس عمل می کردند و این تواتر قطعی است. (شوکانی، ۱۳۱۹، ۱۰۱)

اولاً: ادعای اتفاق و اجماع اصحاب درست نیست زیرا تمام اصحاب در آن زمان در مدینه نبوده بلکه در تمام بلاد و شهرهای اسلامی پخش بوده پس چگونه ادعای اجماع شده است. و ثانیاً از کجا معلوم است تمام اصحاب داخل در یکی از این دو گروه است زیرا احتمال دارد گروه دیگری از صحابه مخالف این رویه بوده و هیچ دلیلی بر نبود چنین فرقه ای وجود ندارد.

۳-۵. کاربرد قیاس در حقوق کیفری ایران

۱-۳-۵. توسل به قیاس در تفسیر شک به نفع متهم

در حقوق کیفری بایستی میان قیاس به نفع متهم و قیاس به زیان او تفکیک قائل شد، آنچه در امور جزایی ممنوع است قیاس به ضرر متهم است، زیرا در این صورت عمل قیاسی مخالف با سیاست اصل قانون مندی جرایم و مجازات است که به عنوان یک اصل در حقوق کیفری پذیرفته شده است، در حقوق جزایی هر عملی که منجر به نادیده گرفتن اصل قانون مندی جرایم و مجازات و خلق الزامات و جرایم جدید و یا تشدید مجازات شود، ممنوع است، پس تفسیر قیاسی در صورتیکه نتیجه آن به زیان متهم باشد ممنوع خواهد بود.

دکترین و رویه قضایی میان قیاس به نفع متهم و قیاس به ضرر او تفکیک قائل شده و به جواز اعمال قیاس به نفع متهم و رد قیاس به زیان متهم در حقوق جزایی شک به خود راه نداده اند. تفسیر قیاس به ضرر متهم آن است که بدون اجازه صریح قانون و بصرف مشابهت میان قضایا، رفتاری را که در قانون جرم انگاری نشده و برای آن مجازات تعیین نشده، جرم انگای کرده و در قلمروی مجازات جرم دیگری داخل کند. (پیری، ۱۴۰۰، ۳۲۵)

اما تفسیر قیاس به نفع متهم آن است که به بهبود او در برابر دادگاه کمک کند و قوانین مبهم، مجمل یا مسکوت را طوری تفسیر کند که نتیجه آن در دادرسی مساعد به حال متهم باشد، چنین عملی اولاً همسو با اصل تفسیر شک به نفع متهم بوده و

ثانیا مخالف سیاست اصل قانون مندی جرایم و مجازات نیز نخواهد بود، زیرا قیاس منصوص العله، قیاس اولویت و تنقیح مناط قطعی، حجیت آن‌ها در فقه پذیرفته شده است، طبق اصول و قواعد باید یکی از ابزار مهم تفسیری در حقوق جزایی به حساب آید. (همان)

۵-۳-۲. تفکیک میان تفسیر قیاسی در قوانین شکلی و ماهوی

قوانین که ممکن است احتیاج به تفسیر داشته باشد، یا قوانین جزایی شکلی است یا قوانین جزایی ماهوی، در قوانین مربوط به جزایی شکلی که در آن حفظ حقوق متهم و تمهید دادرسی عادلانه مقدم بر مصالح دیگر است، قاضی می‌تواند در موارد ابهام یا سکوت قوانین، به تفسیر قانون پرداخته و اثرات آن را گسترش دهد، به عبارت دیگر در موارد که قانون واضح نباشد قاضی می‌تواند با توجه به اصول و موازین حقوقی، مفاهیم را گسترش دهد تا به اهداف حقوقی دست باید، با توجه به اینکه تفسیر قیاسی در چنین قوانینی مغایر با صل قانونی جرایم و مجازات نیست، استفاده و کاربرد آن منعی ندارد. (آشوری، ۱۳۹۵، ۱۵)

در قوانین جزایی ماهوی که اساساً ناظر به توصیف اعمال مجرمانه و تعریف آن‌ها و نیز در مقام تشریع قانونی راجع به تخفیف، میزان مجازات، تشدید، تبدیل و تعلیق مجازات و مانند این‌هاست، در صورت لزوم تفسیر، به جهت سکوت، اجمال، ابهام و تعارض قوانین، باید محدود به متن قانون باشد و اصولاً تفسیر بصورت مضیق خواهد بود، اگر در این موارد برای محاکم قضایی اختیار تفسیر موسع داده شود، آن‌ها می‌تواند بر اساس قیاس، با مجرمان برخورد کند هرچند که رفتاری آن‌ها در قانون جرم انگاری نشده است در حقیقت این امر به عهده قانون‌گذار است نه مقام قاضی و اصولاً تفویض چنین حقی مغایر با اصل قانون مندی جرایم و مجازات است. (موذن زادگان، ۱۳۸۸، ۵۱)

۳-۷- پوشش خلأ قانونی

وجود خلأ قانونی در نظام حقوقی امر اجتناب ناپذیر است، بدلیل اینکه تحولات تکنولوژی در عصر متمدن موجب خلق جرایم جدید و پیش بینی نشده در سطح

جامعه می شود بطور که حتی قانون امروز نمی تواند پاسخ گوی مسائل فردا بوده باشد، در این راستا استدلال قیاسی می تواند با در نظر گرفتن قوانین موجود خلأ قانونی را در حد پوشش دهد.

به عنوان نمونه یکی از موارد کاربرد قیاس در رویه قضایی برای پوشش دادن خلأ قانونی، قیاس نمودن سوزاندن جسد میت به جنایات مشابه دیگر است. در ماده (۴۹۹) قانون سابق و یا ماده (۷۲۲) قانون مجازات اسلامی مصوب (۱۳۹۲) انواع و اقسام مختلف جنایت بر میت مسلمان ذکر شده ولی نام از سوزاندن بدن میت، برده نشده این خلأ قانونی را اداره حقوقی دادگستری در نظریه ای مشورتی با اعمال قیاس در ماده مذکور پوشش داده و به موجب آن معتقد هستند که سوزاندن بدن میت را باید ملحق کرد به سایر جنایات که در ماده (۷۲۲) نام برده شده است.^۱

مورد دیگری استفاده از قیاس در موارد سکوت یا خلأ قانونی، قیاس ارش به دیه در ماده (۳۰۱) قانون مجازات اسلامی مصوب (۱۳۷۰) است. محتوای ماده مزبور این است که « دیه مرد و زن برابر است تا هنگامی که دیه به یک سوم دیه کامل برسد و بعد از ثلث دیه زن نصف دیه مرد است» حکم این ماده قانونی نسبت به مسأله ای ارش هرگاه که از یک سوم دیه کامل عبور کند ساکت است.

سکوت ماده مزبور نسبت به ارش و عدم تقریر آن در مواد دیگر سبب اختلاف در محاکم و دادگاه های بدوی شده بود و در نتیجه دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه شماره ۶۳۸ مورخ ۱۳/۱۰/۸۳ حکم ارش را به دیه قیاس نموده و بیان کرده است که « در موارد که جمیع صدمات وارده بر زنان، ناشی از یک سبب بوده باشد و مجموع دیه ای تعیین شده و ارش اگر بیش از یک سوم دیه کامل مرد مسلمان گردد در احتساب آن مقررات ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی ایران معیار عمل خواهد بود.^۲» چنانچه ملاحظه می شود متن رأی دیوان عالی کشور به صراحت حاکی از توسعه و گسترش حکم مخصوص دیه به ارش است و روش بکار برده شده در آن قیاس است یعنی قیاس ارش به دیه است.

۱. نظریه شماره ۷/۲۷۰۰ مورخ ۱۳۷۷/۴/۸.

۲. روز نامه رسمی، ۱۷۷۷۰، مورخ، ۸۴/۱۲/۱۶.

۵-۳-۳. حفظ نظم و امنیت عمومی جامعه

ادامه و بقای زندگی اجتماعی توأم با رفاه و آسایش ممکن نیست مگر با تنظیم صحیح روابط افراد جامعه با یکدیگر و حفظ نظم عمومی و تأمین امنیت در جامعه و گسترش عدالت اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، فرهنگی، قضایی و اخلاقی، که این امر مستلزم پیش بینی قواعد و ظوابط هماهنگ در تمام زمینه ها است تا از هرگونه تجاوز و تعدی افراد به حقوق همدیگر جلوگیری و به طریق ممکن افراد را ملزم به رعایت موازین حقوقی و اجتماعی نماید.

قانون گذاران در عالم واقع، چنین توانایی ندارد که کلیه رفتارها و جرایم علیه نظم و امنیت عمومی را پیش بینی کرده تا تمام رفتارهای مجرمین حرفه ای، تحت یکی از قوانین موضوعه قرار داده شود، علی رغم آن ایجاد تغییر و تحول در علم و صنعت، موجب آن شده است که افراد خطرناک و مجرمین حرفه ای بتوانند از راهای گوناگون که قانونگذار پیش بینی نکرده است، به خلق جرایم پرداخته و زهر خود را در پیکر جامعه تزریق کنند و اگر محاکم و دادرسان و یا هر مقام قضایی بخواهند منتظر تصویب قانون در جرایم پیش بینی نشده از سوی قانونگذاران باشند، و از توسل به قیاس بدلیل قانونمندی امتناع کنند، ممکن است ضربات و خسارات جبران ناپذیری بر پیگر جامعه وارد شود، بنابر این مقامات قضایی برای پیش گیری از چنین بحران، بایستی رفتارهای اشخاص مذکور را تحت تفسیر قانون در مسائل جزایی قیاس کنند. (بخشی زاده، ۱۳۹۲، ۳۷)

تفسیر قوانین موضوعه به صورت مضیق یکی از اصول حقوق کیفری به حساب می آید، هرچند تفسیر قیاسی بطور کلی با آن منافات ندارد، زیرا تفسیر قیاسی گاهی بصورت مضیق و گاهی بصورت موسع خواهد بود، ولی شق دوم تفسیر قیاسی با اصل فوق سازگاری ندارد، طبق نظر بعضی حقوق دانان جزایی، رعایت و پای بند بودن به الفاظ و منطوق قوانین در صورت درست است که قانون از هر جهت کامل بوده و تمام زوایایی پدیده جرم در مصادیق قانونی را دیده باشد، حال آنکه عملاً شاهد هستیم که قانون هیچ گاه خالی از نقص نبوده و کامل نیست، و همچنین در مقام پاسخ به ایراد مخالفت اصل قانونی بودن جرایم و مجازات با عملیه قیاسی

می‌گویند که رعایت مطلق اصل قانونمندی جرایم و مجازات به معنای پایین کشیدن فوق العاده قاضی و اعتلای زیاده از حد مقام قانون‌گذار است. (حق بجانب، ۱۳۹۸، ۳۰۵)

۴-۵. کاربرد قیاس در حقوق کیفری افغانستان

۴-۵-۱. تفسیر قوانین مبهم توسط قیاس

قیاس عبارت است از اینکه قاضی جزایی رفتارهای ضد اجتماعی که در قانون حکم صریحی برایش وجود ندارد را با جرایم پیش بینی شده در قانون مقایسه نموده و هرگاه شباهت بین آن‌ها وجود داشت همان مجازات را در مورد مرتکب اعمال کنند. اصولاً تفسیر قوانین در جای مطرح است که قانون نتواند تمام موضوعات حقوقی را پوشش دهد یا قانون موضوعه ابهام، اجمال یا تعارض داشته باشد. در قوانین افغانستان اعم از قانون اساسی و قوانین عادی، به وفور مواردی وجود دارد که نیاز به تفسیر دارد، در این بخش از تحقیق نمونه‌های از مواردی که در قانون جزا و قانون اساسی افغانستان ابهام دارد، به تفکیک بررسی شده و بر اساس آن جایگاه تفسیر قیاسی در حقوق کیفری تبیین خواهد شد.

۴-۵-۲. قانون جزا

ماده (۱۲۶) قانون جزا مقرر می‌دارد که «محکمه می‌تواند محکوم علیه به جنایت یا جنحه منافی حیثیت را علاوه بر جزایی اصلی از بود و باش در محلات خاص منع نماید» با توجه به متن ماده فوق، مشخص نیست مراد از جنایت منافی حیثیت چیست؟ دلیلی ندارد که تنها بعضی از جنحه‌ها را منافی حیثیت بدانیم بلکه تمام جنایات، منافی حیثیت افراد است. و همچنین بنده اول ماده (۱۹۷) قانون جزا چنین مقرر داشته «هر تبعه افغان که عمداً در خارج اخبار، بیانات، یا پرو پاگند غلط و مغرضانه را در مورد اوضاع داخلی کشور نشر نماید که موجب تضعیف اعتبار مالی، حیثیت یا اعتبار دولت گردد...» در این فقره از ماده، سوال این است که معیار انتقاد صحیح و غیر مغرضانه از پرو پاگند مغرضانه چیست؟ از این قبیل مواد قانونی زیاد بوده که در حاله‌ای از ابهام بسر می‌برد و نیاز مبرم به تفسیر دارد. با توجه به شیوه‌های

مختلف تفسیری، مانند تفسیر مضیق قوانین کیفری، تفسیر قوانین به سود متهم، تفسیر موسع و تفسیر قیاسی، سوال این است که کدام یک در قوانین کیفری افغانستان قابل اعمال است؟ اقدام شایسته از سوی نهاد رسیدگی کننده و قاضی چگونه باید صورت گیرد؟ که هم اصل قانونی بودن به عنوان یک اصل متحرک و پویا در سیستم قضای ما همواره وجود داشته باشد، تا بتوان از این طریق آزادی‌های فردی و حقوق افراد را حفظ نمود و هم قوانین را طوری تفسیر نمود که برداشت‌ها و رفتارهای سلیقه‌ای قضات در مواردی که قانون از صراحت کافی بر خوردار نیست، پایان داد.

تفسیر موسع قوانین جزایی، مخالف با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها است، با این حال چنین تفسیری شاید مناسب‌ترین شیوه‌ای رسیدگی به امور جزایی نباشد. از سوی دیگر باید توجه داشت که قیاس در کنار کتاب، سنت، اجماع و عقل از منابع فقه حنفی به حساب می‌آید، (نظام‌الدین، ۱۳۹۵، ۷۰) بنابر این تفسیر قیاسی، چنانچه بررسی شد همیشه به زیان متهم نیست، زیرا تفسیر قیاسی را می‌توان به تفسیر موسع و مضیق تفکیک کرد، تفسیر مضیق قیاسی همسو با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها خواهد بود، در نتیجه تفسیر قیاسی در صورت که نتیجه آن مغایر با اصل مزبور نباشد، شاید مناسب‌ترین شیوه‌ای تفسیری به حساب آید و در صورت که نتیجه تفسیر قیاسی با اصول قانونی در تعارض باشد از آن دست برداشته و تفسیر مضیق را اعمال کند

۵-۴-۳. قانون اساسی

ماده (۱۳۰ قانون) اساسی افغانستان در خصوص وظایف محاکم مقرر داشته است که «محاکم مکلف است در هر قضیه‌ای احکام قانون اساسی و قوانین دیگر را رعایت نماید، مگر در مواردی که قانون مدون وجود نداشته باشد که در چنین حالت می‌بایست به فقه حنفی مراجعه نماید».

در این ماده وظیفه قاضی در خصوص موضوعات حقوقی و تجاری و... مشخص است که باید قاضی در صورت عدم وجود قوانین موضوعه، به فقه حنفی و جعفری مراجعه نماید، اما در خصوص موضوعات کیفری و جرم شمردن رفتاری را و مجازات

کردن فاعل آن را در صورت که عمل مذکور در قوانین جرم انگاری نشده باشد و برای آن مجازات تعیین نگردیده باشد، در هاله‌ی از ابهام قرار دارد، آیا می‌توان به فقه مراجعه کرد یا خیر؟ اگر چنین حقی به قوه قضائیه داده شود آیا منجر به نادیده گرفتن و مخالفت با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها نخواهد شد؟ در پاسخ به سوال فوق باید گفت هرچند به احکام فقهی، قانون به معنای مصطلح اطلاق نمی‌شود تا گفته شود که اصل فوق احکام فقهی را نیز شامل می‌شود، زیرا آنچه از کلمه قانون متبادر است قانون موضوعه بوده نه فراتر از آن، علی‌رغم آن در نظام جزایی افغانستان، رسیدگی به معظم مسائل جزایی - حدود، قصاص، دیات - به فقه حنفی واگذار شده است، (یوسفی، ۱۳۹۴، ۱۸) چنانچه ماده (اول) قانون جزایمان می‌کند که «این قانون جرایم و جزاهای تعزیری را تنظیم می‌نماید. مرتکب جرایم حدود، قصاص و دیات مطابق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می‌گردد»^۱ با توجه به اینکه چهارمین منبع از منابع فقه حنفی قیاس است، مستلزم آن می‌شود که در مسائل جزایی هرچند بطور موجهه جزئیه قیاس جائز باشد.

۵-۴-۴. رجوع به فقه در صورت سکوت قانون

در نظام‌های حقوقی، یکی مهم‌ترین چالش‌هایی که قضات و وکلای مدافع با آن مواجه می‌شوند، موضوع سکوت یا ابهام در قوانین کیفری است. در مواردی که قانون صریحاً به یک موضوع خاص اشاره‌ای نکرده یا پاسخگو نیست، سوالی اساسی مطرح می‌شود آیا و چگونه می‌توان به منابع حقوقی دیگر، به‌ویژه فقه، رجوع کرد؟ در حقوق کیفری افغانستان، به‌ویژه با توجه به ریشه‌های عمیق فقه اسلامی در این سیستم حقوقی، به موجب ماده ۱۳۰ قانون اساسی رجوع به فقه به‌عنوان یکی از راه‌حل‌های معتبر و مشروع تلقی می‌شود.

در راستای ماده «(۱۳۰) ق. ۱ افغانستان که دلیل رجوع به فقه است، برخی حقوق دانان و فقها بر این باورند که باید ماده «(۱۳۰) قانون اساسی را تفسیر موسع نمود و مطابق آن قضایی جزایی را در مورد سکوت قوانین نیز، با فقه حل و فصل نمود». (نظام

۱. قانون جزایی افغانستان، مصوب ۳۱ سنبله ۱۳۵۵.

الدین، ۱۳۹۵، ۶۳) زیرا نص این ماده در حقوق جزا نیز صراحت دارد، بدلیل اطلاق ماده «هرگاه برای قضیه ای از قضایای مورد رسیدگی» لفظ قضیه اطلاق دارد و شامل قضایایی کیفری نیز می شود و هیچ دلیل بر اختصاص وجود ندارد و همچنین «در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد» سایر قوانین که دلیل قضیه است، اعم از قوانین مدنی و قوانین جزایی است، از سوی دیگر ماده اول قانون جزا به روشنی مؤید تفسیر موسع ماده «۱۳۰» قانونی اساسی است. (همان)

برخی فقهای اهل سنت در خصوص جرایم و مجازات - مسائل جزایی - معتقدند که اعمال قیاس در مسائل فوق جایز است، در مجموع دو تا دلیل اراء داده اند؛ دلیل نخست، حدیث معاذ است، وقت پیامبر از معاذ سوال کرد به چه چیزی حکم می کنی؟ معاذ گفت به کتاب خدا، اگر در کتاب نیافتم به سنت، و اگر در سنت هم نیافتم، با رأی خودم اجتهاد می کنم. پیامبر سخن معاذ را تأیید و امضا فرمود و این یعنی که قیاس در جرایم و عقوبات جائز است. دلیل دیگر روایت از حضرت علی در مورد حد شرب خمر است، حضرت فرمود؛ وقت کسی شراب می خورد مست می شود، وقت مست شد هذیان می گوید، وقت هذیان گفت، افتراء می بندد، پس حد شارب خمر، حد مفتری است. (ابن بطال، ۱۴۲۳، ۳۹۷)

در این روایت حضرت علی حد شرب خمر را به حد مفتری قیاس کرده و هیچ یک از صحابه با این روش مخالفت نکرده، پس قیاس در حدود، اجماعی است. (عوده، ۱۴۱۲، ۱۸۴)

نتیجه اینکه قیاس، در معظم ابواب فقه می تواند به عنوان منبع استنباط حکم باشد، ولی در خصوص جرایم و مجازات، جایز نیست با کمک قیاس جرائم جدید را خلق کرد و برای آن مجازات تعیین کرد، زیرا حدود از اموری غیر معقوله المعنی است و عقل در کُنه این مسائل راه ندارد و نمی تواند علت تحلیل و تحریم را درک کند، در حقیقت جایگاه قیاس در این مسائل مثل جایگاه قیاس در اعداد رکعات نماز و مانند آن است. تنها کار برد قیاس در تفسیر نصوص و توسعه ای قلمروی آن است.

۵-۴-۵. ایستا بودن قوانین کیفری در صورت اکتفا به الفاظ قانون

با توجه به اینکه انسان‌ها روز به روز در حال پیشرفت در حوزه‌های مختلف هستند، می‌طلبند قوانین که رفتارهای انسان را مدیریت می‌کند پویا و متحرک باشد. ولی چنانچه شاهد هستیم قانون از این قافله عقب افتاده، و ما شاهد هستیم که پیشرفت انسان‌ها امروز با چنان سرعتی در حال رخ دادن است که عملاً نه تنها قوانین بلکه حتی خود انسان‌ها هم از آن عقب مانده اند، یکی از بارزترین مثالها در این زمینه می‌توان ارزهای دیجیتال را دانست، عملاً این پدیده ای بود که نشان داد تمام قوانین در ملیت‌های مختلف با چه خلأ قانونی بزرگی روبرو هستند. برخی از کشورها سعی کردند سریعتر قوانین خویش را با این پدیده جدید منطبق کنند و برخی دیگر معتقدند که این خلأ قانونی را می‌توان با محدود کردن پدیده جدید پوشش داد.

اصل قانون مندی جرایم و مجازات‌ها به عنوان رکن اصلی قانون جزا با تمام خوبی‌هایش، نمی‌تواند این واقعیت را انکار کند که قانون باید پویا و متحرک بوده و پاسخ‌گو به پدیده‌های جدید که ممکن است هر لحظه اتفاق بیفتد، بوده باشد. در واقع سوال این است که راه برون رفت از این بحران و واقعیت که با آن مواجه هستیم چه می‌تواند باشد؟ برای اینکه بتوان این خلأ را پوشش داد، یا اینکه با ذات انسان، ذات زمان و همچنین با پیشرفت وارد جنگ شد، این جنگی خواهد بود که پیش از شروع بازنده واقعی آن مشخص است. یا اینکه به قوانین کمی انعطاف بدهیم و از تنگ نای الفاظ قوانین برون آمده و به روح قانون متوسل شویم، در چنین زمانی تفسیر قوانین اعم از تفسیر لفظی، تفسیر غایی و تفسیر قیاسی، می‌تواند فرشته نجات این معضل بوده باشد. (یوسفی، ۱۳۹۴، ۱۰)

۶. نتیجه گیری

قیاس در علم حقوق به فرایند مقایسه دو یا چند پدیده یا مفهوم به منظور شناسایی شباهتها و تفاوت‌های آن اطلاق می‌شود. با توجه به انقلاب صنعتی در عصر مدرن، شاهد تحولات و انکشافات در حوزه کار و روابط انسان‌ها هستیم، از سوی دیگر قانون عهده دار تنظیم روابط افراد و امنیت جامعه است، می‌طلبند که از قافله ای تحولات

و انکشافات عقب نماند، اگر محاکم و دادرسان در تنگنای الفاظ قوانین موجود قرار گیرد، سیاست کیفری زیر سؤال رفته و نمی‌تواند عملاً پاسخ‌گوی موضوعات جدید به رفتار و روابط انسان‌ها باشد، قیاس به عنوان یکی از تکنیکهای استدلال، می‌تواند در تفسیر و توسعه قوانین موجود در پوشش دادن پدیده‌های جدید کمک کند. هدف از انجام این پژوهش بررسی کاربرد استدلال قیاسی در حوزه حقوق کیفری بود، و مهمترین نتایج به‌دست آمده به شرح زیر است

۱. بطورکلی دو نظریه عمده نسبت به جایگاه قیاس در حقوق کیفری وجود داشت، دیدگاه اول معتقدند که در حقوق جزاء عملاً نمی‌توان از پروژه استدلال قیاسی دست برداشت، رویه قضای هردو کشور نشان می‌دهد که محاکم در رسیدگی به پرونده‌های کیفری از این متد به وفور استفاده کرده و مستمسک آن‌ها اصل رجوع به فقه و فتاوی معتبر در موارد خلأ قانونی، ابهام، اجمال و تعارض قوانین بود. براساس نظریه دوم، قیاس در حقوق کیفری به جهت اصل قانونمندی جرایم و مجازات، اعتبار ندارد و صاحب نظران معتقدند که اصل رجوع به فقه، توسط اصل قانونمندی جرایم و مجازات تخصیص داده شده و فقط شامل دعاوی مدنی می‌شود.

۲ این پژوهش نشان داد که استدلال قیاسی نباید در حقوق کیفری بطور مطلق مجاز و یا ممنوع باشد؛ بلکه نتیجه استدلال و تفسیر قیاسی گاه بنفع متهم و همسو با اصل قانونمندی جرایم و مجازات است، در این صورت دلیل بر منع آن وجود ندارد و گاهی نتیجه استدلال، حقوق و آزادی‌های متهم را به مخاطره می‌اندازد، تنها در این فرض، می‌توان از استدلال مخالفین حمایت کرد.

۳. موارد از کاربرد قیاس در نظام حقوق کیفری هردو کشور بررسی شد. پوشش خلأ قانونی، تفسیر قوانین در صورت ابهام، اجمال و تعارض قوانین و در نهایت توسعه و پویایی حقوق جزا، از مهمترین کارکردهای پروژه عملیات قیاسی در حقوق کیفری به شمار می‌آید. حاصل کارکردهای آن این است که نظام حقوق کیفری، برای حفظ سیاست و پویایی خویش، نمی‌تواند از عملیه قیاس دست بردارد، اما نباید تجویز آن بطور مطلق و رها بوده باشد بلکه با احتیاط و حفظ اصل قانونمندی جرایم مورد استفاده قرار گیرد.

۷. فهرست منابع

قرآن

۱. آشوری، محمد، ۱۳۹۵، آیین دادرسی کیفری، تهران، سمت
۲. ابن بطلال، ابوالحسن، علی بن خلف، ۱۴۲۳، شرح صحیح بخاری، سعودیه، ریاض، مکتبه الرشید
۳. ابن کثیر، اسماعیل، ۱۳۱۹، جامع المساند و السنن، بیروت، دارخضر للطباعه و النشر و التوزیع
۴. ابن منظور، ابوالفضل، ۱۳۱۳، لسان العرب، بیروت، دار صادر
۵. احسان پور، رضا، ۱۴۰۰، مختصر و نافع در حقوق جزایی عمومی، تهران، جنگل
۶. اردبیلی، محمد علی، ۱۳۹۲، حقوق جزایی عمومی، چاپ سوم، تهران، میزان
۷. بخشی زاده، امین، ۱۳۹۲، محشای قانون مجازات اسلامی، تهران، عصر اندیشه
۸. تخیری، محمد علی، ۱۴۳۱، القواعد الاصولیه و الفقهیّه، تهران، المجمع العالی للتقريب بين المذاهب الاسلاميه
۹. دهخدا، علی اکبر، ۱۳۱۹، لغت نامه دهخدا، بانک ملی
۱۰. سیمایی، صراف حسین، ۱۳۹۵، قیاس در استدلال حقوقی، تهران، شهر دانش
۱۱. شرتونی، سعید، ۱۳۱۶، اقرب الموارد فی فصیح العربیه و الشوارد، دار الاسوه
۱۲. شوکانی، محمد بن علی، ۱۴۱۹، إرشاد الفحول إلى تحقیق الحق من علم الاصول، دار الکتب العربی
۱۳. عثیمین، محمد بن صالح، ۱۴۲۱، شرح الاصول من علم الاصول، مصر، دار البصیره
۱۴. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۷، فلسفه حقوق، دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار
۱۵. کلینی، یعقوب، ۱۴۰۷، الکافی، تهران، دار الکتب اسلامی

۱۶. گلدوزیان، ایرج، ۱۳۹۶، بایسته‌های حقوق جزایی عمومی، چ ۲۴، تهران، میزان
۱۷. لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۱، مقدمه عمومی علم حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش
۱۸. مراغی، احمد بن مصطفی، ۱۳۶۵، التفسیر المراغی، اول، مصر، شرکت مکتبه و مطبعه مصطفی البنانی
۱۹. نظام‌الدین، عبدالله، ۱۳۹۵، مبادی حقوق افغانستان، کابل، انتشارات سعید
۲۰. حق بجانب، محمود، ۱۳۹۸، نظری به چستی و کاربرد قیاس در فقه مقارن و حقوق ایران، دو فصلنامه علمی پژوهشی فقه مقارن، سال هفتم شماره ۱۳.
۲۱. سیمایی حسین، ۱۳۸۸، قلمرو استدلال قیاسی با نقد بر روش شناسی قیاس جزایی در فقه، پژوهش‌های حقوقی، نیم سال دوم، ش ۱۵.
۲۲. شاکر اشتیجه، محمد حسین، ۱۴۰۱، قبض و بسط موضوع احکام کیفری در پرتو روح قانون، نشریه فقه و اصول، سال ۵۴ شماره ۴ شماره پیاپی ۱۳۱.
۲۳. موذن زادگان، حسنعلی، ۱۳۸۸، بررسی تحلیلی جایگاه تفسیر شک بنفع متهم در حقوق کیفری، پژوهش نامه حقوق اسلامی، ش ۱۰.
۲۴. یوسفی، محمد مهدی، ۱۳۹۴، تفسیر قوانین کیفری با رویکرد قانون جزایی افغانستان، نشریه گفتمان حقوقی، دوره ۴، شماره ۷.
۲۵. عوده، عبد القادر، ۱۴۱۲، التشریع الجنائی الاسلامی، بیروت، دار الکتب العربی